



NACZELNA RADA ADWOKACKA

ul. Świętojerska 16, 00-202 Warszawa
tel. 22 505 25 00, 22 505 25 01, fax 22 505 25 08
e-mail: nra@nra.pl www.nra.pl

Do druku nr 1385

Warszawa, dnia 5 kwietnia 2017 r.

Pan Adam Podgórski

Zastępca Szefa

Kancelarii Sejmu RP

Dot. GMS-WP-173-73/17

NRA-12-SM-1.65.2017

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

L. dz.

Data wpływu **10. 04. 2017**

W odpowiedzi na pismo z dnia 17 marca 2017 r. uprzejmie przesyłam opinię Naczelnej Rady Adwokackiej *do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie zagranicznej*, przygotowaną przez adw. dr. Ewę Habryn-Chojnacką.

adw. prof. dr hab. Maciej Gutowski

Przewodniczący Komisji Legislacyjnej
Naczelnej Rady Adwokackiej

Poznań, dn. 30 marca 2017 r.

**Opinia do rządowego projektu ustawy
o zmianie ustawy o służbie zagranicznej oraz niektórych innych ustaw
(dalej jako „Projekt”)**

I. Wprowadzenie

Przedłożony do zaopiniowania przez Naczelną Radę Adwokacką projekt obejmuje szereg zmian dotyczących zasad funkcjonowania służby zagranicznej. Proponowane zmiany nie ograniczają się do kwestii czysto organizacyjnych, lecz w pierwszej kolejności koncentrują się na ustaleniu nowych zadań służby zagranicznej.

Analizując uzasadnienie projektu nowelizacji zwrócić należy uwagę na przyczyny dokonania zmian regulacji zasad organizacyjnych funkcjonowania służby zagranicznej. Argumentacja przyjęta w uzasadnieniu omawianego projektu ustawy budzić może wątpliwości odnośnie zasadności wprowadzenia zmian. Zgodnie z uzasadnieniem projektu podstawy funkcjonowania polskiej służby zagranicznej cechuje fragmentaryczność regulacji oraz brak dookreślenia prawnego w istotnych sferach działania tej służby. Autorzy projektu ustawy skrytykowali przyjętą w trakcie prac nad ustawą o służbie zagranicznej koncepcję komplementarnego stosowania ustawy o służbie zagranicznej wobec ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisów ustawy o służbie zagranicznej służba ta jest szczególną częścią korpusu służby cywilnej. Dlatego też fundamentalny dla tej relacji art. 3 ustawy stwierdza, że do członków służby zagranicznej przepisy o służbie cywilnej stosuje się dopiero wówczas, gdy dana materia nie jest uregulowana w ustawie o służbie zagranicznej. Ustawodawca traktuje zatem ustawę o służbie zagranicznej jako *lex specialis* w stosunku do ustawy o służbie cywilnej, będącej w tym przypadku przykładem *lex generalis*. Zdaniem autorów projektu nowelizacji taki stan prawny utrudnia w znacznej mierze stosowanie w praktyce przepisów obydwu ustaw i zdecydowanie sprzyja powstawaniu luk regulacyjnych, niejednokrotnie w kluczowych z punktu widzenia efektywności działania tej służby sferach regulacji. Przedstawione w uzasadnieniu projektu nowelizacji założenie należy ocenić zdecydowanie negatywnie. Wbrew opinii przedstawionej w uzasadnieniu omawianego projektu ustawy zastosowana w art. 3 ustawy o służbie zagranicznej w obecnym brzmieniu zasada wykładni przepisów omawianej ustawy jest klarowna i jasna. Uzasadnionym wydaje się pogląd, że zastosowanie tej metody wykładni

