

Gdańsk dnia, 4 grudnia 2009 r.

**TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY**

al. Jana Christiana Szucha 12 a

00-918 Warszawa

**Skarżący:**

M            S

ul.

**Adres do korespondencji:**

ul.

**reprezentowany przez:**

radcę prawnego Przemysława Kulę, KtB 505

Kancelaria Radcy Prawnego w Gdańsku

ul. Czerwcową 1

80-187 Gdańsk

**SKARGA KONSTYTUCYJNA**

**w sprawie stwierdzenia niezgodności 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 z późn. zm.) z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej.**

Na podstawie art. 79 ust. 1, art. 191 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 188 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm., dalej jako: Konstytucja RP), działając w imieniu M            S           , którego pełnomocnictwo załączam, wnoszę 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.**

Jednocześnie wnoszę o stwierdzenie, że:

1) 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.) w zakresie, w jakim ustanawia sankcję w postaci zwolnienia ze służby za dwukrotne nieusprawiedliwione uchylenie się od obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską ABW, gdy z treści ustawy nie wynika w sposób poprawny, precyzyjny i jasny norma prawna regulująca obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską, jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 60 i art. 65 ust. 1 Konstytucji RP;

2) art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim przepis ten zezwala na stosowanie sankcji w postaci zwolnienia ze służby wobec funkcjonariusza, któremu nie wydano (nie doręczono) skierowania do komisji a przełożony nie wydał polecenia służbowego stawienia się przed komisją lekarską ABW, jest niezgodny z art. 2 i art. 7 w związku z art. 60 Konstytucji RP;

3) art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 94 pkt 2 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim wyłącza zaświadczenie lekarskie o czasowej niezdolności do pracy z powodu choroby z dowodów usprawiedliwiających niestawiennictwo przed komisją lekarską ABW w sytuacji, gdy jednocześnie to samo zaświadczenie lekarskie stanowi usprawiedliwienie nieobecności w służbie, jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 60 i art. 65 ust. 1 Konstytucji RP;

4) art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 128 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim wprowadza możliwość zwolnienia ze służby przy równoczesnym pominięciu praw do odprawy emerytalnej oraz innych świadczeń pieniężnych, w tym ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany urlop wypoczynkowy w przypadku, gdy funkcjonariusz ze względu na chorobę nie mógł wykorzystać urlopu wypoczynkowego, jest niezgodny z art. 2, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 i 2, art. 64 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 9 Konstytucji w związku z art. 7 ust. 2 dyrektywy nr 88/2003/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji czasu pracy (Dz. Urz. UE nr L 299, z 18.11.2003 r., s.9);

5) art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 44 pkt 5 ustawy powołanej w punkcie 1 oraz § 17 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie warunków bezpieczeństwa i higieny służby oraz zakresu stosowania przepisów działu dziesiątego Kodeksu pracy w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz. U. Nr 160, poz. 1560), rozumiane w ten sposób, iż ustanawiają obowiązek stawiennictwa funkcjonariusza ABW przed komisją lekarską ABW, którego naruszenie powoduje możliwość zwolnienia funkcjonariusza ze służby, są niezgodne z art. 2, art. 7 oraz art. 60 Konstytucji RP.

#### **Określenie podstaw skargi kasacyjnej:**

Skarżący łączy naruszenie przysługujących mu praw i wolności konstytucyjnych, z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia .07.2009r. sygn. , na podstawie którego utrzymane zostały rozkazy personalne Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego nr z dnia .10.2007r. i z dnia .10.2008r., w przedmiocie zwolnienia skarżącego ze służby w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Zdaniem skarżącego wydane orzeczenie zatwierdzające zwolnienie skarżącego ze służby w Agencji

Bezpieczeństwa Wewnętrznego, 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).

Zdaniem skarżącego na skutek zastosowania przez Naczelny Sąd Administracyjny art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW naruszona została konstytucyjna zasada prawa do równego traktowania pozbawionego elementów dyskryminacji - art. 32 Konstytucji, gdyż naruszono wynikający z art. 2 Konstytucji nakaz określoności przepisów, a zarazem wymóg formułowania przepisów w sposób precyzyjny i jasny, zrozumiały dla adresatów. Brak jasno sprecyzowanych kryteriów zwalniania ze służby na podstawie zaskarżonego przepisu doprowadził do dowolności i arbitralności rozstrzygnięć administracyjnych i sądowych w stosunku do funkcjonariuszy ABW znajdujących się w identycznej sytuacji jak skarżący, co prowadzi do naruszenia art. 7 i 32 Konstytucji. Zastosowanie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW doprowadziło do naruszenia konstytucyjnego prawa do równego dostępu do służby publicznej, przez to, że w sposób nieuzasadniony zróżnicowano ochronę stosunku służbowego funkcjonariuszy ABW. Z tego powodu, przepis ten jest niezgodny z art. 60 i art. 65 ust. 1 Konstytucji oraz art. 25 lit. c Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych i jest wyrazem naruszenia prawa do ochrony pracy wynikającego z art. 24 zd. 1 Konstytucji. Ponadto zastosowanie przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW narusza konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia zawarte w art. 68 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji, albowiem dobrowolny wniosek skarżącego o skierowanie do komisji lekarskiej doprowadził do sytuacji zwolnienia skarżącego ze służby.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia .07.2009r. sygn. , który został doręczony skarżącemu w dniu 07.09.2009r., ostatecznie rozstrzyga zarzuty skarżącego stawiane rozkazom personalnym w przedmiocie zwolnienia skarżącego ze służby w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Wobec wyroku wydanego po rozpoznaniu skargi kasacyjnej, skarżącemu nie przysługują żadne środki zaskarżenia lub inne środki odwoławcze.

Podstawą rozstrzygnięcia o zwolnieniu skarżącego ze służby jest ustalenie, że na podstawie 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.) w związku z art. 44 pkt 5 ustawy o ABW oraz § 17 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie warunków bezpieczeństwa i higieny służby oraz zakresu stosowania przepisów działu dziesiątego Kodeksu pracy w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz. U. Nr 160, poz. 1560), skarżący miał obowiązek stawienia się przed komisją lekarską, do której został skierowany, oraz że skarżący obowiązkowo tego nie zrealizował i nie usprawiedliwił niestawiennictwa przed komisją lekarską. Zakwestionowane w skardze przepisy stanowiły dla organów orzekających w sprawie bezpośrednią podstawę prawną do zwolnienia skarżącego ze służby, a jak wynika z uzasadnienia wyroków Sądów Administracyjnych podana w rozkazie personalnym podstawa jest uzasadniona co do faktów oraz prawidłowa w zakresie prawa.

