

**Trybunał Konstytucyjny**al. Szucha 12a  
00-918 Warszawa

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY R I A	
wpi. dnia	21. 12. 2012
L.dz	..... L. zał. ....

**Skarżący:****M            S**

adres w aktach sprawy

sygn. akt SK 21/12

**PISMO PROCESOWE SKARŻĄCEGO**

W związku ze stanowiskiem Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej zawartym w piśmie z dnia 27 września 2012 roku oraz stanowiskiem Prokuratora Generalnego zawartym w piśmie z dnia 10 października 2012 roku, na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 roku o Trybunale Konstytucyjnym, w imieniu własnym oświadczam, że podtrzymuję dotychczasowe stanowisko zawarte w skardze konstytucyjnej z dnia 4 grudnia 2009 roku oraz argumenty podniesione w pismach procesowych.

Skarżący nie podziela przedstawionego przez Marszałka Sejmu merytorycznego stanowiska w sprawie. W pierwszej kolejności skarżący podnosi, że nabyte już prawo do corocznego płatnego urlopu (urlopu wypoczynkowego, urlopu dodatkowego i ich rekompensaty) gwarantowane jest wprost w przepisach Konstytucji oraz prawa unijnego, zostało unicestwione na podstawie zaskarżonego przepisu, gdyż wbrew przepisom Konstytucji w ustawie o ABW nie ustanowiono przepisu ograniczającego w całości lub części nabyte prawo do urlopu i jego rekompensaty. Zakładając racjonalność działania ustrojodawcy, należy przyjąć, że niedookreślenie warunków możliwości ograniczenia tego prawa jest świadomym działaniem i nie daje podstaw dla ustawodawcy do ustanowienia możliwości ograniczania w całości tego nabytego już prawa w przepisach ustaw zwykłych, tym bardziej ograniczenie w całości poprzez nieuregulowanie sprawy w ustawie o ABW(urlop dodatkowy) lub poprzez wnioskowanie *a contrario* (urlop wypoczynkowy). Z tego powodu zaskarżony przepis jest sprzeczny z postanowieniami Konstytucji i prawa unijnego. Z poglądów naczelnych i centralnych organów władzy państwowej wyrażonych podczas uzgodnień międzyresortowych w trakcie prac rządowych nad projektem stanowiska Rządu do senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (publ. druk sejmowy nr 387; strona internetowa bip.msw.gov.pl) jednoznacznie wynika, że przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 128 ustawy o ABW *nie zapewnia spójności systemu prawnego RP.*

Ponadto, ustanawiając tożsame przepisy o możliwości zwolnienia ze służby - podczas uchwalania w 2006 roku pakietu ustaw związanych ze Służbą Kontrwywiadu Wojskowego i Służbą Wywiadu Wojskowego (dalej: SKW i SWW) – doprowadzono do skutku prawnego związanego ze zwolnieniem ze służby w postaci zniweczenia w całości nabytego już konstytucyjnego prawa do urlopu; ustawodawca wprowadził w dwóch

ustawach (ustawa o ABW, SKW i SWW) wyjątek niezajdujący systemowego uzasadnienia na tle obowiązujących przepisów ustawowych służb mundurowych, jak również prawa pracy regulujących prawo do urlopu i jego ekwiwalentu. Ani Konstytucja, ani przepisy pozostałych ustaw służb mundurowych, jak również Kodeks pracy nie przewidują bowiem możliwości wygaśnięcia nabytego prawa do urlopu i jego ekwiwalentu w przypadku rozwiązania stosunku pracy lub służbowego w analogicznej sytuacji prawnej jak u skarżącego. Prowadzi to do niczym nieuzasadnionego zróżnicowania procedury – w niniejszej sprawie jej braku - w nabywaniu prawa do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, w tym prawa do ekwiwalentu za urlop i odprawy emerytalnej, przez co różnicuje sytuację pracowników i funkcjonariuszy zwalnianych z pracy(służby). Ustawodawca naruszył tym samym zasadę zaufania do państwa oraz zasadę ochrony praw słusznie nabytych, wynikające z art. 2 w związku z art. 60 Konstytucji oraz naruszył wynikający z art. 31 ust. 3 wymóg ustawowego ograniczenia prawa do urlopu oraz zakaz naruszania istoty konstytucyjnego prawa do urlopu. Wbrew stanowisku Marszałka Sejmu przedstawionym na stronie 9 pisma, powołany przepis art. 128 ust. 1 ustawy o ABW nie reguluje sytuacji skarżącego, bowiem nie ma zastosowania do funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. Treść przepisu art. 128 ust. 1 ustawy o ABW jest jasna i nie wymaga wykładni, bowiem przepis przyznaje prawo do świadczeń pieniężnych enumeratywnie wymienionej grupie funkcjonariuszy. Jak wskazano powyżej nabyte przez funkcjonariusza ABW i AW prawo do urlopu jak i prawo do ekwiwalentu za niewykorzystany urlop nie zostało w ustawie o ABW w żadnym zakresie ograniczone. Samo zaś zastosowanie zaskarżonego przepisu powoduje unicestwienie konstytucyjnego prawa do corocznego płatnego urlopu. Tym samym twierdzenia Marszałka Sejmu jakoby kwestie wypłaty ekwiwalentu i odprawy regulował art. 128 ust. 1 ustawy o ABW, należy uznać za nietrafne i zaprzeczające własnym pracom ustawodawczym przed parlamentem, bowiem to właśnie ustawodawca w trakcie aktualnych prac nad przepisem art. 128 ustawy o ABW uznał, że przepis ten nie normuje sprawy ekwiwalentu dla funkcjonariuszy zwalnianych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. (publ. druk senacki nr 27, druk sejmowy nr 387; strona internetowa [bip.msw.gov.pl](http://bip.msw.gov.pl)) Zasada poprawnej legislacji została naruszona przez to, że ustawodawca wprowadził, jakie skutki(sankcje) wywołuje zwolnienie na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW – poprzez nieprzyznanie (ograniczenie w całości) nabytych już praw do świadczeń na zasadzie wnioskovania *a contrario*, w tym nieprzyznanie konstytucyjnego i unijnego prawa do urlopu nabytego na podstawie przepisów wyższej rangi niż ustawa lub poprzez techniczny zabieg nieuregulowania w ustawie o ABW sprawy ograniczeń nabytych już praw (ekwiwalent za urlop dodatkowy) - jednakże w trakcie pośpiesznych prac ustawodawczych w 2006 roku zapomniał o obowiązkach uchwalenia w ustawach o ABW, SWW i SKW przepisu określającego ustawowy nakaz postępowania tj. stawiennictwa przed komisją lekarską oraz uchwalając zaskarżony przepis zapomniał o obowiązku implementacji art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88<sup>1</sup>. Skarżący jeszcze raz podnosi, iż system prawny służb mundurowych tym zakresie jest spójny, wyjątki powyżej wskazane dotyczą wyłącznie pośpiesznych prac ustawodawczych w trakcie uchwalania w 2006 roku pakietu ustaw związanych z SKW i SWW i nie znajdują oparcia systemowego w pozostałych przepisach służb mundurowych.

1

Art. 7 ust. 1 i 2 w związku z art. 17 dyrektywy nr 2003/88 Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji pracy (Dz. Urz. UE L Nr 299, s. 9; dalej: dyrektywa 2003/88). Dyrektywa 2003/88 weszła w życie w dniu 2 sierpnia 2004r. i zastąpiła dyrektywę Rady 93/104/WE z dnia 23 listopada 1993 r. dotyczącą niektórych aspektów organizacji czasu pracy. Artykuł 7, przyjęty został w niezmienionej formie z poprzedniej dyrektywy. Art. 7 w związku z art. 17 dyrektywy 2003/88 nie należy do przepisów, od których dyrektywa dopuszcza odstępstwa. Szerzej: Monitor prawniczy nr 3/2009 r.

W ocenie Marszałka Sejmu przepis art. 59 ust. 1 ustawy o ABW ustanawia obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską *w celu określenia jego stanu zdrowia*, zarówno z urzędu jak i na własną prośbę, za naruszenie którego można zwolnić ze służby na podstawie zaskarżonego przepisu. Zatem, zgodnie z rozumowaniem Marszałka przepis o obowiązku stawiennictwa już istniał, tylko został uzupełniony o sankcję za jego niewykonanie. Skarżący nie podziela powyższego poglądu, wskazuje jednocześnie na przeciwne wnioski wypływające z analizy tożsamyh unormowań obowiązujących od 1990 roku w ustawach o Policji, Urzędzie Ochrony Państwa i Straży Granicznej (Dz. U. nr 30 i 78 z 1990 r.). W tym kontekście należy wskazać, że analiza jasnej treści przepisu ustawowego *o kierowaniu do komisji lekarskiej z urzędu lub na własną prośbę*, sposobu i ewolucji unormowań obowiązku stawienia się przed komisją lekarską w powołanych służbach mundurowych, prowadzi do wniosku, że racjonalny ustawodawca uchwalając w 2002 roku ustawę o ABW odstąpił od uregulowania ustawowego obowiązku stawiennictwa oraz ustawowego obowiązku poddania się badaniom przed komisjami lekarskimi. Ustawa o ABW nie wprowadziła zmian, w stosunku do ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa, w unormowaniu *o kierowaniu do komisji lekarskiej*. W ustawie o UOP sprawę obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską regulowało rozporządzenie wykonawcze. Zaprezentowana w niniejszym piśmie analiza doktryny oraz orzecznictwa sądów administracyjnych na tle tożsamego uregulowania zawierającego zwrot: *skierowanie do komisji lekarskiej z urzędu lub na własną prośbę* we wszystkich służbach mundurowych pozwala na konkluzję, że przepis art. 59 ust. 1 ustawy o ABW jest przepisem o charakterze proceduralnym. W demokratycznym państwie prawnym każdy funkcjonariusz służb mundurowych powinien założyć, że ten sam przepis każdej ustawy pragmatycznej będzie w sposób jednolity stosowany w odniesieniu do wszystkich funkcjonariuszy znajdujących się w podobnej sytuacji prawnej. Ten sam przepis prawa obowiązujący we wszystkich służbach mundurowych „*o kierowaniu na komisję lekarską z urzędu lub na własną prośbę*” jest bowiem prawem obowiązującym w równym stopniu wszystkich funkcjonariuszy służb mundurowych, a jego zastosowanie nie może być uzależnione od „prekursorskiego” kierunku wykładni przyjętej przez Marszałka Sejmu w niniejszej sprawie.

W tym kontekście należy zauważyć, że uznanie stanowiska Marszałka Sejmu spowoduje rażące załamanie zasady racjonalnego ustawodawcy oraz zasady poprawnej legislacji, gdyż ze wszystkich służb mundurowych, jedynie w ustawie o ABW przepis art. 59 ust. 1 *o skierowaniu na komisję lekarską z urzędu lub na własną prośbę* w przyszłości będzie odczytywany jako zawierający obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską. Niewątpliwie przepis art. 59 ust. 1 ustawy o ABW jako przepis prawa procesowego wskazuje na czynności procesowe powodujące wszczęcie postępowania orzeczniczego przed komisją lekarską ABW. Żądanie wszczęcia postępowania jest wnioskiem o rozstrzygnięcie określonej sprawy z zakresu materialnego prawa. Zatem wskazany przepis przyznaje prawo do wystąpienia z wnioskiem o badania lekarskie przed komisją lekarską właściwej Agencji wszystkim funkcjonariuszom ABW i AW. Tym samym daje funkcjonariuszowi prawo do wystąpienia z żądaniem „*prośbą*” o skierowanie do komisji lekarskiej, natomiast organowi obowiązek wystawienia takiego skierowania. Podkreślić należy, że treść żądania znajduje oparcie w przepisach prawa materialnego – art. 45 ust. 1 i 2 ustawy o ABW, wyłącznie w zakresie ustalenia zdolności funkcjonariusza do służby. Uszło uwadze, że przepis art. 45 ust. 3 ustawy o ABW o zasadach określania stanu zdrowia funkcjonariusza przez komisje lekarskie nie wyszedł poza uzgodnienia międzyresortowe. Nieuchwalenie przez parlament tego przepisu w ustawie o ABW spowodowało, iż nie wydano przepisów wykonawczych. W konsekwencji komisje lekarskie obu Agencji w zakresie *określenia jego stanu zdrowia* nie są władne do wszczęcia postępowania orzeczniczego, wzywania na badania lekarskie i wydania orzeczeń w sprawie. Reasumując przedstawione w piśmie z dnia 27 września 2012 r. wywody

Marszałka Sejmu, sprowadzają się one do następującej konstatacji: przepis art. 59 ust. 1 ustawy o ABW wyposaża właściwy (ustawowo nieokreślony, por. ust. 2 art. 59) organ Agencji w prawo podejmowania decyzji (skierowania na komisję) na podstawie swobodnego uznania, które jest uznaniem dowolnym i nieograniczonym (arbitralnym) żadnym innym przepisem ustawowym m. in. w zakresie uregulowania ustawowego normującego określenie stanu zdrowia funkcjonariusza przed ustawowo (niedookreślona) komisją lekarską. Skarżący zwraca uwagę, że art. 59 ustawy o ABW nie reguluje ważnej kwestii proceduralnej związanej z odmową wydania skierowania, gdy np. pochodzi od osoby niebędącej stroną (funkcjonariuszem) lub z jakichkolwiek innych przyczyn postępowanie orzecznicze nie może być wszczęte, np. gdy wniosek o wszczęcie dotyczy określenia stanu zdrowia przed komisją lekarską ABW. Stanowisko Marszałka Sejmu faktycznie różnicuje sytuację funkcjonariuszy wszystkich służb mundurowych znajdujących się obiektywnie w tej samej sytuacji (będących skierowanymi do komisji lekarskiej), w zależności od tego, w jakiej służbie mundurowej służą i w zależności od tego jaki kierunek wykładni rozszerzającej jasnego przepisu zostanie przyjęty przez organ lub Marszałka Sejmu w danej sprawie. W zależności również od celu wystawienia skierowania, a więc czy skierowanie dotyczy oceny zdolności do służby, czy ustalenia stanu zdrowia. Jednocześnie podważa to bezpieczeństwo prawne funkcjonariuszy wszystkich służb mundurowych w tym szczególnie służb specjalnych, co jest sprzeczne z zasadą ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, bowiem ten sam przepis każdej ustawy pragmatycznej powinien być w sposób jednolity stosowany w odniesieniu do wszystkich funkcjonariuszy znajdujących się w podobnej sytuacji prawnej. Gwarancje stabilności stosunku służbowego funkcjonariuszy, zwłaszcza funkcjonariuszy służb specjalnych spełniają ważną rolę ustrojową, bowiem stanowią jedną z gwarancji politycznej neutralności i stabilności służb specjalnych i są czynnikiem ograniczającym instrumentalne ich wykorzystywanie dla celów politycznych.

Wbrew stanowisku Marszałka Sejmu, sprawę kierowania do komisji lekarskiej ABW oraz organu nie regulują przepisy ustawy o ABW lecz regulują przepisy rozporządzenia wykonawczego, wydane w tym zakresie bez ustawowego upoważnienia. (por. rozwiązania prawne przyjęte w art. 4 ust. 2, art. 4 ust. 4 pkt 1 i 2 oraz art. 4 ust. 5 pkt 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy SKW i SWW; oraz art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 2 pkt 1 i art. 5 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz. U. nr 179, poz. 1750 ze zm.). Uszło również uwadze Marszałka Sejmu, że w rozdziale 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 kwietnia 2003 r. w sprawie oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz. U. Nr 888, poz. 809 ze zm., dalej: rozporządzenie z 15 kwietnia 2003r.) zostały unormowane sprawy związane z *kierowaniem do komisji lekarskich*. Zakres spraw przekazanych do uregulowania w rozporządzeniu wykonawczym został jednoznacznie określony w art. 45 ust. 2 ustawy o ABW, zakres ten nie obejmuje: obowiązku stawiennictwa przed komisją lub obowiązku poddania się badaniom komisyjnym, nie obejmuje także orzekania w celu określenia stanu zdrowia, bowiem przepis ten jasno stanowi, że *„Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzeń, odrębnie dla każdej Agencji, zasady oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby w Agencji, a także tryb orzekania o tej zdolności oraz właściwość i tryb postępowania komisji lekarskich w tych sprawach.”* Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt b rozporządzenia z 15 kwietnia 2003 r. do regionalnej komisji lekarskiej kieruje funkcjonariusza - *pełniącego służbę w Centralnym Ośrodku Szkolenia ABW oraz delegaturach ABW - kierownik jednostki organizacyjnej*. Przy czym – w myśl § 6 ust. 1 pkt c *funkcjonariusza pełniącego służbę w pozostałych jednostkach organizacyjnych kieruje kierownik jednostki organizacyjnej właściwej w sprawach osobowych*. Zarówno wskazane rozporządzenie, jak i ustawa o ABW oraz statut ABW nie określiły pojęcia

„kierownika jednostki organizacyjnej właściwej w sprawach osobowych” Przypomnieć jedynie należy, iż statut Agencji zdefiniował jednostki organizacyjne ABW (por. zarządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie nadania statutu Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (MP Nr 26, poz. 432 ze zm.). Wprowadzie statut Agencji nie ustanawia wspomnianego kierownika właściwego w sprawach osobowych, jednakże dla celów niniejszego postępowania należy przyjąć, że idzie tutaj o dyrektora biura kadr ABW, gdyż w Agencji Wywiadu zdefiniowano to stanowisko jako „kierownik jednostki organizacyjnej AW właściwej w sprawach kadrowych” (por. stan faktyczny przedstawiony w uzasadnieniu wyroku WSA w W o sygn. )

Reasumując, z przepisów ustawowych określających prawa i obowiązki funkcjonariusza ABW i AW nie wynika w sposób jednoznaczny ustawowy obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską, jak również nieuregulowano ustawowo organu właściwego do kierowania do komisji lekarskiej w celu określenia stanu zdrowia, gdyż z brzmienia ust. 2 art. 59 wynika, że organem kierującym nie jest Szef Agencji. Natomiast z przepisów rozporządzenia wykonawczego w sprawie oceny zdolności do służby w Agencji wynika, że do komisji kieruje dyrektor biura kadr ABW z załamaniem kardynalnej zasady hierarchicznego podporządkowania i bez ustawowego upoważnienia do działania. Stanowisko Marszałka Sejmu zaprezentowane w piśmie jest nieuzasadnione i sprowadza się do tezy, iż do komisji lekarskiej ABW może kierować bliżej nieokreślony ustawowo kierownik jednostki organizacyjnej, jednocześnie nieskrepowany ustawowo w zakresie sposobu i trybu kierowania na badania w celu określenia stanu zdrowia. Ponadto przy takim założeniu i pełnej akceptacji Marszałka Sejmu zaskarżony przepis może stać się środkiem zwalniania niewygodnych funkcjonariuszy, czy też po prostu szykanowania.

