

70/6/A/2006

**WYROK**

z dnia 29 czerwca 2006 r.

**Sygn. akt P 30/05\***

**W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej**

**Trybunał Konstytucyjny w składzie:**

Wiesław Johann – przewodniczący

Marian Grzybowski

Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska – sprawozdawca

Ewa Łętowska

Marian Zdyb,

protokolant: Krzysztof Zalecki,

po rozpoznaniu, z udziałem sądu przedstawiającego pytanie prawne oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 29 czerwca 2006 r., pytania prawnego Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie:

czy art. 93 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 74, poz. 676 ze zm.) jest zgodny z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 33 ust. 1 i 2 Konstytucji,

o r z e k a:

**Art. 93 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 74, poz. 676, z 2003 r. Nr 90, poz. 844, Nr 113, poz. 1070, Nr 130, poz. 1188 i Nr 166, poz. 1609 oraz 2004 r. Nr 109, poz. 1159, Nr 171, poz. 1800, Nr 267, poz. 2647 i Nr 273, poz. 2703), jako przepis odsyłający w zakresie dotyczącym „szczególnych uprawnień przewidzianych dla pracownic” do przepisów prawa pracy, jest zgodny z art. 32 i art. 33 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**

**UZASADNIENIE:**

**I**

1. Pytanie prawne, z którym – na podstawie postanowienia z 5 lipca 2005 r. – WSA w Warszawie zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego, powstało na tle następującego stanu faktycznego. Rozkazem personalnym z 8 grudnia 2004 r. Dyrektor Biura Kadr Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej: ABW), powołując się na art. 93 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 74, poz. 676 ze zm.; dalej: ustawa), odmówił por. J. Hołubowi udzielenia urlopu wychowawczego. Rozkaz został utrzymany w mocy decyzją Szefa ABW z 10 stycznia 2005 r. W ocenie szefa ABW, stosunek służbowy funkcjonariuszy ABW nie jest stosunkiem pracy lecz stosunkiem administracyjnoprawnym i dlatego nie ma do niego zastosowania art. 5 k.p., w myśl którego, jeśli stosunek pracy określonej kategorii pracowników regulują przepisy szczególne, przepisy kodeksu pracy stosuje się w zakresie

---

\* Sentencja została ogłoszona dnia 10 lipca 2006 r. w Dz. U. Nr 122, poz. 852.

nieuregulowanym tymi przepisami. Por. J. Hołub zaskarżył wydany wobec niego rozkaz personalny do WSA w Warszawie i wniósł o jego uchylenie. Zarzucił mu błędną wykładnię art. 93 ustawy. Jego zdaniem, regulacja prawa do urlopu wychowawczego nie pozostaje w związku z zakresem zadań wykonywanych przez ABW; prawo do urlopu powinno być rozpatrywane z uwzględnieniem art. 32 i art. 33 Konstytucji i zmian zachodzących w życiu społecznym, zwłaszcza w sytuacji zawodowo-rodzinnej osób wychowujących małe dzieci. Celem ustawodawcy jest zapewnienie równouprawnienia kobiet i mężczyzn na wszelkich płaszczyznach ich życia.

Jak wynika z uzasadnienia pytania prawnego, WSA podziela wątpliwości skarżącego co do zgodności z Konstytucją art. 93 ustawy, zgodnie z którym – w braku odmiennego postanowienia ustawy – funkcjonariuszowi-kobiecie przysługują szczególne uprawnienia przewidziane dla pracownic według przepisów prawa pracy. Sąd przytacza treść art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 33 ust. 1 i 2 oraz cytuje fragmenty orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, w których przedmiotem interpretacji była zasada równości kobiety i mężczyzny. Zdaniem WSA, art. 93 ustawy – wbrew konstytucyjnemu nakazowi równego traktowania kobiet i mężczyzn w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym – różnicuje sytuację funkcjonariuszy w zakresie uprawnień związanych z rodzicielstwem. Zróżnicowanie to nie jest uzasadnione, gdyż prawo do urlopu wychowawczego, inaczej niż macierzyńskiego, nie jest determinowane przez płeć. Zróżnicowania tego nie uzasadnia też charakter stosunku zatrudnienia funkcjonariuszy ABW. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, administracyjnoprawny charakter stosunków pracy uzasadnia jedynie takie odstępstwa od regulacji ogólnych prawa pracy, jakie są konieczne ze względu na charakter służby. Zdaniem WSA, prawo do urlopu wychowawczego nie pozostaje w takim związku ze służbą, by musiało być regulowane w sposób szczególny.