W związku z powyższym skarżący wnosi skargę konstytucyjną i zwraca się o przyjęcie jej do rozpoznania.

### **Uzasadnienie**

**I. Przepis 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., dalej: ustawa o ABW),**

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.) stanowi, że „można zwolnić ze służby funkcjonariusza w wyniku dwukrotnego niestawienia się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia.”

**II.** Niniejsza skarga konstytucyjna została sformułowana na tle następującego stanu faktycznego: Skarżący zwrócił się do Dyrektora Biura ABW z prośbą o skierowanie go na komisję lekarską celem stwierdzenia jego dalszej przydatności do służby w ABW. Skarżącego skierowano na badanie na dzień .11.2006r. Zważywszy na chorobę skarżący w dniu .11.2006r. zgłosił się do komisji lekarskiej z zaświadczeniem od lekarza z PZP o niezdolności do pracy. Skarżący nie stawił się na badanie w dniu .11.2006r. W okresie w jakim nadal utrzymywał się ten sam stan niezdolności do pracy, skarżącego kierowano jeszcze trzykrotnie na komisyjne badania lekarskie. Skarżący w związku ze zwolnieniem lekarskim zaniechał stawienia się w wyznaczonych dniach przed komisją lekarską. Rozkazem personalnym nr z dnia października 2007 r. Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej: Szef ABW), powołując się na art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW zwolnił skarżącego ze służby w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej: ABW). Organ zarzucił skarżącemu naruszenie przesłanek ustawowych wymienionych we wskazanym przepisie. W wyniku wniesienia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, rozkaz został utrzymany w mocy rozkazem nr Szefa ABW z dnia marca 2008 r., którym zmieniono datę zwolnienia ze służby z dnia grudnia 2007 r. na dzień marca 2008 r. Wnioskodawca zaskarżył powyższe rozkazy do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W . Wyrokiem z dnia lipca 2008 r. Sąd administracyjny I instancji oddalił skargę (sygn. akt ). Od orzeczenia Sądu I instancji została wniesiona skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Wyrokiem z dnia lipca 2009 r. Sąd administracyjny II instancji oddalił skargę kasacyjną (sygn. akt ) – orzeczenie doręczone skarżącemu w dniu 7 września 2009 roku.

W ocenie Szefa ABW oraz Sądów administracyjnych obu instancji, wnioskodawca naruszył obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską. Naruszenie obowiązku powiązane zostało z normą uznaniową na podstawie której wobec skarżącego organ może zastosować sankcję w postaci zwolnienia ze służby.

**III.** Przepis 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.) w zakresie, w jakim ustanawia sankcję w postaci zwolnienia ze służby za dwukrotne nieusprawiedliwione uchylenie się od obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską ABW, gdy z treści ustawy o ABW nie wynika w sposób poprawny, precyzyjny i jasny norma prawna regulująca obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską, jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 60 i 65 ust. 1 Konstytucji RP.

Ponadto art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW w zakresie, w jakim przepis ten zezwala na uznaniowe stosowanie sankcji w postaci zwolnienia ze służby wobec funkcjonariusza, któremu nie wydano (nie doręczono) skierowania do komisji a przełożony nie wydał polecenia służbowego stawienia się przed komisją lekarską ABW, jest niezgodny z art. 2 i art. 7 w związku z art. 60 Konstytucji RP.

**A.** 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 stanowisku organów administracyjnych i orzecznictwie Sądów administracyjnych, w zakresie określenia skąd wynika obowiązek stawienia się przez funkcjonariusza przed komisją lekarską.

I tak zgodnie ze stanowiskiem Szefa ABW oraz Sądu I instancji 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 II SA/Wa 615/09 oraz II SAB/Wa 12/09 (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 Warszawie wskazywano, iż obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską ABW wynika z wystawienia druku skierowania do komisji lekarskiej (sygn. akt: II SA/Wa 1817/08, II SAB/Wa 12/09 niepubl. strona internetowa NSA). W wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. (sygn. akt II SAB/Wa 12/09) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie 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”*

**B.** Norma prawa administracyjnego zawarta w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW stanowi normę prawa o charakterze generalnym, która następnie została przez organ administracyjny zindywidualizowana i skonkretyzowana w decyzji o zwolnieniu ze służby. Jednakże prawidłowość zastosowania przez organ tej normy merytorycznej zaliczanej do administracyjnego prawa materialnego budzi poważne wątpliwości z punktu widzenia zasad unormowanych w Konstytucji RP. Zgodnie z nauką prawa administracyjnego jak również utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego stwierdzić przede wszystkim należy, iż treścią normy materialnej jest określenie praw i obowiązków (zachowania się) adresatów. Normy prawa materialnego określają interes prawny lub obowiązek jednostki. (Przykładowo: Z. Leoński, *Materialne prawo administracyjne*; A. Chełmoński, *Typy norm materialnego prawa administracyjnego*). Natomiast bliższa analiza normy zawartej w cytowanym przepisie ustawy o ABW prowadzi do wniosku, iż mamy w przedmiotowym przypadku do czynienia z normą sankcjonującą. Adresatem normy sankcjonującej jest organ administracyjny i określa następstwa (sankcje) niewykonania innej normy nakazującej określone postępowanie (zachowanie się) w danych okolicznościach, zwanej normą sankcjonowaną. Szef ABW, sądy administracyjne oraz Prokuratura Krajowa wskazują na odmienne przepisy regulujące obowiązek funkcjonariusza stawiennictwa przed komisją lekarską. Zdaniem skarżącego w tym zakresie należy również

rozważyć, czy może mamy do czynienia z „luką prawną” a to uzasadniałoby również zarzut naruszenia wymogu przyzwoitej legislacji.

Norma prawna zawierająca sankcję w postaci zwolnienia ze służby w powiązaniu z obowiązkiem ustawowym badań lekarskich mających ustalić zdolność do pełnienia służby została zawarta w następujących aktach prawnych:

1. Art. 45 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 44 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997 ze zm., dalej: ustawa o Straży Granicznej)

Art. 44 ust. 1 stanowi, że *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.*

Zgodnie z art. 44 ust. 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.*

Natomiast sankcja w postaci możliwości zwolnienia ze służby została zawarta w art. 45 ust. 2 pkt 9 ustawy o Straży Granicznej w przypadku *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.*

Na marginesie dodać należy, że w art. 45 ust. 2 pkt 9 ustawy o Straży Granicznej ustawodawca zwrócił uwagę na niedopuszczalność zwolnienia ze służby w Straży Granicznej, w przypadku niestawiennictwa w związku z prośbą funkcjonariusza o skierowanie do komisji. Dobrowolne wnioskowanie przez zainteresowanego o umożliwienie skorzystania z prawa konstytucyjnego uregulowanego w art. 68 ust. 1 Konstytucji, a następnie rezygnacja z niego nie może zostać obwarowana sankcją w postaci zwolnienia ze służby.