przepisów omawianej ustawy pozwala na precyzyjne ustalenie obowiązującego stanu prawnego i pozwala na uniknięcie zbędnego *superfluum* ustawowego. Zastosowana obecnie regulacja pozwala na ograniczenie niepotrzebnego mnożenia przepisów. Wydaje się bowiem zdecydowanie niecelowym powtarzanie tych samych regulacji w dwóch podobnych zakresach – służbie cywilnej i służbie zagranicznej. Niewskazaniem jest bowiem naprawianie braku umiejętności dokonywania prawidłowej wykładni przepisów niepotrzebnym dublowaniem tych samych regulacji. Jeżeli zatem u podstaw dokonywanej nowelizacji rzeczywiście leżą wskazane w uzasadnieniu projektu przyczyny, zasadnym wydaje się wniosek, że nie jest dobrym rozwiązaniem dokonywanie wskazanych zmian w ustawie wyłącznie z uwagi na brak umiejętności stosowania podstawowych zasad wykładni przepisów.

Niniejsza opinia nie ocenia negatywnie całego zakresu nowelizacji, bowiem niektóre z proponowanych zmian są zmianami zasadnymi. Ocena ograniczona zostanie do tych regulacji, które nie mogą zostać pozytywnie ocenione bądź budzą istotne wątpliwości w zakresie zasadności lub intencji ich wprowadzenia.

Po uwagach o charakterze ogólnym należy odnieść się do proponowanych rozwiązań szczegółowych. Uwagi te zostaną przedstawione w kolejności, w jakiej w projekcie ustawy zostały zamieszczone przepisy, będące przedmiotem kolejnych uwag, w ujęciu tematycznym.

II. Analiza poszczególnych unormowań

Art. 1a ustawy o służbie zagranicznej

Służba zagraniczna strzeże suwerenności Rzeczypospolitej Polskiej oraz chroni jej interesy w relacjach z innymi państwami, organizacjami międzynarodowymi i innymi podmiotami zagranicznymi.

Komentarz

Omawiany przepis nakreśla cele działania służby zagranicznej. O ile pozytywnie ocenić należy próbę uregulowania celów tej służby państwowej, o tyle niepokojące jest nieprecyzyjne sformułowanie tych zadań. Omawiany przepis posługuje się nieznanym zasadom logiki prawniczej spójnikiem „oraz”, co poważnie utrudnia prawidłową jego wykładnię. Niejasne sformułowanie omawianego przepisu nasuwa wątpliwości odnośnie rzeczywistych zadań służby zagranicznej. O ile nie budzi zastrzeżeń podkreślenie roli służby zagranicznej w strzeżeniu suwerenności i ochronie interesów Rzeczypospolitej Polskiej w relacjach z innymi państwami i podmiotami zagranicznymi, o tyle wątpliwości może budzić nałożenie na tę służbę tożsamyh zadań w relacjach z organizacjami międzynarodowymi. Zastosowany zabieg semantyczny sugeruje, że do podstawowych zadań służby zagranicznej należy nie tylko ochrona interesów Rzeczypospolitej Polskiej w relacjach z organizacjami i organami międzynarodowymi, ale również strzeżenie suwerenności Rzeczypospolitej Polskiej w relacjach z tymi organizacjami. Zastanowić się zatem należy, czy proponowany przepis nie pozostaje w sprzeczności z art. 9 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej Konstytucja RP), który nakłada na Rzeczpospolitą Polską obowiązek przestrzegania prawa międzynarodowego. Ponadto w świetle brzmienia art. 90 ust. 1 Konstytucji RP powstaje wątpliwość odnośnie zakresu wykonywania obowiązków wskazanych w proponowanym art. 1a ustawy przez członków służby zagranicznej w kontekście zawartych przez Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych, na mocy których organizacja międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu przekazane zostały kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach. Brak precyzyjnego sformułowania w tym zakresie powodować może poważne wątpliwości w zakresie możliwych i akceptowanych w świetle ustawy, a nawet wręcz nakazanych ustawą zachowań członków służby zagranicznej w odniesieniu do obowiązków Rzeczypospolitej Polskiej, przyjętych na podstawie zawartych umów międzynarodowych, w szczególności w zakresie poddania się w pewnych dziedzinach władztwu organów czy organizacji międzynarodowych.