W końcowej części uzasadnienia WSA zwraca uwagę na akty prawa międzynarodowego oraz dyrektywy Unii Europejskiej, których regulacje dotyczą równouprawnienia kobiet i mężczyzn.

2. Prokurator Generalny w piśmie z 14 marca 2006 r. przedstawił stanowisko, wedle którego art. 93 ustawy jest niezgodny z art. 32 i art. 33 Konstytucji.

Uzasadniając swe stanowisko Prokurator w pierwszej kolejności przedstawił regulację prawną urlopów wychowawczych, zawartą w art. 186-186<sup>5</sup> k.p. oraz w wydanym na podstawie art. 186<sup>5</sup> k.p. rozporządzeniu Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie szczegółowych warunków udzielania urlopu wychowawczego (Dz. U. Nr 230, poz. 2291). Zasadnicze znaczenie ma fakt, że przepisy te, dla określenia podmiotu uprawnionego do urlopu wychowawczego posługują się pojęciem „pracownik”, obejmującym zarówno pracowników – matki lub opiekunki dzieci, jak i ojców lub opiekunów. Taka regulacja jest zgodna z zasadą równości kobiet i mężczyzn wyrażoną w art. 33 Konstytucji i nie narusza płynącego z prawa europejskiego zakazu dyskryminacji ze względu na płeć. Prokurator podkreśla przy tym, że przepisy kodeksu pracy odnoszą się do wszystkich pracowników, niezależnie od podstawy powstania stosunku pracy. Nie są natomiast nimi objęci policjanci, funkcjonariusze ABW i Agencji Wywiadu, Straży Więziennej, Straży Granicznej oraz zawodowi wojskowi i funkcjonariusze celni. Pozostają oni w tzw. stosunkach służbowych, regulowanych odrębnymi ustawami. Z art. 5 k.p. wynika, powszechnie obowiązująca, zasada pierwszeństwa przepisów szczególnych przed ogólnymi, zawartymi w kodeksie.

Prokurator Generalny wskazuje jednak, że problem interpretacyjny może się pojawić, gdy – jak to ma miejsce w przypadku kwestionowanej ustawy – jej przepisy w zakresie określonej instytucji, w tym wypadku – urlopu wychowawczego, odsyłają do

kodeksu pracy, ale równocześnie modyfikują rozwiązania kodeksowe. Taką rolę odgrywa art. 93 ustawy. Prokurator zwraca uwagę, że wobec treści art. 5 k.p. ustawodawca nie jest zobowiązany regulować kwestii urlopu wychowawczego w ustawach szczególnych i przywołuje przykłady aktów normatywnych dotyczących służb mundurowych, w których tę problematykę pominięto. Inaczej sprawa wygląda na tle art. 93 ustawy: z treści tego przepisu wynika, że urlop wychowawczy przysługuje tylko funkcjonariuszowi-kobiecie.

W dalszym ciągu uzasadnienia Prokurator Generalny przedstawia treść przepisów powołanych jako wzorce kontroli konstytucyjnej; podkreśla, że art. 33 Konstytucji stanowi rozwinięcie zasady równości wobec prawa wyrażonej w art. 32 Konstytucji. Art. 33 zawiera dyrektywę istotną w procesie stanowienia prawa i jego stosowania, zobowiązuje ustawodawcę do kształtowania przepisów z poszanowaniem równości płci. Stanowiąc kwestionowany przepis ustawodawca, zdaniem Prokuratora, nie sprostął temu obowiązкови; z art. 93 ustawy wynika bowiem dyskryminacja funkcjonariusza-mężczyzny. W ocenie Prokuratora Generalnego nie zachodzą żadne istotne przyczyny, które mogłyby – w świetle orzecznictwa konstytucyjnego – uzasadnić tę dyskryminację. Usprawiedliwione względami biologicznymi jest inne traktowanie kobiety między innymi w okresie ciąży i porodu. W tym zakresie kobiety mogą stanowić odrębną klasę podmiotów. Nie ma natomiast podstaw by kontynuować to zróżnicowanie na etapie urlopu wychowawczego, którego celem jest sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem, które w istocie jest beneficjentem prawa przysługującego każdemu z rodziców. W art. 93 ustawy ustawodawca pozbawił rodziców możliwości podjęcia decyzji, które z nich będzie sprawować opiekę i dokonał, jak pisze Prokurator, „arbitralnego podziału obowiązku rodziców”. Taka ingerencja ustawodawcy w życie rodzinne nie służy zapewnieniu faktycznej równości płci.

