



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 01-02-2021 r.

**Adam Bodnar**

**III.7040.8.2021.LN**

**Pan  
Tomasz Grodzki  
Marszałek Senatu RP  
ePUAP**

*Szanowny Panie Marszałku,*

w nawiązaniu do mojego pisma z dnia 26 stycznia br. przedkładam uprzejmie kolejne uwagi do uchwalonej przez Sejm ustawy z dnia 21 stycznia 2021 r. o służbie zagranicznej (druk sejmowy nr 877).

***Wygaśnięcie stosunku pracy w służbie zagranicznej z powodu ukończenia 65 lat (art. 4 ustawy)***

W świetle art. 4 ust. 1 ustawy stosunek pracy w służbie zagranicznej wygasa w dniu ukończenia 65 lat. Na podstawie ust. 2 tego artykułu osoba zatrudniona w służbie zagranicznej nie później niż 6 miesięcy przed dniem ukończenia 65 lat może złożyć do ministra właściwego do spraw zagranicznych uzasadniony wniosek o wyłączenie stosowania wobec niej powołanego wyżej regulacji wygaszającej stosunek pracy. Minister właściwy do spraw zagranicznych w terminie 2 tygodni od dnia otrzymania wniosku wydaje decyzję w sprawie wyłączenia stosowania wobec wnioskodawcy przepisu ust. 1 uwzględniając potrzeby służby zagranicznej. Od decyzji nie przysługuje odwołanie. Stanowi o tym ust. 3 tego artykułu ustawy.

Należy wskazać, że zastosowany przez ustawodawcę mechanizm automatycznego wygaśnięcia stosunków pracy dla pracowników, którzy ukończyli 65 lat, pozostaje w sprzeczności z art. 2 dyrektywy rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r.

ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (2000/78/WE, Dz. Urz. UE. L Nr 303, str. 16, zwana dalej: „Dyrektywą 2000/78”), implementowanej do polskiego porządku prawnego przez ustawę z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2156). Polski ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie uzasadnienia odmiennego traktowania ze względu na wiek, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Dyrektywy 2000/78, który mógłby uzasadniać wprowadzenie górnej granicy wieku dla pracowników służby zagranicznej. Zgodnie z podnoszonym w orzecznictwie sądów administracyjnych stanowiskiem (np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt II GSK 391/12; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 sierpnia 2020 r., sygn. akt II GSK 560/20) ustawodawca polski nie uwzględnił w ustawie wprowadzającej Dyrektywę 2000/78 wszystkich dziedzin życia, w których mógł wystąpić problem dyskryminacji ze względu na wiek. Skutki ewentualnego zaniechania ustawodawcy, w tym określenia przypadków odmiennego traktowania ze względu na wiek nie stanowiącego dyskryminacji (art. 6 ust. 1 Dyrektywy 2000/78) nie mogą obciążać obywatela.

Moim zdaniem, odmienne traktowanie pracowników służby zagranicznej, którzy ukończyli 65 lat nie ma uzasadnienia pod względem przesłanek określonych w art. 6 ust. 1 Dyrektywy 2000/78, tj. obiektywnego i racjonalnie uzasadnionego, zgodnego z przepisami celu wprowadzenia tego rozróżnienia, zaś środek zastosowany przez ustawodawcę (tu: wygaśnięcie umowy o pracę) nie jest właściwy i konieczny. W szczególności wskazać trzeba, że w orzecznictwie TSUE, powoływanym w ww. wyrokach NSA (m. in. .w wyroku TSUE z dnia 5 marca 2009 r. w sprawie C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) przeciwko Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (ECLI:EU:C:2009:128)) stwierdzono, że na sądzie krajowym, przed którym zawisłby spór dotyczący zasady zakazu dyskryminacji ze względu na wiek, spoczywa obowiązek zbadania, czy odpowiednie uregulowania mają zgodny z prawem cel i czy krajowe władze ustawodawcze lub wykonawcze mogą w sposób zasadny twierdzić, że przy wzięciu pod uwagę zakresu uznania, którym dysponują państwa członkowskie w zakresie polityki społecznej, wybrane środki są właściwe i konieczne dla osiągnięcia tego celu (pkt 52 wyroku w sprawie C-388/07).