Ze względu na rygory związane z kontrolą konstytucyjności prawa w trybie skargi konstytucyjnej kwestionuję tylko treści normatywne zawarte w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, które kształtowały moją sytuację prawną. A zatem, należy podnieść, iż niniejsza skarga konstytucyjna skierowana została przeciwko przepisowi i nie wszczyna postępowania abstrakcyjnego, tylko toczy się na tle rzeczywistej sprawy. Wbrew opinii Marszałka Sejmu w niniejszej sprawie nie chodzi o obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską wynikający z wystawienia skierowania do komisji, ale o obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską wynikający z wezwania komisji i tylko w celu ustalenia stanu zdrowia. Przypomnieć należy, że w niniejszej sprawie Dyrektor Biura Kadr ABW wystawił i przesłał skierowanie do komisji lekarskiej ABW, która wezwała (zawiadomiła) skarżącego o wyznaczeniu terminu badań lekarskich. Skarżący na wyznaczone przez komisje terminy nie stawiał się, gdyż uważa, iż po pierwsze, usprawiedliwił niestawiennictwo zgodnie z przepisami obowiązującymi w ABW oraz po drugie, komisja lekarska ABW nie ma ustawowych uprawnień do żądania (wyznaczania) stawiennictwa na badania lekarskie przed komisją lekarską ABW w celu określenia stanu zdrowia. Za naruszenie tych obowiązków zwolniono skarżącego na podstawie zaskarżonego przepisu. Sąd Wojewódzki orzekł, że „*Jak wynika z akt postępowania, skarżący został skierowany na badania w celu określenia stanu zdrowia dwukrotnie(...)*” Natomiast Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) wyraził pogląd: „*Bezsporne jest w sprawie, iż na prośbę skarżącego zostało wystawione skierowanie do regionalnej komisji lekarskiej celem określenia jego stanu zdrowia.*” Zaznaczyć należy, że materialną podstawę do działania komisji lekarskich ABW stanowią przepisy § 4 pkt 2 i § 12 ust. 1 rozporządzenia z 15 kwietnia 2003 r. jednakże w zakresie ustalenia zdolności do służby. Zgodnie z tymi przepisami *regionalne komisje lekarskie są właściwe w zakresie badań lekarskich i wydawania orzeczeń w sprawach zdolności fizycznej i psychicznej do służby w ABW. Komisja lekarska ABW przeprowadza badanie lekarskie osoby skierowanej i sporządza protokół badania komisji lekarskiej.* NSA w sprawie skarżącego orzekł, że *okolniczości*

faktyczne sprawy są bezsporne, gdyż skarżący, prawidłowo zawiadomiony, **(przez komisję lekarską – uwaga własna)** nie stawiał się co najmniej dwukrotnie na wezwanie komisji lekarskiej, a jego nieobecność nie została usprawiedliwiona. (cyt. za str. nr 5 pisma Marszałka) Przedmiotem orzeczenia komisji lekarskiej ABW jest wyłącznie określenie zdolności kandydata i funkcjonariusza do służby i ustalenie kategorii tej zdolności. Tylko w tym zakresie komisje lekarskie wydają orzeczenia. Nadmienić należy, że do prac komisji lekarskich nie mają zastosowania przepisy k.p.a., bowiem rozporządzenie z 15 kwietnia 2003 r. określa zakres i tryb działania komisji oraz określa podstawę wydawanych przez te komisje orzeczeń. Powołane rozporządzenie nie reguluje kwestii określenia stanu zdrowia funkcjonariusza ABW, a zatem komisja nie może orzekać w przedmiocie, które nie wynika wprost z konkretnych przepisów prawa. W tym stanie sprawy stanowisko Marszałka, że przepis art. 59 ust. 1 ustawy o ABW zawierał normę obowiązku stawienia na badania lekarskie przed komisją lekarską należy uznać za chybiony. Pogląd Marszałka Sejmu - wyrażony na tle niniejszej sprawy – jakoby art. 59 ust. 1 ustawy o ABW jako przepis prawa procesowego zawiera obowiązek stawienia na badania przed komisją lekarską, w rażący sposób ignoruje podstawowe założenia państwa prawa, w tym zasadę racjonalnego ustawodawcy, gdyż do tożsamego unormowania znajdującego się we wszystkich służbach mundurowych o *kierowaniu do komisji z urzędu lub na własny wniosek*, ustawodawca w trzech ustawach pragmatycznych dodał nowy (ustęp) właśnie o obowiązku poddania się badaniom lekarskim przed komisjami resortowymi i powiązał go z możliwością zwolnienia ze służby za jego niewykonanie. Mając powyższe na uwadze skarżący podtrzymuje zarzut skierowany do zaskarżonego przepisy, iż nie został skorelowany ustawowym obowiązkiem stawienia się przed komisją lekarską w celu określenia stanu zdrowia, natomiast niewątpliwie wolą ustawodawcy było nieuregulowanie sprawy związanej poddaniem się badaniom lekarskim przed komisją lekarską ABW. W skrajnym przypadku, idąc tokiem rozumowania Marszałka Sejmu i przyjmując rozszerzającą wykładnię jasnego przepisu – może to stać się bardzo niebezpiecznym „precedensem” w przypadku służb specjalnych - nawet gdyby założyć, że istnieje wspomniany obowiązek ustawy stawienia, wywodzony z kilku przepisów ustawy o ABW, to jednakże w ustawie o ABW zapomniano o uregulowaniu właściwego organu władnego do nałożenia tego obowiązku. Zatem, kwestionowana regulacja oraz unormowania ustawy o ABW nie określają sposobu i trybu skierowania funkcjonariusza na badania „przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia.” Reasumując, tryb i zasady kierowania do komisji oraz wszczynania postępowań orzeczniczych i przeprowadzania badań komisyjnych „w celu określenia jego stanu zdrowia” nie regulują żadne przepisy. Powoduje to, że dyrektor biura kadr ABW wystawia skierowanie bez określenia terminu i miejsca stawienia się przed komisją lekarską „w celu określenia jego stanu zdrowia” i przesyła je do komisji lekarskiej ABW. Następnie komisja lekarska ABW - bez jakiegokolwiek ustawowego umocowania - wzywa funkcjonariusza do stawienia na badania. Właśnie za to niestawienie na komisyjne badania lekarskie wyznaczone przez komisję lekarską ABW zwalnia się ze służby w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego na podstawie zaskarżonego przepisu. Zdaniem skarżącego, o ile może to być dopuszczalne jako praktyka postępowania służbowego wewnątrz Agencji, to nie może stanowić konstytucyjnie dopuszczalnej praktyki działania organów Agencji, jako organów praworządowego państwa – nie uregulowanej żadnymi przepisami – uzasadniającej zwolnienie funkcjonariusza ze służby. Przenosząc powyższe ustalenia na grunt niniejszej sprawy podnieść należy, iż brak jest ustawowych kryteriów zwalniania ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt. 7 ustawy o ABW. Zatem skarżący podtrzymuje zarzut zawarty w skardze konstytucyjnej, iż zaskarżony przepis jest niezgodny z art. 60, art. 65 ust. 1 i art. 24 w związku z art. 65 ust. 1 Konstytucji, gdyż ustawodawca nie uregulował ustawowych kryteriów zwalniania ze służby. Tym samym konstrukcja ustawowa zaskarżonego przepisu przesądza o tym, że Szef Agencji

nieskrepowany merytorycznie postanowieniami ustawy w istocie zastępuje prawodawcę, może wyznaczać rzeczywiste granice prawa dostępu do służby publicznej.

Wbrew wywodom Marszałka Sejmu zawartym na stronie 12 pisma, analizując przyjęte rozwiązania w następujących służbach mundurowych: Policji i Państwowej Straży Pożarnej w porównaniu do Straży Granicznej, Służby Celnej i Więziennej system prawny służb mundurowych w zakresie trybu i sposobu kierowania do komisji lekarskich i obowiązku poddania się zleconym badaniom lekarskim przed komisjami w celu ustalenia zdolności do służby jest systemem spójnym. Wyróżnić tutaj można dwa rozwiązania: po pierwsze, policjant(strażak) jest zwalniany ze służby z powodu „upływu 12 miesięcy od dnia zaprzestania służby z powodu choroby”, pracownik cywilny jest zwalniany z pracy po upływie ok. 6 – 9 miesięcy. W przypadku choroby trwającej dłużej niż 30 dni, aby zostać dopuszczonym do służby(pracy) mają oni obowiązek przed podjęciem pracy uzyskać stosowane zaświadczenie lekarskie pozwalające na dopuszczenie do zajęć zawodowych. Brak tego zaświadczenia powoduje, iż nie można dopuścić do wykonywania pracy policjanta(strażaka) lub pracownika; co powinno skutkować zwolnieniem z pracy(służby). Natomiast w służbach mundurowych odmowa poddania się badaniom lekarskim przed resortową komisją lekarską funkcjonariusza „zdrowego” powoduje zwolnienie ze służby ze względu na „ważny interes służby” – z uzasadnieniem prawnym właśnie takim, jak na trzech pierwszych stronach pisma Marszałka, gdyż specyfika ich zdań jest związana z każdą ze służb. W tym przypadku przepisy o komisjach lekarskich ewoluują w kierunku przepisów z zakresu BHiP(por. art. 42 ust. 1, 1a i 2 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej). Na podstawie art. 42 ust. 1 ustawy strażak podlega okresowym profilaktycznym badaniom lekarskim. Zgodnie z ust. 2 powyższego art. strażak na badania może zostać skierowany z urzędu lub na własny wniosek. Zadaniem komisji lekarskiej jest dokonanie oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby lub związku przyczynowego poszczególnych schorzeń ze służbą. Okresowe profilaktyczne badania lekarskie zapewniają ochronę zdrowia strażaka oraz decydują o jego zdolności do prawidłowego wykonywania obowiązków służbowych (§ 1 i 2 rozporządzenia wykonawczego ws. BiHP). Ich brak skutkuje bowiem niedopuszczeniem strażaka do służby przez kierownika jednostki organizacyjnej Państwowej Straży Pożarnej. Jednocześnie podkreślić należy, iż zarówno przełożony ma prawo skierować z urzędu, jak i sam strażak może żądać skierowania na komisję lekarską w każdym czasie. Okresowe profilaktyczne badania lekarskie przeprowadza się na podstawie skierowania wydanego przez kierownika jednostki organizacyjnej Państwowej Straży Pożarnej, w której strażak pełni służbę, lub osobę przez niego upoważnioną. Skierowanie powinno być dostarczone strażakowi nie później niż 30 dni przed wyznaczonym terminem badań profilaktycznych. Zgodnie z § 2 rozporządzenia skierowanie na badania profilaktyczne, wystawiane są w dwóch egzemplarzach (pierwszy pozostaje w karcie badań, drugi - potwierdzony przez lekarza medycyny pracy, zwraca się z fakturą do kierującego na badania)

Po drugie, ww. trzech służbach (SG, SC i SW) przyjęto, że funkcjonariusz skierowany na komisję lekarską – przez przełożonego, gdyż tylko on może skutecznie wydać polecenie służbowe – ma ustawowy obowiązek poddania się badaniom zleconym przez komisję lekarską. Za naruszenie enumeratywnie wymienionych przesłanek ustawowych (obowiązek) można lub zwalnia się funkcjonariusza ze służby. W zależności od służby mundurowej odmiennie zdefiniowano czyny(obowiązki poddania się wskazanym badaniom lekarskim) których niewykonanie uprawnia organ do podjęcia decyzji o zwolnieniu ze służby. Nadmienić należy, iż w ustawie o ABW ustawodawca nie ustanowił analogicznego rozwiązania o obowiązku poddania się badaniom lekarskim przed komisją resortową.

Zaskarżony przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm., zwanej: ustawa o ABW), będący materialnoprawną podstawą wydanej decyzji (rozkazu o zwolnieniu), stanowi, że *funkcjonariusza można zwolnić ze służby w przypadku dwukrotnego niestawienia się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia*. Gramatyczna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że na jego podstawie może dojść do zwolnienia funkcjonariusza ABW i AW ze służby tylko wtedy, gdy dwukrotnie nie niestawił się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia. Oznacza to, że możliwość zastosowania cytowanego przepisu, jako prawnej podstawy zwolnienia funkcjonariusza ze służby, istnieje tylko wówczas, gdy co najmniej dwukrotnie nie stawiał się przed komisją lekarską i nie usprawiedliwił swojej nieobecności oraz został do komisji skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia. Zaskarżony przepis ustanawia zatem trzy przesłanki ustawowe, które muszą zostać spełnione łącznie aby zaistniała możliwość podjęcia decyzji o zwolnieniu ze służby. Pierwsza z tych przesłanek dotyczy więc procesu (trybu oraz wyznaczenia miejsca i daty stawienia przed komisją lekarską w celu określenia jego stanu zdrowia i związane z tym przepisy wykonawcze) kierowania do komisji (wydanie polecenia służbowego przez przełożonego) i związane z tym uregulowania ustawy o ABW. Druga zaś przesłanka dotyczy przepisów wykonawczych w zakresie postępowania określającego stan zdrowia przed komisjami lekarskimi w tym uprawnienia ustawowego komisji do wyznaczania i wzywania do stawienia się na badania przed komisją lekarską ABW, gdyż ustawa o ABW nie ustanowiła obowiązku poddania się badaniom lekarskim *przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia*. Natomiast trzecia wymagana przesłanka związana jest z usprawiedliwieniem niestawienia się, bowiem brak jest przepisów prawa materialnego w zakresie usprawiedliwiania nieobecności przed komisją; m. in. trybu, sposobu a zwłaszcza organu uprawnionego do dokonania usprawiedliwienia. Przechodząc od tych ogólnych spostrzeżeń na grunt niniejszej sprawy należy podnieść, iż ustawodawca nie uregulował żadnej z powyżej wskazanych przesłanek (kryteriów zwalniania ze służby) w ustawie o ABW. **Ustanowienie przez ustawodawcę w zaskarżonym przepisie, kryteriów niewynikających z uregulowań ustawowych powoduje, że przepis nie chroni przed arbitralnym działaniem dyskrecjonalnej władzy wykonawczej. Władza wykonawcza nieskrępowana przepisami ustawowymi, powołując się na zaskarżony przepis, w arbitralny sposób zastępuje prawodawcę.**

## **I. Otoczenie normatywne przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW**

1. Za chybione należy uznać poglądy Marszałka Sejmu o braku wątpliwości interpretacyjnych w stosunku do zaskarżonego przepisu, bowiem w sposób oczywisty przeciwne wnioski wypływają z wykładni systemowej wewnętrznej i zewnętrznej, zwłaszcza w odniesieniu ustaw pragmatycznych wszystkich służb mundurowych. „Przed wszystkim należy zauważyć, że art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW nie wzbudza wątpliwości na płaszczyźnie interpretacyjnej. (...) Skarżący nie wykazał też, żeby w tej materii istniały rozbieżności



*czy wątpliwości w orzecznictwie sądowym lub doktrynie. Wreszcie samo ratio legis regulacji, jak i jej zakres zastosowania wskazują, że decyzja ustawodawcy jest racjonalna i uzasadniona.*”

Odnosząc się do twierdzenia Marszałka Sejmu jakoby zaskarżony przepis nie wzbudzał jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, skarżący podtrzymuje swoje argumenty zawarte w skardze konstytucyjnej i pismach procesowych. W pierwszej kolejności należy podnieść istotną wątpliwość natury konstytucyjnej, bowiem racjonalny ustawodawca w dwóch służbach mundurowych unormował, że nie można zwolnić ze służby funkcjonariusza skierowanego do komisji lekarskiej na własny wniosek tym bardziej, iż wniosek może dotyczyć wyłącznie ustalenia stanu zdrowia funkcjonariusza, a więc prawa konstytucyjnie chronionego, dlatego tylko ten zarzut powinien zdecydować o stwierdzeniu niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu (naruszenie w sprawie skarżącego art. 60 i 68 ust 1 Konstytucji). Ponadto należy podkreślić, że zwroty: *do której został skierowany oraz niestawienia się bez usprawiedliwienia jak również przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia* nie zostały określone w ustawie o ABW lub skorelowane z innymi przepisami ustawowymi, tym samym przepis nie przeciwstawia się dowolności i arbitralności działania organu władzy wykonawczej. Konstrukcja ustawowa zaskarżonego przepisu przesądza o tym, że Szef Agencji nieskrępowany merytorycznie postanowieniami ustawy w istocie zastępuję prawodawcę, może wyznaczać rzeczywiste granice prawa dostępu do służby publicznej. Istota zaś zarzutów skarżącego sprowadza się do twierdzenia o braku w ustawie o ABW przepisów o trybie, zasadach oraz organu władnego do kierowania do komisji lekarskich oraz trybie orzekania komisji *w celu określenia jego stanu zdrowia*. W myśl zaskarżonego przepisu za funkcjonariusza skierowanego do komisji należy uznać funkcjonariusza, któremu Dyrektor Biura Kadr wystawiał skierowanie do komisji, bez określenia miejsca i daty stawiennictwa, jednocześnie nie doręczył lub nie zapoznał ze skierowaniem na komisję, jedynie wysłał druk do komisji lekarskiej, nie wiadomo również na jakiej podstawie wysłał skierowanie do komisji lekarskiej ABW, gdyż władna tutaj powinna być komisja lekarska MSW, bowiem tego zagadnienia nie regulują żadne przepisy. Zaskarżony przepis również za *skierowanego do komisji* rozumie funkcjonariusza, któremu oprócz tego, iż dyrektor biura kadr nie wysłał skierowania do komisji, to również za funkcjonariusza skierowanego rozumie takiego, któremu przełożony nie wydał polecenia stawiennictwa do tejże komisji, bowiem w odróżnieniu od pozostałych służb mundurowych przepisy nie nakładają wskazań obowiązków. Skarżący ponownie podnosi, że o ile może to być dopuszczalne jako praktyka postępowania służbowego wewnątrz Agencji, to nie może stanowić konstytucyjnie dopuszczalnej praktyki działania organów Agencji uzasadniającej zwolnienie funkcjonariusza ze służby. Reasumując, w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego faktyczny obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską wyływa nie ze skierowania na komisję lekarską, ale z wezwania komisji do stawiennictwa na badania komisyjne, jednakże bez ustawowego upoważnienia.

