

Gdańsk, dnia 21 lutego 2012 r.

TRYBUNAŁ KONSTITUCYJNY
al. Jana Christiana Szucha 12a
00-918 Warszawa

Skarżący:
M S
adres do doręczeń:
ul.

reprezentowany przez: TRYBUNAŁ KONSTITUCYJNY
radcę prawnego Przemysław Kule KANCELARIA

wpł.
dnia 05. 03. 2012
L.dz. 646 L. zał.

sygn. Ts 292/09

WNIOSK

1. Rozważenie możliwości orzeczenia, że art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW jest niezgodny z art. 66 ust. 2 Konstytucji. Konieczność wydania wyroku wypływa z poglądów prawnych wyrażonych w uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia kwietnia 2011 roku o sygn. w sprawie o ekwiwalent za urlop wypoczynkowy a stwierdzających, że gwarancja konstytucyjnego prawa do corocznego płatnego urlopu, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Konstytucji nie obejmuje jego rekompensaty. Wprawdzie w *petitum* skargi konstytucyjnej skarżący nie wnosił o stwierdzenie niezgodności zaskarżonego przepisu z art. 66 ust. 2 Konstytucji, jednakże jak jasno wynika z uzasadnienia skargi konstytucyjnej skarżący zarzucał niegodność zaskarżonego przepisu z art. 66 ust. 2 Konstytucji, bowiem zastosowanie zaskarżonego przepisu – *ex lege* - prowadzi do zniweczenia konstytucyjnego prawa do corocznego płatnego urlopu i jego rekompensaty.
2. Rozważenie możliwości wykorzystania art. 2 Konstytucji RP jako samodzielnego wzorca dla kontroli zaskarżonej regulacji w trybie skargi konstytucyjnej.
3. W związku z upływem dwóch lat od dnia wniesienia skargi konstytucyjnej oświadczam, że nadal podtrzymuję w całości zarzuty skierowane do zaskarżonego przepisu. Jednocześnie informuję, że radca prawny Pan Przemysław Kula w moim imieniu sporządził i wniósł skargę konstytucyjną z dnia 4 września 2011 r. Skarga została wpisana do repertorium pod sygnaturą Ts 267/11. W skardze wnoszę o orzeczenie niezgodności z postanowieniami Konstytucji przepisu stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia kwietnia 2011 roku sygn. i sygn. w zakresie świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, związanych pośrednio z niniejszą sprawą:

A. Skarga kasacyjna ws. odprawy została oddalona wyrokiem z kwietnia 2011 r. (sygn. akt , publ. strona internetowa NSA i Lex Polonica nr).

W uzasadnieniu wyroku Naczelny Sąd Administracyjny wyraził pogląd o niemożności żądania roszczenia o wypłatę odprawy. Zdaniem Sądu II instancji, art. 128 ust. 1 ustawy o ABW nie znajduje zastosowania w sprawie skarżącego, gdyż w przepisie tym mowa jest wyłącznie o enumeratywnie wskazanej grupie funkcjonariuszy, natomiast skarżący nie został w niej ujęty, dlatego na zasadzie wniosku a contrario należy przyjąć, iż ustawodawca ograniczył w całości prawo do odprawy funkcjonariuszom zwalnianym na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW.

B. Skargi kasacyjne ws. ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy zostały oddalone wyrokiem z kwietnia 2011 r. (sygn. akt , publ. strona internetowa NSA, Lex Polonica nr). Będąc związany zakresem skarg kasacyjnych Naczelny Sąd Administracyjny wyraził na wstępie pogląd o niemożliwości zastosowania bezpośredniego art. 66 ust. 2 w związku z art. 81 Konstytucji, bowiem w odróżnieniu od prawa do corocznego płatnego urlopu, prawo do ekwiwalentu pieniężnego za urlop wypoczynkowy nie jest prawem konstytucyjnym, gwarantowanym przez art. 66 ust. 2 Konstytucji RP. Konsekwencją powyższego ustalenia Sądu, stało się rozstrzygnięcie, iż prawo do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego w naturze zostało uregulowane w ustawie o ABW, natomiast art. 128 ust. 1 ustawy o ABW nie ujął funkcjonariuszy zwalnianych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW w zakresie praw do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby jakim jest m. in. prawo do ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy. Tym samym skargi kasacyjne organu i strony zostały oddalone poprzez wydanie orzeczenia na podstawie art. 188 ustawy p.p.s.a.

