

A c t a
Universitatis
Lodziensis

FOLIA IURIDICA

88



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

A c t a Universitatis Lodzensis

FOLIA IURIDICA

88

Stosowanie umów cywilnoprawnych w świetle przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych

pod redakcją
Tomasza Duraja



REDAKCJA NAUKOWO-DYDAKTYCZNA „FOLIA IURIDICA”

Marek Zirk-Sadowski (Redaktor Naczelny), *Bartosz Wojciechowski* (Zastępca Redaktora Naczelnego), *Tomasz Bekrycht* (Zastępca Redaktora Naczelnego), *Martin Krygier* (University of New South Wales), *Zenon Bankowski* (University of Edinburgh)
Karolina M. Cern (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Piotr W. Juchacz* (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Katarzyna Szumska* (Sekretarz)
Karolina Krzeszewska (Sekretarz)

RADA NAUKOWA

Anna Maria Andersen (Lund University), *Maciej Chmieliński* (Uniwersytet Łódzki)
Adam Czarnota (University of New South Wales), *Natalia Daniłkina* (University of Groningen)
Zofia Duniewska (Uniwersytet Łódzki), *Zbigniew Góral* (Uniwersytet Łódzki), *Krzysztof Indeck*
(Uniwersytet Łódzki), *Janusz Jankowski* (Uniwersytet Łódzki), *Martin Škop* (Masaryk University)
Monika Zalewska (Uniwersytet Łódzki)

RECENZENCI

Lista recenzentów dostępna na stronie
<https://www.wpia.uni.lodz.pl/nauka/wydawnictwa/fofia-iuridica>

REDAKTOR INICJUJĄCY

Mateusz Grabowski

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Danuta Bąk

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI

Agencja Reklamowa efectoro.pl

© Copyright by Authors, Łódź 2019
© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2019

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W.09194.19.0.Z

Ark. wyd. 12,5; ark. druk. 12,0

ISSN 0208-6069
e-ISSN 2450-2782

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 665 58 63

*Tomasz Duraj**

PRZYSZŁOŚĆ CYWILNOPRAWNYCH STOSUNKÓW ZATRUDNIENIA

Streszczenie. W artykule podjęto próbę ukazania przyszłości cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia. Autor przedstawia skalę i przyczyny zjawiska upowszechniania się w gospodarce rynkowej cywilnoprawnych form zatrudnienia oraz pracy na własny rachunek, które coraz częściej wypierają klasyczny stosunek pracy. Jego zdaniem, tendencja ta ma charakter trwały i nieodwracalny. W przyszłości należy utrzymać model zatrudnienia oparty na różnorodności dopuszczalnych podstaw zatrudnienia, zakładający swobodę wyboru reżimu pomiędzy stosunkiem pracy, umowami prawa cywilnego a samozatrudnieniem. Istnieje konieczność pozostawienia dotychczasowej konstrukcji stosunku pracy opartej na kryterium pracy podporządkowanej, wykonywanej pod kierownictwem pracodawcy. To właśnie ten model zatrudnienia musi gwarantować najszerzy (najpełniejszy) zakres ochrony, która winna rekompensować pracownikowi permanentny stan zależności (podporządkowania) względem pracodawcy. Wokół tak określonego modelu stosunku pracy możliwe jest natomiast budowanie innych cywilnoprawnych form zatrudnienia, do których w ograniczonym zakresie powinny mieć zastosowanie ochronne przepisy prawa pracy. Ponadto istnieje potrzeba doprecyzowania w przepisach Kodeksu pracy kryteriów odróżniających stosunek pracy podporządkowanej od cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia, zwłaszcza zaś kryterium kierownictwa pracodawcy.

Słowa kluczowe: umowy cywilnoprawne, samozatrudnienie, elastyczne formy zatrudnienia, swoboda wyboru podstawy zatrudnienia, wolność umów, domniemanie stosunku pracy.

Niniejszy zeszyt stanowi zwieńczenie I Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej z cyklu „Nietypowe stosunki zatrudnienia”, zorganizowanej przez Centrum Nietypowych Stosunków Zatrudnienia działające przy Katedrze Prawa Pracy Uniwersytetu Łódzkiego. Tematem konferencji było stosowanie umów cywilnoprawnych w świetle przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Jest to zagadnienie niezwykle interesujące od strony naukowo-badawczej, przysparzające wielu kontrowersji i dylematów zarówno w doktrynie prawa, judykaturze, jak i w praktyce. Widać to po zamieszczonych w publikacji artykułach, które dotyczą fundamentalnych dla tej problematyki zagadnień, takich jak: wolność pracy, swoboda wyboru formy zatrudnienia czy potrzeba i zakres ochrony osób wykonujących pracę zarobkową na podstawie cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia. Szeroką perspektywę analizowanej materii uzupełniają opracowania

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Zakład Prawa Stosunków Pracy, t.duraj@wp.pl

poświęcone bieżącym problemom związanym ze stosowaniem umów prawa cywilnego w praktyce obrotu prawnego.

W Polsce od dłuższego czasu mamy do czynienia ze zjawiskiem upowszechniania się w gospodarce rynkowej cywilnoprawnych form zatrudnienia oraz pracy na własny rachunek, które coraz częściej wypierają klasyczny stosunek pracy (por. np.: Chobot 1997; Davies 1999; Jończyk 2000; Kubot 2000; Hajn 2003; Pisarczyk 2003). Według szacunków GUS, w firmach zatrudniających ponad 9 osób, na podstawie umów cywilnoprawnych (umowa o świadczenie usług podobnych do zlecenia i umowa o dzieło) pracuje ok. 1,25 mln osób. Z kolei w małych przedsiębiorstwach (zatrudniających poniżej 9 osób) wyliczenia pokazują, że zatrudnienie cywilnoprawne występuje u ok. 350 tys. osób. Oznacza to, że w Polsce ponad 1,6 mln osób świadczy usługi na podstawie umów prawa cywilnego, zatem co szósta osoba pracuje w ramach reżimu cywilnoprawnego. Według danych GUS w 2017 roku 987 tys. wykonawców prowadziło swoją aktywność na podstawie umowy o świadczenie usług podobnych do zlecenia (była to ich jedyna forma zatrudnienia), a 121 tys. w ramach umowy o dzieło (Rozwadowska 2018). Co ważne, dla większości tych osób praca w oparciu o takie umowy nie była ich własnym, dobrowolnym wyborem, lecz została narzucona przymusem ekonomicznym. Z kolei gdy chodzi o samozatrudnienie, Badania Aktywności Ekonomicznej (BEAL) pokazują, że w II kwartale 2017 roku poziom tej aktywności w Polsce dotyczył 17,5% ogółu pracobiorców (średnia w krajach UE to 16%). Oznacza to, że całkowita liczba osób pracujących na własny rachunek w Polsce oscyluje w okolicach miliona osób, a to jedynie dane szacunkowe.

Przyczyn coraz szerszego wykorzystywania cywilnoprawnych form zatrudnienia jest wiele i mają one złożony charakter. Najważniejsza z nich to chęć ograniczenia kosztów pracy oraz obciążeń publicznoprawnych, jakie związane są z angażowaniem pracowników. Wykorzystując cywilnoprawne formy zatrudnienia (także samozatrudnienie), podmiot zamawiający usługi uwalnia się od kosztów, jakie wiążą się z zapewnieniem odpowiedniego poziomu ochrony i przywilejów na gruncie stosunku pracy, w tym od tzw. ryzyka socjalnego. Dodatkowo w przypadku samozatrudnienia zamawiający usługi przerzuca na wykonawców daniny o charakterze publicznoprawnym, zarówno gdy chodzi o składki na podatek dochodowy, jak i na obowiązkowe ubezpieczenia społeczne. Z kolei umowa o dzieło, co do zasady, w ogóle nie jest objęta tytułem ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego. Po drugie, stosowanie cywilnoprawnych form zatrudnienia prowadzi do uelastycznienia procesu produkcyjnego oraz umożliwia podmiotom zatrudniającym realizację racjonalnej polityki zatrudnienia, w ramach której istnieje możliwość szybkiego dostosowania poziomu zatrudnienia w przedsiębiorstwie do zmieniającej się koniunktury gospodarczej, bez potrzeby respektowania przepisów prawa pracy. W tym zakresie zamawiający nie jest związany ograniczeniami dopuszczalności rozwiązywania stosunków pracy składającymi się na powszechną oraz szczególną ochronę trwałości zatrudnienia pracowniczego. Ma to istotne

znaczenie zwłaszcza w Polsce, gdzie mamy do czynienia z niestabilną sytuacją ekonomiczną, a w konsekwencji ze zmiennością popytu i podaży na pracę. Kolejnym powodem, dla którego stosowanie cywilnoprawnych form zatrudnienia stało się powszechne, jest możliwość bardziej efektywnego wykorzystania potencjału pracy ludzkiej. Podmiot zamawiający nie jest bowiem związany ograniczeniami, jakie przepisy prawa pracy wprowadzają co do zakresu pozostawiania pracownika w dyspozycji pracodawcy. Nie obowiązują tu w szczególności: maksymalne dobowe i tygodniowe normy czasu pracy, gwarantowane okresy odpoczynku czy ograniczenia dopuszczalności pracy w godzinach nadliczbowych bądź w porze nocnej. Co więcej, cywilnoprawne formy zatrudnienia gwarantują podmiotowi zamawiającemu większą ochronę jego interesów majątkowych. Po pierwsze, wykonawca cywilnoprawny (w tym samozatrudniony) – w przeciwieństwie do pracownika – świadcząc usługi na podstawie umów prawa cywilnego, ponosi pełną odpowiedzialność materialną, zarówno za rzeczywiste straty, jak i utracone korzyści. Po drugie zaś istnieje możliwość wprowadzenia do kontraktu dodatkowych mechanizmów prawnych, niedopuszczalnych na gruncie stosunku pracy, które pozwolą na skuteczne wyegzekwowanie roszczeń majątkowych od cywilnoprawnych wykonawców pracy (np.: kara umowna, weksel *in blanco* czy poręczenie zewnętrzne). Nie do przecenienia jest również daleko idąca swoboda kształtowania wzajemnych relacji obowiązująca w ramach umów cywilnoprawnych, wynikająca z art. 353¹ Kodeksu cywilnego (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.) (dalej: k.c.). Dzięki niej strony (zwłaszcza podmiot zatrudniający) mają możliwość w miarę dowolnego kształtowania wzajemnych relacji, co nie wchodzi w rachubę na gruncie stosunku pracy, gdzie ma zastosowanie zasada uprzywilejowania pracownika (art. 18 Kodeksu pracy, ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r., t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1040). Strony umów cywilnoprawnych mogą w szczególności wprowadzać postanowienia zwiększające motywację wykonawcy do lepszej i bardziej wydajnej pracy (kryteria oceny efektywności, wynikowe systemy wynagradzania, odpowiedzialność wynikowa). To pozwala ograniczyć ryzyko gospodarcze prowadzonej działalności. Patrząc natomiast na analizowaną kwestię z perspektywy osoby świadczącej usługi na podstawie umów cywilnoprawnych, ich atrakcyjny wymiar wiąże się z potrzebą bycia niezależnym i autonomicznym wykonawcą, który nie podlega w procesie pracy ścisłemu kierownictwu pracodawcy posiadającemu prawo do bieżącego konkretyzowania obowiązków pracującego w drodze wiążących poleceń.

Należy uznać, że tendencja do coraz szerszego stosowania w przyszłości cywilnoprawnych form zatrudnienia ma charakter trwały i nieodwracalny. Wynika to nie tylko z przedstawionych powyżej zalet umów normowanych przepisami k.c., ale także z wielu innych dodatkowych okoliczności. Po pierwsze, wskazane tu formy zatrudnienia wydają się bardziej przydatne w dobie technologizacji, robotyzacji, digitalizacji, cyfryzacji i globalizacji gospodarki, jako elastyczniejsze i gwarantujące stronom daleko idącą swobodę kształtowania wzajemnych relacji (brak

sztynnego gorsetu przepisów prawa pracy). Po drugie, rynek pracy nieuchronnie zmierza w kierunku profesjonalizacji zatrudnienia, gdzie akcent kładzie się na: zadaniowość pracy, autonomię i kreatywność oraz wysokie kompetencje wykonawców. Czeką nas w przyszłości zmiany struktury rodzajowej zatrudnienia. Będzie bowiem rosło zapotrzebowanie na pracowników o wysokich kwalifikacjach, tzw. „pracowników wiedzy”. To trend występujący w całej Unii Europejskiej. Będzie istniał popyt na informatyków, menedżerów, finansistów i innych wysokiej klasy fachowców. W większości reprezentują oni tzw. wolne zawody o charakterze wysokospecjalistycznym, w stosunku do których przede wszystkim wykorzystuje się umowy prawa cywilnego bądź samozatrudnienie w ramach jednoosobowej działalności gospodarczej (Gersdorf 2019). Po trzecie, cały czas istotnie wzrasta rola sektora usług. W polskiej gospodarce prywatnej najwięcej osób pracuje w handlu, transporcie, budownictwie, działalności finansowej i ubezpieczeniowej, działalności profesjonalnej i naukowej, opiece zdrowotnej i zabezpieczeniu społecznym. Usługi te zaś najczęściej są świadczone w ramach umów cywilnoprawnych i samozatrudnienia. Po czwarte, w Polsce obserwujemy niekorzystne zmiany demograficzne. Nasze społeczeństwo szybko starzeje się, a do tego obniża się wiek emerytalny¹. Będzie to miało bezpośredni wpływ na zmniejszenie wysokości emerytur, co spowoduje dodatkowy popyt na pracę wśród osób po 65. roku życia. Tutaj zaś główną podstawą zatrudnienia będą umowy prawa cywilnego.

Tendencja do szerszego stosowania w przyszłości cywilnoprawnych form zatrudnienia cały czas wzmocniona jest także przez polskiego ustawodawcę, który od początku lat 90. wprowadza do obrotu prawnego coraz to nowe kategorie umów prawa cywilnego. Należy tu w szczególności zwrócić uwagę na: umowę o zarządzanie przedsiębiorstwem państwowym (art. 45a–45c ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2152 ze zm.); umowę o zarządzanie instytucją kultury (art. 15a ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1983 ze zm.); umowę cywilnoprawną radcy prawnego (art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2115 ze zm.); umowę o udzielanie świadczeń zdrowotnych (art. 27 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2190 ze zm.) czy umowę o pomocy przy zbiorach (art. 91a–91f ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników, t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 299 ze zm.), na podstawie której rolnicy mogą zatrudniać osoby do pomocy w gospodarstwie przy zbiorach

¹ 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.

produktów rolnych podczas spiętrzenia prac². Z kolei od dnia 1 czerwca 2017 r.³ ustawodawca dopuścił na szeroką skalę świadczenie pracy tymczasowej na podstawie umów prawa cywilnego. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 594 ze zm.), agencja pracy tymczasowej może, na podstawie umowy prawa cywilnego, kierować osoby niebędące pracownikami takiej agencji do wykonywania pracy tymczasowej. Także w judykaturze od początku lat 90. istnieje utrwalona linia orzecznicza, w myśl której praca określonego rodzaju może być świadczona nie tylko na podstawie stosunku pracy, ale również w ramach umów prawa cywilnego (por. np. wyrok SN z dnia 9 grudnia 1999 r., I PKN 432/99, OSNP 2001/9/310).

Uważam, że w przyszłości powinien zostać utrzymany model oparty na różnorodności dopuszczalnych podstaw zatrudnienia, zakładający – tak jak obecnie – swobodę wyboru reżimu pomiędzy stosunkiem pracy, umowami prawa cywilnego a samozatrudnieniem (por. Głądoch 2019). Należy pozostawić dotychczasową konstrukcję stosunku pracy, opartą na kryterium pracy podporządkowanej, wykonywanej pod kierownictwem pracodawcy. To właśnie ten model zatrudnienia musi gwarantować najszerszy (najpełniejszy) zakres ochrony, która winna rekompensować pracownikowi permanentny stan zależności (podporządkowania) względem pracodawcy. Funkcja ochronna prawa pracy, która leży u podstaw powstania i rozwoju tej gałęzi prawa, winna dotyczyć głównie osób posiadających status pracowniczy. W pełni zgadzam się ze stanowiskiem B. Wagner, iż przepisy wyznaczające konstrukcję stosunku pracy nastawione są przede wszystkim na ochronę pracownika najbardziej potrzebującego, a więc wykonawczego (najniżej lub nisko usytuowanego w hierarchii organizacyjnej zakładu pracy), najslabszego ekonomicznie (uzyskującego dochody tylko z pracy najemnej) i socjalnie oraz nieporadnego w dochodzeniu swych praw (Wagner 2002, 378). Wokół tak określonego modelu stosunku pracy, opartego na kryterium podporządkowania, możliwe jest natomiast budowanie innych cywilnoprawnych form zatrudnienia, do których w ograniczonym zakresie powinny mieć zastosowanie ochronne przepisy prawa pracy. Stosunek pracy jako modelowa konstrukcja prawna musi być punktem odniesienia dla regulacji stosunków zatrudnienia o charakterze cywilnoprawnym, gdzie ustawowe gwarancje ochronne powinny być zdecydowanie mniejsze.

Od dawna obserwujemy zarówno w Polsce, jak i w innych krajach europejskich proces idący w kierunku rozszerzania niektórych uprawnień pracowniczych – do niedawna zastrzeżonych wyłącznie dla stosunku pracy – na wykonawców umów cywilnoprawnych, w tym także na osoby samozatrudnione. Postulat ten obecny jest w polskiej doktrynie prawa pracy już od końca lat 90. (zob. np.: Hajn 2000b, 595; Hajn 2000a, 5 i 11; Salwa 2002, 303–304). Można wskazać trzy istotne

² Umowa ta została wprowadzona na mocy ustawy z 13 kwietnia 2018 r. o zmianie ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2018 r., poz. 858.

³ Art. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy o zatrudnianiu pracowników tymczasowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2017 r., poz. 962.

powody uzasadniające opisywane tu zjawisko (por. Musiała 2019). Pierwszym jest konieczność dostosowania krajowego porządku prawnego do standardów wynikających z norm prawa międzynarodowego i unijnego, które wymuszają potrzebę rozszerzania ochrony w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy czy niedyskryminowania, a także ochrony socjalnej na cywilnoprawne stosunki zatrudnienia. Drugim zasadniczym powodem tej tendencji jest zapewnienie przez ustawodawcę zwykłego zgodności przepisów obowiązującego prawa z Konstytucją RP (Ustawa Zasadnicza z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.). Akt ten przewiduje szereg gwarancji ochronnych, które adresowane są nie tylko do pracowników zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, ale także do innych obywateli czy ludzi pracy, również jeżeli świadczą usługi w ramach umów prawa cywilnego. Przykładowo można tu przywołać konstytucyjne gwarancje w zakresie: prawa do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 66, ust. 1); prawa do ochrony zdrowia (art. 68, ust. 1); prawa rodziny do pomocy ze strony państwa (art. 71); równości i niedyskryminacji (art. 32), ze szczególnym uwzględnieniem równości kobiet i mężczyzn w życiu rodzinnym oraz w przedmiocie kształcenia, zatrudnienia i awansów; prawa do jednakowego wynagradzania za pracę jednakowej wartości; zabezpieczenia społecznego oraz zajmowania stanowisk i pełnienia funkcji (art. 33) czy wreszcie prawa do wolności zrzeszania się w związkach zawodowych (art. 59, ust. 1). Trzecim istotnym argumentem na rzecz rozciągania określonych uprawnień pracowniczych na wykonawców umów cywilnoprawnych, w tym także na osoby samozatrudnione, jest potrzeba zapewnienia im zbliżonego do pracowniczego standardu ochrony, o ile świadczą pracę (usługi) w warunkach podobnych do sytuacji pracowników.

De lege lata na gruncie polskiego prawa wykonawcy umów cywilnoprawnych (także samozatrudnieni) korzystają przede wszystkim z ochrony prawnej ich życia i zdrowia. Zgodnie z art. 304 § 1 i 3 k.c., ochronie w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy podlegają ci wykonawcy umów cywilnoprawnych, których pracę organizuje podmiot zamawiający, w szczególności gdy usługi są realizowane w zakładzie pracy lub innym miejscu przez niego wyznaczonym. Z kolei ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów UE w zakresie równego traktowania (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1219) rozciągnęła na wszystkie osoby fizyczne świadczące usługi na podstawie umów prawa cywilnego ochronę przed dyskryminacją. W powyższą tendencję wpisuje się także ustawa nowelizująca Kodeks pracy z dnia 24 lipca 2015 r., która weszła w życie 2 stycznia 2016 r. (ustawa o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r., poz. 1268), wprowadzając mechanizmy prawne rozciągające pewne uprawnienia związane z rodzicielstwem na wykonawców umów cywilnoprawnych, o ile są 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). Należy również zwrócić uwagę na ustawę z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1265), która od 1 stycznia 2017 r. objęła umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług podobnych do zlecenia (art. 750 k.c.) ochroną w zakresie płacy minimalnej (por. Tomanek 2017, 13 i n.), o ile osoby świadczące usługi na podstawie tych umów nie decydują o miejscu i czasie ich realizacji, a wynagrodzenie za te usługi nie ma charakteru prowizyjnego (art. 8d ust. 1 pkt 1 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę). Tendencję w zakresie rozszerzania uprawnień ochronnych na cywilnoprawne stosunki zatrudnienia widać także na gruncie zbiorowego prawa pracy, gdzie od 1 stycznia 2019 r. weszła w życie ustawa z 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o związkach zawodowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 1608), która rozciągnęła prawo tworzenia i wstępowania do związków zawodowych na osoby wykonujące pracę zarobkową (a zatem również na cywilnoprawnych wykonawców pracy), jeżeli nie zatrudniają one do tego rodzaju pracy innych osób. Nowa regulacja prawna otwiera tym osobom drogę do wielu gwarancji i przywilejów w zakresie zbiorowego prawa pracy, takich jak choćby: prawo do rokowań, w szczególności w celu rozwiązywania sporów zbiorowych, prawo do zawierania układów zbiorowych pracy i innych porozumień, a także prawo do organizowania strajków i innych form protestu w granicach określonych w ustawie.

Nie kwestionując zasadności ochrony gwarantowanej przez ustawodawcę osobom wykonującym pracę (usługi) na podstawie umów prawa cywilnego, w tym także w ramach samozatrudnienia, należy krytycznie ocenić obowiązujący w tym zakresie stan prawny. *De lege lata* obserwujemy bowiem po stronie polskiego prawodawcy brak systemowego i kompleksowego podejścia do tej kwestii. Mamy tu do czynienia z przypadkowością i fragmentarycznością przyjmowanych rozwiązań prawnych. Zmiany w tym obszarze dokonywane są często *ad hoc*, bez spójnej i przemyślanej koncepcji, także pod wpływem czynników politycznych. Najlepszym przykładem takiego podejścia jest sposób unormowania wobec cywilnoprawnych wykonawców pracy gwarancji w przedmiocie prawa do minimalnej stawki godzinowej. Trudno zrozumieć racjonalność przyjętych tu kryteriów ochrony (decydowanie o miejscu i czasie świadczenia usług oraz wynagrodzenie o charakterze prowizyjnym). Dziwi fakt, że ustawodawca, rozszerzając zakres podmiotowy ochrony w obszarze płacy minimalnej, w ogóle nie wziął pod uwagę kryterium zależności ekonomicznej od podmiotu zatrudniającego, które w tym przypadku, ze względu na istotę ochrony oraz alimentacyjny charakter wynagrodzenia, powinno mieć charakter decydujący. Takie kryterium stosowania gwarancji ochronnych wobec wykonawców cywilnoprawnych występuje w ustawodawstwach niektórych krajów europejskich, jak choćby w Hiszpanii, Niemczech czy we Włoszech. Niestety, polski ustawodawca w ogóle nie dostrzega kryterium zależności ekonomicznej jako przesłanki decydującej o zakresie ochrony socjalnej

osób świadczących usługi na podstawie umów prawa cywilnego, co moim zdaniem należy ocenić negatywnie. Trzeba również pamiętać o tym, że nie można dopuścić do zrównania poziomu ochrony pracowniczej z tym, który obecny jest w cywilnoprawnych stosunkach zatrudnienia.

Na zakończenie sceptycznie należy się odnieść do forsowanych w literaturze przedmiotu nowych koncepcji co do przyszłości podstaw świadczenia pracy zarobkowej. Nie przekonuje mnie wizja jednolitej umowy o zatrudnienie, która odrywa się od kryterium pracowniczego podporządkowania i obejmuje swoim zakresem podmiotowym wszystkich wykonawców świadczących pracę za wynagrodzeniem. Koncepcja ta z jednej strony prowadziłaby do swoistego rozmycia tradycyjnych konstrukcji i instytucji stosunku pracy oraz skutkowałaby istotną zmianą jego dotychczasowej jakości, co w konsekwencji mogłoby grozić utratą odrębności całego prawa pracy. W tym miejscu warto przytoczyć słowa T. Zielińskiego, iż zupełne wyłączenie kierownictwa pracodawcy, a z drugiej strony – podporządkowania pracownika w stosunkach pracy, nie może wchodzić w grę (Zieliński 1999, 12–13). Według niego, odejście od kryterium pracy podporządkowanej w ramach stosunku pracy podważałoby sens dalszego istnienia prawa pracy (Zieliński 2000, 57). Z drugiej zaś strony, wypracowanie jednolitej koncepcji szerokiego stosunku zatrudnienia dla tak różnorodnych form stosunków społecznych, jakie wiążą się z wykonywaniem pracy zarobkowej, w moim przekonaniu jest praktycznie niemożliwe (por. Skąpski 2000, 50).

Krytycznie oceniam również zaproponowaną w projekcie indywidualnego Kodeksu pracy z 2018 r. konstrukcję domniemania stosunku pracy, w ramach której praca w zakładzie pracy zawsze miałaby być realizowana na podstawie stosunku pracy, a wykorzystywanie umów cywilnoprawnych wchodziłoby w grę jedynie wyjątkowo, przy świadczeniu usług przez osoby posiadające status niezależnych przedsiębiorców (tylko w ramach samozatrudnienia), oraz przy tzw. umowie o zatrudnieniu niepracowniczym (art. 48 projektu). Zgodnie z art. 47 § 1 projektu, praca świadczona w strukturach jednostki organizacyjnej zatrudniającego byłaby pracą wykonywaną na podstawie umowy o pracę. Istotne wątpliwości dotyczące ustalenia, czy praca jest wykonywana w formie zatrudnienia czy samozatrudnienia, sąd rozstrzygałby na korzyść zatrudnienia, przy czym pracodawca zaprzeczający istnieniu stosunku pracy miałby obowiązek przeprowadzenia dowodu, że praca nie jest wykonywana pod jego kierownictwem (art. 50 projektu). Zaproponowana konstrukcja domniemania stosunku pracy ma wiele wad. Po pierwsze, narusza przepisy Konstytucji RP, w szczególności zaś zasadę wolności działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji RP) oraz zasadę wolności wyboru i wykonywania zawodu (art. 65 ust. 1 Konstytucji RP). Jest ona również sprzeczna z dopuszczalną ingerencją w wolności i prawa obywatelskie, które na mocy art. 31 ust. 3 Konstytucji RP mogą być ograniczane jedynie w wyjątkowych przypadkach. Tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla

ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanej koncepcji. Po drugie, konstrukcja domniemania stosunku pracy prowadziłaby do nadmiernej ingerencji w jedną z fundamentalnych zasad wolności umów (art. 353¹ k.c.) i swobody wyboru podstawy zatrudnienia. Po trzecie, dosyć płynne i nieczytelne wydaje się zaproponowane przez twórców projektu Kodeksu pracy odwołanie się w tej koncepcji do rozróżnienia pomiędzy pracą (tylko stosunek pracy) a usługą (umowy prawa cywilnego). Po czwarte wreszcie, konstrukcja domniemania stosunku pracy nie rozwiązałaby obecnych problemów, jakie pojawiają się na tle rozróżnienia pomiędzy tym stosunkiem a umowami prawa cywilnego (por.: Świątkowski 2019; Duraj 2017). Projektodawca bowiem w art. 50 odwołuje się do kryterium kierownictwa. Podmiot zatrudniający, aby obalić domniemanie stosunku pracy, musiałby przed sądem wykazać, że praca nie była wykonywana pod jego kierownictwem. Problem w tym, że projekt Kodeksu pracy nie definiuje pojęcia kierownictwa, a zatem domniemanie mogłoby okazać się niewzruszalne, nie mówiąc już o lawinie spraw, która niechybnie zalałaby sądy pracy.

Konstatując, opowiadam się za pozostawieniem dotychczasowego modelu prawnego, opartego na różnorodności form zatrudnienia oraz swobodzie wyboru podstawy zatrudnienia pomiędzy stosunkiem pracy a umowami prawa cywilnego czy samozatrudnieniem. Należy utrzymać dotychczasową konstrukcję stosunku pracy opartą na pracy dobrowolnie podporządkowanej, w ramach której gwarantuje się pracownikowi zależnemu od pracodawcy najwyższy poziom ochrony. Istnieje jednak potrzeba doprecyzowania w przepisach Kodeksu pracy kryteriów odróżniających stosunek pracy podporządkowanej od cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia, zwłaszcza zaś kryterium kierownictwa pracodawcy. Nie da się jednak stworzyć uniwersalnej definicji tego kryterium. Zależność pracownika od pracodawcy w ramach stosunku pracy ma charakter wieloaspektowy, może dotyczyć przedmiotu świadczenia pracy, miejsca, czasu, organizacji i porządku pracy (por.: Duraj 2012a; Duraj 2012b; Duraj 2012c). Elementy te występują w danym stosunku pracy z różną intensywnością, zależnie od zajmowanej przez pracownika pozycji (stanowiska), zakresu przydzielonych obowiązków i zadań czy też miejsca wykonywania pracy. Dlatego też ustawodawca powinien określić jedynie minimalny trzon uprawnień kierowniczych, składający się na każde podporządkowanie, którego pojawienie się w danym przypadku będzie przesądzać o konieczności istnienia stosunku pracy. Prawne określenie minimalnego zakresu podporządkowania w każdym zatrudnieniu pracowniczym – moim zdaniem – musi spełniać dwa zasadnicze warunki. Po pierwsze, winno skutecznie identyfikować stosunek pracy, pozwalając na jego w miarę precyzyjne odróżnienie od stosunków cywilnoprawnych (na ustalenie wyraźnej granicy pomiędzy tymi stosunkami). Po drugie zaś, musi ono uwzględniać autonomię i samodzielność pracowników oraz nie może stanowić przeszkody dla rozwoju elastycznych (nietypowych) form

zatrudnienia pracowniczego. Moim zdaniem, jedynym aspektem zależności, który spełnia oba wymienione tu założenia i może tym samym stanowić minimalny zakres podporządkowania w każdym stosunku pracy, jest potencjalne uprawnienie pracodawcy do konkretyzowania – w drodze wiążących poleceń – obowiązków pracowniczych. Chodzi tutaj o zagwarantowanie pracodawcy potencjalnej możliwości korzystania z tego uprawnienia, a konkretyzacja ta nie musi dotyczyć istoty wykonywanej pracy, ale może odnosić się jedynie do niektórych, często drugorzędnych, obowiązków pracownika związanych z techniczno-organizacyjną stroną świadczenia pracy. Tak doprecyzowany przez normodawcę „trzon” podporządkowania winien warunkować dopuszczalność wykorzystania stosunku pracy w każdym przypadku, pozwalając na skuteczną identyfikację tego stosunku i wyraźne jego rozgraniczenie od stosunków cywilnoprawnych będących podstawą świadczenia usług (szerzej zob. Duraj 2017). Ustawowe przyjęcie wskazanej tu interpretacji pracowniczego podporządkowania jest zgodne z tendencjami obowiązującymi w krajach Europy Zachodniej, gdzie dla scharakteryzowania pracy świadczonej na podstawie stosunku pracy odchodzi się od kryterium zależności ekonomicznej, zastępując je podporządkowaniem pracownika poleceniom pracodawcy. Przedstawiona propozycja *de lege ferenda* będzie z jednej strony pozwalała na skuteczną walkę z patologią, jaka wiąże się ze stosowaniem umów prawa cywilnego w warunkach zatrudnienia pracowniczego, z drugiej zaś nie zahamuje dalszej ekspansji cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia jako mniej kosztownych i bardziej elastycznych form świadczenia pracy (usług).

BIBLIOGRAFIA

- Chobot, Andrzej. 1997. *Nowe formy zatrudnienia: kierunki rozwoju i nowelizacji*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.
- Davies, Paul 1999. „Zatrudnienie pracownicze i samozatrudnienie w świetle common law”. W *Referaty na VI Europejski Kongres Prawa Pracy i Zabezpieczenia Społecznego*. Warszawa: Wydawnictwo Scholar.
- Duraj, Tomasz. 2012a. „Podporządkowanie co do przedmiotu świadczenia pracownika – wybrane problemy”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 11: 21–29.
- Duraj, Tomasz. 2012b. „Podporządkowanie pracownika pracodawcy w aspekcie czasu pracy – wybrane problemy”. *Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego* 12(4): 123–149.
- Duraj, Tomasz. 2012c. „Podporządkowanie pracownika pracodawcy w aspekcie miejsca świadczenia pracy – wybrane problemy”. *Monitor Prawa Pracy* 12: 634–639.
- Duraj, Tomasz. 2017. „Granice pomiędzy stosunkiem pracy a stosunkiem cywilnoprawnym – głos w dyskusji”. *Gdańsko-Lódzkie Roczniki Prawa Pracy i Prawa Socjalnego* 7: 61–82.
- Gersdorf, Małgorzata. 2019. „Nowe trendy gospodarcze a reguła domniemania zawarcia umowy o pracę”. *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica* 88: 35–41.
- Gładoch, Monika. 2019. „O potrzebie różnorodności w prawie pracy”. *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica* 88: 17–24.

- Hajn, Zbigniew. 2000a. „Regulacja pozycji prawnej pracownika i pracodawcy a funkcje prawa pracy”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 10: 2–13.
- Hajn, Zbigniew. 2000b. *Glosa do wyroku SN z 16 grudnia 1998 r.*, II UKN 394/98, OSP nr 12, poz. 177.
- Hajn, Zbigniew. 2003. „Elastyczność popytu na pracę w Polsce. Aspekty prawne”. W *Elastyczne formy zatrudnienia i organizacji pracy a popyt na pracę w Polsce*. Red. Elżbieta Kryńska. 48–99. Warszawa: Instytut Pracy i Spraw Socjalnych.
- Jończyk, Jan. 2000. „O szczególnych formach zatrudnienia i formach ubezpieczeń społecznych”. W *Szczególne formy zatrudnienia*. Red. Zdzisław Kubot. 39–52. Wrocław: Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa i Administracji.
- Kubot, Zdzisław. 2000. „Szczególne formy zatrudnienia i samozatrudnienia”. W *Szczególne formy zatrudnienia*. Red. Zdzisław Kubot. 5–38. Wrocław: Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa i Administracji.
- Musiąła, Anna. 2019. „Filozofia tzw. ochrony osób pracujących na zasadach cywilnoprawnych – głos w dyskusji podczas I Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej z cyklu „Nietypowe stosunki zatrudnienia” pt. „Stosowanie umów cywilnoprawnych w świetle przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Łódzko-poznański początek dyskusji...”. *Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica* 88: 89–95.
- Pisarczyk, Łukasz. 2003. *Różne formy zatrudnienia*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Rozwadowska, Anna. 2018. „Spadła liczba umów cywilnoprawnych. Mniej niż milion zleceń”. wyborcza.biz (13 listopada).
- Salwa, Zbigniew. 2002. „Przemiany prawa pracy początku stulecia a jego funkcja ochronna”. W *Prawo pracy a wyzwania XXI-go wieku. Księga Jubileuszowa Prof. T. Zielińskiego*. Red. Maria Matey-Tyrowicz, Lesław Nawacki, Barbara Wagner. 298–300. Warszawa: Biblioteka Sejmowa.
- Skąpski, Michał. 2000. *Zagadnienia stosunku pracy między członkami rodziny*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2019. „Uznanie za pracownika osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej”. *Acta Universitatis Lodzianis. Folia Iuridica* 88: 43–56.
- Tomanek, Artur. 2017. „Status osoby samozatrudnionej w świetle znowlizowanych przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 1: 13–20.
- Wagner, Barbara. 2002. „O swobodzie umowy o pracę raz jeszcze”. W *Prawo pracy a wyzwania XXI-go wieku. Księga Jubileuszowa Prof. T. Zielińskiego*. Red. Maria Matey-Tyrowicz, Lesław Nawacki, Barbara Wagner. 359–381. Warszawa: Biblioteka Sejmowa.
- Zieliński, Tadeusz. 1999. „Problem rekodyfikacji prawa pracy”. *Państwo i Prawo* 7: 13–14.
- Zieliński, Tadeusz. 2000. „Umowy o zatrudnienie w aspekcie rekodyfikacji prawa pracy”. W *Szczególne formy zatrudnienia*. Red. Zdzisław Kubot. 53–66. Wrocław: Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa i Administracji.

Tomasz Duraj

THE FUTURE OF CIVIL EMPLOYMENT RELATIONSHIPS

Abstract. The theme of this article is an attempt to show the future of civil-law employment relations. The author presents the scale and causes of the phenomenon of the spread of civil law forms of employment and self-employment in the market economy, which are increasingly displacing the classic employment relationship. In his opinion, this tendency is permanent and irreversible.

In the future, the employment model should be maintained based on the diversity of acceptable employment bases, assuming the freedom of choice of a regime among employment relationship, civil law contracts and self-employment. There is a need to leave the existing employment structure based on the subordinated work criterion under the management of the employer. It is this employment model that must guarantee the widest (fullest) scope of protection, which should compensate the employee for a permanent state of dependence (subordination) on the employer. It is possible to build other civil-law forms of employment around this specific model of employment relationship, to which, to a limited extent, protective labour law provisions should apply. In addition, there is a need to specify in the provisions of the Labour Code the criteria that distinguish the employment relationship from civil law employment relationships, and in particular the employer's subordination criterion.

Keywords: civil law agreements, self-employment, flexible forms of employment, freedom to choose the basis of employment, freedom of contracts, presumption of employment relationship.

*Monika Gładoch**

O POTRZEBIE RÓŻNORODNOŚCI W PRAWIE PRACY

Streszczenie. Panuje przekonanie, że skoro prawo pracy ma chronić pracownika, to ze swojej istoty wymaga ograniczeń. Zasada swobody umów powinna być zatem limitowana. W przeciwnym bowiem wypadku dojdzie do naruszenia systemu prawa pracy. Stąd tylko krok do stwierdzenia, że wolność w prawie pracy może stanowić zagrożenie dla realizacji podstawowej funkcji w prawie pracy. Innymi słowy, im większy uniformizm, czyli jednolitość instytucji, tym większa pewność skuteczności działania funkcji ochronnej prawa pracy. Tymczasem funkcja ochrony pracownika nie może i nie powinna stanowić bariery dla rozwoju prawa pracy. Prawo pracy XXI wieku wymaga różnorodności. Tylko dzięki nowym formom zatrudnienia i organizacji pracy oraz elastyczności można sprostać wyzwaniom rynku pracy.

Słowa kluczowe: swoboda umów, prawo pracy, wolność, różnorodność, jednolitość, rynek pracy.

1. FUNKCJA OCHRONNA A RÓŻNORODNOŚĆ

Z funkcji ochronnej prawa pracy można wyprowadzić prosty, lecz zarazem błędny wniosek, że zbytnia różnorodność lub zbyt daleko posunięta dyferencjacja mogą zagrozić bytowi tej gałęzi prawa. Mówiąc inaczej, w różnorodności można się zagubić i przestać nad nią panować, a w konsekwencji zatracić sens instytucji ochronnych. To nie w pełni przemyślane założenie zapewne rodzi się również z potrzeby odrębności i samodzielności prawa pracy, a konkretnie oderwania tej dyscypliny od prawa cywilnego. Stąd jednak tylko krok do stwierdzenia, że wolność w prawie pracy może stanowić zagrożenie dla realizacji podstawowej funkcji w prawie pracy. Innymi słowy, im większy uniformizm, czyli jednolitość instytucji, tym większa pewność skuteczności działania funkcji ochronnej prawa pracy. Taki pogląd został zresztą wprost wyrażony w literaturze w następujących słowach: „Należy ponadto podkreślić, że uniformizm zwiększa pewność utrzymania osiągniętego poziomu przyznanych przez ustawodawcę uprawnień pracowniczych oraz utrudnia wycofywanie się z przyjętych rozwiązań” (Drał 2017). Inni autorzy twierdzą, że zasada uniformizmu prowadzi do synchronizacji realizacji założonych celów (Salwa 2007). Pojawiają się również opinie, że jedynie dzięki całkowitej jednolitości można osiągnąć ideał równego traktowania w zatrudnieniu,

* Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy, gladoch_law@wp.pl

a to z kolei prowadzi do wniosku, że „w prawie pracy nie ma rozwiązań indywidualnych. Każde rozwiązanie wynegocjowane lub wprowadzone dla osoby A musi być zastosowane w stosunku do osoby B, jeśli znajduje się ona w takiej samej sytuacji faktycznej” (Sobczyk 2017).

Przytoczone powyżej refleksje oparte są na założeniu, że prawo pracy wymaga ze swojej istoty ograniczeń, a tym samym także zasada swobody umów musi być limitowana. W przeciwnym bowiem przypadku dojdzie do zachwiania systemu prawa pracy. Założenie powinno wynikać z określonej zasady. Ta jednak jest dokładnie przeciwna: swoboda umów w prawie pracy istnieje, a jej ograniczenie jest możliwe tylko w przypadkach wyraźnie wskazanych w przepisach. Dominujące w prawie pracy przepisy jednostronnie bezwzględnie obowiązujące „nie eliminują swobody kontraktowania, a jedynie ją ograniczają w interesie pracowników” (Sanetra 2017). Jak słusznie zauważono w literaturze, „Swoboda stron przy ustalaniu treści umowy o pracę zależy od zakresu i charakteru przepisów prawa regulujących tę treść. [...] W konsekwencji do tego, co może umowa, nierzadko dochodzi się stopniowo, nie bez sporów i trudności” (Florek 2017, przytoczony *in extenso* szeroki fragment za: Florek 2012).

Funkcja ochronna prawa pracy nie może i nie powinna stanowić bariery dla rozwoju prawa pracy w celu realizacji postulatu różnorodności. Można jednak odnieść wrażenie, że najmniejsza próba poluzowania ograniczeń kończy się niepowodzeniem. Koronnym argumentem niezmiennie pozostaje postulat konieczności ochrony pracownika, jako słabszej strony stosunku pracy¹. Truizmem jest stwierdzenie, że skoro zmienia się otoczenie społeczno-gospodarcze, to i przepisy prawa pracy powinny podlegać ewolucji. Problem jednak w tym, że kurczowe odwoływanie się do wybranej funkcji i to w sposób dość zawężony i intencjonalny, powoduje paraliż rozwoju jakiegokolwiek instytucji w prawie pracy. Efekt jest taki, że prawo pracy pozostaje w defensywie do nowych cywilnoprawnych form zatrudnienia. I nie chodzi tylko o niższe koszty czy mniejszy zakres ochrony pracownika, lecz nierzadko właśnie o wolność wyboru stron, a zatem prawo do różnorodności w procesie kształtowania ich sytuacji prawnej, wynikające z różnych, nie zaś jednakowych potrzeb. Wydaje się, że doktryna prawa pracy jest już pogodzona z brakiem możliwości zmiany regulacji. Wynika to zapewne z przeświadczenia, że wolność i różnorodność to domena prawa cywilnego. Autorzy zwracają zarazem uwagę na potrzebę funkcjonowania różnych form zatrudnienia, opowiadając się za utrzymaniem dychotomii umów na rynku pracy (zob. m.in. Kijowski 2002; Wagner 2016). Jest to niezbędne choćby dlatego, że nie każdy zatrudniony chce być pracownikiem. Autorzy sugerują jednocześnie potrzebę wprowadzania przepisów ochronnych do umów prawa cywilnego. W mojej ocenie, postulat niesie ze sobą duże ryzyko. Może to bowiem w dalszej perspektywie doprowadzić

¹ Taka refleksja narzuca mi się po dziesięcioletniej pracy w zespołach Trójstronnej Komisji, a obecnie Rady Dialogu Społecznego.

do rezygnacji z umów prawa pracy i wyboru cywilnoprawnych podstaw zatrudnienia (Gładoch 2015).

Pomimo przywołanych wcześniej wypowiedzi przedstawicieli doktryny, wyrażam jednak dość śmiały pogląd, że prawo pracy można zmienić w kierunku większej swobody kształtowania treści stosunku pracy. W jaki sposób osiągnąć tę różnorodność? Nasuwają się dwa rozwiązania. Pierwsze, które opiera się na zaufaniu do stron stosunku pracy i wiąże się z szerszą możliwością kreowania wzajemnych relacji. W tym przypadku przepis ma charakter raczej ogólny i pozostawia stronom prawo wyboru zgodnie z ich potrzebami. Ta metoda może jednak spotkać się z daleko idącą krytyką, która wynika z przeświadczenia, że obowiązkiem państwa jest ingerowanie w stosunki między pracodawcami a pracownikami, w celu zapewnienia równowagi w tych stosunkach i zapobieżenia wyzyskowi słabszych przez silniejszych. „Ta ingerencja ma przede wszystkim postać norm prawnych ograniczających swobodę umów o zatrudnienie” (Liszczycki 2013), co jest spowodowane całkowitym brakiem zaufania do odpowiedzialnych decyzji pracodawcy, uwzględniających choćby w minimalnym stopniu dobro pracownika. Drugie z proponowanych rozwiązań także przewiduje wybór, ale w określonych ramach – w postaci kilku możliwych wariantów lub z użyciem wyjątków przewidzianych w przepisie. Przykładem pierwszej metody regulacji jest umowa o zakazie konkurencji. Nie przypadkiem zresztą, skoro jej rodowód jest cywilistyczny (Gersdorf 2016). Drugi rodzaj regulacji jest charakterystyczny dla przepisów o czasie pracy czy też dopuszczalności zawierania umowy o pracę na czas określony. Nie da się w tym przypadku zaprzeczyć, że wybór sposobu uregulowania relacji istnieje, jednak jest ściśle określony.

W ostatnich latach zwraca się szczególną uwagę na możliwość liberalizacji przepisów prawa pracy w drodze układowej. Jak się okazuje, jest to postulat mający niewielkie zastosowanie w polskich warunkach, przede wszystkim z uwagi na brak reprezentacji pracowniczej w większości zakładów pracy. Pojawia się tu także inny problem, zaledwie zasygnalizowany w polskim piśmiennictwie przez L. Florke, który zauważa: „Nie można różnicować pozycji pracodawców w zakresie możliwości liberalizacji prawa pracy, uzależniając je od tego, czy działają u nich związki zawodowe. Nie można też wymagać od pracodawców, aby inspirowali tworzenie związków zawodowych dla korzystania z uelastycznienia prawa pracy” (Florek 2003).

Niniejsze opracowanie ma na celu zachęcenie do refleksji nad przyszłością prawa pracy. Czy ta gałąź prawa zmierza w kierunku wolności i zaufania czy raczej dalszej reglamentacji i potrzeby ciągłego nadzoru państwa nad warunkami pracy? Druga droga wiedzie prawo pracy ku prawu administracyjnemu, gdzie wolność pracownika musi być uzasadniona potrzebami większości lub ogółu i gdzie państwo ma legitymację do decydowania o dobrostanie wszystkich zatrudnionych. Zaprzecza ona zarazem tendencjom na rynku pracy, które wymagają otwarcia prawa pracy na różnorodność, a nie jednolitość regulacji. Ponadto niesie

ze sobą niebezpieczeństwo przeregulowania, a zatem zbyt dużej ingerencji państwa w stosunki zatrudnienia, podczas gdy powinna się ona raczej koncentrować na zapewnieniu „ochrony pracy, a nie na aktywnym i szerokim kształtowaniu warunków jej wykonywania” (Sanetra 1998).

Dyskusja nad sposobem regulacji norm prawa pracy trwa od wielu lat, jednak w obecnym czasie nabiera szczególnego znaczenia. Wpisuje się bowiem w szerszy dyskurs na temat wolności człowieka i jego godności, a zarazem roli państwa i prawa. Zdaję sobie oczywiście sprawę z wymogów zawartych w Konstytucji RP, a także w normach prawa międzynarodowego i europejskiego. Nie jest moim celem stawianie tez obrazoburczych lub całkowicie nierealnych. Jestem jednak przekonana, że prawo pracy powinno się zmieniać, w mojej ocenie raczej w kierunku wolności niż jej ograniczania.

2. DYFERENCJACJA A RÓŻNORODNOŚĆ

W nauce prawa pracy „dyferencjację” charakteryzuje się na ogół jako wynikające z normy prawnej aksjologicznie uzasadnione zróżnicowanie statusu prawnego podmiotów prawa (Łąga 2016). M. Świącicki kryteria dyferencjacji ujął w trzech grupach: okoliczności dotyczących świadczonej pracy; okoliczności dotyczących osoby pracownika i okoliczności dotyczących zakładu pracy (Świącicki 1968). Dyferencjacja oznacza zatem różnicowanie z uwagi na określoną sytuację, która ponadto posiada społeczne uzasadnienie. Jak wyjaśniono w piśmiennictwie: „W ujęciu aksjologicznym zjawisko dyferencjacji jest wyrazem wartości leżących u podłoża samego systemu prawnego, ze sprawiedliwością jako fundamentalną wartością współczesnych systemów prawnych” (Łąga 2016).

Pojęcie to nie jest zatem tożsame z terminem „różnorodność”, który w potocznym rozumieniu oznacza „złożenie z kilku elementów, inaczej rozmaitość” (*Słownik języka polskiego* 1998). W tym ujęciu różnorodność stanowi zatem antonim jednolitości, inaczej uniformizmu. Różnorodność także posiada własną aksjologię, która oparta jest na potrzebie wolności wyboru i związanej z nią możliwości kształtowania treści stosunku pracy z uwzględnieniem potrzeb obu stron. Intencja poszerzenia różnorodności może być zatem odmienna od celu dyferencjacji. Poza tym, o ile dyferencjacja jest cechą systemu prawa pracy, o tyle różnorodność – jego celowo zapomnianym elementem, mimo bowiem zasady semiimperatywnego charakteru norm prawa pracy, w dalszym ciągu obowiązuje swoboda umów.

Z porównania różnorodności i dyferencjacji w prawie pracy wynika pewien paradoks. Znamienne jest bowiem, że z zakazem dyskryminacji wiąże się potrzeba otwartości na różnorodność (odmienność, inność), innymi słowy obowiązek akceptacji różnorodności po stronie pracowników. Już jednak w sferze regulacyjnej, czyli w zakresie kształtowania statusu prawnego podmiotów, w jej miejsce

wstępuje zasada równego traktowania, która wymaga usprawiedliwienia dla różnorodności. W konsekwencji ustawodawca tłumaczy potrzebę odmiennego traktowania określonych grup podmiotów w prawie pracy. Zgodnie z art. 18^{3b} § 2 k.p. zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie naruszają działania, są proporcjonalne do osiągnięcia zgodnego z prawem celu różnicowania sytuacji pracownika, polegające na: 1) niezatrudnieniu pracownika z jednej lub kilku przyczyn, jeżeli rodzaj pracy lub warunki jej wykonywania powodują, że przyczyna lub przyczyny wymienione w tym przepisie są rzeczywistym i decydującym wymaganiem zawodowym stawianym pracownikowi; 2) wypowiedzeniu pracownikowi warunków zatrudnienia w zakresie wymiaru czasu pracy, jeżeli jest to uzasadnione przyczynami nie dotyczącymi pracowników, bez powoływania się na inną przyczynę lub inne przyczyny wymienione w art. 18^{3a} § 1; 3) stosowaniu środków, które różnicują sytuację prawną pracownika, ze względu na ochronę rodzicielstwa lub niepełnosprawność; 4) stosowaniu kryterium stażu pracy przy ustalaniu warunków zatrudniania i zwalniania pracowników, zasad wynagradzania i awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, co uzasadnia odmiennie traktowanie pracowników ze względu na wiek. Powyższe wyjątki określa się w piśmiennictwie mianem „kontratypów zakazu dyskryminacji” (Wujczyk 2016).

3. OBOWIĄZEK RÓWNEGO TRAKTOWANIA A RÓŻNORODNOŚĆ

Radykalne rozumienie obowiązku równego traktowania prowadzi do błędnego wniosku, że jakiegokolwiek różnicowanie sytuacji prawnej pracowników znajdujących się w podobnej sytuacji faktycznej i prawnej jest bezprawne. Zasada sprawiedliwości będąca fundamentem zasady równości i niedyskryminacji – jak wyjaśnia Trybunał Konstytucyjny – „zakłada istnienie proporcji pomiędzy istotnymi cechami poszczególnych kategorii osób a należnym im traktowaniem – zasada relewantności” (wyrok TK z 6.04.1993 r., K 7/92, OTK 1993, Nr 1, poz. 7). Co więcej, to właśnie zasada sprawiedliwości stanowi czynnik ograniczający możliwość traktowania wszystkich w jednakowy sposób (Wujczyk 2016). Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że prawo pracy musi odmiennie kształtować sytuację poszczególnych pracowników ze względu na wykonywaną przez nich pracę, a także ich cechy osobowe (wyrok TK z 19.02.2001 r., SK 14/00, OTK 2001, Nr 2, poz. 31).

Trybunał wymaga namysłu i głębszej refleksji w stosowaniu zasady równego traktowania, stwierdzając: „Nie każde bowiem nierówne traktowanie stanowi jednocześnie naruszenie zasady równości i zasady sprawiedliwości społecznej” (wyrok TK z 24.04.2002 r., P 5/01, OTK-A 20–02, Nr 3, poz. 28). Organ ten dopuszcza zatem zarówno różnicowanie (dyferencjację), jak i różnorodność. Trudno zresztą nie zgodzić się z poglądem Trybunału, skoro sam przepis regulujący zakaz nierównego traktowania wprost przewiduje różnicowanie sytuacji pracowników

ze względu na odmienności wynikające z ich cech osobistych i różnic w wykonywaniu pracy. Zgodnie z art. 11² k.p., pracownicy mają równe prawa z tytułu jednakowego wypełniania takich samych obowiązków.

4. UNIFORMIZM A RÓŻNORODNOŚĆ

Uniformizm, w odróżnieniu od zasady równego traktowania, usprawnia realizację określonych celów społecznych ustawodawcy. Polega on na narzucaniu ogólnych zasad przez państwo, które samo ustala, co jest dobre dla pracowników. Rodzi zatem wiele kontrowersji o charakterze aksjologicznym. Ten, kto ma władzę, ten kwalifikuje potrzeby wymagające regulacji prawnej, a następnie wprowadza je w życie. Uniformizacja odbywa się na różnych poziomach: krajowym, europejskim i międzynarodowym. Na ogół, co stanowi oczywistą wartość prawa pracy, gwarantuje pracownikom standardy zatrudnienia, czyli humanizuje pracę. Zdarza się jednak, co dotyczy przede wszystkim norm krajowych, że państwo wkracza w relacje między stronami stosunku pracy tak dalece, że je zawłaszcza. Jest to proces obserwowany w polskim systemie prawa pracy od okresu powojennego aż po czasy współczesne (Sanetra 2001). W latach 90. ubiegłego wieku przedstawiciele teorii prawa pracy stali na stanowisku, że nadzór państwa nad warunkami pracy jest nieodzowny i powinien być wzmocniony, gdyż gospodarka rynkowa niesie ze sobą realne zagrożenie dla pracowników (Zieliński 2001). W konsekwencji doszło do zjawiska nadregulacji, która nie tylko utrudniała rozwój dialogu społecznego, ale także funkcjonowanie przedsiębiorstw w gospodarce rynkowej. Wykładnia sądowa zaczęła odgrywać większą rolę od prawa stanowionego, szczególnie w sprawach dotyczących dopuszczalności zawierania umów terminowych, a także zmiany i rozwiązywania umów o pracę. Coraz częściej w literaturze podnosi się problem związany z niskim poziomem ochrony polskich pracowników w porównaniu ze standardami obowiązującymi w innych krajach (Mitrus 2018), mimo że regulacje prawa pracy wskazywałyby na odmienną, raczej przychylną ocenę.

Zbyt daleko posunięty uniformizm prowadzi do negatywnych skutków nie tylko dla rynku pracy, ale także dla nauki prawa pracy, o czym świadczy choćby dyskusja dotycząca charakteru prawnego norm prawa pracy i pojawiająca się suggestia o ich publicznoprawnym (Musiała 2018), a wręcz administracyjnoprawnym charakterze (Sobczyk 2017). Nie wchodząc w głębszą polemikę z prezentowanymi tezami, chciałabym jedynie zwrócić uwagę na dorobek niemieckiej nauki prawa pracy, w której mimo na wskroś socjalnego charakteru przepisów, dominuje pogląd o prywatnoprawnym charakterze norm prawa pracy, a dyskusja w tym przedmiocie zakończyła się już kilkadziesiąt lat temu.

Wbrew tendencjom krajowym, uniformizm staje się zasadą ustępującą dyferencjacji, a w dalszej perspektywie również różnicowaniu. Sytuacja ta jest

wynikiem nie tylko nowych metod zarządzania, nowoczesnych technologii, zmiany sposobu życia, ale przede wszystkim struktury przedsiębiorstw, w których dominują mali i średni pracodawcy. Znalezienie w tego typu firmach pracowników na porównywalnych stanowiskach i o podobnych kompetencjach jest stosunkowo rzadkie. Głównym problemem zatrudnionych w tego typu strukturach nie jest naruszenie zasady równego traktowania, lecz raczej brak możliwości elastycznego kształtowania sposobu świadczenia pracy.

5. ZAKOŃCZENIE

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że prawo pracy potrzebuje różnicowania, a nie uniformizmu, dyferencjacji, a nie jednolitości. Zahamowanie różnorodności oznacza zatrzymanie procesu rozwojowego tej gałęzi prawa, a jednocześnie pozbawienie prawa pracy realnego wpływu na zmieniającą się rzeczywistość. Postulat różnorodności niesie ze sobą konieczność otwarcia się na szersze wykorzystanie zasady swobody umów w prawie pracy. Zmusza zarazem ustawodawcę do wprowadzenia nowych lub rozwinięcia istniejących instytucji, w sposób umożliwiający stronom dokonywanie wyboru i możliwość kształtowania wzajemnych relacji zgodnie z ich potrzebami i oczekiwaniami. Zarówno zasada semiimperatywnego charakteru norm prawa pracy, jak i zasada równości nie stanowią bariery dla rozwoju idei różnorodności, która nie oznacza dla nich konkurencji i nie powinna być traktowana w kategorii zagrożenia dla dobra pracowników.

BIBLIOGRAFIA

- Dral, Antoni. 2017. W *System prawa pracy. Część ogólna*. Red. Krzysztof W. Baran. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Florek, Ludwik. 2003. „Granice liberalizacji prawa pracy”. W *Materiały z XIV Zjazdu Katedr Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Florek, Ludwik. 2012. „Swoboda umów w prawie pracy”. W *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*. Red. Michał Seweryński, Jakub Stelina. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Florek, Ludwik. 2017. W *System prawa pracy. Indywidualne prawo pracy. Część ogólna*. Red. Grzegorz Goździewicz. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gersdorf, Małgorzata. 2016. „Interakcje prawa cywilnego i prawa pracy na przykładzie klauzuli konkurencyjnej po ustaniu zatrudnienia”. W *Prawo pracy. Między gospodarką a ochroną pracy. Księga jubileuszowa Profesora Ludwika Florka*. Red. Monika Latos-Miłkowska, Łukasz Pisarczyk. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gładoch, Monika. 2015. „Prawo pracy a umowa o zatrudnienie wspólna dla wszystkich”. *Rzeczpospolita*, 4.08, <https://www.rp.pl/Elastycznosc-daje-prace/308049948-Prawo-pracy-a-umowa-o-zatrudnienie-wspolna-dla-wszystkich.html>.

- Kijowski, Andrzej. 2002. „Zakres swobody pracodawcy w korzystaniu z zatrudnienia cywilnoprawnego”. W *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*. Red. Maria Matey-Tyrowicz, Lesław Nawacki, Barbara Wagner. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Liszczy, Teresa. 2013. „Konstytucyjna zasada ochrony pracy”. W *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*. Red. Gertruda Uścińska. Warszawa: Instytut Pracy i Spraw Socjalnych.
- Łaga, Maciej. 2016. *Wielkość zatrudnienia jako kryterium dyferencjacji w prawie pracy*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Mitrus, Leszek. 2018. *Wypowiedzenie umowy o pracę z przyczyn dotyczących pracownika*. Warszawa: C.H. Beck.
- Musiąła, Anna. 2018. „Homo iuridicus prawa pracy”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 5: 6–12.
- Salwa, Zbigniew. 2007. *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Sanetra, Walerian. 1998. „Konstytucyjne prawo do rokowań”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 12: 3–9.
- Sanetra, Walerian. 2001. „Prawo pracy a polityka”. W *Prawo pracy u progu XXI wieku. Stare problemy i wyzwania współczesności*. Białystok: Wydawnictwo Uniwersytetu w Białymstoku.
- Sanetra, Walerian. 2017. W *System prawa pracy, Indywidualne prawo pracy. Część ogólna*. Red. Grzegorz Goździewicz. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Słownik języka polskiego*. 1998. Red. Mieczysław Szymczak. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Sobczyk, Arkadiusz. 2017. W *System prawa pracy. Część ogólna*. Red. Krzysztof W. Baran. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Święcicki, Maciej. 1968. *Prawo pracy. Teksty prawne do celów dydaktycznych*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Wagner, Barbara. 2016. „Na marginesie problemu przydatności prawa pracy dla gospodarki”. W *Prawo pracy. Między gospodarką a ochroną pracy. Księga jubileuszowa Profesora Ludwika Florka*. Red. Monika Latos-Miłkowska, Łukasz Pisarczyk. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wujczyk, Marcin. 2016. *Zakaz dyskryminacji w prawie pracy. Rozważania porównawcze de lege lata i de lege ferenda na gruncie polskich i brytyjskich przepisów antydyskryminacyjnych*. Warszawa: C.H. Beck.
- Zieliński, Tadeusz. 2001. „Zasady prawa pracy w nowym systemie ustrojowym”. *Państwo i Prawo* 12: 3–14.

Monika Gładoch

ABOUT THE NEED FOR DIVERSITY IN LABOUR LAW

Abstract. There is a conviction that if labour law is to protect the employee it in its essence requires restrictions. Therefore, the principle of contract freedom should be limited. Otherwise, there will be violation of the labour law system. Otherwise, there will be violation of the labour law system. It is only a step away from the statement that freedom in labour law may pose a threat to the implementation of the basic function in labour law. In other words, the greater uniformity i.e. uniformity of institutions, the greater the certainty and effectiveness of the protective function of labour law. Meanwhile, the employee protection function cannot be a barrier to the development of labour law. The labour law of the 21st century requires diversity. Only thanks to new forms of employment, work organization and flexibility, labour law can meet challenges of the labour market.

Keywords: freedom of contracts, labour law, freedom, diversity, uniformity, labour market.

*Agata Ludera-Ruszel**

UMOWY PRAWA CYWILNEGO JAKO PODSTAWA ZATRUDNIENIA – WYBRANE ZAGADNIENIA

Streszczenie. Przedmiotem niniejszego opracowania jest kwestia wykorzystywania umów prawa cywilnego jako podstawy świadczenia pracy. Ze względu na istniejące w obowiązującym ustawodawstwie różnice w prawnym unormowaniu zatrudnienia pracowniczego i niepracowniczego stosowanie umów cywilnych w stosunkach zatrudnienia pociąga za sobą doniosłe skutki społeczne. Równocześnie kwestia ta pozostaje niezwykle aktualna ze względu na utrzymującą się skalę zjawiska zawierania umów cywilnoprawnych w miejsce tradycyjnie zawieranych umów o pracę. Z uwagi na ograniczone ramy opracowania podjęte rozważania koncentrują się na wybranych aspektach zatrudnienia na podstawie umów prawa cywilnego.

Słowa kluczowe: zatrudnienie, umowy prawa cywilnego, prawo pracy, elastyczność, stosunek pracy.

1.

Zjawisko globalizacji gospodarki światowej i związany z tym wzrost konkurencyjności wpływają na rynek pracy i model zatrudnienia pracowników (Walczak 2011, 81–82). Cechą gospodarki postindustrialnej jest elastyczność, która w dziedzinie zatrudnienia oznacza zdolność dostosowania struktury, wielkości i kwalifikacji pracowników do zmieniających się potrzeb pracodawcy (Patulski 2008, 64). J. Atkinson wyróżnił cztery typy elastyczności w kształtowaniu zatrudnienia na poziomie przedsiębiorstwa. Są to: elastyczność ilościowa (numeryczna) rozumiana jako zdolność dostosowania wielkości zatrudnienia do zmian w zakresie wielkości popytu; jej odmianą jest elastyczność czasu pracy, która przejawia się w możliwości dostosowania długości i organizacji czasu pracy do potrzeb przedsiębiorstwa, pracownika bądź grupy pracowników; elastyczność zadaniowa (funkcjonalna), która oznacza zdolność firmy do zmiany realizowanych zadań bez konieczności korzystania z zasobów zewnętrznego rynku pracy, osiągnięta dzięki wewnętrznej mobilności pracowników oraz elastyczność płac, która wyraża się w możliwości dostosowania wysokości i struktury wynagrodzeń do sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa (Atkinson 1984, 28–81). Konieczność sprostania wymaganiom kreowanym przez zmieniającą się rzeczywistość skutkuje wzrostem

* Uniwersytet Rzeszowski, Wydział Prawa i Administracji, Zakład Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, aruszela@ur.edu.pl

znaczenia atypowych (nietypowych) pracowniczych i niepracowniczych form zatrudnienia, które w mniejszym lub większym stopniu odbiegają od „typowego” modelu zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony, w pełnym wymiarze czasu pracy, świadczonej w siedzibie pracodawcy, w określonych ramach czasowych. Wśród atypowych niepracowniczych form zatrudnienia polski rynek pracy charakteryzuje szerokie wykorzystywanie umów prawa cywilnego – umowy o dzieło, umowy zlecenia oraz innych umów o świadczenie usług. W przeważającej liczbie przypadków świadczenie pracy na tej podstawie odbywa się w ramach samozatrudnienia, czyli jednoosobowej działalności gospodarczej osoby zatrudnionej, prowadzonej na jej własny rachunek i ryzyko (Ludera-Ruszel 2017, 45).

2.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 grudnia 1999 r. (I PKN 432/99, OSNP 2001, nr 9, poz. 310) wskazał, że zatrudnienie nie musi mieć charakteru pracowniczego, a praca może być świadczona także na podstawie umów cywilnoprawnych. Pogląd ten pozostaje aktualny w odniesieniu do jednej umowy stron, jako podstawy świadczenia pracy określonego rodzaju, jak również kolejnych umów zawieranych przez strony, obok istniejącej już umowy o pracę bądź umowy cywilnoprawnej. W wyroku z dnia 13 marca 1997 r. (I PKN 43/97, OSNP 1997, nr 24, poz. 494) Sąd Najwyższy potwierdził dopuszczalność zawierania odrębnych umów o pracę między tymi samymi stronami pod warunkiem, że ich przedmiotem jest praca innego rodzaju, niż wynikająca z zawartej wcześniej umowy o pracę. Dotyczy to odpowiednio także umowy cywilnoprawnej zawartej przez pracodawcę i pracownika na wykonywanie dodatkowych zadań, obok objętych treścią stosunku pracy (por. wyrok SN z 30.06.2000 r., II UKN 523/99, OSNP 2002, nr 1, poz. 22). Z powyższego wynika, że w stosunkach zatrudnienia nie obowiązuje prymat zatrudnienia pracowniczego nad zatrudnieniem niepracowniczym. Równocześnie brakuje domniemania prawnego zawarcia umowy o pracę, w szczególności takie domniemanie nie wynika z dyspozycji art. 22 § 1¹ k.p. (Goździewicz 2015, 51; Rączka 1997, 11; zob. wyrok SN z 9.12.1999 r., I PKN 432/99, OSNAPiUS 2001/9/310)¹.

Zgodnie z cywilistyczną zasadą swobody umów, co do zasady, wybór podstawy prawnej zatrudnienia pozostaje w gestii zainteresowanych stron (art. 353¹ k.c. w zw. z art. 300 k.p.)². Zgodny zamiar stron – wyrażony w nazwie umowy – oraz cel umowy, jako szczególne reguły wykładni oświadczeń woli, wskazane w art. 65

¹ Odmienne Grzegorz Orłowski, „Umowa zlecenia a miękkie domniemanie stosunku pracy”, *Monitor Prawa Pracy* 2007, nr 3, s. 135.

