



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

WZF.7040.15.2018 WZF.7040.15.2018.ZS/TO

**Pan
Mariusz Błaszczak**

Minister Obrony Narodowej

uprzejmie informuję, że wpływają do mnie skargi dotyczące przeprowadzania w trybie art. 26 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 173 ze zm. dalej: ustawa) corocznej indywidualnej oceny służbowej żołnierzy zawodowych. Obowiązek ten dotyczy również żołnierzy przebywających na długoterminowych zwolnieniach lekarskich w okresie objętym opiniowaniem. Zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 maja 2014 r. w sprawie opiniowania służbowego żołnierzy zawodowych (Dz. U. z 2014 r. poz. 764 dalej: rozporządzenie) opiniowaniem obejmuje się żołnierza, który do 15 sierpnia danego roku przez okres co najmniej sześciu miesięcy wykonywał obowiązki na stanowisku służbowym, o którym mowa art. 26 ust. 5 pkt 1 ustawy. Opiniowanie to ma ocenić jego wywiązywanie się z obowiązków pełnionych na stanowisku służbowym. Właściwi przełożeni, kierując się m.in. „wytycznymi” dyrektora Departamentu Kadr MON z dnia 12 sierpnia 2014 r. sygn. DK/I/9893/14, do okresu wykonywania obowiązków służbowych uwzględnianego w opiniowaniu, zaliczają łączny czas przebywania żołnierza na zwolnieniu lekarskim.

Praktyka taka, w mojej ocenie, koliduje z treścią art. 26 ust. 5 pkt 1 ustawy w zw. z § 2 pkt 1 i § 5 pkt 1 rozporządzenia. Generuje bowiem konieczność wystawiania przedmiotowej opinii mimo braku podstaw do jej wydania, bowiem żołnierz przebywając na długoterminowym zwolnieniu lekarskim, z natury rzeczy nie wywiązuje się z obowiązków służbowych. Ocena takich kryteriów jak jakość i terminowość wykonywania obowiązków i zadań, dyspozycyjność, samodzielność i inicjatywa oraz planowanie i organizacja pracy wobec żołnierza, który jest nieobecny wydaje się nieuprawniona.

Na gruncie opiniowania służbowego żołnierzy zawodowych należy wskazać na stanowisko¹ Naczelnego Sądu Administracyjnego, z którego wynika, że opiniowanie żołnierza jest obowiązkiem wynikającym z ustawy, zatem **organ zobowiązany jest wydać przedmiotową opinię niezależnie od czasu faktycznego jej pełnienia**. W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego podnoszone przez skarżącego okoliczności, iż z uwagi na zwolnienie lekarskie skarżący nie wykonywał faktycznie obowiązków służbowych, a więc okres ten nie powinien podlegać opiniowaniu, nie mają znaczenia prawnego. Sam fakt korzystania ze zwolnień lekarskich nie powoduje wygaśnięcia czy zawieszenia stosunku służbowego, jak i nie uchyla obowiązku opiniowania. Regulację w tej materii należy interpretować w związku z innymi przepisami ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, wedle których pełnienie służby w ich rozumieniu, jest równoznaczne z zajmowaniem stanowiska, ale nie zawsze z faktycznym wykonywaniem zadań. W ocenie NSA wynika to nie tylko z brzmienia art. 19 i art. 26 ust. 5 pkt 1 ustawy, jak też z jej art. 26 ust. 3, ale przede wszystkim z treści delegacji do wydania rozporządzenia zawartej w art. 26 ust. 19 tej ustawy, obejmującej m.in. materię "przydatności żołnierza na zajmowanym stanowisku". Ten ostatni aspekt skutkuje "pierwszeństwem" w interpretacji omawianej regulacji ustawy przed przepisem rozporządzenia. Rozporządzenie MON z dnia 26 maja 2014 r. posługując się w § 2 pkt 1 zwrotem "wykonywania obowiązków na stanowisku służbowym" nie może używać go sprzecznie z ową delegacją. Językowa wykładnia § 2 pkt 1 rozporządzenia z 26 maja 2014 r. nie daje przeto pożądaných wyników wykładni. Dla realizacji wymogu opiniowania nie jest zatem konieczne rzeczywiste realizowanie zadań służbowych przez okres 6 miesięcy. Co prawda wówczas materiał dla wydania opinii może być skąpy, wszak nie jest to zagadnienie podlegające tu rozważaniom. Inaczej opiniowanie mogłoby się stać instytucją martwą.

