

Paweł Gacek

Zajęcie zarobkowe – próba definicji pojęcia z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, w świetle orzecznictwa sądowo-administracyjnego : wybrane aspekty

Administracja : teoria, dydaktyka, praktyka nr 4(33), 67-90

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Zajęcie zarobkowe – próba definicji pojęcia z art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, w świetle orzecznictwa sądowo-administracyjnego (wybrane aspekty)

I. Uwagi wstępne

Jedną z cech charakteryzujących Policję jako instytucję państwową jest hierarchiczne podporządkowanie wewnątrz posiadanej przez nią struktury organizacyjnej¹. W ramach tak określonego sposobu zorganizowania istotnym jest właściwe ukazanie sposobu funkcjonowania poszczególnych jednostek tj. funkcjonariuszy, a w szczególności maksymalnie dokładne wytyczenie zakresu przysługujących im praw, oraz (przede wszystkim) obowiązków, zarówno w relacjach wewnętrznych (między sobą i przełożonymi) oraz zewnętrznych. Określone przepisami sposoby komunikacji

¹ Zob. wydane na podstawie art. 5 ust. 1 i art. 7 ust. 1, w związku z art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji § 3 zarządzenia nr 21 KGP z dnia 20.05.1993 r. w sprawie funkcjonowania organizacji hierarchicznej w Policji – organizacja hierarchiczna w policji ma za zadanie zapewnienie jednolitości, sprawności, szybkości, ekonomiczności i efektywności czynności służbowych, zdolności struktury organizacyjnych Policji do działań uporządkowanych, ustalenia odpowiedzialności indywidualnej w przypadku naruszenia prawa, bezczynności pomimo obowiązku działania albo wykonania zadań służbowych w sposób profesjonalnie wadliwy.

Zob. także A. Babiński, *Wątpliwości co do stosowania zarządzenia w sprawie funkcjonowania organizacji hierarchicznej w Policji*, *Policja. Kwartalnik Kadry Kierowniczej Policji* 2003, nr 1–2, s. 38 i n. – kwestionuje fakt dalszego obowiązywania zarządzenia nr 21, przeciwnie wyrok NSA z dnia 22.02.2011 r., I OSK 1301/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A002027FF2> – wskazuje wprost, iż zarządzenie to nie utraciło swojej mocy obowiązującej.

(kanały komunikacyjne) umożliwiają funkcjonariuszom sprawne porozumiewanie się pomiędzy poszczególnymi szczeblami ustanowionej hierarchii oraz poznanie własnej pozycji jako jednostek w relacjach służbowych.

Zatem punktem odniesienia dla dalszych rozważań winien stać funkcjonariusz Policji, jak element usytuowany w tej strukturze zhierarchizowanej. Jego pozycja, jest ściśle określona przez przepisy w ustawie z dnia 6.04.1990 r. o Policji², a w szczególności jego zakres wyznacza nawiązany pomiędzy organem a nim samym stosunek służbowy.

Stosunek taki wiąże się ze wzmożoną dyspozycyjnością funkcjonariusza co do czasu, miejsca oraz rodzaju wykonywanych czynności, zwiększonym stopniem podporządkowania³ w stosunku do podmiotu zatrudniającego oraz charakteryzuje się trwałością powstałego stosunku, a także zaostrzoną odpowiedzialnością dyscyplinarną i porządkową⁴.

Konstrukcja zaprezentowanej wyżej definicji wysuwa na czoło zagadnienie zwiększonego podporządkowania funkcjonariusza (dyscypliny służbowej) oraz korelującej z tym obowiązkiem zaostrojonej odpowiedzialności dyscyplinarnej i porządkowej, w przypadku przekroczenia granic wytyczonego zakresu praw lub obowiązków przez funkcjonariusza.

Jednym z takich ograniczeń jest ustanowiony w treści art. 62 ust. 1 ustawy zakaz podejmowania zajęcia zarobkowego poza służbą bez pisemnej zgody przełożonego, jak również wykonywania czynności lub zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważających zaufanie do Policji⁵.

² Dz. U. 2011 r., nr 287, poz. 1687 z późn. zm.

³ Zob. por. Florek, Zieliński, *Prawo pracy*, Warszawa 1997, s. 69–70. Autor używa sformułowania „podległość służbowa”.

⁴ Zob. P. Gacek, *Nawiązanie stosunku służbowego z funkcjonariuszem policji*, Administracja. Teoria. Dydaktyka. Praktyka 2011, nr 2(23), s. 75.

⁵ Porównaj z tekstem pierwotnym przepisu art. 62 (Dz. U. z 1990 r., nr 30, poz. 179), w brzmieniu: „Policjant nie może bez zezwolenia właściwego komendanta wojewódzkiego podejmować zajęcia zarobkowego poza służbą”, który został zmieniony art. 62 pkt 28 ustawy z dnia 24.07.1998 r. o zmianie nie-

Jak już wcześniej wspomniano, funkcjonariusz Policji posiada określony zakres uprawnień i obowiązków wyznaczonych przez przepisy ustawy o Policji, które z kolei określają granice dozwolonego przez niego działania. Ma to o tyle istotne znaczenie, iż w przypadku przekroczenia tego zakresu, czyn taki może zostać oceniony lub też zakwalifikowany jako przewinienie dyscyplinarne, a co za tym idzie funkcjonariusz może ponieść konsekwencje o tym właśnie charakterze.

Ważnym dlatego jest, precyzyjne ustalenie wyżej wymienionych granic, a w szczególności prawa do podjęcia zajęcia zarobkowego poza służbą za zgodą przełożonego, jak również korelującego z tym prawem obowiązku powstrzymania się od podejmowania jakichkolwiek zajęć zarobkowych bez wymaganej zgody lub wykonywania czynności lub zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważających zaufanie do Policji.

II. Definicja „zajęcie zarobkowe” – w świetle judykatury

Tymczasem regulacja zawarta w treści art. 62 ust. 1 ustawy o Policji, mimo iż posługuje się pojęciem „zajęcie zarobkowe” nie wyjaśnia go, ani przez kauzalne wyliczenie czynności które mogłyby spełniać te kryteria, ani przez podanie definicji legalnej tego sformułowania. Nie czyni tego także wydane rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 02.09.2002 r. w sprawie szczegółowych praw i obowiązków oraz przebiegu służby policjantów⁶, które w § 3 ust. 1 pkt 11 jedynie zalicza takie

których ustaw określających kompetencję organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa (Dz. U. z 1998 r., nr 106, poz. 668) zastępując sformułowanie „właściwego komendanta” wyrażeniem „przełożonego”. Następnie art. 1 pkt 23 ustawy z dnia 21.07.2006 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2006 r., nr 158, poz. 1122), zmodyfikowano w sposób zasadniczy treść art. 62 ust. 1 ustawy dodając część zdania „ani wykonywania czynności lub zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważających zaufanie do Policji” Pomimo kolejnych nowelizacji treści art. 62 ust. 1 ustawy o Policji zasadniczy trzon tego przepisu nie uległ już zmianom.

⁶ Dz. U. z 2002 r., nr 151, poz. 1261.

zezwolenia do spraw osobowych⁷. Brak jest także definicji zajęcia zarobkowego w wydanej Decyzji nr 14/2010 Małopolskiego Komendanta Wojewódzkiego Policji z dnia 24.02.2010 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu udzielania policjantom zezwolenia na podjęcie zajęcia zarobkowego⁸.

