



OŚRODEK BADAŃ, STUDIÓW I LEGISLACJI KRAJOWEJ RADY
RADCÓW PRAWNYCH

***Status prawny radców prawnych
zatrudnionych w ramach stosunku pracy
w administracji publicznej***

**Raport przygotowany dla Ośrodka Badań,
Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców
Prawnych**

10 STYCZNIA 2019 R.

Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych

Spis treści

Wprowadzenie s.	3	
Część I		
Ogólna charakterystyka zawodu radcy prawnego		
1. Doktrynalne ujęcie zawodu		
1.1. Definicja zawodu s.	8	
1.2. Zawód jako przedmiot regulacji prawnej s.	9	
1.3. Pojęcie wolnego zawodu s.	11	
1.4. Zawód zaufania publicznego s.	12	
2. Zawód radcy prawnego jako zawód regulowany, wolny i zawód zaufania publicznego s.	14	
Część II		
Relacja ustawy o radcach prawnych do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. roku - Kodeks pracy oraz do pragmatyk pracowniczych i pragmatyk służbowych		
1. Uwagi wstępne s.	23	
2. Uwagi szczegółowe s.	26	
Część III		
Praktyczne problemy stosowania przepisów ustawy o radcach prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy i w ramach stosunku służbowego		
1. Podległość służbowa radcy prawnego s.	32	
2. Ocena okresowa radcy prawnego w administracji publicznej, s.	36	
3. Dodatkowe zatrudnienie radcy prawnego świadczącego pomoc prawną w administracji publicznej w ramach stosunku pracy (stosunku służbowego) s.	40	
4. Czas pracy radców prawnych wykonujących zawód stosunku pracy		
4.1. Uwagi wprowadzające s.	45	
4.2. Wymiar czasu pracy s.	48	
4.3. Czas pracy, s.	49	
4.4. Rozkład czasu pracy, s.	49	
4.5. Czas pracy radców prawnych a miejsce świadczenia pracy, s.	51	
5. Czas służby radców prawnych wykonujących zawód w administracyjnoprawnych stosunkach służbowych, s.		52
6. Wynagrodzenie radców prawnych w świetle z art. 22 ⁴ ustawy o radcach prawnych		
6.1 Uwagi wprowadzające, s.	55	
6.2. Minimalne wynagrodzenie radcy prawnego wykonującego zawód w stosunku pracy lub w stosunku służbowym, s.	57	
6.3. Dodatkowe wynagrodzenie (uposażenie) radcy prawnego, s.	61	

Część IV

Rekomendacje

A.	Uwagi <i>de lege lata</i> , s.	67
B.	Uwagi <i>de lege ferenda</i> , s.	70

Część V

Materiały źródłowe, s.	71
-----------------------------	----

Warszawa, 10 stycznia 2019 r.

dr hab. Sławomir Patyra, prof. UMCS w Lublinie, radca prawny

dr hab. Mariusz Wieczorek, prof. UTH w Radomiu

Status prawny radców prawnych zatrudnionych w ramach stosunku pracy w administracji publicznej

Raport przygotowany dla Ośrodka Badań Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych

Wprowadzenie

Podstawowym aktem normatywnym kształtującym istotę zawodu radcy prawnego jest ustawa z 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych [dalej: urp.]¹. Jej przepisy określają w sposób niemal kompletny najważniejsze determinanty statusu radcy prawnego, w tym m. in. zakres i formy świadczenia pomocy prawnej, gwarancje niezależności w wykonywaniu zawodu, mechanizmy doskonalenia zawodowego, kwestie dotyczące tajemnicy zawodowej, a także zasady ponoszenia i procedury egzekwowania wobec radców prawnych odpowiedzialności dyscyplinarnej. Przepisy urp. dotyczące zasad wykonywania zawodu, stanowią punkt odniesienia dla interpretacji jej szczegółowych regulacji, w tym również odnoszących się do statusu radców prawnych zatrudnionych na podstawie stosunku pracy w organach i instytucjach publicznych. Jako instytucjonalne zabezpieczenie praw pracownika na stanowisku radcy prawnego muszą one być bezwzględnie honorowane przez pracodawcę².

W procesie ewolucji statusu radcy prawnego przełomowy charakter miała nowelizacja urp. z 22 maja 1997 r.³. W szczególności, znaczenie takie przypisać należy

¹ T. j. z 2018 r., poz. 2115 ze zm.

² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 26 marca 1998 r., I PKN 3/98; OSNP 1999/6/200.

³ Ustawa z dnia 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 75, poz. 471).

dwóm regulacjom, ujętym w tej ustawie, mianowicie art. 4 ust. 1, określającemu przedmiotowy i podmiotowy zakres świadczenia pomocy prawnej, oraz art. 8 ust. 1, w którym określone zostały formy wykonywania zawodu. Przepis pierwszego z wymienionych artykułów dopuścił możliwość świadczenia pomocy prawnej przez radców na rzecz osób fizycznych, wówczas jeszcze z wyłączeniem spraw rodzinnych, opiekuńczych i karnych⁴. Drugi zaś określił formy wykonywania zawodu radcy prawnego, stanowiąc, że radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce jawnej lub cywilnej, z wyłącznym udziałem radców prawnych i adwokatów, albo w spółce komandytowej, w której komplementariuszami są wyłącznie radcowie prawni lub radcowie prawni i adwokaci, przy czym wyłącznym przedmiotem działalności takich spółek jest świadczenie pomocy prawnej. Żmudny proces ewolucji modelu wykonywania zawodu radcy prawnego zakończył się 1 lipca 2015 r., w związku z wejściem w życie przepisów ustawy z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, przyznających radcom prawnym uprawnienia w zakresie obron w sprawach karnych i karnoskarbowych⁵.

Urp. kształtuje zawód radcy prawnego jako zawód wolny, niezależnie od formy świadczenia przezeń pomocy prawnej. Konstatacja ta ma kluczowe znaczenie w związku z problematyką, stanowiącą przedmiot Raportu. Jak trafnie podkreśla się w doktrynie, niezależność i samodzielność radcy prawnego wobec klienta – zarówno wówczas, gdy jest nim pracodawca, klient kancelarii bądź spółki, jak również zleceniodawca – gwarantowana jest ustawowo, co znajduje potwierdzenie zwłaszcza w przepisach art. 11, 12, 13 ust. 1, a także art. 14, 16 i 19 urp⁶. Szczególne gwarancje, wzmacniające niezależność radcy prawnego w zakresie świadczonej pomocy prawnej wynikają z treści art. 17 Konstytucji, nadającego radcy prawnemu status zawodu zaufania publicznego⁷. Pojęcie „zaufania publicznego”, jako byt normatywny, immanentnie wiąże się bowiem

⁴ Swoiste preludeum poszerzenia zakresu podmiotowego świadczenia pomocy prawnej przez radców stanowiła ustawa z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 189), która rozszerzyła kompetencje radców prawnych o zastępstwo procesowe osób fizycznych. Szerzej, zob. E. Kwiatkowska-Fałęcka, *Historia legislacji zasad wykonywania zawodu i zasad etyki radcy prawnego*, w: *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2015, s. 41 – 42.

⁵ Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

⁶ Zob., m. in. K. Stoga, D. Szubielska, *Dwugłós radców prawnych dotyczący statusu radcy prawnego*, „Radca prawny. Zeszyty Naukowe” 2015, nr 3, s. 19– 20.

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

z wykonywaniem zawodu w sposób niezależny i samodzielny. Konstytucja obdarza osoby wykonujące zawód zaufania publicznego szczególnym statusem, co z kolei po stronie ustawodawcy implikuje obowiązek stworzenia prawnych warunków jego wykonywania w sposób, który dla odbiorców świadczonych usług nie będzie stanowił zagrożenia nadużycia owego zaufania⁸. Oprócz elementów o charakterze zobiektywizowanym, na istotę "zaufania publicznego" składa się również szereg determinantów natury *stricte* subiektywnej, tj. zależnych od postaw osób wykonujących zawód tego typu. Znalazły one wyraz, m. in. w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który do czynników kształtujących „zaufanie publiczne” zaliczył przekonanie o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli, właściwe motywacje, należyta staranność zawodową oraz wiarę w przestrzeganie wartości istotnych dla profilu danego zawodu⁹. Szczególny charakter zawodu radcy prawnego, jako zawodu zaufania publicznego znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który właśnie z konstytucyjnego statusu radcy wywodzi pogląd o ustawowo gwarantowanych, autonomicznych uprawnieniach radcy prawnego, związanych ze świadczeniem pomocy prawnej¹⁰.

Wykonywanie zawodu radcy prawnego w ramach stosunku pracy (stosunku służbowego) w strukturach administracji publicznej, a także u innych państwowych osób prawnych ma charakter specyficzny. Wynika on przede wszystkim z dualistycznej regulacji statusu zatrudnionego, który z jednej strony podlega gwarancyjno – ochronnym przepisom urp., z drugiej zaś – reżimowi prawnemu kształtowanemu przez przepisy prawa pracy oraz przepisy pragmatyk pracowniczych. To swoiste „przenikanie się” zasadniczo odmiennych porządków prawnych wywołuje istotne problemy w praktyce zawodowej radców prawnych. Ich źródłem bywa niekiedy rzeczywista kolizja norm regulacji ustawowych, częściej zaś - brak zrozumienia po stronie pracodawcy specyfiki statusu pracownika, zatrudnionego na stanowisku radcy prawnego w danej jednostce organizacyjnej. Wskazane problemy, jak również prawne możliwości ich eliminacji stanowią kanwę niniejszego Raportu, przygotowanego z inicjatywy Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych [dalej: OBSiL]. Zarówno w założeniu Inicjatorów, jak i Autorów Raportu, zawarte w nim ustalenia służyć mają nie

⁸ Por. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 17, w: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom IV*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 2.

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2004 r., sygn. akt P 21/02; OTK-A 2004/2/9.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 13 marca 2014 r., sygn. akt I PK 181/13; OSNP 2015/6/76.

tylko diagnozie aktualnej praktyki, ale również wskazaniu radcom prawnym, zatrudnionym na podstawie stosunku pracy (stosunku służbowego) w strukturach administracji publicznej, sposobów unikania konfliktów pracowniczych, a jeśli już do nich dojdzie – możliwych rozwiązań prawnych, służących ich zażegnaniu.

Wewnętrzna struktura Raportu obejmuje pięć zasadniczych części. Pierwszą stanowi ogólna charakterystyka zawodu radcy prawnego. Zawarte w niej wątki szczegółowe stanowią punkt wyjścia do rozważań bezpośrednio poświęconych pracowniczemu statusowi radcy prawnego w strukturach administracji rządowej i samorządowej oraz innych instytucjach publicznych.

Druga część opracowania poświęcona jest problematyce relacji pomiędzy urp, a Kodeksem pracy i pragmatykami pracowniczymi. Rozważania ujęte w tym fragmencie Raportu mają kluczowe znaczenie w kontekście wskazanego wyżej dualizmu regulacji, kształtujących status radcy prawnego jako pracownika administracji publicznej, w tym również członka korpusu służby cywilnej oraz radcy prawnego wykonującego zawód w ramach stosunku służbowego. Niezależnie od tego, w tej części Raportu zostaną zarysowane praktyczne problemy wykonywania zawodów radcy prawnego, które następnie zostaną poddane szczegółowej analizie w kolejnej części opracowania.

Trzecia, najbardziej rozbudowana, część Raportu obejmuje analizę normatywnych i praktycznych aspektów zatrudnienia radcy prawnego w ramach stosunku pracy (oraz stosunku służbowego). W kontekście problemów praktycznych, sygnalizowanych przez radców prawnych wykonujących zawód na podstawie umowy o pracę, zostaną tu podjęte następujące zagadnienia: podporządkowanie pracownicze, ocena okresowa, możliwość wykonywania przez radców dodatkowego zatrudnienia, czas i miejsce pracy oraz regulacja wynagrodzeń.

Swoistym zwieńczeniem przeprowadzonych w Raporcie analiz są wnioski końcowe, stanowiące czwartą część Raportu, zawierające rekomendacje adresowane zarówno do zainteresowanych radców prawnych, napotykających problemy w praktyce zatrudnienia, jak również do organów samorządu zawodowego radców prawnych, w kontekście możliwości realizowania wynikającej z istoty prawa do samorządu funkcji sygnalizacyjnej, mającej na celu uświadomienie ustawodawcy potrzeby przeprowadzenia koniecznych i pożądaných zmian w obowiązujących regulacjach normatywnych.

Ustalenia zawarte w przedmiotowym Raporcie zasadniczo oparte zostały na analizie formalno – dogmatycznej obowiązujących regulacji prawnych. Wykorzystano

w nim również obszerny dorobek doktryny i orzecznictwa: zarówno Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, jak również sądów administracyjnych. Szczegółowy wykaz źródeł zawiera dołączona do Raportu bibliografia, będąca piątą częścią Raportu. W toku prowadzonych badań i analiz przedmiotowej materii, zwłaszcza w kontekście sygnalizowanych problemów praktycznych, uwzględniono także dotychczasowy dorobek OBSiL i Krajowej Rady Radców Prawnych. Świadczą o tym zarówno przywoływane opinie i stanowiska, jak również korespondencja, prowadzona przez władze samorządu zawodowego radców prawnych z przedstawicielami organów i instytucji państwa, dotycząca węzłowych problemów związanych ze statusem radców prawnych jako pracowników lub urzędników administracji publicznej.

Część I

Ogólna charakterystyka zawodu radcy prawnego

1. Doktrynalne ujęcie zawodu

1.1. Definicja zawodu

W art. 1 ust. 1 urp. określony został przedmiot regulacji tej ustawy. Zgodnie z przywołanym przepisem, określa ona zasady wykonywania zawodu radcy prawnego oraz zasady organizacji i działania samorządów radców prawnych. Z uwagi na cel Raportu konieczne jest omówienie istoty zawodu, jako że bez precyzyjnego wyznaczenia zakresu znaczeniowego tego pojęcia niemożliwe byłoby rozstrzygnięcie węzłowych problemów związanych ze statusem radców prawnych. Ustalenie sposobu pojmowania zawodu stanowić będzie również punkt wyjścia do rozstrzygnięcia kwestii spornej, a mianowicie tego czy forma organizacyjno – prawna, w jakiej radca prawny wykonuje zawód, wpływa na możliwość zaliczenia tej profesji do wolnych zawodów, a w konsekwencji rzutuje na interpretację przepisów stanowiących o prawach i obowiązkach praktykujących radców prawnych.

Zawód jest przedmiotem badawczym dla wielu dyscyplin naukowych – zwłaszcza socjologii, psychologii, polityki społecznej, ekonomii, pedagogiki. Stanowi również obiekt zainteresowania przedstawicieli doktryny prawa ze względu na to, że kategoria zawodu, jako formy wykonywania aktywności ludzkiej, ma swój normatywny kontekst. Praktycznym przejawem doniosłości prawnej zawodu jest to, że jego wskazanie bardzo często bywa sposobem określenia rodzaju pracy, jako warunku przedmiotowo istotnego umowy o pracę¹¹.

W socjologii podkreśla się, że definicja zawodu powinna uwzględniać trzy elementy: technologiczny (specyficzne czynności manualne i umysłowe niezbędne przy wykonywaniu określonej działalności), ekonomiczne (zarobek uzyskiwany dzięki danej aktywności) oraz społeczne (charakterystyczna cecha miejsca zajmowanego w strukturze życia społecznego z tytułu wykonywania pracy zarobkowej)¹². Według J. Wiatra o zawodzie można mówić wówczas, gdy spełnione są łącznie trzy warunki. Pierwszym z nich jest istnienie pewnej w sposób dość trwały wyodrębnionej grupy ludzi

¹¹ T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2018, s. 150.

¹² S. Kowalewska, *Definicje i klasyfikacje zawodów*, w: A. Sarapata (red.), *Socjologia zawodów*, Warszawa 1965, s. 55.

wykonującej stale, lub względnie stale pewną czynność lub pewien zespół czynności wydzielonych w ramach społecznego podziału pracy. Drugim warunkiem wyodrębnienia zawodu jest to, że owa wyodrębniona grupa ludzi czerpie z wykonywania tych czynności środki utrzymania. Trzeci warunek odnosi się do sfery *stricte* kompetencyjnej - grupa ta wyróżniać się ma spośród innych ludzi czynnych zawodowo posiadanymi kwalifikacjami lub umiejętnościami¹³.

W literaturze prawniczej, propozycję spójnej definicji zawodu formułuje K. Wojtczak, dla której zawód to osobiste wykonywanie wewnętrznie spójnego zbioru czynności (zadań), wymagających określonych kwalifikacji (wiedzy i/lub umiejętności) systematycznie i odpłatnie, na podstawie i w granicach obowiązującego porządku prawnego¹⁴.

Warto przy tym zauważyć, że zasadne jest rozróżnienie zawodu wyuczonego i zawodu wykonywanego. We współczesnym społeczeństwie zachodzą bowiem w sposób dynamiczny procesy, które wręcz wymuszają nie tylko poszerzanie i pogłębianie wiedzy i umiejętności składających się na określony zawód¹⁵, ale i przekwalifikowanie zawodowe, czyli nabycie wiedzy i umiejętności pozwalających na wykonywanie innego zawodu niż dotychczasowy. Decyzja o zmianie zawodu może być spowodowana, np. brakiem możliwości utrzymania się z pierwotnie wykonywanego zawodu, ze względu na dużą konkurencję na rynku pracy, zaniknięciem zawodu czy chęcią samorealizacji w innym obszarze aktywności ludzkiej.

1.2 Zawód jako przedmiot regulacji prawnej

Zawody w powyższym rozumieniu z reguły powstają „spontanicznie” w tym sensie, że rodzące się zapotrzebowanie społeczne na określony produkt lub usługę sprawia, że tworzy się grupa ludzi, która to zapotrzebowanie zaspokaja¹⁶. Dokonując pewnego uproszczenia można powiedzieć, że ten schemat powstawania zawodu ma charakter rynkowy, w myśl reguły „popyt rodzi podaż”. Ramy tak powstającego zawodu,

¹³ J. Wiatr, *Spółeczeństwo. Wstęp do socjologii systematycznej*; Warszawa 1976, s. 250.

¹⁴ K. Wojtczak, *Zawód i jego prawna reglamentacja*, Poznań 1999, s. 50.

¹⁵ Powszechna wręcz komputeryzacja doprowadziła do tego, że przedstawiciele takich zawodów jak architekt czy księgowy nie będą zdolni do wykonywania zawodu, bez opanowania wykorzystywanych w tych obszarach programów.

¹⁶ Jak się wydaje można mówić o pojawieniu się relatywnie niedawno np. zawodu „youtubera” polegającego na prezentowaniu określonych treści (np. relacji z gier komputerowych) na kanałach typu youtube.

rozumiane jako czynności składające się na jego istotę, wyznaczają okoliczności obiektywne, determinowane naturą potrzeby, która zaowocowała pojawieniem się nowego zawodu i jego wytworem: produktem lub usługą. Będą to przede wszystkim czynniki o charakterze technicznym, których opanowanie będzie wymagało od osoby wykonującej daną profesję specjalistycznej wiedzy i umiejętności. Aspekty techniczne czy też technologiczne mogą prowadzić również do istotnych różnic w strukturze zawodów w poszczególnych państwach. W państwach wysokorozwiniętych, ze względu na poziom mechanizacji mogą nie występować zawody, z jakimi można się zetknąć w państwach znajdujących się na przeciwległym biegunie unowocześnienia gospodarki. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że na powstawanie określonych zawodów silnie wpływają uwarunkowania o charakterze politycznym, kulturowym czy ideologicznym.

Pojawienie się nowego zawodu może również stymulować państwo - najczęściej dzieje się tak w następstwie podjęcia przez nie realizacji nowego zadania publicznego. W celu jego wykonania państwo tworzy określoną strukturę, której kluczowym elementem są ludzie podejmujący działania, zmierzające do jego wykonania. W ten sposób dochodzi do „sztucznego” wykreowanego zawodu¹⁷. Następuje to w drodze wydania odpowiednich przepisów prawa, które określają przynajmniej zadania konstytuujące dany zawód, w stopniu pozwalającym na wyodrębnienie go spośród innych, już istniejących zawodów. Z reguły prawodawca ustala również warunki, jakie muszą spełniać osoby, które chcą dany zawód wykonywać. Należą do nich w szczególności kwalifikacje, wymagające potwierdzenia w postaci rozmaitych dyplomów, świadectw czy certyfikatów. Działaniem niejako towarzyszącym takiemu sposobowi „wykreowania” zawodu jest stworzenie instytucjonalnych podstaw pozwalających na nabycie wiedzy i kwalifikacji potrzebnych do wykonywania zawodu, co w praktyce wiąże się z przeobrażeniami systemu oświaty i szkolnictwa wyższego. Zmiany te polegają na wytyczeniu nowych ścieżek pozyskiwania wiedzy i umiejętności, koniecznych do efektywnego wykonywania obowiązków przez pracowników zaangażowanych bezpośrednio w proces realizacji określonego zadania publicznego.

Zawody o takiej genezie i specyfice najczęściej przyjmują postać zawodów reglamentowanych, czyli takich, których istota sprowadza się do ograniczenia swobody

¹⁷ Najbardziej oczywistym przykładem będzie zawód pracownika socjalnego. Wzmiankowana „sztuczność” zawodu pracownika socjalnego nie jest równoznaczna ze stwierdzeniem o sztucznym wytworzeniu potrzeby na pracę pracowników socjalnych.

dostępu do zawodu, nakazie jego wykonywania w myśl określonych zasad bądź/i w określonych formach organizacyjno-prawnych¹⁸. Powodem reglamentacji zawodu najczęściej jest ochrona interesu publicznego ale nierzadko również interesu prywatnego. Reglamentacja zawodu gwarantuje, a przynajmniej rodzi duże prawdopodobieństwo, wysokiej jakości usług czy też produktów powstających w związku z wykonywaniem takiego zawodu¹⁹.

Na gruncie przepisów ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy²⁰ można mówić o formalnym ujęciu zawodu w Polsce. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 6 zawód pojmuje się jako kwalifikacje poświadczone dyplomem, świadectwem lub innym dokumentem uprawniającym do wykonywania zawodu. Przywołana norma wskazuje zatem jednoznacznie, iż nawet jeśli dana osoba dysponuje wiedzą i kwalifikacjami pozwalającymi jej na faktyczne wykonywanie czynności składających się na określony zawód, wyodrębniony w ramach społecznego podziału pracy, to do czasu gdy nie potwierdzi tego uzyskaniem odpowiedniego świadectwa, dyplomu lub dokumentu nie dysponuje możliwością jego wykonywania.

1.3. Pojęcie wolnego zawodu

Wokół pojęcia „wolny zawód” powstało w doktrynie, nie tylko prawa, szereg kontrowersji, których istotą jest określenie wiązki kryteriów powalających na zaliczenie określonego zawodu do wolnych zawodów²¹. Tym co inspiruje polskich prawników do podejmowania wysiłków zmierzających do stworzenia modelu pozwalającego na zdefiniowanie wolnego zawodu jest nie tylko brak legalnej definicji tego pojęcia²² przy równoczesnym występowaniu tego pojęcia w aktach normatywnych²³ ale i stwierdzenie,

¹⁸ K. Wojtczak, *op. cit.* s. 124.

¹⁹ Oczywiście zakres reglamentacji może być różny.

²⁰ t. j.: Dz. U. z 2018, poz. 1265.

²¹ Szeroko na ten temat K. Wojtczak, *Zawód i jego prawna reglamentacja*, *op. cit.* s. 54 – 112. W przywołanej publikacji, Autorka przedstawiła zbiór cech różnicujących zawód wolny od innych (s. 111). Podobny katalog kryteriów pozwalających na kwalifikację profesji jako zawodu wolnego podaje J. Smarż, *Samorząd zawodowy inżynierów budownictwa jako samorząd zaufania publicznego*, Lublin 2013, s. 98, wskazując równocześnie, że warunkiem *sine qua non* takiej kwalifikacji, jest istnienie samorządu zawodowego. Próbę ustalenia wyznaczników wolnego zawodu podjął również J. Jacyszyn, *zob. Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce*, Warszawa 2004 s., 511 i n.

²² Potrzebę takiej definicji widzi np. J. Jacyszyn, „*Wolny zawód*” – *anachronizm czy istotne pojęcie prawne*; „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 11. s. 19.

²³ Katalog zawodów zakwalifikowanych jako wolne został określony w art. 88 ustawy z dnia 15 września 2000 r., (t. j. : Dz. U. z 2017 r. ze zm.) Ponadto o wolnych zawodach mowa jest w art. 3 pkt 9 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (t. j.: Dz. U. z 2018 r. ze zm.)

że sposób ujęcia wolnych zawodów w Kodeksie spółek handlowych jest nadużyciem, ze względu na to, iż analiza przepisów stanowiących o nich nie pozwala na wskazanie cech wspólnych wyróżniających tylko wolne zawody²⁴.