Nie można stwierdzić, by ograniczenie możliwości pracy dla osób, które ukończyły 65 lat, było uzasadnione celami polityki zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia

zawodowego o których mowa w art. 6 ust. 1 Dyrektywy 2000/78. Z uwagi na brak jednoznacznie określonego celu regulacji, a także nieprzedstawienie jakichkolwiek argumentów za jej wprowadzeniem, niemożliwa jest ocena jej obiektywności i racjonalności i przybiera ona charakter arbitralnego wykluczenia części pracowników służby zagranicznej. Świadczy o tym również brak ostrych kryteriów wyłączenia wygaśnięcia stosunku pracy wobec pracowników, którzy złożyli odpowiedni wniosek do ministra spraw zagranicznych, a które sprowadzają się do „potrzeb służby zagranicznej” (art. 4 ust. 3, 80 ust. 3).

Należy wskazać, że w świetle orzecznictwa sądów powszechnych od podjęcia na wniosek Rzecznika uchwały Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 21 stycznia 2009 r., sygn. akt II PZP 13/08, OSNP 2009/19-20/248, prezentowane jest jednolite stanowisko, w świetle którego osiągnięcie wieku emerytalnego i nabycie prawa do emerytury nie może stanowić wyłącznej przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie umowy o pracę przez pracodawcę (art. 45 § 1 k.p.), a wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony wyłącznie z powodu osiągnięcia przez niego wieku emerytalnego stanowi bezpośrednią dyskryminację ze względu na wiek (art. 11<sup>3</sup> k.p.).

W tej sytuacji sięgnięcie po instytucję wygaśnięcia stosunków pracy poprzez mechanizm przewidziany w art. 4 ustawy ma pozbawić pracowników służby zagranicznej ochrony przed bezzasadnym pozbawieniem ich zatrudnienia. Sama przesłanka ukończenia 65 lat nie jest prawnie doniosła dla relacji pracownika z pracodawcą, pozostaje też w abstrakcyjnym związku z innymi istotnymi okolicznościami związanymi ze sposobem realizacji przez pracownika jego obowiązków pracowniczych na konkretnym stanowisku pracy.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 września 2019 r. (sygn. akt III PK 126/18, Lex nr 2729826) „ocena działań ustawodawcy (który na skalę masową posługuje się <<wygaszaniem>> stosunków pracy) powszechnie i jednoznacznie oceniana jest krytycznie (...). Zgodnie wskazuje się, że tego rodzaju praktyka jest niezgodna z art. 24, art. 30, art. 32 i art. 60 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a przedmiotowe wygaśnięcie ma w istocie charakter pozorny – stanowi w istocie rozwiązanie stosunku pracy”.

Sądy nie powinny więc też udzielać ochrony praktyce, która w orzecznictwie Sądu Najwyższego jest uważana za naruszającą standardy konstytucyjne.

Z art. 24 zdanie pierwsze Konstytucji wynika zasada ochrony pracy, która powinna znajdować urzeczywistnienie na poziomie ustawodawstwa zwykłego. Uznaje się, że

przepis ten ustanawia kompetencję władz państwowych w zakresie ingerowania w kształt stosunków pracy i stanowi podstawę wprowadzania ograniczeń zasady swobody umów oraz równości prawnej stron w stosunkach umownych (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 lipca 2010 r., sygn., OTK ZU nr 6/A/2010, poz. 58). Jednym z takich ograniczeń wprowadzonych w ustawodawstwie zwykłym są przepisy nakierowane na ochronę trwałości zatrudnienia pracownika. Na państwie ciąży obowiązek ochrony pracowników jako „słabszej” strony stosunku pracy, a w konsekwencji obowiązek stwarzania określonych gwarancji prawnych dotyczących zarówno ochrony osoby pracownika, jak i jego interesów, w tym ochrony przed niezgodnymi z prawem bądź nieuzasadnionymi działaniami pracodawców (zob. L. Florek, Konstytucyjne gwarancje uprawnień pracowniczych, „Państwo i Prawo” z. 11-12/1997, s. 197; wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 18 października 2005 r., sygn. SK 48/03, OTK ZU nr 9/A/2005, poz. 101; 24 października 2006 r., sygn. SK 41/05; wyrok TK z dnia 12 lipca 2010 r., sygn. P 4/10).