Skarżący zwraca ponadto uwagę, że istotne zaś wątpliwości interpretacyjne odnośnie zaskarżonego przepisu budzi zwrot: *„przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia”*. Literalne brzmienie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW pozwala przyjąć, że ustawodawca wskazał komisję lekarską inną niż komisja lekarska ABW lub AW. Wbrew opinii Marszałka Sejmu, racjonalny ustawodawca nie wskazał w zaskarżonym przepisie komisji lekarskich ABW i AW, gdyż nie mają one

uprawnień ustawowych do orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza (por. przepis prawa materialnego - art. 45 ust. 1 ustawy o ABW). Natomiast analiza całej ustawy o ABW wskazuje, że po pierwsze, gdyby racjonalny ustawodawca chciał wskazać komisję lekarską ABW lub AW to użyłby zwrotu „do komisji lekarskiej właściwej Agencji” – art. 59 ust. 1 i art. 60 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW lub „komisje lekarskie ABW albo AW, podległe Szefowi właściwej Agencji” - art. 45 ust. 1 ustawy o ABW. Przypomnieć należy, że przepis art. 45 ust. 1 ustawy o ABW ustanawia materialne ramy działania komisji lekarskich ABW i AW, zgodnie z tym przepisem *zdolność fizyczną i psychiczną do służby ustalają komisje lekarskie ABW albo AW, podległe Szefowi właściwej Agencji*. Zatem komisje lekarskie ABW i AW nie są władne do orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza. Po drugie, przepisy rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 45 ust. 2 ustawy o ABW określają jasno, że przedmiotem badań lekarskich przed komisjami lekarskimi ABW lub AW jest *ocena zdolności fizycznej i psychicznej do służby w Agencji*. Zatem wbrew stanowisku Marszałka Sejmu zaskarżony przepis nie normuje właściwej komisji lekarskiej, gdyż należy przypuszczać, iż nie chodziło tutaj o komisje ABW lub AW, bowiem wówczas byłby to przepis sprzeczny z pozostałymi unormowaniami ustawy o ABW. Natomiast w ramach abstrakcyjnych rozważań można podnieść, że nie wydano przepisów wykonawczych dotyczących trybu i zasad badań komisyjnych w celu określenia stanu zdrowia funkcjonariusza, gdyż przepisy jedynie ustanawiają badania komisyjne przydatności do służby. Brak przepisów wykonawczych w zakresie orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza powoduje, iż jakakolwiek komisja lekarska nie jest władna rozpocząć procedurę i wydać orzeczenie. Przykładowo: jest natomiast władna do wydania następującego orzeczenia: art. 57 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW „*orzeczenia przez właściwą komisję lekarską Agencji trwałej niezdolności do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku.*” (zob. zakres wynikający z art. 42 ust. 2 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej)

W tej sytuacji należy stwierdzić, że zarówno zaskarżony przepis jak i ustawa o ABW nie definiują pojęcia „funkcjonariusza skierowanego do komisji lekarskiej w celu określenia jego stanu zdrowia”. Okoliczność ta potwierdza brak czytelnej koncepcji legislacyjnej i przypadkowość instytucjonalizacji normatywnej postępowania związanego z trybem i zasadami kierowania do komisji lekarskich w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz sposobów usprawiedliwiania niestawiennictwa. Zatem zaskarżony przepis dopuszcza możliwość niczym nieskrępowanego arbitralnego działania organu administracyjnego, wskazując jednocześnie na meritum sprawy, bowiem we wszystkich służbach mundurowych do komisji lekarskiej kierują kierownicy jednostek organizacyjnych w których funkcjonariusz pełni służbę. Przykładowo: zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia wykonawczego *skierowanie do komisji lekarskiej, o której mowa w art. 110 ust. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej, kandydatowi lub funkcjonariuszowi wydaje kierownik jednostki organizacyjnej Służby Więziennej*. Do 2010 roku obowiązywało rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 listopada 2002 r. w sprawie szczegółowego zakresu praw osobowych funkcjonariuszy Służby Więziennej oraz właściwości przełożonych w tych sprawach, gdzie § 6 stanowił, że *przełożonym właściwym do skierowania funkcjonariusza do komisji lekarskiej jest przełożony uprawniony do jego mianowania*. W Służbie Celnej *skierowanie do komisji lekarskiej wydaje kierownik urzędu w rozumieniu art. 24 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej, w którym funkcjonariusz pełni służbę*. Natomiast w zakresie stanu

faktycznego niniejszej sprawy ustalonego w wyroku WSA w W o sygn. i sygn. funkcjonariuszy ABW do komisji lekarskiej kieruje bowiem dyrektor biura kadr ABW z załamaniem podstawowych zasad funkcjonowania tej służby mundurowej, z powołaniem się nie na przepis ustawy upoważniający do wystawiania skierowań, ale na rozporządzenie wykonawcze, wydane bez stosowanego upoważnienia ustawowego. Art. 79 ust. 2 ustawy o ABW stanowi bowiem, że *funkcjonariusz jest obowiązany odmówić wykonania rozkazu lub polecenia przełożonego, jeśli wykonanie rozkazu lub polecenia łączyłoby się z popełnieniem przestępstwa*. Oraz art. 47 ust. 1 (...) **wykonywać rozkazy i polecenia przełożonych** (...) Obowiązek wykonywania rozkazów i poleceń służbowych, a taki charakter ma niewątpliwie skierowanie do komisji lekarskiej przez dyrektora biura kadr w stosunku do funkcjonariuszy Biura Kadr ABW. Zatem wystawienie przez nieuprawnionego przełożonego – bez stosownego upoważnienia ustawowego – polecenia służbowego w postaci skierowania na komisję lekarską podważa istotę hierarchicznego podporządkowania, będącą podstawą funkcjonowania każdej służby mundurowej. (OTK ZU nr 7/1999, poz. 163). Pojęcie hierarchicznego podporządkowania wyraża jednostronną zależność organu niższego stopnia od organu stopnia wyższego lub podmiotu podległego od podmiotu zwierzchniego. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że zarzut skarżącego dotyczy ustanowienia w zaskarżonym przepisie możliwości arbitralnego zwolnienia z pracy(służby) funkcjonariusza za niewykonanie polecenia służbowego, gdy skierowanie wystawia inna osoba niż przełożony służbowy. Przewodniczący komisji lekarskiej jako jeden wielu z funkcjonariuszy Agencji wzywa do stawiennictwa, jednocześnie przełożony nie wydaje polecenia służbowego stawiennictwa do komisji, gdyż taki stan wynika z przepisów wykonawczych w istocie sprowadza się do możliwości zwolnienia ze służby z rażącym naruszeniem podstawowych zasad funkcjonowania Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, wyrażonych w przepisach art. 79 ust. 2 i art. 47 ust. 1 ustawy o ABW. Przepisy te stanowią, że każdy funkcjonariusz obowiązany jest do wykonania rozkazu i polecenia przełożonego w sprawach służbowych, a taki charakter mają niewątpliwie pozostałe wymienione w rozporządzeniu wykonawczym (polecenia służbowe) o skierowaniu na komisję lekarską wystawione przez dyrektora delegatury ABW podległym sobie funkcjonariuszom. „*Specyfika tych zawodów (jak również zatrudnienia w Urzędzie Ochrony Państwa – por. art. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Urzędzie Ochrony państwa, Dz. U. Nr 30, poz.180 ze zm.) będących w swej istocie nie pracą lecz służbą pełnioną w warunkach ścisłego hierarchicznego podporządkowania w ramach struktury rozkazodawczej (...)*” cyt. wyrok TK o sygn. K. 42/97. I w tym zakresie należy się zgodzić ze stanowiskiem Prokuratora Generalnego, „*że organem upoważnionym do nałożenia obowiązku poddania się badaniom lekarskim są jednostki organizacyjne ABW(...)*” przy czym, władnym do nałożenia obowiązku są kierownicy jednostek organizacyjnych a nie jednostki organizacyjne. Z pisma Prokuratora nie wynika, czy władnymi są Szefowie Agencji (por. art. 59 ust. 2 ustawy o ABW) czy kierownicy samodzielnych jednostek organizacyjnych. Przykładowo: dyrektor biura kadr ABW i AW jako kierownik jednostki organizacyjnej może wystawić skierowania do komisji wyłącznie podległym sobie funkcjonariuszom oraz kandydatom do służby. Za niewykonanie polecenia służbowego funkcjonariusz odpowiada dyscyplinarnie i na tej podstawie można go zwolnić ze służby. Natomiast istotnym problem niniejszej sprawy stanowi sugestia Marszałka Sejmu, że również istnieje możliwość wykonywania czynności służbowych w

trakcie zwolnienia lekarskiego od pracy ze względu na chorobę wystawionego zgodnie z przepisami.

2. Skarżący konsekwentnie podnosi, iż w ustawie o ABW brak jest przepisów w zakresie sposobu, trybu i organu właściwego w sprawach usprawiedliwiania nieobecności przed komisją lekarską ABW, za naruszenie, którego można zwolnić ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW (ustawowe kryteria zwalniania z pracy(służby)). Zdaniem Marszałka Sejmu, ten brak przepisów prawa materialnego może być zastąpiony poprzez stosowanie przepisów prawa procesowego zawartych w Kodeksie postępowania administracyjnego w zakresie odwołań od decyzji o zwolnieniu ze służby(pracy). W przedmiotowym piśmie zaprezentowano bardzo interesującą tezę, wymagającą jednakże uzupełnienia, bowiem przedstawiony wywód sprowadza się do następującej konstatacji, iż przepisy o charakterze proceduralnym zawarte w Kodeksie postępowania administracyjnego mogą zastąpić przepisy prawa materialnego w zakresie trybu, zasad i form usprawiedliwiania nieobecności przed komisją lekarską oraz organu władnego do usprawiedliwienia. Na stronie 12 pisma Marszałka Sejmu znajduje się następująca konstatacja, „(...) *przepis wprost przesadza, iż funkcjonariusz może swoją nieobecność usprawiedliwić.*” Oprócz powyższej konstatacji z pisma nie wynika jednak jaki organ jest władny do usprawiedliwienia niestawienia się oraz jaki dokument powinien przedstawić zainteresowany, gdyż przy wnioskowaniu *a contrario*, iż gdyby ustawodawca nie zawarł sformułowania ‘bez usprawiedliwienia’ można by zwalniać dowolnie funkcjonariusza z pracy bez jakiegokolwiek możliwości usprawiedliwienia; teza ta nie jest do pogodzenia z zasadą zaufania do państwa i tworzonego prawa. Uzupełnienia wymaga istotne stwierdzenie znajdujące się na stronie 14 pisma: „(...) *skarżący nie tyle domaga się usunięcia luki w prawie, lecz po prostu posłużenia się inną metodą regulacji – dla niego korzystniejszą.*” Zatem wyjaśnienia wymaga, jakie metody regulacji usprawiedliwienia przed komisją miano na myśli w przedmiotowym piśmie, gdyż można się jedynie przyjąć przypuszczenie, iż zdaniem Sejmu w przepisach prawa istnieją przynajmniej *dwie metody regulacji*, a skarżący wskazuje na korzystniejszą dla siebie.

Zatem, na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, na tle niniejszej sprawy oraz oceny Marszałka Sejmu należy stwierdzić, że można zwolnić z pracy(służby) funkcjonariusza za naruszenie nieistniejącego w prawie przepisu o sposobie usprawiedliwiania nieobecności i organie władnym do usprawiedliwienia. Kontynuując, zaś myśl Marszałka wyrażoną na stronie 14 pisma można uznać, iż w ogóle nie istnieje potrzeba wydawania przepisów o sposobie usprawiedliwiania nieobecności w służbie(pracy), gdyż w razie wątpliwości wystarczą przepisy procesowe o odwołaniu od decyzji o zwolnieniu z pracy(służby) za nieusprawiedliwienie nieobecności, a w szczególności wystarczająca jest możliwość odwołania do sądu. Zatem w piśmie z dnia 27 września 2012 r. doszło do zaakceptowania rażącego naruszenia podstawowej wolności konstytucyjnej, gdyż jak wynika ze stanu faktycznego niniejszej sprawy, na podstawie zaskarżonego przepisu organ w trakcie postępowania administracyjnego o zwolnienie żądał od skarżącego uzupełnienia dokumentów o dodatkowe zaświadczenie - dokument usprawiedliwienia niestawiennictwa przed komisją lekarską o treści nie unormowanej w żadnych przepisach i za nieprzedstawienie tego zaświadczenia skarżącego zwolniono z pracy. Podnieść już tylko należy, że ustawowa możliwość żądania

dotatkowego dokumentu usprawiedliwienia z powołaniem na zaskarżony przepis – oprócz już przedstawionego i zaakceptowanego przez przełożonego usprawiedliwienia od służby - nieznajdującego oparcia w przepisach prawa, w rażący sposób narusza art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji, bowiem jest to „zmuszanie do czynienia tego, czego prawo nie nakazuje”. Z tego powodu skarżący nie podziela wywodów Marszałka Sejmu, bowiem dążą one do ustanowienia możliwości naruszania przez organy władzy państwowej kardynalnej wolności konstytucyjnej.

Skarżący konsekwentnie wskazuje na zarzut sformułowany na stronie 9 skargi konstytucyjnej: *„Brak uregulowania trybu usprawiedliwiania nieobecności uzasadnia zarzut, iż przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, na podstawie którego organ może orzec o zwolnieniu ze służby, nie został sformułowany w sposób poprawny, precyzyjny i jasny. Ponieważ norma uznaniowa dająca prawo do zwolnienia ze służby nie została dookreślona, jej stosowanie narusza konstytucyjne prawo do równego traktowania wraz z zakazem dyskryminacji (Art. 32 Konstytucji), wolność wyboru zawodu (Art. 65 ust. 1 Konstytucji) i prawa dostępu do służby publicznej (Art. 60 Konstytucji).”* W piśmie procesowym skarżącego z dnia 14 czerwca 2010 roku, skarżący podnosił następujące argumenty: *„Reasumując tę część wywodów należy podnieść, że żaden przepis ustawy o ABW nie reguluje procedury usprawiedliwiania niestawiennictwa przed komisją lekarską, tym samym nie da się zrekonstruować kryteriów zwalniania ze służby na podstawie uznaniowej normy zawartej w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. W tym zakresie skarżący zwraca uwagę na pogląd doktryny zaaprobowany przez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym „dyskryminacją jest niezajdujące podstawy w obowiązujących normach prawnych i upośledzające dana osobę traktowanie jej przez inne podmioty: odbieranie lub ograniczania wolności, uniemożliwianie lub utrudnianie korzystania z praw, wymaganie realizacji nieznanych prawu obowiązków”* (P. Winczorek, komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Warszawa 2000, s.51). *Skutkiem braku procedury w zakresie usprawiedliwiania nieobecności przed komisją, jest wymaganie realizacji obowiązków w postaci składania – bliżej nieokreślonego organowi – dodatkowych „stosownych zaświadczeń lekarskich” nieunormowanych przez prawo tj. wymaganie nieznanych prawu obowiązków. Znikąd nie wynika kiedy i w jaki sposób funkcjonariusz zobowiązany do stawienia się przed komisją ma usprawiedliwić swą nieobecność, wobec czego ewentualne akty staranności funkcjonariuszy usprawiedliwiających nieobecność i tak nie muszą odnieść zamierzonego skutku, czego bezpośrednim wyrazem jest sformułowany przez organy stosujące prawo, obowiązek posiadania „stosownych zaświadczeń”.* Zatem zaskarżony przepis nie przeciwstawia się arbitralnym rozstrzygnięciom dyskrecjonalnej władzy wykonawczej. W tym stanie rzeczy poglądy i argumenty Marszałka należy uznać za bezpodstawne.

3. Zaskarżony przepis ustanawia możliwość zwolnienia ze służby za nieusprawiedliwione niestawienie się przed ustawowo nieokreśloną komisją lekarską, gdy tymczasem w służbach mundurowych przesłanką uzasadniającą zwolnienie ze służby nie jest naruszenie obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską, ale naruszenie nałożonego na funkcjonariusza ustawowego obowiązku poddania się określonym badaniom. Oprócz trzech ustaw (SKW, SWW i ABW) w pozostałych służbach zwalnia się za niezgłoszenie się funkcjonariusza na badanie. Skarżący w tym miejscu ponownie podnosi, iż można uregulować ustawowo wyłącznie sprawę niezgłoszenia się na badanie, natomiast zdaniem skarżącego brak jest podstaw do unormowania obowiązku niestawiennictwa przed komisjami lekarskimi. Powyższe wynika z przepisów o zakresie działania komisji lekarskich. Zatem, Marszałek Sejmu i Prokurator Generalny uważają, że zaskarżony

przepis reguluje dwie sytuacje: po pierwsze, niegłoszenie się przed komisją w przypadku, skierowania przez przełożonego do komisji (niewykonanie polecenia służbowego), po drugie niezgłoszenie się na badania na wezwanie komisji. Zdaniem skarżącego, w pierwszej kolejności należy uwzględnić stan faktyczny niniejszej sprawy rozważanej przez Trybunał, bowiem nie jest to badanie norm abstrakcyjnych, skarżący kwestionuje zatem treści normatywne zawarte w zaskarżonym przepisie, które kształtują jego sytuację prawną. Marszałek Sejmu zauważył przy tym, że „Osoba wezwaną nie stawia się na ww. komisję, (...)” natomiast Prokurator Generalny zauważył „(...) co najmniej czterokrotnie, nie stawiał się w wyznaczonych terminach przed Regionalną Komisją Lekarską ABW (...)” Z uzasadnienia wyroku WSA w W sygn. wynika, że „Jak wynika z akt postępowania, skarżący został skierowany na badania w celu określenia stanu zdrowia dwukrotnie, na własną prośbę (...) i z urzędu (...)” „skarżący był zawiadamiany przez komisję o wyznaczeniu terminów badań lekarskich (komisyjnych).” Zatem, jak jasno wynika ze stanu faktycznego sprawy oraz stanowisk Marszałka i Prokuratora, skarżący został zwolniony za czyn w postaci niepoddania się badaniom lekarskim zleconym przez komisję lekarską (ABW?), w tym również badaniom specjalistycznym w celu określenia jego stanu zdrowia. **Reasumując, zaskarżony przepis zezwala na zwolnienie ze służby na naruszenie nieuregulowanego ustawowo obowiązku poddania się badaniom komisyjnym (naruszenie nieistniejącego przepisu). Zatem, wbrew sugestiom Marszałka Sejmu ustawodawca nie uregulował ustawowych kryteriów zwalniania ze służby.**

4. Z niezrozumiałych względów Marszałek Sejmu domaga się, aby skarżący wykazywał rozbieżności i wątpliwości w orzecznictwie sądowym lub doktrynie, gdyż jak wynika z ogólnie dostępnych publikatorów prawniczych zostały opublikowane wyłącznie dwa wyroki sądowe, w tym jeden rozkaz o zwolnieniu wydany na podstawie zaskarżonego przepisu został uchylony. Zatem, po pierwsze trudno jest mówić iż ten fakt nie był znany prawnikom Sejmu oraz po drugie trudno jest w takim wypadku w ogóle mówić o rozbieżnościach w orzecznictwie i co dopiero w doktrynie. Z uzyskanych przez skarżącego informacji wynika, że organ odstąpił od stosowania zaskarżonego przepisu, gdyż jak stwierdził w piśmie z dnia 12.11.2010 r. Idz. K-13560/2010 kierowanym do Rzecznika Praw Obywatelskich *”O ile zrozumiałym jest pozbawienie funkcjonariusza świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem w przypadkach określonych powyżej w pkt 1 – 3 (w ramach represji za popełniony czyn), o tyle przyznać trzeba, iż w sytuacji gdy zwolnienie jest wynikiem dwukrotnego niestawienia się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską, wiąże się dla zwalnianego z nadmiernymi, w stosunku do stopnia szkodliwości czynu, skutkami finansowymi. Dlatego Biuro Kadr ABW, mimo jednostkowości stosowania tej podstawy zwolnienia ze służby, stoi na stanowisku, iż omówiona powyżej regulacja prawna powinna być zmieniona.*”, W odniesieniu do twierdzenia, że samo *ratio legis* regulacji wskazuje, że decyzja ustawodawcy jest racjonalna i uzasadniona, to skarżący podnosi, że: po pierwsze, do *ratio legis* wprowadzenia przepisu skarżący odniósł się na końcu niniejszego pisma, gdyż zaskarżony przepis ustanawia wyłącznie przesłankę w postaci *określenia stanu zdrowia*, a nie w postaci *ustalenia zdolności do pełnienia służby*, do której odniósł się Marszałek Sejmu w piśmie z dnia 27 września 2012 r., dlatego istnieją uzasadnione obawy co do *ratio legis* jego wprowadzenia w 2006 roku w ustawach o ABW, SWW i SKW oraz wskazać należy na *ratio legis* uregulowań prawnych przyjętych i stosowanych pozostałych służb mundurowych w sytuacji analogicznej do skarżącego. Po drugie, jak wynika ze stałej linii orzecznictwa sądów administracyjnych w sytuacji analogicznej do skarżącego oraz z argumentacją prawną zaprezentowaną przez Marszałka Sejmu na trzech pierwszych

stronach przedmiotowego pisma, we wszystkich służbach mundurowych zwalnia się funkcjonariusza (policjanta) ze względu na ważny interes służby, o co wnosił również przełożony.

