

**KANCELARIA ADWOKACKA
ADWOKAT DR MARTA DERLATKA**



Warszawa, dnia 27 maja 2020 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
Al. Jana Christiana Szucha 12A
00-918 Warszawa

Wnioskodawca:

Zarząd Główny

Niezależnego Samorządnego Związku Zawodowego

Funkcjonariuszy Straży Granicznej

z siedzibą w Warszawie

Al. Niepodległości 100

02-514 Warszawa

KRS 0000216447

Reprezentowany przez:

Adw. dr Martę Derlatka

Kancelaria Adwokacka

ul. Łowicka 23 lok. 210

02-502 Warszawa

adres do doręczeń j.w.

Organ, który wydał akt normatywny:

Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji

Sygn. K 17/19

PISMO PROCESOWE

Działając w imieniu Zarządu Głównego Niezależnego Samorządnego Związku Zawodowego Funkcjonariuszy Straży Granicznej (pełnomocnictwo w aktach sprawy), w nawiązaniu do stanowiska Prokuratora Generalnego z dn. 8 kwietnia 2020 r., doręzonego mi w dn. 27 kwietnia 2020 r., niniejszym na podstawie art. 46 Ustawy z dn. 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (dalej: u.t.p.TK), **składam pismo procesowe.**

W pełni **podtrzymuję** stanowisko wyrażone we wniosku z dn. 29 stycznia 2019 r. o zbadanie zgodności przepisów Ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (dalej: Ustawy o SG) z Europejską Kartą Społeczną sporządzoną w Turynie dnia 18 października 1961 r. (dalej: EKS) oraz stanowisko wyrażone w piśmie procesowym z dn. 20

lutego 2020 r. i wnoszę o uznanie wskazanych we wniosku przepisów stanowiących przedmiot kontroli za niezgodne z art. 4 ust. 2 EKS we wskazanym we wniosku zakresie.

Ponadto w załączeniu **przedkładam** odpisy pisma celem formalnego doręczenia Uczestnikom postępowania.

Uzasadnienie

A. Uwagi formalne

Niniejsze pismo zostaje złożone na podstawie art. 46 u.t.p.TK celem uzupełnienia stanowiska wyrażonego we wniosku z dn. 29 stycznia 2019 r. oraz w piśmie procesowym z dn. 20 lutego 2020 r. Wniesienie niniejszego pisma podyktowane jest koniecznością ustosunkowania się do wniosków wyrażonych w stanowisku Prokuratora Generalnego z dn. 8 kwietnia 2020 r., albowiem ewentualne uwzględnienie wniosków pisma Prokuratora Generalnego przez Trybunał mogłoby uniemożliwić podniesienie przez Wnioskodawcę stosownej argumentacji na rozprawie.

W załączeniu do oryginału pisma przedkładam jego cztery odpisy celem formalnego doręczenia ich przez Trybunał pozostałym uczestnikom postępowania oraz pozostawienia odpowiedniej liczby w aktach sprawy, stosownie do art. 58 ust. 2 u.t.p.TK w zw. z § 72 ust. 3 Uchwały Zgromadzenia Ogólnego sędziów Trybunału Konstytucyjnego z dn. 27 lipca 2017 r. w sprawie Regulaminu Trybunału Konstytucyjnego (M.P. 2017 r. poz. 767).

B. Odnośnie analizy zgodności art. 37 ust. 3 Ustawy o SG z art. 4 ust. 2 EKS

Odnosząc się do postawionego przez Wnioskodawcę zarzutu sprzeczności art. 37 ust. 3 Ustawy o SG z art. 4 ust. 2 EKS w zakresie, w jakim w zamian za czas służby przekraczający normy czasu służby przyznaje funkcjonariuszowi Straży Granicznej czas wolny od służby w tym samym wymiarze, Prokurator Generalny podniósł następujące argumenty.

