Anna Michalak¹

Dostęp do służby publicznej w świetle postanowień Konstytucji RP – wybrane zagadnienia

Słowa kluczowe: służba publiczna, prawo pomocy, zawód zaufania publicznego, służba cywilna, funkcjonariusz publiczny

Keywords: public service, legal aid, profession of public confidence, civil service, public official

Streszczenie

Konstytucja z 1997 r. jest pierwszą polską powojenną ustawą zasadniczą, która zawiera gwarancję prawa dostępu do służby publicznej. W art. 60 Konstytucji ustrojodawca zdecydował, że obywatele polscy korzystający z pełni praw publicznych mają prawo dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach. Wykładnia treści normatywnej tego przepisu nie może być jednoznaczna. Omawiana regulacja nie zawiera definicji pojęcia „służba publiczna” czy innych wskazówek pozwalających na wyeliminowanie problemów interpretacyjnych co do zakresu poręczenia konstytucyjnego, o którym mowa w art. 60 ustawy zasadniczej. Celem publikacji jest próba określenia zakresu podmiotowego służby publicznej, a w szczególności wykazanie, że zarówno notariusz i komornik, jako funkcjonariusz publiczny, ale także adwokat, radca prawny oraz doradca podatkowy czy rzecznik patentowy wykonujący swój zawód w ramach tzw. prawa pomocy pełnią służbę publiczną.

¹ Autorka jest adiunktem w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. Mail: aniamich@wp.pl.

Summary**Access to the public service in the light of the provisions of the Constitution of the Republic of Poland – selected issues**

The Constitution of 1997., is the first post-war Polish basic law which includes the guarantee of the right of access to the public service. In the art. 60 of the Constitution, the legislator has decided that Polish citizens enjoying full public rights shall have a right of access to public service on equal terms. Interpretation of the normative content of this provision may not be clear. Those rules do not contain a definition of „public service” or other indications that overcome the problems of interpretation as to the scope of the constitutional guarantee referred to in art. 60 of the Constitution. The purpose of this article is to determine the personal scope of the public service, and in particular to show that both the notary and bailiff, as a public official, but also a lawyer, legal advisor and tax advisor or patent attorney practicing in the so-called aid law perform a public service.

Konstytucja z 1997 r. jest pierwszą polską powojenną ustawą zasadniczą, która zawiera gwarancję prawa dostępu do służby publicznej. W art. 60 Konstytucji ustrojodawca zdecydował, że obywatele polscy korzystający z pełni praw publicznych mają prawo dostępu do służby publicznej na jednako-
wych zasadach.

Wykładnia treści normatywnej tego przepisu nie może być jednoznaczna. Omawiana regulacja nie zawiera definicji pojęcia „służba publiczna” czy innych wskazówek pozwalających na wyeliminowanie problemów interpretacyjnych co do zakresu poręczenia konstytucyjnego, o którym mowa w art. 60 ustawy zasadniczej.

I.

Najważniejszym problemem, z którym trzeba się zmierzyć, poszukując normatywnego znaczenia art. 60 Konstytucji, jest – jak się wydaje – dookreśle-

nie pojęcia „służba publiczna”. Ustrojodawca nie zdecydował się na wprowadzenie definicji legalnej tego terminu, który zresztą pojawia się w treści ustawy zasadniczej wyłącznie w omawianym przepisie. W dalszych postanowieniach Konstytucji odnajdziemy natomiast takie pojęcia, jak: służba wojskowa (w tym wojskowa służba zastępcza – art. 85, art. 103 Konstytucji), służba cywilna i służba ochrony państwa (art. 103 Konstytucji, 153 Konstytucji). W moim przekonaniu pojęcie służba publiczna jest określeniem najszerszym, zawierającym w swej treści inne wymienione wyżej służby, które łącznie jednakowoż nie wyczerpują znaczenia tego pojęcia. Służbą publiczną – moim zdaniem – będzie bowiem nie tylko sprawowanie funkcji czy zadań publicznych przez funkcjonariuszy publicznych oraz urzędników cywilnych, ale wszelkie działania o charakterze publicznoprawnym związane z funkcjonowaniem aparatu państwowego, które wiążą się z bezpośrednim lub pośrednim udziałem w sprawowaniu władzy, których celem jest ochrona ogólnych interesów państwa (w tym także tych wynikających z uznawania państwa za dobro wspólne oraz przestrzegania zasady demokratycznego państwa prawnego, w tym w szczególności zasady zaufania obywateli do państwa) lub władz publicznych. Służbą publiczną będzie zatem zajmowanie wszelkich stanowisk i pełnienie wszelkich funkcji, które wymagają istnienia szczególnego stosunku lojalności wobec państwa oraz wprowadzają dwustronność praw i obowiązków, stanowiących podstawę tego stosunku.

W literaturze przedmiotu podjęto próby określenia zakresu podmiotowego służby publicznej. Nie ma wątpliwości co do tego, że służba publiczna obejmuje ogół stanowisk w organach władzy publicznej (np. sądownictwo i wymiar sprawiedliwości, administracja rządowa i samorządowa, organy władzy ustawodawczej) oraz w instytucjach wykonujących funkcje publiczne (np. wojsko, policja, prokuratura, UOP, Straż Graniczna), bez względu na sposób objęcia tego stanowiska (mianowanie, powołanie, wybór, zatrudnienie)². Problemy pojawiają się natomiast, kiedy rozważa się znacze-

² Pogląd taki prezentują: P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.4.1997 r.*, Warszawa 2000, s. 82; *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 2.4.1997 r.*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 112; M. Jabłoński, *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] *Prawa o wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 635; Z. Witkowski, *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] M. Chmaj, W. Orłowski, W. Skrzydło, Z. Witkowski, A. Wróbel, *Wolności i prawa polityczne*,

nie przesłanki trwałości pełnionej funkcji oraz wymogu organizacyjnego powiązania danego stanowiska czy funkcji z urzędem, instytucją lub organem wchodzącym w skład struktur administracji państwowej. Przesłanka trwałego charakteru wykonywania funkcji publicznych oraz wymóg organizacyjnego powiązania ze strukturami administracji publicznej eliminuje z kręgu podmiotów pełniących służbę publiczną przedstawicieli zawodów zaufania publicznego. W moim przekonaniu niesłusznie.

W doktrynie wielokrotnie podkreślano niebezpieczeństwa wynikające z wiązania służby publicznej tylko z państwem, co może prowadzić do utożsamiania i zrównania służby publicznej ze służbą cywilną³. Takie podejście do pojęcia „służba publiczna” również (podobnie jak wymóg powiązań organizacyjno-strukturalnych) eliminuje z zakresu podmiotowego tego określania przedstawicieli zawodów zaufania publicznego, o których mowa w art. 17 ust. 1 Konstytucji.

Stoję na stanowisku, że zarówno notariusz i komornik, jako funkcjonariusz publiczny, ale także adwokat, radca prawny oraz doradca podatkowy czy rzecznik patentowy wykonujący swój zawód w ramach tzw. prawa pomocy pełnią służbę publiczną.

Notariusz i komornik sądowy to te zawody zaufania publicznego, które w poprzednim systemie prawnym stanowiły element struktury aparatu administracyjnego państwa. Obecnie, po przeprowadzonej prywatyzacji⁴, usta-

Kraków 2002, s. 193; W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 60 Konstytucji, teza 18*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.

³ Na nietrafność takiej interpretacji wskazuje W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 60 Konstytucji, teza 20*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, niemniej jednak w literaturze przedmiotu zdarzają się próby definiowania służby publicznej, o której mowa w art. 60 Konstytucji przez odwoływanie się do komentarzy do ustawy o służbie cywilnej i stosowania tych pojęć zamiennie (T. Górzyńska, *Prawo dostępu do służby publicznej – art. 60 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, red. R. Hausner, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 442 i nast.). Również Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie identyfikował służbę publiczną z cywilną. Zob. np. wyrok TK z dnia 7 maja 2000 r., SK 20/00, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 29.

