

Gdańsk, dnia 3 sierpnia 2011 r.

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

**Skarżący:**  
M            S  
**adres do doręczeń:**  
ul.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY K A N C E L A R I A	
wpl.	08. 08. 2011
L.dz. ....2588	L. zał. ....

**reprezentowany przez:**  
radcę prawnego Przemysława Kulę

sygn. Ts 292/09

**Pismo procesowe skarżącego**

W nawiązaniu do pism procesowych strony z dnia 14 czerwca 2010 r. oraz z dnia 10 stycznia 2011 r. skarżący oświadcza, iż podtrzymuje wniosek zawarty w skardze konstytucyjnej z dnia 4 grudnia 2009 r. o stwierdzenie niezgodności art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 24 maja 2002 roku o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tj. z 2010 r. Dz. U. Nr 29, poz. 154 ze zm., dalej: ustawa o ABW) z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej. Zdaniem skarżącego zakwestionowany przepis jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 9, art. 24, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 i 2, art. 60, art. 64 ust. 2, art. 65 ust. 1 oraz 68 ust. 1 Konstytucji RP.

Strona skarżąca wnosi o włączenie do akt niniejszej sprawy pismo Pana prof. Romana Hausnera Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia      maja 2011 roku l.dz.

, zawierające nowy pogląd w zakresie zgodności z Konstytucją zwolnienia ze służby w ABW w trybie sankcyjnym na podstawie art. 60 ust. 2 pkt. 7 ustawy o ABW. W piśmie z dnia      .05.2011 roku został przedstawiony kolejny już nurt poglądów określających źródło ustawowe regulujące obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską, odrębny od poglądów przedstawionych w załączniku do skargi konstytucyjnej (załącznik nr 4). Jak wynika z pisma Pana Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego nastąpiła istotna zmiana zapatrywań na pogląd o położeniu źródła obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską ABW, gdyż w piśmie wyraźnie wskazano, iż źródłem obowiązku stawiennictwa przed komisją jest przepis art. 59 ustawy o ABW. Natomiast w zakresie nieprzyznania prawa do ekwiwalentu za niewykorzystany urlop wyrażono pogląd, że „Ograniczenie tego prawa nie dotyczy prawa do urlopu, a jedynie prawa do wypłaty

ekwiwalentu w związku ze zwolnieniem ze służby w trybie sankcyjnym”. Zatem jak jasno wynika z powołanego pisma, konstytucyjne prawo do urlopu, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Konstytucji nie obejmuje rekompensaty w postaci ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany urlop.

Skarżący po raz kolejny podnosi, iż rozważając niekonstytucyjność zaskarżonego przepisu należy mieć na względzie tzw. racjonalnego ustawodawcę i możliwość popełnienia błędów w pakiecie przyjętych przez Parlament aktów prawnych w trakcie bardzo pospiesznych prac legislacyjnych. Bowiern należy zważyć, że racjonalny ustawodawca w pozostałych służbach mundurowych tj. w wojsku, więziennictwie, Straży Granicznej i Służbie Celnej oraz w projekcie ustawy o SOK w sposób jasny unormował ustawowo obowiązek i sankcję za naruszenie tego obowiązku oraz przyznał w tych przypadkach ekwiwalent za urlop.

Jednocześnie informuję o podjętych rozstrzygnięciach Naczelnego Sądu Administracyjnego w zakresie prawa do ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy oraz prawa do odprawy, o których mowa w art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ABW w związku ze zwolnieniem mnie ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW związanych pośrednio z niniejszą sprawą:

