

**TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY**

al. Jana Christiana Szucha 12a  
00-918 Warszawa

**Skarżący:**

M            S

**Adres do korespondencji:**

ul.

**reprezentowany przez:**

radcę prawnego Przemysława Kulę

sygn. Ts 292/09

**PISMO PROCESOWE SKARŻĄCEGO**

W nawiązaniu do skargi konstytucyjnej z dnia 4 grudnia 2009 r. strona skarżąca wnosi o włączenie do akt niniejszej sprawy pisma Prokuratury Krajowej z dnia lutego 2010 roku wraz z załączoną do tego pisma kopią stanowiska Prokuratury Krajowej w zakresie konstytucyjności art. 60 ust. 2 pkt. 7 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tj. z 2010 r. Dz. U. Nr 29, poz. 154, dalej: ustawa o ABW).

W piśmie z dnia 27.10.2009r. został przedstawiony kolejny już nurt poglądów określających źródło ustawowe regulujące obowiązek stawiennictwa przed komisją, odrębny od poglądów omówionych w skardze konstytucyjnej (pkt III. A). Jak wynika z pisma Prokuratury Krajowej źródłem obowiązku stawienia się przed Komisją jest art. 59 ust. 1 ustawy o ABW. Zdaniem Prokuratury Krajowej z tego przepisu wynika jednoznaczna regulacja normująca obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską, za naruszenie którego organ może zwolnić ze służby. Przepis ten 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.”*

Skarżący nie podziela poglądu wyrażonego przez Prokuraturę Krajową, gdyż art. 59 ust. 1 oraz zaskarżony przepis ustawy o ABW przyznają kompetencje organowi administracyjnemu wystawienia skierowania do komisji lekarskiej oraz zwolnienia ze służby. Adresatem przepisów jest organ administracyjny tj. Szef Agencji. Dlatego w oczywisty sposób powołane powyżej przepisy nie mogą stanowić o ustawowym obowiązku stawiennictwa funkcjonariusza przed komisją lekarską. W szczególności art. 59 ust. 1 ustawy o ABW dotyczy określenia trybu kierowania funkcjonariusza do komisji – z urzędu lub na własną prośbę. Z analizowanego przepisu nie da się

zasadnie wywodzić obowiązku stawienia przed Komisją, albowiem podstawą skierowania może być również prośba funkcjonariusza. W takiej sytuacji podstawą działania komisji nie jest żaden nakaz moralny lub prawny, a jedynie wola funkcjonariusza. Natomiast w płaszczyźnie systematyki ustawy o ABW trzeba zwrócić uwagę na zamieszczenie przez ustawodawcę wskazanych przepisów w rozdziale poświęconym służbie funkcjonariuszy oraz zakwalifikowanie ich jako kierowanych do Szefów Agencji. Prawa i obowiązki funkcjonariuszy zostały unormowane w rozdziale 7 ustawy.

**I.** Sankcja w postaci zwolnienia ze służby określona w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW musi być powiązana z wyraźnym obowiązkiem ustawowym stawiennictwa przed komisją lekarską. Zastosowane w niniejszej sprawie kryteria zwalniania ze służby związane z obowiązkiem stawiennictwa przed komisją lekarską oraz dotyczące sposobu usprawiedliwiania niestawiennictwa przed komisją lekarską, zdaniem skarżącego nie spełniają normatywnych wymogów jasności i precyzji przepisów potrzebnych dla zagwarantowania odpowiedniej ochrony przed arbitralną ingerencją władz. W szczególności skarżący akcentuje, iż organ administracji publicznej dokonując zwolnienia funkcjonariusza na podstawie przepisu uznaniowego, ograniczył a nawet zniweczył prawa podmiotowe wynikające z innych przepisów, a konkretnie prawo do odprawy oraz ekwiwalentu za urlop.

