

Trybunał Konstytucyjny

al. J. Ch. Szucha 12a
00-918 Warszawa

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCELARIA	
wpl. dnia	07. 03. 2014
.....dz. L. zał.	

Skarżący:

M S

adres w aktach sprawy

sygn. akt SK 48/13

dot. niekonstytucyjności ograniczenia w całości praw do świadczeń pieniężnych, o których mowa w art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW (odprawy i ekwiwalentu za niewykorzystany urlop) z powodu zwolnienia ze służby w trybie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW.

PISMO PROCESOWE SKARŻĄCEGO

W związku z wyznaczeniem terminu rozprawy na dzień 15 kwietnia 2014 roku oraz w związku ze stanowiskiem Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej zawartym w piśmie z dnia 27 lutego 2014 roku oraz stanowiskiem Prokuratora Generalnego zaprezentowanym w piśmie z dnia 24 grudnia 2013 roku, jak również stanowiskami tych organów państwa wyrażonymi w sprawie o sygn. SK 21/12 dotyczącymi wypowiedzi na temat charakteru prawnego czynu, za popełnienie którego ustawodawca ograniczył świadczenia pieniężne związane ze zwolnieniem ze służby w całości, na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 roku o Trybunale Konstytucyjnym, w imieniu własnym oświadczam, że podtrzymuję dotychczasowe zarzuty i wywody zawarte w skardze konstytucyjnej z dnia 4 września 2011 roku, jednocześnie przedstawiam stanowisko skarżącego zawierające ustosunkowanie się do wniosków i argumentacji przedstawionej przez Sejm RP i Prokuratora Generalnego.

I. Na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy o Policji oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1351) dodano do art. 128 ustawy o ABW ust. 3 w brzmieniu: "3. Funkcjonariusz zwolniony na podstawie art. 60 ust. 1 pkt 4 i 5 oraz ust. 2 pkt 2 i 7 otrzymuje ekwiwalent pieniężny, o którym mowa w ust. 1 pkt 2". Z zacytowanego fragmentu wynika jednoznacznie, że pomimo nowelizacji przepisu art. 128 ustawy o ABW zakwestionowana regulacja nadal w rażący sposób jest niezgodna z art. 66 ust. 2 Konstytucji oraz z prawem unijnym w zakresie ograniczenia w całości prawa do ekwiwalentu za urlop dodatkowy. Należy w tym miejscu podnieść, że na ten problem zwracał uwagę Szef Agencji Wywiadu podczas prac legislacyjnych przed Senatem RP. Podkreślana przez projektodawców potrzeba dostosowania prawa i ujednoczenia systemu z uwagi na wyrok Trybunału Konstytucyjnego (sygn. akt K 1/08) nie została dokonana w sposób konsekwentny. Nadal obowiązują przepisy różnicujące funkcjonariuszy służb mundurowych w zakresie prawa do ekwiwalentu za niewykorzystane

urlopy dodatkowe oraz dni wolne za służbę w czasie wolnym od służby. Zdjęcie z obiegu prawnego zaskarżonych przepisów wydaje się również konieczne ze względu na potrzebę podjęcia prac nad ustawowym określeniem norm czasu służby funkcjonariuszy ABW i AW, CBA oraz SKW i SWW. Pomimo nowelizacji przepisu art. 128 ustawy o ABW ustawodawca w dalszym ciągu utrzymuje zakazaną traktatowo dyskryminację w zakresie prawa do odprawy w stosunku do funkcjonariuszy zwalnianych ze służby z powodu nabycia obywatelstwa państwa członkowskiego Unii Europejskiej innego niż obywatelstwo polskie (traktatowy zakaz dyskryminacji ze względu na posiadane obywatelstwo państwa członka Unii Europejskiej). Tym bardziej, że art. 256 § 1 kodeksu karnego kryminalizuje dokonywanie różnic na tle narodowościowym. Reasumując, analiza ustawy o ABW na tle orzeczeń trybunałów wskazuje, iż w zakwestionowanych przepisach zmieniono zakres praw konstytucyjnych oraz zmieniono zakres praw podstawowych i traktatowych UE.

Stan faktyczny niniejszej sprawy zakreślony wyrokami sądów administracyjnych w zakresie ekwiwalentu za urlop przedstawia się następująco: Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) w wyroku z dnia kwietnia 2011 r. (sygn.) orzekł w sprawie odmowy skarżącemu wypłaty ekwiwalentu za niewykorzystany urlop wypoczynkowy, o którym mowa w art. 95 ustawy o ABW. NSA wyrokiem z dnia stycznia 2014 r. - sygn. akt , pub. strona internetowa NSA - w sprawie odmowy skarżącemu wypłaty ekwiwalentu za niewykorzystany urlop dodatkowy , o którym mowa w art. 97 ustawy o ABW orzekł, że przedmiotem sprawy NSA o sygn.

był oprócz ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy również ekwiwalent za urlop dodatkowy, gdyż „Urlop dodatkowy jest bowiem również urlopem wypoczynkowym, a jedynie jego długość uzależniona jest od stażu służby.” Zgodnie z art. 170 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.) orzeczenie prawomocne sądu administracyjnego wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy i inne organy państwowe. Sejm RP w piśmie z dnia 27 lutego 2014 r. zakwestionował moc wiążącą prawomocnego wyroku NSA z .01.2014 r. ustanowioną w art. 170 p.p.s.a., bowiem oznacza ona, że Sejm musi przyjmować, iż dana kwestia prawna kształtuje się tak, jak stwierdzono w prawomocnym orzeczeniu. W tym stanie prawnym i faktycznym zarzuty podniesione w skardze konstytucyjnej odnośnie niekonstytucyjności ograniczenia w całości ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy - należy przyjąć - że dotyczą także ekwiwalentu za urlop dodatkowy. Norma prawna bezpośrednio określająca sytuację prawną skarżącego została ustalona w powołanych w sprawie wyrokach sądów administracyjnych, zatem niekonstytucyjność tej normy wynika z całości stanu faktycznego niniejszej sprawy i obejmuje oprócz ograniczenia w całości ekwiwalentu(rekompensaty) za niewykorzystany urlop wypoczynkowy także ograniczenie w całości ekwiwalentu(rekompensaty) za niewykorzystany urlop dodatkowy.

II. W związku ze stanowiskiem Prokuratora Generalnego przypomnieć na wstępie należy, że w wyniku przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania w art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW zostały naruszone prawa podmiotowe skarżącego o charakterze konstytucyjnym. W skardze konstytucyjnej skarżący jasno określił wzorce kontroli, bowiem: *„Zdaniem skarżącego w związku ze zwolnieniem ze służby i dokonaniem przez organ końcowych rozliczeń finansowych w zakresie praw do świadczeń pieniężnych, po wykorzystaniu całej drogi sądowoadministracyjnej, naruszone zostały konstytucyjne prawa o charakterze podmiotowym (art. 64 ust. 2, art. 66 ust. 2 i ~~art. 65 ust. 1~~ Konstytucji RP), gdyż ustawodawca uregulował ograniczenie konstytucyjnych praw z naruszeniem podstawowych zasad procesowych – przepisów*

związkowych - określonych w Konstytucji RP. (art. 2, art. 31 ust. 3 (zd. 1 i 2) i art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP)." Z uwagi na brzmienie art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW w związku ze zwolnieniem ze służby w trybie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW skarżący nie otrzymał świadczeń pieniężnych w postaci odprawy i ekwiwalentu za urlop, o których mowa w art. 128 ustawy o ABW. Norma prawna bezpośrednio określająca sytuację prawną skarżącego została ustalona w powołanych w sprawie wyrokach sądów administracyjnych, zatem niekonstytucyjność tej normy wynika z całości stanu faktycznego niniejszej sprawy i obejmuje oprócz ograniczenia w całości ekwiwalentu (rekompensaty) za niewykorzystany urlop wypoczynkowy także ekwiwalent (rekompensatę) za niewykorzystany urlop dodatkowy.

Zakwestionowane przepisy mają następujące brzmienie: „Funkcjonariusz zwolniony ze służby na podstawie art. 54 ust. 3, art. 57 ust. 4 i art. 60 ust. 1 pkt 1 i 2, ust. 2 pkt 1 i 3-6 oraz ust. 3 otrzymuje: 1) odprawę, 2) ekwiwalent pieniężny za urlop wypoczynkowy niewykorzystany w roku zwolnienia ze służby oraz za urlopy zaległe,”. Powołany przez skarżącego jako związkowy art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW przewiduje możliwość zwolnienia funkcjonariusza ze służby za „dwukrotnego niestawienia się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia”. Należy podnieść, że odnośnie brzmienia art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 15 stycznia 2013 r. – sygn. akt SK 21/12, gdyż „(...) kwestionowany przez niego przepis jest bowiem sformułowany jednoznacznie, precyzyjnie i w sposób nie budzący wątpliwości, choć – jak już wskazano – przyznaje organowi swobodę podjęcia decyzji co do zastosowania sankcji w postaci zwolnienia ze służby.”

Skarżący nie powołał przepisów prawnych współkształtujących zaskarżoną normę, bowiem: po pierwsze, w ustawie o ABW ustawodawca odstąpił od uregulowania obowiązku stawiennictwa przed komisją bez względu na cel tego stawiennictwa w konsekwencji odstąpił od uregulowania zasad i organu władnego do usprawiedliwiania nieobecności oraz po drugie, dla niniejszej sprawy jest istotne, że przepis art. 45 ust. 1 i 2 ustawy o ABW ustanowił materialne ramy działania komisji lekarskich właściwych Agencji, wyłącznie do ustalenia zdolności do służby. Zgodnie bowiem z przepisem art. 45 ust. 1 ustawy o ABW zdolność fizyczną i psychiczną do służby ustalają komisje lekarskie ABW lub AW. Natomiast ust. 2 art. 45 ustawy o ABW stanowi, że „Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzeń, odrębnie dla każdej Agencji, zasady oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby w Agencji, a także tryb orzekania o tej zdolności oraz właściwość i tryb postępowania komisji lekarskich w tych sprawach.” Zacytowane trzy przepisy ustawy o ABW sformułowane są jednoznacznie i precyzyjnie, za jeden czyn: nieusprawiedliwionego niestawiennictwa na badania przed komisją **w celu określenia jego stanu zdrowia**, ustawodawca przewidział dwie sankcje: zwolnienia ze służby oraz ograniczenia w całości praw do odprawy i ekwiwalentu za urlop. Z powołanych przepisów wynika jasno, że brak upoważnienia ustawowego skutkujący brakiem przepisów wykonawczych w zakresie orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza powoduje, iż jakkolwiek komisja lekarska nie jest władna rozpocząć procedurę i wydać orzeczenie o stanie zdrowia, tym bardziej, że resortowe komisje lekarskie nie zajmują się badaniami *określającymi jego stan zdrowia*. Zgodnie z zacytowanym poglądem Trybunału Konstytucyjnego, przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy

o ABW jednoznacznie i w sposób nie budzący wątpliwości przesądza o definicji gramatycznej kręgu osób w stosunku do których ustawodawca zastosował sankcję, gdyż idzie o funkcjonariuszy skierowanych na komisje w celu *określenia jego stanu zdrowia*, podejmując decyzję prawotwórczą ustawodawca jednocześnie uznał, iż sankcji nie należy stosować do funkcjonariuszy skierowanych w celu ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby.

Błędnie wywodzi Prokurator Generalny, iż skarżącemu idzie o gwarancję określonej treści praw majątkowych, bowiem skarga konstytucyjna dotyczy niekonstytucyjności ograniczenia w całości przewidzianych w ustawie o ABW praw majątkowych (odprawa i ekwiwalent) i równego traktowania uprawnionych. Natomiast rozwiązanie przedstawione przez Marszałka Sejmu sprowadza się do twierdzenia, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z regulacją częściową o niepełnym charakterze. Jednakże uszło uwadze, iż wprawdzie ustawodawca dysponuje swobodą w określaniu podmiotów uprawnionych, jednakże w niniejszej sprawie wprowadzona w 2006 roku regulacja nie została dokonana z poszanowaniem wymagań konstytucyjnych, gdyż ustanowiono arbitralne i przypadkowe rozwiązanie. Uwzględniając i rozwijając przedstawione stanowisko Sejmu, należałoby przyjąć, że za popełnienie tego samego czynu, przy tym samym *ratio legis* zakwestionowanych przepisów, ustawodawca „przyznaje” prawo do ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy, jednocześnie z tych samych powodów stosuje sankcję w postaci ograniczenia w całości prawa do ekwiwalentu za urlop dodatkowy oraz ogranicza w całości prawo do odprawy z jednoczesną sankcją w postaci wydalenia ze służby. Stanowisko Sejmu oparte jest także na błędnej tezie, że zgodne z postanowieniami Konstytucji możliwe jest zastosowanie kilku sankcji za popełnienie jednego czynu (art. 2 Konstytucji). Wbrew opinii Sejmu, przepis art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW nie tworzy prawa do odprawy, bowiem sama konstrukcja – sformułowanie przepisu („otrzymuje”, „otrzymuje wyłącznie 50%” – ust. 2 art. 128) wskazuje na to, że odnosi się do praw, które powstały niezależnie od tej regulacji. Art. 128 ustawy o ABW tylko wymienia jakie z nich otrzymuje funkcjonariusz w pewnych okolicznościach. Jak z tego wynika – wtórnie ogranicza w całości otrzymanie takiego pierwotnego prawa w danej sytuacji. Natomiast według skarżącego brak jest podstaw w przepisach Konstytucji do ustawowego różnicowania „przysługiwania” świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby w stosunku do jednego czynu. Odprawa i ekwiwalent jako stanowiące odrębne instytucje prawne zostały błędnie zastosowane przez ustawodawcę łącznie w jednym przepisie prawa (art. 128 ust. 1) i w odniesieniu do skonkretyzowanego stanu faktycznego nie znajdującego odzwierciedlenia w przepisach prawa materialnego. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zdaniem skarżącego przepis art. 128 ustawy o ABW jest sformułowany niezgodnie z postanowieniami Konstytucji (art. 2 i art. 31 ust. 3 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji – dot. błędów aksjologicznych, braków legislacyjnych i konstrukcyjnych przepisu art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW), gdyż prawo do odprawy przysługuje i przysługiwało każdemu funkcjonariuszowi z włączeniem enumeratywnie wymienionych, bowiem wbrew sugestiom Sejmu nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie z rozdawnictwem środków budżetowych (por. art. 163 ust. 1 ustawy o Służbie Celnej - *Funkcjonariuszowi zwolnionemu ze służby w związku z przejściem na emeryturę lub rentę z tytułu niezdolności do pracy przysługuje jednorazowa odprawa lub w wojsku - art. 94 ust. 1*

Żołnierzowi zwolnionemu z zawodowej służby wojskowej przysługuje, z zastrzeżeniem ust. 4 i 5, odprawa w wysokości:).

W skardze konstytucyjnej skarżący wskazał podmioty, które znajdują się w relewantnej sytuacji. W pierwszej kolejności należy podnieść, że przy braku możliwości ustalenia przyczyny dla której ustawodawca zróżnicował prawa do świadczeń, oczywiste jest, że doszło do nieusprawiedliwionego w świetle zasady równości (art. 32 Konstytucji) uprzywilejowania, bowiem ustawodawca w 2006 roku ograniczył odprawę i ekwiwalent wyłącznie w stosunku do grupy funkcjonariuszy niestawiających się przed komisją w celu *określenia ich stanu zdrowia*, podczas gdy interesem nadrzędnym jest dyscyplinowanie funkcjonariuszy do *ustalenia zdolności do służby*, przy czym w 2006 roku nie pojawiła i aktualnie nie pojawia się żadna pilna potrzeba społeczna ingerowania w te prawa w związku z badaniem swojego stanu zdrowia, zróżnicowanie to nie pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią regulacji przewidzianej w badanym przepisie. Nie można wskazać żadnych przesłanek dla których ustawodawca uznał, iż świadczenia pieniężne otrzymują funkcjonariusze zwolnieni ze służby za niestawiennictwo przed komisją w celu *ustalenia zdolności do służby*, pomimo, że stanowi to interes nadrzędny każdej służby mundurowej. Reasumując, na tle art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW doszło do zróżnicowania sytuacji funkcjonariuszy zwalnianych (fakultatywnie) za niestawiennictwo przed komisją w celu *określenia stanu zdrowia* w stosunku do funkcjonariuszy zwalnianych za niestawiennictwo przed komisją w celu *ustalenia zdolności do służby* (fakultatywna możliwość zwolnienia – *dla dobra służby*), gdyż ta ostatnia grupa otrzyma odprawę i ekwiwalent w przypadku zwolnienia, narusza to konstytucyjny wymóg równej ochrony prawnej, o którym mowa w art. 64 ust. 2 Konstytucji.