Wydaje się co najmniej niekonsekwentnym ustanowienie odpowiedniego zakazu dla funkcjonariusza z jednej strony oraz nieodokreślenie kluczowego pojęcia dla wskazania granic dozwolonego zachowania się z drugiej strony. Wszak zakwalifikowanie odpowiedniego zajęcia do kategorii „zajęć zarobkowych” decyduje o tym czy funkcjonariusz postępuje zgodnie z przepisami prawa, czy też wykracza poza te granice. Pytanie o przyczynę takiego stanu rzeczy wydaje się pytaniem retorycznym. Konstrukcja art. 62

⁷ Podobnie rzecz się miała w nieobowiązującym już obecnie rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 07.12.2001 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu udzielania policjantom zezwolenia na podjęcie zajęcia zarobkowego, składania oświadczenia o stanie majątkowym oraz właściwości przełożonych w tych sprawach (Dz. U. z 2001 r., nr 148, poz. 1659), które regulowało procedurę związaną z udzielaniem zezwolenia na podjęcie zajęcia zarobkowego poza służbą przez funkcjonariusza Policji. Zostało ono uchylone § 7 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 17.07.2007 r. w sprawie postępowania w sprawach oświadczeń o stanie majątkowym policjantów oraz trybu publikowania oświadczeń o stanie majątkowym osób pełniących funkcje organów Policji (Dz. U. z 2007 r., nr 144, poz. 1015 z późn. zm.). Obecnie obowiązujący akt nie reguluje problematyki określonej w art. 62 ust. 1 ustawy o Policji.

⁸ Decyzja niepublikowana. Treść § 1 ust. 1 – „Policjant nie może podejmować zajęcia zarobkowego poza służbą bez pisemnej zgody przełożonego ani wykonywać czynności lub zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważających zaufanie do Policji”, oraz § 1 ust. 2 – „Policjant nie może uczestniczyć w żadnej działalności w tym gospodarczej, jeśli działalność ta mogła by prowadzić do wykorzystania autorytetu urzędowego, informacji służbowych lub środków publicznych do celów pozasłużbowych albo w sposób sprzeczny z ich przeznaczeniem”. Porównaj z tekstem Decyzji nr 11/2010 Komendanta Powiatowego Policji w Olkuszu z dnia 23.04.2010 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu udzielania policjantom zezwolenia na podjęcie zajęcia zarobkowego poza służbą. Decyzje te dotyczą jednak tylko odpowiednio garnizonu małopolskiego oraz powiatu olkuskiego.

ust. 1 została wprowadzona do ustawy o Policji z chwilą wejścia tej ustawy w życie. Mimo ponad dwudziestu lat jej obowiązywania, ustawodawca nadal nie zdecydował się wprowadzenie legalnej definicji. Być może oznacza to brak jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu znaczeniowego tego pojęcia, a może jednak istnieją inne przyczyny uniemożliwiające lub w zasadniczy sposób utrudniające zbudowanie i wprowadzenie do ustawy o Policji legalnej definicji, która w sposób wyczerpujący określi granice tego sformułowania.

Odpowiedź w tym zakresie, jest nie tylko kluczowa dla funkcjonariuszy Policji. Są oni tylko jednymi z wielu funkcjonariuszy służb mundurowych, których takie ograniczenie dotyczy. Mówiąc o funkcjonariuszu Policji trzeba mieć na uwadze wszystkich funkcjonariuszy, w szczególności Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Wywiadu Wojskowego, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Straży Granicznej, Służby Celnej, Służby Więziennej, Państwowej Straży Pożarnej⁹, którzy co do zasady zobowiązani są do niepodjęcia zajęć zarobkowych poza służbą.

Treść art. 62 ust. 1 ustawy o Policji ustanawia jedynie obowiązek powstrzymania się od podejmowania przez funkcjonariusza jakiegokolwiek zajęcia zarobkowego poza służbą bez wymaganej zgody właściwego przełożonego¹⁰. Zgoda taka może zostać wyda-

⁹ Zob. art. 79a ust. 1 oraz art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 24.05.2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r., nr 29, poz. 154 z późn. zm.), art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 09.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2012 r., nr 621), art. 39 ust. 1 ustawy z dnia 09.06.2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2006 r., nr 104, poz. 710 z późn. zm.), art. 67 ustawy z dnia 12.10.1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2011 r., nr 116, poz. 675 z późn. zm.), art. 160 ust. 1 ustawy z dnia 09.04.2010 r. o Służbie Więziennej (Dz. U. z 2010 r., nr 79, poz. 523 z późn. zm.), art. 125 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o Służbie Celnej (Dz. U. z 2009 r., nr 168, poz. 1323 z późn. zm.), art. 57a ust. 1 ustawy z dnia 24.08.1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz. U. z 2009 r., nr 9, poz. 68 z późn. zm.).

¹⁰ Przepis ten dotyczy wyłącznie zajęcia zarobkowego podejmowanego poza służbą. Nie są objęte tym przepisem ewentualne przypadki podejmowanych

na jeżeli przełożony tak uzna. W tym aspekcie zakres jego władztwa ma charakter uznaniowy. Natomiast bezwzględny zakazem objęte są czynności lub zajęcia sprzeczne z obowiązkami wynikające z ustawy lub podważające zaufanie do Policji¹¹. Przełożony wyrażając lub odmawiając udzielenia zgody na podjęcie dodatkowego zajęcia zarobkowego poza służbą z urzędu bada czy zachodzą przesłanki negatywne wymienione w tym przepisie. Tylko te dwie przesłanki wymienione w treści art. 62 ust. 1 ustawy o Policji stanowią ograniczenie jego uznania. W przypadku ich ujawnienia decyzja przełożonego co do wyrażenia zgody na podjęcie dodatkowego zajęcia zarobkowego poza służbą musi być zawsze negatywna.

W braku ustawowej definicji pojęcia „zajęcie zarobkowe”, próbę taką podjął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie, który w wyroku z dnia 07.05.2008 r.¹² wskazał, że „zajęcie zarobkowe to takie zajęcie, za które wg obowiązujących przepisów przysługuje wynagrodzenie. Ponadto konieczność wypłaty wynagrodzenia może wynikać też z zawartej umowy lub ogólnie przyję-

zająć zarobkowych w czasie służby. Trzeba jednak dodać, że możliwość wykonywania innych zajęć czasie służby przez funkcjonariusza, które nie wynikają z obowiązków służbowych jest niedopuszczalna (aut.).

¹¹ Zakres znaczeniowy tych przesłanek także nie jest jasny. Pewna próba egzemplifikacji zachowań, które mogłyby mieścić się w granicach tych sformułowań zawarta była w § 3 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 07.12.2009 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu udzielania policjantom zezwolenia na podjęcie zajęcia zarobkowego, składania oświadczenia o stanie majątkowym oraz właściwości przełożonych w tych sprawach, a także § 1 ust. 2 oraz § 3 Decyzji MKWP z dnia 24.02.2010 r. Akty te wskazują, że zajęcie lub działalność sprzeczne z obowiązkami wynikające z ustawy lub podważające zaufanie do Policji, to między innymi takie, które zakłócają wykonywanie przez policjanta obowiązków służbowych w granicach zadań określonych w ustawie, naruszają prestiż służby, podważają zaufanie do bezstronności policjanta, pozostają w sprzeczności z interesem służby i jej zadaniami, prowadzą do wykorzystania autorytetu urzędowego, informacji służbowych lub środków publicznych do celów pozasłużbowych albo w sposób sprzeczny z ich przeznaczeniem (aut.).

¹² Zob. LEX nr 515274.

tych zwyczajów. Zdaniem Sądu pojecie „zajęcie zarobkowe” obejmuje wszelkie formy zatrudnienia połączone z uzyskiwaniem dochodów czyli działalność gospodarczą, stosunek pracy, stosunek służbowy oraz każdy rodzaj umowy cywilnoprawnej. Nadto należy też uwzględnić członkostwo w organach statutowych jakichkolwiek instytucji jeżeli jest to połączone z uzyskiwaniem dochodów pieniężnych stałych bądź okresowych. Zajęciem zarobkowym będzie też świadczenie pracy za wynagrodzeniem bez podpisania umowy, która precyzowałaby warunki wykonywanej działalności”.