⁴ Pod terminem tym należy rozumieć zmianę warunków prawnych wykonywania zawodu. Osoby wykonujące dany zawód przestają być pracownikami zatrudnionymi w strukturach państwa na stanowiskach urzędniczych lub innych związanych bezpośrednio z wykonywaniem czynności urzędowych, a stają się przedsiębiorcami wykonującymi zawód na własny rachunek, jednakże charakter czynności zawodowych podejmowanych przez nich

wodawca przyznał osobom wykonującym te zawody status funkcjonariusza publicznego⁵, a skutki czynności podejmowanych przez notariuszy i komorników sądowych mają nadal charakter publicznoprawny. W przypadku tych zawodów państwo, mimo że zrezygnowało z bezpośredniego wykonywania zadań przez swoje struktury, pozostawiło jednak swym organom możliwość wywierania wpływu na tok wykonywania czynności zawodowych tych funkcjonariuszy publicznych (za pośrednictwem bezpośrednich, tj. niewymagających zaangażowania organów samorządu zawodowego, instrumentów kontroli i nadzoru nad działalnością notariuszy⁶ i komorników⁷), w tym także możliwość powierzania wykonywania zadań publicznych (np. instytucja notarialnego poświadczenia dziedziczenia wprowadzona na mocy ustawy z dnia 24 sierpnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw⁸).

Jak się wydaje, status komornika jako podmiotu działającego w imieniu państwa, którego zadaniem jest zapewnienie wykonania wyroków sądowych, nie budzi wątpliwości i znajduje potwierdzenie m.in. w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie bowiem podkreślał, że komornik sądowy jest organem państwa powołanym do wykonywania orzeczeń sądowych w drodze przymusowej eg-

pozostaje w zasadzie taki sam jak przed prywatyzacją. Zob. M. Tabernacka, *Zakres wykonywania zadań publicznych przez organy samorządów zawodowych*, Wrocław 2007, s. 99.

⁵ Art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. 2008 Nr 189, poz. 1158, ze zm.); dalej: prawo o notariacie oraz art. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. 2011 Nr 231 poz. 1376, ze zm.); dalej: ustawa o komornikach.

⁶ W myśl art. 42 § 1 prawa o notariacie nadzór nad działalnością notariuszy i organami samorządu notarialnego sprawuje minister sprawiedliwości osobiście, za pośrednictwem prezesów sądów apelacyjnych lub sądów wojewódzkich albo przez wyznaczone osoby.

⁷ Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o komornikach prezes sądu rejonowego, przy którym działa komornik, sprawuje nadzór nad jego działalnością, a w szczególności: 1) ocenia szybkość, sprawność i rzetelność postępowania poprzez badanie, czy w konkretnych sprawach nie zachodzi nieuzasadniona przewlekłość w podejmowaniu czynności; 2) kontroluje prawidłowość prowadzenia biurowości i rachunkowości kancelarii komorniczej; 3) bada kulturę pracy, w tym przestrzeganie wyznaczonych terminów czynności i przyjmowania interesantów oraz utrzymywanie kancelarii komorniczej na poziomie odpowiednim do godności urzędu i posiadanych środków.

⁸ Dz.U. Nr 181, poz. 1287.

zekucji świadczeń pieniężnych i niepieniężnych, a także wykonywania innych czynności określonych w ustawach, posiadającym – w ramach wykonywania swoich zadań – władcze kompetencje wobec innych podmiotów stosunków prawnych. Jednocześnie obowiązek prowadzenia czynności egzekucyjnych nałożony został na komornika jako na organ egzekucyjny (organ władzy publicznej), chodzi tu bowiem o czynności określonej osoby jako komornika, o jego działania urzędowe, a nie o czynności podjęte we własnym imieniu jako osoby fizycznej⁹. Trybunał stoi przy tym na stanowisku, że komornik sądowy jest monokratycznym, państwowym organem egzekucyjnym, który na zasadzie wyłączności wykonuje czynności egzekucyjne w sprawach cywilnych¹⁰. Ustawa powierza mu realizację określonych zadań państwa, m.in. w zakresie wykonywania orzeczeń sądowych. Forma i sposób realizacji tych zadań uregulowane są w normach o charakterze publicznoprawnym. Wobec tego komornik działa jako organ pozostający wobec stron postępowania egzekucyjnego w stosunku nadrzędności, a nie równorzędności. Tym samym nie wchodzi z uczestnikami tego postępowania w stosunki zobowiązaniowe (cywilnoprawne), a stosunek zachodzący w postępowaniu egzekucyjnym pomiędzy wierzycielem, na którego wniosek wszczęto to postępowanie, a komornikiem, który je prowadzi jako organ egzekucyjny, jest stosunkiem o charakterze publicznoprawnym¹¹.

W ocenie Trybunału, ponieważ ustawodawca odszedł od pracowniczego charakteru stosunku łączącego komornika z prezesem sądu rejonowego, pozycja komorników – mimo ścisłych powiązań z sądem – zbliża się do wolnego zawodu. Czynności egzekucyjne komornik wykonuje na własny rachunek (art. 3a ustawy o komornikach) w ramach samofinansującego się modelu egzekucji sądowej. Choć komornik ponosi ryzyko finansowe swojej działalności, nie ma statusu przedsiębiorcy. Poddany jest uregulowaniom ograniczającym swobodę działalności i wykluczającym kierowanie się zasadą maksymalizacji zysku¹².

⁹ Zob. wyrok TK z dnia 3 grudnia 2003 r., K 5/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 98.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 30 kwietnia 2012 r., SK 4/10, OTK ZU nr 4/A/2012, poz. 42.

¹¹ Zob. uchwała SN z dnia 22 października 2002 r., sygn. akt III CZP 65/02, OSNC nr 7–8/2003, poz. 100.

¹² Zob. np. wyrok TK z dnia 26 lutego 2013 r., SK 12/11, OTK ZU nr 2/A/2013, poz. 19.

Trybunał określił także, że status komornika w obowiązującym porządku prawnym ma charakter hybrydowy. Z jednej strony komornik pełni funkcję publiczną, podejmując czynności w imieniu państwa (jest państwowym organem egzekucyjnym), z drugiej zaś – jest *quasi*-przedsiębiorcą, podmiotem samofinansującym się, ale o znacznie ograniczonej swobodzie działalności. Zbliża się także do kategorii tzw. wolnych zawodów, o charakterze korporacyjnym¹³.

Ten hybrydowy status prawny komornika sądowego doprowadził Trybunał do konkluzji, że komornik jako podmiot pełniący funkcje władzy publicznej, co do zasady, nie jest legitymowany do składania skargi konstytucyjnej, ponieważ nie może być jednocześnie organem państwa (wykonywać funkcji publicznej) i osobą fizyczną dochodzącą ochrony swoich konstytucyjnych praw. Trybunał uznał jednak, że od pozycji prawnej komornika jako organu egzekucji sądowej należy oddzielić kwestie osobistego i majątkowego statusu komornika jako konkretnej osoby, tzw. piastuna organu. W związku z tym Trybunał dopuszczał możliwość skutecznego wniesienia skargi konstytucyjnej przez komornika w tych sprawach, w których zaskarżona regulacja dotyczyła jego osobistych praw majątkowych podlegających ochronie konstytucyjnej¹⁴.

Podobne stanowisko Trybunał Konstytucyjny zajmuje w odniesieniu do statusu notariuszy jako przedstawicieli zawodów zaufania publicznego. W wyroku z dnia 10 grudnia 2003 r.¹⁵ Trybunał Konstytucyjny wskazał, że: pozycja notariusza różni się niewątpliwie od podmiotów świadczących typowe usługi prawnicze – adwokatów, radców prawnych czy doradców podatkowych. Notariusz jest nie tylko osobą zaufania publicznego, ale pełni jednocześnie funkcje pomocnicze w stosunku do wymiaru sprawiedliwości. Z punktu widzenia przepisów prawnokarnych jest traktowany jako funkcjonariusz publiczny (art. 115 § 13 pkt 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny¹⁶) i korzysta z ochro-

¹³ Zob. wyrok TK z dnia 13 grudnia 2011 r., SK 44/09, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 117.

