



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Adam Bodnar

Warszawa,

29/01/2018

WZF.7043.201.2017.TO

Pan
Zbigniew Ziobro

Minister Sprawiedliwości

Wielce Szanowny Panie Ministrze,

uprzejmie informuję, że z prośbą o pomoc do Rzecznika Praw Obywatelskich zwrócili się wykładowcy Centralnego Ośrodka Szkolenia Służby Więziennej w Kaliszu (dalej: COSSW). We wniosku sugerują oni związek rozkazów personalnych delegujących ww. funkcjonariuszy do pełnienia służby w innych jednostkach organizacyjnych Służby Więziennej z działalnością związkową, a w szczególności z zaangażowaniem tych funkcjonariuszy w ujawnienie nieprawidłowości w funkcjonowaniu Zakładu Technologii Informatycznych i Edukacyjnych COSSW.

Z wyjaśnień otrzymanych od Dyrektora Biura Kadr i Szkolenia, Centralnego Zarządu Służby Więziennej (dalej: BKiS CZSW) wynika między innymi, że przy podejmowaniu decyzji o delegowaniu funkcjonariuszy nie było informacji o ich ewentualnej przynależności związkowej oraz o sprawowaniu funkcji związkowej przez

a żaden przepis nie obliguje Dyrektora Generalnego Służby Więziennej do sprawdzania tych okoliczności. Następnie Dyrektor BKiS wskazał, że ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (Dz.U. z 2015r. poz. 1881) nakłada na pracodawcę obowiązki i ograniczenia wobec osób pełniących funkcje związkowe. Znana jest Dyrektorowi Generalnemu Służby Więziennej regulacja art. 32 ust. 1 pkt 2 ustawy o związkach zawodowych. Mając jednakże na uwadze art. 2 ust. 6 oraz brzmienie

zakończenia ust. 1 art. 32 ustawy o związkach zawodowych w związku z art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (Dz.U. z 2017 r. poz. 631 ze zm.). Dyrektor BKiS CZSW zauważył, że nie doszło do złamania ustawy o związkach zawodowych. W jego ocenie, użyte w art. 2 ust. 6 ustawy o związkach zawodowych sformułowanie „odpowiednio” oraz dalej „z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z odrębnych ustaw” oznacza, że przepisy ustawy o związkach zawodowych, co do zasady nie mają zastosowania do funkcjonariuszy Służby Więziennej, będących członkami związku zawodowego. Wynika to ze specyfiki stosunków służbowych w Służbie Więziennej, w szczególności dyspozycyjności każdego funkcjonariusza w stosunku do przełożonych. Dyspozycyjność nakazuje oceniać dopuszczalność jednostronnych zmian warunków służby funkcjonariusza Służby Więziennej, będącego członkiem związku zawodowego, dokonywanych bez zgody odpowiedniej instytucji związkowej, według kryteriów zobiektywizowanych, uwzględniających mobilność, skuteczność i ważny interes służby, a nie według indywidualnych, osobistych odczuć funkcjonariusza.

Na wstępie pragnę zauważyć, iż norma prawna wynikająca z treści art. 32 ust. 3 ustawy o związkach zawodowych obliguje zarząd zakładowej organizacji związkowej do wskazania pracodawcy pracowników (w tym funkcjonariuszy SW) podlegających ochronie. Z uzyskanej przez Rzecznika informacji wynika, że obowiązek ten w odniesieniu do _____ został zrealizowany¹. Tym samym Komendant COSSW powinien taką wiedzę posiadać. Jak wynika z odpowiedzi BKiS COSSW – Komendant COSSW w Kaliszu, w odpowiedzi na zapytanie Dyrektora Generalnego CZSW, wskazał na możliwość zabezpieczenia potrzeb w zakresie kadry szkoleniowej ośrodka w Kulach, w pierwszej kolejności wskazując na _____ Przewodniczącego Zarządu Terenowego Niezależnego Samorządnego Związku Zawodowego Funkcjonariuszy i Pracowników Więziennictwa w Kaliszu.

Jak wskazuje doktryna² pojęcie „nadużycia prawa” oznacza zastosowanie, użycie danego narzędzia prawnego sprzecznie z celem, dla którego zostało ono utworzone,

¹ Pismo Przewodniczącego Zarządu Okręgowego Niezależnego Samorządnego Związku Zawodowego Funkcjonariuszy i Pracowników Więziennictwa w Poznaniu do Komendant COSSW w Kaliszu z dnia 18 grudnia 2015r. (L.dz. 2/12/2015) wskazujące funkcjonariuszy objętych ochroną prawną wynikającą z ustawy o związkach zawodowych na okres czteroletniej kadencji (od 18 grudnia 2015 r.).

² M. Warchoła „Pojęcie nadużycia prawa w procesie karnym” Prokuratura i Prawo 11, 2007 s. 48.

sprzecznie z jego przeznaczeniem. Innymi słowy nadużyciem prawa jest wykorzystywanie instytucji prawnej wbrew jej celowi i funkcji. W tekście ustawy o Służbie Więziennej istnieje wiele pojęć lub zwrotów (np. potrzeby Służby Więziennej, ważne potrzeby służby), które mają charakter nieokreślony znaczeniowo. Stając się elementem konstrukcji nadużycia prawa, pozostawiają podmiotom podejmującym decyzje stosowania prawa swobodę poprzez upoważnienie do uwzględniania kryteriów niewyrażonych w samych przepisach.