Mając powyższe na uwadze skarżący podtrzymuje zarzut niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że specyfika każdej służby mundurowej wynika z jej charakteru i zadań, ale wszystkie służby mundurowe oparte są na hierarchicznym podporządkowaniu, rozkazodawstwie i jednoosobowym dowodzeniu. W praktyce oznacza to konieczność zastosowania przez ustawodawcę rozwiązań umacniających spójność i sprawność każdej służby mundurowej. Natomiast w niniejszej sprawie, wymienione w pismach procesowych skarżącego organy państwa wskazują na odmienny przepis będący ustawowym źródłem obowiązku funkcjonariusza stawiennictwa przed komisją lekarską, przy czym należy zaznaczyć, iż wskazane w niniejszym piśmie organy państwa polskiego mają również problemy z ustaleniem o jaki obowiązek(czyn) idzie, czy niestawienia się przed komisją lekarską wynikający ze skierowania do komisji wystawionego przez przełożonego czy niestawienia się na badania lekarskie przed komisją na jej wezwanie oraz przed jaką komisją lekarską, bowiem gdyby ustawodawca chciał wskazać komisje ABW, to uczynił by to w zaskarżonym przepisie. Jednocześnie Marszałek i Prokurator nie wskazują na ustawowo określony organ władny do nałożenia obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską w celu ustalenia jego stanu zdrowia, jednocześnie nie odnoszą się do problemu, czy jest możliwe nałożenie obowiązku ustawowego, gdy funkcjonariusz prosi o ustalenie swojego stanu zdrowia, tym bardziej w trakcie zwolnienia lekarskiego od służby. **Z powyżej przedstawionej analizy wynika, że nie jest możliwa koherentna wykładnia systemowa zaskarżonego przepisu w kontekście innych przepisów ustawy o ABW oraz w kontekście rozwiązań systemowych przyjętych w innych służbach mundurowych. Niejasne i nieprecyzyjne sformułowanie zaskarżonego przepisu prawnego rodzi niepewność jego adresatów co do treści praw i obowiązków, zwłaszcza że stwarza dla organów stosujących przepis nazbyt dużą swobodę, a nawet dowolność interpretacji, które - w zakresie tych zagadnień, uregulowanych przez ustawodawcę w sposób niejasny i nieprecyzyjny, a szczególności zagadnień nieuregulowanych przez ustawodawcę - prowadzą do wcielania się w rolę prawodawcy lub wręcz jego zastępowania, przy ustalaniu zakresu podmiotowego i przedmiotowego przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW.**

## II. Zakres kontroli

W związku z wątpliwościami Marszałka Sejmu i Prokuratora Generalnego odnośnie wyznaczonego zakresu kontroli skarżący zwraca uwagę, że w *petitum* skargi konstytucyjnej, skarżący wniósł o : „*stwierdzenie, że art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 74, poz. 676 ze zm.) dodany przez art. 45 pkt 14 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 711 ze zm.) – jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 9, art. 24, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 i 2, art. 60, art. 65 ust. 1, art. 64 ust. 2 oraz 68 ust. 1 Konstytucji RP.*” – cytata z pierwszej strony skargi konstytucyjnej z dnia 4 grudnia 2009 r.

Na stronie trzeciej skargi konstytucyjnej skarżący wskazał naruszone prawa konstytucyjne: „(...)narusza podmiotowe prawa i wolności o charakterze konstytucyjnym, obejmujące prawo do równego traktowania wraz z zakazem dyskryminacji (Art. 32 Konstytucji), wolność wyboru zawodu (Art. 65 ust. 1 Konstytucji) i prawa dostępu do służby publicznej (Art. 60 Konstytucji). Ponadto, wydane w sprawie skarżącego rozstrzygnięcia naruszają prawo ochrony własności i mienia (Art. 64 ust. 2 Konstytucji) oraz prawo do ochrony zdrowia (Art. 68 ust. 1 Konstytucji).”

Na stronie ósmej skargi konstytucyjnej skarżący wskazał, że „Dopuszczając możliwość wypowiedzenia stosunku służbowego na podstawie nie dających się jednoznacznie zweryfikować kryteriów, zaskarżony przepis pozostaje w sprzeczności z art. 7 i 60 Konstytucji.” oraz „Ponieważ norma uznaniowa dająca prawo do zwolnienia ze służby nie została dookreślona, jej stosowanie narusza konstytucyjne prawo do równego traktowania wraz z zakazem dyskryminacji (Art. 32 Konstytucji), wolność wyboru zawodu (Art. 65 ust. 1 Konstytucji) i prawa dostępu do służby publicznej (Art. 60 Konstytucji).” - strona 9 skargi. Natomiast na stronie 12 skargi konstytucyjnej, skarżący stwierdził jednoznacznie, że „Określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji przesłanki ustawowego ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności należy bowiem odnosić także do prawa własności, wynikającego z art. 64 ust. 2 Konstytucji” Nadmienić w tym miejscu należy, iż prawa do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, w tym ekwiwalent za urlop i odprawa emerytalna, podlegają ochronie art. 64 ust. 2 Konstytucji. Jednocześnie nabyte prawo do ekwiwalentu za niewykorzystany coroczny płatny urlop jest bezwarunkowo gwarantowane przez art. 66 ust. 2 Konstytucji i art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy nr 2003/88.

Natomiast w piśmie procesowym z dnia 14 czerwca 2010 r. skarżący argumentował, że: „Wyłącznie z ostrożności procesowej skarżący w niniejszym piśmie uściślił argumentację w zakresie badania zasady dopuszczalności ograniczeń o prawo do urlopu określone w art. 31 ust. 3 w związku z art. 66 ust. 2 Konstytucji.(...) Tym samym skarżący nie dąży do rozszerzenia zakresu skargi konstytucyjnej o nowy wzorzec wychodzący poza granice określone w skardze konstytucyjnej, a jedynie dąży do sprecyzowania zarzutów już postawionych i omówionych w uzasadnieniu skargi.” Zdaniem skarżącego prawo do ekwiwalentu za urlop i prawo do urlopu, gwarantowane jest przez art. 66 ust. 2 Konstytucji, bowiem konstytucyjne prawo obejmuje dwa aspekty jednego prawa do corocznego płatnego urlopu.

Wnioskiem z dnia 2 sierpnia 2011 r. skarżący wycofał pytania zakresowe sformułowane na stronie 2 skargi konstytucyjnej. Skarżący argumentował, że

„Ad. 1 Cofnięcie pytań zakresowych ma na celu przyspieszenie toku prac nad rozpatrywaniem sprawy, bowiem sformułowane na stronie drugiej skargi konstytucyjnej pytania nie wnoszą nowych istotnych elementów do sprawy, poza już postawionymi w petitum skargi zarzutami oraz argumentami za niekonstytucyjnością zaskarżonego przepisu podniesionymi w uzasadnieniu skargi i w pismach procesowych. Jak również wnioskami wynikającymi z powołanych powyżej wyroków NSA.”

„W związku z powyższym stanem faktycznym i prawnym skarżący wnosi o rozpatrzenie skargi konstytucyjnej, gdyż przytoczona wyżej argumentacja skarżącego zmierza wyraźnie do wywołania skutku w postaci eliminacji z porządku prawnego art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW.”



### III. Przedmiot kontroli

Przedmiotem kontroli w sprawie zainicjowanej skargą konstytucyjną jest więc kwestionowana norma prawna wywodzona przez skarżącego z art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, ale również z przepisów związkowych zawartych w ustawie o ABW, Konstytucji i prawie unijnym. Jak wynika ze skargi konstytucyjnej i pism procesowych w niniejszej sprawie skarżący dostrzega powiązania zaskarżonego przepisu z innymi regulacjami, tworzącymi z nim zakwestionowaną normę prawną, lecz bezpośredniego źródła problemu konstytucyjnego dopatruje się właśnie w zakwestionowanym przepisie, wnosząc o zdjęcie go z obiegu prawnego. Mając powyższe na uwadze skarżący zarzucił niekonstytucyjność art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW w zakresie, w jakim:

- jest to norma ułomna, gdyż oprócz sankcji w postaci uprawnienia organu do zwolnienia z pracy(służby) z jednoczesnym zniweczeniem nabytego konstytucyjnego prawa do urlopu, nie zawiera jasno sprecyzowanego (ustawowego) obowiązku stawiennictwa, jak również ustawowo ustanowionego organu władnego do nałożenia obowiązku;

- norma nie zawiera ustawowych kryteriów zwalniania ze służby, bowiem nie jest skorelowana z przepisami w zakresie sposobu, trybu i zasadami usprawiedliwiania nieobecności(niestawiennictwa) przed komisją lekarską ABW lub inną komisją lekarską, zatem brak jest kryteriów zwalniania ze służby tj. przed jakim organem i w jaki sposób należy dokonać usprawiedliwienia, tym samym przepis zezwala na arbitralne działanie organu administracji państwowej;

- norma zawarta w zaskarżonym przepisie nie zawiera zdefiniowanego ustawowo pojęcia „funkcjonariusza skierowanego do komisji lekarskiej w celu określenia stanu zdrowia” gdyż oprócz braku uregulowań ustawowych dotyczących trybu i sposobu kierowania do komisji lekarskiej i komisyjnych badań lekarskich w celu określenia stanu zdrowia, skierowanie może wystawić dyrektor biura kadr. Zatem kieruje on do komisji bez ustawowego upoważnienia do wydawania poleceń służbowych z naruszeniem zasady hierarchicznego podporządkowania i nie jest przełożonym służbowym funkcjonariuszy - za wyłączeniem własnego biura;

- norma zawarta w zaskarżonym przepisie pozwala na arbitralne i dowolne działanie organu administracyjnego, bowiem na podstawie zaskarżonego przepisu: organ może żądać – natomiast funkcjonariusz ABW i AW jest zmuszony poprzez sankcję do przedłożenia bliżej nieokreślonego i dodatkowego zaświadczenia – nieznajdującego oparcia w przepisach prawa – tym samym zaskarżony przepis dopuszcza do rażącego naruszenia art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji, bowiem jest to „*zmuszanie do czynienia tego, czego prawo nie nakazuje*”. Natomiast za nieprzedstawienie tego nieokreślonego w przepisach prawa dokumentu można zwolnić z pracy(służby) na podstawie zaskarżonego przepisu, jak miało to miejsce ze skarżącym;

- zastosowanie zaskarżonego przepisu powoduje – ex lege – unicestwienie nabytego już konstytucyjnego i unijnego prawa podstawowego do corocznego płatnego urlopu (wypoczynkowego i dodatkowego), gwarantowanego przez przepisy Konstytucji i prawa unijnego w sposób bezwarunkowy, bowiem ustawodawca zapomniał o uregulowaniu ograniczenia w całości nabytych praw;

- w zakresie nieprzyznania praw do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, nabytych na podstawie art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW, chronionych i gwarantowanych przez przepisy: art. 64 ust. 2 oraz przez art. 31 ust. 3 w związku z art. 64 ust. 2 i art. 66 ust. 2 Konstytucji, zdaniem skarżącego doszło do rażącego naruszenia zasady równości i niedyskryminacji, o których mowa w art. 32 Konstytucji, zatem zastosowanie zaskarżonego przepisu powoduje ograniczenie w całości (zniweczenie) nabytych już praw, gdyż ustawa o ABW – wbrew przepisom Konstytucji - nie reguluje ich ograniczenia;

- norma prawa zawarta w zaskarżonym przepisie pozwala na rażące złamanie spoczywającego na sędziu krajowym obowiązku niestosowania przepisów krajowych sprzecznych z prawem Unii Europejskiej, bowiem ustawodawca nie dokonał implementacji podczas uchwalania zaskarżonego przepisu postanowień art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88 (konsekwentnie: art. 2, 7 i 9 Konstytucji, jako samodzielny wzorzec).

Skarżący nie zgadza się ze stanowiskiem Marszałka Sejmu, bowiem nie można obejść zasad, wartości i reguł Konstytucji przez prosty zabieg legislacyjny uchwalenia jedynie zaskarżonego przepisu bez skorelowania go z pozostałymi przepisami ustawy o ABW oraz bez jednoczesnej implementacji przepisu art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy nr 2003/88. Zarzut niekonstytucyjności dotyczy, więc zarówno tego, co ustawodawca w zaskarżonej regulacji unormował, jak i tego, co w ustawie o ABW pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować. Konstytucja wiąże wszystkie władze, a szczególnie władzę ustawodawczą, nie wyłączając przy tym Marszałka Sejmu. Z Konstytucją musi być zgodny cały obowiązujący w państwie porządek prawny w tym porządek prawny służb mundurowych. W przeciwnym przypadku, gwarantowane konstytucyjne prawa i wolności obywatelskie miałyby charakter iluzoryczny. Tym bardziej, że jak wynika z uzasadnienia druku senackiego nr 27 zaskarżony w niniejszej sprawie przepis tj. art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 128 ustawy o ABW jest przepisem wadliwym, bowiem jest sprzeczny z Konstytucją i prawem unijnym.

W wyroku z dnia 3 grudnia 1996 r. Trybunał Konstytucyjny (sygn. akt K 25/95) określając dogmatyczne przesłanki kontroli unormowań niepełnych wyraził następujący pogląd: *„Trybunał Konstytucyjny nie ma kompetencji do orzekania o zaniechaniach ustawodawcy polegających na braku wydania aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania wynikał z norm konstytucyjnych. W przypadku natomiast aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może, więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować<sup>2</sup>”*.

**IV. Unormowanie zawierające obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską ABW – naruszenie kardynalnej zasady wszystkich służb mundurowych tj. zasady hierarchicznego podporządkowania.**

**1. W ocenie Marszałka Sejmu „*ww. obowiązek explicite wynika z art. 59 ust. 1 u.ABW, pośrednio zaś z art. 44 pkt 5 u.ABW*”. W odniesieniu do dwuzdaniowej argumentacji Marszałka Sejmu mającej wykazać umiejscowienie obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską ABW, należy zauważyć, że jest ona oczywiście bezzasadna i godząca w zasadę racjonalnego**

<sup>2</sup> Uzasadnienie wyroku w sprawie K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52. Szerzej: prof. M. Grzybowski, Zaniechanie prawodawcze w praktyce polskiego Trybunału Konstytucyjnego.

ustawodawcy oraz godzi w zasadę ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Podkreślić należy, że norma wyrażona w treści art. 59 ust. 1 ustawy o ABW jest normą proceduralną, ogólną, o uniwersalnym zastosowaniu. Zdaniem Marszałka wyraz „skierowany” świadczy o uregulowaniu w tym przepisie obowiązku ustawowego stawiennictwa przed komisją lekarską ABW. Uszło jednocześnie uwadze, iż racjonalny ustawodawca do tej właśnie komisji funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt. 7 ustawy o ABW nie dał możliwości skierowania. Natomiast w drugim zdaniu jako wnioskowanie prawnicze *a contrario* wskazano, iż racjonalny ustawodawca użyłby innego sformułowania np. „*poproszony o stawienie się*”. Zatem zaproponowane przykładowe rozwiązanie prawne prowadziłoby do nonsensu, gdyż funkcjonariusz prosiłby organ o poproszenie o stawienie się przed komisją. Traktując poważnie dwuzdaniową wykładnię dokonaną przez Marszałka Sejmu wniosek funkcjonariusza o skierowanie do komisji musiałby brzmieć w następujący sposób: „*zwracam się z uprzejmą prośbą o wystosowanie do mojej osoby poproszenia mojej osoby o stawienie się mojej osoby*”. Zwracam jednocześnie uwagę, iż bez wystawienia dokumentu pod nazwą skierowanie do komisji, procedura orzecznicza przed komisją nie może się rozpocząć. Natomiast przechodząc na grunt opieki medycznej w Polsce, to zauważyć należy, iż lekarz pierwszego kontaktu (rodzinny) wystawia pacjentowi skierowanie do lekarza specjalisty i nikt nie odczytuje tego skierowania, jako obowiązku stawiennictwa przed lekarzem specjalistą oraz dotychczas nie było propozycji wystawiania druków np. pod nazwą „*poproszony o stawienie się*” przed lekarzem specjalistą. Nie wdając się na wstępie w merytoryczne rozważania należy stwierdzić, iż dokonana wykładnia poprzez „*odkrycie*” właściwej istoty przepisu art. 59 ust. 1 ustawy o ABW powoduje, że na tle tożsamego unormowania znajdującego się we wszystkich służbach mundurowych od 1990 roku zanegować można prawidłowość i celowość wydania kilkunastu aktów prawnych - w tym zakresie - oraz prawidłowość wydania kilkudziesięciu orzeczeń sądów administracyjnych oraz dotychczasową doktrynę w tej sprawie. Natomiast konstytucyjne ograniczenie wykonywania zawodu znajduje swoje uzewnętrznienie w art. 44 pkt 5 ustawy o ABW regulującym warunki dopuszczenia do pełnienia służby w Agencji. Oczywistym jest, że z konstytucyjnego ograniczenia wykonywania zawodu zwartego w art. 44 ustawy o ABW nie można wywodzić obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską. Funkcjonariusze niespełniający kryteriów, o których mowa w art. 44 pkt 5 ustawy o ABW zwalniani są ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 5 ustawy o ABW „*dla dobra służby*”.

Przyjęcie przez Trybunał za prawidłowe, wywody dotyczące obowiązku stawiennictwa zawarte w przedmiotowym piśmie, spowodują, iż należy jednocześnie stwierdzić, iż błąd popełniło około 200 radców prawnych zatrudnionych w biurach lub departamentach prawnych naczelnych i centralnych organów państwa. Całkowicie zbytecznie uregulowano zagadnienie obowiązku stawiennictwa przed komisją w rozporządzeniach wykonawczych, zatem brak było podstaw do wydania w tym zakresie przepisów, zatem kilku Ministrów Spraw Wewnętrznych, kilku kierowników naczelnych i centralnych organów państwa polskiego bezpodstawnie regulowało kwestię w rozporządzeniach wykonawczych. Oraz co najgorsze, iż błąd również popełniło kilku premierów podpisując rozporządzenie wykonawcze opiniowane wcześniej przez Rządowe Centrum Legislacji. Błąd popełniło ok. 50 składów sędziowski tj. 150 sędziów sądów administracyjnych wskazując na inny przepis niż przepis o *kierowaniu na komisję z urzędu lub na wniosek*.