¹⁴ Zob. np. wyroki TK z dnia: 24 lutego 2009 r., SK 34/07, OTK ZU nr 2/A/2009, poz. 10, 16 czerwca 2009 r., SK 5/09, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 84 oraz 13 grudnia 2011 r., SK 44/09, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 117.

¹⁵ Sygn. K 49/01, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 101.

¹⁶ Dz.U. Nr 88, poz. 553, ze zm.

ny przysługującej funkcjonariuszom publicznym (art. 2 § 1 prawa o notariacie). Notariusz – jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny – wykonuje także z istoty rzeczy szereg czynności o charakterze urzędowym, m.in. jako płatnik na podstawie odrębnych przepisów pobiera podatki i opłaty skarbowe (art. 7 prawa o notariacie). Obligatoryjny charakter wielu czynności dokonywanych z udziałem notariusza, szczególnie walor dowodowy czynności notarialnych (mających charakter dokumentu urzędowego) i doniosłość związanych z tymi czynnościami skutków prawnych sprawiają, że prowadzenie kancelarii notarialnej nie jest działalnością usługową ani tym bardziej gospodarczą¹⁷. Trybunał Konstytucyjny potwierdził zatem prawidłowość stanowiska, zgodnie z którym działalność notariusza nie jest działalnością gospodarczą, a notariusz jest osobą zaufania publicznego i ma pozycję funkcjonariusza publicznego, nie zaś przedsiębiorcy¹⁸.

W moim przekonaniu mimo formalnego braku statusu funkcjonariusza publicznego również adwokaci, radcy prawni, doradcy podatkowi i rzecznicy patentowi występując jako pełnomocnicy w ramach tzw. prawa pomocy, w istocie działają jako funkcjonariusze publiczni.

Celem ustanowienia prawa pomocy było zapewnienie osobom fizycznym i jednostkom organizacyjnym znajdującym się w trudnej sytuacji materialnej faktycznej realizacji konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji). Przyznanie prawa pomocy oznacza, że ciężar kosztów postępowania w zakresie objętym prawem pomocy poniesie zamiast strony budżet państwa, czyli faktycznie inni obywatele. Dlatego w postępowaniu o przyznanie prawa pomocy dochodzi do konieczności dokonywania wyboru pomiędzy zapewnieniem prawa do sądu podmiotowi niemającemu dostatecznych środków a odstąpieniem od zasady powszechności i równości w ponoszeniu ciężarów i świadczeń publicznych (art. 84 Konstytucji)¹⁹. Rozstrzygnięcie o ustanowieniu pełnomocnika z urzędu nie może

¹⁷ Wyrok TK z dnia 9 listopada 2010 r., SK 10/08, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 99.

¹⁸ Zob. także wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 września 2006 r., sygn. akt VI SA/Wa 1168/06, Lex nr 255855, oraz wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 października 2004 r., sygn. akt III/SA 2423/03, Lex nr 171494.

¹⁹ M. Niezgódka-Medek, *Komentarz do art. 243 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, [w:] Dauter B., Gruszczyński B., Kabat A., Niezgódka-Medek M.,

być jednak uzależnione od wysokości przewidywanych kosztów ponoszonych przez Skarb Państwa czy też zależne od oceny sądu potrzeby udziału takiego pełnomocnika. Ustawodawca nie wprowadza takich kryteriów przyznawania prawa pomocy²⁰. Podkreślenia wymaga, że szczególne znaczenie ma możliwość korzystania z prawa pomocy w postępowaniu karnym oraz w sytuacji, gdy ustawodawca wprowadził przymus adwokacki. Jak się wydaje, obecnie wprowadzenie do systemu prawa instytucji prawa pomocy – biorąc pod uwagę nie tylko regulacje konstytucyjne, ale również międzynarodowe zobowiązania RP – stanowi obowiązek ustawodawcy polskiego²¹.

Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz, Lex 2013.

²⁰ Postanowienie NSA z dnia 28 listopada 2012 r., sygn. akt II FZ 906/12 oraz postanowienie NSA z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt II GZ 350/11.

²¹ Art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2, Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: Konwencja) nie przewiduje obowiązku wprowadzenia prawa pomocy w ustawodawstwie krajowym. Niemniej jednak prawo jednostki do rzetelnego, publicznego procesu sądowego, które zajmuje ważne miejsce w demokratycznym społeczeństwie, ma ogromne znaczenie dla prawidłowego działania mechanizmów demokracji i z tego względu nie może być wąsko interpretowane, a jakakolwiek wykładnia ścieśniająca art. 6 ust. 1 Konwencji nie odpowiadałaby ani celowi, ani charakterowi tego artykułu (wyroki ETPCz z dnia 26 października 1984 r., w sprawie Golder przeciwko Wielkiej Brytanii oraz z dnia 21 lutego 1975 r. w sprawie Delcourt przeciwko Belgii). ETPCz zauważa także, że są sytuacje, w których warunkiem skutecznego korzystania z prawa do sądu jest bezpłatna pomoc prawna. W sprawach cywilnych może być ona udzielona z zastrzeżeniem spełnienia określonych warunków, a nawet wyłączona w niektórych kategoriach postępowań. Ze względu na to, że pomoc taka jest udzielana z funduszy publicznych, dopuszczalna jest odmowa ze względu na brak wystarczających szans powodzenia sprawy. Decyzję taką zawsze musi podejmować sąd, a nie inny organ. Procedura selekcji uprawnionych oraz sposób jej funkcjonowania w konkretnych sprawach nie może być arbitralny lub nieproporcjonalny ani nie może dotyczyć samej istoty prawa do sądu. Przy ocenie, czy odmowa takiej pomocy w sprawach cywilnych ogranicza prawo dostępu do sądu, należy uwzględnić całość postępowania wchodzącego w grę (orzeczenia ETPCz z dnia 13 marca 2007 r. Laskowska przeciwko Polsce, oraz z dnia 22 marca 2007 r. Siałkowska przeciwko Polsce i Staroszczyk przeciwko Polsce). W ocenie ETPCz brak pomocy adwokata może prowadzić do naruszenia prawa do sądu w dwojakiej sytuacji: albo wtedy, gdy jest ona niezbędna, aby zapewnić warunki rzeczywistego dostępu do sądu ze względu na skomplikowany charakter lub rodzaj sprawy, albo ze względu na tzw. przymus adwokacki, kiedy reprezentacja prawna jest obowiązkowa. Przymus taki przed sądem kasacyjnym nie jest sam w sobie sprzeczny

Biorąc pod uwagę powyższe, przedstawiciele wymienionych wyżej zawodów zaufania publicznego, działając jako pełnomocnicy z urzędu, w istocie wykonują funkcje publiczne, których celem jest zagwarantowanie efektywnej realizacji konstytucyjnego prawa do sądu. Prowadząc sprawę, nie tylko

z art. 6 Konwencji. Jest on wyraźnie zgodny z cechami Sądu Najwyższego jako sądu najwyższej instancji. Państwo nie ma bezwarunkowego obowiązku zapewnić, przy użyciu funduszy publicznych, bezpłatnej pomocy prawnej osobie chcącej wszcząć postępowanie kasacyjne ani zapewnić równości szans między osobą korzystającą z takiej pomocy i strony przeciwnej, jeśli każda z nich uzyskała możliwość przedstawienia swojej sprawy w warunkach, które nie stawiają jej w istotnie niekorzystnej sytuacji w stosunku do adwersarza (zob. wyrok ETPCz z dnia 19 maja 2009 r. Kulikowski przeciwko Polsce).

