



Warszawa, 02-01-2024 r.

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Marcin Wiącek

WZF.7043.160.2023.TO

Pan

Donald Tusk

Prezes Rady Ministrów

Szanowny Panie Premierze,

pismem z dnia 19 maja 2023 r. zwróciłem się do Prezesa Rady Ministrów z prośbą o rozważenie możliwości podjęcia inicjatywy prawodawczej w celu dostosowania obowiązujących w służbie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW), Agencji Wywiadu (AW), Centralnego Biura Antykorupcyjnego (CBA), Służby Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) oraz Służby Wywiadu Wojskowego (SWW) **zasad postępowania kwalifikacyjnego do standardów konstytucyjnych**. W odpowiedzi Minister, Koordynator Służb Specjalnych (KSS) stwierdził¹, że nie przewiduje zmian w tym zakresie. W Jego ocenie przedstawienie powodów zakończenia postępowania kwalifikacyjnego w określonych przypadkach (nie będących jednak rzadkością) mogłoby stanowić zagrożenie dla skutecznego i efektywnego działania służby, a nawet dla bezpieczeństwa państwa. W związku z tym nie jest zasadne (a często także jest to prawnie niemożliwe, z uwagi na brak u kandydata odpowiedniego poświadczenia

¹ Pismo z 17 lipca 2023 r. sygn. DBN.WP.065.6.2023.

bezpieczeństwa) przekazywanie tego typu informacji kandydatowi uczestniczącemu w postępowaniu kwalifikacyjnym.

Odpowiedź powyższa nie rozwiewa jednak wątpliwości z punktu widzenia realizacji konstytucyjnego prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach (art. 60 Konstytucji RP).

Zgodnie z treścią § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 lipca 2006 r. w sprawie wzoru kwestionariusza osobowego oraz szczegółowego trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego wobec kandydatów do służby w Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 133, poz. 936 dalej: rozporządzenie CBA), jednostka organizacyjna o której mowa w ust. 1, może odmówić poddania kandydata postępowaniu kwalifikacyjnemu albo postępowanie takie przerwać w każdym czasie bez podania przyczyn, w sytuacji niespełnienia przez kandydata wymogów określonych w ustawie lub niniejszym rozporządzeniu, a także w przypadku uznania kwalifikacji lub predyspozycji kandydata za niewystarczające do pełnienia służby w CBA. Podobne przepisy zawierają akty wykonawcze pozostałych służb specjalnych, w tym:

1. § 3 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 kwietnia 2003 r. w sprawie wzoru kwestionariusza osobowego oraz szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego wobec kandydatów do służby w Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2021 r. poz. 1370, dalej: rozporządzenie AW),
2. § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 listopada 2002 r. w sprawie wzoru kwestionariusza osobowego oraz szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego wobec kandydatów do służby w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz.U. z 2014 r. poz. 61 ze zm. dalej: rozporządzenie ABW),

3. § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie postępowania kwalifikacyjnego wobec kandydatów do służby w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego (Dz.U. Nr 137, poz. 978 ze zm. dalej: rozporządzenie SKW),
4. § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 2 listopada 2017 r. w sprawie postępowania kwalifikacyjnego wobec kandydatów do służby w Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. poz. 2140, dalej: rozporządzenie SWW).

Wątpliwości budzi także wprowadzenie do wyliczenia § 5 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 31 sierpnia 2020 r. w sprawie prowadzenia postępowania kwalifikacyjnego do Żandarmerii Wojskowej (Dz.U. z 2020 r. poz. 1605) w zakresie w jakim odmawia przeprowadzenia dalszych czynności postępowania kwalifikacyjnego wobec kandydata lub je przerywa w każdym czasie, **bez podania przyczyny**. Zauważenia przy tym wymaga, że niektóre powody zakończenia takiego postępowania mają charakter obiektywny (§ 5 pkt 2-3, 5), inne zależą od subiektywnej oceny organu kadrowego (§ 5 pkt 1), istnieje także przepis (§ 5 pkt 4), który może całkowicie zablokować dostęp do służby w Żandarmerii Wojskowej. Problem ten choć w nieco innym zakresie był już sygnalizowany² przez Rzecznika w 2021 roku.