Należy ponadto zwrócić uwagę na fakt, iż ustawodawca w cyt. przepisie o Straży Granicznej oraz w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW nie posługuje się wyrażeniem „niezgłoszenia się” do komisji, lecz sformułowaniem „niestawienia się” do komisji lub na badanie lekarskie. Zatem w powołanych powyżej przepisach ustawowych mowa jest o obowiązku stawiennictwa, który powinien zostać uregulowany stosownym przepisem ustawowym, jak ma to miejsce w ustawie o Straży Granicznej. Trudno jest również wywieść ustawowy obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską z art. 59 ust. 1 ustawy o ABW, jeżeli skonfrontuje się go z art. 44 ust. 1 i 2 ustawy o Straży Granicznej. Zaznaczenia wymaga również fakt, że w zakresie służb mundurowych skierowanie do komisji lekarskiej jest realizowane poprzez wydanie polecenia służbowego stawienia się do komisji lekarskiej wraz z wydaniem druku skierowania.

2. Ustawa z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz. U. 2003 r. Nr 179 poz. 1750 ze zm., dalej: ustawa o służbie wojskowej z 2003 r.) w art. 5 ust. 5 pkt 2 określa, że dowódca jednostki wojskowej kieruje do wojskowej komisji lekarskiej. Skierowanie jest jednocześnie poleceniem służbowym do stawienia się przed komisją. Sankcję zaś przewiduje art. 111 pkt 4, który stanowi, że żołnierza zawodowego zwalnia się z zawodowej służby wojskowej wskutek odmowy przyjęcia skierowania do wojskowej komisji lekarskiej lub nieusprawiedliwionego niezgłoszenia się do tej komisji w określonym terminie i miejscu albo niepoddania się badaniom, do których został zobowiązany przez komisję lekarską. Tym samym sankcja została unormowana za niewykonanie polecenia służbowego. Każdorazowo skierowanie jest doręczane żołnierzowi wraz z odpisem rozkazu dziennego, drugi egzemplarz przesyłany do wojskowej komisji lekarskiej.

C. Zdaniem wnioskodawcy art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW jest niezgodny z zasadą określoności prawa – jedną z zasad przyzwoitej legislacji, zgodnie z którą przepisy prawne muszą być

formułowane w sposób na tyle jasny, aby adresat mógł bez trudności określić konsekwencje naruszenia obowiązku właściwego postępowania. Zdaniem skarżącego adresaci art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, nie są w stanie jednoznacznie zidentyfikować unormowania zawierającego obowiązek ustawowy stawiennictwa przed komisją lekarską, za naruszenie, którego organ może wyciągnąć sankcję w postaci zwolnienia ze służby. Szczególną uwagę należy zwrócić, że skarżącemu w tej sprawie nie wydano skierowania do komisji lekarskiej oraz przełożony nie wydał polecenia służbowego stawienia się przed komisją lekarską. Skarżący przedkładał przełożonemu zwolnienia lekarskie za cały okres objęty sprawą do dnia zwolnienia ze służby. Wobec tego, dla skarżącego obowiązek stawienia się przed komisją znikąd nie wynikał.

Zdaniem skarżącego przepis 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 nie budzący żadnych wątpliwości. Z tego względu, zdaniem skarżącego analizowany przepis jest niekonstytucyjny, gdyż umożliwia wydanie decyzji uznaniowej w oparciu o niejasno zdefiniowane obowiązki (przesłanki), co w konsekwencji może prowadzić do arbitralnych rozstrzygnięć. Zdaniem skarżącego na podstawie przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW Szef ABW uzyskał możliwość sprawowania władzy dyskrecjonalnej wobec funkcjonariuszy. Ponieważ wykluczenie arbitralizmu w działaniu władzy publicznej stanowi podstawę demokratycznego państwa prawnego (por. uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 32/04) konieczne jest zbadanie konstytucyjności art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, zwłaszcza, że w sprawie skarżącego nie wydano druku skierowania do komisji oraz nie wydano przez przełożonego polecenia służbowego stawiennictwa przed komisją lekarską. Za niedopuszczalne w świetle wymogu zaufania obywateli do prawa - wnioskodawca uważa - również rozwiązanie zaskarżonej ustawy pomijające jakiegokolwiek kryteria trybu kierowania do komisji lekarskich, pozwalające na jednoznaczne ustalenie zakresu podmiotowego przepisu tj. „funkcjonariusza skierowanego do komisji lekarskiej”. Z dostępu do służby publicznej związany jest obowiązek ustawodawcy określenia kryteriów zwalniania z niej. Kryteria te powinny być ukształtowane w taki sposób, aby wykluczać wszelką dowolność działania władz publicznych (por. wyrok z 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K 28/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 50). Na tym również polega niezgodność art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z art. 2 w związku z art. 60 Konstytucji RP. W wyroku z dnia 20 kwietnia 2004 r. Trybunał Konstytucyjny (K 45/02) wyraził następujący pogląd: *„Szczególne gwarancje stabilności stosunku służbowego funkcjonariuszy służb specjalnych, idące znacznie dalej aniżeli reguły stabilizacji stosunku pracy, spełniają w demokratycznym państwie prawnym wieloraką rolę. Po pierwsze, służą one realizacji prawa obywateli dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach (art. 60 Konstytucji). Po drugie, zapewniają ochronę indywidualnych praw funkcjonariusza, zapobiegając arbitralności jego oceny przez przełożonych w sytuacji, w której warunki służby wymagają podporządkowania i daleko idącej dyspozycyjności.”*

W przepisie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW naruszona została również zasada precyzji przejawiająca się w konkretności nakładanych obowiązków tak, aby ich treść była oczywista i pozwalała na wyegzekwowanie (wyroki TK z 21 marca 2001 r., sygn. K. 24/00 i 19 grudnia 2008 r., K. 19/07). Dowolność i przypadkowość wprowadzonego z życia przepisu jest zatem przykładem złamania zasady poprawnej legislacji (wyrok TK z 23 października 2007 r., P 28/07). Inną okolicznością budzącą wątpliwości w świetle art. 2 Konstytucji i wynikającego z wyrażonej w nim zasady wymogu należytej określoności jest niejasność co do zakresu podmiotowego przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW określonego jako „funkcjonariusza skierowanego do komisji lekarskiej” w związku z brakiem uregulowania ustawowego dotyczącego trybu kierowania do komisji. Taka sytuacja ułatwia „manipulowanie zakresem podmiotowym”, co oznacza możliwość objęcia tym zakresem również funkcjonariuszy, którym nie wydano – nie doręczono karty skierowania do komisji lekarskiej oraz przełożony nie wydał polecenia służbowego

stawiennictwa przed komisją lekarską – jak miało to miejsce w przypadku skarżącego. Dopuszczając możliwość wypowiedzenia stosunku służbowego na podstawie nie dających się jednoznacznie zweryfikować kryteriów, zaskarżony przepis pozostaje w sprzeczności z art. 7 i 60 Konstytucji. Dlatego wnioskodawca wnosi o uznanie przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, o treści niedookreślonej regulacji, zawierający szereg błędów natury legislacyjnej za sprzeczny z wynikającą z art. 2 Konstytucji RP zasadą poprawnej legislacji.