Sfera wolnych zawodów w Unii Europejskiej pozostaje w kompetencji poszczególnych państw członkowskich. Jedyna próba określenia wolnego zawodu w prawie unijnym została podjęta w dyrektywie 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych²⁵. W punkcie 43 Preambuły określono, że do wolnych zawodów zalicza się takie profesje, które są wykonywane osobiście na podstawie odpowiednich kwalifikacji zawodowych w sposób odpowiedzialny i zawodowo niezależny przez osoby świadczące usługi intelektualne i koncepcyjne w interesie klienta i w interesie publicznym. Preambuła do dyrektywy 2005/36/WE przewiduje ponadto, że wykonywanie zawodu może podlegać w Państwach Członkowskich, zgodnie z Traktatem, szczególnym ograniczeniom ustawowym zgodnie z prawem krajowym oraz uregulowaniom zawodowym przyjmowanym w tych ramach samodzielnie przez odpowiednie organizacje zawodowe, chroniącym i rozwijającym profesjonalizm oraz jakość usług, a także poufność w relacjach z klientem.

1.4. Zawód zaufania publicznego

Pojawienie się w dyskursie prawniczym pojęcia „zawód zaufania publicznego” jest konsekwencją brzmienia art. 17 ust. 1 Konstytucji RP²⁶, zgodnie z którym w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. W konsekwencji, w literaturze i orzecznictwie podjęto próby zdefiniowania pojęcia „zawody publiczne”. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 7 maja 2002 r. SK 20/00²⁷ uznał, że „zawód zaufania publicznego” to zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się

²⁴ A. Kidyba, *Wolny zawód w Kodeksie spółek handlowych. Prawda czy mit?*, „Rejent” 2014 nr 11, s. 7. Tak też A. Kidyba, *Radca prawny: zawód wolny, regulowany czy przedsiębiorca?*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe”, 2014, nr 1, s. 14.

²⁵ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, L 255/22.

²⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku, Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

²⁷ OTK-A 2002/3/29, Dz.U.2002/66/61. Zob. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 lipca 2007 r., K 41/05, OTK-A 2007/7/72.

z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usługi. Wykonywanie zawodu zaufania publicznego określane jest dodatkowo normami etyki zawodowej, szczególną treścią ślubowania, tradycją korporacji zawodowej czy szczególnym charakterem wykształcenia wyższego i uzyskanej specjalizacji (aplikacja). Z uwagi na to ustawodawca może uzależniać dostęp do zawodu nie tylko od legitymowania się formalnym dowodem potwierdzającym wiedzę i umiejętności zawodowe ale i przymiotu nieskazitelnego charakteru, czy rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu. Wreszcie, warunkiem uznania zawodu za zawód w rozumieniu art. 17 st. 1 Konstytucji, jest objęcie jego zakresem pieczy nad prowadzeniem spraw lub ochroną wartości (dóbr) o zasadniczym i (najczęściej) osobistym znaczeniu dla osób korzystających z usług w sferze takiego zawodu.

Z kolei w wyroku z dnia 18 lutego 2004 r.²⁸ Trybunał Konstytucyjny uznał, że "zawody zaufania publicznego" wykonywane są - zgodnie z ich konstytucyjnym określeniem - w sposób założony i społecznie aprobowany, o ile ich wykonywaniu towarzyszy realne "zaufanie publiczne". Na zaufanie to składa się szereg czynników, wśród których na pierwszy plan wysuwają się: przekonanie o zachowaniu przez wykonującego ten zawód dobrej woli, właściwych motywacji, należytej staranności zawodowej oraz wiara w przestrzeganie wartości istotnych dla profilu danego zawodu.

W literaturze przedmiotu zauważa się, że cechami charakterystycznymi dla zawodów zaufania publicznego są: a) szczególna doniosłość prawidłowego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania - istotnego z racji znaczenia, jaką dana dziedzina społecznej aktywności zawodowej odgrywa w społeczeństwie, oraz z racji konieczności zapewnienia ochrony gwarantowanych Konstytucją praw podmiotowych jednostki; b) powierzanie w warunkach wysokiego zaufania uprawiającym taki zawód informacji osobistych i dotyczących życia prywatnego osób korzystających z ich usług; c) uznawanie tych informacji za tajemnicę zawodową, która nie może być ujawniona; d) objęcia osób dysponujących taką tajemnicą - w wypadku możliwości naruszenia istotnych dóbr jednostki w razie jej ujawnienia - immunitetem zwalniającym je od odpowiedzialności karnej za nieujawnienie informacji; e) korzystanie ze świadczeń tych zawodów często

²⁸ P 21/02; OTK-A 2004/2/9, Dz.U.2004/34/303.

w razie nastąpienia realnego albo choćby potencjalnego niebezpieczeństwa dla dóbr jednostki o szczególnym charakterze (np. życie, zdrowie, wolność, godność, dobre imię); f) niepodleganie regułom hierarchii urzędniczej; g) występowanie sformalizowanej deontologii zawodowej oraz rękojmią należytego i zgodnego z interesem publicznym wykonywania zawodu, gwarantowana z jednej strony przez wysokie bariery dostępu do wykonywania każdego z zawodów zaufania publicznego, obejmujące nie tylko wymóg ukończenia odpowiedniego szkolenia, lecz również reprezentowanie odpowiedniego poziomu etycznego, z drugiej - sprawowaną w interesie publicznym pieczęcią organów samorządu zawodowego²⁹.

2. Zawód radcy prawnego jako zawód regulowany, wolny i zawód zaufania publicznego

Zawód radcy prawnego pojawił się w Polsce w po zakończeniu II wojny światowej w konsekwencji przeobrażeń w polityce zatrudnienia w administracji, w której zaczęto zatrudniać na podstawie umów cywilnoprawnych oraz umów prawa pracy osoby, których obowiązkiem było świadczenie pomocy prawnej³⁰. Można zatem powiedzieć, że „kamieniem węgielnym” zawodu radcy prawnego była praktyka polityki kadrowej w ówczesnej administracji, która w znacznym stopniu determinowana była czynnikami polityczno-ustrojowymi. A zatem u swego zarania zawód radcy prawnego, który w istocie rzeczy wiązał się z wyodrębnieniem w strukturze administracji oraz w jednostkach gospodarki uspołecznionej stanowisk radców prawnych, nie był zawodem regulowanym, pomimo tego, że na stanowiskach zatrudniano adwokatów³¹ i osoby niebędące adwokatami, ale mające wykształcenie prawnicze. Relatywnie wcześniej zaczął się jednak proces jego regulowania przepisami prawa o różnej randze, którymi określano warunki kwalifikacyjne zatrudnienia na stanowisku radcy prawnego.

²⁹ Por. P. Sarnecki, *Opinia w sprawie wykładni art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 2, s. 75-76; J. Hausner i D. Długosz, *Tezy w sprawie zawodów zaufania publicznego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*; Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka 8 kwietnia 2002 r., s. 119; M. Tabernačka, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego*, „Przegląd Prawa i Administracji”; 2004. T. LXII, s. 287-288.

³⁰ Por. A. Bereza, *Rys historyczny profesjonalnego świadczenia pomocy prawnej w Polsce*, w. A. Bereza (red.) *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, Warszawa 2015, s. 25 i nast.

³¹ Ibidem.

W obecnym stanie prawnym zawód radcy prawnego jest zawodem regulowanym (reglamentowanym), a kluczowe znaczenie w systemie aktów normatywnych, które regulują wykonywanie zawodu zajmuje urp. Większość przepisów tej ustawy określa warunki nabywania uprawnień do wykonywania zawodu, w tym zasady odbywania aplikacji radcowskiej oraz przeprowadzania egzaminu radcowskiego. Nie ulega wątpliwości, że ograniczenie dostępu do zawodu wiąże się z jego specyfiką, która na płaszczyźnie indywidualno- konkretnej, czyli wykonywaniu zawodu w jednej z przewidzianych w ustawie form prawnych, ma na celu ochronę prawną interesów podmiotu, na rzecz którego radca świadczy pomoc prawną (art. 2 urp.).

Konfrontując art. 2 ust. 2 pkt 6 ustawy o promocji zatrudnienia z przepisami urp. należy stwierdzić, że tym co przesądza o zawodzie radcy prawnego jest wpis na listę radców prawnych. Warunkiem *sine qua non* wykonywania zawodu radcy jest przy tym złożenie ślubowania, którego rotę określa art. 27 ust. 1 urp.

Zgodnie z klasyfikacją zawodów i specjalności określoną na potrzeby rynku pracy w załączniku do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 7 sierpnia 2014 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania³² radcowie prawni zostali zakwalifikowani do specjalistów z dziedziny prawa (poz. 261103)³³.

W literaturze poświęconej radcy prawnemu funkcjonuje pogląd, zgodnie z którym urp. wprowadza pewien dualizm statusu radcy prawnego z punktu widzenia jego samodzielności i niezależności zawodowej, który determinuje kwalifikację tej profesji jako wolnego zawodu. Wg. A. Kidyby, uznającego samodzielność i niezależność za cechy kluczowe dla wolnego zawodu, nie występują one w przypadku wykonywania zawodu radcy prawnego w ramach stosunku pracy³⁴. Przywołany Autor zauważa również, że radca prawny pozostający w stosunku pracy, może być równocześnie partnerem w spółce partnerskiej, a w takiej sytuacji jest równocześnie reprezentantem wolnego zawodu i jest pozbawiony tego statusu³⁵. Nie budzi przy tym wątpliwości przedstawicieli doktryny stwierdzenie, że zawód radcy prawnego wykazuje inne cechy charakterystyczne dla tak kwalifikowanych profesji. Chodzi o specjalne przygotowane zawodowe, osobiste

³² T. j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 227.

³³ Klasyfikacja stosowana jest w zakresie pośrednictwa pracy i poradnictwa zawodowego, szkolenia zawodowego, gromadzenia danych do określania polityki zatrudnienia i kształcenia ustawicznego, prowadzenia badań, analiz, prognoz i innych opracowań dotyczących rynku pracy.

³⁴ A. Kidyba, *Radca prawny...*, op. cit. s. 17.

³⁵ Ibidem.

przygotowanie zawodowe, działanie na własną odpowiedzialność, wysokie ryzyko zawodowe związane z podwyższoną miarą staranności ze względu na charakter dóbr będących przedmiotem świadczenia³⁶. W literaturze podniesiono również, że do kryteriów pozwalających na wyodrębnienie wolnego zawodu zalicza się również: obowiązek respektowania zasad deontologicznych, podporządkowanie zawodu wykonywanego pojęciu interesu społecznego, uprzywilejowany stosunek z klientelą, znajdujący wyraz w pewnej dozie zaufania i dyskrecji³⁷

W świetle wypowiedzi przedstawicieli doktryny wolny zawód nie może być wykonywany w ramach stosunku pracy, a z argumentu *a minori ad maius wynika*, że nie może być wykonywany w ramach stosunku służbowego, regulowanego przepisami prawa administracyjnego. Warto jednak podkreślić, że pogląd ten, osadzony również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego³⁸, nie doczekał się szczegółowego uzasadnienia, a jego zwolennicy apriorycznie przyjmują, że świadczenie pomocy prawnej w charakterze pracownika nie jest wykonywaniem wolnego zawodu. W celu rozstrzygnięcia wątpliwości co do tego, czy forma organizacyjno-prawna świadczenia pomocy prawnej przesądza o tym, czy radca prawny wykonuje wolny zawód czy też nie, konieczna jest zatem pogłębiona analiza przepisów stanowiących o wykonywaniu zawodu radcy prawnego. Dopóki bowiem ustawodawca nie zrealizuje doktrynalnego postulatu legalnego zdefiniowania wolnego zawodu³⁹ zasadne jest prowadzenie rozważań czy rodzaj stosunku prawnego, w ramach którego dochodzi do świadczenia pomocy prawnej, *per se* przesądza o tym, czy mamy do czynienia z zawodem wolnym czy nie.

Zacząć należy od spostrzeżenia, że pojęciu „wolnych zawodów” towarzyszy pewien mit. Przynależność do osób wykonujących wolny zawód niewątpliwie wiąże się z poczuciem elitarności, gdyż ich wykonywanie jest wyjątkowe i zindywidualizowane⁴⁰. Można przyjąć, że elementem tego mitu jest również przeświadczenie osób wykonujących taki zawód o istotnym zakresie swobody. Nie kwestionując, co do zasady, istotnej niezależności jako jednej z cech konstytuujących wolny zawód, nie można apriorycznie założyć, że w każdym stosunku pracy, bez względu na jego podstawę, a przede wszystkim

³⁶ U. Promińska, w: *Spółka partnerska*, red. A. Kidyba, Warszawa 2013, s. 99.

³⁷ W. Boć, *Status prawny notariusza*, Wrocław, 2010; s. 89-90.

³⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 października 1999 r., SK 4/99; OTK 1999/6/119.

³⁹ Tak np. J. Jacyszyn, *Przedsiębiorca a wolny zawód*, „Rejent” 2013 r., nr 10, s. 69.

⁴⁰ J. Jacyszyn, *Wolny zawód – anachronizm czy istotne pojęcie prawne?*, „Przegląd Prawa Handlowego”, 2015 r., s. 18.

ze względu na rodzaj świadczonej pracy, mamy do czynienia z identycznym zakresem podporządkowania pracownika pracodawcy. Zasadniczo, pracownik jest podporządkowany pracodawcy co do zadań, które ma wykonać w ramach umówionego rodzaju pracy oraz miejsca, czasu i sposobu wykonania powierzonych mu zadań. Instrumentem realizacji tak rozumianego podporządkowania jest głównie polecenie przełożonego, a sankcją - kara porządkowa⁴¹. Ten archetypicznie skonstruowany model podporządkowania pracowniczego nie przystaje - i to w znacznej mierze - do normatywnego modelu zatrudnienia radcy prawnego w stosunku pracy, wyznaczonego przepisami urp. i przepisami Kodeksu pracy⁴². Radca prawny jest podporządkowany pracodawcy co do zadań, które ma zrealizować, a które nie mogą wykroczać poza pomoc prawną. W praktyce, polecenie skierowane przez przełożonego do radcy prawnego - pracownika konkretyzuje zadania, które zobowiązał się wykonać radca podpisując umowę o pracę, a o których mowa ogólnie w art. 6 ust. 1 urp. Przełożony może zatem zlecić napisanie opinii prawnej, zwrócić się o poradę czy skonsultować problem prawny, którego źródłem mogą być np. niejasne przepisy. Może wreszcie zlecić przygotowanie projektu aktu prawnego (np. konkretnego pisma procesowego) czy występowanie przed sądem lub organem administracji w sprawie, której stroną jest podmiot zatrudniający. Należy zatem rozważyć, czy skonkretyzowanie pomocy prawnej, którą ma świadczyć radca prawny, przesądza o braku niezależności, jako warunku koniecznego dla zakwalifikowania profesji radcy prawnego do wolnych zawodów.

Dla odpowiedzi na postawione wyżej pytanie kluczowe znaczenie ma treść art. 22 urp. Jak stanowi ustęp 1 przywołanego przepisu, radca prawny może odmówić udzielenia pomocy prawnej tylko z ważnych powodów. Adresatem normy prawnej zawartej w tym przepisie jest „czynny” radca prawny, to jest taki, który wykonuje zawód w jednej z form organizacyjno-prawnych przewidzianych w art. 8 ust. 1 urp. Zatem bez względu na to, czy radca wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, stosunku służbowego, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego czy w spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, czy komandytowo-akcyjnej, zakres jego swobody w odmówieniu udzielenia pomocy prawnej jest identyczny. W świetle art. 22 ust. 1 urp. można nawet mówić nie tyle o prośbie czy wniosku o udzielenie pomocy prawnej, ile o żądaniu, z uwagi na to, że ma ona - co do zasady - wiążący charakter. „Moc wiążąca”

⁴¹ T. Liszcz, *Prawo pracy*, s. 117.

⁴² Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r., t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 917 ze zm.

żądania udzielenia pomocy prawnej skierowanego do radcy prawnego jest zatem taka sama, a różnica sprowadza się do tego, od kogo wychodzi żądanie udzielenia pomocy prawnej. W przypadku radcy prawnego, „żądanie” to jest poleceniem, o którym mowa w art. 100 § 1 Kodeksu pracy, natomiast w przypadku radców prawnych wykonujących zawód w innych formach przewidzianych w art. 8 ust. 1 urp. pochodzi od podmiotu, z którym w chwili wyartykułowania żądania pomocy prawnej radca nie pozostaje w stosunku prawnym⁴³. To, czy w dany przypadku dojdzie do zawarcia umowy i udzielenia pomocy prawnej, czy też nie jest kwestią wtórną wobec samej natury wystąpienia z żądaniem o udzielenie pomocy prawnej.

Jak stanowi art. 22 ust. 1 urp. radca prawny może odmówić pomocy prawnej z ważnych przyczyn. Przesłanki odmowy udzielenia pomocy prawnej przez radcę prawnego określają, z uwzględnieniem typu pomocy prawnej, art. 26-30 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego [dalej : KERP]⁴⁴. Pomimo tego, że przepisy te w dużej części dotyczą relacji radca prawny - klient, a zatem jednoznacznie wskazują na cywilnoprawny charakter umowy łączącej radcę z podmiotem na rzecz którego udzielana jest pomoc prawna, to z kręgu adresatów norm zawartych w art. 26-30 KERP nie można wykluczyć tych radców, którzy wykonują profesję w ramach stosunku pracy. W praktyce trudno zatem wskazać istotną różnicę w związku radcy prawnego żądaniem udzielenia pomocy prawnej tak w przypadku, gdy pozostaje w stosunku pracy jak i w sytuacji, gdy zawód wykonuje w innej formie. W szczególności trudno będzie ustalić odmierności w analizowanym aspekcie wykonywania zawodu radcy prawnego w stosunku pracy i na podstawie umowy cywilnoprawnej zobowiązującej go do stałej obsługi prawnej określonego podmiotu. Zobowiązanie radców do wykonywania pomocy prawnej w umowach tego typu jest doprecyzowane w drodze bieżących poleceń, stosownie do potrzeb podmiotu, na rzecz którego świadczona jest pomoc prawna.

Argumentu na rzecz kwalifikowania zawodu radcy prawnego jako zawodu wolnego dostarczają również wnioski płynące z analizy art. 13 ust. 1 urp. Przywołany przepis stanowi, że radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej. Z argumentu *lege non distinguente* wynika, że adresatem normy zawartej w tym przepisie jest każdy praktykujący radca, bez względu na formę wykonywania zawodu.

⁴³ To czy w dany przypadku dojdzie do zawarcia umowy i udzielenia pomocy prawnej czy nie jest kwestią wtórną.

⁴⁴ Załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r., http://kirp.pl/wp-content/uploads/2015/03/Uchwa%C5%82a_NKZRP_3_20142.pdf.

Przepis ten jest równocześnie przepisem szczególnym wobec art. 100 § 1 kodeksu pracy, co oznacza, że radca prawny pozostający w stosunku pracy może zostać zobowiązany do sporządzenia opinii, ale jej treść nie może być determinowana oczekiwaniami zlecającego bez względu na to, czy jest nim przełożony w ramach stosunku pracy czy podmiot, z którym radca związał się umową cywilnoprawną. Równocześnie art. 13 ust. 1 urp. wyklucza stosowanie wobec radców prawnych, będących pracownikami samorządowymi, członkami korpusu cywilnej oraz urzędnikami państwowymi przepisów właściwej pragmatyki pracowniczej⁴⁵ określających sposób postępowania pracownika w razie otrzymania przez nich polecenia niezgodnego z prawem. W konsekwencji, nawet jeśli radca prawny otrzyma pisemne polecenie wydania opinii o wskazanej przez przełożonego treści w trybie określonym przepisami art. 25 ust. 2 ups., 77 usc. lub 18 ust. 2 upup. to nie będzie musiał go wykonać.

Oczywiste jest również, że radca prawny jest niezależny w zakresie udzielanych porad i konsultacji prawnych. Opinia prawna ma charakter kwalifikowany – z uwagi na formę pisemną, a także ze względu na treść. Stanowi ona najbardziej rozbudowaną i sformalizowaną postać pomocy prawnej polegającej na subsumcji stanu faktycznego oraz obowiązujących reguł prawnych⁴⁶. Skoro zlecający opinię nie może narzucić radcy prawnemu jej treści, to tym bardziej nie jest to możliwe odnośnie do porad i konsultacji.

Kolejnym argumentem, przemawiającym za traktowaniem zawodu radcy prawnego jako zawodu wolego, jest wyłączenie możliwości stosowania wobec radców prawnych przepisów prawa pracy uprawniających pracodawcę do czasowego powierzenia obowiązków na innym stanowisku pracy. Zgodnie z art. 42 § 4 kodeksu pracy pracodawca, w przypadkach uzasadnionych swoimi potrzebami, może powierzyć pracownikowi, wykonywanie innej pracy niż określona w umowie o pracę na okres nieprzekraczający 3 miesięcy w roku kalendarzowym, jeżeli nie powoduje to obniżenia wynagrodzenia i odpowiada kwalifikacjom pracownika. Stosowanie tego uprawnienia wobec radców prawnych jest wykluczone ze względu na treść art. 9 ust. 4 urp. Przepis ten stanowi, że radcy nie można zlecić wykonania czynności wykraczającej poza zakres pomocy prawnej. Art. 9 ust. 4 urp. jest również przepisem szczególnym wobec art. 21 ups.

⁴⁵ Odpowiednio: ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, t. j. : Dz. U. z 2018 r., poz. 1260 ze zm.). [dalej ups], ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej, t. . Dz. U. z 2018 r. poz. 1559 [dalej usc] oraz ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, tj. z 2018 r., poz. 1915 [dalej upup].

⁴⁶ B. Sołtys, *Komentarz do art. 6, w: T. Scheffler, Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 2018 r., s. 176-177.

stanowiącym, że jeżeli wymagają tego potrzeby jednostki, pracownikowi samorządowemu można powierzyć, na okres do 3 miesięcy w roku kalendarzowym, wykonywanie innej pracy niż określona w umowie o pracę, zgodnej z jego kwalifikacjami. W okresie tym przysługuje pracownikowi wynagrodzenie stosowne do wykonywanej pracy, lecz nie niższe od dotychczasowego. Radca prawny, będący pracownikiem samorządowym zatrudnionym na stanowisku urzędniczym nie może być przeniesiony w trybie określonym w art. 21 up.s. do wykonywania pracy innej niż pomoc prawna.

W przypadku radców prawnych – członków korpusu służby cywilnej należy uwzględnić to, że mogą być oni zatrudnieni na podstawie umowy o pracę lub na podstawie mianowania. W pierwszym przypadku niedopuszczalność czasowego powierzenia wykonywania obowiązków innego rodzaju niż świadczenie pomocy prawnej wynika z art. 9 ust. 4 ur.p. w zw. art. 9 ust. 1 usc. i art. 42 § 4 kp. Art. 9 ust. 4 ur.p. Wyłącza również wobec radców prawnych zatrudnionych w służbie cywilnej na podstawie mianowania stosowanie wobec nich art. 62 ust. 1 usc., zgodnie z którym jeżeli jest to uzasadnione potrzebami urzędu, dyrektor generalny urzędu może w każdym czasie przenieść urzędnika służby cywilnej na inne stanowisko w tym samym urzędzie w tej samej lub w innej miejscowości, uwzględniając jego przygotowanie zawodowe.

Wreszcie, radcowie prawni, będący pracownikami urzędów państwowych, nie mogą być przenoszeni, w trybie określonym art. 10 upup., do innej pracy (na inne stanowisko). Wynika to z faktu, że przywołany art. 9 ust. 4 ur.p., stanowi *lex specialis* również względem art. 10 upup.

Podporządkowanie pracownika wobec pracodawcy obejmuje również podległość co do czasu i miejsca wykonywania pracy. Konsekwencją nawiązania stosunku pracy jest obowiązek jej świadczenia w miejscu określonym w umowie o pracę, zgodnie z art. 29 § 1 pkt 2 Kodeksu pracy. Jeśli określenie miejsca wykonywania pracy w umowie radcy prawnego nastąpi przez wskazanie siedziby pracodawcy, to w przypadku tzw. przedsiębiorstwa wielozakładowego będzie istniał obowiązek podjęcia przez pracownika pracy w każdym zakładzie pracy znajdującym się w miejscowości będącej siedzibą pracodawcy.

Odnosząc powyższe uwagi do miejsca pracy radcy prawnego, należy stwierdzić, że w świetle art. 19 ust. 2 ur.p. miejscem świadczenia przez zatrudnionego w ramach

stosunku pracy radcy jest lokal zatrudniającej go jednostki organizacyjnej⁴⁷. Pracownicze podporządkowanie radcy prawnego pracodawcy sprowadza się do tego, że może on wskazać jako miejsce pełnienia obowiązków przez radcę każdy lokal, którym dysponuje pracodawca w mieście będącym jego siedzibą. W odniesieniu do miejsca pracy, zakres podporządkowania radcy prawnego pozostającego w stosunku pracy nie różni się zatem co do istoty od podporządkowania innych pracowników. W konsekwencji należy uznać, że tym zakresie do radców prawnych będą miały pełne zastosowanie przepisy prawa pracy - zarówno kodeksu pracy jak i pragmatyk pracowniczych (np. art. 63 ust. 1 usc.) - które przewidują możliwość wyznaczenia miejsca wykonywania obowiązków pracowniczych, o ile nie będzie się ono wiązać z równoczesnym powierzeniem do wykonywania czynności innych, niż mieszczące się w ramach pomocy prawnej.

