

## **Wymóg niekaralności w służbie publicznej – treść i zakres podmiotowy zakazu, propozycje systemu jego rzeczywistego przestrzegania , w tym również bieżące monitorowanie.**

Ograniczenia zatrudnienia w służbie publicznej z uwagi na niegdysiejszy konflikt z prawem (w tym zwłaszcza karnym) stanowią bez wątpienia ważny element systemu prewencji antykorupcyjnej. Pozwalają bowiem eliminować z tej służby osoby ze co najmniej mocno prawdopodobną podatnością na zachowania szkodliwe dla interesu publicznego, a również – co także nie jest bez znaczenia – stanowią ważny element prewencji ogólnej poprzez wydzwięk odstrasżający oraz poprzez zaspokajanie społecznych oczekiwań w zakresie kwalifikacji etycznych funkcjonariuszy publicznych. Stąd funkcjonuje ich dosyć wiele w aktualnym systemie prawnym, zaś ilość tych regulacji wzrasta. Niestety jednak nie towarzyszy tym uregulowaniom dostateczna ich skuteczność. Wymóg niekaralności bywa w istocie często nie przestrzegany. Przyczyn tego stanu rzeczy jest wiele – niejasność (nieprecyzyjność) regulacji, brak dostatecznych sankcji za jego nie dochowywanie, brak skutecznego systemu bieżącego monitorowania tego wymogu, a także brak dostatecznej woli czy determinacji po stronie osób mających sprawdzać przestrzeganie tego wymogu, poparty brakiem wyraźnych sankcji również za brak dostatecznej aktywności w tej mierze. Jednym z bardziej znanych przykładów są losy wymogu niekaralności wprowadzonego w 2005 r. odnośnie pracowników samorządowych: już po roku jego funkcjonowania okazało się, iż jest on powszechnie ignorowany, co spowodowało wydanie ustawy nakazującej powszechną jego weryfikację. Jednak miała ona charakter jednorazowy, zaś jej uregulowanie nie było wolne od wad (vide szerzej dalsze wywody) . W efekcie, w początku 2009 r. znów pojawiły się doniesienia w prasie prawniczej<sup>1</sup>, iż wymóg niekaralności w administracji samorządowej znów jest powszechnie ignorowany, podobnie zresztą jak wymóg składania oświadczeń majątkowych. Mimo tych ważnych sygnałów, nie nastąpiła od tego czasu żadna reakcja normatywna. Na przestrzeni 2009 r. pojawił się natomiast nowy wymóg niekaralności (odnośnie parlamentarzystów), lecz podobnie jak wiele dotychczasowych nie rozwinięty w sposób gwarantujący jego skuteczne i pełne działanie.

**1. Zakres normatywny zakazu.** Ograniczenia zatrudnienia w służbie publicznej z uwagi na karalność pojawiły się we współczesnym polskim systemie prawnym już od początku jego funkcjonowania. W szczególności, już w ustawie z 17 lutego 1922 o państwowej służbie cywilnej<sup>2</sup> pojawiły się niektóre reguły, obowiązujące w podobnym kształcie do dziś. W szczególności, zgodnie z art. 7 w/w ustawy nie mogła uzyskać mianowania (tj. objąć stanowiska urzędniczego) m. in. osoba, przeciwko której toczyło się postępowanie „karno- sądowe, dopóki trwa to postępowanie”. Ponadto (art. 8), zezwolenia właściwej władzy naczelnej wymagało mianowanie osoby karanej sądownie, przy czym przyjęcie do służby osób karanych „za przestępstwa z chęci zysku” w ogóle nie było dopuszczalne. Zgodnie z później dodanym art. 65 b, istniało uprawnienie władzy służbowej do zawieszenia w pełnieniu obowiązków urzędnika, przeciwko któremu wdrożono postępowanie karno – sądowe, o ile było to uzasadnione rodzajem wzgl. doniosłością zarzutu.