Po drugie, w przepisie art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW ustawodawca przyznaje wszystkim funkcjonariuszom zwalnianym ze służby świadczenia pieniężne na równych prawach – równych to nie znaczy jednakowych. Na tle powołanego przepisu ustawy o ABW w niniejszej sprawie takim kryterium jest przysługujące prawo do świadczeń pieniężnych, w tym prawo do odprawy. Cechę relewantną posiadają te podmioty tj. funkcjonariusze zwolnieni ze służby, którym na podstawie powołanego przepisu „przysługują” prawa do świadczeń pieniężnych. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że przepis art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW różnicuje sytuację podmiotów – funkcjonariuszy zwolnionych ze służby za niestawiennictwo przed komisją lekarską w stosunku do funkcjonariuszy zwolnionych ze służby ze względu na wymierzenie kary dyscyplinarnej wydalenia ze służby. Zgodnie z art. 60 ust. 1 pkt 3 ustawy o ABW najcięższą karą za naruszenie obowiązków pracowniczych jest wydalenie ze służby z otrzymaniem 50% odprawy. Funkcjonariusze zwolnieni ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW powinni jednak otrzymać 50% odprawy, gdyż w ocenie Sejmu czyn, o którym mowa w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW stanowi ciężkie naruszenie obowiązków pracowniczych (por. str. 14 pisma Sejmu). W takiej sytuacji maksymalną karą za najcięższe naruszenie obowiązków służbowych jest wymierzenie kary dyscyplinarnej wydalenia ze służby (art. 146 ust. 1 pkt 10 ustawy o ABW - rozdział 10 odpowiedzialność dyscyplinarna) i na podstawie art. 128 ust. 2 ustawy o ABW otrzymują oni 50% odprawy. Natomiast zwolnienie ze służby za czyn polegający na niewywiązywaniu się z obowiązków służbowych, o którym mowa w art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy o ABW - *niewywiązywania się z*

obowiązków służbowych w okresie odbywania służby stałej – w przypadku zwolnienia otrzymują odprawę i ekwiwalent w całości. Pozostałe przypadki ciężkiego naruszenia dyscypliny służbowej nie mogą zostać odniesione do niniejszej sprawy, gdyż nie stanowią powodu zwolnienia z pracy. W tych okolicznościach należy przyjąć, że prawo majątkowe, jakim jest odprawa, o którym mowa w zakwestionowanym przepisie ustawy o ABW, nie korzysta z ochrony, jaką gwarantuje art. 64 ust. 2 Konstytucji, poprzez zróżnicowanie, w nieuzasadniony sposób, sytuacji prawnej funkcjonariuszy, którym wymierzono karę dyscyplinarną wydalenia ze służby a funkcjonariuszami niestawiającymi się przed komisją lekarską w celu określenia stanu swojego zdrowia. W tych relewantnych grupach funkcjonariuszy nie można ustalić przesłanek, dla których ustawodawca lepiej potraktował grupę wydalonych ze służby za popełnienie najcięższego naruszenia obowiązków służbowych, gdy jednocześnie druga grupa niestawiająca się przed komisją w celu ustalenia swojego stanu zdrowia nie narusza obowiązków służbowych skutkujących karą dyscyplinarną wydalenia ze służby. W tej sytuacji preferowanie funkcjonariuszy zwolnionych ze względu na wymierzenie kary dyscyplinarnej wydalenia ze służby stanowi dyskryminowanie tej drugiej grupy funkcjonariuszy i godzi w konstytucyjne standardy ochrony prawa własności.

Po trzecie, na tle całej ustawy o ABW oraz na tle wszystkich służb mundurowych, funkcjonariusze zwalniani na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW zostali zrównani w prawie do odprawy (prawami do świadczeń pieniężnych) z funkcjonariuszami skazanymi za popełnienie przestępstwa w służbie, w tym ostatnim przypadku zostały spełnione zostały konstytucyjne przesłanki dyskryminacji wskazanej grupy funkcjonariuszy (art. 32 ust. 2 Konstytucji). Zdaniem skarżącego narusza to konstytucyjny wymóg równej ochrony prawnej, o którym mowa w art. 64 ust. 2 Konstytucji. W tym przypadku postępowanie ustawodawcy narusza także art. 30 Konstytucji, gdyż godzi w godność człowieka (analogicznie godność ustanawia Karta praw podstawowych UE) stawiając ich w sytuacji gorszej niż funkcjonariusze gwałciciele, mordercy, złodzieje (osoby defraudujące znaczne środki pieniężne).

Dokonane przez regulację zawartą w art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW zróżnicowanie nie pozostaje w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów. „Pozbawienie” części podmiotów – funkcjonariuszy zwalnianych ze służby za niestawiennictwo przed komisją lekarską skierowanych w celu określenia swojego stanu zdrowia, prawa do odprawy może mieć bardzo negatywny wpływ na realizację zadań całej Agencji Bezpieczeństwa, bowiem zachęca funkcjonariuszy do niestawiennictwa przed komisją w celu ustalenia zdolności do służby. Jeżeli zaś porówna się treść całego art. 60 ustawy o ABW – podstawy zwolnienia ze służby - to przy braku możliwości zwolnienia za niestawiennictwo przed komisją w celu ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby – w skrajnym przypadkach - prowadzić będzie do pełnienia służby przez funkcjonariuszy ABW nieposiadających zdolności psychicznej do służby i wykonywania zadań służbowych z bronią służbową. Jeszcze raz podnoszę – przy braku unormowania ustawowego obowiązku stawiennictwa przed komisją w celu ustalenia zdolności do służby (por. analiza rozwiązań prawnych służb mundurowych zaprezentowana została w dalszej części pisma).

Wprowadzone zróżnicowanie nie pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami i normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych – funkcjonariuszy, wręcz przeciwnie, przenosi niebezpieczeństwo wykonywania zadań służbowych służb specjalnych na obywateli, gdyż aprobeje wykonywanie zadań służbowych z bronią przez funkcjonariuszy nie mających zdolności fizycznej i psychicznej do służby. Ograniczenie prawa do odprawy w całości w stosunku do funkcjonariuszy nie poddających się określeniu swojego stanu zdrowia, jako wartości chronionej konstytucyjnie (art. 30 Konstytucji – godność człowieka) przy jednoczesny preferowaniu funkcjonariuszy niestawiających się na badania w celu ustalenia zdolności do służby, wskazuje, że nastąpiła nieuzasadniona konstytucyjnie ingerencja władzy publicznej w sferę interesów ekonomicznych jednostki oraz w sferę bezpieczeństwa i porządku publicznego, stanowi to jednocześnie dyskryminowanie tych pierwszych i jawnie godzi w konstytucyjne standardy ochrony praw własności. Nadmienić należy, że w projekcie zmiany ustawy nie uzasadniono zaproponowanego zróżnicowania potrzebą realizacji ważnego interesu publicznego.

Po czwarte skarżący wskazał na możliwość rozważenia naruszenia zasady równości na tle założeń prawa pracy. Ze skargi konstytucyjnej jasno wynika, że zdaniem skarżącego niekonstytucyjność dokonanego przez ustawodawcę ograniczenia w całości przysługujących do 2006 roku wszystkim funkcjonariuszom świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby (odprawa i ekwiwalent) zwolnionych na podstawie niestawiennictwa przed komisją lekarską bez względu na cel skierowania, jako praw majątkowych przewidzianych w ustawie o ABW i równego traktowania funkcjonariuszy zwalnianych ze służby bez elementów dyskryminujących. Zdaniem skarżącego zakwestionowane przepisy ustawy o ABW są niezgodne z art. 64 ust. 2 Konstytucji w ten sposób, że ustawodawca wprowadził niedopuszczalne zróżnicowanie ochrony praw majątkowych, w tym przypadku – odprawy i ekwiwalentu, uzupełniająco wskazując na naruszenie art. 32 ust. 1 Konstytucji poprzez dopuszczenie do nierównego traktowania funkcjonariuszy wobec prawa.

Na ochronę konstytucyjną odprawy jako „innego prawa majątkowego” (art. 64 ust. 2 Konstytucji) skarżący powoływał się, bowiem jako funkcjonariusz z dużym stażem służby nabył prawo do odprawy w ustawowo określonej wysokości, jak również do 2006 roku przysługiwało skarżącemu prawo do odprawy w przypadku zwolnienia z powodu niestawiennictwa przed komisją bez względu na powód skierowania. Zdaniem skarżącego zarzuty mające uzasadnić naruszenie prawa własności należy rozpatrywać w kontekście chronionych również przez przywołany wzorzec kontroli innych praw majątkowych. Prawo do odprawy jako prawo majątkowe podlega konstytucyjnej ochronie, a jego naruszenie polega na naruszeniu zasady równej ochrony praw majątkowych. W sytuacji, gdy do roku 2006 przepis art. 128 ustawy o ABW przyznawał skarżącemu prawo do odprawy, podstawę skargi konstytucyjnej stanowi zarzut ograniczenia przez ustawodawcę w całości tego prawa z naruszeniem zasady równej ochrony praw majątkowych. Zatem w 2006 roku ustawodawca wyłączył z uprawienia do odprawy grupę funkcjonariuszy zwolnionych za niestawiennictwo przed komisją w celu określenia jego stanu zdrowia poprzez ograniczenie w całości odprawy i ekwiwalentu. Skarżący zarzuca ustawodawcy,

że w zaskarżonych uregulowaniach doprowadził do arbitralnej zmiany treści i granic poszczególnych praw majątkowych (odprawa i ekwiwalent), spełniające identyczne funkcje i chroniących podobne interesy. Przywołany wzorzec w kontekście uregulowania sprawy odprawy we wszystkich służbach mundurowych pozostaje w ścisłym związku z zasadą ogólną ochrony, która odnosi się do wszystkich dziedzin życia zawodowego. Naruszona zasada równej ochrony praw majątkowych wynikająca z art. 64 ust. 2 Konstytucji jest jednym z przejawów powołanej w niniejszej sprawie równej ochrony prawnej wynikającej z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Natomiast zarzut niedopuszczalnej ingerencji w prawa własności – inne prawa majątkowe (art. 31 ust. 3 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji) polega na tym, że ustawodawca ograniczając w całości wskazane prawo nie dokonał tego ograniczenia poprzez uregulowanie ustawowe, a jedynie ograniczył prawo poprzez zastosowanie wnioskowania prawniczego *a contrario*. W tym zakresie kontrolowane przepisy są wadliwe, albowiem ustawodawca ograniczył prawa w sposób arbitralny z uwagi na niespełnienie przesłanek wymaganych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji, czyli zarzutu nieuwzględnienia zasady proporcjonalności w kontekście ograniczenia „innych praw majątkowych” oraz zarzutu uchybienia zakazowi naruszania istoty tych praw i ustawowej formy ograniczenia. Wbrew twierdzeniom Prokuratora Generalnego, że względu na brak przepisów prawa materialnego współkształtujących normę w zakresie właściwości działania komisji oraz braku procedury w zakresie kierowania na komisję lekarską w celu *określenia jego stanu zdrowia*, a także braku ustawowego uregulowania obowiązku stawiennictwa przed komisją, kwestionowane przepisy w sposób niejednoznaczny przesądzają o kręgu osób, wobec których ustawodawca zastosował sankcję w postaci ograniczenia praw, bowiem także przy braku uzasadnienia do wprowadzania zmiany przepisu art. 128 ustawy o ABW nie można nawet przyjąć przypuszczenia jakimi kryteriami kierował się ustawodawca przy wyborze grupy funkcjonariuszy wobec których zastosował represję ekonomiczną, odstępując jednocześnie od dyscyplinowania funkcjonariuszy nieposiadających zdolności fizycznej lub psychicznej do służby. Dokonany przez ustawodawcę wybór kryterium różnicowania (ze względu na ustalenie zdolności do służby lub określenie jego stanu zdrowia) nie mieści się w granicach swobody regulacyjnej ustawodawcy i nie koresponduje z zastosowaną sankcją, bowiem nie można znaleźć racjonalnej przyczyny do jej zastosowania. Z analizy ustaw wszystkich służb mundurowych wynika jednoznaczny wniosek, że nie istniała i nie istnieje żadna pilna potrzeba społeczna ingerowania w te prawa, w stosunku do funkcjonariuszy skierowanych o *określenie swojego stanu zdrowia* i do tego na własną prośbę. Wprawdzie ustawodawca ma szeroką swobodę w kreowaniu jego treści, jednakże w konsekwencji doprowadził do niedopuszczalnej ingerencji w prawo własności – inne prawa majątkowe. Ustawodawca polski dyscyplinując funkcjonariuszy wszystkich służb mundurowych do badań w celu ustalenia zdolności do służby przed komisjami (funkcja prewencyjna) ustanowił dwa rozwiązania: po pierwsze, w związku z brakiem ustalenia stanu zdolności do służby funkcjonariusze są zwalniani na podstawie fakultatywnego przepisu tzw. ważnego interesu służby. To rozwiązanie zostało zaakceptowane przez wieloletnią i stałą linię orzecznictwa sądów administracyjnych, gdyż brak aktualnych badań lekarskich o zdolności fizycznej i psychicznej do pełnienia służby powoduje, iż funkcjonariusz nie powinien zostać dopuszczony do pracy. Tutaj zastosowano zasady analogiczne do prawa pracy. W tym przypadku otrzymują oni odprawę i ekwiwalent. W części służb mundurowych ustawodawca podjął rozwiązanie dyscyplinujące

funkcjonariuszy do ustalania stanu fizycznego i psychicznego do służby poprzez uchwalenie przepisu o obowiązku badań przed komisją i powiązania tego naruszenia z możliwością zwolnienia ze służby. Jak wynika z najnowszego ustawodawstwa (lata 2008 – 2014) funkcjonariusze zwolnieni ze służby za niestawiennictwo przed komisją otrzymują odprawę i ekwiwalent. Szczegółowe omówienie tego rozwiązania prawnego znajduje się do dalszej części niniejszego pisma. Natomiast w 2006 roku w dwóch ustawach: ustawa o ABW i ustawa o służbie funkcjonariuszy SKW i SWW ustawodawca ograniczył w całości świadczenia pieniężne związane ze zwolnieniem ze służby z powodu niestawiennictwa przed komisją w celu ustalenia jego stanu zdrowia, przy jednoczesnym braku uchwalenia powiązanych z uregulowaniem przepisów prawa materialnego w tym zakresie oraz przy braku uzasadnienia do wprowadzenia zaskarżonej regulacji i braku „winy”, zastosowane w stosunku do losowo wybranej grupy funkcjonariuszy, stanowi to niedotrzymanie zobowiązań ze strony państwa wobec wszystkich funkcjonariuszy, a tym samym stanowi naruszenie zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, jedną z fundamentalnych zasad demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji).

Odnosząc się do stanowiska Prokuratora Generalnego odnośnie poglądu w sprawie różnicowania statusu prawnego funkcjonariuszy poszczególnych kategorii służb mundurowych - zdaniem skarżącego - w niniejszej sprawie nie występuje różnorodność zadań, uwarunkowań co prowadziłoby do przyjęcia różnych sposobów realizacji zadań, a w konsekwencji do odmiennego ukształtowania pragmatyk służbowych w zakresie prawa do odprawy i prawa do ekwiwalentu. Bezsprzecznym prawem ustawodawcy jest natomiast, ustalanie identycznych rozwiązań dla pewnej grupy adresatów (np. dla wszystkich funkcjonariuszy „mundurowych” w zakresie odprawy i ekwiwalentu) bez elementów faworyzujących lub dyskryminujących, bowiem niczym nieuzasadnione faworyzowanie grup funkcjonariuszy lub służb może spowodować obniżenie wysokiego poziomu wykonywania zadań związanych z bezpieczeństwem publicznym.

Przypomnieć tylko należy, że w sprawach będących kanwą do sporządzenia niemniejszej skargi, a dotyczących świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, o których mowa w art. 128 ustawy o ABW, stan faktyczny i prawny był jasny, gdyż przed zwolnieniem ze służby i przejściem na emeryturę - w związku z wymaganą wysługą emerytalną - w trakcie choroby skarżący nie stawiał się przed komisją lekarską w celu zbadania *stanu jego zdrowia*. I za ten czyn zastosowano dwie sankcje, gdyż wydalony został z pracy(służby) oraz nie otrzymał świadczeń pieniężnych w postaci odprawy i ekwiwalentu.