² Stanowisko to potwierdza bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego. Przykładowo w wyroku z dnia 26 marca 2008 r. (I UK 282/07, LEX nr 411051) Sąd Najwyższy orzekł, że „O rodzaju

§ 2 k.c. w zw. z art. 300 k.p., mogą przesądzać o rodzaju zawartej umowy. Dotyczy to zwłaszcza przypadku, gdy zawarta przez strony umowa wykazuje cechy wspólne dla umowy o pracę i umowy prawa cywilnego z jednakowym ich nasileniem (zob. wyrok SN z 10.06.1998 r., I PKN 191/98, OSNP 1999, nr 10, poz. 184; wyrok SN z 28.10.1998 r., I PKN 404/98, OSNP 1998, nr 24, poz. 774; wyrok SN z 27.05.2010 r., II PK 354/09, Lex nr 598002)³. Nie w każdym jednak przypadku zgodny zamiar stron – uzewnętrzzniony w nazwie umowy – będzie przesądzał o dojściu do skutku umowy cywilnoprawnej jako podstawy zatrudnienia. Ponadto, ze względu na zależność, w jakiej znajduje się pracownik od podmiotu zatrudniającego, ustalenie, czy w konkretnym przypadku wola zawarcia umowy prawa cywilnego została swobodnie wyrażona, może w praktyce okazać się znacznie utrudnione, a nawet niemożliwe. Na gruncie stosunku pracy cywilna zasada swobody umów doznaje ograniczeń (Świątkowski 2015, 245). Znaczenie normy wynikającej z art. 22 § 1¹ k.p. wyraża się w tym, że wypływa z niej nakaz dokonywania oceny, czy istniejący między stronami stosunek prawny odznacza się cechami właściwymi dla stosunku pracy. W sytuacji, gdy zawarta przez strony umowa zawiera wszystkie cechy stosunku pracy, nie jest możliwe zastąpienie stosunku pracy umową prawa cywilnego, co potwierdza treść art. 22 §1² k.p. Wyraża się w tym ochronny charakter norm prawa pracy, które mają na celu ochronę pracownika, jako z założenia słabszą stronę stosunku pracy, przykładowo przed wykonywaniem przez niego pracy ponad ustalone limity czasu pracy. Jak wskazał Sąd Najwyższy, oceny charakteru umowy należy dokonywać nie tylko na podstawie przyjętych przez jej strony postanowień, które mogą mieć na celu stworzenie pozoru innej umowy, lecz także na podstawie faktycznych warunków jej wykonywania (zob. wyrok SN z 5.05.2010 r., I PKN 8/10, Lex nr 602668), w szczególności będzie to świadczenie pracy w określonej zależności od podmiotu zatrudniającego, właściwej dla stosunku pracy (zob. wyrok SN z 11.09.2013 r., II PK 372/12, OSNP 2014, nr 6, poz. 80). Zatrudnienie na podstawie umowy cywilnoprawnej w warunkach właściwych dla stosunku pracy, jak również zawarcie przez pracodawcę i pracownika umowy prawa cywilnego przy pracach tego samego rodzaju, co objęte stosunkiem pracy, nie skutkuje jej nieważnością, jako pozornej czynności prawnej (w pierwszym przypadku) lub czynności mającej na celu obejście ochronnych regulacji prawa pracy (w drugim przypadku). W tym zakresie Kodeks pracy, we wspomnianym wyżej art. 22 §1¹ k.p., przewiduje inny skutek, tj. nawiązanie na tej podstawie stosunku pracy. Skutek ten jest niezależny od tego, czy w konkretnym przypadku zawarcie umowy cywilnoprawnej odpowiadało interesowi stron.

zawartej umowy decyduje nie tylko i nie tyle jej nazwa, ile cel i zgodny zamiar stron. O wyborze podstawy zatrudnienia decyduje bowiem przede wszystkim zgodna, autonomiczna wola stron”.

³ W wyroku z dnia 23 stycznia 2002 r. Sąd Najwyższy wskazał, że umowa nie może mieć charakteru mieszanego – umowy o pracę i umowy prawa cywilnego (I PKN 786/00, OSNP 2004, nr 2, poz. 30).

3.

Stosowanie umów prawa cywilnego w stosunkach zatrudnienia jest jednym ze sposobów na osiągnięcie elastyczności numerycznej, funkcjonalnej oraz elastyczności płac. Umowy prawa cywilnego nie podlegają przepisom Kodeksu pracy oraz ustawy określającej minimalne wynagrodzenie za pracę (Ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 847). Z tego względu umożliwiają łatwą i pozbawioną kosztów zmianę poziomu, struktury i warunków zatrudnienia bez ograniczeń wynikających z ochronnych przepisów prawa pracy i zasady uprzywilejowania pracowników, w tym ustalenie wynagrodzenia na poziomie znacznie odbiegającym od minimalnego wynagrodzenia za pracę (Godlewska-Bujok 2014, 5). Z tego powodu w obecnych warunkach rynkowych umowy prawa cywilnego są powszechnie stosowane zamiast umowy o pracę. Polityka zatrudnienia, w której zatrudnienie cywilnoprawne jest postrzegane jako alternatywa dla zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, prowadzi do sytuacji, w której umowy te są nadużywane przez pracodawców i stosowane niezgodnie z ich społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, często wbrew woli zatrudnionych. Dotyczy to zwłaszcza umów cywilnoprawnych zawieranych w warunkach tzw. samozatrudnienia ekonomicznie zależnego, gdzie świadczenie pracy odbywa się wyłącznie bądź w przeważającym zakresie na rzecz jednego podmiotu w sposób zbliżony do stosunku pracy (Ludera-Ruszel 2017, 45–46). Problem „niechcianego” zatrudnienia cywilnoprawnego dotyczy tych zatrudnionych, którzy mają słabą pozycję negocjacyjną względem pracodawcy. Jest to związane z brakiem bądź niskim poziomem ochrony związkowej takich zatrudnionych lub ich niekorzystną sytuacją na rynku pracy, determinowaną przez ich wiek, obowiązki rodzinne oraz brak kwalifikacji zawodowych bądź nieposiadanie kwalifikacji dostosowanych do aktualnych potrzeb rynku pracy. W stosunku do takich osób umowa prawa cywilnego nabiera cech umowy adhezyjnej (umowy o przystąpienie), gdzie rodzaj umowy oraz warunki zatrudnienia określa jednostronnie silniejszy ekonomicznie podmiot zatrudniający, bez ich negocjowania z zatrudnianym, który może jedynie przystąpić do takiej umowy bądź zrezygnować z jej zawarcia.

Nadużycia w zakresie stosowania umów prawa cywilnego odpowiadają za istniejący stan głębokiej segmentacji polskiego rynku pracy na tzw. lepszych i gorszych pracowników, których stosunek zatrudnienia charakteryzuje niepewność, niestabilność i brak poczucia bezpieczeństwa (Patulski 2013, 81–82). Ze względu na brak pewności i stabilności, które charakteryzują „niechciane” zatrudnienie cywilnoprawne, jest ono powszechnie utożsamiane z prekariatem – pojęciem stosowanym na oznaczenie kategorii osób pozbawionych siedmiu gwarancji zatrudnienia oznaczonych przez G. Standinga jako: gwarancja rynku pracy (*labour market security*), gwarancja zatrudnienia (*employment security*),

gwarancja pracy (*job security*), gwarancja bezpieczeństwa w pracy (*work security*), gwarancja reprodukcji umiejętności (*skill reproduction security*), gwarancja dochodu (*income security*) oraz gwarancja reprezentacji (*representation security*) (Standing 2011, 18, 27).

4.

Konstytucyjna zasada ochrony pracy (art. 24 Konstytucji RP) rozciąga się na każdy przypadek świadczenia pracy, bez względu na jej podstawę prawną, a zatem nie tylko na podstawie stosunku pracy, ale także w oparciu o umowy prawa cywilnego (zob. wyrok SN z 7.10.2004 r., II PK 29/04, OSNP 2005, nr 7, poz. 97). Zasada ta stanowi jedną z podstawowych zasad, na jakich opiera się model ustroju społeczno-gospodarczego państwa, który został określony w art. 20 Konstytucji RP jako społeczna gospodarka rynkowa (Dral, Bury 2014, 236). Z zasady tej wynika dla władzy państwowej nakaz ochrony pracy oraz upoważnienie do sprawowania nadzoru nad warunkami pracy. Objęcie pracy ochroną konstytucyjną oznacza, że stosunki mające za przedmiot świadczenie pracy nie są pozostawione swobodnemu działaniu mechanizmów rynkowych. Konflikt, jaki występuje na linii praca–kapitał, generuje rozmaite, coraz to nowsze, zagrożenia dla „ludzi pracy”, które wymagają ingerencji państwa w relację między zatrudnionym a zatrudniającym w celu zagwarantowania równowagi między stronami w stosunku zatrudnienia. W tym sensie zasada ochrony pracy wyznacza dla podmiotu zatrudniającego granice korzystania w stosunkach zatrudnienia ze swobody działalności gospodarczej (Oniszczyk 2010, 297). Nadanie pracy wartości konstytucyjnej wynika ze szczególnego znaczenia pracy w wymiarze społecznym i indywidualnym. Praca, jako przedmiot „transakcji” w stosunku zatrudnienia, nie jest towarem⁴, nie da się jej bowiem oddzielić od osoby pracownika. W rzeczywistości ochroną na gruncie tej zasady objęty jest człowiek świadczący pracę, co oznacza, że realizacja zasady ochrony pracy ma istotne znaczenie dla zagwarantowania ochrony godności osoby zatrudnionej, której poszanowanie ma swoją podstawę w art. 30 Konstytucji RP (Liszczyk 2014, 254).

Przejawem obowiązywania zasady ochrony pracy są istniejące rozwiązania prawne i instytucjonalne – posiadające częściowo konstytucyjną podstawę – które mają na celu zniwelować negatywne dla zatrudnionych skutki, jakie potencjalnie mogą wynikać ze świadczenia pracy. Z zasady tej wynika obowiązek państwa zagwarantowania prawa wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca wykonywania pracy, zakaz stałego zatrudniania dzieci do lat 16, określenie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zagwarantowanie zatrudnionym

⁴ Jest to podstawowa zasada, na której swoją działalność opiera Międzynarodowa Organizacja Pracy (MOP), a wyrażona została ona w Deklaracji filadelfijskiej z dnia 10 kwietnia 1944 r.

możliwości zrzeszania się w związkach zawodowych w celu ochrony swoich praw, prowadzenie polityki zmierzającej do pełnego, produktywnego zatrudnienia, zagwarantowanie prawa do bezpiecznych i higienicznych warunków świadczenia pracy oraz prawa do ustawowo określonych dni wolnych od pracy oraz corocznych płatnych urlopów, jak również ustalenie minimalnych norm czasu pracy (Skrzydło 2013).

5.

Na gruncie obowiązującego ustawodawstwa najszerszy zakres ochrony stosunku zatrudnienia przysługuje osobom świadczącym pracę na podstawie stosunku pracy. Ochrona pracownika stanowi cel prawa pracy i jego funkcji ochronnej. Przejawem ochronnej funkcji prawa pracy jest wspomniana wyżej zasada uprzywilejowania pracownika (art. 18 k.p.), określana też jako zasada ochrony uprawnień pracowniczych (Rączka 2010, 73), która ogranicza swobodę kontraktową stron stosunku pracy w odniesieniu do postanowień, które są mniej korzystne dla pracownika, niż wynikające z przepisów prawa pracy. Wiąże się z tym charakter norm prawa pracy, które w przeważającym zakresie stanowią normy jednostronnie bezwzględnie obowiązujące (semiimperatywne). Umowy prawa cywilnego nie gwarantują zatrudnionym analogicznego do umowy o pracę poziomu ochrony i stabilizacji stosunku zatrudnienia. Wyjątek dotyczy jedynie umowy o pracę nakładczą, do której stosuje się przepisy prawa pracy w zakresie określonym w rozporządzeniu Rady Ministrów (art. 303 § 1 k.p.) (Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą, Dz.U. z 1976 r., nr 3, poz. 19). Strony umowy prawa cywilnego korzystają z szerokiej swobody kształtowania wzajemnych praw i obowiązków, która podlega tylko ogólnym ograniczeniom wynikającym z zasady swobody umów, wskazanych w art. 353¹ k.c. Oznacza to możliwość kształtowania postanowień umownych w sposób odbiegający na niekorzyść zatrudnionego od regulacji ustawowych.

Zasada ochrony pracy dopuszcza zróżnicowanie poziomu ochrony zatrudnionych ze względu na różnice w ich położeniu względem podmiotu zatrudniającego. Dyferencjacja poziomu ochrony pracy różnych kategorii zatrudnionych nie stanowi naruszenia zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), jeżeli nie prowadzi do odmiennego traktowania podmiotów charakteryzujących się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) (zob. wyrok TK z 12.12.1994 r., K 3/94, OTK 1994, nr 2, poz. 42). Istniejące zróżnicowanie sytuacji prawnej zatrudnionych w pracowniczych i niepracowniczych formach zatrudnienia uzasadnia się specyfiką pracy w ramach stosunku pracy, która świadczona jest w warunkach organizacyjnego podporządkowania pracownika pracodawcy (Ludera-Ruszel 2017, 50–53). W ramach stosunku podporządkowania pracodawca może wpływać

na proces świadczenia pracy przez wydawanie pracownikowi wiążących poleceń dotyczących pracy (Ludera-Ruszel 2017, 50–53). Pracownicze podporządkowanie stanowi cechę konieczną stosunku pracy, wyróżniającą go od innych form zatrudnienia, w szczególności tych opartych na umowach prawa cywilnego (Duraj 2013a, 290), gdzie cechy kierownictwa i podporządkowania nie występują z takim nasileniem jak w stosunku pracy (zob. wyrok SN z 11.09.2013 r., II PK 372/12, OSNP 2014/6/80).

Element podporządkowania osłabia pozycję pracownika w stosunku pracy, jednak o jego faktycznej pozycji względem pracodawcy decyduje element zależności ekonomicznej (Duraj 2013b, 8–14). Pod pojęciem zależności ekonomicznej rozumie się sytuację, w której „dochody wykonawcy pracy zależą prawie wyłącznie (w przeważającej części) od podmiotu zatrudniającego, który osiąga korzyści z pracy wykonywanej przez tę osobę” (Duraj 2011, 54). Zależności ekonomicznej nie należy utożsamiać z pracowniczym podporządkowaniem, jednak poziom uzależnienia ekonomicznego pracownika od pracodawcy – determinowany przez jego sytuację na rynku pracy – wpływa bezpośrednio na stopień pracowniczego podporządkowania (Liszczy 2011, 116–117). Zależność ekonomiczna jest cechą swoistą nie tylko dla stosunku pracy, ale występuje – często z takim samym nasileniem – także w zatrudnieniu opartym na umowach prawa cywilnego, co zbliża stosunek cywilnoprawny do stosunku pracy. Stosunek zależności ekonomicznej występuje zwłaszcza w tzw. samozatrudnieniu ekonomicznie zależnym, w którym świadczenie pracy odbywa się wyłącznie bądź w przeważającym zakresie na rzecz jednego podmiotu, co odróżnia tę kategorię prawną od „klasycznego” samozatrudnienia.

Z przeprowadzonych rozważań wynika, że umowy prawa cywilnego stanowią specyfikę polskiego rynku pracy. Pomimo że zatrudnienie cywilnoprawne stanowi prawnie dopuszczalną formę zatrudnienia, wykorzystywanie umów prawa cywilnego w stosunkach zatrudnienia jest generalnie odbierane jako zjawisko negatywne. Zatrudnienie cywilnoprawne jest powszechnie utożsamiane z brakiem pewności i bezpieczeństwa, które dla odmiany charakteryzują zatrudnienie na podstawie stosunku pracy. Zależność ekonomiczna pracownika od pracodawcy właściwa dla stosunku pracy występuje także w zatrudnieniu cywilnoprawnym, w takim samym, a często nawet większym stopniu niż w stosunku pracy. Dotyczy to zwłaszcza kategorii określanej jako samozatrudnienie ekonomicznie zależne. Ze względu na ów stan zależności ekonomicznej, jaki charakteryzuje tę grupę osób świadczących pracę na podstawie umów prawa cywilnego, sytuacja takich zatrudnionych jest zbliżona do sytuacji pracownika w stosunku pracy. W takich uwarunkowaniach postulować należy przyznanie osobom zatrudnionym na podstawie umów prawa cywilnego szerszego niż obecnie zakresu ochrony stosunku zatrudnienia.

BIBLIOGRAFIA

- Atkinson, John. 1984. „Manpower strategies for flexible organizations”. *Personal Management* 8: 28–81.
- Dral, Antoni, Beata Bury. 2014. „Zasada ochrony pracy w świetle Konstytucji RP”. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego* 3: 233–251.
- Duraj, Tomasz. 2011. „Tradycyjne ujęcie pracowniczego podporządkowania – wybrane problemy prawne”. *Studia Prawno-Ekonomiczne* LXXXIII: 35–61.
- Duraj, Tomasz. 2013a. „Pracownicze podporządkowanie a pozycja stron stosunku pracy i jego charakter prawny”. W *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga Jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*. Red. Gertruda Uścińska. 290–302. Warszawa: Instytut Pracy i Spraw Socjalnych.
- Duraj, Tomasz. 2013b. „Zależność ekonomiczna jako kryterium identyfikacji stosunku pracy – analiza krytyczna”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 6: 8–14.
- Godlewska-Bujok, Barbara. 2014. „Prekariat a umowy prekaryjne. Głos w dyskusji”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 9: 2–6.
- Goździewicz, Grzegorz. 2015. „Komentarz”. W *Kodeks pracy*. Red. Ludwik Florek. 183–218. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Liszczyńska, Teresa. 2011. „W sprawie podporządkowania pracownika”. W *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*. Red. Ludwik Florek, Łukasz Pisarczyk. 114–122. Warszawa: LexisNexis.
- Liszczyńska, Teresa. 2014. „Praca i kapitał w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”. *Studia Iuridica Lublinensia* 22: 253–278.
- Ludera-Ruszel, Agata. 2017. „Samozatrudnienie ekonomicznie zależne a konstytucyjna zasada ochrony pracy”. *Roczniki Nauk Prawnych* XXVII, 1: 43–61.
- Oniszczyk, Jerzy. 2010. „Źródła prawa pracy”. W *Zarys systemu prawa pracy. Tom I. Część ogólna*. Red. Krzysztof W. Baran. 253–466. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Patulski, Andrzej. 2008. „Nietypowe formy zatrudnienia. Elastyczność czy stabilizacja? Część 1”. *Monitor Prawa Pracy* 2: 64–68.
- Patulski, Andrzej. 2013. „Praca niepewna jako produkt zmian na współczesnym rynku pracy”. W *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga Jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*. Red. Gertruda Uścińska. Warszawa: Instytut Pracy i Spraw Socjalnych.
- Rączka, Krzysztof. 1997. „Czy domniemanie stosunku pracy”. *Przegląd Ubezpieczeń Społecznych i Gospodarczych* 2: 6–11.
- Rączka, Krzysztof. 2010. „Komentarz”. W *Kodeks pracy*. Red. Małgorzata Gersdorf, Krzysztof Rączka, Michał Raczkowski. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Skrzydło, Wiesław. 2012. *Konstytucja RP. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Standing, Guy. 2011. *The Precariat: The New Dangerous Class*. London: Bloomsbury.
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2015a. „Cywilnoprawne zatrudnienie niepracownicze”. W *System prawa pracy. Zatrudnienie niepracownicze*. Tom VII. Red. Krzysztof W. Baran. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2015b. „Prawo wyboru podstawy zatrudnienia”. W *Studia Iuridica Lublinensia* XXIV(3). *Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Teresie Liszczyńskiej*. Lublin: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Walczak, Krzysztof. 2011. „Wpływ globalizacji i ogólnoswiatowego kryzysu na podstawy i warunki zatrudnienia. Wyzwania dla polskiego prawa pracy”. W *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*. Red. Ludwik Florek, Łukasz Pisarczyk. Warszawa: LexisNexis.

Agata Ludera-Ruszel

**EMPLOYMENT UNDER CIVIL LAW CONTRACTS
– SELECTED ISSUES**

Abstract. This paper offers an analysis of the selected issues of employment under civil law contracts. Due to the differences existing in the national legislation between employee and non-employee employment the use of civil law contract as a basis for employment has major social implications. At the same time, this issue remains extremely up-to-date due to the persistent scale of civil law contracting in place of traditionally concluded contracts of employment.

Keywords: employment, civil law contracts, labour law, flexibility, employment relationship.

*Małgorzata Gersdorf**

NOWE TRENDY GOSPODARCZE A REGUŁA DOMNIEMANIA ZAWARCIA UMOWY O PRACĘ

Streszczenie. Artykuł odnosi się do różnych podstaw zatrudnienia. Autorka wyraża przekonanie, że innowacyjność gospodarki wymaga zwiększenia udziału zatrudnienia zadaniowego, a do tego bardziej przystają stosunki cywilnoprawne. W tym kontekście sprzeciwia się koncepcji domniemania zawarcia umowy o pracę.

Słowa kluczowe: innowacyjność gospodarki, forma zatrudnienia, domniemanie zawarcia umowy o pracę.

1. WPROWADZENIE

W publikacjach naukowych z zakresu prawa pracy powraca problem zatrudnienia cywilnoprawnego jako formy zatrudnienia negatywnie ocenianej przez ludzi pracy. Jest to zbyt uproszczona ocena, szczególnie w przypadku branż i sektorów, które są oparte na innowacyjności, a do tego rodzaju gospodarki jako kraj mamy przecież zmierzać. Wiatry historii gospodarczej zmieniają bowiem drogowskazy. Czy umiemy „tańczyć do muzyki przyszłości” (Lec 1957)?

Już teraz możemy powiedzieć, że rzeczywiste zagrożenia dla wolnej pracy wolnych ludzi w nowoczesnym świecie leżą gdzie indziej. Komputeryzacja, robotyzacja, postęp technologiczny rodzą niebezpieczeństwo braku wolności od komputerów, robotów i maszyn, stwarzając zagrożenie dla prywatności; będzie się też rodzić problem bezrobocia technologicznego. I te kwestie powinny być – z uwagi na światowe megatrendy gospodarcze – analizowane przez naukę prawa w przyszłości.

My jednak nadal, niejako z przyzwyczajenia, dyskutujemy o cywilnoprawnych podstawach zatrudnienia, nazywając je pogardliwie umowami śmieciowymi, co wydaje się problemem błahym wobec zagrożeń, o których wspomniałam. Zagadnienie to jednak ciągle jest problemem dyskutowanym, mimo iż zabezpieczenie socjalne umów quasi-zlecenia jest już znaczne.

* Uniwersytet Warszawski, Instytut Nauk Prawno-Administracyjnych, Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej, m.gersdorf@wpia.uw.edu.pl

2. RÓŻNE PODSTAWY ZATRUDNIENIA JAKO WYRAZ WOLNOŚCI GOSPODARCZEJ OBYWATELI

Włączając się mimo wszystko w tę retorykę, zacznijmy od przedstawienia pojęcia „pracy”. Trzeba uznać je za prawnie neutralne, nie mówi ono bowiem, czy dana osoba pracuje jako wspólnik w spółce, jako samodzielny przedsiębiorca czy też jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę (Brooks, Engels 1992, 1). W Polsce nadal najczęściej pracujemy na podstawie stosunku pracy i to jest najbardziej pożądana przez pracujących podstawa zatrudnienia, choć młodzi wolą być freelancerami. Art. 24 Konstytucji RP stanowi, że praca znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej i Państwo sprawuje nadzór nad warunkami wykonywania pracy. Przepis ten zawiera deklarację, obejmując swoją ochroną warunki, zakres i treść świadczenia i przyjmowania pracy w ramach zarówno stosunku pracy, jak i świadczenia pracy, które odbywa się w obrębie stosunków cywilnoprawnych oraz innego rodzaju zatrudnienia. Z przepisu tego nie wynika brak możliwości ustalenia i oceny, czy praca może być świadczona nie tylko w ramach stosunku pracy wynikającego z zawartej umowy o pracę lub z innych aktów kreujących stosunek pracy, ale także na podstawie umów (nazwanych i nienazwanych) prawa cywilnego. Jest to pogląd akceptowany w doktrynie i judykaturze. Kwalifikacja stosunku prawnego powoduje bowiem wejście w odrębny reżim prawny i konieczność respektowania innych zasad, metod regulacji odrębnych dziedzin prawa. W warunkach ustroju społeczno-ekonomicznego opartego na zasadach gospodarki rynkowej podstawowe znaczenie w obrocie prawnym ma autonomia woli stron, kreująca swobodę umów. Oznacza to respekt dla stron umowy, lecz jednocześnie większą odpowiedzialność tych podmiotów za następstwa podejmowanych przez nie indywidualnych decyzji.

W orzecznictwie i polskiej literaturze przedmiotu dominuje aktualnie przekonanie, iż zatrudnienie następuje w różnych formach prawnych i nie musi mieć charakteru pracowniczego. Inaczej sprawa przedstawiała się w okresie realnego socjalizmu, ale to już przeszłość i wynik ograniczenia woli stron i kontraktów w prawie pracy. Praca może zatem *de lege lata* być świadczona także na podstawie umów cywilnoprawnych (por. wyrok SN z 9 grudnia 1999 r., I PKN 432/99, OSNAPiUS 2001, nr 9, poz. 310). Nie narusza to ani art. 22 k.p., ani art. 24 Konstytucji. O wyborze rodzaju podstawy prawnej zatrudnienia decydują zainteresowane strony (art. 353¹ k.c. w zw. z art. 300 k.p.), kierując się nie tyle przesłanką przedmiotu zobowiązania, ile sposobem jego realizacji (por. wyrok SN z 13 kwietnia 2000 r., I PKN 594/99, OSNAPiUS 2001, nr 21, poz. 637). Co prawda, o charakterze prawnym danego stosunku zatrudnienia nie rozstrzyga jedynie nazwa umowy, jaką nadały jej strony (w rozpoznawanej sprawie strony nazwały zawarte umowy umowami o dzieło, choć w rzeczywistości były to umowy o świadczenie usług, do których stosuje się przepisy

o umowie zlecenia), lecz także, a nawet przede wszystkim jej treść, a ściślej treść stosunku prawnego, który w wyniku tej umowy powstaje. Nazwy umowy jednakże nie można zignorować, bo ta przynajmniej pośrednio świadczy o zgodnym celu i zamiarze stron umowy co do rodzaju kreowanego ową umową stosunku prawnego. Inaczej mówiąc, o istocie i charakterze stosunku prawnego wynikającego z umowy decyduje zamiar stron i cel umowy, jednak w razie wątpliwości co do tego, jaka była intencja stron (co do rodzaju umowy), za rozstrzygające należy uznać to, co znalazło wyraz w bezpośrednich oświadczeniach woli stron i w dokonanej przez nie kwalifikacji czynności prawnej wyrażonej w nadanej jej nazwie. Wola stron obejmuje bowiem również samą nazwę czynności prawnej, na podstawie której można odtworzyć intencje (zgodny cel i zamiar) stron przy składaniu oświadczeń woli. W gospodarce rynkowej zaś wola stron ma większe znaczenie niż w okresie realnego socjalizmu, co *nota bene* jest oczywiste. W tym samym duchu wypowiedziała się Międzynarodowa Organizacja Pracy w Zaleceniu nr 198 dotyczącym stosunku pracy – „Krajowa polityka dotycząca ochrony pracowników pozostających w stosunku pracy nie powinna ingerować w legalne stosunki cywilnoprawne i handlowe, zapewniając jednocześnie należytą ochronę jednostkom pozostającym w stosunku pracy”. Owo wezwanie zostało powielone przez Parlament Europejski w rezolucji z 2007 r., gdzie stwierdzono, że „prawo pracy nie powinno zakłócać uczciwych kontaktów handlowych”. Parlament Europejski we wspomianej Rezolucji z 2007 r. zauważył, że niestandardowe formy zatrudnienia mogą być korzystne, jeżeli są dostosowane do sytuacji pracowników i dobrowolne. Jednocześnie Parlament Europejski stwierdził jednak, że „obecnie wiele niestandardowych form zatrudnienia nie wynika z wyboru” oraz że „liczni pracownicy są nieobjęci podstawowymi prawami pracowniczymi i socjalnymi”, a to w sposób bezpośredni narusza zasadę równego traktowania. Dlatego właśnie w ww. dokumencie prawa Wspólnotowego zostało stwierdzone, że jednym z priorytetów w zakresie ścisłego programu reform prawa pracy powinno być „wyjaśnienie sytuacji w zakresie pracy zależnej oraz «szarych stref» pomiędzy zatrudnieniem cywilnym a pracą zależną”¹.

Reasumując, w prawie polskim badanie faktu istnienia umowy o pracę wynika z analizy stanu faktycznego sprawy, a nie ogranicza się do uwzględnienia samej nazwy umowy nadanej jej przez strony, choć ta nazwa jest istotna. W myśl stosunkowo nowego orzecznictwa SN w przypadku istnienia w umowie cech charakterystycznych dla zlecenia i umowy o pracę, ważne jest, które z tych cech mają charakter wiodący.

¹ W oryginalnym brzmieniu: „Considers that among the priorities for labour law reform within Member States are: [...] c) clarifying the situation of dependent employment and the grey areas between self-employment and employees with a dependent employment relationship”.

3. INNOWACYJNOŚĆ GOSPODARKI WYMAGA RÓŻNYCH FORM ZATRUDNIENIA

Powszechnie przyjmuje się, że zatrudnienie pozapracownicze podyktowane jest dużymi kosztami zatrudnienia pracowniczego, które nie tyle wynikają z konieczności objęcia zatrudnionych obowiązkowym ubezpieczeniem społecznym i pochodnymi od tego ubezpieczenia, ile ograniczeniami w kształtowaniu stosunku zatrudnienia wynikającymi z norm mówiących o czasie pracy, obowiązującej stabilizacji zatrudnienia oraz przepisów o ograniczonej odpowiedzialności materialnej. Zakres zatrudnienia pozapracowniczego nie będzie – jak sądzę – malał, a raczej będzie się zwiększał w przyszłości, nie tylko ze względu na przywołane kwestie kosztowe, ale przede wszystkim z uwagi na prognozy co do obszarów zatrudnienia. Nie chodzi tu przy tym o przyjęcie założenia, iż pozapracownicze formy zatrudnienia zmniejszą w sposób zasadniczy bezrobocie.

Uważam, że zwiększenie udziału zadaniowego zatrudnienia, które bardziej przystaje do stosunków cywilnoprawnych niż do stosunku pracy, wymusi zmianę mechanizmów funkcjonowania rynku pracy, modyfikacja struktury zawodów poszukiwanych, zmiana przedmiotowa zatrudnienia (zmiana struktury rodzajowej). Coraz częściej poszukiwanymi pracownikami są i będą osoby z obszarów zawodów wymagających wysokich kwalifikacji (*high-skills sectors*), rośnie zapotrzebowanie na „pracowników wiedzy”. Jest to *nota bene* trend występujący w całej Unii Europejskiej. Obserwujemy też w zakresie zmian rodzajowych zatrudnienia nowe i nasilające się zjawiska, a mianowicie wzrost roli samozatrudnienia i silną ekspansję sektora usług. W sektorze prywatnym w Polsce najwięcej osób pracuje w handlu, transporcie, działalności finansowej i ubezpieczeniowej, działalności profesjonalnej i naukowej oraz opiece zdrowotnej i zabezpieczeniu społecznym. Owe zmiany, szczególnie prognozowane modyfikacje w zakresie zawodów poszukiwanych w przyszłości i projektowanych megatrendów na popyt na pracę i kwalifikacje w Polsce, zmieniają też optykę patrzenia na formy i podstawy zatrudnienia. Wśród wspomnianych megatrendów wymienia się usługi typu *off shoring*, wzrost zapotrzebowania na usługi pomocy społecznej i służby zdrowia (wobec procesu starzenia się ludności), wprowadzanie nowych technologii (biotechnologii, nanotechnologii, biomedycyny), inwestycje ekologiczne, kształcenie ustawiczne dorosłych, usługi związane z zagospodarowaniem czasu wolnego, rozbudowę infrastruktury informacyjnej, intensywny rozwój dziedzin uznanych za GOW (Gospodarka Oparta na Wiedzy). Przedstawione trendy globalne spowodują poszukiwanie usług komputerowych, ofert szkolnictwa dla dorosłych, nauki, doradztwa w zarządzaniu, gastronomicznych i hotelarskich, turystycznych, architektonicznych i inżynierskich i wreszcie reklamowych i organizacji targów. Wspomniane usługi wiążą się z osobami je wykonującymi.

Oznacza to, że największy popyt w przyszłości będzie prawdopodobnie na informatyków, techniczny personel obsługi komputerów, specjalistów do spraw biznesu i finansów, specjalistów w zakresie pomocy społecznej, ochrony zdrowia i ochrony środowiska. Wszystkie te zawody – może poza opieką społeczną – są uznawane za zawody wolne, wykonywane w ramach własnej działalności gospodarczej lub umów cywilnoprawnych. Dlatego negatywna ocena zatrudnienia cywilnoprawnego, jeśli tylko będzie ono w zasadniczym zakresie chronione socjalnie, przestanie mieć rację bytu. Dodatkowo, jak wspominałam, jako megatrend w przyszłości wystąpi bezrobocie technologiczne, o ile nie zdołamy zastąpić w Polsce rutynowych miejsc pracy, nowymi, wyżej kwalifikowanymi. I jeszcze jedno zagrożenie wynikające w Polsce z niekorzystnych trendów demografii, których nie zahamuje się szybko. Społeczeństwo polskie starzeje się, a to obniży poziom emerytur, sądzę więc, że trzeba będzie tak czy inaczej powrócić do pracy osób powyżej 65. roku życia (Wojciechowski 2018, A-22).

4. DLACZEGO ZATEM STAŁE DYSKUTUJEMY O DOMNIEMANIU ZAWARCIA UMOWY O PRACĘ JAKO INSTRUMENCIE CHRONIĄCYM PRACUJĄCYCH?

Uważam, że tocząca się ciągle dyskusja o domniemaniu zawarcia umowy o pracę to wyraz mało nowoczesnego spoglądania na rynek pracy, niedostrzegania jego niejednorodności i tkwiących w nim zagrożeń. W tle domniemania leży chęć zwalczania pozornego zatrudnienia pozapracowniczego (por. Raczkowski 2010). Jako najczęstsza sytuacja wskazywane jest nakłanianie przez pracodawcę swoich pracowników (lub byłych pracowników) do założenia własnej działalności gospodarczej i wykonywania przez nich tej samej pracy, którą wykonywali poprzednio jako pracownicy, co prowadzi w konsekwencji do zacierania różnic pomiędzy zatrudnieniem pracowniczym i pozapracowniczym. W szerszej perspektywie można mówić o zacieraniu się w ogóle granic pomiędzy prawem pracy a prawem cywilnym. Należy to uznać czasami za zjawisko patologiczne. Odpowiedzią ustawodawcy jednak nie może być mechanizm prawny domniemania zawarcia umowy o pracę.

Wprowadzenie konstrukcji domniemania zawarcia umowy o pracę będzie stanowiło przysłowiowe „wylanie dziecka z kąpielą”. Nowe zawody czy aktywności w pracy nie będą mogły zaistnieć, bowiem wtłoczone zostaną w gorset prawa pracy.

Na szczęście *de lege lata* ustawodawca nie wprowadza zakazu nawiązania stosunku cywilnoprawnego, którego przedmiotem byłoby świadczenie pracy, ani nie wprowadza w art. 22 § 1¹ domniemania zawarcia umowy o pracę. Na podstawie art. 22 § 1¹ nie można przyjąć, że każde zatrudnienie jest zatrudnieniem „w warunkach” określonych w § 1 tego przepisu. Nadal faktu istnienia tych warunków, a zatem i stosunku pracy, należy dowodzić, by następnie wywieść, iż wbrew nazwie nadanej przez strony kontraktu doszło do nawiązania stosunku pracy. Trzeba zatem zawsze wykazać w procesie dowodzenia, że praca

wykonywana była pod kierownictwem. Domniemanie jako konstrukcja prawna zakłada zaś, iż fakt istnieje, a ewentualnie w trakcie procesu należy obalić to założenie (domniemanie). W warunkach określonych w art. 22 § 1¹ takiego procesu interpretacyjnego nie można dokonać. Unormowanie zawarte w art. 22 § 1¹ ma zatem jedynie charakter informacyjny. Wskazuje zwłaszcza pracodawcom, że w razie pozornego zastosowania umowy cywilnoprawnej nie mogą uniknąć skutków prawnych związanych ze stosunkiem pracy. Sam przepis nie jest nowością prawną. Potwierdza on jedynie ugruntowane w literaturze przedmiotu i orzecznictwie przekonanie, iż o rodzaju stosunku prawnego, na podstawie którego jest świadczona praca, decyduje nie jego formalna nazwa, lecz rzeczywista wola stron. Z kolei przy interpretowaniu oświadczeń woli należy, stosownie do art. 65 k.c. w zw. z art. 300 k.p., brać pod uwagę przede wszystkim okoliczności, w których zostały one złożone, a także zasady współżycia społecznego czy ustalone zwyczaje, niż opierać się na dosłownym ich brzmieniu.

5. KTO OCENI CHARAKTER UMOWY?

W razie sporu co do charakteru zatrudnienia oceny dokona *de lege lata* niezależny sąd. Taka jednoznaczna ocena sądowa będzie możliwa, dopóki sąd będzie niezależny i wolny od nacisków władzy. Z tym jednak możemy mieć problem. W publicznym dyskursie ostatnich lat zwracano uwagę na formalne gwarancje niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Ich referowanie nie jest moim celem, ponieważ na pewno będzie to przedmiotem wielu pogłębionych analiz. Chciałabym zatem zwrócić uwagę na pewne elementy składowe omawianych zasad. Po pierwsze, wielką troską wszystkich uczestników publicznej debaty na temat kondycji sądownictwa powinien być jego ustrój. Nie jest rzeczą obojętną ani nadzór nad sądami, ani struktura organizacyjna sądów. Władza Ministra Sprawiedliwości nad sądami nie może być omnipotentna, a sędziowie muszą mieć gwarancje w postaci niezależnego sądownictwa dyscyplinarnego. Konstytucja przyznaje sędziom dość silną ochronę ich pozycji, konieczną dla nieskrępowanego wymierzania sprawiedliwości, bowiem stanowi o potrzebie wydania orzeczenia w przedmiocie niektórych sankcji dyscyplinarnych (art. 180 ust. 2 Konstytucji RP), a także pociągnięcia do odpowiedzialności karnej lub pozbawienia sędziego wolności (art. 181 Konstytucji RP). Problemem okazuje się jednak brak dostatecznej precyzji tych przepisów. My, prawnicy słusznie uważamy, że odpowiedzialność dyscyplinarna oraz immunitet sędziowski istnieją nie w interesie sędziego, lecz w interesie sprawowanego przezeń urzędu. Obawiałabym się jednak instrumentalnego wykorzystywania przez polityków żywej w społeczeństwie niechęci do gwarancji niezawisłości, które przez społeczeństwo są traktowane jako nieuzasadniony przywilej. Istnieje więc prawdopodobieństwo ich stopniowego rozmywania przez ustanowienie norm przewidujących np. powierzenie funkcji

oskarżycielskich przed sądami dyscyplinarnymi prokuratorom. A nie są to *de lege lata* obawy bezpodstawne.

Uważam, że jeszcze mniej wolności będzie miał obywatel, gdy ustawodawca uzna, iż o charakterze stosunku zatrudnienia będzie decydował inspektor pracy, czyli organ państwowy. A takie propozycje przedstawia się stale i są one wyrazem chęci do publicznej regulacji zatrudnienia w Polsce.

BIBLIOGRAFIA

- Brooks, Brian, Chris Engels. 1992. "Employed or Self Employed". *Bulletin of Comparative Labour Relations. Special Issue 24*. Red. Roger Blanpain. Boston, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Lec, Stanisław Jerzy. 1957. *Myśli nieuczesane*. Kraków: Wydawnictwo Literackie.
- Raczkowski, Michał. 2010. *Pozorność w umownych stosunkach pracy*. Warszawa: LexisNexis.
- Wojciechowski, Piotr. 2018. *Rzeczpospolita*, 7.10: A-22.

Małgorzata Gersdorf

NEW ECONOMIC TRENDS AND THE PRESUMPTION RULE OF CONCLUDING AN EMPLOYMENT CONTRACT

Abstract. The paper in question refers to different bases for employment. The author is convinced that innovativeness of economy requires an increase in the share of task-based employment and civil law relations are better suited for this. In this context the author opposes the concept of presumption of an employment contract conclusion.

Keywords: innovativeness of the economy, form of employment, presumption of employment contract conclusion.

*Andrzej Marian Świątkowski**

UZNANIE ZA PRACOWNIKA OSOBY ZATRUDNIONEJ NA PODSTAWIE UMOWY CYWILNOPRAWNEJ

Streszczenie. Autor analizuje koncepcję pracownika wypracowaną w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE). Akcentuje autonomiczny charakter definicji „pracownika”, pod którym to pojęciem TSUE rozumie osoby świadczące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych oraz samozatrudnione. Przedstawia kryteria stosowane w judykaturze unijnej pozwalające odróżnić zatrudnienie pracownicze od niepracowniczego. Podkreśla przepisy prawa pracy, materialne i procesowe, pozwalające zainteresowanym na uznanie za pracownika osoby zatrudnionej w ramach umów cywilnoprawnych.

Słowa kluczowe: pracownik, pracodawca, samozatrudniony, stosunek pracy, umowa cywilnoprawna, usługa, zatrudniony.

1. WPROWADZENIE

Przedmiotem rozważań jest sytuacja osób świadczących pracę na podstawie i w ramach umów cywilnoprawnych. Nietypowe formy zatrudnienia oraz status prawny osób wykonujących pracę na podstawie umów regulowanych przepisami prawa cywilnego jest przedmiotem zainteresowania zarówno w Polsce, jak i w Unii Europejskiej. Według projektu nowelizacji dyrektywy Rady UE 91/533/EWG z 14.04.1991 r. w sprawie obowiązku pracodawcy dotyczącego informowania pracowników, stosowanych do umowy o pracę lub stosunku pracy (*Written Statement Directive*, Dz.Urz. L 288 z 18.10.1991, s. 32), ochroną prawną i socjalną powinien być objęty każdy zatrudniony. Realizując unijny program „Europejski Filar Praw Społecznych” (*European Pillar of Social Rights*), Komisja UE przedstawiła 21.12.2017 r. projekt dyrektywy o przejrzystości i przewidywalności warunków zatrudnienia (*Directive on Transparent and Predictable Working Conditions*)¹. W art. 2 ust. 1 powyższego projektu sformułowana została prawna definicja beneficjenta. Jest nim „zatrudniony” (*worker*), „osoba fizyczna świadcząca przez pewien okres usługi na rzecz i pod kierownictwem innej osoby w zamian za wynagrodzenie”.

* Akademia Ignatianum w Krakowie, Wydział Pedagogiczny, Instytut Nauk o Polityce i Administracji, andrzej.swiatkowski@uj.edu.pl

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1152 z dnia 20.06.2019 r. w sprawie przejrzystych i przewidywalnych warunków pracy w Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE L.186/105) zastąpi od 1.08.2022 r. dyrektywę 91/533/EWG.

2. PRACA JAKO USŁUGA

Praca w znaczeniu prawnym może być przedstawiana jako usługa. Tytuł XI „Umowy o świadczenie usług”, Dział I. „Umowa o pracę” Kodeksu zobowiązań regulował warunki pracy wykonywanej w ramach umowy o pracę (rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1935 r., Dz.U. 82/33, poz. 598). Poza umową o pracę do grupy umów o świadczenie usług zakwalifikowane zostały przez polskiego ustawodawcę między innymi umowy o dzieło, zlecenie, pośrednictwo, przechowanie. Wspólną cechą tych umów był ich przedmiot – „świadczenie usług dla drugiego”, pod którym to pojęciem wówczas rozumiano „czynność ludzką, która zdoła zaspokoić potrzeby drugiego” (człowieka)². W uzasadnieniu wyraźnie stwierdzono, że przepisy dotyczące umów o pracę (Rozdz. I „Przepisy ogólne”, art. 441–446; Rozdz. II „Obowiązki stron”, art. 447–465; Rozdz. III „Zakończenie stosunku pracy”, art. 466–475; Rozdz. IV „Przejście zakładu pracy na inną osobę”, art. 476 k.z.) oraz rozporządzeń dotyczą „tylko pracy zależnej” (Bloch, 1936). Uchwalone w II RP przepisy prawa pracy (rozporządzenie prezydenta RP z 16.03.1928 r. o umowie o pracę pracowników umysłowych, Dz.U. 35/28, poz. 192) za pracowników uważały osoby wykonujące czynności nadzorcze i administracyjne wymienione w art. 2 pkt 1–9. Przeto nie podstawa zatrudnienia, ale charakter i rodzaj wykonywanej pracy miały decydujące znaczenie w procesie klasyfikacji zatrudnienia regulowanym przepisami rozporządzenia o umowie o pracę pracowników umysłowych lub drugiego rozporządzenia Prezydenta RP z 16.03.1928 r. o umowie o pracę robotników (Dz.U. 35/28, poz. 324). Robotnikami w rozumieniu art. 2 tego drugiego rozporządzenia byli „pracownicy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, z wyjątkiem – między innymi – pracowników umysłowych”. Po raz pierwszy w polskim prawie pracy podstawa zatrudnienia – umowa o pracę, stanowiąca podstawę i ramy prawne zobowiązaniowego stosunku pracy, została wymieniona w akcie prawnym regulującym warunki pracy robotników.

3. DYFERENCJACJA STATUSU ZATRUDNIONYCH

W zmienionym ustroju ustawodawca zlikwidował podziały zatrudnionych na pracowników umysłowych i robotników oraz zdefiniował w art. 2 Kodeksu pracy osoby zatrudnione w ramach stosunku pracy – czyli pracowników. Data wejścia w życie – 1.01.1975 r. – obowiązującego Kodeksu pracy (ustawa z 26.06.1974 r., t. jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 917 ze zm.) stanowi cezurę podziału

² Objaśnienia do projektu (części szczegółowej) prawa o zobowiązaniach autorstwa prof. Tilla i prof. Longchamps de Berier. Uzasadnienie projektu Kodeksu zobowiązań autorstwa prof. Longchamps de Berier. Wyd. Komisji Kodyfikacyjnej, z. 82, 85, 88.

zatrudnienia na pracownicze i niepracownicze. W tej drugiej grupie mieszczą się między innymi stosunki pracy nawiązanej na podstawie umów cywilnoprawnych: umowy zlecenia, o świadczenie usług, agencyjnej, o dzieło oraz kontraktów menedżerskich zawieranych z osobami zatrudnionymi w sferach publicznej i prywatnej (Świątkowski 2015). Problem zatrudnienia w charakterze nie-pracowników nabrał znaczenia od momentu korzystania przez pracodawców z nietypowych – dotąd stosunkowo rzadko stosowanych w stosunkach pracy – metod i technik zatrudnienia, takich jak działalność gospodarcza prowadzona na własny rachunek, a więc samozatrudnienie (*selfemployment*). Ponadto nowe, innowacyjne formy zatrudnienia – stosowane coraz częściej w gospodarczo rozwiniętych państwach unijnych oraz w Wlk. Brytanii i innych państwach na świecie, w ramach programów *gig economy*, platform zatrudnienia, nowych technologii, jak sztuczna inteligencja, automaty i roboty zastępujące pracę wykonywaną przez człowieka – sprawiają, że coraz częściej naukowcy zajmujący się prawem pracy zaczynają zastanawiać się nad wykorzystaniem w sposób jak najbardziej efektywny innowacyjnych metod stosowania prawa dla zahamowania, a następnie przeciwdziałania postępującej i rosnącej globalnej fali zjawiska prekaryzacji (Świątkowski 2018). Na unijnym rynku pracy zauważalni są ludzie w wieku aktywności zawodowej – prekariuszki i prekariusze – pozbawieni perspektyw życiowych i zawodowych. We współczesnym świecie w opinii państw Unii Europejskiej podstawową sprawą jest poprawa warunków zatrudnienia wszystkich osób wykonujących pracę zarobkową. W pierwszym rządzie chodzi o powszechną stabilizację zatrudnienia, poprawę warunków pracy i wynagrodzenia oraz świadczenia z zabezpieczenia społecznego dla osób niezaliczanych przez przepisy prawa pracy państw członkowskich UE do kategorii pracowników. Teoretycznie zmiana *status quo* osób zatrudnionych w krajach Unii „nie-pracowniczo” może nastąpić poprzez uchwalenie i wprowadzenie w życie nowych przepisów prawa pracy. Takim przykładem jest wymieniony na wstępie niniejszego opracowania projekt dyrektywy z roku 2017. Powstał on w ramach unijnego programu modernizacji prawa pracy (Świątkowski 2015)³. Projekt owej dyrektywy, aprobowany przez Konfederację Europejskich Związków Zawodowych (*European Trade Union Confederation* – ETUC)⁴, został jednak odrzucony przez ponadnarodowe organizacje pracodawców i przedsiębiorców działających w przestrzeni unijnej⁵. Autorom projektu dyrektywy zarzucono między innymi naruszenie fundamentalnej zasady subsydiarności i pomocniczości (art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej – TEU). Z tego względu w piśmiennictwie unijnego

³ Green Paper „Modernizing Labour Law to meet the challenges of the 21st Century”. COM(2006)708 final.

⁴ ETUC position on the draft Transparent and Predictable Working Conditions Directive, adopted at the Executive Committee Meeting of 7–8 March 2018.

⁵ UEAPME position on a proposal for a directive on transparent and predictable working conditions in the European Union. Com(2017)797. Brussels, 26.02.2018.

prawa pracy zaczęto rozważać możliwość ochrony prawnej i socjalnej osób pracujących, niekorzystających w państwach członkowskich UE z ochrony prawnej i socjalnej gwarantowanej pracownikom.

4. REDEFINICJA UNIJNEGO POJĘCIA PRAWNEGO „PRACOWNIK”

W polskiej literaturze traktującej o prawie pracy Unii Europejskiej już kilka lat temu stwierdzono, że uprawnienia gwarantowane przepisami pierwotnego prawa unijnego – TUE oraz Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) – przysługują wszystkim osobom zatrudnionym, a nie tylko pracownikom (Świątkowski 2014). W związku z powyższym zasygnalizowana została konieczność dokonania w polskim systemie prawa pracy unifikacji uprawnień osób aktywnych zawodowo, wykonujących pracę w ramach stosunku pracy, zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych oraz osób samozatrudnionych. Dwie ostatnie kategorie powinny obejmować pracujących osobiście podległych osobom zatrudniającym i ekonomicznie od nich zależnym. Instytucje unijne dostrzegły szansę weryfikacji, skonstruowanej w judykaturze Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE), autonomicznej, bardziej pojemnej i nowocześniejszej definicji pracownika. Jednakowoż reakcja unijnych przedsiębiorców na powyższą inicjatywę była negatywna⁶. W Polsce zastosowana przez TSUE innowacyjna metoda wykładni definicji prawnej „pracownika” została dostrzeżona i wykorzystana przez Trybunał Konstytucyjny (TK), który pozytywnie wypowiedział się o możliwości korzystania z wolności związkowej gwarantowanej przepisami ustawy o związkach zawodowych z 23.05.1991 r. (t. jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 1881 ze zm.) przez wszystkich zatrudnionych (wyrok TK z 2.06.2015 r., K 1/13, Dz.U. z 2015 r., poz. 791) (zob. Świątkowski 2016, 8 i n.; Musiała 2017, 173 i n.). Uznając za niezgodne z Konstytucją przepisy ustawy o związkach zawodowych, ograniczające wolność tworzenia i wstępowania do związków zawodowych osobom wykonującym pracę zarobkową w innych formach i ramach prawnych zatrudnienia aniżeli pracownicze, TK powołał między innymi przepisy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284), która w art. 11 ust. 1 wyraźnie stanowi, iż wolność zrzeszania się przysługuje każdej osobie. W przypadku osób zawodowo aktywnych, z powyższej swobody mają prawo korzystać wszyscy pracujący (Świątkowski 2015).

Na temat następstw prawnych stosowania w krajowym prawie pracy angielskiego określenia *worker* wypowiedziała się A. Musiała (2018). Wyprowadziła ona trafny wniosek, iż w angielskim pojęciu *worker* mieszczą się zarówno pracownicy, jak i niektórzy samozatrudnieni. Nie posłużyła się definicją prawną „pracownika” sformułowaną w brytyjskich aktach prawnych (*Trade Union and Labour Relations*

⁶ COM(2017)797 final.

Act – TULRA) i słowniku oficjalnych terminów prawa pracy. W wymienionych dokumentach pod określeniem *worker* rozumie się osoby trudniące się pracą „własnych rąk” (*manual worker*), w celu zaznaczenia różnic wobec osób niewykonywujących takiej pracy (*non-manual paid work*). W ustawie z 1974 r. (TURLA) zdefiniowano pojęcie *worker* jako zatrudnionego na podstawie umowy o pracę lub innej umowy zawartej w celu osobistego świadczenia pracy przez zatrudnionego przy wykonywaniu jakiegokolwiek pracy albo usług, innych niż te świadczone na rzecz *professional client*. W tej definicji mieści się również praca wykonywana przez osobę pracującą na własny rachunek (samozatrudnionego) (Terry, Dickens 1991). W nowszej literaturze prawniczej termin *worker* jest wyprowadzany z terminologii obowiązującej pod koniec XIX i na początku XX stulecia – określenia *workman* używano wtedy dla oznaczenia osoby utrzymującej się wyłącznie z pracy fizycznej (McCrudden 2012). Według obowiązującego wówczas aktu prawnego – *Employment Relations Act* (ERA 1996, sec. 230(3)) – pojęcia *worker* używano dla określenia osoby (*individual*) wykonującej osobiście (*personally*) jakąkolwiek pracę albo świadczącej usługi na rzecz drugiej strony umowy na podstawie umowy o pracę (*employment contract*) lub jakiegokolwiek innej umowy (*any other contract*), niewystępującej w roli klienta (*client, customer*) lub jednoosobowego przedsiębiorcy bądź osoby prowadzącej inne przedsięwzięcie. Rozbudowana definicja osoby zatrudnionej ma umożliwić odróżnienie osoby samozatrudnionej zależnej, występującej wyłącznie na rynku pracy od samozatrudnionego funkcjonującego na rynku usług. Ten ostatni może stanowić, w odróżnieniu od pierwszego, konkurencję dla przedsiębiorcy działającego na rynku usług. Moim zdaniem, najbardziej istotną cechą decydującą o uznaniu samozatrudnionego za pracującego (*worker*) w rozumieniu unijnych przepisów prawa pracy jest potencjalna możliwość lub jej brak konkurowania na wspólnym rynku osoby zatrudnionej z osobą zatrudniającą pracowników. Samozatrudniony, niemający możliwości ani szans konkurowania z innym przedsiębiorcą na wspólnym rynku, może więc być zakwalifikowany do kategorii *worker* – obejmującej osoby zatrudnione i pracujące („ludzi pracy”). Współcześnie bowiem zakres tego określenia jest szeroki. Mieszczą się w nim pracownicy, zatrudnieni, pracujący oraz osoby odbywające praktyki zawodowe poprzedzające nabycie uprawnień koniecznych do uzyskania uprawnień zawodowych w określonym fachu.

5. KRYTERIA WYPRACOWANE W JUDYKATURZE UNIJNEJ DLA ODRÓŻNIENIA ZATRUDNIENIA PRACOWNICZEGO OD NIEPRACOWNICZEGO

W aktach unijnego prawa pierwotnego termin zatrudniony, pracujący (*worker*) nie był bezpośrednio związany ze świadczeniem jakiegokolwiek pracy, lecz z potrzebą swobodnego przemieszczania się w obrębie wspólnego rynku. Z tej

przyczyny został wymieniony w traktatach tylko w dwóch przepisach TFUE – art. 45 ust. 1 gwarantującym swobodę przepływu osób oraz art. 157 ust. 1 normy zobowiązującej do przestrzegania zasady równego traktowania – bez względu na płeć – w sprawach odnoszących się do zapłaty wynagrodzenia osób zatrudnionych. Wymienione przepisy gwarantują ochronę prawną na wspólnym rynku wszystkim obywatelom państw członkowskich UE aktywnym zawodowo. W okresach poprzedzających nabycie pełnych uprawnień wynikających z przynależności określonego państwa do UE, ze swobody przemieszczania się nie korzystali natomiast przez pewien czas jedynie pracownicy. Inne osoby zatrudnione świadczące usługi (w tym także samozatrudnieni) korzystały z nieograniczonej wolności podróżowania i prowadzenia działalności zarobkowej. Równy, nieograniczony dostęp do wspólnego rynku, z jakiego mają prawo korzystać przedsiębiorcy, różnił się od uprawnień, na jakie powinni móc liczyć pracownicy i inne osoby osobiście świadczące pracę na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem. W początkowym okresie obywatele państw członkowskich usytuowanych przez przepisy unijne w okresie przejściowym nie mieli potrzeby korzystania z uprawnień pracowniczych i socjalnych, albowiem do czasu upływu okresu przejściowego nie mieli prawa swobodnego przemieszczania się w administracyjnych ramach państw członkowskich wchodzących w skład UE. Wobec przedsiębiorców natomiast świadczących usługi na wspólnym rynku, również osób samozatrudnionych, nie wolno było stosować ograniczeń w swobodzie przemieszczania się.

Po raz pierwszy TSUE zinterpretował pojęcie „pracownik” (*worker*) w sprawie *Lawrie Blum* (C-66/85, *Deborah Lawrie Blum versus Land Baden Württemberg*, EU:C:1986:284, § 17). Orzekł wtedy, że charakterystycznymi cechami stosunku pracy jest świadczenie pracy przez okres uzgodniony przez strony na rzecz i pod kierownictwem innej osoby w zamian za wynagrodzenie za pracę. Pierwszą cechą zatrudnienia regulowanego przepisami prawa pracy była zatem aktywność gospodarcza (*economic activity*). Ta cecha jest także charakterystyczna w przypadku prawa przedsiębiorczości gwarantowanej art. 49 TFUE. Swoboda przedsiębiorczości obejmuje bowiem „podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek”. Koniecznym warunkiem uznania samozatrudnionego za „pracownika” w rozumieniu art. 45 TFUE było prowadzenie rzeczywistej i prawdziwej (*real and genuine*) aktywności zawodowej we właściwej skali, nie tylko marginalnej (*purely marginal*) albo ubocznej (*ancillary*) (*D.M. Levin versus Staatssecretaries van Justice*, C-53/81, EU:C:1982:105, § 17). Te dwa kryteria oraz związane z nimi elementy składowe definicji osoby zatrudnionej w rozumieniu przepisów gwarantujących pracującym swobodę przemieszczania się w ramach wspólnego rynku – wykonywanie pracy i/lub usług na rzecz i pod kierownictwem innej osoby (*services for and under the direction of another person*) za wynagrodzeniem (*remuneration*) decydowały o uznaniu albo o odmowie uznania przez TSUE za „pracownika” w rozumieniu art. 45 TFUE osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej, a w szczególności

osoby samozatrudnionej. Orzekając według formuły *Lawrie Blum* TSUE wydał 56 orzeczeń, z których 13 zostało uznanych za precedensowe (Risak, Dullinger 2018). W każdym ze wspomnianych orzeczeń TSUE udzielał odpowiedzi na prejudycjalne pytania prawne przedstawiane przez sądy krajowe państw członkowskich UE w sprawach dotyczących statusu osoby zatrudnionej oraz możliwości jej sklasyfikowania jako zatrudnionego (*worker*), w rozumieniu wtórnego prawa UE – 14 dyrektyw stanowiących podstawę prawną do przedstawienia hipotezy badawczej na temat roli unijnej judykatury posługującej się autonomiczną definicją „pracownika” w sprawach, w których TSUE określił warunki uznania za „pracownika” (*worker*) osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej oraz samozatrudnionej. TSUE sformułował unijną autonomiczną definicję pracownika, mimo iż tylko w jednej dyrektywie Rady (89/391/EWG) z 12.06.1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy (Dz.Urz. L 183 z 29.06.1989, s. 1) zamieszczono legalną definicję tego pojęcia (pracownika)⁷. W pozostałych 13 dyrektywach za pracowników w rozumieniu przepisów unijnych uznano osoby uważane za pracowników przez władze państw członkowskich UE. Użyto określenia „pracownik” (*worker* bądź *employee*), nie definiując znaczenia i zakresu tego terminu albo posługiwano się pojęciami prawnymi „umowa o pracę” lub „stosunek pracy”, nie podejmując próby wskazania podmiotów stosunków i ról, w jakich występują strony tych umów albo stosunków prawnych. Posługując się wypracowaną przez judykaturę unijną „autonomiczną” definicją terminu prawnego *worker*, można – jak sądzę – uzyskać w miarę solidne i obiektywne podstawy prawne do ustalenia kryteriów uznania w prawie pracy Unii Europejskiej za pracowników (*workers*) osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych oraz samozatrudnionych.

6. RZECZYWISTA I PRAWDZIWA AKTYWNOŚĆ ZAWODOWA

Niezbędnym warunkiem uznania przez judykaturę unijną aktywności zawodowej osoby zatrudnionej za pracę wykonywaną w ramach stosunku pracy są stopień zaangażowania pracującego (mierzony ilością czasu poświęconego na pracę wykonywaną na rzecz pracodawcy) oraz (związany z tym istotnym wskaźnikiem dla oceny rodzaju zatrudnienia: pracownicze–niepracownicze) poziom wynagrodzenia w przeliczeniu na godzinę wykonanej pracy. Liczba godzin i wysokość wypłaconego wynagrodzenia decydują o uznaniu przez TSUE za pracownika osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej lub formalnie osobiście prowadzącej działalność gospodarczą na własny rachunek (samozatrudnionej)

⁷ Według art. 3a lit. „a” Dyrektywy 89/391/EWG pracownikiem jest „każda osoba zatrudniona przez pracodawcę, włącznie z osobami prowadzącymi szkolenie i praktyki, wyłączając pomoce domowe”.

(C-14/09, *Hava Genc versus Land Berlin*, EU:C:2010:57, § 27). Ograniczony czas pracy oraz niewielkie zarobki wypłacane pracującemu zobowiązanemu do świadczenia pracy w części dziennej lub tygodniowej standardowych norm czasu pracy są wskaźnikami, że praca może być wykonywana w ramach doraźnej usługi świadczonej przez osobę zatrudnioną na podstawie umowy cywilnoprawnej, a nie przez pracownika zobowiązanego do pracy w pełnym wymiarze norm czasu pracy, dobowej i tygodniowej. Dodatkowym argumentem przemawiającym na rzecz odmowy uznania osoby zatrudnionej za pracownika w rozumieniu unijnych przepisów prawa pracy jest nieregularny charakter zatrudnienia (C-357/89, *V.J.M. Raulin versus Minister versus Onderwijs en Wetenschappen*, EU:E:1992:87, § 14). Brak obowiązku przestrzegania przez pracującego zakładowych przepisów o czasie pracy, określonych w regulaminie pracy obowiązującym u pracodawcy zatrudniającego osobę ubiegającą się o uzyskanie statusu pracownika, przemawia przeciwko uznaniu za pracownika osoby pracującej na podstawie umowy cywilnoprawnej. Jediną okolicznością uzasadniającą uznanie za pracownika osoby nieregularnie zatrudnionej jest sformułowany w umowie, na podstawie której osoba zatrudniona wykonuje pracę, obowiązek stawienia się na wezwanie w miejscu pracy w celu podjęcia i świadczenia pracy w wymiarze sprecyzowanym przez zatrudniającego.

Zaprezentowane przykładowo orzeczenia TSUE zostały wydane na podstawie wtórnych przepisów prawa unijnego – dyrektyw będących źródłem unijnego prawa pracy. Bardziej liberalne stanowisko w sprawie uznania za pracownika osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, z wyłączeniem osób samozatrudnionych⁸, zajmował TSUE wówczas, gdy problem prawny był związany z gwarantowanym art. 45 TFUE (uprzednio art. 39 TWE) prawem do swobodnego przemieszczania się „pracowników” w ramach wspólnego rynku. W tych przypadkach ani normy czasu pracy, ani wysokość wynagrodzenia otrzymywanego przez zatrudnionych ubiegających się o możliwość korzystania z przywilejów autonomicznej unijnej definicji „pracownika” (*worker*) nie stanowiły przeszkody do uznania za pracownika niemal każdej zawodowo aktywnej osoby. Za „pracowników” w judykaturze uznawano osoby pracujące od 3 do 18 godzin tygodniowo (C-139/85, *R.H. Kempf versus Staatssecretaries van Justice*, EU:E:C:1986:223, § 16; C-213/05, *Wendy Gewen versus Land Nordrhein-Westfalen*, EU:C:2005:187, § 27), legitymujące się krótkim, kilkutygodniowym stażem pracy (C-413/01, *Franca Ninni-Ora-sche versus Bundesminister für Wissenschaft, Verkeer und Kunst*, EU:E:2003:600, § 32), pobierające niższe od minimalnego wynagrodzenie za świadczoną pracę. Fakt, że zarobki nie wystarczają na pokrycie kosztów zaspokojenia podstawowych potrzeb osoby chcącej bez ograniczeń przemieszczać się w ramach UE, nie stanowił żadnej przeszkody, aby korzystać z uprawnienia bycia członkiem unijnej

⁸ Samozatrudnieni, jako osoby świadczące usługi na unijnym rynku usług, korzystali ze swobody przemieszczania niepodlegającej ograniczeniom w okresach przejściowych.

„wspólnoty pracujących” (Risak, Dullinger 2018). TSUE przejął linię orzecznictwa sformułowaną w sprawach odnoszących się do wykładni przepisów prawa pierwotnego (traktatów unijnych) – art. 45 i 157 TFUE w sprawach dotyczących interpretacji wtórnych przepisów – dyrektyw unijnych. Orzekł, że w sprawach o uznanie za pracownika osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych oraz osób samozatrudnionych nieistotne są takie okoliczności, jak: wydajność pracy, pochodzenie funduszy, z których płacone są wynagrodzenia (C-344/87, I. Bettray *versus* Staatssecretarissen van Justitie, EU:C:1989:226, § 15), stosowane przez zatrudniającego sposoby rekompensaty (wypłata w gotówce, świadczenia w naturze) za wykonywaną pracę (C-456/02, Michel Trojani *versus* Centre public d’aide sociale de Bruxelles (CPAS), EU:E:C:204:488, § 9). Uznanie za „pracownika” (*worker*) w rozumieniu przepisów unijnego wtórnego prawa pracy praktykanta lub stażysty nie przeszkadzało to, że szkolenia, nauka zawodu wszystkich osób, również niepełnoletnich, zostały zorganizowane w sposób umożliwiający praktykującemu nabycie rzeczywistych i prawdziwych umiejętności zawodowych (C-109/04, Karl Robert Kranemann *versus* Land Nordrhein-Westfalen, EU:C:2005:187, §13; C-10/05, Cynthia Matterhn and Hajrudin Cikotic *versus* Ministre du Travail et de l’Emploi, EU:C:2006:220, § 21).

Za istotne wskazówki świadczące o fakcie istnienia pracowniczego zatrudnienia osoby uważanej przez zatrudniającego za samozatrudnionego lub wykonującego usługi w ramach określonej umowy cywilnoprawnej uznawano przyznane zatrudnionemu uprawnienia pracownicze i socjalne, takie na przykład jak: prawo do płatnego urlopu wypoczynkowego (C-432/14, O *versus* Bio Phillippe Auguste SARL, EU:E:2015: 643, § 25) oraz gwarantowanego wynagrodzenia w okresie nieświadczenia pracy w czasie niezdolności do pracy (*ibidem*); zagwarantowanie zatrudnionemu uprawnień do świadczeń regulowanych postanowieniami układu zbiorowego pracy (*ibidem*); objęcie obowiązkiem ubezpieczenia społecznego i opłacanie składek ubezpieczeniowych przez zatrudniającego za zatrudnionego na podstawie umowy cywilnoprawnej, z którą nie łączy się obowiązek opłacania składek przez zatrudniającego (*ibidem*); nadanie umowie stanowiącej podstawę zatrudnienia, nazwanej kontraktem o świadczenie usług, treści charakterystycznej dla pracy świadczonej w ramach pracowniczego stosunku pracy (C-456/02, Michel Trojani *versus* Centre public d’aide sociale de Bruxelles (CPAS), EU:E:C:204:488, § 17) lub mającej cechy zatrudnienia pracowniczego (C-46/12, L.N. *versus* Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte, EU:E:C:2013:97, § 44). W tej ostatniej, sprawie Trojani (C-456/02) TSUE orzekł, że żadna okoliczność uznana za istotną przez krajowy sąd pracy w świetle przepisów prawa pracy państwa członkowskiego UE w postępowaniu o ustalenie pracowniczego statusu osoby zatrudnionej nie ma znaczenia w postępowaniu przed najwyższym unijnym organem wymiaru sprawiedliwości. Zatem ani szczególny charakter stosunku pracy ukształtowany przez system krajowego prawa pracy, ani wydajność pracy czy źródło finansowania wynagrodzenia wypłacanego zatrudnionemu nie

mają znaczenia w postępowaniu przez sąd unijnym o uznanie za pracownika osoby samozatrudnionej albo świadczącej pracę w ramach jednej z umów cywilnoprawnych.

7. PRACA (USŁUGI) WYKONYWANE ODPLATNIE NA RZECZ I POD KIEROWNICTWEM INNEJ OSOBY

Charakterystyczną cechą pracy wykonywanej przez pracownika w rozumieniu przepisów unijnych dyrektyw jest podporządkowanie zatrudnionego osobie zatrudniającej, na rzecz której świadczona jest praca. Podporządkowanie pracującego kierownictwu zatrudniającego jest kolejną ważną cechą wykorzystywaną przez unijną judykaturę do odróżnienia zatrudnienia pracowniczego od niepracowniczego (cywilnoprawnego). Nie chodzi tu o kwalifikowanie osoby kierującej pracą pracowników jako właściciela zakładu, w ramach którego i na rzecz którego świadczona jest praca. Kierujący pracą reprezentuje interesy i działa w stosunkach pracy w imieniu osoby lub podmiotu zatrudniającego. W judykaturze unijnej kładzie się nacisk na to, aby pracujący pozostawał pod kontrolą reprezentanta zatrudniającego, uprawnionego do wydawania zatrudnionym poleceń dotyczących sposobu, miejsca i czasu wykonywania pracy (zob. np.: C-3/87, *The Queen versus Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Agegate Ltd.*, EU:C:1989:650, § 36; C-256/01, *Debra Allonby versus Accringaton & Rossendale College and Others*, EU:C:2004:18, § 6; C-23/09, *Dita Danosa versus LKB Lizings SIA*, EU:C:2010:674, § 46; C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie BV and Others versus Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllesheim*, EU:C:2015:574, § 46; C-229/14, *Ender Balkaya versus Kisel Abbruch und Recycling Technik GmbH*, EU:C:2015:455, § 37). Zatrudniający lub upoważniona przez niego osoba ma władzę zwierzchnią w procesie zarządzania osobami pracującymi (C-66/55, *Lawrie Blum*, § 18). Pracownicy są zobowiązani wykonywać jego polecenia dotyczące pracy i warunków jej wykonywania (*ibidem*). Za szkody wyrządzone nieumyślnie przez pracownika lub z przyczyn przez niego niezawinionych odpowiedzialność ponosi osoba lub podmiot zatrudniający. Pracownik nie partycypuje w ryzyku handlowym, które w całości spoczywa na zatrudniającym go przedsiębiorcy (C-3/87, *Agegate*, § 36). Pracownik jest obowiązany osobiście świadczyć pracę. Nie ma więc uprawnień do zlecania przypadających nań zadań innym zatrudnionym albo do samodzielnego zatrudniania swoich pomocników (C-270/13, *Iraklis Haralambidis versus Calogero Casilli*, EU:C:2014:2185, § 33). Bezpośrednią merytoryczną i formalną kontrolę nad pracownikami sprawuje zatrudniający albo wyznaczone przez niego osoby (C-256/01, *Alonby*, § 72). W stosunku do zatrudnionych nieprzestrzegających powyższych reguł sformułowanych w przepisach prawa pracy osoby sprawujące nadzór nad pracą zatrudnionych są uprawnione do wymierzania kar regulaminowych (C-270/13, *Haralambidis*, § 30).