¹ Wyrok NSA z dnia 1 grudnia 2016 r. sygn. akt I OSK 2365/15.

Nie sposób podzielić takiej interpretacji. Na wstępie należy wskazać, że obowiązek opiniowania służbowego nie dotyczy wszystkich żołnierzy zawodowych, w tym w szczególności:

- pozostających w rezerwie kadrowej i nie wykonujących zadań służbowych;
- pozostających w dyspozycji;
- przebywających na urloпах związanych z rodzicielstwem, w tym urlopie wychowawczym;
- skierowanych do pełnienia zawodowej służby poza granicami państwa, jeżeli pełnili lub pełnią służbę poza granicami państwa, względnie przygotowywali się w kraju do wyjazdu lub powrócili z zagranicy, a nie stawili się jeszcze w macierzystej jednostce wojskowej.

W takich przypadkach żołnierze nie są opiniowani. Organ kadrowy wypełnia część arkusza opinii służbowej dotyczącą danych osobowych opiniowanego i parametrów zajmowanego stanowiska służbowego oraz w pozycji „adnotacje dodatkowe” wpisuje przyczynę, z powodu której nie sporządzono opinii służbowej. Arkusze włączane są następnie do teczek akt personalnych żołnierzy.

Jak zauważył NSA w ww. wyroku, opinia służbowa jest aktem, w drodze którego przełożony stwierdza, czy rozwój zawodowy opiniowanego żołnierza przebiega we właściwym kierunku, czy kierowane do opiniowanego rozkazy i polecenia są należycie wykonywane, gwarantując sprawność działania całej formacji oraz czy zachodzą przesłanki awansowania służbowego lub służbowej degradacji, nie wyłączając zwolnienia ze służby. Opinia służbowa jest sporządzana na potrzeby służbowe i potrzeby przełożonych właściwych w sprawach osobowych. Ma ona im dostarczyć niezbędnych informacji o podległym żołnierzu, tj. pełną, usystematyzowaną według określonych kryteriów ocenę jego kwalifikacji zawodowych, cech osobowych, predyspozycji i sposobu wywiązywania się z poszczególnych obowiązków służbowych. Omawiana opinia ma zatem zapewnić prawidłową politykę kadrową i umożliwić przełożonym podejmowanie w przyszłości racjonalnych działań dotyczących zajmowania przez żołnierza dotychczasowego stanowiska lub innych stanowisk służbowych oraz przydatności do pełnienia przez niego służby. Opiniowanie nieobecnych

w służbie żołnierzy nie tylko jest sprzeczne z niniejszymi założeniami, ale również z normami prawnymi, wynikającymi z pragmatyki służbowej żołnierzy zawodowych.

Zgodnie z „Wielkim Słownikiem poprawnej polszczyzny PWN” (pod red. A. Markowskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN Warszawa 2006 r. s. 1391), poprzez użyte w art. 26 ust. 5 pkt 1 ustawy, sformułowanie „wywiązywać się” należy rozumieć – wypełnienie tego do czego jest się zobowiązanym; spełnienie czegoś należycie, dotrzymywanie czegoś. Inaczej mówiąc

ktoś (żołnierz zawodowy) powinien się zatem wywiązywać się z czegoś (obowiązków służbowych na stanowisku służbowym lub zadań służbowych pozostając w rezerwie kadrowej). Z pozostawianiem na stanowisku służbowym nie można jednak utożsamiać wywiązywania się z obowiązków służbowych. Należy zauważyć, że „wywiązywanie się z obowiązków służbowych” jest pojęciem szerszym niż wykonywanie zadań/obowiązków służbowych czy pozostawanie na stanowisku służbowym. Dochodzi tutaj bowiem element subiektywnej oceny bezpośredniego przełożonego w zakresie poprawności wykonywania zadań/obowiązków służbowych. Przy czym kryteria podlegające ocenie przełożonego sformułowane zostały w § 5 pkt 1 rozporządzenia, są to:

1. jakość i terminowość wykonywania obowiązków lub zadań,
2. dyspozycyjność,
3. samodzielność i inicjatywa,
4. planowanie i organizacja pracy.