IV. Przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 94 pkt 2 ustawy o ABW w zakresie, w jakim wyłącza zaświadczenie lekarskie o czasowej niezdolności do pracy z powodów choroby z dowodów usprawiedliwiających niestawiennictwo przed komisją lekarską ABW w sytuacji, gdy jednocześnie to samo zaświadczenie lekarskie stanowi usprawiedliwienie nieobecności w służbie, jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 32 ust. 1 i 2 w związku z art. 60 Konstytucji RP.

A. Zgodnie z art. 7 Konstytucji RP: „*Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa*”.

W sprawie skarżącego, zarówno organ administracyjny jak i Sądy administracyjne nie wskazały na jasną i precyzyjną normę prawną pozwalającą na uzasadnienie zarzutu, iż skarżący nie usprawiedliwił nieobecności przed komisją lekarską. Żadne znaczenie, w kontekście unormowania zawartego w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, nie zostało nadane faktowi, iż to skarżący wnosił o przeprowadzenie badania przed komisją lekarską, oraz że na jeden dzień przed wyznaczonym terminem badania skarżący zgłosił się do komisji lekarskiej z zaświadczeniem lekarza o niezdolności do pracy. Sąd administracyjny I instancji uznał za prawidłowy zarzut organu, iż skarżący naruszył przesłankę ustawową zawartą w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW polegającą na niestawieniu się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską. Jednocześnie nie wskazano na przepis określający sposób i tryb, sposób usprawiedliwiania niestawiennictwa przed komisją lekarską tak, by wykazać, że zwolnienie lekarskie z pracy nie usprawiedliwia nieobecności przed komisją.

Natomiast Sąd administracyjny II instancji wyraził pogląd, że „Nie można bowiem przyjąć takiego założenia, że zaświadczenie lekarskie stwierdzające niezdolność do pracy, stanowiące usprawiedliwienie nieobecności w służbie, jest również w każdym wypadku usprawiedliwieniem niestawiennictwa przed komisją lekarską”. Zatem zgodnie z poglądem Sądu II instancji „Jeżeli faktycznie stan zdrowia nie pozwalał na stawienie się przed komisją lekarską, to skarżący miał możliwość złożenia w tym zakresie stosownego zaświadczenia lekarskiego(...)” Jednakże Sąd nie wskazał na przepisy prawa określające tryb i sposób usprawiedliwienia nieobecności przed komisją lekarską poprzez złożenie przed komisją stosownego zaświadczenia lekarskiego.

B. W sprawie sądownoadministracyjnej było niesporne, że skarżący usprawiedliwił przed organem swoją nieobecność w służbie poprzez przedstawienie zaświadczeń lekarskich o niezdolności do służby z powodu choroby, postępując zgodnie z postanowieniami § 15 i 16 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 lipca 2003 r. w sprawie przebiegu służby funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz. U. nr 120, poz. 1125) wydanym na podstawie art. 94 pkt 2 ustawy o ABW. Przepis ten określa sposób usprawiedliwienia nieobecności w służbie i stanowi, że *nieobecność w służbie z powodu swojej choroby funkcjonariusz usprawiedliwia, przedstawiając, najpóźniej w dniu powrotu do służby, zaświadczenie lekarskie*. Zatem nieobecność w służbie skarżącego w myśl przepisów obowiązujących w ABW oraz w myśl organu administracyjnego została usprawiedliwiona, bowiem w dniach wskazanych przez organ jako nieusprawiedliwione niestawiennictwo przed komisją skarżący był chory a zwolnienia lekarskie przedstawił przełożonemu, który je zaakceptował. Za cały okres choroby skarżący otrzymywał wynagrodzenie chorobowe oraz inne świadczenia pieniężne.



Natomiast stawiennictwo przed komisją lekarską nie zostało usprawiedliwione. Nie został jednak wskazany przepis prawa któryby wyłączał zaświadczenie lekarskie o chorobie, jako usprawiedliwiające nieobecność przed komisją. Wnioskodawca, precyzując sformułowany powyższej zarzut niezgodności art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z art. 7, art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, akcentuje znaczenie wyrażonej w tymże artykule zasady legalizmu działania organów władzy publicznej. W myśl tej zasady wszystkie działania organów władzy publicznej są określone przez prawo, dotyczy to również komisji lekarskich ABW.

Zdaniem wnioskodawcy przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW jest niezgodny z art. 7 i 2 Konstytucji RP, w zakresie w jakim nie określa trybu usprawiedliwiania nieobecności przed komisją lekarską ABW, przez to, że narusza wynikający z Konstytucji nakaz określoności przepisów prawnych. 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).

Konstytucyjny wymóg jasności przepisów oznacza nakaz tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych nie budzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu winna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw tak, by ich treść była oczywista i pozwalała na wyegzekwowanie.

W tym kontekście, zdaniem wnioskodawcy, zasadniczym elementem sprawy pozostaje kwestia, czy organy administracji publicznej mogły wymagać innego zaświadczenia lekarskiego niż te, które zaakceptowane zostało przez przełożonego jako usprawiedliwienie. Zdaniem skarżącego brak jednoznacznego uregulowania w ustawie o ABW trybu i sposobu usprawiedliwiania niestawiennictwa przed komisjami lekarskimi ABW oraz przyznanie komisjom nieprecyzyjnych zadań w tym zakresie, również poprzez orzecznictwo sądów administracyjnych spowodowało, że o ile może być podstawą praktyk służbowych wewnątrz Agencji, to nie może stanowić konstytucyjnie dopuszczonej praktyki uzasadniającej zwolnienie ze służby. Analizowana praktyka, czyli stosowanie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW w obliczu braku norm określających sposób usprawiedliwiania nieobecności narusza zasadę praworządności (art. 7 Konstytucji). Zatem wnioskodawca wnosi o uznanie niezgodności art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z przepisami art. 7 oraz art. 2 w związku z art. 24, art. 60 i art. 65 ust. 1 Konstytucji RP, gdyż istnienie wspomnianego przepisu stanowi obejście przepisów gwarantujących wzmożoną trwałość zatrudnienia funkcjonariuszy ABW.