Instytucja czasowego delegowania funkcjonariusza SW do służby w innej jednostce organizacyjnej stanowi niewątpliwie emanację podległości służbowej i dyspozycyjności wynikających z treści stosunku służbowego – i co do zasady – pozwala na prawidłową realizację zadań nałożonych na Służbę Więzienną. Ustawodawca, w odróżnieniu np. od Policji, traktując rozkaz personalny w przedmiocie delegowania do czasowego pełnienia służby w innej jednostce organizacyjnej SW, jako akt władczy o charakterze wewnętrznym – nie przewidział dla tego rodzaju decyzji kontroli sądowej.

Delegowanie funkcjonariuszy w trybie art. 70 ust. 1 ustawy o Służbie Więziennej ma charakter fakultatywny i wyjątkowy. Przesądza o tym użycie takich sformułowań jak „może” czy „ważne potrzeby służby”. Ustawodawca w art. 71 ustawy o SW wskazał okoliczności względnie uniemożliwiające delegowanie albo przeniesienie. W razie delegowania do czasowego pełnienia służby funkcjonariuszowi przysługuje prawo do lokalu mieszkalnego (art. 73 ust. 1 w zw. z art. 175 ust. 3 ustawy o SW) i należności z tytułu podróży służbowej (art. 73 ust. 2 ustawy o SW). Zgodnie natomiast z treścią art. 219 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 ustawy o SW sprawy wynikające z podległości służbowej dotyczące delegowania do czasowego pełnienia służby w innej jednostce organizacyjnej nie podlegają kontroli sądowej.

W wyroku z dnia 29 stycznia 2015 r. (sygn. akt II SA/Wa 615/14) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyróżnił dwie fundamentalne zasady wzajemnego stosunku przepisów ustawy o związkach zawodowych i pragmatyk służbowych. Pierwsza to bezwzględne pierwszeństwo norm o charakterze obligatoryjnym, zawartych w pragmatykach służbowych nad normami ustawy związkowej. Dotyczą one w szczególności obligatoryjnych przesłanek zwolnienia ze służby. Druga zasada

to względne pierwszeństwo norm o charakterze fakultatywnym zawartych w pragmatykach służbowych nad normami ustawy związkowej. Istota tej zasady sprowadza się do charakterystycznego dla przepisów fakultatywnych, obowiązku ważenia przez podmiot rozstrzygający, interesu danej służby, interesu funkcjonariusza i obowiązku odniesienia się w procesie ważenia tych interesów także do interesu związku zawodowego. Zwrócić tu jednakże należy uwagę na zdecydowany prymat interesu służby, co prowadzi do konstatacji, iż pozostałe interesy (funkcjonariusza i ewentualnie związku zawodowego) mogą zostać tylko wtedy uwzględnione, gdy nie kolidują z interesem służby.

Dyrektor Generalny Służby Więziennej wydając rozkaz o delegowaniu funkcjonariusza podlegającego ochronie w trybie art. 70 ust. 1 ustawy o SW powinien – w mojej ocenie – rozważyć zarówno „ważne potrzeby służby”, „interes funkcjonariusza”, jak również „interes związku zawodowego”. Dodatkowo należy wskazać, że nie każda realna lub potencjalna potrzeba służby uzasadnia delegowanie funkcjonariusza do czasowego pełnienia służby w innej jednostce organizacyjnej. Przepis wymaga, aby potrzeba ta przyjęła postać kwalifikowaną – „ważnych potrzeb służby”. Na gruncie ustawy o Służbie Więziennej wyraźnie odróżniono bowiem istnienie „potrzeb Służby Więziennej” (art. 81 ust. 1 ustawy o SW) od „ważnych potrzeb służby” (art. 70 ust. 1 ustawy o SW).

Dodatkowo pragnę zauważyć, że w art. 71 ustawy o SW określone zostały przesłanki względnego zakazu delegowania funkcjonariusza. Uzależniając delegowanie od zgody funkcjonariusza ustawodawca wprost nakazał adresatowi normy prawnej obowiązek uwzględnienia indywidualnego interesu funkcjonariusza w określonych tam okolicznościach³. W mojej ocenie fakultatywny charakter przepisu art. 70 ust. 1 ustawy o SW wskazuje na konieczność ważenia wszystkich wyżej wymienionych interesów przy

³ Tzn.:

1. funkcjonariusza kobiety w ciąży;
2. funkcjonariusza samodzielnie sprawującego opiekę nad dzieckiem do lat 14;
3. funkcjonariusza samodzielnie sprawującego opiekę nad dzieckiem niezdolnym do pracy lub do samodzielnej egzystencji, przed osiągnięciem przez dziecko 18 lat życia lub do ukończenia nauki, nie dłużej jednak niż do osiągnięcia 25 lat życia;
4. funkcjonariusza samodzielnie sprawującego opiekę nad dzieckiem całkowicie niezdolnym do pracy, bez względu na jego wiek.

podejmowaniu decyzji o czasowym delegowaniu funkcjonariusza do innej jednostki organizacyjnej Służby Więziennej. Z odpowiedzi Dyrektora BKiS CZSW wynika jednak, że na etapie podejmowania decyzji o delegowaniu funkcjonariusza „interes związku zawodowego” w ogóle nie był brany pod uwagę.