1. Skarga kasacyjna ws. odprawy została oddalona wyrokiem z kwietnia 2011 r. (sygn. akt , publ. strona internetowa NSA). W uzasadnieniu wyroku Naczelny Sąd Administracyjny wyraził pogląd o niemożności żądania roszczeń o wypłatę odprawy, gdyż art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW nie ujął funkcjonariuszy zwalnianych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. Tym samym – w myśl wyroku NSA - należy przyjąć, iż ustawodawca nie przyznał tym funkcjonariuszom prawa do odprawy.
2. Skarga kasacyjna ws. ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy została oddalona wyrokiem z kwietnia 2011 r. (sygn. akt , publ. strona internetowa NSA). W uzasadnieniu tego wyroku Naczelny Sąd Administracyjny wyraził pogląd o niemożności zastosowania bezpośredniego art. 66 ust. 2 Konstytucji, bowiem w odróżnieniu od prawa do corocznego płatnego urlopu, prawo do ekwiwalentu pieniężnego za urlop wypoczynkowy nie jest prawem konstytucyjnym, gwarantowanym przez art. 66 ust. 2 Konstytucji RP w sposób bezwarunkowy. Konsekwencją powyższego ustalenia Sądu, stało się rozstrzygnięcie, iż prawo do corocznego płatnego urlopu wypoczynkowego w naturze zostało uregulowane w ustawie o ABW, natomiast w ustawie o ABW brak jest regulacji umożliwiającej jego zastąpienie wypłatą ekwiwalentu pieniężnego w przypadku zwolnienia na podstawie zaskarżonego przepisu, tym samym sprawa o roszczenie o ekwiwalent pieniężny została oddalona.

### **Uzasadnienie**

Zwolniono mnie z pracy(służby) na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW za naruszenie obowiązku ustawowego stawiennictwa przed komisją lekarską ABW - ustanowionego według organu i zaakceptowanego przez Sąd administracyjny I instancji - w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie art. 52 ustawy o ABW. W wyniku wniesienia skargi

kasacyjnej Naczelny Sąd Administracyjny, jako Sąd II instancji, odrzucił powyższy zarzut i orzekł, iż naruszyłem obowiązek ustawowy stawiennictwa przed komisją lekarską zawarty w art. 44 pkt 5 ustawy o ABW (sygn. akt \_\_\_\_\_). Sąd administracyjny II instancji wywiódł, iż obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską wynika bezpośrednio z art. 44 pkt 5 ustawy o ABW, konkludując jednocześnie, że „przywołanie przez Sąd I instancji przepisu § 17 pkt 5 (...) stanowiącego o obowiązku poddania się badaniom lekarskim, nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy.” Natomiast - moim zdaniem – powołany przez Sąd II instancji przepis art. 44 pkt 5 ustawy o ABW zawiera cenzus przynależności do służby, a więc warunki dopuszczalności do korzystania z określonych praw. Przepis art. 44 nie stanowi natomiast o obowiązku stawiennictwa przed komisją za naruszenie, którego zwolniono mnie z pracy. Zatem można stwierdzić, iż wystąpiła luka w prawie, którą Sąd II instancji wypełnił przepisem ustawowym o charakterze ogólnym.

Skarżący zarzucił w skardze konstytucyjnej, iż zakwestionowany przepis ustawy o ABW nie został sformułowany w sposób jednoznaczny i precyzyjny, bezpośrednim wyrazem tego są istotne rozbieżności w stanowiskach organów państwa polskiego w zakresie określenia unormowania zawierającego obowiązek stawiennictwa przed komisją lekarską. Aby uświadomić sedno problemu, gdzie faktycznie znajduje się unormowanie regulujące obowiązek ustawowy stawiennictwa przed komisją lekarską w służbach mundurowych – za naruszenie którego zostałem zwolniony - wystarczy prześledzić najnowsze prace ustawodawcy i po prostu zapoznać się z art. 111 ust. 2 w związku z art. 96 ust. 2 pkt 8 ustawy o Służbie Więziennej lub art. 130 ust. 2 w związku z art. 105 pkt 8 ustawy o Służbie Celnej. W analogiczny sposób uregulowano obowiązek ustawowego stawiennictwa przed komisją lekarską w poselskim projekcie ustawy o Straży Kolejowej (druk nr 510; art. 35 ust. 2 pkt 10 w związku z art. 33 ust. 2). Z analizy powołanych dokumentów po prostu wynika, że zwolniono mnie z pracy za naruszenie nieistniejącego w prawie obowiązku (czynu karalnego). Wydaje się że błąd ustawodawcy zaakceptowany przez Sądy administracyjne był wynikiem bardzo pośpiesznych prac legislacyjnych, zarówno przed Parlamentem jak i szczególnie podczas uzgodnień międzyresortowych. Skarżący uważa, że zaskarżony przepis narusza również wywodzony z zasady demokratycznego państwa prawnego nakazu przestrzegania przez ustawodawcę zasad rzetelnej legislacji. Jest on funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa. Poszanowanie tych pryncypiów wymaga jasnego i precyzyjnego konstruowania przepisów, a zatem formułowania ich w taki sposób, aby były zrozumiałe dla adresatów i nie budziły wątpliwości co do nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Natomiast treść zaskarżonego przepisu - w kontekście podniesionych argumentów - nie jest oczywista dla sądów administracyjnych i organów państwa.