Zatem już wówczas dostrzeżono zasadnicze przeciwwskazanie dla pełnienia służby publicznej w fakcie karalności kandydata. Ponadto również już wtedy wprowadzono w tym względzie zróżnicowanie zarówno podmiotowe ( wskazując stanowiska wyższego rzędu, tj. urzędnicze), jak i przedmiotowe ( różnicując ograniczenia zatrudnienia w zależności od rodzaju przestępstwa).

<sup>1</sup> Rzeczpospolita, informacje z początku lutego 2009 zebrane przez M. Cyrankiewicza

<sup>2</sup> Dz. U. z 31.III.1922 – nie używano jeszcze wówczas dla oznaczenia miejsca publikacji aktów prawnych numeru i pozycji Dziennika Ustaw

Ponadto już wówczas przejawiał się wzgląd nie jedynie na interes publiczny (co wynika z samego faktu ustanowienia w/w ograniczeń), ale i wzgląd na prawa kandydata, wynikające w szczególności z podstawowych reguł prawa karnego – iż o fakcie popełnienia przestępstwa świadczy karalność, zaś dopóki ta nie nastąpiła, zabiegi prewencyjne (zawieszenie w pełnieniu czynności) mogą mieć jedynie charakter czasowy i nie definitywny.

Natomiast co do samego pojęcia przestępstwa, postępowania karnego czy karalności – ustawodawca słusznie zaniechał jakichkolwiek regulacji, z uwagi na istniejące unormowania w zakresie prawa karnego.

Przedstawianie w szerszym zakresie innych unormowań historycznych nie jest celem niniejszego opracowania, a zatem wypada poprzestać w niniejszym wątku na stwierdzeniu, iż przypomniana wyżej regulacja w zasadzie podobnym kształcie została następnie przejęta do innych pragmatyk w zakresie służby publicznej, zarówno tych regulujących w zakresie podstawy zatrudnienia stosunki służbowe (publicznoprawne), jak i stosunki pracy.

Nie wyklucza to oczywiście w dalszej części nin. opracowania przytaczania przepisów już nie obowiązujących w zakresie przydatnym dla wykładni obecnego stanu prawnego, a także dla uwag *de lege ferenda*.

W okresie PRL nie istniały pragmatyki ustrojowe o zasięgu powszechnym, co było związane z koncepcjami administracji socjalistycznej zakładającymi m. in. „bliskość władzy i społeczeństwa” oraz „przewyciężenie antagonizmów” w zakresie interesów indywidualnych i interesu zbiorowego. Stąd zaniechano tworzenia aktów prawa urzędniczego obejmujących całą administrację publiczną, poddając regulację stosunków pracy jej pracownikom ogólnym regułom prawa pracy. Przetrwały jedynie niektóre pragmatyki służbowe o charakterze szczególnym czy branżowym, a wraz z nimi ograniczenia zatrudnienia z uwagi na fakt karalności. Natomiast w samym **kodeksie pracy**, uchwalonym w 1974r. regulacje w tej kwestii nie zostały utworzone. Nie jest to zresztą uwaga krytyczna, bowiem akt ten z natury rzeczy dotyczy wszelkich stosunków pracy, nie jedynie w służbie publicznej. Co do nie tyle nawet karalności, a ogólniej - okoliczności zaistnienia przestępstwa - jedynie przepisy art. 52 par. 1 pkt 2 oraz 66 kp zawierają pewne wycinkowe regulacje, dotyczące przy tym ogółu umów o pracę. Pierwszy z nich dopuszcza natychmiastowe rozwiązanie umowy o pracę m. in. w razie popełnienia w trakcie umowy o pracę przestępstwa uniemożliwiającego dalsze zatrudnienie na zajmowanym stanowisku, jeśli przy tym owo przestępstwo jest oczywiste lub stwierdzone prawomocnym wyrokiem. Drugi z w/w przepisów stanowi, iż z upływem 3 miesięcy tymczasowego aresztowania umowa o pracę wygasa, przy czym jest restytuowana na stosowny wniosek pracownika w razie uniewinnienia wzgl. umorzenia postępowania, wyjąwszy przypadki przedawnienia, amnestii oraz umorzenia warunkowego. Przepisy te obowiązują oczywiście również w umownych stosunkach pracy w służbie publicznej.

