

Warszawa, dnia 20 lutego 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 Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 8 stycznia 2020 r., doręczonego mi w dn. 21 stycznia 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)

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.

U z a s a d n i e n i e

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. Wniesienie niniejszego pisma podyktowane jest koniecznością ustosunkowania się do wniosków wyrażonych w stanowisku Sejmu z dn. 8 stycznia 2020 r., albowiem ewentualne uwzględnienie wniosków pisma Sejmu 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 jakim w zamian za czas służby przekraczający normy czasu służby przyznaje funkcjonariuszowi Straży Granicznej czas wolny od służby w tym samym wymiarze, Sejm podniósł następujące argumenty.

Sejm wskazał, że w dacie złożenia wniosku, zaskarżony przepis brzmiał: „W zamian za czas służby przekraczający normę określoną w ust. 2 funkcjonariuszowi przysługuje czas wolny od służby w tym samym wymiarze”.

Z uwagi 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, 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”.

Dodać w tym miejscu należy, że w art. 13 i 14 Ustawy zmieniającej uregulowano skutek wprowadzonych zmian w stosunku do już trwających postępowań związanych z udzieleniem czasu wolnego w zamian za czas wolny od służby oraz wypłaty ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany czas wolny od służby. Stosownie do art. 13, do udzielania czasu wolnego w zamian za służbę „w nadgodzinach” pełnionej w okresie przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Stosownie natomiast do art. 14, funkcjonariuszowi zwalnianemu ze służby, do wypłaty ekwiwalentu pieniężnego za niewykorzystany czas wolny przysługujący za służbę „w nadgodzinach” w okresie przed dniem wejścia w życie ustawy, również stosuje się przepisy dotychczasowe.

W konsekwencji uznać należy, że art. 37 ust. 2 w brzmieniu nadanym przez art. 3 Ustawy zmieniającej, ma skutek jedynie na przyszłość, albowiem uregulowania znajdują zastosowanie do rozliczania gratyfikacji jedynie w odniesieniu do ponadnormatywny czasu służby odbytej po wejściu w życie Ustawy zmieniającej. Warto nadmienić, że fakt ten został przemilczany przez Sejm w stanowisku z dn. 8 stycznia 2020 r.

Zdaniem Sejmu, z uwagi na zmianę brzmienia przepisu art. 37 ust. 2 Ustawy o SG, zachodzi przesłanka określona w art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK, zgodnie z którym Trybunał na posiedzeniu niejawnym wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał.

W ocenie Wnioskodawcy stanowisko przedstawione przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej jest w całości nieprawidłowe.

Na wstępie wskazać należy, że art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK, który nakazuje umorzenie postępowania w przypadku utraty obowiązującej przez zakwestionowany akt normatywny przed wydaniem orzeczenia, w ocenie Wnioskodawcy nie znajduje w niniejszej sprawie zastosowania.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, przepis ten znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zaskarżony przepis definitywnie utracił moc obowiązującą. Ma to miejsce w sytuacji, gdy dany przepis nie może być w ogóle stosowany. Formalnie uchylony przepis należy uważać za obowiązujący, jeżeli nadal możliwe jest jego zastosowanie do jakichkolwiek sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości (tak np. w wyroku TK z dn. 5 stycznia 1998 r., sygn. P 2/97, OTK-ZU 1998 r., nr 1, poz. 1, wyroku TK z dn. 4 października 2000 r., sygn. P 8/00, OTK-ZU 2000 r., nr 6, poz. 189 czy wyroku TK z dn. 11 grudnia 2001 r., sygn. SK 16/00, OTK-ZU 2001 r., nr 8, poz. 257). Oznacza to w szczególności, że jeżeli przepis w brzmieniu sprzed uchylenia albo zmiany może znaleźć zastosowanie w indywidualnej sprawie, to nie zachodzi przesłanka określona (w obecnym stanie prawnym) w art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK.

Jak zostało wskazane wyżej, art. 37 ust. 3 Ustawy o SG w brzmieniu nadanym Ustawą zmieniającą znajduje zastosowanie jedynie do czasu służby przepracowanego po wejściu w życie Ustawy zmieniającej. Do stanów prawnych sprzed wejścia jej w życie stosuje się przepisy w brzmieniu dotychczasowym (art. 13 i 14 Ustawy zmieniającej), a zatem – w brzmieniu zaskarżonym wnioskiem z dn. 29 stycznia 2019 r. Oznacza to, że przepis w zaskarżonym brzmieniu cały czas obowiązuje, albowiem znajduje on zastosowanie do nadgodzin wypracowanych przed wejściem w życie Ustawy zmieniającej. Funkcjonariusze mogą wciąż powoływać się na treść tego przepisu dochodząc wynikających z niego uprawnień, nabytych w okresie przed wejściem w życie Ustawy zmieniającej. Stwierdzenie przez Trybunał niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu otworzy funkcjonariuszom drogę do dochodzenia roszczeń w postaci stosownego wyrównania gratyfikacji za służbę w „nadgodzinach” za ten okres.