Oprócz powyższego podnieść należy, że kwestionowany przepis art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW został dodany do ustawy o ABW przez art. 45 pkt 14 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 711 ze zm.). W trakcie tego samego, bardzo pośpiesznego, toku prac legislacyjnych w zakresie ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawy o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego – wprowadzono analogiczny błąd

legislacyjny w postaci sankcji za nieusprawiedliwione niestawiennictwo przed komisją lekarską – bez ustawowego uregulowania obowiązku stawiennictwa przed komisją lekarską – przypuszczać jedynie należy, iż spowodowane to zostało trybem przyspieszonym prac ustawodawczych przekazanych projektów ustaw przez Prezydenta RP i wynikało z bardzo szybkiej ścieżki legislacyjnej przed Parlamentem.

W pozostałych służbach mundurowych, w których ustanowiono sankcję za niestawiennictwo przed komisją lekarską lub sankcję za niezgłoszenie na badania lekarskie przed komisją, ustawodawca unormował obowiązek stawiennictwa lub zgłoszenia oraz ustawowo uregulował sprawę przyznania odprawy i ekwiwalentu w przypadku zwolnienia za naruszenie tego obowiązku – nie tylko za urlop wypoczynkowy, ale również za urlop dodatkowy. Wprawdzie w wyroku NSA z dnia 14 kwietnia 2011 r. – sygn. akt I 102/11, Sąd II instancji powołuje argument przemawiający na słuszność swoich poglądów, iż skarżącemu może zostać nieprzyznany ekwiwalent za urlop, powołując przepis art. 151 ust. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz. U. nr 79, poz. 523 ze zm.) w zakresie możliwości ograniczenia prawa do ekwiwalentu za ostatnie trzy lata służby. Jednakże powyższy pogląd NSA strona skarżąca wyłącznie bierze za wyraz jawnego zignorowania orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, a w szczególności wyroku Trybunału z dnia 23 lutego 2010 r. (sygn. akt K 1/08). Skarżący nie rozwija tematu możliwości ograniczenia prawa do ekwiwalentu w powołanym przepisie, gdyż jako argument przeciwny - od poglądu wyrażonego w omawianym wyroku NSA - powołują się jedynie na druk sejmowy nr 4147 z 14 stycznia 2011 r. i przywołane tam poglądy prawne w zakresie konieczności zmiany art. 151 ust. 1 ustawy o Służbie Więziennej ze względu na niekonstytucyjność tego właśnie fragmentu powołanego przez Sąd II instancji przepisu. Dodatkowo podnieść należy, że z uzasadnienia druku sejmowego nr 4147 wynika jednoznacznie, iż zaskarżony przepis jest niezgodny z prawem Unii Europejskiej (stanowisko Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Biura Analiz Sejmowych). W tym zakresie skarżący podtrzymuje zarzut niezgodności zaskarżonego przepisu z art. 9 Konstytucji. Kontynuując omawianie poglądu NSA, podnieść przy tym należy, iż skarżący nie ustosunkowuje się do powołanego w wyroku NSA przepisu art. 96 ust. 1 pkt 2 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, bowiem nie bardzo wiadomo jaki powód zwolnienia ze służby Sąd miał na myśli, gdyż można tylko przypuszczać, że chodziło Sądowi o niezgłoszenie się na badania poligraficzne, które nie są badaniami przed komisją lekarską w celu ustalenia stanu zdrowia, dokonywane są nie przez lekarzy specjalistów, ale przez psychologów i mają na swoje unormowanie w zakresie obowiązku stawiennictwa w art. 66 ust. 2 ustawy o CBA oraz nie dotyczy przedmiotu niniejszej sprawy. W związku z niezbyt jasnymi wywodami NSA w zakresie ustawy o CBA, skarżący zwraca uwagę, iż powołany przez Sąd II instancji przepis ustawy o CBA - na słuszność poglądów Sądu administracyjnego – określa, że w przypadku nabycia obywatelstwa innego państwa Unii Europejskiej, iż nie przysługuje odprawa i ekwiwalent, stanowi przejaw jawnej dyskryminacji zakazanej przez art. 18 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 12 TWE.