4. Mając na względzie zasady: celowości, sprawiedliwości a zwłaszcza ekonomii procesowej wnoszę o rozważenie możliwości połączenia niniejszej sprawy o sygn. Ts – 292/09 ze sprawą o sygn. Ts – 267/11, bowiem sprawy te dotyczą przepisów ustawy o ABW i są ze sobą pośrednio związane.

UZASADNIENIE

Skarżący wskazuje, że w związku z powołanymi wyrokami NSA niezbędne jest rozważenie niezgodności zaskarżonego przepisu z art. 66 ust. 2 Konstytucji, gdyż w mojej sprawie doszło do rażącego naruszenia prawa podmiotowego gwarantowanego w sposób bezwarunkowy przez art. 66 ust. 2 Konstytucji RP poprzez odmowę udzielenia ochrony konstytucyjnego prawa do urlopu i jego rekompensaty, które zostało nabyte na w wysokości określonej w art. 95 ust. 1 i 97 ust. 2 ustawy o ABW w czasie, gdy pełniłem służbę.

W uzasadnieniu skargi konstytucyjnej podnosiłem, że „Skarżący przed zwolnieniem ze służby przebywał na zwolnieniu lekarskim i nie mógł skorzystać z prawa do urlopu w naturze. Wnioskodawca wskazuje, że art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW jest niezgodny z art. 9 i art. 32

ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Skarżący wskazuje na istnienie tzw. rzeczywistej luki w prawie, gdyż w ustawie o ABW ustawodawca nie uchwalił normy pozwalającej na przyznanie (lub odebranie – nieprzyznanie) tego prawa „wtórnego” tj. prawa do ekwiwalentu za niewykorzystany urlop, bowiem samo prawo do urlopu wypoczynkowego skarżący uzyskał na podstawie art. 95 ust. 4 ustawy o ABW.” Zatem uważam, iż istnieją uzasadnione podstawy do rozpatrzenia niegodności zaskarżonego przepisu z art. 66 ust. 2 Konstytucji, w zakresie w jakim zastosowanie powoduje skutek prawny w postaci ograniczenia w całości ekwiwalentu za coroczny płatny urlop co prowadzi – *ex lege* - do zniweczenia konstytucyjnego prawa do corocznego płatnego urlopu, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Konstytucji.

Prawo do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby w tym prawo do odprawy i ekwiwalentu za coroczny płatny niewykorzystany urlop powstaje *ex lege*, po spełnieniu przez określone podmioty kilku wymienionych w ustawie przesłanek, w tym zaliczenia do grupy funkcjonariuszy określonej w podstawie rozkazu o zwolnieniu. Ustawa określa bowiem zasady „przyznawania” prawa oraz ustalania wysokości i wypłacania świadczeń związanych ze zwolnieniem ze służby, ograniczenie prawa odbywa się na zasadzie wniosku a *contrario*. Co do zasady można zatem przyjąć, że podmioty określone w ustawie nabywają prawo do „ekwiwalentu za urlop i odprawy” *ex lege* na mocy ustawy (po spełnieniu określonych przesłanek), a nie na podstawie decyzji administracyjnej czy w wyniku rozstrzygnięcia wydanego w postępowaniu sądowym. Rozwiązanie przyjęte w ustawie o ABW jest nieprawidłowe, bowiem w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że konstytucyjna zasada praw nabytych zakazuje znoszenia lub ograniczenia praw podmiotowych przysługujących skarżącemu, aktem prawnym niższego rzędu niż te prawo zostało przyznane, tym bardziej, iż graniczenie w całości nabytego prawa do corocznego płatnego urlopu dokonuje się na podstawie wniosku a *contrario*.