W tym kontekście ETPCz orzekał także, że państwo nie może zobowiązywać adwokata do wszczęcia określonego postępowania lub wniesienia wskazanego środka prawnego wbrew jego opinii o szansach powodzenia takich działań. Z natury rzeczy takie uprawnienia państwa szkodziłyby niezależnej roli adwokatury (lub korporacji radcowskiej) opartej na zaufaniu między adwokatami i ich klientami. Podkreślił, iż państwo musi zapewnić wymaganą równowagę między skutecznym dostępem do wymiaru sprawiedliwości i niezależnością adwokatury. Odmowa adwokata wniesienia kasacji musi jednak spełniać pewne wymagania jakościowe. Nie może być sformułowana w sposób niedający stronie pewności co do jej prawnego uzasadnienia. Prawo powinno określać, w jaki sposób ma być sporządzona opinia uzasadniająca odmowę wniesienia kasacji. Jeśli odmowa z uzasadnieniem następuje w formie pisemnej, umożliwia późniejszą obiektywną ocenę, czy nie była arbitralna. Brak odmowy w takiej formie powoduje, iż strona nie może zorientować się w swojej sytuacji prawnej, a zwłaszcza w szansach akceptacji jej skargi kasacyjnej przez Sąd Najwyższy. Poza tym obowiązujące przepisy powinny określać termin, w jakim adwokat ma obowiązek poinformować stronę o odmowie sporządzenia kasacji (szerzej na ten temat zob. M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 6 Konwencji*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Lex 2010).

Zasadę równości wszystkich ludzi przed sądami i trybunałami oraz prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy (m.in. cywilnej) przez właściwy, niezależny i bezstronny sąd zadeklarowano również w art. 14 ust. 1 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (Dz.U. 1977 Nr 38, poz. 167). Każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa, jeżeli nie posiada wybranego przez siebie obrońcy wobec braku dostatecznych środków na pokrycie jego wynagrodzenia, ma prawo, na zasadach pełnej równości, co najmniej m.in. do otrzymania informacji o swoich prawach oraz uzyskania obrońcy wyznaczonego dla niej w każdym przypadku, kiedy interesy sprawiedliwości tego wymagają, bez ponoszenia kosztów obrony.

W punkcie 1 c) zalecenia Nr R(93)1 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich, dotyczącego skutecznego dostępu do prawa i wymiaru sprawiedliwości osób w sytuacji wielkiego ubóstwa (przyjętego w dniu 8 stycznia 1993 r. na 484 posiedzeniu zastępców ministrów), zalecono rządów państw członkowskich ułatwianie tym osobom dostępu

reprezentują swoich klientów²², ale również zapewniają realizację interesu publicznego, urzeczywistniając zasady demokratycznego państwa prawnego. Udzielenie pomocy prawnej przez pełnomocnika powinno przy tym zmierzać bezpośrednio do poprawy lub ochrony sytuacji prawnej osoby, której udzielana jest pomoc²³. Należy także zwrócić uwagę, że w wypadku ustanowienia pełnomocnika przez sąd w trybie przyznania tzw. prawa pomocy relacja pomiędzy stroną i pełnomocnikiem nie ma istotnych cech stosunku umownego, charakterystycznych dla świadczenia usług – jak chociażby wybór pełnomocnika oparty na zaufaniu, ustalenia dotyczące wynagrodzenia. W przypadku przyznawania prawa pomocy o tych elementach decyduje wyłącznie sąd. Zasady ustalania wynagrodzenia za te czynności podlegają bowiem ograniczeniom wynikającym z odpowiednich rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości, a wysokość wynagrodzenia wypłacanego ze Skar-

do prawa („prawa do ochrony prawnej”) m.in. przez pokrywanie kosztów doradztwa prawnego tym osobom przez system pomocy prawnej, zaś w punkcie 3 c) ułatwianie im dostępu do sądów m.in. przez uznanie prawa do korzystania z pomocy fachowego doradcy (jeśli to możliwe, z własnego wyboru), który otrzyma należyte wynagrodzenie. W punkcie 6 i 7 raportu wyjaśniającego to zalecenie wskazano, że systemy poradnictwa prawnego i pomocy prawnej mają w zakresie skutecznego dochodzenia praw i przysługującego prawa dostępu do wymiaru sprawiedliwości zasadnicze znaczenie dla wszystkich członków społeczeństwa, nie tylko dla osób w sytuacji „wielkiego ubóstwa”. Również w tym dokumencie potwierdzono, że problem ten „nie jest tylko kwestią sprawiedliwości społecznej i polityki państwa, ale także należy do dziedziny praw człowieka i podstawowych wolności”.

Pomoc prawna – według punktu 9 raportu – ma mieć szeroki zakres; powinna obejmować nie tylko pomoc prawną rozumianą jako częściowe lub całkowite zwolnienie z kosztów sądowych oraz darmową bądź symbolicznie opłacaną pomoc adwokata, ale również wszelką bezpłatną pomoc prawną w postaci udzielania informacji, porad, mediacji, itp., łączącą się zarówno z postępowaniem sądowym, jak i *quasi-sądowym*. Komitet Kierujący w dziedzinie Praw Człowieka (CDDH) zaleca, aby można było swobodnie korzystać z prawa wyboru doradcy udzielającego osobom niezamożnym pomocy prawnej (cyt. za uchwałą składu siedmiu sędziów SN z dnia 21 września 2000 r., III CZP 14/00).

²² Tj. wykonują zawód zaufania publicznego rozumiany jako zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wiążący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający społeczne przekonanie o właściwym dla interesów jednostki wykorzystaniu tych informacji przez świadczących usługi (tak P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Z. Jaroszowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 155.

²³ Postanowienie NSA z dnia 17 września 2012 r., sygn. akt II FZ 727/12.

bu Państwa określa sąd. Wyznaczony z urzędu pełnomocnik, co do zasady, nie może odmówić podjęcia się prowadzenia sprawy. Przypadki, w których dopuszczalne jest zwolnienie pełnomocnika od udzielenia pomocy z urzędu, określają ustawy procesowe oraz korporacyjne²⁴. Relacja łącząca klienta z pełnomocnikiem wyznaczonym z urzędu ma zatem zupełnie inny charakter niż stosunek osoby reprezentowanej w postępowaniu sądowym z pełnomocnikiem z wyboru.

Działalność pełnomocnika z urzędu, obwarowana tak różnorodnymi ograniczeniami co do swobody kształtowania jej zakresu oraz warunków świadczenia, nie może być postrzegana zatem jako działalność gospodarcza, gdyż nie jest nastawiona na zysk (podobnie jak nie każde świadczenie usług za wynagrodzeniem jest w przeświadczeniu społecznym działalnością gospodarczą). W konsekwencji – moim zdaniem – ogół unormowań regulujących prawo pomocy gwarantuje, że w działaniach pełnomocników z urzędu nadrzędne znaczenie będzie miało zapewnienie prawa do sądu osobom w trudnej sytuacji materialnej (a zatem realizacja interesu publicznego, w tym wywiązanie się przez ustawodawcę z obowiązku zagwarantowania konstytucyjnie chronionych praw jednostki), a nie zarobkowe wykonywanie określonego zawodu zaufania publicznego.

W moim przekonaniu opisane wyżej funkcjonalne rozumienie pojęcia „służba publiczna” nakazuje uznanie, iż termin ten obejmuje również niektóre osoby wykonujące zawody zaufania publicznego, o których mowa w art. 17 ust. 1 Konstytucji, tj. komorników i notariuszy oraz adwokatów, radców prawnych, doradców podatkowych i rzeczników patentowych działających w ramach tzw. prawa pomocy. Decydujące znaczenie w tym względzie powinien mieć bowiem charakter i cel podejmowanych czynności oraz ich funkcja (tj. realizacja interesu publicznego), a nie istnienie organizacyjnego powiązania z organami władzy publicznej, przyznany przez ustawodawcę status funkcjonariusza publicznego czy też trwałość i ciągłość związku danej osoby z instytucją publiczną.

