

**KANCELARIA ADWOKACKA  
ADW. DR MARTA DERLATKA**



**OPINIA PRAWNA**

**w przedmiocie:**

**UDZIELANIA ZEZWOLEŃ NA WYKONYWANIE ZAJĘĆ ZAROBKOWYCH POZA SŁUŻBĄ  
PRZEZ FUNKCJONARIUSZY STRAŻY GRANICZNEJ**

**sporządzona przez:**

**adw. dr Martę Derlatka**

**przygotowana na zlecenie:**

**Zarządu Głównego**

**Niezależnego Samorządnego Związku Zawodowego  
Funkcjonariuszy Straży Granicznej**

**29 września 2017 r., Warszawa**

### **Wykaz użytych aktów prawnych**

- (1) Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Staży Granicznej (Dz.U. 2016 r. poz. 1643 ze zm.), dalej: u.s.g.;
- (2) Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. 2016 r. poz. 1782 t.j. ze zm.);
- (3) Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. 2017 r. poz. 631 t.j. ze zm.);
- (4) Ustawa z dnia z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz.U. 2017 r. poz. 1204 t.j. ze zm.);
- (5) Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. 2017 r. poz. 1369 t.j. ze zm.);
- (6) Wytyczne nr 65 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 17 kwietnia 2015 r. w sprawie udzielania zezwoleń funkcjonariuszom Straży Granicznej na podjęcie zajęcia zarobkowego poza służbą (Dz.Urz. KGSG 2015 r. poz. 27).

### **Wykaz przywołanych orzeczeń**

- (1) Postanowienie NSA w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2006 r., sygn. I OSK 303/06 (ONSA WSA 2006, nr 6, poz. 179);
- (2) Postanowienie WSA w Białymstoku z dnia 19 marca 2013 r., sygn. II SA/Bk 171/13 (LEX nr 1301609).

## Przedmiot opinii

Przedmiotem niniejszej opinii, stosownie do Uchwały nr 23/X/2017 Zarządu Głównego NSZZ FSG z dn. 12 września 2017 r., są następujące zagadnienia prawne:

1. Czy decyzje kierownika jednostki organizacyjnej Straży Granicznej o określeniu własnych kryteriów wyrażania zgody na podjęcie dodatkowego zajęcia zarobkowego przez podległych mu funkcjonariuszy są zgodne z Wytycznymi nr 65 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 17 kwietnia 2015 r. w sprawie udzielania zezwoleń funkcjonariuszom Straży Granicznej na podjęcie zajęcia zarobkowego poza służbą?
2. Czy zgodnie z obowiązującymi przepisami kierownik jednostki organizacyjnej Straży Granicznej ma prawo wyrażać zgodę na podjęcie dodatkowego zajęcia zarobkowego wyłącznie według kryterium zbieżności dodatkowego zajęcia zarobkowego z wykonywanymi przez niego obowiązkami służbowymi?

### 1. Stan faktyczny

Stosownie do przekazanych informacji, w Straży Granicznej istnieje niejednolita praktyka udzielania zezwoleń na wykonywanie pracy zarobkowej poza służbą na podstawie art. 67 u.s.g. Na przyczyny odmów wskazuje się m.in. możliwość naruszania prestiżu oraz dobrego imienia służby w wyniku wykonywania wnioskowanego zajęcia zarobkowego. Stosownie do Uchwały nr 23/X/2017 ZG NSZZ FSG z dn. 12 września 2017 r., problemem z którym borykają się funkcjonariusze jest ponadto udzielanie odmów z uwagi na brak zbieżności dodatkowego zajęcia zarobkowego z wykonywanymi przez danego funkcjonariusza obowiązkami służbowymi. Zgodność rozumieć należy w następujący sposób (przykłady): zbieżnym jest wykonywanie pracy na strzelnicy w sytuacji, gdy funkcjonariusz na służbie na co dzień posługuje się bronią; zbieżnym jest również wykonywanie pracy instruktora sztuk walki czy innych sportów, jeżeli podobne zadania (związane z instruktażem czy utrzymywaniem sprawności fizycznej) wchodzi w zakres obowiązków służbowych.

Poza tym sygnalizowane jest, że kryteria udzielania zgody są niejasne, a zgody są faktycznie udzielane w oderwaniu od przesłanek prawnych i często noszą cechy zbyt daleko posuniętej uznaniowości. Pojawiają się również odmowy motywowane obawą nadmiernego obciążenia funkcjonariusza nowymi obowiązkami zawodowymi, co mogłoby w opinii przełożonych ujemnie

wpłynąć na wykonywanie zadań służbowych – pomimo zbieżności zajęcia zarobkowego z wykonywanymi czynnościami służbowymi.