Z przytoczonych przepisów rozporządzeń regulujących procedury kwalifikacyjne do służb specjalnych wynika, że w zależności od formacji istnieją dwa powody, dla których można odmówić poddania kandydata postępowaniu kwalifikacyjnemu albo postępowanie takie przerwać w każdym czasie bez podania przyczyn:

² <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-do-mon-ws-zasad-naboru-do-zandarmerii-wojskowej>

1. niespełnienie przez kandydata wymogów określonych w ustawie (ABW, AW, CBA, SKW, SWW) lub rozporządzeniu (CBA),
2. w przypadku uznania kwalifikacji lub predyspozycji kandydata za niewystarczające do pełnienia służby (ABW, AW, CBA),

przy czym wspólnym mianownikiem przedstawionych norm prawnych jest uprawnienie właściwych organów kadrowych do nieinformowania kandydata do służby o odmowie poddania albo przerwaniu postępowania kwalifikacyjnego.

Jak słusznie zauważył NSA w wyroku z 18 stycznia 2023 r. (sygn. III OSK 1793/21) już tylko z tego powodu, że przepisy te wymieniają dwie przyczyny, które mogą prowadzić do pozbawienia kandydata dostępu do służby publicznej, a kandydat nie może nawet dowiedzieć się, o którą przyczynę chodzi ("bez podania przyczyn"), musi to prowadzić do wniosku, że takie rozwiązanie **nie spełnia wymogu gwarancji formalnych dla prawidłowości rekrutacji, precyzyjnego określenia obiektywnych kryteriów naboru i weryfikacji podejmowanych decyzji o naborze do służby.**

W myśl art. 60 Konstytucji RP obywatele polscy korzystający z pełni praw publicznych mają prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach. Służba pełniona w formacjach CBA, ABW, SKW, SWW i AW stanowi służbę publiczną w rozumieniu art. 60 Konstytucji RP, stąd też dostęp do pełnienia służby w tych formacjach musi odbywać się na jednakowych zasadach.

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wskazywał, że art. 60 Konstytucji RP wymaga, aby zasady dostępu do służby publicznej były takie same dla wszystkich obywateli posiadających pełnię praw publicznych, ustawa musi zatem ustanowić obiektywne kryteria doboru kandydatów do tej służby oraz uregulować zasady i procedurę rekrutacji w taki sposób, aby zapewnić przestrzeganie zasady równości szans wszystkich kandydatów, bez jakiegokolwiek dyskryminacji i nieuzasadnionych ograniczeń. Przy czym nie odbiera to władzy publicznej możliwości ustalenia szczegółowych warunków dostępu do konkretnej służby, ze względu na jej rodzaj i istotę. W systemach demokratycznych zasadą jest bowiem selekcyjny

charakter naboru do służby publicznej. Trybunał podnosił także, że ustawa powinna również określić kryteria zwalniania ze służby oraz procedurę podejmowania decyzji w tym zakresie, tak aby wykluczyć wszelką dowolność działania władz publicznych. Konieczne jest także stworzenie odpowiednich gwarancji praworządności decyzji dotyczących dostępu do służby publicznej, a więc przede wszystkim decyzji o przyjęciu lub odmowie przyjęcia do służby publicznej oraz zwolnienia z tej służby (wyrok TK sygn. akt K 36/00, OTK-A z 2002 r., Nr 5, poz. 63, powtarzający częściowo tezy wyroku z 9 czerwca 1998 r., sygn. K 28/97, OTK z 1998 r., Nr 4, poz. 50).

W związku ze zniesieniem Urzędu Ochrony Państwa, w kontekście zwolnienia ze służby, Trybunał Konstytucyjny wskazał (wyrok z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 45/02, OTK-A z 2004 r., Nr 4, poz. 30), że tylko prawo formułujące w sposób precyzyjnie określony warunki ubiegania się o przyjęcie do służby, a przede wszystkim warunki jej pełnienia, pozwala ocenić, czy obywatele mają prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach. W kontekście oceny arbitralności takich rozstrzygnięć TK stwierdził wówczas, że przepis dopuszczający możliwość wypowiedzenia stosunku służbowego na podstawie niedających się zweryfikować kryteriów pozostaje w sprzeczności z art. 60 Konstytucji RP.