²⁴ Szerzej na ten temat w uchwale 7 sędziów SN z dnia 21 września 2000 r., sygn. akt III CZP 14/00.

II.

Omawiana regulacja zamieszczona została w rozdziale II Konstytucji określającym wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela. Uwzględniając tylko systematykę rozdziału II Konstytucji, należy podkreślić, że omawiane prawo należy do grupy wolności i praw politycznych. Z woli ustrojodawcy jest to w szczególności prawo przysługujące obywatelom, nie zaś „każdemu”, co może stanowić podstawę stosownych zawężeń w regulacjach o niższej (ustawowej) mocy. Przepis art. 60 musi być jednak postrzegany także w świetle przewidzianych w rozdziale II Konstytucji „zasad ogólnych”, rządzących wolnościami, prawami i obowiązkami człowieka i obywatela. W konsekwencji oznacza to, że ograniczenia w zakresie korzystania z tego prawa mogą być ustanawiane ustawowo tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie z punktu widzenia wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości. Ograniczenia te nie mogą przy tym naruszać istoty wolności i praw. Zgodnie z wolą ustrojodawcy wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne, a więc nikt i z jakiegokolwiek przyczyny nie może być w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym – a więc także w odniesieniu do prawa dostępu do służby publicznej – dyskryminowany (art. 32 Konstytucji). Analogiczna uwaga, jak w odniesieniu do znaczenia „zasad ogólnych”, dotyczyć musi – na gruncie prawa dostępu do służby publicznej – także znaczenia konstytucyjnych przepisów o środkach ochrony wolności i praw. Co oznacza, że stanowiąc przepisy szczegółowo regulujące dostęp do służby publicznej, ustawodawca nie może – co do zasady – nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych praw czy wyłączać możliwość skorzystania ze skargi konstytucyjnej²⁵.

Z ustabilizowanego orzecznictwa Trybunału wynika, że katalog praw i wolności, wymienionych w rozdziale II Konstytucji, obejmuje i zasadniczo wyczerpuje pojęcie „konstytucyjnych wolności lub praw”, o których mowa w art. 79 ust. 1 Konstytucji. W interpretacji przepisów zawartych w tym rozdziale mogą być pomocne klauzule generalne, takie jak klauzula demokratycznego państwa prawnego. Jednocześnie Konstytu-

²⁵ Podobnie w odniesieniu do prawa do informacji zob. A. Szmyt, *Uwagi w związku z art. 61 Konstytucji (prawo do informacji)*, „Ekspertyzy i Opinie Prawne” 1999, nr 2(32), <http://biurose.sejm.gov.pl/biuletyn/be32-1.htm> (20.08.2014).

cja formułuje minimalne, a nie maksymalne gwarancje w zakresie praw i wolności jednostki. Dlatego też wszelkie ograniczenia tych praw dopuszczane w Konstytucji muszą być interpretowane ściśle i nie mogą być uznawane za regułę, podczas gdy postanowienia dotyczące praw i wolności jednostki miałyby stanowić odległy cel, którego osiągnięcie ustawa zasadnicza zaleca ustawodawcy stosownie do posiadanych możliwości. Takie właśnie rozumienie Konstytucji bywa częste w dziedzinie wolności i praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych. Nie może ono jednak znajdować zastosowania w odniesieniu do wolności i praw osobistych oraz politycznych²⁶.

Analizując zakres praw gwarantowanych w art. 60 Konstytucji, nie można pominąć tych ogólnych uwag na temat charakteru regulacji zawartych w rozdziale II ustawy zasadniczej. Prowadzą one do wniosku, że przepis ten gwarantuje każdemu obywatelowi korzystającemu z pełni praw publicznych prawo ubiegania się o przyjęcie do służby publicznej, nie gwarantuje natomiast przyjęcia do tej służby. Ustawodawca uprawniony jest bowiem do sformułowania dodatkowych warunków, uzależniając od ich spełnienia uzyskanie określonych stanowisk w służbie publicznej, z uwzględnieniem ich rodzaju oraz istoty (o ile warunki te nie będą naruszać istoty prawa gwarantowanego konstytucyjnie). W tym kontekście z art. 60 Konstytucji wynika jedynie zapewnienie równości szans dla osób podejmujących starania o pełnienie funkcji w służbie publicznej. Analizowany przepis z jednej strony wymaga od ustawodawcy ustanowienia regulacji materialnoprawnych, określających przejrzyste kryteria selekcji kandydatów i obsadzania poszczególnych stanowisk w służbie publicznej, a z drugiej strony nakazuje stworzenie odpowiednich gwarancji proceduralnych, zapewniających weryfikowalność decyzji w sprawie naboru do służby. Brak odpowiednich procedur kontrolnych i odwoławczych stanowić może istotną przeszkodę w stosowaniu przyjętych reguł, a tym samym naruszać będzie konstytucyjny wymóg traktowania starających się o dostęp do służby na jednakowych zasadach²⁷. Artykuł 60 Konstytucji stanowi tym samym źródło precyzyjnie określonych konsty-

²⁶ Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 132.

²⁷ Wyroki TK: z dnia 9 czerwca 1998 r., K. 28/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 50, z dnia 14 grudnia 1999 r., SK 14/98, OTK ZU nr 7/1999, poz. 163, z dnia 8 kwietnia 2002 r., SK 18/01, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 16.

tucyjnych praw podmiotowych, które muszą być przestrzegane przez organy władzy publicznej²⁸.

Odnosnie zaś do relacji między art. 60 Konstytucji, z którego wynika w szczególności zasada równości szans w ubieganiu się o pełnienie funkcji publicznej, a zasadą równego traktowania przez władze publiczne, wynikającą z art. 32 ust. 1 Konstytucji, Trybunał w wyroku z dnia 10 maja 2000 r.²⁹ stwierdził, że zawarty w omawianym przepisie skierowany do ustawodawcy nakaz wprowadzenia jednakowych zasad pozostawia prawodawcy dość znaczną swobodę w kształtowaniu treści i charakteru tych zasad. Nie jest to jednak swoboda absolutna, ponieważ ustawodawca musi uwzględnić przy ich kształtowaniu zasady i wartości określone w innych przepisach konstytucyjnych, w tym zasadę sprawiedliwości (art. 2), równego traktowania (art. 32 ust. 1), zakazu dyskryminowania z jakiegokolwiek przyczyny w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym (art. 32 ust. 2). Na szczególną uwagę zasługuje w tym wypadku relacja pomiędzy zasadą równości a treścią gwarancji z art. 60 Konstytucji, który operuje pojęciem „jednakowych zasad”. Pomimo dużego podobieństwa obu przepisów Trybunał założył, że istota prawa z art. 60 Konstytucji nie wyczerpuje się w prostym potwierdzeniu zasady równego traktowania w obszarze stosunków związanych z dostępem do służby publicznej. Jest to bowiem w tych relacjach gwarancja silniejsza, wyraźniej ograniczająca swobodę ustawodawcy w kształtowaniu zasad dostępu do służby publicznej³⁰.

Ponadto z orzecznictwa Trybunału wynika, że prawo wynikające z art. 60 Konstytucji ma charakter gwarancji formalnej, jako że normy konstytucyjne, poza wymogiem obywatelstwa polskiego, nie określają przesłanek, jakie muszą być spełnione przez osoby ubiegające się o stanowisko w służbie publicznej. Przepis ten nie może być zatem podstawą dochodzenia przed sądem roszczenia o dopuszczenie do pracy czy pełnienie konkretnej funkcji, zajmowanie określonego stanowiska. Dobrem chronionym przez art. 60 Konstytucji jest przejrzystość i jawność reguł stosowanych przy określaniu wyma-

²⁸ Tak TK w wyroku z dnia 29 listopada 2007 r., SK 43/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 130.

²⁹ K 21/99, OTK ZU nr 4/2000, poz. 109.