Prokurator Generalny wskazał, że od momentu złożenia wniosku, treść zaskarżonego przepisu uległa zmianie. Z uwagi bowiem na wejście w życie art. 3 Ustawy z dn. 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej,

KANCELARIA ADWOKACKA
ADWOKAT DR MARTA DERLATKA



Służby Ochrony Państwa, Państwowej Straży Pożarnej, Służby Celno-Skarbowej i Służby Więziennej oraz ich rodzin oraz niektórych innych ustaw (dalej: Ustawa zmieniająca), przepis otrzymał brzmienie: „W zamian za czas służby przekraczający normę określoną w ust. 2 funkcjonariuszowi przysługuje w okresie rozliczeniowym czas wolny od służby w tym samym wymiarze albo po zakończeniu okresu rozliczeniowego rekompensata pieniężna, o ile w terminie 10 dni od zakończenia okresu rozliczeniowego nie wystąpi z wnioskiem o udzielenie czasu wolnego od służby w tym samym wymiarze”. Jednocześnie Ustawa zmieniająca wprowadziła do Ustawy o SG art. 117c ust. 1 o treści: „W zamian za czas służby przekraczający normę określoną w art. 37 ust. 2 funkcjonariuszowi przyznaje się rekompensatę pieniężną w wysokości 1/172 uposażenia zasadniczego wraz z dodatkami o charakterze stałym należnego funkcjonariuszowi na stanowisku zajmowanym w ostatnim dniu okresu rozliczeniowego za każdą godzinę służby przekraczającą normę określoną w art. 37 ust. 2. Łączny czas służby przekraczający normę w danym okresie rozliczeniowym zaokrąglą się w górę do pełnej godziny”.

Prokurator Generalny stwierdził, że ww. zmiany nie mają charakteru jedynie kosmetycznego, ale wprowadzają nową regulację w miejsce starej. Otwiera to drogę do oceny, czy nie doszło do utraty mocy obowiązującej przez przepis w zaskarżonym brzmieniu, co stanowiłoby przesłankę umorzenia postępowania, stosownie do art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK.

W dalszej części stanowiska Prokurator Generalny powołał się na stanowisko wyrażone przez Wnioskodawcę, zgodnie z którym funkcjonariusz SG pełni służbę przez średnio 22 dni w miesiącu. Przyjęcie tego założenia prowadzi do konkluzji, że funkcjonariusz pełni służbę przez średnio 176 godzin miesięcznie, a zatem wartość jego „roboczogodziny” wynosi 1/176 miesięcznego uposażenia. Tymczasem Ustawodawca nowelizując art. 37 ust. 3 i wprowadzając art. 117c ust. 1 Ustawy o SG ustanowił wysokość rekompensaty za każdą nadgodzinę na poziomie 1/172. Zdaniem Prokuratora Generalnego doprowadził tym samym do stanu zgodnego z art. 4 ust. 2 EKS, albowiem za służbę w ponadnormatywnym czasie służby funkcjonariusz otrzymuje 176/172 wynagrodzenia (wynagrodzenie ma wymiar zwiększony). Jednocześnie Prokurator Generalny stwierdza, że w takim wypadku Ustawodawca dał funkcjonariuszowi możliwość wyboru pomiędzy odebraniem gratyfikacji za służbę w ponadnormatywnym czasie służby w formie zwiększonego wynagrodzenia lub niezwiększonego czasu wolnego (w stosunku 1:1). Jako że art. 4 ust. 2 EKS nie przewiduje w jakim wymiarze ma dojść do zwiększenia stawki wynagrodzenia, Prokurator Generalny dochodzi do konstatacji, że nowe przepisy odpowiadają wymaganiom stawianym przez wskazany wzorzec kontroli.

Mając to na względzie Prokurator Generalny dochodzi do konkluzji, że przepis w nowym kształcie jest zgodny z art. 4 ust. 2 EKS, a postępowanie powinno ulec umorzeniu z uwagi na utratę mocy obowiązującej przez przepis będący przedmiotem kontroli.

KANCELARIA ADWOKACKA

ADWOKAT DR MARTA DERLATKA



W ocenie Wnioskodawcy stanowisko Prokuratora Generalnego jest nieprawidłowe, albowiem nie ziszcila się przesłanka określona w art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK.