W uzasadnieniu skargi konstytucyjnej z dnia 4 grudnia 2009 r. skarżący sprecyzował wniosek o stwierdzenie niezgodności zaskarżonego przepisu z art. 2 w związku z art. 60 Konstytucji (prawo dostępu do służby publicznej), jednakże po analizie całości sprawy oraz w związku z wnioskami wypływającymi z powołanych wyroków NSA z .04.2011 r. skarżący wnosi o rozważenie dopuszczalności wykorzystania art. 2 Konstytucji RP jako samodzielnego wzorca dla kontroli zaskarżonej regulacji w trybie skargi konstytucyjnej. Skarżący podnosząc wadliwość art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW wnosi jednocześnie o zdjęcie z obiegu prawnego przepisu na podstawie niezgodności z art. 2 Konstytucji, gdyż został uchwalony z rażącym naruszeniem nakazu poprawnej (należytej) legislacji, tj. został uchwalony wbrew zakazowi ograniczania istoty praw i wolności konstytucyjnych – w tym ograniczania istoty prawa konstytucyjnie gwarantowanego w sposób bezwarunkowy tj. prawa do corocznego płatnego urlopu i jego ekwiwalentu - z rażącym pominięciem zasad i praw ustanowionych w Konstytucji RP (art. 31 ust. 2 zd. 2 i ust. 3) oraz prawie Unii Europejskiej. W związku z powołanymi wyrokami NSA z .04.2011 r. zaskarżony przepis jest przykładem niewłaściwej implementacji art. 7 ust. 1 i 2 z związku z art. 17 dyrektywy 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) w zakresie prawa do ekwiwalentu za urlop. (Jako argument dodatkowy skarżący wskazuje na uzasadnienia prawne zawarte w druku sejmowym nr 4147 z dnia 14.01.2011 r. w zakresie niekonstytucyjności przepisów służb mundurowych w sprawie ekwiwalentu za urlop). Wykorzystanie art. 2 Konstytucji RP jako samodzielnego wzorca dla kontroli zaskarżonej regulacji jest tym bardziej zasadne, gdyż ustawodawca uchwalił zaskarżony przepis z pominięciem regulacji prawnych w zakresie sposobów i organów właściwych do usprawiedliwiania nieobecności stawiennictwa przed komisją (art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji, tj. doprowadzono, iż na podstawie zaskarżonego przepisu, organ

bez żadnej podstawy prawnej, może działać w sposób arbitralny – jak miało to miejsce ze skarżącym – poprzez żądanie właściwego według niego usprawiedliwienia) oraz wszystko wskazuje, że jednocześnie zapomniano o uregulowaniu ustawowego obowiązku stawiennictwa. Zaskarżona regulacja powoduje zatem, że ustawowe przesłanki zwolnienia ze służby są niedookreślone, albowiem uprawnienie do żądania właściwego usprawiedliwienia odnosi się w praktyce do systemu ocen lub norm o charakterze pozaprawnym, co umożliwia podejmowanie arbitralnych decyzji. Tym samym ustawodawca poprzez niejasne sformułowanie tekstu przepisu pozostawił Szefom ABW i AW nadmierną swobodę przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Zaskarżony przepis ustawy o ABW utracił swój gwarancyjny charakter, gdyż ostateczne i maksymalne kontury ograniczenia praw i wolności jednostki określają same służby, a nie ustawodawca.

W państwie prawa, skutki prawne związane ze zwolnieniem ze służby na podstawie zaskarżonego przepisu w postaci ograniczenia w całości nabytych uprawnień określonej kategorii osób, mogą nastąpić wyłącznie na podstawie wyraźnego uregulowania. Konieczne jest więc istnienie w ustawie o ABW jasnego przepisu wyłączającego prawo do pewnych świadczeń w związku z zaistnieniem określonego zdarzenia. Wobec tego ze względu na błędy konstrukcyjne zaskarżonego przepisu powinien on zostać wyeliminowany z obiegu prawnego, tak aby ustawodawca miał możliwość unormowania przepisu (normy prawnej) zgodnie z postanowieniami Konstytucji RP. Reasumując tę część wywodów, należy podnieść, iż skarżący kwestionuje treść normy prawnej wynikającej z zaskarżonego przepisu, gdyż ustawodawca uchwalając unormowanie zawarte w art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z uregulowaniem zawartym w art. 128 ust. 1 ustawy o ABW, w zakresie skutków prawnych zaskarżonej regulacji w postaci nieprzyznania prawa do ekwiwalentu za urlop, bowiem faktycznie spowodował równocześnie zniweczenie (unicestwienie) istoty prawa konstytucyjnie gwarantowanego sposób bezwarunkowy, gdyż to właśnie ustawodawca nie respektował zakazu ingerencji w istotę prawa konstytucyjnie gwarantowanego w sposób bezwarunkowy (zarzut niezgodności art. 31 ust. 3 w tym przypadku w związku z art. 66 ust. 2 i art. 64 ust. 2 Konstytucji). Wskazany przez skarżącego skutek zaskarżonej regulacji jest rezultatem normy prawnej, której podstawą – oprócz zakwestionowanego przepisu – są również przepisy innych aktów prawnych, zwłaszcza przepisów ustawy o ABW. Zdaniem strony skarżącej zakres zaskarżenia nie został w skardze konstytucyjnej określony zbyt wąsko, gdyż w niniejszej sprawie wskazanie jako przedmiotu zaskarżenia wyłącznie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW nie stanowi przeszkody dla rozpoznania sprawy. Jak wyraźnie wynika z uzasadnienia skargi konstytucyjnej, skarżący dostrzega powiązania tego przepisu z innymi regulacjami, tworzącymi łącznie z nim zakwestionowaną normę prawną, lecz bezpośredniego źródła problemu konstytucyjnego dopatruje właśnie w zaskarżonym przepisie. Wobec tego dokonane w *petitum* skargi konstytucyjnej ograniczenie zakresu zaskarżenia należy uznać za prawidłowe, gdyż przedmiotem badania Trybunału Konstytucyjnego skarżący uczynił jedynie przepis, na podstawie której zwolniono skarżącego ze służby, choć zdaniem skarżącego również prawidłowe byłoby powołanie przez skarżącego wszystkich przepisów ustawy o ABW, które są konieczne do rekonstrukcji zakwestionowanej normy prawnej, temu właśnie celowi - chociaż częściowo - ma służyć niniejszy wniosek.