Wracając natomiast do meritum sprawy, podnieść należy, że zaskarżony przepis ustawy o ABW nie przeciwstawia się również arbitralności władzy w tym sensie, iż został uchwalony wbrew kardynalnej zasadzie służb mundurowych tj. zasadzie hierarchicznego podporządkowania

i pozwala na kierowanie do komisji lekarskiej przez dyrektora biura kadr. Zdaniem skarżącego, pracownik biura kadr, chociażby był to dyrektor nie jest uprawniony, zważywszy, iż może to być pracownik cywilny ABW – bez ustawowego upoważnienia – do wydawania polecenia służbowego kierowania funkcjonariusza – jakiegokolwiek służby mundurowej – do komisji lekarskiej. Tym bardziej nie można takie działanie odczytywać jako źródło obowiązku ustawowego stawiennictwa. Okoliczność ta potwierdza brak czytelnej koncepcji legislacyjnej i przypadkowość instytucjonalizacji normatywnej postępowania związanego z trybem i zasadami kierowania do komisji lekarskich w ABW.

Zastosowanie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW prowadzi do naruszenia art. 68 ust. 1 Konstytucji i art. 35 Karty praw podstawowych UE, gdyż nie można zwolnić z pracy za niestawiennictwo przed komisją lekarską, właśnie w przypadku prośby pracownika o skierowanie do komisji lekarskiej. W takiej sytuacji podstawą działania komisji nie jest żaden nakaz moralny lub prawny, a jedynie wola funkcjonariusza (pracownika), ten istotny fakt zauważył ustawodawca w ustawie o Straży Granicznej oraz w ustawie o Służbie Więziennej, gdyż dobrowolne wnioskowanie przez zainteresowanego o umożliwienie skorzystania z prawa konstytucyjnego gwarantowanego w art. 68 ust. 1, a następnie rezygnacja z niego nie może zostać obwarowana sankcją w postaci: zwolnienia z (pracy) służby oraz nieprzyznania świadczeń pieniężnych. Dlatego słuszny jest zarzut o niezgodności art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW z art. 68 ust. 1 Konstytucji.

Konstrukcja ustawowa zaskarżonego przepisu przesądza o tym, że Szef Agencji nieskrępowany merytorycznie postanowieniami ustawy w istocie zastępuje prawodawcę, może wyznaczać w arbitralny sposób rzeczywiste granice prawa dostępu do służby publicznej, chociażby ze względu na brak przepisów prawnych regulujących kwestię usprawiedliwienia nieobecności przed komisją lekarską i tym samym uznaniowe zmuszanie na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW do składania dodatkowych stosownych zaświadczeń wbrew konstytucyjnej wolności. Konsekwencją prawną braku tych unormowań jest uzurpowanie sobie prawa przez organ do niczym nie uzasadnionego żądania przez organ administracji - zaakceptowanego przez orzecznictwo sądów administracyjnych – przedkładania „stosownego zaświadczenia lekarskiego” na usprawiedliwienie niestawiennictwa przed komisją lekarską oprócz przedłożonego już zwolnienia lekarskiego od pracy-służby. Zatem zaskarżony przepis jest również niezgodny z art. 2 w związku z art. art. 31 ust. 2 (zd. 2) Konstytucji, bowiem dopuszcza możliwość rażącego łamania podstawowej konstytucyjnej wolności poprzez faktyczne doprowadzenie do „zmuszania do czynienia tego, czego prawo nie nakazuje”.