Z powyższej charakterystyki pracowniczych stosunków pracy wynika, iż praca lub usługi, sposób ich wykonywania oraz zasady obowiązujące w miejscu pracy są poddane kontroli osoby lub podmiotu zatrudniającego – pracodawcy. Pracujący są kierowani, kontrolowani i nadzorowani przez osobę zatrudniającą albo jej reprezentantów. Nie mają prawa podejmować decyzji w sprawach dotyczących wyboru miejsca i godzin świadczenia pracy. Nie korzystają ze swobody angażowania pomocników. W miejscu pracy i w czasie wyznaczonym przez zatrudniającego pozostają w kręgu jego władztwa, które zatrudniony ma prawo delegować na inne wybrane i wskazane przez niego osoby. Są w takim stopniu uzależnieni od zatrudniającego, że *de facto* umowy, na podstawie i w ramach prawnych których świadczą pracę, są traktowane, bez względu na okres zatrudnienia, za *fixed-term contracts of employment*⁹ (C-22/98, Criminal proceedings against Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NV and Adia Interim NV, EU:C:1999:419, § 25). W zamian za tę dyspozycyjność pracujący otrzymują wynagrodzenie i nie partycypują w ryzyku przedsięwzięcia, do którego realizacji zostali zaangażowani.

Zasada podporządkowania pracownika kierownictwu osoby lub podmiotu zatrudniającego ma zastosowanie do osób reprezentujących interesy przedsiębiorców w stosunkach z pracownikami. Kryteria pozwalające na odróżnienie statusu osób sprawujących w imieniu zatrudniającego nadzór nad pracującymi zostały przez unijną judykaturę dostosowane do specyficznej sytuacji, w jakiej znajdują się zatrudnieni wykonujący w imieniu zatrudniającego funkcje kierownicze, nadzorcze i kontrolne w stosunku do osób zatrudnionych w charakterze pracowników. TSUE uważa, że tego rodzaju prace mogą być również wykonywane w ramach zatrudnienia pracowniczego i niepracowniczego. Pozycja osób kierujących zakładem oraz sprawujących nadzór nad pozostałymi zatrudnionymi jest uzależniona od: warunków, na jakich zostali oni zatrudnieni na kierowniczych stanowiskach; zakresu powierzonych im obowiązków i przysługujących im władczych kompetencji; okoliczności, w jakich mogą zostać odwołani z kierowniczych stanowisk, uregulowanych w statutach podmiotów zatrudniających oraz innych dokumentach zaliczanych do kategorii zakładowych źródeł prawa relacji pomiędzy organami zarządzającymi a nadzorującymi określone przedsięwzięcie biznesowe (spółka kapitałowa) albo dobroczynne (fundacja); ich uprawnień w sprawach dotyczących decyzji majątkowych zarządzanej przez nich instytucji (posiadanie akcji). Osoby zarządzające sprawami pracowniczymi mogą bowiem posiadać kompetencje w różnych kategoriach spraw, odnoszących się do sfer: majątkowej, finansowej i organizacyjnej przedsięwzięć, jakimi zarządzają. Decyzja o uznaniu ich za pracowników podporządkowanych osobie lub podmiotowi zatrudnającemu jest uzależniona od ich pozycji w sferze organizacyjnej podmiotu, na rzecz którego

⁹ Występuje tu gra słów, nie chodzi bowiem o rodzaj zawartej umowy, ale o warunki zatrudnienia sformułowane w każdej umowie o pracę, zarówno terminowej, jak i zawartej na czas nieokreślony. W polskim prawie pracy taką umowę nazywa się adhezyjną, do której (dotyczy to warunków pracy i wynagrodzenia) osoba ubiegająca się o pracę może przystąpić.

świadczą pracę. Wyroki TSUE wydane w sprawach *Danosa* (C-232/09) i *Balkaya* (C-229/14) ukazują subtelne różnice w sytuacji prawnej osób zatrudnionych na najwyższych stanowiskach kierowniczych, uprawnionych do podejmowania decyzji niemal we wszystkich lub w większości kategorii spraw firmy. Dita Danosa, sprawująca funkcję dyrektora, wyłącznego udziałowca i jedyne go członka zarządu spółki kapitałowej, pozostawała – zdaniem TSUE – w stosunku podporządkowania (*relationship of subordination*) względem przedsięwzięcia, jakim kierowała. Powyższe obowiązki mogła pełnić zarówno w roli osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej (kontraktu menedżerskiego) lub umowy o pracę regulowanej przepisami prawa pracy. W innej sytuacji – zdaniem TSUE – znajdowały się osoby zajmujące identyczne stanowiska kierownicze i mające pozycję w zarządzie instytucji zajmującej się szkoleniem zawodowym, a więc działalnością częściowo finansowaną z funduszy publicznych. Odmienności sytuacji prawnej podmiotu zatrudniającego odzwierciedlają zasadniczą różnicę w statusie osób zatrudnionych na stanowiskach kierowniczych. W instytucji niebędącej spółką kapitałową osoba zajmująca stanowisko dyrektorskie, pobierająca wynagrodzenie finansowane z funduszy publicznych, jest pracownikiem w rozumieniu przepisów wtórnego prawa unijnego, natomiast wyłączny akcjonariusz, członek jednoosobowego zarządu spółki kapitałowej, zajmujący stanowisko dyrektorskie, nie może być – według TSUE – potraktowany jako pracownik (*worker*) w rozumieniu przepisów unijnych, nie jest bowiem nikomu zawodowo podporządkowany, prowadzi działalność gospodarczą na własny rachunek. Jest więc niezależnym samozatrudnionym (C-107/94, P.H. Asscher *versus* Statssecretarissen van Financiën, EU:C:1996:251, § 26; C-337/97, C.P.M. Meeusen *versus* Hoofdirectie van den Informatie Beheer Groep, EU:C:1999:284, § 13), występującym w stosunku do innych osób będących pracownikami w charakterze pracodawcy. W pozostałych przypadkach unijna judykatura nie wyklucza możliwości uznania za pracownika osoby zatrudnionej na stanowisku kierowniczym nawet wówczas, gdy pozostaje ona w związkach rodzinnych z osobami sprawującymi nadzór merytoryczny nad wykonywaną przez nią działalnością zawodową (C-337/97, Meeusen, § 15). Powyższe stwierdzenie odnosi się również do osób zobowiązanych do zajmowania się sprawami organizacji społecznej z racji członkostwa. Wypracowana przez unijną judykaturę koncepcja „pracownika” (*worker*) ma zastosowanie wobec każdego zatrudnionego, którego w świetle judykatury TSUE, prezentowanej w niniejszym opracowaniu, można uznać, kierując się kryteriami sformułowanymi w orzecznictwie TSUE, za pracownika w rozumieniu przepisu art. 45 TFUE (C-216/15, Betriebsrat der Ruhrlandklinik GmbH *versus* Ruhrlandklinik GmbH, EU:C:2016:883).

Odpłatność, jako charakterystyczną cechę zatrudnienia pracowniczego, przedstawiam jako ostatni, ważny, aczkolwiek – moim zdaniem – nie najbardziej charakterystyczny element zatrudnienia pracowniczego. Odpłatnie bowiem wykonują pracę niemal wszyscy zatrudnieni. Także usługa polegająca na pracy

wykonywanej w ramach działalności prowadzonej na własny rachunek lub na podstawie umów cywilnoprawnych jest z reguły opłacana. Porównując zatrudnienie pracownicze i niepracownicze, z pewnością można zakwalifikować brak wynagrodzenia za wykonaną pracę jako decydujący argument o zatrudnieniu niepracowniczym osoby, która tę pracę wykonywała. Porównując kryteria pozwalające odróżnić zatrudnienie pracownicze od niepracowniczego, zajmuję się więc wyłącznie pracą świadczoną za odpłatnością. Biorąc pod uwagę ten aspekt analizowanego zagadnienia prawnego, muszę – choć już wcześniej to zasignalizowałem – dodać, że w prezentowanej judykaturze unijnej sposób wynagrodzenia za pracę nie ma wpływu na ocenę charakteru zatrudnienia: pracownicze – niepracownicze. Zatrudnienie uznane przez TSUE za pracownicze może być wynagradzane w każdej formie: pieniężnej (*cash*) oraz innych świadczeń materialnych i niematerialnych (*kind*), zarówno mających, jak niemających obiektywnej wartości (C-36/74, *Walvare and Koch versus Association Union Cycliste International and Others*, EU:C:1974:140, § 4, 10). Bez znaczenia jest również wysokość tych świadczeń oraz jej relacja w stosunku do nakładu energii zużytej na wykonanie pracy przez zatrudnionego. Przepisy traktatów (art. 39 TWE/art. 45 TFUE) nie ustanawiały żadnych zależności między wolnością przemieszczania się w obrębie wspólnego rynku a odpłatnością za różnego rodzaju świadczone usługi, również nieaprobowane przez część społeczności europejskiej (C-268/99, *Aldona Małgorzata Jany and Others versus Staatssecretaries van Justitie*, EU:C:2001:616, § 70).

8. REFLEKSJA KOŃCOWA

Unijna definicja pracownika ma charakter autonomiczny, a więc nie jest uzależniona od jakichkolwiek regulacji prawnych wprowadzonych przez władze państw członkowskich UE do krajowych systemów prawa pracy. Wyraził to bardzo dobitnie TSUE w orzeczeniu wydanym w sprawie *Union syndicale Solidaires Isère* (C-428/09, EU:C:2009:612), pisząc (cytuję w oryginale): „The sui generis legal nature of the employment relationship under national law cannot have any consequences in regard to whether or not the person is worker for the purpose of EU law”. W rozumieniu traktatów unijnych pracownikiem jest – bez względu na stanowisko władz państwa członkowskiego UE – każda osoba świadcząca osobiście za wynagrodzeniem pracę na rzecz i pod kierownictwem innej osoby. Trybunał Sprawiedliwości, jako unijny organ wymiaru sprawiedliwości, sformułował kryteria pozwalające właściwym krajowym sądom pracy odróżnić zatrudnienie pracownicze od niepracowniczego. Można to uczynić w postępowaniu o uznanie za pracownika osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej oraz samozatrudnionego. Z punktu widzenia polskiego prawa pracy, materialnego i procesowego, współczesna unijna koncepcja pracownika jest zgodna z dotychczasową krajową tradycją legislacyjną oraz przepisami aktualnie obowiązującego Kodeksu pracy.

BIBLIOGRAFIA

- Bloch, Józef. 1936. *Polskie ustawodawstwo społeczne, Kodeks pracy, ustawy, rozporządzenia, dekrety, orzecznictwo i komentarz*. Warszawa: Druk „Monolit”.
- McCrudden, Christopher. 2012. „Two Views of Subordination: The Personal Scope of Employment Discrimination Law”. *Industrial Law Journal* 41: 30–55.
- Musiała, Anna. 2017. „Kim jest „pracownik” w ujęciu przepisów konstytucyjnych”. *Monitor Prawa Pracy* 4: 173–178.
- Musiała, Anna. 2018. „Reperkusje pojęcia „worker” w polskim prawie pracy”. *Monitor Prawa Pracy* 5: 7–13.
- Risak, Martin, Thomas Dullinger. 2018. *The concept of ‘worker’ in EU Law. Status quo and potential for change*. Report 140. Brussels.
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2014. „Autonomiczna definicja pracownika”. *Monitor Prawa Pracy* 11: 567–572 .
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2015a. „Prawo do wolności zrzeszania się i uprawnień pokrewnych”. *Monitor Prawa Pracy* 9: 454–461.
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2015b. W *System prawa pracy. Cywilnoprawne zatrudnienie niepracownicze*. Red. Krzysztof W. Baran. 47–160. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2016. „Konstytucyjna koncepcja pracownika”. *Monitor Prawa Pracy* 1: 8–14.
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2018. „Szanse, zagrożenia i niewiadome zatrudnienia w stadium «czwartej rewolucji przemysłowej»”. *Polityka Społeczna* 4: 1–9.
- Terry, Michael, Linda Dickens. 1991. *European Employment and Industrial Relations Glossary: United Kingdom*. Dublin/Luxembourg: Sweet and Maxwell/Office for Official Publications of the European Communities.

Andrzej Marian Świątkowski

RECOGNITION OF AN INDIVIDUAL EMPLOYED UNDER THE CIVIL LAW CONTRACT AS EMPLOYEE

Abstract. The author presents unified concept of worker in the UE employment law. It includes all groups of active population who perform dependent, personally and economically, during the certain period of time services for and under the direction of another person in return of remuneration. Under that UE autonomous concept of employment any type of services, including self employment regulated by the civil law, is protected against major risks caused by the globalization and poverty.

Keywords: civil type of contract, dependency, economic activity, employment relationship, employer, employee, selfemployed, services, worker.

*Aleksandra Pietras**

O ZAKRESIE PODMIOTOWYM PRAWA PRACY Z PERSPEKTYWY KONCEPCJI *WORK-LIFE BALANCE*

Streszczenie. W Polsce znaczna część osób zatrudnionych na innej podstawie prawnej niż stosunek pracy świadczy pracę w warunkach zależności ekonomicznej. Z drugiej strony następuje odejście od klasycznego modelu podporządkowania pracowniczego, co wiąże się z większą niezależnością pracowników i stanowi konsekwencję rozwoju nietypowych form zatrudnienia także w ramach stosunku pracy. Biorąc to pod uwagę, warto zastanowić się, jak w przyszłości powinien się kształtować zakres podmiotowy prawa pracy. Pozycja społeczna wszystkich osób, dla których praca stanowi podstawowe źródło dochodów, a więc warunek godnego życia, jest coraz bardziej podobna, a negatywne następstwa konfliktów pomiędzy sferą życia zawodowego i prywatnego są tak samo dotkliwe, bez względu na podstawę prawną zatrudnienia. Interes społeczny wymaga więc, aby uwzględnić zagrożenia towarzyszące różnym formom świadczenia pracy.

Słowa kluczowe: umowy cywilnoprawne, bezpieczeństwo socjalne, elastyczność zatrudnienia, *work-life balance*, zakres podmiotowy prawa pracy.

1. UWAGI WSTĘPNE

Granice między życiem zawodowym a życiem prywatnym człowieka w coraz większym stopniu ulegają zatarciu, na co wpływa wiele czynników o różnorodnym charakterze. W miarę rozwoju nowoczesnych technologii praca staje się pod pewnymi względami bardziej elastyczna, a przez to zarówno pracodawcy, jak i pracownicy mogą ją lepiej dostosowywać do swoich potrzeb. Dokonujący się postęp technologiczny niesie jednak również zagrożenia, przede wszystkim z tego względu, iż możliwość nieograniczonego w czasie i przestrzeni kontaktu pracodawcy z pracownikiem może prowadzić do nadmiernego angażowania człowieka w pracę, co bezpośrednio oddziałuje na możliwość wypełniania obowiązków w pozostałych, pozazawodowych sferach życia. Konflikt ról nie tylko wpływa negatywnie na jakość relacji rodzinnych czy towarzyskich, lecz stanowi także poważne zagrożenie dla dóbr osobistych w postaci zdrowia czy prawa do prywatności. Pracownik, który mentalnie również poza godzinami pracy pozostaje w sferze życia zawodowego, nie jest w stanie efektywnie wypoczywać, czemu sprzyja presja ciąglego pozostawania on-line i związane z tym przenoszenie często

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy, *aleksandra.karolina.p@gmail.com*

negatywnych emocji towarzyszących pracy na sferę życia prywatnego. Problem braku równowagi pomiędzy poszczególnymi obszarami ludzkiego życia dotyka w szczególności osoby, które w większym zakresie korzystają ze swobody w planowaniu dnia pracy (Binniger 2014, 39), czyli przede wszystkim zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych, ze względu na brak podporządkowania organizacyjnego.

Wśród czynników w znacznym stopniu oddziałujących na współczesny rynek pracy, a więc również na sytuację prawną jego uczestników, na pierwszy plan wysuwają się także kwestie społeczne, które już teraz prowadzą do zmian nieodwracalnych w perspektywie najbliższych lat. Jako przykład wskazać można zmiany demograficzne, które w negatywny sposób odbijają się na strukturze wiekowej społeczeństwa. Polska znajduje się obecnie na takim etapie rozwoju demograficznego, że nawet wzrost współczynnika dzietności do poziomu gwarantującego prostą zastępowalność pokoleń nie spowoduje w krótkim okresie zwiększenia liczby ludności kraju i nie zahamuje postępującego starzenia się społeczeństwa (Główny Urząd Statystyczny 2014, 33). Sytuację komplikuje dodatkowo zależność finansowa młodych ludzi, którzy często mieszkają wspólnie z rodzicami, co wynika z faktu, iż wykonywanie pracy zarobkowej nie zawsze wiąże się z osiągnięciem dochodów pozwalających na usamodzielnienie się (Centrum Badania Opinii Społecznej 2017, 5–6). Problem ten dodatkowo pogłębia brak stabilności socjalnej, niezbędnej do realizacji planów związanych z rodzicielstwem, co w szczególności dotyczy młodych ludzi zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, nieposiadających gwarancji zatrudnienia, a także pozbawionych możliwości zaciągnięcia kredytu na zakup własnego mieszkania. Można powiedzieć, że w coraz szerszym zakresie mamy do czynienia z postępującą prekaryzacją umów, których cechą charakterystyczną jest przypadkowość oraz niemożność tworzenia stabilnych warunków życia pracowników (Godlewska-Bujok 2014, 5). Należy zatem zgodzić się z poglądem, że nawet nowelizacja art. 22 ustawy z 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy (Dz.U. 2018, poz. 917 ze zm.), doprecyzowująca cechy umowy o pracę, nie doprowadziła do ograniczenia zjawiska nieuzasadnionego zawierania umów cywilnoprawnych. W aktualnie istniejących warunkach społeczno-ekonomicznych ich stosowanie w praktyce nadal budzi liczne wątpliwości, przede wszystkim z tego względu, że faktyczna pozycja i obowiązki osób świadczących pracę na podstawie tego rodzaju umów świadczą o tym, że znaczna ich część zawierana jest sprzecznie z ich istotą (Salwa 2002, 207).

Przed współczesnym prawem pracy stoi zatem jedno z najważniejszych wyzwań – określenie zakresu podmiotowego kodeksu pracy, w sytuacji gdy znaczna liczba osób, dla których praca stanowi podstawowe źródło dochodów, świadczy ją w ramach tzw. elastycznych form zatrudnienia, również niepracowniczych, wśród których dominują umowy zlecenia, czy szerzej umowy nienazwane, a do tego rodzaju umów stosuje się przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umów zlecenia (Główny Urząd Statystyczny 2016, 4). Takie osoby są w związku z tym

pozbawione uprawnień, których minimalny standard wyznaczają przepisy prawa pracy, nawet jeśli niektóre z nich można uznać za niedoskonałe. Rodzi to potrzebę podjęcia działań, które z jednej strony zapewnią pożądaną przez pracodawców elastyczność, z drugiej – bezpieczeństwo socjalne osób, dla których praca, bez względu na podstawę zatrudnienia, stanowi warunek godnego życia. Stabilizacja socjalna pozostaje zaś w ścisłym związku z realizacją założeń koncepcji *work-life balance*, gdyż jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stanowi ona gwarancję ochrony zdrowia pracownika, możliwości wypełniania przez niego socjalnych funkcji, w szczególności rodzicielskich oraz jego uczestnictwa w życiu społecznym, kulturalnym i politycznym (Rączka 2009, 167). Elastyczność z punktu widzenia pracownika należy traktować jako dążenie do harmonijnego łączenia życia zawodowego z osobistym (Mitrus 2009, 191).

2. POJĘCIE *WORK-LIFE BALANCE*

W pierwszej kolejności warto wskazać, co należy rozumieć pod pojęciem *work-life balance*. Kategoria ta stanowi przedmiot badań wielu dyscyplin naukowych, a pojęcie jest różnie definiowane w literaturze przedmiotu. Psychologowie i socjologowie próbują przede wszystkim ustalić, jak *work-life balance* oddziałuje na człowieka i jego środowisko, oraz wskazać rolę, jaką pełni w życiu (Binniger 2014, 3; Schnieder 2013, 36). Wyniki tych badań są istotne także z perspektywy relacji zachodzących pomiędzy elastycznością zatrudnienia a bezpieczeństwem socjalnym zatrudnionych, gdyż pozwalają ocenić celowość regulowania pewnych kwestii z zakresu *work-life balance* na poziomie ustawodawstwa, a także stopień szczegółowości przepisów dotyczących tej problematyki, przy uwzględnieniu specyfiki poszczególnych zakładów pracy.

Na ogół pod pojęciem *work-life balance* rozumie się równowagę pomiędzy życiem zawodowym a życiem prywatnym człowieka lub niewystępowanie konfliktu pomiędzy wymaganiami, z którymi człowiek styka się w obu tych sferach swojego życia (Burner 2014, 4). Wątpliwości rodzą się przede wszystkim na tle interpretacji elementów składowych tego pojęcia oraz relacji zachodzących pomiędzy sferą życia prywatnego a rodzinnego pracownika. Autorzy często zamiennie posługują się pojęciami: *work-family balance* czy *life-domain balance*, chociaż *work-life balance* jest pojęciem najszerszym (Burner 2014, 4–5). W czasie wolnym od pracy człowiek realizuje zobowiązania z tytułu rodzicielstwa, pełni funkcje opiekuńcze w stosunku do starszych i chorych członków rodziny, a poza tym podejmuje różnego rodzaju aktywności służące samodoskonaleniu i regeneracji sił psychofizycznych.

Czas wolny od pracy, określanej jako *life*, przynależącej do sfery prywatnej człowieka, obejmuje więc życie osobiste jednostki, kontakty towarzyskie, a także życie rodzinne, w ramach którego człowiek wykonuje również pracę

niezarobkową, związaną z prowadzeniem gospodarstwa domowego oraz odpoczywa. *Work-life balance* należy więc odnosić do równowagi pomiędzy czasem poświęcanym pracy zawodowej, czasem spędzaniem z rodziną i czasem przeznaczanym przez jednostkę na doskonalenie w sferze duchowej i fizycznej (Burner 2014, 5).

Pojęcie *work* obejmuje natomiast czynności wykonywane profesjonalnie w celu zarobkowym, w odróżnieniu od tych podejmowanych w życiu prywatnym dobrowolnie i nieodpłatnie (Burner 2014, 5). Pojęciem tym należałoby zatem objąć także pracę wykonywaną na podstawie umów cywilnoprawnych. Nie tylko większa swoboda w planowaniu dnia pracy, ale także brak gwarancji zmierzających do zapewnienia tej kategorii zatrudnionych minimalnych dobowych i tygodniowych okresów odpoczynku czy ograniczeń uniemożliwiających świadczenie pracy ponad wymiar stanowiący zagrożenie dla zdrowia i życia pracownika, przesądzają o konieczności poszukiwania rozwiązań zmierzających do ochrony wszystkich osób świadczących pracę w warunkach zależności ekonomicznej.

Problem braku regulacji obejmujących ochroną osoby świadczące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych jest więc istotnym problemem, zważywszy na gwarantowaną przepisami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.) ochronę pracy (art. 24), która dotyczy wszelkiej pracy, niezależnie od przewidzianych w ustawodawstwie zwykłym form prawnych stanowiących podstawę jej wykonywania, a która pozostaje w związku z innymi prawami gwarantowanymi konstytucyjnie, tj. prawem do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy (art. 66, ust. 1), prawem do wypoczynku (art. 66, ust. 2), a także wyrażoną w art. 38 i art. 68 ochroną życia oraz zdrowia (Garlicki, Zubik 2016, 66). Ponadto należy wziąć pod uwagę konieczność ochrony dóbr osobistych człowieka. Realizacja tych uprawnień jest niezbędna do harmonijnego łączenia sfery życia zawodowego i osobistego, choć warto podkreślić, że dokładne określenie relacji zachodzących pomiędzy poszczególnymi obszarami ludzkiego życia nie jest możliwe. Niewątpliwie poza czasem, w którym jednostka realizuje zobowiązania wynikające z umowy, nie zawsze możliwy będzie odpoczynek od zobowiązań zawodowych. Problem ten dotyczy w szczególności osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, które nie są objęte regulacjami ochronnymi z zakresu czasu pracy. Zagrożeniem w przypadku tej kategorii zatrudnionych jest jednak nie tylko brak wyraźnie zakreślonych granic, które wskazują, jak długo praca może być świadczona bez uszczerbku dla zdrowia, lecz także miejsce jej wykonywania. Zatrudniony na podstawie umowy cywilnoprawnej jest w większym stopniu narażony na przenikanie się sfery zawodowej i prywatnej, jeżeli pracuje w domu, choćby ze względu na emocje towarzyszące pracy, od których często trudno odciąć się nawet wówczas, gdy związek pomiędzy miejscem pracy a przestrzenią życia osobistego i rodzinnego zostanie zerwany. W literaturze podkreśla się, że czas, który jednostka poświęca pracy zawodowej, może prowadzić nie tylko do jej fizycznej nieobecności w domu, lecz także absorbować ją

psychicznie w takim stopniu, że nie jest w stanie wypełniać swoich zobowiązań w życiu prywatnym, bez względu na to, gdzie się znajduje. Poza tym zachowania nabyte w sferze życia zawodowego czy prywatnego człowieka mogą nie być spójne z wymaganiami roli w innym obszarze, co sprawia, że przemieszczając się pomiędzy poszczególnymi sferami swojego życia nie zawsze jest w on w stanie dostosować je do aktualnie pełnionej roli (Lachowska 2012, 42–43).

Warto wziąć pod uwagę także fakt, że dla wielu ludzi kariera zawodowa stanowi ważny aspekt samorealizacji (Binniger 2014, 4). Obowiązki zawodowe mogą stanowić dla tych osób potężne źródło satysfakcji, co przekłada się na ogólną ocenę jakości ich życia. Możliwe jest również przenoszenie na grunt życia prywatnego negatywnych emocji towarzyszących pracy wykonywanej profesjonalnie (Argyle 2004). Za przekonujące można zatem uznać stwierdzenie, że pojęcia *balance* nie powinno utożsamiać się z równowagą o charakterze statycznym, gdyż poszczególne sfery ludzkiego życia przenikają się wzajemnie i zachodzą między nimi różnorodne interakcje, co czyni niemożliwą ich całkowitą separację (Gargi 2016, 82–85).

Work-life balance należy rozumieć zatem jako stan względnej równowagi pomiędzy życiem zawodowym i życiem prywatnym, które obejmuje z kolei sferę życia rodzinnego i osobistego człowieka. Istota działań podejmowanych w ramach *work-life balance* nakierowana jest na skuteczną koordynację życia zawodowego i prywatnego, co osiąga się poprzez uwzględnienie prywatnych, społecznych, kulturalnych i zdrowotnych aspektów (Schnieder 2013, 37). Dzięki temu możliwe jest tworzenie warunków niezbędnych dla pełnego rozwoju człowieka, sprzyjających przenoszeniu pozytywnych emocji oraz wartości, których człowiek uczy się podejmując wysiłek towarzyszący pracy, eliminowaniu natomiast tych, które prowadzą do konfliktów w życiu prywatnym i zawodowym człowieka.

3. EWOLUCJA FORM ZATRUDNIENIA I POJĘCIA PODPORZĄDKOWANIA PRACOWNICZEGO A ZAKRES OCHRONY OSÓB ŚWIADCZĄCYCH PRACĘ

Problematyka stosowania umów cywilnoprawnych nabiera znaczenia zwłaszcza wówczas, gdy spojrzymy na nią z punktu widzenia przedsiębiorców oraz osób, które utrzymują się dzięki zarobkom uzyskiwanym z działalności zawodowej. Biorąc pod uwagę, że Polacy są w znacznym stopniu uzależnieni od dochodów osiąganych z pracy, gdyż z reguły posiadają niewielkie własne zasoby majątkowe – godna płaca jest istotnym elementem bezpieczeństwa socjalnego, choć nie jedynym (Dzienisiuk 2016, 85). Równie istotne jest tworzenie gwarancji w zakresie ochrony zdrowia, możliwości realizowania funkcji socjalnych, przede wszystkim rodzicielskich, oraz warunków sprzyjających uczestnictwu w życiu politycznym, społecznym i kulturalnym (Rączka 2009, 167).

W doktrynie podkreśla się, że forma i zakres działalności zarobkowej są zwykle tymi czynnikami, które określają rolę społeczną człowieka, zarówno pod względem zatrudnienia, jak i stylu życia oraz środowiska społecznego (Dzienisiuk 2016, 85). Z perspektywy zatrudnionych istotne jest więc zarówno bezpieczeństwo ekonomiczne, jak również ilość czasu, którym mogą swobodnie dysponować. Czas wolny od pracy nie tylko stanowi warunek realizacji prawa do wypoczynku. Jego ilość determinuje także aktywność jednostki w życiu prywatnym, społecznym, kulturalnym i politycznym, co wpływa na fizyczny, duchowy i społeczny rozwój człowieka. Dla pracodawców natomiast istotne jest przede wszystkim obniżenie kosztów pracy.

W związku z tym pojawia się pytanie o granice liberalizacji prawa pracy, co wiąże się z postulatami uchylecia części przepisów, przede wszystkim tych stanowionych przez państwo, bądź umożliwienia stronom stosunków pracy odejścia od przepisów ustawowych także na niekorzyść pracownika (Florek 2003, 9). Biorąc pod uwagę głoszone pod hasłem zmniejszenia kosztów pracy żądania uelastycznienia prawa pracy, które mają na celu osłabienie ochronnej funkcji prawa w tej kwestii i zapewnienie pracodawcom większej możliwości swobodnego dysponowania osobą pracownika, należy zastanowić się, w jakim zakresie korzystne z perspektywy ogółu zatrudnionych i pracodawców będzie ograniczenie bądź obniżenie poziomu różnego rodzaju uprawnień pracowniczych, przy jednoczesnym objęciu ochroną tych grup zatrudnionych, których prawa i obowiązki wynikające z pracy zostały zróżnicowane ze względu na formalną stronę wykonywania pracy (Salwa 2002, 300). Problem ten jest dostrzegany w doktrynie prawa pracy, gdzie wskazuje się, że w kodeksie pracy powinny znaleźć się unormowania dotyczące niepracowniczego zatrudnienia, regulujące sytuację osób, które faktycznie wykonują pracę stale za wynagrodzeniem w warunkach zbliżonych do tych, które wynikają ze stosunku pracy (Sanetra 2002, 314).

Być może warto ograniczyć zakres podmiotowy szczególnej ochrony trwałości stosunku pracy ze względu na pełnione funkcje i objąć ochroną tylko tych pracowników, którzy z tytułu pełnienia określonej funkcji mogą być zagrożeni rozwiązaniem stosunku pracy (Lewandowski 2003, 33). W kodeksie pracy mogłyby znaleźć się natomiast regulacje dotyczące obowiązków pracodawcy ułatwiających harmonijne łączenie ról w różnych sferach ludzkiego życia, które powinny obejmować także osoby wykonujące pracę na innych podstawach prawnych niż stosunek pracy. Przede wszystkim warto mieć na względzie potrzebę zmiany obecnego stanu prawnego, np. w zakresie uprawnień rodzicielskich w celu zwiększenia udziału ojców w pełnieniu funkcji rodzicielskich. Słusznie wskazuje się w doktrynie, że choć dążenia ustawodawcy do poszerzenia kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania z urlopów związanych z rodzicielstwem należy ocenić pozytywnie, to w działaniu tym nie jest on do końca konsekwentny. Po pierwsze, uprawnienia ojców do korzystania z urlopów z tytułu rodzicielstwa mają zawsze charakter fakultatywny (Latos-Miłkowska 2017, 338–339). Po drugie,

choć ustawa z 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1268) zwiększa uprawnienia ojców do korzystania z urlopów związanych z rodzicielstwem i przyznaje je również ojcom nieposiadającym statusu pracownika, to dokonuje zróżnicowania sytuacji prawnej ojców-pracowników oraz ojców niebędących pracownikami w sposób budzący wątpliwości choćby z tego względu, że prawo ojca niebędącego pracownikiem jest warunkowe – może on kontynuować uprawnienia rodzicielskie, jeżeli spełniony zostanie wymóg sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem i w tym celu przerwie on działalność zarobkową. Tego wymogu ustawodawca nie formułuje w stosunku do pracownika-ojca, który także może prowadzić dodatkową działalność zawodową, rodzącą tytuł do ubezpieczenia społecznego (Bury 2016, 244–245).

Warto rozważyć także konieczność wyrażenia *expressis verbis* pewnych obowiązków pracodawcy mających na celu ochronę dóbr osobistych pracowników, w szczególności zdrowia i życia, np. obowiązek przeciwdziałania zjawisku pracobolizmu. W kodeksie pracy mogłyby znaleźć się również regulacje uwzględniające w szerszym zakresie zagadnienia dotyczące zagrożeń psychospołecznych pozostających w związku ze świadczoną pracą. Ponadto określając, w jakim stopniu należy objąć ochroną zatrudnionych na innej niż stosunek pracy podstawie prawnej, warto wziąć pod uwagę znaczenie przepisów o czasie pracy dla ochrony zdrowia oraz życia. W doktrynie słusznie zwraca się uwagę na budzącą zastrzeżenia konstrukcję art. 66 Konstytucji, która rodzi wątpliwości w kwestii zakresu podmiotowego tego przepisu, podobnie jak pojęcie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Biorąc pod uwagę potrzebę ochrony zdrowia i życia osób świadczących pracę, należy zgodzić się z poglądem, że pojęcie to obejmuje takie warunki pracy, które minimalizują ryzyko powstania szkody na zdrowiu fizycznym lub psychicznym pracownika, a więc także niektóre przepisy o czasie pracy. Mając na uwadze konieczność zapewnienia ochrony zatrudnionym na innej niż stosunek pracy podstawie prawnej, należy poszukiwać takiej wykładni przepisów, która pozwoli uznać prawo do ochrony pracy również w szerszym niż dotychczasowy zakresie podmiotowym (Sobczyk 2012, 286–291).

Ponadto rozważając, w jakim zakresie mechanizmy ochronne prawa pracy powinny zostać rozciągnięte na osoby świadczące pracę poza stosunkiem pracy, warto wziąć pod uwagę ewolucję zarówno form zatrudnienia, jak i pojęcia podporządkowania pracowniczego, które w coraz większym stopniu upodabnia sytuację prawną pracowników do tej, w jakiej znajdują się osoby wykonujące pracę na podstawie umów cywilnoprawnych. Jak trafnie ujął to SN, „pojęcie podporządkowania pracownika pracodawcy ewoluje w miarę rozwoju stosunków społecznych. W miejsce dawnego systemu ścisłego hierarchicznego podporządkowania pracownika i obowiązku stosowania się do dyspozycji pracodawcy, nawet w technicznym zakresie działania, pojawia się nowe podporządkowanie autonomiczne polegające na wyznaczaniu pracownikowi przez pracodawcę zadań bez ingerowania w sposób wykonywania tych zadań” (wyrok SN z 13.04.2016 r.,

II PK 81/15, LEX nr 2026397)¹. Zmienia się więc sposób pojmowania pojęcia podporządkowania pracowniczego, a jednocześnie brakuje kryteriów pozwalających wyznaczyć granice między stosunkiem pracy a stosunkiem cywilnoprawnym w sposób niebudzący wątpliwości. W orzecznictwie wskazuje się z jednej strony na odejście od klasycznego modelu podporządkowania pracowniczego, z drugiej na możliwość wystąpienia cech kierownictwa i podporządkowania także w umowie zlecenia (wyrok SN z 11.09.2013 r., II PK 372/12, OSNP 2014/6/80). Podkreśla się przy tym, że nie są one takie same jak w zależności właściwej dla stosunku pracy, ale jednocześnie nie wskazuje, jakie okoliczności w konkretnym przypadku pozwalają na właściwą ocenę stanu faktycznego. Co więcej, akcentuje się dopuszczalność i równorzędność różnych form świadczenia pracy i zarobkowania w systemie prawa oraz podkreśla się, że o kwalifikacji danego stosunku prawnego jako stosunku pracy nie przesądza wystąpienie elementu zależności pracownika.

4. PODSUMOWANIE

Polacy coraz później stają się niezależni ekonomicznie, co sprawia, że przesuwiają w czasie plany dotyczące założenia rodziny. Taki stan rzeczy wynika w dużej mierze z postaw prokreacyjnych kobiet, które decyzje dotyczące macierzyństwa przesuwiają w czasie ze względu na sytuację materialną, brak mieszkania, nieodpowiednią infrastrukturę w postaci żłobków, przedszkoli i świetlic oraz niedostosowanie ich lokalizacji czy godzin pracy do potrzeb rodziców. Kobiety obawiają się również trudności w godzeniu ról zawodowych i rodzinnych (Centrum Badań Opinii Społecznej 2013, 7–10). Wydaje się jednak, że tym, co przesądza o obecnej sytuacji demograficznej Polski, jest niepewność zatrudnienia, która sprawia, iż praca zarobkowa, stanowiąca dla większości Polaków podstawowe źródło dochodów, staje się priorytetem, pochłaniając niejednokrotnie zasoby człowieka w stopniu, który uniemożliwia efektywne funkcjonowanie w pozostałych sferach życia.

Poza niekorzystnymi trendami demograficznymi zaobserwować można kształtowanie takich postaw wobec pracy, które wskutek zaburzenia równowagi pomiędzy życiem zawodowym a prywatnym prowadzą do problemów ze zdrowiem, pracoholizmu, wypalenia zawodowego, co w konsekwencji odbija się także negatywnie na efektywności i jakości pracy. Wydaje się więc właściwe, aby objąć wszystkie osoby świadczące pracę, bez względu na podstawę prawną

¹ Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 stycznia 2016 r. (II PK 311/14, LEX nr 1974078), odnosząc się do kwestii dyscypliny pracy, obejmuje zakresem tego pojęcia obowiązek pracownika stosowania się do poleceń przełożonych, wskazując, że dotyczy on w równym stopniu pracownika wykonującego pracę w klasycznym modelu podporządkowania pracowniczego, jak i pracownika dysponującego autonomią w zakresie kształtowania swojego czasu pracy i sposobu realizacji powierzonych obowiązków.

zatrudnienia, m.in. regulacjami z zakresu szeroko rozumianego BHP, a więc w pewnym zakresie również przepisami dotyczącymi czasu pracy.

Określając zakres podmiotowy prawa pracy, należy jednak wziąć pod uwagę, że wystarczy jedynie rozciągnąć mechanizmy ochronne prawa pracy na osoby, które choć nie mają statusu pracownika, charakteryzują się podobną pozycją społeczną do tej, w jakiej znajdują się pracownicy. Pozwoli to zachować tożsamość stosunku prawnego, w którym pozostają, jak i zastosować do tej kategorii zatrudnionych wybrane regulacje w stopniu, jaki znajduje uzasadnienie w sposobie świadczenia przez nich pracy (Góral 2015, 331). Takie rozwiązanie jest przekonujące, choć jego przyjęcie prowadzi do wniosku, że uzasadnione byłoby, aby zakres ochrony zróżnicować w większym stopniu również w stosunku do pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, biorąc pod uwagę, że rozwój nietypowych form zatrudnienia postępuje także w ramach stosunku pracy, co wiąże się z odejściem od klasycznego modelu podporządkowania pracowniczego oraz większą niezależnością pracowników.

Ponadto należy wziąć pod uwagę, że przy postępującym uelastycznianiu rynku pracy, w Polsce brakuje rozwiązań socjalnych dla osób, które tracą pracę, co może skutkować ich wykluczeniem. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, iż rozwój *flexicurity* w Polsce będzie zależał od nowoczesnych systemów zabezpieczenia społecznego, aktywnej polityki na rynku pracy oraz ukształtowania się idei kształcenia ustawicznego (Patulski 2009, 176–177). To natomiast może być trudne do zrealizowania w praktyce, przede wszystkim ze względu na konieczność finansowania świadczeń socjalnych czy różnego rodzaju szkoleń (Mitrus 2009, 193).

Postulaty *de lege ferenda* dotyczące rozwiązań służących harmonijnemu łączeniu życia zawodowego z prywatnym powinny więc uwzględnić rozwój elastycznych form zatrudnienia oraz szerokie zastosowanie umów cywilnoprawnych jako powszechnej podstawy umownej wykonywania pracy w Polsce (Godlewska-Bujok 2014, 5). Przede wszystkim jednak należy pamiętać, że większa elastyczność w zatrudnieniu powinna być łączona z działaniami służącymi zapewnieniu bezpieczeństwa socjalnego zatrudnionych. Jeśli więc dostosujemy poziom ochrony pracowników oraz zatrudnionych na innej podstawie niż stosunek pracy do warunków, w jakich świadczona jest ich praca, to należy podjąć odpowiednie działania, które pozwolą wyeliminować negatywne następstwa utraty zatrudnienia. Ponadto większa elastyczność zatrudnienia i ograniczenie stosowania mechanizmów ochronnych w ramach stosunku pracy powinny nie tylko zmniejszyć opór pracodawców do objęcia nimi także pewnych kategorii zatrudnionych na innej podstawie niż stosunek pracy. Wskazane jest, by większej elastyczności zatrudnienia towarzyszyły również działania, które poprawią warunki pracy pod kątem możliwości łączenia pracy zawodowej z życiem prywatnym, jednak przy uwzględnieniu specyfiki pracy wykonywanej przy zachowaniu większej niezależności, aby w ten sposób nie dopuścić do kształtowania destrukcyjnych postaw wobec pracy

i związanych z tym zagrożeń dla zdrowia i życia pracowników. Wymogi interesu społecznego nakazują ustalenie, w jakim zakresie rozszerzone lub zawężone zostanie stosowanie mechanizmów ochronnych prawa pracy. To duże wyzwanie, jeśli weźmie się pod uwagę, jak liczna jest kategoria osób świadczących pracę w warunkach zależności ekonomicznej.

BIBLIOGRAFIA

- Argyle, Michael. 2004. *Psychologia szczęścia*. Wrocław: Astrum. Podaję za: Wudarczewski, Grzegorz. 2013. „Satysfakcja z pracy – konceptualizacja pojęcia w świetle badań literaturowych”. *Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej we Wrocławiu* 5(37): 323–344. <http://yadda.icm.edu.pl/yadda/element/bwmeta1.element.desklight-d4cad932-dde1-41f5-be2b-3665269d5811> [dostęp 30.07.2018].
- Binniger, Michael. 2014. *Work-Life Balance als Chance gegen die demografische Entwicklung: Eine Untersuchung hinsichtlich des gegenwärtigen Fachkräftemangels*. Hamburg: Diplomica Verlag. <http://han3.lib.uni.lodz.pl/han/ebSCO/search-1ebSCOhost-1com-1002d1d5512d4.han3.lib.uni.lodz.pl/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=794952&lang=pl&site=eds-live> [dostęp 25.06.2017].
- Burner, Fabian. 2014. *Work-Life Balance: Herausforderungen für die Beschäftigten vor dem Hintergrund grenzter Arbeit und Handlungs empfehlungen zur besseren Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben*. Hamburg: Diplomica Verlag. <http://han3.lib.uni.lodz.pl/han/ebSCO/search-1ebSCOhost-1com-1002d1d55127d.han3.lib.uni.lodz.pl/login.aspx?direct=true&db=nlEBK&AN=794819&lang=pl&site=eds-live> [dostęp 25.06.2017].
- Bury, Beata. 2016. „Prawo ojca dziecka niebędącego pracownikiem do realizacji uprawnień rodzicielskich związanych z urlopem macierzyńskim”. *Monitor Prawa Pracy* 5: 244–249.
- Centrum Badań Opinii Społecznej. 2013. *Komunikat z badań. Postawy prokreacyjne kobiet*. Warszawa: Centrum Badań Opinii Społecznej. https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_029_13.PDF [dostęp 26.07.2018].
- Centrum Badań Opinii Społecznej. 2017. *Komunikat z badań. Pełnoletnie dzieci mieszkające z rodzicami*. Warszawa: Centrum Badań Opinii Społecznej. https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2017/K_098_17.PDF [dostęp 26.07.2018].
- Dzienisiuk, Dorota. 2016. „Bezpieczeństwo socjalne pracowników – między gospodarką a ochroną organizowaną przez państwo”. W *Prawo pracy. Między gospodarką a ochroną pracy. Księga jubileuszowa Profesora Ludwika Florka*. Red. Monika Latos-Miłkowska, Łukasz Pisarczyk. 85–112. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Florek, Ludwik. 2003. „Granice liberalizacji prawa pracy”. W *Granice liberalizacji prawa pracy. Problemy zabezpieczenia społecznego*. Red. Edyta Bielak, Henryk Lewandowski. 9–26. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Gargi, Roy. 2016. „Impact of mobile communication technology on the work-life balance of working woman – a review of discourses”. *Journal of Contemporary Management Research* 10(1): 79–101. <http://han3.lib.uni.lodz.pl/han/ebSCO/search-1ebSCOhost-1com-1002d1dxb115c.han3.lib.uni.lodz.pl/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=113644339&lang=pl&site=eds-live> [dostęp 25.06.2017].
- Garlicki, Lech, Marek Zubik. 2016. „Komentarz do art. 24 Konstytucji”. W *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom I. Wyd. II. Red. Leszek Garlicki, Marek Zubik. LEX.

- Garlicki, Lech, Sylwia Jarosz-Żukowska. 2016. „Komentarz do art. 66 Konstytucji”. W *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom II. Wyd. II. Red. Leszek Garlicki, Marek Zubik. LEX.
- Główny Urząd Statystyczny. 2014. *Sytuacja demograficzna osób starszych i konsekwencje starzenia się ludności Polski w świetle prognozy na lata 2014–2015*. Warszawa: GUS. <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/ludnosc/sytuacja-demograficzna-osob-starszych-i-konsekwencje-starzenia-sie-ludnoscipolski-w-swietle-prognozy-na-lata-2014-2050,18,1.html> [dostęp 26.07.2018].
- Główny Urząd Statystyczny. 2016. *Pracujący w nietypowych formach zatrudnienia*. Warszawa: GUS. <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/opracowania/pracujacy-w-nietypowych-formach-zatrudnienia,11,1.html> [dostęp 26.07.2018].
- Godlewska-Bujok, Barbara. 2014. „Prekariat a umowy prekaryjne. Głos w dyskusji”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 9: 2–6.
- Góral, Zbigniew. 2015. „O zakresie podmiotowym prawa pracy w Polsce – wybrane uwagi na tle planów rekodyfikacyjnych”. W *Przyszłość prawa pracy. Liber Amicorum. W pięćdziesięciolecie pracy naukowej Profesora Michała Seweryńskiego*. Red. Zbigniew Hajn, Dagmara Skupiń. 317–334. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Lachowska, Bogusława. 2012. *Praca i rodzina: konflikt czy synergia? Konflikt i facylitacja między rolami rodzinnymi i zawodowymi – uwarunkowania i znaczenie dla jakości życia kobiet i mężczyzn*. Lublin: Wydawnictwo Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego.
- Latos-Miłkowska, Monika. 2017. „Zakres podmiotowy urlopów związanych z rodzicielstwem”. W *Tendencje rozwojowe indywidualnego i zbiorowego prawa pracy. Księga jubileuszowa Profesora Grzegorza Goździewicza*. Red. Marzena Szablowska-Juckiewicz, Beata Rutkowska, Anna Napiórkowska. 323–339. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”.
- Lewandowski, Henryk. 2003. „Granice liberalizacji prawa pracy”. W *Granice liberalizacji prawa pracy. Problemy zabezpieczenia społecznego*. Red. Edyta Bielak, Henryk Lewandowski. 27–34. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Mitrus, Leszek. 2009. „Elastyczność zatrudnienia a stabilność socjalna. Głos w dyskusji”. W *Ochrona praw człowieka w świetle przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego*. Red. Andrzej Marian Świątkowski. 190–194. Warszawa: C.H. Beck.
- Patulski, Andrzej. 2009. „Nowe zjawiska na polskim rynku pracy a prawo pracy. Między elastycznością zatrudnienia a bezpieczeństwem socjalnym”. W *Ochrona praw człowieka w świetle przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego*. Red. Andrzej Marian Świątkowski. 175–186. Warszawa: C.H. Beck.
- Rączka, Krzysztof. 2009. „Elastyczny czas pracy a bezpieczeństwo socjalne pracowników”. W *Ochrona praw człowieka w świetle przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego*. Red. Andrzej Marian Świątkowski. 167–174. Warszawa: C.H. Beck.
- Salwa, Zbigniew. 2002. „Przemiany prawa pracy początku stulecia a jego funkcja ochronna”. W *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*. Red. Maria Matey-Tyrowicz, Lesław Nawacki, Barbara Wagner. 295–304. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Sanetra, Walerian. 2002. „Uwagi w kwestii zakresu podmiotowego kodeksu pracy”. W *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*. Red. Maria Matey-Tyrowicz, Lesław Nawacki, Barbara Wagner. 305–317. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Schnieder, Stefan. 2013. *Work Life Balance in Unternehmen: Eine Chance im Wettbewerb um Fachkräfte*. Hamburg: Diplomica Verlag. <http://han3.lib.uni.lodz.pl/han/ebSCO/search-1ebSCOhost->

-1com-1002d1d55127d.han3.lib.uni.lodz.pl/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=794265&lang=pl&site=eds-live [dostęp 25.06.2017].

Sobczyk, Arkadiusz. 2012. „Uwagi na tle art. 66 Konstytucji”. W *Wolność i sprawiedliwość w zatrudnieniu. Księga pamiątkowa poświęcona Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej Profesorowi Lechowi Kaczyńskiemu*. Red. Michał Seweryński, Jakub Stelina. 285–291. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.).

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy (Dz.U. 2018, poz. 917 ze zm.).

Ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015, poz. 1268).

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2013 r., II PK 372/12, OSNP 2014/6/80.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2016 r., II PK 81/15, LEX nr 2026397.

Aleksandra Pietras

ABOUT THE SUBJECTIVE SCOPE OF LABOUR LAW FROM THE PERSPECTIVE *WORK-LIFE BALANCE* CONCEPT

Abstract. In Poland, a significant number of people employed on a legal basis other than the employment relationship, carry out work in the conditions of economic dependence. On the other hand, there is a departure from the classical model of employee subordination, which is connected with greater independence of employees and is a consequence of the development of atypical forms of employment also within the employment relationship. Taking this into account, it is worth considering how the subjective scope of labour law should be shaped in the future. The social standing of all people for whom work is the basic source of income, and therefore the condition of a good life, is more and more similar, and negative consequences of conflicts between the sphere of professional and private life are equally severe regardless of the legal basis of employment. The social interest therefore requires taking into account some threats accompanying various forms of work done.

Keywords: civil law contracts, social security, flexible employment, work-life balance, personal scope of labour law.

Tomasz Duraj*

KONCEPCJA UMOWY O DZIEŁO TWÓRCZE ANALIZA KRYTYCZNA

Streszczenie. W opracowaniu dokonuje się krytycznej oceny obowiązującej od jakiegoś czasu w orzecznictwie sądowym koncepcji umowy o dzieło twórcze (artystyczne). Jej istota polega na ograniczeniu zakresu stosowania umów o dzieło w obrocie prawnym jedynie do tych przypadków, gdy dzieło, które jest rezultatem tej umowy, spełnia cechy utworu w rozumieniu przepisów prawa autorskiego. W ramach tej koncepcji przyjmuje się dopuszczalność wykorzystywania umowy o dzieło wyłącznie w sytuacjach, gdy rezultat jest tworem oryginalnym, jedynym w swoim rodzaju, niepowtarzalnym, chronionym prawem autorskim i wymagającym specjalnych umiejętności od przyjmującego zamówienie (autora), stanowi wyraz jego kreatywności i szczególnych umiejętności. Autor ukazując istotne wady analizowanej koncepcji, próbuje udowodnić, że nie ma ona *de lege lata* żadnych podstaw w obowiązującym prawie, a dokonana przez judykaturę wykładnia przepisów Kodeksu cywilnego regulujących umowę o dzieło jest wykładnią *contra legem*. *De lege ferenda* należy zastanowić się nad objęciem umowy o dzieło składką na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne oraz sformułowaniem odrębnej od prawa cywilnego definicji umowy o dzieło, która będzie miała swoje zastosowanie jedynie na gruncie przepisów regulujących ubezpieczenia społeczne.

Słowa kluczowe: umowa o dzieło, utwór, prawo autorskie, artysta jako podmiot przyjmujący zamówienie, umowa o świadczenie usług, zobowiązanie rezultatu.

1. OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA UMOWY O DZIEŁO

Umowa o dzieło jest rodzajem umowy o świadczenie usług i swoim rodowodem sięga do prawa rzymskiego (*locatio – conductio operis*). Wówczas obok umowy najmu rzeczy i umowy najmu pracy doszło do wyodrębnienia umowy najmu dzieła w celu osiągnięcia zamierzonego wyniku robót budowlanych wykonywanych przez niewolników (szerzej zob. Piekarski 1965, 5 i n.; Brzozowski 2011, 369 i n.). Obecnie umowa o dzieło unormowana jest w Tytule XV Księgi trzeciej Kodeksu cywilnego (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r., t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.) (dalej: k.c.) w art. 627–646. Przez umowę o dzieło przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do wykonania oznaczonego dzieła, a zamawiający do zapłaty wynagrodzenia (art. 627 k.c.). Zarówno w literaturze przedmiotu (zob. np.: Brzozowski 2011, 368 i n.; Radwański, Panowicz-Lipska 2017, 175 i n.; Żelechowski 2017, 294 i n.), jak i orzecznictwie sądowym (zob. np. wyrok SN z 25 października 2016 r., I UK

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Zakład Prawa Stosunków Pracy, t.duraj@wp.pl

446/15, OSNP 2018/2/18) uznaje się powszechnie, że umowa ta ma charakter konsensualny, wzajemny i odpłatny. Jej koniecznym elementem konstrukcyjnym jest to, że usługi będące przedmiotem umowy o dzieło muszą doprowadzić do osiągnięcia w przyszłości konkretnego, indywidualnie oznaczonego rezultatu. Należy jednak wyraźnie zaznaczyć, iż umowa o dzieło jest nie tylko umową rezultatu, ale także umową starannego działania. Prezentowany niekiedy w judykaturze wyraźny podział na zobowiązania rezultatu (umowa o dzieło) i zobowiązania starannego działania (umowa o świadczenie usług podobnych do zlecenia – art. 750 k.c.) jest sztuczny i nieoczywisty. Wywodzi się z doktryny prawa francuskiego i nie jest obecnie powszechnie akceptowany w polskiej doktrynie prawa cywilnego (zob. np.: Radwański 2003, 45; Domański 1972, 169 i n.; Dybowski 1981, 81 i n.; Romanowski 1997, 22 i n.). Z jednej strony, do umowy o dzieło ma zastosowanie art. 355 k.c., dotyczący zobowiązania należytej staranności, bowiem przepis ten znajduje się w części ogólnej prawa zobowiązań. Zgodnie z art. 355 k.c., dłużnik (w tym przypadku przyjmujący zamówienie) obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Przy tym należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Z drugiej zaś strony, w umowach o świadczenie usług, podmiot zlecający oczekuje, że poprzez staranne działanie zostanie osiągnięty przez usługobiorcę określony rezultat, zgodny z przewidywaniami dającego zlecenie. Tyle że, co do zasady, wykonawca usługi (inaczej niż w umowie o dzieło przyjmujący zamówienie) nie ponosi odpowiedzialności za brak rezultatu. Nie da się tu z góry przewidzieć wyniku, a jego nieosiągnięcie nie wpływa na prawo do wynagrodzenia.

Analizując przedmiot umowy o dzieło w doktrynie prawa cywilnego i judykaturze, powszechnie przyjmuje się, że musi nim być konkretny rezultat samodzielnej (osobistej) pracy podmiotu, jego umiejętności lub twórczości. Tak rozumiany „rezultat” ma bardzo szeroki zakres znaczeniowy i w żadnym razie nie ogranicza się wyłącznie do dzieł stanowiących twór o charakterze oryginalnym, niepowtarzalnym, posiadającym cechy utworu w rozumieniu prawa autorskiego (ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1191 ze zm.) i wymagających szczególnych (specjalnych) umiejętności od przyjmującego zamówienie. Przedmiotem umowy o dzieło może być także rezultat pracy fizycznej czy umysłowej, który ma charakter odtwórczy (nie ma przymiotu wyjątkowego i jedyne w swoim rodzaju), o ile rezultat ten jest objęty zamiarem stron tej umowy, a ryzyko jego nieosiągnięcia obciąża wykonawcę dzieła.

W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się szereg kryteriów, którym winien odpowiadać przedmiot umowy o dzieło (zob. np.: Brzozowski 2011, 385 i n.; Radwański, Panowicz-Lipska 2017, 175 i n.; Żelechowski 2017, 296 i n.)¹. Po pierw-

¹ Rozważania na ten temat zawężam do niezbędnego minimum ze względu na ograniczone ramy opracowania.

sze, może nim być zarówno rezultat materialny, jak i niematerialny działalności ludzkiej. Gdy chodzi o dzieła materialne, należy mieć na myśli wytworzenie rzeczy lub dokonanie zmian w rzeczy już istniejącej (naprawienie, przetworzenie, przekształcenie, przerobienie czy uzupełnienie). Z kolei rezultat o charakterze niematerialnym dotyczy wytworów pracy umysłowej, twórczej lub artystycznej człowieka, o ile możliwe jest uchwycenie istoty osiągniętego rezultatu.

Po drugie, rezultat, na który umawiają się strony, musi być z góry precyzyjnie określony w treści umowy o dzieło, tak aby można było jednoznacznie ustalić moment początkowy i końcowy wykonania dzieła. Doktryna prawa cywilnego przyjmuje, że zanim rezultat się zmaterializuje, winien powstać jego abstrakcyjny pierwowzór odznaczający się tymi cechami, które mają charakteryzować przyszłe dzieło uzgodnione pomiędzy stronami umowy (Siuda 1964, 16). W praktyce obrotu gospodarczego stosuje się różne metody określania rezultatu w treści umowy o dzieło (np. poprzez: opis, plan, rysunek, obiektywne jednostki metryczne czy zestawienie z istniejącym już wzorcem), co powoduje, że niejednolity może być stopień dokładności oznaczenia dzieła. Dla skuteczności umowy o dzieło ważne jest jednak, aby określenie rezultatu w jej treści nie budziło żadnych wątpliwości (Brzozowski 2011, 386). Dzieło powinno być zatem zindywidualizowane w umowie już na etapie jej zawierania². W wyroku z dnia 14 listopada 2013 r. (II UK 115/13, LEX nr 1396411) SN stwierdził, że przedmiot umowy o dzieło może być określony w różny sposób i różny może być stopień dokładności tego określenia, pod warunkiem jednak, że nie budzi wątpliwości, o jakie dzieło chodzi. Rezultat oznaczony w umowie powinien posiadać charakterystyczne, wynikające z umowy cechy, co umożliwi zbadanie, czy dzieło zostało wykonane prawidłowo i zgodnie z indywidualnymi wymaganiami bądź upodobaniami podmiotu zamawiającego (Żelechowski 2017, 298).

Po trzecie, rezultat, na który umawiają się strony umowy o dzieło, powinien mieć samoistny byt, co oznacza niezależność rezultatu od dalszego działania, a nawet istnienia samego wykonawcy. Wynika stąd, że w chwili ukończenia dzieła staje się ono niezależne od podmiotu, który je wytworzył, uzyskując autonomiczną wartość w obrocie. Przykładowo dotyczy to mebli wykonanych na zamówienie i przekazanych podmiotowi zamawiającemu.

Po czwarte, co istotnie łączy się z powyżej wskazaną cechą, rezultat, na który umawiają się strony umowy o dzieło, powinien być ucieleśniony. W przypadku dzieł niematerialnych winny mieć one swoje uprzedmiotowienie w postaci utrwalenia w przedmiocie materialnym (np.: rysunek, rzeźba, plan techniczny, dzieło naukowe czy literackie, program komputerowy, konspekt wykładu). Za takim ujęciem analizowanego kryterium opowiadają się m.in.: Radwański, Panowicz-Lipska 2017, 176;

² Przy dziełach skomplikowanych, poza określeniem wszystkich istotnych cech dzieła, niezbędna jest dalsza indywidualizacja jego przedmiotu w postaci rozwiniętego opisu rezultatu pod względem technicznym, funkcjonalnym bądź estetycznym (wyrok SN z dnia 5 marca 2004 r., I CK 329/03, LEX nr 599732).

Żelechowski 2017, 301; Zelek 2015, 212. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny, przez ucieleśnienie rozumieć także należy zapis w postaci cyfrowej na dowolnym typie nośnika, np.: płyta CD, DVD, kanały internetowe (por. Drapała 2013, 217). W literaturze przedmiotu można się jednak spotkać z jeszcze szerszym ujęciem tej cechy. Tutaj pojęcie ucieleśnienia nie ogranicza się jedynie do materialnego utrwalenia dzieła, ale rozszerzane jest na przejawienie się dzieła w innej niż materialna postrzegalnej postaci, umożliwiającej uchwycenie istoty rezultatu i odróżnienie go od innych dzieł (tak np.: Brzozowski 2011, 38; Kubala 1999, 73 i n.).

Po piąte, rezultat, na który umawiają się strony umowy o dzieło, powinien być obiektywnie osiągalny. Oznacza to, że będzie możliwe sprawdzenie jego realizacji za pomocą obiektywnych kryteriów po wykonaniu dzieła. Celem analizowanej umowy nie jest bowiem świadczenie usługi, które, przy zachowaniu określonej staranności, ma prowadzić do oznaczonego w umowie rezultatu, lecz samo osiągnięcie tego rezultatu, co musi być obiektywnie weryfikowalne.

Po szóste, rezultat, który stanowi przedmiot umowy o dzieło, powinien być subiektywnie pewny, przez co należy rozumieć to, że jego osiągnięcie uzależnione jest wyłącznie od przyjmującego zamówienie (jego kompetencji, kwalifikacji czy umiejętności) i nie mają na to wpływu żadne inne czynniki niezależne od wykonawcy. Chodzi o istniejące lub mogące zaistnieć zdarzenia bądź okoliczności zewnętrzne, leżące poza sferą jego oddziaływania. Jeżeli strony określają pożądany rezultat w taki sposób, że jego osiągnięcie zależy od decyzji osób trzecich lub elementu losowości (czynników przyrodniczych, społecznych czy politycznych), to w takim przypadku nie ma możliwości zawarcia umowy o dzieło. Dobrym przykładem będzie tu sytuacja, w której przedmiotem umowy jest uzyskanie przez konkretny podmiot gospodarczy zysku na ściśle określonym poziomie. Tego rodzaju zobowiązanie nie może stanowić dzieła w rozumieniu art. 627 k.c., ponieważ osiągnięcie rezultatu zastrzeżonego w kontrakcie zależy nie tylko od kwalifikacji i umiejętności danego menedżera, ale także od wielu czynników obiektywnych, których nie jest on w stanie przewidzieć i na które nie ma żadnego wpływu (np. zmiana koniunktury gospodarczej na rynku, pojawienie się podmiotów konkurencyjnych, zmiana polityki fiskalnej państwa czy polityczna decyzja o zamknięciu rynków zbytu).

Po siódme wreszcie, rezultat, na który umawiają się strony umowy o dzieło, nie powinien wykluczać stosowania przepisów k.c. o rękojmi za wady. Zgodnie z art. 638 k.c., do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Jeżeli zaś zamawiającemu udzielono gwarancji na wykonane dzieło, przepisy o gwarancji przy sprzedaży stosuje się odpowiednio. Aby zaś stwierdzenie wady konkretnego dzieła było możliwe, konieczne jest jego porównanie z pierwowzorem opisanym w umowie poprzez ocenę obiektywnie sprawdzalnych cech. W wyroku z dnia 3 listopada 2000 r. (IV CKN 152/00, OSNC 2001/4/63) SN przyjął, że poddanie umówionego rezultatu (dzieła) sprawdzianowi na istnienie wad fizycznych stanowi jedno z kryteriów odróżnienia umowy o dzieło od umowy o świadczenie usług.

Na tle przedstawionych powyżej cech konstrukcyjnych umowy o dzieło, które zostały potwierdzone utrwalonym dorobkiem doktryny prawa cywilnego oraz judykatury, powstałym na gruncie obowiązującej od wielu lat, w niezmienionym kształcie, regulacji Kodeksu cywilnego, do niedawna powszechnie przyjmowano (zob. np. Radwański, Panowicz-Lipska 2017, 176), iż przedmiotem tej umowy mogą być zarówno dzieła o charakterze materialnym, takie jak: wytworzenie określonych przedmiotów (np. uszycie ubrania, konkretne roboty stolarskie), przerebienie, naprawa czy konserwacja urządzeń, wykonanie prac dekoratorskich czy instalacyjnych, budowa lub remont domu, wymalowanie mieszkania, wykonanie określonych prac polowych, sporządzenie rysunków technicznych czy bilansu, jak również dzieła o charakterze niematerialnym polegające na: przygotowaniu i wygłoszeniu wykładu (cyklu wykładów), recytacji wiersza czy wykonaniu koncertu muzycznego lub wystawieniu spektaklu teatralnego. Przykładowo w wyroku z dnia 20 maja 1986 r. (III CRN 82/86, OSNC 1987/8/125) SN przyjął, iż umowa z pralnią chemiczną o czyszczenie odzieży ma charakter umowy o dzieło (art. 627–646 k.c.), a na przyjmującym zamówienie ciąży – stosownie do okoliczności – obowiązek poinformowania zamawiającego klienta o tym, że nietypowość rzeczy, jej cechy nie gwarantują osiągnięcia pewnego, zamierzonego rezultatu usługi. W wyroku z dnia 19 maja 1998 r. (II CKN 764/97, LEX nr 548758) SN również nie miał wątpliwości co do tego, że jeżeli przedmiotem umowy stron jest całkiem konkretny rezultat, a mianowicie: orzeczenie obejmujące wyniki badania i informacja o przebiegu badania finansowego firmy, pozwala to traktować umowę stron jako umowę o dzieło, do której mają zastosowanie przepisy art. 627–646 k.c.. Z kolei SA w Krakowie przyjął w orzeczeniu z dnia 28 lutego 2013 r. (III AUa 1235/12, LEX nr 1298922), że czynności polegające m.in. na montażu (linii produkcyjnej), bez nadzoru ze strony zamawiającego i z wymaganiami osobistego świadczenia pracy, mają charakter czynności przynoszących konkretny, indywidualny rezultat materialny i są realizowane w ramach umowy o dzieło (art. 627 k.c.), a nie starannego działania, jak przewiduje umowa zlecenia (art. 734 i n. k.c.). W wyroku z dnia 12 grudnia 2013 r. (III AUa 712/13, LEX nr 1409040) SA w Białymstoku ponad wszelką wątpliwość stwierdził, iż jednorazowy remont ściśle określonych pomieszczeń biurowych może być realizowany na podstawie umowy o dzieło. Jej celem było bowiem osiągnięcie z góry określonego w umowie uchwytne, materialnego rezultatu (remont konkretnych pomieszczeń). Dzieło zostało zindywidualizowane i wyodrębnione, a wykonawca miał swobodę i samodzielność w wykonaniu zobowiązań. W związku z tym zawarta umowa nie stanowi umowy zlecenia i nie jest tytułem do obowiązkowych ubezpieczeń społecznych.

Gdy chodzi o przygotowanie i realizację wykładów, ciekawe rozstrzygnięcie zapadło w uchwale SN z dnia 20 września 1994 r. (I PZP 37/94, OSNP 1995/7/86). Sąd uznał, że dopuszczalne jest zatrudnienie nauczyciela w szkole niepublicznej o uprawnieniach szkoły publicznej na podstawie umowy cywilnoprawnej i może to być umowa o dzieło, gdy jej przedmiotem jest prowadzenie wykładów i ćwiczeń

ze studentami. Natomiast w wyroku z dnia 30 maja 2001 r. (I PKN 429/00, OSNP 2003/7/174) SN przyjął, iż przedmiotem umowy o dzieło może być osiągnięcie rezultatu niematerialnego, nieucieleśnionego, za który należy uznać przygotowanie i wygłoszenie cyklu specjalistycznych wykładów. Dopuszczalna jest zatem umowa o dzieło, która dotyczy wygłoszenia w określonym czasie wykładu na określony temat, jeżeli odbiór dzieła następuje przez kontrolę prowadzenia wykładu zgodnie z sylabusem, tj. informatorem zawierającym program nauki danego przedmiotu, wymagania i kryteria egzaminacyjne oraz przykładowe zadania. Jeżeli wykład został przez strony określony przez odwołanie się do wyliczenia zagadnień, które powinny być poruszone w jego trakcie, stanowi całość z góry oznaczoną i powinien być traktowany jako świadczenie jednorazowe. Podobnie orzekł SA we Wrocławiu w wyroku z dnia 1 lutego 2012 r. (III AUa 1280/11, LEX nr 1238719). Także prowadzenie specjalistycznych szkoleń zostało uznane przez sąd jako dopuszczalny przedmiot umowy o dzieło. Tak uznał choćby SA w Szczecinie w wyroku z dnia 23 lipca 2014 r. (III AUa 1197/13, LEX nr 1506288). Przyjął on, że rezultat umowy o dzieło może polegać na przeszkoleniu określonej grupy uczestników w zakresie technik zapamiętywania oraz uczenia się, a dla jego osiągnięcia konieczne było uprzednie przygotowanie miejsca szkolenia, programu szkolenia na podstawie ramowych zagadnień opracowanych przez podmiot zamawiający (stworzenie konspektu, ustalenie metodyki i przygotowanie pomocy), samodzielne pozyskanie uczestników szkolenia oraz przeprowadzenie cyklu zajęć stanowiących całość programową kursu.