Prokurator Generalny zwraca dodatkowo uwagę na fakt, że w kwestionowanej ustawie nie wprowadzono żadnej „zastępczej” formy urlopu, umożliwiającej funkcjonariuszowi-mężczyźnie wykonywanie opieki nad dzieckiem. Fakt, że w ustawie znalazł się art. 93 świadczy o zamierzonym przez ustawodawcę działaniu w celu ograniczenia prawa do urlopu wychowawczego. Nie chodzi więc o lukę, którą ewentualnie można by usunąć w drodze interpretacji, lecz o ukształtowanie instytucji w sposób nieodpowiadający – w ocenie Prokuratora – standardom konstytucyjnym.

3. Marszałek Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w piśmie z 17 czerwca 2006 r. wyraził pogląd, że kwestionowany art. 93 ustawy jest niezgodny z art. 32 i art. 33 Konstytucji.

W uzasadnieniu Marszałek podzielił przekonanie Szefa ABW, że sytuacji prawnej funkcjonariuszy Agencji nie można określać poprzez zastosowanie art. 5 k.p., nakazującego subsydiarne stosowanie kodeksu pracy do pracowników, których stosunek pracy regulowany jest przez przepisy szczególne. Stosowaniu tego przepisu sprzeciwia się administracyjno-prawny charakter stosunku zatrudnienia funkcjonariuszy ABW. Mimo to, zdaniem Marszałka, kwestionowane unormowanie urlopów wychowawczych funkcjonariuszy ABW narusza art. 32 i art. 33 Konstytucji.

Powołane we wniosku wzorce kontroli konstytucyjnej, jak podkreśla Marszałek, wprowadzają zasadę równości, która oznacza prawo do równego traktowania przez władze publiczne i zakaz dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym. Równość kobiet i mężczyzn jest szczególnym aspektem ogólnej zasady równości i z jej uwzględnieniem musi być dokonywana ocena regulacji socjalnych. Kobiety i mężczyzn nie można traktować jako grup na tyle odrębnych, by nie stosować do nich zasady równości.

W dalszej części uzasadnienia swego stanowiska Marszałek Sejmu przytacza orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, w których poddano analizie zasadę równości a

także – dopuszczalność odstępstw od niej. Odmienne traktowanie podmiotów może być w szczególności podyktowane koniecznością respektowania innych wartości konstytucyjnych, jeśli – dodatkowo – wprowadzone zróżnicowanie jest relewantne i proporcjonalne. Marszałek Sejmu nie dostrzega jednak, by w przypadku kwestionowanej regulacji urlopu wychowawczego funkcjonariuszy ABW zachodziły podstawy zróżnicowania sytuacji kobiet i mężczyzn. Stwierdzenie to uzasadnia pogląd, że art. 93 ustawy jest niezgodny z art. 32 i art. 33 Konstytucji.

## II

Na rozprawie w dniu 29 czerwca 2006 r. stawili się uczestnicy postępowania i podtrzymali stanowiska wyrażone na piśmie.