Wydaje się, że z takim rozumieniem art. 26 ust. 5 pkt 1 ustawy przemawiają również wytyczne dotyczące treści aktu wykonawczego (art. 26 ust. 19 ustawy), w tym jednoznacznie określona przydatność/nieprzydatność na zajmowanym stanowisku służbowym (subiektywna ocena przełożonego uwzględniająca treść § 5 pkt 1 rozporządzenia). Wytyczne odzwierciedlają również pozostałe ustawowe elementy opiniowania służbowego, takie jak „poziom i rzetelność wykonywania zadań służbowych” (art. 26 ust. 5 pkt 2) oraz „predyspozycje do zajmowania wyższych stanowisk służbowych” (art. 26 ust. 5 pkt 3) oraz pozostają w bezpośrednim związku treściowym z zakresem spraw przekazanych do uregulowania („sposób oceniania żołnierza zawodowego” - art. 26 ust. 19 pkt 1).

Nie sposób dokonać oceny poziomu i rzetelności wykonywania obowiązków służbowych lub zadań czy planowania i organizacji pracy osoby nieobecnej. Taki sposób opiniowania jest nieuprawniony i może wywoływać dalsze następstwa w zakresie planowania kariery zawodowej żołnierzy. W mojej ocenie realizacja opiniowania żołnierzy zgodnie z powołanymi wyżej wytycznymi Departamentu Kadr MON ingeruje w dostęp do służby publicznej, w tym prawo do rzetelnej oraz sprawiedliwej oceny ich służby i może skutkować wobec nich negatywnymi konsekwencjami służbowymi, włącznie ze zwolnieniem z zawodowej służby wojskowej. Zgodnie bowiem z art. 111 pkt 6 ustawy żołnierza zawodowego zwalnia się z zawodowej służby wojskowej wskutek otrzymania niedostatecznej ogólnej oceny w opinii służbowej. Stosownie do art. 112 ust. 1 pkt 4 ustawy żołnierza zawodowego można zwolnić z zawodowej służby wojskowej wskutek otrzymania dostatecznej ogólnej oceny w opinii służbowej.

Należy w tym miejscu zauważyć, że przedmiotem oceny sądu administracyjnego w sprawie o zwolnienie ze służby ze względu na niedostateczną ocenę ogólną w opinii służbowej nie jest treść opinii służbowej. Postępowanie zmierzające do wydania opinii nie ma bowiem charakteru administracyjnego. Jest postępowaniem wewnętrznym, odrębnym i niezależnym, odbywającym się w ramach wewnętrznych struktur organów wojskowych. Opinie te nie są decyzjami administracyjnymi i nie podlegają zaskarżeniu do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Nie mają też w stosunku do nich zastosowania przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.).

Przyjmując interpretację Departamentu Kadr MON, a także stanowisko NSA wyrażone w wyroku z dnia 1 grudnia 2016 r. (sygn. akt I OSK 2365/15) może zdarzyć się, że ocenę niedostateczną w opinii służbowej otrzyma żołnierz przebywający na długotrwałym zwolnieniu lekarskim ze względu na wypadek pozostający w związku ze służbą wojskową, który miał miejsce np. w trakcie ćwiczeń na poligonie wojskowym. Odwołanie do wyższego przełożonego (np. na poziomie dowódcy plutonu) oraz ewentualny wniosek o weryfikację do dowódcy jednostki mogą okazać się nieskuteczne. Konsekwencją otrzymania takiej oceny w opinii służbowej jest zastosowanie mechanizmu, o którym mowa w art. 111 pkt 6 ustawy. Stanowi on, iż żołnierza zawodowego zwalnia się z zawodowej służby wojskowej wskutek otrzymania oceny niedostatecznej w opinii. Taka ocena jest powodem obligatoryjnego zwolnienia ze służby, zatem organ nie ma tu jakiegokolwiek możliwości innego działania. Prawidłowe zastosowanie normy zawartej w powołanym przepisie wymaga od właściwego organu jedynie ustalenia, czy żołnierz otrzymał niedostateczną ogólną ocenę w okresowej opinii służbowej. Postępowanie dowodowe w sprawie zwolnienia ze służby na podstawie art. 111 pkt 6 ustawy sprowadza się w istocie do wyjaśnienia istnienia lub nieistnienia wskazanej przesłanki obligatoryjnego zwolnienia. Należy podkreślić, że organ zwalniający jest związany wydaną opinią. Nie może prowadzić postępowania dowodowego mającego na celu weryfikację jej treści i zawartej w niej oceny.