Zatem odnosząc się do wywodów Marszałka Sejmu, wszyscy powyżej wskazani nie odkodowali właściwie w tym przepisie ustawowym obowiązku stawiennictwa i wydawano rozporządzenia wykonawcze w sprawie obowiązków stawiennictwa przed komisjami. Jednocześnie pismo jawnie godzi w zasadę racjonalnego ustawodawcy, gdyż aktualnie

w ustawach trzech służb mundurowych do wskazanego przez Sejm unormowania zawierającego normę w zakresie *kierowania do komisji z urzędu lub na wniosek* dodano ustęp 2 ustanawiający właśnie obowiązek ustawowy stawiennictwa na badania przed komisją lekarską. Zatem przedmiotowe pismo zdaje się sugerować, iż mamy do czynienia z naruszeniem zasady racjonalnego ustawodawcy, gdyż skoro przepis reguluje już obowiązek, to, w jakim celu został on ponownie uregulowany poprzez dodanie ust. 2 do tego przepisu w trzech ustawach i jednym projekcie ustawy?

W odróżnieniu od przedmiotowego pisma w którym w dwóch zdaniach dokonano wykładni przepisu o *skierowaniu na komisję lekarską z urzędu lub na wniosek* oraz obszernie zacytowano wyrok WSA w W , który jest kompilacją wyroków dotyczących szczególnych charakterów służby m. in. wyroku Trybunału, dotyczącego szczególnego charakteru służby w Służbie Celnej (pkt IV uzasadnienia wyroku TK o sygn. K 1/04), skarżący przedstawia poniżej meritum sprawy, gdyż jeżeli ewentualnie zostanie wydany wyrok przez Trybunał, to wpłynie on na stosowanie i prace legislacyjne we wszystkich służbach mundurowych. Sprawa jest bardzo ważna, gdyż przyjęcie sugestii Marszałka Sejmu oznaczać będzie załamanie kardynalnej zasady wszystkich służb mundurowych tj. zasady hierarchicznego podporządkowania. Gdyż nie tylko przełożony, ale każdy inny funkcjonariusz będzie mógł wydać polecenie służbowe z powołaniem się swoją (nową) wykładnią jasnego przepisu. W niniejszej sprawie idzie również o rozważanie kardynalnej kwestii, czy jest zgodne z postanowieniami Konstytucji uregulowanie obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską w tym wydawanie poleceń służbowych (skierowań do komisji) w przypadku zwolnienia lekarskiego od służby (pracy). Gdyż jak zauważył Marszałek Sejmu stawiennictwo jest związane z wykonaniem obowiązku w trakcie pełnienia służby, ale sugeruje również, aby polecenie służbowe obowiązywało także w trakcie zwolnienia od wykonywania - właśnie poleceń służbowych ze względu na chorobę. *„Osoba wezwana nie stawia się tam po to, by świadczyć pracę, lecz po to, by poddać się badaniom, które wykażą czy w ogóle pełnić służbę w ABW.”* Wprawdzie Marszałek sugeruje, że obowiązek wynika nie ze skierowania (art. 59 ust. 1 ustawy o ABW) ale z wezwania komisji lekarskiej na badania lecz jednocześnie uszło uwadze, że komisje lekarskie ABW są jednostkami bezpośrednio podległymi Szefowi Agencji (art. 45 ust. 1 ustawy o ABW). Skarżący wniósł o zbadanie zaskarżonego przepisu z art. 68 ust. 1 Konstytucji, gdyż w myśl przedmiotowego pisma funkcjonariusz ABW i AW jest zobowiązany do stawiennictwa przed komisją lekarską w każdej sytuacji (a nie poddania się badaniom lekarskim, co zauważył ustawodawca w innych ustawach) tym samym dąży, aby funkcjonariusz wypełniał polecenia służbowe związane ze stosunkiem służbowym nawet w trakcie zwolnienia od służby w trakcie choroby stwierdzonej zaświadczeniem lekarskim. Przecież komisja lekarska ABW wydaje orzeczenie o zdolności fizycznej i psychicznej do pełnienia służby, jak zatem nie może wydać orzeczenia w trakcie leczenia i zwolnienia lekarskiego od służby, za wyłączeniem jednego przypadku – nieuleczalnie chorego funkcjonariusza. Funkcjonariusz podlega leczeniu i po jego zakończeniu można ustalić zdolność do dalszej służby. Dobrowolne wnioskowanie przez zainteresowanego o umożliwienie skorzystania z prawa konstytucyjnego gwarantowanego w art. 68 ust. 1 do ustalenia swojego stanu zdrowia, a następnie rezygnacja z niego nie może zostać obwarowana sankcją w postaci: zwolnienia z (pracy) służby oraz sankcją ograniczenia w całości nabytego prawa konstytucyjnego gwarantowanego w sposób bezwarunkowy (wyrok TK K 1/08). Dlatego słuszny jest zarzut o niezgodności art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z art. 68 ust. 1 Konstytucji.

Skarżący konsekwentnie podnosi zarzut sformułowany w skardze konstytucyjnej, gdyż *„zdaniem skarżącego obowiązek stawienia przed komisją lekarską, co do którego wprowadzono sankcję w postaci zwolnienia ze służby, nie został sformułowany jednoznacznie i w*

*precyzyjny sposób. Bezpośrednim wyrazem tego są istotne rozbieżności w nawiązaniu do administracyjnych i orzecznictwie sądów administracyjnych. W zakresie orzecznictwa (...) obowiązek stawienia się przez funkcjonariusza przed komisją lekarską ABW. (...) art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, który kształtuje uprawnienia władcze organów ABW do zwolnienia ze służby, nie jest skorelowany z obowiązkiem stawiennictwa funkcjonariusza przed komisją lekarską. Sankcja, jaka może być zastosowana wobec funkcjonariusza nie ma w rzeczywistości prawnej obowiązku (zakazu, nakazu) sformułowanego w sposób precyzyjny i niebudzący wątpliwości”*

Ponadto należy wskazać na stan faktyczny sprawy, gdyż w sprawie skarżącego Sąd administracyjny I instancji zaakceptował stanowisko Szefa ABW gdzie obowiązek funkcjonariusza został wywiedziony z treści przepisu § 17 pkt 5 rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 52 ustawy o ABW w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy na zajmowanym stanowisku w trakcie wykonywania pracy, stanowiącego o obowiązku poddania się badaniom lekarskim z zakresu przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy. Zwrócić należy uwagę, że organ stosujący art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW prezentuje w sprawie o sygn. akt [ ] oraz [ ] (niepubl. strona internetowa NSA) stanowisko, że „Karta skierowania do Regionalnej Komisji Lekarskiej ABW jest tylko czynnością organu o charakterze technicznym, która inicjuje podjęcie postępowania przed właściwą komisją lekarską ABW.”, a więc zaprzecza, by źródłem tego obowiązku mogło być skierowanie.

Sąd administracyjny II instancji wywiódł, iż obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską wynika bezpośrednio z art. 44 pkt 5 ustawy o ABW, konkludując jednocześnie, że „ przywołanie przez Sąd I instancji przepisu § 17 pkt 5 (...) stanowiącego o obowiązku poddania się badaniom lekarskim, nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy.”

Kolejny nurt poglądów określających źródło obowiązku stawienia się przed komisją, przywiązuje wagę do wystawienia skierowania. W dwóch orzeczeniach wydanych przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w W [ ] wskazywano, iż obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską ABW wynika z wystawienia druku skierowania do komisji lekarskiej (sygn. akt: [ ] niepubl. strona internetowa NSA). W wyroku z dnia [ ] czerwca 2009 r. (sygn. akt [ ]) Wojewódzki Sąd Administracyjny w W [ ] wyraził następujący pogląd: „Do regionalnej komisji lekarskiej kieruje się funkcjonariusza z urzędu (§ 6 ust. 3). W przypadku dwukrotnego niestawienia się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską, do której funkcjonariusz został skierowany w celu określenia stanu zdrowia wystąpią, w myśl art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, podstawy do zwolnienia funkcjonariusza ze służby. Zatem wystawienie skierowania rodzi dla funkcjonariusza obowiązek stawienia się przed komisją lekarską, zagrożony sankcją zwolnienia ze służby”

Marszałek Sejmu wskazując na przepis art. 59 ust. 1 ustawy o ABW całkowicie pominał odmienne wnioski płynące z licznego orzecznictwa sądów administracyjnych. Przykładowo w wyroku WSA w W [ ] o sygn. [ ], Sąd wyraził następujący pogląd: „Analiza powyższych regulacji prawnych pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż skierowanie do właściwej komisji lekarskiej nie jest decyzją administracyjną w rozumieniu k.p.a. - rozkazem personalnym, nie jest także wewnętrznym rozkazem personalnym wynikającym z podległości służbowej, dotyczącym spraw osobowych. Prawodawca dla wskazanej instytucji przewidział odrębny tryb, odmienny od przepisów k.p.a. Skierowanie do komisji nie stanowi władczego rozstrzygnięcia załatwiającego konkretną sprawę, a jedynie inicjuje postępowanie w sprawie, której celem jest wydanie orzeczenia o zdolności funkcjonariusza do służby. Do takich wniosków prowadzi sformalizowana forma skierowania wg wzoru formularza oraz ograniczona czasowo ważność tego dokumentu. Zwrócić także należy uwagę, iż celem postępowania administracyjnego jest ustalenie

*lub stworzenie jakiejś indywidualnej sytuacji prawnej w drodze decyzji. Kompetencja organu do załatwienia sprawy w drodze decyzji administracyjnej musi wynikać z powszechnie obowiązującego przepisu prawa materialnego. Takim przepisem nie jest art. 59 ust. 2 ustawy o ABW oraz AW, albowiem użycie sformułowania: "o skierowaniu funkcjonariusza na te badania decyduje Szef Agencji" wskazuje na wyrażenie woli organu o charakterze organizacyjnym, nie zaś rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej. Skierowanie do komisji lekarskiej nie tworzy dla funkcjonariusza indywidualnej sytuacji prawnej, tworzy ją natomiast końcowy wynik postępowania prowadzonego przez komisję lekarską, który przybiera postać orzeczenia. Skoro ustawodawca precyzyjnie określił jakie sprawy osobowe funkcjonariuszy ABW wymagają wydania decyzji administracyjnej i celowo, nie z przeoczenia, nie zastrzegł tej formy prawnej dla skierowania do komisji lekarskiej, to nie jest zasadne twierdzenie strony, że legalizacji dla wydania decyzji administracyjnej należy upatrywać w rozwiązaniach doktrynalnych, czy innych pragmatykach zawodowych."*

Natomiast Marszałek Sejmu wskazuje, że „*ww. obowiązek explicite wynika z art. 59 ust. 1 u.ABW, pośrednio zaś z art. 44 pkt 5 u.ABW.*”

Przypomnieć w tym miejscu należy, że artykuł 59 ust. 1 ustawy o ABW stanowi, że *funkcjonariusz może być skierowany z urzędu lub na własną prośbę do komisji lekarskiej właściwej Agencji w celu określenia jego stanu zdrowia oraz ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby, jak również związku poszczególnych schorzeń ze służbą.* Zdaniem skarżącego powołany przez Marszałka Sejmu przepis (art. 59 ust. 1) jest przepisem o charakterze proceduralnym. Reguluje on kwestię kierowania do komisji z urzędu lub na własną prośbę. Jak bowiem podkreśla się w doktrynie o charakterze określonego przepisu decyduje nie jego umieszczenie w ustawie materialnej, czy też procesowej, lecz co jest przedmiotem regulacji. Zwrócić już tylko należy uwagę na proceduralny przepis art. 61 § 1 k.p.a. stanowiący, że *postępowanie administracyjne wszczyna się na żądanie strony lub z urzędu.* Trudno jest z powołanego przepisu k.p.a. wywodzić jakkolwiek obowiązek dla strony postępowania administracyjnego. Podobnie stanowi art. 165 § 1 Ordynacji podatkowej. Reasumując powyższe, nie został spełniony konstytucyjny wymóg jasności przepisu określającego ustawowy obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską jak i organu władnego do nałożenia tego obowiązku, gdyż jak wynika z powołanych w sprawie poglądów organów i sądów administracyjnych naruszono nakaz tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, bowiem zarówno organ stanowiący prawo jak i organ administracyjny stosujący prawo oraz Sady administracyjne nie wskazują w sposób niebudzący wątpliwości na przepis stanowiący o obowiązku stawiennictwa zawarty w ustawie o ABW.

Jednakże argumentem decydujący za odrzuceniem tezy wyrażonej przez Marszałka Sejmu są najnowsze prace ustawodawcze w służbach mundurowych w zakresie analogicznych rozwiązań prawnych związanych z obowiązkiem stawiennictwa przed komisją lekarską.

## **2. Geneza regulacji związanej z umiejscowieniem obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską UOP/ABW oraz rozwiązania prawne stosowane w analogicznych sprawach w jednostkach organizacyjnych MSW.**

Wbrew stanowisku Marszałka Sejmu, tożsame unormowanie prawne w zakresie procedury kierowania na komisję lekarską (urzędu lub na wniosek) znajdują się we

wszystkich ustawach służb mundurowych b. MSW i nie są odczytywane przez doktrynę i orzecznictwo sądów administracyjnych jako przepis zawierający źródło obowiązku. Posługując się retoryką Marszałka Sejmu w stosunku do jego argumentów podniesionych w przedmiotowym piśmie, należy stwierdzić, że „(...) nie wykazał też, żeby w tej materii istniały rozbieżności czy wątpliwości w orzecznictwie sądowym lub doktrynie..”

a. W Dziennikach Ustaw nr 30 i 78 z 1990 roku zostały opublikowane teksty trzech ustaw tj. ustawy o Policji, ustawy o Straży Granicznej i ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa (dalej: UOP). W zakresie powyżej analizowanym przyjęto jednolite unormowanie: *funkcjonariusz może być skierowany z urzędu lub na jego prośbę do komisji lekarskiej, podległej ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych, w celu określenia stanu zdrowia oraz ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby, jak również związku poszczególnych schorzeń ze służbą.* W tych trzech służbach obowiązek stawiennictwa przed komisją został uregulowany w rozporządzeniach wykonawczych określających prawa i obowiązki.

Przykładowo: § 43 ust. 1 i 2 zarządzenia nr 12 Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 17 marca 1997 r. w sprawie przebiegu służby oraz praw i obowiązków funkcjonariuszy Straży Granicznej (Dz.Urz.MSWiA.97.3.31) stanowił, że funkcjonariusz *ma obowiązek raz w roku poddać się profilaktycznym badaniom lekarskim. Funkcjonariusz skierowany z urzędu do komisji lekarskiej podległej Ministrowi Spraw Wewnętrznych i Administracji przez przełożonego właściwego w sprawach osobowych na wniosek lekarza zakładu służby zdrowia lub z własnej inicjatywy w celu określenia stanu zdrowia oraz ustalenia stopnia zdolności do służby ma obowiązek niezwłocznie poddać się badaniom zleconym przez komisję lekarską.*

#### **b. Rozwiązania prawne UOP/ABW**

Art. 28 ustawy o UOP stanowił, że *funkcjonariusz może być skierowany z urzędu lub na jego prośbę do komisji lekarskiej podległej Szefowi Urzędu Ochrony Państwa w celu określenia stanu zdrowia oraz ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby, jak również związku poszczególnych schorzeń ze służbą.* Natomiast obowiązek niestawienia, ale poddania się badaniom przed komisją lekarską do 2001 roku był unormowany w rozporządzeniu wykonawczym w sprawie przebiegu służby funkcjonariuszy UOP określającym prawa i obowiązki funkcjonariuszy UOP. Przypomnieć należy, że analogiczne rozporządzenie(zarządzenie) obowiązywało w pozostałych jednostkach organizacyjnych MSW.

Stosownie do § 23 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 stycznia 1998 r. w sprawie służby funkcjonariuszy Urzędu Ochrony Państwa (Dz. U. Nr 8, poz. 28) *funkcjonariusz skierowany do komisji lekarskiej w celu określenia stanu zdrowia oraz ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby, ma obowiązek bez zbędnej zwłoki, poddać się badaniom lekarskim zleconym przez komisję lekarską.* Zacytowane unormowanie znajdowało się w rozdziale 5 poświęconym obowiązkom funkcjonariuszy UOP i stanowiło o funkcjonariuszu skierowanym w celu określenia stanu zdrowia. Aktualnie obowiązujące rozporządzenie wykonawcze o służbie funkcjonariuszy ABW posiada analogiczne rozwiązania prawne jak w powołanym rozporządzeniu z wyłączeniem praw i obowiązków funkcjonariuszy, bowiem zostały one przeniesione do unormowań rangi ustawowej z całkowitym pominięciem wspomnianego obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską.

Reasumując, po pierwsze art. 59 ust. 1 i 2 ustawy o ABW nie wprowadził zmian, w stosunku do ustawy o UOP w zakresie uregulowania kierowania funkcjonariuszy do komisji lekarskiej. Po drugie, ustawa o ABW w rozdziale 7, poświęconym prawom i obowiązkom funkcjonariuszy ABW i AW nie dokonała żadnych zmian, poprzez określenie

ustawowe obowiązku stawiennictwa przed komisją lub poddania się badaniom lekarskim przed komisją, zatem nie uregulowała w sposób precyzyjny i jasny obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską. Wydaje się także, iż wolą ustawodawcy było nieustanowienie przepisu o obowiązku podania się badaniom lekarskim.

### **3. Analiza porównawcza rozwiązań zwianych z kierowaniem do komisji lekarskiej i obowiązkiem stawiennictwa w służbach mundurowych**

Analiza porównawcza przyjętych w UOP/ABW, Policji, Państwowej Straży Pożarnej i Straży Granicznej wskazuje na wysnucie błędnych wniosków przedstawionych w piśmie przez Sejm. Przepis o identycznej treści w zakresie kierowania do komisji lekarskiej obowiązuje od 1990 roku we wszystkich służbach mundurowych. Przykładowo art. 40 ustawy o Policji stanowi, że *policjant może być skierowany z urzędu lub na jego prośbę do komisji lekarskiej podległej ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych w celu określenia stanu zdrowia oraz ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby, jak również związku poszczególnych schorzeń ze służbą.* Zgodnie z treścią art. 44 ust. 2 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej *strażak może być skierowany z urzędu lub na jego wniosek do komisji lekarskiej, o której mowa w art. 29, w celu dokonania oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby*. Nadmienić należy, iż przepis ten obowiązuje od 1991 roku. Stosowanie do art. 34 ustawy o Biurze Ochrony Rządu *funkcjonariusz może być skierowany z urzędu lub na własną prośbę do komisji lekarskiej.*

W postanowieniu z dnia 25 maja 2010 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (sygn. II SAB/Wa 66/10) wyraził następujący pogląd: *„Złożenie przez policjanta wniosku o skierowanie na komisję lekarską powoduje, iż organ jest obowiązany do nadania wnioskowi dalszego biegu (...) W ocenie Sądu skierowanie jest czynnością materialno-techniczną, która inicjuje podjęcie postępowania przed właściwą komisją lekarską.”* Natomiast w postanowieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 26 maja 2011 r. sygn. akt II SA/Po 275/11, LEX nr 1158463, Sąd wyraził następujący pogląd: *„Sąd orzekający w przedmiotowej sprawie podziela wyrażony w postanowieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 maja 2010 r. o sygn. II SA/Wa 66/10 (dostępne na stronie internetowej <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>) pogląd, iż skierowanie do komisji lekarskiej o której mowa w art. 40 ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r. (tj. Dz. U. z 2007 Nr 43, poz. 277 ze zm.) i § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 lipca 1991 r. w sprawie właściwości i postępowania komisji lekarskich podległych Ministrowi Spraw Wewnętrznych jest czynnością materialno-techniczną, która inicjuje podjęcie postępowania przed właściwą komisją lekarską MSWiA.”*

Niewątpliwie zacytowane powyżej regulacje ustawowe dają funkcjonariuszowi prawo do wystąpienia z prośbą o skierowanie do komisji lekarskiej, natomiast organowi obowiązek takie wystawienia takiego skierowania. Powyższe pozwala na konstatację, iż cytowane przepisy służb mundurowych nie regulują w ustawach pragmatycznych obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską. Aktualnie w ustawach trzech służb mundurowych oraz w projekcie ustawy o SOK uregulowano obowiązek poddania się badaniom przed komisją lekarską poprzez dodanie ustępu drugiego do przepisu



o kierowaniu na komisję. Przepisy o obowiązku poddania się badaniom istniały, jako przepisy rozporządzeń wykonawczych i zostały przeniesione do ustaw pragmatycznych.