W tym kontekście skarżący pragnie zwrócić uwagę na rekomendację nr R (91) 1 przyjętą w dniu 13 lutego 1991 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy dotyczącą m.in. sankcji administracyjnych. Należy tu podnieść, że w sprawie sankcji administracyjnych w drugiej rekomendacji wskazano na obowiązek przestrzegania zasady nakładania sankcji za czyn (*act*), który w czasie jego popełnienia stanowił postępowanie sprzeczne z normami obowiązującymi. Wskazana zasada jest przeniesieniem na grunt prawa administracyjnego zasady *nulla poena sine lege*. Wymieniona wyżej rekomendacja nie ma charakteru wiążącego, niemniej określa ona minimalne standardy, które powinny być przestrzegane w każdym demokratycznym państwie prawnym. Stanowią one także ważne wskazówki interpretacyjne, które powinny być brane pod uwagę przy interpretacji prawa polskiego.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie podkreślano, że wszystkie gwarancje ustanowione w rozdziale II Konstytucji znajdują zastosowanie także wówczas, gdy mamy do czynienia z postępowaniem administracyjnym o jednoznacznych cechach postępowania sankcyjnego. Gwarancje te odnoszą się bowiem do wszelkich postępowań represyjnych, tzn. postępowań, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania lub jakiejś sankcji. W wyroku z 8 grudnia 1998 r. (sygn. K. 41/97) Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że nawiązanie szczególnego stosunku pracy właściwego tylko dla niektórych grup zawodowych, ważnych dla państwa z punktu widzenia interesu publicznego i społecznego, powoduje konieczność określenia również szczególnego trybu dyscyplinowania członków korporacji zawodowej za zachowanie uchybiające obowiązkom lub godności wykonywanego zawodu. Dlatego zdaniem skarżącego w świetle postanowień art. 31 ust. 2 Konstytucji ustawowy nakaz dyscyplinowania musi być wyraźnie określony, tak aby wynikający z niego obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską skierowany do jednostki był łatwy do jednoznacznego ustalenia.

W rezultacie zastosowania zaskarżonego przepisu dochodzi do nałożenia na funkcjonariuszy w trakcie zwolnienia lekarskiego od służby obowiązku wynikającego właśnie ze stosunku służbowego tj. obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską pod rygorem zwolnienia ze służby. Dodać należy, że zwolnienie ze służby jako sankcja za nieusprawiedliwione niestawiennictwo funkcjonariusza w trakcie zwolnienia lekarskiego od służby musi być uznane za rażąco naruszające obowiązujące tym zakresie standardy proceduralne. Wprawdzie cele w zakresie przestrzegania warunków dostępu do zawodu oraz dyscyplinowania stawiennictwa przed komisją lekarską są skutecznie osiągnięte w służbach mundurowych innymi metodami prawnymi (np. w Policji, AW po dłuższym zwolnieniu lekarskim istnieje obowiązek badania lekarskiego przed

dopuszczeniem do służby), jednakże skarżący nie podnosi tych ważnych argumentów, bowiem ma na uwadze, iż skarga konstytucyjna nie może zawierać wniosku o kontrolę celowości i trafności rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę w zaskarżonym przepisie.

Skarżący wskazuje również na postanowienia art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (zakaz dyskryminacji) istniejącego równoległe z art. 32 ust. 2 Konstytucji. Sformułowana w art. 14 EKPCz lista powodów, ze względu na które zakazana jest dyskryminacja, ma charakter egzemplifikacyjny i nie jest wyczerpująca. Zgodnie z orzecznictwem ETPC sformułowanie « z jakichkolwiek innych przyczyn » należy rozumieć szeroko, uwzględniając w szczególności dyskryminację w związku z faktyczną utratą (wygaśnięciem) praw do świadczeń pieniężnych, ze względu na zwolnienie ze służby w trakcie choroby. Przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 dopuszcza możliwość, aby faktyczną przyczyną zwolnienia było niewykonanie czynności służbowej w trakcie choroby - związanej z obowiązkiem wykonywania pracy - a polegającej na niestawiennictwie przed komisją lekarską. Zatem najcięższa sankcja określona w ustawie o ABW w postaci zwolnienia ze służby może zostać wyciągnięta na podstawie zaskarżonego przepisu za czyn niezagrożony jakąkolwiek karą.

Mając powyższe na uwadze skarżący wymaga takiego samego poziomu ochrony przed dyskryminacją, jak w przypadku dyskryminacji ze względu na jej indywidualne cechy. Dlatego, zdaniem skarżącego naruszona została koncepcja swobody regulacyjnej, gdyż ustawodawca nie może legitymizować rozwiązań prowadzących do podejmowania na ich podstawie arbitralnych decyzji przez organ administracyjny. Ustawodawca w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW nie odróżnił odmiennego traktowania, które jest uzasadnione celami polityki zatrudnienia od dyskryminacji ze względu na chorobę i tym samym niemożliwość wykonywania pracy, która musi być zakazana. Dodać też należy, że zwolnienie ze służby jako sankcja za nieusprawiedliwione niestawiennictwo funkcjonariusza, w trakcie zwolnienia lekarskiego od pracy, musi być uznane za rażąco naruszające obowiązujące w tym zakresie konstytucyjne standardy proceduralne (art. 31 ust. 2 (zd. 2) i art. 65 ust. 2 Konstytucji), gdyż jest to jawna dyskryminacja poprzez nakazanie wykonywania pracy (czynności służbowych) w trakcie niezdolności do pracy (zwolnienia lekarskiego).