W konsekwencji podkreślić należy z całą stanowczością, że stanowisko Sejmu jest nieprawidłowe, gdyż nie ziściła się przesłanka z art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK. Umorzenie postępowania na tym etapie uniemożliwiłoby funkcjonariuszom SG dochodzenie roszczeń za okresy poprzedzające wejście w życie Ustawy zmieniającej.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie za kontynuowaniem postępowania przemawia szereg dalszych przesłanek.

Po pierwsze wskazać należy, że w ocenie Wnioskodawcy zmiana redakcji przepisu, która nie prowadzi do jego zmiany w zakresie, w jakim zarzuca mu się sprzeczność z konstytucją, nie może być traktowana jako utrata mocy obowiązującej przepisu w rozumieniu art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK. Jeżeli bowiem w miejsce starego przepisu prawodawca wprowadza przepis który ma tożsamą treść normatywną, a zatem nowy przepis konstruuje w istocie taką samą normę, jaką konstruował przepis uchylony, to ciężko mówić tutaj o utracie mocy obowiązującej w znaczeniu merytorycznym (por. postanowienie TK z dn. 4 października 2017 r., sygn. akt SK 28/16, OTK-ZU 2017 r., seria A, poz. 65, gdzie Trybunał wprawdzie umorzył postępowanie, albowiem w sprawie skarżących nie zapadło ostateczne orzeczenie, natomiast nie znalazł podstawy dla umorzenia w art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK w sytuacji, gdy w toku postępowania prawodawca wprawdzie uchylił zaskarżone przepisy, jednakże nowe przepisy nie odbiegały zasadniczo od starych unormowań). Gdyby sama zmiana redakcji przepisu albo choćby zmiana jego umiejscowienia w akcie prawnym skutkowałyby koniecznością zastosowania art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK, to pozwalałoby to prawodawcy na spowodowanie umorzenia każdego postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym właśnie poprzez dokonanie symbolicznej zmiany w treści zaskarżonego przepisu. Taka wykładnia jest oczywiście sprzeczna z celem art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK, albowiem celem przepisu jest umarzanie postępowań w sytuacji, gdy przestaje istnieć merytoryczna potrzeba wydania orzeczenia.

W przedmiotowej sprawie zachodzi właśnie taka sytuacja. Zaskarżonemu art. 37 ust. 3 Ustawy o SG Wnioskodawcy zarzucili sprzeczność z art. 4 ust. 2 EKS polegającą na tym, że przepis gwarantuje funkcjonariuszom czas wolny w zamian za służbę w nadgodzinach w takim samym wymiarze, podczas gdy art. 4 ust. 2 EKS przewiduje obowiązek udzielenia zwiększonej gratyfikacji (a więc np. przyznania czasu wolnego w zwiększonym wymiarze). Art. 37 ust. 3 Ustawy o SG w nowym brzmieniu powieliła wadę starego przepisu. Nowy przepis również nie przyznaje funkcjonariuszom zwiększonej gratyfikacji, ale jedynie daje im wybór pomiędzy przyznaniem czasu wolnego w tym samym (a nie zwiększonym) wymiarze albo uzyskanie ekwiwalentu pieniężnego w tym samym (a nie zwiększonym) wymiarze. Przepis w nowym brzmieniu jest zatem tak samo sprzeczny z art. 4 ust. 2 EKS, jak w brzmieniu sprzed nowelizacji. Prawodawca nowelizując zaskarżony przepis nie rozwiązał zatem problemu jego sprzeczności z normami wyższego rzędu, a jedynie dokonał jego nowej redakcji. Z tych względów w ocenie Wnioskodawcy ciężko mówić, by przepis w starym brzmieniu przestał obowiązywać w rozumieniu art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK. Co więcej, w świetle przywołanego przez Sejm wyroku TK z dn. 5 kwietnia 2016 r. o sygn. K 3/15, widać wyraźnie, że wydanie przez Trybunał orzeczenia wpłynie również na bieżącą treść przepisu z uwagi na zakresowy charakter zarzutu.

Wydanie orzeczenia przez TK jest zatem konieczne dla ochrony porządku prawnego Rzeczypospolitej, jak również dla ochrony wolności i praw funkcjonariuszy SG. Orzeczenie przez Trybunał o art. 37 ust. 3 Ustawy o SG w brzmieniu sprzed nowelizacji otworzy drogę do oceny przepisu w nowym brzmieniu.