Funkcjonariusze Służby Więziennej (będący jednocześnie aktywnymi członkami związku zawodowego) w interesie publicznym, sygnalizowali nieprawidłowości w działaniu Zakładu Technologii Informatycznych i Edukacyjnych (ZTiE) COSSW składając w Prokuraturze Rejonowej w Kaliszu zawiadomienie⁴ o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Zawiadomienie w tej samej sprawie złożył również ówczesny Komendant COSSW. Nieprawidłowości w ZTiE COSSW były uprzednio przedmiotem czynności wyjaśniających Biura Spraw Wewnętrznych CZSW, podjętych na podstawie anonimowego zgłoszenia. Postępowanie dyscyplinarne⁵ wszczęte przeciwko Kierownikowi Zakładu oraz śledztwo Prokuratury podjęte z inicjatywy związku zawodowego i Komendanta COSSW zostały umorzone. ZTiE COSSW został zlikwidowany. W uzasadnieniu do zmiany statutu COSSW wskazano między innymi, że *„(...) w toku przeprowadzonych przez Biuro Spraw Wewnętrznych kontroli, dotychczasowa formuła działania tegoż zakładu okazała się niewydolna i doprowadziła do wystąpienia bardzo istotnych nieprawidłowości.*

W rezultacie wobec zgłaszających⁶ nieprawidłowości wydane zostały rozkazy personalne w przedmiocie delegowania do czasowego pełnienia służby w innych jednostkach organizacyjnych Służby Więziennej, w tym niektórych przypadkach⁷, znacznie oddalonych od dotychczasowego miejsca pełnienia służby.

Nadużycie instytucji delegowania może mieć miejsce w niniejszej sprawie. Wskazuje na to bliski związek (również czasowy) pomiędzy sygnalizowaniem nieprawidłowości a działaniem, polegającym na delegowaniu funkcjonariuszy uczestniczących w sprawie do miejscowości odległej od dotychczasowego miejsca pełnienia służby, a tym samym

⁴ Zawiadomienie podpisane zostało przez Przewodniczącego ZI NSZZFiPW w Kaliszu

⁵ W wyniku złożonego odwołania wyższy przełożony dyscyplinarnej wydał orzeczenie w dyscyplinarnym postępowaniu odwoławczym, orzekając o: utrzymaniu w mocy części zaskarżonego orzeczenia, w którym przełożony dyscyplinarnej umorzył postępowanie dyscyplinarne, uchyleniu w całości części zaskarżonego orzeczenia oraz uniewinnieniu obwinionego od zarzucanych mu czynów, za które został ukarany oraz o umorzeniu postępowania dyscyplinarnego. Nieprawidłowości dotyczyły także czterech innych funkcjonariuszy ZTiE COSSW.

⁶ W tym wobec funkcjonariuszy COSSW uczestniczących w przygotowaniu korespondencji w sprawie nieprawidłowości.

⁷ Areszty Śledcze w Olsztynie i w Szczecinie.

faktycznego uniemożliwienia wykonywania działalności związkowej (w przypadku przewodniczącego związku zawodowego). Dyrektor BKiS CZSW zadeklarował wprawdzie wystąpienie do Komendanta Ośrodka Szkolenia SW w Kulach o zwolnienie

z wykonywania obowiązków służbowych w przypadku potrzeby realizacji zadań związkowych, jako Przewodniczącego ZI NSZZFiPW w Kaliszu. Jednak rzetelne wykonywanie działalności związkowej w obiekcie oddalonym o ponad 100 km od Kalisza wydaje się mało prawdopodobne, nieekonomiczne i może stanowić utrudnienie wykonywania działalności związkowej. Tym samym nieuwzględnienie interesu związku zawodowego przy podejmowaniu decyzji o delegowaniu czasowym (w tym w szczególności wobec przedstawiciela związku zawodowego objętego ochroną prawną) może budzić wątpliwości z punktu widzenia treści art. 35 ust. 1 pkt 2 ustawy o związkach zawodowych.

Na problem braku skutecznej ochrony funkcjonariuszy zgłaszających nieprawidłowości w służbie Rzecznik Praw Obywatelskich zwracał uwagę w wystąpieniu do Prezes Rady Ministrów z dnia 3 listopada 2015 r. (w załączeniu).

Pragnę przypomnieć, że podejmowanie działań wobec sygnalistów wpływa demotywująco na inne osoby będące świadkami nieprawidłowości. Natomiast zgłoszenie nieprawidłowości nie tylko pozwala na ich naprawienie, ale również na uniknięcie strat i szkód w przyszłości. Nawet jeżeli sygnalista uważa, że opisany przez niego problem jest poważny, to może nie mieć wiedzy (w zasadzie rzadko kiedy ją ma) na temat całości problemu. Jest to istotne z punktu widzenia wyjaśniania danej sprawy. Może okazać się bowiem, że sygnalista się mylił. Ochrona sygnalisty nie powinna jednak ustać w takich okolicznościach. Z drugiej jednak strony należy zauważyć, że każda osoba poszkodowana bezpośrednio lub pośrednio przez umyślne i świadome zgłoszenie nieprawidłowości przez sygnalistę powinna mieć środki prawne pozwalające na ochronę i dochodzenie swoich praw.

Ponadto, jeżeli w organizacji istnieje wewnętrzny system raportowania o nieprawidłowościach, a mimo to sygnalista zwróci się z na zewnątrz (publicznie) z informacją o nieprawidłowościach poziom ochrony może zostać zmniejszony proporcjonalnie do naruszenia. Organizacja nie może jednak wprowadzić normy prawnej

pozwalającej na zwolnienie sygnalisty w przypadku pominięcia wewnętrznego systemu raportowania.

W świetle powyższego na podstawie art. 12 pkt 2 i art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2017 r. poz. 958) zwracam się do Pana Ministra z uprzejmą prośbą o spowodowanie zbadania sprawy oraz odniesienie się do przedstawionych problemów.

Załącznik

2 wyrazami szacunku,

Bader



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Adam Bodnar

III.7050.7.2014.TO

Warszawa.