Reasumując należy podnieść, że zakwestionowany przepis ustawy o ABW nie określa procedury usprawiedliwiania niestawiennictwa a w konsekwencji kryteriów zwalniania ze służby. Dopuszcza więc do wystąpienia dowolności działania władz publicznych. Zgodnie z wyrażonym poglądem Trybunału Konstytucyjnego w przypadkach przyjęcia i zwolnienia ze służby konieczne jest stworzenie odpowiednich gwarancji praworządności decyzji o zwolnieniu ze służby (wyrok TK K 28/97). Jednocześnie kryteria zwalniania z określonej służby publicznej oraz procedura podejmowania odpowiednich decyzji w tym zakresie muszą być szczegółowo i precyzyjnie uregulowane ustawą, celem wyeliminowania jakiegokolwiek dowolności (por. wyrok TK sygn. SK 14/98; OTK ZU nr 4/1998, poz. 50, s.302). Pogląd doktryny zaaprobowany przez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wyraża następujące zapatrywania: *„dyskryminacją jest nieznajdujące podstawy w obowiązujących normach prawnych i upośledzające dana osobę traktowanie jej przez inne podmioty: odbieranie lub ograniczanie 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). Tym samym przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW jest również niezgodny z art. 24 w związku z art. 65 ust. 1 Konstytucji RP.

V. Przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 128 ustawy o ABW w zakresie, w jakim wprowadza możliwość zwolnienia ze służby przy równoczesnym pominięciu praw do odprawy emerytalnej oraz innych świadczeń pieniężnych, w tym ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany urlop wypoczynkowy w przypadku, gdy funkcjonariusz ze względu na chorobę nie mógł wykorzystać urlopu wypoczynkowego, jest niezgodny z art. 2, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 i 2, art. 64 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 9 Konstytucji w związku z art. 7 ust. 2 dyrektywy nr 88/2003/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji czasu pracy (Dz. Urz. UE nr L 299, z 18.11.2003 r., s.9);

Artykuł 32 Konstytucji RP wyraża zasadę równości i wynikający z niej zakaz dyskryminacji. *Konstytucyjna zasada równości wobec prawa (...) polega na tym, że wszystkie podmioty prawa, charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących* (orzeczenie TK z 9 marca 1988 r., sygn. U 7/87). W ujęciu normatywnym klauzula ta sprowadza się do nakazu traktowania podmiotów podobnych w podobny sposób i zakaz traktowania podobnie podmiotów, które się od siebie różnią. Cechą istotną przesądzającą o podobieństwie, czy też identyczności podmiotów do prawa związanego z odprawą emerytalną oraz prawa do innych świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby w sferze mundurowej jest fakt pełnienia przez te osoby służby mundurowej (wojskowej, policyjnej itd.). Jeśli więc mamy do czynienia z kategorią podmiotów podobnych pod względem jakiejś cechy, to nie można ich różnicować w zakresie związanym z tą cechą, dlatego art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW obydwie reguły narusza.

Należy wskazać, że ustawa o ABW nie uregulowała kwestii prawa do odprawy oraz innych świadczeń pieniężnych w związku ze zwolnieniem ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7, dlatego w zakresie dopuszczenia możliwości zwolnienia z jednoczesnym nieuregulowaniem prawa do odprawy przepis ten jest niezgodny z postanowieniami art. 2, art. 7 w związku z art. 60 Konstytucji RP.

Prawo do odprawy oraz innych świadczeń pieniężnych w związku ze zwolnieniem ze służby zostało unormowane w następujący sposób:

1. Art. 128 ust. 1 ustawy o ABW enumeratywnie wymienia przypadki przyznania prawa do odprawy wraz z prawem do pozostałych świadczeń pieniężnych;
2. Art. 128 ust. 2 wymienia przypadek, gdy funkcjonariuszowi przysługuje odprawa, jednakże w wysokości 50% oraz ekwiwalent pieniężny za urlopy wypoczynkowe niewykorzystane w latach poprzedzających rok zwolnienia ze służby -tj. zwolnienia ze względu na wymierzenie kary dyscyplinarnej wydalenia ze służby;
3. Art. 133 ustawy o ABW określa przypadek, gdy prawo do odprawy nie przysługuje;
4. Art. 129 dopuszcza podjęcie decyzji uznaniowej przez Szefa ABW o przyznaniu odprawy w wysokości nieprzekraczającej 50% w następujących przypadkach: skazania prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego oraz skazania prawomocnym wyrokiem sądu za inne przestępstwo)
5. Art. 130 ust. 1 ustawy o ABW określa wysokość odprawy.

W ocenie skarżącego szczegółowe unormowania prawne pozwalają postawić wniosek, że każdy pracownik, w tym wszyscy funkcjonariusze i żołnierze zawodowi posiadający wysługę emerytalną pozostają uprawnieni do odprawy emerytalnej za długoletnią i nienaganną służbę w związku z przejściem na zaopatrzenie emerytalne. Odebranie lub redukcja tego prawa