Pewien istotny problem odnośnie karalności powstał w 2004 r. wobec uchwalenia przepisu art. 22/1 kp (choć przepis ten bezpośrednio o kwestiach karalności nie wspomina). Mianowicie, przepis ten pośród danych, których pracodawca ma prawo domagać się od kandydata na pracownika, nie wymienia danych o karalności. Zmieniło to dotychczasową praktykę w wielu branżach. O ile bowiem poprzednio uznawano dopuszczalność stawiania kandydatowi pytań o karalność, zwłaszcza gdy było to podyktowane względami celowościowymi (gł. służba publiczna, ale też np. branża ochrony osób i mienia), o tyle następnie jednolicie uznano, iż takie zapytania mogą być formułowane jedynie gdy dopuszcza to wyraźny przepis ustawowy. Co za tym idzie – nie wydaje się być dopuszczalne zamieszczanie wymogu niekaralności w pozanormatywnych źródłach prawa pracy (regulaminach, statutach itd.). Zmieniło to praktykę angażowania np. w branży **ochrony osób i mienia**: o ile przed w/w nowelizacją kp agencje

ochrony domagały się standardowo świadectwa niekaralności od wszystkich kandydatów do pracy, o tyle obecnie mogą to czynić jedynie co do pracowników licencjonowanych i pracowników zabezpieczenia technicznego, a zatem jedynie nielicznej grupy (znakomita większość pracowników tej branży nie musi mieć licencji, wykonując jedynie proste czynności wartownicze). Nastąpiło zatem w moim odczuciu wylanie dziecka z kąpielą: nowelizacja kp bez szerszej refleksji o jej skutkach, dokonana w imię ochrony prywatności pracowników i bez rekapitulacji ustaw szczegółowych, uderzyła (nie chodzi jedynie o branżę ochrony, ale i np. o instytucje wychowawcze, czy sektor publiczny) w interes społeczny wzgl. publiczny ułatwiając kandydatom karany zatrudnienie tam, gdzie absolutnie nie powinni oni być aktywni. Pewnym wyjściem z sytuacji stało się zatrudnianie w ramach stosunków cywilnoprawnych, gdzie wprowadzany pozaustawowo (np. z woli zleceniodawcy) wymóg niekaralności jest łatwiejszy do przeknięcia. Prowadzi to jednak do zwiększania się szarej strefy (obchodzenie umów o pracę), a ponadto nie we wszystkich branżach szersze stosowanie umów cywilnoprawnych jest możliwe. Na pewno zaś nie w sektorze publicznym.

Jednak i tam, gdzie obowiązek niekaralności jest wyraźnie sformułowany, nowelizacja kp wprowadziła utrudnienia. Formuła przepisów w tym względzie nie jest bowiem jednolita: jedne w ślad za wymogiem niekaralności zawierają również obowiązek przedkładania przez kandydata zaświadczenia z KRK, a inne tego drugiego obowiązku nie formułują. Stąd wykształciła się praktyka, iż jedynie co do tych pierwszych sytuacji pracodawca ma prawo wymagać zaświadczenia, zaś co do drugich może jedynie sam o nie wystąpić. Jedynie zaś nieliczne przepisy formułują taki z kolei obowiązek pracodawcy. Tam zatem, gdzie go nie ma, pracodawcy po prostu nie sprawdzają kwestii karalności, co najwyżej poprzestając na żądaniu stosownych oświadczeń od kandydatów. Nie bez znaczenia jest też kwestia fiskalna – zaświadczenia są odpłatne, co w przypadku dużych liczebnie grup pracowników stwarza dla pracodawców znaczne obciążenia. Przykładem, w którym ten problem wystąpił najostrzej i był przedmiotem szczególnie rozwiniętej dyskusji, jest środowisko pracowników samorządowych. Dlatego w dalszej kolejności posłuży on jako poręczna ilustracja problemów, dotyczących również innych grup, co do których jest sformułowany wymóg niekaralności. W pierwszej jednak kolejności zostaną przedstawione wybrane istniejące regulacje prawne.