3/11/2015

Pani
Ewa KOPACZ

Prezes Rady Ministrów

Wielce Szanowna Pani Premier,

w wyniku prowadzonych w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich spraw żołnierzy i funkcjonariuszy służb mundurowych ujawnił się problem niewystarczającej ochrony prawnej osób ujawniających nieprawidłowości w służbie. Analiza obowiązującego stanu prawnego prowadzi do wniosku, iż ochrona prawna tzw. sygnalistów (*whistleblowers*) w służbach mundurowych jest niewystarczająca.

Specyfika statusu pracowniczego kategorii umundurowanych funkcjonariuszy służb publicznych była kilkakrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego (zob. np. wyroki z 23 września 1997 r., sygn. K 25/96, OTK ZU nr 3-4/1997, poz. 36, oraz z 27 stycznia 2003 r., sygn. SK 27/02 OTK ZU nr 14A/2003, poz. 2). Stosunki służbowe żołnierzy zawodowych, a także innych służb mundurowych - stwierdził Trybunał w wyroku z 14 grudnia 1999 r. (sygn. SK 14/98, OTK ZU nr 7/1999, poz. 163) - nie są stosunkami pracy, lecz mają charakter stosunków administracyjno-prawnych, powstających w drodze powołania, w związku z dobrowolnym zgłoszeniem się do służby. Kandydat do publicznej służby mundurowej od momentu powołania poddać się musi regułom pełnienia służby, nacechowanej istnieniem specjalnych uprawnień, ale też szczególnych obowiązków. Przykładowo, wśród szczególnych warunków uzasadniających korzystniejsze zasady nabywania przez funkcjonariuszy służb mundurowych uprawnień emerytalno-rentowych oraz ustalania ich rozmiaru wymienić można m.in.: pełną dyspozycyjność i zależność od władzy służbowej, wykonywanie zadań w nielimitowanym czasie pracy i trudnych warunkach, związanych nierzadko z bezpośrednim narażeniem życia i zdrowia (np. w czasie udziału w obronie kraju lub ochronie bezpieczeństwa obywateli), wysoką sprawność fizyczną i psychiczną wymaganą w całym okresie jej pełnienia, niewielkie możliwości wykonywania dodatkowej pracy i posiadania innych źródeł utrzymania, ograniczone prawo udziału w życiu politycznym i zrzeszania się. Wskazaną specyfikę pracy w służbach mundurowych należy uznać za przesłankę uzasadniającą dopuszczalność wprowadzania z jednej strony wyższych wymagań

personalnych, kwalifikacyjnych czy charakterologicznych wobec kandydatów do służby, z drugiej zaś - odmiennego i bardziej rygorystycznego niż w przypadku pozostałych profesji ukształtowania zasad utraty statusu pracowniczego. Należy zaznaczyć, iż znaczna część rozstrzygnięć wydawanych wobec żołnierzy i funkcjonariuszy ma formę decyzji administracyjnej (rozkazu personalnego) i podlega kontroli sądowno-administracyjnej, sprawowanej pod względem zgodności z prawem.

Pewną ochroną dla skarżących stanowią przepisy postępowania administracyjnego. Zgodnie z art. 225 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 267 ze zm.) nikt nie może być narażony na jakikolwiek uszczerbek lub zarzut z powodu złożenia skargi lub wniosku albo z powodu dostarczenia materiału do publikacji o znamionach skargi lub wniosku, jeżeli działał w granicach prawem dozwolonych. Organy państwowe, organy jednostek samorządu terytorialnego i inne organy samorządowe oraz organy organizacji społecznych są obowiązane przeciwdziałać hamowaniu krytyki i innym działaniom ograniczającym prawo do składania skarg i wniosków lub dostarczania informacji - do publikacji - o znamionach skargi lub wniosku. Ponadto z przepisów prawa wynikają m.in. obowiązek zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa (art. 304 Kpk) czy o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego (art. 240 Kk). Znaczna część szeroko pojętych służb mundurowych posiada wewnętrzne regulacje, zapewniające szczątkową ochronę dla funkcjonariuszy/żołnierzy. Wskazać w tym względzie należy na przepisy dotyczące działalności wewnętrznych służb kontroli, odmowy wykonania rozkazu/polecenia, jeżeli łączyłoby się to z popełnieniem przestępstwa, wewnętrzne procedury antymobbingowe, antydyskryminacyjne. Ochrona ta, jak wynika ze skarg kierowanych do Rzecznika jest jednak niewystarczająca. Na marginesie należy przypomnieć, iż do podobnych refleksji prowadziła analiza przepisów prawa pracy, czemu Rzecznik Praw Obywatelskich dał wyraz, w piśmie do Ministra Pracy i Zabezpieczenia Społecznego w 2009 roku¹.

Teoretycznie funkcjonariusz czy żołnierz może pominąć drogę służbową w określonych okolicznościach. Zgłoszenie nieprawidłowości z pominięciem drogi służbowej (z wyjątkiem spraw osobowych) w trybie skargowym powinno zapewnić mu także przewidzianą w art. 221 § 1 Kpa ochronę, jeżeli działał zgodnie z prawem. Wyłączenie z tego zakresu spraw osobowych stanowi jednak zasadnicze ograniczenie. W praktyce bowiem może okazać się, że w odwecie, wobec funkcjonariusza/żołnierza podjęte zostaną decyzje personalne (osobowe), dotyczące przeniesienia na niższe stanowisko służbowe², do innej jednostki organizacyjnej³ czy zwolnienia ze służby⁴. Trudno im będzie kwestionować zasadność takich rozstrzygnięć. Zasada legalizmu może utrudniać w takich okolicznościach ustalenie związku przyczynowego pomiędzy działaniem

¹ w tym zakresie Rzecznik Praw Obywatelskich prowadził korespondencję z Ministrem Pracy i Polityki Społecznej w 2009 r. – pismo RPO z dnia 3 marca 2009 r. (sygn. RPO-606960-III/09-RP/AF), odpowiedź MPiPS z dnia 29 kwietnia 2009 r. (sygn. DPR-I-0712-11/JS/BL/MP/09).