Po pierwsze podkreślić należy, że ustalenie średniej miesięcznej liczby dni służby funkcjonariusza uzależnione jest od dwóch czynników. Pierwszym jest czynnik losowy, tj. liczba dni w roku (zmienna w latach przestępnych) oraz liczba dni ustawowo wolnych od pracy (zmienna z roku na rok). Z tego względu rzeczywista liczba dni służby jest zmienna w czasie w zależności od roku. Dla przykładu, w roku 2019 liczba dni roboczych wyniosła 251, co po podzieleniu przez 12 miesięcy dało współczynnik 20,91(6). Z kolei w roku 2020 liczba tych dni wynosi 253, co po podzieleniu przez 12 miesięcy daje współczynnik na poziomie 21,08(3). Dodać należy, że nie jest to liczba definitywna, albowiem do zmniejszenia liczby dni roboczych w ciągu roku może dojść w wyniku wystąpienia sytuacji określonej w art. 1a ust. 1 Ustawy z dn. 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy. Drugim czynnikiem wpływającym na ustalenie średniej miesięcznej liczby dni służby jest czynnik matematyczny, a mianowicie przyjęta metoda zaokrąglenia wyniku uzyskanego wskutek podzielenia liczby dni służby przez liczbę miesięcy w roku. Zaokrąglenie wyniku w górę do pełnej liczby powodować będzie ustalenie średniej liczby dni służby na na poziomie 22, zaś zaokrąglenie do najbliższej liczby całkowitej – na poziomie 21. Metoda pośrednia zaokrąglenia doprowadzi zaś do ustalenia liczby dni służby na poziomie 21,5. Przyjęcie konkretnej metody zaokrąglenia wyniku prowadzić do niewielkich różnic w obliczeniu średniej liczby godzin służby w miesiącu (odpowiednio 168, 172 lub 176 godzin).

Należy w tym miejscu zauważyć, że Prawodawca nie był dotychczas konsekwentny w przyjmowaniu metod zaokrąglenia współczynnika, co doprowadzało do ustalenia różnych wartości w tym zakresie. Dla przykładu, współczynnik 22 dni znajduje znajduje wciąż odzwierciedlenie w § 8 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 lipca 2011 r. w sprawie urlopów funkcjonariuszy Agencji Wywiadu, w § 9 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2011 r. w sprawie urlopów funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, w § 15 Rozporządzeń Ministra Obrony Narodowej: z dnia 25 września 2006 r. w sprawie urlopów funkcjonariuszy Służby Wywiadu Wojskowego oraz z dnia 25 września 2006 r. w sprawie urlopów funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz w art. 97 Ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych. Z kolei współczynnik 21 dni przyjęty został w art. 137 ust. 2 i art. 151 ust. 2 Ustawy z dn. 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej. W innych ustawach pragmatycznych jeszcze w brzmieniu sprzed wejścia w życie Ustawy zmieniającej Ustawodawca przyjmował współczynnik 21,5 dnia (co wywnioskować można z treści art. 97c ust. 1 Ustawy z dn. 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej oraz z treści art. 23 ust. 5 Ustawy z dn. 26 stycznia 2018 r. o Straży Marszałkowskiej). We wszystkich tych wypadkach nie ulegało wątpliwości, że wskazana liczba odpowiadała założonej przez Ustawodawcę średniej miesięcznej liczbie dni służby i nie miała na celu ustalenia ekwiwalentu w wysokości odbiegającej (oderwanej) od średniej miesięcznej liczby dni służby.

KANCELARIA ADWOKACKA

ADWOKAT DR MARTA DERLATKA



W konsekwencji brak jest podstaw, by zastosowanie współczynnika 1/172 odczytywać – jak czyni to Prokurator Generalny – jako dowód, że Ustawodawca przyjął średnią liczbę dni służby w miesiącu na poziomie 22 i jednocześnie chciał przyznać funkcjonariuszom ekwiwalent (rekompensatę) w zwiększonym wymiarze. Wręcz przeciwnie, zastosowanie współczynnika 1/172 prowadzi do wniosku, że Ustawodawca przyjął, iż średnia miesięczna liczba dni służby funkcjonariuszy Straży Granicznej (i wszystkich innych formacji objętych Ustawą zmieniającą) wynosi 21,5.