Zaprezentowana przez WSA definicja nie wyjaśnia wprost co to jest „zajęcie zarobkowe”, ale wskazuje jakie posiada ona cechy. Wyodrębnić można w niej dwa zasadnicze trzony, które wymagają odrębnego omówienia. Pierwszym z nich jest wyeksponowanie elementu takiego jak wynagrodzenie, będącego jednocześnie ekwiwalentem za zajęcie, które się wykonało lub nadal wykonuje, spełniło lub nadal spełnia, świadczyło lub nadal świadczy¹³. Wy-

¹³ Pojecie wynagrodzenia nie posiada w polskim systemie prawnym jednolitego znaczenia (zob. M. Skąpski, *Komentarz do art. 78 Kodeksu pracy*, stan prawny: 15.03.2012 r., w LEX OMEGA). Na gruncie prawa pracy nie sformułowano definicji legalnej tego pojęcia. Została ona wypracowana przez doktrynę i judykaturę. Zob. uchwała SN z dnia 30.12.1986 r., III PZP 42/86, OSNC 1987 r., nr 8, poz. 106 z głosem M. Seweryńskiego, OSP 1988, z. 7-8, poz. 185 – „pojęcie wynagrodzenia za pracę nie jest w sposób jednolity i konsekwentny określone w przepisach prawa pracy, a kodeks pracy nie zawiera definicji tego pojęcia... Uwzględniając istotne cechy tego pojęcia wynikające z różnych przepisów kodeksu pracy można ogólnie określić wynagrodzenie za pracę jako świadczenie konieczne, o charakterze przysparzająco-majątkowym, które zakład pracy jest obowiązany wypłacać okresowo pracownikowi w zamian za wykonaną przezeń pracę, świadczoną na skutek wiążącego go z zakładem pracy stosunku pracy, odpowiednio do rodzaju, ilości i jakości pracy”, a także wyrok SN z dnia 05.06.2007 r., I PK 61/07, OSNP 2008, nr 15-16, poz. 214 – „sprawa o wynagrodzenie za pracę jest sprawą o dochód; dochód przysługujący pracownikowi w postaci zapłaty za świadczoną na rzecz pracodawcy pracę w ramach stosunku pracy...”. Szerzej na ten temat: M. Seweryński, *Wynagrodzenie za pracę. Pojęcie, regulacja, ustalenie*, Warszawa 1981; B. Wagner, *Wynagrodzenie za pracę (Pojęcie, prawna ochrona i źródła regulacji)*, St. Pr. PiPSP. 1996/1/139. Choć ww. pojęcie wynagrodzenia zostało zdefiniowane wyłącznie w odniesieniu do

nagrodzenie jest elementem konstytutywnym pojęcia „zajęcie zarobkowe”, decydującym o jego kwalifikacji¹⁴. Drugim elementem wyszczególnionym w podanej wyżej definicji jest sposób, w jaki wykonywane jest zajęcie zarobkowe. Może nim być każda forma zatrudnienia połączona z uzyskiwaniem dochodów czyli działalność gospodarcza, stosunek pracy, stosunek służbowy, każdy rodzaj umowy cywilnoprawnej, a także członkostwo w organach statutowych jakichkolwiek instytucji jeżeli jest to połączone z uzyskiwaniem dochodów pieniężnych stałych bądź okresowych.

O ile stosunek pracy i stosunek służbowy zawsze powiązane są z uzyskiwaniem określonego dochodu w postaci bądź to wynagrodzenia, bądź uposażenia, o tyle w przypadku umów cywilnoprawnych chodzi wyłącznie o takie, które są co najmniej dwustronnie zobowiązujące¹⁵ oraz odpłatne¹⁶. Tyczy się to także

świadczeń przysługujących pracownikowi ze stosunku pracy, w przypadku omawianej problematyki należy rozszerzyć jego znaczenie, na każde przysporzenie o charakterze majątkowym przysługujące osobie za świadczone, wykonywane lub spełniane zajęcie. Wynagrodzenie za określone zajęcie umożliwia zakwalifikowanie go jako „zajęcie zarobkowe” (aut.).

¹⁴ W braku definicji pojęcia „zajęcie” i „zarobek” należy odwołać się do znaczenia nadanego tym pojęciom w języku potocznym. Zob. B. Dunaj, *Słownik Współczesnego Języka Polskiego*, Wilga, Warszawa 1996, s. 1315 i n. – zajęcie – I. wzmożona uwaga połączona z zainteresowaniem, zaciekawienie, II.1. wykonywana czynność, zwłaszcza trwająca dłużej, 2. praca zarobkowa, oraz zarobkowy – dotyczący zarobku, przynoszący zarobek: Zajęcie zarobkowe. Praca zarobkowa.

¹⁵ Czynności o charakterze jednostronnie zobowiązującym nie wchodzi w zakres definicji „zajęcie zarobkowe”. Jeżeli bowiem zobowiązują jedną ze stron od określonego świadczenia, brak jest korelującego z nim świadczenia o charakterze przysparzającym na rzecz zobowiązanego do świadczenia wymienionego jako pierwsze. Jeśli z kolei przysparzają na rzecz jednej ze stron np. określone kwoty wyrażone w pieniądzu, to nie zobowiązują strony na rzecz której to przysporzenie nastąpiło do żadnego świadczenia – np. darowizna (aut.).

¹⁶ Wynika to z tego, iż jedna ze stron musi być zobowiązana do określonego przysporzenia o charakterze majątkowym dla drugiej strony, która z kolei zobowiązana jest do wykonania, spełnienia określonego świadczenia. Może ono polegać w szczególności na działaniu, zaniechaniu działania lub znoszeniu

członkostwa w organach statutowych określonej instytucji. Podstawą wykonywania takiej funkcji może być w szczególności umowa cywilnoprawna. Jeśli umowa lub inny akt na podstawie której powołano określoną osobę do pełnienia funkcji w organie statutowym określonej instytucji zobowiązuje do wypłaty wynagrodzenia za wykonywanie tej funkcji, lub jeśli obowiązek ten wynika z charakteru tej funkcji, to wykonywanie przez tą osobę takiej funkcji będzie wykonywaniem zajęcia zarobkowego. Jeśli w umowie lub akcie powołującym nie ustanowiono takiego wynagrodzenia, lub nie wynika ono z charakteru tej funkcji, wówczas funkcja ta sprawowana jest społecznie i nie podlega reżimowi art. 62 ust. 1 ustawy o Policji¹⁷.

określonego stanu rzeczy. Zajęcie jak wykazano nie zostało zdefiniowane, zatem granice tego pojęcia należy zakreślić odwołując się do definicji wypracowanej na gruncie językowym. Zajęcie musi być ukierunkowane, wymaga uwagi tj. świadomości osoby która je wykonuje. Nie precyzuje natomiast na czym ona ma polegać, a w szczególności czy na czynieniu czy też powstrzymaniu się od czynienia (aut.).