Zdaniem skarżącego powołane wyroki NSA, potwierdziły jedynie zarzut sformułowany w skardze konstytucyjnej z dnia 4 grudnia 2009 r., że zaskarżony przepis jest niegodny z art. 9 Konstytucji, gdyż ustawodawca wprowadzając nową przesłankę zwolnienia ze służby w nieprawidłowy sposób implementował do ustawy o ABW dyrektywę 2003/88 w zakresie prawa do urlopu i jego rekompensaty w stosunku do funkcjonariuszy zwalnianych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. Jednocześnie zaskarżony przepis stoi w sprzeczności z art. 31 ust. 2

Karty praw podstawowych Unii Europejskiej doprowadzając do znieważenia prawa podstawowego Unii Europejskiej jakim jest prawo do corocznego płatnego urlopu. W odróżnieniu od poglądów prawnych wyrażonych w powołanych powyżej wyrokach NSA z dnia 04.2011 r., dyrektywa 2003/88 i orzecznictwo ETS traktują prawo do corocznego płatnego urlopu oraz prawo do otrzymania wynagrodzenia z tego tytułu jako dwa aspekty jednego prawa. „Prawo do corocznego płatnego urlopu zostało uznane w sposób wyraźny w art. 31 ust. 2 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, która na podstawie art. 6 ust. 1 TUE posiada tę samą moc prawną co traktaty.” (cyt. za pkt. 18 i 26 uzasadnienia wyroku ETS z dnia 15 września 2011 r. w sprawie C-155/10). Początkowo Karta miała w tym względzie wyłącznie charakter deklaratoryjny, natomiast po wejściu w życie traktatu lizbońskiego – na mocy art. 6 ust. 1 TUE – uzyskała w porządku prawnym Unii status normy prawa pierwotnego. W konsekwencji akty instytucji Unii, które dotyczą tej dziedziny muszą być badane w świetle jej przepisów na mocy art. 51 ust. 1 Karty, który ustanawia zwiążanie prawami podstawowymi. W tym kontekście wniosek należy uznać za słuszny, bowiem nie służy on rozszerzeniu zarzutów skargi konstytucyjnej, a jedynie ma na celu wyeliminowanie rozbieżności w orzecznictwie ETS i sądów administracyjnych, w zakresie w jakim konstytucyjne prawo do corocznego płatnego urlopu, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Konstytucji nie obejmuje również jego ekwiwalentu? W zawiązku z powyższym w zakresie konstytucyjnego prawa urlopu i jego rekompensaty uważam, że o zakresie podmiotowym - nabytego zgodnie z przepisami - prawa konstytucyjnego jakim jest prawo do corocznego płatnego urlopu nieodzowna staje się wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego.