Zdaniem skarżącego art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW narusza zasadę ustanawiania jasnych i precyzyjnych ograniczeń praw, tak aby adresat na podstawie samej tylko ustawy mógł zorientować się, o treści wszystkich istotnych ograniczeń swojego konstytucyjnego prawa lub wolności. Mając powyższe na uwadze skarżący zarzuca, że sformułowanie przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW nie spełnia minimalnych wymogów stawianych regulacjom sankcyjnym i w sposób oczywisty godzi w zasadę zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa wynikającą z art. 2 w związku z art. 31 ust. 2 (zd. 2) Konstytucji ze względu na brak jasno sprecyzowanego obowiązku, za naruszenie którego organ może wyciągnąć sankcję. Dlatego jednym z głównych zarzutów skargi jest naruszenie zasady przyzwoitej legislacji, w tym – naruszenie zasady określoności przepisów, które “muszą być formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny” (L. Garlicki, *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Sejmowy, 1999, nr 6, s. 124). Od razu trzeba podkreślić, że standard ten wymagany jest “zwłaszcza, gdy chodzi o ochronę praw i wolności oraz o sytuacje, gdy istnieje możliwość stosowania sankcji wobec obywatela”(jak wyżej).

W tej sytuacji przyznane organowi uprawnienia do podjęcia rozstrzygnięcia w sprawie nałożenia sankcji w postaci zwolnienia ze służby nie mogą dać jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy określony podmiot naruszył obowiązek prawny zagrożony sankcją administracyjną oraz czy zostały wypełnione przesłanki wymierzenia sankcji, jak również czy został spełniony wymóg adekwatności kary w postaci zwolnienia ze służby i nieprzyznania świadczeń pieniężnych

w stosunku do sposobu i skutków naruszenia prawa. Na marginesie należy zauważyć, że w wyroku z 18 kwietnia 2000 r., sygn. K. 23/99 (OTK ZU nr 3/2000, poz. 89, pkt 4), dotyczącym opłat z tytułu niezawarcia obowiązkowej umowy ubezpieczenia, Trybunał Konstytucyjny uznał, że przepis nakładający na osoby fizyczne lub prawne pewien obowiązek powinien być związany z przepisem określającym konsekwencję niespełnienia tego obowiązku.

Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie wyraził następujący pogląd: „wymaganie umieszczenia bezpośrednio w tekście ustawy wszystkich zasadniczych elementów regulacji prawnej musi być stosowane ze szczególnym rygoryzmem, gdy regulacja ta dotyczy władczych form działania organów administracji publicznej wobec obywateli, praw i obowiązków organu administracji i obywatela w ramach stosunku publicznoprawnego lub korzystania przez obywateli z ich praw i wolności” (wyrok z 25 maja 1998 r., sygn. U. 19/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 47).

Zdaniem skarżącego, kwestionowany przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW narusza konstytucyjne prawo dostępu obywateli polskich do służby publicznej, zawarte w art. 60 Konstytucji oraz konstytucyjną wolność wyboru i wykonywania zawodu, zawartą w art. 65 Konstytucji. Zaskarżona norma prawna jest podstawą uznaniowego zwolnienia funkcjonariusza ze służby, bez szczegółowego określenia obowiązku stawienia przed komisją oraz bez określenia sposobu i trybu usprawiedliwienia nieobecności przed komisją lekarską. Zaskarżony przepis ustawy nie określa obiektywnych kryteriów zwalniania ze służby w taki sposób, aby zapewnić przestrzeganie zasady równości szans wszystkich funkcjonariuszy, bez jakiegokolwiek dyskryminacji i nieuzasadnionych ograniczeń. Konstrukcja ustawowa zaskarżonego przepisu przesądza o tym, że Szef Agencji nieskrępowany merytorycznie postanowieniami ustawy w istocie zastępuje prawodawcę, może wyznaczać rzeczywiste granice prawa dostępu do służby publicznej.

W świetle powyższych argumentów dotyczących sankcyjnych ograniczeń wykonywania zawodu, jakie niesie za sobą przynależność do ABW, należy skonstatować istnienie kolizji kwestionowanego przez skarżącego przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z prawem dostępu do służby publicznej lub wolnością wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy. Kwestionowany przepis ustawy o ABW jest zatem niezgodny z art. 2, art. 24, art. 60 oraz art. 65 ust. 1 Konstytucji.

**II.** Zdaniem skarżącego dodatkowym argumentem przemawiającym za brakiem obowiązku stawienia się funkcjonariusza przed komisją jest okoliczność, iż nie określono normatywnie sposobu usprawiedliwiania nieobecności funkcjonariusza.