Odnosnie zaś zniweczenia przez ustawodawcę, unijnego i konstytucyjnego prawa do corocznego płatnego urlopu i jego ekwiwalentu, należy zauważyć, że wbrew wywiodom Prokuratora ustawodawca zwykły nie jest uprawniony do ograniczania w przepisach ustawowych praw i wolności konstytucyjnych i unijnych bezwarunkowo gwarantowanych, tym bardziej, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia ze zniweczeniem konstytucyjnego prawa słusznie nabytego przez każdego funkcjonariusza ABW i AW do corocznego płatnego urlopu w wielkości określonej w ustawie, zatem w sposób oczywisty wystąpiła niezgodność z normami hierarchicznie wyższymi. Przedmiotem zaskarżenia skarżący uczynił nie tyle przepis prawa rozumiany jako jednostka redakcyjna, ale normę prawną powiązaną z pozostałymi przepisami ustawy o ABW, bowiem zarówno przepis art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 jak i przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, jako przepisy

o charakterze sankcyjnym odnoszą się do innych jednostek redakcyjnych ustawy o ABW określających czyn za który ustawodawca był uprawniony ograniczyć w całości prawo do odprawy i ekwiwalentu oraz zwolnić ze służby. Zaskarżony przepis jako część niedokończonego uregulowania związanego ze zwolnieniem ze służby za niestawiennictwo przed komisją lekarską *w celu określenia jego stanu zdrowia* zawiera podstawowe błędy aksjologiczne i konstrukcyjne, po wyeliminowaniu, których dopiero można mówić o woli ustawodawcy i wskazywać na *ratio legis* zaskarżonego przepisu. Zatem słuszny jest wniosek o zdjęcie z obiegu prawnego zaskarżonej regulacji w całości.

Uchwalony przez parlament w 2006 roku wyłącznie przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW wprowadzał równocześnie nowelizację do art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW, jako nową przesłankę ograniczenia w całości praw do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, nie został jednocześnie powiązany z innymi przepisami ustawy o ABW w ten sposób, aby stworzyć całościowe uregulowanie, bowiem istniejący już przepis art. 45 ust. 1 i 2 ustawy o ABW pozwalał jedynie na kierowanie do resortowej komisji lekarskiej w celu ustalenia zdolności do służby. Skarżący podnosi, że dokonana w 2006 roku nowelizacja zaskarżonych przepisów nie była wyraźna, bowiem nie nastąpiła za pomocą formuły sygnalizującej dokonaną zmianę. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z niedopuszczalną konstytucyjnie nowelizacją dorozumianą polegającą na tym, że dawny przepis art. 128 ustawy o ABW w 2006 roku zastąpiono nowym brzmieniem, nie wskazując w nim dokonanej zmiany, tym bardziej, iż zmiana zakresu przepisu - przy tym samym brzmieniu - dotyczyła wprowadzenia nowej sankcji (represji ekonomicznej). Wprawdzie konstytucyjna ochrona odprawy, jako innego prawa majątkowego nie ma charakteru absolutnego, jednakże dokonane przez ustawodawcę ograniczenie prawa w całości przekroczyło dopuszczalne warunki przewidziane w Konstytucji (art. 2, art. 31 ust. 3 i art. 64 ust. 2 Konstytucji) tj. na podstawie ustawy i z poszanowaniem zasad równości oraz proporcjonalności. Ograniczenie odprawy nie spełnia kryterium konstytucyjnej proporcjonalności, bowiem *określenie swojego stanu zdrowia* nie jest konieczne w państwie demokratycznym dla jego bezpieczeństwa, porządku publicznego oraz wolności i praw innych osób. Nieuzasadnione warunkami służby zmuszanie do stawiennictwa przed komisją lekarską w celu określenia *swojego stanu zdrowia* stanowi rażące naruszenie prawa do godności, o którym mowa w art. 30 Konstytucji. W związku z powyższym oraz uwzględniając zarzut braku ustawowego ograniczania odprawy - *innego prawa majątkowego* jako prawa konstytucyjnego, o którym mowa w art. 64 ust. 2 Konstytucji, bowiem ograniczenie odprawy jako prawa konstytucyjnie chronionego dokonuje się poprzez wnioskowanie *a contrario* - stanowi to już wystarczającą podstawę do zdjęcia z obiegu prawnego przepisu art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW w całości (art. 2 i art. 31 ust. 3 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji).

Nie można także pogodzić się ze stanowiskiem Sejmu RP odnośnie *ratio legis* zakwestionowanej regulacji (tzw. funkcja prewencyjna przepisu), bowiem w uzasadnieniu do wprowadzenia przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, tym samym i do nowelizacji art. 128 ustawy o ABW ustawodawca nie podaje żadnych argumentów które skutkowałyby koniecznością ograniczenia świadczeń pieniężnych w całości w stosunku do grupy funkcjonariuszy skierowanych w celu *określenia jego stanu zdrowia*, gdy tymczasem tzw.

funkcja prewencyjna we wszystkich służbach mundurowych odnosi się do ustalenia zdolności do służby(pracy), tym samym nie można wskazać na zakładany cel ustawodawcy, także nie można wskazać czy ingerencja w uprawnienia była proporcjonalna w stosunku do celu nowelizacji, któremu miała służyć. Trudno jest nawet podjąć przypuszczenie, iż racjonalny ustawodawca pragnął – jak uważa Sejm – zdyscyplinować funkcjonariuszy do stawiennictwa przed komisją w celu określenia stanu zdrowia, jednocześnie racjonalny ustawodawca uznał iż nie należy dyscyplinować i mogą pozostawać w służbie funkcjonariusze niestawiający się na badania w celu ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby. Zatem należy przypuszczać, że dorozumianym celem nowelizacji z 2006 roku jest akceptacja ustawodawcy stanu, aby funkcjonariusze bez ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby mogli w dalszym ciągu ją kontynuować i w dodatku o ostrą broń służbową. Wobec faktu, iż do 2006 roku nieusprawiedliwione niestawiennictwo przed komisją lekarską mogło stanowić przyczynę zwolnienia ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 5 ustawy o ABW „*gdy wymaga tego ważny interes służby*” tym samym jedynie wyodrębnienie uregulowania tego zagadnienia w odrębnym przepisie z błędnym określeniem grupy funkcjonariuszy nie może stanowić samoistnej przyczyny ograniczenia w całości praw do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby. Zatem przepisy regulujące zwolnienie ze służby w brzmieniu sprzed 2006 roku pozwalały na wypłatę tych świadczeń pieniężnych. Z powyżej wskazanych powodów trudno jest stwierdzić, wobec także braku wskazówek wynikających z prac ustawodawczych, jaki był cel i *ratio legis* nowelizacji z 2006 r. oraz jakim kryterium kierował się ustawodawca różnicując sytuację funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 w stosunku do funkcjonariuszy zwolnionych na dotychczasowej podstawie przepisu art. 60 ust. 2 pkt 5 ustawy o ABW lub w stosunku do funkcjonariuszy w dalszym ciągu pełniących służbę bez stawiennictwa przed komisją w celu ustalenia zdolności do służby.

Trudno jest też stwierdzić dlaczego ustawodawca podejmując decyzję prawotwórczą użył zwrotu ***został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia***, gdy tymczasem przepisy prawa materialnego zawarte w ustawie o ABW oraz w ustawach wszystkich służb mundurowych pozwalają na skierowanie do komisji resortowej ze względu na ***ustalenie zdolności do służby***. Wbrew stanowisku Sejmu nie może być z punktu widzenia elementarnych zasad sprawiedliwości i reguł poprawnej legislacji (art. 2 Konstytucji) utrzymywany w systemie prawa mechanizm prowadzący *de facto* do kreacji pozornego prawa do powoływania się na możliwość podjęcia badań orzeczniczych przed komisją swojego stanu zdrowia, gdy nie wydano w tym zakresie przepisów prawa materialnego. Zdaniem skarżącego nie może zasługiwać na akceptację Trybunału Konstytucyjnego mechanizm pozwalający na pełnienie aktywnej służby w jednostkach specjalnych bez ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby – z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie z jednoczesnym poniżaniem funkcjonariuszy poprzez zmuszanie do badania swojego stanu zdrowia, bowiem stanowi to rażące naruszenie art. 30 Konstytucji ustanawiającego niezbywalne prawo do godności każdego obywatela. Natomiast za dyskryminację należy uznać nie dość że poniżanie niezbywalnej godności człowieka i obywatela to także stosowanie sankcji za te poniżenie.

Zdaniem skarżącego nie można ustalić logicznych przesłanek o jaki interes publiczny chodziło ustawodawcy, tj. o powód dla którego ustawodawca zastosował represję ekonomiczną wyłącznie w stosunku do grupy funkcjonariuszy niepoddających się badaniu swojego stanu zdrowia, gdy tymczasem interesem nadrzędnym wszystkich służb mundurowych jest ustalenie przez komisję zdolności fizycznej i psychicznej do służby. Aktualny stan prawny prowadzi do sytuacji, iż ustawodawca błędnie ingerując w prawa funkcjonariuszy doprowadził do rażącego naruszenia konstytucyjnej i unijnej zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz prawa do godności, bowiem lepiej została

potraktowana druga grupa funkcjonariuszy niepoddająca się badaniom w celu ustalenia zdolności do służby, naruszająca interes nadrzędny służby mundurowej, gdyż ustawodawca spowodował, że albo po pierwsze, jeżeli zostaną oni zwolnieni – ze względu na ważny interes służby – wówczas uzyskają odprawę, albo po drugie, ze względu na brak przepisu o zwolnieniu ze służby (por. cały art. 60 ustawy o ABW) będą dalej wykonywać zdania służbowe pomimo braku zdolności do pełnienia służby tj. nie posiadając zdolności fizycznej i psychicznej do służby. Zatem z naruszeniem konstytucyjnej zasady proporcjonalności sankcji zastosowano nieadekwatną sankcję za popełniony czyn polegający na zbadaniu swojego stanu zdrowia, jako wartości konstytucyjnie chronionej (art. 30 Konstytucji – godność człowieka) oraz z naruszeniem podstawowych zasad konstytucyjnych ustawodawca wprowadził represję ekonomiczną za popełnienie wspomnianego czynu w konsekwencji – przy braku stosownych przepisów prawa materialnego w zakresie właściwych komisji określających *jego stan zdrowia* - postawiono tych funkcjonariuszy w sytuacji gorszej niż funkcjonariusze popełniający przestępstwo w służbie lub naruszenie dyscypliny warunkującej wydalenie. W przypadku odebrania praw nabytych, które były objęte dotychczasową podstawą obliczania wysokości odprawy do 2006 roku - bez zmiany istotnych okoliczności usprawiedliwiających – ustawodawca nie spełnił koniecznego szczegółowego testu poprawności podstaw (merytorycznych i proceduralnych) ich odebrania. Tym samym w stanie faktycznym sprawy nie pojawiła się żadna pilna potrzeba społeczna ingerowania w te prawa. Potrzeba ta nie może być artykułowana przez chwilową większość w parlamencie, gdyż uderza w fundament demokracji. Jako argument dodatkowy skarżący wskazuje najnowsze prace legislacyjne w tym zakresie (2008 – 2014) oraz na analogiczne i sprawdzone rozwiązania prawne zawierają przepisy ustawy o Policji, jednocześnie zostały one zaakceptowane przez stałą linię orzecznictwa Sądów administracyjnych, bowiem za niepoddanie się badaniom lekarskim przed komisją w celu stwierdzenia zdolności do służby zwalnia się w Policji na podstawie tzw. *ważnego interesu służby* – wypłacając jednocześnie odprawę. W Policji każdemu policjantowi przysługuje odprawa z wyłączeniem enumeratywnie wymienionych, gdyż art. 114 o Policji jasno stanowi, że „*Policjant zwalniany ze służby otrzymuje, z zastrzeżeniem ust. 2-4: 1) odprawę; 2) ekwiwalent pieniężny(...)*”

Reasumując - na tle najnowszych prac ustawodawczych w służbach mundurowych (2008-2014) w tym zakresie, bowiem wszystkie regulacje dotyczyły uregulowania ustawowego obowiązku stawiennictwa przed komisją w celu ustalenia zdolności do służby - w niniejszej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem ważnego elementu zasady poprawnej legislacji, gdyż ustawodawca nie przestrzegał wymogów spójności logicznej i aksjologicznej systemu prawnego RP, bowiem stworzono regulację niekonsekwentną i niedającą się wyjaśnić logicznie z innymi przepisami, w szczególności jednolitymi zasadami obowiązującymi we wszystkich służbach mundurowych. Przepis art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW ograniczył prawo do odprawy jedynie do grupy funkcjonariuszy, którzy nie stawili się na komisję w *celu określenia jego stanu zdrowia* – przy braku stosownych przepisów prawa materialnego w tym zakresie (por. art. 45 ust. 1 i 2 ustawy o ABW) - jednocześnie ustawodawca uznał, że odprawę otrzymują funkcjonariusze, którzy zostali zwolnieni z powodu nieusprawiedliwionego niestawiennictwa przed komisją w celu ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby. Idąc dalej tokiem rozumowania ustawodawcy można jedynie przypuszczać, że dorozumianym celem ustawodawcy, wprowadzenia zmiany w ustawie o ABW w 2006 roku było nie sprzeciwianie się - przy braku obligatoryjnego przepisu o zwolnieniu ze służby - aby uzbrojeni funkcjonariusze ABW mogli pełnić służbę nie posiadając stosowej zdolności psychicznej do służby.

Powołany w skardze jako wzorzec kontroli konstytucyjności - art. 64 ust. 2 Konstytucji używa ogólnego pojęcia „inne prawa majątkowe”, nie definiując go. Zdaniem skarżącego odprawa oraz ekwiwalent stanowią prawa majątkowe jako jeden z rodzajów

praw podmiotowych. Na ochronę konstytucyjną odprawy jako „innego prawa majątkowego” skarżący powoływał się, bowiem jako funkcjonariusz z dużym stażem służby nabył prawo do odprawy w ustawowo określonej wysokości. Także do 2006 roku w przypadku zwolnienia ze służby z powodu nieusprawiedliwionego niestawiennictwa przed komisją lekarską skarżącemu jak również każdemu funkcjonariuszowi przysługiwało prawo do odprawy w przypadku zwolnienia na tej podstawie ze służby w Agencji. W sytuacji, gdy do roku 2006 ustawodawca w przepisie art. 128 ustawy o ABW przyznawał skarżącemu prawo do odprawy, podstawą skargi konstytucyjnej stanowi zarzut ograniczenia w całości tego prawa. W niniejszej sprawie prawo do odprawy określone w art. 128 ust.1 pkt 1 ustawy o ABW przysługiwało skarżącemu jako funkcjonariuszowi z posiadaniem stażem w służbie ze względu na uprawnienia emerytalne, jak również przysługiwało każdemu funkcjonariuszowi, który nie usprawiedliwił niestawiennictwa przed komisją lekarską i za ten czyn został zwolniony ze służby. Natomiast po 2006 roku prawo do odprawy nie przysługuje, bowiem zostało ograniczone w całości w stosunku do funkcjonariuszy zwalnianych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, tylko z powodu wyodrębnienia w art. 60 ustawy o ABW tego zagadnienia do odrębnego uregulowania. Trudno jest bowiem podzielić sugestie Sejmu na temat konieczności wprowadzenia zaskarżonej regulacji - nawet poprzez wnioskowanie przeciwne - że do 2006 roku istniała grupa funkcjonariuszy ABW, którzy nie stawiali się przed komisją w celu ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby, jednocześnie pełnili aktywną służbę w Agencji w tym z bronią służbową bez ważnych badań lekarskich, a co za tym idzie nie byli zwalniani ze służby za niestawiennictwo.

Skarżący wnosi o odrzucenie stanowiska Sejmu RP uzasadniającego konieczność wprowadzenia zaskarżonej regulacji, gdyż narusza elementarne zasady logiki prawniczej, bowiem zdaniem Sejmu ustawodawca w sposób zgodny z postanowieniami Konstytucji ograniczył prawo do odprawy funkcjonariuszom, którzy nie usprawiedliwili niestawiennictwa przed komisją w celu określenia jego stanu zdrowia, natomiast funkcjonariusze zwalniani za nieusprawiedliwione niestawiennictwo przed komisją w celu ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby otrzymują odprawę. Wprowadzony w 2006 roku zaskarżony przepis w sposób arbitralny ograniczył odprawę funkcjonariuszom do poziomu, którego nie można zaakceptować i uzasadnić dążeniem do jakiegokolwiek słusznego celu leżącego w interesie publicznym. Nie sposób przy tym nie dostrzec rażącej sprzeczności w argumentacji Sejmu, bowiem idąc dalej tokiem rozumowania Sejmu, fakultatywny przepis o zwolnieniu ze służby powala na pełnienie służby funkcjonariuszom nie posiadającym zdolności psychicznej do jej pełnienia, zatem w myśl ustawy o ABW funkcjonariusze bez stosownych badań o zdolności psychicznej do służby pełnią ją dalej i to w dodatku z ostrą bronią służbową. Natomiast funkcjonariusze którzy wystąpili o stwierdzenie *stanu zdrowia* (np. ze względu na podejrzenia raka, HiV lub innej „wstydlivej” choroby i odstąpili od tych badań przed komisją resortową, gdyż np. mają już inne wyniki od lekarza NFZ *swójego stanu zdrowia*, nie zasługują - zdaniem Sejmu - w przypadku zwolnienia ze służby na odprawę).