Po drugie, Prokurator Generalny zauważył, że Ustawodawca nadając nowe brzmienie art. 37 ust. 3 Ustawy o SG wprowadził alternatywną metodę rekompensaty. Pierwszą jest przyznanie czasu wolnego w tym samym wymiarze (1:1), drugą – wypłata rekompensaty pieniężnej. Zakładając racjonalność Ustawodawcy, oczywistym staje się, że traktował on obie metody wymiennie (ekwiwalentnie). W konsekwencji Ustawodawca przyjmuje, że rekompensata pieniężna i czas wolny mają taką samą wartość, *ergo*: mianownik współczynnika 1/172 ustalonego w art. 117c ust. 1 odpowiada średniej liczbie godzin służby w miesiącu. Prokurator Generalny wykładając art. 37 ust. 3 Ustawy o SG w brzmieniu nadanym przez Ustawę zmieniającą interpretuje ją zakładając nieracjonalność Ustawodawcy w tym zakresie. W świetle powyższych ustaleń wykładnię tę uznać należy za nieprawidłową.

Po trzecie, nawet gdyby uznać, że przyjęty współczynnik 1/172 w istocie prowadzi do ustalenia rekompensaty za służbę w nadgodzinach w zwiększonym wymiarze, czemu Wnioskodawca zdecydowanie sprzeciwia się z wyżej podanych przyczyn, to wciąż ten poziom rekompensaty uznać należy za sprzeczny z art. 4 ust. 2 EKS. Zgodnie z argumentacją przedstawioną przez Prokuratora Generalnego, skoro art. 4 ust. 2 EKS nie określa minimalnego wymiaru zwiększenia gratyfikacji za pracę w nadgodzinach, to każde zwiększenie stawki stanowić będzie realizację konwencyjnego prawa. W konsekwencji nawet podniesienie tej stawki o symboliczny 1 grosz za jednostkę czasu pracy (służby) gwarantowałoby zgodność analizowanej regulacji z art. 4 ust. 2 EKS.

Takie stanowisko jest nie do zaakceptowania. Po pierwsze, rozumowanie Prokuratora Generalnego prowadzi do wydrążenia prawa do zwiększonej gratyfikacji za pracę w nadgodzinach z jego treści. Jest ono nie do pogodzenia z fundamentalnymi wartościami ustrojowymi, w tym z zasadą ochrony zaufania obywateli do władzy publicznej, wywodzoną z wyrażonej w art. 2 Konstytucji zasady demokratycznego państwa prawnego. Nie można mówić o realizacji prawa do zwiększonej gratyfikacji w sytuacji, gdy gratyfikacja ta zwiększona jest w sposób całkowicie lub prawie całkowicie nieodczuwalny przez adresata prawa.

Co więcej, to że EKS nie określa kwotowo ani procentowo stawki o którą gratyfikacja powinna być zwiększona, to art. 4 EKS wskazuje *explicite*, że uznanie prawa do zwiększonej stawki wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych następuje „[w] celu zapewnienia skutecznego wykonywania prawa do sprawiedliwego wynagrodzenia”. Oznacza to, że stopa

zwiększenia gratyfikacji musi być oceniana przez pryzmat sprawiedliwości. Przez to kryterium rozumieć należy zarówno sprawiedliwość w wymiarze indywidualnym (tj. czy wymiar zwiększenia wynagrodzenia jest sprawiedliwy w kontekście charakteru wykonywanej przez daną osobę pracy, jej ciężaru, społecznego znaczenia itp.), jak i zbiorowym (czy wymiar zwiększenia wynagrodzenia danej grupy zawodowej nie jest niesprawiedliwie niski w porównaniu z wynagrodzeniem innych grup zawodowych). Bez wątplenia zwiększenie gratyfikacji o stawkę iluzoryczną (symboliczny grosz) nie będzie spełniać kryterium sprawiedliwości w obu tych aspektach.