Podporządkowanie co do czasu pracy wiąże się z obowiązującymi w zakładzie pracy systemami, rozkładem czasu pracy oraz przyjętymi okresami rozliczeniowymi. Zgodnie z art. 150 § 1 k.p. ustala się je w układzie zbiorowym pracy lub w regulaminie pracy albo w obwieszczeniu, jeżeli pracodawca nie jest objęty układem zbiorowym pracy.

Podsumowując rozważania na temat zakwalifikowania zawodu radcy prawnego, należy stwierdzić, że jest to zawód wolny bez względu na to w jakiej formie jest wykonywany. Nawet jeśli radca prawny wykonuje swój zawód w ramach stosunku pracy to nie traci przymiotu niezależności, którą uznaje się za konieczną przesłankę „wolności” zawodu. Podział zawodów na wolne i pozostałe sięga czasów starożytnych i ówczesne kryteria oceny aktywności ludzkiej nie powinny być współcześnie przyjmowane bezkrytycznie. Najpowszechniejszą prawną podstawą świadczenia pracy ludzkiej jest tworząca stosunek pracy umowa o pracę, regulowana przepisami względnie nowej gałęzi prawa, jaką jest prawo pracy. Nieuzasadnione jest zatem aprioryczne założenie, że w każdym stosunku pracy istnieje identyczne co do zakresu i nasilenia tej cechy podporządkowanie pracownika pracodawcy. W świetle przepisów regulujących wykonywanie zawodu radcy prawnego staje się oczywiste, że pomimo dopuszczalności jego wykonywania w modelu pracowniczego zatrudnienia, status radcy, wyznaczony przepisami urp., nie mieści się w archetypicznie pojmowanym podporządkowaniu pracowniczemu. Można przyjąć, że specyfika podporządkowania radcy prawnego

⁴⁷ Jednostka organizacyjna w ujęciu a. 18 ust. 2 u.r.p. ma znaczenie podmiotowe, jest pracodawcą w rozumieniu art. 3 k.p.

w stosunku pracy bliższa jest konceptowi tzw. autonomicznego podporządkowania⁴⁸ niż tradycyjnie rozumianego podporządkowania pracowniczego.

Na rzecz traktowania zawodu radcy prawnego jako wolnego przemawia również preambuła do KERP, w której *expressis verbis* stwierdzono, że radca prawny wykonuje zawód wolny, bez różnicowania ze względu na rodzaj stosunku prawnego w którym ma to miejsce.

⁴⁸ Na ten temat m.in. T. Liszcz, *Podporządkowanie pracownika a kierownictwo pracodawcy – relacja pojęć*, w: Z. Góral (red.) *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga jubileuszowa prof. . Lewandowskiego*, Warszawa 2009, s. 155; T. Duraj, *Tradycyjne ujęcie pracowniczego podporządkowania – wybrane problemy prawne*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, t. LXXXIII, 2011, s. 55 i nast.

Część II

Relacja ustawy o radcach prawnych do ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. roku - Kodeks pracy oraz do pragmatyk pracowniczych i pragmatyk służbowych

1. Uwagi wstępne

W świetle problemów pojawiających się w związku ze statusem prawnym radców prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy, (radców prawnych – pracowników), radców prawnych wykonujących zawód w administracyjnoprawnym stosunku służbowym (radców prawnych – funkcjonariuszy) oraz radców prawnych będących żołnierzami zawodowymi (radców – żołnierzy zawodowych) można stwierdzić, że punktem wyjścia do rozstrzygnięcia kwestii spornych jest ustalenie relacji pomiędzy urp., a właściwą pragmatyką pracowniczą lub pragmatyką służbową.

Przed przejściem do rozważań szczegółowych konieczne jest uporządkowanie kwestii terminologicznych. Pod pojęciem pragmatyki pracowniczej należy rozumieć:

- ustawę z 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (dalej upup),
- ustawę z 21 listopada o służbie cywilnej (dalej usc),
- ustawę z 21 listopada o pracownikach samorządowych (ups).

Z kolei do pragmatyk służbowych należą:

- ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2067), dalej jako uoP;
- ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2365 ze zm.);
- ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (t. j. : Dz. U. z 2018 r., poz. 1313 ze zm.);
- ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2387 ze zm.);
- ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego i Służby Wywiadu Wojskowego (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1978 ze zm.);
- ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t. j. : Dz. U. z 2018 r., poz. 2104ze zm.);
- ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (t. j. : Dz. U. z 2018 r., poz. 1542 ze zm.);

- ustawa z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (t. j. : Dz. U. 2018, poz. 173).

W przedmiotowej kwestii OBSiL wypowiadał się kilkakrotnie i - co, należy podkreślić - zajmował nie zawsze konsekwentne stanowisko.

W stanowisku z 11 grudnia 2013 r. (dalej jako stanowisko OBSiL z 2013 r.) uznał, że w obecnym stanie prawnym, brak jest możliwości jednoznacznego określenia wzajemnego stosunku usc. i urp. w oparciu o merytoryczną regułę kolizyjną. Wskazano również, że w odniesieniu do radcy prawnego będącego członkiem korpusu służby cywilnej mają równorzędne zastosowanie mają zarówno przepisy usc., jak i urp, gdyż przepisy te w żaden sposób się nie wykluczają.

Kwestia relacji pomiędzy usc. i urp. została ponownie podjęta w wystąpieniu Krajowej Rady Radców Prawnych z 10 kwietnia 2015 roku (dalej : wystąpienie KRRP). Przyczyną tego wystąpienia były poważne zastrzeżenia KRRP co do ograniczania dodatkowej aktywności zarobkowej radców prawnych - członków korpusu służby cywilnej oraz trybu wprowadzanych ograniczeń⁴⁹. W konkluzji wystąpienia KRRP podniesiono, że stwierdzone w działaniu służby cywilnej praktyki przełożonych, zmierzające do ograniczenia dodatkowej aktywności zarobkowej radców prawnych - członków korpusu służby cywilnej, są niezgodne z prawem, naruszają nie tylko przepisy usc. i urp ale i godzą w konstytucyjnie zagwarantowane wolności wykonywania zawodu radcy prawnego. Ponownie podkreślono przy tym, że do radcy prawnego będącego jednocześnie członkiem korpusu służby cywilnej mają równorzędne zastosowanie zarówno usc. jak i urp.

Przedmiotowa kwestia pojawiła się również w stanowisku OBSiL z 12 listopada 2015 r. dotyczącego statusu radców prawnych zatrudnionych u pracodawców objętych poszczególnymi pragmatykami służbowymi (dalej: stanowisko OBSiL z 12 listopada 2015). Podobnie jak w wystąpieniu KRRP punkt ciężkości został położony na relację art. 80 usc. oraz art. 17 urp.

Po raz kolejny podkreślono, że wykonywanie zawodu radcy prawnego w ramach stosunku pracy oznacza, że radca jest poddany podwójnej regulacji normatywnej. Po pierwsze, przepisom ustawy o radcach prawnych, Kodeksowi Etyki Radcy Prawnego,

⁴⁹ Należy przyjąć, że z uwagi na to, iż w zakresie ustalenia statusu pracowniczego radcy prawnego - członka korpusu służby cywilnej usc. ma identyczną rangę jak pozostałe pragmatyki pracownicze, wnioski wyrażone w stanowisku OBSiL z 11 grudnia 2013 r. zachowują aktualność wobec statusu radców prawnych zatrudnionych w samorządzie terytorialnym i w urzędach państwowych.

Regulaminowi wykonywania zawodu radcy prawnego oraz innym aktom wydawanym przez organy samorządu zawodowego, odnoszącym się do wykonywania tego zawodu, a po drugie ustawodawstwu pracy, a w szczególności Kodeksowi pracy. Dostrzeżono, że w przypadku zatrudniana przez niektórych pracodawców radca prawny poddany jest szczególnej regulacji prawnej na podstawie pragmatyk.

Na szczególne zaakcentowanie zasługuje to, że w stanowisku z 12 listopada 2015 r. skonstatowano, iż w razie powstania wątpliwości co do wzajemnego zakresu regulowania statusu radców prawnych należy ustalić, czy rzeczywiście zachodzi kolizja norm, a jeśli tak, to za pomocą jakich reguł derogacyjnych powinna być eliminowana. Po raz kolejny powtórzono, że wobec niemożności skonstruowania klauzuli generalnej umożliwiającej eliminację sprzecznych norm, zasadna jest teza o istnieniu dwóch przenikających się sferach będących przedmiotem regulacji w przepisach dotyczących wykonywania zawodu radcy prawnego w stosunku pracy. Pierwsza z tych sfer obejmowała by zatem aspekty związane z gwarancjami wykonywania zawodu radcy prawnego, jako zawodu zaufania publicznego. W tej sferze mieściłyby się uprawnienia i obowiązki definiujące zawód radcy prawnego i sposób jego wykonywania. Poza tą sferą znalazłyby się regulacje nierzutujące na status radcy prawnego jako zawodu zaufania publicznego, do których zaliczono przepisy o charakterze organizacyjnym, technicznym etc. Uznano, że w sprawach zaliczonych do pierwszej sfery pierwszeństwo będą miały przepisy ustawy o radcach prawnych, natomiast w drugim przepisy kodeksu pracy. Zauważono również, że zaprezentowany sposób rozstrzygnięcia wątpliwości interpretacyjnych w związku z równoczesnym regulowaniem tych samych spraw przepisami urp i kp nie stoi w sprzeczności z treścią art. 5 kp.

Podobne problemy pojawiły się w stanowisku OBSIL z dnia 3 marca 2014 r., w odniesieniu do relacji urp z uoP⁵⁰. W stanowisku podkreślono konieczność ustalenia, czy w przypadku pojawienia się kwestii spornych, rzeczywiście zachodzi sprzeczność pomiędzy przepisami urp. a uoP. Uznano, że co do zasady przepisy obydwu ustaw przenikają się na tyle głęboko, że w pełni zasadna jest teza o ich równorzędności, a co za tym idzie o konieczności ich równorzędnego, jednoczesnego stosowania, z wyjątkami wynikającymi bezpośrednio z ich przepisów. Zauważono, że nie można mówić o rozłączności statusu policjant - radca prawny, jako że radca prawny po rozpoczęciu

⁵⁰ Z uwagi na to, że uoP. jest jedną z tzw. pragmatyk służbowych można przyjąć, że stanowi reprezentatywny akt prawny w odniesieniu do radców prawnych – funkcjonariuszy wszystkich służb.

służby w Policji nie przestaje nim być, a zarazem policjant nie przestaje być funkcjonariuszem w momencie uzyskania uprawnień zawodowych radcy prawnego.

2. Uwagi szczegółowe

Punktem wyjścia do dalszych rozważań kwestii relacji ustawy o radcach prawnych do przepisów Kodeksu pracy, pragmatyk pracowniczych i wreszcie pragmatyk służbowych, jest pełna akceptacja tezy pojawiającej się w stanowiskach OBSIL o tym, że nie można apriorycznie zakładać kolizji pomiędzy tą ustawą a właściwymi ustawami określającymi status pracowniczy czy służbowy radców wykonujących zawód odpowiednio w ramach stosunku pracy lub stosunku służbowym.

W literaturze zauważa się, że jednym z kryteriów obowiązywania tetycznego normy prawnej jest ustalenie, że dana norma nie jest sprzeczna z innymi normami należącymi do systemu prawa, a jeżeli jest sprzeczna to można ją usunąć przez zastosowanie określonych reguł kolizyjnych bądź dyrektyw interpretacyjnych⁵¹. Jak wiadomo, jedną z reguł dobrej legislacji jest nakaz, by prawodawca wprowadzając nowe przepisy uchylił wszystkie przepisy z nimi niezgodne (nakaz derogacji wyraźnej)⁵². Jeśli jednak dojdzie do takiej sytuacji to powinna być ona usuwana za pomocą reguł kolizyjnych do których należą: 1) reguła hierarchiczna (*lex superior derogat legi inferiori*), reguła chronologiczna (*lex posterior derogat legi priori*), 3) reguła merytoryczna (*lex specialis derogat legi generali*)⁵³. Niemożność usunięcia takiej kolizji powoduje konieczność sięgnięcia do reguły aksjologicznej⁵⁴.

Nie ulega wątpliwości, że pomiędzy urp. a kp., pragmatykami pracowniczymi i pragmatykami służbowymi nie zachodzi kolizja o charakterze „generalnym” – ustawa o radcach prawnych nie jest pragmatyką w rozumieniu art. 5 kp. Jeśli już można stwierdzić sprzeczność pomiędzy przepisami urp. a przepisami prawa pracy (oraz prawa administracyjnego – w zw. z art. 75 urp.) to wyłącznie w odniesieniu do norm indywidualnych, odkodowanych *casu ad casum* z odpowiednich przepisów urp.

⁵¹ B. Wojciechowski, *Wykładnia prawa administracyjnego*, w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel red. *System, prawa administracyjnego. Tom 4*; Warszawa 2012, s. 430

⁵² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 225.

⁵³ *Ibidem*, s. 226.

⁵⁴ Wojciechowski, *op. cit.* s. 439.

i przepisów zamieszczonych w ustawach określających status prawny radców - pracowników i radców -funkcjonariuszy.

W praktyce, czego dowodzą stanowiska OBSiL, oraz orzecznictwo sądowe, problemy związane ze statusem radców zatrudnionych w ramach stosunku pracy oraz w administracyjnoprawnych stosunkach służbowych, koncentrują się na relacji przepisów urp. oraz przepisów kp., pragmatyk pracowniczych i pragmatyk służbowych dotyczących:

- 1) oceny pracy zawodowej radcy,
- 2) dodatkowego zatrudnienia radców wykonujących zawód w stosunku pracy oraz w stosunku służbowym,
- 3) czasu i miejsca pracy radców,
- 4) rozwiązania stosunku pracy (stosunku służbowego z radcą),
- 5) wynagradzania radców.

Nie można mówić o kolizji czy też niespójności przepisów w zakresie oceny pracy zawodowej radcy prawnego jako pracownika i radcy prawnego - funkcjonariusza. Norma zawarta w art. 16 ust. 1 urp. jest adresowana do przełożonego właściwego w sprawie dokonania oceny pracy zawodowej radcy prawnego. W kontekście oceny okresowej radców wykonujących zawód w ramach stosunku pracy lub stosunków służbowych, obligatoryjnej na gruncie pragmatyk pracowniczych i pragmatyk służbowych, obowiązek zasięgnięcia opinii radcy wskazanego przez radę odpowiedniej izby radców prawnych jest dodatkowym wymogiem w postępowaniu związanym z dokonywaniem oceny okresowej radców prawnych. Pomiedzy normą wynikającą z art. 16 ust. urp a normami wynikającymi z przepisów prawa pracy i pragmatyk służbowych, ustalających obowiązek dokonywania ocen okresowych, nie zachodzi ani sprzeczność treściowa, ani konflikt norm, sprzeczność prakseologiczna czy sprzeczność realizacyjna. Konkluzja ta jest zatem zgodna ze stanowiskami OBSiL oraz orzecznictwem⁵⁵. Reasumując, w tym zakresie nie można mówić o istnieniu problemu prawnego, przybierającego postać kolizji czy niesprzeczności, a niedostatecznej wiedzy na temat specyfiki zawodu radcy prawnego u przełożonych dokonujących ocen okresowych. Równocześnie należy podkreślić, że niewystąpienie o opinię, o której mowa w art. 16 ust. 1 urp. stanowi uchybienie, które w zależności od tego, czy wystąpiło przy okazji dokonywania oceny okresowej radcy

⁵⁵ Por. np. wyrok SN z dnia 19 grudnia 2013 r., II P, 213/13; LEX nr 1425464.

prawnego - pracownika czy radcy prawnego - funkcjonariusza może stać się przesłanką podważenia oceny/opinii przez sąd powszechny lub sąd administracyjny. Na marginesie konstatacji dotyczących problemów praktycznych, trudno jest stracić z pola widzenia fakt, że przepisy odpowiednich ustaw nie uwzględniają należycie specyfiki obowiązków radcy prawnego. Problematiczne jest w szczególności dokonywanie oceny sprawności fizycznej radców prawnych, w kontekście obowiązku funkcjonariuszy do jej zachowania.

O sprzeczności treściowej można mówić w kontekście normy wynikającej z art. 17 urp. i norm wynikających z przepisów pragmatyk pracowniczych i pragmatyk służbowych, ograniczających czy też wyłączających możliwość wykonywania dodatkowego zatrudnienia przez radców prawnych. Sprzeczność treściowa zachodzi wtedy, kiedy identyczne hipotezy dwóch norm mają różne dyspozycje – w identycznej sytuacji jedna norma nakazuje określone zachowanie, druga zaś go zakazuje. Innymi słowy, sprzeczność ta polega na tym, że zrealizowanie jednej normy skutkuje niezrealizowaniem drugiej, przy czym zawsze jedna z norm sprzecznych zostaje spełniona⁵⁶. W analizowanym przypadku istnieją dwie normy o różnych funktozach deontycznych: normie pozwalająca, która wynika wprost z art. 17 urp. i zakazująca (podejmowania dodatkowego zatrudnienia) zawarta w przepisach pragmatyk pracowniczych i służbowych.

Stwierdzenie kolizji norm wymaga zatem rozważenia, która z ww. reguł kolizyjnych pozwoli usunąć stwierdzoną sprzeczność. Z oczywistych względów, to jest równorzędności relewantnych aktów normatywnych, należy odrzucić regułę *lex superior derogat legi inferiori*.

Prima facie wydawać by się mogło, że przedstawiony dylemat może zostać rozwiązany przez zastosowanie dyrektywy chronologicznej – *lex posterior derogat legi priori*. Dla zastosowania tej normy wymagane jest, aby kolidujące normy znajdowały się na tym samym szczeblu hierarchicznego uporządkowania, a ponadto, by norma późniejsza nie była szersza zakresowo. Chodzi o to, by późniejsza regulacja nie miała charakteru *lex generalis* wobec wcześniejszego unormowania. Jak uznał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 10 grudnia 2014 r.⁵⁷, reguła *lex posteriori* nie znajduje

⁵⁶ B. Wojciechowski, *op.cit.* s. 431.

⁵⁷ K 52/13; LEX nr 1633060

bowiem zastosowania w wypadku, gdy prawo wcześniejsze stanowiło przepis szczególny (dyrektywa *lex posteriori generalis non derogat legi anteriori specialis*)⁵⁸.

Teza o zasadności odrzucenia reguły *lex posteriori* w kontekście analizowanej sprzeczności jest konsekwencją uznania, że art. 17 urp. łączony jest z uchylonym⁵⁹ art. 101 kp., który przewidywał, że pracownik zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia bez zgody zakładu pracy, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej. W świetle istniejących wątpliwości i w związku z uchYLENIEM art. 101 kp należy zastosować historyczną metodę wykładni, w następstwie zastosowania której staje się jasne, że w czasie obowiązywania art. 101 nie było wątpliwości, co do tego że art. 17 urp. był postrzegany jako przepis szczególny wobec art. 101 kp. Przyjmowano, że treścią drugiego z wymienionych było doniosłe i korzystne dla radców prawnych uregulowanie – uprawnienie do podejmowania dodatkowego zatrudnienia bez zgody pracodawcy⁶⁰.

Nie można jednak stwierdzić, że art. 17 urp. był *lex specialis* wyłącznie wobec art. 101 kp. Odejście przez prawodawcę od generalnego, przewidzianego przepisami kp. zakazu pozostawiania przez pracownika w zatrudnieniu przewyższającym pełny wymiar czasu pracy, przy równoczesnym nieuchyleniu art. 17 urp byłoby zupełnie nielogiczne i stałoby w sprzeczności z założeniem racjonalnego prawodawcy. Uznanie, że ma on charakter przepisu szczególnego wymaga ustalenia, czy w chwili uchYLENIA art. 101 kp. istniał przepis, który ustanawiałby ograniczenie dodatkowe aktywności zarobkowej przez osoby pozostające w stosunku pracy. Zakładając bowiem nierozzerwalny związek art. 17 urp. wyłącznie z art. 101 kp. i mając na względzie argument racjonalności ustawodawcy, to przepis ten zostałby uchylony przy okazji nowelizacji usuwającej art. 101 kp. z systemu prawa.

Jak się wydaje, nieuchylenie art. 17 urp należy postrzegać przez pryzmat art. 19 ust. 1 upop., stanowiącego – w brzmieniu niezmienionym od jego wejścia w życie - że urzędnik państwowy nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia bez uzyskania uprzedniej zgody kierownika urzędu, w którym jest zatrudniony. W konsekwencji, radcowie prawni objęci tą pragmatyką, mogli korzystać ze szczególnego uprawnienia – zwolnienia ich z obowiązku uzyskiwania zgody na dodatkowe zatrudnienia. Trudno

⁵⁸ Zob. też orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 1995 r., K 19/95; OTK 1995/3/16.

⁵⁹ Ustawą z dnia 7 kwietnia 1989 r. o zmianie ustawy - Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz. U. Nr 20, poz. 107.

⁶⁰ Zob. wyrok SN dnia 12 lutego 195 r., I PRN, LEX 16471.

byłoby bowiem uznać, że art. 17 raz jest (był), wobec art. 101 kp. przepisem szczególnym, a raz takim przepisem nie jest – wobec przepisów ograniczających możliwość dodatkowego zatrudnienia przewidzianego w przepisach pragmatyk pracowniczych i pragmatyk służbowych.

Podsumowując ten wątek rozważań na temat relewantnych przepisów urp, kp. oraz pragmatyk pracowniczych i służbowych należy stwierdzić, że praktyczne problemy powstające na styku art. 17 urp. i odpowiednich przepisów prawa pracy (oraz prawa administracyjnego) nie tylko mogą, a wręcz powinny być rozwiązywane za pomocą dyrektywy kolizyjnej *lex specialis derogat legi generali*.

Uznanie, że wchodzące w grę przepisy ograniczające swobodę zatrudnienia są przepisami szczególnymi wobec art. 17 urp. prowadziłyby do stwierdzenia, że art. 17 urp. jest przepisem martwym.

Szczegółowe rozważania na temat czasu pracy radców prawnych pozostających w stosunkach pracy lub stosunkach służbowych zostały zawarte w trzeciej części Raportu. Nie ulega jednak wątpliwości, że kwestie te są zasadniczo pozostają poza zakresem regulacji urp.

Nie sposób również dopatrzeć się sprzeczności pomiędzy art. 19 urp. a przepisami prawa pracy. Wymóg uzyskania opinii właściwej rady okręgowej izby radców prawnych w sytuacji, gdy przyczyną wypowiedzenia jest nienależyte wykonywanie obowiązków radcy prawnego należy postrzegać jako wymóg o charakterze formalnym, którego naruszenie powodować będzie wadliwość wypowiedzenia. Uchybienie to może stać się podstawą do wystąpienia przez radcę prawnego z roszczeniem przewidzianym przepisami kodeksu pracy.

Więcej wątpliwości powstaje na tle art. 19 urp. w związku ze zwalnianiem radców prawnych - funkcjonariuszy. Pragmatykom służbowym nie jest bowiem znana instytucja wypowiedzenia stosunku służbowego. Można jednak przyjąć, że obowiązek wystąpienia o opinię do właściwej rady okręgowej izby radców prawnych powstaje, jeśli radca prawny - funkcjonariusz zwolniony zostaje ze względu na „ważny interes służby”⁶¹. Uznanie, że w konkretnym przypadku ważny interes służby przejawia się w konieczności zniesienia stosunku służbowego z radcą prawnym - funkcjonariuszem, który nienależycie wykonuje swoje obowiązki zawodowe, wymagałoby zatem wystąpienia o opinię w trybie

⁶¹ Zob. M. Wieczorek, *Charakter prawny stosunków służbowych funkcjonariuszy służb mundurowych*, Toruń 2017 r., s. 286 i nast.

przewidzianym w art. 19 urp. Zaprezentowana teza znajduje, jak się wydaje, dostateczne uzasadnienie w treści art. 8 ust. 5 urp.

O zasadności traktowania art. 17 urp., jako przepisu szczególnego nie tylko wobec pragmatyk służbowych, ale i kodeksu pracy, a co za tym idzie również pragmatyk pracowniczych, najdobitniej przesądza art. 75 urp. Przepis ten stanowi, że stosunek służbowy oraz wynikające z niego prawa i obowiązki radców prawnych i aplikantów radcowskich będących żołnierzami w czynnej służbie wojskowej, funkcjonariuszami Policji, Służby Ochrony Państwa, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Państwowej Straży Pożarnej lub Służby Więziennej w zakresie nieokreślonym urp. określają przepisy odrębnych ustaw.