Jak wskazuje się w literaturze³, z art. 60 Konstytucji RP wynikają w szczególności:

- 1) wymóg precyzyjnego określenia obiektywnych kryteriów naboru do służby dla poszczególnych stanowisk;
- 2) wymóg, aby kryteria materialne ograniczające dostęp do służby publicznej były racjonalnie uzasadnione i zgodne z zasadami proporcjonalności i równości;
- 3) wymóg stworzenia gwarancji formalnych dla prawidłowości rekrutacji;
- 4) wymóg stworzenia procedury weryfikacji podejmowanych decyzji o naborze do służby.

³ W. Sokolewicz, K. Wojtyczek [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom II, wyd. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, art. 60.

Obiektywny charakter kryteriów naboru przejawia się⁴ w tym, że szczegółowe kryteria i warunki naboru do konkretnej służby publicznej nie mogą być ustalane w sposób dowolny i arbitralny, lecz powinny uwzględniać rodzaj tej służby, jej specyfikę i istotę. Powinny być one przejrzyste i weryfikowalne, tak by nie stwarzać organom przeprowadzającym postępowanie rekrutacyjne możliwości podejmowania arbitralnych decyzji. Mogą one obejmować zarówno kryteria o charakterze materialnym (np. posiadanie odpowiednich kwalifikacji zawodowych, doświadczenie, dotychczasowy brak karalności), jak i kryteria o charakterze proceduralnym (np. złożenie oferty w konkursie ofert, przedłożenie wymaganych przez organ dokumentów, odbycie służby przygotowawczej). Zasady te mogą zostać sformułowane przez ustawodawcę w sposób pozytywny, jako warunki, które powinna spełniać osoba ubiegająca się o dane stanowisko w służbie publicznej (wyrok TK z 21 stycznia 2014 r. sygn. akt K 51/12). Różnicowanie dostępu do służby publicznej ma⁵ uzasadniony charakter (racjonalne uzasadnienie), jeżeli spełnia materialne kryteria: relewantności zróżnicowania (muszą one pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów oraz służyć realizacji tego celu i treści), proporcjonalności argumentów przemawiających za wprowadzeniem zróżnicowania (waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych) oraz konstytucyjnej rangi argumentów przemawiających za wprowadzeniem zróżnicowania (argumenty te muszą pozostawać w związku z innymi wartościami, zasadami, czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych).

⁴ M. Florczak- Wątor[w:] Konstytucja RP Komentarz Tom I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, art. 60.

⁵ Tamże: M. Florczak- Wątor [w:] Konstytucja RP (...).

Gwarancją⁶ realnego charakteru prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach jest to, by zgodnie z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, decyzje o odmowie przyjęcia do tej służby oraz zwolnienia z niej były poddane kontroli sądowej (procedura weryfikacji). Brak odpowiednich procedur kontrolnych może stanowić istotną przeszkodę w stosowaniu przyjętych reguł, a tym samym naruszać konstytucyjny wymóg traktowania starających się o dostęp do służby na jednakowych zasadach (wyroki TK: z dnia 9 czerwca 1998 r. sygn. akt K 28/97; z dnia 14 grudnia 1999 r., sygn. akt SK 14/98; z dnia 10 maja 2000 r., sygn. akt K 21/99; z dnia 8 kwietnia 2002 r., sygn. akt SK 18/01).

Prawo dostępu do służby publicznej nie jest prawem absolutnym i podlega ograniczeniom na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Korzystanie z prawa dostępu do służby publicznej może być ograniczane na mocy ustawy, jeżeli jest to konieczne w państwie demokratycznym dla ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz praw i wolności innych osób. Katalog wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przesłanek ograniczenia wolności i praw ma charakter zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco. Zasada proporcjonalności znajduje praktyczny wyraz w aspekcie formalnym i materialnym. Jak wskazuje się w literaturze⁷ art. 31 ust. 3 Konstytucji RP przesądza, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie. W aspekcie materialnym – z przepisu tego wynika, że ustrojodawca dopuszcza ograniczanie konstytucyjnych praw i wolności dla ochrony bezpieczeństwa państwa, czyli dla ochrony państwa opartego na zasadach (wartościach) demokratycznych. Przy czym bezpieczeństwo może być rozpatrywane możliwie szeroko obejmując m.in. takie rodzaje bezpieczeństwa jak bezpieczeństwo militarne, polityczne, ekonomiczne, społeczne, kulturowe czy ekologiczne. Z

⁶ Tamże: M. Florczak- Wątor [w:] Konstytucja RP (...).