Z kolei w kontekście przedsięwzięć artystycznych kluczowe znaczenie ma wyrok SN z dnia 13 marca 1967 r. (I CR 500/66, OSNC 1968/1/5), w którym dopuścił on możliwość zawierania umów o dzieło na realizację rewii na lodzie. Zgodnie z sentencją tego orzeczenia, umowa, w której strona zobowiązuje się do wykonania określonej produkcji artystycznej za wynagrodzeniem, ma cechy umowy o dzieło, a nie umowy zlecenia. Treścią zobowiązania wykonawcy nie jest bowiem samo podjęcie i wykonywanie określonych czynności, lecz oznaczony w umowie ich wynik w postaci wystawienia widowiska odpowiadającego pewnym z góry ustalonym warunkom. Powyższego charakteru prawnego nie traci umowa wskutek tego, że przedmiotem zobowiązania jest wystawienie nie jednego, lecz większej liczby widowisk. Mimo bowiem zmiany ilościowej treść zobowiązania nie ulega zmianie.

2. PRZYCZYNY STOSOWANIA UMÓW O DZIEŁO Z NARUSZENIEM PRAWA

U źródeł wyboru umowy o dzieło jako podstawy świadczenia usług leży unormowana w art. 353¹ k.c. zasada swobody umów. Umożliwia ona stronom wybór rodzaju stosunku prawnego, który będzie ich łączył, przy czym możliwe jest kształtowanie stosunków zobowiązaniowych w sposób odmienny niż czynią to umowy nazwane, uregulowane w Kodeksie cywilnym lub w innych ustawach. Strony mogą

stosować umowy nazwane w kształcie, jaki wynika z odpowiednich regulacji prawnych. Nie ma jednak przeszkód, by wzorując się na nich, strony modyfikowały łączący je stosunek zobowiązaniowy, tak aby ukształtować go w sposób najbardziej dla nich odpowiedni, tworząc zupełnie nowe rodzaje umów (por. Kidyba 2010). Powyższa regulacja oznacza, że strony – kierując się własnymi interesami – mają swobodę wyboru podstawy świadczenia pracy (usług). Mogą podjąć decyzję, czy będzie to umowa o pracę czy może umowa o dzieło, umowa zlecenia bądź też umowa o świadczenie usług, do której na mocy art. 750 k.c. stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Zasada swobody umów nie ma jednak charakteru bezwzględne-go. Zgodnie z art. 353¹ k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byle by jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Podstawowe znaczenie dla oceny prawidłowości wyboru danego stosunku zobowiązaniowego ma przy tym nie literalne brzmienie umowy, ale przede wszystkim zgodny zamiar stron i cel jej zawarcia (art. 65 § 2 k.c.) oraz faktyczny sposób świadczenia pracy (usług).

Biorąc pod uwagę powyższe wywody, wybór umowy o dzieło sam w sobie nie jest niczym złym. Problem polega jednak na tym, że w Polsce bardzo często umowa o dzieło wykorzystywana jest niezgodnie z jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, czyli do świadczenia usług realizowanych w sposób ciągły, gdzie trudno znaleźć konkretny i rzeczywisty rezultat. Według danych GUS, przed rokiem 2010 mieliśmy do czynienia z ponad 500 tys. umów o dzieło. Sprawozdania z działalności ZUS pokazują, że ok. 20% wszystkich umów o dzieło było wykorzystywanych w sposób rażąco niezgodny z ich przeznaczeniem, do świadczenia takich usług, jak: usługi detektywistyczne i ochroniarskie; usługi związane z utrzymaniem porządku w obiektach; usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych; usługi sprzedaży (hurtownie, sklepy); usługi w zakresie szeroko rozumianego administrowania. Zdarzało się w praktyce, że na podstawie umowy o dzieło zatrudniano na stałe osoby do pracy w hurtowni, na stanowisko związane z obsługą klientów, kompletowaniem zamówień i współpracą z kontrahentami, bądź na produkcji przy pakowaniu butelek.

Podstawową przyczyną zjawiska wykorzystywania przez przedsiębiorców na masową skalę umów o dzieło w sposób niezgodny z obowiązującym prawem jest chęć ograniczenia kosztów prowadzonej działalności. Szacuje się, że łączny koszt zatrudnienia pracownika może być nawet czterokrotnie wyższy niż zaangażowanie wykonawcy na podstawie umowy o dzieło. Wynika to z kilku zasadniczych powodów. Po pierwsze i wydaje się, że najważniejsze, umowa o dzieło (inaczej niż umowa o pracę i cywilnoprawna umowa o świadczenie usług podobnych do zlecenia), co do zasady, nie jest objęta tytułem ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego³, co istotnie wpływa na obniżenie obciążeń publicznoprawnych

³ Wyjątkiem są sytuacje, w których umowa o dzieło została zawarta z pracodawcą, z którym przyjmujący zamówienie pozostaje w stosunku pracy, lub jeżeli w ramach takiej umowy wykonuje

podmiotu zamawiającego. Po drugie, ten rodzaj umowy nie korzysta z ustawowej gwarancji płacy minimalnej, która obowiązuje w odniesieniu do stosunku pracy, a także większości umów zlecenia i umów o świadczenie usług na mocy art. 8a–8f ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2177 ze zm.). Po trzecie, w ramach umowy o dzieło, ryzyko niewykonania dzieła obciąża przyjmującego zamówienie, który odpowiada za osiągnięcie rezultatu, bez względu na to, czy dołożył należytej staranności przy realizacji umowy. Także ryzyko socjalne i techniczno-organizacyjne spoczywa na wykonawcy dzieła, inaczej niż ma to miejsce na gruncie stosunku pracy, gdzie ryzyko ponosi przede wszystkim pracodawca angażujący pracowników. Taki rozkład ryzyka przyczynia się w oczywisty sposób do obniżenia kosztów zatrudnienia.

Kolejnym istotnym argumentem przemawiającym na rzecz powszechnego stosowania umów o dzieło, nawet w sposób naruszający obowiązujące przepisy, jest daleko idąca ich elastyczność, pozwalająca na dostosowanie poziomu zatrudnienia do aktualnych potrzeb podmiotu zamawiającego usługi (pracę). Umowy o dzieło nie mają z reguły trwałego charakteru i rozwiązują się z chwilą wykonania dzieła i przekazania go podmiotowi zamawiającemu. W szczególności nie występują tu prawne gwarancje trwałości zatrudnienia, charakterystyczne dla stosunku pracy.

W konsekwencji nadużywania w praktyce umów o dzieło zwiększyła się istotnie w ostatnich latach liczba przeprowadzanych kontroli ZUS w zakresie prawidłowości wykorzystywania tych umów zgodnie z ich społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. W 2015 roku ZUS skontrolował ponad 80 tys. płatników składek, a nieprawidłowości ujawniono w ponad 50 tys. przypadków. W konsekwencji od 2010 do 2015 roku kontrolerzy ZUS ustalili blisko 110 tys. przypadków nieuzasadnionego – w ocenie organów ubezpieczeniowych – stosowania umów o dzieło, przy czym liczba tych spraw z roku na rok wzrastała. O ile w roku 2010 odnotowano ok. 13,5 tys. takich naruszeń, to w 2014 było ich już 21 tys., a w 2015 – ponad 26 tys. (Hajduczenia 2017).

3. KONCEPCJA UMOWY O DZIEŁO TWÓRCZE (ARTYSTYCZNE) – PODSTAWOWE ZAŁOŻENIA

W obliczu rosnącej liczby nadużyć w zakresie stosowania w obrocie prawnym umów o dzieło, na skutek działań kontrolnych ZUS związanych z realizacją fiskalnej polityki państwa, orzecznictwo sądowe (zwłaszcza SN) wykreowało niemającą, moim zdaniem, żadnego uzasadnienia prawnego koncepcję umowy

on pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostaje w stosunku pracy (art. 8 ust. 2a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 300 ze zm.).

o dzieło twórcze (artystyczne). Jej istota polega na ograniczeniu zakresu stosowania umów o dzieło w obrocie prawnym jedynie do tych przypadków, gdy dzieło, które jest rezultatem tej umowy, spełnia cechy utworu w rozumieniu przepisów prawa autorskiego. W ramach analizowanej koncepcji w orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że możliwość zastosowania umowy o dzieło dotyczy jedynie przypadków, gdy rezultat jest tworem oryginalnym, jedynym w swoim rodzaju, niepowtarzalnym, chronionym prawem autorskim i wymagającym specjalnych umiejętności od przyjmującego zamówienie (autora), stanowiąc wyraz jego kreatywności i szczególnych umiejętności. Zdaniem SN, nie powinno być uznane za dzieło coś, co nie odróżnia się w żaden sposób od innych występujących na danym rynku rezultatów pracy, gdyż wtedy zatraciłoby swój indywidualny charakter (zob. np.: wyrok SN z 14 listopada 2013 r., II UK 115/13, LEX nr 1396411; wyrok SN z 4 czerwca 2014 r., II UK 543/13, LEX nr 1495940; wyrok SN z 10 lipca 2014 r., II UK 454/13, LEX nr 1495840). W wyroku z dnia 4 czerwca 2014 r. SN przyjął, że możliwa jest umowa o dzieło nieobjęta obowiązkiem ubezpieczenia społecznego, której przedmiotem jest wygłoszenie wykładu, o ile jednak można mu przypisać cechy utworu. Te warunki spełnia tylko wykład naukowy (cykl wykładów) o charakterze niestandardowym, niepowtarzalnym, wypełniający kryteria twórczego i indywidualnego dzieła naukowego. W podobnym tonie wypowiedział się SN w wyroku z dnia 27 sierpnia 2013 r. (II UK 26/13, LEX nr 1379926). Według niego, działania polegające na wygłoszeniu cyklu wykładów na konkretny temat, mających cechy wykładu monograficznego w znaczeniu kursu – cyklu wykładów traktujących o jednym konkretnym zagadnieniu, mających na celu dokładne i szczegółowe przedstawienie określonej problematyki lub wyczerpanie zagadnienia ujętego w tytule, który ma cechy utworu w pojęciu art. 1 ust. 1 prawa autorskiego – nie są objęte obowiązkiem ubezpieczenia społecznego. Uzupełnieniem prezentowanego tu stanowiska jest wyrok z dnia 10 lipca 2014 r. (II UK 454/13, LEX nr 1495840), w którym SN uznał, że „gdy przedmiotem umowy jest utwór naukowy chroniony prawem autorskim, jego zamówieniu tradycyjnie odpowiada umowa o dzieło. Tylko twórczy charakter dzieła, jako rezultatu umowy, może nadać świadczeniu wynikającemu z umowy formę związaną z zamówieniem dzieła, które nie ma ucieleśnionej postaci” (tak samo: wyrok SA w Szczecinie z dnia 2 czerwca 2015 r., III AUa 753/14, LEX nr 1798741).

Znakomitą ilustrację analizowanej koncepcji stanowi wyrok SA w Gdańsku z dnia 13 października 2015 r. (III AUa 650/15, LEX nr 1842263), w którym sąd uznał, że „brak wyraźnie twórczego charakteru wykonywanych przez zainteresowanych czynności niewątpliwie przemawia przeciwko ich kwalifikowaniu jako świadczonych w ramach stosunku dzieła (por. też wyrok SA w Szczecinie z dnia 11 września 2013 r., III AUa 225/13, LEX nr 1422414). Odnosząc tę kwestię do koncertów muzycznych, SA w Szczecinie w wyroku z dnia 2 czerwca 2015 r. (III AUa 753/14, LEX nr 1798741) przyjął, że możliwa jest ocena rezultatu umowy o przygotowanie i wykonanie koncertu, jako odpowiadającemu pojęciu dzieła

w rozumieniu art. 627 k.c., pod warunkiem jednak, iż był to koncert o charakterze niestandardowym, niepowtarzalnym, spełniającym kryteria twórczego i indywidualnego utworu muzycznego w rozumieniu prawa autorskiego. Sąd uznał, że w analizowanej sprawie koncert muzyczny odpowiada tym wymogom z uwagi na „nadanie znanym kompozycjom indywidualnych interpretacji”.

Konstatując stanowisko judykatury w przedmiotowej kwestii, należy przyjąć, że koncepcja umowy o dzieło twórcze ogranicza stosowanie tego rodzaju umów jedynie do przypadków, gdy spełnione będą łącznie następujące przesłanki. Po pierwsze, przedmiotem umowy o dzieło jest dzieło szczególne, oznaczone jako „utwór” w rozumieniu prawa autorskiego, objęty ochroną tego prawa. Zgodnie z art. 1 prawa autorskiego, utworem jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. W szczególności przedmiotem prawa autorskiego są utwory: wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe); plastyczne; fotograficzne; lutnicze; wzornictwa przemysłowego; architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne; muzyczne i słowno-muzyczne; sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne; audiowizualne (w tym filmowe). Po drugie, przedmiot umowy o dzieło, który jest rezultatem działalności twórczej o charakterze indywidualnym (niepowtarzalnym), musi być ustalony w umowie w oznaczonej przez strony postaci. Po trzecie, umowa o dzieło powinna wskazywać: rodzaj utworu, postać jego ustalenia, formę rozporządzania (np. upoważnienie do rozporządzania i korzystania z utworu przez podmiot zamawiający) oraz pola eksploatacji i wynagrodzenie. Po czwarte, w treści umowy o dzieło winny znajdować się oświadczenia wykonawcy dzieła, iż: dzieło jest wynikiem jego oryginalnej twórczości i nie narusza praw osób trzecich, w szczególności praw autorskich oraz dóbr osobistych; osobiste i majątkowe prawa autorskie do dzieła nie są ograniczone jakimikolwiek prawami osób trzecich; dzieło nie było publicznie rozpowszechnione lub udostępnione za pośrednictwem jakichkolwiek środków przekazu lub rozpowszechniania. Po piąte zaś, umowa o dzieło musi zawierać klauzulę o przeniesieniu (najczęściej w całości) na podmiot zamawiający praw autorskich do dzieła.

Konsekwencją wypracowanej w orzecznictwie sądowym ostatnich lat koncepcji umowy o dzieło twórcze jest kwestionowanie dopuszczalności stosowania tego rodzaju umów w odniesieniu do szeregu dzieł o charakterze niematerialnym (będących rezultatem pracy umysłowej, twórczej, artystycznej, intelektualnej), które jeszcze do niedawna – ponad wszelką wątpliwość – mogły być realizowane na podstawie umowy o dzieło. Co ważne, diametralna zmiana stanowiska judykatury w przedmiotowej sprawie nie wynika z modyfikacji przepisów Kodeksu cywilnego obowiązujących w tej materii (art. 627 i n.), które od lat funkcjonują w niezmienionym kształcie. Budzi to uzasadnione wątpliwości zarówno z punktu widzenia zasady pewności prawa, jak i zasady działania stron umowy w dobrej

wierze. Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą, nie stanowi umowy o dzieło umowa o przeprowadzenie cyklu bliżej niesprecyzowanych wykładów z danej dziedziny wiedzy, których tematy pozostawiono do uznania wykładowcy, bowiem wskazuje to, że zamawiający nie jest zainteresowany określonym dziełem (utworem) intelektualnym o indywidualnym charakterze w rozumieniu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ale przekazywaniem odbiorcom wykładu wiedzy z danej dyscypliny (wyrok SN z dnia 28 sierpnia 2014 r., II UK 12/14, LEX nr 1521243; por. też: wyrok SN z dnia 4 lipca 2013 r., II UK 402/12, LEX nr 1350308; wyrok SA we Wrocławiu z 30 sierpnia 2012 r., III AUa 394/12, LEX nr 1217818; wyrok SA we Wrocławiu z 6 czerwca 2012 r., III AUa 377/12, LEX nr 1213800). Także wszelkiego rodzaju szkolenia, kursy (np. nauki jazdy, językowe) czy zajęcia terapeutyczne lub sportowe nie mogą być obecnie realizowane na podstawie umowy o dzieło. Przykładowo w wyroku w Łodzi z 19 czerwca 2013 r. (III AUa 1511/12, LEX nr 1350370) SA stwierdził, że w przypadku przeprowadzenia zajęć dydaktycznych z języka, praca lektora polega na starannym działaniu, aby stosownie do założeń programowych, przekazać określony zasób wiedzy uczestnikom kursu, motywować ich do nauki oraz sprawdzać ich postępy. Oczywiście jest przy tym, że na każdym kursie dobór teorii, metod edukacyjnych, a także sposobu prowadzenia konwersacji jest zindywidualizowany przez lektora, ale nie zmienia to typowej usługi edukacyjnej w umowę rezultatu. Wkład w postaci wysiłku intelektualnego, wymaganego przy każdej pracy umysłowej, jest elementem obowiązku starannego działania (por. też: wyrok SA w Gdańsku z 28 lutego 2013 r., III AUa 1785/12, LEX nr 1314708; wyrok SA w Poznaniu z 13 lutego 2013 r., III AUa 1096/12, LEX nr 1306023; wyrok SA w Lublinie z 18 września 2014 r., III AUa 543/14, LEX nr 1511701; wyrok SN z 8 listopada 2013 r., II UK 157/13, OSNP 2015/1/15; wyrok SN z 18 kwietnia 2012 r., II UK 187/11, OSNP 2013/9–10/115; wyrok SA w Łodzi z 19 lutego 2013 r., III AUa 907/12, LEX nr 1289544). Z kolei w wyroku z dnia 10 stycznia 2017 r. (III UK 53/16, LEX nr 2188651) SN podważył zasadność wykorzystania umowy o dzieło do czynności związanych z przygotowaniem i udziałem w koncercie muzycznym, uznając, iż pojedynczy członek orkiestry nie ma wpływu na ostateczny kształt dzieła artystycznego, bowiem jest tylko jednym z wielu odtwórców muzyki biorących udział w wydarzeniu i nie powierzono mu żadnej partii solowej. Przy wykonywaniu muzyki artysta musiał w pełni podporządkować się dyrygentowi i jego poleceniom, a jego gra w ramach jednorazowego koncertu muzyki organowej podczas festiwalu nie przekładała się bezpośrednio na indywidualny charakter koncertu czy jego wyjątkowość. Zdaniem sądu, trudno zatem przyjąć, że efekt pracy pojedynczego członka orkiestry, będącego jednym z wielu wykonawców, tworzył odrębne, indywidualne dzieło w rozumieniu art. 627 k.c.

Niepokojąca jest również widoczna w judykaturze tendencja wskazująca na próbę objęcia koncepcją umowy o dzieło twórcze dzieł będących rezultatem pracy fizycznej. W cytowanym już wyroku z dnia 13 października 2015 r.

(III AUa 650/15, LEX nr 1842263) SA w Gdańsku, odnosząc się do prac geologicznych polegających na wierceniu otworów w gruncie wraz z przygotowaniem tzw. metryk polowych, stwierdził, że „brak wyraźnie twórczego charakteru wykonywanych przez zainteresowanych czynności niewątpliwie przemawia przeciwko ich kwalifikowaniu jako świadczonych w ramach stosunku dzieła”. Z kolei w wyroku z dnia 4 czerwca 2013 r. (III AUa 846/12, LEX nr 1842263) SA w Szczecinie przyjął, iż specjalistyczne prace tokarsko-ślusarskie związane z obsługą tokarki nie prowadziły do stworzenia żadnego nowego, unikatowego wytworu o zindywidualizowanych cechach, o właściwościach określonych w umowie. Praca zainteresowanego była pozbawiona jakiegokolwiek innowacyjnej myśli, elementu własnej twórczości, co jest cechą wyróżniającą umowę o dzieło. Zdaniem sądu, dzieło musi być wyrazem kreatywności, umiejętności, myśli technicznej i powinno być przedmiotem zindywidualizowanym już w samej umowie. Judykatura kwestionuje także możliwość wykorzystywania umów o dzieło w odniesieniu do takich usług, jak: sprzątnięcie budynków i terenów wokół budynków (wyrok SA w Gdańsku z 14 sierpnia 2013 r., III AUa 2171/12, LEX nr 1356503); organizacja i przeprowadzenie egzaminu; wykonanie różnego rodzaju prac polowych; skoszenie trawnika i przyszczyżenie żywopłotu (wyrok SA w Białymstoku z dnia 28 stycznia 2014 r., III AUa 898/13, LEX nr 1422320); wykonanie prac instalatorskich czy dekoracyjnych (wyrok SA w Gdańsku z dnia 6 czerwca 2013 r., III AUa 2065/12, LEX nr 1339321); oczyszczenie dachu ze śniegu (wyrok SA w Łodzi z dnia 24 stycznia 2013 r., III AUa 837/12, LEX nr 1293109); uszycie ubrania, zrobienie butów; przygotowanie owoców do spożycia lub do dalszego przetworzenia (wyrok SN z 26 marca 2013 r. II UK 201/12, LEX nr 1341964).

Na skutek istniejącej od kilku lat restrykcyjnej wykładni przepisów Kodeksu cywilnego przyjmującej koncepcję umowy o dzieło twórcze (artystyczne), drastycznie spadła liczba tych umów w obrocie prawnym. Z danych GUS wynika, że o ile przed 2010 r. było ponad 500 tys. umów o dzieło, o tyle w 2013 r. jedynie 227 tys., a w roku 2017 tylko 121 tys. (zob. Rozwadowska 2018). Biorąc pod uwagę niestabilne orzecznictwo SN oraz ekspansywne działania ZUS, który nastawiony jest na realizację fiskalnej polityki państwa, przedsiębiorcy boją się korzystać z umów o dzieło, mając świadomość negatywnych konsekwencji, które mogą ich spotkać w przypadku podważenia zasadności ich wykorzystania.

4. OCENA KONCEPCJI UMOWY O DZIEŁO TWÓRCZE (ARTYSTYCZNE)

Przyjęta w judykaturze koncepcja umowy o dzieło twórcze (artystyczne) zasługuje na zdecydowanie negatywną ocenę (por. Brzozowski, 391). Jej założenia nie mają żadnych podstaw w przepisach Kodeksu cywilnego, które od wielu lat obowiązują w niezmiennym kształcie. Ani art. 627 k.c., ani inne przepisy regulujące ten rodzaj umowy nie wprowadzają wymogu, aby dzieło było tworem:

jedynym i niepowtarzalnym, niestandardowym, chronionym prawem autorskim, którego realizacja wymagałaby od przyjmującego zamówienie posiadania specjalistycznych umiejętności czy kwalifikacji. Ponad wszelką wątpliwość nie można zatem utożsamiać dzieła w rozumieniu art. 627 k.c. z utworem w rozumieniu prawa autorskiego (podobnie Żelechowski 2017, 297).

W doktrynie prawa cywilnego powszechnie przyjmuje się, że strony mają daleko idącą swobodę co do oznaczenia dzieła w umowie, a art. 627 k.c. w żaden sposób jej nie ogranicza. Ważne, aby z treści umowy jasno wynikało, w sposób niebudzący wątpliwości, do wykonania jakiego dzieła zobowiązany jest przyjmujący zamówienie. Efektem zawarcia umowy o dzieło może być zatem zarówno rezultat o charakterze twórczym, związany z powstaniem konkretnego utworu w rozumieniu prawa autorskiego (dzieło nowatorskie, niepowtarzalne, wyjątkowe), jak również rezultat o charakterze odtwórczym, który nie jest nacechowany oryginalnością i unikatowością (np. tłumaczenie konkretnego tekstu, naprawa urządzenia, montaż stolarki okiennej i drzwiowej w oznaczonym budynku, przygotowanie bilansu płatniczego za dany rok obrotowy czy dokumentacji technicznej, uszycie ubrania, naprawa obuwia, przygotowanie odtwórczego referatu na ściśle określony temat czy materiałów dydaktycznych na konkretny egzamin, przygotowanie i zagranie odtwórczego koncertu). W szczególności, nie ma również żadnych przeszkód prawnych, aby przedmiot umowy o dzieło stanowiły proste (nieskomplikowane) zadania fizyczne, których realizacja nie wymaga od przyjmującego zamówienie żadnych specjalistycznych umiejętności czy kwalifikacji (np. uporządkowanie ogrodu po okresie zimowym, posprzątanie danego obiektu po remoncie, skoszenie konkretnego trawnika, wykopanie dołu na oznaczonej działce, wybudowanie konkretnego ogrodzenia, jednorazowe odśnieżenie określonego terenu). Wszystkie wymienione tu zadania (usługi) spełniają omówione wcześniej cechy konstrukcyjne umowy o dzieło. Mamy tu do czynienia z rezultatem samodzielnej działalności ludzkiej (pracy lub umiejętności); można określić w treści umowy konkretny, indywidualnie oznaczony rezultat do osiągnięcia w przyszłości; ma on charakter materialny lub niematerialny; rezultat ten da się ustalić z góry w umowie, w chwili jej podpisywania; można precyzyjnie określić moment początkowy i końcowy jego osiągnięcia; rezultat ten stanowi byt samoistny, obiektywnie osiągalny, subiektywnie pewny oraz ucieleśniony. Warunki te z całą pewnością realizuje zadanie polegające na przygotowaniu odtwórczego skryptu dla studentów z konkretnie oznaczonego przedmiotu, który zawiera powszechnie dostępną wiedzę, pomimo że nie ma on charakteru nowatorskiego, a stanowi kompilację ogólnej wiedzy z danej dziedziny. Dlatego też rację należy przyznać SA w Szczecinie, który w wyroku z dnia 29 października 2013 r. (III AUa 348/13, LEX nr 1425551) stwierdził, iż dzieło nie musi mieć cech indywidualności w takiej mierze jak utwór, nie zawsze musi być tworem niepowtarzalnym, chronionym prawem autorskim i wymagającym od jego autora posiadania specjalnych umiejętności. Niemniej zawsze musi być jednorazowym efektem, zindywidualizowanym już na etapie zawierania umowy

i możliwym do jednoznacznego zweryfikowania po wykonaniu. Należy bowiem odróżnić kwestię indywidualizacji dzieła od jego oryginalności czy innowacyjności. Cecha indywidualizacji (odróżnialności) dzieła nie jest w żadnym razie uzależniona od jego niepowtarzalności (Żelechowski 2017, 297). SN odnosząc się do rezultatów o charakterze materialnym, w wyroku z dnia 8 października 2013 r. (III UK 126/12, OSNP 2014/9/135) trafnie przyjął, że „[...] nie musi to być żaden unikatowy wytwór, do wykonania którego niezbędne są jakieś szczególne umiejętności artystyczne, bowiem dziełem może być np. stół wykonany na zamówienie, wyremontowany lokal czy wyczyszczona odzież” (por. też wyrok Sądu Najwyższego z 20 maja 1986 r., III CRN 82/86, OSNCP 1987/8/125).

W przypadku zaistnienia wątpliwości co do tego, czy mamy do czynienia z „dziełem” w rozumieniu art. 627 k.c., należy – moim zdaniem – brać pod uwagę przede wszystkim kryterium powtarzalności osiągniętych rezultatów (intensywności relacji pomiędzy zamawiającym a przyjmującym zamówienie). Musi to być, co do zasady, jednorazowy, a na pewno niecykliczny rezultat (Gersdorf 1993, 68). Z kryterium tym nie koresponduje natomiast wykonywanie powtarzalnych czynności (zadań), w systemie pracy ciągłej i zespołowej. Potwierdza to zresztą również judykatura. W uzasadnieniu wyroku z dnia 25 października 2016 r. (I UK 446/15, OSNP 2018/2/18) SN stwierdził, że stosunek prawny wynikający z umowy o dzieło nie ma charakteru zobowiązania trwałego (ciągłego). Z kolei zdaniem SA w Szczecinie (wyrok z dnia 29 października 2013 r., III AUa 348/13, LEX nr 1425551) „przedmiotem umowy o dzieło nie może być osiąganie kolejnych, bieżąco wyznaczanych rezultatów. Tego rodzaju czynności są natomiast charakterystyczne dla umowy o świadczenie usług, którą definiuje obowiązek starannego działania – starannego i cyklicznego wykonywania umówionych czynności” (tak samo wyrok SA w Szczecinie z dnia 23 czerwca 2016 r., III AUa 859/15, LEX nr 2116516). Nie będzie zatem „dziełem” w rozumieniu art. 627 k.c. cykliczne prowadzenie szkoleń czy wykładów (chyba że jest to cykl wykładów składających się na jednorazowe dzieło); cykliczna nauka języka obcego; cykliczne tłumaczenie tekstów; cykliczne kursy prawa jazdy czy nauki pływania; ciągła ochrona obiektu; ciągłe sprząatanie obiektu; ciągłe prace ogrodnicze; cykliczne zajęcia fitness czy ciągłe sporządzanie opinii prawnych, mimo że nie można im odmówić twórczego charakteru (por. też: wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2011 r., II UK 315/10, OSNP 2012/9–10/127; wyrok SN z 15 lipca 2014 r., II UK 496/13, LEX nr 1498492; wyrok SA w Szczecinie z dnia 11 września 2013 r., III AUa 225/13, LEX nr 1422414; wyrok SA w Szczecinie z dnia 28 listopada 2013 r., III AUa 447/13, LEX nr 1448615). Oczywiście, w każdym przypadku o tym, jaki stosunek prawny łączy strony w praktyce, rozstrzyga całokształt okoliczności towarzyszących tak zawarciu umowy, jak i jej wykonywaniu.

Nie przekonuje mnie stanowisko prezentowane w orzecznictwie sądowym, iż kreowanie utworów w wyniku realizacji zobowiązań umownych zarezerwowane jest wyłącznie dla umowy o dzieło. W tym miejscu należy zgodzić się z oceną

SN, który w wyroku z dnia 4 czerwca 2014 r. (II UK 561/13, LEX nr 1504566) przyjął, że założenie, iż utwór stanowi domenę tylko umowy o dzieło, jest błędne. „Utwór w rozumieniu prawa autorskiego może być dziełem w rozumieniu art. 627 k.c., jeżeli powstał w ramach takiej umowy o dzieło. Nie jest to reguła zamknięta, gdyż utwór może powstać również w wykonywaniu stosunku pracy (art. 12 i art. 14 prawa autorskiego) lub umowy o świadczenie usług. Utwór w rozumieniu prawa autorskiego nie determinuje bezwzględnie rodzaju umowy (o dzieło lub wykonywanie usługi). Jeżeli natomiast przedmiotem umowy o dzieło ma być utwór w rozumieniu art. 1 ust. 1 prawa autorskiego, to – zdaniem SN – przedmiot oznaczenia dzieła powinien być tak określony, aby obowiązkiem przyjmującego zamówienie było dostarczenie zamawiającemu dzieła będącego rezultatem działalności twórczej, o indywidualnym charakterze, ustalonego w skonkretyzowanej przez strony postaci. W razie zawarcia takiej umowy, do oceny praw i obowiązków stron mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, a w zakresie, w którym dzieło jest utworem – przepisy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (wyrok SN z dnia 18 czerwca 2003 r., II CKN 269/01, OSNC 2004/9/142).

Co więcej, zaryzykowałbym tezę, że bardzo często dzieła niematerialne o charakterze twórczym (utwory w rozumieniu prawa autorskiego) nie spełniają wielu konstrukcyjnych cech umowy o dzieło, o których była mowa wcześniej. Po pierwsze, nierzadko pojawiają się trudności z precyzyjnym ich oznaczeniem w treści umowy już w momencie jej zawierania (niejako „z góry”). W przypadku zamówienia utworu (np. koncertu muzycznego, inscenizacji, deklamacji) zamiarem stron nie jest precyzyjne określenie, w sposób niebudzący wątpliwości, oczekiwanego rezultatu. Podmiotowi zamawiającemu z reguły zależy bowiem na inwencji twórczej autora (jego kreatywności), która nadaje określonym dziełom swoiste piętno autorskie (Brzozowski 2011, 390). Do tego zaś konieczny jest duży stopień swobody i improwizacji, co kłóci się z wymogiem precyzyjnego oznaczenia dzieła w treści umowy.

Po drugie, w przypadku utworu rezultat nie zawsze jest obiektywnie osiągalny. Często trudno wskazać obiektywne kryteria oceny tego, czy rezultatem umowy o dzieło jest utwór w rozumieniu prawa autorskiego. Na pewno takim obiektywnym kryterium nie będzie fakt zamieszczenia w umowie o dzieło oświadczenia wykonawcy co do jego oryginalnej twórczości oraz klauzuli o przeniesieniu praw autorskich do dzieła na podmiot zamawiający. Nie przesądza to w żadnym razie o tym, iż przedmiot umowy ma charakter twórczy (jest utworem). W wyroku z dnia 27 sierpnia 2013 r. (II UK 26/13, LEX nr 1379926) SN stwierdził, że prawa autorskie nie powstają w drodze oświadczeń woli stron umowy. Dla oceny prawnej w tym zakresie nie ma znaczenia klauzula o przeniesieniu na zamawiającego autorskich praw do utworu, a o ich istnieniu lub nieistnieniu przesądzają fakty. Konieczne jest zatem stwierdzenie, czy wykonawcy przysługiwały prawa autorskie, którymi zadysponował. Ponadto obiektywnym kryterium co do oceny tego, czy dzieło ma charakter twórczy, nie jest fakt posiadania przez

wykonawcę konkretnych kwalifikacji. W orzecznictwie SN wskazuje się, że to, iż dana osoba (wykonawca dzieła) posiada określone kwalifikacje zawodowe (arty-styczne) do wykonania powierzonych jej zadań, w tym wiedzę oraz indywidualne możliwości i predyspozycje (chodziło konkretnie o zawód muzyka), nie oznacza, że rezultat jej pracy zawsze będzie utworem w rozumieniu prawa autorskiego. W ocenie sądu, wymienione cechy nie są właściwościami, które charakteryzują daną pracę jako dzieło, a tym samym dyskwalifikują ją jako świadczenie usług czy zlecenie. Określone umiejętności i cechy osobiste, pewna indywidualna specyfika, są wymagane w każdym zawodzie i wcale nie świadczy to, że dana praca stanowi wykonanie dzieła (wyrok SN z dnia 10 stycznia 2017 r., III UK 53/16, LEX nr 2188651). Przy kwalifikacji danego dzieła jako utworu w rozumieniu prawa autorskiego pojawia się także istotny problem dotyczący tego, kto ma oceniać – według tych kryteriów (często niemierzalnych) – czy rezultat powstający w wyniku aktywności ludzkiej ma charakter twórczy (czy można go uznać za utwór w rozumieniu prawa autorskiego)? Przecież ani pracownicy ZUS dokonujący kontroli zasadności wykorzystania umowy o dzieło, ani sąd, nie mają ku temu żadnych kompetencji merytorycznych (kwalifikacji). Taka weryfikacja wymaga ogromnej specjalistycznej wiedzy i jest trudna do jednoznacznej oceny (np. w przypadku książki, wiersza, wykładu, sztuki teatralnej bądź innego występu scenicznego, zwłaszcza koncertu muzycznego). Nie można zaakceptować sytuacji, w której sąd dokonując oceny zasadności wykorzystania umowy o dzieło, dochodzi do konkluzji, iż pojedynczy członek orkiestry nie ma wpływu na ostateczny kształt konkretnego utworu muzycznego (zob. wyrok SN z dnia 10 stycznia 2017 r., III UK 53/16, LEX nr 2188651). Sąd (ZUS) nie mają kompetencji do oceny właściwości artystycznych dzieła. W krytycznej glosie do cytowanego tu wyroku przyjęto słuszną tezę, że „sądowa ocena twórczego charakteru interpretacji utworu muzyki klasycznej – jako przedmiotu umowy zobowiązaniowej – nie może się odwoływać do kryteriów wartościujących stosowanych w krytyce muzycznej” (Kotuk 2017).

Po trzecie, rezultat w przypadku utworu nie zawsze jest subiektywnie pewny. To, czy dane dzieło zostanie zakwalifikowane jako utwór w rozumieniu prawa autorskiego, niekiedy zależy nie tylko od pojedynczego artysty przyjmującego zamówienie (jego kompetencji, kwalifikacji czy umiejętności), ale także od innych czynników, na które nie ma on żadnego wpływu. Przykładowo, przy utworach zbiorowych (tj. koncert orkiestrowy czy książkowa praca zbiorowa) ostateczny kształt dzieła uzależniony jest od wszystkich wykonawców realizujących dany utwór.

Po czwarte, w doktrynie prawa cywilnego niekiedy przyjmuje się, że przeciwko uznaniu rezultatów niematerialnych (takim może być niewątpliwie utwór w postaci recytacji, koncertu, inscenizacji teatralnej czy innej produkcji artystycznej) za dzieło w rozumieniu art. 627 k.c. przemawia to, że nie mają one charakteru samoistnego, bowiem nie istnieją niezależnie od osoby twórcy oraz innych osób, takich jak słuchacze czy widzowie (tak np.: Siuda 1964, 18; Drapała 2013, 219). Znany jest również pogląd odmienny, iż samoistość dzieła przejawia się w takiej

postrzegalnej postaci, która pozwala uchwycić jego istotę jako zrealizowanego rezultatu oraz może być zauważona przez inne osoby niż wykonawca (Żelechowski 2017, 300). Z kolei zdaniem Longchamps de Bériera, samoistność dzieła niematerialnego jest zapewniona z tego powodu, że dzieła takie mogą utrwać się w pamięci ludzkiej (wizjów, słuchaczy, odbiorców) i zostać w niej zachowane (Longchamps de Bérier 1948, 557).

Po piąte, w przypadku utworów w rozumieniu prawa autorskiego istnieje również problem z ich ucieleśnieniem materialnym. Jako przykłady dzieł nieucieleśnionych wymienia się: recytację, wykład, wykonanie koncertu, inscenizację teatralną czy przygotowanie produkcji artystycznej. Przyjmuje się w tych przypadkach, że dzieło może się ucieleśniać poprzez jego utrwalenie na dowolnym typie nośnika, np.: płyta CD, DVD, kanały internetowe, bądź w szerszym ujęciu – poprzez odpowiednie zachowanie wykonawcy (artysty), nawet w przypadku braku rejestracji na nośniku materialnym.

Po szóste wreszcie, istotną wątpliwością co do kwalifikacji utworu niematerialnego i nieucieleśnionego jako przedmiotu umowy o dzieło jest to, że często nie poddaje się on testowi na istnienie wad fizycznych dzieła (Żelechowski 2017, 302–303). Skoro rezultat nie zawsze jest tutaj obiektywnie osiągalny, subiektywnie pewny i samoistny, to niemożliwa jest, w sytuacji sporu, opinia specjalisty (np. ekspertyza biegłego) w przedmiocie stwierdzenia konkretnych wad takiego dzieła (Brzozowski 2011, 389). Z drugiej jednak strony, należy pamiętać o istnieniu art. 55 ust. 1 prawa autorskiego, który stanowi o możliwych „usterkach utworu”. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zamówiony utwór ma usterki, zamawiający może wyznaczyć twórcy odpowiedni termin do ich usunięcia, a po jego bezskutecznym upływie może od umowy odstąpić lub żądać odpowiedniego obniżenia umówionego wynagrodzenia, chyba że usterki są wynikiem okoliczności, za które twórca nie ponosi odpowiedzialności. Twórca zachowuje w każdym razie prawo do otrzymanej części wynagrodzenia, nie wyższej niż 25% wynagrodzenia umownego. Problem w tym, że pojęcie „usterki” w powyższym rozumieniu nie zostało wyjaśnione przez ustawodawcę. Wydaje się, że chodzi tu o braki lub wady utworu o charakterze konkretnym i zobiektywizowanym. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że nie dotyczy to przypadków, gdy dany utwór nie zaspokaja subiektywnych oczekiwań pomiotu zamawiającego, np. w zakresie poziomu artystycznego lub naukowego (Kubała 1999, 37 i n.).

5. PODSUMOWANIE

Podsumowując powyższe rozważania, należy jednoznacznie negatywnie ocenić przyjętą w judykaturze koncepcję umowy o dzieło twórcze (artystyczne). *De lege lata* nie ma żadnych podstaw prawnych, aby przyjąć, iż przedmiotem umowy o dzieło może być tylko rezultat o charakterze twórczym. Dzieło nie musi być

tworem oryginalnym, jedynym, niepowtarzalnym, unikatowym, chronionym prawem autorskim i wymagającym szczególnych (specjalnych) umiejętności od przyjmującego zamówienie. Powyższa wykładnia przepisów Kodeksu cywilnego regulujących umowę o dzieło jest wykładnią *contra legem*. Obecnie istotnym kryterium oceny prawidłowości stosowania umów o dzieło jest brak powtarzalności i incydentalność tych umów (ocena liczby umów o dzieło o podobnym przedmiocie zawieranych pomiędzy tymi samymi podmiotami). Stosunek prawny wynikający z umowy o dzieło nie może mieć bowiem charakteru zobowiązania ciągłego i nie może wiązać się z osiąganiem kolejnych, na bieżąco wyznaczanych rezultatów.

De lege ferenda należy zastanowić się nad objęciem umowy o dzieło składką na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, aby nie dochodziło do patologii w wykorzystywaniu tych umów. Jak twierdzą jednak niektórzy eksperci, będzie to dosyć trudne z technicznego punktu widzenia (Osiecki, Chądzyński 2017). Jeżeli państwo, kierując się restrykcyjną polityką fiskalną, chce ograniczyć zakres wykorzystywania w obrocie prawnym umów o dzieło, musi zadbać o stworzenie odrębnej od prawa cywilnego definicji umowy o dzieło, która będzie miała swoje zastosowanie jedynie na gruncie przepisów regulujących ubezpieczenia społeczne. Nie do zaakceptowania jest obecna sytuacja, w której bieżąca potrzeba uzupełnienia środków w systemie ubezpieczeniowym determinuje zawężającą wykładnię przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących umowy o dzieło, która jest sprzeczna z większościowym stanowiskiem doktryny prawa cywilnego oraz dotychczas obowiązującą linią orzecznictwa sądowego. W konsekwencji, od roku 2014 drastycznie spadła (prawie o połowę) liczba umów o dzieło w obrocie prawnym. Z uwagi na niestabilne orzecznictwo SN oraz ekspansywne działania kontrolne ZUS, przedsiębiorcy boją się korzystać z tych umów, mając świadomość negatywnych konsekwencji, którymi mogą zostać objęci w przypadku podważenia zasadności ich wykorzystania. Niestabilność interpretacji przepisów Kodeksu cywilnego budzi poważne wątpliwości zarówno z punktu widzenia zasady pewności prawa, jak i zasady działania stron umowy w dobrej wierze.

BIBLIOGRAFIA

- Brzozowski, Adam. 2011. W *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*. Red. Zbigniew Radwański, Jerzy Rajski. Tom 7. Wyd. 3. Warszawa: C.H. Beck.
- Domański, Grzegorz. 1972. *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim. Studia Cywilistyczne*. Tom XX. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Drapała, Przemysław. 2013. W *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga III. Zobowiązania – część 2*. Red. Jacek Gudowski. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Dybowski, Tomasz. 1981. W *System prawa cywilnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*. Red. Zbigniew Radwański. Tom III, cz. 1. Wrocław: Ossolineum.
- Gersdorf, Małgorzata. 1993. *Umowa o pracę. Umowa o dzieło. Umowa zlecenia*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

- Hajduczenia, Hubert. 2017. *ZUS podważa umowy o dzieło*. Kadry-rp.pl, 19.02.
- Kidyba, Andrzej (red.). 2010. *Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*. LEX.
- Kotuk, Tadeusz. 2017. *Umowa o dzieło z muzykiem orkiestrowym. Glosa do wyroku SN z dnia 10 stycznia 2017 r.*, III UK 53/16. LEX.
- Kubala, Włodzimierz. 1999. „Autorskoprawne elementy umowy o dzieło”. *Prawo Spółek* 4.
- Longchamps de Brier, Roman. 1948. *Zobowiązania*. Poznań: Księgarnia Gubrynowicz i Syn.
- Osiecki, Grzegorz, Marek Chądzyński. 2017. *Zасыpywanie dziury w ZUS. Rząd oskłada umowę o dzieło*. gazetaprawna.pl, 3.01.
- Piekarski, Mieczysław. 1965. *Umowa o dzieło. Umowa zlecenia. Prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia*. Warszawa: Zrzeszenie Prawników Polskich.
- Radwański, Zbigniew. 2003. *Zobowiązania – część ogólna*. Warszawa: C.H. Beck.
- Radwański, Zbigniew, Janina Panowicz-Lipska. 2017. *Zobowiązania – część szczegółowa*. Wyd. 12. Warszawa: C.H. Beck.
- Romanowski, Michał. 1997. „Umowy rezultatu i starannego działania”. *Przegląd Prawa Handlowego* 2: 20–26.
- Rozwadowska, Adriana. 2018. *Spadła liczba umów cywilnoprawnych. Mniej niż milion zleceń*. Wyborcza.biz, 13 listopada.
- Siuda, Wojciech. 1964. *Istota i zakres umowy o dzieło*. Poznań: Wyższa Szkoła Ekonomiczna w Poznaniu.
- Zelek, Mariusz. 2015. *Umowa o rejestrację domeny internetowej*. Warszawa: C.H. Beck.
- Zelechowski, Łukasz. 2017. W *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty. Komentarze Prawa Prywatnego*. Red. Konrad Osajda. Warszawa: C.H. Beck.

Tomasz Duraj

THE CONCEPT OF A CONTRACT FOR CREATIVE WORK CRITICAL ANALYSIS

Abstract. The author of the study makes critical evaluation of the concept of a contract for specific creative (artistic) work that has been in force for some time in judicial decisions. Its essence consists in limiting the scope of application of specific work contracts in legal transactions only to those cases where the work which results from the contract meets the features of the piece of work in the meaning of the provisions of copyright law. Under this concept, the acceptability of using the contract for specific work is permitted only in situations where the result is original creation, which is unique, protected by copyright and requiring special skills from the author being commissioned to do the work, constituting an expression of their creativity and specific skills. The author of the study, showing the significant shortcomings of the analyzed concept, tries to prove that *de lege lata* it has no grounds in the applicable law, and the interpretation of the provisions of the Civil Code governing the contract for specific work made by judicature is an interpretation of *contra legem*. *De lege ferenda* should consider subjecting a contract for specific work to social security and health insurance and creation of a separate definition of a contract for specific work, which will apply only to the law of social insurance.

Keywords: contract for specific work, creative work, copyright, the artist as the entity accepting the order, contract for services, commitment of result.

*Anna Musiała**

**FILOZOFIA TZW. OCHRONY OSÓB PRACUJĄCYCH
NA ZASADACH CYWILNOPRAWNYCH – GŁOS W DYSKUSJI
PODCZAS I OGÓLNOPOLSKIEJ KONFERENCJI NAUKOWEJ
Z CYKLU „NIETYPOWE STOSUNKI ZATRUDNIENIA”
PT. „STOSOWANIE UMÓW CYWILNOPRAWNYCH W ŚWIETLE
PRZEPISÓW PRAWA PRACY I UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH.
ŁÓDZKO-POZNAŃSKI POCZĄTEK DYSKUSJI...”**

Streszczenie. Opracowanie dotyczy ciągle powszechnego niezrozumienia fundamentalnej dla dyscypliny prawa pracy kwestii, jaką stanowi problem prawnej podstawy zatrudnienia. Chodzi mianowicie o to, co tak naprawdę determinuje wybór owej podstawy, a dokładnie, czy w przedmiotowej kwestii przesądzająca jest ostatecznie owa „wolna” wola stron. Pytania są następujące: czy rzeczywiście obrany przez ustawodawcę kierunek zrównywania prawnych podstaw zatrudnienia w sferze prawa pracy i prawa cywilnego jest błędny, a jeśli tak, to jak powinno wyglądać pewne „rozplanowanie” prawnych podstaw świadczenia pracy i co determinuje decyzję ustawodawcy o tymże planowaniu, a może to po prostu owa „wolna” wola stron w tej mierze decyduje wyłącznie? Znaczenie odwiedzi na powyższe pytania jest zupełnie kluczowe, żeby odpiąć falę krytyki na propozycje zawarte w projekcie kodeksu z zakresu indywidualnego prawa pracy, opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną z lat 2016–2018.

Słowa kluczowe: zatrudnienie, umowa cywilnoprawna.

Impulsem do przedstawienia wskazanej w tytule problematyki jest ciągle powszechne niezrozumienie fundamentalnej dla dyscypliny prawa pracy kwestii, jaką stanowi problem prawnej podstawy zatrudnienia. Chodzi mianowicie o to, co tak naprawdę determinuje wybór owej podstawy, a dokładnie, czy w przedmiotowej kwestii przesądzająca jest ostatecznie owa „wolna” wola stron? Uważam, że drastyczne na tym tle nieporozumienia, zwłaszcza wśród przedstawicieli nauki, mają dalekosiężne skutki negatywne; judykatura nie otrzymuje w zasadzie żadnego merytorycznego wsparcia, oprócz myślowego chaosu. Z kolei w obrocie społeczno-gospodarczym utarł się wręcz taki schemat rozumowania, że świadczenie pracy na zasadach cywilnoprawnych należy traktować prawie równorzędnie z zatrudnieniem pracowniczym, zwłaszcza że uzasadnienie dla takiego podejścia

* Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy i Prawa Socjalnego, musiala@amu.edu.pl

płyńcie ze strony samego ustawodawcy, bo przecież następuje zrównywanie ubezpieczeniowej sytuacji osób pracujących na podstawach cywilnoprawnych i prawnopracowniczych, nie mówiąc już o sytuacji przyznania tzw. stawki minimalnej dla zleceniobiorców. W związku z powyższym uważam, że ostatnimi wśród winnych wykorzystywania tzw. śmieciówek są pracodawcy. To ustawodawca ponosi za powyższy stan odpowiedzialność, legitymizując swoimi działaniami zrównywanie owych podstaw zatrudnienia, co jest niezmiernie szkodliwe w sferze budowania ładu społecznego.

Mając zatem na względzie tak wielkie zamieszanie tej kwestii, nie sposób postąpić inaczej niż zacząć od postawienia pytań zupełnie podstawowych celem uporządkowania omawianej materii. Pytania są następujące: czy rzeczywiście obrany przez ustawodawcę kierunek zrównywania prawnych podstaw zatrudnienia w sferze prawa pracy i prawa cywilnego jest błędny, a jeśli tak, to jak powinno wyglądać pewne „rozplanowanie” prawnych podstaw świadczenia pracy i co determinuje decyzję ustawodawcy o tymże planowaniu, a może to po prostu owa „wolna” wola stron w tej mierze decyduje wyłącznie? Myślę, że znalezienie odpowiedzi na powyższe pytania jest zupełnie kluczowe, żeby odpierać falę krytyki na propozycje zawarte w projekcie kodeksu z zakresu indywidualnego prawa pracy, opracowanego przez Komisję Kodyfikacyjną z lat 2016–2018.

1.

Z pełną odpowiedzialnością wskazuję, że obrany przez ustawodawcę kierunek zrównywania prawnych podstaw zatrudnienia w sferze prawa pracy i prawa cywilnego jest błędny. I znów trzeba sięgnąć do zupełnych podstaw. A mianowicie zapytać, kto jest podmiotem prawa pracy, kim zajmuje się czy powinno się zajmować prawo pracy? Odpowiedź jest jedna – człowiekiem pracy. A kim jest człowiek pracy? Człowiek pracy to podmiot, który zawsze oferuje pracę swoich mięśni i umysłu, a więc pracuje osobiście (Święcicki 1966, 11). Z taką „ofertą” staje przed pracodawcą. Ta jego słabość, ale zarazem bezwzględna konieczność zarobkowania powoduje, że on niczego nie „negocjuje”, on niemal przystępuje do zaoferowanej mu pracy. Absolutnie trafnie napisał o tym jeden z francuskich uczonych, wskazując, że wreszcie musi nastąpić zaakceptowanie wszechobecnego w prawie pracy ciała człowieka pracy i owej konieczności zarobkowania jako fundamentu naszego bytowania (Supiot 2002, 59 i n.). Taki powinien być punkt wyjścia dla rozważań o podmiocie prawa pracy. To jest też zresztą ów *homo iuridicus* prawa pracy, a więc człowiek, który w pewnym momencie swego życia wchodzi w czas konieczności zarobkowania, poszukuje zatrudnienia, nie mając do zaoferowania zupełnie nic poza siłą swoich mięśni i umysłem. I to właśnie taki człowiek stanowi centrum zainteresowania prawa pracy.

Tymczasem prawo cywilne ma na względzie zupełnie inny podmiot. *Homo iuridicus* prawa cywilnego stanowi podmiot, który po prostu uczestniczy w gospodarce wymiany dóbr i prawo tylko wyjątkowo bierze pod uwagę jakby szerszy kontekst sytuacyjny dokonywanych przez ów podmiot na gruncie tegoż prawa czynności, jak np. w przypadku prawa najmu lokali mieszkalnych (szerzej zob. Chauvin 2014, 2–4 i cytowana tam literatura).

Konkludując, trzeba stwierdzić tak: wszędzie tam, gdzie człowiek osobiście świadczy pracę, swoim „ciałem”, które to określenie w literaturze zagranicznej nie wywołuje żadnego poruszenia – pojawia się prawo pracy, biorąc niejako „pod skrzydła” tego człowieka. A dlaczego? Bo ów człowiek, nie mając niejako „nic”, będąc uzależnionym ekonomicznie, jeszcze dodatkowo wchodzi we władztwo pracodawcy (w ów stan podporządkowania). Z kolei w takiej sytuacji, z czym nie sposób się nie zgodzić, traci wolność i, co więcej, ryzyko naruszenia jego godności staje się jeszcze większe. W czym to władztwo się przejawia? Najlepiej ów stan bycia we władzy pracodawcy pokazuje § 1 art. 128 k.p., gdzie stanowi się o tym, że czasem pracy jest czas, w którym pracownik pozostaje w dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy. Bo jakże inaczej zinterpretować owo bycie w „dyspozycji” pracodawcy? Otóż, owa dyspozycja to nic innego jak rezygnacja z pewnej sfery wolności. Człowiek rezygnuje ze swojej wolności na ów czas pracy. Znajduje się w dyspozycji pracodawcy, oczywiście w granicach prawa, ale w dyspozycji, bo wszystkich poleceń, jakich może oczekiwać od pracodawcy, nie zna.

A jak jest w prawie cywilnym? Ze stanem władztwa do czynienia tam nie mamy. Podobnie nie mówi się o podporządkowaniu. Nie ma stanu władztwa czy tego stanu podporządkowania względem drugiej strony umowy (kontrahenta). W obszarze stosunków prawa cywilnego przez cały czas trwania stosunku prawnego strony uważane są za równorzędne. Nigdzie w prawie cywilnym nie pojawia się pojęcie polecenia w rozumieniu zbliżonym do tego z prawa pracy, choć istnieje pojęcie kierownictwa, występuje bowiem w przepisie art. 430 k.c. Nie staje się ono tam jednak synonimem wydawania poleceń, a jedynie kierownictwa czysto organizacyjnego (Machnikowski 2014, 460).

2.

Prawo pracy zatem niejako zajmuje się człowiekiem pracy pracującym własnym „ciałem”, oddającym się do dyspozycji pracodawcy, w określonym przedziale czasowym, wchodzącym we władztwo pracodawcy.

Nie sposób powiedzieć inaczej, że oto właśnie definicja stosunku pracy buduje się sama. Chodzi o człowieka osobiście świadczącego pracę pozostającego we władztwie, czy innymi słowy w podporządkowaniu, pracodawcy. Dla uspokojenia powiem, że uczynili to już francuscy uczeni. W ujęciu nowego francuskiego

kodeksu pracy pracownikiem jest osoba fizyczna, która wykonuje pracę, będąc we władzy faktycznej lub w zależności od drugiej ze stron¹. Pod pojęciem władzy faktycznej rozumie się realną (praktyczną) możliwość wydawania poleceń drugiej stronie i egzekwowania od niej posłuszeństwa². Pod pojęciem zależności pojmuje się zaś sytuację słabości strony, mającą miejsce wówczas, gdy działalność zawodowa jednej osoby zależy od środków i woli innej osoby³.

A dlaczego należy porzucić cechę kierownictwa jako cechę wyróżniającą stosunek pracy? Ano dlatego, że przesłanka kierownictwa, utożsamiana nie tylko z poleceniami co do kwestii organizacyjnych, ale i merytorycznych, niezmiernie zawęża zakres podmiotowy stosunku pracy. Tym samym niejako „wypycha się” poza nawias stosunku pracy osoby, choć pracujące własnym „ciałem”, ale już niepodlegające nie tylko merytorycznemu kierownictwu, ale nawet w zasadzie kierownictwu organizacyjnemu, które w ich przypadku jest znacznie słabsze. Owe osoby pozostają jednak we władztwie. To zaś oznacza, że istnieje potencjalna możliwość wydawania im poleceń przez pracodawcę. Innymi słowy, pojawia się coraz więcej przykładów świadczenia pracy, gdzie to kierownictwo mogłoby mieć zwodniczy wpływ; mam tu na myśli osoby o specjalistycznej wiedzy, wobec których to kierownictwo praktycznie nie występuje i to nie tylko co do meritum, ale i co do organizacji pracy, a przecież w owym władztwie pracodawcy te osoby się znajdują, ponieważ w stosunku do nich potencjalne polecenia mogą być kierowane (nazywam te osoby pracownikami autonomicznymi, w ślad za wykreowanym przez Sąd Najwyższy – bardzo trafnie zresztą – tzw. podporządkowaniem autonomicznym).

Czy te osoby nie mogłyby więc budować zakresu podmiotowego stosunku pracy? Przy wskazywaniu na cechę kierownictwa jako cechę fundamentalną tego stosunku – niestety nie. Tymczasem chodzi w rzeczywistości o to, aby i takie osoby w stosunku pracy mogły się znaleźć. Ich obecność w zakładzie pracy jako pracowników pozwala budować w większym stopniu wspólnotowość „zakładu pracy”. Te właśnie osoby niejako swoją obecnością i postawami mogą wiele „dać” innym pracownikom. Powinny zatem w zakładzie pracy pozostać jako pracownicy. Nawet gdy weźmie się pod uwagę, że posiadają swój drobny, a nawet czasami większy sprzęt – to pracują „sobą”. Są ciągle pracownikami, ciągle pracują „ciałem”.

¹ Proposition de code du Travail, Sous l'égide du Groupe de recherche pour un autre Code du travail (GR-PACT), Dalloz 2017, s. XII.

Article L. 11-3 Le salarié est une personne physique qui exécute un travail sous le pouvoir de fait ou sous la dépendance d'autrui.

² Article L. 11-4 Le pouvoir de fait est la capacité pratique dont dispose une personne d'en commander une autre et de s'en faire obéir.

³ Article L. 11-5 La dépendance est la situation de faiblesse qui peut être constatée lorsque l'activité professionnelle d'une personne dépend des moyens ou de la volonté d'autrui.

Jak można zauważyć, stosunek pracy to po prostu różne odcienie władztwa. W samym centrum stosunku pracy znajdzie się pracownik będący w ścisłej dyspozycji pracodawcy, otrzymujący niemal w sposób ciągły kolejne polecenia. Jest on pod kierownictwem pracodawcy zarówno organizacyjnym, jak i merytorycznym. Jego wolność w czasie pracy jest prawie żadna; ryzyko naruszeń jego godności – istotne, dlatego ochrona powinna być największa.

W przypadku pracownika autonomicznego sytuacja jest nieco inna. Kwestia pracy własnym „ciałem” i trwania we władztwie pozostaje oczywiście bez zmian. Przy tym jednak owo władztwo w postaci otrzymywania kolejnych poleceń nie jest już tak intensywne, jak w przypadku pracującego na przysłowiowej „taśmie”. Umożliwienie pracownikowi autonomicznemu pozostawania w stosunku pracy pozwala natomiast na współtworzenie jednorodnej społeczności zakładu pracy – wspólnoty tego zakładu. Osoby te są niejako ogromną wartością „dodaną” tego zakładu pracy.

Podsumowując zatem, stosunek pracy to stosunek między świadczącym pracę osobiście a podmiotem go zatrudniającym, gdzie ów świadczący pracę znajduje się we władztwie tegoż podmiotu zatrudniającego. To władztwo może być bardzo ścisłe, ale też może być luźniejsze – jak dzieje się to w przypadku pracowników autonomicznych.

3.

Obok stosunku pracy istnieje możliwość świadczenia pracy w ramach działalności gospodarczej. W owym obszarze, na co wskazywałam już wiele lat temu, chodzi o pewne parametry pracy, precyzyjnie rzecz ujmując: usługi, jakie wytwarza przedsiębiorca, który stworzył pewną jednostkę organizacyjną, a idąc dalej: pewien kolejny zakład pracy (Musiała 2011; Sobczyk 2018). I teraz pytanie, dlaczego nie mówimy tam już o pracy, ale o usłudze? Bo „na czoło” wybija się pewna struktura i usługa, w tle zaś są ludzie pracy. Oni względem kontrahenta w zasadzie nie występują. Wobec kontrahenta niejako staje przedsiębiorca wraz z wykonaną usługą, a łączy ich cywilnoprawny kontrakt. W owym stosunku między przedsiębiorcą wykonującym usługę a kontrahentem jak najbardziej dopuszczalna jest sytuacja kierownictwa, o czym zresztą stanowi przepis art. 430 k.c. Należy w tym miejscu podkreślić, że w owej relacji sytuacji władztwa odnotować nie można.

W tym miejscu powstaje kluczowe pytanie: Dlaczego zatem prawo pracy w ogóle się zajmuje tematem pracy w ramach działalności gospodarczej? Otóż zajmuje się ze względów humanistycznych. W świetle prawa dopuszcza się bowiem prowadzenie jednoosobowej działalności gospodarczej. Możliwe jest więc takie zjawisko społeczne, kiedy pojawia się człowiek pracujący osobiście, ale będący w uzależnieniu ekonomicznym, który stworzył własną jednostkę organizacyjną,

założył również działalność gospodarczą. Pozostaje on poza władztwem pracodawcy, ale z racji kooperowania w zasadzie z jednym podmiotem bez wątpienia znajduje się w zależności ekonomicznej. Pytanie, które się w tym miejscu nasuwa, dotyczy kwestii, czy praca w ramach własnej działalności gospodarczej możliwa jest w sytuacji, gdy dana osoba nie posiada sprzętu? Uważam, że tak. Istnieje bowiem swoboda prowadzenia działalności gospodarczej. Ktoś może chcieć w ten sposób pracować, a więc niejako wychodzić „na zewnątrz” i świadczyć usługi, unikając sytuacji władztwa i współtworzenia ściślejszego zespołu. Innymi słowy, chce przyjmować zamówienia na świadczenie przez siebie usług. Ma taką wizję swojej działalności zawodowej i oczywiście może to czynić, ale pod warunkiem, że zakłada działalność gospodarczą.

Sumując, chodzi o człowieka pracującego własnym „ciałem”, ale który tak bardzo ceni sobie wolność, że nie chciałby jej „oddawać” za bycie w jakiegokolwiek dyspozycji. Ów człowiek również nie zamierza współtworzyć wspólnoty zakładu pracy, raczej jest ukierunkowany na inwestowanie pod względem kapitałowym, jak i osobowym we własne struktury. I tego rozwiązania nie należy oceniać negatywnie. Czasami może to być chęć sprawdzenia swoich możliwości organizatorskich, ale przede wszystkim od tego może zaczynać się budowanie firmy, która potem stanie się większa, zwyczajnie się rozrastając.

Prawo pracy natomiast interesuje ów „początek”, a więc moment, kiedy człowiek prowadzący działalność gospodarczą najpierw pracuje zupełnie samodzielnie (lub przy naprawdę niewielkiej pomocy ze strony innych osób) i co więcej, ma w zasadzie jednego kontrahenta. Dlaczego? Bo widzimy tam cielesność i jego sytuację bardzo zbliżoną pod względem ekonomicznego uzależnienia do sytuacji pracownika. Co jednak bardzo istotne, brak tam władztwa. Dlatego ochrona przyznana takiemu pracownikowi będzie skromniejsza.

Konkludując, nie do końca jest tak, że podstawy zatrudnienia można sobie dowolnie wybierać. Trzeba uznać, że są pewne reżimy prawne świadczenia pracy, może to być albo zatrudnienie pracownicze, albo działalność gospodarcza. I to między reżimami prawnymi dokonujemy wyboru. Rozróżnienie owych reżimów jest fundamentalne, bo z tym wiąże się różny poziom ochrony, uzależniony od stopnia ograniczenia naszej wolności rozumianej jako swoboda dysponowania „sobą” podczas świadczenia pracy.

BIBLIOGRAFIA

- Chauvin, Tatiana. 2014. *Homo iuridicus. Człowiek jako podmiot prawa publicznego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Machnikowski, Piotr. 2014. *Prawo zobowiązań – część ogólna. Tom 6. W System prawa prywatnego*. Red. Zbigniew Radwański. Warszawa: C.H. Beck.
- Musiała, Anna. 2011. *Zatrudnienie niepracownicze*. Warszawa: Difin.

- Sobczyk, Arkadiusz. 2018. *Podmiotowość pracy, towarowość usług*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Supiot, Alain. 2002. *Critique du droit du travail*. Paris: Quadrige/PUF.
- Święcicki, Maciej. 1966. *Niektóre sporne zagadnienia prawa stosunku pracy*. Warszawa: Instytut Pracy.

Anna Musiała

THE PHILOSOPHY OF PROTECTING PEOPLE WORKING ON CIVIL-LAW BASIS: A VOICE IN THE DISCUSSION DURING THE 1ST NATIONWIDE SCIENTIFIC CONFERENCE FROM THE SERIES ‘NON-STANDARD EMPLOYMENT RELATIONS’ ENTITLED ”APPLYING CIVIL-LAW CONTRACTS IN THE LIGHT OF THE LABOUR LAW REGULATIONS AND SOCIAL INSURANCE. ŁÓDŹ AND POZNAŃ BEGINNING OF THE DISCUSSION...”

Abstract. The study pertains to the common misconception of an issue that is fundamental for the labour law, namely the problem of the legal grounds for employment. It is about what actually determines the choice of these grounds, and more precisely whether it is ‘free will’ of parties that is ultimately decisive in this respect. The questions are as follows: is it erroneous that the legislators have chosen the direction of equating the legal grounds for employment in the sphere of labour law and civil law? Next, if it is the case, what should certain ‘planning’ of the legal grounds for work provision look like, and what determines the legislators’ decision about this planning, or maybe it is this ‘free will’ of the parties that is solely decisive here? Finding the answer to the above questions is of primary importance in order to counter the wave of criticism to the proposals included in the draft code on individual labour law prepared by the Codification Committee in the years 2016–2018.

Keywords: employment, civil law agreement.

*Mateusz Barwaśny**

PRAWO DO WYPOCZYNKU OSÓB PRACUJĄCYCH NA WŁASNY RACHUNEK – UWAGI *DE LEGE FERENDA*

Streszczenie. Przedmiotem niniejszego opracowania jest kwestia związana z prawem do wypoczynku osób samozatrudnionych. Obecne przepisy Konstytucji RP z 2.04.1997 r. w tej materii nie są jednoznaczne i należałoby dokonać ich rewizji. Po pierwsze, nie są zgodne z aktami prawa międzynarodowego. Po drugie, nie odzwierciedlają obecnych realiów społeczno-gospodarczych. Zdaniem autora, zakres podmiotowy prawa do wypoczynku powinien być rozszerzony na osoby samozatrudnione, które spełniają – określone w opracowaniu – kryteria.

Słowa kluczowe: samozatrudnienie, praca na własny rachunek, prawo do wypoczynku.

1. GENEZA I EWOLUCJA PRAWA DO WYPOCZYNKU

Prawo do wypoczynku jest jednym z najważniejszych uprawnień, jakie przysługuje człowiekowi wykonującemu pracę. Już w XIX wieku stało się ono głównym postulatem wielu ruchów robotniczych, co wskazywało – w tamtym czasie – na ogromną potrzebę ograniczenia wymiaru czasu pracy. Konieczność zapewnienia odpowiedniego wypoczynku dostrzegł także papież Leon XIII, który pod koniec XIX wieku wydał encyklikę *Rerum novarum*. Zawarto w niej wiele postulatów dotyczących ochrony ludzi pracy, zwłaszcza w kontekście polepszenia warunków ich pracy. Jednym z najważniejszych był dezyderat dotyczący prawa do wypoczynku. Papież Leon XIII wskazał, że odpoczynek jest bardzo istotny i powinien wynosić tyle, ile potrzeba na pełną regenerację sił. Do podobnych wniosków doszedł, prawie sto lat później, papież Jan Paweł II, który w encyklice *Laborem exercens* uznał, iż praca ma nie tylko charakter przedmiotowy, ale przede wszystkim podmiotowy. W cytowanej encyklice szeroko postulował prawo do wypoczynku. Wskazywał, iż stanowi ono ważny element odpowiednich warunków pracy. Głos Kościoła katolickiego odegrał niebagatelną rolę w zakresie praw pracowniczych, zwłaszcza w kwestii prawa do wypoczynku. Wiele postulatów, w tym dotyczących ograniczenia czasu pracy, znalazło swoje odzwierciedlenie w międzynarodowych i krajowych regulacjach prawnych.

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy, mbarwasny@wpia.uni.lodz.pl

Pierwszym aktem międzynarodowym, który odnosił się do tej kwestii, była Konwencja Nr 1 Międzynarodowej Organizacji Pracy (dalej: MOP) z dnia 29 października 1919 r. dotycząca ograniczenia czasu pracy do 8 godzin dziennie i 48 godzin tygodniowo w zakładach przemysłowych (<http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k001.html>). Wprowadziła ona ograniczenia w zakresie czasu pracy, na jej podstawie skrócono go do 8 godzin dziennie i 48 godzin tygodniowo w zakładach przemysłowych. Warto podkreślić, że w celu prawidłowego stosowania cytowanej Konwencji wprowadzono dla pracodawców obligatoryjny obowiązek umieszczania w widocznym miejscu informacji o godzinach rozpoczęcia i zakończenia czasu pracy. Należy podkreślić, że wyżej wspomniana Konwencja rozpoczęła międzynarodową dyskusję na temat regulacji ochronnych dotyczących prawa do odpoczynku. Na jej kanwie, w późniejszych latach, powstało kilka aktów, które stopniowo rozszerzały tę ochronę na inne podmioty. Warto tu wspomnieć m.in. o: Konwencji Nr 14 MOP z 17 listopada 1921 r. o odpoczynku tygodniowym w zakładach przemysłowych (Dz.U. z 1925 r. Nr 54, poz. 384); Konwencji Nr 106 z 5 czerwca 1957 r. o cotygodniowym odpoczynku w handlu i biurach (<http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k106.html>); Konwencji Nr 30 z 28 czerwca 1930 r. dotyczącej uregulowania czasu pracy w handlu i w biurach (<http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k030.html>) oraz Konwencji Nr 47 z 22 czerwca 1935 r. dotyczącej skracania czasu pracy do 40 godzin tygodniowo (<http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k047.html>).