**Ustawa o pracownikach urzędów państwowych z 1982 r.**, nadal jeszcze formalnie (choć w bardzo okrojonym rozmiarze) obowiązująca, nie formułowała w zasadzie żadnych wymogów niekaralności. Jedynie stosunek pracy pracowników mianowanych (grupa już niemal nie istniejąca) ulegał „z mocy prawa” rozwiązaniu z ich winy bez wypowiedzenia w razie skazania na utratę praw publicznych lub prawa wykonywania zawodu. Omawianie tego zapisu ze względów praktycznych nie jest celowe, nie był on też potem nigdzie naśladowany, przynajmniej co do bezsprzecznie osobliwego uregulowania sposobu ustania stosunku pracy.

Obecna **ustawa o służbie cywilnej z 21.XI.2008** zawiera co do wszystkich członków korpusu sc (zarówno urzędników sc tj. osób mianowanych, jak i pracowników sc., tj. zatrudnionych na podstawie umowy) oraz Szefa SC wymóg niekaralności prawomocnym wyrokiem za „przestępstwa umyślne i umyślne przestępstwa skarbowe”. Ponadto wyżsi urzędnicy sc mają być niekarani zakazem zajmowania stanowisk w urzędach organów władzy publicznej i pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi. Ustawa nie zawiera ani wymogu żądania od kandydata wzgl. zdobywania samodzielnie zaświadczeń z KRK, nie zawiera też żadnych wskazówek co do bieżącego weryfikowania wymogu niekaralności. Jednak zawiera sankcje: stosunek pracy z mianowania „wygasa” m. in. w razie skazania za przestępstwo umyślne lub umyślne skarbowe (art. 70). Ponadto art. 71 ust. 7 usc powtarza co do urzędników wiernie zapis art. 52 par. 1 kp, m. in. iż można rozwiązać stosunek pracy z mianowania bez

wypowiedzenia w razie popełnienia w trakcie stosunku pracy przestępstwa uniemożliwiającego pracę na zajmowanym stanowisku, gdy jest ono oczywiste lub stwierdzone prawomocnym wyrokiem. Co do pracowników sc (tj. osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę) ustawa zachowuje całkowite milczenie przedmiocie losu ich stosunków pracy w aspekcie zaistnienia staniu karalności. Nie określa też ona trybu i terminów stwierdzania stanu wygaśnięcia stosunku pracy z mianowania. Może to stwarzać istotne problemy praktyczne zarówno co do ustalania daty wygaśnięcia stosunku pracy (zwłaszcza gdy zdarzy się że urzędnik mimo skazania jeszcze jakiś czas pracuje, a dopiero następnie pracodawca uzyskuje wiadomość o tym wiadomość), jak i co do trybu i terminów ew. wzruszenia stwierdzenia o wygaśnięciu stosunku pracy.

Odnośnie innych ustaw tzw. urzędniczych, wymóg niekaralności formułuje np. **ustawa o Państwowej Inspekcji Pracy z 2007 r. ( Dz.U. 89 poz. 589)** stanowiąc w art. 39 m. in., iż pracownicy nadzorujący lub wykonujący czynności kontrolne nie mogą być karani za przestępstwo umyślne lub umyślne przestępstwo skarbowe. Zgodnie z art. 62 stosunek pracy z mianowania może być rozwiązany za wypowiedzeniem m.in. w razie postępowania karnego toczącego się przeciwko pracownikowi ponad 3 mce. Ponadto, zgodnie z art. 64 „może” nastąpić także rozwiązanie takiego stosunku bez wypowiedzenia m. in. w razie prawomocnego skazania za przestępstwo umyślne. To niejasne sformułowanie dopuszcza sytuację, iż mimo wykluczającej zatrudnienie karalności oraz mimo wiedzy pracodawcy o tym, stosunek pracy będzie jednak kontynuowany. Dalszych zapisów ustawa nie zawiera, a zatem ani nie formułuje obowiązku uzyskiwania zaświadczeń z KRK, ani też trybu bieżącego weryfikowania istnienia przesłanki niekaralności.