Problematyka „funkcjonariusza skierowanego do komisji lekarskiej” w ramach postępowania mającego na celu ustalenie stanu zdrowia funkcjonariusza lub żołnierza zawodowego w służbach mundurowych jest uregulowana na poziomie ustawowym. Do komisji lekarskich służb mundurowych kieruje bezpośredni przełożony tj. dowódca jednostki wojskowej, komendant, kierownik jednostki organizacyjnej. Natomiast identyczna problematyka odnosząca się do ABW oraz AW mieści się w rozporządzeniach (wydanych na tej samej podstawie ustawowej (art. 45 ust. 2 ustawy o ABW), lecz w zakresie funkcjonariuszy tzw. Centrali ABW i całości AW skierowanie do komisji wystawia dyrektor biura kadr jako kierownik komórki kadrowej, – bez ustawowego upoważnienia z naruszeniem zasady hierarchicznego podporządkowania). Zdaniem skarżącego wystawienie przez kierownika komórki kadrowej skierowania do komisji lekarskiej nie może w tym wypadku rodzić skutku w postaci obowiązku stawiennictwa. Okoliczność ta potwierdza brak czytelnej koncepcji legislacyjnej i przypadkowość instytucjonalizacji normatywnej postępowania związanego z trybem i zasadami skierowania do komisji lekarskich w ABW. Na przykładzie sprawy skarżącego wskazać należy, że przepisy rozporządzenia wykonawczego dopuszczają możliwość,

aby pojęciem ustawowym „funkcjonariusza skierowanego do komisji” można było objąć również osobę, która w trybie art. 59 ust. 1 ustawy o ABW wnioskuje o badanie przed komisją i co do której nie wydano karty skierowania do komisji oraz przełożony nie wydał polecenia stawiennictwa przed komisją.

Zdaniem skarżącego brak uregulowania w ustawie o ABW trybu i sposobu usprawiedliwiania niestawiennictwa przed komisjami lekarskimi ABW oraz przyznanie komisjom nieprecyzyjnych zadań w tym zakresie spowodowało, że o ile może to być podstawą praktyk służbowych wewnątrz Agencji, to nie może stanowić konstytucyjnie dopuszczonej praktyki uzasadniającej zwolnienie ze służby. W związku z powyższym, praktyka, czyli stosowanie wadliwego art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW w obliczu braku przepisów określających procedurę usprawiedliwiania nieobecności przed komisją lekarską, zdaniem skarżącego narusza zasadę praworządności (art. 7 Konstytucji).

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 nieznaną podstawy w obowiązujących normach prawnych i upośledzającą daną 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). Skutkiem braku procedury w zakresie usprawiedliwiania nieobecności przed komisją, jest wymaganie realizacji obowiązków w postaci składania – bliżej nieokreślonemu 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 formułowany przez organy stosujące prawo, obowiązek posiadania <<stosownych zaświadczeń>>. Zdaniem skarżącego wywodzony przez Szefa ABW oraz przez orzecznictwo sądów administracyjnych z art. 60 ust. 2 pkt. 7 obowiązek usprawiedliwienia nieobecności drodze składania dodatkowych „stosownych zaświadczeń lekarskich” narusza art. 7 w związku z art. 31 ust. 2 Konstytucji, bowiem jest to „zmuszanie do czynienia tego, czego prawo nie nakazuje”.

Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że Konstytucja wymaga, aby nakaz był wyraźnie określony, tak aby wynikający z niego ustawowy obowiązek składania „stosownych zaświadczeń lekarskich” skierowany do funkcjonariusza był łatwy do jednoznacznego ustalenia. Zatem w ramach wyznaczonego wzorca konstytucyjnego - o którym mowa w art. 31 ust. 3 (zd. 2) Konstytucji, doszło do naruszenia istoty wolności konstytucyjnej, o której mowa w art. 31 ust. 2 (zd. 2) Konstytucji.

Skarżący już tylko na marginesie podnieść pragnie, że zakwestionowany przepis art. 60 ust. 2 pkt. 7 ustawy o ABW należy ocenić krytycznie z punktu widzenia zakazu nadmiernej ingerencji. Choć ochrona zdrowia publicznego jako wartość ogólnospołeczna jest wartością cenniejszą niż indywidualne prawo dostępu do służby publicznej, to jednak zaskarżony przepis w nieprawidłowy sposób wyraża proporcje między ochroną tych wartości. Opiera się on bowiem na dwóch błędnych założeniach: po pierwsze, że można zwolnić ze służby funkcjonariusza, który wystąpił z wnioskiem o skierowanie do komisji lekarskiej w celu stwierdzenia jego stanu zdrowia a następnie z różnych przyczyn zrezygnował z badań przed komisją. Po drugie, iż można zwolnić ze służby za niestawiennictwo przed komisją lekarską tj. za niewykonanie polecenia służbowego stawiennictwa,