² np. z naczelnika na oficera dyżurnego, z pionu kryminalnego do pionu patrolowo-interwencyjnego, ze SPAP do OPP,

³ np. z jednostki wyższego szczebla do jednostki niższego szczebla, do innej miejscowości np. z Wrocławia do Gołdapi,

⁴ np. ze względu na względu na ważny interes służby.

funkcjonariusza/żołnierza sygnalisty, a podjętymi wobec niego decyzjami personalnymi. Ponadto część rozstrzygnięć⁵ względem funkcjonariusza żołnierza ma charakter uznaniowy, co uniemożliwia im w wielu przypadkach polemikę z decyzjami przełożonych. Pewne rozstrzygnięcia personalne nie wymagają uzasadnienia⁶. Wreszcie niektóre stosunki służbowe wygasają z mocy prawa⁷. Doświadczenie działań zaniechań odwetowych może mieć miejsce na etapie przyjęcia do służby⁸, jak również po zwolnieniu ze służby⁹.

Nieprawidłowości w działaniu służb mundurowych – w odróżnieniu od rynku pracy – mogą powodować (i powodowały) fatalne skutki dla sprawnego funkcjonowania i bezpieczeństwa Państwa. Upublicznienie nieprawidłowości stanowi ostatnie stadium działania „sygnalisty”. Gdyby zapewniono skuteczne narzędzia ochrony ich praw, informacje o nieprawidłowościach w działalności służb mogłyby zostać wykryte i ocenione na wcześniejszym etapie. Wielu sygnalistów próbuje najpierw zainteresować nieprawidłowościami swoje środowisko. Dopiero brak reakcji ze strony przełożonych (tzw. „zamiatanie spraw pod dywan”) powoduje u nich konieczność powiadomienia instytucji zewnętrznych np. Rzecznika Praw Obywatelskich, Najwyższej Izby Kontroli czy innych służb inspekcji, aby na koniec, w razie niesatysfakcjonującego rozstrzygnięcia zwrócić się o ocenę i pomoc do opinii publicznej czy parlamentarzystów. Pewną gwarancję w zakresie tzw. bezpiecznej komunikacji stanowi art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 15 lipca 1987r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2014 r. poz. 1648 ze zm.), zgodnie z którym Rzecznik odmawia ujawnienia nazwiska i innych danych osobowych skarżącego, w tym także wobec organów władzy publicznej, jeżeli uzna to za niezbędne dla ochrony wolności, praw i interesów jednostki. W przepisach prawa powszechnie obowiązującego brakuje jednak środków prawnych pozwalających skutecznie chronić sygnalistów przed odwetem.

Pragnę zaznaczyć, iż w dniu 30 kwietnia 2014 roku Komitet Ministrów Rady Europy przyjął rekomendację dotyczącą ochrony sygnalistów (*Recommendation CM Rec(2014)⁷ on the protection of whistleblowers*) zawierającą dla państw członkowskich Rady Europy wskazówki w zakresie stworzenia prawnych instrumentów pozwalających na skuteczną ochronę sygnalistów. Do chwili obecnej nie zostały one jednak zrealizowane. Dlatego też pozwolę sobie przybliżyć¹⁰ Pani Premier kilka rozwiązań funkcjonujących m.in. w Siłach Zbrojnych Stanów Zjednoczonych, w systemie Rady Europy, a także w zakresie ryzyka ujawnienia tajemnic państwowych (*The Tshwane Principles*), które być może wyjaśnią moje wątpliwości w tym względzie.

⁵ np. w zakresie przyznawania nagród, awansowania, kierowania na szkolenia,

⁶ np. odwołanie ze stanowiska komendanta wojewódzkiego/powiatowego/miejskiego/rejonowego,

⁷ np. upływ okresu kontraktu z żołnierzem korpusu szeregowych zawodowych,

⁸ np. odmowa przyjęcia do służby ze względu na brak uzasadnienia w potrzebach kadrowych,

⁹ np. w zakresie przyznawania świadczeń socjalnych, doliczenia do okresu wysługi służby w szczególnych warunkach, wobec członków rodziny, którzy pełnią służbę/pracują w danej formacji

¹⁰ Załącznik Nr 1

Działając na podstawie art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2014 r. poz. 1648 ze zm.) uprzejmie proszę Panią Premier o podjęcie działań mających na celu zapewnienie skutecznej ochrony praw „sygnalistów” w służbach mundurowych. Będę jednocześnie zobowiązany za poinformowanie mnie o zajętych stanowisku, względnie podjętych decyzjach w przedmiotowej kwestii.

Załącznik 1

Z wyrazami szacunku,

Bede

•
•



BIURO
RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH

Zespół Prawa Pracy
i Zabezpieczenia Społecznego

Warszawa,

3/11/2015

Załącznik Nr 1

III.7050.7.2014.TO

I. **Ochrona żołnierzy-sygnalistów (*Military Whistleblower Protection, DOD Directive 7050.6*)¹**

Prawo żołnierza do bezpiecznej (chronionej) komunikacji obejmuje zarówno przygotowanie jak i złożenie skargi. Przez przygotowanie należy rozumieć sporządzenie skargi bez wysłania, przy czym Skarżący komunikuje noszenie się z zamiarem jej wysłania.