W ocenie skarżącego ustawodawca w 2006 roku zapomniał, że przy pozbawianiu praw należało jasno zdefiniować, gdzie jest granica przywileju, a gdzie zaczyna się represja. Ustalenie przez ustawodawcę warunków otrzymywania odprawy według zasad mniej korzystnych od powszechnie przyjętych w służbach mundurowych, oznacza represję i dyskryminację. Wprawdzie normy prawa pracy i prawa administracyjnego mogą mieć charakter represyjny, ale naruszono zasady konstytucyjne nakazujące ustawowe zdefiniowanie naruszonego obowiązku. W tym kontekście nie można wskazać na zakładany cel ustawodawcy, także nie można wskazać czy ingerencja w uprawnienia była proporcjonalna w stosunku do celu prawowitego, któremu miała służyć, tym samym zakwestionowana regulacja nie może przejść testu proporcjonalności i adekwatności zastosowanych sankcji. Test proporcjonalności wskazuje, iż zakwestionowana regulacja

traktuje funkcjonariuszy gorzej niż tych, którzy zwolnieni zostali dyscyplinarnie ze służby. Natomiast traktuje jako równorzędnych funkcjonariuszy skazanych za przestępstwo karne związane z przebiegiem służby, tj. tych funkcjonariuszy, którzy utracili prawo do emerytury mundurowej. Zatem ingerencja ustawodawcy w te prawa nie była konieczna, gdyż nie stała za nią żadna pilna potrzeba społeczna ingerowania w te prawa.

Skarżący zarzuca, że zakwestionowane przepisy naruszają konstytucyjną zasadę równości (art. 64 ust. 2 w zw. z art. 32 Konstytucji) i niedyskryminacji (art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji) w zakresie odprawy jako innego prawa majątkowego, bowiem ustawodawca ustalając ograniczenie w całości praw do świadczeń zastosował surowe sankcje dla funkcjonariuszy niestawiających się na badania lekarskie przed komisją jedynie w celu *ustalenia jego stanu zdrowia* niż dla funkcjonariuszy zwalnianych z powodu niestawienia się na badania mających na celu ustalenie zdolności psychicznej do służby. Zdaniem skarżącego w rażący sposób naruszona została zasada rządów prawa (art. 2 Konstytucji), gdyż ustawodawca stworzył grupę „wykluczonych” jak i uprzywilejowanych w zakresie niestawiennictwa przed komisją w oparciu o niekreślone w ustawie kryteria, przykładowo ustawodawca zdecydował, że stan zdrowia należy określać przez inną niż resortową komisję lekarską. Reasumując, nie można przy tym wskazać żadnej wartości konstytucyjnej, która uzasadniałaby odmienne potraktowanie w 2006 roku tych grup podmiotów w omawianym zakresie, bowiem przyjęcie takiego wniosku prowadziłoby do naruszenia zasady racjonalnego ustawodawcy. We wszystkich służbach mundurowych prawo do odprawy, traktowane jest jako gratyfikacja za długoletnią pracę wielkość tego prawa jest uzależniona ilości lat służby. We wszystkich służbach mundurowych na jednakowych zasadach obliczana jest wielkość tego prawa, natomiast w prawie pracy wysokość odprawy emerytalnej równa jest jednomiesięcznemu wynagrodzeniu. Zatem, w szerszym znaczeniu mamy do czynienia z ograniczeniem prawa do uzyskania wynagrodzenia z tytułu długoletniej służby, tym samym zaskarżone przepisy naruszają prawo do godziwego wynagrodzenia za pracę, bowiem powód ograniczenia jest nieistotny, bowiem czyn nie stanowi ani przestępstwa ani naruszenia dyscypliny warunkującej wydalenie. Każdy funkcjonariusz służb mundurowych nabywa prawo do odprawy po określonych latach służby i wysokość tej odprawy zwiększa się w zależności od stażu służby. Jednakowe zasady nabywania i ograniczania odprawy obowiązują także we wszystkich służbach mundurowych, gdyż odprawy nie przyznaje się za popełnienie przestępstwa, zwłaszcza w służbie, przestępstwa karno-skarbowego oraz wymierzenia kary dyscyplinarnej wydalenia ze służby. Zdaniem skarżącego w niniejszej sprawie ustawodawca postępował wbrew enumeratywnie wymienionym przesłankom przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczając w całości prawo do odprawy. Podnieść tylko należy, że uzasadnienie projektu nie odnosi się do tej kwestii. W niniejszej sprawie stanowisko Sejmu jawnie godzi w zasadę racjonalnego ustawodawcy, jednocześnie kwestionuje wnioski wpływające z najnowszych prac legislacyjnych, gdyż w uzasadnieniu do wprowadzenia ustawy o Służbie Celnej w przypadku zwolnienia za naruszenie konkretnego przepisu ustawowego o obowiązku stawiennictwa na badania lekarskie funkcjonariusz otrzymuje odprawę. Jako argument dodatkowy skarżący wskazuje na przepis art. 99 ustawy o Służbie Więziennej, który stanowi że „*Funkcjonariusz w służbie stałej zwolniony ze służby na podstawie art. 96 ust. 1 pkt 2 albo ust. 2 oraz funkcjonariusz w służbie stałej, którego stosunek służbowy wygaś na podstawie art. 97 ust. 1 pkt 1, otrzymuje odprawę.*” Zatem funkcjonariusze SW zwolnieni na podstawie art. 96 ust. 2 pkt 8 ustawy o SW - naruszając ustawowy obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską MSW - otrzymują odprawę. Natomiast funkcjonariusze ABW przy braku ustawowego obowiązku stawiennictwa w celu określenia jego stanu zdrowia, a więc naruszenia nieistniejącego przepisu o charakterze materialnoprawnym nie otrzymują odprawy. Tym samym ustawodawca naruszył konieczność respektowania zasady ochrony zaufania do Państwa, gdyż naruszył

konstytucyjny zakaz tworzenia prawa wprowadzającego pozorne instytucje prawne. W ocenie skarżącego ograniczenie w całości świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby przy braku uzasadnienia do wprowadzenia zaskarżonej regulacji, stanowi niedotrzymanie zobowiązań ze strony państwa wobec wszystkich funkcjonariuszy, a tym samym stanowi naruszenie zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, jedną z fundamentalnych zasad demokratycznego państwa prawnego.

Odprawy nie są żadnym przywilejem. Odprawy w służbach mundurowych jako świadczenia pieniężne związane z wynagrodzeniem za długoletnią pracę, przysługują – na warunkach określonych przepisami ustawowymi – za wykonaną uprzednio pracę, bowiem są to świadczenia pieniężne przysługujące za długotrwałą służbę w trakcie zwolnienia z pracy. Te same reguły uzyskiwania odprawy i naliczenia jej wielkości są wspólne dla wszystkich rodzajów służb mundurowych, również te same reguły nieprzyznawania (ograniczenia) odprawy obowiązują we wszystkich służbach mundurowych, ograniczenia są dopuszczalne za naruszenie konkretnych przepisów prawa materialnego. (z wyłączeniem błędu ustawodawcy popełnionego w 2006 roku w trakcie uchwalania pakietu ustaw związanych ze Służbą Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbą Wywiadu Wojskowego – w niniejszej sprawie dotyczy to dwóch ustaw tj. ustawa o ABW i AW oraz ustawa o służbie SKW i SWW). Natomiast we wszystkich służbach mundurowych w których nie uregulowano ustawowo obowiązku stawiennictwa przed komisją za niestawiennictwo przed resortową komisją lekarską w celu określenia zdolności do służby na zajmowanym stanowisku – w odróżnieniu od niniejszej sprawy zbadania stanu zdrowia - można zwolnić ze służby na podstawie tzw. ważnego interesu służby z jednoczesną wypłatą odprawy i ekwiwalentu. Wypłacając odprawę, państwo wypełnia swe zobowiązania wynikające z obowiązujących reguł prawa. Zatem ustawodawca ograniczając w całości prawo do odprawy w stosunku do zasad obowiązujących w ustawie o ABW oraz w pozostałych służbach mundurowych, zastosował represję ekonomiczną wobec funkcjonariuszy zwalnianych w trybie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, pomimo, że funkcjonariusze ci spełniali wszystkie ustawowe przesłanki do nabycia prawa pod rządami ustawy o ABW. Zatem, stanowisko Prokuratora Generalnego jest zamierzoną manipulacją pojęciową, mającą usprawiedliwić wprowadzenie drastycznego rozwiązania w zakresie odprawy, bowiem wyraża na przyszłość niebezpieczny dla spójności prawa RP pogląd w zakresie możliwości ograniczania odprawy dla wszystkich służb mundurowych, tym bardziej jeżeli zważy się, iż w powód zwolnienia z pracy nie jest czynem karnym lub czyn ten nie stanowi zachowania uchybiającego obowiązkom lub godności wykonywania zawodu. Czyn ten nie został uregulowany w przepisach prawa oraz nie narusza zasad etyki zawodowej. Stanowisko to godzi w zasadę racjonalnego ustawodawcy, gdyż jak wynika z najnowszych prac legislacyjnych oraz uregulowań dużych służb mundurowych dostosowano te przepisy do postanowień Konstytucji, bowiem zasadą jest, że prawo do odprawy przysługuje wszystkim funkcjonariuszom, żołnierzom zawodowym z wyłączeniem enumeratywnie wymienionych. Zdaniem skarżącego każdy obywatel Polski ma prawo do zbadania *swojego stanu zdrowia* i nie można go do tego zmuszać, bowiem narusza to konstytucyjne i unijne prawo do godności. Z jasnego przepisu art. 45 ustawy o ABW wynika, że w tym przypadku nie idzie o badanie w celu stwierdzenia przydatności(zdolności) do pracy lub służby. Za niestawiennictwo na badania w celu określenia przydatności do służby przykładowo: w Policji zwalnia się na podstawie art. 41 ust. 2 pkt 5 ustawy o Policji „ważny interes służby” i wypłaca się odprawę. Przepis art. 94 ust. 1 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych stanowi, że „*Żołnierzowi zwolnionemu z zawodowej służby wojskowej przysługuje, z zastrzeżeniem ust. 4 i 5, odprawa w wysokości: (...)*” Skarżący ponownie podnosi, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z naruszeniem ważnego elementu zasady poprawnej legislacji, gdyż ustawodawca nie przestrzegał wymogów spójności logicznej i aksjologicznej systemu

prawnego RP, bowiem stworzono regulację niekonsekwentną i niedającą się wyjaśnić logicznie z innymi przepisami, w szczególności jednolitymi zasadami obowiązującymi we wszystkich służbach mundurowych. Jako argument dodatkowy za zdjęciem z obiegu prawnego przepisu art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW skarżący podnosi, iż jest on nadal rażąco niezgodny z postanowieniami art. 9 Konstytucji, gdyż pozbawia prawa do odprawy funkcjonariuszy zwolnionych ze względu na nabycie obywatelstwa państwa Unii Europejskiej innego niż obywatelstwo polskie. Nieprzyznanie odprawy w tym przypadku stanowi przejaw jawnej dyskryminacji ustawodawcy polskiego, wyraźnie zakazanej przez art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 12 TWE.

Marszałek Sejmu poszukując *ratio legis* przepisu art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW w związku ze zwolnieniem ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW jako przepisów o charakterze stricte sankcyjnych za naruszenie ustanowionych w ustawie o ABW obowiązków nie wskazał konkretnych przepisów o obowiązkach funkcjonariusza za naruszenie, których ustawodawca odmówił przyznania odprawy i ekwiwalentu. Zasady techniki prawodawczej nakazują, aby z gramatycznego brzmienia przepisu sankcyjnego wynikał w sposób jednoznaczny przepis określający naruszone obowiązki. (przykładowo: funkcjonariusza można zwolnić ze służby na podstawie art. 96 ust. 2 pkt 8 ustawy o Służbie Więziennej za : „*dwukrotnego nieusprawiedliwionego niestawiennictwa na badanie lub obserwację w zakładzie opieki zdrowotnej, wyznaczonych zgodnie z art. 111, chyba że skierowanie do komisji lekarskiej nastąpiło na prośbę funkcjonariusza.*” Art. 111 ust. 2 ustawy o SW stanowi, że „*Funkcjonariusz jest obowiązany poddać się badaniom zleconym przez komisję lekarską, (...)*”) Skarżący podnosi, że dokonana w 2006 roku nowelizacja zaskarżonego przepisu nie była wyraźna, bowiem nie nastąpiła za pomocą formuły sygnalizującej dokonaną zmianę. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z niedopuszczalną konstytucyjnie nowelizacją dorozumianą polegającą na tym, że dawny przepis art. 128 ustawy o ABW w 2006 roku uzyskał nowe brzmienie, bez wskazania w nim dokonanej zmiany, tym bardziej, iż zmiana przepisu dotyczyła wprowadzenia nowej sankcji. Wprawdzie Marszałek Sejmu i Prokurator Generalny w sprawie o sygn. SK 21/12 w swoich wywodach przywołali liczne przepisy związane z zadaniami obu Agencji oraz przepisy związane ze stosunkiem służbowym funkcjonariuszy, w tym także warunkami pełnienia służby w ABW i AW, jednakże nie wskazali na istnienie konkretnych przepisów określających obowiązki za naruszenie których uzasadnione byłoby nieprzyznanie odprawy.

Zatem brak indywidualizacji i adekwatności czynów i winy funkcjonariuszy w ramach ograniczenia ich praw narusza powołane przepisy Konstytucji. Przyjęcie ograniczenia odprawy w całości nie ma charakteru likwidacji przywileju, lecz jest rodzajem sankcji indywidualnie adresowanej do skonkretyzowanej grupy obywateli wydzielonej w oparciu o niedające się ustalić logicznie kryteria. W ocenie skarżącego ustawodawca nie może bez podania pretekstu ograniczać wysokości odprawy, gdyż powodem ograniczenia prawa nie może być stawiennictwo na badania lekarskie w celu ustalenia swojego stanu zdrowia i to na własną prośbę, bowiem w rażący sposób narusza konstytucyjne i unijne prawo do godności.

Wnosząc o oddalenie stanowiska Prokuratora Generalnego, skarżący podnosi, że te jawne braki legislacyjne prawa materialnego odnośnie obowiązków służbowych funkcjonariuszy w ustawie o ABW nie mogą być zastępowane przez rozszerzającą wykładnię przepisów dokonywaną przez przedstawicieli najwyższych władz państwowych w tym zakresie, gdyż po pierwsze, godzi to w podstawy państwa prawnego poprzez wykreowanie nowej niewynikającej z gramatycznego brzmienia przepisu normy prawnej oraz po drugie jest to szczególnie niebezpieczne, bowiem dotyka to rozszerzania obowiązków służbowych funkcjonariuszy tzw. służb specjalnych nie za pomocą

uregulowania ustawowego, ale za pomocą wykładni dokonywanej przez przedstawicieli organów państwa. Podkreślenia wymaga okoliczność, że Prokurator podsunął interesujące rozwiązanie, bowiem zaproponował odstąpienie od wykładni językowej na rzecz wykładni funkcjonalnej z jednoczesnym rozszerzeniem zakresu podmiotowego i przedmiotowego zaskarżonych przepisów. Zdaniem skarżącego w sposób niewątpliwy zaskarżony przepis jako część niedokończonego uregulowania związanego ze zwolnieniem ze służby za niestawiennictwo przed komisją lekarską *w celu określenia jego stanu zdrowia* zawiera podstawowe błędy aksjologiczne i konstrukcyjne, po wyeliminowaniu, których dopiero można mówić o woli ustawodawcy i wskazywać na *ratio legis* zaskarżonego przepisu. (w związku ze stanowiskiem Sejmu skarżący konsekwentnie wskazuje na uzasadnienia do konieczności wprowadzenia zmian ustawowych od roku 1990 w art. 114 ustawy o Policji w zakresie sposobu ograniczania praw do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, a zwłaszcza sytuacji analogicznej do skarżącego, bowiem zastosowana w Policji konstrukcja prawna, zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji powoduje, że każdy funkcjonariusz otrzymuje odprawę z wyłączeniem enumeratywnie wymienionych.)