## III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

### 1. Prawo do urlopu wychowawczego.

Zgodnie z art. 186 § 1 k.p., zawartym w dziale zatytułowanym „Uprawnienia pracowników związane z rodzicielstwem”, „Pracownik zatrudniony co najmniej 6 miesięcy ma prawo do urlopu wychowawczego w wymiarze do 3 lat w celu sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem, nie dłużej jednak niż do ukończenia przez nie 4 roku życia”. Takie brzmienie przepis ten otrzymał w wyniku nowelizacji kodeksu pracy z 14 listopada 2003 r. (Dz. U. 213, poz. 2081), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2004 r. Do tego momentu urlop, zgodnie z art. 186 k.p., przysługiwał tylko pracownicy. W pierwotnym tekście kodeksu pracy (Dz. U. z 1974 r. Nr 24, poz. 141) ustawodawca przewidział obowiązek udzielenia jej „urlopu bezpłatnego w celu sprawowania opieki nad małym dzieckiem”. Następnie pojawiło się pojęcie urlopu wychowawczego i zniknęło ograniczenie związane z wiekiem dziecka; w tekście jednolitym kodeksu pracy z 1998 r. art. 186 § 1 brzmiał: „Na wniosek pracownicy pracodawca jest obowiązany udzielić jej urlopu wychowawczego w celu sprawowania opieki nad dzieckiem”. Dla pełnego obrazu sytuacji trzeba jednak odnotować, że w toku nowelizacji kodeksu pracy z 2 lutego 1996 r. (Dz. U. Nr 24, poz. 110), która weszła w życie 2 czerwca tegoż roku, dodano art. 189<sup>1</sup> k.p., zgodnie z którym: „Przepisy art. 129<sup>5</sup> pkt 3, art. 178 § 2, art. 186 i 188 stosuje się także do pracownika, z tym że jeżeli oboje rodzice lub opiekunowie są zatrudnieni, z uprawnień określonych w tych przepisach może korzystać jedno z nich”. W konsekwencji, mimo zachowania treści art. 186 k.p., przynajmniej od czerwca 1996 r. prawo do urlopu wychowawczego przysługiwało już także pracownikowi. Zmiana treści art. 186 k.p., polegająca zarówno na wyraźnym określeniu sytuacji zainteresowanego urlopem, jak i na zdecydowanym rozszerzeniu zakresu przysługiwania urlopu, nastąpiła dopiero z początkiem 2004 r.; dopiero od tego czasu ustawodawca mówi wprost o „prawie do urlopu wychowawczego” i przyznaje je wprost „pracownikowi”, bez względu na jego płeć. Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że ewolucja art. 186 § 1 k.p. stanowi niewątpliwie przykład zmian zmierzających do zagwarantowania pracownikom określonych uprawnień oraz do wyeliminowania różnic związanych z ich płcią. Jednocześnie w przepisach bezpośrednio poprzedzających art. 186 k.p., regulujących urlop macierzyński i inne uprawnienia kobiet związane bezpośrednio z ciążą i macierzyństwem, ustawodawca mówi o „kobietach” albo „pracownicach”. Choć wydaje się to zupełnie oczywiste, trzeba jednak pokreślić, że zabieg zastąpienia w art. 186 § 1 k.p. pojęcia „pracownica” przez pojęcie „pracownik” nie był mechaniczny. Ustawodawca w sposób zamierzony różnicuje

uprawnienia przysługujące pracownikom-kobietom i te, które przysługują pracownikom różnej płci na tych samych, równych zasadach. Gdy chodzi o urlop wychowawczy, został on ukształtowany w ten sposób, że osiągnięcie jego celu – sprawowanie opieki nad dzieckiem – nie jest związane w sposób konieczny z cechami biologicznymi sprawującego opiekę. Rację ma Prokurator Generalny, gdy twierdzi, że w istocie urlop ten traktowany jest jako prawo dziecka do tego, by ktoś bliski sprawował nad nim bezpośrednią opiekę. Ustawodawca nie narzuca decyzji o tym, które z rodziców zrezygnuje na pewien czas z pracy zawodowej po to, by poświęcić czas dziecku, lecz pozostawia tę kwestię do rozstrzygnięcia samym zainteresowanym. Kodeksowa regulacja, uzupełniona przepisami powołanego wyżej rozporządzenia z 16 grudnia 2003 r., skupia się na zagwarantowaniu realnego prawa do urlopu wychowawczego. Chodzi zwłaszcza o zapewnienie możliwości powrotu do pracy na zajmowanym stanowisku po urlopie, a także w trakcie jego trwania (art. 186<sup>1</sup> k.p. i art. 186<sup>4</sup> k.p.), oraz o dopuszczenie podejmowania określonych zajęć, w tym zarobkowych, w czasie wykorzystywania urlopu wychowawczego (art. 186<sup>2</sup> k.p.).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, dla oceny zgodności z Konstytucją kwestionowanego art. 93 ustawy, najistotniejsze znaczenie ma podkreślenie, że o ile do 31 grudnia 2003 r. prawo do urlopu wychowawczego, przynajmniej formalnie, można było zaliczyć do szczególnych uprawnień przysługujących, zgodnie z kodeksem pracy, tylko pracownikom, o tyle od tej chwili prawo to z całą pewnością do tej kategorii uprawnień nie należy; służy ono pracownikom obu płci na równych zasadach.