Skutkiem prawnym wydania decyzji uznaniowej o zwolnieniu ze służby za nieusprawiedliwione niestawiennictwo przed komisją lekarską ABW, w trakcie zwolnienia lekarskiego od pracy(służby), na podstawie zaskarżonego przepisu ustawy o ABW było wymierzenie mi dwóch sankcji: po pierwsze skorzystania przez organ z uznaniowego uprawnienia do zwolnienia ze służby oraz po drugie spowodowanie wygaśnięcia prawa konstytucyjnie gwarantowanego w sposób bezwarunkowy (urlop wypoczynkowy i dodatkowy) i chronionego

(odprawa). Jak również – potwierdzone powołanymi wyrokami NSA z dnia .04.2011 r. - doprowadzenie do nieprzyznania praw do ekwiwalentu pieniężnego na urlop wypoczynkowy i dodatkowy poprzez nieuregulowanie tej kwestii w ustawie o ABW. Wskazane skutki prawne wydania decyzji mają charakter materialnoprawny. Skarżący dochodził roszczeń z tytułu ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany urlop wypoczynkowy przed sądami administracyjnymi. Sprawa ta zakończyła się wyrokiem NSA z .04.2011 r. w sprawie o sygn. akt oddalającym skargę kasacyjną skarżącego, Sąd II instancji podzielił pogląd organu, iż prawo do ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy skarżącemu nie przysługuje, bowiem w art. 128 ust. 1 ustawy o ABW ustawodawca nie ujął grupy funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie zaskarżonego przepisu. Przy tym Sąd wyraził pogląd, iż wprawdzie prawo do urlopu jest prawem konstytucyjnym, o którym mowa w art. 66 ust. 2 Konstytucji to już jego ekwiwalent nie podlega ochronie tego przepisu. Tak więc nie dość, że poprzez wydanie rozkazu o zwolnieniu ze służby na podstawie zaskarżonego przepisu w oparciu o uznanie administracyjne, zniweczono konstytucyjne i europejskie prawo do urlopu, to jednocześnie na podstawie ustawy o ABW nie przysługuje mi prawo do jego ekwiwalentu. W tym kontekście zwrócić jedynie należy, iż wyrażony pogląd przez polski sąd administracyjny odbiega od jednolitej linii orzecznictwa ETS w Luksemburgu (por. sprawy C-350/06 i C-520/06 i powołane tam orzecznictwo).