dokonywane jest wyraźnym przepisem ustawowym za naruszenie konkretnej normy prawnej. Nie do pogodzenia z zasadami konstytucyjnymi jest sytuacja, gdy funkcjonariuszowi zwolnionemu ze służby w związku z wymierzeniem najcięższej kary dyscyplinarnej tj. wydalenia ze służby wypłaca się 50% odprawy oraz ekwiwalent pieniężny za urlopy wypoczynkowe niewykorzystane w latach poprzedzających rok zwolnienia ze służby (art. 60 ust. 1 pkt 3 w związku art. 128 ust. 2 ustawy o ABW), natomiast zwolnionemu na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW odmawia się tego prawa, bowiem ustawa o ABW nie uregulowała sprawy związanej z przyznaniem prawa do odprawy emerytalnej. Jednocześnie podnieść należy, iż nie uregulowano w ustawie o ABW całościowo sprawy związanej z odmową przyznania tego prawa. (Np. zapis ten znajduje się w art. 94 ust. 6 ustawy o służbie wojskowej z 2003 r. „*Odprawa nie przysługuje żołnierzowi zwolnionemu z zawodowej służby wojskowej na podstawie art. 111 pkt 11-14*” tj. utraty stopnia wojskowego albo degradacji; prawomocnego orzeczenia o wymierzeniu kary dyscyplinarnej usunięcia z zawodowej służby wojskowej; prawomocnego orzeczenia środków karnych pozbawienia praw publicznych, wydalenia z zawodowej służby wojskowej lub zakazu wykonywania zawodu żołnierza zawodowego; skazania prawomocnym wyrokiem sądu na karę pozbawienia wolności (aresztu wojskowego) bez warunkowego zawieszenia jej wykonania). Dlatego też wszelkie zróżnicowanie w tym zakresie, jeśli jest wprowadzane przez ustawodawcę, nie może przybierać cech dyskryminacji. W szczególności zakaz dyskryminacji dotyczy odprawy w związku ze zwolnieniem ze służby i przejściem na emeryturę. W świetle konstytucyjnej zasady równości nie wolno tworzyć prawa różnicującego sytuację prawną podmiotów, których sytuacja faktyczna jest taka sama. Natomiast ustawa o żołnierzach zawodowych z 2003 r. oraz ustawa o Straży Granicznej przewidują możliwość wypłaty tego świadczenia w przypadku analogicznym do wnioskodawcy. Sprawiedliwość wymaga, aby zróżnicowanie prawne podmiotów (ich kategorii) pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w ich sytuacji faktycznej jako adresatów danych norm prawnych (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2006 r. sygn. P 8/2005; OTK ZU 2006/3A poz. 28). Przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW nie regulując, tym samym faktycznie odmawiając prawa do odprawy w stosunku do funkcjonariuszy, którzy zostali zwolnieni dyscyplinarnie ze służby – w sposób nieuzasadniony różnicuje ochronę stosunku służbowego funkcjonariuszy. Jest on przez to niezgodny z ogólną zasadą równości i prowadzi do dyskryminacji (art. 32 Konstytucji), a także jest niezgodny z gwarancjami prawa równego dostępu obywateli do służby publicznej, zawartymi w art. 60 Konstytucji i art. 25 lit. c Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977r. Nr 38, poz. 167).. Tym samym brak jest kryterium, które uzasadniałoby pozbawienie tego prawa do odprawy w stosunku do funkcjonariuszy którym wypowiedziano stosunek służbowy na podstawie art. 60 ust. 1 pkt 3 ustawy o ABW.

W związku ze zwolnieniem ze służby w ABW oraz nabyciem praw emerytalnych ( lat służby), wnioskodawca przeszedł na wcześniejszą emeryturę, jednocześnie nie uzyskał odprawy emerytalnej oraz innych świadczeń pieniężnych z tym związanych, ponieważ zaskarżony przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW tej sprawy nie uregulował. Dlatego zdaniem wnioskodawcy sytuacja taka narusza postanowienia Konstytucji RP – m. in. art. 32 wyrażający zasadę równości i niedyskryminacji, bowiem art. 111 pkt 4 w związku z art. 94 ust. 1, art. 95 i 97 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych z 2003 r., art. 118 ust. 3 ustawy o Straży Granicznej oraz art. 92<sup>1</sup>. § 1 Kodeksu pracy przewidują możliwość wypłaty odprawy i innych świadczeń pieniężnych w sytuacji analogicznej do wnioskodawcy. Zgodnie z Kodeksem pracy odprawa emerytalna przysługuje pracownikowi także w razie przejścia na wcześniejszą emeryturę (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2001 r., I PKN 187/00, OSNP 2002, nr 18, poz. 429). Dlatego zauważyć należy, iż wnioskodawca potraktowany został na równi z funkcjonariuszami zwalnianymi ze służby ze względu na popełnienie czynu karalnego ściganego z oskarżenia publicznego, tym samym naruszona została zasada niedyskryminacji. Wnioskodawca podnosi, że wprowadzone przez ustawodawcę zróżnicowanie może być zaaprobowane wówczas, gdy jest to uzasadnione.

Musi zatem być występować doniosła cecha uzasadniająca zróżnicowanie, a więc musi ono pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści. Pozbawienie prawa do odprawy emerytalnej przez ustawodawcę, funkcjonariuszy ABW znajdujących się w analogicznej sytuacji prawnej i faktycznej jak wnioskodawca ma charakter dyskryminacyjny. 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. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Natomiast ustanawiając możliwość zwolnienia ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW ustawodawca nie uregulował sprawy ograniczenia w zakresie wypłaty odprawy emerytalnej oraz innych świadczeń pieniężnych z tym związanych, tym samym przekroczył stopień uciążliwości a zwłaszcza proporcję pomiędzy stopniem ograniczenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego. Ochrona prawa majątkowego w postaci odprawy pieniężnej jest wartością konstytucyjnie chronioną, a każda ingerencja ustawodawcy w te prawa podlega ocenie z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz innych norm i wartości konstytucyjnych. Ponadto ustawodawca dodając art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, jednocześnie nie regulując prawa do odprawy, nie wykazał, by zmiany te miały na celu ochronę interesu publicznego czy interesu służby, która uzasadniałaby brak regulacji w tym zakresie, przez co, zdaniem wnioskodawcy, naruszył zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Stąd też można stwierdzić, że funkcjonariusze zwolnieni na podstawie w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW podlegają konstytucyjnej ochronie praw słusznie nabytych i ochronie wynikającej z zasady zaufania do państwa i prawa. Nie ulega wątpliwości fakt, iż prawo do odprawy w związku ze zwolnieniem ze służby i przejściem na emeryturę jest konstytucyjnym, wynikającym z prawa do zabezpieczenia społecznego i prawa pracy zdefiniowanym na poziomie ustaw, prawem podmiotowym jednostki, do którego ma zastosowanie zasada ochrony praw nabytych.

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. Nieuregulowanie tego zagadnienia w ustawie o ABW narusza artykuł 9 Konstytucji w związku z art. 7 ust. 2 dyrektywy 88/2003/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji czasu pracy który stanowi, że *okres corocznego płatnego urlopu nie może być zastąpiony wypłatą ekwiwalentu pieniężnego, z wyjątkiem gdy stosunek pracy ulega rozwiązaniu*. W wyroku ETS z dnia 29 stycznia 2009 r. w sprawie C- 520/06 Trybunał (wielka izba) potwierdził, że pracownikom zwalnianym z pracy, przebywającym w tym czasie na prawidłowo udzielonym zwolnieniu chorobowym, przysługuje prawo do corocznego płatnego urlopu przyznane przepisami dyrektywy 2003/88.