## 2. Charakter art. 93 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

Przepis budzący wątpliwości prawne WSA w Warszawie znajduje się w ustawie uchwalonej 24 maja 2002 r., regulującej funkcjonowanie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu. Zamieszczony jest w rozdziale 7, poświęconym obowiązkom i prawom funkcjonariuszy tych organów. Treść kwestionowanego przepisu nie uległa zmianie od chwili uchwalenia ustawy; art. 93 brzmi: „Funkcjonariuszowi-kobiecie przysługują szczególne uprawnienia przewidziane dla pracownic według przepisów prawa pracy, jeżeli przepisy niniejszej ustawy nie stanowią inaczej”. Należy dodać, że w dalszych przepisach ustawy nie ma szczególnej regulacji odnoszącej się do urlopu wychowawczego, ani też przepisów o szczególnych uprawnieniach funkcjonariuszy-kobiet będących w ciąży i o urlopach macierzyńskich. Zarówno władze ABW, odmawiające funkcjonariuszowi-mężczyźnie udzielenia urlopu wychowawczego, jak i WSA i Prokurator Generalny, odczytują art. 93 ustawy jako przepis przyznający urlop wychowawczy wyłącznie kobietom; ich zdaniem funkcjonariuszowi-mężczyźnie urlop ten nie przysługuje. Teza ta wymaga weryfikacji poprzez dokładną analizę treści art. 93 ustawy.

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, charakteryzując art. 93 ustawy należy w pierwszej kolejności podkreślić, że jest to przepis odsyłający – w ściśle określonym zakresie – zasadniczo do regulacji zawartej w kodeksie pracy (por. art. 9 k.p. określający, co oznacza termin „prawo pracy”). Przepis ten, sam przez się, nie przyznaje ani nie odbiera żadnych praw; sam, w oderwaniu od kodeksu pracy, w ogóle nie może być kwalifikowany jako źródło jakichkolwiek praw czy obowiązków. Nie ulega wątpliwości, że z samego art. 93 ustawy nie wynikają żadne prawa podmiotowe dla jakiejkolwiek grupy funkcjonariuszy, w szczególności – nie wynika z niego prawo do urlopu wychowawczego dla kobiet. W związku z tym spostrzeżeniem wypada zauważyć, że art. 93 ustawy w zasadzie nie poddaje się ocenie z punktu widzenia art. 32 i art. 33 Konstytucji, które – głosząc równość wobec prawa – z natury swej odnoszą się do przepisów statuujących czy też znoszących określone prawa podmiotowe. Z perspektywy tychże przepisów

Konstytucji można by ewentualnie oceniać przepisy kodeksu pracy, które przewidują „szczególne uprawnienia dla pracownic” i do których odsyła art. 93 ustawy. Wydaje się jednak, że WSA nie podaje w wątpliwość konstytucyjności przepisów, przykładowo, o urlopach macierzyńskich. Jest oczywiste, że jeśli ustawodawca nie uznał za konieczne unormowania w ustawie o ABW oraz AW w sposób szczególny kwestii „kobiecej”, musiał odesłać w tym zakresie do przepisów ogólnych prawa pracy. Było to jedyne racjonalne rozwiązanie legislacyjne, gwarantujące kobietom-funkcjonariuszom szczególne uprawnienia ściśle związane z płcią. W konsekwencji, nie sposób kwestionować konstytucyjności art. 93 ustawy.

W związku ze wskazanym charakterem art. 93 ustawy, jako przepisu odsyłającego trzeba podkreślić, że zakres uprawnień funkcjonariuszy, do których odnosi się ten przepis, ewoluuje odpowiednio do zmian kodeksu pracy. Przepis odsyła bowiem zawsze do aktualnie obowiązującej regulacji kodeksowej. Jeśli zatem zmienia się kodeksowa regulacja dotycząca kobiet, zmienia się także sytuacja funkcjonariuszy ABW i AW. Gdyby ustawodawca chciał uniknąć automatyzmu wynikającego z zawartego w art. 93 ustawy odesłania, wprowadzając nowe przepisy do kodeksu pracy musiałby zaznaczyć, czy to w ustawie wprowadzającej zmiany czy to przez zmianę ustawy o ABW i AW, że nowych rozwiązań nie stosuje się do tej grupy funkcjonariuszy.