w przypadku, gdy w tym czasie funkcjonariusz znajduje się na długotrwałym zwolnieniu lekarskim. Przyjęcie poglądu, iż niewykonanie polecenia służbowego przełożonego w postaci zobowiązania do stawiennictwa w trakcie zwolnienia lekarskiego od zajęć służbowych nie może zostać zaakceptowane z punktu widzenia podstawowych zasad konstytucyjnych, w tym zasady zaufania do państwa i prawa zawartej w art. 2 w związku z art. 31 ust. 2 (zd. 2) Konstytucji.

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 oraz nieprzyznania świadczeń pieniężnych.

**III.** Skarżący wreszcie podnosi, że kwestionowany przepis nie odpowiada również materialnym przesłankom dopuszczalności ograniczenia konstytucyjnego prawa własności.

Nowelizując ustawę o ABW poprzez dodanie zaskarżonego przepisu ustawodawca całkowicie pominął uregulowanie sprawy związanej ze świadczeniami pieniężnymi w związku z zakończeniem służby w trybie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. Dotyczy to w szczególności braku uregulowania w art. 128 ustawy o ABW kwestii wypłaty ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy. Nie istnieje żaden związek pomiędzy wprowadzoną sankcją w postaci zwolnienia ze służby i związaną z nią utratą prawa do odprawy i ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy oraz praw dostępu do służby publicznej i wykonywania zawodu, a koniecznością ochrony takich wartości jak porządek publiczny, ochrona zdrowia i moralności publicznej, a także wolności i praw innych osób. Konieczność ograniczenia konstytucyjnych praw nie zaistniała również z uwagi na potrzebę ochrony bezpieczeństwa państwa. Dlatego zdaniem skarżącego, zaskarżony przepis nie spełnia warunku proporcjonalności ograniczeń praw podmiotowych, ponieważ wprowadza nadmierne restrykcje m.in. poprzez zastosowanie sankcji w postaci zwolnienia ze służby oraz nieprzyznania świadczeń pieniężnych w sposób nieracjonalny oraz nieadekwatny do celu wprowadzenia przepisu.

Konstytucja uznaje ochronę wynagrodzenia za element ochrony wolności wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy. Prawo do wynagrodzenia zostało unormowane na poziomie ustawy o ABW między innymi w art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW, który stanowi, że z tytułu zwolnienia ze służby funkcjonariuszowi przysługują świadczenia pieniężne.

Zwolnienie ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW powoduje, że z datą zwolnienia ze służby wygasło prawo do ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany urlop. Prawo do corocznego urlopu jest prawem konstytucyjnym, gwarantowanym przez art. 66 ust. 2 Konstytucji RP w sposób bezwarunkowy (wyrok TK z 23 lutego 2010 r. sygn. K 1/08). Zatem – zdaniem skarżącego – ustawodawca nie był uprawniony do ograniczenia tego prawa konstytucyjnego w stosunku do funkcjonariuszy ABW i AW poprzez bark uregulowania sprawy związanej wyłącznie z samą konwersją prawa do urlopu w prawo do ekwiwalentu pieniężnego.

Ustawa o ABW wskazuje w art. 95 ust. 1, że funkcjonariuszowi przysługuje prawo do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego w wymiarze 26 dni roboczych. Przepis art. 97 ust. 1 stanowi, że funkcjonariuszowi, który pełni służbę w warunkach szczególnie uciążliwych lub szkodliwych dla zdrowia albo gdy jest to uzasadnione szczególnymi właściwościami służby, może być przyznany płatny urlop dodatkowy w wymiarze do 11 dni roboczych rocznie. Co do zasady więc funkcjonariusz powinien wykorzystać urlop w naturze, zaś jedynie w określonych w ustawie przypadkach należy mu zamiast urlopu ekwiwalent. Z dniem zwolnienia ze służby prawo funkcjonariusza do urlopu w naturze jako prawo niemajątkowe wygasa przekształcając się w prawo majątkowe tj. prawo do ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany urlop.