Natomiast obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską w Policji regulują rozporządzenia wykonawcze Ministra Spraw Wewnętrznych (dalej: MSW) wydane na podstawie art. 81 ust. 1 ustawy o Policji. Do 2002 r. sprawę regulował § 68 ust. 2 zarządzenia nr 29 MSW z dnia 11 czerwca 1997 r. w sprawie przebiegu służby praw i obowiązków policjantów (...) (Dz. Urz. MSWiA Nr 5, poz. 49) nakładający na policjanta skierowanego do komisji lekarskiej obowiązek poddania się bez zbędnej zwłoki badaniom lekarskim zleconym przez komisję lekarską. Natomiast od 2002 roku w zakresie obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską policjanta sprawę uregulował – bez ustawowej sankcji za niestawiennictwo - § 14 rozporządzenia MSW dnia 2 września 2002 r. w sprawie szczegółowych praw i obowiązków oraz przebiegu służby policjantów ( Dz. U. nr, 151 poz. 1261), który stanowi, że:

§ 14. 1. Policjant podlega badaniom określonym w przepisach o służbie medycyny pracy w zakresie i terminie wskazanym przez przełożonego właściwego w sprawach osobowych.  
2. Policjant skierowany do komisji lekarskiej podległej ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych, zwanej dalej "komisją lekarską", w celu określenia stanu zdrowia oraz ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby jest obowiązany bez zbędnej zwłoki poddać się badaniom lekarskim zleconym przez komisję lekarską.  
3. Przełożony właściwy w sprawach osobowych jest obowiązany umożliwić dostęp do badań, o których mowa w ust. 1 i 2.

Na tle rozwiązań przyjętych przez Policję wskazać należy na pogląd wyrażony w wyroku WSA w Lublinie z dnia 23 marca 2010 r., sygn. III SA/Lu 12/10, publ. strona internetowa NSA: „(...) był skierowany z urzędu na podstawie art. 40 ustawy o Policji przez Komendanta Miejskiego w B. do Wojewódzkiej Komisji Lekarskiej w L., w celu orzeczenie stopnia zdolności do służby w Policji, jednak nie poddał się badaniom komisji lekarskiej, naruszając tym samym dyscyplinę służbową określoną w art. 132 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy o Policji w związku z jej art. 40 oraz § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 2 września 2001 r. w sprawie szczegółowych praw i obowiązków oraz przebiegu służby policjantów” (...) „**Stanowiska o tożsamości badań profilaktycznych oraz badań przed Wojewódzką Komisją lekarską MSWiA w L. nie można wywodzić z treści art. 40 ustawy o Policji (...)**”

Zatem w analogicznym unormowaniu ustawowym służb mundurowych jak w ustawie o ABW nie ma mowy o obowiązku ustawowym stawiennictwa przed resortową komisją lekarską, jak również nie wydano przepisów wykonawczych w sprawie badań w celu określenia stanu zdrowia. Doktryna również na tle tożsamego przepisu art. 40 ustawy o Policji nie doszukuje się obowiązku stawiennictwa przed komisją lub obowiązku poddania się badaniom (por. komentarz do art. 40 ustawy o Policji, Kotowski Wojciech, wyd. ABC oraz system Lex 2005 i 2012)

#### **4. Najnowsze prace ustawodawcze parlamentu związane z unormowaniem sprawy obowiązku poddania się badaniom, a nie stawiennictwa przed komisją lekarską.**

Przepis art. 44 ust. 1-4 i art. 45 ust. 2 pkt 9 ustawy o Straży Granicznej ma następujące brzmienie:

*Art. 44 ust. 1. Funkcjonariusz może być skierowany z urzędu lub na jego prośbę do komisji lekarskiej, podległej ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych, w celu określenia stanu zdrowia oraz ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby, jak również związku poszczególnych schorzeń ze służbą.*

*2. Funkcjonariusz obowiązany jest poddać się badaniom zleconym przez komisję, w tym również badaniom specjalistycznym, psychologicznym i dodatkowym, a gdy zachodzi potrzeba - obserwacji w zakładzie opieki zdrowotnej.*

*3. Funkcjonariusz może być poddany badaniom psychofizjologicznym w związku z postępowaniem prowadzonym w sprawach, o których mowa w art. 1 ust. 2a.*

*4. W sprawach skierowania funkcjonariusza na badanie psychofizjologiczne w przypadku, o którym mowa w ust. 3, jest właściwy Komendant Główny Straży Granicznej.*

*Art. 45 ust. 2 pkt 9 stanowi, że funkcjonariusza można zwolnić ze służby za dwukrotnego nieusprawiedliwionego niestawienia się na badanie lub obserwację w zakładzie opieki zdrowotnej, wyznaczone zgodnie z art. 44 ust. 2, chyba że skierowanie do komisji nastąpiło na prośbę funkcjonariusza;*

Klasycznym, zaś przykładem dostosowania unormowań obowiązku poddania się badaniom, do postanowień Konstytucji, poprzez ustawowe unormowanie obowiązku poddania się badaniom zleconym przez komisję lekarską stanowią przepisy związane ze Służbą Więzienną. Stosownie do art. 38 nieobowiązującej ustawy z dnia 26 kwietnia 1996 r. o Służbie Więziennej *funkcjonariusz może być skierowany, z urzędu lub na jego prośbę, do komisji lekarskiej w celu określenia stanu zdrowia oraz ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby, jak również związku poszczególnych schorzeń ze służbą.* Podnieść już tylko należy, że do 2010 roku zgodnie z § 23 regulaminu Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu pełnienia służby przez funkcjonariuszy SW, *funkcjonariusz skierowany do komisji w celu określenia (...) był zobowiązany bez zbędnej zwłoki poddać się badaniom lekarskim zleconym przez komisję lekarską.* Natomiast w ustawie o Służbie Więziennej z dnia 9 kwietnia 2010 r. art. 111 ust. 1 pozostał w niezmienionej treści i stanowi, że *funkcjonariusza kieruje się z urzędu lub na jego prośbę do komisji lekarskiej.* Ustawa o Służbie Więziennej nie uregulowała obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską, natomiast uregulowany został w przepisie ust. 2 art. 111 obowiązek poddania się badaniom lekarskim, gdyż zgodnie z tym przepisem *funkcjonariusz jest obowiązany poddać się badaniom zleconym przez komisję lekarską.* Natomiast art. 96 ust. 1 pkt 8 ustawy o SW *ustanawia obligatoryjną przesłankę zwolnienia ze służby, w wyniku dwukrotnego nieusprawiedliwionego niestawiennictwa na badanie lub*

obserwację, wyznaczonych zgodnie z art. 111, chyba że skierowanie do komisji lekarskiej nastąpiło na prośbę funkcjonariusza.

Ustawa o Służbie Celnej w art. 130 ust. 1 stanowi, że *funkcjonariusz może być skierowany z urzędu lub na wniosek do komisji lekarskiej, w celu (...).* Ust. 2 art. 130 stanowi że *funkcjonariusz jest obowiązany poddać się zleconym badaniom, w tym również badaniom specjalistycznym.* Zgodnie z art. 105 pkt 8 funkcjonariusza można zwolnić ze służby w przypadku odmowy poddania się badaniom lekarskim, o których mowa w art. 130 ust. 1.

Prokurator Generalny na stronie 22 pisma z dnia 10 października 2012 r. po zacytowaniu brzmienia art. 59 ust. 1 ustawy o ABW stwierdził, że *„Z regulacji tej jednoznacznie wynika, że organem upoważnionym do nałożenia obowiązku poddania się badaniom lekarskim są jednostki organizacyjne ABW, skoro jest w niej mowa o skierowaniu z „urzędu”*”. Nie określił jednak, jakie jednostki organizacyjne i w jaki sposób jednostka organizacyjna może nałożyć obowiązek na funkcjonariusza, jednocześnie nie określił jakie komisje lekarskie miał na myśli, bowiem komisje lekarskie ABW są również jednostkami organizacyjnymi podległymi Szefowi ABW. Natomiast na stronie 23 pisma wyrażono następujący pogląd: *„W przypadku skierowania do komisji lekarskiej ABW, które było zainicjowane prośbą funkcjonariusza, także zatem dochodzi do nałożenia na funkcjonariusza obowiązku poddania się badaniom lekarskim,(...)*” Zatem, Prokurator i Marszałek we wskazanym przepisie oprócz obowiązku stawiennictwa przed komisją faktycznie doszukują się obowiązku poddania się badaniom lekarskim na wezwanie komisji lekarskiej. Przypomnieć należy, że zaskarżony w niniejszej sprawie przepis zezwala na zwolnienie ze służby za niestawienie się przed komisją lekarską. Stawienie się przed komisją, do której został skierowany funkcjonariusz, a poddanie się badaniom lekarskim, są to przesłanki ustawowe pozwalające na zwolnienie za dwa odmienne czyny wynikające z dwóch odmiennych nakazów prawnych. Stawiennictwo, bowiem należy do władzy przełożonego (polecenie służbowe) i za naruszenie tej normy nakazującej podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej włącznie z wydaleniem ze służby. Natomiast poddanie się badaniom lekarskim należy do przepisów związanych postępowaniem przed komisjami lekarskimi (komisja zawiadamia o wyznaczeniu terminu badań). Zatem idzie tutaj o dwa odmienne czyny za które można zwolnić z pracy, których nakaz musi być ustawowo uregulowany w sposób jasny, a nie poprzez rozszerzającą wykładnię systemową przepisów ustawy pragmatycznej. Ze stanu faktycznego sprawy oraz konkluzji Marszałka Sejmu wyrażonej na stronie 12 przedmiotowego pisma wynika, że *„Osoba wezwana nie stawia się tam po to by świadczyć pracę, lecz po to, by poddać się badaniom, które wykażą, czy w ogóle może pełnić służbę w ABW.”* Jednakże uszło uwadze Marszałka, iż zwrot *„by poddać się badaniom, które wykażą, czy w ogóle może pełnić służbę w ABW”* nie ma odniesienia do niniejszej sprawy, gdyż w niniejszej sprawie mowa jest o ustaleniu stanu zdrowia. Zatem faktycznie Marszałek również w art. 59 ust. 1 w związku z art. 45 ust. 2 ustawy o ABW dokonując rozszerzającej wykładni jasnego przepisu, dopatruje się, że przepis reguluje obowiązek funkcjonariusza poddania się badaniom komisyjnym w celu ustalenia stanu zdrowia, do których został zobowiązany przez komisję lekarską ABW. Uszło jednakże uwadze, iż przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW stanowi o komisji lekarskiej innej niż komisja lekarska ABW i wyłącznie w celu ustalenia stanu zdrowia. Zatem jak jasno wynika z przeprowadzonych w piśmie

wywodów Marszałka Sejmu, jednoznacznie wskazuje on na inną przesłankę ustawową tj. obowiązku poddania się badaniom lekarskim na wezwanie komisji lekarskiej, zamiast jak stwierdzono na wstępie pisma obowiązku stawiennictwa przed komisją wynikającego ze skierowania do komisji wystawionego przez przełożonego.

Najpełniejsze zestawienie przesłanek ustawowych – czynów - za które można zwolnić ze służby zostało zdefiniowane w art. 111 pkt 4 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych. Zgodnie z tym przepisem można zwolnić ze służby za: po pierwsze, odmowę przyjęcia skierowania do wojskowej komisji lekarskiej, i jeżeli żołnierz skierowanie przyjął, to wówczas, po drugie: nieusprawiedliwione **niezgłoszenie się do tej komisji w określonym terminie i miejscu**, po trzeciej: niepoddanie się badaniom, do których został zobowiązany przez komisję lekarską. Podnieść tutaj należy, iż ustawodawca zauważył istotny element odnoszący się do niniejszej sprawy, gdyż do komisji lekarskiej funkcjonariusz nie stawia się, ale zgłasza się. Zatem sugestie Marszałka w tym zakresie obowiązku stawiennictwa – zgłoszenia się zdają się dążyć do podważenia zasady racjonalnego ustawodawcy.

Natomiast ustawa o Straży Granicznej określiła następujące przesłanki zwolnienia ze służby:

***Po pierwsze niepoddanie się badaniom zleconym przez komisję, w tym również badaniom specjalistycznym, psychologicznym i dodatkowym, oraz po drugie niepoddanie się obserwacji w zakładzie opieki zdrowotnej***

Reasumując powyższe należy stwierdzić, iż ustawodawca w ustawie o ABW nie uregulował obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską w celu ustalenia stanu zdrowia, jak i sposobu i trybu „przyjęcia” przez funkcjonariusza skierowania do komisji oraz nie ustanowił obowiązku poddania się badaniom przed komisją lekarską.

Na marginesie należy podnieść, że na tle zacytowanych przepisów nie występuje jednolita linia orzecznictwa sądów administracyjnych w kwestii, czy zwolnienie lekarskie od służby usprawiedliwia niepoddanie się badaniom lekarskim. (np.: wyrok WSA w Warszawie z 1.04.2008 r. sygn. II SA/Wa 167/08, LEX nr 489086 i wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 5.02.2009 r. sygn. II SA/Go 789/08, LEX nr 484064)

5. Uszły również uwadze Marszałka Sejmu, wnioski płynące z najnowszych prac legislacyjnych parlamentu. Przypomnieć już tylko należy, że jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o Służbie Więziennej (druk sejmowy nr 2062), „ Ad 13) W rozdziale 13 projektu ustawy określono zagadnienia związane ze zdrowiem i bezpieczeństwem funkcjonariuszy w służbie. Przede wszystkim w rozdziale tym zawarto dotychczasowe przepisy o zdolności fizycznej i psychicznej do służby, a także zasady kierowania funkcjonariuszy do komisji lekarskiej. W szczególności przewidziano możliwość kierowania z urzędu funkcjonariusza do komisji lekarskiej, w przypadku, gdy jego nieobecność w służbie przekracza pewien okres, wraz z **nałożeniem na niego ustawowego obowiązku poddania się określonym badaniom**. **Brak takiej regulacji**

powodował bowiem unikanie przez funkcjonariuszy skierowanych na komisję lekarską poddania się badaniom. Z drugiej zaś strony - zgodnie z wytycznymi Centralnej Komisji Lekarskiej MSWiA - **obowiązek poddania się badaniom powinien wynikać z pragmatyki służbowej, albowiem jest to polecenie służbowe.** Wspomnieć również można, iż analogiczne rozwiązania zostały przyjęte w innych służbach mundurowych..

Marszałek Sejmu zbagatelizował wnioski wyływające z uzasadnienia projektu ustawy o Służbie Celnej (druk sejmowy nr 1492) : "W art. 130 uregulowano zasady określania stanu zdrowia do pełnienia służby. Zgodnie z tymi przepisami funkcjonariusz może być skierowany z urzędu lub na własny wniosek do komisji lekarskiej podległej Ministrowi Finansów, w celu: 1) określenia braku przeciwwskazań zdrowotnych do pełnienia służby na określonym stanowisku służbowym, 2) skierowania na określone szkolenia, w tym szkolenie specjalistyczne, 3) sprawdzenia prawidłowości orzekania o czasowej niezdolności do służby z powodu choroby oraz wystawianych zaświadczeń lekarskich dla celów wypłaty uposażenia za czas niezdolności do służby. **Funkcjonariusz obowiązany jest poddać się zleconym badaniom, w tym również badaniom specjalistycznym.** W art. 130 ust. 3 zawarto upoważnienie dla Ministra Finansów, który w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia określi: (...)"

Wprowadzie cytowane fragmenty z uzasadnień rządowych projektów ustaw dotyczą unormowania ustawowego obowiązku poddania się badaniom lekarskim przed komisją funkcjonariuszy Służby Więziennej i Służby Celnej, ale zawarte w niej wywody w pełni odnoszą się do ustawy o ABW.

Analiza najnowszego ustawodawstwa polskiego wskazuje, iż ustawodawca w trakcie pospiesznego uchwalania pakietu ustaw związanych z SKW i SWW, w tym przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW zapomniał o hipotezie normy prawnej (według zwolenników koncepcji trójczłonowej) lub zapomniał o uchwaleniu hipotezy normy sankcjonowanej (np. poselski projekt ustawy o Straży Kolejowej druk nr 510; art. 35 ust. 2 pkt 10 w związku z art. 33 ust. 2). Ten istotny brak w przepisie prawnym powoduje, że nie można skonstruować poprawnej normy prawnej. Zatem, zaskarżony przepis uchwalono niezgodnie z zasadą poprawnej legislacji, gdyż oprócz nie zachowania należytych aksjologicznych standardów wprowadzono regulację prawną niekonsekwentną i niedającą się wytłumaczyć w zgodzie z innymi przepisami służb mundurowych. Wprowadzie celowość i zasadność wprowadzenia przepisu może wydawać się słuszna, jednakże nie może być wytłumaczeniem dla tworzenia prawa w sposób chaotyczny i przypadkowy. Dowolność i przypadkowość wprowadzonego w 2006 r. w trzech służbach mundurowych przepisu w powiązaniu ze skutkami prawnymi, jakie niesie jego zastosowanie (zniweczenie konstytucyjnego i unijnego prawa do corocznego urlopu i jego ekwiwalentu) jest zatem jaskrawym przykładem złamania zasady poprawnej legislacji. Tak sformułowany przepis nie spełnia minimalnych wymogów stawianych regulacjom sankcyjnym i w sposób jawny godzi w zasadę państwa prawnego wynikającą z art. 2 Konstytucji ze względu na brak penalizacji czynu za który może zostać wymierzona sankcja administracyjna.