Podsumowując uwagi na temat charakteru prawnego art. 93 ustawy Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że przepis ten, będąc przepisem odsyłającym, w swej treści nie zawiera żadnych odniesień do urlopów wychowawczych, w szczególności nikomu nie przyznaje ani nie odbiera prawa do urlopu wychowawczego. Uprzedzając nieco tok rozważań Trybunał odnotowuje, że kwestionowany przepis reguluje prawo do urlopu wychowawczego tylko o tyle, o ile według przepisów kodeksu pracy należy ono do „szczególnych uprawnień przewidzianych dla pracownic”.

### 3. Treść art. 93 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

Kontynuując tok rozważań Trybunał Konstytucyjny podkreśla potrzebę ustalenia aktualnej, tj. uwzględniającej postanowienia kodeksu pracy, treści normy art. 93 ustawy. Przepis ten, co już wyżej podkreślono, nie różnicuje uprawnień, zwłaszcza do urlopu macierzyńskiego i wychowawczego, lecz generalnie, w zakresie szczególnych uprawnień funkcjonariuszy-kobiet odsyła do „przepisów prawa pracy”. Innymi słowy – odsyła do ogólnego unormowania sytuacji prawnej pracownic, zawartej przede wszystkim w kodeksie pracy. Wypada dodać, że w dalszych przepisach ustawy brak szczególnego, odbiegającego od kodeksowego, unormowania urlopu wychowawczego. Z treści art. 93 ustawy, w kontekście pozostałych jej przepisów, nie wynika zatem, by ustawodawca miał zamiar różnicowania uprawnień pracowniczych funkcjonariuszy ABW w stosunku do ich sytuacji wynikającej z kodeksu pracy. Wynikają z tego określone wnioski co do sytuacji funkcjonariuszy ABW i AW.

Po pierwsze więc Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że w chwili stanowienia ustawy o ABW oraz AW prawo do urlopu wychowawczego można było ewentualnie traktować jako prawo przyznane tylko kobiecie; przynajmniej według literalnej wykładni art. 186 § 1 k.p. był wówczas przepisem statuującym szczególne uprawnienie pracownic. W konsekwencji, dopuszczalna była wykładnia art. 93 ustawy, zgodnie z którą tylko funkcjonariusz-kobieta mogła korzystać z urlopu wychowawczego. Wprawdzie takiej wykładni zapewne można by było postawić zarzut niezgodności z Konstytucją, jednak formalnie rzecz ujmując, ze względu na treść art. 186 § 1 k.p., wykładnia taka mogłaby być uznana za uprawnioną.

Po drugie, wraz ze zmianą treści art. 186 § 1 k.p., obowiązującą od 1 stycznia 2004 r., przepis ten niewątpliwie stracił charakter szczególnego unormowania dotyczącego praw pracownic i stał się przepisem regulującym prawo ogółu pracowników. Tym samym, zmienił się zakres regulacji kodeksowej, do której odsyła art. 93 ustawy. Od 1 stycznia 2004 r. przepis ten nie obejmuje już odesłania do kodeksowej regulacji urlopu wychowawczego, gdyż możliwość korzystania z tego urlopu nie jest już „szczególnym uprawnieniem przewidzianym dla pracownic”. Nie oznacza to oczywiście, by art. 93 ustawy stracił sens; przeciwnie przepis ten nadal jest podstawą stosowania do funkcjonariuszy-kobiet wszystkich tych unormowań kodeksu pracy, które odnoszą się tylko do pracownic. Trybunał Konstytucyjny uważa za konieczne jeszcze raz zaakcentować, że kwestionowanie konstytucyjności tego odesłania nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Podsumowując ten fragment rozważań Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że w momencie, gdy prawo do urlopu wychowawczego przestało być „szczególnym uprawnieniem przewidzianym dla pracownic według przepisów prawa pracy”, art. 93 ustawy przestał obejmować to prawo i – od tego momentu – odnosi się tylko do uprawnień, które nadal przysługują wyłącznie kobietom, zwłaszcza przepisów o urlopie macierzyńskim przewidzianych w art. 180-185 k.p. Innymi słowy, począwszy od 1 stycznia 2004 r., art. 93 ustawy – z jednej strony – nie jest już podstawą prawną udzielania urlopów wychowawczych funkcjonariuszom-kobietom, z drugiej strony – nie może stanowić podstawy prawnej odmowy udzielenia urlopu wychowawczego funkcjonariuszowi-mężczyźnie.