Rozważania w analogicznej kwestii zostały podjęte przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wielka izba) w wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r. w sprawach połączonych C-350/06 i C-520/06, gdzie Trybunał uznał, że:

„2) *Artykuł 7 ust. 1 dyrektywy 2003/88¹ dyrektywy 2003/88 powinien być interpretowany w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom lub praktykom krajowym przewidującym wygaśnięcie prawa do corocznego płatnego urlopu wraz z końcem okresu rozliczeniowego lub okresu dozwolonego przeniesienia ustalonego przez prawo krajowe, nawet jeśli pracownik przebywał na zwolnieniu chorobowym przez całość lub część okresu rozliczeniowego, a jego niezdolność do pracy trwała aż do ustania stosunku pracy, ze względu na co nie mógł skorzystać ze swojego prawa do corocznego płatnego urlopu.*

3) *Artykuł 7 ust. 2 dyrektywy 2003/08 powinien być interpretowany w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom lub praktykom krajowym przewidującym w razie ustania stosunku pracy brak wypłaty jakiegokolwiek ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany coroczny płatny urlop na rzecz pracownika, który przebywał na zwolnieniu chorobowym przez całość lub część okresu rozliczeniowego bądź okresu dozwolonego przeniesienia, ze względu na co nie mógł skorzystać ze swojego prawa do corocznego płatnego urlopu. W celu obliczenia wspomnianego ekwiwalentu pieniężnego zwykle wynagrodzenie pracownika – czyli to, które musi być wypłacane w trakcie okresu odpoczynku odpowiadającemu corocznemu płatnemu urlopowi – jest również rozstrzygające.”*

¹ Dyrektywa 2003/88 weszła w życie w dniu 2 sierpnia 2004r. i zastąpiła dyrektywę Rady 93/104/WE z dnia 23 listopada 1993 r. dotycząca niektórych aspektów organizacji czasu pracy. Artykuł 7, przyjęty został w niezminionej formie z poprzedniej dyrektywy. Art. 7 w związku z art. 17 dyrektywy 2003/88 nie należy do przepisów, od których dyrektywa dopuszcza odstępstwa.

Jednakże argumentem decydującym za koniecznością stwierdzenia niezgodności zaskarżonego przepisu z postanowieniami art. 9 Konstytucji są poglądy wyrażone przez Rząd polski², Ministerstwo Spraw Zagranicznych, Biuro Analiz Sejmowych³, Rzecznika Generalnego Unii Europejskiej⁴ z których wynika jednoznaczna konstatacja, że zaskarżony przepis został uchwalony wbrew prawu Unii Europejskiej. Oprócz powyższego skarżący wskazuje na jednolitą linię doktryny i orzecznictwa prawa wspólnotowego. Skarżący ponownie powołuje się na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 20 stycznia 2009 r., Trybunał (*wielka izba*) w sprawach połączonych C-350/06 i C-520/06 (Dz. Urz. UE C Nr 69/05 z 2009 r.). W sprawie C-520/06 Rząd polski zajął następujące stanowisko: *„Rząd polski utrzymuje, że ekwiwalent pieniężny za niewykorzystany urlop jest surogatem corocznego urlopu. Z dniem rozwiązania stosunku pracy nabyte przez pracownika prawo do urlopu wypoczynkowego w naturze przekształca się w prawo do ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany urlop. Art. 7 ust. 2 dyrektywy 2003/88 należy zatem interpretować w ten sposób, że ekwiwalent za urlop wypoczynkowy przysługuje pracownikowi za okresy, za które pracownik nabył prawo do urlopu wypoczynkowego.”* Nadmienić tylko należy, że cytowane stanowisko Rządu polskiego dotyczyło prawa pracy, jednakże wywody organów państwa polskiego zawarte w druku sejmowym nr 4147 z 14 stycznia 2011 r. nie pozostawiają żadnych wątpliwości, co do obowiązku stosowania w służbach mundurowych przepisu art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88, wprawdzie dotyczą one Straży Granicznej, Policji i Służby Celnej, ale zawarte w niej poglądy w pełni odnoszą się do ustawy o ABW.

Reasumując, zgodnie z orzecznictwem ETS dyrektywa 2003/88 traktuje prawo do corocznego urlopu oraz prawo do otrzymania wynagrodzenia z tego tytułu jako dwa aspekty jednego prawa. Podnieść tylko należy, że polski administracyjno-prawny stosunek służbowy w prawie europejskim jest traktowany jak świadczenie pracy w szczególnych warunkach. Zatem, zaistniała konieczność rozważenia tego problemu na tle przepisów Konstytucji.