Błędne i nieoparte żadnymi przepisami prawa jest twierdzenie Sejmu (sygn. SK 21/12), że analogiczne rozwiązania prawne przyjął ustawodawca w innych służbach mundurowych. Uszło uwadze Sejmu, że błąd legislacyjny dotyczy wyłącznie pośpiesznej ścieżki przed parlamentem w 2006 roku i został dokonany w dwóch ustawach: ustawie o ABW i AW oraz ustawie o służbie funkcjonariuszy SKW i SWW. Natomiast twierdzenie jakoby stan prawny w Straży Granicznej zawierał analogiczne rozwiązania jak rozważane w niniejszej sprawie również nie odpowiada rzeczywistości. Z gramatycznego brzmienia przepisów ustawy o Straży Granicznej – jak i treści ustaw pozostałych służb mundurowych - wynika inny stan prawny, gdyż zgodnie z art. 45 ust. 2 pkt 9 ustawy o Straży Granicznej można zwolnić ze służby 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*”. Natomiast przepis art. 44 ust 2 ustanawia obowiązek funkcjonariusza SG: „*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.*” (por. art. 130 ust. 2 ustawy o Służbie Celnej „*Funkcjonariusz jest obowiązany poddać się zleconym badaniom, w tym również badaniom specjalistycznym*”, art. 111 ust. 2 ustawy o Służbie Więziennej „*Funkcjonariusz jest obowiązany poddać się badaniom zleconym przez komisję lekarską, w tym również badaniom specjalistycznym, psychologicznym i dodatkowym, a gdy zachodzi potrzeba - obserwacji w zakładzie opieki zdrowotnej*” oraz art. 35 ust. 2 pkt 10 poselskiego projektu ustawy o Straży Kolejowej - druk nr 510: „*Funkcjonariusz obowiązany jest poddać się badaniom zleconym przez komisję, (...)*”) Zatem jak wynika z analizy treści przepisów art. 44 ust. 1 i 2 ustawy o Straży Granicznej ustawodawca ustanowił obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską SG na badania wyłącznie w celu ustalenia zdolności do pracy, tym samym nie jest to sprawa analogiczna do niniejszej, gdyż przy analogicznych rozwiązaniach prawnych – por. treść art. 59 ust. 1 ustawy o ABW z przepisem art. 44 ust. 1 ustawy o SG - obu ustaw w zakresie badań przed komisją, ustawodawca w ustawie o ABW zrezygnował z uchwalenia obowiązku stawiennictwa.

Nieuzasadnione jest także powoływanie się na rozwiązania przyjęte w ustawie o Straży Granicznej, gdyż skierowanie do komisji SG wystawia przełożony, analogicznie jak we wszystkich służbach mundurowych, natomiast w ABW zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym skierowanie do komisji dla funkcjonariuszy Centrali ABW wystawia kadrowiec, który nie jest przełożonym. Natomiast odnośnie ekwiwalentu za urlop Senat wyraźnie stwierdził, iż stan prawny w SG jest niegodny z prawem UE. *„Skoro prawo europejskie nie przewiduje w tym zakresie żadnego różnicowania, to rozwiązania krajowe odmawiające (całkowicie lub choćby częściowo) niektórym funkcjonariuszom prawa do ekwiwalentu za urlop, z którego nie mogli skorzystać przed zwolnieniem ze służby, pozostają także w sprzeczności z normami wspólnotowymi*” – por. druk senacki nr 27 z dnia 21.12.2011r.

III. Wzorce kontroli

Art. 2 Konstytucji RP

Odnośnie wniosku Sejmu o wydanie wyroku zakresowego w stosunku do art. 128 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW, skarżący wnosi o rozważenie możliwości zdjęcia z obiegu prawnego całości przepisów art. 128 ust. 1 i 2 ustawy o ABW jako niegodnych z art. 2 Konstytucji. Skarżący nie podziela poglądu Sejmu o możliwości umorzenia postępowania w zakresie badania zaskarżonych przepisów z art. 2 Konstytucji, gdyż treść normatywna kwestionowanych przepisów narusza ten wzorzec kontroli. Niegodność norm wyrażonych w art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW przejawia się na kilku płaszczyznach.

Po pierwsze, kwestia wykorzystania art. 2 Konstytucji jako samodzielnego wzorca kontroli zaskarżonej regulacji w trybie skargi konstytucyjnej związana jest z prawem unijnym przysługującym każdemu obywatelowi UE na równych zasadach, gdyż na podstawie powołanych w sprawie przepisów unijnych skarżący, jak i każdy funkcjonariusz zwalniany ze służby bez względu na tryb zwolnienia nabywa unijne prawo do ekwiwalentu za urlop, natomiast ustawodawca postępując z pogwałceniem: art. 9 Konstytucji, prawa traktatowego Unii Europejskiej oraz art. 17 dyrektywy nr 2003/88 wprowadzając nowelizację do art. 128 ustawy o ABW w 2006 roku ograniczył(zniweczył) nabyte przez każdego funkcjonariusza prawo unijne do corocznego płatnego urlopu, zamiast wykonać nałożony obowiązek implementacji przepisu art. 7 dyrektywy 2003/88. Aktualny stan prawny tj. brak pełnej harmonizacji z przepisem art. 7 dyrektywy nr 2003/88 Rady Unii Europejskiej powoduje, że zaskarżona regulacja nadal narusza spójność systemu prawnego RP, gdyż ustawodawca zignorował i nadal ignoruje zasadę prymatu prawa wspólnotowego w stosunku do prawa krajowego, jednakże – zdaniem skarżącego – nie wystąpił konflikt między wykładnią prowspólnotową a wykładnią prokonstytucyjną z uwagi chociażby na nadrzędność Konstytucji. Wnioski Prokuratora Generalnego należy uznać za bezzasadne, bowiem w niniejszej sprawie na podstawie sformułowania uzasadnienia skargi jest także możliwe zrekonstruowanie konkretnego konstytucyjnego prawa podmiotowego, o którym mowa w art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 9 Konstytucji, bowiem zniweczone zostało nabyte przez skarżącego prawo unijne do urlopu i jego ekwiwalent pieniężny, a więc prawo podmiotowe. Słusznie nabyte przez skarżącego unijne prawo do corocznego płatnego urlopu i jego ekwiwalentu stanowi prawo podstawowe UE gwarantowane przez art. 31 Karty praw podstawowych UE. Odnosząc się do art. 2 Konstytucji skarżący powołał się na ochronę konstytucyjną unijnego prawa do corocznego

płatnego urlopu i jego ekwiwalentu pieniężnego jako innego prawa majątkowego (art. 64 ust. 2 Konstytucji) stanowiącego prawo podmiotowe przysługujące na równych zasadach wszystkim obywatelom UE, które zostało ograniczone w całości poprzez decyzję prawotwórczą ustawodawcy w stosunku do grupy funkcjonariuszy ABW, bez podania przyczyny takiego rozstrzygnięcia oraz jednoczesnym zignorowaniem nakazu implementacji art. 7 dyrektywy 2003/88. Zaskarżony przepis prowadzi zatem do naruszenia europejskiego porządku prawnego i w rażący sposób ignoruje stałą linię orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: ETS) w podobnych sprawach. Wniosek taki znajduje potwierdzenie np. w wyroku ETS z dnia 20 stycznia 2009 r. w sprawie C-520/06, gdzie Trybunał stwierdził, że **„Artykuł 17 dyrektywy 2003/88 stanowi, że państwa członkowskie mogą stosować odstępstwa od pewnych przepisów tej dyrektywy. Nie dopuszcza się żadnego odstępstwa w odniesieniu do art. 7 wspomianej dyrektywy.”** ETS w wyroku z dnia 3 maja 2012 r. sprawa C-337/10 w analogicznej kwestii wyraził następujący pogląd **„Artykuł 7 ust. 2 dyrektywy 2003/88 należy interpretować w ten sposób, że urzędnik, który przeszedł na emeryturę, ma prawo do ekwiwalentu pieniężnego za coroczny płatny urlop, którego nie wykorzystał, ponieważ nie mógł wykonywać swoich funkcji z powodu choroby.”** (Lex nr 1143213). Wniosek o wykorzystanie art. 2 Konstytucji jako samodzielnego wzorca jest w istocie pytaniem o powszechność praw podstawowych UE i związaną z nimi ustawodawcy polskiego. Czy prawa te wiążą wszystkich obywateli UE, czy jednak obywatele Polski mają te prawa pod zastrzeżeniem, według uznania tych, którzy przejęli władzę ustawodawczą i swobodnie zmieniają zakres tych praw? Rozpatrzenie niniejszego wniosku pozwoli zdefiniować na poziomie konstytucyjnym, wartości na których zbudowano system prawny RP i UE, a które zawarto w Karcie praw podstawowych UE. Zgodnie bowiem z art. 9 i art. 91 Konstytucji prawa podstawowe UE mają charakter praw bezpośrednio stosowanych. W związku z powyższymi podniesionymi argumentami, jeśli prawa podstawowe UE, ich istotę oraz grupy wykluczonych z tych praw, można tak swobodnie definiować, to w istocie idea państwa demokratycznego jako państwa prawa podważa swój fundament. Zdaniem skarżącego Trybunał Konstytucyjny powinien zapewniać przestrzeganie prawa podstawowego UE stanowiącego integralną część zasad ogólnych prawa.

Po drugie, zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji (zasady: prawidłowej legislacji i demokratycznego państwa prawa) związany jest także z kardynalną wolnością konstytucyjną przysługującą bezwarunkowo każdemu obywatelowi Polski, o której mowa w art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji *nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje*. W tym przypadku na podstawie sformułowania uzasadnienia skargi konstytucyjnej można bez problemu zrekonstruować konkretną konstytucyjną wolność, bezwarunkowo gwarantowaną każdemu obywatelowi, bowiem zdaniem skarżącego naruszona została wolność, o której mowa w art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji. Zaskarżone przepisy zmuszają funkcjonariuszy po groźbą kary-sankcji ekonomicznej do dokonywania nieznanymi prawu czynności. Zatem, mamy do czynienia ze zmuszaniem funkcjonariuszy służb specjalnych – po groźbą kary, ze względu na jej wielkość uprawnione jest określenie pod groźbą represji ekonomicznej - do naruszania kardynalnej wolności konstytucyjnej ustanowionej w art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji *nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje*. Zdaniem skarżącego zakazane jest w państwie prawa stosowanie sankcji (represji ekonomicznej) - poprzez zmuszanie do stawienia przed jakąkolwiek komisją lekarską w celu określenia jego stanu zdrowia, ze względu treść przepisu art. 45 ust. 1 i 2 ustawy o ABW ustanawiającego materialne ramy działania komisji lekarskich właściwych Agencji, wyłącznie do ustalenia zdolności do służby. Zmuszanie do usprawiedliwiania niestawienia pod groźbą kary, gdy nie wydano przepisów (prawa materialnego) w tym zakresie, także narusza w rażący sposób postanowienia art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji. Natomiast brak przepisów wykonawczych

w zakresie orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza powoduje, iż brak jest trybu oraz organu władnego do skierowania oraz jakakolwiek komisja lekarska nie jest władna rozpocząć procedurę i wydać orzeczenie o stanie zdrowia, bowiem resortowe komisje lekarskie nie zajmują się badaniami *jego stanu zdrowia*. Konflikt aksjologii kardynalnej wolności konstytucyjnej i aksjologii przepisów art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW budzi zatem istotne wątpliwości, co do rozumienia idei demokratycznego państwa prawa opartego na zasadzie rządów prawa. Tym samym zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji jest już wystarczającą podstawą do orzeczenia o niegodności zaskarżonych przepisów z art. 2 w związku z art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji. Zatem w niniejszej sprawie mamy także do czynienia z naruszeniem ważnego elementu zasady poprawnej legislacji, gdyż ustawodawca nie przestrzegał wymogów spójności logicznej i aksjologicznej systemu prawnego RP.

Po trzecie, w ocenie skarżącego bezzasadne ograniczenie w całości odprawy i ekwiwalentu godzi w zasadę demokratycznego państwa prawa i zasadę ochrony praw nabytych wynikający z art. 2 Konstytucji.(art. 2 w zw. z art. 64 ust. 2 i art. 66 ust. 2 Konstytucji) Zarzut sformułowany przez wnioskodawcę powinien także zostać rozpatrzony w oparciu o inne zasady wynikające z art. 2 Konstytucji. Podstawą kontroli może także stanowić zasada ochrony praw słusznie nabytych oraz zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, bowiem przepis art. 123 ust.1 pkt 5 ustawy o ABW przyznał wszystkim zwolnionym funkcjonariuszom ze służby prawa do świadczeń pieniężnych w tym odprawy i ekwiwalentu na równych zasadach. Zatem w przypadku odprawy i ekwiwalentu mamy do czynienia z prawem nabytym rangi ustawowej, którego ograniczenie w 2006 roku zostało dokonane wbrew wymogom wynikających z art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, poprzez stosowanie wniosku *a contrario*. Jak wskazano powyżej nabyte przez funkcjonariuszy ABW i AW prawo do odprawy oraz prawo do urlopu i rekompensaty za niewykorzystany urlop (wypoczynkowy lub dodatkowy) nie zostało w ustawie o ABW w żadnym zakresie ograniczone. Zatem w niniejszej sprawie mamy także do czynienia z naruszeniem ważnego elementu zasady poprawnej legislacji, gdyż ustawodawca nie przestrzegał wymogów spójności logicznej i aksjologicznej systemu prawnego.

Skarżący zarzuca także naruszenie wymogu stanowienia prawa precyzyjnego i jednoznacznego związanego z wywodzonymi z art. 2 Konstytucji zasadami poprawnej legislacji. Zdaniem skarżącego nie zostały spełnione zasadnicze założenie treści zakwestionowanych przepisów z wymaganiami poprawnej legislacji, bowiem zaskarżone przepisy są skonstruowane w ten sposób, że zakres stosowania nie obejmuje sytuacji w których racjonalnie działający ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulacje tworzącą prawa. Na gruncie niniejszej sprawy ustawodawca zastosował przynajmniej dwie sankcje w stosunku do jednego czynu do funkcjonariuszy niestawiających się przed nieokreśloną komisją lekarską w celu oceny stanu zdrowia, gdy tymczasem interesem nadrzędnym każdej służby mundurowej jest dyscyplinowanie do stawiennictwa przed komisją resortową w celu ustalenia zdolności do służby.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 lutego 2010 r. sygn. akt K 1/08 wyraził następujący pogląd: „Policjanci, którzy mieli niewykorzystane urlopy wypoczynkowe lub dodatkowe (...) mają prawo do żądania na podstawie art. 66 ust. 2 Konstytucji dni wolnych od pracy (służby) i corocznych płatnych urlopów zgodnie z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa wynikającą z art. 2 Konstytucji. „

Po czwarte, odnośnie zarzutu naruszenia zasady prawidłowej legislacji, i zaufania do państwa prawa podniesionego w skardze konstytucyjnej w związku z prawami,

o których mowa w art. 66 ust. 2 ekwiwalent za urlop i art. 64 ust. 2 Konstytucji - odprawa, skarżący podnosi, że dokonana w 2006 roku nowelizacja zaskarżonego przepisu nie była wyraźna, bowiem nie nastąpiła za pomocą formuły sygnalizującej dokonaną zmianę. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z niedopuszczalną nowelizacją dorozumianą polegającą na tym, że dawny przepis art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW zastąpiono nowym brzmieniem, nie wskazując w nim dokonanej zmiany, tym bardziej, iż zmiana przepisu dotyczyła wprowadzenia nowej sankcji (represji ekonomicznej). W niniejszej sprawie mamy także do czynienia z naruszeniem ważnego elementu zasady poprawnej legislacji, gdyż ustawodawca nie przestrzegał wymogów spójności logicznej i aksjologicznej systemu prawnego, bowiem stworzono regulację niekonsekwentną i niedającą się wyjaśnić logicznie z innymi przepisami, w szczególności jednolitymi zasadami ogólnosystemowymi obowiązującymi we wszystkich służbach mundurowych w zakresie ograniczenia prawa do odprawy, bowiem w analogicznych przypadkach, jak wynika z najnowszych prac legislacyjnych za naruszenie ustawowego obowiązku funkcjonariusze otrzymują odprawę. Z naruszeniem zasady demokratycznego państwa prawnego w zakresie odprawy mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż naruszono zakaz kreowania instytucji pozornych, jak i naruszono nakaz stabilizacji stosunków prawnych. Zdaniem skarżącego naruszeniem art. 2 Konstytucji także jest dopuszczenie przez ustawodawcę stosowania wobec tej samej osoby, za ten sam czyn dwóch sankcji administracyjnych określonych przez przepisy ustawy o ABW.

