



WZF.7043.50.2021.TO

**Pan
Mariusz Błaszczak**

Minister Obrony Narodowej

Szanowny Panie Ministrze,

w związku z rozpatrywanymi w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich wnioskami dotyczącymi przerywania postępowań kwalifikacyjnych do służby w Żandarmerii Wojskowej (ŻW), ujawniły się wątpliwości o charakterze konstytucyjnym. Z uwagi na fakt, że negatywne skutki naboru do służby w Żandarmerii Wojskowej dotyczą konstytucyjnego prawa równego dostępu do służby publicznej, uznałem za konieczne przedstawienie Panu Ministrowi swoich wątpliwości w tym zakresie.

Zgodnie z § 3 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 31 sierpnia 2020 r. w sprawie prowadzenia postępowania kwalifikacyjnego do Żandarmerii Wojskowej (Dz.U. poz. 1605 dalej: rozporządzenie) postępowanie kwalifikacyjne obejmuje trzy etapy:

1. analizę złożonego wniosku pod względem formalnym oraz pod względem spełnienia wymagań na stanowisku służbowym;
2. czynności lub badania określone w art. 8a ust. 8 ustawy;
3. ustalenie, że kandydat posiada predyspozycje i spełnia warunki do służby albo pracy w Żandarmerii Wojskowej albo że kandydat nie posiada predyspozycji lub nie spełnia warunków do służby albo pracy w Żandarmerii Wojskowej.

Z powyższego przepisu wynika, że zasady naboru do Żandarmerii Wojskowej częściowo zostały uregulowane w ustawie z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii

Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 431 ze zm. dalej: ustawa o Żandarmerii Wojskowej), częściowo zaś w rozporządzeniu.

Niezależnie od oceny czy niniejsze szczegółowe regulacje rozporządzenia są trafne z punktu widzenia interesu służby¹, wątpliwości budzi określenie aktem wykonawczym zasad przeprowadzania naboru do służby publicznej, w tym w szczególności przypadków przerywania/zakończenia postępowania kwalifikacyjnego, a w konsekwencji odmowy nawiązania stosunku służbowego (§ 3 pkt 3 w zw. z § 4 – 5 rozporządzenia).

W wyroku z 22 września 1997 r. (sygn. akt K. 25/97) Trybunał wyraził pogląd, że niedopuszczalne konstytucyjnie jest takie sformułowanie upoważnienia, które w istocie upoważnia nie do wydania rozporządzenia w celu wykonania ustawy, ale do samodzielnego uregulowania całego kompleksu zagadnień, co do których w tekście ustawy nie ma żadnych bezpośrednich unormowań albo wytycznych. Jednocześnie Trybunał wskazał, że nie można pozostawiać kształtowania zasadniczych elementów regulacji prawnej decyzjom organu władzy wykonawczej. Szczegółowe określenie materii rozporządzenia oznacza, że materia ta powinna być określona przez wskazanie spraw rodzajowo jednorodnych z tymi, które reguluje ustawa, lecz które nie mają zasadniczego znaczenia z punktu widzenia założeń ustawy i dlatego nie zostały w niej unormowane wyczerpująco, a są niezbędne dla realizacji norm ustawy. Granice dopuszczalnej regulacji zasad wyznaczają bowiem postanowienia ustawy determinujące wykonawczy charakter tej regulacji.

Ustawa o Żandarmerii Wojskowej w ogóle nie określa zasad przerywania/zakończenia postępowania kwalifikacyjnego. Materia ta nie została także zawarta w treści upoważnienia do wydania aktu wykonawczego (art. 8a ust. 14 ustawy o Żandarmerii Wojskowej). Zawiera ono umocowanie do określenia, w drodze rozporządzenia, sposobu i trybu prowadzenia postępowania kwalifikacyjnego oraz wzoru ankiety kwalifikacyjnej i wniosku o przeprowadzenie postępowania kwalifikacyjnego, z uwzględnieniem zapewnienia sprawnego przebiegu postępowania kwalifikacyjnego oraz

¹ Np. negatywny wynik z egzaminu sprawności fizycznej czy poziomu znajomości języków obcych nie musi oznaczać dożywotniej dyskwalifikacji kandydata, braki w tym zakresie mogą bowiem zostać przez niego uzupełnione. Podobnie kondycja psychiczna może ulec zmianie po pewnym czasie, dlatego np. w Policji istnieje roczna karencja na wyniki badań psychologicznych. Dożywotnia dyskwalifikacja kandydata może zatem znacznie utrudniać ŻW ukończenie stanu osobowego.

wyłonienia osób posiadających predyspozycje i warunki do pełnienia służby albo pracy w Żandarmerii Wojskowej.

Z powyższego wynika, że określone w rozporządzeniu zasady przerywania/zakończenia postępowania nie mają zakotwiczenia w tekście ustawy, co oznacza, że w tym zakresie zostały one wydane poza granicami upoważnienia ustawowego i mają charakter samoistny. Rozwiązanie takie koliduje z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny wskazywał², iż „artykuł 60 Konstytucji 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 selekcyjny charakter naboru do służby publicznej. 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 zwolnieniu z tej służby”. Trybunał Konstytucyjny podkreślał również, że procedura konkursowa stanowi „proceduralny miernik kontroli (dopełnienia) konstytucyjnego kryterium równego dostępu na jednakowych zasadach” zapewniający kandydatom do służby publicznej skuteczną „ochronę przed arbitralnymi rozstrzygnięciami” w postaci kontroli sądowo-administracyjnej.

Z punktu widzenia wskazanej przez Trybunał gwarancji ochrony przed arbitralnością rozstrzygnięć należy zwrócić uwagę na treść § 5 rozporządzenia, który umożliwia przerwanie/zakończenie postępowania kwalifikacyjnych bez podania przyczyny, jedynie przykładowo wymieniając te przyczyny. Stąd też kandydat w ogóle nie otrzymuje informacji o powodach przerywania/zakończenia postępowania kwalifikacyjnego. Rodzi to

² Wyrok TK sygn. akt K 36/00, powtarzający częściowo tezy wyroku z 9 czerwca 1998 r., sygn. K. 28/97.

wątpliwości z punktu widzenia standardu dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach (art. 60 Konstytucji RP), kandydat któremu nie przedstawiono przyczyny przerwania postępowania kwalifikacyjnego nie jest bowiem w stanie ocenić czy w stosunku do jego osoby zachowano owe jednakowe zasady. Dyskrecjonalność stanowi zaś zaprzeczenie jednakowych zasad, które wymagają transparentności.

W świetle powyższego na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 1 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2020 r. poz. 627) przedstawiam Panu Ministrowi te uwagi z prośbą o rozważenie inicjatywy prawodawczej w celu zmiany opisanego stanu rzeczy.

Z wyrazami szacunku,

Stanisław Trociuk

Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich

/-podpisano elektronicznie/