³⁰ Tak TK z wyroku z dnia 29 listopada 2007 r., SK 43/06 OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 130.

gań związanych z objęciem funkcji w służbie publicznej³¹. Zgodzić należy się z poglądem, że artykuł 60 Konstytucji ma jednak na celu nie tylko realizację interesu prywatnego obywateli zainteresowanych służbą publiczną, lecz pełni również rolę ochronną wobec interesu publicznego, wyrażającego się w dążeniu do zapewnienia fachowości kadr wykonujących zadania w strukturach władzy publicznej. U podstaw omawianego unormowania leży niewątpliwie zasada rzetelności i sprawności działania instytucji publicznych, o której mowa w preambule do konstytucji. Zapewnienie właściwego funkcjonowania instytucji publicznych wymaga bowiem w pierwszym rzędzie, aby osoby zatrudnione w tychże instytucjach były rekrutowane w oparciu o kwalifikacje merytoryczne, w ramach przejrzystych procedur konkursowych, skonstruowanych w sposób eliminujący wszelką dyskryminację³².

W orzeczeniu z dnia 29 listopada 2007 r.³³ Trybunał podkreślił również, że art. 60 Konstytucji nie gwarantuje prawa do awansu osobom przyjętym do służby publicznej. Z drugiej jednak strony ubieganie się o przeniesienie na wyższe stanowisko zbiega się z reguły z kandydowaniem na to stanowisko nie tylko osób, które już zostały przyjęte do służby publicznej, ale także osób, które ubiegają się o dane stanowisko, nie należąc jeszcze do służby publicznej. Z tego względu konstytucyjne prawo dostępu do służby publicznej musi zostać odniesione do poszczególnych rodzajów stanowisk w obrębie służby publicznej. W ocenie Trybunału rozważane prawo obejmuje nie tylko ogólne prawo do ubiegania się o przyjęcie do służby publicznej w ogóle, ale także prawo do ubiegania się o określone stanowisko w obrębie tej służby, a przedstawione wyżej gwarancje dotyczące dostępu do służby publicznej muszą odnosić się do procedur obsadzania poszczególnych rodzajów stanowisk w służbie publicznej. Gwarancje te zapewniają jednakową ochronę kandydatów już zatrudnionych w służbie publicznej i kandydatów spoza tej służby.

W kontekście tak rozumianego, konstytucyjnie gwarantowanego dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach wątpliwości co do zgodności z ustawą zasadniczą mogą budzić regulacje wprowadzone na mocy

³¹ Wyrok TK z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 50.

³² M. Wiącek, *Glosa do wyroku TK z dnia 27 maja 2008 r., SK 57/06*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 1, s. 198.

³³ SK 43/06 OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 130.

ustawy z dnia 18 sierpnia 2011 r. – o zmianie ustawy o służbie cywilnej oraz o zmianie niektórych innych ustaw³⁴. W myśl postanowień tego aktu normatywnego podczas zatrudniania pracowników w urzędach państwowych³⁵ i samorządowych³⁶ oraz w procesie naboru urzędników do służby cywilnej³⁷, jeżeli w danym urzędzie wskaźnik zatrudnienia osób niepełnosprawnych³⁸ w miesiącu poprzedzającym miesiąc, w którym następuje zatrudnienie, jest niższy niż 6%, pierwszeństwo w zatrudnieniu przysługuje osobie niepełnosprawnej, o ile znalazła się w gronie 5 najlepszych kandydatów na dane stanowisko.

W literaturze przedmiotu ten nakaz faworyzowania osób niepełnosprawnych na ostatnim etapie rekrutacji wzbudził wiele wątpliwości. Autorzy wskazują, że rozwiązania te są sprzeczne z wytycznymi wynikającymi z Konstytucji RP, a w szczególności z prawem dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach, i prowadzą do dyskryminacji osób niepełnosprawnych będących – z przyczyn niezależnych od siebie – w gorszym położeniu³⁹.

Niemniej jednak komentatorzy podnoszą również, że wprowadzenie tych regulacji traktować można również jako stworzenie preferencji w zakresie za-

³⁴ Dz.U. Nr 201, poz. 1183.

³⁵ Art. 3b ustawy z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, Dz.U. 2013 poz. 269; dalej ustawa o urzędnikach państwowych.

³⁶ Art. 13a ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, Dz.U. Nr 223, poz. 1458, ze zm.; dalej: ustawa o pracownikach samorządowych.

³⁷ Art. 29a ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej, Dz.U. Nr 227, poz. 1505, ze zm.; dalej: ustawa o służbie cywilnej.

³⁸ W rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, Dz.U. 2011 Nr 127, poz. 721 ze zm.; dalej: ustawa o rehabilitacji.

³⁹ B. Przywora, *Czy przysługujące osobom niepełnosprawnym preferencje w zatrudnieniu w administracji publicznej są zgodne z Konstytucją RP?*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 4, s. 154 i nast. oraz P. Czarny, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP komisijnego projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie cywilnej oraz ustawy o pracownikach samorządowych z 23 marca 2010 r.* (nr druku 2772); <http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C125728000417C20C1257707003A72D8?OpenDocument> (20.08.2014) i P. Czarny, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie cywilnej oraz ustawy o pracownikach samorządowych (w wersji uwzględniającej autopoprawkę z 21 lipca 2010 r.)* z dnia 26 maja 2011 r. (nr druk 2772-A), <http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C1257806003D0075C12578B1004A7DA8?OpenDocument> (20.08.2014).

trudnienia dla osób niepełnosprawnych, które są w podobnej co do istotnych elementów sytuacji faktycznej i prawnej jak osoby pełnosprawne. Przy takim podejściu omawiane przepisy uznać można za konstytucyjnie dopuszczalną formę wyrównywania szans (tzw. akcję wyrównawczą) w zakresie dostępu do służby publicznej w odniesieniu do osób niepełnosprawnych. Ustawodawca w tym zakresie realizuje wynikające z art. 69 Konstytucji zobowiązanie do udzielania – zgodnie z ustawą – pomocy osobom niepełnosprawnym w zabezpieczeniu egzystencji, przysposobieniu do pracy oraz komunikacji społecznej. Zgodzić należy się z tezą, że omawiane unormowania (w związku z art. 21 ustawy o rehabilitacji⁴⁰) można postrzegać jako alternatywne narzędzie promujące zwiększenie zatrudnienia osób niepełnosprawnych w służbie cywilnej, wśród urzędników państwowych oraz wśród pracowników samorządowych.

III.

Artykuł 60 Konstytucji, ze względu na zawarty w nim wymóg posiadania polskiego obywatelstwa, budzi wątpliwości co do zgodności z prawem Unii Europejskiej⁴¹. Zgodnie z art. 45 ust. 4 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴² swobodny przepływ pracowników nie ma zastosowania do zatrudnienia w „służbie publicznej”. Dostęp do pracy w sektorze publicznym może zatem ograniczać się do obywateli przyjmującego państwa członkowskiego. Niemniej jednak odstępstwo to zostało zinterpretowane w bardzo restrykcyj-

⁴⁰ W myśl tego przepisu pracodawca zatrudniający co najmniej 25 pracowników w przeliczeniu na pełny wymiar czasu pracy jest obowiązany, z zastrzeżeniem ust. 2–5 i art. 22, dokonywać miesięcznych wpłat na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, w wysokości kwoty stanowiącej iloczyn 40,65% przeciętnego wynagrodzenia i liczby pracowników odpowiadającej różnicy między zatrudnieniem zapewniającym osiągnięcie wskaźnika zatrudnienia osób niepełnosprawnych w wysokości 6% a rzeczywistym zatrudnieniem osób niepełnosprawnych.

⁴¹ Pogląd taki prezentują: M. Jabłoński, *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] *Prawa o wolności obywatelskie...*, s. 643; Z. Witkowski, *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] M. Chmaj, W. Orłowski, W. Skrzydło, Z. Witkowski, A. Wróbel, *Wolności i prawa...*, s. 188; W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 60 Konstytucji, teza 5*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, T. Górzyńska, *Prawo dostępu do służby publicznej – art. 60 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania...*, s. 443.