**Ustawa o regionalnych izbach obrachunkowych z 7.X.1992 r.** stawia w art. 15 członkom kolegiów wymóg niekaralności prawomocnym wyrokiem za przestępstwo popełnione z winy umyślnej, zaś w razie utraty tego warunku przewiduje obligatoryjne odwołanie (są to stosunki pracy z powołania). Również i ona nie zawiera odnośnie niekaralności żadnych innych przepisów.

Nieco inne, a przy tym bardziej zróżnicowane przepisy obowiązują w sektorze wymiaru sprawiedliwości. W **ustawie o prokuraturze (art. 14 ust. 1)** wśród warunków uzyskania statusu prokuratora nie ma wyraźnie wymienionej niekaralności. Jest jedynie warunek posiadania „nieskazitelny charakteru” Natomiast wg art. 11 ust. 2, kandydat na prokuratora obligatoryjnie przedkłada „informację z KRK dotyczącą jego osoby”. Co interesujące, wśród przyczyn powodujących wygaśnięcie stosunku służbowego (art. 16) jest wymienione jedynie (co do orzeczeń sądów karnych) pozbawienie praw publicznych oraz zakaz zajmowania stanowiska prokuratora. Innych zapisów odnośnie niekaralności ustawa nie zawiera.

Odnośnie sędziów, **ustawa z 27.VII.2001 prawo o ustroju sądów powszechnych** zawiera b. podobne zapisy, co w/w ustawa o prokuraturze. Wymóg niekaralności nie jest wymieniony wśród warunków, jakie ma spełniać sędzia (art. 61 pusp). Natomiast, kandydat na sędziego ma przedłożyć „informację” z KRK „dotyczącą jego osoby”. Również i tam wśród sytuacji powodujących możliwość utraty stanowiska nie ma karalności w ogóle, lecz jedynie pozbawienie praw publicznych oraz prawa wykonywania zawodu sędziego. Podobnie, utrata stanowiska następuje wówczas poprzez wygaśnięcie stosunku zatrudnienia, „z dniem uprawomocnienia się orzeczenia” o ukaraniu.

Inny natomiast model jest stosowany odnośnie referendarzy sądowych, a także dyrektorów sądów apelacyjnych i okręgowych oraz kierowników finansowych sądów. Co do nich wszystkich prezes sądu zasięga samodzielnie i obligatoryjnie informacji z KRK o osobie kandydata. Co ciekawe, wymóg niekaralności nie jest wyraźnie sformułowany co do referendarzy (mają oni natomiast być „nieskazitelny charakteru” podobnie jak sędziowie), a jedynie co do dyrektorów

i kierowników sądów istnieje wymóg niekaralności, przy czym dość szeroki: za przestępstwa (w tym skarbowe), a także w formie zakazu pełnienia funkcji na gruncie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych. W dodatku ten szeroki wymóg niekaralności obejmuje także zastępców dyrektorów sądów oraz kierowników sądów rejonowych, jednak co do nich nie jest już sformułowany w ustawie obowiązek prezesa sądu zasięgnięcia informacji z KRK.

Niezależnie jednak od powyższego, wymóg niekaralności za wszelkie przestępstwa (w tym skarbowe) dotyczy wszystkich urzędników sądów i prokuratur w oparciu o przepisy ustawy z 18.XII1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury (art. 2). Mało tego, przeciwko kandydatowi nie może toczyć się postępowanie o przestępstwo z oskarżenia publicznego i w tej mierze składa on oświadczenie. Natomiast o informację z KRK o kandydacie występuje prezes sądu (prokurator) samorzutnie. Ponadto, w uzasadnionych wypadkach może on również zasięgnąć takiej informacji także o osobie już zatrudnionej jako urzędnik sądowy. Prawomocne skazanie na przestępstwo umyślne powoduje obowiązek rozwiązania stosunku pracy z urzędnikiem sądowym (urzędnikiem prokuratury), w razie przestępstwa nieumyślnego rozwiązanie stosunku pracy jest fakultatywne.