Uważam, że taka interpretacja, przedstawiona w przywołanym wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego pozbawia żołnierza przeniesionego do rezerwy, w związku z otrzymaniem ogólnej oceny niedostatecznej w opinii służbowej, prawa do sądu. W wyroku z dnia 10 maja 2000 r. (sygn. akt K 21/99) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „jeśli więc art. 45 ust. 1 Konstytucji dotyczy dochodzenia przed sądem wszelkich praw (także ustanowionych w innych aktach prawnych niż w Konstytucji), to art. 77 ust. 2 Konstytucji obejmuje swym zakresem jedynie prawa i wolności gwarantowane konstytucyjnie. W tym znaczeniu art. 77 ust. 2 Konstytucji stanowiąc uzupełnienie i rozwinięcie ogólniejszego ujęcia z art. 45 ust. 1, zawiera zarazem regulację szczególną

w stosunku do art. 45 ust. 1 Konstytucji. Płyne stąd istotny wniosek co do zakresu dopuszczalnych ograniczeń prawa do sądu. Ograniczenia prawa do sądu ustanowione normą ustawową, stosownie do art. 31 ust. 3 Konstytucji muszą uwzględniać kategorię zakaz zamykania drogi do sądu zawarty w art. 77 ust. 2 w zakresie dochodzenia konstytucyjnych wolności i praw; ergo wyłączenie drogi sądowej w sprawach związanych z naruszeniem wolności i praw może być ustanowione jedynie wprost przepisami konstytucyjnymi.”.

W powoływanym wyroku Trybunał Konstytucyjny w sposób jednoznaczny stwierdził również, że prawa określone art. 60 Konstytucji należą do kategorii praw konstytucyjnych, do których odnosi się bezwzględny zakaz zamykania drogi sądowej (art. 77 ust. 2 Konstytucji). Istotą prawa wynikającego z art. 60 Konstytucji jest bowiem to, że ma ono charakter gwarancji formalnej. Każda osoba będąca obywatelem polskim i korzystająca z pełni praw publicznych ma być traktowana na jednakowych zasadach, co zakłada weryfikowalność kryteriów naboru i zwalniania ze służby.

Artykuł 60 Konstytucji wymaga, aby *„zasady dostępu do służby publicznej (w tym także do zawodowej służby wojskowej) 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. (...) 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”* (wyrok z dnia 8 października 2002 r. sygn. K. 36/00, wyrok z 9 czerwca 1998r., sygn. K. 28/97).

W mojej ocenie istniejący aktualnie w Siłach Zbrojnych sposób oceniania żołnierzy zawodowych, przebywających na długotrwałych, usprawiedliwionych zwolnieniach lekarskich nie zapewnia odpowiednich gwarancji praworządności decyzji o zwolnieniu ze służby, z uwagi na niedostateczną ocenę ogólną wyrażoną w opinii służbowej.

Dodatkowo pragnę zauważyć, że problemem wymagającym zbadania jest wysoki stopień skomplikowania treści pytań zawartych w formularzu, w oparciu o który formułowana jest przedmiotowa opinia służbowa. Wielu dowódców zwłaszcza podstawowych szczebli dowodzenia

twierdzi, że formularz ten jest nieczytelny i mało precyzyjny. Dający zbyt szeroki margines dowolności w formułowaniu wymaganych w nim ocen.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2018 r., poz. 2179) zwracam się do Pana Ministra z uprzejmą prośbą o zbadanie przedstawionego problemu i podjęcie niezbędnych działań zmierzających do jego rozwiązania.

Będę wdzięczny za poinformowanie o swoim stanowisku w tej sprawie.