Skarżący wskazuje na art. 7 ust. 1 i 2 dyrektywy nr 2003/88/WE Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 4 listopada 2003 r. dotyczącej niektórych aspektów organizacji pracy. Przepis art. 7 ust. 2 dyrektywy stanowi, że *okres corocznego płatnego urlopu nie może być zastąpiony wypłatą ekwiwalentu pieniężnego, z wyjątkiem przypadku gdy stosunek pracy ulega rozwiązaniu.* W związku z powołanym wyrokiem NSA podnieść należy, iż stosowanie zaskarżonego przepisu w oparciu o wykładnię dokonaną przez NSA jest sprzeczne ze stałą linią orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (por. wyroki w sprawach: C-173/99, BECTU, pkt 44 oraz C-342/01, Merino Gómez, pkt 29 i 30, jak również C-519/03, C-350/06 i C-520/06). W wyroku ETS z dnia 20 stycznia 2009 r., Trybunał (wielka izba) w sprawach połączonych C-350/06 i C-520/06 (Dz. Urz. UE C Nr 69/05 z 2009 r.) wyraził następujący pogląd: „Artykuł 7 ust. 2 dyrektywy 2003/88 powinien być interpretowany w ten sposób, że stoi na przeszkodzie przepisom i praktykom krajowym przewidującym w razie ustania stosunku pracy brak wypłaty jakiegokolwiek ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany coroczny urlop na rzecz pracownika, który przebywał na zwolnieniu chorobowym przez całość lub część okresu rozliczeniowego bądź okresu dozwolonego przeniesienia, ze względu na co nie mógł skorzystać ze swojego prawa do corocznego płatnego urlopu..”). Tym samym w opinii Trybunału nie jest dopuszczalne, aby można było uregulować w przepisach krajowych przewidujących wygaśnięcie tego prawa w przypadku, gdy pracownik przebywa na zwolnieniu chorobowym podczas całego okresu rozliczeniowego lub nawet dłużej, niż wynosi okres dozwolonego przeniesienia.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS w Luksemburgu prawo każdego pracownika do corocznego płatnego urlopu jest uznawane przez państwa członkowskie za zasadę wspólnotowego prawa socjalnego o szczególnej wadze, od której nie może być odstępstw i której wprowadzenie w życie przez właściwe władze krajowe może być dokonane tylko w granicach wyraźnie wytyczonych przepisami dyrektyw Unii Europejskiej. Państwa Członkowskie nie mogą poddawać jakimkolwiek wątpliwościom lub unicestwieniu samego istnienia prawa do urlopu bezpośrednio

wynikającego z dyrektywy (por. wyrok ETS C-520/06 pkt 54 i 55). Zatem prawo Unii Europejskiej nie dopuszcza do wydania rozkazu uznaniowego powodującej wygaśnięcie prawa do urlopu, gdy pracownik przebywa na zwolnieniu chorobowym, jak miało to miejsce w przypadku skarżącego. W opinii Rzecznika Generalnego Unii Europejskiej przedstawionej przy sprawach C-350/06 i C-520/06 prawo do urlopu jako podstawowe prawo socjalne należy interpretować: „Trybunał stwierdził w wyroku w sprawie *Rbinso-Steel*(60), że dyrektywa 2003/88 traktuje prawo do corocznego urlopu oraz prawo do otrzymania wynagrodzenia z tego tytułu jako dwa aspekty jednego prawa. Moim zdaniem właśnie ta identyczność funkcji prawa do wynagrodzenia oraz prawa do ekwiwalentu pieniężnego za urlop wypoczynkowy przemawia za potraktowaniem tego ostatniego za nieodłączną część prawa do minimalnego corocznego płatnego urlopu.”

Skarżący konsekwentnie podnosi, iż cechą relewantną pozwalającą oceniać zaskarżony przepis ze względu na zastosowane sankcje w postaci nieprzyznania praw do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby, w kontekście art. 32 Konstytucji, jest fakt rozwiązania stosunku służbowego z funkcjonariuszem ABW i AW, poprzez wydanie rozkazu o zwolnieniu ze służby w Agencji. Sposób sformułowania przepisu art. 123 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW - funkcjonariuszowi przysługują – świadczy o tym, że uprawnienie funkcjonariusza do tych należności powstaje z mocy przepisów prawa, bez potrzeby konkretyzowania stosunku administracyjnoprawnego poprzez wydanie decyzji administracyjnej. Rola organu administracji w tych sprawach wyraźnie została związana z działaniami, które służą realizacji uprawnienia funkcjonariusza wynikającego wprost z przepisu prawa, albowiem organ ma wypłacić określone należności, zapewnienie których funkcjonariuszom ABW i AW stanowi treść tego uprawnienia. Natomiast kryterium, które wybrał ustawodawca, ograniczając prawo do odprawy i ekwiwalentu, jest nim wyłącznie dwukrotne nieusprawiedliwione niestawiennictwo przed komisją lekarską - niestanowiące ani przestępstwa ani wykroczenia lub naruszenia innej normy prawa - dlatego zdaniem skarżącego konstytucyjna i europejska zasada niedyskryminacji w oczywisty sposób została złamana, co najmniej w zakresie w jakim skarżący nie uzyskał 50% odprawy – art. 128 ust. 2 ustawy o ABW. Tym samym wbrew podstawowym zasadom Konstytucji, bez uzasadnionej przyczyny, postawiono mnie w sytuacji gorszej niż funkcjonariuszy, którzy zostali skazani prawomocnym wyrokiem sądu za popełnienie przestępstwa karnego z winy umyślnej w trakcie wykonywania zadań służbowych i zostali wydaleny ze służby – art. 129 ustawy o ABW. Mając na względzie przyjęte rozwiązania prawne w ustawie o ABW w zakresie sankcji nieprzyznania odprawy i ekwiwalentu poprzez brak unormowania tych spraw w ustawie o ABW oraz doprowadzeniem do unicestwienia konstytucyjnego prawa do urlopu skarżący kwestionuje normę prawną wynikającą właśnie z zaskarżonego przepisu.