Wydanie rozkazu na podstawie zaskarżonego przepisu doprowadziło do skutku prawnego w postaci zniweczenia praw: do urlopu wypoczynkowego i dodatkowego, wchodzących w skład prawa do wypoczynku, stanowiącego jedno z podstawowych praw pracownika. W Polsce prawo do urlopu jest konstytucyjnym prawem obywatelskim, gwarantowanym przez art. 66 Konstytucji RP. Zgodnie z art. 66 ust. 2 Konstytucji wysokość prawa konstytucyjnego do urlopu została określona w ustawie o ABW w następujących przepisach: po pierwsze, w art. 95 ust. 1 w zakresie przysługiwania prawa do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego i jego wielkości oraz po drugie, w art. 97 ust. 2 w zakresie przysługiwania prawa do płatnego urlopu dodatkowego. Wbrew art. 51 ust. 1 Karty ekwiwalent pieniężny za urlop wypoczynkowy i dodatkowy nie został ograniczony w ustawie o ABW w przypadku zwolnienia na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. Natomiast w prawie pracy wypłata ekwiwalentu za urlop jest niezależna od sposobu ustania zatrudnienia, bowiem jest ono prawem pochodnym od prawa do urlopu. Dodatkowo skarżący wskazuje na ewolucję art. 171 Kodeksu pracy w zakresie ekwiwalentu za urlop, a w szczególności na zmianę (§ 1) i skreślenie art. 171 § 2 Kodeksu pracy wprowadzone ustawą z dnia 14 listopada 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 213, poz. 2081, art. 1). Jak wynika z rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks pracy (druk sejmowy nr 1162) zmiana ustawy dostosowała Kodeks pracy do Konstytucji oraz m. in. do dyrektywy nr 93/104 z 23 listopada 1993 r. dotyczącej pewnych aspektów organizacji pracy (obecnie dyrektywa 2003/88). Zatem, jeżeli pracownik nie wykorzystał urlopu, a rozwiązano z nim

² Sprawa przed ETS sygn. C-520/06;

³ Druk sejmowy nr 4147 z 14.01.2011 r.

⁴ Opinia w sprawie C-155/10, pkt. 5, 31 i 32.

stosunek pracy, to pracodawca jest zobowiązany na podstawie wskazanego przepisu wypłacić mu niezależnie od powodów rozwiązania ekwiwalent pieniężny. Oprócz powyższego zauważyć należy, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 października 1980 r. sygn. I PRN 100/80 wyraził następujący pogląd: „roszczenie to jest surogatem urlopu, a zatem nie może być odmiennie traktowane.” Ekwiwalent pieniężny należny pracownikowi za niewykorzystany urlop wypoczynkowy podlega ochronie w takim samym zakresie, jak wynagrodzenie za pracę (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1980 r., I PR 43/80, OSNCP 1980, z. 12, poz. 248 i z 12.04.2007 r., I PK 261/06). Takiemu unormowaniu w zakresie prawa do urlopu i jego rekompensaty pieniężnej podlegają wszyscy zatrudnieni i czynienie wyłomu wobec niektórych tylko grup zatrudnionych na podstawie stosunku administracyjnego, jakimi są funkcjonariusze ABW i AW zwolnieni na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 lub art. 60 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW narusza, wynikającą z art. 32 Konstytucji RP zasadę równości i niedyskryminacji (np.: art. 60 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW w związku z art. 18 TFUE). Prawo europejskie określa, że administracyjny stosunek zatrudnienia funkcjonariuszy ABW jest niczym innym jak stosunkiem pracy, tyle że inaczej nazwanym, co wynika ze specyfiki służby. W państwie prawa pozbawianie konstytucyjnych uprawnień do urlopu określonej kategorii osób, może nastąpić wyłącznie na podstawie wyraźnego uregulowania. Natomiast ustawa o ABW nie spełnia tych wymagań. W niniejszej sprawie norma prawna wynikająca z zaskarżonego przepisu ustawy o ABW nie spełnia więc koniecznego warunku wskazania istnienia jasnego przepisu wyłączającego prawo do urlopu i jego ekwiwalentu w związku z zaistnieniem określonego zdarzenia. Wobec tego ze względu na błędy merytoryczne i formalne dokonane w trakcie uchwalania zaskarżonego przepisu powinien zostać wyeliminowany z obiegu prawnego, tak aby Sejm miał możliwość uregulowania sprawy również zgodnie z prawami i wolnościami zagwarantowanymi w sposób bezwarunkowy w Konstytucji i prawie Unii Europejskiej. *„Jeżeli bowiem ustawa jest w sposób wyraźny sprzeczna z Konstytucją, to wszelkie orzeczenia na niej oparte naruszają art. 8 Konstytucji, stanowią więc przejaw rażącego naruszenia prawa. Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego porządkują jedynie stan prawny. Każdy sąd jednakże, a także każdy organ administracyjny, ma obowiązek oparcia się w danym przypadku na akcie prawnym wyższego rzędu (dokładniejsze wyjaśnienie tego stanowiska w pracy: M. Jaśkowska, Związanie decyzji administracyjnej ustawą, Toruń 1998, s. 63 i n.).”* (cyt. za M. Jaśkowska, T. Woś, *Komentarz do Kpa Lex/El 2011 stan prawny na 1.07.2011 r. pkt 8 do art. 145a k.p.a.*)