W aktualnym stanie prawnym w dalszym ciągu brak jest spójności logicznej zaskarżonych przepisów, bowiem za popełnienie jednego czynu, przepis przyznaje ekwiwalent za urlop wypoczynkowy, oraz ten sam przepis art. 128 ustawy o ABW za ten sam czyn stosuje sankcje w postaci ograniczenia w całości prawa do odprawy i ograniczenia w całości konstytucyjnego prawa do urlopu dodatkowego i jego ekwiwalentu. Akceptacja stanowiska Prokuratora Generalnego spowoduje, że ustawodawca w zakresie odprawy w sferze mundurowej będzie mógł za dowolny czyn lub stan faktyczny oraz w dowolny sposób ograniczać to prawo z jednoczesnym naruszeniem zasady państwa prawa oraz spójności systemu prawnego całej sfery mundurowej. Nie może być z punktu widzenia elementarnych zasad sprawiedliwości i reguł poprawnej legislacji (art. 2 Konstytucji) utrzymywany w systemie prawa mechanizm prowadzący *de facto* do kreacji pozornego prawa do powoływania się na możliwość podjęcia badań orzecznich przed komisją stanu zdrowia funkcjonariusza, gdyż nie wydano w tym zakresie przepisów prawa materialnego. Zdaniem skarżącego naruszona została także zasada sprawiedliwości społecznej, gdyż w obrębie świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby – odprawy – funkcjonariusze zwolnieni za popełnienie przestępstwa karnego w służbie postawieni zostali na równi z funkcjonariuszami zwolnionymi na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, jednocześnie w lepszej sytuacji zostali postawieni funkcjonariusze wydaleny dyscyplinarnie ze służby. W tym czasie gdy wspomniany czyn nie stanowi ani przestępstwa ani naruszenia dyscypliny warunkującej wydalenie. Jakkolwiek w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że art. 2 Konstytucji nie może stanowić samodzielnego wzorca kontroli w postępowaniu inicjowanym wniesieniem skargi konstytucyjnej, dopuszczalne jest uznanie tego przepisu za przepis o charakterze związkowym do art. 64 ust. 2 Konstytucji - odprawa.

Zdaniem skarżącego niedopuszczalne jest w państwie prawa stosowanie sankcji ekonomicznych za niestawiennictwo, gdy *skierowanie do komisji nastąpiło na prośbę funkcjonariusza* tym bardziej na wniosek o stwierdzenie *swojego stanu zdrowia* i stawianie tych funkcjonariuszy na równi z funkcjonariuszami skazanymi za popełnienie przestępstwa w służbie, bowiem w rażący sposób godzi w konstytucyjną i unijną godność obywatela. Akceptacja przez Trybunał założeń pozwalających uznać kwestionowaną regulację za zgodną z Konstytucją oznacza otwarcie drogi w służbach mundurowych dla konstytucyjnie nieograniczonych działań legislacyjnych w przyszłości.

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).”

Art. 31 ust. 3 w związku z art. 64 ust. 2 i art. 66 ust. 2 Konstytucji RP

W związku ze stanowiskiem Prokuratora Generalnego wyrażonym w piśmie z dnia 24 grudnia 2013 r. (str. 14 i 15) skarżący ponownie podnosi, że w jego ocenie naruszona została możliwość ustawowej ingerencji (ograniczenia) prawa własności – inne prawo majątkowe (art. 64 ust. 2 – odprawa) i nabytego konstytucyjnego prawa do corocznego płatnego urlopu i jego ekwiwalentu (art. 66 ust. 2 Konstytucji), gdyż w zaskarżonym przepisie nie występuje ustawowa forma ograniczenia tych praw, bowiem ograniczenia dokonuje się nie poprzez przepis prawa, ale poprzez zastosowanie wnioskovania prawniczego *a contrario*. Zauważyć należy, iż ustawodawca naruszył także obowiązek negatywny stanowienia przepisów, bowiem w zaskarżonych przepisach uchwalił regulację prawną odmawiającą ochrony prawnej praw nabytych oraz w zakresie odprawy ochronę tę ograniczył w całości. Zatem stworzono rozwiązanie normatywne, którego skutkiem jest „wydrążenie” wskazanych powyżej praw i wolności konstytucyjnych z uprawnień składających się na ich istotę, poprzez brak ochrony praw podmiotowych. Zdaniem skarżącego naruszenie art. 31 ust. 3 Konstytucji jest oczywiste, bowiem sformułowane w art. 66 ust. 2 Konstytucji prawo obywatela polskiego do corocznego płatnego urlopu i jego rekompensaty ma charakter prawa absolutnego, a wynikające z niego podmiotowe prawo jeżeli zostało już nabyte nie może podlegać ograniczeniom w ustawie o ABW poprzez zastosowanie konstrukcji *a contrario*. Jako argument dodatkowy skarżący wskazuje na przepis art. 114 o Policji i jego dostosowanie do postanowień Konstytucji i prawa unijnego, bowiem zastosowana w Policji konstrukcja prawna, zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji powoduje, że każdy funkcjonariusz otrzymuje odprawę z wyłączeniem enumeratywnie wymienionych. (por. najnowsze prace legislacyjne art. 99 i art. 151 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej oraz art. 110 ust. 1 ustawy z dnia 26 kwietnia 1996 r. o Służbie Więziennej) naruszenie przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji, polega również na tym, iż ustawodawca wprowadzając nowelizację w 2006 roku do art. 128 ustawy o ABW ograniczającą prawa do świadczeń pieniężnych ustanowił te ograniczenia wbrew konstytucyjnym przesłankom powołanego przepisu Konstytucji.

Art. 64 ust. 2 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP

Art. 64 ust. 2 Konstytucji wprowadził zasadę równej ochrony prawa własności i innych praw majątkowych. Sytuację podmiotów tj. funkcjonariuszy zwolnionych ze służby reguluje jedna norma prawna: art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW. Zdaniem skarżącego zasada równego traktowania została naruszona, bowiem naruszono prawnie relewantną cechę w zakresie praw do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby ustanowioną w art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW została naruszona, bowiem nie są jednakowo potraktowani funkcjonariusze zwalniani ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z funkcjonariuszami zwalnianymi na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 5 (dla dobra służby) lub z art. 60 ust. 1 pkt 3 ustawy o ABW (wydaleni ze służby). Funkcjonariusze zwalniani na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW zostali potraktowani gorzej niż funkcjonariusze dyscyplinarnie wydaleny ze służby. Jednocześnie potraktowano tych funkcjonariuszy na równi z funkcjonariuszami skazanymi za popełnienie przestępstwa karnego w związku z pełnieniem służby. Tym bardziej, że powód ograniczenia w całości praw do świadczeń pieniężnych tj. niestawiennictwo przed komisją lekarską w celu określenia *jego stanu zdrowia* nie stanowi przestępstwa, wykroczenia, a także nie narusza przepisów dyscyplinarnych lub zasad etyki zawodowej.

Zatem, norma prawna zawarta w zakwestionowanym przepisie przybiera charakter dyskryminujący, ponieważ zawężyła w sposób nieuzasadniony dostęp funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW do praw zagwarantowanych już przez art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW oraz nabytych już praw gwarantowanych przez Konstytucję i prawo unijne w sposób bezwarunkowy (prawo do urlopu i jego ekwiwalent). W ocenie skarżącego naruszenie postanowień art. 32 ust. 1 Konstytucji dokonano się poprzez wyraźne zróżnicowanie przez ustawodawcę sytuacji osób zwolnionych na podstawie art. 60 ust. 1 pkt 3 i art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW na niekorzyść tych drugich. Zróżnicowanie jest tym bardziej bezzasadne, gdyż wydaleny dyscyplinarnie ze służby otrzymują 50 % odprawy oraz ekwiwalent pieniężny za urlopy wypoczynkowe i dodatkowe niewykorzystane w latach poprzedzających rok zwolnienia ze służby.

Reasumując, niewątpliwie zasadność podniesionych zarzutów występuje w niniejszej sprawie, bowiem w obrębie przepisów określających zasady otrzymywania prawa do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby dochodzi do niczym nieuzasadnionego różnicowania sytuacji majątkowej funkcjonariuszy zwalnianych ze służby. Argumentem, zaś dodatkowym jest wskazanie okoliczności, iż funkcjonariusze przebywający na zwolnieniu lekarskim zgodnie z przepisami obowiązującymi ze względu na chorobę postawieni zostali w tej samej sytuacji co funkcjonariusze odmawiający usprawiedliwienie niestawiennictwa, gdyż normodawca nie wydał przepisów w tym zakresie w tym określającego sposób, tryb i organ właściwy do usprawiedliwienia niestawiennictwa. Tym samym zaskarżony przepis pozwala na arbitralne działanie władzy wykonawczej. Skarżący, zaś uważa, że kwestionowany przepis narusza postanowienia art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji w zakresie odprawy (art. 64 ust. 2 Konstytucji) w następujący sposób, bowiem funkcjonariusze przebywający na zwolnieniu lekarskim od służby zgodnie z przepisami obowiązującymi ze względu na chorobę postawieni zostali w tej samej sytuacji co funkcjonariusze odmawiający usprawiedliwienia niestawiennictwa, gdyż ustawodawca nie wydał przepisów określającego sposób, tryb, a zwłaszcza organu właściwego do usprawiedliwienia niestawiennictwa. Tym samym zaskarżony przepis pozwala arbitralne działanie dla władzy wykonawczej w zakresie objęcia uznania usprawiedliwienia.

Art. 66 ust. 2 Konstytucji RP.

Uznanie niezgodności przepisu art. 128 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW z art. 66 ust. 2 Konstytucji jest konieczne, gdyż w skardze konstytucyjnej przedstawiono argumenty za naruszeniem przez zaskarżoną regulację „istoty” tego prawa. Zdaniem skarżącego oceniana regulacja zaprzecza w sposób oczywisty i jednoznaczny istocie prawa tam określonego. Art. 66 ust. 2 Konstytucji gwarantuje prawo do wypoczynku i jego rekompensatę. Wymienione w nim prawo należy traktować jako konstytucyjną gwarancję prawa do wypoczynku. Wprawdzie każdy funkcjonariusz ma zapewnione powyższe konstytucyjne prawo w wielkości określonej w ustawie o ABW, jednakże funkcjonariusze zwalniani w trybie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW pozbawieni są rekompensaty za nabyte już prawo konstytucyjne nie przez jego zastosowanie ustawowego ograniczenia, ale poprzez konstrukcję prawniczą *a contrario*. Stanowi to wystarczającą podstawę do stwierdzenia niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu w całości.

Odnosząc się do stanowiska Sejmu wyrażonego w piśmie z dnia 27 lutego 2014 r. w którym wnioskuje o umorzenie postępowania z uwagi na niedopuszczalność orzekania, strona uznaje je za bezzasadne. Marszałek w swoich wywodach nie dostrzega, jak się wydaje, że oprócz błędów aksjologicznych i konstrukcyjnych zaskarżonych przepisów rażąco naruszających podstawowe zasady konstytucyjne, jednocześnie ustawodawca odstąpił w ustawie o ABW od uregulowania obowiązków za naruszenie, których uprawione byłoby zastosowanie sankcji w postaci ograniczenia w całości praw do odprawy i ekwiwalentu, a w szczególności braku przepisów prawa materialnego w zakresie obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską w *celu zbadania stanu zdrowia* oraz zasad i organu władnego do usprawiedliwiania nieobecności przed komisją związanego z tym badaniem. Skarżący, zaś uważa, że norma prawna zawarta w kwestionowanym przepisie narusza postanowienia art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji w zakresie odprawy (art. 64 ust. 2 Konstytucji) w następujący sposób, bowiem funkcjonariusze przebywający na zwolnieniu lekarskim od służby zgodnie z przepisami obowiązującymi ze względu na chorobę postawieni zostali w tej samej sytuacji co funkcjonariusze odmawiający usprawiedliwienia niestawiennictwa oraz funkcjonariusze usprawiedliwiający to niestawiennictwo jakimkolwiek dokumentem, gdyż ustawodawca nie wydał przepisów prawa materialnego określającego sposób, tryb, a zwłaszcza organu właściwego do usprawiedliwienia niestawiennictwa. Tym samym zaskarżony przepis łamie podstawowe pryncypia państwa prawa, bowiem pozwala na arbitralne działanie dla władzy wykonawczej w zakresie podmiotu objętego uznaniem usprawiedliwienia w konsekwencji arbitralnego stosowania sankcji w zakresie ograniczenia praw do świadczeń pieniężnych. Oprócz powyższego na tle sprawy związanej z ekwiwalentem podnieść należy, że w piśmie z dnia 14 marca 2012 r. Minister Spraw Wewnętrznych wyraził następujący pogląd: *„Jak słusznie zauważono w toku prac nad projektem, **taka sankcja pozostaje w sprzeczności w dyrektywą 2003/88/WE** Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącą niektórych aspektów organizacji czasu pracy i nie daje podstaw do ograniczenia praw urlopowych zarówno pracowników, jak i osób pozostających w zatrudnieniu w ramach stosunku służby, w zależności od trybu czy przyczyny ustania zatrudnienia lub stosunku służby.”* (publ. druk senacki nr 27)

W tym kontekście skarżący uważa, że argumenty Prokuratora Generalnego należy uznać za bezzasadne, gdyż stoją w sprzeczności z rekomendacją nr R (91) 1 przyjętą 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*. Wprawdzie wymieniona wyżej rekomendacja nie ma charakteru wiążącego, niemniej określa ona minimalne standardy, które powinny być przestrzegane w każdym demokratycznym państwie prawnym. Tym bardziej, że stanowią one także ważne wskazówki interpretacyjne, które powinny być brane pod uwagę przy interpretacji prawa polskiego. Zatem w niniejszej sprawie mamy do czynienia z nałożeniem sankcji za nieistniejący w prawie czyn, bowiem brak przepisów wykonawczych w zakresie orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza powoduje, iż jakkolwiek komisja lekarska nie jest władna rozpocząć procedurę i wydać orzeczenie o stanie zdrowia, gdyż resortowe komisje lekarskie nie zajmują się badaniami *jego stanu zdrowia*. Ustalanie stanu zdrowia należy do ubezpieczeń zdrowotnych, a nie stosunków służbowych czy pracy.

Niezgadając się ze stanowiskiem Sejmu wrażonym w piśmie z dnia 27 lutego 2014 roku, ustosunkowując się do argumentów Sejmu, skarżący przedstawia następującą argumentację za niekonstytucyjnością zaskarżonego przepisu wskazując na istotę problemu rozpatrywanego w niniejszej sprawie, a podniesioną już w skardze konstytucyjnej. W niniejszej sprawie została zaskarżona norma prawna wynikająca z regulacji zawartej w art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW. Dla pełnego zobrazowania analizowanej sprawy konieczne jest aby punktem wyjścia dla dalszych rozważań stała się analiza umieszczenia w ustawie o ABW obowiązków (czynów) za naruszenie których ustawodawca ograniczył w całości prawo do odprawy i ekwiwalentu:

IV. Otoczenie normatywne art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW

Zaskarżone przepisy określają skutki prawne w postaci nieprzyznania odprawy i ekwiwalentu funkcjonariuszom zwolnionym ze służby w trybie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. Zatem jest to przepis o charakterze sankcyjnym ustanawiający sankcje administracyjne za naruszenie przez funkcjonariusza ABW i AW obowiązków wynikających z ustawy o ABW. Natomiast meritum niniejszej sprawy polega na rozważeniu, czy za popełnienie czynów (naruszenie obowiązków służbowych) nieuregulowanych przepisami prawa ustawodawca mógł ograniczyć w całości prawo do świadczeń pieniężnych w postaci odprawy i ekwiwalentu. Zdaniem skarżącego w pierwszej kolejności należy ustalić przepisy określające naruszone obowiązki funkcjonariusza ABW związane z ustaleniem stanu zdrowia przez komisję lekarską, a następnie rozważyć czy naruszenie tych wyraźnie wskazanych obowiązków ustawowych może dać powód do nieprzyznania odprawy i ekwiwalentu w konsekwencji, bowiem wspomniany czyn nie stanowi ani przestępstwa ani naruszenia dyscypliny warunkującej wydalenie, tym samym ocena zakwestionowanego przepisu z postanowieniami Konstytucji.