Także w aktach Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej: ONZ) dostrzeżono potrzebę ochrony w zakresie czasu pracy i prawa do wypoczynku. Widać to choćby w uchwalonej 10 grudnia 1948 r. w Paryżu przez Zgromadzenie Ogólne ONZ Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (dalej: PoDePrCzł). Art. 24 tego aktu wprowadza wymóg zagwarantowania każdemu człowiekowi prawa do urlopu i wypoczynku, włączając w to rozsądne ograniczenie godzin pracy i okresowe płatne urlopy. Konkretyzacja i rozszerzenie katalogu uprawnień zawartych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka nastąpiły w grudniu 1966 r., kiedy to Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (dalej: MPPGSK). Warto podkreślić, iż w przeciwieństwie do PoDePrCzł, Pakt ten ma charakter wiążący, ponieważ jest umową międzynarodową i obowiązuje wszystkie kraje, które go ratyfikowały. Z punktu widzenia ochrony w zakresie wypoczynku istotny jest art. 7 MPPGSK dotyczący prawa do sprawiedliwych i korzystnych warunków pracy, które przysługują każdej istocie ludzkiej. Uprawnienie to obejmuje uzyskiwanie przez pracujących godziwego i równego wynagrodzenia za pracę o równej wartości bez jakiegokolwiek różnicy, a także zrównanie warunków pracy i płacy kobiet i mężczyzn. Elementem tego prawa jest także zapewnienie pracującym bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz odpowiedniego wypoczynku, czasu wolnego i rozsądnego ograniczenia czasu pracy, okresowych płatnych urlopów oraz wynagrodzenia za dni świąteczne. Analizując przepisy Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka

oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych warto podkreślić, że przyznają one uprawnienia, także te z zakresu sfery społeczno-ekonomicznej, każdemu człowiekowi. Taka konstrukcja sprawia, że nie uzależniają one tej ochrony od jakichkolwiek innych przymiotów. Wynika z tego, że prawo do wypoczynku powinno przysługiwać wszystkim, bez względu na formę świadczenia pracy. W moim przekonaniu beneficjentami praw społeczno-ekonomicznych, które zostały określone w Deklaracji oraz MPPGSK, nie są jedynie osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy, ale także pracujące (świadczące pracę lub usługi) w ramach umów cywilnoprawnych i samozatrudnienia, a nawet osoby świadczące pracę bez wyraźnej podstawy prawnej (tzw. szara strefa). Twórcy tych aktów, przyznając poszczególne prawa, kierowali się ochroną wartości życia ludzkiego oraz innych ważnych obszarów, które związane są z działalnością człowieka. Do takiej sfery zakwalifikowano pracę człowieka, która ma wymiar nie tylko ekonomiczny, ale także społeczny, dlatego też podmioty, które ją wykonują, powinny być objęte odpowiednią ochroną prawną, także w zakresie prawa do wypoczynku.

Kolejnym uniwersalnym międzynarodowym aktem prawnym, w którym znajdują się gwarancje dotyczące prawa do wypoczynku, jest – obowiązująca od 1965 r. – Europejska Karta Społeczna (Europejska Karta Społeczna z dnia 18 października 1961 r., Dz.U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67). Artykuł 2 tego aktu, regulujący prawo do odpowiednich warunków pracy, zobowiązuje państwa do określenia rozsądnego dziennego i tygodniowego czasu pracy, a także do jego skrócenia w przypadku wzrostu wydajności, zapewnienia płatnych dni świątecznych, corocznego, co najmniej dwutygodniowego płatnego urlopu oraz tygodniowego odpoczynku.

Akty prawa międzynarodowego niewątpliwie wpisują prawo do wypoczynku wykonawców pracy w poczet praw człowieka, co świadczy o jego wysokiej pozycji wśród innych uprawnień. Warto także podkreślić, że używanie zwrotu „każdy” wskazuje, iż nie dotyczy ono wyłącznie pracowników, lecz jest kierowane do wszystkich, którzy świadczą pracę, bez względu na więź prawną łączącą ich z podmiotem zatrudniającym. Jest to bardzo istotne, ponieważ nie ma wątpliwości co do tego, że ideą wprowadzenia prawa do wypoczynku była ochrona osób świadczących pracę przed niekorzystnymi warunkami pracy polegającymi na zbyt dużej eksploatacji ludzkiego organizmu.

Problem w zakresie odpowiedniego wypoczynku mają przede wszystkim osoby samozatrudnione. Jak pokazują badania przeprowadzone przez Główny Urząd Statystyczny, aż 76,5% pracujących na własny rachunek przepracowało w badanym tygodniu 40 godzin i więcej (GUS, *Aktywność ekonomiczna ludności Polski 2017*, BAEL, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/pracujacy-bezrobotni-bierni-zawodowo-wgbael/aktywnoscekonomiczna-ludnosci-polski-ii-kwartal-2017-roku,4,25.html>, s. 143). Statystyki te wskazują, że ponad 3/4 samozatrudnionych pracuje dłużej niż osoba zatrudniona na pełnym etacie w ramach

stosunku pracy. Powstaje zatem pytanie, czy osoby samozatrudnione, zwłaszcza zależne ekonomicznie, mają prawo do wypoczynku. A jeśli nie, to jakie rozwiązania prawne należy przyjąć, aby zagwarantować realizację tego uprawnienia. Nie ulega wątpliwości, iż właściwy odpoczynek jest bardzo ważny nie tylko z punktu widzenia osoby świadczącej pracę, lecz także z perspektywy interesu podmiotu zatrudniającego.

2. PRAWO DO WYPOCZYNKU W ŚWIECIE KONSTYTUCJI RP

Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483), na wzór innych państw i instytucji międzynarodowych, również gwarantuje prawo każdego człowieka do wypoczynku. Ustawa zasadnicza umiejscawia prawo do odpoczynku wśród wolności i praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych, co pozwala je zakwalifikować do konstytucyjnych praw człowieka. Dla problematyki związanej z prawem do wypoczynku istotny jest art. 66 Konstytucji RP, który w swojej treści przyznaje dwa zasadnicze uprawnienia. Pierwszym z nich jest prawo każdego do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Od razu należy tutaj zwrócić uwagę na zwrot „każdy”, który wskazuje na to, że ustrojodawca w bardzo szerokim zakresie określił krąg podmiotów posiadających to uprawnienie. Nie ulega wątpliwości, że osoby świadczące pracę są szczególnie narażone na utratę zdrowia, a nawet życia. Dlatego też prawodawca konstytucyjny zdecydował się nadać to prawo każdemu człowiekowi, nawet temu, który świadczy swoją pracę bez wyraźnej podstawy prawnej. Doktryna wskazuje na kilka interpretacji sformułowania „każdy” użytego w art. 66 ust. 1 Konstytucji RP. Według najwęższego rozumienia, sformułowanego przez W. Sanetrę, powyższy przepis odnosi się jedynie do zatrudnienia pracowniczego (Sanetra 1997, 2). W mojej opinii powyższy pogląd nie zasługuje na aprobatę, ponieważ jego autor stosuje wykładnię zawężającą, co w kontekście katalogu praw człowieka wydaje się niewłaściwe. W związku z tym należy przyjąć, iż beneficjentami normy z art. 66 ust. 1 Konstytucji RP są wszystkie osoby świadczące pracę, także te zatrudnione w ramach umów cywilnoprawnych oraz samozatrudnienia.

Drugim uprawnieniem wynikającym z art. 66 Konstytucji RP jest prawo do wypoczynku. Warto zaznaczyć, że ustawa zasadnicza w art. 66 ust. 2 nie używa wprost określenia „prawo do wypoczynku”, lecz wymienia elementy składowe tego prawa, takie jak: prawo do określonych w ustawie dni wolnych od pracy i corocznych płatnych urlopów oraz zobowiązanie dla ustawodawcy do określenia maksymalnych norm czasu pracy. Natomiast określenie „prawo do wypoczynku” zostało wprost użyte w art. 233 ust. 3 Konstytucji RP, który przyznaje możliwość ograniczenia wymienionych praw, w tym prawa do wypoczynku, w przypadku wystąpienia stanu klęski żywiołowej.

Prawodawca konstytucyjny w art. 66 ust. 2 Konstytucji RP, określając zakres podmiotowy normy, posłużył się określeniem „pracownik”, co z punktu widzenia ochrony prawnej ma bardzo istotne znaczenie. Biorąc pod uwagę wykładnię literalną, należy przyjąć, iż prawo do wypoczynku gwarantuje się jedynie osobom pozostającym w stosunku pracy (Banaszak, Jabłoński 1998, 124). Ponadto należy zauważyć, że – zgodnie z zasadą racjonalnego ustrojodawcy – twórcy Konstytucji RP świadomie zawężili krąg podmiotów uprawnionych do prawa do wypoczynku, opierając się na art. 2 Kodeksu pracy (Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 2016 r., poz. 1666). W związku z tym, zgodnie z poglądem wyrażonym przez T. Liszcz, należy rozróżnić sformułowania użyte w art. 66 Konstytucji RP, choćby ze względu na wykładnię literalną przepisów (Liszczyński 2009, 180).

Stwierdzając, że zwroty występujące w art. 66 Konstytucji RP, tj. „każdy” (ust. 1) i „pracownik” (ust. 2) powinno się wyraźnie rozróżnić, należy określić, co oznacza termin „pracownik” na gruncie przepisów prawa. Definicja legalna pracownika znajduje się w Kodeksie pracy, gdzie art. 2 stanowi, iż „pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę”. Z tego wynika, że na kanwie przepisów prawa pracy – pracownikiem jest jedynie osoba zatrudniona na wyżej wskazanych podstawach prawnych. Pracownikiem nie jest zatem osoba zatrudniona w ramach umowy cywilnoprawnej czy samozatrudnienia. Powstaje pytanie, czy sformułowane w art. 66 ust. 2 określenie „pracownik” jest tożsame z definicją legalną pracownika, znajdującą się w art. 2 k.p., czy może termin ten należy także stosować do osób niepozostających w stosunku pracy, w tym do samozatrudnionych. Warto podkreślić, iż Trybunał Konstytucyjny wskazuje na autonomię terminów konstytucyjnych, która oznacza, iż te same pojęcia znajdujące się w Konstytucji i ustawach zwykłych mogą posiadać różne znaczenia (Wiącek-Burmańczuk 2017, 111). Zgodnie z wyrokiem TK z 2.12.2008 r., nie powinno się interpretować pojęć użytych w przepisach konstytucyjnych przez pryzmat ich odpowiedników zawartych w ustawach zwykłych (K37/07, OTK ZU 2008/10A/172). W tym miejscu warto także wskazać na wyrok TK z 13.05.2009 r. (Kp2/09, OTK ZU 2009/5A/66), zgodnie z którym – pomimo autonomiczności pojęć konstytucyjnych – odwołanie się do znaczenia terminów określonych w ustawach zwykłych nie jest błędem. Z kolei w wyroku z dnia 2.06.2015 r. (K 1/13, Dz.U. z 2015 r., poz. 791) TK zdefiniował konstytucyjne rozumienie pojęcia „pracownik” w kontekście zakresu podmiotowego prawa koalicji. Uznał, że pracownikiem jest osoba, która – po pierwsze – wykonuje określoną pracę zarobkową, po drugie – pozostaje w stosunku prawnym z podmiotem, na rzecz którego ją świadczy, po trzecie zaś – ma takie interesy zawodowe związane z wykonywaniem pracy, które mogą być grupowo chronione. Koncepcja ta została krytycznie oceniona przez A. M. Świątkowskiego, który stwierdził, że TK bez żadnej podstawy prawnej skonstruował alternatywną, w stosunku do definicji sformułowanej w art. 2 k.p., definicję legalną pracownika (Świątkowski 2016, s. 8 i n.). A. M. Świątkowski

uznał, iż nie ma potrzeby tworzenia odrębnej definicji pracownika na gruncie Konstytucji, gdyż jest ona jedna i została zawarta w przepisach Kodeksu pracy. Moim zdaniem, należy zgodzić się z twierdzeniem, iż w jednym systemie prawa nie mogą funkcjonować dwie równorzędne definicje pracownika, ponieważ prowadzi to do chaosu prawnego. Warto tutaj także wskazać na to, że nie ma żadnych podstaw prawnych do wyodrębnienia dwóch kategorii pracowników: *sensu largo* i *sensu stricto*. W związku z powyższym można dojść do wniosku, że dla określenia pojęć konstytucyjnych należy raczej stosować definicje legalne zawarte w ustawach zwykłych, niż tworzyć dodatkowe, alternatywne definicje na potrzeby interpretacji przepisów konstytucyjnych.

Interpretacją terminu „pracownik” zajął się także SN w uchwale z 15.12.2005 r. (I KZP 34/05, OSP 2006, nr 7–8, poz. 93). Dotyczyła ona ustalenia znaczenia tego pojęcia w świetle art. 220 Kodeksu karnego (Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 2016 r., poz. 1137). Warto zwrócić uwagę, że k.k. nie zawiera definicji pracownika, dlatego też istniał problem z określeniem zakresu podmiotowego stosowania tego przepisu. SN w sprawie tej uznał, że termin „pracownik” sformułowany w cytowanym przepisie odnosi się jedynie do osoby pozostającej w stosunku pracy na gruncie k.p. Warto podkreślić, że SN przyznał, iż „pracownik” nie oznacza jedynie osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę, ale należy także brać pod uwagę art. 22 § 1 i 1¹ k.p., co rozciąga to znaczenie również na osoby, które formalnie nie są zatrudnione na wyżej wymienionych podstawach prawnych, lecz w rzeczywistości świadczą pracę w ramach stosunku pracy. Stanowisko zaprezentowane przez SN w tej uchwale wywołało niejednoznaczne opinie wśród przedstawicieli doktryny. Z jednej strony krytykowano uchwałę za przyjęcie zbyt wąskiego rozumienia terminu „pracownik” (Jankowiak, Musiała 2007, 163–167), z drugiej zaś uznawano, iż prezentuje ona najbardziej wyważony pogląd (Daniluk, Witoszko 2006).

W tym miejscu warto wskazać na pogląd wyrażony przez A. Sobczyka, który uznał, iż nie powinno się ograniczać konstytucyjnego pojęcia „pracownik” wyłącznie do osób pozostających w stosunku pracy. Stwierdził, że termin ten oznacza osobę, która wykonuje pracę zarobkową w zakładzie pracy lub w innym miejscu. Ponadto uznał, iż dla rozumienia pojęcia „pracownik” nie mają znaczenia podporządkowanie pracodawcy lub jego brak oraz podstawa zatrudnienia (Sobczyk 2013, 195). Do podobnych wniosków doszedł B. Banaszak, który stwierdził, że na gruncie art. 66 ust. 2 Konstytucji RP pracownik powinien być rozumiany tak samo szeroko jak w art. 66 ust. 1, ponieważ nie ma powodów, aby różnicować zakres podmiotowy obu tych przepisów (Banaszak 2009, 345). Powstaje zatem pytanie, dlaczego ustawodawca uregulował te przepisy w taki sposób, że – zgodnie z wykładnią literalną – mamy do czynienia z dwoma różnymi zakresami podmiotowymi? Trudno jednoznacznie odpowiedzieć na to pytanie, jednak – moim

zdaniem – zakładając racjonalność naszego prawodawcy, nie można przyjąć tożsamości podmiotowej obu analizowanych unormowań.

Nie bez znaczenia dla przyjęcia właściwej interpretacji pojęcia „pracownik” w normach konstytucyjnych jest również termin „praca” oraz zasada ochrony pracy, która została sformułowana w art. 24 Konstytucji RP. TK w wyroku z dnia 23.02.2010 r. (P 20/09, Dz.U. Nr 34, poz. 191) uznał, że pojęcie to oznacza wszelką pracę zarobkową na rzecz innego podmiotu bez względu na formalne zakwalifikowanie stosunku łączącego te podmioty. Ponadto, według A. Wiącek-Burmańczuk (Wiącek-Burmańczuk 2017, 113), normę wyrażoną w art. 66 ust. 2 Konstytucji RP należy interpretować jako rozwinięcie, sformułowanej w art. 24 Konstytucji RP, zasady ochrony pracy. Gwarantuje ona poszanowanie każdej pracy, zapewnia trwałość zatrudnienia, pracę w bezpiecznych i higienicznych warunkach, a także wprowadza ochronę świadczeń związanych z pracą oraz zapobiega bezrobociu (Drał, Bury 2014, 237). Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 7.10.2004 r. (II PK 29/04), art. 24 Konstytucji RP zawiera deklarację, w myśl której państwo obejmuje ochroną warunki, zakres i treść świadczenia pracy, która odbywa się w obrębie stosunków cywilnoprawnych oraz innego rodzaju zatrudnienia. Na tej podstawie można dojść do wniosku, że termin „pracownik” użyty w art. 66 ust. 2 Konstytucji RP powinien dotyczyć nie tylko zatrudnionych w ramach stosunku pracy (określonego w Kodeksie pracy), ale także innych osób, które wykonują osobiście pracę zarobkową, w tym również pracujących na własny rachunek.

Konstytucja RP w art. 66 ust. 1 gwarantuje każdemu prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Treść tego uprawnienia nie została skonkretyzowana w Konstytucji, jednakże możemy przyjąć, iż oznacza ono to, że „każdy powinien mieć zagwarantowane takie warunki pracy, które nie zagrażają jego życiu i zdrowiu” (Lewandowski 2009, 16). Warto zwrócić uwagę, że pojęcie „warunki pracy” należy interpretować szeroko, ponieważ odnosi się ono zarówno do kwestii natury technicznej, jak i organizacyjnej, na którą składają się m.in. regulacje dotyczące czasu pracy oraz prawa do wypoczynku (Sobczyk 2013, 185). Tak jak wcześniej wspominałem, Konstytucja RP nie definiuje terminu „bezpieczne i higieniczne warunki pracy”, dlatego też w literaturze przedmiotu wskazuje się na jego elementy składowe. Są nimi zarówno odpowiednie ukształtowanie organizacji czasu pracy, jak również gwarancja prawa do wypoczynku. Okazuje się bowiem, że zbyt długi czas pracy oraz brak urlopu wypoczynkowego mają niekorzystny wpływ na zdrowie fizyczne i psychiczne każdego wykonawcy pracy, a nawet zagrażają jego życiu (Garlicki, Zubik 2016, art. 66). W związku z powyższym można dojść do wniosku, że konstytucyjna ochrona prawa do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, skonstruowana w art. 66 ust. 1 Konstytucji RP, odnosi się także do prawa do wypoczynku. Na jego podstawie – moim zdaniem – można wnioskować, że uprawnienie to niejako wpisuje się w konstytucyjną ochronę w zakresie bhp, dlatego też powinno przysługiwać każdej osobie świadczącej pracę.

Przepisy Konstytucji RP dotyczące zakresu podmiotowego prawa do wypoczynku są niejednoznaczne, co powoduje wiele problemów związanych z rozciągnięciem tego uprawnienia na osoby świadczące pracę na innych podstawach niż stosunek pracy. Konstytucja RP, uchwalona ponad 20 lat temu – w moim przekonaniu – nie odzwierciedla obecnych realiów społeczno-gospodarczych, zwłaszcza w kwestii dynamicznie zmieniającego się rynku pracy. Wyjściem z tej sytuacji jest zmiana treści art. 66 ust. 2 Konstytucji RP, której można dokonać w dwojaki sposób. Po pierwsze, poprzez zastąpienie zwrotu „pracownik” wyrazem „każdy”. Po drugie, poprzez zostawienie obecnego brzmienia przepisu z jednoczesnym wprowadzeniem definicji pracownika, która rozszerzałaby ochronę także na osoby świadczące pracę w ramach umów cywilnoprawnych i samozatrudnienia. Powyższe rozwiązania byłyby zgodne z aktami prawa międzynarodowego, które w tym zakresie rozciągają ochronę prawną na każdego człowieka, a nie tylko na osoby zatrudnione w ramach stosunku pracy.

3. KRYTERIA PODMIOTOWE PRAWA DO WYPOCZYNKU DLA OSÓB PRACUJĄCYCH NA WŁASNY RACHUNEK – UWAGI *DE LEGE FERENDA*

Postulując rozszerzenie zakresu podmiotowego prawa do wypoczynku, zwłaszcza w kontekście wprowadzenia płatnych urlopów oraz maksymalnych norm czasu pracy, na osoby pracujące na własny rachunek, należy zastanowić się, czy wszystkim samozatrudnionym powinna przysługiwać ochrona prawna w tym przedmiocie.

Na gruncie polskiego prawa pracy nie istnieje legalna definicja samozatrudnienia, co rodzi szereg problemów interpretacyjnych. Należy jednak przyjąć, iż chodzi o taki rodzaj aktywności, w ramach której osoba prowadząca daną działalność, z prawnego punktu widzenia, ponosi wszelkie konsekwencje majątkowe oraz ryzyko gospodarcze związane z realizacją tejże działalności, odpowiadając za jej efekty całym swoim majątkiem (Szanciło 2005, 8–9). Przez osobę fizyczną wykonującą działalność gospodarczą, która jest przyjmującym zlecenie lub świadczącym usługi, rozumiemy osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, będącą przedsiębiorcą w ujęciu ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r., poz. 646) (dalej: PrPrz). Zgodnie z art. 3 PrPrz, działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Samozatrudnienie oznacza zaś świadczenie pracy na rzecz jednego lub kilku podmiotów zamawiających przez osoby fizyczne prowadzące na własną odpowiedzialność i ryzyko działalność gospodarczą w charakterze przedsiębiorcy, bez zatrudniania pracowników lub korzystania z cudzej pracy na podstawie umów cywilnoprawnych (Duraj 2007, 26). Biorąc powyższe pod uwagę, można dojść do wniosku, że każdy samozatrudniony jest przedsiębiorcą, lecz nie każdy przedsiębiorca jest samozatrudnionym. To stwierdzenie

jest bardzo istotne z punktu widzenia przyznania ochrony prawnej w zakresie prawa do wypoczynku osobom świadczącym usługi w ramach pracy na własny rachunek.

Wprowadzenie ochrony prawnej w przedmiocie realizacji prawa do wypoczynku powinno posiadać właściwe uzasadnienie, bowiem nader często zdarza się, że ustawodawca – ustanawiając pewne uprawnienia dla poszczególnych podmiotów – nie stwarza odpowiednich kryteriów, według których stosuje się te prerogatywy. Taka sytuacja może powodować – szczególnie wtedy, gdy chodzi o przedsiębiorców – nadmierną ingerencję w zasadę wolności gospodarczej i zasadę swobody umów, co ma negatywny wpływ na realizację zamierzonego *ratio legis*. W moim przekonaniu, nie wszyscy samozatrudnieni powinni korzystać z prawa do wypoczynku. Dlatego też, w pierwszej kolejności, należy określić kryteria, według których nastąpi dyferencjacja w zakresie przyznania ochrony prawnej dotyczącej realizacji prawa do wypoczynku osobom samozatrudnionym. Te kryteria, które wskażę poniżej, stanowią postulaty *de lege ferenda* pod adresem naszego ustawodawcy.

Pierwsze kryterium powinno opierać się na ustaleniu, czy mamy do czynienia z osobą fizyczną czy prawną. Po pierwsze, samozatrudnienie może dotyczyć wyłącznie osoby fizycznej, ponieważ dla osób prawnych z przyczyn terminologicznych nie należy stosować terminu „zatrudnienie” (Skąpski 2010, 86). Po drugie zaś, nie ma wątpliwości co do tego, iż prawo do wypoczynku jest uprawnieniem konstytucyjnym, skierowanym do osoby fizycznej, czyli człowieka, a nie do osoby prawnej. W związku z tym należy stwierdzić, iż prawo do wypoczynku powinno dotyczyć wyłącznie osoby fizycznej, w tym przypadku osoby fizycznej prowadzącej na własny rachunek działalność gospodarczą.

Drugim kryterium, które należy wziąć pod uwagę przy tworzeniu regulacji ochronnej w zakresie prawa do wypoczynku dla osób samozatrudnionych, jest osobiste świadczenie usług przez pracującego na własny rachunek. Cecha ta przejawia się w tym, iż samozatrudniony – do świadczonej przez siebie pracy – nie zatrudnia innych osób zarówno na podstawie stosunku pracy, jak i stosunku cywilnoprawnego. Warto zwrócić uwagę na to, że osoba fizyczna, która zatrudnia przynajmniej jednego pracownika, staje się pracodawcą w rozumieniu art. 3 k.p. Należy dodać, że także GUS do grona osób samozatrudnionych zalicza osoby fizyczne prowadzące samodzielną działalność gospodarczą, które nie zatrudniają pracowników (Boruta 2005, 10). W moim przekonaniu, przedsiębiorca, który zatrudnia pracowników (przynajmniej jednego) lub korzysta z cudzej pracy na podstawie umów cywilnoprawnych, nie może być beneficjentem konstytucyjnego prawa do wypoczynku, ponieważ w całości nie świadczy swojej pracy osobiście, co jest istotne z punktu widzenia zasadności przyznania ochrony w omawianym przedmiocie. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie może być korzystanie przez samozatrudnionego z pomocy członków najbliższej rodziny. Kryterium polegające na osobistym świadczeniu pracy przez pracującego na własny rachunek jest

bardzo ważne z punktu widzenia przyznania mu ochrony prawnej w zakresie prawa do wypoczynku, ponieważ poprzez tę cechę można stwierdzić, iż samozatrudniony świadczy pracę w warunkach podobnych jak pracownik, co może uzasadniać taką gwarancję.

Kolejnym kryterium uzasadniającym wprowadzenie prawa do wypoczynku dla osób pracujących na własny rachunek jest pozostawanie w zależności ekonomicznej od swojego kontrahenta. Przez zależność ekonomiczną rozumie się taką sytuację, w której całość bądź zasadnicza część dochodów danej osoby pochodzi z jednego źródła. Polski ustawodawca niestety nie uwzględnił tego kryterium, jednak w niektórych krajach europejskich, takich jak: Hiszpania, Niemcy czy Włochy – samozatrudnienie zależne stanowi odrębną kategorię prawną¹. Ustawodawca hiszpański, w specjalnej ustawie dotyczącej statusu osób samozatrudnionych, przyjął, iż do grupy samozatrudnionych ekonomicznie zależnych można zakwalifikować takiego pracującego na własny rachunek, który od jednego kontrahenta osiąga co najmniej 75% swoich dochodów (art. 11 ustawy z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczącej statusu pracy niezależnej – Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, BOE núm. 166, de 12/07/2007). Podobna sytuacja występuje w prawie niemieckim, gdzie ten próg dochodowy wynosi co najmniej 50% osiągniętych dochodów (Opinion of the European Economic and Social Committee on New trends in self-employed work: The specific case of economically dependent self-employed work of 29 April 2010, SOC/344- CESE 639/2010, s. 7–8). Z kolei ustawodawca włoski, gdy chodzi o wykazanie zależności ekonomicznej, nie posługuje się progiem dochodowym, lecz tzw. kryterium stałej współpracy (Morante 2018)². Warto dodać, że w wyżej wymienionych krajach, w których mamy do czynienia z samozatrudnieniem jako odrębną kategorią prawną, osoby pracujące na własny rachunek mają zagwarantowane prawo do wypoczynku. Ustalenie, czy pracujący na własny rachunek pozostaje w zależności ekonomicznej, jest bardzo istotne z punktu widzenia przyznania mu ochrony prawnej w tym zakresie. Występowanie takiej zależności może wskazywać na świadczenie przez samozatrudnionego pracy w warunkach zbliżonych do warunków pracy pracownika, co uzasadnia zagwarantowanie mu nie tylko prawa do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy, ale także prawa do wypoczynku. Tak jak wyżej wskazałem, w Polsce samozatrudnienie zależne nie stanowi odrębnej kategorii prawnej. Należałoby zatem przyjąć konkretne rozwiązania prawne, które uregulowałyby tę kwestię. W moim przekonaniu, w tej materii trzeba oprzeć się na regulacji hiszpańskiej, która wskazuje, iż samozatrudniony zależny to osoba, która 75% swoich dochodów osiąga od jednego kontrahenta oraz świadczy pracę o regularnym charakterze.

¹ Warto zwrócić uwagę, że Projekt Indywidualnego Kodeksu Pracy z dnia 29 marca 2018 r. opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Pracy zakłada wprowadzenie odrębnej kategorii „samozatrudnionych ekonomicznie zależnych” (art. 177–186 Projektu).

² Także w Hiszpanii jest mowa o kryterium działalności o regularnym charakterze.

Wreszcie, ostatnim kryterium, jakie należałoby wziąć pod uwagę przy tworzeniu regulacji ochronnej w zakresie prawa do wypoczynku osób samozatrudnionych, jest okres trwania kontraktu z kontrahentem. To kryterium pozwala na odróżnienie sytuacji, w której samozatrudniony krótkotrwale świadczy swoje usługi – na przykład realizując konkretny projekt, od regularnego wykonywania pracy (usług) na rzecz podmiotu zamawiającego. Stała, permanentna współpraca pomiędzy osobą samozatrudnioną a jej kontrahentem (podmiotem zatrudniającym) powoduje, iż tworzy się pewna więź relacyjno-organizacyjna. Warto dodać, że te powiązania nie występują tylko pomiędzy tymi dwoma podmiotami, ale także pomiędzy samozatrudnionym a pracownikami podmiotu zatrudniającego. Kryterium stałej współpracy jest bardzo istotne z punktu widzenia przyznania ochrony w zakresie wypoczynku osobom samozatrudnionym (spełniającym powyższe kryteria), ponieważ w tym przypadku mamy do czynienia z podmiotem, który – podobnie jak pracownik – świadczy pracę o trwałym charakterze. W moim przekonaniu, aby uznać, iż współpraca ma taki właśnie charakter, należy konkretnie określić, jaki czas powinno trwać świadczenie pracy na rzecz podmiotu zatrudniającego. Według mnie, należy tu przyjąć nieprzerwany sześciomiesięczny okres współpracy, ponieważ jest to czas wystarczający do tego, aby strony umowy wzajemnie się poznały i podjęły decyzję o dalszym współdziałaniu.

4. PODSUMOWANIE

Konstytucyjne prawo do wypoczynku winno przysługiwać nie tylko pracownikowi, ale również każdej osobie (w tym samozatrudnionemu), która wykonuje pracę w warunkach zbliżonych do stosunku pracy, bez względu na więź prawną łączącą ją z podmiotem zatrudniającym. Zakres podmiotowy prawa do wypoczynku nie powinien być jednak rozciągnięty na wszystkie osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, lecz tylko na te podmioty, które są organizacyjnie i ekonomicznie zależne od swojego kontrahenta. Dlatego też, gwarantując poszczególnym jednostkom dodatkowe prawa i obowiązki, zwłaszcza te, które mogą ingerować w wolność gospodarczą oraz zasadę swobody umów, należy określić szczegółowe kryteria, według których będą one przyznawane. Jest to bardzo istotne, ponieważ prawo powinno chronić jedynie te podmioty, które rzeczywiście tego potrzebują. W związku z tym – tworząc regulację ochronną w zakresie prawa do wypoczynku dla osób samozatrudnionych – należy wziąć pod uwagę sytuację faktyczną osoby, która w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej świadczy regularną pracę na rzecz podmiotu zamawiającego. W związku z tym, że ta problematyka wywołuje wiele kontrowersji i jest niejednoznaczna, należałoby dokonać rewizji przepisów konstytucyjnych i rozszerzyć zakres podmiotowy w art. 66 ust. 2 Konstytucji RP na każdego człowieka.

BIBLIOGRAFIA

- Banaszak, Bogusław. 2009. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Banaszak, Bogusław, Mariusz Jabłoński. 1998. „Komentarz do art. 66”. W *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.* Red. Jan Boć. Wrocław: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Boruta, Irena. 2005. „W sprawie przyszłości prawa pracy”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 4: 3–12.
- Daniluk, Paweł, Wioletta Witoszko. 2006. *Glosa do uchwały SN z dnia 15 grudnia 2005 r.*, I KZP 34/05, OSP 7–8, poz. 93.
- Dral, Antoni, Beata Bury. 2014. „Zasada ochrony pracy w Konstytucji RP”. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego* 3: 231–251.
- Duraj, Tomasz. 2007. „Prawna perspektywa pracy na własny rachunek”. W *Praca na własny rachunek – determinanty i implikacje*. Red. Elżbieta Kryńska. Warszawa: Wydawnictwo IPiSS.
- Garlicki, Leszek, Marek Zubik. 2016. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom II, wyd. II. Wydawnictwo Sejmowe.
- Jankowiak, Jarosław, Anna Musiała. 2007. „Glosa do uchwały SN z dnia 15 grudnia 2005 r. I KZP 34/05”. *Prokuratura i Prawo* 2: 163–167.
- Lewandowski, Tomasz. 2009. „Prawo człowieka do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy”. *Wiedza Prawnicza* 3: 16.
- Liszcz, Teresa. 2009. „Prawna ochrona niepracowniczego zatrudnienia na podstawie umowy według Kodeksu pracy”. W *Jedność w różnorodności. Studia z zakresu prawa pracy, zabezpieczenia społecznego i polityki społecznej. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Wojciechowi Muszalskiemu*. Red. Andrzej Patulski, Krzysztof Walczak. 177–188. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Sanetra, Walerian. 1997. „Prawa (wolności) pracownicze w Konstytucji”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 11.
- Skąpski, Michał. 2010. „Problem pojęcia i prawnej regulacji samozatrudnienia”. W *Stosunki zatrudnienia w dwudziestoleciu społecznej gospodarki rynkowej. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 40-lecia pracy naukowej Barbary Wagner*. Red. Arkadiusz Sobczyk. 85–96. Warszawa: Wydawnictwo Wolters Kluwer.
- Sobczyk, Arkadiusz. 2013. *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Szanciło, Tomasz. 2005. „Przedsiębiorca w prawie polskim”. *Przegląd Prawa Handlowego* 3: 4–12.
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2016. „Konstytucyjna koncepcja pracownika”. *Monitor Prawa Pracy* 1: 8–15.
- Wiącek-Burmańczuk, Aleksandra. 2017. „Konstytucyjne prawo do wypoczynku”. *Przegląd Sejmowy* 5(142): 109–123.

Strony internetowe

- <http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k001.html> [dostęp 3.09.2019]
- <http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k030.html> [dostęp 3.09.2019]
- <http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k047.html> [dostęp 3.09.2019]
- <http://www.mop.pl/doc/html/konwencje/k106.html> [dostęp 3.09.2019]

Mateusz Barwański

RIGHT TO REST OF THE SELF-EMPLOYED – *DE LEGE FERENDA* COMMENTS

Abstract. The subject of this study is the issue related to the right to rest of the self-employed. The current provisions of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 in this matter are not unambiguous and they should be reviewed. First of all, they are not in compliance with acts of international law. Secondly, they do not reflect the current socio-economic realities. In the author's opinion, the subjective scope of the right to rest should be extended to the self-employed who meet the criteria set out in the study.

Keywords: self-employment, the right to rest.

*Sławomir Driczinski**

CZAS JAKO ELEMENT STOSUNKU PRACY (UWAGI NA GRUNCIE TREŚCI ART. 22 § 1 K.P.)

Streszczenie. W opracowaniu autor podjął tematykę użytego w artykule 22 § 1 Kodeksu pracy pojęcia czasu. Analizuje rolę i zasadność zamieszczenia w art. 22 § 1 Kodeksu pracy sformułowania dotyczącego czasu wykonywania pracy. Dotyczy to między innymi relacji z takimi pojęciami jak podporządkowanie czy czas pracy. Postawione zostały tezy dotyczące możliwego szerszego rozumienia pojęcia czasu realizacji umowy. Stworzyłyby to opcję rozszerzenia tego pojęcia również na stosunki prawne nieobjęte do tej pory ochroną w kontekście długości ich realizacji.

Słowa kluczowe: czas pracy, stosunek pracy, zatrudnienie, podporządkowanie, dyspozycyjność.

1. WPROWADZENIE

Po nowelizacji Kodeksu pracy z dnia 26 lipca 2002 r. (Ustawa o zmianie Ustawy – kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw z dnia 26 lipca 2002 r., Dz.U. Nr 135, poz. 1146), do definicji stosunku pracy z art. 22 § 1 k.p. wprowadzono zapis dotyczący zatrudnienia pracownika w czasie i miejscu pracy, jako jeden z elementów stosunku pracy. Dokładne brzmienie omawianego fragmentu art. 22 § 1 k.p. brzmi: „Przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę [...]”. Rozważania zaprezentowane w niniejszym tekście dotyczą przede wszystkim sformułowania odnoszącego się do czasu wyznaczonego przez pracodawcę. Jak się bowiem okazuje, zapatrywanie na treść i rangę tego wyrażenia do dnia dzisiejszego nasuwa sporo wątpliwości.

2. POJĘCIE CZASU W DEFINICJI STOSUNKU PRACY W ART. 22 K.P. W KONTEKŚCIE POZOSTAWANIA POD KIEROWNICTWEM PRACODAWCY

Istotną dogmatycznie kwestią dotyczącą wskazanej w tytule tematyki jest wyjaśnienie sformułowania czasu wyznaczonego przez pracodawcę. W szczególności

* Uniwersytet Szczeciński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy i Polityki Społecznej, slawomir.driczinski@usz.edu.pl

chodzi w tym miejscu o to, czy wprowadzenie analizowanego zapisu ma jakies znaczenie dla kształtowania się konstrukcji stosunku pracy.

Analiza wybranych komentarzy do treści art. 22 § 1 k.p. wskazuje na kilka sposobów podejścia do tej kwestii:

1. Pierwsza opcja uznaje analizowane pojęcie jako doprecyzowanie wskazanego wcześniej podporządkowania pracowniczego czy też pracy pod kierownictwem pracodawcy. Takie stanowisko wydaje się zajmować J. Stelina (Stelina 2018). Przy czym Autor ten precyzuje:

Pracodawca może bowiem konkretyzować rodzaj pracy i w jego ramach dysponować osobą pracownika w zakresie miejsca, czasu i sposobu wykonywania pracy. Dlatego sformułowanie zawarte w art. 22 § 1 k.p. o „miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę” należy rozumieć jako dookreślenie kierownictwa pracodawcy, a nie uprawnienie do swobodnego decydowania o miejscu i czasie wykonywania pracy.

Podobny sposób wypowiedzi dostrzega się też w niektórych orzeczeniach sądowych:

Podporządkowanie polega na tym, że to pracodawca określa, jakie zasady będą obowiązywać przy świadczeniu pracy. Oznacza to, że wyznaczenie osobie zatrudnionej w sposób jednostronny miejsca, w którym ma wykonywać pracę, a także określenie godzin jej pracy wskazuje na istnienie cech charakterystycznych umowy o pracę (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 23 czerwca 2016 r., III AUa 1292/15).

Cechą umowy o pracę jest wykonywanie pracy pod kierownictwem pracodawcy (pracy podporządkowanej). Ta cecha ma charakter konstrukcyjny dla istnienia stosunku pracy. Dla stwierdzenia, że występuje ona w treści (sposobie wykonywania) stosunku prawnego, z reguły wskazuje się na takie elementy, jak: określony czas pracy i miejsce wykonywania czynności, podpisywanie listy obecności, podporządkowanie pracownika regulaminowi pracy oraz poleceniom kierownictwa co do miejsca, czasu i sposobu wykonywania pracy oraz obowiązek przestrzegania norm pracy (Wyrok Sądu Najwyższego z 27 lutego 1979 r., sygn. akt II URN 19/79, *Nowe Prawo* 1981, nr 6, s. 82).

Nieco szersze uwagi w temacie niniejszego opracowania zostały zawarte w Komentarzu do Kodeksu pracy pod redakcją K.W. Barana. W opracowaniu tym E. Tomaszewska (Tomaszewska 2016) wyróżniła między innymi trzy aspekty podporządkowania – co do sposobu wykonywania pracy, co do czasu oraz co do miejsca.

J. Wratny wskazuje:

W 1996 r. dodano zwrot mówiący o wykonywaniu pracy „pod kierownictwem pracodawcy”. Nie była to jednak zmiana merytoryczna, a jedynie uwzględnienie w definicji charakterystycznej dla stosunku pracy cechy, jaką jest podporządkowanie pracownika pracodawcy. Podobnie należy ocenić późniejszą zmianę tego przepisu, w wyniku której dodatkowo wyeksponowano podporządkowanie pracownika w zakresie miejsca i czasu świadczenia pracy. Należy podkreślić, że wyznaczenie przez pracodawcę miejsca i czasu wykonywania pracy musi się mieścić w granicach określonych przepisami prawa oraz umową o pracę (por. art. 100 § 1 zakreślający granice uprawnień kierowniczych pracodawcy) (Wratny 2017).

Nieco szerszą argumentację w tym zakresie zaprezentowała M.T. Romer:

Zmiana definicji stosunku pracy – przez wyraźne przyznanie pracodawcy prawa do doprecyzowania o miejscu i czasie świadczenia pracy – została także podyktowana zmianami przepisów o czasie pracy w kierunku większego uelastycznienia tego czasu, m.in. przez rozszerzenie możliwości czasu pracy mierzonego wymiarem zadań [...], a także coraz częściej występującym zjawiskiem świadczenia pracy poza zakładem pracy, w domu pracownika (tzw. telepraca), w innym wskazanym przez pracodawcę miejscu, ale także w wielu miejscach na terenie danego okręgu czy całego kraju (akwizytorzy) (Romer 2012).

Pewną modyfikację tego stanowiska zaprezentował T. Zieliński:

[...] wykonywana pod kierownictwem pracodawcy; w praktyce oznacza to, że pracownik jest zobowiązany do stosowania się do poleceń pracodawcy – o ile są one zgodne z prawem i dotyczą pracy świadczonej przez danego pracownika (przepis art. 100 § 1 k.p.); pracownik zobowiązany jest w czasie pracy pozostawać do dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym przez pracodawcę (przepis art. 128 k.p.) (Zieliński 2005).

Autor ten wskazał na to, że elementem kierownictwa nie jest wymieniony później w art. 22 § 1 k.p. czas wyznaczany przez pracodawcę. Kierownictwo obejmuje natomiast okres czasu pracy w rozumieniu art. 128 k.p. Wydaje się, że podobne stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku OSPiUS w Krakowie z dnia 18.12.1975 r. (II U 2867/75, *Śłużba Pracownicza* 1976, nr 10, s. 28, cyt. za: uzasadnienie SN zawarte w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r., I PK 182/07).

Dokonując ogólnego przeglądu stanowisk doktryny i orzecznictwa w omawianym zakresie, warto odwołać się także do fragmentu tekstu S. Koczura (Koczur 2015). Autor ten w podsumowaniu wskazuje między innymi na element podporządkowania, nazywając je organizacyjnym, przejawiającego się w kierowaniu pracownikiem co do miejsca i czasu pracy. Ujmuje więc czas pracy w kategoriach jednego z elementów podporządkowania. Nie czyni jednak różnicy pojęciowej między pojęciem czasu wyartykułowanym w art. 22 § 1 k.p. i czasem pracy z art. 128 k.p. Nie wiadomo, czy jest to zabieg celowy, polegający na traktowaniu tych pojęć zamiennie, mimo różnicy literalnej, czy też po prostu autor ten nie podjął szerszej analizy tego wątku ze względu na inne ujęcie tematu swojego artykułu. Podobne stanowisko zajął wcześniej T. Duraj (Duraj 2012), wskazując w sposób jednoznaczny na miejsce pracy jako element podporządkowania pracownika. Co prawda, uwaga ta dotyczyła innego elementu definicji stosunku pracy z art. 22 § 1 k.p. (miejsca pracy), ale ze względu na umiejscowienie i stylistykę tego sformułowania w art. 22 § 1 k.p., można w sensie formalnym tę uwagę odnieść również do omawianego pojęcia czasu.

2. W niektórych opracowaniach, być może ze względu na ich rozmiar lub charakter, przy omawianiu regulacji z art. 22 § 1 k.p. w ogóle pomija się ten wątek (Suknarowska-Drzewiecka 2018), poprzestając jedynie na dosłownym zacytowaniu brzmienia przepisu (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 14 lutego 2014 r., III AUa 681/13; postanowienie SN z 26 listopada 2013 r., II UK 345/13).

3. Wydaje się natomiast, że różnicę pomiędzy pracą wykonywaną pod kierownictwem pracodawcy i wyznaczaniem czasu pracy dostrzega A. Malinowski, kiedy twierdzi: „Do jego konstytutywnych cech należy: określenie rodzaju pracy, podległości służbowej, czyli wykonywania pracy pod kierownictwem pracodawcy oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę” (Malinowski 2015). Możliwe jest również, że zapisy tego typu wynikają jedynie z dosłownego powtórzenia brzmienia przepisu, a nie zajęcia stanowiska polegającego na wyodrębnieniu czasu wykonywania pracy jako osobnego w zestawieniu z wcześniej wskazanym podporządkowaniem. Niestety, poczyniony przez tego autora zakres uwag nie pozwala na jednoznaczną ocenę jego stanowiska¹. Na wąskie znaczenie podporządkowania wydaje się wskazywać stwierdzenie z orzeczenia SN z dnia 17 października 2017 r. (II UK 451/16): „W doktrynie dominuje ujęcie podporządkowania jako obowiązku wykonywania przez pracownika poleceń pracodawcy dotyczących pracy”. Na zasadność wyodrębnienia z pojęcia kierownictwa pracodawcy konstrukcji czasu i miejsca wyznaczonego przez pracodawcę wydaje się też wskazywać definicja sformułowana przez SN w wyroku z dnia 7 października 2009 r. (III PK 38/09). W orzeczeniu tym SN podjął próbę sformułowania definicji stosunku pracy nieco bardziej rozbudowanej, niż ma to miejsce w art. 22 § 1 k.p.:

Stosunek pracy jest dobrowolnym stosunkiem prawnym o charakterze zobowiązaniowym, zachodzącym między dwoma podmiotami, z których jeden, zwany pracownikiem, obowiązany jest świadczyć osobiście i w sposób ciągły, powtarzający się, na rzecz i pod kierownictwem drugiego podmiotu, zwanego pracodawcą, pracę określonego rodzaju oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca zatrudniać pracownika za wynagrodzeniem.

Na wyodrębnienie pojęć czasu i miejsca pracy i związaną z tym możliwą zmianę zapatrywania na pojęcie podporządkowania (i kierownictwa) zwraca uwagę M. Gersdorf:

Ustawodawca odrębnie potraktował pojęcie pracy pod kierownictwem, odrębnie zaś pracy wyznaczanej co do miejsca i czasu pracy. Wydaje się zatem, iż praca pod kierownictwem *de lege lata* będzie oznaczać pracę wykonywaną pod kierownictwem pracodawcy co do sposobu jej wykonania [...], natomiast dodatkowym kryterium pracy świadczonej w ramach stosunku pracy będzie fakt (konieczność) wyznaczania tej pracy przez pracodawcę w zakresie czasu i miejsca jej wykonywania (Gersdorf 2014).

Jeszcze bardziej stanowczo za tą opcją interpretacyjną opowiada się M. Piankowski:

Nowelizacją § 1 art. 22 k.p. ustawodawca wyłączył zatem spod pojęcia kierownictwa możliwość wytyczania miejsca i czasu pracy. Aktualnie pojęcie kierownictwa odnosić należy jedynie do kierownictwa w zakresie sposobu świadczenia pracy [...] (Piankowski 2004).

¹ Podobnie rzecz się ma z treścią wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2012 r. (III AUa 856/12). Sąd ten eksponuje w tezie i treści miejsce i czas wyznaczony przez pracodawcę jako osobny element charakteryzujący stosunek pracy.

Zaprezentowane powyżej stanowiska doktryny i orzecznictwa można zatem sprowadzić do dwóch głównych opcji. Część zaprezentowanych stanowisk wskazuje jedynie na zmianę precyzującą związaną z wprowadzeniem do art. 22 § 1 k.p. zapisów dotyczących czasu, natomiast niektórzy przedstawiciele doktryny, a także część orzecznictwa, wskazują na jakościową zmianę związaną z tym zabiegiem.

Nie rozwijając zbyt szeroko wątku dotyczącego ewolucji pojęcia podporządkowania w ramach stosunku pracy², należy opowiedzieć się za drugim stanowiskiem z kilku powodów. Przede wszystkim sam ustawodawca zdecydował się na rozwinięcie, czy uzupełnienie, konstrukcji stosunku pracy o sformułowania dotyczące czasu i miejsca pracy. Na uzasadnienie aksjologiczne w tym zakresie wskazuje między innymi cytowana wcześniej M.T. Romer.

W tym miejscu należy też wspomnieć o kreowanej w doktrynie i orzecznictwie koncepcji podporządkowania autonomicznego, uzupełniającej pojęcie podporządkowania (m.in. wyrok SN z dnia 7 września 1999 r., I PKN 277/99). Nie chodzi o całościowe omówienie tej konstrukcji, ale o ujęcie jej w kategoriach opracowania, czyli w odniesieniu do pojęć czasu i pokrewnych. W jednym z nowszych orzeczeń SN (wyrok SN z 17 października 2017 r., II UK 451/16) wskazał:

W miejsce dawnego systemu ścisłego hierarchicznego podporządkowania pracownika i obowiązku stosowania się do dyspozycji pracodawcy, nawet w technicznym zakresie działania, pojawia się nowe podporządkowanie autonomiczne, polegające na wyznaczeniu pracownikowi przez pracodawcę zadań bez ingerowania w sposób ich wykonania. W tymże systemie podporządkowania pracodawca określa godziny czasu pracy i wyznacza zadania, natomiast sposób realizacji tych zadań pozostawiony jest pracownikowi.

Wypracowanie koncepcji podporządkowania autonomicznego potwierdza zasadność wyodrębnienia miejsca i czasu w konstrukcji stosunku pracy.

W tym kontekście jedynie ramowo warto ponownie podnieść wątpliwość językową – czy aby na pewno trafne jest utożsamianie sformułowania kodeksowego „pracy pod kierownictwem” z określeniem „podporządkowania pracownika”. Wydaje się, że nie jest to uzasadnione, na co słusznie wskazuje między innymi T. Liszcz (Liszcz 2009)

3. POJĘCIE CZASU PRACU Z ART. 128 K.P.

Osobną wątpliwością językową jest użycie przez ustawodawcę w art. 22 § 1 k.p. sformułowania „czasu wyznaczonego przez pracodawcę”. W szczególności chodzi o to, czy to wyrażenie jest tożsame z pojęciem czasu pracy z art. 128 k.p. Zacytowane wcześniej wypowiedzi dowodzą, że nie przykłada się niekiedy

² Zob. np. B. Bury, „Podporządkowanie pracownika pracodawcy”. *Państwo i Prawo* 2006, 9, *passim*, a także T. Duraj, „Ewolucja pracowniczego podporządkowania jako cechy konstytucyjnej stosunku pracy w świetle przepisów prawa pracy”. *Studia Iuridica Lublinensia* 2015, XXIV(3), *passim*.

należytej staranności terminologicznej do odróżnienia pojęcia czasu od czasu pracy³.

Doktryna w zasadzie nie wypowiadała się w tym zakresie w szerszym kontekście, a kwestia ta ma dość istotne znaczenie choćby dla oceny roli tego wyrażenia z art. 22 § 1 k.p. dla kształtowania stosunku pracy jako całości. W tym miejscu należy postawić tezę o braku tożsamości sformułowania z art. 22 § 1 k.p. i art. 128 k.p. Argumentów za przyjęciem tego wariantu interpretacyjnego jest kilka. Po pierwsze, nieidentyczność użytego sformułowania w obydwu przypadkach. Artykuł 22 § 1 k.p. posługuje się jedynie pojęciem „czasu”, natomiast w art. 128 § 1 k.p. ustawodawca zastosował „czas pracy”. Poza cytowanym wcześniej brzmieniem art. 22 § 1 k.p. można przypomnieć sformułowanie z art. 128 § 1 k.p. podające definicję czasu pracy: „Czasem pracy jest czas, w którym pracownik pozostaje do dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy”. Po drugie, sformułowanie z art. 22 § 1 k.p. obejmuje szerszy katalog sytuacji wyznaczania czasu realizacji zobowiązania wykraczającego niekiedy poza czas pracy z art. 128 k.p. Chodzi np. o dyżur czy podróż służbową, a także inne zbliżone stany faktyczne realizacji obowiązków pracowniczych niezaliczanych do czasu pracy.

Zasadne jest zatem postawienie na gruncie art. 22 § 1 k.p. tezy o istnieniu w ramach reżimu pracowniczego dwóch zbliżonych pojęć – czasu (wyznaczonego przez pracodawcę) i czasu pracy określonego w art. 128 § 1 k.p.

4. POTRZEBA UJĘCIA POJĘCIA CZASU W DEFINICJI STOSUNKU PRACY Z ART. 22 K.P.

Końcowa teza poprzedniej części tekstu będzie tematem rozważań kolejnego fragmentu tego opracowania. Skoro bowiem wskazano na istnienie odrębnej od czasu pracy w rozumieniu art. 128 § 1 k.p. konstrukcji czasu, należałoby się zastanowić nad celowością jej wyodrębnienia. Zaznaczyć przy tym należy, że jej byt, w świetle jednoznacznego językowego ujęcia, trudno podważyć.

Kierownictwo pracodawcy w zakresie czasu, który wcale nie musi być czasem pracy w rozumieniu art. 128 k.p., jest przesłanką przemawiającą za zakwalifikowaniem danego stosunku prawnego w ramach stosunku pracy z uwagi na to, że pracodawca wyznacza pracownikowi czas (szerzej rozumiany) zadania. Interpretacja ta zmierza do szerokiego traktowania pojęcia czasu jako czynnika kwalifikującego dany stosunek prawny w ramach stosunku pracy.

Objęcie ochroną każdego elementu podporządkowania czasowego jest też argumentem za rozszerzeniem ochronnej funkcji prawa pracy na sytuacje realizowania obowiązków pracowniczych poza czasem pracy.

³ Przy założeniu braku ich tożsamości. Takie stanowisko jest prezentowane przez autora powyższego opracowania.

Idąc dalej tym tokiem myślenia, objęcie ochroną szerszych niż tylko czas pracy sytuacji realizowania obowiązków jest argumentem aksjologicznym za objęciem ochroną nie tylko pracowników, lecz również innych osób wykonujących pracę w reżimie szeroko rozumianego ograniczenia czasowego, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

Toteż nawet jeżeli w momencie dokonywania tych zmian rzeczywistym zamiarem ustawodawcy było jedynie doprecyzowanie pojęcia pracy pod kierownictwem, możliwe, a nawet potrzebne, jest rozszerzenie konsekwencji tego zabiegu co najmniej na wątki poruszone w opracowaniu.

5. WYZNACZANIE CZASU W SENSIE RAM

Skoro wcześniej wskazano na odrębność ujęcia czasu w art. 22 § 1 k.p. i art. 128 k.p., warto podjąć próbę choćby przykładowego ujęcia treści tej konstrukcji (Driczinski 2002). W doktrynie pojawiły się szczerkowe wypowiedzi na ten temat. Dotyczy to np. cytowanej wcześniej opinii J. Steliny dotyczącej negocjowania tego, że na gruncie art. 22 § 1 k.p. pracodawca posiada możliwość swobodnego decydowania o czasie wykonywania pracy. Oczywiście, kształtowanie to jest ograniczone przepisami o czasie pracy, jednak regulacja zagadnień związanych z czasem pracy obejmuje zarówno jego pojęcie, jak i metody kształtowania w szerokim rozumieniu tego pojęcia. Co do zasady zatem, pracodawca ma prawo swobodnie decydować o czasie pracy pracownika również w sensie sposobu ułożenia. Hamulcem tego uprawnienia są jedynie przepisy ochronne narzucone przez ustawodawcę lub ewentualnie ustalenia umowne.

Pracodawca ma zatem możliwość kształtowania czasu realizacji stosunku pracy pracownika zarówno na płaszczyźnie tego, co pracownik robi w czasie pracy w rozumieniu art. 128 k.p., jak i innych sytuacji ograniczenia czasowego związanego z realizacją obowiązków wynikających ze stosunku pracy niepodpadających pod pojęcie czasu pracy z art. 128 k.p. Dotyczy to również określenia jego ram.

Wydaje się, że w niektórych zaprezentowanych wcześniej stanowiskach chodzi nie tylko do pomieszania pojęcia czasu i czasu pracy z poszczególnymi jego elementami, ale także z różnymi elementami podporządkowania pracownika i kierownictwa pracodawcy.

Będzie zatem słuszne postawienie tezy o możliwości, co do zasady, rezygnacji z wyznaczenia czasu przez pracodawcę na kanwie brzmienia art. 22 § 1 k.p. Rzecz jednak w tym, czy ta rezygnacja może się odbyć jedynie w przypadkach określonych przez przepisy prawa czy też może mieć charakter umowny, a konsekwencją takiej rezygnacji nie będzie niemożność uznania danego stosunku prawnego za stosunek pracy.

6. CZAS (CZAS PRACY) JAKO KONSTITUTYWNY ELEMENT STOSUNKU PRACY

W uzasadnieniu wyroku SN z dnia 7 października 2009 r. (III PK 38/09) strona skarżąca wskazywała na niejednolitość orzecznictwa sądowego w sprawie „rangi” elementu czasu przy ocenie, czy dany stosunek prawny jest stosunkiem pracy czy nie. Niestety, SN w tej sprawie nie odniósł się szerzej do podniesionej wątpliwości. Na gruncie przedmiotowego opracowania warto jednak przyjrzyć się nieco szerzej temu zagadnieniu.

Przywołany wyrok z dnia 7 września 1999 r. (I PKN 277/99, OSNP z 2001 r. Nr 1, poz. 18) wskazuje na możliwość dość swobodnego kształtowania przez strony stosunku pracy kwestii związanych z czasem pracy, co nie powoduje możliwości uznania, że nadal jest to stosunek pracy. Rozstrzygnięcie to zostało merytorycznie uzasadnione koncepcją wspomnianego podporządkowania autonomicznego, w którym względnie swobodne kształtowanie przez pracownika czasu pracy, w mniejszym lub większym zakresie, jest standardem. Ta linia orzecznicza jest, jak się wydaje, podtrzymywana między innymi w wyroku SN z 17 maja 2016 r. (I PK 139/15): „[...] pewna, określona umową lub uzgodnieniami stron swoboda ustalania czasu pracy przez pracownika nie przeczy istnieniu stosunku pracy”. Przy czym w przypadku tego orzeczenia pewna swoboda kształtowania czasu pracy dotyczyła pracownika zatrudnionego na stanowisku specjalisty. Niedawno SN wskazał: „Podporządkowania pracowniczego nie wykluczają więzi rodzinne, ani elastyczność w rozpoczynaniu dnia pracy polegająca na ruchomym czasie pracy, który stosowany jest nie tylko w firmach rodzinnych” (wyrok SN z 6 grudnia 2016, II UK 439/15).

Wyrok niejako opozycyjny (wyrok SN z 14 lutego 2001 r., I PKN 256/00) wskazuje między innymi: „Możliwość zastąpienia się osobą trzecią oraz brak pracowniczego podporządkowania pracodawcy nie pozwalają na ustalenie pozostawania powoda w stosunku pracy. Kierownictwo pracodawcy, o którym jest mowa w art. 22 § 1 k.p., nie może sprowadzać się jedynie do określenia obowiązku dozoru, bez ustalenia, kto i kiedy obowiązek ten będzie wykonywał”. Opcję uznającą wyznaczenie czasu pracy, i to w wąskim rozumieniu tego słowa, wydaje się reprezentować W. Sanetra : „Jeśli pracodawca nie wyznaczy miejsca pracy lub czasu pracy, to brakuje elementów wymaganych przez art. 22 § 1 k.p., a to prowadzi do wniosku, że nawiązany stosunek prawny nie jest stosunkiem pracy” (Iwulski, Sanetra 2013).

Orzecznictwo SN słusznie wskazuje na możliwość wyznaczania pracownikowi czasu pracy poprzez wzajemne uzgodnienia stron: „Polecenie pracodawcy, które jest wprawdzie jednostronną czynnością pracodawcy, ale może być wyrażone w dowolnej formie, gdyż nie stanowi oświadczenia woli. Może mieć zatem postać wzajemnych ustaleń pracodawcy i pracownika” (wyrok SN z dnia 8 czerwca

2017 r., I UK 240/16). Całkowite natomiast usunięcie wyznaczania (szeroko rozumianego) czasu pracownikowi, z uwagi na brzmienie art. 22 § 1 k.p., może spowodować brak możliwości uznania stosunku prawnego za stosunek pracy.

W doktrynie wskazuje się na brak uznania elementu wyznaczania czasu jako elementu konstytuującego stosunek pracy (Orłowski 2007). We wskazanym opracowaniu autor ujmuje jednak czas pracy w kategoriach ram czasowych, co wydaje się zbyt daleko idącym uproszczeniem zagadnienia.

7. DEFINICJA PRACOWNIKA W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ W KONTEKŚCIE CZASU PRACY I KONSTRUKCJI STOSUNKU PRACY W PRAWIE POLSKIM

A. Musiała wskazuje, że kreowane na gruncie prawa europejskiego pojęcie *worker* obejmuje między innymi osobę mającą ograniczoną możliwość dysponowania swoją osobą w danym przedziale czasowym (Musiała 2018). Z wypowiedzi tej można wywieść dyrektywę aksjologiczną dotyczącą potrzeby rozciągnięcia ochrony w zakresie czasu na inne stosunki prawne, których przedmiotem jest praca.

8. CZAS PRACY W UMOWACH CYWILNOPRAWNYCH

Uzasadnienie rozciągnięcia ochrony „czasowej” na wszystkie osoby wykonujące pracę

A. Musiała wskazuje również na stanowisko S. Deakina i G.S. Morissa, uznających, że wobec *workera* należy stosować między innymi regulacje dotyczące ochrony przed przekraczaniem czasu pracy (Musiała 2018). Okazuje się zatem, że już kilkanaście lat temu myśl zmiierzająca do ochrony na gruncie czasu pracy osób wykonujących pracę zależną pojawiła się w kraju, gdzie ustawodawstwo pracy nie wydaje się aż tak daleko ochronne jak w Unii Europejskiej. Na tym gruncie warto zatem szerzej zastanowić się nad celowością rozciągnięcia przepisów o czasie pracy na osoby niepozostające w stosunku pracy. Zdaniem autora opracowania zabieg taki jest celowy. Zapewniłby on bowiem realną ochronę w tym zakresie znakomitej większości osób pracujących. Dobrym przykładem dla uzasadnienia tego stanowiska jest obserwacja osób zatrudnionych w ochronie. W przypadku pracowników pracujących w reżimie kodeksowego czasu pracy są zapewnione podstawowe standardy ochronne wynikające z przepisów o czasie pracy. Nie ma to miejsca w odniesieniu do osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, chociaż ich praca w nikłym stopniu różni się od pracy tych pierwszych. Na gruncie racjonalności prawodawcy taka sytuacja nie może być zaakceptowana.

Mając na uwadze powyższy tok myślenia, autor opracowania opowiada się za rozciągnięciem przepisów o czasie pracy na możliwie wszystkie osoby wykonujące pracę osobiście. Zdaniem autora opracowania argument braku zależności od podmiotu, na rzecz którego wykonuje się pracę, nie jest wystarczający do usunięcia osób tak pracujących z reżimu ochronnego w zakresie czasu pracy.

9. PODSUMOWANIE

Przedstawione wyżej wybrane wątki związane z zawartym w art. 22 § 1 k.p. pojęciem czasu skłaniają do kilku ogólniejszych konkluzji.

Dokonana w 2002 r. zmiana treści art. 22 § 1 k.p. mogła mieć w swoim pierwotnym zamyśle cechę redakcyjną. Obecnie, narastający stopień skomplikowania stosunków pracy, również w aspekcie czasu, skłania do budowania opartych na tym sformułowaniu argumentacji w zakresie szerokiego obejmowania stosunkiem pracy różnorodnych stanów faktycznych. Dodatkowo, pojęcie czasu z art. 22 § 1 k.p. dopinguje aksjologicznie do objęcia ochroną „czasową” możliwie szerokich przejawów pracy ludzkiej.

W umowach cywilnoprawnych nie da się bezpośrednio zastosować konstrukcji czasu pracy w rozumieniu przepisów prawa pracy. Właściwsze byłoby wyodrębnienie pojęcia podobnego, jednak odpowiednio odróżniającego się od sformułowań pochodzących z prawa pracy. Można zaproponować pojęcie czasu realizacji umowy lub czynności, z odpowiednim odesłaniem do poszczególnych przepisów dotyczących czasu pracy. Zastosowanie wprost przepisów o czasie pracy nie byłoby prawidłowe ze względu na występujący w tym pojęciu element pozostawiania w dyspozycji, który jest charakterystyczny dla zatrudnienia pracowniczego.

BIBLIOGRAFIA

- Driczinski, Sławomir. 2002. *Elastyczność pojęcia czasu pracy*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Duraj, Tomasz. 2012. „Podporządkowanie pracownika pracodawcy w aspekcie miejsca świadczenia pracy – wybrane problemy”. *Monitor Prawa Pracy* 12: 634–639.
- Gersdorf, Małgorzata. 2014. „Komentarz do art. 22 k.p.” W *Kodeks pracy. Komentarz*. Wyd. III. Małgorzata Gersdorf, Michał Raczkowski, Krzysztof Rączka. Warszawa: LexisNexis. System Informacji Prawnej LEX.
- Iwulski, Józef, Walerian Sanetra. 2013. *Kodeks pracy. Komentarz*. Wyd. III. Warszawa: LexisNexis. System Informacji Prawnej LEX.
- Koczur, Sebastian. 2015. „*Differentia specifica* „podporządkowania” właściwego dla stosunku pracy a umów cywilnoprawnych”. *Monitor Prawa Pracy* 2: 68–73.
- Liszczy, Teresa. 2009. „Podporządkowanie pracownika a kierownictwo pracodawcy – relacja pojęć”. W *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga jubileuszowa Profesora Henryka Lewandowskiego*. Red. Zbigniew Góral. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

- Malinowski, Andrzej. 2015. *Nawiązywanie i rozwiązywanie stosunku pracy. Komentarz praktyczny. Teza 1*. Warszawa: System Informacji Prawnej Legalis.
- Musiała, Anna. 2018. „Reperkusje pojęcia „worker” w polskim prawie pracy”. *Monitor Prawa Pracy* 5: 7–11.
- Muszalski, Wojciech. 2017. *Komentarz do Kodeksu pracy. Teza 1*. Wyd. 11. Warszawa: System Informacji Prawnej Legalis.
- Orłowski, Grzegorz. 2007. „Umowa zlecenia a „miękkie” domniemanie stosunku pracy”. *Monitor Prawa Pracy* 3. Warszawa: System Informacji Prawnej Legalis.
- Piankowski, Maciej. 2004. „Komentarz do art. 22 k.p.” W *Kodeks pracy. Komentarz*. Maciej Piankowski, Urszula Jackowiak, Jakub Stelina, Waldemar Uziak, Alina Wypych-Żywicka, Marcin Zieleniecki. Wyd. IV. Warszawa: Fundacja Gospodarcza. System Informacji Prawnej LEX.
- Romer, Maria Teresa. 2012. *Prawo pracy. Komentarz do art. 22 k.p.* Wyd. V. Warszawa: LexisNexis. System Informacji Prawnej LEX.
- Stelina, Jakub. 2017. „Komentarz do art. 22 k.p.”. W *Kodeks pracy. Komentarz. Teza 8*. Red. Arkadiusz Sobczyk. Wyd. 4. Warszawa: System Informacji Prawnej Legalis.
- Suknarowska-Drzewiecka, Ewa. 2018. „Komentarz do art. 22 k.p.”. W *Komentarz do Kodeksu pracy*. Red. Krzysztof W. Walczak. Wyd. 25. Warszawa: C.H. Beck.
- Tomaszewska, Monika. 2016. W *Kodeks pracy. Komentarz*. Krzysztof W. Baran (red.), Bolesław M. Ćwiertniak, Sławomir Driczinski, Zbigniew Góral, Anna Kosut, Daniel Książek, Wiesław Perdeus, Jan Piątkowski, M. Skąpski, Krzysztof Stefański, Monika Tomaszewska, Mirosław Włodarczyk, Teresa Wyka. Warszawa: C.H. Beck.
- Wratny, Jerzy. 2017. *Komentarz do Kodeksu pracy 2016. Teza 2*. Wyd. 6. Warszawa: System Informacji Prawnej Legalis.
- Zieliński, Tadeusz. 2005. W *Kodeks pracy. Komentarz*. Red. Ludwik Florek. Wyd. 4. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.

Sławomir Driczinski

TIME AS AN EMPLOYMENT RELATIONSHIP ELEMENT (COMMENTS UNDER ART. 22 § 1 OF THE LABOUR CODE)

Abstract. In the publication the author took up the subject of the time concept used in Article 22 § 1 of the Labour Code. The study analyses the role and legitimacy of inserting the term concerning the working time in Article 22 § 1 of the Labour Code. This concerns, *inter alia*, relationships with terms such as subordination or working time. The article puts forward a thesis of possible broader understanding of the concept of the time of contract performance. This will create an option to extend this concept also to the legal relations not covered yet by protection in the context of their performance time.

Keywords: working time, employment relationship, employment, subordination, availability.

*Ewelina Szadkowska**

UMOWY CYWILNOPRAWNE A SPECYFIKA ZAWODU NAUCZYCIELA

Streszczenie. Przedmiotem artykułu jest dopuszczalność stosowania umów cywilnoprawnych do zatrudniania nauczycieli w kontekście specyfiki tej grupy zawodowej. Zmiana w przepisach dotyczących zakazu zatrudniania nauczycieli na podstawie tych umów skłania do refleksji i skomentowania jej zasadności. Autorka charakteryzuje korzyści, jakie płyną dla nauczycieli szkół niepublicznych w związku z tą modyfikacją, oraz straty, jakie mogą ponieść pracodawcy. Omawiana zmiana weszła w życie 1 września 2018 r. i jest różnie oceniana przez dyrektorów szkół niepublicznych, jak i przez samych nauczycieli. W końcowej części artykułu autorka formułuje własną opinię na ten temat.

Słowa kluczowe: umowy cywilnoprawne, specyfika zawodu nauczyciela, prawo pracy.