Nieuregulowanie sprawy ekwiwalentu w ustawie o ABW w przypadku zwolnienia ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 spowodowało utratę praw w postaci ich wygaśnięcia: nie tylko prawa niemajątkowego (do urlopu wypoczynkowego), ale również wygaśnięcia prawa majątkowego tj. prawa do ekwiwalentu. Dlatego zaskarżony przepis ustawy o ABW jest niezgodny z art. 2, art. 37 ust. 1, art. 64 ust. 2 i art. 66 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Bez wątpienia ustawodawca w trakcie uchwalania zmian do ustawy o ABW, w tym zaskarżonego przepisu, nie respektował zakazu ingerencji w prawa konstytucyjne, tym samym doprowadził do naruszenia istoty prawa konstytucyjnie gwarantowanego.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETPC prawo każdego pracownika do corocznego płatnego urlopu musi być uznane w krajach członkowskich za zasadę wspólnotowego prawa socjalnego o szczególnej wadze, od której nie może być odstępstw. Przepis art. 31 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej ( Dz. Urz. UE C Nr 303 z 14.12.2007r., s.1; dalej: Karta) stanowi, że pracownik ma prawo do corocznego płatnego urlopu. Na mocy art. 6 ust. 1 akapit pierwszy Traktatu o Unii Europejskiej, Karta ogłoszona w 2007 r. ma taką samą moc jak Traktaty. Natomiast przepis art. 7 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji pracy (2003/88/WE) (Dz. Urz. UE L Nr 299, s. 9), stanowi, że *okres corocznego płatnego urlopu nie może być zastąpiony wypłatą ekwiwalentu pieniężnego, z wyjątkiem gdy stosunek pracy ulega rozwiązaniu.*

Wobec powyższego, zdaniem skarżącego przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 123 ust. 1 pkt 5 i art. 128 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW jest niezgodny z powołanym powyżej przepisami prawa Unii Europejskiej, tym samym narusza postanowienia Konstytucji zawarte w art. 9, art. 87, art. 90 ust. 1 i art. 91 ust. 3, ponieważ w ustawie o ABW nieuregulowano kwestii dotyczących prawa do ekwiwalentu za niewykorzystany urlop, w sposób prowadzący do wygaśnięcia prawa. W takiej sytuacji funkcjonariusz który przebywał na zwolnieniu lekarskim przez całość okresu rozliczeniowego przed zwolnieniem ze służby, ze względu na chorobę nie mógł skorzystać ze swojego prawa do corocznego płatnego urlopu utracił prawo do ekwiwalentu.

W wyroku z dnia 29 stycznia 2009 r. w sprawie C- 520/06 Trybunał (wielka izba) potwierdził, że pracownikom przebywającym na prawidłowo udzielonym zwolnieniu chorobowym, przysługuje prawo do corocznego płatnego urlopu przyznane przepisami dyrektywy 2003/88 (wyrok w sprawie BECTU, pkt 52-53). Państwa Członkowskie nie mogą jednak poddawać jakimkolwiek warunkom samego istnienia tego prawa bezpośrednio wynikającego z dyrektywy 93/104 (wyrok w sprawie BECTU, pkt 53). Tym samym w opinii Trybunału nie jest dopuszczalne, aby można było uregulować w przepisach krajowych przewidujących wygaśnięcie tego prawa w przypadku, gdy pracownik przebywa na zwolnieniu chorobowym podczas całego okresu rozliczeniowego lub nawet dłużej, niż wynosi okres dozwolonego przeniesienia.

Wobec powyższego przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW wpływa na prawo podmiotowe do ekwiwalentu w sposób niezgodny z art. 2, art. 37 ust. 1, art. 64 ust. 2 i art. 66 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zwolnienie ze służby powoduje automatyczne naliczenie i wypłatę świadczeń pieniężnych należnych na dzień zwolnienia. Prawo do świadczeń związanych ze zwolnieniem ze służby zostaje zrealizowane na podstawie tzw. administracyjnych czynności materialno-technicznych. Ustawodawca w zakresie ustalania prawa do świadczeń pieniężnych jest uprawniony również do zróżnicowania zakresu uprawnień, w tym również może odmówić wypłaty niektórych świadczeń pieniężnych (np. odprawy), poprzez ich nieprzyznanie. Odprawy w służbach mundurowych, przysługują – na warunkach określonych przepisami ustawowymi – za wykonaną uprzednio pracę. Te same reguły uzyskiwania odprawy są wspólne dla wszystkich rodzajów służb mundurowych. Wypłacając odprawę, państwo wypełnia swe zobowiązania wynikające z ustanowionych reguł. Zatem nieprzyznanie odprawy w stosunku do zasad obowiązujących w pozostałych służbach mundurowych, jest represją ekonomiczną wobec funkcjonariuszy.