Wreszcie zauważyć należy, że zarówno zaskarżony przepis jak i ustawa o ABW nie definiują pojęcia „funkcjonariusza skierowanego do komisji lekarskiej ABW”. W orzeczeniach TK wskazywał, że stosunek służbowy funkcjonariusza służb mundurowych oparty jest na podporządkowaniu, a jednym z podstawowych elementów stosunku służbowego jest obowiązek wykonywania rozkazów. Natomiast z przepisów ustawy o ABW oraz rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 44 ust. 2 ustawy o ABW wynika, że do komisji lekarskiej kieruje Dyrektor Biura Kard bez ustawowego upoważnienia z jednoczesnym załamaniem podstawowej zasady hierarchicznego podporządkowania. Zaskarżony przepis ustawy o ABW nie przeciwstawia się również arbitralności władzy w tym sensie, iż dopuszcza możliwość zwolnienia ze służby w przypadku, gdy przełożony funkcjonariusza nie wydał polecenia służbowego (rozkażu) stawiennictwa przed komisją lekarską, natomiast dyrektor biura kadr wprawdzie wystawił skierowanie, ale nie doręcza go funkcjonariuszowi, gdyż nie ma obowiązku i także nie ma obowiązku poinformowania o fakcie wystawienia skierowania – jak miało to miejsce ze skarżącym, wynika to ze sprawy przed sądami administracyjnymi. Okoliczność ta potwierdza brak czytelnej koncepcji legislacyjnej i przypadkowość instytucjonalizacji normatywnej postępowania związanego z trybem i zasadami kierowania do komisji lekarskich w ABW za naruszenie, którego można zwolnić ze służby. Zdaniem skarżącego stanowi to już wystarczającą podstawę do zdjęcia z obiegu prawnego zaskarżonego przepisu tak, aby Szef ABW mógł unormować powyższe zagadnienie w analogiczny sposób, jak ma to miejsce w pozostałych służbach mundurowych. Zdaniem

skarżącego oczywistym jest w służbach mundurowych, że obowiązek poddania się badaniom powinien zostać unormowany w pragmatyce służbowej jasnym przepisem i wynikać z wydanego polecenia służbowego (rozkazu) przełożonego.

W kontekście najnowszych prac ustawodawczych wydaje się, że decydującym dla sprawy orzeczenia niezgodności zaskarżonego przepisu z Konstytucją RP (w tym rozważenia niezgodności z art. 2 Konstytucji jako samodzielnego wzorca badania konstytucyjności zaskarżonej regulacji) jest pogląd prawny zawarty w druku uzasadnienia rządowego projektu ustawy o Służbie Więziennej (druk sejmowy nr 2062), bowiem „*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.* „

Skarżący wskazuje także na uzasadnienie zawarte w druku 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 ustawowego obowiązku stawiennictwa funkcjonariuszy Służby Więziennej i Służby Celnej, ale zawarte w niej wywody w pełni odnoszą się do ustawy o ABW.