Skutkiem stosowania zaskarżonego przepisu jest to, iż osoby należące do tej samej kategorii podmiotów tj. funkcjonariuszy zwolnionych ze służby w ABW lub AW zostały pozbawione praw do świadczeń pieniężnych tylko dlatego, że nie stawiały się dwukrotnie przed komisją lekarską i nie usprawiedliwiły swojego czynu, będąc równocześnie na zwolnieniu lekarskim od pracy. Jednocześnie czyny te nie stanowią naruszenia przepisu prawa oraz nie wydano przepisów normujących sposób i zasady usprawiedliwiania nieobecności przed komisją lekarską. W służbach

mundurowych pozbawienie świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem występuje za dokonanie czynu takiego jak: prawomocnego skazania za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe, wykroczenia lub dopuszczenia się rażącego lub uporczywego naruszenia przepisów prawa, albo ukarania funkcjonariusza prawomocnym orzeczeniem dyscyplinarnym - karą wydalenia ze służby, a więc czynu karalnego określonego przepisami prawa. Nieprzyznanie gratyfikacji pieniężnej w wypadkach zwolnienia na podstawie zaskarżonego przepisu stanowi rodzaj swoistej sankcji jest nieracjonalne oraz powinno zostać uznane za nerelewantne, gdyż brak jest uzasadnionego kryterium różnicowania praw funkcjonariuszy zwolnionych na podstawie zaskarżonego przepisu w stosunku do pozostałych funkcjonariuszy zwalnianych ze służby.

Wskazuje to na arbitralność podmiotowego ujęcia obowiązku stawiennictwa, która nie znajduje usprawiedliwienia w świetle zasad i wartości konstytucyjnych. To z kolei prowadzi do wniosku, że kwestionowana regulacja nie spełnia również ostatniego elementu koniecznego do uznania jej zgodności z zasadą równości – związku z innymi wartościami konstytucyjnymi. Wprowadzone w zaskarżonym przepisie różnicowanie nie jest proporcjonalne, tzn. waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, nie pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych.

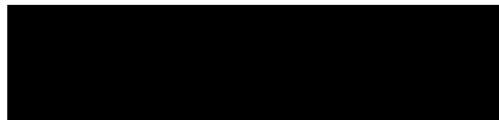
Nadmienić należy, iż organ również uznał, iż zaskarżony przepis kreuje niczym nieuzasadnione nadmierne restrykcje finansowe. Organ administracji państwowej potwierdził prawidłowość zarzutu strony skarżącej, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z niczym nieuzasadnioną dyskryminacją funkcjonariuszy zwalnianych na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 w stosunku do funkcjonariuszy zwalnianych na podstawie art. 60 ust. 1 pkt 3 ustawy o ABW. W załączeniu przedkładam istotną dla sprawy kserokopię pisma Szefa ABW z dnia .11.2010 r. ldz. w sprawie dostrzeżonych przez organ nieprawidłowościach związanych z przyznawaniem prawa do świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem ze służby. Dyrektor Biura Kadr ABW działający w imieniu Szefa ABW wyraził następujący pogląd: "O ile zrozumiałym jest pozbawienie funkcjonariusza świadczeń pieniężnych związanych ze zwolnieniem w przypadkach określonych powyżej w pkt 1 – 3 (w ramach represji za popełniony czyn), o tyle przyznać trzeba, iż w sytuacji gdy zwolnienie jest wynikiem dwukrotnego niestawienia się bez usprawiedliwienia przed komisją lekarską, wiąże się dla zwalnianego z nadmiernymi, w stosunku do stopnia szkodliwości czynu, skutkami finansowymi Dlatego Biuro Kadr ABW, mimo jednostkowości stosowania tej podstawy zwolnienia ze służby, stoi na stanowisku, iż omówiona powyżej regulacja prawna powinna być zmieniona.,, Zatem jak jasno wynika z omawianego pisma, organ zauważył naruszenie konstytucyjnej zasady równości i niedyskryminacji w przypadku zwolnień ze służby na podstawie art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW, która powinna zostać wyeliminowana, jednakże nie wskazał sposobu zmiany lub wyeliminowania przepisu. Z informacji uzyskanej w od Biura Rzecznika Praw Obywatelskich wynika, iż Rzecznik uznał odpowiedź za niewystarczającą i zwrócił się do Kolegium ds. Służb Specjalnych o uregulowanie problemu.