Z powyższego rozumowania płynie nieuchronnie wniosek, że aktualnie ustawa o ABW oraz AW w ogóle nie zawiera regulacji urlopów wychowawczych, ani w stosunku do kobiet, ani w stosunku do mężczyzn.

#### 4. Prawo do urlopu wychowawczego funkcjonariuszy ABW i WA.

Powyższe stwierdzenia zmuszają do postawienia pytania, w jaki sposób regulować kwestię urlopów wychowawczych funkcjonariuszy ABW i AW.

Jako pierwsza nasuwa się możliwość zastosowania – poprzez art. 5 k.p. – przepisów kodeksu dotyczących urlopów wychowawczych. Trybunał Konstytucyjny dostrzega oczywiście, podkreślaną zarówno przez Szefa ABW, jak i Prokuratora Generalnego i Marszałka Sejmu, odmienną sytuację prawną pracowników i funkcjonariuszy. Pierwsi pozostają w stosunku pracy, drudzy – w stosunku służbowym o charakterze administracyjnym. Wyrażona w art. 5 k.p. zasada subsydiarnego stosowania przepisów kodeksu pracy odnosi się, co wprost wynika z tego przepisu, do stosunków pracy podlegających regulacjom szczególnym. *A contrario* – art. 5 k.p. nie może być traktowany jako bezpośrednia podstawa do stosowania kodeksowych przepisów o urlopach wychowawczych do stosunków służbowych. Tak kategoryczne stanowisko, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, byłoby jednak wynikiem zbyt jednostronnej oceny sytuacji. Wydaje się bowiem, że w stosunku służbowym trzeba dostrzec, poza sferą praw i obowiązków ściśle związanych ze służbą, sferę elementów o charakterze socjalnym (pracowniczym). W ostatniej wymienionej sferze, przy braku wyraźnych przeciwwskazań, czy to ustawowych, czy to wynikających z charakteru służby, nie powinno się wykluczać stosowania przepisów kodeksu pracy. Do tej sfery uprawnień należy niewątpliwie uprawnienie do urlopu wychowawczego. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, obecnie obowiązująca treść art. 186 § 1 k.p. jest konsekwencją obowiązywania art. 33 Konstytucji, statuującego równość kobiet i mężczyzn; na skutek nowelizacji art. 186 § 1 k.p. czyni zadość temu standardowi konstytucyjnemu. W punkcie wyjścia należy zatem przyjąć, że przepis ten może mieć zastosowanie do funkcjonariuszy ABW i AW. Trzeba jednak zbadać, czy nie sprzeciwiają się temu jakieś szczególne względy związane ze służbą w

tych organach. W tym celu Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę na następujące elementy obowiązującego unormowania sytuacji prawnej funkcjonariuszy ABW i AW.

Po pierwsze, sam ustawodawca nie wyłączył wprost stosowania przepisów o urlopach wychowawczych. Staje się to szczególnie wyraźne, gdy porównujemy regulację sytuacji żołnierzy zawodowych z sytuacją funkcjonariuszy ABW i AW. Prokurator Generalny słusznie zwraca uwagę na szczególną regulację uprawnień urlopowych żołnierzy zawodowych (ustawa z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych – Dz. U. Nr 179, poz. 1750 ze zm.), którym nie przysługuje prawo do urlopu wychowawczego, co jednak nie wyklucza całkowicie ich zaangażowania w opiekę nad dziećmi, gdyż przyznano im prawo do urlopu okolicznościowego (do 10 miesięcy) w razie konieczności sprawowania opieki nad najbliższym członkiem rodziny (art. 62 ust. 11 i 12). Charakter służby uzasadnia taką regulację urlopu, łącznie z przewidzianą w przepisach możliwością odwołania z urlopu i wstrzymania udzielenia go (art. 63). Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że te szczególne regulacje odnoszą się zarówno do mężczyzn, jak i kobiet pełniących zawodową służbę wojskową. Ustawodawca, dostrzegając konieczność ograniczenia uprawnień urlopowych tej grupy podmiotów w zestawieniu z zasadami ogólnymi wynikającymi z kodeksu pracy, nie widział jednak potrzeby dalszego ich różnicowania w zależności od płci żołnierza zawodowego. Jedyne odstępstwo dotyczy urlopu macierzyńskiego, który – co naturalne – przyznaje się tylko żołnierzom zawodowym-kobietom będącym w ciąży (art. 65). Porównanie sytuacji prawnej funkcjonariuszy, do których odnosi się kwestionowana ustawa i żołnierzy zawodowych, zdaje się szczególnie mocno wskazywać na brak uzasadnienia dla takiej interpretacji art. 93 ustawy, z której wynikałoby zróżnicowanie sytuacji kobiet i mężczyzn. Jest bowiem oczywiste, że – inaczej niż w przypadku żołnierzy zawodowych – ustawodawca nie wykluczył udzielania urlopu wychowawczego funkcjonariuszom ABW i AW.