Skarżący również zarzuca naruszenie art. 64 ust. 2 Konstytucji oraz art. 1 Protokołu Nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. 1995 r. Nr 36 poz. 175). Przepis ten stanowi, iż każda osoba ma prawo do poszanowania swojej własności, a jej pozbawienie nastąpić może jedynie w interesie publicznym i na warunkach przewidzianych przez ustawę, oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego. Powyższa zasada doznawać może wyjątków jedynie na rzecz interesu powszechnego, lub interesu państwa dotyczącego zabezpieczenia uiszczania podatków bądź innych należności lub kar pieniężnych.

Pojęcie własności użyte w ust. 2 art. 64 interpretowane jest, tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie, w sposób rozszerzający, przez co mieszczą się w nim, oprócz własności także inne prawa majątkowe. Jeżeli więc przyjąć tę powszechnie uznawaną wykładnię, to istnienie możliwości zwolnienia ze służby z jednoczesnym nie uregulowaniem kwestii odprawy emerytalnej i innych świadczeń pieniężnych tym samym pozbawiającego skarżącego tego prawa majątkowego, z powodów innych niż wskazane w art. 1 Protokołu Nr 1, stanowi naruszenie tej normy oraz postanowień art. 64 Konstytucji RP. Przyjęte w Konstytucji RP zasady dotyczące ochrony własności są zbieżne z zasadami Protokołu Nr 1. Ochrona prawna własności i innych praw majątkowych, w tym też odprawy emerytalnej podlega ochronie Konstytucji. Oznacza to, że prawa nabyte przez funkcjonariusza służb mundurowych w ramach stosunku służbowego w tym prawo do odprawy emerytalnej - jest elementem koniecznym prawidłowego wykonania przez Państwo (Skarb Państwa) tego obowiązku (zobowiązania). Właśnie dlatego, na podstawie art. 64 ust. 2 Konstytucji RP, z chwilą wymagalności należnej funkcjonariuszowi służby mundurowej odprawy oraz innych świadczeń pieniężnych podlegają równej dla wszystkich praw majątkowych ochronie prawnej, o ile ochrona w konkretnym wypadku nie została uchylona lub ograniczona na podstawie przepisu ustawowego i to w sposób zgodny z wymaganiami określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

**VI.** Art. 44 pkt 5 ustawy o ABW oraz § 17 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie warunków bezpieczeństwa i higieny służby oraz zakresu stosowania przepisów działu dziesiątego Kodeksu pracy w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz. U. Nr 160, poz. 1560) rozumiane w ten sposób, iż ustanawiają obowiązek stawiennictwa funkcjonariusza ABW przed komisją lekarską ABW naruszenie, którego powoduje możliwość zwolnienia funkcjonariusza ze służby są niezgodne z art. 2, art. 7 w związku z art. 60 Konstytucji RP.

Zgodnie z art. 44 pkt 5 ustawy o ABW służbę w ABW może pełnić osoba posiadająca co najmniej średnie wykształcenie i określone kwalifikacje zawodowe oraz zdolność fizyczną i psychiczną do służby w formacjach uzbrojonych, wymagających szczególnej dyscypliny służbowej, której gotowa jest się podporządkować. Art. 44 określa wyłącznie kryteria, jakie musi spełniać osoba pełniąca służbę w ABW, w tym powołany przepis wyznacza cenzus: wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, zdrowotny oraz gotowości podania się dyscyplinie służbowej, Pragmatyka służbowa, a więc także służby funkcjonariuszy ABW, wymaga odpowiednich predyspozycji oraz wysokich kwalifikacji od kandydatów a następnie funkcjonariuszy ABW. Wprawdzie każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, ale wyjątki od tego określa ustawa (art. 65 ust. 1 Konstytucji RP). Te wyjątki w odniesieniu do służby funkcjonariuszy ABW wynikają chociażby z przepisów art. 44 ustawy o ABW. Dlatego zdaniem skarżącego nieuprawnione jest wywodzenie z konstytucyjnego ograniczenia wykonywania zawodu unormowanego art. 44 ustawy o ABW, skonkretyzowanej normy prawnej zawierającej obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską. Tym samym art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW nie daje możliwości zwolnienia ze służby na podstawie przypuszczenia naruszenia ustawowego „cenzusu zdrowotnego przydatności do służby” przez funkcjonariusza, jako jednoznacznego naruszenia ustawowego obowiązku stawiennictwa przed komisją. Konstytucyjne ograniczenie wykonywania zawodu znajduje swoje uzewnętrznienie w art. 44 pkt 5 ustawy o ABW regulującym warunki dopuszczenia do pełnienia służby w ABW. Oczywiście jest, że z konstytucyjnego ograniczenia wykonywania zawodu zawartego w art. 44 ustawy o ABW nie można wywodzić obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską. Funkcjonariusze niespełniający kryteriów, o których mowa w art. 44 ustawy o ABW zwalniani są ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 5 ustawy o ABW tj. ze względu na ważny interes służby.

Na wstępie wnioskodawca podnosi, iż inny jest zakres i przedmiot badań lekarskich związanych z bezpieczeństwem i higieną pracy (służby), których źródłem regulacji jest art. 66 ust. 1 Konstytucji RP, natomiast całkowicie inny jest zakres i przedmiot badań lekarskich dla potrzeb komisji lekarskich (zarówno komisji ZUS jak i służb mundurowych) w celu określenia stanu

zdrowia, gdyż reguluje to zagadnienie gałąź prawa związana z prawem zabezpieczeń społecznych. Unormowania te znajdują swoje źródło w art. 67 ust. 1 i 68 ust. 2 Konstytucji. Dlatego skarżący zauważa, iż generalna zasada stosowania prawa, w tym przypadku obowiązku badania lekarskiego przed komisją lekarską nie została w dostatecznym stopniu skonfrontowana z regułami rządzącymi odmiennymi gałęziami prawa. Zdaniem skarżącego nie może się ostać pogląd, iż skarżący nie stawiając się przed komisją lekarską spełnił przesłankę o której mowa w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, gdyż norma prawna zawarta w § 17 pkt 5 cyt. rozporządzenia stanowi wyłącznie o obowiązku poddania się wymaganym badaniom lekarskim nic nie wspominając o obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską ABW. Wprawdzie a contrario można postawić tezę, iż wymagane badanie lekarskie z zakresu przepisów bhp zawiera się w pojęciu stawiennictwa przed komisją w celu określenia stanu zdrowia potrzebnego do określenia przydatności do służby, jednakże jak jasno wynika zawiadomień do stawienia się przed komisją lekarską, przedmiotem tych zawiadomień nie były jakiegokolwiek badania lekarskie. Sąd I instancji za organem wskazał, iż skarżący naruszył przepis § 17 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie warunków bezpieczeństwa i higieny służby oraz zakresu stosowania przepisów działu dziesiątego Kodeksu pracy w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz. U. Nr 160, poz. 1560).