## **2. Instytucja udzielenia zezwolenia**

Z uwagi na powagę i charakter stosunku służby oraz możliwość powstania konfliktu interesów, ustawodawca w art. 67 u.s.g. wprowadził zakaz podejmowania przez funkcjonariusza zajęć zarobkowych poza służbą bez zgody przełożonego. Ustawodawca nie rozróżnił form zarobkowania – zabronione jest zatem zarówno prowadzenie własnej działalności gospodarczej, jak również pozostawanie w innym stosunku służby, w stosunku pracy, zlecenia czy innych umów cywilnoprawnych. Analogiczne przepisy funkcjonują również w innych pragmatykach służbowych, w tym w ustawie o Policji (art. 62 ust. 1), ustawie o Służbie Więziennej (art. 160) czy ustawie o Państwowej Straży Pożarnej (art. 57a ust. 1).

Podobnie jak w przypadku funkcjonariuszy innych służb mundurowych, stosunek służby sprawia, że decyzja przełożonego o udzieleniu zgody na prowadzenie przez funkcjonariusza działalności zarobkowej ma charakter sprawy wynikającej z podległości służbowej. W konsekwencji – z uwagi na treść art. 5 pkt 2 p.p.s.a. – na decyzję przełożonego w przedmiocie udzielenia zezwolenia nie przysługuje skarga do sądu administracyjnego (por. postanowienie NSA w Warszawie z dnia 26 kwietnia 2006 r., sygn. I OSK 303/06, ONSA WSA 2006, nr 6, poz. 179 oraz postanowienie WSA w Białymstoku z dnia 19 marca 2013 r., sygn. II SA/Bk 171/13, LEX nr 1301609 – oba postępowania wszczęte ze skarg funkcjonariuszy Policji, znajdujące jednak przełożenie na sytuację funkcjonariuszy SG). Odmowa udzielenia zezwolenia nie podlega także kontroli instancyjnej, nie nosi cech decyzji administracyjnej; nie wymaga ponadto uzasadnienia (tak w przywołanym wyroku o sygn. II SA/Bk 171/13).

Szczegółową procedurę i zasady udzielania zezwoleń funkcjonariuszom SG regulują wytyczne nr 65 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 17 kwietnia 2015 r. w sprawie udzielania zezwoleń funkcjonariuszom Straży Granicznej na podjęcie zajęcia zarobkowego poza służbą. Wytyczne nie przewidują, by zawiadomienie o udzieleniu zezwolenia albo odmowie udzielenia zezwolenia miało zawierać uzasadnienie. Pewien wgląd w podstawę faktyczną rozstrzygnięcia może dawać natomiast stanowisko przełożonego funkcjonariusza, wydawane w toku postępowania, które – w przypadku stanowiska negatywnego – wymaga uzasadnienia (§ 5 ust. 2 Wytycznych). Oprócz trybu udzielania zezwolenia wytyczne określają również warunki,

które musi spełniać zajęcie zarobkowe, by zgoda została udzielona. Przepis § 2 ust. 1 Wytycznych został skonstruowany w ten sposób, że zawiera jedynie tzw. przesłanki negatywne. Oznacza to, że zezwolenie powinno zostać udzielone wtedy, gdy nie zachodzi żadna ze wskazanych przesłanek. Są one następujące: (1) kolidowanie zajęć zarobkowych z wykonywaniem zadań lub obowiązków służbowych, (2) pozostawanie w sprzeczności z interesem służby i jej zadaniami, (3) naruszanie prestiżu oraz dobrego imienia służby, (4) podważanie przez zajęcia zaufania do bezstronności funkcjonariusza przy wykonywaniu zadań i obowiązków służbowych, (5) pozostawanie zadań w sprzeczności z etyką zawodową, (6) prowadzenie do wykorzystania autorytetu urzędowego, informacji służbowych lub środków publicznych do celów pozasłużbowych, albo w sposób sprzeczny z ich przeznaczeniem oraz (7) prowadzenie do pogorszenia zdolności fizycznej lub psychicznej funkcjonariusza do pełnienia służby. Przepis nie określa natomiast żadnych przesłanek pozytywnych, których wystąpienie należy stwierdzić, aby móc wyrazić zgodę na wykonywanie zajęcia zarobkowego. Ponadto katalog ten należy uznać za katalog wyczerpujący, co oznacza, że przy udzielaniu zezwolenia nie można uwzględniać żadnych dodatkowych przesłanek nieprzewidzianych przepisami prawa.