Część III

Praktyczne problemy stosowania przepisów ustawy o radcach prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy i w ramach stosunku służbowego

1. Podległość służbowa radcy prawnego

Rozważania na temat statusu radców prawnych, zatrudnionych w organach administracji publicznej rozpocząć należy od analizy art. 8 ust. 1 urp. Stanowi on, że radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółek, wymienionych w tym przepisie. Wykonywanie zawodu radcy w ramach stosunku pracy ma miejsce wyłącznie wtedy, gdy wynika to z treści umowy o pracę, zawartej z osobą posiadającą prawo wykonywania zawodu radcy prawnego. W tej formie, radca wykonuje zawód przede wszystkim w organach administracji publicznej i innych państwowych osób prawnych. W strukturze służby cywilnej, kształtowanej przez usc. podstawę zatrudnienia radcy prawnego stanowić może albo umowa o pracę, kreując tym samym jego status jako pracownika służby cywilnej albo akt mianowania, na podstawie którego w korpusie służby cywilnej uzyskuje on status urzędnika. W związku z funkcjonowaniem radcy prawnego w strukturach korpusu służby cywilnej – niezależnie od charakteru zatrudnienia – jako zasadniczy jawi się problem granic podległości służbowej radcy, który w związku ze specyfiką tego zawodu kształtowany jest odmiennie, niż ma to miejsce w przypadku innych członków tego korpusu.

Przed wszystkim należy powtórzyć, że radca prawny, zatrudniony w administracji publicznej, nie traci z tego tytułu przymiotu osoby wykonującej zawód wolny, niezależny o szczególnym charakterze zawodu zaufania publicznego⁶². Wagę rozstrzygnięcia wskazanego problemu dla określenia „pracowniczego” statusu radcy podkreśla fakt, iż powyższa teza – akceptowana również przez Autorów Raportu - nie jest powszechnie przyjmowana w doktrynie prawa⁶³.

⁶² Zob. K. Stoga, D. Szubielska, *Dwugłós...*, op. cit. s. 19-20; J. Dębowska-Mierzwa, *Świadczenie pracy przez radcę prawnego w świetle ustawy o służbie cywilnej*, „Temidium” 2018, s. 4 [dostęp 21. 12. 2018.].

⁶³ Zob. A. Kidyba, *Radca...*, op. cit. s. 17.

Za „wolnościowym” charakterem zawodu radcy prawnego, realizowanego w ramach stosunku pracy, przemawia szereg argumentów, zarówno natury *stricte* normatywnej, jak i - w szerszym zakresie - aksjologicznej. Wolność zawodu radcy prawnego wyrażona jest - jak już zostało zaznaczone - *expressis verbis* w Preambule do KERP. Uchwałodawca wiąże tę zasadę z samodzielnością i niezależnością wykonywania zawodu radcy prawnego, które to przymioty zawodu warunkują prawidłową realizację funkcji służenia interesom wymiaru sprawiedliwości oraz ochrony wolności i praw podmiotów, na rzecz których radca świadczy pomoc prawną. Zgodnie z art. 7 ust. 1 KERP niezależność w wykonywaniu zawodu radcy prawnego jest gwarancją ochrony praw i wolności obywatelskich, demokratycznego państwa prawnego oraz prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Jednocześnie, art. 8 KERP nakłada na radcę prawnego - niezależnie od formy świadczenia przezeń pomocy prawnej - obowiązek lojalności wobec podmiotu, na rzecz którego radca ową pomoc świadczy i kierowania się dobrem klienta w celu ochrony jego praw. W zestawieniu z zasadami rzetelności, uczciwości i legalizmu wykonywania czynności zawodowych (art. 6 KERP) oraz wynikającym z treści art. 12 ust. 1 KERP obowiązkiem sumiennego i profesjonalnego działania, obowiązek wyrażony w art. 8 może w praktyce prowadzić do swoistego konfliktu zasad i dóbr. W szczególności sposób, wynikający ze specyfiki hierarchicznej struktury organizacyjnej, konflikt pomiędzy celami, które chce osiągnąć pracodawca, a zachowaniem wymogów prawnych i etycznych przez radcę prawnego, może uwidaczniać się w toku zatrudnienia radcy w korpusie służby cywilnej, czy też szerzej - w organach administracji publicznej.

W warunkach konfliktu interesów, czy wręcz kolizji zasad, w oparciu o które radca prawny świadczyć ma pomoc prawną w tych strukturach, rozstrzygnięcia wskazanych dylematów szukać należy w treści przepisów urp., w postanowieniach KERP oraz w dorobku orzecznictwa Sądu Najwyższego. Zgodnie z art. 13 ust. 1 urp. radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej. Formuła ta znajduje również potwierdzenie w art. 7 ust. 2 zd. 2 KERP, który stanowi, że wyrażone przez kogokolwiek polecenia, ograniczające niezależność sugestie czy wskazówki, nie mogą wpływać na stanowisko, prezentowane przez radcę prawnego w danej sprawie. Przywołane regulacje statuują zasadę ograniczonej podległości służbowej radcy prawnego. Nie budzi zatem wątpliwości pogląd, że radca prawny związany jest poleceniem przełożonego, dotyczącym sporządzenia opinii prawnej lub podjęcia

działania w określonej sprawie, jednak nie wiąże go polecenie co do treści owej opinii bądź sposobu prowadzenia sprawy. W ostatnim z wymienionych zakresów, podstawę działania radcy prawnego stanowić może wyłącznie dyspozycja art. 14 urp., zgodnie z którą radca prawny prowadzi samodzielnie sprawy przed organami orzekającymi, dbając o należyte wykorzystanie przewidzianych przez prawo środków dla ochrony uzasadnionych interesów jednostki organizacyjnej. Regulacja ujęta w art. 14 urp. kształtuje równie istotną – z punktu widzenia „pracowniczego” statusu radcy prawnego – zasadę autonomii w prowadzeniu spraw na rzecz obsługiwanej jednostki organizacyjnej, określanej w orzecznictwie jako podporządkowanie autonomiczne⁶⁴. Autonomię tą eksponuje również Sąd Najwyższy, m. in. w wyroku z 13 marca 2014 r., wskazując jednoznacznie, że radca prawny wykonuje zawód w ramach szczególnego zaufania publicznego. Przy wykonywaniu czynności zawodowych korzysta więc ze szczególnych lub autonomicznych uprawnień ustrojowo i ustawowo przypisanych do istoty wykonywanego zawodu. Ustrojowe unormowanie zasad wykonywania zawodu radcy prawnego zawiera ustawa o radcach prawnych, w związku z tym jakiegokolwiek inne regulacje normatywne nie mogą być interpretowane w sposób niezgodny lub kolidujący z przepisami tej ustawy⁶⁵.

Zasadę niezależności i autonomii statusu radcy prawnego w zhierarchizowanej strukturze organów administracji wzmacnia dodatkowo konstrukcja, przyjęta w art. 9 ust. 1 urp., zgodnie z którą radca prawny wykonujący zawód w ramach stosunku pracy zajmuje samodzielne stanowisko podległe bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej. Niezależności i autonomii radców prawnych nie ogranicza przy tym formuła przyjęta w ust. 2 przywołanego artykułu urp., w świetle której jeżeli jednostka organizacyjna zatrudnia dwóch lub więcej radców prawnych, jednemu z nich powierza się koordynację pomocy prawnej w tej jednostce. Do zadań radcy prawnego, koordynującego prace zespołu radców prawnych należy bowiem jedynie uzgadnianie ze współpracującymi radcami prawnymi systemu rozdziału spraw i dbałość o zgodny z ustaleniami rozdział zadań zawodowych; dbałość o prawidłowy rozkład czasu pracy z uwzględnieniem potrzeb jednostki organizacyjnej oraz postanowień urp., a także dbałość o ustalanie planów urlopu uwzględniających potrzeby radców i urzędu⁶⁶.

⁶⁴ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 7 września 1999 r., sygn. akt I PKN 277/99; OSNP 2001/1/18.

⁶⁵ Sygn. akt I PK 181/13; OSNP 2015/6/76.

⁶⁶ § 12 ust. 1 i 2 załącznika do uchwały Nr 94/IX/2015 Krajowej Rady Radców Prawnych z 13 czerwca 2015 r. w sprawie Regulaminu wykonywania zawodu radcy prawnego.

Również w doktrynie oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie budzi wątpliwości fakt, że funkcja koordynatora zespołu radców prawnych nie może być realizowana w sposób naruszający samodzielność radców w zakresie prowadzonych przez nich spraw. Przełożonym radcy prawnego w strukturze hierarchicznej danej jednostki organizacyjnej nie może być inna osoba niż kierownik tej jednostki⁶⁷. W konsekwencji, radca prawny koordynujący świadczenie pomocy prawnej w danej jednostce organizacyjnej nie jest przełożonym członków zespołu, *ergo* nie jest uprawniony do merytorycznej ingerencji w sposób wykonywania zawodu przez innych radców, jeśli miałyby to naruszać ich niezależność. Zadaniem koordynatora nie jest więc wydawanie poleceń służbowych radcy prawnemu ani sprawowanie nadzoru lub kontroli nad czynnościami wykonywanymi przez radcę prawnego⁶⁸. Wskazana regulacja wpisuje się w system instytucjonalnych zabezpieczeń pozycji prawnej pracownika będącego radcą prawnym, wykraczających poza powszechne ustawodawstwo pracy⁶⁹.

Zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy o radcach prawnych, w organie państwowym lub samorządowym radca prawny wykonuje pomoc prawną w komórce lub jednostce organizacyjnej, w biurze, w wydziale lub na wyodrębnionym stanowisku do spraw prawnych podległym bezpośrednio kierownikowi tego organu. W organie państwowym radca prawny może być zatrudniony także w innej wyodrębnionej komórce lub jednostce organizacyjnej i podlegać jej kierownikowi. W praktyce obecne brzmienie art. 9 ust. 3 zdanie drugie, a pośrednio i zdanie pierwsze, w wielu organach administracji państwowej (np. w urzędach wojewódzkich) jest interpretowane w ten sposób, że radcowie prawni wykonujący obsługę prawną organu i całego urzędu mogą być zatrudnieni w komórce organizacyjnej wykonującej także zadania merytoryczne, nie związane z obsługą prawną, której obsługi prawnej nie wykonują wyłącznie, a tym samym, że mogą wtedy podlegać kierownikowi tej komórki, a nie bezpośrednio kierownikowi organu. Sytuacja taka powoduje, że przepisy ustawy o radcach prawnych gwarantujące zachowanie niezależności i autonomii statusu radcy prawnego w zhierarchizowanej strukturze organów administracji (art. 9 ust. 1 – bezpośrednia podległość radcy prawnego kierownikowi organu, art. 16 ust. 1 – ocena pracy zawodowej radcy prawnego

⁶⁷ Z. Klatka, J. Łoziński, *Status prawny radcy prawnego jako pracownika*, „Monitor Prawa Pracy” 2005, nr 3, s. 72; T. Niedziński, *Zatrudnienie radcy prawnego w jednostce samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2014, nr 5, s. 13. W orzecznictwie – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2012 r., sygn. akt II PK 113/11; OSNP 2013/1-2/5.

⁶⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 5 marca 2015 r., sygn. akt III PK 109/14; LEX nr 1666025.

⁶⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 26 marca 1998 r., sygn. akt I PKN 3/98; OSNP 1999/6/200. Podobnie – zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 26 lutego 2014 r., sygn. akt II S.A./WA 1439/13; LEX nr 1579967.

przez kierownika jednostki organizacyjnej, a nawet w pewnym zakresie art. 9 ust. 2 – koordynacja pomocy prawnej w jednostce organizacyjnej przez wyznaczonego radcę prawnego) przestają obowiązywać w stosunku do radców prawnych zatrudnionych w takiej komórce organizacyjnej urzędu albowiem kompetencje kierownika organu przejmuje w stosunku do nich kierownik tej komórki organizacyjnej urzędu, który często wchodzi także w praktyce w część kompetencji radcy prawnego koordynującego pomoc prawną w jednostce organizacyjnej (urzędzie).

Wprawdzie przepis art. 9 ust. 3 zdanie drugie jest przez niektórych komentatorów rozumiany w ten sposób, że w organie państwowym zawód radcy prawnego można wykonywać również przez zatrudnienie w innej komórce organizacyjnej, świadcząc pomoc prawną (z założenia wyspecjalizowaną) **na jej** rzecz i podlegając wówczas kierownikowi tej komórki (tak: Zenon Klatka. Ustawa o radcach prawnych, Komentarz. Wyd. C.H. Beck, Warszawa 1999, str. 124, teza 4), a stanowisko to znajduje potwierdzenie w opinii Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 25 września 2016 r. (Stanowisko w sprawie niektórych zasad wykonywania zawodu radcy prawnego w urzędzie administracji państwowej, autor radca prawny dr Monika Skowrońska), w którym (str. 11, 12) stwierdza się, że zgodnie z art. 9 ust. 3 zdanie drugie ustawy o radcach prawnych możliwe jest usytuowanie stanowiska radcy prawnego w wyodrębnionej komórce lub jednostce organizacyjnej urzędu, która nie jest komórką obsługi prawnej, i wyznaczenie kierownika tej komórki lub jednostki organizacyjnej przełożonym radcy prawnego, wyłącznie w przypadku, gdy radca prawny ma na tym stanowisku świadczyć pomoc prawną jedynie na rzecz tej komórki lub jednostki organizacyjnej urzędu, a w każdym przypadku, poza sytuacją omówioną wyżej, wykonywania przez radców prawnych zawodu na stanowiskach radców prawnych w urzędzie państwowym (także, gdy odbywa się to w komórce obsługi prawnej) podlegają oni bezpośrednio kierownikowi urzędu, to jest to tylko wykładnia przepisu, którego literalne brzmienie powoduje w praktyce odmienną interpretację w niektórych organach administracji państwowej⁷⁰.

Podkreślenia wymaga, że wskazane wyżej regulacje mają zastosowanie wyłącznie do sytuacji, w których osoby zatrudnione w korpusie służby cywilnej bądź w innych strukturach administracji publicznej zatrudnione są na stanowisku rady prawnego. Nie można zatem odnosić ich do tych spośród pracowników, którzy co prawda posiadają tytuł zawodowy radcy prawnego, ale pozostają w stosunku służbowym na innym stanowisku,

⁷⁰ Autorem tego akapitu, wyrażającego wywód podzielany przez twórców raportu, jest Przemysław Mijał - Dziekan Rady OIRP w Szczecinie.

choćby w zakresie ich czynności znajdowały się obowiązki pozostające w związku ze świadczeniem pomocy prawnej, w rozumieniu urp. Zastrzeżenie to ma szczególne znaczenie w kontekście kolejnego z istotnych problemów, związanych ze statusem radców prawnych, wykonujących zawód w ramach stosunku pracy w organach administracji publicznej. Dotyczy on procedur przeprowadzania oceny pracowniczej radców prawnych i gwarancji wynikających w tym względzie z art. 16 i 19 urp.

2. Ocena okresowa radcy prawnego w administracji publicznej

Radca prawny zatrudniony w organach administracji publicznej na podstawie umowy o pracę podlega okresowej ocenie pracowniczej. W przypadku radców należących do korpusu służby cywilnej, podstawę oceny stanowi art. 81 ust. 1 usc., zgodnie z którym urzędnik służby cywilnej oraz pracownik służby cywilnej zatrudniony na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony podlega okresowej ocenie dokonywanej przez bezpośredniego przełożonego. Z uwagi na szczególny status radcy prawnego, kształtowany przez zasady niezależności i autonomii w świadczeniu pomocy prawnej, ocena pracownicza radcy prawnego – dotycząca prawidłowości wykonywania przezeń zawodu – musi czynić zadość wymogom, przewidzianym w urp. W szczególności uwzględniać musi regulację art. 16 ust. 1 urp., stanowiącą, iż kierownik jednostki organizacyjnej dokonuje oceny pracy zawodowej radcy prawnego po zasięgnięciu opinii radcy prawnego wskazanego przez radę okręgowej izby radców prawnych. Przepis ten stanowi jedną z istotnych gwarancji zasady niezależności radcy prawnego, wyrażonej w art. 13 ust. 1 urp oraz zasady autonomii, wynikającej z art. 14 urp.⁷¹

Należy zauważyć, że szczegółowa analiza praktyki stosowania prawa, przeprowadzona dla potrzeb przedmiotowego Raportu, dowodzi jednoznacznie iż mimo nie budzącego wątpliwości brzmienia przepisu art. 16 ust. 1 urp, w praktyce świadczenia pracy przez radców prawnych w organach administracji publicznej kwestia ta wywołuje szereg problemów. W szczególności dotyczą one radców prawnych zatrudnionych w korpusie służby cywilnej, w stosunku do których podejmowane były próby

⁷¹ Por. K. Stoga, D. Szubielska, *Dwugłós...*, op. cit., s. 20, a także S. W. Ciupa, *Umowa o świadczenie pomocy prawnej*, w: *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2015, s. 146.

dokonywania oceny bez zachowania wymogu zasięgnięcia wskazanej opinii. Negatywne oceny przełożonych traktowane były jako forma wywierania presji na niezależnych radców prawnych, celem swoistego przymuszania ich do sporządzania opinii lub prowadzenia czynności w sposób ograniczający autonomię, wynikającą z art. 14 urp. Nierzadko, negatywna ocena pracy radcy prawnego w konsekwencji stanowiła podstawę podejmowania prób zwolnienia radcy prawnego z zajmowanego stanowiska. Najczęściej, próby te kończyły się niepowodzeniem, na skutek wszczynanych przez radców sporów sądowych. Podkreślenia wymaga fakt, iż owe „złe praktyki” stosowane wobec radców zatrudnionych w korpusie służby cywilnej, stanowiły przedmiot wielokrotnej interwencji Krajowej Izby Radców Prawnych wzywającej Szefa Służby Cywilnej do honorowania norm urp w tym zakresie⁷². Kwestia ta była również przedmiotem opinii OBSiL⁷³.

Nie ulega wątpliwości, że ocena realizacji obowiązków pracowniczych radcy prawnego, zatrudnionego w organach administracji, opiera się na specyficznych kryteriach, odrębnych względem kryteriów oceny pozostałych pracowników jednostki organizacyjnej. Przede wszystkim, musi ona uwzględniać wykonywanie zawodu radcy prawnego, tj. wykorzystywanie wiedzy merytorycznej, postęp w doskonaleniu zawodowym oraz efekty świadczonej pomocy prawnej, zwłaszcza zaś to, czy w sposób należy chroni on interesy pracodawcy. Dokonanie oceny w tym zakresie wymaga wiedzy specjalistycznej i doświadczenia w wykonywaniu zawodu radcy prawnego. Z uwagi na gwarancyjny charakter normy art. 16 ust. 1 urp. kierownik jednostki organizacyjnej nie może samodzielnie dokonać oceny pracy zawodowej radcy prawnego, choćby nawet sam miał ku temu stosowne kompetencje, wynikające z posiadania tytułu zawodowego radcy prawnego. Za taką formułą przemawiają bowiem również względy aksjologiczne wynikające z istoty samorządu zawodowego radców prawnych i jego roli jako strażnika należytego wykonywania zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (art. 17 ust. 1 Konstytucji). Z tego względu, urp. przyznaje radzie okręgowej izby radców prawnych kompetencje w zakresie dokonywania kontroli i oceny wykonywania zawodu przez radcę prawnego, którą to kontrolę przeprowadzają i oceny dokonują wizytatorzy powołani spośród radców prawnych (art. 22¹ urp.). Obowiązek zasięgnięcia opinii radcy

⁷² Np. pisma wiceprezesa Krajowej Rady Radców Prawnych A. Berezy : z 11 grudnia 2013 r., L. Dz. 6015/OBSiL/2013 oraz z 10 kwietnia 2015 r., L. Dz. 8027/OBSiL/2015.

⁷³ Np. opina z 20 kwietnia 2017 r. w sprawie obowiązku zasięgnięcia opinii, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy o radcach prawnych przy typowaniu radcy prawnego do rozwiązania z nim stosunku pracy za wypowiedzeniem, w sytuacjach gdy przyczyną rozwiązania stosunku pracy jest likwidacja jednego ze stanowisk pracy radcy prawnego.

prawnego wskazanego przez radę okręgowej rady radców prawnych przy dokonywaniu oceny pracy zawodowej radcy prawnego znajduje zdecydowane potwierdzenie w utrwalonym orzecznictwie Sądu Najwyższego, wskazującym na szczególny charakter normy zawartej w przepisie art. 16 ust. 1 urp w stosunku do art. 81 ust. 1 usc., regulującego dokonywanie oceny okresowej pracowników służby cywilnej⁷⁴.

Z jednej strony, art. 16 ust. 1 urp wyznacza zatem swoistą linię demarkacyjną uprawnień pracodawcy, związanych z oceną wykonywania zawodu radcy prawnego w jednostce organizacyjnej. Z drugiej zaś stanowi granicę ingerencji samorządu zawodowego radców prawnych w sferę uprawnień zastrzeżonych dla pracodawcy. Opinia, o której mowa w przywołanym przepisie, nie może bowiem obejmować jakichkolwiek innych – niż wynikające wprost ze świadczenia pomocy prawnej - aspektów realizacji obowiązków pracowniczych radcy w zakładzie pracy, w którym jest on zatrudniony, np. przestrzegania regulaminu pracy oraz wykonywania innych obowiązków o *stricte* pracowniczym charakterze, wynikających z postanowień kodeksu pracy.

Równie istotną gwarancję niezależności radcy prawnego stanowi norma z art. 19 ust. 1 urp, związana z ochroną stosunku pracy radcy zatrudnionego w jednostce organizacyjnej. Wskazany przepis stanowi bowiem, że rozwiązanie stosunku pracy za wypowiedzeniem z radcą prawnym przez jednostkę organizacyjną z powodu nienależytego wykonywania obowiązków radcy prawnego wynikających z przepisów tej ustawy może nastąpić po uprzednim zasięgnięciu opinii rady okręgowej izby radców prawnych. Opinia ta powinna być przesłana jednostce organizacyjnej w terminie 14 dni od dnia otrzymania od tej jednostki zawiadomienia o zamiarze rozwiązania stosunku pracy. Podkreślenia wymaga, iż art. 19 ust. 1 urp kształtuje dwojaki rodzaj gwarancji ochrony zatrudnienia radcy prawnego. Do gwarancji natury formalnej zaliczyć należy przede wszystkim spoczywający na pracodawcy obowiązek zawiadomienia rady okręgowej izby radców prawnych o zamiarze rozwiązania z radcą stosunku pracy, a następnie powstrzymania się od rozwiązania tego stosunku do czasu uzyskania stosownej opinii rady, nie dłużej jednak niż przez 14 dni od daty otrzymania przez organ samorządu wskazanego zawiadomienia. Uchybienie wskazanym warunkom ze strony

⁷⁴ Tak, np. w wyroku z 3 listopada 1997 r., sygn. akt I PKN 335/97; OSNP 1998/17/499, w wyroku z 14 grudnia 2010 r., sygn. akt. I PK 117/10; OSNP 2012/5-6/59 oraz w postanowieniu z 19 grudnia 2013 r., sygn. akt II PK 213/13;

pracodawcy skutkuje bezskutecznością wypowiedzenia stosunku pracy. Gwarancja materialna dotyczy natomiast treści opinii, o której mowa w art. 19 ust. urp. Zastosowanie trybu określonego w tym przepisie odnosi się bowiem do sytuacji, w której podstawę rozwiązania stosunku pracy za wypowiedzeniem stanowią ma nieprawidłowe wykonywanie przez radcę obowiązków wynikających z urp.⁷⁵ Pracodawca może wypowiedzieć radcy umowę o pracę z przyczyn merytorycznych wyłącznie w oparciu o kryteria określone w przepisach urp., przy czym stwierdzenie nieprawidłowości w wykonywaniu obowiązków zawodowych przez radcę nie może opierać się wyłącznie na jego subiektywnej ocenie, lecz podlega profesjonalnej weryfikacji ze strony właściwej miejscowo rady okręgowej izby radców prawnych.

W praktyce zatrudniania radców prawnych w administracji publicznej, pewne kontrowersje budzić może ewentualność stosowania normy z art. 16 ust. 1 lub art. 19 ust. 1 urp. w przypadkach, gdy przyczyną rozwiązania stosunku pracy jest likwidacja jednego ze stanowisk pracy radcy prawnego. Bezsprzecznie, w świetle normy ujętej w art. 30 § 4 kp. w oświadczeniu o wypowiedzeniu umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony z powodu likwidacji jednego z analogicznych stanowisk pracy pracodawca powinien wskazać przyczynę uzasadniającą to wypowiedzenie. Pogląd ten potwierdza również Sąd Najwyższy, m. in. w wyroku z 22 marca 2016 r. wskazując, że z punktu widzenia pracownika istotne jest to, aby z oświadczenia pracodawcy wynikało w sposób niebudzący wątpliwości co jest istotą zarzutu stawianego pracownikowi, przesądzającego o rozwiązaniu z nim stosunku pracy⁷⁶. Jak trafnie podnosi się w przywołanej już opinii prawnej OBSiL z 20 kwietnia 2017 r., w przypadku rozwiązania umowy o pracę z pracownikiem wybranym przez pracodawcę spośród większej liczby osób zatrudnionych na takim samym stanowisku pracy uzasadnienie wypowiedzenia umowy o pracę nie może opierać się wyłącznie na potrzebie dokonania zmian organizacyjnych czy redukcji etatów, ale również na przyjętych przez pracodawcę kryteriach doboru do zwolnienia, związanych z sytuacją konkretnego pracownika⁷⁷.