Przepis § 17 pkt 5 cyt. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie warunków bezpieczeństwa i higieny służby w ABW, stanowi, że *funkcjonariusz ma obowiązek przestrzegania zasad i przepisów bezpieczeństwa i higieny służby, obowiązujących na zajmowanym stanowisku służbowym, a w szczególności poddawać się wymaganym badaniom lekarskim oraz innym, zarządzonym przez właściwe organy i stosować się do ich zaleceń.* Natomiast w zakresie nieuregulowanym przepis § 21 pkt 1 cyt. rozporządzenia odsyła do Kodeksu pracy. Art. 221 pkt 5 Kodeksu pracy konkretyzuje, że przestrzeganie przepisów i zasad bezpieczeństwa i higieny pracy jest podstawowym obowiązkiem pracownika, a w szczególności pracownik jest obowiązany: *poddawać się wstępnym, okresowym i kontrolnym oraz innym zaleconym badaniom lekarskim i stosować się do wskazań lekarskich, jednakże unormowanie to nie dotyczy pracownika w trakcie zwolnienia lekarskiego od wykonywania pracy.* Nie można więc na tej podstawie skutecznie twierdzić, że skarżący nie poddał się zaleconym lub „wymaganym badaniom lekarskim”, bowiem zarówno doktryna prawa pracy jak liczne i jednolite orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazują, iż inny jest cel i zakres badań lekarskich na podstawie przepisów o BiHP wynikających w ustawy o medycynie pracy, Kodeksu pracy i dyrektywy Rady Europy nr 89/391/EWG. Natomiast inny jest zakres i podstawy prawne badań lekarskich przed komisjami lekarskimi zarówno ZUS jak i służb mundurowych. Obu tych odmiennych gałęzi prawa nie można traktować zamiennie, pomimo posiadania wspólnego pojęcia - badanie lekarskie - jak to zrobił organ administracyjny. Omawiane unormowania zostały przyjęte zgodnie z art. 1 i 14 ust. 2 dyrektywy Rady Europy nr 89/391/EWG z dnia 12.06.1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy (Dz. Urz. UE z 1989 nr 183).

Jest oczywiste, że skierowania do komisji lekarskich ABW *w celu określenia stanu zdrowia skarżącego,* wydane zostały na podstawie przepisów art. 59 ust. 1 w związku z art. 45 ust. 2 ustawy o ABW, dlatego nie mogą być równocześnie skierowaniami na badania lekarskie związanymi z przepisami bhp na podstawie postanowień art. 52 ustawy o ABW. Art. 59 ust. 1 ustawy o ABW jest przepisem kompetencyjnym a jego adresatem jest Szef ABW lub podległe Szefowi jednostki organizacyjne ABW. Przepis ten kształtuje uprawnienia organów ABW do kierowania do komisji lekarskiej, dlatego w oczywisty sposób nie stanowi o obowiązku stawiennictwa funkcjonariusza przed komisją lekarską, gdyż funkcjonariusz nie jest adresatem normy prawnej do którego zostało skierowane wspomniane uregulowanie.

Wykładnia systemowa zarówno zewnętrzna jak i wewnętrzna cyt. przepisów prowadzi do jednoznacznych odmiennych od wyrażonych w rozkazach o zwolnieniu wniosków. Doktryna

prawa pracy określa, iż przepisami bhp są ponadto przepisy wykonawcze wydane na podstawie ustaw odrębnych<sup>1</sup>. „Do grupy przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy należy zaliczyć regulacje ustaw odrębnych, należących z reguły do gałęzi prawa administracyjnego, które adresowane są do pracodawców, jako podmiotów zobowiązanych do ich przestrzegania”<sup>2</sup>. Natomiast wykładnia dokonana w odniesieniu do innych aktów prawnych normujących obowiązek stawienia się (badania lekarskiego) przed komisją lekarską wszystkich służb mundurowych Polski jak również przed komisjami lekarskimi ZUS należy do gałęzi prawa ubezpieczeń społecznych, prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż powołany przez organ oraz Sąd administracyjny I instancji przepis w przedmiotowej sprawie nie może mieć zastosowania<sup>3</sup>. Z art. 67 w związku z art. 68 ust. 1 Konstytucji RP należy wywieść podmiotowe prawo jednostki do ochrony zdrowia, w tym również zbadania stanu zdrowia przed komisją lekarską, jest obojętne czy przez komisję ZUS czy MSWiA, bowiem w tym zakresie komisje lekarskie należą do systemu ochrony zdrowia i niedopuszczalne jest „podciąganie” w tym zakresie przepisów o zabezpieczeniach społecznych pod przepisy o bezpieczeństwie i ochronie pracy w trakcie wykonywania pracy na stanowisku pracy, chociażby zawarte w jednej ustawie.

Skarżący powołuje się również na rozwiązania prawne przyjęte we wszystkich służbach mundurowych, przykładowo w Policji przyjęto unormowania jednoznacznie określające zakres badań lekarskich objętych medycyną pracy, wynikających z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o służbie medycyny pracy (tekst jednolity z dnia 2004-05-19, Dz. U. 2004 Nr 125, poz. 1317 z późn. zm.), wyraźnie rozgraniczające zakres badań lekarskich przed komisjami lekarskimi MSWiA od zakresu badań lekarskich związanych z BiHP w stosunku do policjantów.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

**RADCA PRAWNY**  
  
**Przemysław Kula**

Skarga konstytucyjna wraz z załącznikami – 5x

Załączniki:

1. Odpis wyroku z uzasadnieniem NSA z .07.2009 r., sygn. akt
2. Rozkaz personalny nr z .10.2007 r.;
3. Rozkaz personalny nr z .03.2008 r.;
4. Pismo Prezesa NSA z dn. .11.2009 r.;
4. pełnomocnictwo do sporządzenia skargi konstytucyjnej wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej. – tylko adresat.

---

1 Prawo pracy – Komentarz, pod redakcją prof. T. Liszczyńskiego s. 415, 2008 r.; Art. 1 i 14 ust. 2 dyrektywy Rady Europy z dnia 12.06.1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy (Dz. Urz. UE z 1989 nr 183) 89/391/EWG.

2 Kodeks pracy – Komentarz, pod redakcją prof. B. Wagnera, s.830, 2008r.

3 Rozdział V – Prawo do zabezpieczenia społecznego w: Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne; SGH 2005 r. s. 235;