W tym miejscu należy zauważyć, że różnica pomiędzy wynagrodzeniem w wysokości 1/172 miesięcznego uposażenia a wynagrodzeniem w wysokości 1/176 miesięcznego wynagrodzenia wynosi $\approx 2\%$. Jest to zatem różnica minimalna i w praktyce nieodczuwalna, a zatem nie można mówić tutaj o podniesieniu stawki wynagrodzenia w sposób sprawiedliwy. Należy też zauważyć, że zgodnie z art. 151¹ § 1 Kodeksu pracy, dodatek do wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych w nocy, w niedziele i święta niebędące dla pracownika dniami pracy oraz w dniach wolnych udzielonych w zamian za pracę w niedziele i święta wynosi aż 100% wynagrodzenia, zaś za pracę w godzinach nadliczbowych w innych okolicznościach – 50% wynagrodzenia. Porównanie to pokazuje jaskrawo, że wynagrodzenie zwiększone o 2% nie może być poważnie traktowane jako rzeczywista i sprawiedliwa realizacja prawa wynikającego z Europejskiej Karty Społecznej.

W konsekwencji nie sposób uznać, by przepis przyznający zwiększone wynagrodzenie za służbę w godzinach nadliczbowych na symbolicznym poziomie 2% uznać można było za zgodny z art. 4 ust. 2 EKS. Taka regulacja prowadzi bowiem do wyrażenia prawa do zwiększonej gratyfikacji ze swej istoty oraz sprzeczna jest z kryterium sprawiedliwości określonym w przywołanym wzorcu kontroli.

Po czwarte, w piśmie procesowym Wnioskodawcy z dn. 20 lutego 2020 r. zasygnalizowane zostało, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego, jedynie definitywna utrata mocy obowiązującej przepisu pozwala na umorzenie postępowania z uwagi na wystąpienie przesłanki określonej w art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK. Z definitywną utratą mocy obowiązującej nie mamy do czynienia w sytuacji, gdy formalnie uchylony przepis wciąż znaleźć może zastosowanie do jakichkolwiek sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości. Tymczasem art. 37 ust. 3 Ustawy o SG w brzmieniu nadanym Ustawą zmieniającą znajduje zastosowanie jedynie do sytuacji prawnej funkcjonariuszy w odniesieniu do czasu służby przepracowanego po wejściu w życie tejże ustawy. Do stanów prawnych sprzed jej wejścia w życie stosuje się przepisy w brzmieniu dotychczasowym (art. 13 i 14 Ustawy zmieniającej), czyli w brzmieniu zaskarżonym wnioskiem z dn. 29 stycznia 2019 r. Gdyby zatem uznać, że przepis w nowym brzmieniu zgodny jest z art. 4 ust. 2 EKS, czemu Wnioskodawca się sprzeciwia, to wciąż przepis w starym brzmieniu znajduje zastosowanie do sytuacji prawnej funkcjonariuszy i byłych

funkcjonariuszy, a zatem może być przedmiotem kontroli w ramach niniejszego postępowania.

Podsumowując, w ocenie Wnioskodawcy art. 37 ust. 3 Ustawy o SG w brzmieniu nadanym przez art. 3 Ustawy zmieniającej niesie merytorycznie zasadniczo tożsamą treść, co w brzmieniu sprzed nowelizacji, albowiem nie przewiduje on zwiększonej gratyfikacji za służbę w ponadnormatywnym czasie służby – zarówno w formie pieniężnej, jak i w formie czasu wolnego. Nawet gdyby uznać, że w istocie przepis w nowym brzmieniu konstruuje prawo funkcjonariusza do symbolicznie zwiększonego wynagrodzenia, to wciąż zmiana ta nie spełnia kryteriów wyrażonych w art. 4 ust. 2 EKS. W każdym jednak wypadku przepis w nowym brzmieniu nie znajduje zastosowania do sytuacji prawnej funkcjonariuszy w zakresie, w jakim wypracowali oni nadgodziny przed wejściem w życie Ustawy zmieniającej, jak również nie znajduje zastosowania do byłych funkcjonariuszy. Nie pozwala on bowiem na dokonanie przeliczenia już wypłaconego równoważnika pieniężnego. Nie zachodzi zatem przesłanka określona w art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK i postępowanie nie może zostać z tego względu umorzone.