Różnicując zakres przyznawania konkretnych świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby ustawodawca powinien mieć na względzie postanowienia art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji. W tym kontekście, zarzut sformułowany jako żądanie stwierdzenia niezgodności z postanowieniami Konstytucji RP dodanego w 2006 roku do ustawy o ABW przepisu w zakresie, w jakim nie przyznaje funkcjonariuszowi prawa do odprawy w związku ze zwolnieniem ze służby w ABW należy uznać za uzasadniony. Mimo werbalnego podobieństwa ujęcia zarzutu, w sprawie odprawy i ekwiwalentu jako świadczeń pieniężnych nie chodzi ani o lukę, ani o pominięcie ustawodawcze (dotyczące funkcjonariuszy zwalnianych ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 w związku z art. 128 ustawy o ABW jako kategorii podmiotowej). Pominięcie ustawodawcze dotyczy sytuacji, gdy ustawodawca w wadliwy sposób konstruuje mechanizm prawny związany ze zwolnieniem ze służby, powodując jego dysfunkcjonalność na skutek braku (omieszkania) niezbędnego fragmentu regulacji. Natomiast w niniejszej sprawie kreując pewien zakres podmiotowy, do którego odnosi się reżim prawny, ustawodawca działał w granicach przysługującej mu swobody prowadzenia polityki legislacyjnej. Taka regulacja podlega normalnej kontroli konstytucyjności z punktu widzenia zachowania wymagań art. 32 Konstytucji (gdyż w niniejszej sprawie naruszono zakaz arbitralnego różnicowania w obrębie praw i wolności konstytucyjnie chronionych oraz zakaz dyskryminacji). Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia na tle niniejszej sprawy: chodzi bowiem o konstytucyjnie chronione prawa (prawo do odprawy i prawo do urlopu – art. 66 ust. 2 Konstytucji). Chodzi tu też o konstytucyjną gwarancję własności, która rozciąga się na ochronę praw majątkowych niebędących własnością *sensu stricto*, a których skarżący został pozbawiony – mimo, iż nie naruszył żadnej normy prawnej co powodowałoby ukaranie karą dyscyplinarną lub odpowiedzialnością karną, tym samym dało racjonalny powód do nieprzyznania tych praw.

Ograniczenie powyżej wskazanych praw konstytucyjnych nie jest zgodne z zasadą proporcjonalności, bowiem nie występuje funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wartości wskazanych enumeratywnie w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jak również ustawodawca nie wskazał na konieczność istnienia ograniczeń, gdyż w służbach mundurowych istnieją i są realizowane inne środki prawne skutecznie służące celowi zawartemu w zaskarżonym przepisie. Jednakże najważniejsze naruszenie zasady dopuszczalności ograniczeń sprawdza się do naruszenia zakazu ograniczenia istoty prawa konstytucyjnego (art. 66 ust. 2 Konstytucji). Ograniczenie prawa do odprawy w związku ze zwolnieniem ze służby jest co do zasady dopuszczalne. Zawieszenie tego świadczenia przekroczyło jednak określoną w Konstytucji miarę i narusza zasady proporcjonalności i niearbitralności. Skarżący podkreśla, że ani wykładnia językowa, ani wykładnia systemowa czy też celowościowa nie uzasadniają przyjętego rozwiązania. Wobec powyższego brak jest racjonalnych przyczyn uzasadniających ograniczenie praw konstytucyjnych.

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. Norma szczegółowa Konstytucji wyznacza dopuszczalne przesłanki ingerencji w sferze prawa, tak jak to czyni art. 66 ust. 2 Konstytucji w odniesieniu do prawa do urlopu, jednakże nie może to oznaczać eliminacji pozostałych elementów mechanizmu proporcjonalności, bowiem przepisy te mają w stosunku do siebie charakter komplementarny. Tym samym skarżący nie dąży do rozszerzenia zakresu skargi konstytucyjnej o nowy wzorzec wychodząc poza granice określone w skardze konstytucyjnej, a jedynie dąży do sprecyzowania zarzutów już postawionych i omówionych w uzasadnieniu skargi.

Ochronie konstytucyjnej na podstawie art. 64 ust. 2 Konstytucji RP podlega prawo własności w rozumieniu prawa cywilnego jak i inne prawa majątkowe. Istotą regulacji art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 jest podkreślenie, że ochrona własności i innych praw majątkowych nie może być zróżnicowana z uwagi na charakter podmiotu danego prawa. Podmiot prawa został określony w art. 123 ust. 1 pkt 5 jako funkcjonariusz zwolniony ze służby. Zdaniem skarżącego



art. 31 ust. 3 Konstytucji ma ogólny charakter, przeto zakres zastosowania zasady proporcjonalności ograniczenia prawa własności, wywodzonej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego z art. 31 ust. 3 Konstytucji odnosi się również do prawa do odprawy i prawa do urlopu w zakresie w jakim ochrona tych praw wynika bezpośrednio z art. 64 ust. 2, art. 66 ust. 2 i 65 ust. 1 Konstytucji.