Art. 2 ust. 1 ustawy o służbie zagranicznej

1. W skład służby zagranicznej wchodzi:

- 1) członkowie korpusu służby cywilnej zatrudnieni w ministerstwie obsługującym ministra właściwego do spraw zagranicznych;
- 2) niebędące członkami korpusu służby cywilnej osoby zatrudnione w służbie zagranicznej, **w tym kontraktowi członkowie służby zagranicznej zajmujący stanowiska niebędące stanowiskami urzędniczymi**;
- 3) pełnomocni przedstawiciele Rzeczypospolitej Polskiej w innym państwie lub przy organizacji międzynarodowej.

Art. 7 ust. 1 ustawy o służbie zagranicznej

1. Zadania służby zagranicznej wykonują:

- 1) personel dyplomatyczno-konsularny, który stanowią, z zastrzeżeniem ust. 2, członkowie służby zagranicznej posiadający stopień dyplomatyczny;
- 2) personel pomocniczy;
- 3) **kontraktowi członkowie służby zagranicznej**;
- 4) personel obsługi.

Art. 7b ustawy o służbie zagranicznej

1. Zadania służby zagranicznej może wykonywać kontraktowy członek służby zagranicznej zatrudniony w ministerstwie obsługującym ministra właściwego do spraw zagranicznych na podstawie umowy o pracę na czas określony, posiadający doświadczenie w zakresie stosunków międzynarodowych lub specjalistyczną wiedzę niezbędną w służbie zagranicznej.

2. Do osób, o których mowa w ust. 1, nie stosuje się przepisów rozdziału 3 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej.

3. Na czas wykonywania zadań w służbie zagranicznej dotychczasowy pracodawca będący jednostką sektora finansów publicznych udziela urlopu bezpłatnego osobie, o której mowa w ust. 1.

4. Na czas wykonywania zadań w służbie zagranicznej można przenieść urzędnika służby cywilnej za jego zgodą. Art. 64 ust. 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej stosuje się

odpowiednio, z tym że w porozumieniu, o którym mowa w tym przepisie, wskazuje się okres, na który zostaje przeniesiony urzędnik służby cywilnej.

Komentarz

Proponowana zmiana, polegająca na wprowadzeniu odrębnej kategorii tzw. kontraktowych członków służby zagranicznej, nie wydaje się celowa. W obecnym brzmieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o służbie zagranicznej przewiduje, że w skład służby zagranicznej wchodzi m. in. niebędące członkami korpusu służby cywilnej osoby zatrudnione w służbie zagranicznej. Przepis w obecnym brzmieniu jest przepisem ogólnie sformułowanym, na podstawie którego możliwe jest włączenie do służby zagranicznej osób na dowolnej podstawie zatrudnienia. Przepis w tym zakresie nie przewiduje żadnych ograniczeń, również odnośnie rodzaju umowy, na podstawie której nawiązywany jest stosunek z osobą, która ma wykonywać zadania służby zagranicznej. Wprowadzenie pojęcia „kontraktowego członka służby zagranicznej”, nieznajdującego oparcia w obecnie obowiązujących przepisach, powoduje niepotrzebne i niekorzystne zaciemnienie klarowności regulacji. Proponowany projekt ustawy nie zawiera jednoznacznej definicji kontraktowego członka służby zagranicznej, nie zawierają go również inne obowiązujące przepisy. Projekt zatem tworzy nieznane w przepisach pojęcie, którego nie wypełnia treścią.