Choć Konstytucja nie określa bliżej metod i instrumentów ochrony pracy, to możliwa jest jednak ocena, czy zawarta w art. 4 ustawy o służbie zagranicznej regulacja wygaśnięcia stosunku pracy spełnia standard konstytucyjny, a swoboda ustawodawcy nie została przekroczona. W moim przekonaniu regulacja zawarta w art. 4 ustawy o służbie zagranicznej nie realizuje standardu ochrony pracy. Sytuacja prawna osób zatrudnionych w służbie zagranicznej przedstawia się w sposób szczególny. Ich pracodawcą jest państwo jako „globalny pracodawca”, znajdujące się w sytuacji korzystniejszej niż pracodawcy prywatni. Posiada bowiem zdolność regulacyjną polegającą na możliwości przyjmowania określonych aktów prawnych (w tym aktów rangi ustawy) normujących w sposób bezwzględnie obowiązujący sytuację prawną pracowników. Ta szczególna pozycja państwa nie może w demokratycznym państwie prawnym być wykorzystywana do zwolnienia się wobec pracowników z obowiązków, które zgodnie z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym, muszą realizować pracodawcy prywatni.

Przewidziany w art. 4 ustawy mechanizm prawny prowadzący do automatycznego zakończenia zatrudnienia poprzez wygaśnięcie stosunku pracy z każdym pracownikiem służby zagranicznej i przyznania Ministrowi Spraw Zagranicznych uprawnienia do podejmowania całkowicie niekontrolowanych decyzji o przedłużeniu dalszego zatrudnienia niektórym pracownikom musi wpłynąć na pogłębienie stanu niepewności

wśród pracowników pragnących wydłużenia ich okresu zatrudnienia i może powodować nadmierne podporządkowanie się oczekiwaniom pracodawcy.

Należy wskazać, że w świetle ostatnio prezentowanego orzecznictwa Sądu Najwyższego ukształtowanie wygaśnięcia stosunku pracy w sposób odbiegający od logiczno-formalnego wzorca prowadzi do sytuacji, w której roszczenia pracownika z art. 67 zdanie drugie k.p. w związku z art. 56 § 1 k.p. należy kwalifikować również z pozycji nierównego traktowania i dyskryminacji (art. 11<sup>2</sup> i art. 11<sup>3</sup> k.p.). Oznacza to, że dyskryminujące albo „nierównościowe” niezaproponowanie pracownikowi dalszego zatrudnienia otwiera po stronie pracownika prawo do dochodzenia roszczeń z art. 56 § 1 k.p. (por. wyroki Sądu Najwyższego: powołany wyżej o sygn. III PK 126/18 oraz z 10 grudnia 2019 r., II PK 129/18, LEX nr 2780482).

### ***Brak możliwości zatrudnienia w służbie zagranicznej z powodu złożenia pozytywnego oświadczenia lustracyjnego (art. 5 ustawy)***

Art. 5 przewiduje w ust. 1, że w służbie zagranicznej nie może być zatrudniona osoba, która w okresie od dnia 22 lipca 1944 r. do dnia 31 lipca 1990 r. pracowała lub pełniła służbę w organach bezpieczeństwa państwa lub była współpracownikiem tych organów w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944-1990 oraz treści tych dokumentów (Dz. U. z 2020 r. poz. 2141). Przepis ten znajduje zastosowanie do niebędących członkami służby zagranicznej osób, o których mowa w art. 3 ust. 2 pkt 1-3, o ile osoby te są obywatelami polskimi (ust. 2).