¹⁷ Należy jednak pamiętać o treści art. 63 ust. 1 ustawy o Policji, który zakazuje policjantowi przynależności do partii politycznych. Zakaz ten dotyczy zarówno samego członkostwa w takiej partii, jak również sprawowania jakiegokolwiek funkcji w organach statutowych takiej partii, niezależnie od tego czy dana funkcja w tych organach połączona jest z członkostwem w partii czy też nie, oraz niezależnie od tego czy jest funkcją odpłatną czy też sprawowaną społecznie. W pierwszym przypadku zakaz wynika z argumentu *ad minori ad maius*. Skoro przepis zabrania członkostwa w partii politycznej, to zabrania także pełnienia funkcji w organach statutowych tej partii jeżeli pełnienie tej funkcji wiąże się z członkostwem. Jeśli pełnienie funkcji w organach statutowych partii nie wiąże się z członkostwem, to zakaz taki wynika z treści art. 62 ust. 1 ustawy o Policji, który wprowadza zakaz wykonywania zajęć lub czynności, które są sprzeczne z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważających zaufanie do Policji. Członkostwo w partii politycznej, jak również wykonywanie jakiegokolwiek czynności lub zajęć w takiej partii, w tym pełnienie funkcji w organach statutowych, chociażby społecznie, stoi w sprzeczności z wyżej wymienionymi przesłankami określonymi w art. 62 ust. 1 ustawy o Policji. Odrębną kwestią jest przynależność policjanta do stowarzyszeń. Zgodnie z treścią art. 63 ust. 3 ustawy o Policji, funkcjonariusz zobowiązany jest do poinformowania swojego przełożonego o przynależności do stowarzyszeń działających poza służbą, a jeśli jest to stowarzyszenie bądź organizacja zagraniczna lub międzynarodowa

Nie jest istotna także forma zawartej umowy. Może ona być zawarta w formie ustnej¹⁸, pisemnej, lub też na jakimkolwiek nośniku który umożliwia utrwalenie zgodnego oświadczenia woli stron (w tym także na elektronicznym), w sposób bezpośredni przez obie strony, lub też za pośrednictwem środków komunikowania się na odległość, a także w każdy możliwy sposób, który strony uznały za stosowny, a który nie jest sprzeczny z przepisami powszechnie obowiązującymi. O ile jedną stroną takie umowy w każdym przypadku musi być funkcjonariusz Policji, o tyle nie istnieje żadne ograniczenie dotyczące drugiej strony umowy. Mo-

wa przynależność do nich wymaga zgody Komendanta Głównego Policji lub upoważnionego przez niego przełożonego. Zatem przed objęciem funkcji w stowarzyszeniu krajowym policjant zobowiązany jest poinformować swojego przełożonego drogą służbową (raportem) o takiej przynależności. Jeżeli przełożony nie stwierdzi żadnych przeciwwskazań wynikających z art. 62 ust. 1 ustawy o Policji tj. by przynależność taka była sprzeczna z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub by podważała zaufanie do Policji, wówczas policjant może bez ograniczeń wykonywać czynności lub zajęcia w tym stowarzyszeniu, jeżeli ma ono charakter nieodpłatny. W przypadku, gdy funkcja taka jest odpłatna musi uzyskać zgodę, o której mowa w art. 62 ust. 1 ustawy o Policji. Analogicznie rzecz się ma z przynależnością do organizacji lub stowarzyszeń międzynarodowych lub zagranicznych. Uprzednio wymagana jest zgoda Komendanta Głównego Policji lub wyznaczonego przez niego przełożonego. Jeżeli organ ten wyrazi zgodę na członkostwo policjanta w takich organizacjach lub stowarzyszeniach, może on następnie wykonywać w tych organizacjach lub stowarzyszeniach czynności lub zajęcia, w tym funkcję w organach tych podmiotów, bez ograniczeń jeśli mają charakter społeczny, oraz po uzyskaniu zezwolenia o którym mowa w art. 62 ust. 1 ustawy o Policji, w przypadku odpłatnego wykonywania tych funkcji. W każdym z opisanych przypadków podjęcie się wykonywania określonych funkcji we wskazanych podmiotach, jeśli jest związane z członkostwem, musi być poprzedzone poinformowaniem przełożonego w pierwszym przypadku, oraz zgodą w drugim przypadku. Jeżeli wykonywanie funkcji w tych podmiotach nie jest związane z członkostwem, wówczas koniecznym jest uzyskanie zezwolenia, o którym mowa w art. 62 ust. 1 ustawy o Policji wyłącznie jeśli funkcja którą zamierza pełnić funkcjonariusz Policji ma odpłatny charakter (aut.).

¹⁸ Przez wyraźne lub konkludentne ustalenie podstawowych postanowień umownych lub też przez czynności o charakterze faktycznym tj. przez przystąpienie do faktycznej realizacji zobowiązania (aut.).

że nią być zarówno osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej. Nie jest istotne także źródło, z którego wynikło określone zobowiązanie, jak również przedmiot i charakter tego zobowiązania (np. czy jest to świadczenie usług, wykonanie określonego dzieła, zlecenia, określonej pracy, czy czynność polega na jednorazowym, dwukrotnym, periodycznym lub ciągłym świadczeniu, czy jest to działalność profesjonalna czy też amatorska, czy jest prowadzona w sposób zorganizowany lub nie, itp.).

Jak zauważa WSA istotnym w tym przypadku jest konieczność wypłaty wynagrodzenia, będącego zobowiązaniem wzajemnym w stosunku do podjętego zajęcia zarobkowego, które może nie tylko wynikać z treści umowy tj. jej postanowień, bądź jej charakteru, ale także z ogólnie przyjętych zwyczajów.

Podzielając ten pogląd, należy jednak poczynić kilka uwag w tym zakresie. O ile w przypadku umów nazwanych konieczność wypłaty wynagrodzenia jeżeli nie została zawarta bezpośrednio w treści umowy, to wynika ona z przepisów, które tworzą konstrukcje określonego rodzaju zobowiązania, o tyle brak jest ściśle sprecyzowanych ram zobowiązań, które nie posiadają skodyfikowanych odpowiedników w aktach prawnych rangi ustawowej. Mowa tutaj o umowach nienazwanych. Co prawda, w przypadku takich umów, należy w ich konstrukcjach doszukiwać się elementów właściwych dla umów nazwanych i odnosić poszczególne postanowienia dotyczące tego rodzaju zobowiązań odpowiednio do postanowień tworzących konstrukcję umowy określonej przez strony, jednak w praktyce może okazać się to utrudnione z uwagi na fakt, iż strony mogły zawrzeć umowę w formie ustnej, określić postanowienia w sposób ogólny lub nieprecyzyjny. Ustalenie treści zgodnego oświadczenia woli stron w takim przypadku może być co najmniej karkołomne dla organu który dokonuje oceny, w szczególności z powodu braku jednolitego rozumienia pojęcia „ogólnie przyjętych zwyczajów”.

Odrębnie jako forma prowadzonego zajęcia zarobkowego została wymieniona działalność gospodarcza¹⁹. Pojęcie to zostało doprecyzowane w art. 2 ustawy z dnia 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²⁰²¹, jako zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły²².

Nie wdając się w szczegóły dotyczące charakterystyki działalności gospodarczej, należy poprzestać wyłącznie na wskazaniu zarobkowego jej charakteru. Jeśli określona działalność jej nie posiada nie może zostać uznana za działalność gospodarczą w rozu-

¹⁹ Szerzej na temat korelacji pomiędzy pojęciem zajęcia zarobkowe a działalnością gospodarczą P. Gacek, „Zajęcie zarobkowe” oraz „działalność gospodarcza” w kontekście art. 62 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (w świetle orzecznictwa) – wybrane aspekty, Przegląd Policyjny, rok XXII, Szczytno 2012, nr 4 (108), s. 195 i n.

²⁰ Dz. U. z 2010 r., nr 220, poz. 1447 z późn. zm.