W uzasadnieniu projektu wskazuje się, że brak możliwości swobodnego zatrudnienia pracowników w służbie zagranicznej w krótszej, kilkuletniej perspektywie jest jedną z przyczyn, dla których Ministerstwo Spraw Zagranicznych dysponuje bardzo znikomymi możliwościami korzystania z pracy specjalistów wykonujących zadania w systemie projektowym. Autorzy projektu zwracają uwagę na to, że w takich przypadkach czas pracy specjalisty określa czas trwania danego projektu i najczęściej zamyka się w perspektywie następujących po sobie 2–3 lat. Osoby te nie są z zasady zainteresowane pracą w służbie zagranicznej (i konsekwentnie w służbie cywilnej) na stałe, co sprawia, że zaleta trwałości stosunku pracy nie stanowi w ich przypadku zachęty do podejmowania zatrudnienia na rzecz państwa. Biorąc jednak pod uwagę szeroko nakreślone w ustawie w obecnie obowiązującym brzmieniu granice możliwości nawiązywania stosunków prawnych z osobami niebędącymi członkami korpusu służby cywilnej, w tym również brak ograniczeń w zakresie czasu trwania takiego stosunku, zasadnym jest wniosek, że obecna regulacja daje wystarczające i elastyczne podstawy do zatrudniania specjalistów do realizacji określonych zadań. Nie ma zatem potrzeby wprowadzania niezdefiniowanego pojęcia „kontraktowego członka służby zagranicznej”.

W projekcie nowelizacji wskazuje się, że celem tej zmiany jest stworzenie w ustawie o służbie zagranicznej autonomicznej w stosunku do służby cywilnej podstawy do ich zatrudnienia. Taka podstawa, i to bardzo elastyczna, jednak już istnieje, nie ma zatem potrzeby jej uzupełniania. Biorąc pod uwagę powyższe lepszym rozwiązaniem byłoby, aby proponowany przepis art. 7b ustawy nie ograniczał swojego zastosowania do kontraktowych członków służby zagranicznej, lecz odnosił się ogólnie do niebędących członkami korpusu służby cywilnej osób zatrudnionych w służbie zagranicznej. Nie ma bowiem logicznego uzasadnienia, aby odrębną regulację tworzyć wyłącznie dla osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na czas określony, skoro zadania specjalistyczne w ramach określonych projektów mogą być realizowane na podstawie różnych stosunków prawnych.

Przepisy przejściowe:

Art. 7 ustawy o zmianie ustawy o służbie zagranicznej oraz niektórych innych ustaw

1. Stosunki pracy nawiązane z członkami służby zagranicznej przed dniem wejścia w życie ustawy wygasają po upływie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli przed upływem tego terminu członkom służby zagranicznej nie zostaną zaproponowane nowe warunki pracy lub płacy na dalszy okres albo w razie nieprzyjęcia nowych warunków pracy lub płacy.
2. Dyrektor generalny służby zagranicznej w terminie, o którym mowa w ust. 1, może zaproponować członkowi służby zagranicznej nowe warunki pracy lub płacy, kierując się potrzebami służby zagranicznej, środkami budżetowymi i etatowymi oraz oceną przebiegu dotychczasowego zatrudnienia członka służby zagranicznej. Członek służby zagranicznej w terminie 7 dni od dnia otrzymania propozycji nowych warunków pracy lub płacy składa oświadczenie o ich przyjęciu albo nieprzyjęciu. Niezłożenie oświadczenia przez członka służby zagranicznej we wskazanym terminie jest uznawane za przyjęcie zaproponowanych warunków pracy lub płacy.
3. Jeżeli urzędnikowi służby cywilnej nie zostaną zaproponowane nowe warunki pracy lub płacy na dalszy okres, Szef Służby Cywilnej przenosi tego urzędnika do innego urzędu w terminie jednego miesiąca od dnia otrzymania od dyrektora generalnego służby zagranicznej informacji o tym, że temu urzędnikowi służby cywilnej nie zostaną zaproponowane nowe warunki pracy lub płacy na dalszy okres. Przepis art. 70 pkt 7 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1345, 1605, 1807, 1948 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 379) stosuje się odpowiednio.
4. Jeżeli nie jest możliwe przeniesienie, o którym mowa w ust. 3, stosunek pracy urzędnika służby cywilnej wygasa po upływie sześciu miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, jednak nie

wcześniej niż po upływie jednego miesiąca od dnia przekazania przez Szefa Służby Cywilnej dyrektorowi generalnemu służby zagranicznej informacji o braku możliwości przeniesienia.