Na gruncie obowiązujących przepisów prawa pracy kryteria doboru pracowników do zwolnienia nie zostały poddane jednolitej i precyzyjnej regulacji. Powyższa konstatacja

⁷⁵ Sąd Najwyższy w wyroku z 26 marca 1998 r., sygn. akt I PKN 3/ 98; OSNP 1999/6/200.

⁷⁶ Sygn. akt I PK 100/15; LEX nr 2019497.

⁷⁷ Opina z 20 kwietnia 2017 r. w sprawie obowiązku zasięgnięcia opinii, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy o radcach prawnych przy typowaniu radcy prawnego do rozwiązania z nim stosunku pracy za wypowiedzeniem, w sytuacjach gdy przyczyną rozwiązania stosunku pracy jest likwidacja jednego ze stanowisk pracy radcy prawnego.

upoważnia do stwierdzenia, że w przypadku, w którym przynajmniej jedną z przesłanek rozwiązania umowy z konkretnym radcą prawnym stanowić miałyby ocena dotychczasowego wykonywania przezeń zawodu, pracodawca powinien zasięgnąć w tej kwestii rady okręgowej izby radców prawnych. Wypowiedzenie umowy o pracę radcy prawnemu, wytypowanemu przez pracodawcę do zwolnienia w związku z likwidacją jednego ze stanowisk o tym charakterze w oparciu o kryterium merytoryczne, ale bez wskazanej opinii, stanowiłoby bowiem obejście normy art. 19 ust. 1 urp. *A contrario*, wypowiedzenie umowy o pracę radcy prawnemu w powyższych okolicznościach, ale w oparciu o przesłanki nie mające związku ze świadczeniem pomocy prawnej przez radcę prawnego, wyłącza możliwość stosowania art. 19 ust. 1 urp.

3. Dodatkowe zatrudnienie radcy prawnego świadczącego pomoc prawną w administracji publicznej w ramach stosunku pracy (stosunku służbowego)

Zgodnie z art. 17 urp. radca prawny wykonujący zawód w ramach stosunku pracy może być zatrudniony jednocześnie w więcej niż jednej jednostce organizacyjnej i w wymiarze przekraczającym jeden etat. Wskazana wyżej norma dopuszcza zatem wieloetatowość zatrudnienia radców prawnych, niezależnie od tego, czy świadczą oni pomoc prawną w strukturach korpusu służby cywilnej, czy też na rzecz innych organów państwowych, w tym organów administracji publicznej. Konstrukcja ta znajduje również potwierdzenie w przywołanym już w przedmiotowym Raporcie art. 8 ust. 1 urp, dopuszczającym koniunktywnie wykonywanie zawodu radcy prawnego w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce. Zakazu wieloetatowości nie przewiduje również kodeks pracy.

Pomimo jednoznacznego brzmienia przywołanych wyżej przepisów, praktyka korzystania z uprawnień, określonych w art. 17 urp, przez radców prawnych zatrudnionych w administracji publicznej na podstawie umowy o pracę, stale napotyka na poważne problemy. Wynikają one zasadniczo z kolizji norm przywołanego przepisu oraz odpowiednich norm tzw. pragmatyk urzędniczych, w tym zwłaszcza, upop, ups. jak również uoP i innych tzw. pragmatyk służbowych⁷⁸. Zgodnie z art. 80 ust. 1 usc. członek

⁷⁸ Ustawa o Policji jest niejako ustawą „modelową” dla pozostałych pragmatyk służbowych i wobec dużej ich liczby, by nie zakłócać jasności wyводу, Autorzy postanowili ograniczyć się do przywoływania odpowiednich przepisów tej pragmatyki.

korpusu służby cywilnej nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia bez pisemnej zgody dyrektora generalnego urzędu ani wykonywać czynności lub zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważających zaufanie do służby cywilnej. W podobny sposób kwestię dodatkowego zatrudnienia kształtuje art. 19 ust. 1 upup., zgodnie z którym urzędnik państwowy nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia bez uzyskania uprzedniej zgody kierownika urzędu, w którym jest zatrudniony. Mniej restrykcyjnie odnosi się do tego problemu art. 30 ust. 1 ups., stanowiąc jedynie, że pracownik samorządowy zatrudniony na stanowisku urzędniczym, w tym kierowniczym stanowisku urzędniczym, nie może wykonywać zajęć pozostających w sprzeczności lub związanych z zajęciami, które wykonuje w ramach obowiązków służbowych, wywołujących uzasadnione podejrzenie o stronniczość lub interesowność oraz zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy. Jednocześnie, art. 31 ust. 1 i 2 ups. stanowi, że pracownik samorządowy zatrudniony na stanowisku urzędniczym, w tym kierowniczym stanowisku urzędniczym, jest obowiązany złożyć oświadczenie o prowadzeniu działalności gospodarczej, określając przy tym jej charakter. Wreszcie w uoP, analogiczną regulację zawiera art. 62 ust. 1, stanowiąc, że policjant nie może podejmować zajęcia zarobkowego poza służbą bez pisemnej zgody przełożonego ani wykonywać czynności lub zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy lub podważającymi zaufanie do Policji.

Kolizja treści art. 17 urp. z przywołanymi przepisami ustaw determinuje liczne przypadki konfliktów na linii radca prawny – kierownik jednostki organizacyjnej. Ich kanwą stanowi bądź odmowa wyrażenia zgody na dodatkowe zatrudnienie radcy poza jednostką, bądź żądanie od pracownika zatrudnionego na stanowisku radcy prawnego aby zaniechał dotychczasowej aktywności zawodowej poza daną jednostką, tudzież - ilekroć podejmie zamiar dodatkowego zatrudnienia – żądanie, by każdorazowo o taką zgodę występował. Również w tym zakresie Krajowa Rada Radców Prawnych podejmowała interwencje w jednostkach organizacyjnych, zatrudniających radców prawnych, czego dowodzi przede wszystkim bogata korespondencja prowadzona m. in. z Szefem Służby Cywilnej⁷⁹ oraz z Dyrektorem Gabinetu Komendanta Głównego Policji⁸⁰. Wskazywano w nich na szczególny charakter przepisu art. 17 urp., kształtującego uprawnienie radcy prawnego do podejmowania zatrudnienia bez konieczności uzyskania

⁷⁹ Pisma przywołane w odsyłaczu 70.

⁸⁰ Pismo wiceprezesa Krajowej Rady Radców Prawnych A. Berezy z 3 marca 2014 r.

na to dodatkowe zatrudnienie zgody pracodawców „instytucjonalnych”, na rzecz których świadczy on pomoc prawną w pełnym wymiarze czasu pracy. Zwracano przy tym uwagę na prawną niedopuszczalność nakładania na radców prawnych obowiązków i ograniczeń w obszarze objętym ich podmiotowym prawem do wykonywania zawodu w formach wskazanych w art. 8 ust. 1 urp., w tym zatrudnienia w wymiarze przekraczającym jeden etat bez konieczności uzyskania zgody pracodawcy⁸¹. Kwestia dopuszczalności i warunków podejmowania dodatkowych zajęć zarobkowych przez radców prawnych zatrudnionych w wyżej wymienionych jednostkach organizacyjnych była także przedmiotem opinii prawnych, przygotowywanych przez OBSiL⁸².

Interpretacja wskazanych przepisów ustaw, w szczególności art. 17 urp. i stosownych regulacji zawartych w usc, ustawie o Policji czy też upup. w oparciu o wykładnię językową jednoznacznie potwierdza, iż pozostają one w kolizji treściowej. Pogląd odmienny, przyjęty, np. przez Szefa Służby Cywilnej w korespondencji skierowanej do wiceprezesa Krajowej Rady Radców Prawnych w piśmie z dnia 10 czerwca 2015 r.⁸³, możliwy jest do przyjęcia jedynie w odniesieniu do kwestii ich formalnej równorzędności, natomiast – uwzględniając reguły wykładni celowościowej i systemowej – nie może on prowadzić do wniosku, iż przepisy te mogą być stosowane jednocześnie, a co za tym idzie stanowić podstawę ograniczenia możliwości zatrudnienia radców prawnych – w tym przypadku członków korpusu służby cywilnej - poza urzędem. Akceptacja tak wyrażonego stanowiska oznaczałaby bowiem, iż w stosunku do radców prawnych zatrudnionych w ramach stosunku pracy w organach i urzędach administracji publicznej stosuje się zasadę jednoetatowości. W konsekwencji, prowadziło by to zarówno do naruszenia normy art. 17 urp, jak również wolności wykonywania zawodu, określonej w art. 17 ust. 2 Konstytucji, a tym samym także zasady demokratycznego państwa prawnego. Problem ten wymaga zatem rozstrzygnięcia w oparciu o regułę kolizyjną *lex specialis derogat legi generali*. Nie budzi bowiem wątpliwości fakt, że urp. w sposób kompleksowy reguluje wszystkie determinanty statusu zawodowego radcy prawnego, w tym również kwestie dopuszczalności dodatkowego zatrudnienia. Regulacje te mają charakter szczególny względem ogólnych zasad i reguł zatrudnienia zarówno w korpusie służby cywilnej,

⁸¹ Zob. pismo wiceprezesa Krajowej Rady Radców Prawnych A. Berezy z 10 kwietnia 2015 r., L. Dz. 8027/OBSiL/2015, s. 5 – 6.

⁸² Np. opinia z 30 listopada 2017 r. dotycząca radców prawnych będących członkami korpusu służby cywilnej.

⁸³ Pismo Szefa Służby Cywilnej Claudii Torres-Bartyzel z 10 czerwca 2015 r., DSC.17-90[5]/15MD.MSz.

jak również innych strukturach organizacyjnych administracji publicznej. Tym samym, w przypadku kolizji norm, regulacje ujęte w urp. wyłączają możliwość stosowania przepisów wskazanych powyżej, formalnie równorzędnych aktów prawnych.

Koncentrując się z kolei na kwestii dopuszczalności prowadzenia działalności gospodarczej przez radców prawnych zatrudnionych w strukturach administracji publicznej w oparciu o reguły wykładni systemowej, należy zwrócić uwagę na dwojaki charakter wolności działalności gospodarczej. Po pierwsze, jest ona konstytucyjną zasadą ustrojową, stanowiącą jeden z fundamentów społecznej gospodarki rynkowej, na której - zgodnie z art. 20 Konstytucji - opiera się ustrój gospodarczy Rzeczypospolitej Polskiej. Po drugie, jest również prawem podmiotowym jednostki, a wszelkie jej ograniczenia dopuszczalne są tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji). Ustawodawca nie ma jednak pełnej swobody w kwestii decydowania o sposobie i zakresie owych ograniczeń. Odwołując się do utrwalonego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego wskazać należy, że ustawodawca nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zaburzających proporcje pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie⁸⁴. Z kolei w procesie stosowania prawa, z zasady wolności działalności gospodarczej wynika powinność rozstrzygania problemów kolizyjnych pomiędzy normami ustawowymi oraz dokonywania wykładni ich przepisów na rzecz tej zasady, zgodnie z formułą *in dubio pro libertate*⁸⁵.

Jednoznacznemu rozstrzygnięciu problemu relacji pomiędzy art. 17 urp. a wskazanymi przepisami ustaw służy również odwołanie się do art. 31 ust. 3 Konstytucji i wyrażonej w nim zasady proporcjonalności, zgodnie z którą ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane 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. Jak już zostało uprzednio podniesione, istota prawa radcy prawnego do wykonywania zawodu wyrażona jest w przepisach urp. Jej art. 4 stanowi, że wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej.

⁸⁴ Wyrok z 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03; OTK-A 2004/4/31.

⁸⁵ Wyrok z 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02; OTK-A 2003/1/4.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 świadczenie to obejmuje szereg zachowań, które nie wykluczają się wzajemnie, tj. udzielanie porad i konsultacji prawnych, sporządzanie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz występowanie przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub obrońcy. Bynajmniej nie oznacza to, że w okresie, w którym, np. sporządza opinię prawną dla osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej, radca prawny traci możliwość świadczenia pomocy prawnej na rzecz innych podmiotów, o ile nie będzie to prowadzić do konfliktu interesów. Jest to tym bardziej oczywiste, że urp. obliguje radcę do udzielania pomocy prawnej, której może on odmówić wyłącznie z ważnych powodów (art. 22 ust. 1). W odniesieniu do radców prawnych, zatrudnionych w urzędach państwowych, wyłączenie możliwości świadczenia obsługi prawnej w jej różnorodnych formach poza urzędem stanowiłoby jednocześnie naruszenie fundamentalnej, z punktu widzenia etosu zawodowego radcy prawnego, zasady niezależności i wolności od wpływów, o której stanowi art. 2 ust. 1 Kodeksu Etyki Prawników Europejskich, przyjętego 28 października 1988 r. w Brukseli przez Radę Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE).

Tak rozumiana specyfika prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego znalazła również odzwierciedlenie w treści pisma Departamentu Służby Cywilnej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z 2 grudnia 2009 r., w którym wskazano, że przepisy art. 80 usc. nie uniemożliwiają radcom prawnym – członkom korpusu służby cywilnej kontynuowania lub podjęcia dodatkowego zatrudnienia, o ile zatrudnienie to nie koliduje z zadaniem korpusu służby cywilnej, jakim jest zapewnienie zawodowego, rzetelnego, bezstronnego i neutralnego politycznie wykonywania zadań państwa. Dopuszczenie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w formie kancelarii przez radców prawnych – członków korpusu służby cywilnej, jak również możliwość podejmowania przez nich jednocześnie innego zatrudnienia nie koliduje z wartościami, w oparciu o które funkcjonuje służba cywilna. Nie implikuje również zagrożeń dla szeroko pojmowanego interesu publicznego, w tym związanych z potencjalnym konfliktem interesów pomiędzy obsługą urzędu, a działalnością radcy w ramach prowadzonej przez niego kancelarii czy też u innego pracodawcy. Obowiązujące regulacje prawne zawierają bowiem wystarczające gwarancje - zarówno formalne, jak i materialne - które powstawaniu takich konfliktów skutecznie zapobiegają. Zgodnie z art. 15 urp radca prawny obowiązany jest wyłączyć się od wykonania czynności zawodowych we własnej sprawie lub jeżeli przeciwnikiem jednostki organizacyjnej udzielającej mu pełnomocnictwa jest inna

zatrudniająca go jednostka organizacyjna albo jeżeli sprawa dotyczy osoby, z którą pozostaje on w takim stosunku, że może to oddziaływać na wynik sprawy. Dodatkową gwarancję w tym względzie stanowi przepis art. 8 KERP, zgodnie z którym świadczą pomoc prawną, radca prawny obowiązany jest postępować lojalnie, kierując się dobrem klienta w celu ochrony jego praw. Formuła ta jednoznacznie nakazuje zatem radcy prawnemu unikania konfliktu interesów w realizacji prawa do wykonywania zawodu, co znajduje szczególne rozwinięcie w art. 25 – 30 Kodeksu. Równie istotnym instrumentem o charakterze gwarancyjnym jest ujęta zarówno w urp (art. 3 ust. 3 – 5), jak i w KERP (art. 15 – 24) zasada zachowania nieograniczonej w czasie tajemnicy zawodowej, co do wszelkich informacji, które pozyskał radca prawny w związku z udzielaniem pomocy prawnej.

Powyższe rozważania prowadzą zatem do wniosku, że przepisy ustaw regulujących zatrudnienie w korpusie służby cywilnej oraz w pozostałych jednostkach organizacyjnych administracji publicznej zatrudniających radców prawnych, ograniczające możliwość dodatkowego zatrudnienia pracowników nie stanowią przeszkody prawnej dla podejmowania dodatkowego zatrudnienia na podstawie umowy cywilnoprawnej przez radców prawnych. Wiązanie etatowego zatrudnienia radcy prawnego w urzędzie państwowym z zakazem prowadzenia działalności gospodarczej w formie kancelarii czy też z zakazem podejmowania dodatkowego zatrudnienia stanowiłoby naruszenie zasady wolności działalności gospodarczej wyrażonej w art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Podjęcie takiego zatrudnienia nie wymaga zgody dyrektora generalnego urzędu, zatrudniającego radcę prawnego na podstawie umowy o pracę jak również poinformowania dyrektora o podjęciu takiego zatrudnienia. Uzależnienie możliwości prowadzenia kancelarii przez radcę prawnego – członka korpusu służby cywilnej od zgody dyrektora urzędu oznaczałoby ograniczenie niezależności wykonywania zawodu radcy prawnego, wyrażonej w art. 17 ust. 2 Konstytucji, w art. 2 ust. 1 Kodeksu Etyki Prawników Europejskich, przyjętego przez CCBE, a gwarantowanej zarówno przepisami u. r. p., jak i KERP.

4. Czas pracy radców prawnych wykonujących zawód stosunku pracy

4.1. Uwagi wprowadzające

Zagadnienie czasu pracy radców prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy oraz w ramach stosunków służbowych wywołuje kontrowersje w praktyce. Źródłem wątpliwości w tym zakresie jest art. 18 urp. i relacja tego przepisu do przepisów określających czas pracy radców prawnych - pracowników oraz radców prawnych – funkcjonariuszy. Do kwestii dotyczących regulacji czasu pracy radcy prawnego na gruncie art. 18 urp. oraz zasad wprowadzania i zmiany szczegółowego rozkładu czasu pracy odniósł się OBSiL w stanowisku z 8 marca 2017 r. (dalej: stanowisko OBSiL sprawie czasu pracy) Stwierdzono w nim, że wskazany przepis wyznacza minimalne ramy świadczenia pomocy prawnej w lokalu jednostki organizacyjnej, co ma zabezpieczać przede wszystkim interes pracodawcy. Równocześnie zauważono, że przepisy urp. nie mogą stanowić podstawy do wystąpienia pracownika – radcy prawnego z wiążącym pracodawcę żądaniem ustalenia jego czasu pracy w lokalu pracodawcy w wymiarze 2/5 umówionego w umowie czasu pracy. Uznano, że to specyfika pracy na stanowisku radcy prawnego u danego pracodawcy, determinowana rodzajem prowadzonej przez niego działalności oraz ilością spraw wymagających świadczenia pomocy prawnej poza lokalem pracodawcy, a zwłaszcza określenie tego, które z czynności z zakresu pomocy prawnej są przeważające (sporządzanie opinii, konsultacje czy zastępstwo procesowe), wpływa bezpośrednio na ustalenia dotyczące minimalnego czasu radcy prawnego w lokalu jednostki organizacyjnej pracodawcy oraz proporcji czasu pracy w lokalu jednostki w stosunku do ogólnego czasu pracy wynikającego z umowy o pracę.

W stanowisku OBSiL sprawie czasu pracy podjęto również kwestię trybu, w jakim wprowadza się i zmienia szczegółowy rozkład czasu pracy radców prawnych. Podniesiono, że w braku jednoznacznej regulacji ustawowej w tym zakresie, kluczowe znaczenie ma wytworzona praktyka. Uznano zatem, że czas pracy radcy prawnego w lokalu pracodawcy określany jest w umowie o pracę albo innych aktach regulujących rozkład czasu u danego pracodawcy (regulaminach, zarządzeniach itd.). Przyjęto, że gdy przedmiotowa kwestia określona jest postanowieniami regulaminów czy zarządzeń, to umowa określa jedynie wymiar czasu pracy. Powołując się na pogląd przedstawiony w literaturze prawa pracy uznano, że strony nie muszą ustalać rozkładu pracy w umowie o pracę, ponieważ należy to do uprawnień kierowniczych pracodawcy. Jeśli jednak tak się

stanie, to postanowienie umowne wyłącza uprawnienie pracodawcy do zmiany rozkładu czasu pracy pracownika.

Podobne problemy prawne, powstałe na tle czasu służby radców prawnych - funkcjonariuszy⁸⁶ zostały podjęte w opinii OBSiL z 30 marca 2018 r. w sprawie normatywnych podstaw regulacji czasu pracy radców prawnych pełniących służbę na podstawie administracyjnoprawnego stosunku służbowego (dalej: opinia OBSiL w sprawie czasu służby). W opinii tej stwierdzono, że wobec braku jakiegokolwiek regulacji odrębnej odnoszącej się do rozkładu czasu służby radców prawnych, zatrudnionych na podstawie administracyjnoprawnego stosunku służbowego w formacjach mundurowych, podstawę jego ustalenia stanowi art. 18 urp. W opinii podniesiono równocześnie, że w świetle art. 18 w związku z art. 75 urp możliwe jest ustalenie czasu służby radcy prawnego – funkcjonariusza w jednostce organizacyjnej w wymiarze mniejszym niż 40 godzin tygodniowo. Niejako w opozycji do przywołanego wyżej stanowiska OBSiL w sprawie czasu pracy podkreślono, że art. 18 ust. 2 urp. pełni szczególną funkcję gwarancyjną i ochronną, nie tylko wobec pracodawcy ale i wobec zatrudnionego radcy prawnego. Interpretując wskazany przepis zgodnie z dyrektywą racjonalnego ustawodawcy, należy bowiem, przyjąć, że ustawodawca niejako z góry założył, że czas pracy radcy prawnego w jednostce organizacyjnej regulowany będzie w sposób szczególny, zatem w wymiarze krótszym niż 40 godzin tygodniowo. Nie istnieją bowiem, jak stwierdzono w opinii OBSiL w sprawie czasu służby, inne względy przemawiające za umieszczeniem w urp. formuły z art. 18.

Dylematy dotyczące stosowania przepisów o czasie pracy i czasie służby radców prawnych zatrudnionych odpowiednio w ramach stosunków pracy i stosunków służbowych są konsekwencją fundamentalnego problemu związanego ze statusem radców świadczących pomoc prawną w tych stosunkach prawnych. Po raz kolejny chodzi tu o relację urp. do pragmatyk pracowniczych i pragmatyk służbowych. Równocześnie nie można tracić z pola widzenia niezwykle ważnej kwestii, która nie została dostatecznie wyartykułowana w stanowisku OBSiL w sprawie czasu pracy, a mianowicie znaczenia przepisów kp. dla rozstrzygnięcia dylematów powstających na tle czasu pracy radców prawnych. Podkreślić również należy, że docenienie znaczenia roli przepisów kp. w omawianym zakresie pozwala na uporządkowanie wyводу nie tylko dzięki

⁸⁶ Pod tym pojęciem należy rozumieć radców prawnych wykonujących zawód w ramach regulowanych prawem administracyjnym stosunkach służbowych.

możliwości, ale wręcz konieczności zastosowania do czasu pracy radców prawnych – pracowników siatki pojęć określonej przepisami kp., obrosłej poglądami doktryny i orzecznictwem. Równocześnie należy mieć na uwadze to, że status pracowniczy radców prawnych może być wyznaczony : 1) przepisami urp. i kp. 2) przepisami urp. oraz przepisami właściwej pragmatyki pracowniczej (np. upup., ups. czy usc.) traktowanych jako przepisy szczególne w rozumieniu art. 5 kp.

Dopiero przyjęcie tej perspektywy, koniecznej dla właściwej interpretacji przepisów określających czas pracy radców prawnych, pozwala na rozstrzygnięcie stwierdzonych w tym zakresie dylematów praktyki. Przed przejściem do rozważań szczegółowych należy zatem uporządkować kwestie terminologiczne, gdyż brak precyzji w tym zakresie negatywnie odbiłby się na treści Raportu.

4.2 Wymiar czasu pracy

Jak zauważa się w literaturze przedmiotu „wymiar czasu pracy” ma w prawie pracy co najmniej dwa znaczenia. Po pierwsze, oznacza „rozmiar zatrudnienia” – na „cały etat”, to jest w pełnym zakresie czasu pracy przewidzianym w przepisach prawnych dla pracy danego rodzaju i w danych warunkach, albo „na część etatu”, to jest w niepełnym wymiarze „ustawowego” czasu pracy obniżonym wobec tego, co stanowi „pełny etat”⁸⁷. W tym znaczeniu, wymiar czasu pracy występuje m.in. w art. 29 § 1 pkt 4 kp czy w art. 29² kp. Inne znaczenie ma „wymiar czasu pracy” w świetle art. 130 i 138 kp, gdzie oznacza liczbę godzin jakie pracownik powinien faktycznie przepracować w okresie rozliczeniowym.

Wymiar czasu pracy postrzegany jest przez doktrynę prawa pracy jako *naturalia negotii* umowy o pracę, a zatem należy do tych postanowień umownych, które wyłączają zastosowanie w określonych w nich kwestiach dyspozytywnych lub semiimperatywnych norm prawa pracy – jeśli nie są mniej korzystne od nich dla pracownika⁸⁸.

Wymiar czasu pracy radców prawnych zatrudnionych w ramach stosunku pracy określa, zgodnie z art. 29 § 1 pkt 4 kp., umowa o pracę. Określenie „wymiar czasu pracy” następuje przez odniesienie wymiaru zatrudnienia w konkretnym wypadku – konkretnego zatrudnionego pracownika - do „pełnego” etatu, który wyznaczają przepisy

⁸⁷ Zob. E. Szemplińska (w:) *Kodeks pracy. Komentarz*, red. T. Zieliński, Warszawa 2000, s. 651-62.