Na wstępie należy wskazać, że zarówno zaskarżone przepisy jak i przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW są to przepisy o charakterze sankcyjnym, gdyż zawierają sankcje w postaci nieprzyznania odprawy i ekwiwalentu oraz sankcję w postaci zwolnienia z pracy

za naruszenie obowiązków ustanowionych w przepisach prawa. Przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW jest skierowany do Szefów ABW i AW i ustanawia uprawnienie Szefa Agencji do zwolnienia ze służby, jednakże podnieść należy, że w przepisie tym ustanowiono sankcję w postaci zwolnienia z pracy za naruszenie nieuregulowanych w prawie obowiązków. Przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW jest bowiem sformułowany jednoznacznie, precyzyjnie i w sposób nie budzący wątpliwości, jako przepis sankcyjny określa czyn polegający na **dwukrotnym niestawieniu się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia** – Zatem wydalenie z pracy(służby) jest możliwe za czyn nieuregulowany innymi przepisami ustawowymi.

Za popełnienie jednego czynu nieuregulowanego przepisami prawa prawodawca przewidział podwójną represję ekonomiczną w postaci nieprzyznania świadczeń pieniężnych tj. odprawy i ekwiwalentu oraz zwolnienie z pracy. W tym miejscu skarżący wskazuje na istotę sprawy, bowiem represja ekonomiczna za popełnienie zacytowanego powyżej czynu w postaci nieprzyznania odprawy i ekwiwalentu nie została skorelowana z pozostałymi przepisami prawa, gdyż:

po pierwsze, ustawodawca w ustawie o ABW nie uregulował obowiązku stawiennictwa *przed komisją lekarską w celu określenia stanu zdrowia* (warunkiem nadrzędnym niniejszej argumentacji skarżącego było przyjęcie zasady tzw. racjonalnego ustawodawcy, bowiem stanowisko Sejmu podważa wszystkie wnioski wynikające z dotychczasowych prac legislacyjnych przed parlamentem, bowiem dotyczyły one ustawowego uregulowania obowiązku stawiennictwa w celu ustalenia zdolności do służby), a zwłaszcza szczegółowe uzasadnienia do następujących projektów ustaw:

- o Służbie Celnej (art. 130 ust. 2 w zw. z art. 105 pkt 8 - por. uzasadnienie do art. 130 - druk sejmowy nr 1492),
 - o Służbie Więziennej (art. 111 ust. 2 w zw. z art. 96 ust. 2 pkt 8 - druk sejmowy nr 2062),
 - o Straży Granicznej (art. 44 ust. 2) oraz
- poselski projekt ustawy o Straży Kolejowej (druk nr 510; art. 35 ust. 2 pkt 10 w związku z art. 33 ust. 2).

Niezgadzając się ze stanowiskiem Sejmu, bowiem prowadzi w przypadku jawnego braku przepisów o obowiązkach służbowych funkcjonariuszy w zakresie badań lekarskich mających na celu ustalenie stanu zdrowia do ich zastępowania poprzez dokonanie rozszerzającej wykładni innych przepisów, tym samym odrzucenia ustalonego przez ustawodawcę brzmienia przepisu poprzez wykreowanie nowej, niewynikającej z gramatycznego brzmienia przepisu normy prawnej. Zaprezentowanie stanowisko Sejmu prowadzi do szczególnie rażącego naruszenia zasady państwa prawa oraz jest niebezpieczne w przypadku funkcjonariuszy tzw. służb specjalnych, gdyż zaakceptowanie stanowiska Sejmu prowadzić będzie do stanu, że nie przepisy prawa decydują o obowiązkach funkcjonariuszy, ale ich wykładnia dokonana przez organy państwa.

Po drugie, ustawodawca nie wydał przepisów w zakresie sposobów i zasad usprawiedliwiania nieobecności przed komisją, zatem brak jest przepisów prawa materialnego w zakresie usprawiedliwiania nieobecności przed komisją; m. in. trybu, sposobu, a zwłaszcza organu uprawnionego do dokonania usprawiedliwienia.

Po trzecie, normodawca nie wydał przepisów wykonawczych odnośnie badań lekarskich **przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia**, gdyż jak jasno wynika z przepisów całej ustawy o ABW wydano

wyłącznie przepisy wykonawcze w zakresie stawiennictwa przed komisją lekarską i to wyłącznie komisją ABW lub AW w celu ustalenia zdolności do służby(pracy). (przykładowo: art. 45 ust. 1 i 2 ustawy o ABW).

Resumując, powodem „nieotrzymania” odprawy i ekwiwalentu w zaskarżonym przepisie jest popełnienie czynu – naruszenie obowiązków - nieuregulowanych żadnymi przepisami. Na marginesie należy dodać, że powód zwolnienia z pracy, o którym mowa w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW nie jest czynem karalnym lub czyn ten nie stanowi zachowania uchybiającego obowiązkom lub godności wykonywania zawodu. Istotne zaś jest, że czyn za który nieprzyznaje się odprawy i ekwiwalentu nie został uregulowany w przepisach prawa oraz nie narusza zasad etyki zawodowej. Stanowisko Marszałka Sejmu jako organu państwa polskiego prowadzi do próby rażącego naruszenia podstawowych praw i wolności konstytucyjnych, w tym zmuszania funkcjonariuszy służb specjalnych po groźbą kary-sankcji ekonomicznej do naruszania kardynalnej wolności konstytucyjnej ustanowionej w art. 31 ust. 2 zd. 2 Konstytucji *nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje*. – Zdaniem skarżącego zakazane jest w państwie prawa stosowanie sankcji - poprzez zmuszanie do stawiennictwa przed komisją w celu ustalenia swojego stanu zdrowia, bowiem narusza to konstytucyjne i unijne prawo do godności, Tym bardziej, że ustawodawca nie uregulował obowiązku stawiennictwa w celu określenia stanu zdrowia oraz nie uregulował sposobu i organu władnego do usprawiedliwiania nieobecności jak również normodawca nie wydał przepisów wykonawczych w zakresie badań lekarskich mających na celu stwierdzenie stanu zdrowia oraz właściwej komisji lekarskiej. Zdaniem skarżącego te jawne braki legislacyjne nie mogą zostać uzupełnione poprzez rozszerzającą wykładnię pozostałych przepisów prawa, tym bardziej w tzw. służbach specjalnych. Zatem za czyn jedynie nazwany w sankcyjnym przepisie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW ustawodawca zmusza funkcjonariuszy do *czynienia tego czego prawo nie nakazuje*, natomiast za naruszenie nieuregulowanych w prawie czynów(obowiązków) zwalnia się ze służby w ABW i pozbawia prawa do odprawy i ekwiwalentu naruszając tym samym art. 30 Konstytucji. Pogląd Marszałka Sejmu jakoby słuszne było nieprzyznanie odprawy za czyn nieuregulowany w przepisach prawa jest również niegodny z przepisem art. 31 ust. 3 Konstytucji, bowiem tylko przepisy ustawowe mogą ograniczać powyżej wskazaną wolność konstytucyjną jak również ograniczać odprawę jako prawo konstytucyjnie chronione (art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji) zapominając także o wydaniu ustawowych przepisów o obowiązkach funkcjonariuszy w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, skarżący wnosi o zbadanie konstytucyjności art. 128 ust. 1 i 2 ustawy o ABW, gdyż zdaniem wnioskodawcy brak jest racjonalnych przesłanek do wyłączenia przez ustawodawcę z kręgu uprawnionych do świadczeń pieniężnych funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, bowiem powodem wyłączenia jest popełnienie czynu nieuregulowanego żadnymi przepisami i tym bardziej nie można grozić żadną sankcją. Funkcjonariusze zwolnieni w trybie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z powodu brzmienia art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW w zakresie prawa do odprawy i ekwiwalentu za urlop postawieni zostali na równi z funkcjonariuszami znajdującymi się w następujących sytuacjach: skazania prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego, skazania prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo inne niż określone w art. 60 ust. 1 pkt 4 ustawy o ABW tj. przestępstwa karno-skarbowe. Natomiast istotne dla niniejszej sprawy jest to, że funkcjonariusze zwalniani na podstawie 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW tj. za czyn nieuregulowany w żadnych przepisach, znajdują się w gorszym położeniu od funkcjonariuszy wydalonych dyscyplinarnie ze służby, którzy zachowują 50% odprawy oraz ekwiwalent pieniężny za urlopy wypoczynkowe niewykorzystane w latach

poprzedzających rok zwolnienia ze służby – por. art. 128 ust. 2 ustawy o ABW. Zdaniem skarżącego w niniejszej sprawie należy uwzględnić, że powód zwolnienia z pracy nie jest czynem karalnym lub czyn ten nie stanowi zachowania uchybiającego obowiązkom lub godności wykonywania zawodu. Czyn za który „nieprzyznanie” się odprawy nie został uregulowany w przepisach prawa oraz nie narusza zasad etyki zawodowej. Zdaniem skarżącego w niniejszej sprawie należy także uwzględnić wieloletnia doktrynę i rozwiązania prawne przyjęte w Policji w przypadku niestawienia się przed komisją lekarską MSW w celu określenia przydatności do służby, gdyż w Policji powodem zwolnienia ze służby jest tzw. ważny interes służby. Podnieść należy, iż w analogicznych sytuacjach w Policji wypłaca się odprawę i ekwiwalent. Stanowisko Sejmu neguje także wieloletni dorobek doktryny i orzecznictwa prawa pracy, bowiem przepisy prawa pracy przewidują zwolnienie ze względu na brak badań lekarskich o zdolności do podjęcia pracy, jednakże i w tym przypadku wszelkie świadczenia związane ze zwolnieniem wypłaca się. Zdaniem skarżącego badania lekarskie swojego stanu zdrowia - tym bardziej na wniosek zainteresowanego - muszą zawsze zostać pozostawione zainteresowanym i nie może być mowy o jakimkolwiek obowiązku stawiennictwa, a odmowa poddania może co najwyżej stanowić powód rozwiązania umowy o pracę lub służby w żadnym przypadku nie można stosować sankcji ekonomicznych. Reasumując, na tle pozostałych służb mundurowych i prawa pracy odmowa poddania się badaniom lekarskim, ale określających przydatność do pracy na zajmowanym stanowisku może stanowić przyczynę zwolnienia z pracy jednakże z zachowaniem prawa do świadczeń pieniężnych. Mając powyższe na uwadze, zdaniem skarżącego zaskarżony przepis art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW nie zapewnia spójności systemu prawnego RP. Zaskarżony przepis stoi także w rażącej sprzeczności z zasadą racjonalnego ustawodawcy i dlatego wnoszę o odrzucenie argumentów Marszałka Sejmu jako sprzecznych z podstawowymi zasadami państwa prawa. Zatem, w sposób arbitralny prowadzi do niesprawiedliwego różnicowania praw funkcjonariuszy w ramach ustawy o ABW. Zakwestionowane w niniejszej sprawie przepisy prawne nie zapewniają spójności systemu prawnego RP, bowiem w rzeczywistości tworzą one jedynie szkielet przyszłej instytucji, gdyż ze względu na braki w uregulowaniach ustawowych nie spełniają nawet wymogów właściwych dla standardu zwykłej poprawności legislacyjnej, chociaż - jako represyjne winny realizować wymogi właściwe dla standardu podwyższonego.

Skarżący nie podziela także poglądów Sejmu odnośnie zakresu podmiotowego i przedmiotowego unormowania obejmującego zaskarżony przepis, bowiem pogląd Sejmu odnośnie zakresu przedmiotowego zaskarżonego przepisu odrzuca brzmienie ustalone przez ustawodawcę poprzez wykreowanie nowej, niewynikającej z gramatycznego brzmienia regulacji normy prawnej. Wbrew jasnej treści przepisów ustawy o ABW jest sugestia Sejmu, że tym samym czynem za który można zastosować represję ekonomiczną jest - *niestawienie się przed komisją lekarską w celu określenia stanu jego zdrowia*, jak również tym samym czynem jest *niestawienie się przed komisją lekarską właściwej Agencji w celu określenia zdolności do służby*. Zdaniem skarżącego błędne jest powyższe stanowisko Sejmu, gdyż przepis kompetencyjny art. 59 ust. 1 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*. Natomiast ustawodawca w przepisie prawa materialnego tj. art. 45 ust. 1 ustawy o ABW ustanowił materialne ramy działania komisji lekarskich właściwych Agencji, gdyż przepis jasno, precyzyjnie i jednoznacznie stanowi: *„Zdolność fizyczną i psychiczną do służby ustalają komisje lekarskie ABW albo AW, podległe Szefowi właściwej Agencji.”* Gramatyczna i logiczna wykładnia przepisu art. 45 ust. 1 i 2 ustawy o ABW nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca odstąpił od ustanawiania przepisów w zakresie badań

lekarskich w celu określenia *jego stanu zdrowia*, zatem komisje lekarskie ABW i AW nie są władne do orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza, tym samym dokonywanie przez Sejm wykładni rozszerzającej jasnego przepisu jest nieuprawnione. Jako argument dodatkowy skarżący wskazuje, że brak przepisów wykonawczych w zakresie orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza powoduje, iż jakakolwiek komisja lekarska nie jest władna rozpocząć procedurę i wydać orzeczenie. Przykładowo: z literalnego brzmienia przepisu art. 29 w związku z art. 42 ust. 2 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej wynika następujący zakres orzekania komisji lekarskich – *„Oceny zdolności fizycznej i psychicznej do służby w Państwowej Straży Pożarnej dokonują komisje lekarskie podległe ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych.”* Także rys historyczny ewolucji przepisu art. 42 ustawy o PSP nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca odstąpił od ustanawiania przepisów w zakresie badań lekarskich w celu określenia *jego stanu zdrowia*, bowiem tym nie zajmują się resortowe komisje lekarskie.

V. Argumenty dodatkowe (doktryna i orzecznictwo)

Z komentarza do art. 111 ustawy o Służbie Więziennej (publ. Lex 2013) wynika, że *„1. Stosownie do dyspozycji art. 111 ust. 1 funkcjonariusza Służby Więziennej obligatoryjnie kieruje się, z urzędu lub na jego prośbę, do komisji lekarskiej w celu określenia stanu zdrowia oraz ustalenia zdolności fizycznej i psychicznej do służby, jak również związku poszczególnych schorzeń ze służbą. „*

„2. Ustęp 2 omawianego artykułu nakłada na funkcjonariusza obowiązek poddania się badaniom zleconym przez komisję lekarską, (...) Warto zauważyć, że ratio legis tej normy sprowadza się do eliminacji sytuacji polegających na unikaniu poddania się stosownym badaniom przez funkcjonariuszy skierowanych na komisję lekarską (por. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o Służbie Więziennej, druk sejmowy nr 2062, s. 18).”

Doktryna również na tle tożsamego przepisu art. 40 ustawy o Policji nie doszukuje się obowiązku stawienia przed komisją lub obowiązku poddania się badaniom (por. komentarz do art. 40 ustawy o Policji, Kotowski Wojciech, wyd. ABC oraz system Lex 2005 i 2012) W ocenie Sądów administracyjnych skierowanie do komisji jest czynnością materialno-techniczną, które inicjuje podjęcie postępowania przed właściwą komisją lekarską MSWiA. (por. postanowienie WSA w Warszawie z dnia 25 maja 2010 r. sygn. II SAB/Wa 66/10, pobl. Lex nr 784437).

Brzmienie przepisu art. 59 ust. 1 ustawy o ABW jako przepisu o charakterze proceduralnym i ma analogiczną treść we wszystkich służbach mundurowych, bowiem 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 na 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.

Resumując, w odniesieniu do argumentacji Sejmu mającej wykazać umiejscowienie obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską *w celu określenia jego stanu zdrowia* za naruszenie którego ograniczono prawo do odprawy, należy zauważyć, że jest ona oczywiście bezzasadna i godząca w zasadę racjonalnego ustawodawcy oraz godzi w zasadę ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, bowiem nie wynika z przepisów prawa oraz niweczy dotychczas linie orzecznictwa sądów administracyjnych i doktrynę prawa wszystkich służb mundurowych.