Nie ulega wątpliwości, że Komendantowi Głównemu przysługuje prawo do wydawania aktów prawa wewnątrznie obowiązującego. Z uwagi na fakt, że udzielanie zezwoleń na wykonywanie dodatkowych zajęć zarobkowych to sprawa wynikająca z podległości służbowej (a uzyskanie zgody nie jest prawem podmiotowym funkcjonariusza), Komendant Główny ma prawo uregulować tę kwestię wedle swojego uznania, byleby akt prawa wewnętrznego pozostawał w zgodności z aktami prawa powszechnie obowiązującego. Z uwagi na fakt, że Wytyczne nr 65 noszą cechy aktu wewnątrznie obowiązującego, funkcjonariusze będący jego adresatami (w tym także przełożeni właściwi w sprawach udzielania zezwoleń) są tymi wytycznymi związani. Sam fakt wydania wytycznych należy ocenić pozytywnie, gdyż stabilizuje on i klaruje sytuację prawną funkcjonariuszy ubiegających się o zezwolenie.

### **3. Dopuszczalność stosowania przesłanki zbieżności zajęcia zarobkowego z wykonywanymi obowiązkami służbowymi**

Jak zostało wskazane wyżej, katalog przesłanek z § 2 Wytycznych jest katalogiem zamkniętym, przeto niedopuszczalnym jest, by kierownicy jednostek SG przy udzielaniu zgody stosowali inne przesłanki niż przewidziane prawem. Przesłanka zbieżności zajęcia zarobkowego z obowiązkami służbowymi nie została wymieniona w tymże katalogu. Należy jednak rozważyć,

czy przesłanka zbieżności zajęcia zarobkowego z wykonywanymi obowiązkami służbowymi nie mieści się w katalogu z § 2 Wytycznych (czy nie stanowi uszczegółowienia albo egzemplifikacji jednej lub kilku z wymienionych przesłanek).

Z uwagi na fakt, że odmowa udzielenia zezwolenia nie wymaga uzasadnienia, nie sposób poznać motywów stojących za odmowami z uwagi na brak zbieżności zajęcia zarobkowego z wykonywanymi zadaniami służbowymi. Z tych względów dalsza analiza będzie miała charakter hipotetyczny.

Na wstępie należy *a limine* odrzucić przesłanki z § 2 ust. 1 pkt. 4—6 Wytycznych (kwestia bezstronności funkcjonariusza, zgodności z etyką zawodową i możliwości nadużycia autorytetu służby), gdyż nie powinno ulegać wątpliwości, że sam fakt niezbieżności zajęcia z wykonywanymi zadaniami z góry nie przesądza o wystąpieniu żadnej z tych okoliczności.

Jeżeli chodzi o przesłankę z § 2 ust. 1 pkt. 7 Wytycznych (prowadzenie do pogorszenia zdolności fizycznej lub psychicznej funkcjonariusza do pełnienia służby), to również i tutaj fakt wykonywania działalności niezbieżnej z zadaniami służbowymi sam z siebie nie przesądza, że działalność ta będzie prowadziła do obniżenia walorów psychicznych lub fizycznych funkcjonariusza. Dokładnie takie same konkluzje należy wysnuć w wyniku analizy przesłanek z pkt. 1—3 (kolidowanie z wykonywaniem zadań służbowych, pozostawanie w sprzeczności z interesem służby, naruszanie prestiżu oraz dobrego imienia służby). Fakt, że czynności zarobkowe polegają na czym innym niż czynności służbowe, nie sprawia wszakże sam z siebie, że czynności te będą kolidowały ze służbą lub godziły w jej prestiż. Dopiero skonkretyzowana, a nie abstrakcyjna czynność zarobkowa może nosić cechy wskazane w § 2 Wytycznych.

Mając na uwadze powyższe dojść należy do konkluzji, że przesłanka zbieżności zajęcia zarobkowego z wykonywanymi czynnościami służbowymi nie tylko jest przesłanką nieprzewidzianą wprost w Wytycznych, ale też nie jest automatyczną konsekwencją (czy amalgamatem) przesłanek wymienionych w § 2 Wytycznych. W takich okolicznościach brak spełnienia tej przesłanki nie może być samodzielną (wyłącznie) przyczyną odmowy wydania zezwolenia.