Skarżący nie odniósł się do unormowań zawartych w wojsku, gdyż stanowią one odmienną regulację prawną. Wskazuje jedynie, że analizę przepisów w tym zakresie przedstawiono w wyroku WSA w Gorzowie Wielkopolskim. WSA w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2009 r. sygn. II SA/Wa 569/09. W wyroku tym Sąd wyraził następujący pogląd: „*Natomiast obowiązek zgłoszenia się do wojskowej komisji lekarskiej, wynikający wprawdzie z rozkazu przełożonego, nie wchodzi niewątpliwie w zakres zajęć służbowych, których dotyczy art. 60b powołanej ustawy.*” Natomiast z wyroku WSA w Warszawie o sygn. II SA/Wa 1099/10, pub. LEX nr 755060 wynika, że „*Pojęcia "zajęcia służbowe" nie sposób skutecznie rozszerzyć na obowiązek żołnierza do stawienia się na badanie przed*

*komisją lekarską. Konieczność zbadania zdrowia żołnierza pod kątem jego przydatności do służby nie wynika bowiem z zajmowanego stanowiska służbowego.*

Tym samym, twierdzenie Marszałka Sejmu, jakoby ustawodawca unormował w art. 59 ust. 1 w związku z art. 45 ust. 2 ustawy o ABW obowiązek stawienia się funkcjonariusza przed komisją lekarską ABW w celu określenia jego stanu zdrowia, gdy tymczasem brak jest w tej sprawie przepisów prawa materialnego oraz będący przedmiotem sprawy przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW stanowi o innej komisji lekarskiej niż komisja ABW jest błędne i uznać należy za nietrafne oraz godzące w zasadę racjonalnego ustawodawcy oraz zasadę zaufania do państwa i stanowionego prawa.

## V. Ratio legis zaskarżonego przepisu

Marszałek Sejmu poszukując *ratio legis* art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW przywołał liczne przepisy związane z zadaniami ABW i stosunkiem służbowym funkcjonariuszy, w tym warunkami pełnienia służby w ABW i AW. Cytując na trzech stronach pisma unormowania ustawy o ABW w zakresie warunków pełnienia służby, uszło jednakże uwadze meritum sprawy, gdyż zaskarżony przepis nie ustanawia przesłanki zwolnienia ze służby związanej z ustaleniem przydatności (zdolności) do jej pełnienia orzekanej przez komisje lekarskie ABW, lecz stanowi o określeniu stanu zdrowia orzekanej przez ustawowo nieokreślone komisje lekarskie. Zawarte w piśmie z dnia 27 września 2012 r. trzy-stronicowe cytowanie unormowań ustawy o ABW zakończył konstatacją, iż „Biorąc powyższe pod uwagę wprowadzono w celu zapobieżenia niebezpieczeństwom związanym z *pełnieniem służby* przez osoby niezdolne do tego psychicznie lub fizycznie. (...), że lepsze jest wydalenie go ze służby niż jego dalsze w niej pozostawienie.” Wskazane powyżej - nieodnoszące się do sprawy - wywody wynikają z błędnego ustalenia stanu faktycznego, bowiem po pierwsze, w piśmie oprócz osób pełniących służbę miano na myśli funkcjonariuszy zwolnionych od jej pełnienia ze względu na chorobę usprawiedliwioną zwolnieniem lekarskim, którzy z tego powodu nie pełnią służby oraz po drugie, na stronie 4 pisma opisując stan faktyczny stwierdzono, że „*W tej sytuacji został on skierowany na badania z urzędu w celu orzeczenia o dalszej przydatności do służby.*” Twierdzenia Marszałka nie odpowiadają stanowi faktycznemu sprawy ustalonym przez Sąd administracyjny (niezgodnie z art. 170 ustawy p.p.s.a), bowiem Sąd Wojewódzki orzekł, że „*Jak wynika z akt postępowania, skarżący został skierowany na badania w celu określenia stanu zdrowia dwukrotnie(...)*” Natomiast Naczelny Sąd Administracyjny wyraził pogląd: „*Bezsporne jest w sprawie, iż na prośbę skarżącego zostało wystawione skierowanie do regionalnej komisji lekarskiej celem określenia jego stanu zdrowia.*” W tym kontekście trzeba podkreślić, że argumenty Marszałka Sejmu opierają się na nieprawidłowym ustaleniu przezeń stanu prawnego i błędach w wykładni prawa, w szczególności dokonaniu nieuprawnionej - rozszerzającej wykładni jasnego przepisu art. 59 ust. 1 ustawy o ABW z pominięciem licznego orzecznictwa na tle tożsamyh uregulowań w pozostałych służbach mundurowych wraz z zanegowaniem uzasadnień własnych prac ustawodawczych.

Skarżący nie podzielając powyższej konstatacji Marszałka Sejmu wskazuje, iż bezsporne jest zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądów administracyjnych oraz dotychczasowej praktyce wszystkich służb mundurowych, że powołane w uzasadnieniu pisma przepisy o warunkach pełnienia służby (w tym tzw. cenzus zawodowy) pozwalają na zwolnienie ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 5 ustawy o ABW (ze względu na ważny interes służby „dla dobra służby”). Zwolnienie na podstawie unormowania „dla dobra służby” jest stosowane we wszystkich służbach mundurowych, właśnie z takim uzasadnieniem prawnym jak przedmiotowym piśmie Marszałka, przykładowo: wyrok NSA

w Warszawie z dnia 21 kwietnia 1999 r. sygn. akt II SA 426/99, LEX nr 47389. Na marginesie należy zauważyć tylko należy, że także przełożony wnioskując o wszczęcie postępowania o zwolnienie skarżącego ze służby wskazał jako podstawę zwolnienia przepis art. 60 ust. 2 pkt 5 ustawy o ABW.

Poszukując *ratio legis* zaskarżonego przepisu uszło również uwadze Marszałka Sejmu, że z uzasadnień do projektów ustaw analogicznych rozwiązań prawnych w służbach mundurowych wynika, iż zaskarżone unormowanie ma na celu zapobieżenie niestawiennictwa przed komisjami lekarskimi w trakcie służby, bowiem w przypadku dłuższego przebywania na zwolnieniu lekarskim (ponad 30 dni) przed podjęciem pracy należy uzyskać orzeczenie lekarskie o dopuszczeniu do czynności służbowych (przepisy z zakresu BHiP np. art. 42 ust. 1 i 1a ustawy o Państwowej Straży Pożarnej). Art. 229 § 2 Kodeksu pracy stanowi, że „Pracownik podlega okresowym badaniom lekarskim. W przypadku niezdolności do pracy trwającej dłużej niż 30 dni, spowodowanej chorobą, pracownik podlega ponadto kontrolnym badaniom lekarskim w celu ustalenia zdolności do wykonywania pracy na dotychczasowym stanowisku.” Natomiast w przypadku dłuższego przebywania na zwolnieniu lekarskim funkcjonariusz większości służb mundurowych jest zwalniany po upływie 12 miesięcy choroby, natomiast pracownik po upływie ok. 6 lub 9 miesięcy nieprzerwanej choroby. Te braki w unormowaniu w ustawie o ABW nie mogą zostać usuwane poprzez wykładnię rozszerzającą tego lub innego przepisu ustawy pragmatycznej, ale wyłącznie mogą zostać usunięte w wyniku prac legislacyjnych.

Skarżący podziela pogląd Prokuratora Generalnego wyrażony na stronie 8 pisma z dnia 10 października 2012 r. „Analiza przytoczonego przepisu, (art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW - wtrącenie własne) z uwzględnieniem jego otoczenia normatywnego, prowadzi do wniosku, że pełni on funkcję środka przymusu mającego zapewnić skuteczny przebieg postępowania przed komisją lekarską ABW, prowadzonego w związku ze skierowaniem do tej komisji funkcjonariusza ABW w celu określenia jego stanu zdrowia.” Wbrew twierdzeniom Marszałka należy mieć na uwadze zakres działania komisji lekarskich ABW dotyczący określenia przydatności do służby, a nie określania stanu zdrowia: sprowadza się do badań lekarskich przed komisją, zatem na tle niniejszej sprawy meritum rozważanej sprawy przed Trybunałem dotyczy niestawiennictwa(czynu) nieuregulowanego przepisami ustawy o ABW: *nie stawiał się na badania lekarskie (komisyjne) w terminach wyznaczonych przez komisję lekarską (ABW?) w celu określenia jego stanu zdrowia.*

## VI. Wzorce kontroli

Skarżący podziela pogląd Prokuratora Generalnego, iż meritum sprawy stanowią następujące wzorce kontroli: art. 60 i art. 65 ust. 1 Konstytucji oraz art. 24 w związku z art. 65 ust. 1 Konstytucji (str. nr 10 skargi konstytucyjnej).

Jednakże skarżący zauważa, że rozpatrzenia wymagają również następujące wzorce kontroli: art. 31 ust. 3 w związku z art. 64 ust. 2 i art. 66 ust. 2 Konstytucji; art. 64 ust. 2 oraz art. 68 ust. 1 Konstytucji.

Skarżący zauważa, iż problem stanowi dopuszczalność merytorycznego rozpoznania jako wzorców kontroli przepisów art. 2, art. 7 i art. 32 Konstytucji jako samodzielne podstawy skargi konstytucyjnej.

Szczególnie użytecznym w niniejszej sprawie jest wzorzec kontroli - art. 2 i 7 Konstytucji i zawarta zasada legalizmu. W niniejszej sprawie przepis konstytucyjny (art. 66 ust. 2 Konstytucji i art. 9 Konstytucji w związku z art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88) zobowiązywał do działań prawodawczych przy uchwalaniu zaskarżonego przepisu i stanowił warunek pełnej realizacji normy konstytucyjnej, zatem kontrola zgodności

z Konstytucją powinna objąć kontrolę wykonywania przez prawodawcę nakazu konstytucyjnego. Celowość takiej kontroli jest tym bardziej uzasadniona, że wykonanie nakazu konstytucyjnego warunkuje korzystanie z praw konstytucyjnych i unijnych już nabytych. W niniejszej sprawie, bowiem doszło do nadużycia zaufania adresata norm konstytucyjnych w stosunku do nabytego konstytucyjnego i unijnego prawa do urlopu i jego rekompensaty, a tym samym do złamania zasady zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa (art. 2 Konstytucji). Ponadto skarżący uważa, że art. 2, 7 i 9 Konstytucji mogą zostać wyznaczone jako samodzielne wzorce kontroli w ramach niniejszej skargi konstytucyjnej, gdyż przepisy te nakładają na ustawodawcę obowiązek działań prawodawczych związanych z ustanowieniem zaskarżonego przepisu zgodnie z postanowieniami art. 66 ust. 2 i art. 31 ust. 2 (zd. 2) Konstytucji. Zatem jeżeli ustawodawca ustanawia przepis wbrew bezwarunkowo gwarantowanym prawom i wolnościom ustanowionym w Konstytucji, skarżący może powołać się na art. 2, 7 i 9 Konstytucji. Stanowisko Marszałka Sejmu dąży do „wyprania” meritum art. 2, 7 i 9 Konstytucji z ich rzeczywistej treści i pozostawienia tylko nic nieznaczących postulatów. Jakkolwiek w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że art. 2 Konstytucji nie może stanowić samodzielnego wzorca kontroli w postępowaniu inicjowanym wniesieniem skargi konstytucyjnej, dopuszczalne jest uznanie tego przepisu za przepis o charakterze związkowym w stosunku do art. 31 ust. 2 (zd. 2) i ust. 3, art. 64 ust. 2 i art. 66 ust. 2 Konstytucji. **Stanowisko to jest uzasadnione tym bardziej, że w rozpatrywanej sprawie - ocenie Trybunału - nie została poddana konstytucyjność przepisu określającego bezpośrednio ograniczenie w całości treści chronionego i gwarantowanego konstytucyjnie prawa majątkowego, bowiem taki przepis nie został uchwalony przez parlament, ale treść normy prawnej, która unicestwia nabyte prawo do corocznego płatnego urlopu, tym samym powoduje wyłączenie odpowiedniego stosowania przepisów prawa konstytucyjnego i unijnego zapewniających pełną i bezwarunkową ochronę nabytych praw majątkowych skarżącego.**

**1. Zniweczenie w całości prawa do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, w tym odprawy emerytalnej i ekwiwalentu za urlop, poprzez zastosowanie zaskarżonego przepisu, gdyż wbrew postanowieniom art. 31 ust. 3 Konstytucji, ustawodawca w przepisach ustawy o ABW nie unormował tego zagadnienia.**

W skardze konstytucyjnej skarżący wyznaczył następujące wzorce kontroli: art. 31 ust. 3 w związku z art. 64 ust. 2 i art. 66 ust. 2 Konstytucji, oraz art. 64 ust. 2 jako samodzielny wzorzec. Zdaniem skarżącego prawem konstytucyjnie chronionym przez art. 64 ust. 2 Konstytucji jest odprawa emerytalna i ekwiwalent za urlop, natomiast prawem konstytucyjnie gwarantowanym jest ekwiwalent za urlop przez art. 66 ust. 2 Konstytucji. Zdaniem skarżącego konstytucyjne i unijne (podstawowe) prawo do corocznego płatnego urlopu zawiera w sobie prawo do urlopu jak i prawo do jego ekwiwalentu. Naruszenie przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji przejawia się tym, iż naruszono po pierwsze, ustawową formę ograniczeń i po drugie, zignorowano zakaz naruszania istoty konstytucyjnego prawa do urlopu. (szerzej: str. 12 i 13 skargi, str. 8 i 9 pisma z dnia 14.06.2010 r.) W ocenie Marszałka Sejmu powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, bowiem sprawa odprawy i ekwiwalentu za urlop podlega odrębnemu trybowi uregulowania. Jednocześnie Marszałek nie był w stanie skutecznie wskazać stosownych przepisów w ustawie o ABW ograniczających nabyte już prawo do urlopu w całości. Wprawdzie zaznaczył, iż kwestię odprawy reguluje art. 128 ust. 1 ustawy o ABW, jednakże jak jasno wynika z tego uregulowania, wskazany przez Marszałka przepis nie normuje sytuacji funkcjonariuszy



zwalnianych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. (Szerzej: stanowiska naczelnych i centralnych organów państwa zajęte podczas uzgodnień nad projektem stanowiska Rządu do senackiego projektu ustawy zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw – zob. strona internetowa MSW)

Przedmiotem badania Trybunału nie są akty stosowania prawa, lecz akty normatywne, na podstawie których rozstrzygnięcia te zostały wydane. Zamiast wskazać na konkretne uregulowanie, Marszałek powołał się na liczne orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach skarżącego. Skarżący uważa, iż sankcja w postaci zniweczenia prawa do odprawy emerytalnej i ekwiwalentu za urlop jest immanentnie związana ze zwolnieniem ze służby, bowiem unicestwienie tych nabytych już praw powstaje poprzez zastosowanie zaskarżonego przepisu. Nie należy natomiast do kompetencji Trybunału kontrola prawidłowości ustaleń sądów administracyjnych ani też sprawowanie kontroli co do sposobu wykładni obowiązujących przepisów, ich stosowania lub niestosowania przez sądy. Fakt, że akurat skarżącemu wydano decyzje w sprawie odprawy i ekwiwalentu i mógł je zaskarżyć do sądu, wcale nie oznacza, iż istnieją stosowne przepisy i taka jest praktyka sądów administracyjnych. Przepisy ustawy o ABW nie stanowią obowiązku wydawania decyzji administracyjnych o odmowie wypłaty ekwiwalentu lub odprawy, gdyż sprawy z tym związane załatwianie są poprzez czynności materialno-techniczne, co nie wymaga wydania decyzji. Skoro zatem w przepisach prawa brak jest podstawy prawnej do wydania żądanych przez skarżącego decyzji w sprawie wypłacenia uposażenia oraz świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, to brak jest podstaw prawnych by uznać stanowisko Marszałka Sejmu, że na organie administracji publicznej ciąży obowiązek załatwienia wniosków skarżącego poprzez wydanie decyzji. Wskazać należy, iż w Policji rozkaz o zwolnieniu zawiera jednocześnie wyliczenie ekwiwalentu i odprawy, natomiast orzecznictwo sądów administracyjnych od niedawna wyraża pogląd – przy niezmienionym stanie prawnym - że czynności materialno-techniczne „odmowne” na wniosek zainteresowanego powinny zostać załatwione poprzez wydanie decyzji administracyjnej. (szerzej: wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim sygn. II SA/Wa 864/10). Przy czym w niniejszej sprawie należy uwzględnić istotną okoliczność, iż brak jest w ustawie o ABW podstawy prawnej do odmowy wypłaty ekwiwalentu –rekompensaty za nabyte już prawo do urlopu na podstawie przepisów rangi wyższej niż ustawa, gdyż ograniczenia ustawowego prawa do ekwiwalentu za urlop i odprawy ustawa o ABW nie przewiduje. Wbrew stanowisku Marszałka Sejmu żaden przepis ustawy o ABW nie ogranicza możliwości przyznanych praw do świadczeń pieniężnych na podstawie art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW, funkcjonariuszom zwalnianym w trybie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. Natomiast odnośnie sprawy wyroku NSA o sygn. skarżący odniósł się poniżej, gdyż zdaniem skarżącego wyrok NSA w rażący sposób jest niezgodny z przepisami Konstytucji i prawa unijnego, co wynika w sposób jednoznaczny z uzasadnienia druku senackiego nr 27.

## 2. Polskie regulacje prawne

Ogólna zasada dotycząca przysługiwania praw do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby w sposób ogólny i bez żadnych wyjątków uregulowana została w art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW. Przepis ten stanowi, że funkcjonariuszowi przysługują świadczenia związane ze zwolnieniem ze służby. W świetle zacytowanego przepisu należy więc stwierdzić, że zgodnie z normą ogólną zawartą w art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW świadczenia przysługują skarżącemu oraz każdemu funkcjonariuszowi ABW lub AW bez względu na sposób zwolnienia ze służby. Dodatkowo trzeba zauważyć, że ustawodawca w art. 128 ustawy o ABW enumeratywnie wskazał grupę funkcjonariuszy, którym przysługują wymienione w tym artykule świadczenia. Zakładając, iż jest to unormowanie szczególne i powinno mieć pierwszeństwo przed

uregulowaniem określonym w art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW, to w pozostałych przypadkach nie wymienionych w art. 128 ograniczenie w całości praw do świadczeń odbywa się na zasadzie wnioskovania a *contrario* poprzez wydanie rozkazu o zwolnieniu.

### **3. Przepisy prawa unijnego (w zakresie prawa do urlopu i jego ekwiwalentu)**

Kwestie związane z nabyciem prawa do urlopu i jego ekwiwalentu zostały uregulowane w przepisach Karty praw podstawowych Unii Europejskiej i dyrektywy 2003/88. Jednocześnie zauważyć należy, że prawo do urlopu i jego ekwiwalentu zostało przyznane skarżącemu przez unormowania prawa unijnego, prawo do urlopu stanowi prawo traktatowe UE, którego stosowanie ma pierwszeństwo przed ustawami (art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji). Z tym, że ustawodawca unijny zastrzegł, że nie może być odstępstw w przepisach krajowych od nabytego już prawa do urlopu. Prawo wspólnotowe traktuje prawo do corocznego płatnego urlopu i jego ekwiwalent jako dwa aspekty jednego prawa. Wskazać również należy na wyrok ETS w sprawie C-282/10, w uzasadnieniu Trybunał wyraził następujący pogląd: „W tym względzie z utrwalonego orzecznictwa wynika, że stosując prawo wewnętrzne, sądy krajowe zobowiązane są tak dalece, jak jest to możliwe, dokonać jego wykładni w świetle i celu dyrektywy 2003/88, by osiągnąć przewidziany w niej rezultat, a zatem dostosować się do art. 288 Traktatu (TFUE). (...) Należy jednak przypomnieć, że podmioty prawa mogą powoływać się na dyrektywę nie względem jednostki, lecz względem państwa, to mogą to czynić niezależnie od charakteru, w jakim państwo występuje – pracodawcy czy organu władzy publicznej. (...) art. 7 dyrektywy 2003/88 – który spełnia przesłanki bezpośredniej skuteczności – będzie skutkował koniecznością odstąpienia przez sąd krajowy od każdego przepisu, który byłby z nim sprzeczny.”