Reasumując, wywody Marszałka Sejmu, sprowadzają się one do następującej konstatacji, nieusprawiedliwione niestawiennictwo przed komisją lekarską jest naruszeniem dyscypliny służbowej lub jak uważa Prokurator Generalny niewywiązywania się z obowiązków służbowych w okresie odbywania służby stałej, gdyż jest to niewykonanie polecenia służbowego przełożonego, jednakże uszło uwadze, że po pierwsze za ten czyn we wszystkich służbach mundurowych karze się dyscyplinarnie co najwyżej karą nagany lub wpisem do opinii służbowej, po drugie, ze względu na unormowania ustawowe - w odróżnieniu od wszystkich służb mundurowych - zgodnie w przepisami wykonawczymi w ABW skierowanie do komisji wystawia kadrowiec bez stosownego upoważnienia ustawowego z załamaniem kardynalnej zasady służb mundurowych – zasady hierarchicznego podporządkowania, zatem nie może tutaj być mowy o przełożonym. Podnieść należy, że zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 10 ustawy o ABW za ciężkie naruszenie dyscypliny służbowej grozi maksymalna kara wydalenia ze służby (rozdział 10 ustawy o ABW – odpowiedzialność dyscyplinarna). W przypadku wydalenia ze służby na podstawie art. 128 ust. 2 ustawy o ABW funkcjonariusz otrzymuje częściową odprawę i ekwiwalent. Natomiast funkcjonariusz zwolniony na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW tj. za popełnienie czynu – zdaniem Sejmu – spełniającego warunki naruszenia dyscypliny służbowej lub niewywiązywania się z obowiązków służbowych w okresie odbywania służby stałej zagrożony wpisem do opinii służbowej (art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy o ABW) jest pozbawiony praw do świadczeń. Zatem, wywody Sejmu dążą do załamania spójności systemu prawnego RP, bowiem za czyn – zdaniem Sejmu stanowiący naruszenie dyscypliny służbowej, poprzez niewykonanie polecenia służbowego przełożonego (?) – nieprzyznaje się odprawę i ekwiwalent, natomiast zagrożony najwyższą karą dyscyplinarną w postaci wydalenia ze służby przyznaje się te prawa w części. Natomiast za czyn, o którym mowa w art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy o ABW - *niewywiązywania się z obowiązków służbowych w okresie odbywania służby stałej* - przyznaje się odprawę i ekwiwalent w całości. Zatem, zakwestionowane w niniejszej sprawie przepisy prawne w sposób arbitralny prowadzą do niesprawiedliwego zróżnicowania funkcjonariuszy w ramach ustawy o ABW oraz nie zapewniają spójności systemu prawnego RP, bowiem sankcja wyciągnięta została za czyn który nie stanowi przestępstwa, wykroczenia, a także nie narusza przepisów dyscyplinarnych lub zasad etyki zawodowej. W myśl stanowiska Sejmu sankcja ma na celu unikanie podejmowania pracy przez funkcjonariuszy nie mających stosowanych badań dopuszczających do pełnienia służby. Tym samym nie można mówić o jakimkolwiek *ratio legis* zaskarżonego przepisu, bowiem ze stanowiska Sejmu wynika próba zaprezentowania jako całości dwóch sprzecznych ze sobą poglądów, gdyż albo zdefiniowany ustawowo czyn jest ciężkim naruszeniem przepisów dyscyplinarnych lub niewywiązywania się z obowiązków służbowych w okresie odbywania służby stałej, a wówczas zwalnia się ze służby na podstawie art. 60 ust. 1 pkt 3 lub art. 60 ust. 2 pkt 1 ustawy o ABW i wypłaca częściowo odprawę i ekwiwalent, albo chodzi tutaj o brak wymaganego prawem dokumentu stwierdzającego przydatność do podjęcia pracy na zajmowanym stanowisku, a wówczas w ogóle brak jest powodu do zastosowania sankcji w postaci ograniczenia w całości świadczeń pieniężnych. W Policji w tym drugim przypadku

zwalniania się ze służby na podstawie tzw. ważnego interesu służby wraz z wypłatą odprawy i ekwiwalentu.

Jeszcze bardziej kontrowersyjne i godzące w spójność systemu prawnego RP stają się podniesione przez Sejm argumenty, że w przypadku, gdy funkcjonariusz wystąpił w wnioskiem o skierowanie na komisję lekarską w celu stwierdzenia jego stanu zdrowia: „*chyba że skierowanie do komisji lekarskiej nastąpiło na prośbę funkcjonariusza*”; uprawniona jest sankcja w postaci pozbawienia funkcjonariusza praw do odprawy. Zatem argumenty Sejmu w tym także zakresie nie znajdują jakiegokolwiek oparcia. Nie do pogodzenia z postanowieniami Konstytucji jest stanowisko, że prośba o badania lekarskie w celu określenia swojego stanu zdrowia przed komisją lekarską (funkcjonariusza lub pracownika), a następnie rezygnacja z tych badań może stanowić przyczynę zastosowania represji ekonomicznej.

Niemniej jednak, zakładając racjonalność działania ustawodawcy, to należy przyjąć, że uchwalony w 2006 roku przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW wprowadzał jednocześnie nowelizację do art. 128 ustawy o ABW, jako nową przesłankę „nieprzyznania” praw do świadczeń, nabytych już na podstawie art. 66 ust. 2 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji oraz art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW; nabytych już na podstawie prawa unijnego z jednoczesnym nieimplementowaniem art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy 2003/88, to niewątpliwie należy też stwierdzić rażące naruszenie: zasad techniki prawodawczej, zasadę dobrej legislacji i zasadę demokratycznego państwa prawa. Naruszenie tych zasad przejawia się m. in. w tym, iż zaskarżony przepis przyznaje prawo do ekwiwalentu za niewykorzystany urlop wybranej grupie funkcjonariuszy w związku ze zwolnieniem ze służby, jednakże konstytucyjne i unijne prawo do corocznego płatnego urlopu i jego rekompensata zostało już nabyte aktem wyższym niż ustawa przez wszystkich funkcjonariuszy ABW i AW z dniem 1 stycznia każdego roku kalendarzowego. Zatem, zakwestionowane w niniejszej sprawie przepisy prawne nie spełniają nawet wymogów właściwych dla standardu zwykłej poprawności legislacyjnej, chociaż – jako represyjne winny realizować wymogi właściwe dla standardu podwyższonego.

Geneza błędów konstrukcyjnych i aksjologicznych wynika, bowiem z tego, iż ustawodawca w tzw. „służbach specjalnych” pozostawił treść zaskarżonego przepisu w niezmienionym kształcie od 1985 roku – z wyłączeniem drobnych zmian „korekcyjnych” związanych ze zmianą nazwy organu”. Ustawodawca, bowiem zapomniał, iż należy dostosować skarżony przepis do postanowień Konstytucji z 1997 roku oraz po 2004 roku do postanowień prawa unijnego. Podnieść przy tym należy, że w 1985 roku tj. w okresie stanowienia ustaw (zwykłych) uregulowania art. 107 ustawy o MO i SB – podobnie zresztą jak i pozostałych służb mundurowych - jego aksjologia oraz zakres realizacji spełniał pozytywną funkcję stymulacyjną. Analiza porównawcza w zakresie dużych służb mundurowych, takich jak wojsko i policja wskazuje też, że w następstwie przemian ustrojowych - a zwłaszcza w sferze gwarantowanych praw jednostki oraz dopuszczalności ich ograniczenia po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 roku - dostosowano przepisy w zakresie ekwiwalentu i odprawy w tych służbach mundurowych do nowej sytuacji prawnej. W tych służbach wypłaca się odprawę i ekwiwalent w przypadku zwolnienia za niestawiennictwo przed komisją. Trudno tu pomijać jednoznaczny wniosek wynikający z

prześledzenia unormowań „służb specjalnych” tj. ustawy o MO i SB następnie UOP i ABW, gdyż w tych przepisach nie zostały ujęte - nie tylko prawa jednostki ustanowione w Konstytucji, ale również po 2004 roku nie wykonano obowiązku dostosowania przepisów ustawy o ABW do przepisów Unii Europejskiej. Wnosząc o stwierdzenie naruszenia art. 2 w związku z art. 64 ust. 2 i art. 66 ust. 2 Konstytucji przez kwestionowany przepis prawny, skarżący wskazuje, że jest on obciążony bardzo poważnymi wadami legislacyjnymi dotyczącymi jego konstrukcji i treści. Wprowadzając w 2006 roku szczególną restrykcję ekonomiczną, ustawodawca nie unormował obowiązków (czynów) w przepisach ustawy o ABW. Natomiast sankcja w postaci zwolnienia ze służby określona w art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW określa czyny, które przy pobieżnej analizie w większości okazują się nieprecyzyjne i niejednoznaczne (por. poszukiwanie obowiązków ustawowych w stanowiskach Marszałka Sejmu i Prokuratora Generalnego sprawa o sygn. SK 21/12). Można przy tym zaryzykować stwierdzenie, że w rzeczywistości tworzą one jedynie szkielec przyszłej instytucji.

W świetle powyższych ustaleń skarżący w niniejszym piśmie skarżący nie odniósł się szczegółowo do istotnych wątpliwości interpretacyjnych odnośnie zaskarżonego przepisu, bowiem odsyła on do przepisu art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, który w wyniku pośpiesznych prac legislacyjnych nie został skorelowany z pozostałymi przepisami ustawy o ABW. Nieprzyznanie odprawy i ekwiwalentu stanowi sankcję za niestawiennictwo „*przed komisją lekarską, do której został skierowany w celu określenia jego stanu zdrowia*”. Literalne brzmienie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW pozwala przyjąć, że ustawodawca wskazał komisję lekarską inną niż komisja lekarska ABW lub AW. Wbrew opinii Marszałka Sejmu, racjonalny ustawodawca nie mógł wskazać komisji lekarskich ABW i AW, gdyż nie mają one uprawnień ustawowych do orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza (por. przepis prawa materialnego - art. 45 ust. 1 i 2 ustawy o ABW). Natomiast analiza całej ustawy o ABW wskazuje, że po pierwsze, gdyby racjonalny ustawodawca chciał wskazać komisję lekarską ABW lub AW to użyłby zwrotu „*do komisji lekarskiej właściwej Agencji*” – art. 59 ust. 1 i art. 60 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW lub „*komisje lekarskie ABW albo AW, podległe Szefowi właściwej Agencji*” - art. 45 ust. 1 ustawy o ABW. Przypomnieć należy, że przepis art. 45 ust. 1 ustawy o ABW ustanawia materialne ramy działania komisji lekarskich ABW i AW; zgodnie z tym przepisem *zdolność fizyczną i psychiczną do służby ustalają komisje lekarskie ABW albo AW, podległe Szefowi właściwej Agencji*. Zatem komisje lekarskie ABW i AW nie są władne do orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza. Po drugie, przepisy rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie art. 45 ust. 2 ustawy o ABW określają jasno, że przedmiotem badań lekarskich przed komisjami lekarskimi ABW lub AW jest *ocena zdolności fizycznej i psychicznej do służby w Agencji*. Zatem wbrew stanowisku Marszałka Sejmu poszukującego *ratio legis* zaskarżonego przepisu, Marszałek nie tylko nie dostrzegł, że ustawa o ABW nie normuje właściwej komisji lekarskiej, ale na tle całej ustawy o ABW ustawodawcy nie chodziło tutaj o komisje ABW lub AW, bowiem wówczas byłby to przepis sprzeczny z pozostałymi unormowaniami ustawy o ABW. Jednocześnie nie wydano przepisów wykonawczych dotyczących trybu i zasad badań komisyjnych w celu określenia stanu zdrowia funkcjonariusza, gdyż przepisy wykonawcze normują badania komisyjne przydatności do służby. Brak przepisów wykonawczych w zakresie orzekania o stanie zdrowia funkcjonariusza powoduje, iż jakkolwiek komisja lekarska nie jest władna

rozpocząć procedurę i wydać orzeczenie. Przykładowo: jest natomiast władna do wydania następującego orzeczenia: art. 57 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW „*orzeczenia przez właściwą komisję lekarską Agencji trwałej niezdolności do pełnienia służby na zajmowanym stanowisku.*” (zob. zakres wynikający z art. 42 ust. 2 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej)

W tej sytuacji należy stwierdzić, że represja ekonomiczna zawarta w zaskarżonym przepisie za czyn nie zdefiniowany w ustawie o ABW niestawiennictwo „funkcjonariusza skierowanego do komisji lekarskiej w celu określenia jego stanu zdrowia” nie znajduje legislacyjnych podstaw. Okoliczność ta potwierdza brak czytelnej koncepcji legislacyjnej i przypadkowość instytucjonalizacji normatywnej postępowania związanego z trybem i zasadami kierowania do komisji lekarskich w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz sposobów usprawiedliwiania niestawiennictwa. Zatem zaskarżony przepis dopuszcza stosowanie sankcji ekonomicznych przez organ wykonawczy w sposób arbitralny.

Jedynie na marginesie, abstrahując od powyższych rozważań, skarżący pragnie zauważyć, iż akceptacja stanowiska Prokuratora Generalnego spowoduje, że ustawodawca w zakresie odprawy w sferze mundurowej będzie mógł za dowolny czyn lub w dowolnym stanie prawnym, w dowolny sposób ograniczać prawo do odprawy w całej sferze mundurowej. Zgodnie z tym stanowiskiem, jeżeli ustawodawca wydzieli podgrupę funkcjonariuszy, przy zwolnieniu których zdecyduje o ograniczeniu przysługujących im uprawnień do odprawy, to niezależnie od tego, czy ograniczenia te są konieczne dla osiągnięcia celu konstruowanego unormowania – nie może wystąpić naruszenie zasady równości. Idąc dalej tokiem rozumowania Prokuratora, ustawodawca ma możliwość ustanowienia przepisów o zwolnieniu ze służby za popełnienie dowolnego czynu np. *udział w sylwestrze na „Monciaku” w Spocie* lub *niestawiennictwa przed komisją lekarską*, gdy brak jest przepisów prawa materialnego o właściwości rzeczowej i miejscowej oraz trybu orzekania komisji lekarskiej np. w zakresie określenia stanu zdrowia funkcjonariusza oraz zasad i trybu usprawiedliwiania niestawiennictwa, albo za stan faktyczny np. *łysinę w formie koła powyżej 3,5 cm*. Wystarczy tylko, zdaniem Prokuratora, że w wydzielonej podgrupie wszyscy funkcjonariusze są traktowani jednakowo i w żaden sposób nie wolno ich sytuacji prawnej porównywać ani z innymi podgrupami funkcjonariuszy, ani z grupami, ani już z pewnością nie z grupami z innych służb.

Akceptacja stanowiska Prokuratora spowoduje, że ustawodawca polski pod byle pretekstem lub tworząc pozorne prawo będzie władny ograniczać każde prawo materialne w tym prawo do odprawy w służbach mundurowych. Bowiem skoro za tak odrażający stan jak łysina (), funkcjonariusz został zwolniony ze służby, to ponieważ został na jakiejś podstawie prawnej zwolniony, to zgodnie z innym przepisem uprawnione jest nieprzyznanie mu odprawy a przepis jest zgodny z postanowieniami Konstytucji, albowiem nie występuje naruszenie zasady równości i niedyskryminacji wśród funkcjonariuszy zwolnionych ze służby ze względu na łysinę w stosunku do odprawy właśnie w tej zdefiniowanej ustawowo grupie, przy negowaniu przez Prokuratora możliwości powoływania się na jednakowe zasady obowiązujące we wszystkich służbach mundurowych.

Przyjmując takie stanowisko za uzasadnione, trzeba by też przyznać, że zarówno konstytucyjne prawo do równej ochrony praw majątkowych jak i zakaz nieuzasadnionego (niekoniecznego) ograniczania praw, mają jedynie iluzoryczny charakter i nie jest możliwe skorzystanie z ich ochrony. Tymczasem zdaniem Skarżącego

tak art. 64 ust. 2 jak i art. 31 ust. 3 Konstytucji chronią prawa wszystkich obywateli jednakowo, niezależnie od tego, do jakiej grupy, podgrupy, klasy zakwalifikuje ich ustawodawca. Wszelkie natomiast ograniczenia w tym zakresie, winny wynikać z nie budzących wątpliwości, co do celu ich wprowadzenia, regulacji. Wydaje się, iż bardziej dosadnie i prosto nie można już przedstawić motywów wniesienia skargi konstytucyjnej oraz uzasadnić podniesionych już argumentów za niekonstytucyjnością zaskarżonego rozwiązania.

Skarżący wnosi, aby skutek wyroku Trybunału dotyczył także ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany urlop dodatkowy ze względu na moc wiążącą orzeczenia NSA z dnia stycznia 2014 r. o sygn. Zawężenie zakresu kontroli ze względów czysto przedmiotowych występujących na tle niniejszej sprawy byłoby niezrozumiałe i miałoby niekorzystne skutki z punktu widzenia spójności systemu prawa. Konieczność ewentualnego drugiego postępowania kontrolnego obejmującego zakres ekwiwalentu za urlop dodatkowy tych samych przepisów – przy uwzględnieniu faktu, że wynik byłby w zasadzie jednakowy jest również zgodne z postulatami ekonomii procesowej.

Z tych też względów skarżący podtrzymuje zarzuty skargi konstytucyjnej i ich uzasadnienie, wnosząc o wyeliminowanie z systemu prawnego przepisów art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW jako niezgodnych z ustawą zasadniczą.

Wykonano w 5-ciu egz.



M S