Chociaż prawo pracy wywodzi się z prawa cywilnego, to obecnie jest samodzielną dziedziną prawa. „Podstawowa konstrukcja prawna prawa pracy, jaką jest stosunek pracy, to przekształcony stosunek cywilnoprawny najmu pracy, podobnie umowa o pracę jest odmianą ogólnosystemowej konstrukcji umowy, najpełniej poddaną regulacji w prawie cywilnym. Związki prawa pracy z prawem cywilnym są zatem naturalne” (Stelina 2016, 23). Wzajemną relację tych gałęzi określa art. 300 Kodeksu pracy (Ustawa z 26 czerwca 1974 r., tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 917) (dalej: k.p.). Zgodnie z tym przepisem, w sprawach nieunormowanych przepisami prawa pracy do stosunku pracy stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy. Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego oznacza, że niektóre przepisy stosujemy wprost, inne po modyfikacji, a jeszcze inne nie mają zastosowania. W przypadku kwestii w ogóle nieuregulowanych przepisami Kodeksu pracy, takich jak choćby wykładnia oświadczeń woli, zastosowanie przepisów prawa cywilnego jest konieczne i bezsprzeczne. Jeżeli natomiast mamy do czynienia ze sprawami unormowanymi w jakiś sposób w prawie pracy, chociażby częściowo, pojawia się wątpliwość, czy możliwe jest w takiej sytuacji uzupełnianie stosowania regulacji Kodeksu cywilnego. Jeżeli umowa cywilnoprawna z wykonawcą pracy zawiera wszystkie cechy stosunku pracy, to wówczas mamy do czynienia z wykroczeniem przeciwko prawom pracownika, które zostało uregulowane

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy, ewelina_szadkowska@wp.pl

w dziale trzynastym Kodeksu pracy Zgodnie z art. 281 cytowanego aktu, kto, będąc pracodawcą lub działając w jego imieniu, zawiera umowę cywilnoprawną w warunkach, w których zgodnie z art. 22 § 1 k.p. powinna być zawarta umowa o pracę – podlega karze grzywny od 1000 zł do 30 000 zł. Taką umowę można również zakwestionować przed sądem pracy. Częstym zjawiskiem jest zatrudnianie wykonawców na podstawie umów cywilnoprawnych w celu zredukowania kosztów osobowych. Są to przede wszystkim składki na ubezpieczenia społeczne, ale także inne obciążenia związane z zatrudnieniem pracowniczym, np.: wynagrodzenie za urlop wypoczynkowy, za czas niezdolności do pracy związanej z chorobą czy za okres przestoju, jak również inne płatne zwolnienia od świadczenia pracy (urlupy okolicznościowe), w tym dotyczące macierzyństwa.

Dotychczas nauczyciele placówek publicznych, co do zasady, zatrudniani byli na podstawie umów o pracę, zgodnie z przepisami Karty Nauczyciela (Ustawa z 26 stycznia 1982 r., Dz.U. z 2018 r., poz. 967) (dalej: KN). W myśl art. 10 ust. 1 tego aktu, stosunek pracy z nauczycielem nawiązuje się w szkole, a w przypadku powołania zespołu szkół jako odrębnej jednostki organizacyjnej – w zespole szkół, na podstawie umowy o pracę lub mianowania. Natomiast dyrektorzy szkół oraz przedszkoli niepublicznych angażowali nauczycieli w dwojaki sposób: w ramach umowy o pracę oraz na podstawie umów cywilnoprawnych. Pozwalała na to regulacja prawna, bowiem nie było w tej materii żadnych ograniczeń. Stanowisko judykatury było tu jednoznacznie ukierunkowane na możliwość zawierania umów cywilnoprawnych z nauczycielami szkół niepublicznych. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lipca 2012 r. (sygn. akt I UK 90/12) uznał, że jak najbardziej dopuszczalne jest zatrudnianie nauczycieli na podstawie umów cywilnoprawnych w szkołach niepublicznych o uprawnieniach szkół publicznych. Sąd Najwyższy w cytowanym orzeczeniu stwierdził, że dopuszczalne jest, aby nauczyciele w tej samej placówce byli zatrudniani zarówno na podstawie umów cywilnoprawnych, jak i umów o pracę. Nie miało znaczenia, że i jedni, i drudzy wykonywali tę samą pracę, w identyczny sposób byli podporządkowani, wykonywali zadania zlecone przez dyrektora szkoły i brali udział w imprezach szkolnych, dyżurach na przerwach oraz w zebraniach z rodzicami i radach pedagogicznych. Moim zdaniem, wyrok ten naruszał zasadę równego traktowania oraz był sprzeczny z przepisami k.p. Zgodnie z bezwzględnie obowiązującym art. 22 § 1¹ tego aktu, zatrudnienie w warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, kiedy praca wykonywana jest osobiście, na rzecz pracodawcy i jego ryzyko, pod kierownictwem podmiotu zatrudniającego, w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym, jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Nie jest także dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu dotychczasowych warunków wykonywania pracy (art. 22 § 1² k.p.). O ile w tym stanie faktycznym nauczyciele zatrudniani na podstawie umów cywilnoprawnych byli na emeryturach bądź posiadali zatrudnienie w innej placówce, tak w przypadku osób, które nie miałyby innych możliwości, było

to wysoce niesprawiedliwe i często zależało od osobistych sympatii dyrektora. Sąd Najwyższy w analizowanym wyroku powołał się na uchwałę z 20 września 1994 r. (I PZP 37/94, OSNP 1995, nr 7, poz. 86), z której wynika, że do nauczycieli szkół niepublicznych o uprawnieniach szkół publicznych nie stosuje się wyżej cytowanego art. 10 KN. Podobne stanowisko zajął SN w wyroku z 30 maja 2001 r. (I PKN, OSNP 2003, nr 7, poz. 174), wskazując, że zatrudnianie nauczycieli w niepublicznej szkole artystycznej również nie jest realizowane na podstawie KN. Sąd Najwyższy wielokrotnie podkreślał, że zgodna wola stron przesądza o fakcie, w jaki sposób może być zawarta umowa z wykonawcą pracy, nawet jeżeli inne regulacje są dla niego korzystniejsze (zob. np.: wyrok SN z 24 listopada 2011 r., I PK 62/11, Lex nr 1109362; wyrok SN z 6 kwietnia 2011 r., II UK 315/10).

Z kolei w wyroku z dnia 27 maja 2010 r. (II PK 354/09, Lex nr 598002) SN stwierdził, że w razie ustalenia, iż zawarta umowa wykazuje wspólne cechy dla umowy o pracę i umowy cywilnoprawnej z jednakowym ich nasileniem, to o ich typie rozstrzyga wola stron. W związku z brakiem regulacji prawnej w tym zakresie, do tej pory do nauczycieli placówek niepublicznych miały zatem zastosowanie ogólne zasady zatrudnienia. „Swoboda wyboru podstaw i ram prawnych zatrudnienia wynika z wolności podejmowania przez osoby i podmioty decydujące się na nawiązanie stosunku prawnego, w ramach którego wykonywana będzie praca zarobkowa, działań zmierzających do swoistej transakcji handlowej, polegającej na wymianie umiejętności fachowych oraz udostępnieniu własnego czasu wolnego innej osobie lub podmiotowi występującemu w stosunkach społecznych regulowanych przepisami prawa pracy w charakterze potencjalnego pracodawcy zainteresowanego w wykorzystaniu dla własnych celów umiejętności i czasu osoby kandydata do pracy” (Świątkowski 2015, 57).

Ograniczenia dotyczące możliwości stosowania do nauczycieli umów prawa cywilnego zostały wprowadzone ustawą o finansowaniu zadań oświatowych Ministerstwa Edukacji Narodowej z 27 października 2017 r. (Dz.U. z 2017 r., poz. 2203). W związku ze zmianami w ustawie o finansowaniu zadań oświatowych MEN, od 1 września 2018 roku obowiązuje art. 10a KN. Zgodnie z założeniami zawartymi w ww. ustawie, w publicznych innych formach wychowania przedszkolnego, przedszkolach, szkołach i placówkach prowadzonych przez osoby fizyczne oraz osoby prawne niebędące jednostkami samorządu terytorialnego oraz w niepublicznych innych formach wychowania przedszkolnego, przedszkolach i placówkach oraz szkołach niepublicznych o uprawnieniach szkół publicznych – nauczyciele mogą być zatrudniani jedynie na podstawie umowy o pracę na zasadach określonych w Kodeksie pracy. Celem tej regulacji jest zapewnienie odpowiedniego poziomu procesu nauczania, jak również konieczność zagwarantowania nauczycielom podstawowych uprawnień pracowniczych. Zawieranie umowy o pracę wiąże się z zapewnieniem warunków pracy określonych w umowie o pracę, te natomiast nie mogą być mniej korzystne niż przepisy prawa pracy. Ważnym przywilejem wynikającym z Kodeksu pracy jest prawo do płatnego

urlopu wypoczynkowego. Zawieranie umów cywilnoprawnych pozbawia bowiem nauczyciela prawa do wypoczynku, a wszystkie okresy, w czasie których nie świadczy pracy, są bezpłatne. Ma to spore znaczenie w przypadku szkół, które w okresie wakacji nie pracują. Dochodzi tutaj do sytuacji dłuższej przerwy w zatrudnieniu, która nie jest korzystna dla nauczycieli. Kolejnym uprawnieniem, które zapewnia Kodeks pracy, jest zakaz dyskryminacji; poczucie sprawiedliwości ma pewien wpływ na zaangażowanie w pracę, a co za tym idzie, jakość świadczonej pracy. Ponadto pracodawca zatrudniający nauczyciela na podstawie umowy o pracę musi zapewnić mu odpowiednią wysokość wynagrodzenia zagwarantowaną rozporządzeniem Ministra Edukacji Narodowej w całym okresie zatrudnienia, tak aby odpowiadało ono kwalifikacjom i rodzajowi wykonywanej pracy.

Następnie warto wspomnieć o ochronie trwałości zatrudnienia, jaka występuje jedynie w ramach stosunku pracy. Zwolnienie pracownika nie może zasadniczo nastąpić „z dnia na dzień”, a w przypadku nauczycieli, zgodnie z KN, okres wypowiedzenia umowy o pracę wynosi 3 miesiące i możliwe jest jego dokonanie tylko w taki sposób, aby stosunek pracy został rozwiązany z końcem roku szkolnego oraz muszą wystąpić konkretne okoliczności. W myśl art. 20 ust. 1 KN, dyrektor szkoły w razie: 1) całkowitej likwidacji szkoły rozwiązuje z nauczycielem stosunek pracy; 2) częściowej likwidacji szkoły albo w razie zmian organizacyjnych powodujących zmniejszenie liczby oddziałów w szkole lub zmian planu nauczania uniemożliwiających dalsze zatrudnianie nauczyciela w pełnym wymiarze zajęć rozwiązuje z nim stosunek pracy lub, na wniosek nauczyciela, przenosi go w stan nieczynny. Rozwiązanie stosunku pracy z przyczyn określonych powyżej następuje z końcem roku szkolnego po uprzednim trzymiesięcznym wypowiedzeniu (art. 20 ust. 3 KN). Kolejną istotną kwestią, na jaką należy zwrócić uwagę, jest szczególna ochrona trwałości stosunku pracy. W przypadku umów cywilnoprawnych nie występuje ochrona kobiet w ciąży, w ramach której pracodawca nie może wypowiedzieć ani rozwiązać umowy o pracę w okresie ciąży, a także w okresie urlopu macierzyńskiego pracownicy, chyba że zachodzą przyczyny uzasadniające rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia z jej winy i reprezentująca pracownicę zakładowa organizacja związkowa wyraziła zgodę na rozwiązanie umowy (art. 177 § 1 k.p.). Ochrona ta w prawie pracy rozciąga się również na okres korzystania przez pracownika z urlopu macierzyńskiego, rodzicielskiego i wychowawczego.

Przeciwnicy wprowadzonych zmian podają argument, że zatrudniają nauczycieli na podstawie umów cywilnoprawnych jedną godzinę w tygodniu. Wymiar czasu pracy dla nauczycieli nie powinien budzić wątpliwości. Kodeks pracy nie określa minimalnego wymiaru czasu pracy, w związku z powyższym argument ten jest bezzasadny. Bardziej kłopotliwe niż sporządzenie umowy cywilnoprawnej jest zatrudnienie pracownika na wyjątkowo małą część etatu, jest to jednak możliwe. Oczywiście konsekwencje finansowe analizowanej zmiany ponosi pracodawca; poza obowiązkowym odprowadzaniem składek na ubezpieczenie społeczne,

wymagane jest stworzenie pełnej pracowniczej dokumentacji. Nie jest natomiast kłopotliwe rozłożenie czasu pracy tak, żeby nauczyciel wykonywał ją w określonym czasie.

Możliwe jest zatrudnianie nauczycieli, którzy świadczą pracę tylko przez jeden semestr na podstawie umowy o pracę na czas określony (bez limitu ilościowego i czasowego). Co prawda Kodeks pracy w art. 25¹ określa liczbę oraz maksymalny czas trwania umów o pracę na czas określony, jednakże w § 4 tego artykułu ustawodawca stanowi, że przepisu tego nie stosuje się do umów o pracę zawartych na czas określony w przypadku, gdy pracodawca wskaże obiektywne przyczyny leżące po jego stronie – jeżeli ich zawarcie w danym przypadku służy zaspokojeniu rzeczywistego okresowego zapotrzebowania i jest niezbędne w tym zakresie w świetle wszystkich okoliczności zawarcia umowy. Regulacja ta w oczywisty sposób będzie miała zastosowanie do nauczycieli.

Jedną z zalet analizowanej tu nowelizacji jest to, że nauczyciele publicznych form wychowania przedszkolnego, prowadzonych przez osoby prawne niebędące jednostkami samorządu terytorialnego lub osoby fizyczne, oraz niepublicznych innych form wychowania przedszkolnego zostaną objęci przepisami KN w takim samym zakresie jak nauczyciele niepublicznych przedszkoli. Oznacza to, że specjaliści od nauczania będą mieli możliwość uczestniczenia w procesie awansu zawodowego. Jest to o tyle istotne, że nauczyciele zmieniając miejsce świadczenia pracy, chociażby z placówki niepublicznej na publiczną, nie będą mieli poczucia straconego czasu w kwestii podwyższania swoich kwalifikacji. Zdobywanie kolejnych stopni awansu zawodowego wpływa również na wysokość wynagrodzenia. Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 26 marca 2018 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wysokości minimalnych stawek wynagrodzenia zasadniczego nauczycieli, ogólnych warunków przyznawania dodatków do wynagrodzenia zasadniczego oraz wynagradzania za pracę w dniu wolnym od pracy (Dz.U. z 2018 r., poz. 638) reguluje wysokość minimalnych stawek wynagrodzenia zasadniczego nauczycieli obowiązujących od dnia 1 kwietnia 2018 r. Zgodnie z tymi przepisami, różnica między wynagrodzeniem nauczyciela stażysty a nauczyciela kontraktowego wynosi zaledwie 70 zł płacy zasadniczej brutto, a pomiędzy nauczycielem stażystą a nauczycielem mianowanym już 407 zł, natomiast między nauczycielem stażystą a nauczycielem dyplomowanym aż 900 zł. W związku z powyższym nauczyciel przechodzący z placówki prywatnej do publicznej nie zacznie od stopnia awansu zawodowego nauczyciela stażysty, tylko od takiego stopnia, jaki sam sobie wypracuje przez lata pracy, bez względu na upublicznienie placówki.

Nieodłącznym warunkiem zdobywania kolejnych stopni awansu zawodowego jest pogłębianie wiedzy i umiejętności zawodowych, samodzielnie lub przez udział w różnych formach kształcenia ustawicznego. Nowa regulacja pozwala także nauczycielom placówek niepublicznych korzystać z form doskonalenia ze środków wyodrębnionych w budżecie wojewody i w budżecie Ministra Edukacji

Narodowej. W związku z postępem technicznym, zmienia się również sam proces nauczania. Do szkół wprowadzane są nowe metody i sprzęt, które wymagają niejednokrotnie dodatkowego przeszkolenia. Zmieniają się także uczniowie, ich preferencje i predyspozycje. Możliwość korzystania z finansowanych form doskonalenia umożliwi wszystkim nauczycielom podnoszenie swoich kwalifikacji oraz umiejętności zawodowych, co należy ocenić pozytywnie. Ponadto nauczyciele placówek niepublicznych będą mieli możliwość uzyskania nagrody Kuratora, nagrody Ministra oraz Medalu Komisji Edukacji Narodowej. Dotychczas przywilej ten dotyczył tylko nauczycieli zatrudnionych na podstawie Karty Nauczyciela.

Pomimo nieodpartego wrażenia, iż zbiór przywilejów, jakie gwarantuje Karta Nauczyciela, jest zdecydowanie przesadzony, zatrudnianie nauczycieli na podstawie umów cywilnoprawnych jest moim zdaniem niewskazane. Charakter pracy nauczyciela nie współgra z zawieraniem takich umów, gdyż mogą one wpływać negatywnie na jakość procesu nauczania. Specyfika zawodu nauczyciela wiąże się z pracowniczym podporządkowaniem wobec dyrektora szkoły oraz z wykonywaniem bieżących poleceń przełożonego. Poza wcześniej wspomnianymi uprawnieniami dla nauczycieli, jakie niesie ze sobą zatrudnienie na podstawie umowy o pracę, istnieje jeszcze kwestia konieczności samodzielnego wykonywania pracy. W przypadku umowy zlecenia (umowy o dzieło), zleceniobiorca (przyjmujący zamówienie) może zlecić wykonanie zlecenia (dzieła) innym podmiotom, natomiast charakter pracy nauczyciela bezwzględnie wyklucza taką możliwość. Czym innym jest wyznaczenie przez dyrektora szkoły innej osoby w celu zastępstwa nieobecnego pracownika, a inaczej wygląda kwestia zlecenia wykonania pracy przez samego nauczyciela-zleceniobiorcę, w przypadku umów cywilnoprawnych.

Kolejnym istotnym argumentem przemawiającym przeciwko zawieraniu umów cywilnoprawnych z nauczycielami jest brak zależności i podporządkowania. Trudno wyobrazić sobie nauczyciela, który nie naucza według wskazanych podstaw programowych, oraz sytuację, gdy nie ma możliwości skontrolowania sposobu, w jaki wykonuje on swoje obowiązki edukacyjne. Co prawda, istnieje możliwość zawarcia w umowie zlecenia wskazówek od zleceniodawcy, którymi zleceniobiorca jest związany, jednak może on odstąpić od wskazanego przez zleceniodawcę sposobu wykonania zlecenia, jeżeli według zleceniobiorcy zaszła potrzeba zmiany sposobu wykonania zlecenia, czyli nastąpiła zmiana okoliczności lub też pojawiły się nowe, które uzasadniają taką zmianę, lub jeżeli zleceniobiorca nie ma możliwości uzyskania zgody zleceniodawcy na zmianę sposobu wykonania zlecenia (art. 737 Kodeksu cywilnego, ustawa z 23 kwietnia 1964 r., tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1025) (dalej k.c.). Taka możliwość jest jednak niedopuszczalna w procesie nauczania. Zgodnie bowiem z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty z dnia 7 września 1991 r. (Dz.U. z 2017 r., poz. 2198 ze zm.), nauczyciele podlegają nadzorowi pedagogicznemu. Organem nadzoru pedagogicznego o charakterze wewnętrznym jest dyrektor szkoły lub placówki oświatowej. W przypadku braku zależności i podporządkowania taki

nadzór nie jest możliwy bądź jest istotnie utrudniony. Cechą charakterystyczną stosunku pracy jest podporządkowanie i zależność od przełożonego, a charakter pracy nauczyciela tego właśnie wymaga.

Wszystkie wymienione wyżej argumenty przemawiają za tezą, iż jedyną dopuszczalną podstawą zatrudnienia nauczycieli, uwzględniającą specyfikę wykonywanego przez nich zawodu, jest stosunek pracy. Bezzasadne wydaje się zatem w takim przypadku korzystanie z umów cywilnoprawnych, które nie biorą pod uwagę szczególnego charakteru pracy wykonywanej przez tę grupę zawodową. Inne stanowisko w tej materii mają przedsiębiorcy występujący w roli podmiotu zatrudniającego nauczycieli. Ich zdaniem, umowy o dzieło są jak najbardziej wskazane, chociażby ze względu na odprowadzane składki na Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Dyrektorzy placówek, którzy do tej pory zatrudniali nauczycieli na umowy cywilnoprawne, są zdania, że nie uda im się zatrudnić specjalisty na bardzo małą część etatu na podstawie umowy o pracę. Tłumaczą to tym, że w takiej sytuacji nie będą mogli zapłacić nauczycielowi takiej stawki wynagrodzenia, jakiej on oczekuje. Inni dyrektorzy, zwłaszcza przedszkoli niepublicznych, będą zmuszeni podnieść czesne, ponieważ wzrosną koszty wynagradzania nauczycieli, co może przełożyć się na niską rentowność ich placówek oświatowo-wychowawczych. Dyrektorzy szkół niepublicznych, które nie pobierają opłat za nauczanie, obawiają się natomiast konieczności zamknięcia szkoły w związku z brakiem środków na jej utrzymanie. Będzie to dla nich zbyt duże obciążenie finansowe.

Moim zdaniem, jedynymi dopuszczalnymi sytuacjami zawierania umów cywilnoprawnych w oświacie powinny być przypadki, w których nie są realizowane obowiązki związane z zajmowaniem stanowiska nauczyciela (art. 42 ust. 2 KN), bądź też winno to dotyczyć jedynie tych powinności, które nauczyciel mógłby wykonywać w czasie i miejscu, które sam ustali, i są to warunki niezwiązane z organizacją szkoły, a najlepiej jeszcze niemające nic wspólnego z podstawą programową. Wtedy w mojej ocenie występuje przesłanka do zawarcia z nauczycielem umowy cywilnoprawnej. Faktem jednak jest, że zatrudnienie nauczyciela w przedszkolu lub szkole wiąże się z określonym miejscem i czasem wykonywania obowiązków oraz podporządkowaniem w stosunku do przełożonego, a także z realizacją podstawy programowej określonej prawem obowiązującym. W związku z powyższym uważam, że do zawodu nauczyciela „nie pasują” umowy cywilnoprawne, ponieważ mogłyby upośledzić faktyczne funkcjonowanie placówek oświatowych, obniżając poziom jakości kształcenia w Polsce. Zawód nauczyciela nie jest ani zawodem wolnym, ani artystycznym. Podlega on pewnemu schematowi, co ma generować odpowiednio wysoką jakość nauczania. Dlatego też zasadne jest, moim zdaniem, stworzenie wszystkim nauczycielom możliwości rozpoczęcia ścieżki awansu zawodowego, co obecnie gwarantuje im jedynie zatrudnienie pracownicze. Dzięki temu przed całym środowiskiem nauczycielskim otwierają się równe szanse i perspektywy w zakresie pogłębiania kompetencji, a także

ma to mobilizujący wpływ na podnoszenie ich kwalifikacji zawodowych. Karta Nauczyciela oferuje nauczycielom zatrudnionym na podstawie stosunku pracy wyjątkowo dużo przywilejów i uprawnień, czego obecnie pozbawione są osoby wykonujące ten zawód w ramach cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia. Brakuje, moim zdaniem, unormowań, które pozwalałyby na wypośrodkowanie tego stanu rzeczy.

BIBLIOGRAFIA

- Stelina, Jakub. 2016. *Prawo pracy*. Warszawa: C.H. Beck.
- Świątkowski, Andrzej Marian. 2015. W *System Prawa Pracy*. Tom VII. *Zatrudnienie niepracownicze*. Red. Krzysztof W. Baran. 57–113. Warszawa: Wolters Kluwer Sp. z o.o.

Ewelina Szadkowska

CIVIL LAW CONTRACTS AND THE PROFESSION OF A TEACHER

Abstract. The subject matter of the article is the admissibility of concluding civil law contracts to employ teachers, considering the specific character of this occupational group. A change in the regulations regarding the ban on employing teachers under such contracts encourages reflection and some comments on its legitimacy. The author describes the benefits gained from this modification by teachers employed at non-public schools, as well as the losses potentially suffered by employers. The change in the law came into force on 1 September 2018 and is viewed differently by head-teachers and regular teachers. In the final part of the article, the author presents her own opinion on this issue.

Keywords: civil law contracts, the specificity of the teaching profession, labour law.

*Michał Barański**

PRYWATNE POŚREDNICTWO PRACY A ŚWIADCZENIE USŁUG INFORMACYJNYCH O MIEJSCACH PRACY ZA POŚREDNICTWEM SYSTEMÓW TELEINFORMATYCZNYCH

Streszczenie. Treść art. 18 ust. 1 pkt 1 oraz art. 18c ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, z uwagi na ich daleko idącą niedookreśloność, rodzi pytanie o to, jaka jest wzajemna relacja obu tych regulacji, w szczególności, czy usługi wymienione w art. 18c ust. 2 pkt 4 wskazanej ustawy mieszczą się w zakresie pojęciowym pośrednictwa pracy czy też przeciwnie, stanowią one usługi, których nie można zakwalifikować jako pośrednictwa pracy. W artykule szczegółowo przeanalizowano regulacje związane z gromadzeniem (w postaci dokumentu elektronicznego) i udostępnianiem informacji o wolnych i poszukiwanych miejscach pracy za pośrednictwem systemów teleinformatycznych. Ukazano różnicę między biernym i czynnym pośrednictwem pracy, a także podjęto próbę wskazania reżimu prawnego umowy o świadczenie usług wymienionych w art. 18c ust. 2 pkt 4 wskazanej wyżej ustawy.

Słowa kluczowe: pośrednictwo pracy, usługi informacyjne, system teleinformatyczny, dokument elektroniczny, zatrudnienie.

1. UWAGI WSTĘPNE

Problematyka stosowania umów cywilnoprawnych w świetle przepisów prawa pracy nie powinna ograniczać się wyłącznie do zatrudnienia niepracowniczego typu cywilnoprawnego i jego relacji względem zatrudnienia pracowniczego czy też do kwestii dotyczących umów cywilnoprawnych bezpośrednio lub pośrednio związanych ze stosunkiem pracy (np. przedwstępnej umowy o pracę, umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy). W szczególności przedmiotem rozważań w ramach tak określonego tematu badawczego powinny być także zagadnienia związane z zawieraniem umów cywilnoprawnych, w ramach których świadczone są usługi rynku pracy określone w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1482 ze zm.) (dalej: PromZatrU).

Zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 1 PromZatrU prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług pośrednictwa pracy (tzw. prywatne pośrednictwo pracy), obok usług doradztwa personalnego, poradnictwa zawodowego oraz

* Uniwersytet Śląski w Katowicach, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Pracy i Polityki Socjalnej, michal.baranski@us.edu.pl. Radca prawny.

pracy tymczasowej, jest działalnością regulowaną i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. Wśród przykładowych usług pośrednictwa pracy ustawodawca we wskazanym przepisie wymienił: (a) udzielanie pomocy osobom w uzyskaniu odpowiedniego zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej oraz pracodawcom w pozyskaniu pracowników o poszukiwanych kwalifikacjach zawodowych; (b) pozyskiwanie i upowszechnianie ofert pracy; (c) udzielanie pracodawcom informacji o kandydatach do pracy, w związku ze zgłoszoną ofertą pracy; (d) informowanie kandydatów do pracy oraz pracodawców o aktualnej sytuacji i przewidywanych zmianach na lokalnym rynku pracy; (e) inicjowanie i organizowanie kontaktów osób poszukujących odpowiedniego zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej z pracodawcami; (f) kierowanie osób do pracy za granicą u pracodawców zagranicznych, o którym mowa w art. 85 PromZatrU; (g) kierowanie cudzoziemców do zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej do podmiotów prowadzących działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, o którym mowa w art. 85a PromZatrU.

Z kolei stosownie do art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU nie wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia między innymi „gromadzenie w postaci dokumentu elektronicznego i udostępnianie informacji o wolnych i poszukiwanych miejscach pracy za pośrednictwem systemów teleinformatycznych”.

Wstępna analiza treści obu przytoczonych wyżej przepisów, z uwagi na ich daleko idącą niedookreśloność, przede wszystkim rodzi pytanie to, jaka jest wzajemna relacja obu tych regulacji, w szczególności czy usługi wymienione w art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU mieszczą się w zakresie pojęciowym pośrednictwa pracy czy też wręcz przeciwnie, stanowią usługi, których nie można zakwalifikować jako pośrednictwo pracy? Udzielenie odpowiedzi na tak sformułowane pytania nie tylko ułatwi stosowanie przedmiotowych regulacji w kontekście wymogów ustawowych dotyczących prowadzenia działalności regulowanej, ale jednocześnie też określi reżim prawny umowy, której przedmiotem są usługi wymienione w art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU.

2. GROMADZENIE W POSTACI DOKUMENTU ELEKTRONICZNEGO I UDOSTĘPNIANIE INFORMACJI O WOLNYCH I POSZUKIWANYCH MIEJSCACH PRACY ZA POŚREDNICTWEM SYSTEMÓW TELEINFORMATYCZNYCH

W pierwszej kolejności omówienia wymagają praktycznie wszystkie pojęcia zamieszczone w art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU, albowiem ich zakresy w żaden sposób nie zostały dookreślone przez ustawodawcę na gruncie analizowanej ustawy (np. w postaci definicji legalnej *sensu stricto*).

Przepis art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU posługuje się pojęciem dokumentu elektronicznego. Zgodnie z art. 77³ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1145) „dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią”. Z kolei w art. 3 pkt 35 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE z 2014 r., L 257/73) zamieszczono definicję dokumentu elektronicznego, który do celów tegoż rozporządzenia „oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne”¹. W porównaniu do kodeksowego rozumienia dokumentu (w ujęciu uniwersalnym) druga ze wskazanych definicji zdaje się utożsamiać informację z jej treścią, przy czym owa rozbieżność nie ma większego znaczenia dla głównego przedmiotu niniejszych rozważań, biorąc pod uwagę brzmienie art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU. Przepis ten bowiem wprost nawiązuje do informacji (nie treści), która ma być gromadzona w postaci dokumentu elektronicznego.

Informacja o wolnych i poszukiwanych miejscach pracy dla art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU jest pojęciem centralnym, przy czym również i ono rodzi wątpliwości natury interpretacyjnej. Pomijając już fakt, że sama informacja w ujęciu prawnym bywa bardzo często odmiennie rozumiana (Barański 2017a), w tym miejscu przede wszystkim należy zasygnalizować dużą niekonsekwencję prawodawcy w posługiwaniu się terminem „miejsce pracy”. Zasadniczo miejsce pracy definiowane jest w nauce prawa pracy jako przestrzeń, w ramach której odbywa się proces świadczenia pracy, przy czym przepisy prawa pracy o randze ustawy nie zawierają definicji legalnej *sensu stricto* tego pojęcia (Książek 2013, 21; Zieliński 1986, 205)². Potocznie określenie to używane jest również jako synonim stosunku pracy (Książek 2013, 22). Tym właśnie potocznym rozumieniem pojęcia miejsca pracy, jednak nie ograniczonym wyłącznie do stosunku pracy, ale obejmującym jakiegokolwiek zatrudnienie (pracownicze, niepracownicze), zdaje się posługiwać prawodawca nie tylko na gruncie art. 65 ust. 1 zd. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.)³, ale także w ramach analizowanego art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU.

¹ Rozporządzenie to ma zasięg ogólny oraz wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej.

² Zgodnie z § 2 pkt 7b rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych warunków bezpieczeństwa i higieny pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 169, poz. 1650 ze zm.) miejscem pracy jest miejsce wyznaczone przez pracodawcę, do którego pracownik ma dostęp w związku z wykonywaniem pracy.

³ Zgodnie z tym przepisem „każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy”.

Dokonywanie czynności faktycznych w zakresie gromadzenia i udostępniania informacji w polskim systemie prawa również nie jest pojmowane jednolicie. Pewne podobieństwo regulacji względem analizowanego aktu normatywnego występuje na gruncie ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 2163 ze zm.), gdzie zgodnie z art. 2 ust. 1 te same usługi detektywistycznymi są czynności polegające na uzyskiwaniu, przetwarzaniu i przekazywaniu określonych w ustawie informacji, w formach i zakresach niezastrzeżonych dla organów i instytucji państwowych na mocy odrębnych przepisów. W tym ostatnim przepisie ustawodawca zdaje się odwoływać do potocznego rozumienia analizowanych pojęć⁴. Nie można jednak przy tym zapominać, że świadczenie usług określonych w art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU wymaga stosowania Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz.Urz. UE z 2016 r., L 119/1), które definiuje „przetwarzanie” jako „operację lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych lub zestawach danych osobowych w sposób zautomatyzowany lub niezautomatyzowany, taką jak zbieranie, utrwalanie, organizowanie, porządkowanie, przechowywanie, adaptowanie lub modyfikowanie, pobieranie, przeglądanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie, dopasowywanie lub łączenie, ograniczanie, usuwanie lub niszczenie”. O ile zatem w ramach ustawy o usługach detektywistycznych odróżnia się przetwarzanie informacji od uzyskiwania i przekazywania informacji, przy czym pojęcia te są równorzędne względem siebie, o tyle na gruncie ostatnio przytoczonego rozporządzenia zakres pojęciowy przetwarzania informacji jest znacznie szerszy i obejmuje między innymi zbieranie i udostępnianie określonych informacji⁵. Patrząc przez pryzmat przepisu art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU należy wskazać, że skoro ustawodawca zdecydował się na wymienienie jedynie gromadzenia i udostępniania informacji, pomijając przy tym zupełnie przetwarzanie informacji (w rozumieniu ustawy o usługach detektywistycznych), to tym samym znacznie zawęził katalog czynności, które w oparciu o ten przepis mogą być dokonywane. Zasadniczo nie powinno zatem rodzić wątpliwości, że usługa uregulowana w art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU nie obejmuje takich czynności jak organizowanie, porządkowanie, adaptowanie lub modyfikowanie informacji o wolnych i poszukiwanych miejscach pracy.

⁴ W tym ujęciu „gromadzenie” oznacza przede wszystkim zbieranie i składanie w jednym miejscu jakichś rzeczy, a „udostępnianie” definiowane jest jako ułatwienie kontaktu z czymś lub umożliwienie korzystanie z czegoś. Zob.: <https://sjp.pwn.pl/slowniki/gromadzi%C4%87.html> [dostęp 23.08.2019]; <https://sjp.pwn.pl/szukaj/udost%C4%99pni%C4%87.html> [dostęp 23.08.2019].

⁵ Podział podobny do treści wskazanego rozporządzenia występuje na gruncie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 742 ze zm.).

Z kolei system informatyczny zdefiniowany został w art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 123 ze zm.) i oznacza zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych (tzw. hardware) i oprogramowania (tzw. software), „zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2018 r., poz. 1954 i 2245 z późn. zm.)”⁶. Należy przy tym zaznaczyć, że zakres pojęciowy systemu informatycznego nie został ograniczony do środków komunikacji elektronicznej o charakterze indywidualnym.

3. NASTRĘCZENIE SPOSOBNOŚCI DO ZAWARCIA UMOWY Z INNĄ OSOBĄ A POŚREDNICZENIE PRZY JEJ ZAWARCIU (BIERNE POŚREDNICTWO PRACY A CZYNNE POŚREDNICTWO PRACY)

W nauce prawa cywilnego wyrażane są poglądy, że czynności faktyczne dokonywane przez pośrednika mogą polegać na nastręczeniu sposobności do zawarcia umowy z inną osobą lub pośredniczeniu przy jej zawarciu (Burzak 1992, 15–16; Ogiegło 1994, 253; Rott-Pietrzyk 2006, 281; Świerczyński 1999, 20–21)⁷, co stanowi jednoznaczne nawiązanie do przedwojennej regulacji umowy o pośrednictwo zwykłe (Kosiński, Skąpski, Zoll 1948, 415–416; Longchamps de Bérier 1999, 559)⁸. W ramach polskiego prawa zobowiązań nigdy nie powstał jednak zamknięty katalog, w którym enumeratywnie określone zostałyby wszystkie czynności dokonywane przez pośrednika. Niemniej w piśmiennictwie od dłuższego

⁶ Sieć telekomunikacyjną stanowią natomiast „systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju” (art. 2 pkt 35 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1954 ze zm.). Telekomunikacyjnym urządzeniem końcowym jest z kolei „urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci” (art. 2 pkt 43 PrTelU). W literaturze podkreśla się, że najprostszym przykładem takiego urządzenia będzie modem/router pozwalający użytkownikowi podłączyć się do Internetu, lub aparat telefoniczny pozwalający korzystać z usług telefonii komórkowej (Frań-Adamek 2002).

⁷ Podobny pogląd wyrażany jest również w orzecznictwie (wyrok SA w Katowicach z 18.01.1994 r., I ACr 823/93, *Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych i Sądu Najwyższego* 1994, nr 11–12, s. 45–48).

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.). Przepis art. 517 k.z. stanowił, że „kto przyrzeka drugiemu wynagrodzenie za nastręczenie sposobności do zawarcia umowy z inną osobą, albo za pośredniczenie przy zawarciu takiej umowy, obowiązany jest zapłacić wynagrodzenie tylko wtedy, gdy umowa zostanie zawarta wskutek zabiegów pośrednika”.

czasu podejmowane są próby przykładowego wskazania czynności faktycznych dokonywanych w ramach pośrednictwa (Barański 2010, 14–15; Świerczyński 1999, 15).

Nastręczenie przez pośrednika sposobności do zawarcia umowy może w szczególności polegać na „wskazaniu potencjalnego kontrahenta, dostarczaniu informacji o stanie jego stosunków majątkowych, uzyskiwaniu i przekazywaniu przyrzekającemu wynagrodzenie informacji o ofertach, jakimi zainteresowani są ewentualni kontrahenci, wskazaniu przedmiotu umowy, a także ułatwianiu spotkania ewentualnych kontrahentów” (Barański 2011, 20). Nastręczenie sposobności w tym rozumieniu sprowadza się zatem do udzielania kontrahentowi pośrednika „uprzednio mu nieznanymi informacjami o możliwości zawarcia umowy” (Świerczyński 1999, 21).

Pośredniczenie przy zawarciu umowy definiowane jest natomiast jako „prowadzenie lub udział pośrednika w negocjacjach mających na celu zawarcie umowy, skłanianie osoby trzeciej do przyjęcia oferty lub obu stron do wzajemnych ustępstw i zmian oferty, przygotowywanie oferty i doręczanie jej osobie trzeciej, ustalanie treści umowy, przygotowywanie odpowiednich dokumentów, ułatwianie zawarcia umowy w odpowiedniej formie” (Barański 2011, 20)⁹. W obszarze tych działań zadaniem pośrednika jest wywołanie takiego stanu psychicznego u potencjalnego kontrahenta przyrzekającego wynagrodzenie, który polegałby na wyrażeniu przez niego jak największej gotowości do zawarcia umowy w kształcie uzgodnionym przez obie strony (Świerczyński 1999, 21).

Możliwość i zasadność skorzystania z dorobku nauki prawa cywilnego celem ustalenia zakresu pojęciowego pośrednictwa pracy potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z 5.10.1995 r. (III CZP 131/95, LEX nr 14729)¹⁰. Również w nauce

⁹ Z kolei w przedwojennej literaturze sformułowany został pogląd, że „pośredniczenie ma miejsce, jeżeli pośrednik łączy dwie strony, które powzięły już bez jego interwencji zamiar dokonania transakcji”, natomiast nastręczenie sposobności do zawarcia umowy obejmuje taką sytuację, w której przyrzekający wynagrodzenie chce zawrzeć umowę z osobą trzecią, która to osoba z początku w ogóle nie ma zamiaru dokonywania tej czynności prawnej, a uczyni to dopiero w wyniku zabiegów pośrednika (Korzonek, Rosenblüth, 1073).

¹⁰ Sąd Najwyższy stwierdził jednocześnie, że pośrednictwo pracy „nie musi polegać na jednoczesnym udzielaniu pomocy bezrobotnym i poszukującym pracy oraz zakładom pracy, ale pośrednictwem pracy jest zarówno udzielanie pomocy bezrobotnym i poszukującym pracy w uzyskaniu odpowiedniego zatrudnienia, bez jednoczesnego udzielania pomocy zakładom pracy w znalezieniu odpowiednich pracowników, jak i udzielanie takiej pomocy bez jednoczesnego udzielania pomocy bezrobotnym i poszukującym pracy w uzyskaniu odpowiedniego zatrudnienia”. Silny związek między pośrednictwem zwykłym i pośrednictwem pracy widoczny był zresztą na gruncie samego Kodeksu zobowiązań. Zgodnie z art. 519 § 1 k.z. „jeżeli za nastręczenie sposobności do zawarcia umowy o pracę, o najem mieszkania lub o zbycie nieruchomości, albo za pośrednictwo przy zawarciu takich umów umówiono się o wynagrodzenie niewspółmiernie wysokie, sąd na wniosek dłużnika może je obniżyć”. Z kolei art. 522 k.z. stanowił, że przepisy działu Kodeksu zobowiązań regulującego pośrednictwo zwykłe „nie uchybiają odmiennym przepisom o prawach i obowiązkach pośredników i agentów handlowych i giełdowych oraz zawodowych pośredników pracy”.

prawa pracy podnosi się, że pośrednictwo pracy może sprowadzać się jedynie do tzw. biernego pośrednictwa pracy, ograniczającego się do „rejestrowania wolnych miejsc pracy i osób poszukujących pracy oraz udzielania o tym informacji zainteresowanym” (Włodarczyk 2002, 53). Z kolei czynne pośrednictwo pracy definiowane jest jako aktywna pomoc w poszukiwaniu odpowiedniego zatrudnienia lub odpowiednich pracowników (Włodarczyk 2002, 53). Biernie pośrednictwo pracy jest zatem niczym innym jak cywilnoprawnym następczym sposobności do zawarcia umowy, a czynne pośrednictwo pracy jest tożsame z cywilnoprawnym pośrednictwem przy zawarciu umowy.

Jednocześnie należy podkreślić, że w nauce prawa cywilnego wyrażany jest pogląd, iż zarówno następczym sposobności, jak i pośredniczenie przy zawarciu umowy może być przez pośrednika dokonywane przy pomocy różnych środków komunikacji, ale zasadniczo o charakterze indywidualnym (Rott-Pietrzyk 2006, 281)¹¹. Pośrednictwo pracy owego ograniczenia jednak nie zna, skoro zgodnie z art. 18 ust. 1 pkt 1 lit. b PromZatrU usługi te mogą polegać na upowszechnianiu ofert pracy¹².

4. REŻIM PRAWNY UMOWY O ŚWIADCZENIE USŁUG WYMIENIONYCH W ART. 18C UST. 2 PKT 4 PromZatrU

Zgodnie z art. 750 k.c. „do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu”. W literaturze podkreśla się, że do umów uznawanych za umowy o świadczenie usług objętych regulacją art. 750 k.c. należą między innymi umowy o zebranie (opracowanie)

¹¹ Jako przykłady wymienia się telefon, pocztę elektroniczną, komunikator internetowy. Należy przy tym podkreślić, że w orzecznictwie wyrażany jest pogląd, iż Internet jest miejscem publicznym (wyrok Sądu Najwyższego z 17.04.2018 r., IV KK 296/17, LEX nr 2481975).

¹² Potwierdza to również stanowisko Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej z dnia 25 lutego 2013 r., zgodnie z którym prowadzenie działalności polegającej na stworzeniu mechanizmu, w którym przyjmuje się od pracodawców informację o poszukiwanych pracownikach, a także przyjmuje się od osób poszukujących pracy informację o posiadanych kwalifikacjach, a następnie w czynny sposób doprowadza się do kontaktu pracodawcy z osobą poszukującą pracy, „nosi znamiona prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie świadczenia usług pośrednictwa pracy. [...] W przedmiotowym przypadku nie ma zastosowania przepis art. 18c ust. 2 pkt 4 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, który nie wymaga wpisu do rejestru agencji zatrudnienia od podmiotów gromadzących w postaci dokumentu elektronicznego i udostępniającego informację o wolnych i poszukiwanych miejscach pracy za pośrednictwem systemów informatycznych. Czym innym jest bowiem gromadzenie i udostępnianie informacji o wolnych i poszukiwanych miejscach pracy na zasadzie swobodnego dostępu do tych informacji dla każdej ze stron i możliwości samodzielnego kontaktu między nimi, a czym innym aktywne uczestniczenie przez podmiot gospodarczy gromadzący informację o wolnych i poszukiwanych miejscach pracy w kontaktowaniu i w rezultacie kojarzeniu pracodawcy z osobami poszukującymi pracy”. Zob.: http://www.wup.gdansk.pl/g2/2014_07/6277ea4ed415405c193_5a20a455f17e7.pdf [dostęp 23.08.2019].

określonych informacji i ich udostępnienie (Gawlik, Pazdan 1976, 164; Ogiegło 1989, 169)¹³. Przepis ten jednak nie jest jedyną drogą poszukiwania reżimu prawnego dla zobowiązania, którego przedmiotem są usługi informacyjne.

W wyroku z 28.10.1999 r. (II CKN 530/98, LEX nr 39489) Sąd Najwyższy wskazał, że w pierwszej kolejności do nienazwanych umów o świadczenie usług należy *per analogiam* stosować przepisy normujące zbliżone im konstrukcyjnie umowy nazwane. Zdaniem Sądu Najwyższego przepisy regulujące umowę zlecenia mogą być z tego względu stosowane na podstawie art. 750 k.c. „do nienazwanych umów o świadczenie usług tylko w wypadku braku podstaw do analogicznego stosowania do nich przepisów normujących umowy nazwane”. Z kolei w nauce prawa cywilnego sformułowany został pogląd, że za punkt wyjścia należy przyjąć art. 750 k.c.; wyłączenie odpowiedniego stosowania przepisów o zleceniu i zastosowanie *per analogiam* przepisów innych umów nazwanych możliwe jest dopiero wtedy, gdy konkretna umowa nienazwana, po uprzednim przeanalizowaniu konstrukcji umowy zlecenia przez pryzmat art. 750 k.c., okazuje się wyraźnie odmienna od umowy zlecenia (Rott-Pietrzyk 2000, 395–396). Nie rozstrzygając w tym miejscu, który model analogicznego stosowania przepisów umów nazwanych względem nienazwanych umów o świadczenie usług jest prawidłowy, podkreślić należy, że oba modele „prowadzą do właściwego rozstrzygnięcia, albowiem dają możliwość odejścia od stosowania przepisów o zleceniu” (Rott-Pietrzyk 2000, 396).

Autor niniejszego opracowania podziela pogląd, zgodnie z którym przepis art. 750 k.c. nie posiada mocy bezwzględnie obowiązującej, co jednocześnie dopuszcza możliwość stosowania *per analogiam* do nienazwanych umów o świadczenie usług przepisów dotyczących innych niż zlecenie umów nazwanych. Odmiennie reżimu prawnego należy poszukiwać nie tylko, co oczywiste, dla niektórych umów nazwanych (np. umowy agencyjnej w zakresie tzw. agencji pośredniczej), ale również dla umowy o pośrednictwo zwykłe, będącej obecnie nienazwaną umową o świadczenie usług (Barański 2011, 24–25; Barański 2016, 6–7; Barański 2017b, 1–3; Grzybczyk 1998, 58; Rott-Pietrzyk 2000, 395–396; wyrok SN z 28.10.1999 r., II CKN 530/98, LEX nr 39489). Stąd też tak istotne jest określenie, czy konkretna umowa o świadczenie usług informacyjnych wymienionych w art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU stanowi jednocześnie pośrednictwo pracy. Gdyby bowiem udzielić odpowiedzi twierdzącej, umowa ta wykazywałaby silne związki z umową agencyjną, która tym samym wyznaczałaby analizowanej umowie reżim prawny¹⁴. W przeciwnym razie umowa ta, jako „standardowa”

¹³ Sformułowany pogląd pokrywa się z tezą Sądu Najwyższego sformułowaną w uzasadnieniu uchwały z 22.01.2003 r. (I KZP 43/02, *Wokanda* 2003, nr 7–8, s. 36), w której Sąd Najwyższy stwierdził, że „przekazanie informacji stanowi [...] usługę, za którą przekazujący pobiera stosowną opłatę, w której mieści się zarówno cena informacji, jak i należność za jej przekazanie”.

¹⁴ Zgodnie z art. 758 § 1 k.c. „przez umowę agencyjną przyjmujący zlecenie (agent) zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, do stałego pośredniczenia,

umowa o świadczenie usług informacyjnych, przedmiotem której nie byłoby pośrednictwo pracy, stanowiłaby umowę najbardziej zbliżoną do umowy zlecenia, co powodowałoby konieczność odpowiedniego stosowania względem tej umowy przepisów o zleceniu.

5. PODSUMOWANIE

Sens konstrukcji pośrednictwa pracy w możliwie najszerszym znaczeniu sprowadza się do umożliwienia zaistnienia określonego stosunku prawnego (zatrudnienia) pomiędzy kontrahentem pośrednika a osobą trzecią, bez względu na to, czy potrzebne informacje przekazywane są kontrahentowi pośrednika w drodze komunikacji indywidualnej czy też poprzez środki, do których ma dostęp szersze grono odbiorców (np. poprzez zamieszczenie na internetowych tablicach ogłoszeniowych). Z całą pewnością cel usług informacyjnych nie zawsze musi koncentrować się na umożliwieniu dokonania określonej dwustronnej czynności prawnej, której stronami będą kontrahent świadczeniodawcy oraz osoba trzecia. W przypadku usług uregulowanych w art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU ich cel został jednak pośrednio wskazany poprzez określenie rodzaju informacji gromadzonych i udostępnianych przez świadczeniodawcę. Skoro są to informacje o wolnych i poszukiwanych miejscach pracy, to należy przyjąć, że usługi te zazwyczaj świadczone będą jako nastręczenie sposobności do zawarcia umowy. Jednocześnie dopuścić należy objęcie przedmiotową regulacją także i takich umów, których przedmiotem będzie gromadzenie i udostępnianie informacji o wolnych i poszukiwanych miejscach pracy, na przykład na cele statystyczne czy też w ramach tzw. wywiadowni gospodarczych¹⁵. Przez pryzmat dotychczasowych rozważań należy zatem przyjąć, że umowa o świadczenie usług wymienionych w art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU jedynie co do zasady stanowić będzie rodzaj umowy o świadczenie usług pośrednictwa pracy. Jak podkreślono już wcześniej,

za wynagrodzeniem, przy zawieraniu z klientami umów na rzecz dającego zlecenie przedsiębiorcy albo do zawierania ich w jego imieniu”. W literaturze podkreśla się, że „istotą umowy o pośrednictwo zwykle jest dokonywanie przez pośrednika wyłącznie czynności faktycznych, mających na celu doprowadzenie do zawarcia jednej umowy lub określonej liczby umów między osobą, na rzecz której działa, a osobą trzecią. Pośrednik otrzymuje od kontrahenta wynagrodzenie, jeżeli ten ostatni, w wyniku działań pośrednika, zdecyduje się na zawarcie umowy z osobą trzecią” (Barański 2011, 20). Umowa o pośrednictwo zwykle, z uwagi na jej przedmiot, wykazuje zatem duże podobieństwo względem umowy agencyjnej w zakresie tzw. agencji pośredniczej i jednocześnie jest wyraźnie odmienna od umowy zlecenia (Barański 2011, 24–25). Jak zauważa A. Burzak, „zakresy działania zleceniobiorcy (najczęściej będącego pełnomocnikiem) – zawarcie umowy w imieniu reprezentowanego, i pośrednika – stworzenie sposobności do zawarcia umowy, nie są tożsame, a wręcz rozłączne” (Burzak 1992, 16).

¹⁵ Zupełnie odrębną kwestią pozostaje w takich przypadkach problematyka dopuszczalności przetwarzania danych osobowych.

w takiej sytuacji reżim prawny tej umowy wyznaczać będą przepisy dotyczące umowy agencyjnej. Nie ma natomiast możliwości stwierdzenia, że przedmiotowe usługi każdorazowo stanowią będą usługi pośrednictwa pracy. Tym samym to od okoliczności konkretnego przypadku (treści umowy) będzie zależało, czy usługi wymienione w art. 18c ust. 2 pkt 4 PromZatrU mieszczą się w zakresie pojęciowym pośrednictwa pracy czy też wręcz przeciwnie, stanowią one usługi informacyjne, których nie można zakwalifikować jako pośrednictwo pracy.

BIBLIOGRAFIA

- Barański, Michał. 2010. „Konstrukcja prawna umów o pośrednictwo”. *Rejent* 9: 9–32.
- Barański, Michał. 2011. „Umowa o pośrednictwo zwykłe”. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 4: 20–30.
- Barański, Michał. 2016. „Umowa o pośrednictwo zwykłe w wybranych systemach prawnych”. *Transformacje Prawa Prywatnego* 1: 5–25.
- Barański, Michał. 2017a. *Informacja w ujęciu prawnym przez pryzmat zagadnień terminologicznych*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Barański, Michał. 2017b. „Obowiązki oraz odpowiedzialność kontraktowa stron umowy o pośrednictwo zwykłe”. W *Prawo prywatne wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Ogiegle*. Red. Mariusz Fras, Piotr Ślęzak. 1–16. Warszawa: C.H. Beck.
- Burzak, Andrzej. 1992. „Umowa o pośrednictwo (I)”. *Przegląd Prawa Handlowego* 2: 14–19.
- Frań-Adamek, Aneta. 2002. *Świadczenie usług drogą elektroniczną. Komentarz*. LEX/el. [dostęp 12.07.2018].
- Gawlik, Bogusław, Maksymilian Pazdan. 1976. *Umowy licencyjne w obrocie międzynarodowym*. Katowice: Wojewódzki Klub Techniki i Racjonalizacji przy WRZZ i OW NOT.
- Grzybczyk, Grażyna. 1998. „Różne formy pośrednictwa”. *Rejent* 2: 45–58.
- Korzonek, Jan, Ignacy Rosenblüth. 1934. *Kodeks zobowiązań. Komentarz. T. I*. Kraków: Księgarnia Powszechna.
- Kosiński, Stefan, Józef Skąpski, Fryderyk Zoll. 1948. *Zobowiązania w zarysie według polskiego kodeksu zobowiązań. Podręcznik poddany rewizji i wykończony przy współud. Stefana Kosińskiego i Józefa Skąpskiego*. Warszawa: Gebethner i Wolff.
- Książek, Daniel. 2013. *Miejsce pracy jako istotny element umowy o pracę*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Longchamps de Bérier, Roman. 1999. *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania. Lwów 1939, wyd. 2 anastatyczne*. Poznań: Ars Boni et Aequi.
- Ogiegło, Leszek. 1989. *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Ogiegło, Leszek. 1994. „Odpowiedzialność kontraktowa pośrednika”. W *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. Andrzej Mączyński, Maksymilian Pazdan, Adam Szpunar. Kraków: Secesja.
- Rott-Pietrzyk, Ewa. 2000. „Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 października 1999 r. II CKN 530/98”. *Orzecznictwo Sądów Polskich* 7–8: 395–396.
- Rott-Pietrzyk, Ewa. 2006. *Agent handlowy – regulacje polskie i europejskie*. Warszawa: C.H. Beck.
- Świerczyński, Tomasz. 1999. „Charakter prawny umowy o pośrednictwo”. *Przegląd Prawa Handlowego* 1: 15–25.

Włodarczyk, Mirosław. 2002. *Pośrednictwo pracy. Studium prawno-społeczne*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.

Zieliński, Tadeusz. 1986. *Prawo pracy. Zarys systemu*. Część. 2: *Prawo stosunku pracy*. Warszawa–Kraków: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Michał Barański

DIFFERENCES BETWEEN PRIVATE INTERMEDIATION IN EMPLOYMENT AND PROVIDING INFORMATION SERVICES ABOUT EMPLOYMENT THROUGH TELECOMMUNICATIONS SYSTEMS

Abstract. Provisions of art. 18 (1) point 1 and art. 18c (2) point 4 of the Act on promotion of employment and labour market institutions of 20 April 2004, due to their far-reaching imprecision, raise the question what the mutual relationship between these provisions is, in particular, whether the services listed in Article 18c (2) point 4 of the mentioned Act fall within the conceptual scope of private intermediation in employment, or, on the contrary, they constitute services that cannot be classified as private intermediation in employment. The article analyzes in detail the regulations related to collecting (in the form of an electronic document) and providing information about employment through telecommunications systems. The difference between passive and active intermediation in employment has been shown, and an attempt has been made to indicate the legal regime of the contract for provision of services listed in art. 18c (2) point 4 of the mentioned Act.

Keywords: intermediation in employment, information services, ICT system, electronic document, employment.

*Marcin Krajewski**

ZBIEG UBEZPIECZEŃ EMERYTALNEGO I RENTOWEGO ZLECENIOBIORCY. WYBRANE ZAGADNIENIA

Streszczenie. W artykule przedstawione zostały wady i zalety podlegania ubezpieczeniu społecznemu przez zleceniobiorców, na gruncie ustawy z dnia 13 października 1998 o systemie ubezpieczeń społecznych. Publikacja ukazuje zasady zbiegu tytułów w ubezpieczeniach emerytalnym i rentowym. Analizie poddany został także obecny model kumulacji tytułów w ubezpieczeniu społecznym. W końcowej części rozważań autor przedstawia alternatywny model jednolitego obciążenia składką dochodów ubezpieczonych.

Słowa kluczowe: ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie emerytalne, zleceniobiorca, umowa o pracę, umowa zlecenie.

1. UWAGI WSTĘPNE

Zbieg tytułów w ubezpieczeniach emerytalnym i rentowym stanowi element konstrukcji systemu ubezpieczeń społecznych. Ma on na celu uelastycznianie podlegania ubezpieczeniom emerytalnym i rentowym. Wybór modelu zbiegu tytułów, którego pochodną jest obciążenie lub nie przychodu składką, może prowadzić do preferowania form zatrudnienia objętych niższym obciążeniem przychodu – model autonomicznego obciążenia źródeł dochodu, bądź też wybór podstawy zatrudnienia może być neutralny w sytuacji, gdy wysokość składki nie jest uzależniona od rodzaju stosunku prawnego łączącego jego strony – model jednolitego obciążenia źródeł przychodu (Krajewski 2018, 1–4).

Celem niniejszej publikacji jest ukazanie zasad kumulacji tytułów ubezpieczenia w ramach stosunku pracy, umowy zlecenia oraz innych umów o świadczenie usług, do których zgodnie z przepisami ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.) stosuje się przepisy o zleceniu, a ponadto wskazanie optymalnego modelu zbiegu tytułów w ubezpieczeniach społecznych. Z uwagi na przyjęty podział i zakres zagadnień poruszanych w poszczególnych artykułach, pominięto kwestię kwalifikacji prawnej umów na gruncie prawa pracy i ubezpieczeń społecznych.

* Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Ubezpieczeń Społecznych i Polityki Społecznej, marcin.krajewski@wpia.uni.lodz.pl

2. EWOLUCJA ZLECENIA JAKO TYTUŁU UBEZPIECZENIA W USTAWIE O SYSTEMIE UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH

Ustawa z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 300 ze zm. – SysUbSpołU) zachowała obowiązujący na gruncie poprzednich regulacji model autonomii poszczególnych tytułów ubezpieczenia, ujednolicając jednak zasady podlegania ubezpieczeniom społecznym. Szczególną ochroną na gruncie ustawy objęto osoby pozostające w stosunku pracy. Wśród tytułów niepracowniczych szczególną uwagę ustawodawca poświęca prowadzeniu działalności pozarolniczej oraz świadczeniu usług przez zleceniobiorców. Zasady podlegania ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowemu przez zleceniobiorców stanowiły przedmiot licznych nowelizacji, zarówno gdy chodzi o definicję tytułu zleceniobiorcy, jak i konstrukcję zbiegu zlecenia z innymi tytułami ubezpieczenia społecznego.

Na gruncie ustawy obowiązek ubezpieczenia społecznego oraz podstawa wymiaru składki są uzależnione od posiadanego tytułu ubezpieczenia społecznego. W ubezpieczeniach emerytalnym i rentowych można wyróżnić kilka zasad nadrzędnych, jak: obowiązek podlegania ubezpieczeniom z co najmniej jednego tytułu ubezpieczenia, obowiązek kumulacji składki do osiągnięcia minimalnego wynagrodzenia za pracę, hierarchiczne położenie tytułów ubezpieczenia, szczególna ochrona pracowników, a ponadto elastyczność podlegania ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym przez nie-pracowników. T. Bińczycka-Majewska, analizując treść art. 9 SysUbSpołU, dokonała podziału form aktywności zawodowej pozostających w zbiegu na: tytuły objęte bezwzględnym pierwszeństwem (m.in. stosunek pracy), tytuły objęte zasadą pierwszeństwa w czasie (m.in. zlecenie, działalność pozarolnicza), tytuły względne ubezpieczenia społecznego oraz tytuł ubezpieczenia dobrowolnego (Bińczycka-Majewska 2000, 2; Bińczycka-Majewska 2007, 16). Wprowadzony w analizowanym przepisie hierarchiczny podział poszczególnych tytułów ubezpieczenia oraz przyjęte zasady kumulacji tytułów umożliwiły ograniczenie podstawy wymiaru składki w przypadku wykonywania kilku form aktywności zarobkowej objętych obowiązkowym ubezpieczeniem społecznym. Przyjęta początkowo konstrukcja tytułu ubezpieczenia jako umowy łączącej jej strony, a nie zbioru czynności w ramach stosunku zobowiązaniowego, umożliwiła, w początkowym okresie obowiązywania ustawy, szeroką multiplikację tytułów ubezpieczenia (Kurzych 2015, 333 i n.). W praktyce najczęściej kumulowane były umowa o pracę oraz umowy cywilnoprawne zawierane przez pracownika oraz pracodawcę. Często występującym zjawiskiem było także zawieranie przez zleceniodawcę oraz zleceniobiorcę kilku umów zlecenia. Multiplikacja umów umożliwiała opłacanie składki od części wynagrodzenia osiąganego przez pracownika czy zleceniobiorcę.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 4 SysUbSpołU w brzmieniu z 1998 r., za zleceniobiorcę uznano osobę wykonującą pracę na podstawie umowy agencyjnej lub

umowy zlecenia lub kilku takich umów, jeżeli zostały zawarte z jednym zleceniodawcą na czas dłuższy niż 14 dni, a okres przerwy między nimi wynosi mniej niż 60 dni. Ustawodawca wprowadził więc konwencjonalną granicę uzależniającą obowiązek ubezpieczenia nie od wysokości osiąganego przychodu, a od długości zawartej przez strony umowy. I. Jędrasik-Jankowska powiązała minimalny okres trwania umowy zlecenia, skutkujący powstaniem tytułu obowiązkowego ubezpieczenia, z kategorią stałego źródła dochodu (Jędrasik-Jankowska 1999, 19). Takie ujęcie zlecenia jako tytułu ubezpieczenia miało tę zaletę, że wyłączało z ubezpieczenia umowy incydentalne, z których przychód byłby niski. Przyjęta regulacja zawierała jednak istotną wadę, a mianowicie umożliwiała zawieranie umów zlecenia na okres krótszy niż 15 dni, co pozwalało uniknąć opłacania składek przez zleceniodawców. Wraz z uchwaleniem ustawy z dnia 17.12.1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1270), zasady podlegania ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym przez zleceniobiorców zmodyfikowano, przez dodanie w art. 6 ustępu 5 SysUbSpołU. Powoływany przepis wprowadził obowiązek ubezpieczenia zleceniobiorcy i osób z nim współpracujących, wykonujących czynności na rzecz jednego zleceniodawcy na podstawie umów agencyjnych lub zlecenia krótszych niż 15 dni, jeżeli przerwy pomiędzy tymi umowami były krótsze niż 60 dni, a po ich zsumowaniu łączny okres świadczenia usług wynosił co najmniej 15 dni. Zmiana ta miała na celu uszczelnienie systemu i uniemożliwienie unikania opłacania składek przez zawieranie kilku umów krótkoterminowych.

Taki stan prawny obowiązywał przez okres jednego roku. Ustawodawca dokonując ewaluacji obowiązujących przepisów, ustawą z dnia 23.12.1999 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1999 r. Nr 110, poz. 1256) uchylił art. 6 ust. 5 SysUbSpołU oraz zmodyfikował art. 6 ust. 1 pkt 4 SysUbSpołU. W wyniku nowelizacji obowiązkiem ubezpieczenia objęto zleceniobiorców niezależnie od długości trwania umowy. Modyfikacja pojęcia zleceniobiorcy wynikała przede wszystkim z podejmowanych przez zleceniodawców prób unikania opłacania składek na ubezpieczenie społeczne. Pojęcie zleceniobiorcy określone w art. 6 ust. 1 pkt 4 SysUbSpołU rozszerzono ponadto o osoby świadczące usługi na innej podstawie niż umowa zlecenie, o ile do tej umowy stosuje się zgodnie z art. 750 Kodeksu cywilnego przepisy dotyczące zlecenia. Przyjęta regulacja stanowiła odpowiedź na powszechnie występujące zjawisko zawierania umów o świadczenie usług innych niż zlecenie, co skutkowało wyłączeniem takich umów z ubezpieczenia. Należy zatem podkreślić, że omawiana zmiana miała na celu przede wszystkim uszczelnienie systemu ubezpieczeń, a tym samym zwiększenie przychodów Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (FUS). Nowelizacja przepisów, zapewniając zleceniobiorcom szerszą ochronę, wyznaczyła kierunek zmian pozycji prawnej zleceniobiorcy na gruncie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych.

Druga z istotnych zmian, wprowadzona nowelizacją z 1999 r., polegała na wyeliminowaniu możliwości optymalizacji wysokości należnej składki poprzez zawieranie umów cywilnoprawnych z własnym pracodawcą lub innym podmiotem świadczącym usługi na rzecz pracodawcy, z którym pracownik pozostawał w stosunku pracy. W efekcie wprowadzonych zmian, umowy cywilnoprawne zawierane z własnym pracodawcą utraciły status samodzielnych tytułów ubezpieczenia. Jak wskazał SA we Wrocławiu wyrokiem z 28.03.2017 r. (III AUa 1114/15, opubl. LEX nr 23948859), „dla celów ubezpieczeń społecznych, umowy takie są traktowane jak świadczenie pracy w ramach stosunku pracy łączącego pracodawcę z pracownikiem”. Pierwotnie pracodawca mógł znacząco obniżyć podstawę wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne, zawierając ze swoim pracownikiem umowę zlecenia albo umowę agencyjną. Obowiązkiem ubezpieczenia obejmowano wyłącznie umowę o pracę, jako tytuł bezwzględnie ubezpieczenia, natomiast umowa zlecenie, niezależnie od przychodu osiąganego ze stosunku pracy, stanowiła tytuł ubezpieczenia dobrowolnego. Większość z takich umów zlecenia nie była zgłaszana do dobrowolnego ubezpieczenia emerytalnego i rentowych. Umowy cywilnoprawne zawierane z pracownikami były masowo stosowane np. w transporcie czy sektorze budowlanym. J. Skoczyński, krytykując przepis art. 8 ust. 2a SysUbSpołU, wskazał, że „ustawodawca, wartościując zawierane umowy, nadużył konstrukcji fikcji prawnej, tj. sprzecznego z rzeczywistością założenia, że dana osoba, rzecz lub sytuacja ma określoną cechę, aby osiągnąć słuszny cel, którego inaczej osiągnąć się nie da” (Skoczyński 2000, 24). Z kolei, jak zauważył J. Jończyk, „szerokie rozumienie pojęcia pracownika na gruncie art. 8 ust. 1 SysUbSpołU tworzy fikcję prawną i ma na celu przeciwdziałanie praktyce wejścia do lub wyjścia z systemu” (Jończyk 2003, 106). Moim zdaniem, przyjęty kierunek zmian należy ocenić pozytywnie, gdyż usunięto liczne wątpliwości interpretacyjne, a ponadto utrzymano poziom ochrony przyznany pracownikom, którzy w sytuacji stosunkowo wysokiego bezrobocia nie mieli wpływu na kształt stosunku łączącego ich z podmiotem zatrudniającym. Warto wskazać, że przyjęte rozwiązanie do dziś z powodzeniem chroni ubezpieczonych, a jego kształt przez dwie dekady nie uległ zmianie.

Istotnej modyfikacji zakresu ochrony zleceniobiorców dokonano poprzez dodanie w art. 9 SysUbSpołU ustępu 1a oraz ustępu 1b. Powoływane przepisy wprowadziły obowiązkowe ubezpieczenie zleceniobiorców w sytuacji, gdy przychód określony w umowie, osiągnięty z tytułów objętych bezwzględnie pierwszeństwem (m.in. stosunku pracy), był niższy niż minimalne wynagrodzenie. W takim przypadku, obowiązkiem ubezpieczenia obejmowane są kolejne tytuły ubezpieczenia (np. umowy zlecenia), aż do osiągnięcia podstawy w wysokości minimalnego wynagrodzenia. Co istotne, kumulacja tytułów oznacza, że podstawę wymiaru składki ze zlecenia stanowi przychód z umowy, a nie jego część niezbędna do uzupełnienia podstawy wymiaru składki do minimalnego wynagrodzenia. Od 1 stycznia 2017 r., zgodnie z art. 8a ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym

wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r., poz. 847 ze zm.), umowę zlecenia objęto minimalną stawką godzinową. Po wejściu w życie tego przepisu zleceniobiorcy świadczący usługi w wymiarze godzin odpowiadającym stosunkowi pracy uyskali podstawę wymiaru składki odpowiadającą minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, a tym samym każda kolejna umowa będzie objęta dobrowolnym ubezpieczeniem emerytalno-rentowym.

Na mocy ustawy z dnia 1.07.2005 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1412) wprowadzono art. 9 ust. 2a SysUbSpołU regulujący zasady zbiegu pozarolniczej działalności gospodarczej oraz zlecenia. Do nowelizacji oba tytuły objęte były zasadą wyrażoną w art. 9 ust. 2 SysUbSpołU, tj. zasadą pierwszeństwa w czasie. Nakazywała ona objęcie ubezpieczeniem tego tytułu, który powstał najwcześniej, umożliwiając jednocześnie zmianę tytułu ubezpieczenia. Na gruncie przepisów obowiązujących przed nowelizacją powszechna była praktyka składania przez przedsiębiorców wniosków o zmianę tytułu ubezpieczenia i objęcie ubezpieczeniem z tytułu zlecenia. Z uwagi na brak minimalnej podstawy wymiaru składki ze zlecenia, można było w ten sposób znacząco obniżyć składkę na ubezpieczenie społeczne. Ustawodawca, przeciwdziałając temu zjawisku, zmodyfikował zasady zbiegu obu tytułów. W przypadku, gdy przychód ze zlecenia jest równy lub wyższy minimalnej podstawie wymiaru składki określonej dla osób prowadzących pozarolniczą działalność gospodarczą (zadeklarowana kwota nie jest niższa jednak niż 60% prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego przyjętego do ustalenia kwoty ograniczenia rocznej podstawy wymiaru składek, ogłoszonego w trybie art. 19 ust. 10 SysUbSpołU na dany rok kalendarzowy), ustawodawca zezwala na wybór tytułu ubezpieczenia (por. wyrok SN z 2.08.2012 r., II UK 31/12, OSNAPiUS 2013, nr 17–18, poz. 212). Jeżeli podstawa wymiaru składki ze zlecenia jest niższa niż minimalna podstawa wymiaru składki dla osoby prowadzącej pozarolniczą działalność gospodarczą, ustawodawca wprowadza obowiązek ubezpieczenia z tytułu prowadzenia pozarolniczej działalności. W 2016 r., na mocy ustawy z 23.10.2014 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r., poz. 1831 ze zm.), powyższe zasady rozciągnięto na pozostałe formy pozarolniczej działalności. W przypadku ubezpieczonych rozpoczynających prowadzenie pozarolniczej działalności i korzystających przez okres do 24 miesięcy z preferencyjnej składki określonej w art. 18 SysUbSpołU, ustawodawca wprowadził obowiązek ubezpieczeń emerytalnego i rentowych z obu tytułów.