²¹ Zob. M. Sieradzka, *Komentarz do art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, stan prawny: 02.01.2012 r., w LEX OMEGA – „definicja działalności gospodarczej jest zawarta w wielu aktach prawnych. Jednak z uwagi na charakter aktu należy uznać, że ta zawarta w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej ma niejako kluczowe znaczenie. Wskazuje się także, że pojęcie działalności gospodarczej zawarte w art. 2 ustawy jest stosowane w odniesieniu do innych aktów prawnych – jeśli dany rodzaj działalności nie jest wyraźnie wyłączony spod jej regulacji”, a także cytowany przez ww. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2007, s. 192 i n., a także postanowienie SN z dnia 02.02.2009 r., V KK 330/08, LEX nr 485044 – „w przepisie art. 2 u.s.d.g. zamieszczona jest definicja legalna działalności gospodarczej (por. wyrok SN z 4.01.2008 r., sygn. I UK 208/07, LEX nr 442841), co oznacza, iż powinna być ona traktowana jako powszechnie obowiązujące rozumienie tego pojęcia w polskim systemie prawnym, wiążące zarówno dla ustawodawcy, jak i organów wykonawczych oraz sądowniczych”.

²² Zob. wyrok NSA z dnia 28.04.2011 r., II OSK 333/11, LEX nr 992553 – „celem wprowadzenia przesłanki ciągłości działalności było wyłączenie z definicji działalności gospodarczej czynności jednorazowych. Jednakże przesłanki tej nie należy utożsamiać z koniecznością wykonywania działalności bez przerwy. Istotny jest zamiar powtarzalności określonych czynności celem osiągnięcia dochodu”.

mieniu art. 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej²³. Założeniem każdej działalności, ma być osiągnięcie określonego dochodu, co nie jest jednoznaczne ze stwierdzeniem, iż w każdym przypadku prowadzenia takiej działalności dochód ten zostanie osiągnięty. Ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej powoduje, że prowadzący ją, nie tylko może jej nie osiągnąć, ale notować będzie straty. Oznacza to, iż działalność, która okresowo pozbawiła prowadzącego dochodu, bądź też w całym okresie jej prowadzenia nie doprowadziła do uzyskania jakichkolwiek profitów, nie będzie automatycznie pozbawiona przymiotu „gospodarcza”. Jak już wcześniej zaznaczono, chodzi tutaj o pewne założenie leżące u podstaw zorganizowania określonej aktywności ludzkiej, które ma prowadzić do osiągnięcia zarobku. Sam efekt w postaci przysporzenia po stronie prowadzącego tą działalność nie wchodzi w zakres definicji działalności gospodarczej²⁴.

Konkludując to co zostało wyżej powiedziane należy stwierdzić, że działalność gospodarczą cechuje podporządkowanie regułom opłacalności i zysku lub zasadzie racjonalnego gospodarowania²⁵. Elementy te determinują ją jako działalność gospodarczą. W żadnym miejscu tej definicji nie zaakcentowano efektu finalnego tej działalności tj. osiągnięcia określonego zysku.

Zachodzi zatem pytanie czy teza o pewnym „założeniu” zarobkowej działalności, która została sformułowana w kontekście działalności gospodarczej odnosi się do całego zakresu zdarzeń określonych mianem „zajęcie zarobkowe”. Odpowiedź w tym zakresie wydaje się być twierdząca. Zasadnym zatem jest stwierdzenie, iż definicja skonstruowana przez WSA nie oddaje w pełni istoty zagadnienia, gdyż zajęcie zarobkowe to nie tylko takie zajęcia, za które według obowiązujących przepisów przysługuje wy-

²³ Zob. wyrok NSA z dnia 24.11.2011 r., II GSK 1219/10, Gazeta Prawna FiP 2012/21/7 – „dla oceny, że dany podmiot wykonuje działalność gospodarczą, konieczne jest stwierdzenie zarobkowego charakteru tej działalności”.

²⁴ Zob. uchwała SN z 30.11.1992 r., III CZP 134/92, OSNC 1993/5/79.

²⁵ Zob. postanowienie SN z 19.10.1999 r., III CZP 112/99, OSNC 2000/4/78.

nagrodzenie, ale także takie które podejmowane jest w celu osiągnięcia zarobku, mimo iż takie przysporzenie może nie nastąpić. Dotyczy to nie tylko działalności gospodarczej, ale każdej aktywności ludzkiej podejmowanej z założeniem osiągnięcia takiego celu. Innymi słowy mówiąc, strony każdej umowy cywilnoprawnej dwustronnie zobowiązującej i odpłatnej, mogą w ramach swobody kontraktowania tak ukształtować stosunek prawny między sobą, który przysporzenie dla jednej ze stron, w zamian za określone świadczenie, uzależni od zdarzenia przyszłego i niepewnego (warunku). Tak ukształtowany stosunek będzie mieścił się w zakresie pojęcia „zajęcie zarobkowe”, mimo niezastnienia ustalonego warunku w określonym czasie i braku korzyści w postaci zarobku dla jednej ze stron tego stosunku²⁶.

Zatem „zajęcie zarobkowe”, o którym mowa w art. 62 ust. 1 ustawy o Policji, prócz wyżej wskazanych cech i form jej wykonywania określonych w orzeczeniu WSA, winno eksponować przede wszystkim zarobek lub cel zarobkowy, a stosunek zobowiązaniowy będący jego źródłem powinien być co najmniej dwustronnie zobowiązujący²⁷. Podjęcie zajęcia zarobkowego posiada jedno ograniczenie o charakterze podmiotowym. Co najmniej jedną ze stron tego stosunku musi być osoba fizyczna, która posiada przymiot funkcjonariusza Policji. Na rzecz tej strony musi zostać usta-

²⁶ Bardziej adekwatnym sformułowaniem było by „zajęcie mające na celu zarobek” lub „zajęcie podejmowane w celu zarobkowym” (aut.).

²⁷ Stosunek ten może być także wielostronnie zobowiązujący. Musi jednak spełniać określone kryteria tj. wynagrodzenie (lub innego rodzaju świadczenie o charakterze pieniężnym albo jego ekspektatywa) musi przysługiwać funkcjonariuszowi, który jest jedną ze stron tego stosunku oraz wynagrodzenie to musi być ekwiwalentem świadczenia, do którego ten funkcjonariusz jest zobowiązany. Świadczenie, do którego zobowiązany jest funkcjonariusz, nie musi być jednak spełnione na rzecz osoby, która jest zobowiązana do zapłaty wynagrodzenia. Świadczenie funkcjonariusza może być spełnione także na rzecz osoby trzeciej, która może być stroną tego stosunku zobowiązaniowego lub nie. Osoba, na rzecz której funkcjonariusz spełnił swoje świadczenie może być stroną stosunku zobowiązaniowego łączącego go wyłącznie z podmiotem, który w stosunku zobowiązaniowym z funkcjonariuszem jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia (aut.).

nowione prawo do otrzymania wynagrodzenia, zarobku lub zagwarantowane prawo do oczekiwania na jego osiągnięcie. Ten rodzaj przysporzenia musi przysługiwać funkcjonariuszowi, który z kolei zobowiązany będzie do określonego świadczenia (określonej ukierunkowanej aktywności). Zajęcie zarobkowe może być podejmowane we wszystkich dziedzinach życia społeczno-gospodarczego²⁸, byleby nie było ono sprzeczne w przepisami