Wobec rozbieżności w regulacjach tej ustawy oraz ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych istnieje wątpliwość, która z nich ma pierwszeństwo stosowania. Za pierwszą z w/w przemawia reguła „*lex specialis derogat legi generali*”, za drugą – „*lex posterior derogat priori*” Jednak tak czy owak, istnienie rozbieżności między nimi jest obiektywnie błędem legislacyjnym.

Odnosnie **Policji** i służb jej pokrewnych przepisy o niekaralności wyglądają jeszcze inaczej. wymóg niekaralności w ogóle (Policja) lub niekaralności za określone przestępstwa ( np w **CBA** -przestępstwa umyślne z oskarżenia publicznego, w tym także skarbowe) jest wyraźnie sformułowany, przy czym brak w ustawach przepisów o sposobie jego weryfikowania. Natomiast utrata stanowiska następuje nie jedynie w razie prawomocnego skazania, ale i popełnienia czynu o znamionach takiego przestępstwa, gdy jest „oczywiste i uniemożliwia pozostawanie w służbie (Policja), czy gdy „okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości” (CBA).

Odnosnie niektórych form aktywności zawodowej czy zarobkowej wprawdzie spoza sektora publicznego, lecz co do których wymóg niekaralności jest ustanowiony bez wątpienia w interesie publicznym, warto nadmienić o adwokatach, a także uczestnikach przetargów publicznych.

Zgodnie z art. 68a ust. 3 pkt 1 **prawa o adwokaturze**, osoba ubiegająca się o wpis na listę adwokatów ma obowiązek przedłożyć informację z KRK o dacie nie wcześniejszej niż 1 miesiąc przed złożeniem wniosku. Identyczny wymóg dotyczy aplikantów (art. 75). Sam wymóg niekaralności nie jest wyraźnie sformułowany, a mieści się w wymogu dawania rękąmi należytego wykonywania zawodu oraz wymogu nieskazitelnego charakteru. O skreśleniu z listy decyduje okręgowa rada adwokacka.

Zgodnie z art. 17 **prawa zamówień publicznych (ustawa z 29 stycznia 2004)**, osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia ( tzn. po stronie udzielającego zamówienie) podlegają wyłączeniu, gdy zostały prawomocnie skazane za przestępstwa popełnione w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo p-ko obrotowi gospodarczemu lub inne popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Osoby te składają pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu w/w okoliczności. Co do zaś oferentów w przetargach publicznych, b. szerokie podmiotowo i przedmiotowo wymogi niekaralności zawiera przepis art. 24 pzp. Obejmuje on nie jedynie oferentów – osoby fizyczne składające ofertę samodzielnie, ale i spółki osobowe oraz osoby prawne odnośnie stosownych kategorii zarządzających nimi osób. Karalność którejkolwiek z nich za przestępstwa pko zamówieniom

publicznym, pko prawom pracowników, przekupstwa, pko obrotowi gospodarczemu i kilku innym dobrom chronionym powoduje wykluczenie danego podmiotu z postępowania.

Bodaj najświeżej wprowadzony ( i dotychczas jeszcze nie obowiązujący) wymóg niekaralności dotyczy **posłów i senatorów**. Będzie on obowiązywał parlamentarzystów następnej kadencji. Zgodnie z nowym art. 99 ust. 3 Konstytucji ( ustawa o zmianie Konstytucji RP z 7 maja 2009 r). wybraną do sejmu lub senatu nie może być osoba skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego. Jest on zatem dosyć skromny – nadal będą mogły kandydować osoby skazane za przestępstwa nieumyślne lub nie ścigane z oskarżenia publicznego, lub te, których jeszcze prawomocnie nie skazano, lub też te, które skazano, lecz nie na karę pozbawienia wolności. W dodatku, ustawa nowelizacyjna nie wprowadza żadnych nowych zapisów w ordynacji wyborczej, zatem ani nie istnieje tryb dokumentowania stanu niekaralności przez kandydatów, ani też nie wiadomo, gdy stan niedozwolonej karalności objawi się publicznie dopiero po zasięciu osoby skazanej w fotelu posła czy senatora.