Po drugie – zdaniem Trybunału – w treści ustawy o ABW i AW sam ustawodawca w sposób pozytywny dał do zrozumienia, że udzielanie urlopów wychowawczych nie pozostaje w sprzeczności z naturą służby regulowanej tą ustawą. W 2002 r., gdy była stanowiona ustawa, odesłanie zawarte w jej art. 93 niewątpliwie było bowiem odczytywane jako obejmujące urlop wychowawczy przysługujący kobietom. Oznacza to, że ustawodawca akceptował korzystanie z urlopów wychowawczych przez kobiety-funkcjonariuszy. W ustawie brak jakichkolwiek przepisów, które modyfikowałyby to uprawnienie pracownicze w stosunku do kodeksu pracy. Trudno wskazać argumenty, które – w sytuacji rozszerzenia zakresu art. 186 § 1 k.p. i objęcia tym przepisem także mężczyzn – miałyby zmienić perspektywę oceny i spowodować nagłe uznanie, że udzielanie urlopów wychowawczych funkcjonariuszom ABW i AW „kłóci się” z naturą służby. Dalsze zaś utrzymywanie, że urlopy te przysługują tylko funkcjonariuszom-kobietom nie znajduje już uzasadnienia w treści przepisów, do których odsyła art. 93 ustawy. Podtrzymywanie takiej interpretacji tego przepisu byłoby więc dziś – wobec zmiany treści art. 186 § 1 k.p. – nie tylko bezpodstawne, ale także w sposób oczywisty sprzeczne z art. 32 i art. 33 Konstytucji. Skoro sam ustawodawca – stanowiąc w 2002 r. przepis o treści kwestionowanego art. 93 ustawy – uznał, że funkcjonariusze mogą korzystać z urlopów wychowawczych bez narażenia interesów służby, nie ma żadnych argumentów, które by usprawiedliwiły ograniczenie uprawnień urlopowych tylko do funkcjonariuszy-kobiet. Przeciwnie, zasada równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji), w szczególności zakaz różnicowania sytuacji prawnej ze względu na płeć (art. 33 Konstytucji), wymagają, by uprawnienie do urlopu wychowawczego przysługiwało na równych zasadach kobietom i mężczyznom.

Podsumowując Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że art. 93 ustawy, odsyłając – w zakresie „szczególnych uprawnień przewidzianych dla pracownic” – do unormowań



kodeksu pracy, nie narusza przepisów konstytucyjnych. Kwestionowany przepis jest elementem techniki legislacyjnej, dzięki któremu ustawodawca unika powtarzania w ustawie o ABW oraz AW postanowień kodeksowych odnoszących się wyłącznie do uprawnień kobiet. Prawo do urlopu wychowawczego, począwszy od 1 stycznia 2004 r., nie należy już do tej kategorii praw, lecz jest prawem przysługującym na równych zasadach wszystkim pracownikom, niezależnie od ich płci. Ponieważ ustawa o ABW oraz AW nie zawiera przepisów odmiennie regulujących prawo funkcjonariuszy do urlopu wychowawczego, a ponadto – na co wskazuje treść art. 93 ustawy – charakter służby w tych Agencjach nie sprzeciwia się udzielaniu urlopów wychowawczych ich funkcjonariuszom, można przyjąć, że znajdują zastosowanie odpowiednie przepisy kodeksu pracy, tj. art. 186, art. 186<sup>1</sup>-186<sup>5</sup> wraz z przepisami wykonawczymi.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.