Na gruncie powoływanej już nowelizacji z 2014 r. wprowadzono obowiązek kumulacji umowy zlecenia lub kilku zleceń oraz innych tytułów ubezpieczenia w sytuacji, gdy podstawa wymiaru składki ze zlecenia jest niższa niż wysokość minimalnego wynagrodzenia. Najczęściej spotykanym zastosowaniem tego przepisu jest kumulacja kilku umów zlecenia. Do 2016 r. obowiązkiem ubezpieczenia

objęta była wyłącznie jedna z zawartych umów. Można więc było obniżyć należną składkę, zawierając kilka umów zlecenia i zgłaszając do ubezpieczenia tę, z której przychód był najniższy. Po zmianach, obowiązkiem ubezpieczenia objęte są wszystkie umowy zawarte przez ubezpieczonego, aż do osiągnięcia minimalnego wynagrodzenia. Przepis ten odpowiada analogicznemu rozwiązaniu zastosowanemu w przypadku stosunku pracy.

3. SYTUACJA ZLECENIOBIORCY MAJĄCEGO USTALONE PRAWO DO EMERYTURY ALBO DO RENTY

Liczne wątpliwości natury teoretycznej generowało objęcie ubezpieczeniem emerytalnym i rentowym zleceniobiorców mających ustalone prawo do emerytury albo do renty. Przyjęte rozwiązanie podyktowane było względami natury fiskalnej, w tym przede wszystkim potrzebą zwiększenia przychodów FUS. W piśmiennictwie obowiązek ubezpieczenia emerytów i rencistów oceniany jest krytycznie. Jak zauważyła I. Jędrasik-Jankowska, zajście ryzyka emerytalnego czyni zbędnym dalsze ubezpieczenie tego ryzyka. Zdaniem autorki, ubezpieczenie emerytalno-rentowe powinno obejmować wyłącznie zleceniobiorców mających ustalone prawo do renty (Jędrasik-Jankowska 2003, 110–111). Z takim twierdzeniem należy zgodzić się tylko częściowo. Przyjęta formuła emerytury umożliwia jej podwyższenie nie tylko poprzez opłacanie składek w okresie aktywności zarobkowej, ale także po jej zaprzestaniu. Znaczny odsetek ubezpieczonych, osiągając niskie świadczenie na starość, zmuszony będzie kontynuować aktywność zarobkową. Dotyczy to przede wszystkim osób osiągających niskie przychody, m.in. zleceniobiorców, których podstawa wymiaru składki jest z reguły niższa niż w przypadku pracowników. Zleceniobiorcy przez długi czas nie byli objęci minimalną stawką godzinową, co dodatkowo obniży ich świadczenia emerytalne i rentowe. Ponadto, po nabyciu prawa do emerytury, zlecenie stanowi formę zatrudnienia umożliwiającą elastyczne kształtowanie warunków umowy, charakteryzuje je brak uprawnień pracowniczych, co sprawia, że stanowi ono jedną z najczęściej wykorzystywanych w praktyce form zatrudnienia emerytów i rencistów. Możliwość przeliczenia świadczenia emerytalnego spełnia w takim przypadku dwie funkcje – po pierwsze umożliwia podwyższenie już nabytego świadczenia, a po drugie umożliwia nabycie prawa do emerytury minimalnej, o ile ubezpieczony nie spełnił przesłanki stażu w okresie aktywności zarobkowej.

W myśl ustawy zleceniobiorca mający ustalone prawo do emerytury albo do renty podlega obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym w kilku przypadkach. Po pierwsze w sytuacji, gdy zlecenie stanowi jedyny tytuł ubezpieczenia. W takim przypadku będzie on podlegał ubezpieczeniu na zasadach analogicznych jak pozostali zleceniobiorcy. Nieco bardziej skomplikowane reguły obejmują sytuację zbieg zlecenia z innym tytułem ubezpieczenia. W myśl

art. 9 ust. 4a SysUbSpołU ustawodawca nakazuje objęcie obowiązkowym ubezpieczeniem zleceniobiorcy emeryta albo rencisty, o ile ten nie pozostaje jednocześnie w stosunku pracy. Jest to istotna różnica w stosunku do zbiegu zlecenia z innymi tytułami na zasadach ogólnych. Zgodnie z treścią art. 9 ust. 1 SysUbSpołU zleceniobiorca niebędący emerytem lub rencistą, a posiadający jednocześnie inny tytuł ubezpieczenia o bezwzględnym charakterze¹, podlega z tytułu zlecenia dobrowolnemu ubezpieczeniu. Użycie w art. 9 ust. 4a SysUbSpołU pojęcia „stosunek pracy” oznacza obowiązek ubezpieczenia emeryta lub rencisty w przypadku zbiegu z innymi niż stosunek pracy tytułami o bezwzględnym charakterze określonymi art. 9 ust. 1 SysUbSpołU. Rozszerzenie obowiązku ubezpieczenia poza stosunek pracy ma miejsce w przypadku, gdy umowa agencyjna, umowa zlecenia lub inna umowa o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, albo umowa o dzieło, została zawarta z pracodawcą, z którym pozostają równocześnie w stosunku pracy, lub jeżeli w ramach takiej umowy wykonują pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostają w stosunku pracy. Przyjęte rozwiązanie stanowi powielenie obowiązku ubezpieczenia pracowników, wynikającego z art. 8 ust. 2a SysUbSpołU. W przypadku zleceniobiorcy emeryta albo rencisty, którego podstawa wymiaru składek na ubezpieczenia emerytalne i rentowe w danym miesiącu jest niższa od minimalnego wynagrodzenia, ustawodawca nakazuje objęcie ubezpieczeniem z innych tytułów, z których ubezpieczony podlega obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym. Z uwagi na treść art. 9 ust. 5 SysUbSpołU, wprowadzającego dobrowolne ubezpieczenie emerytalne i rentowe w przypadku tytułów ubezpieczenia niewskazanych w art. 9 ust. 4–4c SysUbSpołU, przepis ten znajdzie zastosowanie przede wszystkim do kumulacji kilku umów zlecenia, tak aby łączna podstawa wymiaru składki na ubezpieczenie emerytalne i rentowe była równa lub wyższa kwocie minimalnego wynagrodzenia.

4. SYTUACJA UCZNIÓW I STUDENTÓW WYKONUJĄCYCH UMOWĘ ZLECENIA

Ustawa wprowadziła preferencje dla uczniów oraz studentów wykonujących pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy

¹ Zgodnie z art. 9 ust. 1 SysUbSpołU są to: stosunek pracy, umowa agencyjna, umowa zlecenia lub inna umowa o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia albo umowy o dzieło, jeżeli umowę taką zawarły z pracodawcą, z którym pozostają w stosunku pracy, lub jeżeli w ramach takiej umowy wykonują pracę na rzecz pracodawcy, z którym pozostają w stosunku pracy, członkostwo w spółdzielni, służba, pobieranie świadczenia szkoleniowego, świadczenia socjalnego, zasiłku socjalnego albo wynagrodzenia przysługującego w okresie korzystania ze świadczenia górniczego lub w okresie korzystania ze stypendium na przekwalifikowanie.

dotyczące zlecenia. Na mocy art. 6 ust. 4 SysUbSpołU uczniowie szkół ponadpodstawowych lub studenci, do ukończenia 26 lat, nie podlegają ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym. Studenci oraz uczniowie świadczący pracę na innej podstawie niż zlecenie (np. umowa o pracę) podlegają ubezpieczeniu na ogólnych zasadach. Przyznana preferencja wynika z faktu, że osoby takie nie dysponują z reguły kwalifikacjami zawodowymi ani doświadczeniem zawodowym. W okresie studiów mogą więc nabyć niezbędne umiejętności, tak aby po ukończeniu edukacji posiadać kwalifikacje i doświadczenie niezbędne na rynku pracy. Ustawodawca poprzez niższe koszty zatrudnienia kompensuje tym samym brak doświadczenia zawodowego uczniów i studentów. Górna granica wieku wyłączająca preferencje uniemożliwia nadużywanie przyznaných uprawnień (np. podjęcie studiów zaocznych przez osobę dysponującą doświadczeniem zawodowym w celu zwolnienia ze składki na ubezpieczenie społeczne). W początkowym okresie po wejściu w życie ustawy (w latach 1999–2004), przy stosunkowo wysokiej stopie bezrobocia, zleceniodawcy zyskiwali – alternatywną w odniesieniu do stosunku pracy – formę zatrudnienia kierowaną do osób uczących się, która nie była obciążona ubezpieczeniem społecznym. Uczący się zleceniobiorcy zainteresowani ochroną ryzyka starości oraz inwalidztwa mogli w okresie studiów skorzystać z dobrowolnego ubezpieczenia emerytalnego i rentowego. Od 1999 roku prawo do dobrowolnego ubezpieczenia przysługiwało studentom oraz uczestnikom dziennych studiów doktoranckich. W roku 2003 preferencje rozciągnięto na wszystkich uczestników studiów doktoranckich, a w 2013 każda osoba nieubezpieczona (w tym także student i doktorant) zyskała prawo przystąpienia do dobrowolnego ubezpieczenia emerytalnego i rentowego. Od 2018 roku doktoranci otrzymujący stypendium podlegają obowiązkowemu ubezpieczeniu. Konstrukcja dobrowolnego ubezpieczenia emerytalnego i rentowych uregulowana w art. 7 SysUbSpołU sprawia, że osoby takie nie mogą jednak przystąpić do ubezpieczenia chorobowego, macierzyńskiego czy wypadowego (Krajewski 2014, 9 i n.). Ma to szczególne znaczenie w przypadku krótkoterminowej niezdolności do pracy lub ciąży osób uczących się oraz studentów, samodzielnie finansujących swoje utrzymanie. Z uwagi na sposób zredagowania art. 6 ust. 4 SysUbSpołU (taksatywnie wyliczenie szkół oraz uczelni), kolejne reformy systemu oświaty wymusiły modyfikację tego przepisu (przez wprowadzenie w 2001 roku gimnazjów, a następnie w 2017, wraz z powrotem do poprzedniego modelu systemu edukacji, przez wykreślenie gimnazjów ze szkół uprawniających do skorzystania z preferencji).

Od ogólnej zasady wyłączenia z ubezpieczenia osób uczących się a świadczących usługi przewidziano jeden wyjątek. Obejmuje on osoby świadczące pracę na podstawie umowy uaktywniającej. Odmienne uregulowanie, a więc objęcie ich obowiązkowym ubezpieczeniem, może wynikać z faktu, że składka na ubezpieczenie społeczne od podstawy stanowiącej kwotę nie wyższą niż 50% wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego zgodnie z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, jest opłacana przez ZUS. Zgodnie z art. 50

ust. 2 ustawy z 4.02.2011 r. o opiece nad dziećmi w wieku do lat 3 (Dz.U. z 2019 r., poz. 409 ze zm.) niania może sprawować opiekę nad dziećmi w wieku od ukończenia 20 tygodnia życia, zatem w przypadku zatrudnienia niani przed 20 tygodniem liczonym od dnia urodzenia dziecka podlega ona ubezpieczeniom na ogólnych zasadach (np. jako zleceniobiorca lub pracownik).

5. MODEL OCHRONY ZLECENIOBIORCY. UWAGI *DE LEGE FERENDA*

W ustawie o systemie ubezpieczeń społecznych ustawodawca wprowadził model autonomicznych obciążeń przypisanych do każdego tytułu ubezpieczenia. Model ten polega na zróżnicowaniu obciążeń określonych w oparciu o kryterium przynależności zawodowej. Ową autonomię najlepiej zobrazuje ukazanie różnych podstaw wymiaru składki dla trzech najczęściej występujących tytułów ubezpieczenia. W przypadku pracowników podstawę wymiaru składki stanowi skumulowany przychód ze wszystkich umów objętych tytułem ubezpieczenia pracowniczego (pełna kumulacja tytułów ubezpieczenia). Bez znaczenia jest to, czy umowy zostały zawarte z jednym czy z wieloma pracodawcami. W przypadku zleceniobiorców ustawodawca przewiduje obowiązek podlegania obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalnemu i rentowym z jednego tytułu (np. z jednej umowy zlecenia). Wyjątek od tej zasady stanowi sytuacja, gdy z umowy tej ubezpieczony nie osiąga minimalnego wynagrodzenia. W takim przypadku obowiązek ubezpieczenia rozszerzono na inne tytuły ubezpieczenia. Podstawę wymiaru składki stanowi co do zasady przychód, w wyjątkowych zaś sytuacjach – zadeklarowana kwota, nie niższa niż minimalne wynagrodzenie. W przypadku osób prowadzących działalność pozarolniczą obowiązkowym ubezpieczeniem obejmowany jest wyłącznie jeden tytuł ubezpieczenia. Ustawodawca wprowadził możliwość zadeklarowania podstawy wymiaru składki, a jednocześnie określił minimalną podstawę wymiaru składki, niezależną od osiąganego przychodu. W efekcie wysokość składki nie jest uzależniona od wyniku finansowego osiąganego przez przedsiębiorcę.

Zleceniobiorcy stanowią niejednorodną grupę ubezpieczonych, dlatego też trudno uchwalić przepisy uniwersalne, uwzględniające potrzeby każdej z wymienionych poniżej grup osób ubezpieczonych. Największą populację stanowią zleceniobiorcy, dla których zlecenie stanowi podstawowe źródło utrzymania. Wśród nich występują osoby posiadające niskie kwalifikacje i osiągające niskie dochody (zatrudnienie prekaryjne). W ich przypadku optymalny model ochrony powinien być zbliżony do ubezpieczenia pracowniczego. O ile w latach 90., przy wysokim bezrobociu i szarej strefie, stosunkowo trudno było ten cel osiągnąć, o tyle obecnie, przy niskiej stopie bezrobocia, skala zjawiska szarej strefy nie stanowi już tak istotnego zagrożenia dla wzmocnienia ochrony ubezpieczeniowej zleceniobiorców. Po drugie, coraz mniejszym zagrożeniem dla przychodów FUS jest

nadużywanie umów o dzieło. Orzecznictwo sądowe ewoluuje bowiem w kierunku ograniczenia na gruncie ubezpieczeń społecznych swobody umów, uznawania kolejnych przejawów aktywności zarobkowej za świadczenie usług i obejmowania ich ochroną ubezpieczeniową.

Krytyce należy poddać także próg minimalnego wynagrodzenia, jako podstawy, do osiągnięcia której ustawodawca nakazuje kumulować tytuły ubezpieczenia. Przyjmując bowiem, że stopa zastąpienia dochodu z okresu aktywności zarobkowej (ewentualnie dochodu z końca aktywności zarobkowej) – świadczeniem emerytalnym i rentowym, wyniesie między 35% a 45%, to wypłacane świadczenia oscylujące wokół emerytury minimalnej będą z pewnością niewystarczające, a dodatkowo wymagać będą uzupełnienia ze środków pochodzących z budżetu państwa. Wzmocnienie ochrony najniższej zarabiających zleceniobiorców jest moim zdaniem zasadne i konieczne.

Drugą grupę zleceniobiorców stanowią studenci. Wyłączenie ich z ubezpieczenia nie budzi większych kontrowersji, tym bardziej że mogą oni przystąpić do ubezpieczenia dobrowolnego. Wydaje się jednak, że ustawodawca powinien rozważyć możliwość objęcia uczniów i studentów ubezpieczeniem chorobowym i wypadkowym. Warto zauważyć, że zlecenie jest częstokroć jedynym źródłem utrzymania oraz podstawowym źródłem finansowania np. studiów. Wyłączenie studentów z ubezpieczenia chorobowego pozbawia takie osoby ochrony na wypadek ciąży, choroby, choroby zawodowej czy wypadku, jakich mogą doznać w trakcie wykonywania zlecenia.

Trzecią grupę stanowią osoby, dla których zlecenie stanowi źródło dodatkowego dochodu. Część z nich stanowią pracownicy, natomiast przeważają wysoko opłacani specjaliści świadczący usługi w ramach prowadzonej działalności pozarolniczej, która jest korzystniejsza niż zlecenie zarówno w aspekcie ubezpieczeń społecznych (możliwość zadeklarowania podstawy wymiaru składki czy zawieszenia prowadzonej działalności), jak i ze względów podatkowych (możliwość zaliczenia części wydatków w koszty uzyskania przychodu). W ich przypadku obecny model należy uznać za optymalny. Gwarantuje on możliwość doubezpieczenia z tytułu wykonywania umowy zlecenia czy też rezygnacji z ubezpieczenia i przeznaczenia zaoszczędzonych środków na inne cele, np. inwestycje, oszczędności czy bieżącą konsumpcję.

Konsekwencją wprowadzenia modelu autonomicznych obciążeń jest możliwość obniżenia należnej składki, poprzez m.in. zmianę tytułu ubezpieczenia (np. osoby zarabiające w oparciu o umowy cywilnoprawne, przedsiębiorcy będący jednocześnie rolnikami) czy też zawarcie kilku umów w ramach jednego źródła dochodu (zleceniobiorcy). Jak łatwo zatem zauważyć, podstawową zaletą modelu autonomicznych obciążeń jest elastyczność systemu. Owa elastyczność nie obejmuje pracowników, co – jak wskazuje A. Reda-Ciszewska – uwidocznia dwie tendencje – „zastępowanie umów o pracę umowami zlecenia, a następnie nadużywanie umów o dzieło” (Reda-Ciszewska 2015, 250). Istotne zróżnicowanie

sytuacji pracowników i zleceniobiorców prowadzi do ucieczki od zatrudnienia pracowniczego na rzecz cywilnoprawnego. Odpowiadając na próby obniżania należnej składki, ustawodawca w drodze tzw. ustawodawstwa interwencyjnego wprowadza kolejne zmiany, które prowadzą do harmonizowania uprawnień obu grup zawodowych. Wprowadzane zmiany nie naruszają interesu pracowników (nie obniżają ich standardu ubezpieczenia), a rozszerzają z reguły obowiązki ubezpieczenia zleceniobiorców.

Model autonomicznych obciążeń poszczególnych tytułów ubezpieczenia posiada jednak niezwykle interesującą i wartą przemyślenia koncepcję alternatywną. Stanowi ją model jednolitego obciążenia tytułów ubezpieczenia. Jego istotą jest przyjęcie, że podstawę wymiaru składki stanowi skumulowana kwota przychodu osiągniętego przez ubezpieczonego ze wszystkich źródeł aktywności zarobkowej. Ustawodawca określa jedynie maksymalną w skali miesiąca lub roku podstawę wymiaru składki emerytalnej i rentowej (np. 24-krotność przeciętnego wynagrodzenia w roku kalendarzowym lub 2-krotność przeciętnego wynagrodzenia za każdy miesiąc podlegania ubezpieczeniom). Wprowadzenie ujednoczonych obciążeń ograniczyłoby potrzebę stosowania zbiegu tytułów w ubezpieczeniu emerytalnym i rentowym. System ten byłby sprawiedliwy, gdyż opierałby się na zasadzie solidarności społecznej. Największą z zalet postulowanego rozwiązania jest ograniczenie skutków multiplikacji tytułów. Skoro każdy płatnik, niezależnie od formy zatrudnienia, opłacałby składkę uzależnioną od osiągniętego wyniku finansowego, to system ubezpieczeń społecznych byłby neutralny w kwestii tzw. dumpingu socjalnego, czyli wypierania stosunku pracy przez umowy cywilnoprawne. Postulowane w doktrynie objęcie ubezpieczeniem także umów o dzieło zrównałoby status wszystkich pracobiorców (Kaczmarek 2010, 40 i n.).

Jak słusznie zauważyła M. Gersdorf, „zrównanie ochrony w zakresie składki na ubezpieczenie jest krokiem w kierunku już postępującej ewolucji od prawa pracy na rzecz koncepcji prawa zatrudnienia” (Gersdorf 2018, 51 i n.). Ten naturalny kierunek zmian w prawie pracy powinien znaleźć swoje odzwierciedlenie także w prawie ubezpieczeń społecznych. Postulowane rozwiązanie ograniczyłoby konkurencję między umową o pracę a umową zlecenia, a tym samym wzmocniłoby swobodę zawieranych między stronami umów.

6. ZAKOŃCZENIE

Zleceniobiorcy stanowią jedną z najszybciej przyrastających grup ubezpieczonych. Popularyzacja tej formy zatrudnienia wynika przede wszystkim ze stonkowo niskich obciążeń w ubezpieczeniach społecznych oraz braku uprawnień pracownicznych. Niski poziom obciążeń zleceniobiorcy wynika z celowego działania ustawodawcy, który usytuował umowę zlecenia na drugim poziomie, w hierarchii rządzącej zbiegami tytułów w ubezpieczeniach emerytalnym i rentowych

(tytuły objęte zasadą pierwszeństwa w czasie). Przyjęta kompozycja umożliwi wyłączenie obowiązku ubezpieczenia zlecenia w zbiegu z pracą, a ponadto objęcie obowiązkiem ubezpieczenia w ograniczonym zakresie. Ograniczony poziom ochrony wywiera jednak negatywny wpływ tak na finanse publiczne, jak i przychody FUS.

Ubezpieczenie emerytalne i rentowe zleceniobiorców stanowi przedmiot licznych nowelizacji ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych. Większość z nich dokonywana jest w ramach tzw. ustawodawstwa interwencyjnego, tzn. stanowi odpowiedź ustawodawcy bądź na wykorzystywanie zlecenia w celu obniżenia należnej składki, bądź też stanowi konsekwencję zmniejszających się przychodów FUS. Stąd też niezbędne jest wdrożenie nowego, uproszczonego modelu ubezpieczenia emerytalnego i rentowego, opartego na modelu jednolitego obciążenia źródeł dochodu. Umożliwi on odejście od tytułu ubezpieczenia jako kryterium wyznaczającego wysokość składki, a przejście do kryterium dochodu ustalanego niezależnie od źródła jego pochodzenia.

BIBLIOGRAFIA

- Bińczycka-Majewska, Teresa. 2000. „Zbieg tytułów ubezpieczenia emerytalnego i rentowego w nowym systemie ubezpieczeń społecznych”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 12: 2–5.
- Bińczycka-Majewska, Teresa. 2007. „Kumulacja i rozłączność tytułów ubezpieczenia społecznego”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 1: 16–23.
- Gersdorf, Małgorzata. 2018. „Jaka przyszłość: jeden kodeks zatrudnienia czy prawo zatrudnienia”. W *Umowa o pracę a umowa o zatrudnienie*. Red. G. Goździewicz. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.
- Jędrasik-Jankowska, Inetta. 1999. „Nowy system ubezpieczeń społecznych – wybrane problemy”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 3: 18–21.
- Jędrasik-Jankowska, Inetta. 2003. *Ubezpieczenie społeczne*. Tom 1. *Część ogólna*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Jończyk, Jan. 2003. *Prawo zabezpieczenia społecznego. Ubezpieczenia społeczne i zdrowotne: bezrobocie i pomoc społeczna*. Kraków: Zakamycze.
- Kaczmarek, Agnieszka. 2010. *Zakres podmiotowy ubezpieczenia chorobowego*. Iwonicz-Zdrój: Polskie Stowarzyszenie Ubezpieczenia Społecznego.
- Krajewski, Marcin. 2014. „Dobrowolne ubezpieczenie emerytalne i rentowe na gruncie art. 7 i 10 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 5: 9–15.
- Krajewski, Marcin. 2018. „Obciążenia dochodów – w kierunku jednej daniny czy pozostawienia obecnego modelu obciążenia dochodów”. *INFOS Biuro Analiz Sejmowych* 7: 1–4.
- Kurzzych, Andrzej. 2015. „Multiplikacja podmiotów zatrudniających a stosunki ubezpieczenia społecznego”. W *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*. Red. Jacek Wantoch-Rekowski, Marzena Szabłowska-Juckiewicz, Monika Wałachowska. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Reda-Ciszewska, Anna. 2015. „Cywilnoprawne umowy o zatrudnienie w prawie ubezpieczeń społecznych”. W *Współczesne problemy prawa emerytalnego*. Red. Teresa Bińczycka-Majewska, Mirosław Włodarczyk. Warszawa: Wolters Kluwer.

Skoczyński, Jacek. 2000. „Zmiany regulacji obowiązku ubezpieczeń społecznych z tytułu świadczenia pracy na podstawie cywilnoprawnych umów o świadczenie usług”. *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 2: 21–26.

Marcin Krajewski

THE CONCURRENCE OF PENSION AND DISABILITY INSURANCE OF THE CONTRACTOR SELECTED ISSUES

Abstract. The paper provides an analysis of advantages and disadvantages of being subject to social insurance by the contractors, under the Act on the social insurance system of 13 October 1998. The focus is placed on the principles of concurrence of titles in pension and disability insurance. The paper also provides an analysis of the current model of accumulation of titles in social insurance. In the last section of the paper the author presents the alternative model of consistently charging a premium on income of the insured.

Keywords: social insurance, pension insurance, contractor, contract of employment, civil-law contract.

*Joanna Ceglarska-Józwiak**

SZCZEGÓLNE PROBLEMY UBEZPIECZENIA SPOŁECZNEGO ZLECENIOBIORCÓW W KONTEKŚCIE BRAKU BEZWZGLĘDNEGO OBOWIĄZKU OSOBISTEGO ŚWIADCZENIA PRACY PRZEZ ZLECENIOBIORCĘ

Streszczenie. W artykule przedstawione zostały specyficzne problemy ubezpieczenia społecznego zleceniobiorców wynikające z braku bezwzględne obowiązkowego świadczenia pracy przez zleceniobiorcę. Analizie poddane zostały sytuacje, w których zleceniobiorca wykonuje zlecenie przy pomocy osoby trzeciej lub jest przez tę osobę zastępowany. Omówiono skutki korzystania przez zleceniobiorcę z pomocy innych osób w sferze ubezpieczenia społecznego dla samego zleceniobiorcy oraz jego pomocnika, podwykonawcy lub substytutu. Została również omówiona konstrukcja osoby współpracującej przy wykonywaniu umowy zlecenia.

Słowa kluczowe: ubezpieczenie społeczne, zleceniobiorca, umowa o pracę, umowa zlecenie.

Zgodnie z art. 6 ustawy z 13.10.1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1778 ze zm.) ubezpieczeniem są objęte m.in. osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia albo innej umowy o świadczenie usług, do której zgodnie z Kodeksem cywilnym stosuje się przepisy dotyczące zlecenia, zwane dalej „zleceniobiorcami”.

Omawiając regulacje z zakresu ubezpieczeń społecznych, powszechnie posługujemy się terminami „umowa zlecenia” i „zleceniobiorca”. Musimy jednak pamiętać, że na ogół nie chodzi tutaj o umowę zlecenia w ścisłym cywilistycznym rozumieniu. Zgodnie bowiem z art. 734 § 1 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r., poz. 1025 ze zm.), przez umowę zlecenia przyjmujący zlecenie zobowiązuje się do dokonania określonej czynności prawnej dla dającego zlecenie. W ubezpieczeniach społecznych mamy natomiast do czynienia z umowami, o których mowa w art. 750 Kodeksu cywilnego, tj. z umowami o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami i do których stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Można uznać, że ustawa systemowa zawiera własną definicję „zleceniobiorcy” na użytek ubezpieczeniowy, która obejmuje osoby wykonujące pracę na podstawie wszelkich umów nienazwanych zbliżonych do typowej umowy zlecenia, których przedmiotem jest świadczenie usług.

* ZUS I Oddział w Łodzi, asia.ceg@wp.pl

Zleceniobiorcy są szczególną kategorią ubezpieczonych, usytuowaną pod względem faktycznym i prawnym pomiędzy pracownikami a osobami prowadzącymi działalność gospodarczą. Specyfika pracy wykonywanej w oparciu o umowę zlecenia powoduje, że prawidłowe ukształtowanie zasad ubezpieczenia społecznego zleceniobiorców nie jest łatwe.

Należy podkreślić, że zleceniobiorcy są grupą bardzo zróżnicowaną. Jak wskazuje się w doktrynie, umowy zlecenia można podzielić na dwie grupy: zachowujące swój pierwotny, cywilistyczny charakter oraz kreujące faktyczne zatrudnienie, tj. stanowiące podstawę do osobistego świadczenia pracy na rzecz jednego podmiotu, będące jedynym źródłem przychodu, niewiążące się z prowadzeniem działalności gospodarczej i mające charakter względnie trwałe (Babińska-Górecka 2015, 41–42).

Zleceniobiorca, tak jak pracownik, wykonuje pracę najemną. Wykonuje czynności na rzecz innego podmiotu i za to otrzymuje określone wynagrodzenie. Umowa zlecenia jest umową starannego działania, choć w umowie może być przewidziane dodatkowe wynagrodzenie za osiągnięcie oznaczonego rezultatu (wyrok SN z 16.02.2006 r., IV CK 380/2005, LexisNexis nr 1354974; wyrok SN z 14.01.2010 r., IV CSK 319/2009, LexisNexis nr 2447022; *Palestra* 2010, nr 1–2, s. 264). Ryzyko gospodarcze niewystąpienia rezultatu obciąża dającego zlecenie. Podkreślić należy, że przyjmującemu zlecenie należy się wynagrodzenie również w sytuacji, gdy zlecona czynność nie została dokonana, jeżeli wykaże, że dołożył należytej staranności w celu wykonania umowy (był gotów do jej wykonania), zaś niedokonanie czynności nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, w szczególności wskutek przeszkód spowodowanych przez dającego zlecenie (wyrok SA w Warszawie z 24.08.2012 r., I ACa 67/12, LEX nr 1220685; wyrok SA we Wrocławiu z 22.03.2012 r., III AUa 1265/11, LEX nr 1164105). W umowie zlecenia strony mogą w większym stopniu niż w umowie o pracę (a nawet całkowicie) uzależnić wysokość wynagrodzenia od realizacji zadań lub osiągnięcia określonych wyników, jest również dopuszczalne całkowite wyłączenie z wynagrodzenia składników stałych (Prusinowski 2012, 37).

W odróżnieniu od pracownika, zleceniobiorca nie wykonuje pracy pod kierownictwem oraz w miejscu i czasie ściśle określonym, ale co do zasady samodzielnie decyduje o sposobie wykonania czynności. Zakres tej samodzielności jest wyznaczany przez treść umowy, wskazówki dającego zlecenie oraz cel i charakter podejmowanych czynności (Drapała 2013). W wyroku z 11.09.2013 r. (II PK 372/12, OSNP 2014/6/80) SN orzekł, że w umowie zlecenia mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, choć nie takie same jak w zależności właściwej dla stosunku pracy. Nie może jednak występować sytuacja, gdy zleceniobiorca przy wykonywaniu usługi pozostaje pod permanentnym kierownictwem zleceniodawcy, udzielającym mu szczegółowych poleceń co do sposobu wykonywania czynności (Prusinowski 2012, 65–66).

W przypadku umowy o pracę wynagrodzenie jest koniecznym elementem umowy i pracownik nie może zrzec się prawa do wynagrodzenia ani przenieść

tego prawa na inną osobę (art. 84 ustawy z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy, Dz.U. z 2018 r., poz. 917 ze zm.). Zlecenie natomiast jest co do zasady odpłatne, ale z umowy lub okoliczności sprawy może wynikać, że przyjmujący zlecenie zobowiązał się wykonać je bez wynagrodzenia (art. 735 § 1 Kodeksu cywilnego). W sytuacji braku odmiennej umowy lub obowiązującej taryfy należy się „wynagrodzenie odpowiadające wykonanej pracy”. Trzeba wskazać, że w obrocie gospodarczym, gdy zleceniodawca wykonuje zlecenie w ramach działalności zawodowej, zlecenie w zasadzie zawsze ma charakter odpłatny. Nieodpłatne umowy zlecenia natomiast występują np. w stosunkach rodzinnych, sąsiedzkich czy wśród bliskich znajomych i dotyczą pomocy w sprawach życia codziennego.

W przypadku pracownika obowiązek osobistego świadczenia pracy ma charakter bezwzględny, a powierzenie wykonywania jakichkolwiek obowiązków pracowniczych osobie trzeciej jest wykluczone. Zleceniobiorca co do zasady powinien wykonywać czynności osobiście, może jednak powierzyć wykonanie zlecenia osobie trzeciej, jeżeli jest to przewidziane w umowie lub wynika ze zwyczaju albo gdy jest do tego zmuszony przez okoliczności (art. 738 Kodeksu cywilnego). W przypadku takim obowiązany jest zawiadomić niezwłocznie dającego zlecenie o osobie i o miejscu zamieszkania swego zastępcy i w razie zawiadomienia odpowiedzialny jest tylko za brak należytej staranności w wyborze zastępcy. Należy podkreślić, że z „powierzeniem wykonania zlecenia osobie trzeciej” mamy do czynienia w sytuacji, gdy zleceniobiorca zleca czynności stanowiące przedmiot zlecenia innej osobie w taki sposób, że zastępca samodzielnie decyduje o sposobie oraz przebiegu ich wykonania. Zleceniobiorca może natomiast co do zasady posługiwać się przy wykonaniu zlecenia pomocnikami lub podwykonawcami pozostającymi pod jego kontrolą i nadzorem, chyba że sprzeciwia się temu właściwość świadczenia, np. konieczność zachowania poufności informacji koniecznych do wykonania zlecenia (Drapała 2013).

Moim zdaniem nie jest możliwe korzystanie z pomocy podwykonawcy czy pomocnika np. w przypadku usług polegających na sprawowaniu opieki nad dzieckiem z uwagi na to, że jest to umowa oparta na szczególnym zaufaniu do osoby opiekuna. Status prawny zastępców, podwykonawców i pomocników z punktu widzenia przepisów ubezpieczeniowych jest dyskusyjny.

Obecnie zleceniobiorcy podlegają obowiązkowo ubezpieczeniu emerytalnemu, rentowemu i wypadkowemu (art. 6 i art. 12 SysUbSpołU), ubezpieczenie chorobowe jest natomiast dobrowolne (art. 14 SysUbSpołU). Możliwość przystąpienia do dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego jest jednak uwarunkowana istnieniem obowiązku ubezpieczenia emerytalnego i rentowego. Z ubezpieczenia tego nie mogą zatem skorzystać ci zleceniobiorcy, którzy nie są objęci ubezpieczeniami obowiązkowymi z uwagi na posiadanie innego tytułu ubezpieczenia, jak również uczniowie i studenci do ukończenia 26 lat (art. 6 ust. 4 SysUbSpołU). Objęcie zleceniobiorców dobrowolnym, a nie obowiązkowym ubezpieczeniem chorobowym jest uzasadnione specyfiką pracy wykonywanej na podstawie umowy

zlecenia, a przede wszystkim brakiem bezwzględneho obowiązku osobistego jej wykonywania. Czasowa niezdolność do pracy zleceniobiorcy nie musi oznaczać utraty dochodu, ponieważ nie jest on podporządkowany w takim stopniu jak pracownik i może dostosować sposób wykonywania pracy do ograniczeń wynikających z choroby. Może również korzystać z pomocy innych osób oraz z zastępców.

Dodatkowo należy wskazać, że w przypadku zlecenia może wystąpić wielość podmiotów zarówno po stronie dającego, jak i przyjmującego zlecenie, co nie może mieć miejsca przy umowie o pracę, gdzie po każdej ze stron może występować tylko jeden podmiot.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 4 SysUbSpołU, ubezpieczeniem społecznym objęte są również osoby współpracujące ze zleceniobiorcami. Za osobę współpracującą uważa się małżonka, dzieci własne, dzieci drugiego małżonka i dzieci przysposobione, rodziców, macochę i ojczyma oraz osoby przysposabiające, jeżeli pozostają ze zleceniobiorcą we wspólnym gospodarstwie domowym i współpracują przy wykonywaniu umowy zlecenia (art. 8 ust. 11 SysUbSpołU).

Przenosząc to pojęcie na grunt prawa cywilnego, można przyjąć, że wykonywanie zlecenia z pomocą osoby współpracującej nie oznacza powierzenia zlecenia osobie trzeciej, ale jest równoznaczne z posługiwaniem się przy wykonaniu zlecenia pomocnikiem lub podwykonawcą pozostającym pod kontrolą i nadzorem zleceniobiorcy. Dopuszczalność korzystania z pomocy osoby współpracującej zależy od treści umowy zlecenia i okoliczności konkretnej sprawy. Istotne jest to, że nie ma żadnego stosunku prawnego pomiędzy zleceniodawcą a osobą współpracującą. Zleceniobiorca nie musi powiadamiać zleceniodawcy o fakcie współpracy i sam ponosi odpowiedzialność za wykonanie całości zlecenia¹.

Konstrukcja osoby współpracującej upodabnia ubezpieczenie społeczne zleceniobiorców do ubezpieczenia społecznego przedsiębiorców, choć ustawodawca zróżnicował zasady w zakresie obliczania i finansowania składek dla osób współpracujących w obu tych przypadkach. Dla współpracujących z przedsiębiorcami podstawą wymiaru składek jest zadeklarowana kwota, nie niższa niż minimalna podstawa dla przedsiębiorców, natomiast dla osób współpracujących ze zleceniobiorcami – zadeklarowana kwota, nie niższa niż minimalne wynagrodzenie (art. 18 ust. 7 SysUbSpołU).

Składki na ubezpieczenia społeczne osób współpracujących z przedsiębiorcą finansuje w całości płatnik – czyli przedsiębiorca, natomiast składki na ubezpieczenia społeczne osób współpracujących ze zleceniobiorcami są finansowane w odpowiednich częściach przez płatnika i ubezpieczonego, na takich samych zasadach jak składki pracownicze (art. 16 ust. 1 pkt 9 SysUbSpołU). Takie rozwiązanie budzi wątpliwości, ponieważ przy współpracy nie mamy do czynienia

¹ W poprzednio obowiązujących przepisach osoba współpracująca ze zleceniobiorcą była objęta ubezpieczeniem, jeżeli jednostka będąca zleceniodawcą wyraziła zgodę na współpracę – art. 29 ustawy z 19.12.1975 r. o ubezpieczeniu społecznym osób wykonujących pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia (Dz.U. z 1995 r. Nr 65, poz. 333 ze zm.).

z wynagrodzeniem, lecz ze wspólnym wypracowywaniem przychodu, który formalnie jest wypłacany zleceniobiorcy, ale wchodzi do wspólnego, rodzinnego budżetu (tak jak przy współpracy przy działalności gospodarczej). Nie wiadomo zatem, w jaki sposób osoba współpracująca miałaby finansować swoją część składek.

Ustawa systemowa nie zawiera jednoznacznego przepisu określającego, kto jest płatnikiem składek za osobę współpracującą ze zleceniobiorcą. W przypadku współpracy z osobą prowadzącą działalność gospodarczą jednoznacznie wskazano, że jest to osoba prowadząca działalność. W przypadku zleceniobiorców i osób współpracujących pozostaje ogólna formuła zawarta w art. 4 pkt 2 lit. a SysUbSpołU, zgodnie z którą płatnikiem jest „jednostka organizacyjna lub osoba fizyczna pozostająca z inną osobą fizyczną w stosunku prawnym uzasadniającym objęcie tej osoby ubezpieczeniami społecznymi”. O ile w przypadku zleceniobiorców nie budzi wątpliwości, że taką jednostką czy osobą jest zleceniodawca, o tyle w przypadku osób współpracujących ze zleceniobiorcami trudno określić płatnika na podstawie przytoczonej definicji.

Z zasad logiki wynika, że płatnikiem, a zatem osobą zobowiązaną do zgłoszenia osoby współpracującej do ubezpieczeń oraz do naliczania i opłacania składek jest zleceniobiorca (a nie zleceniodawca) – analogicznie jak przy współpracy przy prowadzeniu działalności gospodarczej. Trudno jednak wskazać stosunek prawny, jaki łączy zleceniobiorcę z osobą współpracującą, skoro podstawą powstania obowiązku ubezpieczenia w przypadku osób współpracujących nie jest czynność prawna, ale faktyczna współpraca (wyrok SA w Gdańsku z 19.10.2015 r., II AUa 766/15, LEX nr 1842220).

Nie jest możliwe ustalenie, czy w praktyce jest w ogóle stosowana konstrukcja współpracy przy wykonywaniu umowy zlecenia, ponieważ w Portalu Statystycznym ZUS osoby współpracujące są wykazywane łącznie ze zleceniobiorcami (choć są zgłaszane do ubezpieczeń z odrębnym kodem, więc ich wyodrębnienie nie byłoby trudne). Brakuje jednak jakiegokolwiek orzecznictwa w tej kwestii – przy bogatym orzecznictwie dotyczącym innych tytułów ubezpieczenia, w tym współpracy przy prowadzeniu działalności gospodarczej – co pozwala przypuszczać, że konstrukcja współpracy ze zleceniobiorcą jest wykorzystywana w praktyce w znikomym stopniu (o ile w ogóle).

Jak już było wspomniane, w Kodeksie cywilnym przewidziana jest możliwość występowania wielości podmiotów zarówno po stronie dającego, jak i przyjmującego zlecenie (art. 745 Kodeksu cywilnego). W sferze ubezpieczeń społecznych taka sytuacja może powodować trudności w określeniu praw i obowiązków poszczególnych podmiotów.

Jeżeli więcej niż jeden podmiot jest zleceniodawcą, a zleceniobiorcą jest osoba fizyczna, to w zasadzie zleceniobiorca powinien zostać zgłoszony do ubezpieczeń społecznych przez obydwu zleceniodawców, a kwota wynagrodzenia stanowiąca podstawę wymiaru składek powinna zostać „podzielona” pomiędzy

obu zleceniodawców w zależności od tego, w jakiej części każdy z nich pokrywa wynagrodzenie zleceniobiorcy.

Jeżeli po stronie zleceniobiorcy występuje więcej niż jedna osoba fizyczna, to każda z tych osób posiada własny tytułu ubezpieczenia, a podstawę wymiaru składek stanowi wynagrodzenie przypadające każdemu zleceniobiorcy w wyniku podziału kwoty wypłaconej przez zleceniodawcę. Należy wskazać, że w takiej sytuacji każdy zleceniobiorca ma prawo do minimalnej stawki godzinowej – art. 8a ust. 3 ustawy z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 2008 ze zm.). Zasada ta ma zapewne zapobiec omijaniu przepisów o minimalnej stawce godzinowej poprzez fikcyjne zawieranie umowy z kilkoma zleceniobiorcami.

Zleceniobiorca może również przy wykonywaniu umowy posługiwać się pomocnikami i podwykonawcami, chyba że co innego wynika z umowy. Jak już było wspomniane, pomocnik i podwykonawca może być osobą współpracującą ze zleceniobiorcą, jeśli spełnia warunki wskazane w art. 8 ust. 11 ustawy systemowej. Wówczas obowiązek ubezpieczenia powstaje z mocy prawa z chwilą rozpoczęcia współpracy i trwa do chwili jej zakończenia. W innym przypadku mamy do czynienia z dwoma odrębnymi stosunkami prawnymi: umową zlecenia pomiędzy zleceniodawcą a zleceniobiorcą oraz umową (niekoniecznie zlecenia) pomiędzy zleceniobiorcą a podwykonawcą lub pomocnikiem.

Posługiwanie się przy wykonywaniu umowy pomocnikami i podwykonawcami nie wpływa, moim zdaniem, na obowiązek ubezpieczenia społecznego zleceniobiorcy. Osoby te bowiem pracują pod kontrolą i nadzorem zleceniobiorcy. Zleceniobiorca nadal wykonuje pracę na podstawie umowy zlecenia, tyle że jego praca polega na organizowaniu i nadzorowaniu pracy pomocników lub podwykonawców. Podstawą wymiaru składek na ubezpieczenie zleceniobiorcy jest wynagrodzenie wypłacone mu przez zleceniodawcę, bez znaczenia jest w tym przypadku kwestia rozliczeń pomiędzy zleceniobiorcą a pomocnikami lub podwykonawcami. Z kolei zleceniobiorca może być zleceniodawcą dla pomocnika lub podwykonawcy, o ile łącząca ich umowa jest umową, o której mowa w art. 734 lub art. 750 Kodeksu cywilnego, a wówczas pomocnik lub podwykonawca podlega z tytułu tej umowy ubezpieczeniom społecznym².

Inna sytuacja występuje w przypadku, gdy zleceniobiorca powierza zastępcze wykonanie zlecenia osobie trzeciej, zwanej zastępcą lub substytutem. Zastępca wykonuje bowiem zlecenie nie obok, ale zamiast zleceniobiorcy. Zleceniobiorca powinien powiadomić zleceniodawcę o osobie substytutu i jego miejscu zamieszkania (art. 738 § 1 zdanie drugie Kodeksu cywilnego), a zastępcę powinien poinformować o okolicznościach, w jakich zlecenie jest wykonywane, a także o dotychczasowych wskazówkach co do prowadzenia sprawy, udzielonych przez

² Oczywiście, o ile nie będzie miał innego tytułu ubezpieczenia wyłączającego obowiązek ubezpieczenia.

zleceniodawcę. W razie niedochowania przez zastępcę należytej staranności dający zlecenie może dochodzić naprawienia szkody bezpośrednio od zastępcy. Dający zlecenie nie odpowiada natomiast wobec zastępcy za zapłatę należnego mu wynagrodzenia (wyrok SN z 19.08.1971 r., I CR 300/71, OSNCP 1972, nr 4, poz. 70). W przypadkach ustanowienia zastępcy natomiast, pomimo braku przesłanek z art. 738 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego (tzw. niedozwolona substytucja) lub niedokonania zawiadomienia, przyjmujący zleceniodawca odpowiada za działania i zaniechania substytutu jak za własne (art. 474 Kodeksu cywilnego).

W praktyce zdarza się, że zleceniobiorcy korzystają z zastępstwa w przypadku niezdolności do wykonywania pracy spowodowanej chorobą, w szczególności gdy nie są objęci ubezpieczeniem chorobowym lub nie chcą korzystać ze zwolnień lekarskich z obawy przed utratą źródła utrzymania. Często czynią to wbrew postanowieniom umowy zlecenia, która wyraźnie przewiduje obowiązek osobistego wykonywania pracy, lub nie informują zleceniobiorcy o tym, że faktycznie pracę świadczy inna osoba. Zastępca z reguły jest członkiem rodziny i pomaga zleceniobiorcy nieodpłatnie. Z kolei zleceniodawcy z reguły tolerują fakt niedozwolonej substytucji, zwłaszcza gdy praca wykonywana jest w „terenie”, tj. poza siedzibą zleceniobiorcy, a jej wykonywanie nie wymaga dostępu do informacji poufnych (np. rozlepianie plakatów, ogłoszeń itp.). Zleceniobiorcę na ogół interesuje bowiem tylko to, aby zadania zostały wykonane, a nie to, przez kogo są wykonywane.

Rozważmy, jakie skutki w sferze ubezpieczeń społecznych wywiera powierzenie wykonania zlecenia osobie trzeciej. W myśl art. 13 pkt 2 ustawy systemowej, zleceniobiorcy podlegają obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym od dnia oznaczonego w umowie jako dzień rozpoczęcia jej wykonywania do dnia rozwiązania lub wygaśnięcia tej umowy. Zatem dla celów ustalenia obowiązku ubezpieczenia nie ma znaczenia, czy umowa jest faktycznie wykonywana i przez kogo jest wykonywana. Z tego wynika, że powierzenie wykonywania zlecenia osobie trzeciej nie ma wpływu na sytuację prawną zleceniobiorcy w sferze ubezpieczeniowej. Nie można przyjąć, że substytut wchodzi w miejsce zleceniobiorcy i że wykonywanie pracy powierzonej mu przez zleceniobiorcę stanowi dla zastępcy tytuł do ubezpieczenia. Nie ma bowiem odrębnej umowy zlecenia pomiędzy zleceniodawcą a substytutem. Wynagrodzenie formalnie wypłacane jest zleceniobiorcy, choć może ono być następnie przekazywane w całości lub w części zastępcy. Wynagrodzenie to stanowi podstawę wymiaru składek opłacanych za zleceniobiorcę.

Można w tym miejscu dostrzec sprzeczność pomiędzy art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy systemowej, który stanowi, że ubezpieczeniom podlegają osoby wykonujące pracę na podstawie umowy agencyjnej lub umowy zlecenia, a zacytowanym powyżej art. 13 pkt 2 ustawy systemowej, w którym powstanie i ustanie obowiązku ubezpieczenia zostało powiązane z samym istnieniem umowy oraz określoną w niej datą rozpoczęcia pracy, niezależnie od tego, czy praca została faktycznie podjęta przez daną osobę oraz jak długo była wykonywana. Biorąc pod uwagę sam

art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy systemowej, można postawić tezę, że „martwa” umowa zlecenia, tj. taka, która nie jest faktycznie wykonywana, ale nie została formalnie rozwiązana, nie stanowi tytułu ubezpieczenia³. Przy takim założeniu powierzenie wykonywania umowy zastępcy powodowałoby ustanie tytułu ubezpieczenia zleceniobiorcy, ponieważ byłoby równoznaczne z zaprzestaniem wykonywania przez niego pracy na podstawie tej umowy. Takiemu stanowisku przeczy jednak treść powołanego art. 13 pkt 2 ustawy systemowej.

Problem „martwych” umów zlecenia nabiera szczególnego znaczenia w przypadku ubiegania się o zasiłek chorobowy po ustaniu ubezpieczenia przez osoby, które w przeszłości zawarły umowę zlecenia, zaprzestały jej wykonywania, ale nie doszło do rozwiązania tej umowy. Formalnie bowiem umowa ta stanowi tytuł ubezpieczenia chorobowego i uniemożliwia uzyskanie zasiłku chorobowego z innego tytułu (np. zatrudnienia), który ustał (art. 13 z ustawy dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa – Dz.U. z 2017 r., poz. 1368 ze zm.). Należy podkreślić, że w art. 746–748 Kodeksu cywilnego wskazano sposoby rozwiązania umowy zlecenia oraz okoliczności powodujące jej wygaśnięcie. Przepisy te nie przewidują wygaśnięcia umowy w wyniku jej niewykonywania *per facta concludentia*. W wyroku z 17.06.2008 r. (I UK 402/07, OSNP 2009/21–22/297) Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że dopiero wykonywanie pracy na podstawie umowy zlecenia – a nie tylko zawarcie umowy – stwarza obowiązek ubezpieczenia emerytalnego i rentowego lub możliwość wyboru tego tytułu ubezpieczenia. Wyrok ten zapadł jednak na tle szczególnej sytuacji faktycznej – umowa zlecenia została uznana za pozorną czynność prawną, która nie mogła stanowić tytułu do objęcia ubezpieczeniem społecznym, ponieważ jej rzeczywistym celem było skorzystanie przez zleceniobiorcę z możliwości opłacania składek na ubezpieczenia niższych niż z tytułu prowadzonej jednocześnie działalności gospodarczej. Kwestia „martwych” umów zlecenia (niebędących umowami pozornymi) nie została zatem do tej pory rozstrzygnięta w orzecznictwie.

Wracając do problemu powierzenia, należy rozważyć szczególną sytuację, gdy zleceniobiorca przebywając na zwolnieniu lekarskim, powierza wykonanie zlecenia zastępcy, a sam pobiera zasiłek chorobowy. Jak się wydaje, takiego zachowania nie można kwalifikować w kategoriach art. 17 ustawy zasiłkowej jako okoliczności powodującej utratę prawa do zasiłku chorobowego. Podstawą do pozbawienia prawa do zasiłku chorobowego w świetle wskazanego przepisu jest osobiste wykonywanie pracy przez zleceniobiorcę, a nie sam fakt otrzymywania wynagrodzenia. Ryzyko ubezpieczeniowe w takim przypadku polega na utracie dochodu spowodowanej koniecznością przekazania całości lub części wynagrodzenia – uzyskanego z tytułu czynności wykonanych w okresie choroby

³ Należy odróżnić „martwą” umowę zlecenia od umowy pozornej, tj. takiej umowy, która z założenia nie miała być wykonywana.

zleceniobiorcy – osobie, która wykonała te czynności zamiast niego. Okoliczność, że zastępca jest osobą bliską, która pomaga zleceniobiorcy nieopłatnie, nie może rzutować na prawo zleceniobiorcy do świadczeń z ubezpieczenia społecznego. Jest to sytuacja analogiczna jak w przypadku osoby prowadzącej działalność gospodarczą, która w trakcie niezdolności do pracy spowodowanej chorobą może nadal uzyskiwać dochód z prowadzonej działalności, wykonując ją przez pracowników lub pełnomocników.

Osobną kwestią jest natomiast podleganie ubezpieczeniu społecznemu przez zastępcę. Będzie to uzależnione od treści umowy pomiędzy zleceniobiorcą a zastępcą. Moim zdaniem, nie jest wykluczone zakwalifikowanie tej umowy jako umowy zlecenia stanowiącej dla substytutu tytuł ubezpieczenia. W niektórych sytuacjach, np. w przypadku bardzo częstych zwolnień lekarskich zleceniobiorcy i wyręczenia go przez osoby bliskie spełniające warunki do uznania za osoby współpracujące, można rozważyć objęcie tych osób ubezpieczeniem jako osób współpracujących ze zleceniobiorcą.

W praktyce bywa, że umowę już z założenia wykonuje inna osoba niż będąca formalnie zleceniobiorcą – na przykład umowę zawiera osoba, która z uwagi na inny tytuł ubezpieczenia nie jest objęta z tytułu tej umowy ubezpieczeniem społecznym, a faktycznie pracę zamiast niej wykonuje inna osoba. W takiej sytuacji nie jest teoretycznie wykluczone wydanie przez ZUS decyzji obejmującej ubezpieczeniem społecznym faktycznego zleceniobiorcę. Umowę pomiędzy zleceniodawcą a fikcyjnym zleceniobiorcą można wówczas uznać za czynność pozorną i jako taką za bezwzględnie nieważną, stwierdzając jednocześnie istnienie umowy zlecenia pomiędzy zleceniodawcą a faktycznym wykonawcą umowy. Do tego konieczne jest jednak wykazanie zmywu pomiędzy osobami zainteresowanymi, tj. wykazanie, że zleceniodawca w chwili zawierania umowy wiedział, że nie będzie ona wykonywana przez zleceniobiorcę, ale przez inną osobę, a zgodnym zamiarem stron było uniknięcie lub zmniejszenie obciążeń z tytułu składek. Brak tej zmywu sprawia, że opisaną sytuację można rozpatrywać tylko w kategoriach niedozwolonej substytucji.

Problematyczna jest sytuacja, w której z powodu niedozwolonej substytucji zleceniodawca żąda od zleceniobiorcy zwrotu wypłaconego już wynagrodzenia, od którego naliczył i wykazał składki na ubezpieczenia społeczne. Do rozważenia pozostaje kwestia, czy zleceniobiorca może wówczas skorygować dokumenty rozliczeniowe, wykazując „zerową” podstawę wymiaru składki i zażądać od ZUS zwrotu nadpłaconych składek.

Moim zdaniem, powyższe problemy wymagają interwencji ustawodawcy. Należy uregulować sytuację prawną w zakresie ubezpieczeń społecznych pomocników, podwykonawców i zastępców, a także sytuację zleceniobiorcy, który przy wykonywaniu umowy został zastąpiony przez substytut. Przemyślenia wymaga również konstrukcja osoby współpracującej przy wykonywaniu umowy zlecenia.

BIBLIOGRAFIA

- Babińska-Górecka, Renata. 2015. „Ewolucja treści ryzyka socjalnego osób „zatrudnionych” na podstawie umów cywilnoprawnych w ubezpieczeniu społecznym”. W *Umowy cywilnoprawne w ubezpieczeniach społecznych*. Red. nauk. Marzena Szablowska-Juckiewicz, Monika Wala-chowska, Jacek Wantoch-Rekowski. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Drapała, Przemysław. 2013. „Komentarz do art. 734 Kodeksu cywilnego”. W *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*. Red. Jacek Gudowski. Warszawa: LexisNexis.
- Prusinowski, Piotr. 2012. *Umowne podstawy zatrudnienia*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Joanna Ceglarska-Józwiak

**CONTRACTOR’S SPECIFIC PROBLEMS OF SOCIAL INSURANCE
IN THE CONTEXT OF THE LACK OF THE CONTRACTOR’S
OBLIGATION TO PERSONALLY PROVIDE WORK**

Abstract. The article presents contractor’s specific problems of social insurance resulting from the lack of the contractor’s absolute obligation to provide work on a personal basis. The analysis covers some situations in which the contractor provides a service through a third party or the contractor is substituted by a third party. Discussed are the effects of using by the contractor the help of other persons in the sphere of social insurance for the contractor themselves and their assistant, subcontractor or replacement. The design of the person cooperating in the performance of the contract for services has also been discussed.

Keywords: social insurance, contractor, contract of employment, civil-law contract.

*Bartosz Soloch**

JAK CHRONIĆ PRAWA PODSTAWOWE WŁASNYCH OBYWATELI W SYTUACJI PRYMATU PRAWA UNIJNEGO? GARŚĆ REFLEKSJI NA KANWIE ORZECZNICTWA FSK I TSUE DOTYCZĄCEGO EUROPEJSKIEGO NAKAZU ARESztOWANIA (ENA)¹

Streszczenie. Orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (FSK) z 14 grudnia 2015 r. w sprawie *Identitätskontrolle* ma kluczowe znaczenie dla rozumienia granic możliwości ochrony krajowych praw podstawowych w Unii Europejskiej. FSK *de facto* przeprowadził w nim kontrolę zgodności wynikającego z prawa Unii Europejskiej obowiązku bezwarunkowego wykonania Europejskiego Nakazu Aresztowania (ENA) z konstytucyjnymi gwarancjami ochrony prawa do godności, ostatecznie jednak dochodząc do wniosku, że gwarancje konstytucyjne zasadniczo pokrywają się z unijnymi. Wydając swoje orzeczenie, choć było ono ewidentnie różne od dotychczasowego orzecznictwa TSUE na temat ENA, FSK stwierdził brak potrzeby zadania pytania prejudycjalnego. Pomimo to, w ewidentny sposób orzeczenie to wpłynęło na późniejszy rozwój orzecznictwa TSUE, przede wszystkim na wyrok w sprawie *Aranyosi i Căldăraru*. Ponadto wydaje się, że w znacznym stopniu wpłynęło ono także na dalszą dynamikę relacji pomiędzy krajowymi sądami konstytucyjnymi a TSUE w zakresie ochrony praw podstawowych. Tym samym można nawet posunąć się do stwierdzenia, że ma ono kluczowe znaczenie dla zrozumienia dynamiki procesu dialogu sądowego wewnątrz UE.

Słowa kluczowe: tożsamość konstytucyjna, kontrola tożsamości, dialog międzysądowy, prawa podstawowe, system multicytryczny.

1. WSTĘP

Przedmiotem niniejszego tekstu będzie refleksja na temat tego, w jaki sposób sądy krajowe mogą starać się zagwarantować poziom ochrony praw podstawowych wymagany przez konstytucje krajowe w unijnym wielopoziomym systemie prawa. Za główny punkt odniesienia dla rozważań posłuży postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego (FSK) 2 BvR 2735/14 z 14 grudnia 2015 r.² (postanowienie *Identitätskontrolle*)³ dotyczące zgodności mechanizmu

* Uniwersytet Łódzki, Katedra Europejskiego Prawa Konstytucyjnego, bartosz.soloch@gmail.com

¹ Poglądy wyrażone w artykule należy traktować jako prywatne poglądy autora.

² Orzeczenie dostępne jest na oficjalnej stronie FSK, <https://www.bundesverfassungsgericht.de>.

³ Należy podkreślić, że z jednej strony wyrok nie doczekał się dogłębnej analizy w literaturze polskiej, z drugiej, jak się wydaje, funkcjonuje jako sztandarowy przykład orzecznictwa krajowego

Europejskiego Nakazu Aresztowania (ENA) z wynikającą z niemieckiej konstytucji zasadą uzależnienia wymierzenia kary od indywidualnie dowiedzionej winy. Powyższe orzeczenie należy uznać za niezwykle interesujące z co najmniej kilku względów. Po pierwsze, jak się wydaje, był to pierwszy przypadek orzeczenia krajowego sądu konstytucyjnego, w którym, przynajmniej w pewnym zakresie, uczyniono użytek z przysłowiowej wiszącej na ścianie strzelby, tj. kontroli zgodności regulacji unijnych z krajowymi prawami podstawowymi wchodzącymi w zakres tożsamości konstytucyjnej. Po wtóre, interesujące może być z jednej strony przesłedzenie, w jaki sposób wspomniane orzeczenie mogło wpłynąć na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z 5 kwietnia 2016 r. w połączonych sprawach C-404/15 *Aranyosi i Căldăraru*⁴, z drugiej umiejscowienie go w szerszym kontekście dialogu sądowego prowadzonego pomiędzy FSK a TSUE. Wreszcie owocna może być refleksja nad jego znaczeniem dla innych państw członkowskich UE, w tym Rzeczypospolitej Polskiej. Struktura tekstu będzie podporządkowana zarysowanemu wyżej przedstawieniu problemu.

Wydaje się, że postanowienie *Identitätskontrolle* stanowi przykład udanej ochrony krajowej tożsamości konstytucyjnej. FSK udało się, swoją asertywną postawą, wymóc na TSUE korektę jego wcześniejszego orzecznictwa i „rozszerzenie” systemu opartego na wzajemnym zaufaniu pomiędzy państwami członkowskimi; jednocześnie jednak FSK w kolejnych orzeczeniach nie doprowadził do rezygnacji przez niemieckie sądy z automatyzmu działania ENA. Ponadto sam FSK nie zrezygnował z dalszego zadawania pytań prejudycjalnych w kontrowersyjnych sprawach. Wreszcie, jak się wydaje, wyrok FSK wpłynął zarówno na zwiększenie gotowości do dialogu po stronie sądów konstytucyjnych, jak również samego TSUE, co może mieć dalekosiężne konsekwencje dla funkcjonowania systemu sądowego UE.

2. OMÓWIENIE POSTANOWIENIA FSK 2 BVR 2735/14 Z 15 GRUDNIA 2015 R.

Postanowienie FSK *Identitätskontrolle* dotyczy skargi konstytucyjnej skierowanej przez obywatela amerykańskiego (R.) przeciwko postanowieniu Wyższego Sądu Krajowego (*Oberlandesgericht*) w Düsseldorfie⁵, który stwierdził wykonalność ENA wystawionego przeciwko skarżącemu przez prokuraturę przy Sądzie Apelacyjnym we Florencji. W jej efekcie FSK stwierdził, że wykonanie ENA w sytuacji, w której został on skazany zaocznie przy pozbawieniu realnych gwarancji prawa do obrony, byłoby sprzeczne z prawami podstawowymi zawartymi

odnoszącego się do problematyki rozgraniczenia pomiędzy krajowymi a europejskimi prawami podstawowymi (zob. przykładowo Bárd 2018, 9–10; van der Mei 2017, 884).

⁴ Dalej: wyrok *Aranyosi*.

⁵ Postanowienie Wyższego Sądu Krajowego w Düsseldorfie z 7 listopada 2014 w sprawie III – 3 Ausl 108/14.

w UZ RFN. Dochodząc do wniosku, że w takiej sytuacji sądy niemieckie miałyby obowiązek niestosowania prawa UE, ostatecznie jednak uznał, że nie jest konieczne sięganie po aż tak drastyczne środki, ponieważ w takiej sytuacji wykonaniu ENA na przeszkodzie stoją również unijne prawa podstawowe.

Sąd Apelacyjny we Florencji skazał skarżącego zaocznie na 30 lat więzienia za udział w zorganizowanej grupie przestępczej. Z materiałów przekazanych przez florencką prokuraturę wynikało, że w odróżnieniu od postępowania pierwszoinstancyjnego, w przypadku postępowania o uchylenie wyroku zaocznego włoska procedura karna przewidywała jedynie ograniczone środki odwoławcze (m.in. poważnych ograniczeń doznawały możliwości przedstawiania nowych dowodów). Ponadto z otrzymanych akt nie wynikało, jakoby R. był świadom toczącego się przeciwko niemu zaocznie postępowania, jak również aby był on reprezentowany przed sądem włoskim przez profesjonalnego pełnomocnika.

Skarżący podniósł w swojej skardze konstytucyjnej trzy zarzuty: (i) zarzut naruszenia prawa do obrony wynikającego z art. 1⁶, art. 2 ust. 1 i ust. 2 zd. 2⁷, art. 3⁸ i art. 103 ust. 1⁹ Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec¹⁰; (ii) zarzut naruszenia prawa do rzetelnego procesu (art. 2 ust. 1 w zw. z art. 20 ust. 3¹¹ UZ RFN i art. 6 ust. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności otwartej do podpisu w Rzymie 4 listopada 1950 r. ze zm. (EKPC) oraz (iii) zarzut naruszenia minimalnego standardu prawnomiędzynarodowego z art. 25 UZ RFN¹² i art. 6 ust. 3 EKPC.

Badając zarzuty podniesione przez skarżącego, FSK w pierwszej kolejności stwierdził, że w wypadku uprawdopodobnienia naruszenia prawa do obrony,

⁶ Art. 1 UZ RFN: (1) Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem wszelkich władz państwowych. (2) Naród niemiecki uznaje dlatego nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka za podstawę każdej społeczności ludzkiej, pokoju i sprawiedliwości na świecie. (3) Poniższe prawa podstawowe jako prawa bezpośrednio obowiązujące wiążą ustawodawstwo, władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości.

⁷ Art. 2 UZ RFN: (1) Każdy ma prawo do swobodnego rozwoju swojej osobowości, o ile nie narusza praw innych i nie wykracza przeciwko porządkowi konstytucyjnemu lub nakazom moralnym. (2) [...] Wolność osobista jest nienaruszalna [...].

⁸ Art. 3 UZ RFN: (1) Wszyscy ludzie są równi wobec prawa. (2) Mężczyźni i kobiety są równouprawnieni. Państwo wspiera rzeczywistą realizację równouprawnienia kobiet i mężczyzn oraz wpływa na usuwanie istniejących różnic. (3) Nikt nie może być dyskryminowany lub uprzywilejowany ze względu na płeć, urodzenie, rasę, język, ojczyznę i pochodzenie, wyznanie, poglądy religijne lub polityczne. Nikt nie może być dyskryminowany ze względu na swoją niepełnosprawność.

⁹ Art. 103 ust. 1 UZ RFN: Każdemu przysługuje prawo do wysłuchania przez sąd.

¹⁰ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland z 23.05.1949, BGBl. S 1 z późniejszymi zmianami, tłum. za: Staśkiewicz 2011 (dalej: UZ RFN).

¹¹ Art. 20 ust. 3 UZ RFN: Ustawodawstwo związane jest porządkiem konstytucyjnym, a władza wykonawcza i wymiar sprawiedliwości ustawami i prawem.

¹² Art. 25 UZ RFN: Ogólne zasady prawa międzynarodowego są częścią składową prawa federalnego. Mają one pierwszeństwo przed ustawami oraz tworzą prawa i obowiązki bezpośrednio dla mieszkańców terytorium Federacji.

będącego wyrazem godności ludzkiej zapisanej w art. 1 ust. 1 UZ RFN, z racji ciężaru gatunkowego nie znajdują zastosowania wypracowane we wcześniejszym orzecznictwie ograniczenia dla kontroli aktów prawa wtórnego w ramach „kontroli tożsamości” (*Identitätskontrolle*, nb. 34)¹³.

Odnosząc się do kwestii dopuszczalności badania przez FSK zgodności aktów prawa UE z UZ RFN, FSK podkreślił wprawdzie, że zgodnie z wcześniejszym orzecznictwem, zasadą jest zapewnianie pierwszeństwa prawu UE wobec prawa krajowego wynikające z art. 23 ust. 1 UZ RFN¹⁴, zakreślającego obowiązek działania przez RFN na rzecz wzmocnienia UE. Winno to się objawiać m.in. ochroną skuteczności prawa UE (nb. 37), która wymusza także zasadnicze pierwszeństwo stosowania prawa UE wobec UZ RFN (nb. 38). W związku z tym zakres kontroli konstytucyjności powinien być ograniczony do elementów aktów władz państwowych, w których mają one pozostawione luzy decyzyjne (*Gestaltungsspielraum*, nb. 39). Następnie jednak FSK zwrócił uwagę, że przekroczenie granic „tożsamości konstytucyjnej” jest przypadkiem szczególnym. Wiąże się ono z przekroczeniem granic konstytucyjnego wzorca „otwartej państwowości” (*Grenzen offener Staatlichkeit*) i tym samym stanowi działanie bezprawne, którego nie można uprawomocnić kreatywną interpretacją prawniczą (nb. 42). Kontrola może przybrać zarówno postać testu *ultra vires*, jak również postać testu *Solange* (tożsamości konstytucyjnej), przy czym niezależnie od przyjętej formuły, konsekwencją bardzo wąsko określanych przypadków „niezdania” testu będzie niestosowanie prawa UE przez FSK. Naruszenie testu *Solange* stwierdzić może wyłącznie FSK, działający m.in. wskutek złożonej skargi konstytucyjnej (nb. 43). W opinii FSK kontrola tożsamości jest zgodna z unijną zasadą lojalności, ponieważ konsekwencją pozycji państw członkowskich jako panów traktatów jest pozostawienie im swobody w wyborze sposobu na zapewnienie obowiązywania i pierwszeństwa prawu UE (nb. 44). Skutkiem tego, jeśli RFN w ściśle ograniczonych przypadkach

¹³ „Kontrola tożsamości” polega na badaniu przez FSK, czy stosowanie prawa UE nie naruszy obowiązków wynikających z przepisów UZ RFN, mających najbardziej podstawowe znaczenie dla ustroju Niemiec; chodzi tutaj o przepisy objęte tzw. klauzulą wieczności, obejmujące m.in. zasady demokracji i państwa prawnego, czy też godność ludzką, uznawaną za najbardziej fundamentalne prawo podstawowe. W odróżnieniu od „kontroli tożsamości”, kontrola *ultra vires* polega na badaniu przez sąd krajowy, czy organy UE nie przekroczyły kompetencji powierzonych im na mocy traktatów. Szerzej na temat pojęcia kontroli tożsamości konstytucyjnej, jego źródeł w UZ RFN i związków z prawem UE zob.: Callies 2016, 60 i n.; Bogdandy, Schill 2017.