⁸⁸ T. Liszcz, w: G. Goździewicz (red.), *System prawa pracy. Tom II Indywidualne prawo pracy. Część ogólna*; Warszawa 2017; s. 262 i nast.

prawa dla pracy danego rodzaju i w danych warunkach. Najczęściej, punktem odniesienia jest praca w wymiarze 40 godzin tygodniowo (przeciętnie). Dla radców prawnych, nieobjętych pragmatykami pracowniczymi⁸⁹ oraz radców prawnych pracowników samorządowych, przepisem wyznaczającym „pełny” etat radcy prawnego będzie art. 129 § 1 Kodeksu pracy. Z kolei dla radców prawnych – urzędników państwowych punktem odniesienia dla ustalenia pełnego czasu pracy jest art. 29 ust. 1 upup., a dla radców prawnych – członków korpusu służby cywilnej art. 97 ust. 1 usc.

W konsekwencji powyższych wywodów należy zatem uznać, że umowa o pracę z radcą prawnym powinna określać, czy w konkretnym przypadku radca będzie zatrudniony w pełnym czy niepełnym wymiarze pracy (na cały bądź część etatu). Postanowienie to, będzie wyznacznikiem określenia minimalnego czasu, jaki radca prawny będzie wykonywał pracę (pozostawał do dyspozycji pracodawcy) w lokalu pracodawcy.

4.3. Czas pracy

Z wymiarem czasu pracy nie można mylić czasu pracy, którego definicję podaje art. 128 § 1 kp. - jest nim czas, w którym pracownik pozostaje w dyspozycji pracodawcy w zakładzie pracy lub w innym miejscu wyznaczonym do wykonywania pracy. Konfrontując ten przepis z art. 18 urp należy stwierdzić, że art. 18 ust. 1 urp nawiązuje do znaczenia pojęcia „czas pracy” w znaczeniu kodeksowym, implikując oczywisty wniosek, że radca prawny świadcząc na rzecz pracodawcy pomoc prawną w postaci załatwiania spraw poza lokalem pracodawcy, w szczególności w sądach i w innych organach, pozostaje w dyspozycji pracodawcy. Podkreślić przy tym należy, że jest to czas „niezbędny” do załatwienia tych spraw, a zatem czas obejmujący również czas potrzebny na dotarcie do sądu czy siedziby organu administracji, gwarantujący punktualne stawienie się w miejscu świadczenia pomocy prawnej. Równocześnie urp nakazuje wliczać do czasu pracy radcy czas przygotowania się do wykonywania czynności polegających na reprezentacji pracodawcy przed sądami czy organami administracji.

4.4. Rozkład czasu pracy

Kolejnym zagadnieniem, poruszonym w stanowisku OBSiL w sprawie czasu pracy, są kwestie dotyczące rozkładów czasu pracy. Pojęcie to pojawia się zarówno w przepisach

⁸⁹ Ze względu na brak przepisów regulujących czas pracy radcy w sposób odmienny od przepisów kp.

kp. (np. art. 150 § 1) oraz w przepisach pragmatyk pracowniczych (np. art. 42 ups, art. 97 ust. 2 usc, art. 29 ust. 1a i art. 30 ust. 1 upup.), ale brak jest przepisów, które by je w sposób jednoznaczny definiowały. Jednak w kontekście ogółu przepisów, a zwłaszcza z art. 140¹ kp można uznać, że rozkład czasu pracy to ustalony przez pracodawcę harmonogram dni, w których pracownicy są zobowiązani do świadczenia pracy wraz z ustalonymi godzinami rozpoczęcia i zakończenia dniówki roboczej. Zgodnie z art. 150 § 1 kp. rozkład czas ustala się: 1) w układzie zbiorowym pracy, 2) w regulaminie pracy, 3) w obwieszczeniu pracodawcy, jeżeli pracodawca nie jest objęty układem zbiorowym pracy lub nie jest obowiązany do ustalenia regulaminu pracy. Zatem wbrew przedstawionemu w stanowisku OBSiL pogładowi, istnieją regulacje ustawowe określające tryb wprowadzania i zmiany szczegółowego rozkładu pracy. Są nimi przepisy kp. określające tryb ustanawiania i zmiany układów zbiorowych pracy (przepisy działu jedenastego kp), regulaminów pracy (art. 104² - art. 104³ kp) oraz obwieszczenia pracodawcy (art. 150 § 1 kp).

W sposób szczególnie kwestia rozkładu czasu pracy została uregulowana wobec pracowników urzędów państwowych i członków korpusu służby cywilnej – w tym radców prawnych, mających taki status. Zgodnie z art. 97 ust. 3 usc. rozkład czasu pracy w tygodniu oraz jego wymiar w poszczególnych dniach tygodnia ustala dyrektor generalny urzędu według zasad określonych w drodze rozporządzenia przez Prezesa Rady Ministrów⁹⁰. Natomiast rozkład czasu pracy w tygodniu oraz jego wymiar w poszczególnych dniach tygodnia wobec radców prawnych – urzędników państwowych, jak stanowi art. 30 st. 1 upup. ustala kierownik urzędu zgodnie z zasadami określonymi, w drodze rozporządzenia, przez Prezesa Rady Ministrów⁹¹.

Nie można wykluczyć możliwości ustalenia rozkładu czasu radcy prawnego, tak jak każdego pracownika, w umowie. Jeśli strony stosunku pracy podniosą kwestię szczegółowego rozkładu czasu pracy do rangi „nazwanego” elementu składającego się na *naturalia negotii* umowy o pracę, to ich zmiana, jak słusznie zauważono w stanowisku OBSiL w sprawie czasu pracy, wymagać będzie wypowiedzenia zmieniającego lub porozumienia stron. Pogląd ten znajduje również oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 21 marca 2014 r. uznał on że organizacja czasu pracy nie

⁹⁰ Zob. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 kwietnia 2007 r. w sprawie czasu pracy pracowników urzędów administracji rządowej (Dz. U. Nr 76, poz. 505 ze zm.).

⁹¹ j. w.

należy do istotnych elementów stosunku pracy, które muszą (powinny) zostać ustalone w umowie o pracę. Przepis art. 29 § 1 kp zobowiązuje jedynie do ustalenia w umowie wymiaru czasu pracy. Nie ma jednak przeszkód, aby w umowie o pracę ustalić organizację pracy (system lub rozkład czasu pracy). Postanowienie takie może mieć charakter elementu stosunku pracy, a w konsekwencji jego zmiana będzie wymagała porozumienia stron lub wypowiedzenia zmieniającego. Wypowiedzeniu zmieniającemu podlegają warunki pracy lub płacy wynikające z umowy o pracę (art. 42 § 1 kp⁹²).

Zaprezentowany pogląd Sądu najwyższego odnosi się również do indywidualnego rozkładu czasu pracy ustalonego na podstawie art. 142 kp, zgodnie z którym na pisemny wniosek pracownika pracodawca może ustalić indywidualny rozkład jego czasu pracy w ramach systemu czasu pracy, którym pracownik jest objęty.

4.5. Czas pracy radców prawnych a miejsce świadczenia pracy

Jak wspomniano w pierwszej części Raportu, jednym z obszarów podporządkowania pracownika pracodawcy jest miejsce wykonywania pracy. Przepisem w sposób szczególnie wyraźny wskazującym ten wymiar podporządkowania radcy prawnego, wykonującego zawód w stosunku pracy jest art. 18 ust. 2 urp, zgodnie z którym czas pracy radcy prawnego w lokalu jednostki organizacyjnej nie może być krótszy niż dwie piąte czasu pracy ustalonego w umowie zawartej z radcą prawnym.

Na potrzeby prawidłowej wykładni normy zawartej w przywołanym przepisie należy stwierdzić, że występujące w nim pojęcie „czasu pracy” zostało użyte w dwojakim znaczeniu. Gdy w przepisie jest mowa o „czasie pracy ustalonym w umowie” to chodzi w istocie o wymiar czasu pracy, będącym jednym z warunków pracy, o których mowa w art. 29 § 1 kp. Z kolei gdy jest mowa o „ilości” czasu poświęconego na świadczenie pomocy prawnej przez radcę w lokalu pracodawcy, to mamy do czynienia z czasem pracy w ujęciu art. 128 § 1 kp.⁹³

Wątpliwości powstające w praktyce stosowania art. 18 ust. 2 urp. jawią się w tym kontekście jako w pełni uzasadnione. Samo ustalenie adresata normy zawartej

⁹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2014 r., II PK 174/13; LEX nr 1455230. Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2009 r., I BP 6/09; OSNP 2011/5-6/72.

⁹³ Stwierdzona niespójność terminologiczna pomiędzy przepisami urp. a przepisami kp. jest konsekwencją tego, że „wymiar czasu pracy” został wprowadzony do kp jako konsekwencja wejścia w życie ustawy z 14 listopada 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 213 poz. 2081), mocą której m.in. doprecyzowano treść umowy o pracę.

w przywołanym przepisie nie jest tak oczywiste, jakby się wydawało. *Prima facie*, zarówno w świetle art. 18, jak i art. 1 ust. 1 urp., wydaje się że adresatem tym jest przede wszystkim radca prawny wykonujący zawód w ramach stosunku pracy⁹⁴. Jednak bliższa analiza art. 18 ust. 2 urp prowadzi do wniosku, że norma ta adresowana jest przede wszystkim do pracodawcy, który tak powinien ustalać rozkład czasu pracy radcy prawnego, by ten przez dwie piąte obowiązującego go czasu pracy pozostawał w dyspozycji pracodawcy w lokalu jednostki organizacyjnej.

Najbardziej jaskrawy dowód nieadekwatności normy zawartej w art. 18 ust. 2 urp stanowi sytuacja, w której w danym tygodniu obowiązki radcy prawnego, zatrudnionego na cały etat, są tego rodzaju, że ze względu na konieczność reprezentowania pracodawcy zmuszony jest on stawać przed sądami czy organami administracji przez pięć dni w tygodniu. Wówczas, nagromadzenie obowiązków związanych ze świadczeniem na rzecz pracodawcy pomocy prawnej w charakterze pełnomocnika procesowego może faktycznie uniemożliwić jego obecność w siedzibie pracodawcy w wymiarze określonym w art. 18 ust. 2 urp. Taka „kumulacja”, obowiązków, realizowanych poza lokalem pracodawcy - jakkolwiek mało prawdopodobna - możliwa jest zwłaszcza w sytuacji, w której w danej jednostce zatrudniony jest tylko jeden radca prawny, stąd nie można jej *a priori* wykluczyć. Dopuszczenie takiej ewentualności każe postawić pytanie, czy radca prawny zatrudniony w pełnym wymiarze czasu pracy, który od poniedziałku do środy świadczył pomoc prawną poza lokalem pracodawcy może odmówić wykonania polecenia polegającego na wystąpieniu przed sądem w czwartek i piątek.

Zasadne jest również postawienie pytania o to, czy w umowie o pracę z radcą prawnym można określić wymiar świadczenia pomocy prawnej w lokalu pracodawcy w niższym wymiarze niż określony w art. 18 ust. 2 urp.

5. Czas służby radców prawnych wykonujących zawód w administracyjnoprawnych stosunkach służbowych

Przechodząc do kwestii czasu służby radców prawnych - funkcjonariuszy, czyli radców prawnych wykonujących zawód w ramach administracyjnoprawnych stosunków służbowych, na wstępie należy zauważyć, że w pragmatykach regulujących owe stosunki

⁹⁴ Należy pamiętać, że „jednostka organizacyjna” w ujęciu art. 18 ust. 2 ma znaczenie podmiotowe - jest synonimem pracodawcy

nie występuje pojęcie wymiaru czasu służby w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez art. 29 § 1 pkt. 4 kp, a jedynie czas służby⁹⁵. Rozróżnienie takie nie jest konieczne ze względu na to, że funkcjonariusze nie mogą być zatrudnieni na „część etatu”. – w niepełnym wymiarze.

Rozkład czasu służby funkcjonariuszy określają przepisy rozporządzenia wydawane przez właściwych ministrów na podstawie delegacji ustawowych zawartych w pragmatykach służbowych. Reprezentatywnym aktem wykonawczym jest Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 listopada 2006 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego⁹⁶. Rozporządzenie to posługuje się pojęciem rozkładu czasu pracy w ujęciu szerszym niż ma to miejsce w prawie pracy. Rozkład czasu pracy w służbach ma znaczenie zbliżone zarówno do systemu czasu pracy jak i rozkładu czasu pracy na gruncie prawa pracy. Radcowie prawni wykonujący zawód w CBA pełnią służbę w podstawowym rozkładzie czasu służby, czyli przez 8 godzin dziennie od poniedziałku do piątku, w godzinach od 8¹⁵ do 16¹⁵. Rozporządzenie przewiduje możliwość wprowadzenia przez kierownika jednostki organizacyjnej CBA, za zgodą Szefa CBA, innych godzin rozpoczęcia i zakończenia służby: 1) w podległej jednostce organizacyjnej CBA, 2) w niektórych komórkach organizacyjnych, 3) na niektórych stanowiskach służbowych - jeżeli jest to uzasadnione warunkami lokalowymi albo wymaga tego szczególny charakter wykonywanych zadań. Podobnie możliwość zmiany rozkładu czasu służby określono w § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 października 2001 r. w sprawie rozkładu czasu służby policjantów⁹⁷, gdzie właściwym do dokonania zmiany rozkładu czasu służby jest przełożony właściwy w sprawach osobowych.

⁹⁵ Wymiar czasu służby pojawia się natomiast w przepisach pragmatyk służbowych oraz w niektórych rozporządzeniach w znaczeniu analogicznym do tego, jaki ma wymiar czasu pracy.

⁹⁶ Dz. U. Nr 203, poz. 1496. Por. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 października 2003 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (t .j : Dz. U. z 2013 r., poz. 935); rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 kwietnia 2003 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 86, poz.793); Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 września 2018 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa; (Dz. U. z 2018, poz.1820); Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 września 2006 r., w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 174, poz. 1248); Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 września 2006 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 174, poz. 1249).

⁹⁷ Dz. U. Nr131, poz. 1471 ze zm.

Spośród aktów normatywnych regulujących czas służby radców prawnych – funkcjonariuszy wyróżnia się ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej [dalej : uSW]⁹⁸, w której czas służby unormowany został w rozdziale XIV. W dużym uogólnieniu można powiedzieć, że regulacja ta jest zbliżona do określenia czasu pracy w przepisach prawa pracy⁹⁹. Gdy idzie o model rozkładu służby to jest on zbliżony do tego, jaki występuje w przepisach rozporządzeń w sprawie czasu służby w formacjach mundurowych: można powiedzieć, że „scala” znane prawu pracy konstrukcje systemu czasu pracy i rozkładu czasu pracy. Podkreślić należy, że inaczej niż ma to miejsce w ABW, AW, CBA, SKW i SWW rodzaje rozkładu czasu służby w SW zostały określone przepisami o randze ustawy (art. 123 uSW)¹⁰⁰. Jak przewiduje jednak art. 126 uSW, w szczególnie uzasadnionych przypadkach kierownik jednostki organizacyjnej lub upoważniony przez niego kierownik komórki organizacyjnej może ustalić indywidualny rozkład czasu służby funkcjonariusza, na jego wniosek lub za jego zgodą, w wymiarze czasu służby przewidzianym dla jednozmianowego rozkładu czasu służby. *De lege lata* tego przewidziana art. 126 możliwość ustalenia indywidualnego rozkładu służby wykazuje, w świetle art. 18 urp, szczególną użyteczność wobec radców prawnych pełniących służbę w SW.

Problemy związane ze stosowaniem art. 18 ust. 2 urp uwidaczniają się w sposób szczególnie wyraźny w przypadku czasu pracy radców prawnych - funkcjonariuszy, a zatem pełniących służbę w formacjach mundurowych (np. ABW, AW, CBA, SOP, SW, SKW). Jest to przede wszystkim konsekwencją publicznoprawnego charakteru stosunku służbowego w formacjach mundurowych, którego podstawą jest mianowanie, a zatem decyzja administracyjna¹⁰¹. Zacząć należy od tego, że inaczej niż ma to miejsce w przypadku radców prawnych – pracowników, regulacje dotyczące radców prawnych - funkcjonariuszy nie przewidują możliwości podejmowania z przełożonym właściwym w sprawach związanych z określaniem rozkładu służby wiążących ustaleń co do rozkładu czasu służby w oparciu o postanowienie. Cechą charakterystyczną stosunku służbowego jest bowiem podległość służbowa funkcjonariuszy¹⁰², a środkiem jej realizowania jest rozkaz, będący znacznie silniejszym środkiem podporządkowania niż polecenie

⁹⁸ t. j. : Dz. U. z 2018 r. poz. 1542 ze zm.

⁹⁹ Podobieństwo polega m.in. na zdefiniowaniu czasu służby funkcjonariuszy – art. 120 ust. 1 uSW.

¹⁰⁰ Relatywnie szeroką regulację czasu służby zawiera ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 roku o Państwowej Straży Pożarnej; t. z 2018 r., poz. 1313.

¹⁰¹ Por. M. Wieczorek, *op. cit.*, 150 i nast.

¹⁰² *Ibidem*, s. 300 i nast.

pracodawcy w prawie pracy. Bezwzględnie obowiązujący charakter norm prawa administracyjnego wyklucza przy tym możliwość modyfikowania warunków zatrudnienia radców prawnych – funkcjonariuszy w tym określenia czasu służby pełnionej przez funkcjonariusza w lokalu służbodawcy.

Podobnie jak w służbach mundurowych uregulowano czas służby żołnierzy zawodowych¹⁰³. Podkreślić przy tym należy że zgodnie z § 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych czas służby żołnierzy zajmujących stanowiska służbowe uzależnione od posiadania kwalifikacji określonych w przepisach odrębnych ustaw może być ustalony z uwzględnieniem tych przepisów. W zakresie zastosowania tego przepisu mieszczą się bezdyskusyjnie radcy prawni – żołnierze. Spełniają bowiem określony w § 5 ust. 5 wymóg posiadania specjalistycznych kwalifikacji, a zasadniczym wyznacznikiem kształtowania ich czasu pracy jest norma art. 18 urp. Nie oznacza to jednak, że radcy prawnemu- żołnierzowi przysługuje prawo niezastosowania się do polecenia przełożonego zmieniającego dotychczasowe warunki czasu służby radcy prawnego¹⁰⁴. Jak powszechnie przyjmują sądy administracyjne wszelkie sprawy związane z ustaleniem zadań służbowych, ustaleniem czasu pełnienia służby, udzieleniem czasu wolnego, określeniem terminu wykorzystania czasu wolnego, pozostają w wyłącznej gestii przełożonego żołnierza zawodowego¹⁰⁵. Polecenia właściwego przełożonego, podejmowane na podstawie rozporządzenia w sprawie czasu służby nie są objęte dyspozycją art. 8 ust. 1 ustawy z 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, a zatem nie są objęte kontrolą sądu administracyjnego¹⁰⁶.

6. Wynagrodzenie radców prawnych w świetle z art. 22⁴ ustawy o radcach prawnych

6.1 Uwagi wprowadzające

¹⁰³ Zob. art. 60 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (t. j. : Dz. U. z 2018 r., poz. 173 ze zm.) oraz rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych (Dz. U. z 2008., poz. 122.ze zm.).

¹⁰⁴ Na przykład zobowiązując radcę do świadczenia pomocy prawnej w lokalu służbodawcy nie przez dwa a przez pięć dni w tygodniu.

¹⁰⁵ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2012 r. I OSK 655/12; LEX nr 1334596

¹⁰⁶ Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2012 r., LEX nr 1332344; Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2012 r., I OSK 401/12; LEX nr 133234.

Nie ulega wątpliwości, że art. 22⁴ urp (a dokładniej art. 22⁴ ust. 1 1 zd.2 i 3 oraz art. 22⁴ ust. 2 urp), jest przepisem szczególnym względem przepisów płacowych mających zastosowanie do radców prawnych – pracowników oraz radców prawnych funkcjonariuszy¹⁰⁷. Oznacza to, że mogą one stać się podstawą do wystąpienia przez pracowników z powództwem o wypłacenie wynagrodzenia obliczonego na zasadach wynikających z analizowanych przepisów. Dotyczy to zarówno „minimalnego” wynagrodzenia radcy prawnego¹⁰⁸ jak i ewentualnego¹⁰⁹ dodatku funkcyjnego.

Zacząć należy od tego, że przepis art. 22⁴ ust. zd. 1 urp należy określić jako *superfluum* ustawowe, jako że uzyskanie przez radcę prawnego statusu pracowniczego *ex lege* powoduje, że mają do niego zastosowanie odpowiednie regulacje płacowe prawa pracy. To, czy w konkretnym przypadku będą to postanowienia układu zbiorowego pracy, regulaminu wynagradzania czy rozporządzenia zależeć będzie od tego, w jaki sposób u konkretnego pracodawcy ukształtowane zostały warunki wynagradzania za pracę. W świetle art. 77¹ kp. można powiedzieć, że wolą ustawodawcy jest to, by warunki wynagradzania ustalane były w układach zbiorowych pracy. W praktyce jednak, m.in. ze względu na niski w Polsce wskaźnik „uzwiązkowienia”, układy zbiorowe pracy nie odgrywają istotnej roli, ustępując w tym zakresie regulaminom wynagradzania¹¹⁰.

Z kolei warunki wynagradzania za pracę pracowników zatrudnionych w państwowych jednostkach sfery budżetowej¹¹¹, określą najczęściej akty normatywne o randze rozporządzenia wydawane przez ministra właściwego do spraw pracy, chyba że z mocy przepisów szczególnych do wydania rozporządzeń w sprawach płacowych właściwy będzie inny organ (art. 77³ kp).

¹⁰⁷ Por. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 20 kwietnia 2017 r., II SA/Sz 1213/15; LEX nr 2297063; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2010 r., II SA/Wa 1386/10; LEX nr 755181.

¹⁰⁸ W dalszej części pojęcie minimalnego wynagrodzenia radcy prawnego używane będzie w odniesieniu do normy gwarancyjnej wynikającej z art. 224 ust. 1 zd. 2 urp, zgodnie z którym wynagrodzenie radcy nie może być niższe niż wynagrodzenie przewidziane dla stanowiska głównego specjalisty lub innego równorzędnego stanowiska.

¹⁰⁹ O ile przepisy płacowe przewidują istnienie dodatku uzależnionego od kierowania zespołem pracowników.

¹¹⁰ Zważywszy zaś na podwyższenie liczby pracowników wpływającej na obowiązek wprowadzenia regulaminu wynagradzania również one tracą na znaczeniu.

¹¹¹ Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (t.j.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2288 ze zm.) przez państwową sferę budżetową rozumie się państwowe jednostki budżetowe, które prowadzą gospodarkę finansową na zasadach określonych w art. 11 i 12 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 2077 ze zm.).

Przepisy art. 22⁴ urp ust.1 zd 2 i 3 mają charakter gwarancyjny. W ich świetle uzasadniona jest teza, że ustawodawca określił sposób ustalenia „minimalnego wynagrodzenia” radcy prawnego praktykującego w ramach stosunku pracy, a w związku z art. 75 urp również uposażenia minimalnego dla radcy prawnego wykonującego zawód w ramach administracyjnoprawnego stosunku służbowego. Zgodnie z art. art. 22⁴ ust. 1 zd. 2 urp. wynagrodzenie radcy prawnego praktykującego zawód w stosunku pracy nie może być niższe od wynagrodzenia przewidzianego dla stanowiska pracy głównego specjalisty lub innego równorzędnego stanowiska pracy. Należy przyjąć, że wynagrodzenie o którym mowa w art. 22⁴ ust. 1 zd 2 urp to wynagrodzenie zasadnicze, a nie suma wszystkich składników wynagrodzenia przysługującego radcy prawnemu.

Z kolei w świetle art. 22⁴ ust. 1 zd. 3 urp., dla radcy prawnego wypływa roszczenie o dodatek do wynagrodzenia, warunkiem powstania którego jest kierowanie zespołem pracowników. Prawo do takiego dodatku powstanie, o ile mające zastosowanie do danego radcy przepisy płacowe przewidują taki składnik wynagrodzenia. Ustawodawca posłużył się zatem fikcją prawną sprowadzającą się do założenia, że na potrzeby ustalania prawa do wynagrodzenia radca prawny kieruje zespołem pracowników.

6.2. Minimalne wynagrodzenie radcy prawnego wykonującego zawód w stosunku pracy lub w stosunku służbowym

Analizowane przepisy – art. 22⁴ ust. 1 zd 2-3 urp, czego dowodzi orzecznictwo, w praktyce prowadzą do sporów dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, pojawiła się wątpliwość co do tego, w jaki sposób ustala się „stanowisko głównego specjalisty” (lub stanowisko równorzędne), jako punkt odniesienia do ustalenia wysokości wynagrodzenia radcy prawnego. Podstawą drugiej grupy problemów interpretacyjnych jest określanie wysokości wynagrodzenia konkretnego radcy prawnego, jeśli w danym przypadku wynagrodzenie co prawda mieściło się w granicach „widełek” ustalonych dla stanowiska głównego specjalisty, ale niższej niż otrzymywali inni pracownicy zatrudnieni w charakterze głównych specjalistów (lub na stanowiskach równorzędnych). Zagadnienie to często łączone bywa z zarzutem dyskryminacji.

W uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1992 r.¹¹² wyrażony został pogląd tyleż trafny co oczywisty, że wykładnia przepisu stanowiącego

¹¹² I PZP 47/92; OSNC 1993/4/47.

o minimalnym wynagrodzeniu radcy prawnego nie następuje trudności w sytuacji, gdy w obowiązujących u pracodawcy przepisach przewidziane jest stanowisko głównego specjalisty. Jak stwierdził z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 sierpnia 2007 r.¹¹³ określenie „wynagrodzenie przewidziane dla głównego specjalisty” należy rozumieć, jako wynagrodzenie, które przewidują dla tego stanowiska przepisy płacowe. W przywołanym judykacie Sąd Najwyższy stanął również na stanowisku, że art. 22⁴ urp. nie może stanowić podstawy do występowania radcy prawnego z roszczeniem wobec pracodawcy o przyznanie wynagrodzenia wyższego, aniżeli najniższe wypłacane u danego pracodawcy pracownikowi zatrudnionemu na stanowisku głównego specjalisty. W razie ustalenia, że radca otrzymywał wynagrodzenie w wysokości niższej niż przewidziane dla głównego specjalisty należy jedynie porównać wynagrodzenie wypłacane radcy prawnemu i wynagrodzenie przewidziane dla tego stanowiska (i ewentualnie - w razie procesu - zasądzić różnicę).

W wyroku z dnia 24 maja z dnia 24 maja 2007 r.¹¹⁴ Sąd Najwyższy wypowiedział się co do tego, w jaki sposób ustalić wynagrodzenie przewidziane dla „głównego specjalisty”, w sytuacji, w której u danego pracodawcy układ zbiorowy pracy lub przepisy o wynagradzaniu pracowników nie zawierają tabel zaszeregowania pracowników oraz tabel ich wynagradzania, a ustalenie wynagrodzenia dla stanowiska głównego specjalisty lub innego równorzędnego stanowiska pracy następuje na podstawie indywidualnej decyzji pracodawcy – w drodze umowy o pracę. Sąd zastosował metodę oceny ustalenia zgodności wysokości wynagrodzenia radcy prawnego z dyspozycją art. 22⁴ ust. 1 zd. 2 urp, polegającą na tym, że wynagrodzenie radcy odniósł do wynagrodzenia przyznanego głównemu specjalście w umowie o pracę.

Konsekwentnie¹¹⁵ i słusznie Sąd Najwyższy uznaje, że norma wynikająca z art. 22⁴ ust. 1 zd. 2 urp stanowiąca, że wynagrodzenie radców prawnych nie może być niższe od wynagrodzenia przewidzianego dla stanowiska pracy głównego specjalisty lub innego

¹¹³ I PK/07' LEX nr 884966.

¹¹⁴ II PK 308/06; LEX nr 898856.

¹¹⁵ Przykładowo, w uzasadnieniu uchwały z 30 grudnia 1983 r., III PZP 53/83 (OSNCP Nr 8/1984 poz. 127; OSPiKA Nr 11/1985, poz. 212 Sąd Najwyższy stwierdził, że radca prawny może domagać się, aby jego wynagrodzenie zostało ustalone i było wypłacane według zasad przewidzianych w art. 22 urp (wówczas obowiązującego, którego odpowiednikiem jest obecnie art. 224 ust. 1 urp.). Podkreślił jednak, że przepis ten nie kształtuje samodzielnie wynagrodzenia radcy prawnego i nie zastępuje "automatycznie" konkretnego wynagrodzenia, przysługującego radcy prawnemu z mocy umowy wiążącej go z konkretnym pracodawcą, innym wynagrodzeniem. Zob. też. wyroki Sądu Najwyższego z 18 maja 2006 r., III PK 22/06, OSNP Nr 9-10/2007, poz. 132; z 15 września 2006 r., I PK 97/06 niepubl.).

równorzędnego stanowiska pracy", ma charakter tzw. normy gwarancyjnej¹¹⁶. Nie oznacza to jednak, że każde określenie wynagrodzenia pracy w wysokości mieszczącej się w dolnej granicy wynagrodzenia przewidzianego dla danej grupy zaszerogowania, (wynagrodzenia osób zatrudnionych na stanowisku głównego specjalisty) jest przejawem nierównego traktowania. W wyroku z dnia 9 stycznia 2007 r.¹¹⁷, Sąd Najwyższy trafnie uznał, że różnicowanie wysokości wynagrodzenia może wynikać z różnych powodów, takich jak np. specjalizacja pracownika, wypełnianie dodatkowych obowiązków, zwiększone obciążenie lub inne okoliczności. Na podstawie art. 22⁴ ust. 1 zd. 2 urp. można żądać wyrównania wynagrodzenia radcy prawnego do najniższej stawki wynagrodzenia głównego specjalisty przewidzianego w przepisach prawa pracy, a nie do wynagrodzenia rzeczywiście wypłacanego pracownikowi na tym stanowisku¹¹⁸. Jeśli radca prawny - pracownik, który otrzymuje wynagrodzenie w wysokości niższej niż inni radcowie (ew. główni specjaliści) ocenia, że stanowi to przejaw dyskryminacji, w związku z tym zamierza uruchomić szczególny mechanizm rozkładu ciężaru dowodu określonego w art. 18^{3b} § 1 k.p., powinien wskazać przyczynę dyskryminacji oraz okoliczności dowodzące nierównego traktowania z tej przyczyny¹¹⁹.

Specjalnego potraktowania wymaga zagadnienie „minimalnego wynagrodzenia” radcy prawnego w odniesieniu do żołnierzy zawodowych. W istocie rzeczy ta kwestia nie jest problematyczna w przypadku radców prawnych objętych pragmatykami pracowniczymi, gdyż ich wynagrodzenie zasadnicze określone jest przepisami rozporządzeń płacowych i nie powstają wątpliwości co do pozycjonowania stanowiska radcy prawnego wobec stanowisk „głównego specjalisty”. Problem ten dotyczy „powszechnego” rynku pracy, a zatem pracodawców, u których kwestie płacowe są unormowane postanowieniami regulaminów wynagradzania lub układów zbiorowych pracy. Podobnie, przy uwzględnieniu charakteru prawnego stosunku służbowego kwesta ta wygląda w odniesieniu do radców prawnych -funkcjonariuszy. Ich stosunki zatrudnienia, inaczej niż ma to miejsce w przypadku pracowników, są regulowane przepisami prawa bezwzględnie obowiązującego gdzie nie występują swoiste źródła prawa analogiczne do regulaminów wynagradzania czy układów zbiorowych pracy.

¹¹⁶ Wyrok dnia 10 marca 2005 r. II PK 232/04, LEX nr 603166.

¹¹⁷ II PK 180/06; OSNP 2008/3-4/36.

¹¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2006 r., III PK 22/06; OSNP 2007/9-10/132

¹¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2007 r., II PK 180/06; OSNP 2008/3-4/36

Należy jednak podkreślić, że rozporządzenia płacowe przewidują w grupie stanowisk służbowych stanowisko radcy prawnego.

Inaczej wygląda kwestia usytuowania radcy prawnego - żołnierza zawodowego w „siatce uposażeń” w Siłach Zbrojnych. Zacząć należy od tego, że treść przepisu art. 75 urp. uprawnia do stwierdzenia, że przepis art. 22⁴ ust. 1 urp stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisów regulujących zasady wynagradzania żołnierzy zawodowych. Jak prawidłowo i jednolicie uznają sądy administracyjne tam, gdzie ustawa o radcach prawnych reguluje prawa i obowiązki radcy prawnego wynikające ze stosunku pracy (przez co rozumieć należy również stosunek służbowy zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 5 urp) nie ma zastosowania ustawa o służbie wojskowej. Do takich regulacji należy bezspornie art. 22⁴ ust. 1 urp¹²⁰. Należy zatem mieć na uwadze, że art. 22⁴ urp ma zastosowanie do radców prawnych - żołnierzy zawodowych, gdyż żaden akt prawny dotyczący zawodowej służby wojskowej nie wyłączył ani nie ograniczył wspomnianej regulacji. Takich wyłączeń czy ograniczeń, jak uznał NSA w wyroku z dnia 16 czerwca 2016 r.¹²¹, nie można zaś domniemywać. Skoro art. 8 ust. 5 urp. stanowi, że ilekroć w ustawie jest mowa o "stosunku pracy", zatrudnieniu", "wynagrodzeniu", rozumie się przez to również odpowiednio "stosunek służbowy", "pełnienie służby" i "uposażenie", a w myśl art. 75 urp przepisy odrębnych ustaw określają stosunek służbowy oraz wynikające z niego prawa i obowiązki radców prawnych będących funkcjonariuszami służb mundurowych jedynie w zakresie nieokreślonym ustawą o radcach prawnych, to zagwarantowane tym aktem prawnym instytucjonalne zabezpieczenia pozycji prawnej radcy prawnego należy odnosić również do osób wykonujących ten zawód w ramach między innymi zawodowej służby wojskowej.

Można przyjąć, że przyczyną analizowanego problemu, polegającego na często wadliwym określaniu uposażenia radcy prawnego - żołnierza jest to, że inaczej niż w przypadku wchodzących grę aktów wykonawczych, mających zastosowanie do radców prawnych - funkcjonariuszy, w najważniejszym rozporządzeniu płacowym dotyczącym żołnierzy zawodowych, to jest w jest w rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 28 grudnia 2016 r. w sprawie stawek uposażenia zasadniczego żołnierzy

¹²⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2006 r., II SA/Wa 1489/06; LEX nr 284471; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 grudnia 2009 r., VIII SA/Wa 602/09; LEX nr 583663; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2010 r., II SA/Wa 1386/10; LEX nr 755181; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 20 kwietnia 2017 r., II SA/Sz 1213/15; LEX nr 2297063.

¹²¹. I OSK 1863/14; LEX nr 2082471.

zawodowych¹²²; określone zostały jedynie grupy uposażenia i stawki uposażenia zasadniczego, bez przyporządkowania ich do stanowisk służbowych. Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych¹²³, żołnierza zawodowego wyznacza się na stanowisko służbowe w drodze decyzji, stosownie do potrzeb Sił Zbrojnych, w zależności od wymaganych kwalifikacji zawodowych, posiadanej oceny w opinii służbowej oraz modelu przebiegu służby w poszczególnych korpusach osobowych (grupach osobowych). W praktyce często dochodziło do sytuacji, gdy żołnierza zawodowego, mającego uprawnienia radcowskie, wyznaczano na stanowisko np. referenta prawnego, ale z zakresem obowiązków tożsamym ze świadczeniem pomocy prawnej w rozumieniu art. 6 ust. 1 urp. Jak wspomniano wyżej, sprawy tego rodzaju, w których radcy prawnemu żołnierzowi przyznawano uposażenie niższe niż przewidzianego dla głównego specjalisty wielokrotnie pojawiały się w orzecznictwie sądów administracyjnych. Z reguły jednak sądy ograniczały się do stwierdzenia, że dla prawidłowości rozkazu personalnego o zaszeregowaniu nie ma znaczenia, czy stanowisko głównego specjalisty występuje na danym poziomie dowodzenia, ważne natomiast jest fakt, że takie stanowisko w ogóle istnieje w Siłach Zbrojnych i z tego powodu uposażenie radcy prawnego ma się kształtować na tym samym poziomie¹²⁴.

6.3. Dodatkowe wynagrodzenie (uposażenie) radcy prawnego

W związku z wynagrodzeniem radców prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy lub stosunku służbowego powstają wątpliwości na tle art. 22⁴ ust 2 urp., zgodnie z którym radca prawny jest uprawniony do dodatkowego wynagrodzenia w wysokości nie niższej niż 65% kosztów zastępstwa sądowego zasądzonych na rzecz strony przez niego zastępowanej lub jej przyznanych w ugodzie, postępowaniu polubownym, arbitrażu zagranicznym lub w postępowaniu egzekucyjnym, jeżeli koszty te zostały ściągnięte od strony przeciwnej. Szczególne problemy powstają w związku z treścią zdania drugiego tego przepisu stanowiącego, że w państwowych jednostkach

¹²² Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 28 grudnia 2016 r. w sprawie stawek uposażenia zasadniczego żołnierzy zawodowych; Dz.U.2016.2278

¹²³ t. j. : Dz. U. z 2018 r. poz. 173 ze zm.

¹²⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2014 r., I OSK 475/13; LEX nr 1494740; wyroki NSA: z dnia 3 września 2009 r., I OSK 1494/08, z dnia 25 września 2009 r., sygn. akt I OSK 1493/08, z dnia 27 września 2011 r., IOSK 457/11i z dnia 30 listopada 2011 r., I OSK 664/11.

sfery budżetowej wysokość i termin wypłaty wynagrodzenia określa umowa cywilnoprawna. Istota wątpliwości sprowadza się do tego, czy źródłem zobowiązania do wypłaty radcy prawnemu dodatkowego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 22⁴ ust. 2 urp., jest ten przepis, czy też – w przypadku radców prawnych zatrudnionych w państwowych jednostkach sfery budżetowej – umowa cywilnoprawna, o której mowa w art. 22⁴ ust. 2 urp.

Poglądy sądów w tej sprawie nie są jednolite. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 listopada 2008 r.¹²⁵ uznał, że dodatkowe wynagrodzenie, o którym stanowi art. 224 ust. 2 urp przysługuje *ex lege* – po spełnieniu wynikających z tego przepisu przesłanek albo z racji umowy. Ten dychotomiczny podział nabywania prawa do dodatkowego wynagrodzenie Sąd Najwyższy powiązał ze statusem pracodawcy. Zdaniem Sądu w przypadku podmiotów innych niż państwowe jednostki sfery budżetowej przepis 22⁴ ust. 2 urp. ma gwarancyjny charakter w tym sensie, że radca prawny może wprost z tego unormowania wywodzić swoje pretensje do dodatkowego wynagrodzenia w wysokości co najmniej 65% zasądzonych lub objętych ugodą kosztów zastępstwa sądowego. Natomiast w sytuacji, gdy pracodawcą jest państwowa jednostka sfery budżetowej, może on dochodzić zawarcia określonej w zdaniu drugim przywołanego przepisu umowy cywilnoprawnej i dopiero po jej zawarciu przysługuje mu roszczenie o spełnienie przewidzianych w umowie świadczeń. Argumentacja ta oparta została na założeniu, że umowa cywilnoprawna, o której mowa w art. 22⁴ ust. 2 urp., ma samodzielny byt prawny, a wykreowany przez nią stosunek zobowiązaniowy nie wygasa wraz z ustaniem zatrudnienia radcy prawnego, lecz trwa do momentu spełnienia przez strony wszystkich świadczeń objętych jego treścią.

Stanowisko to podtrzymał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia z dnia 6 lipca 2011 r.¹²⁶ uznając, że dodatkowe wynagrodzenie radcy prawnego zatrudnionego przez pracodawcę niebędącego państwową jednostką sfery budżetowej stanowi wynagrodzenie za pracę, do którego ma zastosowanie art. 291 § 1 kp. O ile zatem to umowa cywilnoprawna w państwowych jednostkach sfery budżetowej stanowi źródło roszczenia o koszty zastępstwa sądowego, o tyle nie jest tak w przypadku pozostałych pracodawców, kiedy to bezpośrednią podstawę zobowiązania stanowi przepis art. 22⁴ ust. 2 urp. Zdaniem sądu dodatkowe wynagrodzenie radcy prawnego zatrudnionego przez pracodawcę

¹²⁵ I PK 70/08; OSNP 2010/5-6/65.

¹²⁶ II PK 17/11; OSNP 2012/17-18/218.

niebędącego państwową jednostką sfery budżetowej w wysokości 65% kosztów zastępstwa sądowego zasądzonych na rzecz strony przez niego reprezentowanej lub przyznanych jej w ugodzie, postępowaniu polubownym, arbitrażu zagranicznym albo w postępowaniu egzekucyjnym stanowi wynagrodzenie za pracę świadczoną w ramach stosunku pracy, przysługujące oprócz wynagrodzenia zasadniczego i ewentualnie innych jego składników, którego źródłem powstania jest przepis prawa pracy zobowiązujący pracodawcę do wypłaty tego składnika wynagrodzenia. Wskazał, że samo nazwanie jednego ze składników wynagrodzenia za pracę "wynagrodzeniem dodatkowym" nie oznacza, że przysługuje ono z innego tytułu niż praca świadczona w ramach obowiązków pracowniczych. Podkreślił przy tym, że charakteru prawnego tego składnika wynagrodzenia nie zmienia to, że radca prawny ponosi ryzyko uzyskania tego wynagrodzenia, które przysługuje jedynie w przypadku ściągnięcia od strony przeciwnej zasądzonych lub przyznanych kosztów. Jest to szczególnego rodzaju premia regulaminowa, której zasady wypłaty dają się zweryfikować.

SN przyjął, że rozróżnienie pracodawców, dokonane w art. 22⁴ ust 2 urp., wiąże się z art., 77³ kp., który wskazuje podmiot uprawniony do ustalania warunków wynagradzania za pracę i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą dla pracowników zatrudnionych w państwowych jednostkach sfery budżetowej, jeżeli nie są oni objęci układem zbiorowym pracy. Nie jest nim pracodawca lecz minister właściwy do spraw pracy, który na wniosek właściwego ministra wydaje rozporządzenie w tej materii, mające charakter rozporządzenia resortowego. Brak w tych rozporządzeniach resortowych regulacji wynagrodzenia radcy prawnego z tytułu kosztów zastępstwa sądowego wymusza niejako zawarcie odrębnej umowy, która z woli ustawodawcy jest umową cywilnoprawną.

Z kolei w wyroku z dnia 12 stycznia 2012 r.¹²⁷ Sąd Najwyższy dopatrył się w dodatkowym wynagrodzeniu radcy prawnego cech premii, która miałyby się wyrażać udziałem radcy prawnego w korzyściach pracodawcy wynikających z pozytywnego rozstrzygnięcia sprawy dla strony zastępowanej. Uznał, że wynagrodzenie to jest świadczeniem ze stosunku pracy, a nie jedynie związanym ze stosunkiem pracy i stanowi odpłatność za wykonanie jej obowiązków wynikających wprost ze stosunku pracy.

¹²⁷ I PK 88/11; LEX nr 1129308.

Podobne stanowisko zajął w wyroku z dnia 15 listopada 2013 r.¹²⁸. Uznał, że umowa określająca wysokość wynagrodzenia dodatkowego przysługującego radcy prawnemu zatrudnionemu w państwowej jednostce sfery budżetowej nie jest umową cywilnoprawną w rozumieniu art. 1 k.c., według którego kodeks ten reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi. Zauważył, że umowa ta częściowo określa prawo pracownika do dodatkowego wynagrodzenia wynikającego ze stosunku pracy. Prawo to określa tylko w części dotyczącej wysokości świadczenia należnego pracownikowi, zaś sam obowiązek świadczenia wynika z art. 22⁴ ust. 2 urp. W konsekwencji przyjął, że dodatkowe wynagrodzenie radcy prawnego jest premią bez względu na status pracodawcy, będącego stroną takiej umowy.

Odnosząc się do dorobku orzeczniczego Sądu Najwyższego należy przychylić się do poglądu, zgodnie z którym źródłem roszczenia o wypłatę dodatkowego wynagrodzenia nie jest umowa cywilnoprawna, a art. 22⁴ ust. 2 zd. 1 urp. Podstawą takiego twierdzenia są wnioski płynące z analizy językowo-logicznej art. 22⁴ ust. 2 zd. 1 urp. uzyskane przy zastosowaniu dyrektywy interpretacyjnej *lege non distinguente*. Określając przesłanki dodatkowego wynagrodzenia radców, ustawodawca nie uzależnił ich od statusu pracodawcy. Adresatem normy nakazującej obowiązek wypłaty radcy prawnemu dodatkowego wynagrodzenia jest każdy pracodawca – zarówno będący jednostką sfery budżetowej jak i nieposiadający takiej kwalifikacji. W świetle analizowanego przepisu na pracodawcach będących państwowymi jednostkami sfery budżetowej spoczywa, niezależnie od ustawowego obowiązku wypłaty dodatkowego wynagrodzenia, jedynie dodatkowa powinność w postaci zawarcie umowy określającej wysokość i termin wypłaty. Umowa ta nie przesądza zatem o istnieniu obowiązku wypłaty wynagrodzenia, ale jedynie o jego wysokości i terminie. Nie dziwą zatem wątpliwości Sądu Najwyższego, którym dał wyraz w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 listopada 2013 r., sceptycznie odnosząc się określenia „umowa cywilnoprawna”, zawartego w urp. Sąd nie wykluczył, że „być może chodziło o mocne zaznaczenie, że wynagrodzenie dodatkowe można ustalić poniżej 65% zasądzonych i ściągniętych kosztów zastępstwa procesowego”.

Nie sposób jednak zgodzić się z tą supozycją, z uwagi na to, że art. 22⁴ urp. jest przepisem szczególnym wobec regulacji płacowych mających zastosowanie do radców

¹²⁸ III PK 4/13; OSNP 2014/10/142

prawnych wykonujących zawód w stosunku pracy. Zgodnie z art. 9 § 1 kp. źródłami prawa pracy są bowiem przepisy ustaw określające prawa i obowiązki stron stosunku pracy. Nie ulega wątpliwości, że warunki te zostały spełnione w przypadku art. 22⁴ urp., co oznacza, że jest częścią prawa w tym zakresie, w jakim stanowi o prawie do dodatkowego wynagrodzenia (a także jakim określa minimalną wysokość wynagrodzenia radcy). Konstatacja ta implikuje z kolei wniosek o niedopuszczalności ustalenia wysokości dodatkowego wynagrodzenia w umowie zawieranej z radcą zatrudnionym w państwowej jednostce sfery budżetowej na poziomie niższym niż 65% kosztów zastępstwa. Przeciwno dopuszczalności takiej interpretacji przemawia zasada uprzywilejowania pracownika, wynikająca z art. 18 kp. Inaczej rzecz ujmując – przepis stanowiący o wysokości dodatkowego wynagrodzenia, tak jak ma to miejsce w przypadku większości przepisów indywidualnego prawa pracy, ma charakter granicznie zastępujący, co wyklucza możliwość określenia wysokości tego wynagrodzenia w wysokości niższej niż 65% kosztów zastępstwa sądowego zasądzonej na rzecz strony reprezentowanej przez radcę.

Jak się wydaje jednym ze źródeł problemów związanych z prawem do dodatkowego wynagrodzenia radców jest to, że z jednej strony ustawodawca w art. 22⁴ ust. 2 urp. posługuje się pojęciem „wynagrodzenia”, z drugiej zaś to, że w art. 22⁴ ust. 2 zd. 3 urp. przewiduje dla radców prawnych zatrudnionych w państwowych jednostkach sfery budżetowej umowę cywilnoprawną, jako narzędzie do określenia wysokości i terminu wypłaty dodatkowego wynagrodzenia. Pojawia się zatem pytanie, czy to „wynagrodzenie”, o którym mowa w art. 22⁴ ust. 2 zd. 3 powinno być postrzegane przez pryzmat prawa cywilnego, czy też przez pryzmat prawa pracy. W pierwszym przypadku należałoby uznać, że umowa określająca termin i wysokość wypłaty radcy prawnemu zatrudnionemu w państwowej jednostce sfery budżetowej jest umową cywilnoprawną, w drugim zaś, że stanowi umowę prawa pracy.

Na rzecz pierwszego z wchodzących w grę wariantów przemawiałoby jednak wyłącznie to, że ustawodawca określił przedmiotową umowę jako „cywilnoprawną”. Zdecydowanie więcej argumentów przemawia za przyjęciem drugiej z przedstawionych opcji i tę też przyjmują Autorzy Raportu. W kontekście analizowanych przepisów oraz art. 8 ust. 5 urp, nie może być wątpliwości, że „wynagrodzenie” ma znaczenie wynikające z przepisów prawa pracy – a w szczególności z art. 22 § 1 kp, w świetle którego jest ono świadczeniem wzajemnym pracodawcy wobec wykonywanej przez pracownika pracy. Podkreślić należy, że wynagrodzenia dodatkowe nie przysługują radcy za wykonanie

przez niego obowiązków wykraczających poza obowiązki wynikające z zajmowanego stanowiska i (wykonywania zawodu). Wypada zatem zgodzić się poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do wyroku z dnia 15 listopada 2103 r., że analizowana umowa częściowo określa prawo pracownika do dodatkowego wynagrodzenia wynikającego ze stosunku pracy. Prawo to określa tylko w części dotyczącej wysokości świadczenia należnego pracownikowi, zaś sam obowiązek świadczenia wynika z art. 22⁴ ust. 2 urp. o radcach prawnych, będącego przepisem prawa pracy. W konsekwencji rozwiązanie stosunku pracy z radcą nie stanowi przeszkody do wypłaty dodatkowego wynagrodzenia, jeśli koszty te zostaną ściągnięte po ustaniu stosunku pracy z radcą prawnym. Dodatkowe wynagrodzenie radcy, będące swoistą premią, jest obligatoryjnym składnikiem wynagrodzenia, o ile radca wykonał swoją pracę i przy zastrzeżeniu, że zostały spełnione warunki prawa do premii: 1) doszło do zasądzenia kosztów sądowych na rzecz reprezentowanej przez radcę strony; 2) nastąpiło ściągnięcie tych kosztów.