Jako typy komunikacji wyróżnić należy:

- naruszenie przepisów zakazujących gwałtu, napaści seksualnej, molestowania seksualnego i innej niezgodnej z prawem dyskryminacji,
- rażące marnowanie funduszy lub innych środków, stwarzanie zagrożenia dla zdrowia publicznego i bezpieczeństwa państwa,
- zagrożenie śmiercią, kalectwem albo zniszczeniem własności,
- udział w ww. sprawach,
- uczestnictwo w jakiegokolwiek akcji odwetowej przeciwko sygnaliście.

Komunikacja nie traci ochrony jeżeli:

- skarga została skierowana do osoby biorącej udział w naruszeniu, które wskazuje sygnalista,
- skarga zawiera informacje, które zostały wcześniej utajnione,
- nie została napisana (przygotowanie),
- została sporządzona, kiedy sygnalista nie pełnił służby lub w czasie gdy wykonywał obowiązki służbowe.

¹ Opracowano na podstawie publikacji „Guide to investigating military whistleblower reprisal and restriction complaints”, wydanej przez Inspektora Generalnego (odpowiednik Rzecznika Praw Żołnierzy, usytuowanego w strukturze resortu obrony Sił Zbrojnych Stanów Zjednoczonych).

Prawo bezpiecznej komunikacji obejmuje Inspektora Generalnego, członków Kongresu, członków Departamentu Obrony (w szczególności audyt, inspekcje, śledczych, wojskowych organów ścigania), wszystkich osób w łańcuchu dowodzenia, a także innych regulatorów odpowiedzialnych za tego rodzaju naruszenia.

Nie zgodna z prawem sygnalizacja dotyczy :

- tajemnicy państwowej;
- stanu zdrowia;
- prawa do prywatności.

Skarga jest uzasadniona (*reasonably believe*) jeżeli „niezainteresowana” osoba z wiedzą na temat podstawowych faktów może obiektywnie stwierdzić, że ujawnione informacje dowodzą naruszenia przepisów (w jednym z ww. typów komunikacji).

Ochrona przed odwetem obejmuje każde działanie/zaniechanie/groźbę przeciwko sygnaliście, którego skutkiem jest (lub potencjalnie może być) jego pozycja/służba w Siłach Zbrojnych.

Przez niekorzystne **działanie** należy rozumieć :

- niekorzystną ocenę/opinię służbową żołnierza sygnalisty,
- upomnienie, reprimenda, krytyka (sformalizowana),
- zwolnienie z tego powodu,
- przeniesienie na inne stanowisko,
- zwolnienie z dowodzenia,
- powrót do wcześniej wykonywanych obowiązków służbowych,
- odsunięcie od wykonywanych obowiązków
- usunięcie z promocji, szkolenia,
- ograniczenie poziomu dostępu,
- administracyjne obniżenie stanowiska lub uposażenia,
- niekorzystna zmiana kwalifikacji (specjalizacji) wojskowej,
- kierowanie na komisje lekarską (np. w celu sprawdzenia przydatności do służby).

Zaniechanie odnosi się do :

- ewaluacji (oceny, opinii),
- awansu,
- nagród,
- szkoleń,
- delegowania,

- przeniesienia,
- zgody na podnoszenie kwalifikacji (np. zwolnienia z zajęć służbowych w czasie nauki).

Groźby działania/zaniechania mogą dotyczyć zniszczenia kariery z uwagi na sformułowanie skargi/przygotowanie do sformułowania skargi. Złożenie skargi będzie miało swoje odzwierciedlenie w najbliższej opinii służbowej (negatywna opinia).

Powyższy katalog nie jest zamknięty i każde działanie/zaniechanie/groźbę należy oceniać indywidualnie. W określonych okolicznościach „plotka” czy postrzeżenie (typowanie) kogoś, jako sygnalistę może powodować odwet. Istotne znaczenie ma także bliski związek czasowy pomiędzy skargą a odwetem. Należy także sprawdzić czy przełożony (bądź inna osoba opisana w skardze) ma motyw dla podjęcia czynności odwetowych, czy ktoś znajdujący się w „podobnej sytuacji” co skarżący był odbiorcą zachowań odwetowych. Standard dowodowy – przy wyjaśnianiu sprawy oznacza, że stopień prawdziwości dowodu sygnalisty w kontekście całości raportu jest wystarczający do oceny, że wskazane w skardze fakty są bardziej prawdziwe niż nieprawdziwe.

Rozpatrywanie skarg sygnalistów

Wstępna kontrola skargi powinna udzielić odpowiedzi na następujące pytania:

- czy skarga została sporządzona w terminie 1 roku od powstania naruszenia (*timeliness*),
- czy skarżący, który sformułował/przygotowywał skargę był postrzegany jako sygnalista (*protected communication*),
- czy skarżący zarzuca, że odwet miał miejsce czy też grożono odwetem (*personnel action*),
- czy przełożony wiedział o „bezpiecznej komunikacji”, albo postrzegal Skarżącego jako osobę która sporządziła albo przygotowywała skargę (*knowledge*),
- czy fakty określone w skardze lub ustalone ze skarżącym wskazują na związek przyczynowy pomiędzy działaniem/zaniechaniem przełożonych a sformulowaniem skargi (*causation*). Należy wówczas ocenić czy :
 - odwet miał miejsce po sformułowaniu skargi,
 - skarga dała przełożonemu motyw do odwetu albo przełożony wyraził wrogość z tytułu sformułowania skargi,
 - skarżący jest gorzej traktowany niż osoby, które nie napisały skargi.