²⁸ Dotyczy to całego zakresu tego pojęcia, bez jakichkolwiek wyłączeń. Gdyby takowe istniały ustawodawca dokonałby stosowanego wyłączenia, tak jak to zrobił w stosunku funkcjonariuszy Służby Celnej. W treści art. 128 ust. 2 ustawy z dnia 27.08.2009 r. o Służbie Celnej zawarta jest delegacja, do określenia rodzajów zajęć zarobkowych, które nie wymagają zezwolenia. Na podstawie tego przepisu Minister Finansów wydał zarządzenie nr 28 z dnia 23.10.2009 r. w sprawie dodatkowych zajęć zarobkowych wykonywanych przez funkcjonariuszy celnych (Dz. Urz. MF z 2009 r., nr 13, poz. 70), które to w § 1 ust. 2 zawiera katalog zajęć zarobkowych, które nie wymagają uzyskania zezwolenia tj. działalność naukowa niezwiązana z zakresem działania Służby Celnej, działalność publicystyczna niezwiązana z zakresem działania Służby Celnej, działalność dydaktyczna niezwiązana z zakresem działania Służby Celnej, w zakresie nauczania w szkołach podstawowych, gimnazjalnych, ponadgimnazjalnych, wyższych oraz na kursach organizowanych przez urzędy publiczne, wykonywanie zawodu tłumacza przysięgłego, wykonywanie czynności biegłego sądowego, wykonywanie czynności społecznego kuratora sądowego. Ustawa o Policji nie przewiduje podobnie brzmiącego przepisu umożliwiającego stworzenie katalogu zajęć zarobkowych, których podjęcie przez funkcjonariusza nie wymagałoby zezwolenia. Zatem zakresem tego pojęcia należy objąć każdą dziedzinę. Publikowanie tekstów o charakterze naukowym także wchodzi w ten zakres. W przypadku przepisu art. 62 ust. 1 ustawy o Policji mamy do czynienia z normą, którą określa prawa i obowiązki funkcjonariusza. Wyznaczenie ram, sfery dozwolonego zachowania się funkcjonariusza powinna mieć prymat ponad inne wartości, które by mogły skłaniać do odmiennej wykładni tego przepisu, innej niż wykładnia językowa. Przeciwnie W. Kotowski, *Komentarz do art. 62 ustawy o Policji*, ABC 2008, w LEX, a także G. Łabuda, *Pojęcie zajęcia zarobkowego w rozumieniu art. 62 ustawy o Policji z perspektywy odpowiedzialności dyscyplinarnej policjanta*, PD 2010, nr 12, s. 5. Samo publikowanie, które jak wykazano jest zajęciem zarobkowym, należy odróżnić od czynności pisania tekstu artykułu, które może nie posiadać takiego charakteru. Jeżeli autor sporządza tekst artykułu to nie ujawnia jeszcze swojej woli tj. czy tworzy tekst celem opublikowania czy też dla własnych potrzeb. Wolę tą ujawnia dopiero wysyłając tekst do właściwego wydawnictwa. Pisanie tekstu może zostać uznane

za zajęcie zarobkowe na etapie jego tworzenia, jeśli z okoliczności wynika, że jest wykonywane właśnie w tym celu np. autor działa na zlecenie określonego wydawnictwa, posiada podpisaną umowę o stworzenie konkretnego dzieła a umowa ta jest odpłatna. Jak wynika z treści art. 17 ustawy z dnia 04.02.1994 r., o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2006 r., nr 90, poz. 631 z późn. zm.) twórcy utworu przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu. Wynagrodzenie za korzystanie z utworu jest immanentnie związane z utworem. Jeżeli twórca ujawni swą wolę publikacji utworu, to charakter umowy, na podstawie której nastąpi późniejsza publikacja wiąże się z uzyskaniem tego wynagrodzenia. Można by przyjąć, iż publikacja nie jest zajęciem zarobkowym, jeśli autor wysyłając tekst do publikacji uzależni późniejszą publikację artykułu od warunku takiego, iż nie zastrzeżę wynagrodzenia za możliwość korzystania ze stworzonego utworu. W przeciwnym wypadku od tego momentu zasadnym jest twierdzenie, iż mowa o zajęciu zarobkowym. Nie pozbawia tego charakteru oświadczenie twórcy o przeniesieniu wynagrodzenia na rzecz osoby trzeciej lub nieodebranie go. W każdym z tych przypadków to autor zadysponowałby prawem, które nabył. Jeśliby nie nabył uprawnienia do wynagrodzenia nie mogły nim dysponować. Problem pojawia się jednak w innym miejscu. Jest nim punkt w czasie, w którym autor będący funkcjonariuszem jest zobowiązany do wystąpienia o wydanie zezwolenia na podjęcie zajęcia zarobkowego. Wydawać by się mogło, że jest nim chwila, gdy ujawnił on zamiar osiągnięcia dochodu ze stworzonej przez siebie publikacji. Z treści § 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 07.12.2001 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu udzielania policjantom zezwolenia na podjęcie zajęcia zarobkowego, składania oświadczenia o stanie majątkowym oraz właściwości przełożonych w tych sprawach wynikało, że wniosek funkcjonariusza ubiegającego się o wydanie zezwolenia na podjęcie zajęcia zarobkowego musiał zawierać takie dane jak nazwę i adres podmiotu, u którego zamierza się podjąć zajęcie zarobkowe, charakter zajęcia zarobkowego i przewidywany zakres obowiązków, czas i miejsce wykonywania zajęcia zarobkowego, przewidywany okres trwania zajęcia zarobkowego. Katalog ten został powtórzony w treści § 2 decyzji 14/2010 MKWP, a także § 2 decyzji KPP w Olkuszu. Zakres tych informacji uniemożliwia prawidłowe wypełnienie przez funkcjonariusza wniosku, który w chwili wysłania artykułu do publikacji nie posiada większości informacji o przyszłym wydawcy oraz o kształcie umowy, która ma zostać zawarta. Wydaje się zatem zasadnym, że obowiązek ten rodzi się z chwilą otrzymania informacji od właściwego wydawcy, z których będą wynikać podstawowe postanowienia umowne, w szczególności dotyczące pełnej nazwy wydawcy, zakresu udostępnienia danego utworu, okresu na który utwór został udostępniony, przeniesienia praw autorskich lub praw

powszechnie obowiązującymi²⁹. Ponadto istnieje jeszcze jedno ograniczenie o charakterze przedmiotowym wyszczególnione w treści art. 62 ust. 1 ustawy o Policji. Zajęcie zarobkowe nie może być sprzeczne z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważające zaufanie do Policji.

W tym ostatnim przypadku użyto dwóch sformułowań tj. zajęć lub czynności, co także należy tłumaczyć jako każdy przejaw aktywności ludzkiej. Ponadto, jeżeli są one sprzeczne z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważające zaufanie do Policji, to bez znaczenia pozostaje fakt czy są one zajęciami lub czynnościami o charakterze zarobkowym bądź też mające cel zarobkowy lub też o charakterze niezarobkowym bądź nieposiadające takiego celu. W każdym przypadku przepis art. 62 ust. 1 ustawy o Policji wyłącza możliwość podjęcia tego rodzaju zajęcia lub czynności przez funkcjonariusza Policji.

Oczywiście należy mieć także na uwadze, że katalog wskazany w orzeczeniu WSA jest tylko przykładowym wyliczeniem, nie mającym charakteru *numerus clausus*. Trudno by było oczekiwać, by wymieniono w nim wszystkie formy takiego zajęcia. Ponadto za takim sposobem interpretacji przemawia użyte w tekście orzeczenia sformułowanie, iż zajęciem zarobkowym jest każda forma zatrudnienia, która połączona jest z uzyskiwaniem dochodów, po czym następuje egzemplifikacja tych form.

Wartym także, z punktu widzenia omawianej problematyki, przytoczenia jest wyrok WSA w Lublinie z dnia 25.10.2007 r., III

do dysponowania, rozpowszechniania utworu w całości lub określonej części, czy też wysokość wynagrodzenia. Wówczas możliwe jest prawidłowe wystąpienie do właściwego organu o udzielenie takiego zezwolenia. Należałoby opowiedzieć się z twierdzeniem, iż w tym przypadku obowiązek wystąpienia o zezwolenie na podjęcie zajęcia zarobkowego należałoby przesunąć do chwili uzyskania powyższych informacji. Sama możliwość podpisania umowy z wydawcą możliwa byłaby dopiero po uzyskaniu zgody (aut.).