Ustawodawca zezwalając na możliwość zwolnienia ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW doprowadził więc do sytuacji, iż prawo do ekwiwalentu wygasło, bowiem niezastosowano reguł rzetelnej legislacji. W tym aspekcie sytuację prawną skarżącego w najpełniejszy sposób opisać można jako naruszenie art. 9, art. 64 ust. 2 i 66 ust. 2 w związku z art. 2, art. 32 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Skarżący podnosi, iż z punktu widzenia art. 32 Konstytucji zasadniczą kwestią jest ustalenie cechy istotnej oraz zasadność wyboru danego kryterium różnicowania. Podstawowe znaczenie w niniejszej sprawie związanej z kwestią świadczeń pieniężnych ma regulacja zawarta w art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW ustanawiająca jedną kategorię podmiotową tj. funkcjonariusza zwolnionego ze służby. Zdaniem skarżącego dopiero w oparciu o tak zdefiniowaną cechę ustawową można przeanalizować prawidłowość wyboru kryterium różnicowania. Zastosowania zasady równego statusu prawnego funkcjonariuszy obu służb nie wyłącza też zawarte w art. 123 ust. 1 ustawy określenie, iż funkcjonariuszowi „przysługują” a nie “mogą być przyznane” świadczenia związane ze zwolnieniem ze służby. Sformułowanie to, adresowane do organu uprawnionego do przyznawania świadczeń, oznacza również bezwzględny obowiązek przyznania funkcjonariuszowi świadczenia. Jeżeli jednak ustawodawca wskaże przypadki, gdy świadczenia związane ze zwolnieniem ze służby nie przysługują, to na zasadzie *lex specialis* norma ta wyłączy stosowanie prawa do przyznania świadczenia. W opinii skarżącego pozbawienie funkcjonariuszy zwolnionych ze służby na podstawie zaskarżonego przepisu prawa do realizacji przysługującego im uprawnienia jest niezgodne z art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy, zaś przekroczenie przez ustawodawcę kompetencji prawotwórczej określonej w ustawie, poprzez nieuregulowanie sprawy związanej ze świadczeniami, stanowi zawsze naruszenie zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). Podkreślić należy, że unormowania ustawy o ABW – w analogiczny sposób pozostałe służby mundurowe - dopuszczają różnicowanie wysokości świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby. Natomiast dla niniejszej sprawy istotne znaczenie ma kwestia, czy dopuszczone przez ustawodawcę różnicowanie w zakresie świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby na podstawie zaskarżonego przepisu pozostają w racjonalnym związku z celem i treścią wskazanego przepisu. W ocenie skarżącego na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Dopuszczenie różnicowania wysokości świadczeń pieniężnych nie jest niezbędne dla realizacji zadań publicznych powierzonych Szefowi ABW. Również waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie podmiotów podobnych, nie pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku różnego traktowania podmiotów podobnych tj. funkcjonariuszy zwolnionych ze służby.

Wskazany przez skarżącego skutek zakwestionowanej regulacji – nie tylko w postaci zwolnienia ze służby lecz również nieprzyznania świadczeń pieniężnych - jest rezultatem normy prawnej, której podstawą – oprócz zaskarżonego przepisu – są również przepisy innych aktów prawnych, zwłaszcza 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.

W kontekście niniejszej sprawy na uwagę zasługuje również postanowienie z dnia 9 grudnia 2008 r., sygn. P 52/07, w którym Trybunał wyraził następujący pogląd: „Trybunał Konstytucyjny podtrzymuje swoje stanowisko, że swoboda ustawodawcy kształtowania zasad odpowiedzialności za konkretne zachowania naruszające porządek prawny nie jest nieograniczona. Konstytucja wymaga od ustawodawcy zawsze poszanowania podstawowych zasad polskiego systemu konstytucyjnego z zasadą państwa prawnego na czele, oraz praw i wolności jednostki. Ustawodawca, określając sankcję za naruszenie prawa, w szczególności musi respektować zasadę równości, zasadę sprawiedliwości oraz obowiązek zapewnienia ochrony własności (zob. wyrok z 29 czerwca 2004 r., sygn. P 20/02, OTK ZU nr 6/A/2004, poz. 61, pkt 3) i zasadę proporcjonalności własnego wkroczenia. Nie może więc wprowadzać do porządku prawnego sankcji oczywiście nieadekwatnych lub nieracjonalnych albo niewspółmiernie dolegliwych (zob. wyrok z 30 listopada 2004 r., sygn. SK 31/04, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 110, pkt 5 i powołane tam wcześniejsze orzecznictwo).”

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

Z poważaniem:

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

Wykonano w 5 egz.

Załączniki:

1. Pismo Prokuratury Krajowej z dnia .02.2010 r.