C. Odnośnie analizy zgodności art. 37 ust. 3a Ustawy o SG z art. 4 ust. 2 EKS

Odnosząc się do postawionego przez Wnioskodawcę zarzutu sprzeczności art. 37 ust. 3a Ustawy o SG z art. 4 ust. 2 EKS, Prokurator Generalny podniósł następujące argumenty.

Prokurator Generalny na wstępie zauważył, że Europejski Komitet Spraw Społecznych (dalej: EKSS) w ramach wykładni art. 4 ust. 2 EKS wskazuje, że za „przypadek szczególny” uznać należy pracowników zajmujących stanowiska kierownicze, a w przypadku osób pozostających w administracyjnych stosunkach pracy – „wysokich funkcjonariuszy publicznych” (nie zaś wszystkie osoby zatrudnione w sferze budżetowej). W dalszym ciągu Prokurator stwierdza, że sytuacja funkcjonariuszy Straży Granicznej uprawnionych do otrzymywania dodatku funkcyjnego mieści się w wyjątku, o którym mowa w art. 4 ust. 2 EKS *in fine* („przypadki szczególne”). Przemawiać ma za tym fakt, że funkcjonariusze ci samodzielnie organizują pracę swoją i swoich podwładnych, a jednocześnie otrzymują za swoją służbę relatywnie wysokie wynagrodzenie. W ocenie Prokuratora nie ma zatem znaczenia, czy funkcjonariusze ci pełnią najwyższe stanowiska w hierarchii służbowej, czy też są to stanowiska średniego szczebla.

Z tym stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Przypomnieć należy, że zgodnie z przywołanymi we wniosku z dn. 29 stycznia 2019 r. decyzjami oraz konkluzjami EKSS, fakt pozostawiania przez funkcjonariuszy w stosunku służby (a nie w stosunku pracy) nie ma znaczenia dla stosowania art. 4 ust. 2 EKS i nie

KANCELARIA ADWOKACKA

ADWOKAT DR MARTA DERLATKA



pozwała na rozszerzenie wyjątku, o którym mowa w art. 4 ust. 2 *in fine* EKS. Innymi słowy, pełnienie służby nie jest przesłanką ułatwiającą kwalifikację danej pozycji w hierarchii służbowej jako „przypadku szczególnego”. W konsekwencji zarówno w przypadku osób pozostających w stosunku pracy, jak i w stosunku służby, pojęcie „szczególnych przypadków” obejmuje osoby zajmujące najwyższe stanowiska o charakterze samodzielnym. Dla zastosowania przewidzianego we wzorcu kontroli wyjątku nie wystarczy zatem, by osoba piastująca dane stanowisko samodzielnie organizowała pracę swoją i swoich podwładnych. Nie wystarczy również to, by osoba ta miała wysokie wynagrodzenie albo by ciążył na niej ponadprzeciętny zakres obowiązków. Przewidziany wyjątek obejmuje wyłącznie stanowiska zarządzające, menedżerskie, tj. osób zajmujących naczelne stanowiska strukturze przedsiębiorstwa lub jego oddziału. W strukturze służbowej Straży Granicznej odpowiednikami kadry zarządzającej są stanowiska komendantów (Komendanta Głównego, komendantów oddziałów, ośrodków, ośrodków szkolenia, dywizjonów i placówek) oraz dyrektorów. Omawiany wyjątek od zasady zwiększonej gratyfikacji za pracę w godzinach nadliczbowych nie może być – jak czyni to Prokurator Generalny – interpretowany w sposób rozszerzający. Lista stanowisk, których zajmowanie uprawnia do otrzymywania dodatku funkcyjnego (czyli *de lege lata* pozbawionych prawa do jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia za służbę w nadgodzinach w ogólności), obejmuje zdecydowanie więcej, niż połowę istniejących stanowisk służbowych w jednostkach organizacyjnych Straży granicznej (np. w Komendzie Głównej – 11 z 17 stanowisk, w Komendzie oddziału SG – 11 z 15, w Placówce SG kategorii III – 4 z 9). W konsekwencji nie sposób przyjąć, że w przypadku wszystkich stanowisk, których zajmowanie uprawnia do otrzymywania dodatku funkcyjnego, mamy do czynienia z wyjątkiem przewidzianym w art. 4 ust. 2 *in fine* EKS. Wręcz przeciwnie, omawiany wyjątek można zastosować jedynie do kilku z nich.