Oдноśnie funkcjonariuszy samorządowych, wymogi niekaralności są formułowane wobec **radnych, wójtów (burmistrzów i prezydentów miast)**, a także **pracowników samorządowych na stanowiskach urzędniczych**. Pojawiły się one przy tym dosyć późno, bo dopiero w latach 2004/5, a przy tym w kształcie, który od razu wzbudził uzasadnione zastrzeżenia. Np. nie znajdowało logicznego wytłumaczenia fakt, iż wymóg niekaralności objął wójta, a nie objął żadnego z członków zarządu powiatu i województwa, łącznie ze starostą i marszałkiem (vide A. Giedrewicz – Niewińska „ Wybór jako podstawa nawiązania stosunku pracy z pracownikiem samorządowym” W-wa 2008 s. 138). Tym bardziej, że nie karani mieli być przy tym wszyscy podlegli tym osobom samorządowi urzędnicy powiatowi i wojewódzcy.

Oдноśnie radnych i wójtów wymóg niekaralności wynika z przesłanek określających ich bierne prawo wyborcze. Zgodnie z art. 7 samorządowej ordynacji wyborczej nie mogą być oni karani za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego, wliczając w ten stan również wyrok umarzający warunkowo postępowanie. Utrata którejs z przesłanek biernego prawa wyborczego już w trakcie trwania mandatu powoduje jego wygaśnięcie.

**2. Wymóg niekaralności i związane z nim szczegółowe zagadnienia praktyczne na przykładzie pracowników samorządowych.** Przepis art. 3. 3. 2 ustawy o pracownikach samorządowych z 22 marca 1990<sup>3</sup> zwanej dalej d. ups stanowił, że pracownikiem samorządowym na stanowisku urzędniczym może być tylko osoba zatrudniona w oparciu o mianowanie lub umowę o pracę, która „nie była prawomocnie skazana za przestępstwo umyślne”. Wymóg ten dotyczył również osób na kierowniczych stanowiskach urzędniczych zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, powołania lub mianowania (art. 3 ust. 4 d. ups). Nie był to zatem wymóg powszechny obejmujący wszystkich pracowników samorządowych – w odróżnieniu od wszystkich osób zatrudnionych w korpusie służby cywilnej. Był to również wymóg nie od razu wprowadzony – nie istniał wg pierwotnej wersji ustawy, dodano go bardzo późno, bo dopiero w 2005, w brzmieniu (które następnie poprawiono), iż w/w osoby nie mogą być karane za przestępstwa „popelnione umyślnie” (następnie – „przestępstwo umyślne”). Przedtem d. ups nie zawierała – co osobliwe – żadnych wymogów co do niekaralności pracowników samorządowych. Tłumaczono to podobnie, jak obecnie tłumaczy się b. późno wprowadzony wymóg niekaralności posłów i senatorów, iż jego wcześniejsze wprowadzenie ograniczyło by aktywność polityczną byłych opozycjonistów, niejednokrotnie karanych za czasów PRL. Jednak to tłumaczenie mogło by być odbierane jako nacechowane hipokryzją: nic

---

<sup>3</sup> Dz. U. 2001 nr 142 poz. 1593

nie stało na przeszkodzie, by wyłączyć z zakazu karalność za przestępstwa polityczne (w ten czy inny sposób określone).

Ustawą z 25 VII 2006 o zmianie d. ups wprowadzono dodatkowy wymóg (art. 2 tej ustawy), iż w terminie 3 miesięcy od dnia jej wejścia w życie pracodawca samorządowy zatrudniający osobę będącą w tym dniu pracownikiem samorządowym na stanowisku urzędniczym, występuje do Krajowego Rejestru Karnego o udzielenie informacji o tej osobie (art. 2 ust 1 ustawy z 25.VII.2006). Jeśli zaś z tej informacji wynika, że osoba ta nie spełnia wymogu z art. 3 ust. 3 pkt 2 d.ups w brzmieniu nadanym tą ustawą (niekaralność za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego), pracodawca samorządowy niezwłocznie rozwiązuje z takim pracownikiem stosunek pracy za wypowiedzeniem lub odwołuje go ze stanowiska.