²⁹ W szczególności sprzecznych z treścią art. 5 oraz art. 58 § 1 i 2 k.c. a także innych przepisów w tym karnych egzemplifikujących nie tylko czynności sprzecznych z ustawą, ale także zagrożonych sankcją karną. Przykładem może być umowa o świadczenie niemożliwe, która jest nieważna – art. 387 § 1 k.c. (aut.).

SA/Lu 422/2007³⁰, w którym sąd skonstruował definicję „przez wskazanie” konkretnego przypadku (który rozpoznawał), kwalifikując go jako „zajęcie zarobkowe”. Pomijając szczegóły związane dokładną charakterystyką tego zdarzenia, należy jedynie poprzestać na stwierdzeniu, iż kategorią „zajęcie zarobkowe” zostały objęte wykonywane czynności przez jednego z małżonków, będącego funkcjonariuszem Policji, za które ten nie pobierał żadnego wynagrodzenia, dla drugiego małżonka, który prowadzi własną działalność gospodarczą. Czynności te dotyczyły właśnie tej działalności, a współmałżonek, który tą działalność prowadzi otrzymał ekwiwalent pieniężny (tj. osiągnął dochód) za czynności wykonywane przez funkcjonariusza. Sąd doszedł do przekonania, że małżonkowie, objęci są z mocy ustawy wspólnością majątkową zgodnie z art. 31 § 1 i 2 ust. 1 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, dlatego też nie ma znaczenia któremu z małżonków przypadł dochód, ponieważ i tak w konsekwencji zostaje on włączony do tej wspólności ustawowej. Istotnym jest, iż funkcjonariusz podjął się wykonania określonych czynności, za które (według ustalonych okoliczności) przysługiwało lub powinno przysługiwać wynagrodzenie. Okoliczność, iż funkcjonariusz nie pobierał z tytułu wykonywanych czynności żadnego wynagrodzenia nie wpłynęło w żadnym stopniu na ocenę sytuacji, z uwagi na fakt, że drugi współmałżonek faktycznie pobrał wynagrodzenie za czynności

³⁰ Zob. LexPolonica nr 2302256 – „okoliczność, że wynagrodzenie za świadczoną pracę skarżący nie otrzymywał bezpośrednio, lecz odbierała je jego żona, nie zmienia oceny, że – w braku odrębnej umowy małżeńskiej – środki te były wspólne. Zgodnie bowiem z art. 31 § 1 i 2 ust. 1 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – z chwilą zawarcia małżeństwa powstaje między małżonkami z mocy ustawy wspólność majątkowa (wspólność ustawowa) obejmująca przedmioty majątkowe nabyte w czasie jej trwania przez oboje małżonków lub przez jednego z nich (majątek wspólny). Do majątku wspólnego należą w szczególności pobrane wynagrodzenie za pracę i dochody z innej działalności zarobkowej każdego z małżonków. Mimo więc, że wynagrodzenie za czynności świadczone przez skarżącego pobierała jego żona, trafiały one do majątku wspólnego, wzbogacając również skarżącego. Nie jest zatem tak, że nie odnosił on korzyści finansowych ze świadczenia lekcji dla kursantów, a więc działalność jego miała charakter zarobkowy”.

wykonane przez funkcjonariusza. Wobec braku rozdzielności majątkowej małżonków, wynagrodzenie pobrane przez drugiego współmałżonka spowodowało, że przysporzenie majątkowe uzyskane przez jednego z małżonków weszło do wspólnego majątku, a tym samym powiększyło majątek funkcjonariusza (będącego majątkiem wspólnym). Kluczowym w tym przypadku jest to, by dla samego funkcjonariusza zagwarantowane było prawo do tego wynagrodzenia, niezależnie od tego czy uzyskuje on to wynagrodzenie bezpośrednio czy też za pośrednictwem żony. W obu przypadkach uzyskany dochód jest włączony majątku wspólnego małżonków, czyli do majątku funkcjonariusza i jego żony.

Podkreślenia wymaga także fakt, iż nieznanomość obowiązujących przepisów prawnych jest okolicznością obciążającą wyłączenie funkcjonariusza. Zdaniem sądu „...w razie wątpliwości powinien on wystąpić do przełożonych o zezwolenie podjęcia działalności zarobkowej lub zajęcie stanowiska o braku wymogu zezwolenia, tym bardziej, że wiedział o instytucji ograniczenia funkcjonariusza w zakresie podejmowania działalności zarobkowej”³¹.

Obowiązek wynikający z art. 62 ust. 1 ustawy o Policji wchodzi w zakres spraw wynikających z podległości służbowej między przełożonymi i podwładnymi. Zgodnie treścią art. 5 pkt 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi³², wyżej wymienione sprawy wyłączone są spod kognicji sądów administracyjnych. Na tle omawianej problematyki zarysowały się dwa odmienne stanowiska judykatury.

Według pierwszego, sprawy te ze względu na wymienione wyżej wyłączenie nie mogą być przedmiotem rozważań sądu. Powodem jest właśnie wewnętrzny charakter takiej sprawy, która przypisana jest do wyłącznej kompetencji właściwego przełożonego oraz charakter przesłanek umożliwiających wydanie lub odmowę wydania zezwolenia³³. Analiza przedmiotowych orze-

³¹ Zob. wyrok WSA w Lublinie z dnia 25.10.2007 r., III SA/Lu 422/2007.

³² Zob. Dz. U. 2002.153.1270.

³³ Zob. postanowienie NSA z dnia 26.04.2006 r., I OSK 303/2006, ONSAiWSA 2006, nr 6, poz. 179, LexPolonica nr 1060062 – „sprawy udzielania zezwoleń na

czeń wskazuje, że sądy odrzucały kierowane do nich skargi powołując art. 5 pkt 2 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi nie badając w żadnym aspekcie czy organ udzielając lub odmawiając udzielenia funkcjonariuszowi zezwolenia na podjęcie zajęcia zarobkowego zastosował właściwie przepisy dotyczące tej problematyki.

Z kolei ustawa o Policji w treści art. 138 dopuszcza drogę sądowo-administracyjną od wydanego orzeczenia lub postanowienia w postępowaniu dyscyplinarnym. Prezentowane w niniejszej pracy orzeczenia WSA, w których sąd podjął próbę definicji „zajęcia zarobkowego” dotyczyły spraw związanych z takim postępowaniem dyscyplinarnym, w których nota bene funkcjonariusz Policji został ukarany za niezgłoszenie faktu podjęcia zajęcia zarobkowego. Sąd dokonując oceny prawidłowości prowadzenia postępowania dyscyplinarnego, uprzednio musiał rozstrzygnąć zagadnienie prejudycjalne, związane z udzieleniem odpowiedzi na pytanie czy w rozpatrywanym przypadku doszło do podjęcia „zajęcia zarobkowego” bez wymaganego zgłoszenia tego faktu i uzyskania stosownego zezwolenia. Ustalenie dokonane w tym zakresie umożliwiło dopiero kontrolę sądową w płaszczyźnie badania zgodności prowadzonego postępowania dyscyplinarnego z obowiązującymi przepisami.