⁷ M. Szydło [w:] Konstytucja RP Komentarz Tom I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, art. 31.

powołaniem się na art. 31 ust. 3 można zatem ograniczać konstytucyjne prawa i wolności jednostek, aby odsuwać rozmaite zagrożenia dla państwa polskiego, wychodzące od wewnątrz lub od zewnątrz i mogące godzić w jego podstawy lub byt państwa demokratycznego.

W razie konfliktu dwóch praw chronionych konstytucyjnie konieczne jest wyważenie chronionych interesów zgodnie z zasadą proporcjonalności (por. wyroki TK z: 19 kwietnia 2005 r., sygn. K 4/05, OTK-A z 2005 r., Nr 4, poz. 37; 10 stycznia 2012 r., sygn. SK 25/09, OTK-A z 2012 r., Nr 1, poz. 1 oraz 12 lipca 2012 r. SK 31/10, OTK-A z 2012 r., Nr 7, poz. 80).

Wątpliwości pojawiające się na gruncie niniejszej sprawy sprowadzają się do oceny, czy przepisy kwalifikacyjne ww. rozporządzeń umożliwiające (arbitralne) przerwanie postępowania kwalifikacyjnego bez podania przyczyny nie stanowią materii zastrzeżonej dla ustawy (zasada wyłączności ustawowej) ? W dalszej zaś kolejności, czy zachowane zostały odpowiednie proporcje pomiędzy obiema wartościami konstytucyjnymi tzn. dostępem do służby publicznej, a bezpieczeństwem państwa, a w konsekwencji czy możliwe jest uregulowanie konfliktu obu tych wartości w bardziej harmonijny (komplementarny) sposób ?

Jeśli żadna z dwóch przyczyn mogących powodować przerwanie procedury naboru nie podlega ujawnieniu (przepisy przewidują, że następuje to "bez poddania przyczyn"), to nie można mówić o spełnieniu konstytucyjnych reguł gwarantujących jednakowy dostęp do służby publicznej. Możliwość przerwania postępowania "w każdym czasie bez podania przyczyn", nie pozwala bowiem na ustalenie żadnych przesłanek, jakimi kierował się organ ograniczając dostęp do służby publicznej i jest rozstrzygnięciem arbitralnym. To zaś jest nie do pogodzenia z omówionymi wyżej zasadami dostępu do służby publicznej, gdyż nie wypełnia koniecznych reguł proceduralnych (jasność, obiektywizm kryteriów, przejrzystość, weryfikowalność podjętej decyzji), a w konsekwencji nie gwarantuje spełnienia równości szans kandydatów w postępowaniu rekrutacyjnym.

W mojej ocenie przedstawione regulacje, w aktualnej formie i treści, w zakresie w jakim pozwalają na odmowę poddania kandydata postępowaniu kwalifikacyjnemu lub postępowanie takie pozwalają przerwać w każdym czasie, bez podania przyczyny, w przypadku uznania warunków, kwalifikacji lub predyspozycji kandydata za niewystarczające do pełnienia służby – nie gwarantują prawa dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach, a co za tym idzie są niezgodne z art. 60 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Co więcej, ograniczenie tego prawa podmiotowego nastąpiło aktami wykonawczymi, co w wymiarze formalnym koliduje z wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – zasadą wyłączności ustawy.

Wobec powyższego, na podstawie art. 16 ust.2 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2023 r. poz. 1058) zwracam się do Pana Premiera z uprzejmą prośbą o podjęcie inicjatywy prawodawczej w celu dostosowania obowiązujących w służbie ABW,AW,CBA, SKW, SWW oraz Żandarmerii Wojskowej zasad postępowania kwalifikacyjnego do standardów konstytucyjnych.

Z wyrazami szacunku,

Marcin Wiącek

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-wydano i podpisano elektronicznie/

Załączniki: 2

1. wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z 19 maja 2023 r.,
2. odpowiedź Ministra – Członka Rady Ministrów, Koordynatora Służb Specjalnych z 17 lipca 2023 r.