Na marginesie zauważyć należy, że nawet gdyby ustawodawca w inny sposób uregulował kwestie intertemporalne w Ustawie zmieniającej i rozciągnąłby stosowanie nowych przepisów również na okresy służby sprzed nowelizacji, to nie zmieniloby to merytorycznej pozycji funkcjonariuszy, albowiem stosowane przepisy obarczone byłyby tą samą wadą, co przepisy stare. Tym bardziej zatem uznać należy, że dokonana przez prawodawcę zmiana w zakresie brzmienia art. 37 ust.3 Ustawy o SG nie może świadczyć o braku tożsamości pomiędzy art. 37 ust. 3 w brzmieniu sprzed i po nowelizacji. Zmiana taka nie może zatem prowadzić do umorzenia postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 u.t.p.TK.

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, Sejm podniósł następujące argumenty.

Zdaniem Sejmu, skoro z art. 4 ust. 2 EKS nie wynika zakres dodatkowego wynagrodzenia przysługującego pracownikom w zamian za pracę w godzinach nadliczbowych, to w konsekwencji każda stawka wynagrodzenia przewyższająca stawkę podstawową spełnia wymogi z art. 4 ust. 2 EKS. W takich okolicznościach, dodatek funkcyjny wypłacany funkcjonariuszom uprawnionym do tego dodatku, zgodny jest z przywołanym przepisem. Jednocześnie Sejm argumentuje, że mamy w sprawie do czynienia z wyjątkiem przewidzianym przez art. 4 ust. 2 EKS, a zatem że sytuacja funkcjonariuszy uprawnionych do otrzymywania dodatku funkcyjnego stanowi „przypadek szczególny” w rozumieniu przywołanego wzorca kontroli. Zdaniem Sejmu, kwestia zróżnicowania w rekompensowaniu „nadgodzin” różnych grup funkcjonariuszy znajduje uzasadnienie w art. 1 Ustawy o Straży Granicznej, w art. 5 Konstytucji oraz w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Stanowisko Sejmu jest w całości nieprawidłowe.

Na wstępie podkreślić należy, że stanowisko to jest wewnętrznie sprzeczne. Albo bowiem jest tak, że funkcjonariusze uprawnieni do dodatku funkcyjnego są wyłączni z działania art. 4 ust. 2 EKS z uwagi na fakt, że mamy do czynienia z „przypadkiem szczególnym”, albo jest tak, że ich sytuacja

nie stanowi „przypadku szczególnego”, więc podlegają oni zakresowi art. 4 ust 2 EKS, a wypłacane wynagrodzenie w postaci dodatku funkcyjnego jest zgodne z tym przepisem. Z treści pisma nie wynika jednoznacznie, jakie stanowisko w tym zakresie zajmuje Sejm. Niezależnie od tego wyjaśnić jednak należy, że ani nie jest tak, że mamy do czynienia z wyjątkiem przewidzianym w EKS, ani też wypłacany dodatek funkcyjny nie spełnia standardów EKS.

We wniosku NSZZ FSG z dn. 29 stycznia 2019 r. w szeroki sposób została przywołana bieżąca interpretacja art. 4 ust. 2 EKS, dokonywana przez Europejski Komitet Praw Społecznych, jedyne ciało uprawnione do dokonywania wykładni Karty o charakterze wiążącym. Wskazane zostało, że zdaniem Komitetu sam charakter służby w formacji mundurowej sam z siebie nie świadczy o tym, że mamy do czynienia z przypadkiem szczególnym (s. 8 wniosku i przywołane tam orzeczenia i konkluzje), a zatem za nietrafny należy uznać przywołany przez Sejm argument, jakoby odstępstwo od art. 4 ust. 2 EKS uzasadniać mógł szczególny charakter zadań wykonywanych przez funkcjonariuszy, tj. ochrona granic Rzeczypospolitej Polskiej (art. 1 Ustawy o Straży Granicznej oraz art. 5 Konstytucji). Ten argument jest tym bardziej nietrafny, że zadania te wykonują wszyscy funkcjonariusze Straży Granicznej, a nie tylko funkcjonariusze uprawnieni do dodatku funkcyjnego. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób wykonywanie obowiązków w zakresie ochrony granic miałyby uzasadniać fakt, że niektórzy z funkcjonariuszy chroniących granice mieliby być wyłączeni z działania art. 4 ust. 2 EKS, a niektórzy – nie.