Rozpatrywanie skargi sygnalisty winno natomiast obejmować:

- zapoznanie się z całą skargą,
- kontakt ze skarżącym,
- przesłuchanie skarżącego,
- wyjaśnienie zarzutów,

- wszczęcie postępowania wyjaśniającego odrzucenie skargi.

Zapoznanie polega na sprawdzeniu czy skarga została sformułowana przed upływem roku od powstania naruszenia. Przed odrzuceniem skargi należy jednak rozważyć motywy wystąpienia skarżącego o ochronę po upływie roku. Czy nie nastąpiły jakieś szczególne okoliczności np. brak dostępu do środków komunikacji, choroba, odniesione rany, wypadek. Czy skarga nie została skierowana do podmiotu niemającego kompetencji w sprawie. Czy za rozpoznaniem sprawy nie przemawia szczególna potrzeba Sił Zbrojnych/szczególny interes służby.

Szybki kontakt oraz umówienie spotkania, jeżeli jest to możliwe to należy przesłuchać sygnalistę od razu, poinformować o otrzymaniu skargi oraz o konieczności przesłuchania przed wszczęciem postępowania; poprosić o dostarczenie niezbędnej dokumentacji; wstępnie wytłumaczyć proces postępowania wyjaśniającego oraz wskazać możliwe działania odwetowe z jakimi może spotkać się skarżący; wyjaśnić, że w trakcie postępowania może zostać poproszony o wskazanie osób mogących potwierdzić sformułowane zarzuty oraz udostępnienie (wskazanie) adekwatnych dowodów – w każdym czasie.

Przesłuchanie ma na celu sprecyzowanie zarzutów oraz wyjaśnienie wątpliwości, chronologiczne uporządkowanie skargi, a także represji. Wyjaśniający powinien uzyskać maksimum szczegółów pozwalających określić działania/zaniechania odwetowe np. nazwisk albo stanowisk naruszcycieli. Daty są istotne dla czasu złożenia skargi oraz związku naruszeń ze skargą. Należy skupić się na wyjaśnieniu skargi sygnalisty, działań/zaniechań odwetowych oraz związku między nimi. W tym względzie odczucia sygnalisty w zakresie podejmowanych wobec niego działań/zaniechań odwetowych będą pomocne.

Wyjaśnienie zarzutów obejmuje badanie skargi. W tym zakresie charakteryzuje się przedmiot skargi, do kogo oraz kiedy została skierowana. Przy ocenie działania/zaniechania/gróźb odwetowych bierze się pod uwagę czas odwetu, kto się go dopuścił, kto brał udział przy podejmowaniu decyzji np. personalnych wobec sygnalisty (jak była ich rola rekomendacja, zatwierdzenie, wpływanie), jaka była rola kierownika jednostki organizacyjnej w tym zakresie, czy wiedział o działaniach/zaniechaniach/groźbach wobec sygnalisty. Wreszcie przy ustalaniu związku przyczynowego należy wyjaśnić dlaczego sygnalista uważa, że zachowanie/działanie/groźba było odwetem. Jaki motyw ma kierownik jednostki organizacyjnej w prowadzeniu odwetu przeciw sygnaliście, jakie było uzasadnienie, czy sygnalista uczynił to co było powodem podjęcia wobec niego działań/zaniechań/gróźb odwetowych.

Postępowanie wyjaśniające powinno charakteryzować się następującymi zasadami:

- **niezależność** - organu prowadzącego postępowanie,
- **profesjonalizm** - analiza stanu faktycznego i prawnego winna być szczegółowa,
- **obiektywizm** – dowody winny być zebrane i ocenione w sposób wolny od uprzedzeń,

- ograniczone w czasie - upływ czasu ma wpływ na sygnalistę albo aktywność organizacji,
- **dokumentacja** – każda czynność, zarzut, zalecenie winno zostać należycie udokumentowane,
- **legalność** – postępowanie winno być prowadzone z poszanowaniem praw i regul wobec wszystkich jego uczestników

Przebieg postępowania wyjaśniającego

- rozmowa z sygnalistą (obligatoryjna) – uszczegółowienie zarzutów,
- ustalenie koniecznej dokumentacji – czy istnieje i jest dostępna,
- przesłuchanie istotnych świadków - zarówno wskazanych przez sygnalistę, jak i kierownika jednostki organizacyjnej – w odpowiedniej kolejności,
- sprawdzenie sprawozdania pod kątem prawnym.

Raport z postępowania powinien zawierać :

- rozstrzygnięcie – podstawę prawną, wskazanie przepisów powiązanych z działaniami/zaniechaniami/groźbami odwetowymi, zasadniczych działań/zaniechań/groźb odwetowych, a także sformułowanie rekomendacji w związku z powstałymi naruszeniami,
- tło sprawy – winno zawierać chronologiczną charakterystykę (streszczenie) sprawy dotyczącej m.in. organizacji jednostki, zdarzeń, które legły u podstaw skargi czy odwetu, relacji osób uczestniczących w sprawie,
- zakres postępowania - obejmujący jego uczestników, dokumentów mających znaczenie w sprawie,
- wskazanie organu wyjaśniającego sprawę,
- chronologiczny opis stanu faktycznego,
- analizę sprawy (subsumpcja) – wskazującą, które działania/zaniechania/groźby odwetowe zostały udowodnione Należy odpowiedzieć na 4 pytania:
 - czy skarżący korzysta z prawa do bezpiecznej komunikacji,
 - czy działanie/zaniechanie/groźba odwetowe wobec sygnalisty miało miejsce,
 - czy kierownik jednostki organizacyjnej wiedział o korzystaniu przez skarżącego prawa do bezpiecznej komunikacji,
 - czy działania/zaniechania/groźby podejmowane wobec skarżącego było rezultatem nie przestrzegania prawa do bezpiecznej komunikacji,
- syntetyczną analizę wskazującą proces dojścia do konkluzji,
- konkluzje, które legły u podstaw skargi identyfikujące niewłaściwe zachowanie,

- rekomendacje w zakresie odroczenia skutków działań/zaniechań/gróźb odwetowych przeciwko sygnaliście, adekwatne środki służbowe w stosunku do naruszcycieli (np. wszczęcie postępowania dyscyplinarnego, przeniesienie na inne stanowisko służbowe, odwołanie ze stanowiska). Jeżeli nie stwierdzono niewłaściwego postępowania dokument nie zawiera rekomendacji.