Przepis ten powtarza regulację przewidzianą w art. 2a poprzednio obowiązującej ustawy o służbie zagranicznej, wprowadzoną z dniem 5 kwietnia 2019 r. ustawą z dnia 14 grudnia 2018 r. o zmianie ustawy o służbie zagranicznej. W ocenie Rzecznika przepis ten prowadzi do ograniczenia prawa wynikającego z art. 60 Konstytucji RP. Ograniczenie to zostało wprowadzone w sposób arbitralny, nie mający uzasadnienia w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

W związku z powyższym należy uznać, że art. 5 ust. 1 i 2 ustawy pozostaje w sprzeczności z tymi standardami konstytucyjnymi.

Zgodnie z art. 60 Konstytucji RP obywatele polscy korzystający z pełni praw publicznych mają prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach. Nie

ulega wątpliwości, że wskazane przepisy ingerują w owo prawo dostępu do służby publicznej, pozbawiając obywateli polskich, którzy złożyli oświadczenie o pracy lub pełnieniu służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z tymi organami, dostępu do służby publicznej świadczonej na podstawie przepisów ustawy o służbie zagranicznej. Ograniczenia w korzystaniu z prawa konstytucyjnego określonego art. 60 Konstytucji RP mogą oczywiście być wprowadzone. Muszą one jednak posiadać swoje konstytucyjne umocowanie. Z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wynika, że ograniczenia 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. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. W omawianym zakresie został spełniony warunek formalny, ograniczenie prawa wynikającego z art. 60 Konstytucji RP zostało bowiem wprowadzone ustawą. Natomiast nie został spełniony warunek materialny, ograniczenie nie zostało wprowadzone w związku z koniecznością ochrony wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Już na wstępie należy wykluczyć związek pomiędzy wprowadzonym ograniczeniem, a koniecznością ochrony porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. W grę może wchodzić jedynie wzgląd na konieczność ochrony bezpieczeństwa państwa. Cel ten jednak – na co wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 maja 2007 r. (sygn. akt K 2/07) – realizuje sam fakt złożenia zgodnego z prawdą oświadczenia lustracyjnego. W ten sposób dochodzi bowiem do „eliminacji szantażu faktami z przeszłości, które mogą być uznane za kompromitujące”. Skoro zaś cel w postaci ochrony bezpieczeństwa państwa jest realizowany poprzez sięgnięcie do środków mniej dolegliwych z punktu widzenia praw jednostki, to nie ma konstytucyjnej legitymacji regulacja wprowadzająca rozwiązania głębiej ingerujące w takie prawa.

W tym kontekście trzeba wskazać, że nie ma żadnych przeszkód formalnych, aby służbę w organach bezpieczeństwa pełniła osoba, która złożyła zgodne z prawdą oświadczenie lustracyjne o pracy lub współpracy z tymi organami w latach 1944-1990 (por. art. 44 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu – Dz. U. z 2020 r. poz. 27). Także pragmatyki urzędnicze (por. art. 3 ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych

– Dz. U. z 2018 r., poz. 1915 ze zm.; art. 4 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej – Dz. U. z 2018 r. poz. 1559 ze zm.) nie zawierają żadnych ograniczeń w zakresie zatrudniania tej kategorii osób.

W tej sytuacji nie można przyjąć, że kryterium bezpieczeństwa państwa może być uznane za uzasadniające wprowadzenie ograniczenia zawartego w art. 5 ustawy o służbie zagranicznej. Oznacza to, że ograniczenie prawa wynikającego z art. 60 Konstytucji RP zostało wprowadzone w sposób arbitralny, nie mający uzasadnienia w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

### ***Praca poza normalnymi godzinami pracy (art. 56 ustawy)***

Na podstawie art. 56 ust. 1 ustawy, jeżeli wymagają tego potrzeby służby zagranicznej, członek służby zagranicznej wykonuje pracę poza normalnymi godzinami pracy, a w uzasadnionych przypadkach także w niedziele i święta, bez prawa do oddzielnego wynagrodzenia i prawa do czasu wolnego w zamian za czas przepracowany.