Jeżeli przyjąć, iż charakter uprawnień władczych jaki posiada przełożony w stosunku do funkcjonariusza pozwala na definiowanie przez niego, w zakresie swobodnego uznania jakie zachowania mieszczą się w granicach pojęcia „zajęcie zarobkowe” to zasadnym jest stanowisko sądu odrzucające skargi na tej podstawie, iż sprawy te całkowicie nie podlegają orzecznictwu sądu ad-

podjęcie przez policjanta zajęcia zarobkowego poza służbą należą do spraw wynikających z podległości służbowej między podwładnymi a przełożonymi i tym samym na mocy art. 5 pkt 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. 2002 r., nr 153, poz. 1270 ze zm.) są wyłączone spod kognicji sądów administracyjnych”, w tym samym tonie wyrok WSA w Warszawie z dnia 17.10.2006 r., II SA/Wa 1847/06, LEX nr 902481, postanowienie NSA z dnia 17.03.1999 r., II SAB 8/99, LEX nr 656438.

ministracyjnego. W tym jednak wypadku zasadnym jest postawienie pytania, czy sąd dokonując oceny orzeczenia wydanego w postępowaniu dyscyplinarnym winien formułować definicję „zajęcia zarobkowego” w zakresie, który został wyłączony spod jego kognicji, czy raczej winien poprzestać na ustaleniu, że skoro właściwy organ uznał dane zachowanie jako „podjęcie zajęcia zarobkowego”, to okoliczność ta stanowi fakt niepodlegający dowodzeniu w tym postępowaniu. Z drugiej jednak strony jeżeli sąd zobowiązany jest do badania z urzędu prawidłowości stosowania norm prawnych przez organy, to jak możliwym było odrzucenie skargi bez merytorycznego odniesienia się do przedmiotu sprawy i stwierdzenie, że w danym konkretnym przypadku doszło do podjęcia „zajęcia zarobkowego” poza służbą przez funkcjonariusza, oraz że organ prawidłowo zastosował przepis prawny, skoro niemożliwym jest rozpoznanie skargi co do zasadności z uwagi na wyłączenie jakie wynika z art. 5 pkt 2 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Odpowiedź na to pytanie pozostaje otwarta. Warto jednak zauważyć, iż dwa stanowiska sądu co do merytorycznego rozstrzygnięcia czy w danym przypadku doszło do podjęcia dodatkowego zajęcia zarobkowego poza służbą przez funkcjonariusza Policji ma istotne znaczenie dla sytuacji prawnej funkcjonariusza, którego ten problem dotyczy. Wykazano bowiem, że mogą mieć miejsce takie zdarzenia, których ocena nie będzie jednoznaczna w kontekście kwalifikacji ich jako „zajęcie zarobkowe”. W takich przypadkach może dochodzić do różnorodnych nadużyć. Jeżeli bowiem funkcjonariusz podejmie zajęcie zarobkowe poza służbą, ale uprzednio zwróci się do właściwego przełożonego o wydanie mu takiego zezwolenia, którego nie otrzyma, w tym miejscu zostaje pozbawiony wszelkich instrumentów prawnych, które umożliwiłyby mu jakąkolwiek weryfikację czy organ podjął merytorycznie słuszną decyzję co do kwalifikacji takiego zdarzenia. Sąd bowiem w tym wypadku odrzuci skargę jako niedopuszczalną na podstawie art. 5 pkt 2 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Jeżeli jednak ten sam funkcjonariusz podejmie się wykonywania takiego zajęcia

zaniechując wystąpienia o wydanie takiego zezwolenia, wówczas organ jeśli poweźmie o takim zdarzeniu informację jest uprawniony do wszczęcia wobec takiego funkcjonariusza postępowania dyscyplinarnego. W takim postępowaniu to na organie prowadzącym będzie ciążył obowiązek dowodzenia, że wykonywane przez funkcjonariusza Policji zajęcie jest zarobkowym. Od wydanego orzeczenia w postępowaniu dyscyplinarnym funkcjonariuszowi będzie przysługiwać skarga do sądu administracyjnego, a ten badając prawidłowość prowadzonego postępowania dyscyplinarnego i wydanego w nim orzeczenia, będzie musiał odnieść się do kwestii związanej z okolicznością, która stała się podstawą do jego wszczęcia, tj. do ustalenia czy funkcjonariusz podjął faktycznie „zajęcie zarobkowe”.

III. Uwagi końcowe – *de lege ferenda*

Omawiana regulacja nie wyczerpuje z oczywistych względów tematu związanego z podjęciem przez funkcjonariusza Policji (ale także funkcjonariuszy innych służb) dodatkowego zajęcia zarobkowego poza służbą. Brak definicji ustawowej rodzi wiele wątpliwości, które powstają na tle stosowania tej instytucji. Głównym problemem jest ustalenie zakresu pojęcia „zajęcie zarobkowe”, tj. pola i granic dozwolonego zachowania się funkcjonariusza. Nie sposób nie docenić prób podjętych przez judykaturę. Mają one jednak charakter fragmentaryczny, nie uwzględniający kompleksowego i całościowego opracowania tego zagadnienia. Ograniczają się bowiem do przedmiotu rozpoznawanej sprawy. Tymczasem stosunek służbowy funkcjonariusza nacechowany jest, jak to zaznaczono na wstępie, zwiększonym podporządkowaniem (dyscypliną służbową). Trudno wymagać jej przestrzegania, skoro ustawodawca nie wyposażył funkcjonariusza w instrumenty umożliwiające dokładne zapoznanie się z zakresem własnych uprawnień i obowiązków.

Kwestia związana z definicją „zajęcia zarobkowego” wydaje się być kluczowa. Ustawodawca nie może bowiem zrzucić na naukę lub judykaturę obowiązku budowania za każdym razem przed-

miotowej definicji, w sytuacji, w której powstają wątpliwości co do właściwej kwalifikacji konkretnych zdarzeń. Innym zagadnieniem jest to, czy da się skonstruować definicję, która w sposób wyczerpujący obejmie wszystkie zdarzenia mieszczące się w granicach tego pojęcia. Może warto by także zastanowić się nad rezygnacją z tej konstrukcji i zastąpić ją inną bardziej elastyczną. Zagadnienia te jednak przekraczają zakres omawianej problematyki, dlatego dalsze rozważania w tym przedmiocie należy pozostawić na uboczu.

ABSTRACT

Paid occupation – an effort to make a definition of a notion under art. 62 sec. 1 Act on Police of 6 April 1990, in light of court-administrative judicial decisions (selected aspects)

The hereby paper undertakes problems connected with a discussion of one of limitations appropriate for the construction of an official relation of a Police functionary. The official relation regulated in Act on Police of 6 April 1990 characterises itself with an increased being of a functionary at disposal concerning time, place and type of performed activities, increased degree of subordination in relation to the employing party, and also aggravated disciplinary and keeping to order liability. This construction, as results from the previous sentence, emphasises a problem of the increased subordination of a functionary towards the superior authority and the aggravated disciplinary and keeping to order liability corresponding with this obligation in cases of abuse of limits of a functionary's permitted conduct provided by provisions of Act on Police, as well as acts of inferior rank, issued on its grounds. One of the key regulations fixing such limitations, is set in contents of art. 62 sec. 1 Act on Police which bans to undertake paid occupation outside the service without a written consents of a police superior, as well as performance of activities or occupations contradictory with duties resulting from the act or undermining confidence in Police. Unfortunately, the legislator despite the fact that the addressee of the norm was obliged to a determined conduct, however he did not establish precisely boundaries in the

range of which he would be able exist freely and in particular the legislator did not define the notion „paid occupation”, at the same time throwing this obligation responsibility on the theory and judicature. However, also on in this field the problems have not found any complex and exhausting elaboration. A fragmentary formulation of the research subject cannot satisfy, because as it was underlined the official relation is characterised by the increased degree of subordination. A correlate of duties which are imposed on functionaries should be exactly determined boundaries of notions, which when used instrumentally, would enable efficient and correct movement in an environment which is the official relation. Therefore, a matter connected with the definition of „a paid occupation” seems to be the key one. The objective paper is an effort to systematisation of knowledge in this scope and simultaneously a specific effort to answer the question what in the essence is the semantic scope of the notion „paid occupation”.