Mając powyższe na uwadze skarżący złożył wniosek z dnia 2.08.2011 r. ograniczający zakres zaskarżenia przepisu wyłącznie do przepisów Konstytucji. Spowodowane to jest również - w przypadku stwierdzenia niezgodności z postanowieniami Konstytucji - zamiarem wniesienia



wniosku o wznowienie postępowania administracyjnego zakończonego wydaniem rozkazu o zwolnieniu ze służby - art. 145a k.p.a., tak aby przedmiot sprawy przestał istnieć przed jej rozpatrzeniem przed ETPCz.

W związku z powyższym stanem faktycznym i prawnym skarżący wnosi o rozpatrzenie skargi konstytucyjnej, gdyż przytoczona argumentacja skarżącego zmierza wyraźnie do wywołania skutku w postaci eliminacji z porządku prawnego art. 60 ust. 2 pkt 7 ustawy o ABW. W szczególności skarżący wskazuje na powołane na wstępie niniejszego pisma, prawomocne wyroki NSA, z których wynika dla niniejszej sprawy następująca konstatacja, iż zaskarżony przepis jest niezgodny z art. 31 ust. 3 w związku z art. 64 ust. 4 i art. 66 ust. 2 Konstytucji, gdyż został uchwalony wbrew jasnemu zakazowi ingerencji w istotę prawa konstytucyjnego (prawo do corocznego płatnego urlopu) oraz wbrew obowiązkowi ustanawiania ograniczenia prawa konstytucyjnego w ustawie (ekwiwalent za urlop wypoczynkowy i dodatkowy oraz odprawa). Zatem skutkiem prawnym zastosowania zaskarżonego przepisu w sprawie skarżącego jest zniweczenie (unicestwienie) konstytucyjnego prawa do urlopu (art. 66 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 95 i 97 ustawy o ABW) oraz wygaśnięcie prawa do jego rekompensaty w postaci ekwiwalentu za urlop, poprzez brak unormowania w art. 128 ustawy o ABW przepisu o ograniczeniu prawa do jego ekwiwalentu. Uchwalenie zaskarżonego przepisu dokonano wbrew m. in. konstytucyjnej zasadzie niedyskryminacji i równego traktowania, o której mowa w art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji, gdyż – bez uzasadnionej przyczyny tj. bez penalizacji czynu karalnego – pozbawia funkcjonariuszy ABW i AW praw konstytucyjnych gwarantowanych i chronionych przez Konstytucję tj. art. 64 ust. 2, art. 66 ust. 2 i art. 60 w związku z art. 37 ust. 1.



Załączniki:

Odpis pisma wraz z załącznikami;

Pismo Prezesa NSA z dn. .05.2011 r.

Kserokopia pisma ABW z dn. .11.2010 r.ldz.

– oryginał w posiadaniu organu;

Kserokopia stron 8-12 druku nr 4147 komisji sejmowej z 14.01.2011 r.