Art. 22⁴ ust. 2 zd. 3 urp. nastrocza również wątpliwości interpretacyjnych w kontekście umowy ustalającej wysokość i termin wypłaty dodatkowego uposażenia przysługującego radcy prawnemu będącego funkcjonariuszem lub żołnierzem zawodowym. Uznanie, że dodatkowe wynagrodzenie przysługujące radcom prawnym wykonującym zawód w ramach stosunków pracy, których stroną są podmioty mające status jednostek państwowej sfery budżetowej ze względów logicznych nie pozwala na przyjęcie, że radcowie- funkcjonariusze oraz radcowie - żołnierze zawodowi, nie mogą wywodzić prawa do uposażenia z innego źródła niż art. 22⁴ ust. 2 zd. 1, a w szczególności z umowy, o której mowa w art. 224 ust. 2 zd. 3 urp. Skoro ustawodawca, mocą art. 8 ust. 5 urp stawia znak równości pomiędzy „wynagrodzeniem” ze stosunku pracy a „uposażeniem” ze stosunku służbowego, to należy przyjąć, że i w przypadku funkcjonariuszy/żołnierzy zawodowych nabywają oni prawo do dodatkowego uposażenia *ex lege*, pod warunkiem spełnienia przesłanek do skorzystania z tego prawa, określonych w art. 22⁴ ust. 2 zd. 1 urp.

Część IV

Rekomendacje

A. Uwagi *de lege lata*

Relacja przepisów ustawy o radca prawnych do Kodeksu pracy, pragmatyk pracowniczych i pragmatyk służbowych

1. Zasadniczo status prawny radców prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy lub stosunku służbowego wyznaczają równorzędnie przepisy urp., kp., pragmatyk pracowniczych oraz pragmatyk służbowych.
2. Radcowie prawni będący pracownikami niezatrudnionymi w państwowych jednostkach sfery budżetowej objęci są przepisami kp. i przepisami urp. Na zasadach ogólnych mają do nich zastosowanie postanowienia tzw. specyficznych źródeł prawa pracy: układów zbiorowych pracy, innych opartych na ustawie postanowień zbiorowych regulaminów i statutów.
3. W przypadku radców prawnych będących pracownikami zakres stosowania do nich przepisów kp. uzależniony jest od tego czy są objęci pragmatyką pracowniczą. Jeśli tak, to z mocy art. 5 kp. stosuje się do nich przepisy właściwej ustawy a w zakresie nieunormowanym przepisy kp.
4. Analogicznie, przy uwzględnieniu gałęziowej – administracyjnoprawnej - przynależności pragmatyk służbowych, kształtuje się relacja pomiędzy urp. a pragmatykami służbowymi.
5. Do przepisów szczególnych, a zatem uchylających stosowanie wobec radców prawnych odpowiednich przepisów prawa pracy i pragmatyk służbowych należą w szczególności: art. 9 ust. 4, art. 13 ust. 1, art. 17 oraz 22⁴ urp.

Czas pracy

1. Do radców prawnych, wykonujących zawód w ramach stosunku pracy mają na zasadach ogólnych zastosowanie postanowienia układów zbiorowych pracy, regulaminów pracy, obwieszczeń pracodawcy oraz zarządzeń dyrektorów generalnych (kierowników urzędów), którymi ustala się rozkłady pracy.

2. Specyfika obowiązków radcy prawnego uzasadnia w sposób szczególny korzystanie z możliwości ustalania rozkładu czasu pracy radców prawnych przewidzianej w art. 142 kp.
3. Zmiana rozkładu czasu pracy radców prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy jest pochodną sposobu jego ustalenia.
4. Nie można wykluczyć stosowania wobec radców prawnych – pracowników konstrukcji tzw. ruchomego czasu pracy ze względu na brak przepisów wyłączających możliwość jego stosowania w poszczególnych systemach czasu pracy¹²⁹.
5. Art. 18 ust. 2 urp. nie sprzeciwia się dopuszczalności objęcia radców prawnych systemem czasu pracy określonym w art. 140 k.p., a nawet należałoby rekomendować ten system, jako system jedynie właściwy dla radców wykonujących zawód w ramach stosunku pracy¹³⁰. Jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 września 2009 r.¹³¹, zadaniowy czas pracy w szczególności przeznaczony jest dla prac prowadzonych nierytmicznie, prac prowadzonych poza kolektywną pracą skooperowaną. Zadaniowy czas pracy może być stosowany wobec pracowników tylko w wąskim zakresie, tj. wówczas, gdy rodzaj pracy, jej organizacja albo miejsce wykonywania uniemożliwiają lub znacznie utrudniają kontrolę pracodawcy nad pracownikiem w czasie wykonywania pracy¹³². Sposób określenia czasu pracy radców prawnych i rodzaj ich obowiązków jest tego rodzaju, że wręcz predestynuje tę grupę do objęcia jej zadaniowym czasem pracy. Nie ma przeszkód, by w tym systemie czasu pracy rozkład czasu pracy radców prawnych określał czas pracy radców w lokalu pracodawcy, natomiast w pozostałym zakresie czas pracy byłby wyznaczany zadaniami polegającymi na stawaniu przez radców przed sądami czy organami administracji oraz obowiązkiem przygotowania się do tych czynności, czyli zapoznawaniu się ze stosowanym orzecznictwem czy literaturą prawniczą. Należy przy tym pamiętać, że ilość obowiązków radców zatrudnionych w tym

¹²⁹ Ł. Pisarczyk, *Komentarz do art. 140¹ k.p.* LEX.

¹³⁰ Identyczny pogląd przedstawił Przemysław Mijał – Dziekan Rady OIRP w Szczecinie, którego zdaniem takie rozwiązanie przybliżyłoby świadczenie pomocy prawnej przez radców zatrudnionych w ramach stosunku pracy do świadczenia tej pomocy w innych formach prawnych, ograniczając być może zarzuty dotyczące braku cech zawodu wolnego w przypadku świadczenia pomocy prawnej w ramach stosunku pracy. Jak słusznie zauważył mec. P. Mijał w obecnym brzmieniu art. 18 ustawy o radcach prawnych bywa pretekstem do ustalania przez pracodawców norm czasu pracy radcy prawnego w lokalu obsługiwanej jednostki bez uwzględnienia celu tego przepisu, abstrahując od czasu pracy, o którym mowa w ust. 1 tego artykułu.

¹³¹ II PK 72/09; LEX nr 558306.

¹³² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 lutego 2017 r., III AUa 1262/16; LEX nr 2272095.

systemie czasu pracy może być wykonana w czasie pracy wynikającym z norm określonych w art. 129 kp¹³³.

6. Istotnym problemem jest „systemowe” niedopasowanie regulacji art. 18 ust. 2 urp. do przepisów określających czas służby w formacjach mundurowych. W stosunkach służbowych, ze względu na ich publicznoprawny charakter, wykluczona jest umowna możliwość dokonywania prawnie wiążących ustaleń co do czasu służby radców prawnych – funkcjonariuszy. Inaczej niż ma to miejsce w przypadku pracowników zmiany w tym zakresie mogą być dokonywane jednostronnie przez właściwego przełożonego w trybie określony przepisami bezwzględnie obowiązującymi.

Wynagradzanie radców

1. Adresatami normy wynikającej z art. 22⁴ ust. 1 zd 2 urp. są:

- pracodawca i związki zawodowe, przy konstruowaniu siatki stanowisk na potrzeby przygotowania regulaminu pracy lub układu zbiorowego pracy;
- pracodawca na etapie określania warunków wynagrodzenia w umowie o pracę radcy prawnego – jeśli jest objęty przepisami płacowymi, w których występuje stanowisko głównego specjalisty lub równorzędne,
- pracodawca, właściwy do wydania rozporządzeń obowiązujących w podmiotach zatrudniających, u których kwestie płacowe są uregulowane przepisami rozporządzeń, w tym znaczeniu, że określając wynagrodzenie (uposażenie) zasadnicze nie mogą być mniej korzystnie ukształtowane niż w odniesieniu do stanowiska głównego specjalisty (lub stanowiska równorzędnego),
- przełożony w sprawach osobowych w Siłach Zbrojnych w związku z wyznaczeniem na stanowisko służbowe radcy prawnego, w tym znaczeniu, że ustalając poziom uposażenia zasadniczego musi odnosić je do uposażenia zasadniczego głównego specjalisty na danym poziomie dowodzenia, a w razie braku, do takiego stanowiska w Siłach Zbrojnych.

2. Roszczenie o wypłatę dodatkowego wynagrodzenia, o którym mowa w art. 22⁴ ust. 2 urp., wynika nie umowy cywilnoprawnej ale ze stosunku prawnego, w którym radca prawny wykonuje zawód i bez względu na status podmiotu zatrudniającego.

¹³³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2006 r., II PK 165/05; OSNP 2007/5-6/69.

Przesłankami prawa do roszczenia są: zasądzenie na rzecz podmiotu zastępowanego przez radcę kosztów sądowych i ich ściągnięcie. Przesłanki te muszą być spełnione kumulatywnie.

3. Umowa cywilnoprawna zawierana z radcami prawnymi świadczącymi pomoc prawną w ramach stosunku pracy lub stosunku służbowego na rzecz podmiotów zaliczanych do jednostek sfery budżetowej określa jedynie wysokość i termin wypłaty dodatkowego wynagrodzenia.

4. Gwarancyjny charakter normy wynikającej z art. 22⁴ ust. 2 urp. wyrażający się w określeniu wysokości dodatkowego wynagrodzenia radcy prawnego obejmuje wszystkich radców wykonujących zawód w ramach stosunku pracy lub stosunku służbowym.

B. Uwagi *de lege ferenda*

1. Autorzy Raportu rekomendują rozważenie, czy w świetle istoty zawodu radcy prawnego, jako zawodu wolnego, nie byłoby zasadnym odejście od utrzymywania modelu administracyjnoprawnego zatrudnienia radców prawnych. Za paradoks można uznać sytuację, w której np. w Komendzie Głównej Policji obsługę prawną wykonywać mogą radcowie prawni, będący członkami korpusu służby cywilnej jak i radcowie będący funkcjonariuszami. W świetle przeprowadzonej analizy jest oczywiste, że radca prawny - funkcjonariusz nie może być, w zakresie podległości służbowej charakteryzującej stosunek służbowy, traktowany jak inni funkcjonariusze danej formacji. Jego przełożony nie może korzystać wobec niego z uprawnień przysługujących mu względem pozostałych funkcjonariuszy. Należy bowiem wykluczyć powierzanie mu pełnienia służby na innym stanowisku niż radcy prawnego.

2. Zważywszy na sygnalizowane wcześniej wątpliwości interpretacyjne i stosowaną w wielu urzędach praktykę w zakresie organizacyjnego usytuowania radców prawnych w strukturze organizacyjnej urzędów administracji, prowadząca do naruszenia norm gwarancyjnych niezależności i autonomii statusu rady prawnego w zhierarchizowanej strukturze organów administracji, oprócz *de lege lata* upowszechniania rozumienia art. 9 ust. 3 ustawy o radcach prawnych w sposób prezentowany w komentarzach do urp., *de lege ferenda* należy postulować zmianę obecnego brzmienia art. 9 ust. 3, co najmniej w zakresie zdania drugiego, poprzez jego usunięcie albo nadanie mu

brzmienia wynikającego z zaprezentowanej wykładni: „W organie państwowym radca prawny może być zatrudniony także w innej wyodrębnionej komórce lub jednostce organizacyjnej i podlegać jej kierownikowi w wypadku, gdy wykonuje pomoc prawną jedynie na rzecz tej komórki lub jednostki organizacyjnej”¹³⁴.

3. Przykładem nieadekwatności administracyjnoprawnego modelu zatrudnienia radców prawnych funkcjonariuszy są między innymi problemy związane z regulacją tzw. minimalnego wynagrodzenia radcy prawnego. Mechaniczne rozciągnięcie przepisów urp na stosunki służbowe, przy nieuwzględnieniu istotowej różnicy zachodzącej pomiędzy zobowiązaniowym stosunkiem pracy a publicznoprawnym stosunkiem służbowym, stanowi zasadnicze zarzewie licznych sporów w tym zakresie.

4. Autorzy Raportu sugerują również rozważenie, czy w obecnych realiach „rynku pracy”, w kontekście art. 22⁴ ust. 1 urp nie byłoby właściwe określenie „minimalnego” wynagrodzenia radcy prawnego pozostającego w stosunku pracy nie przez odniesienie tego wynagrodzenia do wynagrodzenia głównego specjalisty, ale np. do przeciętnego wynagrodzenia u danego pracodawcy czy też do przeciętnego wynagrodzenia w gospodarce narodowej.

5. Zdaniem Autorów Raportu zasadne jest podjęcie działań zmierzających do zabezpieczenia interesów radców prawnych wykonujących zawód w stosunku pracy oraz w stosunku służbowym, przez wyeliminowanie z urp. przesłanki nabycia prawa do dodatkowego wynagrodzenia w postaci ściągnięcia zasądzonych kosztów zastępstwa sądowego. Ewentualna zmiana przepisów urp pozwoliłaby na wyeliminowanie aksjologicznych wątpliwości w związku z przerzuceniem na radcę prawnego, który wykonał swoje obowiązki z należytą starannością, ryzyka skutecznego wyegzekwowania zasądzonych kosztów zastępstwa sądowego¹³⁵.

6. W powyższym zakresie, sugerowanym rozwiązaniem jest skorzystanie przez kompetentne organy samorządu zawodowego radców prawnych z uprawnień o charakterze sygnalizacyjnym w stosunku do podmiotów określonych w art. 118 ust. 1

¹³⁴ Uwaga pod poz. 2 jest wyrazem akceptacji twórców Raportu poglądu Przemysława Mijala – Dziekana Rady OIRP w Szczecinie,

¹³⁵ Ubocznie trzeba zauważyć, że podobne sugestie wynika z treści Stanowisko OBSiL z 13 października 2018 r., w sprawie warunków wynagradzania radców prawnych zatrudnionych w administracji skarbowe.

Konstytucji Rzeczypospolitej, celem podjęcia działań inicjatywnych, zmierzających do wprowadzenia stosownych zmian legislacyjnych.

Część V

MATERIAŁY ŹRÓDŁOWE

Akty normatywne

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

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 917 ze zm.);

Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1870 ze zm.).

Ustawa z dnia 16 września 1982 r., o pracownikach urzędów państwowych (t.j. Dz. z 2018 r., poz. 1915);

Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. o zmianie ustawy - Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych ustaw, (Dz. U. Nr 20, poz. 107);

Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2067 ze zm.);

Ustawa z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 189);

Ustawa z dnia 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 75, poz. 471);

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa; (t.j. Dz. U. poz. 2018 r. ze zm.);

Ustawa z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw (t.j. Dz. U. z 2018 r, poz. 2288 ze zm.);

Ustawa z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 173 ze zm.);

Ustawa z 14 listopada 2003 r. o zmianie ustawy Kodeksu pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 213 poz. 2081.);

Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz.1265 ze zm.);

Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (t.j. z 2018 r., poz. 1260 ze zm.);

Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r., o służbie cywilnej (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1559);

Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz. U. z 2018 r. poz. 1542 ze zm.);

Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247);

Dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, L 255/22);

Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 października 2001 r. w sprawie rozkładu czasu służby policjantów (Dz. U. Nr131, poz. 1471 ze zm.);

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 października 2003 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 935);

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 kwietnia 2003 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 86, poz.793);

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 października 2003 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 935);

Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 września 2006 r., w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 174, poz. 1248);

Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 września 2006 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 174, poz. 1249);

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 listopada 2006 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego (Dz. U. Nr 203, poz. 1496);

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 kwietnia 2007 r. w sprawie czasu pracy pracowników urzędów administracji rządowej (Dz. U. Nr 76, poz. 505 ze zm.);

Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych (Dz.U.2008.122.786 ze zm.);

Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 28 grudnia 2016 r. w sprawie stawek uposażenia zasadniczego żołnierzy zawodowych (Dz.U.2016.2278);

Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20 września 2018 r. w sprawie rozkładu czasu służby funkcjonariuszy Służby Ochrony Państwa (Dz.U.2018.1820).

Załącznik do uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 22 listopada 2014 r. Kodeks Etyki Radcy Prawnego;

Załącznik do uchwały Nr 94/IX/2015 Krajowej Rady Radców Prawnych z 13 czerwca 2015 r. w sprawie Regulaminu wykonywania zawodu radcy prawnego.

Literatura

Bereza A. (red.) *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, Warszawa 2015;

W. Boć, *Status prawny notariusza*, Wrocław 2010;

Ciupa S. W., *Umowa oświadczenie pomocy prawnej*, w: *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2015;

Duraj T., *Tradycyjne ujęcie pracowniczego podporządkowania – wybrane problemy prawne*, Studia Prawno-Ekonomiczne, t. LXXXIII, 2011;

Dębowska-Mierzwa J., *Świadczenie pracy przez radcę prawnego w świetle ustawy o służbie cywilnej*, „Temidium” 2018, s. 4 [dostęp 21. 12. 2018.];

Goździewicz G. (red.) *System prawa pracy. Tom II Indywidualne prawo pracy. Część ogólna*, Warszawa 2017;

Hauser R., Niewiadomski Z., Wróbel A. (red). *System, prawa administracyjnego. Tom 4*, Warszawa 2012;

Jacyszyn J., *Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce*, Warszawa 2004 ;

Jacyszyn J., *Przedsiębiorca a wolny zawód*, Rejent 2013 r., nr 10;

Jacyszyn J., *„Wolny zawód” – anachronizm czy istotne pojęcie prawne*; Przegląd Prawa Handlowego 2015, nr 11;

A. Kidyba (red.), *Spółka partnerska*; Warszawa 2013;

Kidyba A., *Radca prawny : zawód wolny, regulowany czy przedsiębiorca ?*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2014, nr 1;

Kidyba A., *Wolny zawód w Kodeksie spółek handlowych. Prawda czy mit?*, Rejent 2014 nr 11;

Klatka Z., Łoziński J., *Status prawny radcy prawnego jako pracownika*, „Monitor Prawa Pracy” 2005, nr 3;

Liszczyński T., *Prawo pracy*, Warszawa 2018 ;

- Liszczy T., *Podporządkowanie pracownika a kierownictwo pracodawcy – relacja pojęć*, w: Z. Góral Z. (red.) *Z zagadnień współczesnego prawa pracy. Księga jubileuszowa prof. . Lewandowskiego*, Warszawa 2009;
- Kwiatkowska-Fałęcka E., *Historia legislacji zasad wykonywania zawodu i zasad etyki radcy prawnego*, w: *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2015;
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006;
- Niedziński T., *Zatrudnienie radcy prawnego w jednostce samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne” 2014, nr 5;
- Sarapata A. (red.), *Socjologia zawodów*, Warszawa 1965, s 55;
- Sarnecki P., *Opinia w sprawie wykładni art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, "Przegląd Sejmowy" 2001, nr 2;
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 17*, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom IV*, red. L. Garlicki, Warszawa 2005;
- Scheffler T.(red.), *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 2018;
- Stoga K, Szubielska D., *Dwugłos radców prawnych dotyczący statusu radcy prawnego*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2015 nr 3;
- Smarż J., *Samorząd zawodowy inżynierów budownictwa jako samorząd zaufania publicznego*, Lublin 2013;
- Tabernacka M., *Pojęcie zawodu zaufania publicznego*, Przegląd Prawa i Administracji; 2004. T. LXII;
- Wiatr ., *Spółczeństwo. Wstęp do socjologii systematycznej*; Warszawa 1976;
- Wieczorek M., *Charakter prawny stosunków służbowych funkcjonariuszy służb mundurowych*; Toruń 2017 ;
- Wojtczak K., *Zawód i jego prawna reglamentacja*, Poznań 1999;
- Zieliński T. (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2000;
- Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*; Materiały z konferencji zorganizowanej przez Komisję Polityki Społecznej i Zdrowia Senatu RP przy współudziale Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej pod patronatem Marszałka Senatu RP Longina Pastusiaka 8 kwietnia 2002 r.; ww2.senat.pl/k5/agenda/seminar/a/020408.pdf.

Orzecznictwo

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 1995 r., K 19/95; OTK 1995/3/16.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 października 1999 r., SK 4/99; OTK 1999/6/119.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 maja 2002 r. SK 20/00; OTK-A 2002/3/29.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02; OTK-A 2003/1/4.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02; OTK-A 2004/2/9.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03; OTK-A 2004/4/31.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 lipca 2007 r., K 41/05; OTK-A 2007/7/72.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 grudnia 2014 r.; K 52/13; LEX nr 1633060.

Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1992 r., I PZP 47/92; OSNC 1993/4/47.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1983 r., III PZP 53/83; OSNCP Nr 8/1984 poz. 127; OSPiKA Nr 11/1985.

Wyrok Sądu Najwyższego z 26 marca 1998 r., sygn. akt I PKN 3/98; OSNP 1999/6/200.

Wyrok Sądu Najwyższego z 3 listopada 1997 r., sygn. akt I PKN 335/97; OSNP 1998/17/499.

Wyrok Sądu Najwyższego z 7 września 1999 r., sygn. akt I PKN 277/99; OSNP 2001/1/18.

Wyrok Sądu Najwyższego dnia 10 marca 2005 r. II PK 232/04, LEX nr 603166.

Wyrok Sądu Najwyższego z 18 maja 2006 r., III PK 22/06; OSNP Nr 9-10/2007, poz. 132.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2006 r., II SA/Wa 1489/06; LEX nr 284471.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2007 r., II PK 180/06; OSNP 2008/3-4/36.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja z dnia 24 maja 2007 r., II PK 308/06; LEX nr 898856.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 sierpnia 2007 r., I PK/07; LEX nr 884966.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2008 r., I PK 70/08; OSNP 2010/5-6/65.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 września 2009 r.; I OSK 1494/08, LEX nr 595166.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 września 2009 r.; sygn. akt I OSK 1493/08, LEX nr 595165.

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2009 r., I BP 6/09; OSNP 2011/5-6/72.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 grudnia 2009 r., VIII SA/Wa 602/09; LEX nr 583663.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2010 r., II SA/Wa 1386/10; LEX nr 755181.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 14 grudnia 2010 r., sygn. akt. I PK 117/10; OSNP 2012/5-6/59.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2010 r., II SA/Wa 1386/10; LEX nr 755181.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 6 lipca 2011 r., II PK 17/11; OSNP 2012/17-18/218.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 września 2011 r., I OSK 457/11; LEX nr 1068518.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 listopada 2011 r., I OSK 664/11; LEX nr 1149414.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2012 r., I PK 88/11; LEX nr 1129308.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 2012 r., sygn. akt II PK 113/11; OSNP 2013/1-2/5.
- Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2012 r. I OSK 655/12; LEX nr 1334596.
- Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2012 r., I OSK 401/12; LEX nr 133234.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2013 r., III PK 4/13; OSNP 2014/10/142.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2013 r., II P, 213/13; LEX nr 1425464,
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 26 lutego 2014 r., sygn. akt II S.A./WA 1439/13; LEX nr 1579967.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 marca 2014 r., I OSK 475/13; LEX nr 1494740;
- Wyrok Sądu Najwyższego z 13 marca 2014 r. sygn. akt. I PK 181/13; OSNP 2015/6/76.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2014 r., II PK 174/13; LEX nr 1455230.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 5 marca 2015 r., sygn. akt III PK 109/14; LEX nr 1666025.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 22 marca 2016 r., sygn. akt I PK 100/15, LEX nr 2019497.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 czerwca 2016 r.; II PK 180/06; OSNP 2008/3-4/36.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 20 kwietnia 2017 r., II SA/Sz 1213/15; LEX nr 2297063.

Inne

Pismo wiceprezesa Krajowej Rady Radców Prawnych A. Berezy z 11 grudnia 2013 r., L. dz. 6015/ OBSiL/2013;

Pismo wiceprezesa Krajowej Rady Radców Prawnych A. Berezy z 3 marca 2014 r., L. dz. /OBSiL/2014;

Pismo wiceprezesa Krajowej Rady Radców Prawnych A. Berezy z 10 kwietnia 2015 r., L. dz. 8027/OBSiL/2015;

Pismo Szefa Służby Cywilnej Claudii Torres-Bartyzel z 10 czerwca 2015 r., DSC.17-90[5]/15MD.MSz.;

Stanowisko OBSiL z 12 listopada 2015 r. dotyczące statusu radców prawnych zatrudnionych u pracodawców objętych poszczególnymi pragmatykami służbowymi (ze szczególnym uwzględnieniem ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych);

Opinia OBSiL z 20 kwietnia 2017 r. w sprawie obowiązku zasięgnięcia opinii, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy o radcach prawnych przy typowaniu radcy prawnego do rozwiązania z nim stosunku pracy za wypowiedzeniem, w sytuacjach gdy przyczyną rozwiązania stosunku pracy jest likwidacja jednego ze stanowisk pracy radcy prawnego;

Opinia OBSiL z 30 listopada 2017 r. dotycząca radców prawnych będących członkami korpusu służby cywilnej;

Opinia OBSiL z 30 marca 2018 r. w sprawie normatywnych podstaw regulacji czasu pracy radców prawnych pełniących służbę na podstawie administracyjnoprawnego stosunku służbowego;

Stanowisko OBSiL z 13 października 2018 r., w sprawie warunków wynagradzania radców prawnych zatrudnionych w administracji skarbowej.