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia      kwietnia 2011 r. sygn.

orzekł, że unormowania dyrektywy 2003/88 i Karty nie odnoszą się do sytuacji skarżącego tj. funkcjonariusza zwolnionego na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, nie tyle co przyznając słuszność argumentacji przedstawionej w zaskarżonych decyzjach organu, co wysnuwając - w dwóch zdaniach - nową koncepcję wykładni przepisów dyrektywy 2003/88 sprzeczną ze stałą linią orzecznictwa ETS. Jednocześnie NSA odstąpił od spoczywającego na sądzie krajowym obowiązku niestosowania przepisów krajowych niezgodnych z prawem Unii oraz zniweczył przy tym wieloletnie i utrwalone orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Takie postępowanie odpowiada bowiem wykładni *contra legem*.

**4. Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji** (w tym projektowana zmiana art. 128 ustawy o ABW w zakresie prawa do ekwiwalentu za niewykorzystany urlop wypoczynkowy w służbach mundurowych, którego konstatacja sprowadza się do stwierdzenia, że art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art.128 ustawy o ABW jest przepisem wadliwym, bowiem jest sprzeczny z Konstytucją i prawem unijnym.)

Przygotowany przez Senat projekt ustawy został opracowany w związku z koniecznością wykonania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 lutego 2010 r. (sygn. akt K 1/08) i zmierza do zapewnienia zgodności rozwiązań dotyczących służb mundurowych przyjętych w prawie krajowym z gwarancjami wynikającymi z przepisów prawa europejskiego. „Projektowana ustawa stanowi wykonanie obowiązku dostosowania

systemu prawa do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz Trybunału Sprawiedliwości UE. Podstawowym jej skutkiem prawnym będzie zatem zastąpienie regulacji wadliwej rozwiązaniem zgodnym z ustawą zasadniczą, (...) Proponowane zmiany realizują również zasadę sprawiedliwości społecznej, a tym samym przyczynią się zapewne do budowy zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa." Skarżący wskazuje na poglądy naczelnych i centralnych organów państwa wyrażone podczas prowadzonych uzgodnień projektu ustawy o zmianie ustawy o policji oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 27), który został opracowany w związku z koniecznością wykonania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 lutego 2010 r. (sygn. akt K 1/08). W piśmie z dnia 14 marca 2012 r. Minister Spraw Wewnętrznych wyraził następujący pogląd: „Jak słusznie zauważono w toku prac nad projektem, taka sankcja pozostaje w sprzeczności w dyrektywę 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącą niektórych aspektów organizacji czasu pracy i nie daje podstaw do ograniczenia praw urlopowych zarówno pracowników, jak i osób pozostających w zatrudnieniu w ramach stosunku służby, w zależności od trybu czy przyczyny ustania zatrudnienia lub stosunku służby.” Szef Agencji Wywiadu w piśmie z dnia 9 lutego 2012 r. wskazał na konieczność uregulowania w art. 128 ustawy o ABW sprawy wypłaty ekwiwalentu pieniężnego za urlop dodatkowy, o którym mowa w art. 97 ust. 2 ustawy. Z powyższego również wynika, że ustawodawca w zaskarżonym przepisie nie przewidział możliwości przyznania świadczenia pieniężnego w postaci ekwiwalentu za urlop dodatkowy. Natomiast z projektu stanowiska Rządu do senackiego projektu ustawy zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk sejmu nr 387) wynika, że w zakresie niniejszej sprawy rozważanej przez Trybunał ustawa o ABW nie zapewnia spójności systemu prawnego RP. (projekt Rządu RP z dnia 2.08.2012 r. – uzgodnienia międzyresortowe).

Niemniej jednak, zakładając racjonalność działania ustawodawcy, to należy przyjąć, że uchwalony w 2006 roku przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW wprowadzał jednocześnie nowelizację do art. 128 ustawy o ABW w zakresie - wyłącznie ekwiwalentu za niewykorzystany urlop wypoczynkowy z pominięciem sprawy ekwiwalentu za urlop dodatkowy - jako nową przesłankę. Nieprzyznanie – na zasadzie wnioskowania *a contrario* - ekwiwalentu za nabyty już urlop wypoczynkowy na podstawie art. 66 ust. 2 Konstytucji, nabyty urlop także na podstawie prawa unijnego z jednoczesnym nieimplementowaniem art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88, to niewątpliwie należy też stwierdzić, że uchwalenie zaskarżonego przepisu przeprowadzono z rażącym naruszeniem: zasad techniki prawodawczej, zasadę dobrej legislacji i zasadę demokratycznego państwa prawa. Naruszenie tych zasad przejawia się m. in. w tym, iż zastosowanie zaskarżonego przepisu powoduje ograniczenie w całości prawa do urlopu i jego rekompensaty, jednakże prawo do urlopu zostało już nabyte aktem wyższym niż ustawa przez wszystkich funkcjonariuszy ABW i AW.

Zdaniem skarżącego ograniczenie w całości praw do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, w ten sposób iż w ustawie o ABW nie uregulowano tego zagadnienia natomiast samo zastosowanie zaskarżonego przepisu powoduje skutki – *ex lege* – w postaci zniweczenia prawa do urlopu, zdaniem skarżącego nie znajduje uzasadnienia w pozostałych przepisach całej ustawy o ABW ani nie znajduje uzasadnienia

w wartościach konstytucyjnych. Nie może być również uzasadnione potrzebą ochrony interesów publicznych. Nie jest także związane z naruszeniem przepisów karnych lub dyscyplinarnych. Zaskarżony przepis ograniczając w całości prawo do urlopu jest niegodny z prawem Unii Europejskiej, a przez to z zasadą przestrzegania przez Rzeczpospolitą Polską wiążącego ją prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji). Zdaniem skarżącego wyznaczenie grupy funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z grona zwalnianych ze służby w Agencji ma charakter arbitralny w zakresie świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, a tym samym narusza konstytucyjny standard wynikający z – powołanego jako wzorzec kontroli w badanej sprawie – zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji).

W związku ze stanowiskiem Marszałka Sejmu dotyczącym ekwiwalentu za urlop zawartym na stronie 9 pisma z dnia 27 września 2012 roku oraz wnioskiem o umorzenie w tym zakresie postępowania przed Trybunałem, skarżący oświadcza, co następuje:

A. Na podstawie art. 66 ust. 2 Konstytucji nabyłem konstytucyjne prawo do corocznego płatnego urlopu w wysokości określonej w art. 95 ust. 1, 2 i 4 ustawy o ABW (urlop wypoczynkowy). Na podstawie art. 66 ust. 2 Konstytucji nabyłem również prawo do corocznego płatnego urlopu w wysokości określonej w art. 97 ust. 2 pkt 2 ustawy o ABW (urlop dodatkowy). A ponadto prawo do urlopu jest bezwarunkowo gwarantowane przez przepisy Konstytucji, prawo to ma charakter prawa absolutnego, jasną i precyzyjną treść i dopuszcza w art. 233 Konstytucji jeden wyjątek. Zwolnienie z pracy na podstawie przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 128 ustawy o ABW – ex lege - powoduje unicestwienie nabytego już prawa do wypoczynku gwarantowanego w Konstytucji w sposób bezwarunkowy.

B. Na podstawie art. 31 ust. 2 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej: Karta) nabyłem prawo do corocznego płatnego urlopu oraz na podstawie art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88/UE<sup>3</sup> nabyłem prawo do corocznego płatnego urlopu i prawo do jego ekwiwalentu. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyraża jednolity pogląd, że unijne prawo do corocznego płatnego urlopu i prawo do jego ekwiwalentu stanowi dwa aspekty jednego prawa.

C. W niniejszej sprawie, zatem mamy do czynienia z prawem słusznie nabytym i prawem podstawowym Unii Europejskiej, gwarantowanym przez Konstytucję, Kartę i dyrektywę 2003/88 w sposób bezwarunkowy, którego to prawa skarżący został pozbawiony, chociaż nie spełniał przesłanek określających możliwości ograniczenia tego prawa unormowanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 52 ust. 1 Karty i art. 17 dyrektywy 2003/88 oraz ustawodawca naruszył obowiązek ustawowej formy ograniczenia prawa już nabytego.

<sup>3</sup>

Art. 7 ust. 1 i 2 w związku z art. 17 dyrektywy nr 2003/88 Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji pracy (Dz. Urz. UE L Nr 299, s. 9; dalej: dyrektywa 2003/88). Dyrektywa 2003/88 weszła w życie w dniu 2 sierpnia 2004r. i zastąpiła dyrektywę Rady 93/104/WE z dnia 23 listopada 1993 r. dotyczącą niektórych aspektów organizacji czasu pracy. Artykuł 7, przyjęty został w niezmienionej formie z poprzedniej dyrektywy. Art. 7 w związku z art. 17 dyrektywy 2003/88 nie należy do przepisów, od których dyrektywa dopuszcza odstępstwa. Szerzej: Monitor prawniczy nr 3/2009 r.

D. Wbrew postanowieniom art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 52 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej i art. 17 dyrektywy 2003/88 w zaskarżonym przepisie jak i w całej ustawie o ABW nie uregulowano sprawy ograniczenia - w całości lub części - nabytego już przez skarżącego konstytucyjnego i wspólnotowego prawa do corocznego płatnego urlopu. Zgodnie z przepisami Konstytucji, Karty i dyrektywy 2003/88 ograniczenie nabytego prawa może nastąpić tylko w enumeratywnie wskazanych przypadkach. Wbrew stanowisku Marszałka skarżący nie spełnia żadnej z wymienionych przesłanek. Natomiast ustawa o ABW nie zawiera przepisu ograniczającego prawo do corocznego płatnego urlopu (zarówno prawa w naturze jak i jego ekwiwalentu) w stosunku do skarżącego.

E. Zatem zastosowanie zwolnienia z pracy w trybie określonym w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW powoduje - ex lege - zniweczenie nabytego konstytucyjnego prawa do corocznego płatnego urlopu. Natomiast ograniczenie w całości prawa do ekwiwalentu za niewykorzystany coroczny płatny urlop wypoczynkowy i dodatkowy następuje poprzez nieuregulowanie tej kwestii w ustawie o ABW. Skarżący nie podziela poglądu wyrażonego w wyroku NSA o sygn. , że konstytucyjne prawo do urlopu, o którym mowa

w art. 66 ust. 2 Konstytucji nie obejmuje także ekwiwalentu za niewykorzystany urlop oraz art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88 nie odnosi się do funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie zaskarżonego przepisu. Konkluzja Sądu w tym zakresie nie znajduje potwierdzenia zarówno w doktrynie prawa jak i orzecznictwie sądów polskich oraz stoi w jawnej sprzeczności ze stałą linią orzecznictwa ETS oraz poglądami Senatu i Rządu RP. Wskazać przy tym należy, że w omawianym przypadku nie zachodzi sprzeczność między regulacjami prawa unijnego i postanowieniami Konstytucji - za wyłączeniem odosobnionego poglądu wyrażonego w wyroku NSA o sygn. Zaistniały

spór jest bowiem wynikiem braku implementacji art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88 w ramach ustawy o ABW, które to przepisy - stosownie do art. 66 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji - stanowią naruszoną przez ustawodawcę konstytucyjną granicę określonego w tych przepisach zakresu ograniczenia prawa do urlopu. Rozszerzenie tej konstytucyjnej granicy ochrony prawa do urlopu możliwe jest jedynie poprzez dostosowanie przez ustawodawcę treści przepisów ustawy o ABW do normy art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88 i art. 66 ust. 2 Konstytucji, co normatywnie określiłoby szerszy zakres prawa do urlopu w ustawie o ABW, aniżeli to ma miejsce obecnie, a nie czynienie tego poprzez ich wykładnię contra legem. To bowiem obowiązkiem ustawodawcy jest prawidłowa implementacja przepisów dyrektywy 2003/88 do krajowego porządku prawnego w sposób, który będzie powodować pełną korelację zakresu przedmiotowego i podmiotowego określonego w tej dyrektywie oraz w ustawie o ABW.

## **5. Zarzut naruszenia zasady równości i niedyskryminacji przez zaskarżoną regulację**

Trybunał Konstytucyjny może dokonać oceny zakwestionowanej regulacji z punktu widzenia zasady równości tylko wówczas, kiedy stwierdzone różnicowanie sytuacji prawnej następuje w obrębie tej samej kategorii podmiotów, charakteryzującej się występowaniem określonej cechy relewantnej. Przenosząc to powszechnie uznawane stanowisko na grunt ustawy o ABW należy podkreślić, że ustawodawca w przepisie art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW ustanowił jedną kategorię funkcjonariuszy

tj. funkcjonariuszy ABW lub AW zwalnianych ze służby, bez względu na podstawę zwolnienia. Tak więc właściwym kryterium wyróżniającym tych funkcjonariuszy jest rozwiązanie stosunku służbowego i związane z nim przysługiwanie świadczeń związanych z tym faktem. Badanie zakwestionowanego w skardze konstytucyjnej art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z punktu widzenia zasady równości polega na porównaniu sytuacji prawnej funkcjonariuszy zwalnianych na różnych podstawach prawnych. Osoby te stanowią bowiem te same kategorie podmiotów, które charakteryzują się występowaniem tej samej cechy relewantnej określającej zwolnieniem ze służby i prawa z tym faktem związane. Szersza argumentacja została przedstawiona na stronie 8 i 9 pisma procesowego skarżącego z dnia 14 czerwca 2010 r. Sprawia to, że zarzuty dotyczące braku zgodności zaskarżonej regulacji z zasadą równości wobec prawa, zawartą w art. 32 Konstytucji w sytuacji, gdy została prawidłowo powołana grupa relewantna, są zasadne.

Norma prawna zawarta w zakwestionowanym przepisie przybiera charakter dyskryminujący, ponieważ zawężyła w sposób nieuzasadniony dostęp funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW do praw zagwarantowanych już przez art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW oraz nabytych już praw gwarantowanych przez Konstytucję i prawo unijne w sposób bezwarunkowy. W ocenie skarżącego wątpliwości konstytucyjne budzi zwłaszcza wyraźne zróżnicowanie przez ustawodawcę sytuacji osób zwolnionych na podstawie art. 60 ust. 1 pkt 3 i art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW na niekorzyść tych drugich. Zróżnicowanie jest tym bardziej niezrozumiałe, że wydaleniem dyscyplinarnie ze służby otrzymują 50 % odprawy oraz ekwiwalent pieniężny za urlopy wypoczynkowe niewykorzystane w latach poprzedzających rok zwolnienia ze służby. W ocenie skarżącego, mając na względzie wartości konstytucyjne, próżno szukać *ratio legis* unormowania dotyczącego przyznawania poszczególnych świadczeń pieniężnych funkcjonariuszom zwalnianym ze służby. W szczególności w ocenie skarżącego nie jest zrozumiałe dlaczego przyznano 50 % odprawy i ekwiwalent za urlop w przypadku rażącego naruszenia dyscypliny służbowej, gdy w przypadku skarżącego jego postępowanie nie narusza jakiegokolwiek przepisu lub zasad etyki zawodowej. Przyjęcie stanowiska, że funkcjonariusz ABW wydany ze służby za rażące naruszenie dyscypliny służbowej znajduje się w sytuacji lepszej niż zwolniony na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW kłóci się - zdaniem skarżącego - z zasadą praworządności. Dla skarżącego przejawem naruszenia konstytucyjnej zasady niedyskryminacji jest zrównanie jego sytuacji prawnej w zakresie świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby z funkcjonariuszami zwolnionymi ze względu na *skazanie prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego* (art. 60 ust. 1 pkt 4 ustawy o ABW). Natomiast zwolnienie ze służby na podstawie art. 60 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW z powodu nabycia obywatelstwa innego państwa Unii Europejskiej i nieprzyznanie odprawy i ekwiwalentu, stanowi przejaw jawnej dyskryminacji ustawodawcy, wyraźnie zakazanej przez art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 12 TWE.

## VII. Uwagi końcowe

1. Marszałek Sejmu poszukując budowy zaskarżonej normy prawnej na str. 11 i 12 pisma stwierdził, że: *"Jakkolwiek taka konstrukcja jest najbardziej precyzyjna, to jednak zastosowanie innej nie oznacza, że obowiązek nie istnieje, czy też, że został wadliwie wprowadzony."* Wprawdzie Marszałek sugeruje, iż zaskarżona norma prawna ma budowę

inną niż dwu lub trzyczłonową, jednakże jak jasno wynika z wywodów przeprowadzonych na stronie 10 w ocenie Marszałka mamy do czynienia z normą dwuczłonową, tj. przepis art. 59 ust. 1 ustawy o ABW stanowi obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską ABW, natomiast zaskarżony przepis ustanawia sankcję za niewykonanie obowiązku. Skarżący wskazuje, iż sprawa ustalenia pełnej normy prawnej nie jest aż tak prosta jak przedstawia Marszałek, gdyż oprócz braku precyzyjnie unormowanego obowiązku stawiennictwa przed komisją i organu władnego do jego nałożenia, zaskarżona norma prawna ustanawia dwie sankcje: po pierwsze, to zwolnienie ze służby i po drugie to unicestwienie nabytego konstytucyjnego i unijnego prawa do urlopu. Przy czym zastosowana konstrukcja prawna powoduje zniweczenie prawa do urlopu nabytego już na podstawie przepisów rangi wyższej niż ustawa poprzez jego wygaśnięcie w wyniku zastosowania zaskarżonego przepisu.

2. Skarżący cofnął pytania zakresowe zawarte na stronie drugiej skargi konstytucyjnej, gdyż jak słusznie zauważył Prokurator Generalny – zwłaszcza trzecie pytanie w zakresie zwolnienia lekarskiego – można w skrajnym przypadku odczytywać jako złożone w sprawie, a nie przeciwko przepisowi oraz sugestie w kierunku ustawodawcy ewentualnych przyszłych unormowań. Natomiast właściwy zarzut został sformułowany w sposób jednoznaczny w uzasadnieniu skargi, gdyż w niniejszej sprawie idzie o brak ustawowych kryteriów zwalniania ze służby w postaci braku przepisów prawa materialnego w zakresie usprawiedliwiania nieobecności przed komisją lekarską oraz organu władnego to tego usprawiedliwienia.

3. W niniejszym piśmie skarżący nie odniósł się szczegółowo do pisma Prokuratora Generalnego z dnia 10 października 2012 roku, gdyż uważa, że argumenty podniesione w piśmie procesowym skarżącego z dnia 14 czerwca 2010 r. są wystarczające.

Mając powyższe na uwadze wnoszę o wyeliminowanie z systemu prawnego przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW jako niezgodnego z ustawą zasadniczą.

Wykonano w 5-ciu egz.



M S