Komitet wyjaśnił też, że ze szczególnym przypadkiem mamy do czynienia tylko wtedy, gdy chodzi o pracowników lub funkcjonariuszy piastujących najwyższe stanowiska kierownicze w hierarchii służbowej, a nie jakiegokolwiek stanowiska związane z zarządzaniem zespołami osób lub wykonywaniem szczególnych zadań (s. 8 i 9 wniosku i przywołane tam orzeczenia i konkluzje). Jednocześnie we wniosku podkreślone zostało, że kategoria funkcjonariuszy uprawnionych do otrzymywania dodatku funkcyjnego obejmuje nie tylko funkcjonariuszy piastujących najwyższe stanowiska kierownicze, ale wręcz przeciwnie – obejmuje bardzo szeroką grupę funkcjonariuszy średniego i niskiego szczebla, którzy *a prima vista* nie pełnią najwyższych funkcji w rozumieniu „przypadku szczególnego” określonego art. 4 ust. 2 *in fine* EKS. Nie powinno zatem ulegać wątpliwości, że art. 37 ust. 2a Ustawy o SG znajduje zastosowanie do tych funkcjonariuszy, którzy nie pełnią najwyższych funkcji w strukturze SG, a zatem że art. 4 ust. 2 EKS znajduje do nich zastosowanie.

Dodać wreszcie należy, że Sejm w sposób nieuzasadniony powołuje się na art. 31 ust. 3 Konstytucji, który przewiduje, że „[o]graniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności

i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”. Przepis ten bowiem znajduje zastosowanie do ograniczania jedynie praw wyrażonych w Konstytucji, ale już nie praw wyrażonych w umowach międzynarodowych (tak np. L. Garlicki, K. Wojtyczek [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2016, LEX/el., komentarz do art. 31 Konstytucji, pkt. 24). W przedmiotowej sprawie został przywołany wzorzec kontroli wyrażający prawo konwencyjne (art. 4 ust. 2 EKS), a zatem art. 31 ust. 3 Konstytucji nie znajduje do niego zastosowania.

W konsekwencji uznać należy, że w sprawie nie zachodzi „przypadek szczególny” w rozumieniu art. 4 ust. 2 *in fine* EKS, albowiem charakter służby w świetle orzecznictwa Komitetu nie daje podstaw do uznania, że mamy do czynienia z przypadkiem szczególnym, zaś art. 37 ust. 3a Ustawy do SG znajduje zastosowanie do dużo szerszego grona funkcjonariuszy SG, niż tylko do funkcjonariuszy na najwyższych stanowiskach kierowniczych, podlegających pod wyłączenie przewidziane w przywołanym wzorcu kontroli.

Sejm nie ma też racji sugerując, że skoro art. 4 ust. 2 EKS nie precyzuje, jaka ma być forma i wysokość dodatkowej gratyfikacji w zamian za pracę w „nadgodzinach”, a zatem każda gratyfikacja w dowolnej wysokości spełnia standardy konwencyjne. Sejm pominął bowiem fakt, że przywołany wzorzec *explicite* stanowi, że gratyfikacja ta musi być zwiększona w stosunku do wynagrodzenia podstawowego. Aby była to gratyfikacja zwiększona, to gratyfikacja wypłacona w zamian za każdą jednostkę czasu służby w „nadgodzinach” musi być większa niż gratyfikacja, którą funkcjonariusz otrzymuje za identyczną jednostkę czasu służby w regulaminowym czasie służby. Tymczasem jest tak, że funkcjonariusze uprawnieni do dodatku funkcyjnego w ogóle nie otrzymują gratyfikacji za służbę w godzinach nadliczbowych, ale otrzymują jedynie dodatek funkcyjny, który nie tylko nie jest z definicji ustawowej wyższy od gratyfikacji za służbę w regulaminowym czasie służby, ale jest od niej niższy. Oznacza to, że za służbę w „nadgodzinach” funkcjonariusze uprawnieni do dodatku funkcyjnego nie tylko nie otrzymują zwiększonej gratyfikacji, ale wręcz przeciwnie – otrzymują oni zmniejszoną gratyfikację. Argumentacja Sejmu mogłaby być trafna jedynie pod warunkiem, że dodatek funkcyjny byłby wypłacany **jednocześnie** z podstawową gratyfikacją za służbę w „nadgodzinach” (bo wtedy powiększałby podstawową gratyfikację), a nie **zamiast** tej gratyfikacji, jak stanowi obecnie art. 37a ust. 3 Ustawy o SG.

**KANCELARIA ADWOKACKA
ADWOKAT DR MARTA DERLATKA**



Z tych względów stanowisko Sejmu odnośnie zgodności art. 37 ust. 3a Ustawy o SG z art. 4 ust. 2 EKS uznać należy za nieprawidłowe w całości.

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

Załączniki:

1. Odpisy pisma (4 szt.)

ADWOKAT
dr Marta Derlatka