II. Ochrona sygnalistów w systemie Rady Europy (*Protection of whistleblowers, recommendation CM/Rec(2014)7 and explanatory memorandum*)

1. Prawo do tajemnicy komunikacji

- organ kontrolny powinien zachować dane osobowe skarżącego do swojej wyłącznej wiadomości.
- ujawnienie danych wewnątrz/na zewnątrz formacji może nastąpić wyłącznie za zgodą sygnalisty,
- jeżeli brak ujawnienia danych nie pozwala na wyjaśnienie sprawy sygnalista winien zostać o tym poinformowany,
- dane i współpraca sygnalisty mogą zostać ujawnione jeżeli:
 - nie można rozpocząć/przeprowadzić procesu przeciwko naruszcycielowi,
 - nie można skutecznie udowodnić winy naruszcycielowi.

2. Raportowanie sygnalisty

Efekt ujawnienia nieprawidłowości musi być odczuwalny dla skarżącego.

- powinien spowodować działanie organu kontrolnego,
- musi prowadzić do rozwiązania problemu, naprawienia doznanych krzywd,
- działanie organu musi nastąpić niezwłocznie (bez zbędnego opóźnienia),

3. Ochrona przed odwetem

Odwet na sygnaliście działa demotywująco na inne osoby będące świadkami naruszeń. Formy odwetu są zróżnicowane i zależą od związku sygnalisty z organizacją. Można wprowadzić okres dla rozpatrzenia sygnału o nieprawidłowościach, bowiem po pewnym czasie trudno ustalić związek przyczynowy pomiędzy odwetem a sygnałem o naruszeniu. Działanie odwetowe obejmuje również członków rodziny. Zgłoszenie nieprawidłowości nie tylko pozwala na ich naprawienie, ale również na uniknięcie strat i szkód w przyszłości. Nawet jeżeli sygnalista uważa, że opisany przez niego problem jest poważny, to może nie mieć wiedzy (w zasadzie rzadko kiedy ma) na temat całości problemu. Jest to istotne z punktu widzenia wyjaśniania sprawy. Może okazać się bowiem, że sygnalista się mylił. Ochrona sygnalisty nie powinna zostać utracona w takich okolicznościach.

Każda osoba poszkodowana bezpośrednio lub pośrednio przez umyślne i świadome zgłoszenie nieprawidłowości przez sygnalistę powinna mieć środki prawne dochodzenia swoich praw z tego tytułu. Takie postępowanie nie podlega ochronie. Ponadto, jeżeli

w organizacji istnieje wewnętrzny system raportowania o nieprawidłowościach, a mimo to sygnalista zwróci się z na zewnątrz (publicznie) z informacją o nieprawidłowościach poziom ochrony może zostać zmniejszony proporcjonalnie do naruszenia. Organizacja nie może jednak wprowadzić normy prawnej pozwalającej na zwolnienie sygnalisty w przypadku pominięcia wewnętrznego systemu raportowania. Ciężar udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że jakiegokolwiek działania niekorzystne wobec funkcjonariusza sygnalizującego nieprawidłowości nie były zamierzone – powinien spoczywać na przełożonym. Przepisy prawa powinny przewidywać mechanizmy kompensacyjne dla tego rodzaju naruszeń oraz jeżeli jest to możliwe opcję powrotu do służby.

Należy promować skutki, jakie niosą dla formacji sygnalizowane nieprawidłowości, podkreślając rolę sygnalizatora. Publiczne ujawnianie nieprawidłowości może przynieść dla organizacji więcej strat niż korzyści. Osobom, które zamierzają ujawnić nieprawidłowości należy umożliwić skorzystanie z profesjonalnej porady prawnej.

III. Ochrona sygnalisty w zakresie ujawnienia tajemnicy państwowej (*The Tshwane Principles*)

Niniejsze zasady zapewniają ochronę żołnierzy i funkcjonariuszy, którzy publicznie ujawnili informacje o nieprawidłowościach, jeżeli zostaną spełnione następujące warunki:

- informacja zawiera szczegółowe nieprawidłowości, dotyczące instytucji państwowych albo zależnych,
- osoba próbowała sygnalizować problem, chyba, że w organizacji nie ma komórki, która byłaby w stanie wyjaśnić sprawę efektywnie,
- ujawnienie było ograniczone ilością informacji koniecznych do upublicznienia,
- sygnalista obiektywnie wierzył, że interes publiczny przemawia za ujawnieniem naruszeń.

Nawet jeżeli ujawnienie informacji stanowiącej tajemnicę państwową nie spełnia wszystkich ww. kryteriów to zaleca się, aby kara była proporcjonalna do ujawnienia. Tak długo jak za ujawnieniem nieprawidłowości interes publiczny przeważa nad utrzymaniem naruszeń w tajemnicy – sygnalista nie powinien ponosić odpowiedzialności.