¹⁴ Art. 23 ust. 1 UZ RFN: Dla urzeczywistnienia zjednoczonej Europy Republika Federalna Niemiec współdziała w rozwoju Unii Europejskiej, która jest zobowiązana do przestrzegania zasad demokracji, państwa prawnego, socjalnego i federacyjnego oraz zasady subsydiarności, i gwarantuje ochronę praw podstawowych w swej istocie porównywalną z niniejszą Ustawą Zasadniczą. W tym celu Federacja w drodze ustawy wymagającej zgody Bundesratu może przekazywać prawa suwerenne. Dla ustanowienia Unii Europejskiej, jak również w celu zmiany jej podstaw traktatowych i analogicznych regulacji, przez które niniejsza Ustawa Zasadnicza w swojej treści zostaje zmieniona lub uzupełniona, lub umożliwia takie zmiany i uzupełnienia, obowiązuje art. 79 ust. 2 i 3.

nie zastosuje prawa UE, nie naruszy to zasady przyjazności prawu europejskiemu wyrażonej w art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ RFN (nb. 45). Nie będzie to stanowiło również przeszkody dla zapewnienia skuteczności prawu UE; sytuacje odmowy jego zastosowania będą bardzo rzadkie z co najmniej dwu względów: skuteczności ochrony praw jednostki zapewnianej przez prawo UE, jak również obowiązku wykonywania przez FSK kontroli tożsamości w sposób przyjazny prawu UE (nb. 46). FSK podkreślił dodatkowo, że pogląd o możliwości ograniczenia wewnątrz krajowej skuteczności prawa UE przez krajowe konstytucje jest powszechnie akceptowany przez judykaturę państw europejskich (nb. 47). Kończąc swój wywód, FSK podkreślił, że gwarancja ochrony prawa do godności stanowi część tożsamości konstytucyjnej, która nie może podlegać relatywizacji (nb. 48–49).

W opinii FSK decyzja OLG przekraczała granice wyznaczone przez art. 1 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 1 zd. 3 i art. 79 ust. 3¹⁵ UZ RFN (nb. 51). Wykonanie decyzji sądu, nakazującego wykonanie ENA wystawionego przez władze włoskie, naruszałoby stanowiącą część prawa do godności gwarancję bycia osądzonym indywidualnie w oparciu o kryterium winy (nb. 52–55), ponieważ zgodnie z niemiecką konstytucją poszukiwanie winy musi odbywać się przy realnym poszanowaniu praw podstawowych i zapewnieniu możliwości obrony (nb. 56–61). Niemieckim sądom nie wolno zaś w żaden sposób przykładać ręki do naruszania godności przez inne państwa (nb. 62). Oznacza to, że niemieckie sądy muszą badać z urzędu, czy państwa przekazania zapewnią poszanowanie godności, zachowując przy tym należyta staranność (nb. 65–66). W związku z powyższym, pomimo zasadniczej akceptacji dla stojącej u podstaw ENA zasady wzajemnego zaufania, FSK stwierdził, że może być ona podważona w indywidualnych wypadkach, podobnie jak ma to miejsce w przypadku ekstradycji na podstawie umów międzynarodowych (nb. 68). Przy badaniu, czy zachodzą przesłanki do odmowy wykonania ENA, nie wystarczy jednak ogólne stwierdzenie możliwości naruszenia praw jednostki; realne prawdopodobieństwo naruszenia prawa do godności musi wynikać z konkretnych okoliczności danego wypadku (nb. 71). Domniemanie braku naruszenia godności poprzez przekazanie do innego państwa jest szczególnie silne w przypadku państw członkowskich UE. W odniesieniu do nich istnieje bowiem szczególnie domniemanie sprawności ich systemów ochrony praw człowieka, wynikające z konieczności spełniania kryteriów z art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE)¹⁶ i wiążących władze publiczne postanowień Karty Praw Podstawowych (KPP)¹⁷, konkretniej jej art. 51 ust. 1 (nb. 73). Owo domniemanie może być jednak wzruszone na podstawie okoliczności faktycznych konkretnego wypadku (nb. 74–75).

¹⁵ Art. 79 ust. 3 UZ RFN: Zmiana niniejszej Ustawy Zasadniczej, która naruszałaby podział Federacji na kraje związkowe, zasadnicze współdziałanie krajów w ustawodawstwie lub zasady określone w art. 1 i 20, jest niedopuszczalna (tzw. klauzula wieczności, *Ewigkeitsklausel*).

¹⁶ Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE C 202/1, 26/10/2012, s. 13.

¹⁷ Karta Praw Podstawowych, Dz.Urz. UE 2012 C 326/02, s. 391.

FSK nie negował, że do decyzji ramowej o ENA z reguły odnosi się zasada pierwszeństwa prawa UE, realizowana zwłaszcza przez mechanizm wykładni zgodnej (nb. 77). W związku z tym wykonania ENA można odmówić tylko we wskazanych w decyzji ramowej wypadkach, w szczególności nie można powoływać się na krajowe prawo konstytucyjne (nb. 78)¹⁸. Zgodnie z decyzją ramową odmówić wykonania ENA można tylko w wypadku naruszenia fundamentalnych wartości wymienionych w art. 6 ust. 1 TUE, zaś zasadą jest wzajemne zaufanie (nb. 81). FSK przypomniał również, że w sprawie *Melloni*¹⁹ TSUE zaznaczył, iż nie można uzależniać wykonania ENA od powtórzenia postępowania zakończonych wyrokiem zaocznym; w szczególności obowiązek taki nie wynika z art. 53 KPP (nb. 82). FSK stwierdził jednak, że powyższe nie zwalnia organów RFN z konieczności zapewnienia realizacji art. 1 ust. 3 UZ RFN, nawet wbrew prawu unijnemu (nb. 83).

Ostatecznie jednak FSK stwierdził, że w okolicznościach badanego przypadku nie było konieczne zanegowanie pierwszeństwa prawa UE, ponieważ wykonanie ENA naruszałoby także prawa podstawowe gwarantowane na poziomie unijnym (nb. 84). Zarówno historia i treść decyzji ramowej, jak również względy celowościowe (zwłaszcza wykładnia decyzji w świetle EKPC i orzecznictwa ETPC) wskazują bowiem na to, że nie miała ona na celu wyrażenia blankietowego uznania dla wydawanych przez państwa członkowskie wyroków zaocznych (nb. 86–90). FSK podkreślił, że samo prawo UE nie zezwala państwom członkowskim na partycypowanie w łamaniu praw człowieka (nb. 92), wywodząc stąd, że nie można interpretować ENA jako nakazującego łamanie wartości określonych w art. 6 ust. 1 TUE w sposób sprzeczny z treścią KPP (nb. 93–94). W odniesieniu do ENA art. 47 KPP wymaga, aby zagwarantowane środki odwoławcze były realne i efektywne, podobnie jak prawo do bycia wysłuchanym (nb. 97). W związku zaś z treścią art. 52 ust. 3 zd. 1 KPP, w opinii FSK w celu określenia standardu unijnego odnoszącego się do ENA konieczne jest odwołanie się do orzecznictwa ETPC na kanwie art. 6 EKPC (nb. 98–104). W konsekwencji FSK uznał, że KPP i EKPC w sposób jasny wymagają, aby sądy państwa goszczącego mogły zbadać, czy w wypadku przekazania nie dojdzie do naruszenia praw podstawowych i tej kompetencji sądu państwa wykonania nie można odczytywać jako zagrożenia dla spójności systemu ENA (nb. 106).

Kończąc swój wywód, FSK zwrócił uwagę, że powoduje to, iż tak dookreślone gwarancje unijne zasadniczo odpowiadają tym zawartym w art. 1 UZ RFN, w związku z czym nie ma potrzeby odwoływania się do pojęcia tożsamości konstytucyjnej, określonego w art. 4 ust. 2 zd. 1 TUE, w celu odmowy zastosowania prawa unijnego (nb. 107). Ostatecznie doprowadziło to FSK do uznania, że nie jest

¹⁸ FSK odwołując się w tym punkcie do wyroku TSUE w sprawie *Melloni*, nie omieszczał odnotować, że hiszpański trybunał zadający pytanie jednak zaznaczył, że pozostaje on uprawniony do badania konstytucyjności prawa UE.

¹⁹ Wyrok TSUE z 26 lutego 2013 r. w sprawie C-399/11 *Melloni*.

dopuszczalne wydanie skazanego na podstawie ENA w sytuacji, w której naruszałoby to wartości wskazane w art. 6 TUE (nb. 108). FSK analizując z punktu widzenia powyższych zasad rozstrzygnięcie sprawy dokonane przez OLG Düsseldorf, doszedł do wniosku, że wykonanie wystawionego przez władze włoskie ENA w konkretnych okolicznościach naruszałoby prawa podstawowe R. (nb. 109–124).

W akapicie kończącym orzeczenie FSK odniósł się do kwestii ewentualnego pytania prejudycjalnego, stwierdzając, że byłoby ono zbędne, zważywszy że powyższe wnioskowanie wynika w sposób oczywisty i jednoznaczny z aktów prawa unijnego i zastosowanie znajduje doktryna *acte clair* (nb. 125).

3. PODSTAWOWE ZAGADNIENIA

3.1. Prawo europejskie czy krajowe?

Poruszany w orzeczeniu temat kontroli prawa UE z punktu widzenia tożsamości konstytucyjnej leży na styku prawa europejskiego i konstytucyjnego, nic więc dziwnego, że w orzeczeniu istotna rola przypada zagadnieniu związku pomiędzy obydwojma porządkami prawnymi. Jak się wydaje, oceny zastosowania przez FSK prawa UE można dokonać na dwu zasadniczych poziomach: (i) bezpośrednich odwołań do prawa Unii i (ii) znaczenia prawa UE dla dokonanej wykładni konstytucji. FSK interpretując UZ RFN, jak się wydaje, w praktyce przyznał wartościom mającym swoje źródło w prawie krajowym pierwszeństwo wobec wywodzących się z prawa UE, tym samym faktycznie ograniczając jego skuteczność.

Jeżeli chodzi o wykładnię konstytucji RFN w świetle prawa unijnego, to opisując zasady jej wykonywania, FSK zasadniczo powtarza swoje wcześniejsze orzecznictwo, także to dotyczące „kontroli tożsamości”²⁰ Ciekawy jest sposób skonkretyzowania tych rozważań w odniesieniu do ENA; FSK dosyć szczegółowo przywołuje orzecznictwo TSUE dotyczące braku możliwości odmowy uznania ENA wskutek jego sprzeczności z krajowymi prawami podstawowymi, przy czym szczególna uwaga została poświęcona sprawie *Melloni*. Tym samym nie próbuje on ukryć istnienia pewnego napięcia między UZ RFN a prawem unijnym, tylko w sposób odważny pokazuje istnienie istotnych rozbieżności w orzecznictwie FSK i TSUE, zwracając uwagę, iż wynika z niego konieczność ochrony krajowych praw podstawowych. Nie zmienia to faktu, że pomimo powtarzanych sformułowań o konieczności wykładni UZ RFN w sposób przyjazny prawu UE, w ostatecznym rozrachunku FSK stawia wyraźne granice dla wykładni zgodnej, *de facto* odchodząc od niej. Nie wyciąga jednak z tych twierdzeń ostatecznych konsekwencji, FSK bowiem nie tyle orzeka o niemożności stosowania prawa UE sprzecznego

²⁰ Ogólne uwagi na temat kontroli tożsamości konstytucyjnej znaleźć można w: Callies 2016, 60 i n.

z UZ RFN, ile raczej stwierdza, że ograniczenia dla automatyzmu w stosowaniu ENA, analogiczne do tych wynikających z UZ RFN, zawarte są również w prawie pierwotnym UE.

Trafność wspomnianej analizy przeprowadzonej przez FSK może jednak budzić pewne wątpliwości. Niemiecki sąd, rekonstruując standard unijny mający być podstawą do dokonania wykładni decyzji ENA zgodnej z prawem pierwotnym (w jego opinii odpowiadający treści UZ RFN w interpretacji dokonanej przez FSK), w zasadzie nie odwoływał się już do orzecznictwa TSUE dotyczącego wzajemnego zaufania w kontekście ENA. To pominięcie, choć nie musi przesądzać o niepoprawności całego wyводу, to jednak z całą pewnością czyni go niepełnym i pod znakiem zapytania stawia w szczególności twierdzenia FSK na temat braku konieczności zwrócenia się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym.

Tym samym, jak się wydaje, FSK zdecydował się przeprowadzić zasadniczą ocenę proponowanych rozwiązań w trybie kontroli tożsamości konstytucyjnej, będącej tworem prawnego prawa konstytucyjnego (Burkhard 2016, 540), zaś późniejsza analiza prawa europejskiego miała charakter wtórny i służyła potwierdzeniu wniosków, do których prowadziło zastosowanie prawa krajowego. Powyższe działanie wydaje się w znacznej mierze logiczne – FSK bada zgodność ustaw z konstytucją (wykładaną, co prawda, co najmniej teoretycznie, w sposób przyjazny prawu europejskiemu), a nie z normami prawa UE, stąd też za w jakimś stopniu uzasadnione uznać można, że badanie zgodności z prawem Unii miało charakter niejako dodatkowy. Uwagę zwraca, że FSK nie odwołał się do pojęcia „tożsamości narodowej” z art. 4 ust. 2 TUE, chociażby w celu wzmocnienia argumentacji konstytucyjnej. Zamiast tego, niejako mimochodem, przytoczył dosyć problematyczne twierdzenie o uzasadnieniu mechanizmu „kontroli tożsamości” „wspólnymi tradycjami konstytucyjnymi państw członkowskich” z art. 6 ust. 3 TUE. Powyższe przemawia za uznaniem, że FSK przeprowadzając test „kontroli tożsamości”, odwoływał się zasadniczo do pojęć pochodzących z krajowego, a nie unijnego porządku prawnego.

Jak się wydaje, wybór taki był w pełni konsekwentny. Przede wszystkim odwołując się do unijnego pojęcia „tożsamości narodowej”, FSK stosowałby prawo UE i – wobec braku stosownego orzecznictwa – byłby zmuszony do zadania TSUE pytania prejudycjalnego, tak jak zrobił to włoski sąd konstytucyjny w sprawie *Taricco II* (zob. poniżej)²¹, czego w sposób ewidentny pragnął uniknąć. Jeżeli jednak wziąć pod uwagę niejasność standardu zawartego w art. 4 ust. 2 TUE, decyzja FSK wydaje się uzasadniona. Przede wszystkim niewiele było orzecznictwa TSUE odnoszącego się *expressis verbis* do pojęcia „tożsamości narodowej”. Pojawiało się ono się przed TSUE sporadycznie, w kontekście spraw dotyczących prawomocności ograniczeń dla swobód unijnych, takich jak sprawy

²¹ Orzeczenie włoskiego sądu konstytucyjnego 24/2017, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf [dostęp 10.06.2018].

*Sayn–Wittgenstein*²² czy *Michaniki*²³ (Koncewicz 2015, 203 i n.). Tym samym zasadne jest twierdzenie, że w szczególności w odniesieniu do prawa wtórnego (do którego zalicza się również ENA) TSUE nie dopracował się dotychczas choćby i bardzo ogólnych zasad ograniczania skuteczności prawa Unii ze względu na tożsamość konstytucyjną (Cloots 2015, 319 i n.). W rezultacie, zadając pytanie, FSK musiałby wykonać w pewnym sensie „krok w nieznaną”, zdając się przy tym wyłącznie na dobrą wolę TSUE. Tym samym można powiedzieć, że FSK świadomie zdecydował się na przyjęcie rozwiązania niegwarantującego pełnej skuteczności prawu UE.

3.2. Kwestia pytania prejudycjalnego

FSK w rozstrzyganej sprawie stwierdził, że dokonana przez niego zgodna z prawem pierwotnym wykładnia Decyzji Ramowej była tak oczywista, że zastosowanie powinna znaleźć doktryna *acte claire*. Stwierdzenie to jest jednak trudne do zaakceptowania. W tym miejscu można pokrótce przypomnieć zasady zadawania pytań prejudycjalnych do TSUE. W pierwszej kolejności trzeba przypomnieć, że mechanizmem pytań prejudycjalnych objęte są również krajowe sądy konstytucyjne (Schima 2015, 43). Zgodnie z wyrokiem *CLIFIT*²⁴, od obowiązku zadania pytania prejudycjalnego sąd, od którego orzeczenia nie przysługuje odwołanie, może odstąpić wyłącznie w dwu sytuacjach: jeżeli dana kwestia została dostatecznie opisana w orzecznictwie sądów unijnych (doktryna *acte éclairé*) lub też jej rozwiązanie jest jednoznaczne w świetle brzmienia unijnych przepisów (nb. 16–20). Tłem dla powyższych rozważań powinna być szczególna rola odgrywana przez pytanie prejudycjalne w systemie prawnym UE (Lenaerts, Maselis, Gutman 2014, 48 i n.). Sugerowałoby to, że FSK stosując doktrynę *acte éclairé*, powinien zachować znaczną powściągliwość i faktycznie wykazać, że sprawa doczekała się już gruntownego wyjaśnienia przez TSUE.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, trudno uznać zbycie przez FSK kwestii konieczności zadania pytania prejudycjalnego krótkim passusem o dostatecznie jasnym uregulowaniu problematyki wykładni ENA w prawie unijnym za satysfakcjonujące. Należy podkreślić, że zarówno sformułowanie przez FSK zasad ograniczania skuteczności ENA w imię ochrony konstytucyjnych praw podstawowych, jak również dokonana przez FSK wykładnia ENA w świetle unijnych praw podstawowych były co najmniej dyskusyjne z punktu widzenia wcześniejszego orzecznictwa TSUE, przy szczególnym uwzględnieniu sprawy *Melloni* (Taborowski 2016). Jest to tym bardziej widoczne, jeśli wziąć pod uwagę, że FSK w swoim wywodzie na temat rzekomej oczywistości podjętego rozstrzygnięcia

²² Wyrok TSUE z 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-208/09 *Sayn–Wittgenstein*.

²³ Wyrok TSUE z 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki*.

²⁴ Wyrok TSUE z 6 października 1982 r. w sprawie C-283/81 *CLIFIT*.

nie odniósł się szerzej do stanowiska TSUE w sprawie ENA (choć wcześniej powoływał to orzecznictwo, wskazując na różnicę pomiędzy standardem krajowym a konstytucyjnym). Tym samym, jak się wydaje, z punktu widzenia prawa unijnego, FSK uchybił obowiązkowi zadania pytania prejudycjalnego (Nowag 2016, 1450–1451).

Można zastanowić się, dlaczego FSK zrezygnował z szansy na zadanie TSUE pytania prejudycjalnego. W świetle treści całego orzeczenia można z dużym prawdopodobieństwem przyjąć, że zrobił to w pełni świadomie. Jak się wydaje, uzasadnienia dla takiej decyzji można szukać w orzecznictwie TSUE. Przede wszystkim bezpośrednio przed orzeczeniem *Identitätskontrolle* TSUE przynajmniej w dwu istotnych sprawach pokazał swoją asertywną postawę wobec krajowych sądów konstytucyjnych chcących zapewnić na gruncie prawa UE poszanowanie własnych praw podstawowych (odpowiedź na pytanie hiszpańskiego trybunału konstytucyjnego udzielona przez TSUE w wyroku z 26 lutego 2013 r. w sprawie C-399/11 *Melloni*; odpowiedź na pytanie włoskiego sądu konstytucyjnego zadane w sprawie *Taricco I*, opisana poniżej). Kolejną perspektywą, w której można rozważać omawiane orzeczenie, jest perspektywa dialogu pomiędzy FSK a TSUE prowadzonego z wykorzystaniem pytań prejudycjalnych. W tym kontekście perspektywa byłaby zakreślana z jednej strony przez przełomowe pytanie prejudycjalne zadane przez FSK w sprawie *OMT*²⁵, na które TSUE udzielił w wyroku *Gauweiler*²⁶ odpowiedzi ignorującej większość pytań i wątpliwości zgłaszanych przez FSK. W świetle powyższego decyzja o niezadaniu pytania staje się bardziej zrozumiała.

3.3. Dialog czy konflikt?

Gdyby próbować ująć sprawę w jednym zdaniu, kuszące byłoby stwierdzenie, że FSK *de facto* przeprowadził kontrolę regulacji unijnych z punktu widzenia tożsamości konstytucyjnej RFN, ubierając ją w szaty zwykłego stosowania prawa Unii Europejskiej, w postaci wykładni prawa wtórnego w świetle prawa pierwotnego, uchybiając przy tym obowiązkowi skierowania do TSUE pytania prejudycjalnego. Wydaje się jednak, że w rzeczywistości sprawa jest bardziej złożona. Przede wszystkim należy podkreślić, że problem, z którym skonfrontowany został FSK, nie był problemem urojonym, kwestia napięć pomiędzy automatyzmem ENA a prawami podstawowymi gwarantowanymi przez konstytucje państw członkowskich jest jednym z najtrudniejszych tematów interakcji pomiędzy prawem krajowym a europejskim. Przynajmniej w chwili wyrokowania przez FSK, zwłaszcza w świetle wyroku TSUE *Melloni*, trudno było uznać, że unijne

²⁵ Postanowienie FSK z 14 stycznia 2014 r. w sprawie 2 BvR 2728/13 *OMT*, dostępne na stronie https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/01/rs20140114_2bvr272813.html.

²⁶ Wyrok TSUE z 16 czerwca 2015 r. w sprawie C-62/14 *Gauweiler*.

prawa pozwalały na jego rozwiązanie w sposób zapewniający pełne poszanowanie gwarancji konstytucyjnych. Jednocześnie należy jednak podkreślić, że FSK chroniąc krajowe prawa podstawowe, wykonując przy tym niekiedy karkołomne operacje prawnicze polegające na interpretacji unijnego standardu ochrony praw podstawowych w sposób tożsamy z postanowieniami UZ RFN, cały czas starał się zachować przestrzeń do późniejszych interakcji pomiędzy prawem unijnym a prawem krajowym bez jednoczesnego naruszania unijnych reguł gry, czy to przez otwarte odrzucenie prawa unijnego jako naruszającego krajową konstytucję, czy też w drodze wymuszonego odwołania się do koncepcji traktatowej „tożsamości narodowej”. W szczególności w swoim postanowieniu FSK nie zawarł postanowień ograniczających możliwość składania przez sądy niemieckie pytań prejudycjalnych do TSUE, np. poprzez wprowadzenie proceduralnego obowiązku kierowania, w sytuacji możliwości konfliktu pomiędzy prawem konstytucyjnym a prawem UE, pytań w pierwszej kolejności do krajowego sądu konstytucyjnego. Co więcej, jak będę się starał wykazać poniżej, FSK i TSUE tę przestrzeń w pełni wykorzystały, przez co omawiany wyrok FSK może być interpretowany jako głos w ramach dialogu sądowego prowadzonego z TSUE.

4. ORZECZENIE JAKO PRZYKŁAD DIALOGU SĄDOWEGO

W istocie, choć *prima facie* mogłoby się wydawać, że rezygnacja przez FSK z zadania pytania prejudycjalnego nie sprzyja uznaniu orzeczenia *Identitätskontrolle* za przejaw dialogu sądowego, to w perspektywie późniejszego orzecznictwa sądów unijnych widoczne będzie, że można je uznać za stanowiące głos w konwersacji konstytucyjnej pomiędzy FSK a TSUE. W następstwie orzeczenia FSK bowiem TSUE, nie negując zasadniczo automatycznego charakteru ENA, odszedł od restrykcyjnego orzecznictwa *Melloni*, dopuszczając odstępianie od automatyzmu nakazu ENA w indywidualnych, szczególnie uzasadnionych przypadkach. W tym kontekście kluczowa rola przypada wyrokowi *Aranyosi*.

4.1. Unijna reakcja na orzeczenie FSK

Trudno nie dostrzec zbieżności czasowej pomiędzy orzeczeniem FSK a wyrokiem TSUE w sprawie *Aranyosi*²⁷ (*nota bene* dotyczącym pytania zadanego przez sądy niemieckie). W orzeczeniu tym TSUE stwierdził, że niezależnie od treści decyzji ramowej o ENA, z prawa pierwotnego (konkretnie art. 4 KPP) wynika uprawnienie sądów państw członkowskich do kontrolowania zgodności nakazu ENA z krajowymi prawami podstawowymi w wąsko określonych sytuacjach.

²⁷ Wyrok TSUE z 5 kwietnia 2016 r. w połączonych sprawach C-404/15 *Aranyosi i Căldăraru*; opinia Rzecznika Generalnego Y. Bota pochodzi z 3 marca 2016 r.

W tym celu możliwe było zastosowanie przez sąd krajowy dwuetapowego testu. W pierwszej kolejności konieczne jest stwierdzenie istnienia systemowych zagrożeń dla praw i wolności, przy czym musi być ono oparte na „obiektywnych, wiarygodnych, dokładnych i należycie zaktualizowanych danych [...], które dowodzą istnienia nieprawidłowości, czy to systemowych lub ogólnych, czy dotyczących niektórych grup osób” (nb. 89). Następnie, w wypadku stwierdzenia istnienia systemowych zagrożeń, konieczne jest, by wykonujący nakaz organ sądowy dokonał oceny w sposób konkretny i dokładny, sprawdzając, czy istnieją poważne i sprawdzone podstawy, aby uznać, że zainteresowana osoba będzie narażona na to niebezpieczeństwo (nb. 92). Należy podkreślić, że rozwiązanie to nie tylko stanowiło odejście od dotychczasowej praktyki TSUE (Ostropolski 2016), lecz także było zasadniczo sprzeczne z opinią Rzecznika Generalnego Y. Bota, opowiadającego się w sposób zdecydowany za utrzymaniem dotychczasowego restrykcyjnego stanowiska. Jak się wydaje, choć nie zostało to stwierdzone wprost ani w wyroku TSUE, ani w opinii Rzecznika, taka zmiana dotychczasowego orzecznictwa była spowodowana w pierwszym rzędzie przez stanowcze stanowisko FSK (Nowag 2016; Anagnostaras 2017). Powyższa teza zdaje się znajdować dodatkowe oparcie w okoliczności, że test zaproponowany przez TSUE w wyroku *Aranyosi* zasadniczo odpowiada testowi zaproponowanemu przez FSK (zob. powyżej). Częste powoływanie przez TSUE ww. orzeczenia świadczy o tym, że zaświadcza ono o faktycznej zmianie, która dokonała się w praktyce TSUE w zakresie rozumienia zasady zaufania²⁸. Można ponadto z dużym prawdopodobieństwem przypuszczać, że również późniejsze orzecznictwo TSUE ograniczające automatyzm ENA, czy to ze względu na możliwość naruszenia prawa do rzetelnego procesu²⁹, czy też naruszenie prawa do godnego traktowania przez warunki odbywania kary³⁰, stanowi pokłosie wyroku w sprawie *Aranyosi* i, pośrednio, orzeczenia FSK.

Należy podkreślić, że TSUE w wyroku *Aranyosi* odwołał się wprost jedynie do gwarancji praw podstawowych zawartych w prawie unijnym, nie nawiązując przy tym do konstrukcji krajowej tożsamości konstytucyjnej. W istocie jednak, jak się wydaje, i na co wskazywałyby okoliczności sprawy rozstrzyganej przez FSK, sąd krajowy „przemycił” tutaj własne prawa podstawowe pod płaszczykiem gwarancji unijnych. Tym samym można powiedzieć, że orzeczenie FSK *de facto* doprowadziło do zmiany orzecznictwa TSUE w kierunku umożliwiającym uwzględnianie krajowych praw podstawowych w zakresie szerszym, niż miało to miejsce dotychczas.

²⁸ Przykładowo zobacz orzeczenia TSUE z: 10 listopada 2016 r., C-477/16, PPU, nb. 27–28; 22 grudnia 2017 r., C-571/17 PPU, nb. 90; w odniesieniu do systemu dublińskiego wyrok TSUE z 16 lutego 2017 r., C-578/16, PPU, nb. 75.

²⁹ Wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r. w sprawie C-216/18 *LM versus Secretary of State*.

³⁰ Opinia Rzecznika Sánchez-Bordona z 30 kwietnia 2019 r. w sprawie C-128/18 *Dorobantu*.

4.2. Możliwe perspektywy

Mając na uwadze powyższe rozważania, wydaje się, że orzeczenie FSK można rozpatrywać w głównej mierze z dwu perspektyw: perspektywy sporu o granice zasady wzajemnego zaufania w kwestii wykonania ENA oraz perspektywy pytań prejudycjalnych kierowanych od FSK do TSUE. Zastosowanie obydwu prowadzić będzie do tego samego wniosku, tj. stwierdzenia, że postanowienie FSK w istocie stanowiło impuls do dalszego rozwoju dialogu sądowego pomiędzy FSK a TSUE.

4.2.1. Perspektywa sporu o granice wzajemnego zaufania w kwestii wykonania ENA

Pierwszą perspektywą, z której można postrzegać omawiane orzeczenie, jest perspektywa sporu o granice zasady wzajemnego zaufania w odniesieniu do ENA. Jak się wydaje, możliwe byłoby tutaj wskazanie pewnego continuum. Opowieść otwierałoby wspomniane już orzeczenie w sprawie *Melloni*, zasadniczo wykluczające możliwość ograniczenia zasady pierwszeństwa prawa UE ze względu na krajowe prawo konstytucyjne wydane w 2013 r. Orzeczenie *Identitätskontrolle* stanowiłoby z tej perspektywy skierowaną do ETPC propozycję przewartościowania wyroku w sprawie *Melloni* i dopuszczenia do rezygnacji z wykonania ENA w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Z tej perspektywy wyrok TSUE w połączonych sprawach C-404/15 i C-659/15 PPU *Aranyosi i Căldăraru* stanowiłby pozytywną odpowiedź na propozycję FSK.

Trafność takiego ujęcia problemu potwierdzałyby późniejsza praktyka FSK. Orzeczenie *Identitätskontrolle* było powoływane przez FSK przy późniejszych okazjach kilkakrotnie, z różnym skutkiem. Uwagę zwraca przede wszystkim postanowienie o nieprzyjęciu do rozpoznania skargi konstytucyjnej skierowanej przeciwko decyzji sądów o zastosowaniu ENA³¹, wbrew praktyce FSK (Hillgruber, Goos 2011, nb. 257) zawierającej obszernie uzasadnienia. Uwagę zwraca, że zostało ono wydane już po rozstrzygnięciu TSUE w sprawie *Aranyosi*. Z drugiej jednak strony FSK czasami wydaje postanowienia o wstrzymaniu wykonania ENA do czasu rozstrzygnięcia przez FSK skargi konstytucyjnej³². Ponadto postanowienie powoływane było również w sprawie odnoszącej się do odmowy wykonania ENA na podstawie przesłanek

³¹ Postanowienie FSK z 6 września 2016 r. w sprawie 2 BvR 890/16, http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/09/rk20160906_2bvr089016.html

³² Zob. postanowienie w sprawie 2 BvR 424/17 z 18 sierpnia 2017 r., http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/08/rk20170818_2bvr042417.html. Uwagę zwraca, że argumentacja FSK mogłaby wskazywać, iż wyrok TSUE w sprawie *Aranyosi* został przez FSK wykorzystany tutaj do wzmocnienia argumentacji o zgodności kontroli tożsamości z prawem unijnym. Postanowienie zabezpieczające FSK wydał także 6 maja 2016 r. w ostatecznie rozstrzygniętej negatywnie dla skarżącego sprawie 2 BvR 890/16, http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/05/rk20160506a_2bvr089016.html.

przewidzianych w dyrektywie, gdzie jednak nie pojawiły się ani wątki kontroli tożsamości narodowej, ani poszerzania kognicji niemieckiego FSK³³. Tym samym wydaje się, że praktyka sądu niemieckiego potwierdza, że jego celem było nie tyle definitywne przesądzenie o własnym pierwszeństwie wobec TSUE, ile raczej zaproponowanie sądowi europejskiemu poszerzenia przestrzeni dla zabezpieczenia praw podstawowych gwarantowanych w krajowym porządku konstytucyjnym.

4.2.2. Perspektywa pytań prejudycjalnych zadawanych TSUE przez FSK

Również jeśliby skupić się na kwestii wpływu postanowienia FSK na kwestię kierowania przez niemiecki sąd pytań prejudycjalnych do Luksemburga, to okaże się, że orzeczenie to nie zerwało kanałów komunikacji pomiędzy oboma sądami. Należy bowiem podkreślić, że po orzeczeniu w sprawie *Identitätskontrolle* FSK skierował do TSUE kolejne pytania prejudycjalne dotyczące zagadnienia *ultra vires*, konkretnie ponownego rozpatrzenia przez UE kwestii legalności programu skupu obligacji, rozstrzygniętej negatywnie w sprawie *Gauweiler*. Postanowieniem z 18 lipca 2017 r. BvR 859/15, FSK *de facto* zadał Trybunałowi ponownie te same pytania, co w sprawie *Gauweiler*, tym razem jednak sformułowane w znacznie bardziej ugodowy sposób (Lang 2018, 933 nn.). Abstrahując od powyższego, należy także przypomnieć, że postanowienie *Identitätskontrolle* nie zawierało postanowień mających na celu ograniczenie możliwości kierowania przez sądy niemieckie, również w sprawach dotyczących praw i wolności konstytucyjnych, pytań prejudycjalnych do TSUE. Tym samym omawiane orzeczenie można by rozumieć raczej jako próbę zaproponowania zmiany warunków prowadzonego z TSUE dialogu, niż jego odrzucenie.

4.3. Ocena działań FSK

Powyższe rozważania przemawiają za zasadnością rozumienia interakcji pomiędzy FSK a TSUE jako przykładu dialogu sądowego. Uwagę zwraca przede wszystkim restrykcyjne podejście FSK do późniejszych skarg konstytucyjnych skierowanych przeciwko postanowieniom o wykonaniu ENA (przy pozytywnym odnoszeniu się do orzecznictwa w sprawie *Aranyosi*), wskazujące na brak zamiaru podważenia zasady wzajemnego zaufania jako takiej. Także ponowne zadanie pytania prejudycjalnego przez FSK w sprawie tak wrażliwej jak związku pomiędzy granicami krajowej suwerenności a aktywnością Europejskiego Banku Centralnego, pomimo w pewnym stopniu rozczarowującej odpowiedzi na pytanie w sprawie *OMT*, przemawiałyby przeciwko uznaniu działań FSK za przejaw supremacjonizmu. Wręcz przeciwnie, można odnieść wrażenie, że skonfrontowany

³³ Postanowienie FSK z 9 listopada 2016 r. w sprawie 2 BvR 545/16, http://www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/11/rk20161109_2bvr054516.html

z trudnym do zaakceptowania ograniczeniem zastosowania krajowych praw konstytucyjnych zaproponowanym przez TSUE w sprawach *Taricco I* i *Melloni*, jak również swego rodzaju brakiem empatii w sprawie *Gauweiler*, FSK podjął próbę wymuszenia na TSUE pewnej korekty swojego wcześniejszego stanowiska. Korekty, która została dokonana w odniesieniu do zakresu zastosowania ENA i która być może zostanie dokonana w odniesieniu do innych zadawanych przez FSK pytań prejudycjalnych. Jak się wydaje, postanowienie 2 BvR 2735/14 dostarczałoby tutaj swoistego pretekstu do poinformowania TSUE o istniejących wątpliwościach. Można by pokusić się tutaj o pewne subtelne analogie w stosunku do sprawy *Görgülü*, kiedy to FSK, w odpowiedzi na poważną ingerencję ETPC w krajowe orzecznictwo dotyczące wyważenia granic pomiędzy swobodą wypowiedzi i dobrami osobistymi w wyroku w sprawie *Caroline*, najpierw sformułował w sposób dokładny i dość zdecydowany koncepcję granic dla obowiązywania EKPC w krajowym porządku prawnym, by ostatecznie wypracować kompromisowe orzecznictwo (omówienie dialogu pomiędzy FSK a ETPC znaleźć można w: Krämer, Märten 2015).

4.4. Poszerzenie perspektywy – inne państwa, inne sądy

W celu możliwie pełnej oceny decyzji FSK, zasadne byłoby przedstawienie jej na tle innych rozstrzygnięć krajowych sądów konstytucyjnych i ETPC, w których próbowały one kwestionować dokonaną przez TSUE wykładnię prawa unijnego. W tym kontekście przywołane zostaną: dialog ETPC i TSUE dotyczący funkcjonowania systemu azylowego; orzecznictwo czeskiego trybunału konstytucyjnego dotyczące kontroli *ultra vires*; trybunału konstytucyjnego węgierskiego dotyczące decyzji relokacyjnych i wreszcie dialog pomiędzy włoskim trybunałem konstytucyjnym a TSUE dotyczący sagi *Taricco*.

4.5. Ruchome granice zaufania – dialog TSUE i ETPC na temat praw azylantów

Relacjami pomiędzy prawami podstawowymi zawartymi w EKPC a prawem Unii co najmniej od czasów wyroku w sprawie *Bosphorus* rządzi zasada ekwiwalentnej ochrony, zgodnie z którą domniemywa się, że działania państw członkowskich podjęte w wykonaniu prawa UE spełniają standardy przewidziane w EKPC, w konkretnym przypadku domniemanie to może jednak zostać obalone (jak się wydaje, dobre podsumowanie dorobku orzeczniczego ETPC w tym zakresie zawiera wyrok *Avotiņš versus Latvia*³⁴). Dziedzina, w której ETPC faktycznie pozwolił sobie na przełamanie tego domniemania, było europejskie prawo azylowe. W przełomowym wyroku *M.S.S. przeciwko Belgii*

³⁴ Wyrok ETPC z 23 maja 2016 r. w sprawie 17502/07 *Avotiņš versus Latvia*.

*i Grecji*³⁵ ETPC stwierdził, że państwa członkowskie – stosując w sposób automatyczny przepisy rozporządzenia dublińskiego o relokacji uchodźców, co doprowadziło do umieszczenia skarżącego w skrajnie niekorzystnych warunkach – naruszyły jego prawa gwarantowane w Konwencji. W odpowiedzi TSUE w swoim wyroku w sprawie *N.S. versus Secretary of State*³⁶ uznał, że w wąsko określonych przypadkach możliwe jest podważenie automatyzmu wykonania decyzji o przekazaniu, jeżeli miałyby to prowadzić do naruszenia praw podstawowych osoby przekazywanej, określanych przez prawo UE. Orzecznictwo to było następnie podtrzymywane i rozwijane przez TSUE. Analizowane z tej strony orzeczenie w sprawie *Aranyosi* może być rozumiane jako rozszerzenie stosowania rozwiązań wypracowanych przez TSUE na gruncie interakcji z ETPC na gruncie stosowania rozporządzenia dublińskiego (Lenaerts 2017, 834 i nn.³⁷).

4.6. Prymat konstytucji – orzeczenia czeskiego i węgierskiego trybunału konstytucyjnego

Należy podkreślić, że niektóre sądy środkowoeuropejskie w swojej praktyce orzeczniczej również nie wahały się wyciągać praktycznych konsekwencji ze sformułowanych przez ich trybunały konstytucyjne granic dla skuteczności prawa Unii. W tym kontekście, jak się wydaje, szczególnie interesujące są doświadczenia sądów czeskich i węgierskiego.

W kontekście czeskim kluczowe znaczenie ma historia tzw. *Słowackich Emerytur*³⁸, dotycząca schematu dopłat przez czeski rząd do emerytur dla obywateli zamieszkujących po podziale Czechosłowacji na terenie Czech. W czeskim orzecznictwie wykształciły się dwie paralelne linie orzecznicze, jedna – Trybunału Konstytucyjnego – oparta wyłącznie o czeską konstytucję i druga – sprzeczna z nią – oparta o prawo Unii Europejskiej, wypracowana przez czeskie sądy administracyjne współpracujące przy pomocy pytań prejudycjalnych z TSUE. Kulminacją sporu było stwierdzenie przez czeski trybunał konstytucyjny działania przez TSUE *ultra vires* w orzeczeniu Pl. US 5/12 z 31 stycznia 2012 r.³⁹ Należy podkreślić, że wydając to orzeczenie, czeski trybunał konstytucyjny w żadnym momencie nie zwrócił się z pytaniem prejudycjalnym

³⁵ Wyrok ETPC z 21 stycznia 2011 r. w sprawie 30696/09 *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*.

³⁶ Wyrok ETPC z 21 grudnia 2011 r. w sprawie C-411/10 *N.S. versus Secretary of State*.

³⁷ W tym kontekście warto zwrócić uwagę na swoiste sprzężenie zwrotne, orzeczenie w sprawie *Aranyosi* było bowiem wykorzystywane przez TSUE także jako uzasadnienie dla rozszerzania zakresu zastosowania wyjątków od automatyzmu wykonywania decyzji w sprawach azylowych. Tytułem przykładu zob. wyrok TSUE z 19 marca 2019 r. w sprawie C-163/17 *Jawo*.

³⁸ Omówienie sprawy Słowackich Emerytur znaleźć można w: Skomerska 2018, 165–170.

³⁹ Decyzja dostępna: <https://www.usoud.cz/en/decisions/20120131-pl-us-512-slovak-pensions> [dostęp 10.06.2018].

do TSUE. Z drugiej strony jednak, czeski sąd, po pierwsze, nie odwołał się do konstrukcji tożsamości narodowej, po drugie, jego orzeczenie raczej trudno uznać za stanowiące precedens dla późniejszych spraw, a radykalny ton orzeczenia wiązać należy w pierwszej linii z towarzyszącymi mu okolicznościami wewnątrz krajowymi, tj. instytucjonalną rywalizacją pomiędzy czeskimi sądami administracyjnymi a trybunałem konstytucyjnym. Tym samym, mimo zawartych w nim radykalnych twierdzeń, trudno uznać to orzeczenie za brzemienne w skutki w stopniu choćby zbliżonym do orzeczenia FSK.

Odmienny jest przypadek węgierski. W orzeczeniu z 30 listopada 2016 r. w sprawie 22/2016. (XII. 5.)⁴⁰ węgierski trybunał konstytucyjny badał zgodność z konstytucją węgierską Decyzji Rady 2015/1601 z 22 września 2015 r. dotyczącej przymusowej relokacji uchodźców. Sąd węgierski przeprowadził w nim kontrolę wzmiankowanej regulacji zarówno z punktu widzenia działania przez UE *ultra vires*, jak również naruszenia przez tę decyzję węgierskiej tożsamości konstytucyjnej, stwierdzając, że jej różne elementy naruszają obydwa testy. Należy podkreślić, że w tym celu w pkt 49 wyroku odwołał się on wprost do wyroku FSK *Identitätskontrolle*, jako zawierającego wskazówki co do sposobu przeprowadzania kontroli tożsamości konstytucyjnej. Co istotne, jak się wydaje, sąd węgierski w większym stopniu aniżeli niemiecki próbował wskazać na związki pomiędzy prowadzoną przez siebie kontrolą konstytucyjności a art. 4 ust. 2 TUE. Jak jednak zwracają uwagę niektórzy przedstawiciele doktryny, odwołanie do wyroku FSK może być mylące, zważywszy na kontekst sprawy – inaczej niż miało to miejsce w przypadku niemieckiego sądu, celem węgierskiego trybunału było nie tyle zwiększenie poziomu ochrony praw podstawowych, ile raczej ochrona dokonanej przez władze krajowe politycznego rozstrzygnięcia (Halmai 2017). Wydaje się jednak, że z jednej strony orzeczenie węgierskie można uznać w istocie za przynajmniej w jakimś stopniu inspirowane wyrokiem sądu niemieckiego, z drugiej zastosowanie w nim rozumowanie wydaje się nadawać do stosunkowo łatwego przeniesienia na grunt ochrony krajowych praw podstawowych. Tym samym, pomimo powyższych zastrzeżeń, wydaje się ono wpisywać w logikę „horyzontalnego” dialogu sądów konstytucyjnych Europy Środkowo-Wschodniej (Golecki 2015).

4.7. Warto rozmawiać? Pytanie prejudycjalne włoskiego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Taricco II*

Zasadne wydaje się również spojrzenie na włoską sagę *Taricco*. Kanwą dla składających się na nią spraw były dwie szczególne cechy włoskiego systemu prawnego. Zgodnie z włoską tradycją prawną, obrosła w międzyczasie szerokim

⁴⁰ Orzeczenie dostępne: https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2017/11/en_22_2016.pdf [dostęp 10.06.2018].

orzecznictwem również Trybunału Konstytucyjnego, okres przedawnienia dla przestępstw skarbowych stanowił część materialnoprawnej gwarancji określoności kary. W świetle trapiącej włoski system sądowy chronicznej przewlekłości oznaczało to w praktyce brak realizacji obowiązku skutecznego karania przestępstw podatkowych, określonego w art. 325 TFUE. W efekcie włoskie sądy stanęły przed dylematem, którym zobowiązaniom mają zapewnić pierwszeństwo – krajowym prawom oskarżonego czy prawu UE. Doprowadziło to do zadania przez włoski Trybunał Konstytucyjny pytania prejudycjalnego dotyczącego możliwości ograniczenia skuteczności art. 325 TFUE w imię ochrony krajowych praw podstawowych. W swoim wyroku *Taricco I*⁴¹ TSUE odpowiedział na to pytanie negatywnie. Włoskie sądy nie były jednak usatysfakcjonowane otrzymaną odpowiedzią, w związku z czym kwestia relacji pomiędzy koniecznością efektywnej ochrony unijnych finansów publicznych a włoskimi gwarancjami konstytucyjnymi ponownie trafiła przed włoski Trybunał Konstytucyjny, który w swoim orzeczeniu 24/2017 zwrócił się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym zawierającym prośbę o zmianę stanowiska przyjętego w sprawie *Taricco I*. Argumentacja sądu pytającego w istotnej części opierała się na uznaniu włoskich przepisów dotyczących przedawnienia w sprawach karnych za element włoskiej tożsamości narodowej w rozumieniu art. 4 ust. 2 TFUE⁴². TSUE ostatecznie rozpatrzył pytanie sądu włoskiego pozytywnie w swoim wyroku w sprawie *Taricco II*⁴³, przyjmując, że unijne prawa podstawowe mogą w określonych przypadkach ograniczać wymóg zapewnienia skutecznej ochrony finansom Unii (nie odwołując się jednak wprost do art. 4 ust. 2 TUE). W odpowiedzi w swoim kończącym sprawę orzeczeniu 115/2018 włoski Trybunał Konstytucyjny wydał orzeczenie określające dokładnie skutki wyroku *Taricco I* we włoskim systemie prawnym⁴⁴, w pewien sposób uzurpując sobie kompetencje w zakresie określania zakresu skuteczności prawa unijnego (Amalfitano, Pollicino 2018).

Powyższa konstelacja pod wieloma względami przypomina sytuację stojącą u podstaw orzeczenia *Identitätskontrolle*. Przede wszystkim dotyczyła ona również zabezpieczenia krajowych praw podstawowych w kontekście pierwszeństwa prawa UE. Dodatkowo dotyczyła sytuacji, w której krajowe orzecznictwo i praktyka były krytyczne wobec decyzji podjętych przez TSUE i wyrażały gotowość ich obejścia (Dovhań 2018). Ponadto, podobnie jak miało to miejsce w kontekście niemieckim, doświadczenia sądu krajowego związane z wcześniejszymi próbami zadania pytania prejudycjalnego nie były zachęcające (zignorowanie pozycji krajowej w sprawie *Taricco I*). Wreszcie podobny był finał

⁴¹ Wyrok TSUE z 8 września 2015 r. w sprawie C-105/14 *Taricco I*.

⁴² Decyzja dostępna: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf [dostęp 10.06.2018].

⁴³ Wyrok TSUE z 5 grudnia 2017 r. w sprawie C-42/17 *Taricco II*.

⁴⁴ Decyzja dostępna: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20180601103714.pdf [dostęp 10.06.2018].

obydwu interakcji – poszerzenie przestrzeni sądów krajowych do zapewniania skuteczności prawom podstawowym. Obydwa sądy doszły jednak do pożądanego rozstrzygnięcia odmiennymi drogami – sąd włoski wybrał rozwiązanie w większym stopniu odwołujące się do stworzonych przez prawo UE mechanizmów dialogu. Po pierwsze zdecydował się na zadanie pytania prejudycjalnego, po drugie zaprezentował swoje argumenty za pośrednictwem unijnego „wehikułu”, tj. pojęcia tożsamości narodowej. Z drugiej jednak strony, nie można zapominać, że w tle majaczyła groźba zastosowania przez włoski Trybunał Konstytucyjny zasady pierwszeństwa konstytucji, co pozwala postawić pytanie, czy tak naprawdę różnica pomiędzy obiema sytuacjami nie dotyczyła bardziej formy niż treści.

W tym miejscu warto tylko zaznaczyć, że ani TSUE, ani Rzecznik Generalny Bot w swojej opinii z 18 lipca 2017 r., ani wreszcie włoski Trybunał Konstytucyjny nie odwołały się do orzeczenia *Identitätskontrolle*. Skłania to do postawienia sobie pytania, czy bez wcześniejszego wyroku FSK TSUE doszedłby do tych samych konkluzji i zmienił, wbrew wnioskom Rzecznika Generalnego, poglądy sformułowane wcześniej w wyroku *Taricco I*. Okoliczność, że również w sprawie *Aranyosi i Căldăraru* TSUE nie wspomniał nawet słowem o wyroku FSK, uprawdopodobniałaby taką interpretację. Można przypuszczać, że okoliczność, iż FSK *de facto* skorzystał z możliwości kontroli tożsamości konstytucyjnej, wymuszając na TSUE korektę wcześniejszego orzecznictwa, miała wpływ także na jego bardziej ugodową postawę wobec włoskiego Trybunału Konstytucyjnego wyrażoną przez orzeczenie *Taricco II*.

4.8. FSK – jednak nie samotna wyspa?

Jak się wydaje, z powyższych rozważań można wysnuć wniosek, że schemat interakcji wykazany przez FSK w orzeczeniu 2 BvR 2735/14 pod wieloma względami przypomina przebieg interakcji pomiędzy ETPC i TSUE w sprawach azylowych. Pewnych analogii można dopatrywać się zarówno w wyjściowych intencjach obydwu sądów, jak również w skutkach ich działań, mianowicie wymuszeniu porzucenia pewnej linii orzeczniczej przez TSUE. W tym sensie orzeczenie FSK stanowiłoby potwierdzenie tezy o „ściśnięciu” TSUE pomiędzy Strasburgiem i Karlsruhe (Reestman, Besselink 2016). Dodatkowo, w świetle wspomnianej już historii interakcji pomiędzy obydwojema sądami europejskimi, pewne ograniczenie unijnej zasady zaufania na rzecz praw podstawowych gwarantowanych na innym poziomie systemu prawnego wygląda już jako coś mniej wyjątkowego.

Trochę odmiennie prezentuje się kwestia wyroku FSK w kontekście orzecznictwa innych sądów konstytucyjnych. Jak się wydaje, trudno porównywać postanowienie *Identitätskontrolle* z orzecznictwem czeskiego trybunału dotyczącym *Słowackich Emerytur*. Wprawdzie FSK nie posunął się do formalnego stwierdzenia

sprzeczności pomiędzy konstytucją a prawem UE, nie zrywając dialogu, w istocie jednak, samą groźbą zmaterializowania się takiego wariantu, wymógł na TSUE systemową korektę orzecznictwa w sprawach ENA, dla której podstawą był wyrok w sprawie *Aranyosi*. Wnioski płynące z sagi *Taricco* mogłyby sugerować, że FSK mógł osiągnąć zamierzony efekt w sposób bardziej koncyliacyjny, w większym stopniu szanujący mechanizmy dialogu sądowego wypracowane na gruncie prawa UE, zadając pytania prejudycjalne i zamiast do krajowej tożsamości konstytucyjnej, odwołując się do unijnego pojęcia tożsamości narodowej. Można jednak wyrazić pewną wątpliwość, czy wyrok TSUE *Taricco II*⁴⁵ byłby możliwy, gdyby nie wcześniejsze orzeczenie *Identitätskontrolle*.

W tej konstelacji najbardziej problematyczny jest przykład węgierski. Jak się wydaje, orzeczenie węgierskiego Trybunału Konstytucyjnego odwołujące się do tożsamości konstytucyjnej (i wspierające się przy tym omawianym orzeczeniem FSK) miało na celu raczej uniemożliwienie realizacji celu aktu prawa unijnego z racji jego niekonstytucyjności, aniżeli wymuszenie na TSUE (lub innych instytucjach unijnych) pewnej korekty ich działań. W tym sensie materializowało ono lęki związane z doktryną *counter-limits*, mianowicie zaistnienie stanu realnej sprzeczności pomiędzy prawem unijnym a krajowym. Sugerowałoby ono, że zasady sformułowane w orzeczeniu FSK mogłyby być przynajmniej potencjalnie bardzo niebezpieczne dla spójności prawa europejskiego. Z drugiej jednak strony można również twierdzić, że, przez porównanie, w znacznej mierze bezkompromisowy charakter orzeczenia węgierskiego pokazuje, iż FSK w swoim orzeczeniu zachował jednak pewną otwartość wobec sądu unijnego.

Podsumowując, należy stwierdzić, że analiza porównawcza nie prowadzi do zasadniczej zmiany postawionych wyżej wniosków co do rozumienia decyzji FSK jako zdecydowanego głosu krajowego sądu konstytucyjnego na rzecz ochrony krajowych praw podstawowych, wyrażanego jednak w akceptowalnych z punktu widzenia europejskiej wspólnoty prawnej ramach dialogu międzysądowego. Decyzja FSK z całą pewnością była radykalna i zaowocowała istotną korektą orzecznictwa ze strony TSUE, pod tym względem widać jednak daleko posuniętą analogię względem wcześniejszych działań ETPC przy okazji wyroku w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*. *Prima facie* wydawałoby się, że może bardziej optymalne byłoby zastosowanie łagodniejszego rozwiązania włoskiego, pozostaje jednak wątpliwość, czy w danej sytuacji mogłoby ono doprowadzić do analogicznych rezultatów. Porównanie ze sprawą węgierską z drugiej strony pokazuje, że dokonując rozstrzygnięcia, FSK działał w sposób ostrożny i wyważony, uzyskując pożądaną przez siebie skutek, bez stwierdzania istnienia sprzeczności pomiędzy prawem UE i prawem krajowym.

⁴⁵ Wyrok TSUE z 5 grudnia 2017 r. w sprawie C-42/17 *Taricco II*.

5. WNIOSKI

Orzeczenie niemieckiego FSK w sprawie *Identitätskontrolle* jest przykładem wykorzystania instytucji dialogu międzysądowego do zapewnienia faktycznego przestrzegania praw podstawowych zawartych w krajowych konstytucjach. Niemiecki sąd w sposób zdecydowany stanął na stanowisku, że niezgodna z UZ RFN jest sytuacja, w której nie ma możliwości wstrzymania wykonalności ENA z powodu naruszania przez konkretny nakaz krajowych praw podstawowych, nie dochodząc jednak do stwierdzenia niezgodności prawa Unii z UZ RFN. Tym samym dał on TSUE szansę na odniesienie się do zaproponowanych wartościowań. TSUE *de facto* uwzględnił zaproponowane przez FSK rozwiązanie w swoim orzeczeniu w sprawie *Aranyosi*, ograniczając stosowanie zasady zaufania na rzecz poszerzenia zakresu ochrony unijnych praw podstawowych. Powyższy schemat interakcji stanowi w zasadzie powtórzenie wzorca znanego z wcześniejszej kontrowersji konstytucyjnej pomiędzy TSUE a ETPC dotyczącej zasady wzajemnego zaufania w kontekście spraw azylowych. *Novum* stanowi tutaj jednak fakt ustąpienia przez TSUE przed sądem krajowym. Z tego punktu widzenia, podobnie jak miało to miejsce w sytuacji interakcji pomiędzy prawem Unii a EKPC, wydaje się, że fakt oparcia się przez TSUE w teście *Aranyosi* na KPP, interpretowanej analogicznie do niemieckiej konstytucji, nie osłabiło ochrony krajowych praw podstawowych, zmianie bowiem uległa nie ich treść, a przepis, z którego są one wywodzone.

Można zadać sobie pytanie, dlaczego FSK zdecydował się na „szorstką” formę dialogu, zamiast skorzystać, podobnie jak uczynił to sąd włoski w sprawie *Taricco II*, z oferowanego przez prawo UE pytania prejudycjalnego. Nie ulega wątpliwości, że rozwiązanie takie byłoby pod wieloma względami optymalne. Wydaje się jednak, że FSK miał dość silne podstawy, by wątpić w jego skuteczność, zarówno w świetle restrykcyjnego podejścia TSUE do ograniczania skuteczności prawa UE ze względu na krajowe prawa podstawowe, jak również w świetle niezdefiniowania unijnej „tożsamości narodowej”. Niezależnie od tego można przypuszczać, że również dla samego FSK był to raczej przypadek jednostkowy. Sąd bowiem nie tylko uwzględnił wyrok w sprawie *Aranyosi* w swoim późniejszym orzecznictwie, ale nie wahał się też zadawać dalszych pytań prejudycjalnych, również w bardzo kontrowersyjnych sprawach (jak sprawa *OMT*⁴⁶). W szczególności fakt ponownego zadania pytania w sprawie wykazującej znaczne podobieństwo do sprawy *Gauweiler*, rozstrzygniętej przez TSUE nie po myśli trybunału w Karlsruhe, wskazywałoby, że FSK zamierza docelowo podążyć raczej drogą sądu włoskiego, działając z szacunkiem dla mechanizmów dialogu gwarantowanych przez prawo UE. Tym samym, w pewnym sensie, można mówić o jedynie „korygującej” funkcji orzeczenia FSK.

⁴⁶ Postanowienie FSK z 14 stycznia 2014 r. w sprawie 2 BvR 2728/13 *OMT*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2014/01/rs20140114_2bvr272813.html.

W tym miejscu można postawić pytanie, na ile wzorzec interakcji sformułowany przez FSK może wpływać na dalszy rozwój dialogu sądowego w UE? Jak się wydaje, wskazany w tym orzeczeniu model interakcji zasadniczo ma pewien potencjał i dostarcza inspiracji dla modeli ochrony własnych praw podstawowych. Można zaryzykować postawienie hipotezy, że wyrok *Taricco II* jest w pewnym sensie pokłosiem orzeczenia *Identitätskontrolle*, które mogło z jednej strony zachęcać włoski sąd konstytucyjny do zadania pytania, z drugiej – czynić TSUE bardziej skłonny do zmiany wcześniejszego stanowiska. Z innej strony jednak, jak pokazuje wyrok węgierski, zawarte w omawianym postanowieniu FSK wartościowania mogą zostać wykorzystane również do poparcia tezy o nie stosowaniu prawa UE w związku z jego sprzecznością z konstytucją. Sprawa węgierska dotyczyła porozumienia międzyrządowego, w związku z czym nie zrodziła zasadniczych problemów dla sądów krajowych mających za zadanie rozstrzygać pojedyncze zawisłe przed nimi sprawy. Wydaje się jednak, że gdyby dotyczyła ona spraw znajdujących się zasadniczo w kognicji sądów powszechnych, to mogłaby skutkować rozbieżnościami w orzecznictwie, spowodowanymi odmienną percepcją treści i obowiązywania prawa UE przez krajowy trybunał konstytucyjny i TSUE. Wreszcie nie można zapominać o skutkach ograniczenia zastosowania zasady wzajemnego zaufania dla funkcjonowania instrumentów z zakresu współpracy w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości, przyczyniających się zarówno do kryzysu systemu azylowego, jak również ENA. Jak bardzo mogą one być dalekosiężne, pokazuje sprawa *LM versus Secretary of State*⁴⁷, gdzie wyjątki od automatyzmu wykonywania ENA wypracowane w orzeczeniu *Aranjosi* (będącym konsekwencją wydania orzeczenia w sprawie *Identitätskontrolle*) mogą prowadzić do ograniczenia automatyzmu stosowania ENA wystawianego przez polskie sądy, tym samym podkopując efektywne funkcjonowanie wspólnego obszaru prawnego. Dokonanie właściwego wyważenia pomiędzy ochroną praw podstawowych a funkcjonowaniem danego reżimu prawnego wykracza już jednak poza ramy niniejszego studium.

BIBLIOGRAFIA

- Amalfitano, Chiara, Oreste Pollicino. 2018. *Two Courts, two Languages? The Taricco Saga Ends on a Worrying Note*, <https://verfassungsblog.de/two-courts-two-languages-the-taricco-saga-ends-on-a-worrying-note/>, post z 6 czerwca 2018 r. [dostęp 10.06.2018].
- Anagnostaras, Georgios. 2016. “Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European Arrest Warrant: *Aranjosi* and *Caldararu*”, *Common Market Law Review* 53: 1675–1704.

⁴⁷ Wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r. w sprawie C-216/18 *LM versus Secretary of State*.

- Bárd, Petra. 2018. "Saving EU Criminal Justice Proposal for EU-wide supervision of the rule of law and fundamental rights". *CEPS Papers in Liberty and Security in Europe* 1: 1–25.
- Bogdandy Von, Armin, Stephan Schill. 2017. „Artikel 4 EUV”. W *Das Recht der Europäischen Union*. Red. Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Martin Nettesheim. München: C.H. Beck.
- Burchardt, Dana. 2016. „Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht”. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 76: 527–551.
- Callies, Christian. 2016. „Artikel 24 abs. 1”. W *Grundgesetz. Kommentar*. Red. Theodor Maunz, Günter Dürig et al. München: C.H. Beck.
- Cloots, Elke. 2015. *National Identity in EU Law*. Oxford University Press.
- Dovhań, Halyna. 2018. „Tożsamość konstytucyjna w *acquis constitutionnel* Sądu Konstytucyjnego Republiki Włoskiej: sprawa Taricco”. *Europejski Przegląd Sądowy* 7: 11–20.
- Golecki, Mariusz Jerzy. 2015. „Judicial Dialogue and the New Doctrine of Constitutional Sovereignty in Judgments of Central European Constitutional Courts”. W *IX World Congress of Constitutional Law (Oslo, 16–20 June 2014). Contributions by Polish Scholars*. Red. Krzysztof Budzidło. Warszawa: Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego.
- Halmaj, Gabor. 2017. *Constitutional Court Decision on the Hungarian Government's Constitutional Identity Defence*, <https://blogs.eui.eu/constitutionalism-politics-working-group/constitutional-court-decision-hungarian-governments-constitutional-identity-defense/>, 17 stycznia [dostęp 10.06.2018].
- Hillgruber, Christian, Christoph Goos. 2011. *Verfassungsprozessrecht*. Wyd. 3. Heidelberg: CF Müller.
- Koncowicz, Tadeusz Tomasz. 2015. „Constitutional Identity in the European Legal Space and the Comity of Circumspect Constitutional Courts”. *Gdańskie Studia Prawnicze* 33: 195–215.
- Krämer, Rike, Judith Janna Märten. 2015. „Der Dialog der Gerichte – die Fortentwicklung des Persönlichkeitsschutzes im europäischen Mehrebenensystem”. *Europarecht* 2: 169–189.
- Lang, Andrej. 2018. „National Courts *ultra vires* review of the ECB's policy of quantitative easing: An analysis of the German Constitutional Court's preliminary reference order in the PSPP case”. *Common Market Law Review* 55: 923–951.
- Lenaerts, Koen. 2017. „La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust”. *Common Market Law Review* 54: 805–840.
- Lenaerts, Koen, Ignace Maselis, Kathleen Gutman. 2014. *EU Procedural Law*. Oxford University Press.
- Mei van der, Anne Pieter. 2017. „The European Arrest Warrant system. Recent developments in the case law of the Court of Justice”. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 24: 882–904.
- Nowag, Julian. 2016. „EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: A Toxic Mix?”. *Common Market Law Review* 54: 1441–1454.
- Ostropolski, Tomasz. 2016. „Naruszenie praw podstawowych jako przesłanka odmowy wykonania ENA – uwagi do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 5.04.2016 r. w sprawach połączonych C-404/15 Aranyosi i C-659/15 PPU Căldăraru”. *Europejski Przegląd Sądowy* 11: 20–26.
- Reestman, Jan-Herman, Leonard Besselink. 2016. „Sandwiched Between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection”. *European Constitutional Law Review* 16: 213–222.
- Schima, Bernhard. 2015. *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich und Deutschland*. Mainz: C.H. Beck.
- Skomerska-Muchowska, Izabela. 2018. „The Dialogue of CEE Constitutional Courts in the Era of Constitutional Pluralism”. W *Transnational Judicial Dialogue on International Law in Central and Eastern Europe*. Red. Anna Wyrozumska. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.

- Staškiewicz, Wiesław (red.). 2011. *Konstytucje państw europejskich*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Taborowski, Maciej. 2016. „Znaczenie art. 53 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla poziomu ochrony praw podstawowych w krajowym prawie konstytucyjnym”. *Państwo i Prawo* 70: 40–57.

Bartosz Solocho

**HOW TO PROTECT THE FUNDAMENTAL RIGHTS
OF OWN CITIZENS IN THE SITUATION
OF THE EU LAW PREDOMINANCE?
SOME REFLECTION BASED ON THE CASE LAW OF FCC
AND EU COURT OF JUSTICE CONCERNING
THE EUROPEAN ARREST WARRANT (EAW)**

Abstract. The decision of the German Federal Constitutional Court of December 14, 2015 in the *Identitätskontrolle* case is crucial for understanding the limits of the possibility to protect national fundamental rights in the European Union. FCC de facto carried out a review of compliance with the obligation under European Union law to unconditionally execute the European Arrest Warrant (EAW) with constitutional guarantees to protect the right to dignity, but ultimately concluded that constitutional guarantees essentially coincide with the EU provisions. When issuing its ruling, although it was clearly different from the EU CJ case law on EAW, the FCC stated that there is no need to ask a question for a preliminary ruling. In spite of this, the ruling clearly influenced the subsequent development of the EU CJ case law, above all, the Aranyosi and Căldăraru cases. Moreover, it seems that it has also significantly influenced the further dynamics of relations between national constitutional courts and the EU CJ in the field of protection of fundamental rights. It can even be said that it is crucial for understanding the dynamics of the process of a judicial dialogue within the EU.

Keywords: constitutional identity, identity control, dialogue between courts, fundamental rights, multicentric system.

SPIS TREŚCI

<i>Tomasz Duraj</i> , Przyszłość cywilnoprawnych stosunków zatrudnienia	5
– The future of civil employment relationships	15
<i>Monika Gładoch</i> , O potrzebie różnorodności w prawie pracy	17
– About the need for diversity in labour law	24
<i>Agata Ludera-Ruszel</i> , Umowy prawa cywilnego jako podstawa zatrudnienia – wybrane zagadnienia	25
– Employment under civil law contracts – selected issues	33
<i>Małgorzata Gersdorf</i> , Nowe trendy gospodarcze a reguła domniemania zawarcia umowy o pracę	35
– New economic trends and the presumption rule of concluding an employment contract ...	41
<i>Andrzej Marian Świątkowski</i> , Uznanie za pracownika osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej	43
– Recognition of an individual employed under the civil law contract as employee	56
<i>Aleksandra Pietras</i> , O zakresie podmiotowym prawa pracy z perspektywy koncepcji <i>work-life balance</i>	57
– About the subjective scope of labour law from the perspective <i>work-life balance</i> concept	68
<i>Tomasz Duraj</i> , Koncepcja umowy o dzieło twórcze. Analiza krytyczna	69
– The concept of a contract for creative work. Critical analysis	87
<i>Anna Musiała</i> , Filozofia tzw. ochrony osób pracujących na zasadach cywilnoprawnych – głos w dyskusji podczas I Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej z cyklu „Nietypowe stosunki zatrudnienia” pt. „Stosowanie umów cywilnoprawnych w świetle przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Łódzko-poznański początek dyskusji”	89
– The philosophy of protecting people working on civil-law basis. A voice in the discussion during the 1 st Nationwide Scientific Conference from the series ‘Non-standard employment relations’ entitled ‘Applying civil-law contracts in the light of the labour law regulations and social insurance. Łódź and Poznań beginning of the discussion’ .	95
<i>Mateusz Barwaśny</i> , Prawo do wypoczynku osób pracujących na własny rachunek – uwagi <i>de lege ferenda</i>	97
– Right to rest of the self-employed – <i>de lege ferenda</i> comments	109
<i>Ślawomir Driczinski</i> , Czas jako element stosunku pracy (uwagi na gruncie treści art. 22 § 1 k.p.)	111
– Time as an employment relationship element (comments under art. 22 § 1 of the Labour Code)	121
<i>Ewelina Szadkowska</i> , Umowy cywilnoprawne a specyfika zawodu nauczyciela	123
– Civil law contracts and the profession of a teacher	130
<i>Michał Barański</i> , Prywatne pośrednictwo pracy a świadczenie usług informacyjnych o miejscach pracy za pośrednictwem systemów teleinformatycznych	131
– Differences between private intermediation in employment and providing information services about employment through telecommunications systems	141

<i>Marcin Krajewski, Zbieg ubezpieczeń emerytalnego i rentowego zleceniobiorcy. Wybrane zagadnienia</i>	143
– The concurrence of pension and disability insurance of the contractor selected issues	155
<i>Joanna Ceglarska-Józwiak, Szczególne problemy ubezpieczenia społecznego zleceniobiorców w kontekście braku bezwzględного obowiązku osobistego świadczenia pracy przez zleceniobiorcę</i>	157
– Contractor's specific problems of social insurance in the context of the lack of the contractor's obligation to personally provide work	166

APPENDIX

<i>Bartosz Solocho, Jak chronić prawa podstawowe własnych obywateli w sytuacji prymatu prawa unijnego? Garść refleksji na kanwie orzecznictwa FSK i TSUE dotyczącego Europejskiego Nakazu Aresztowania (ENA)</i>	167
– How to protect the fundamental rights of own citizens in the situation of the EU law predominance? Some reflection based on the case law of FCC and EU court of justice concerning the European Arrest Warrant (EAW)	190