W skardze konstytucyjnej zarzucono naruszenie zasady określoności regulacji prawnej dotyczącej ustawowego obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską (niedookreśloność czynu, za który może zostać wymierzona sankcja administracyjna). Jednakże jeżeli przyjąć za prawidłowe cytowane powody zmiany ustawy o SW i SC, które dokonały się w analogicznych unormowaniach prawnych jak w ustawie o ABW to wykorzystanie art. 2 Konstytucji RP jako samodzielnego wzorca dla kontroli zaskarżonej regulacji w trybie skargi konstytucyjnej jest zasadne. Niniejszy wniosek jest tym bardziej zasadny, jeżeli zważy się że analiza najnowszego ustawodawstwa polskiego wskazuje, iż ustawodawca w trakcie pospiesznego uchwalania 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 prawa. Wprawdzie celowość i zasadność wprowadzenia przepisu mogła by wydawać się słuszna, jednakże nie może być wytłumaczeniem dla tworzenia prawa w sposób chaotyczny i przypadkowy. Dowolność i przypadkowość wprowadzonego w życie przepisu w powiązaniu ze skutkami prawnymi jakie niesie jego zastosowanie (zniweczenie konstytucyjnego 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. Mając powyższe na uwadze skarżący podtrzymuje również zarzut o niezgodności zaskarżonego przepisu z art. 7 w związku z art. 60 Konstytucji, wedle którego organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, bowiem w niniejszej sprawie konstytucyjna zasada została niewątpliwie naruszona, gdyż norma prawna wynikająca m. in. z zaskarżonego przepisu adresowanego do organu administracyjnego jest na tyle niejednoznaczna, że pozostawia Szefowi ABW i AW nadmierny, a czasami nieograniczony zakres swobody i uznawalności. Zatem niejasne i nieprecyzyjne sformułowanie przepisu rodzi niepewność co do treści praw (prawo do corocznego płatnego urlopu i jego ekwiwalentu, prawo dostępu do służby publicznej) i obowiązków (ustawowy obowiązek stawiennictwa przed komisją), jednocześnie dla organu stosującego przepis stwarza możliwość nazbyt dużej dowolności interpretacji (a nawet, jak miało to miejsce ze skarżącym – arbitralności) w zakresie sposobów i organów władnych do usprawiedliwienia niestawiennictwa, prowadzi tym samym do możliwości wcielenia się organu w rolę prawodawcy. Zdaniem skarżącego w niniejszej sprawie przekroczono poziom niejasności zaskarżonej regulacji i powinno to stanowić samoistną przesłankę stwierdzenia niezgodności z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego. Wprawdzie ustawodawcy przysługuje daleko idąca swoboda w kształtowaniu zasad wykluczania ze służby publicznej funkcjonariuszy służb mundurowych, jednakże zaskarżony przepis wykracza poza jej zakres.

Na zakończenie przytoczonych argumentów skarżący wskazuje na źródło błędu prawnego w trakcie rozważania niniejszej sprawy, gdyż także tzw. racjonalnemu ustawodawcy zdarza się popełnić błąd legislacyjny, tym bardziej, iż mieliśmy do czynienia z bardzo pośpieszną ścieżką legislacyjną pakietu ustaw przy wprowadzaniu w 2006 roku przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. W sposób nie budzący żadnych wątpliwości tzw. racjonalny ustawodawca uregulował ustawowo zapis o obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską i powiązał z nim sankcje w postaci zwolnienia w następujących służbach mundurowych: wojsku, więziennictwie, Straży Granicznej i Służbie Celnej. We wszystkich tych przypadkach unormowano sankcję zwolnienia ze służby za naruszenie wyraźnie ustanowionego - ustawowego - obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską, jak również powiązał z przysługiwaniem praw do ekwiwalentu za niewykorzystany urlop i odprawą. Natomiast w „patologiczny” przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW i jego skutki prawne, stanowi przykład typowego błędu prawodawcy, który wyniknął w trakcie prac legislacyjnych nad całym pakietem ustaw (SKW I SWW) i wziął się z bardzo pośpiesznych, a wręcz gorączkowej ścieżki legislacyjnej oraz nietypowych uzgodnień międzyresortowych, sprawa skarżącego stanowi przykład jednego z wielu błędów legislacyjnych zawartych w tym pakiecie ustaw. Wydaje się jednak, iż najistotniejsza przyczyna patologii w administracji leży poza nią samą, ową pierwotną przyczyną powstawania patologii jest tzw. zła legislacja dotycząca źródeł prawa będących podstawą działań administracji. (por. Kijowski D., Suwaj P., Patologie w administracji publicznej, 2009, publ. Lex; postanowienie TK z 15.11.2010 r. sygn. akt S 4/10).

Załącznik: odpis pisma