⁴² Dz.U. 2004 Nr 90, poz. 864; dalej: TFUE.

ny sposób przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, według którego jedynie te stanowiska, które obejmują pełnienie władzy publicznej i związane są z ponoszeniem odpowiedzialności za ochronę ogólnego interesu państwa (takiego jak wewnętrzne i zewnętrzne bezpieczeństwo państwa), mogą być ograniczone do własnych obywateli. Kryteria te podlegają odrębnej ocenie dla każdego przypadku w świetle charakteru zadań i obowiązków wchodzących w zakres danej funkcji (wyrok TSUE [piąta izba] z dnia 4 lutego 1986 r., w sprawie C-66/85 Lawrie-Blum przeciwko Land Baden-Württemberg).

Wskazany przepis TFUE nie definiuje pojęcia „administracja publiczna”. Nie zawiera też wskazówek, jak należy je interpretować. Nie wprowadzono żadnych aktów prawa wtórnego dotyczących zatrudnienia w sektorze publicznym. Państwa członkowskie mogą samodzielnie określać swoją strukturę administracyjną. Niemniej wprowadzenie w życie swobody przemieszczania się pracowników podlega kompetencjom Unii, dlatego zakres wyjątku zamieszczonego w art. 45 ust. 4 wymaga ścisłej i jednolitej interpretacji we wszystkich państwach członkowskich. Wyklucza to możliwość określania zakresu „zatrudnienia w administracji publicznej” w poszczególnych państwach członkowskich wyłącznie na podstawie kryteriów krajowych lub na zasadzie wzajemności. Sformułowanie to jest koncepcją prawa unijnego i musi być zdefiniowane na poziomie ponadnarodowym. Omawiany wyjątek powinien być interpretowany zawężająco, ponieważ stanowi odstępstwo od fundamentalnej zasady prawa unijnego⁴³. Państwo członkowskie nie może wprowadzić wymogu posiadania obywatelstwa, który w sposób generalny wyłączałby możliwość obejmowania stanowisk we władzach publicznych przez osoby nieposiadające obywatelstwa danego państwa członkowskiego⁴⁴. Stosowanie wyjątku wynikającego z art. 45 ust. 4 TFUE musi być ograniczone do tego, co jest niezbędne dla zapewnienia przez państwa członkowskie ochrony swoich interesów w zakresie dopuszczalnym komentowanym przepisem⁴⁵.

⁴³ L. Mitrus, *Komentarz do art. 45 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, teza 45.9*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Art. 1–89, WKP 2012.

⁴⁴ Wyrok TSUE z dnia 2 lipca 1996 r., w sprawie C-290/94, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej.

⁴⁵ Zob. np. wyrok TSUE z dnia 30 września 2003 r., w sprawie C-47/02, Albert Anker, Klaas Ras i Albertus Snoek przeciwko Bundesrepublik Deutschland.

Szczególnie ważne stwierdzenia Trybunału co do określenia zakresu omawianego wyjątku zawarte zostały w wyroku z dnia 26 maja 1982 r. w sprawie 149/79, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii. Trybunał wskazał w nim, że komentowany przepis wyłącza z zakresu stosowania zasady swobodnego przepływu osób (art. 45 ust. 1–3 TFUE) tę grupę stanowisk, które wiążą się z bezpośrednim lub pośrednim udziałem w sprawowaniu władzy, opartym na prawie publicznym i obowiązkach, których celem jest ochrona ogólnych interesów państwa lub władz publicznych. Takie stanowiska wymagają bowiem od osób je zajmujących istnienia szczególnego stosunku lojalności wobec państwa oraz wprowadzają dwustronność praw i obowiązków stanowiących podstawę więzi narodowej.

W konsekwencji należy uznać, że o możliwości zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 45 ust. 4 TFUE, decyduje charakter obowiązków wykonywanych na danym stanowisku. Konieczne jest przy tym kumulative spełnienie dwóch przesłanek: bezpośredniego lub pośredniego udziału w sprawowaniu władzy oraz związana z tym udziałem konieczność zapewnienia ochrony ogólnych interesów państwa lub władz publicznych. W odniesieniu do stanowisk związanych z wykonywaniem takich obowiązków państwo członkowskie, nie naruszając prawa Unii Europejskiej, może zarezerwować zatrudnienie dla swoich obywateli.

W późniejszym orzecznictwie Trybunał doprecyzował kryteria stosowania omawianego wyłączenia. Podkreślił, że może ono być zastosowane wówczas, gdy wykonywanie uprawnień przyznanych przez prawo publiczne odbywa się regularnie oraz nie jest bardzo niewielką częścią prowadzonej aktywności⁴⁶.

Jednocześnie Trybunał określił sektory działalności publicznej, w odniesieniu do których omawiany wyjątek znajduje zastosowanie. W ocenie TSUE ograniczenie zasady swobodnego przemieszania się pracowników ma zastosowanie w szczególności w odniesieniu do obszarów aktywności związanych z tradycyjną sferą działalności państwowej, tj. sądownictwem, obronnością, dyplomacją, pobieraniem podatków. Inne sektory działalności państwowej, co do zasady, nie są objęte zakresem unijnego pojęcia „zatrudnienie w admi-

⁴⁶ Wyrok TSUE z dnia 30 września 2003 r., w sprawie C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española przeciwko Administración del Estado*.

nistracji publicznej”, chyba że zostaną spełnione łącznie dwa warunki, o których była mowa wyżej⁴⁷.

Trybunał zajmował się również konkretnymi przypadkami, w odniesieniu do których konieczne było indywidualne rozstrzygnięcie, czy dane stanowisko wchodzi w zakres unijnej koncepcji zatrudnienia w administracji publicznej. Dokonując oceny możliwości zastosowania wyjątku wynikającego z art. 45 ust. 4 TFUE, Trybunał przykładowo stwierdził, że: nauczyciele⁴⁸, wykładowcy języków obcych na uczelniach wyższych⁴⁹, pracownicy badawczy⁵⁰, jak również pielęgniarze i pielęgniarki zatrudnieni w szpitalach państwowych⁵¹. Natomiast w odniesieniu do kapitanów oraz oficerów na statkach handlowych⁵², a także szyprów kutrów rybackich⁵³ Trybunał uznał,

⁴⁷ Wyrok TSUE z dnia 2 lipca 1996 r., w sprawie C-473/93, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Wielkiemu Księstwu Luksemburga, który dotyczył obejmowania w sektorze publicznym stanowisk związanych z takimi dziedzinami, jak: badania naukowe, nauczanie, służba zdrowia, transport śródlądowy, usługi pocztowe i telekomunikacyjne, usługi dystrybucyjne dotyczące gazu, wody i elektryczności; wyrok TSUE z dnia 2 lipca 1996 r., w sprawie C-173/94, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii, który dotyczył obejmowania stanowisk w spółkach prawa publicznego zajmujących się dystrybucją gazu, wody i elektryczności.

⁴⁸ Wyrok TSUE (trzecia izba) z dnia 27 listopada 1991 r., w sprawie C-4/91, Annegret Bleis przeciwko Ministère de l'Éducation nationale.

⁴⁹ Wyrok TSUE (piąta izba) z dnia 30 maja 1989 r., w sprawie 33/88, Pilar Allué i Carmel Mary Coonan przeciwko Università degli studi di Venezia.

⁵⁰ Wyrok TSUE z dnia 16 czerwca 1987 r., w sprawie 225/85, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej.

⁵¹ Wyrok TSUE z dnia 3 czerwca 1986 r., w sprawie 307/84, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej.