#### **4. Dopuszczalność stosowania innych przesłanek nieprzewidzianych przez Wytyczne**

Jak zostało wskazane powyżej, odmowy udzielenia zezwoleń są niekiedy motywowane również innymi przesłankami nieprzewidzianymi przez Wytyczne. Dla przykładu, w ocenie przełożonych podjęcie dodatkowego zajęcia zarobkowego może ujemnie wpłynąć na wykonywanie zadań służbowych w tym sensie, że spowoduje nadmierne obciążenie pracą. Wprawdzie taka przesłanka nie została wprost przewidziana w § 2 Wytycznych, jednakże nie ulega wątpliwości, że – o ile w przypadku danego funkcjonariusza faktycznie doszłoby do nadmiernego obciążenia obowiązkami – to przesłanka ta wiąże się z przesłankami z § 2 ust. 1 pkt. 1, 2 oraz 7 Wytycznych. Nadmierne obciążenie obowiązkami służbowymi może koniec końców kolidować z obowiązkami służbowymi funkcjonariusza (pkt 1), przez co może naruszać interes służby (pkt 2). Nadmierne obciążenie pracą może też prowadzić do pogorszenia sprawności fizycznej i psychicznej funkcjonariusza (pkt 7). W konsekwencji nie można uznać przesłanki „nadmiernego obciążenia pracą” jako z góry sprzecznej z Wytycznymi. Pamiętać jednak należy, że jest to analiza abstrakcyjna, nieodnosząca się do konkretnych przypadków odmowy udzielenia zezwolenia, a samo powołanie się na tę przesłankę przez przełożonych nie musi oczywiście oznaczać, że w danym przypadku dodatkowe zajęcie zarobkowe w istocie prowadzi do nadmiernego obciążenia pracą.

Podobną analizę przeprowadzać należy każdorazowo, gdy w toku postępowania o udzielenie zezwolenia okazuje się, że przełożeni rekomendują odmowę udzielenia zezwolenia powołując się na okoliczności niewymienione w § 2 Wytycznych. Nie musi być bowiem tak, że podane przez przełożonych przyczyny pozostają bez żadnego związku z przepisowymi przesłankami.

#### **5. Konkluzje**

Podsumowując, przesłanki odmowy udzielenia zezwolenia na wykonywanie dodatkowych zajęć zarobkowych określają Wytyczne nr 65 Komendanta Głównego SG. W § 2 tychże Wytycznych negatywne przesłanki udzielenia zezwolenia określone zostały w sposób wyczerpujący. Wytyczne te – jako akt prawa wewnętrznie obowiązującego – wiążą organy podległe Komendantowi Głównemu. Przesłanka zbieżności zajęcia zarobkowego z wykonywanymi przez funkcjonariusza obowiązkami służbowymi nie jest przesłanką wymienioną w § 2 ani też brak jej zaistnienia nie skutkuje automatycznie zaistnieniem którejkolwiek z przesłanek negatywnych z § 2

Wytycznych. W takich okolicznościach dojść należy do wniosku, że przełożeni przy udzielaniu zezwoleń nie mogą tworzyć własnych przesłanek odmowy udzielenia zezwolenia (tak długo jak dodatkowe – szczegółowe – przesłanki nie wynikają z przesłanek określonych w § 2 Wytycznych), jak też nie mogą opierać się wyłącznie na własnych kryteriach, w tym kryterium zbieżności. Praktykę udzielaniu zgód w oparciu o przesłanki niewymienione w cytowanym przepisie uznać należy zatem za nieprawidłową i sprzeczną z Wytycznymi.

## **6. Uwagi *de lege ferenda***

Funkcjonariusze Straży Granicznej wskazują, że obecny system udzielania zezwoleń funkcjonuje wadliwie i pozostawia spore pole do nadużyć. Z uwagi na fakt, że kwestia udzielenia zezwolenia ma charakter sprawy wynikającej z podległości służbowej, odmowa udzielenia zezwolenia nie podlega kontroli instancyjnej ani sądowej. Odmowa ta nie wymaga nawet sporządzenia uzasadnienia. Choć wydanie przez Komendanta Głównego SG stosownych wytycznych uznać należy za krok w dobrą stronę, to przepisy prawa nie pozostawiają w rękach funkcjonariuszy żadnych instrumentów pozwalających na kontrolę zgodności wydawania zezwoleń z wydanymi przepisami. Przełożeni mogą zatem odmawiać – a praktyka wskazuje, że w istocie odmawiają – udzielania zezwoleń stosując przesłanki odmowy nieprzewidziane wytycznymi, przy czym funkcjonariuszowi nie przysługuje żadne narzędzie kontroli ani żaden środek odwoławczy. W związku z tym za zasadny uznać należy postulat wprowadzenia mechanizmów choćby wewnętrznej weryfikacji procedury udzielania zezwoleń, lub też przynajmniej wprowadzenie w ramach wytycznych wymogu sporządzenia uzasadnienia w przypadku odmowy udzielenia zezwolenia.

ADWOKAT

*dr Marta Derlatka*

**Adw. dr Marta Derlatka**