5. W razie wygaśnięcia stosunku pracy urzędnika służby cywilnej na podstawie ust. 4, art. 73 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej stosuje się odpowiednio.

Komentarz

Negatywnie ocenić należy przejściowy przepis art. 7 omawianego projektu ustawy. Przepis ten przewiduje wygaśnięcie z mocy ustawy stosunków pracy nawiązanych ze wszystkimi członkami służby zagranicznej przed dniem wejścia w życie po upływie 6 miesięcy od dnia wejścia w życie omawianej ustawy. Stosunki pracy nie wygasają wyłącznie wówczas, jeżeli przed upływem tego terminu członkom służby zagranicznej zostaną zaproponowane nowe warunki pracy lub płacy na dalszy okres albo w razie nieprzyjęcia nowych warunków pracy lub płacy.

Proponowany przepis jest rzadko spotykanym przypadkiem ustawowego zbiorowego rozwiązania stosunków pracy. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że przepis ten miał dać podstawę do całkowitej zmiany kadry służby zagranicznej, bez konieczności przeprowadzenia postępowania w zakresie przydatności poszczególnych pracowników do dalszego wykonywania zadań z zakresu służby zagranicznej, w tym bez konieczności analizy dotychczasowej pracy, starań pracownika i efektów jego działań. Bezrefleksyjne ustawowe rozwiązanie stosunków pracy ze wszystkimi pracownikami nie znajduje żadnego logicznego uzasadnienia i stanowi naruszenie podstawowych zasad trwałości stosunku pracy i zakazu dyskryminacji. Z jednej strony regulacja ta odbierana może być jako próba dyskryminacji osób dotychczas zatrudnionych z uwagi na przekonania polityczne czy przynależność związkową, co stanowi bezpośrednie naruszenie jednej z podstawowych zasad prawa pracy, wyrażonych w art. 11[3] Kodeksu pracy. Z drugiej strony proponowany przepis stanowi kardynalne naruszenie zasady trwałości stosunku pracy. Kodeks pracy przewiduje szereg regulacji, które mają na celu zagwarantowanie pracownikowi trwałości stosunku pracy i stabilności zatrudnienia. Pracownik winien mieć zagwarantowane prawo do rzetelnej oceny wykonywania przez niego obowiązków pracowniczych, jak również prawo do ochrony swych interesów w przypadku ich naruszenia przez pracodawcę. Nie jest wystarczające wprowadzenie uprawnienia do odpraw przewidzianych w przepisach o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników. Nie zachodzą bowiem żadne obiektywne podstawy do zastosowania szczególnej regulacji w postaci rozwiązania stosunku pracy z przyczyn leżących po stronie pracodawcy.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że wprowadzona regulacja ma wydźwięk polityczny. Wskazany zatem byłaby indywidualna weryfikacja przydatności dotychczasowych członków służby zagranicznej do wykonywania zadań przydzielonych im w ramach stosunków pracy. Wyłącznie rzetelnie dokonana ocena ich pracy pozwoliłaby na wyeliminowanie osób faktycznie nieprzydatnych z punktu widzenia posiadanych kwalifikacji i umiejętności. Obiektywnie przeprowadzona ocena poddana byłaby weryfikacji na zasadach przewidzianych w Kodeksie pracy. Proponowana regulacja odbiera dotychczas zatrudnionym pracownikom możliwość poddania kontroli obiektywnego organu zasadności decyzji o rozwiązaniu z nimi stosunku pracy.

dr Ewa Habryn - Chojnacka

adwokat