⁵² Przykładowo wyrok TSUE z dnia 30 września 2003 r., w sprawie C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española przeciwko Administración del Estado, przy czym orzecznictwo TSUE w odniesieniu do kapitanów i pierwszych oficerów jest bardzo bogate. Poza unormowaniami hiszpańskimi Trybunał zakwestionował także odpowiednie przepisy prawa krajowego takich państw członkowskich, jak Francja (wyrok TSUE [szósta izba] z dnia 11 marca 2008 r., w sprawie C-89/07, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej), Włochy (wyrok TSUE [szósta izba] z dnia 11 września 2008 r., w sprawie C-447/07, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej), Grecja (wyrok TSUE [szósta izba] z dnia 10 grudnia 2009 r., w sprawie C-460/08, Komisja Europejska przeciwko Republice Greckiej).

⁵³ Wyrok TSUE z dnia 30 września 2003 r., w sprawie C-47/02, Albert Anker, Klaas Ras i Albertus Snoek przeciwko Bundesrepublik Deutschland.

że stanowiska te mogą być objęte zakresem art. 45 ust. 4 jedynie wówczas, gdy prawa i obowiązki przyznane im na mocy prawa publicznego są wykonywane regularnie oraz nie stanowią bardzo niewielkiej części ich działalności. Powyższe stanowisko budzi wątpliwości w doktrynie ze względu na obiektywnie niewielki odsetek czasu, jaki osoby zatrudnione na tych stanowiskach poświęcają na wykonywanie uprawnień wynikających z prawa publicznego⁵⁴.

Przekładając powyższe rozważania na wątpliwości dotyczące zgodności z prawem Unii Europejskiej art. 60 Konstytucji, należy stwierdzić, że możliwe jest dokonanie prowsłnotowej wykładni tego przepisu ustawy zasadniczej, co wyklucza konieczność dokonywania zmiany tej regulacji. Mianowicie, w związku z brzmieniem art. 45 ust. 4 TFUE ustawodawca krajowy może wprowadzić wymóg posiadania polskiego obywatelstwa przez kandydatów na stanowiska w służbie publicznej, które obejmują pełnienie władzy publicznej i związane są z ponoszeniem odpowiedzialności za ochronę ogólnego interesu państwa (takiego jak wewnętrzne i zewnętrzne bezpieczeństwo państwa). W szczególności będą to zatem stanowiska w takich obszarach działalności państwowej, jak sądownictwo i wymiar sprawiedliwości, obronność, dyplomacja, administracja skarbową.

W tym kierunku dokonano zresztą odpowiednich zmian w niektórych ustawach określających warunki naboru do służby publicznej, co należy ocenić jednoznacznie pozytywnie. W ustawie o pracownikach samorządowych w art. 11 ust. 3 wprowadzono zasadę, zgodnie z którą osoba nieposiadająca obywatelstwa polskiego może zostać zatrudniona na stanowisku, na którym wykonywana praca nie polega na bezpośrednim lub pośrednim udziale w wykonywaniu władzy publicznej i funkcji mających na celu ochronę generalnych interesów państwa, jeżeli posiada znajomość języka polskiego potwierdzoną dokumentem określonym w przepisach o służbie cywilnej. Podobną regulację odnajdziemy w art. 5 ust. 2 ustawy o służbie cywilnej, zgodnie z którym osoba nieposiadająca obywatelstwa polskiego może zostać zatrudniona na stanowisku pracy, na którym wykonywana praca nie polega na bezpośrednim lub pośrednim udziale w wykonywaniu władzy pu-

⁵⁴ L. Mitrus, *Komentarz do art. 45 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, teza 45.9, [w:] Traktat o funkcjonowaniu...*

blicznej i funkcji mających na celu ochronę generalnych interesów państwa, jeżeli posiada potwierdzoną znajomość języka polskiego. Niemniej jednak urzędnikiem państwowym może zostać tylko osoba posiadająca obywatelstwo polskie (art. 3 pkt 1 ustawy o urzędnikach państwowych). W tym zakresie, jak się wydaje, ustawodawca niebezpiepodstawnie przyjął, iż każde stanowisko pracy w instytucjach, o których mowa w art. 1 ust. 1 tejże ustawy, wiąże się z wykonywaniem władzy publicznej.

Podkreślenia wymaga także fakt, że warunek posiadania obywatelstwa danego państwa, mimo obowiązywania zasady swobodnego przepływu osób w kształcie nadanym przez orzecznictwo TSUE, pozostał w wielu konstytucjach innych państw członkowskich⁵⁵. Jednocześnie, w praktyce możliwość zatrudnienia na podstawie zmienionych, niezawierających wymogu posiadania obywatelstwa polskiego regulacji nie jest wykorzystywana zbyt często przez cudzoziemców. Od początku obowiązywania przepisów umożliwiających ich zatrudnianie (tj. od 24 marca 2009 r.), w odpowiedzi na 237 ogłoszeń o naborach na stanowiska, które dopuszczały możliwość ubiegania się o nie cudzoziemców, oferty złożyło jedynie trzech kandydatów nieposiadających obywatelstwa polskiego (nie byli to jednak obywatele Unii Europejskiej). W wyniku ogłoszenia tych naborów nie doszło do zatrudnienia cudzoziemców w korpusie⁵⁶.

Literatura

Czarny P., *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie cywilnej oraz ustawy o pracownikach samorządowych z 23 marca 2010 r.* (nr druku 2772); <http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C125728000417C20C1257707003A72D8?OpenDocument> (20.08.2014).

Czarny P., *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie cywilnej oraz ustawy o pracownikach samorządowych (w wersji uwzględniającej autopoprawkę z 21 lipca 2010 r.) z dnia 26 maja 2011 r.* (nr druk 2772-

⁵⁵ T. Górzyńska, *Prawo dostępu do służby publicznej – art. 60 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania...*, s. 443.

⁵⁶ D. Suprun, *Cudzoziemcy a służba cywilna. Doświadczenia związane ze stosowaniem art. 5 ustawy o służbie cywilnej, przewidującego możliwość zatrudniania w korpusie cudzoziemców*, „Przegląd Służby Cywilnej” 2012, nr 1, s. 9.

- A), <http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C1257806003D0075C12578B1004A7DA-8?OpenDocument> (20.08.2014).
- Górzyńska T., *Prawo dostępu do służby publicznej – art. 60 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, red. R. Hausner, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012.
- Jabłoński M., *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] *Prawa o wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002.
- Mitrus L., *Komentarz do art. 45 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, teza 45.9*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, Art. 1–89, WKP 2012.
- Niezgódka-Medek M., *Komentarz do art. 243 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, [w:] B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Lex 2013.
- Nowicki M. A., *Komentarz do art. 6 Konwencji*, [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Lex 2010.
- Przywora B., *Czy przysługujące osobom niepełnosprawnym preferencje w zatrudnieniu w administracji publicznej są zgodne z Konstytucją RP?*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 4.
- Sarnecki P., *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Z. Jarożowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000.
- Sokolewicz W., *Komentarz do art. 60 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.
- Suprun D., *Cudzoziemcy a służba cywilna. Doświadczenia związane ze stosowaniem art. 5 ustawy o służbie cywilnej, przewidującego możliwość zatrudniania w korpusie cudzoziemców*, „Przegląd Służby Cywilnej” 2012, nr 1.
- Szmyt A., *Uwagi w związku z art. 61 Konstytucji (prawo do informacji)*, „Ekspertyzy i Opinie Prawne” 1999, nr 2(32), <http://biurose.sejm.gov.pl/biuletyn/be32-1.htm> (20.08.2014).
- Tabernacka M., *Zakres wykonywania zadań publicznych przez organy samorządów zawodowych*, Wrocław 2007.
- Wiącek M., *Glosa do wyroku TK z dnia 27 maja 2008 r., SK 57/06*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 1.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.4.1997 r.*, Warszawa 2000.
- Witkowski Z., *Prawo dostępu do służby publicznej*, [w:] M. Chmaj, W. Orłowski, W. Skrzydło, Z. Witkowski, A. Wróbel, *Wolności i prawa polityczne*, Kraków 2002.