Zdaniem Rzecznika inkryminowany przepis przez to, że nie przewiduje prawa wszystkich członków służby zagranicznej do zwiększonej stawki wynagrodzenia lub zwiększonego wymiaru czasu wolnego z tytułu wykonywania pracy poza normalnymi godzinami pracy, a także w niedziele i święta, pozostaje w sprzeczności z ratyfikowanym przez Polskę art. 4 ust. 2 Europejskiej Karty Społecznej. Karta art. 4 ust. 2 zobowiązuje do uznania prawa pracowników do zwiększonej stawki wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych, z zastrzeżeniem wyjątków w przypadkach szczególnych. Uzasadnieniem dla zwiększonej stawki wynagrodzenia, o jakim jest mowa w ust. 2 art. 4 Karty jest wzmożony wysiłek, jakiego wymaga od pracownika wykonanie pracy w czasie przekraczającym prawne normy czasu pracy.

W przepisie tym brak jest wyraźnego określenia wymaganego minimalnego zwiększenia stawki wynagrodzenia. Również Europejski Komitet Praw Społecznych nie określił w żaden sposób tego zwiększenia. Jednocześnie Komitet uznał, że rekompensatą za pracę w godzinach nadliczbowych, zamiast zwiększonego wynagrodzenia, może być czas wolny, ale również jego wymiar powinien być wyższy od liczby przepracowanych godzin nadliczbowych (tamże).

Postanowienie art. 4 ust. 2 EKS dotyczy wszystkich pracowników, dopuszczając wyjątki w „przypadkach szczególnych”. W ramach wykładni Karty, Komitet uznał za

zgodne z art. 4 ust. 2 EKS pozbawienie prawa do dodatków za pracę w godzinach nadliczbowych pracowników zajmujących stanowiska kierownicze (z uwagi, jak zaznaczył, na wysokie zazwyczaj płace tej kategorii pracowników) oraz funkcjonariuszy publicznych. Jeżeli chodzi o tę drugą grupę, Komitet podkreślił, że nie jest dopuszczalne pozbawienie dodatku wszystkich pracowników sektora publicznego, a jedynie „wysokich funkcjonariuszy publicznych”.

A zatem w świetle stanowiska Komitetu można uznać, że:

- dopuszczalne jest przyjęcie rekompensaty tylko w jednej formie (tylko czas pracy lub tylko dodatkowe wynagrodzenie),
- wymiar rekompensaty musi być zawsze zwiększony w stosunku do czasu faktycznie przepracowanego,
- dopuszczalne jest ograniczenie rekompensowania pracy w godzinach nadliczbowych niektórych grup pracowników pełniących szczególne funkcje (zarządzanie, bezpośredni udział w tworzeniu polityki), nie może to jednak oznaczać całkowitego odejścia od rekompensowania pracy w godzinach nadliczbowych.

Art. 56 ust. 1 ustawy pozostaje w sprzeczności z tym stanowiskiem.

Należy nadmienić, że art. 32 ust. 1 poprzednio obowiązującej ustawy o podobnej treści do art. 56 ust. 1 ustawy był przedmiotem oceny zgodności z Konstytucją przez Trybunał Konstytucyjny w postępowaniu ze skargi konstytucyjnej SK 18/15. W wyroku z 29 listopada 2019 r. Trybunał orzekł, że art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej w zakresie, w jakim nie przewiduje dodatkowego wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych dla pracowników służby zagranicznej wykonujących obowiązki służbowe w placówce zagranicznej, jest zgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Odnosząc się do art. 4 ust. 2 Karty jako wzorca kontroli Trybunał zwrócił uwagę, że w trybie wskazanym w art. 79 ust. 1 Konstytucji dopuszczalna jest kontrola wyłącznie z punktu widzenia konstytucyjnych (zawartych w Konstytucji) wolności lub praw. Nie jest więc dopuszczalna kontrola zgodności zaskarżonego przepisu z aktami prawa międzynarodowego.

Działając w oparciu o art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2020 r. poz. 627) zwracam się do Pana Marszałka z uprzejmą



prośbą o przekazanie powyższych uwag do wiadomości Paniom Senatorkom i Panom Senatorom w toku prac ustawodawczych.

Łączę wyrazy szacunku

Adam Bodnar  
Rzecznik Praw Obywatelskich  
/-podpisano elektronicznie/