Dodać w tym miejscu należy, że z przywołanego wielokrotnie w toku sprawy wyroku Trybunału Konstytucyjnego o sygn. P 26/12 nie wynika bynajmniej, by dopuszczalne było stosowanie wykładni rozszerzającej wyjątku, o którym mowa w art. 4 ust. 2 *in fine* EKS. Wręcz przeciwnie, Trybunał stwierdzając zgodność art. 42 ust. 2 Ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych z analizowanym wzorcem kontroli zastosował omawiany wyjątek do pracowników samorządowych zarządzających w imieniu pracodawcy zakładem pracy, a więc zajmujących stanowiska *stricte* menedżerskie, nie zaś do pracowników średniego szczebla. Z kolei w przywołanym wyroku o sygn. SK 18/15 Trybunał Konstytucyjny w ogóle odstąpił od zbadania zgodności art. 32 ust. 1 Ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej z art. 4 ust. 2 EKS, a zatem przywoływanie przez Prokuratora Generalnego fragmentów uzasadnienia odnoszących się do badania tego przepisu z innymi wzorcami kontroli jest w kontekście niniejszej sprawy nierelevantne.

Nie jest też tak, że możliwość przyznania dodatku funkcyjnego funkcjonariuszom innym niż na najwyższych stanowiskach kierowniczych stanowi prawidłową realizację prawa do zwiększonej gratyfikacji za służbę w godzinach nadliczbowych, o której mowa w art. 4

KANCELARIA ADWOKACKA
ADWOKAT DR MARTA DERLATKA



ust. 2 EKS. Jak zostało wskazane we Wniosku z dn. 29 stycznia 2019 r., rozmiar dodatku funkcyjnego jest niezależny od wymiaru czasu służby, przy czym jego dolna granica wynosi 10% podstawy jego naliczenia. Jak zostało wskazane w przywołanych w ww. Wniosku decyzjach EKSS, dodatki i premie mogą stanowić substytut prawa do zwiększonego wynagrodzenia za służbę w nadgodzinach jedynie pod tym warunkiem, że substytut ten prowadzi do efektywnej realizacji tego prawa. Oznacza to, że dodatek lub premia musi nie tylko rekompensować brak wynagrodzenia za pracę w nadgodzinach, ale musi rekompensować je w sposób zwiększony. Tymczasem nie sposób uznać, by uznaniowy dodatek w wysokości 10% wynagrodzenia rekompensował brak płatnych nadgodzin w ogólności, a co dopiero – by realizował prawo do zwiększonego wynagrodzenia. Nie sposób zatem uznać, by art. 37 ust. 3a Ustawy o SG pozostawał w zgodzie z art. 4 ust. 2 EKS, albowiem nie zapewnia on funkcjonariuszom uprawnionym do dodatku funkcyjnego prawa do rzeczywistej, nieuznaniowej gratyfikacji, która przez swój rozmiar nie tylko rekompensowałaby im brak prawa do gratyfikacji za służbę w nadgodzinach, ale gwarantowałaby gratyfikację zwiększoną.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w *petitum*.

Załączniki:

1. Odpisy pisma (4 szt.)

ADWOKAT
Dr Marta Derlatka