Przepis ten od początku wywołał wiele kontrowersji, z których pierwsza dotyczyła kosztów operacji sprawdzania karalności. Były one zaś niemałe, zważywszy, że objęła ona wszystkich pracowników samorządowych na stanowiskach urzędniczych ( w tym oczywiście wszystkich kierowniczych urzędniczych) w kraju. Przepis nie dawał podstaw ani do wyłączenia z operacji osób, które nawet niedawno przedłożyły świadectwa niekaralności, ani też do przerzucenia kosztów na pracowników. Był to zatem nagły i spory wydatek dla każdego samorządowego pracodawcy. Zapadłe w efekcie wyroki sądów administracyjnych w tej mierze odmawiały pracodawcom samorządowym zwolnienia od opłaty w tej mierze, bowiem zdaniem tych sądów występowali oni do Krajowego Rejestru Karnego nie jako podmioty administracji publicznej (w tej roli byli by z opłaty zwolnieni), lecz jako „zwykli” pracodawcy ( ci wprawdzie mogą dostać takie zaświadczenie co do pracowników związanych prawnie wymogiem niekaralności, lecz uiszczają opłatę). Używano też argumentu z art. 15 ust. 1 ustawy o informatyzacji. Jednak wg tego przepisu podmioty publiczne mają wprawdzie nieodpłatny dostęp do urzędowych zbiorów danych, lecz jedynie „ w zakresie niezbędnym do realizacji ich zadań” – co jest formułą nie obejmującą sprawdzania niekaralności pracowników (odmiennie M. Szewczyk – Opinia prawna z 8.XII.2006, [www.zmp.poznan.pl/dane/styczen-07/opinia.html](http://www.zmp.poznan.pl/dane/styczen-07/opinia.html)).

Rozterki były również innego rodzaju. Np. dotyczyły one nie wyjaśnionej w żaden sposób w ustawie sprawy konsekwencji wobec osób działających z ramienia pracodawców samorządowych, które nienależycie (nie w terminie, nie co do wszystkich urzędników) wypełniły obowiązek wystąpienia do KRK, lub też następnie nie rozwiązały stosunku pracy z osobami karanymi.

Moim zdaniem skoro na mocy nowelizacji d. ups z 2006 r obowiązkiem osoby działającej w sprawach z zakresu prawa pracy za pracodawcę samorządowego stało się wystąpienie z zapytaniem do KRS oraz rozwiązanie stosunku pracy z karanym za przestępstwo umyślne urzędnikiem samorządowym, to zaniechanie, czy też nienależyte wykonanie któregoś z tych obowiązków należało rozpatrywać jako niewykonanie obowiązku pracowniczego, z przypisanymi do tego konsekwencjami. W przypadku wójta jego mandatowi mógł zagrażać -jak się zdaje- jedynie art. 96 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, zgodnie z którym może zostać odwołany wójt dopuszczający się mimo upomnienia naruszenia ustaw. Starosta, marszałek województwa oraz członkowie zarządów w starostwach i urzędach marszałkowskich mogli być ponadto zostać odwołani przez radę, co jednak wymaga szczególnego uzasadnienia i trybu, a przez to w przedmiotowym przypadku byłoby mało wiarygodne do przeprowadzenia. W przypadku pozostałych pracowników samorządowych działają ogólnie przepisy kp – niewykonanie obowiązku pracowniczego może w zależności od okoliczności być rozważane jako przyczyna uzasadniająca rozwiązanie stosunku pracy. Można też wspomnieć o przepisie art. 231 kk przewidującym karę dla funkcjonariusza publicznego m.in. za niedopełnienie obowiązków dziejące się na szkodę dla interesu publicznego. Nie pojawiły się jednak żadne

doniesienia prasowe o przypadkach uchylenia się od obowiązku sprawdzenia karalności pracowników, czy o sankcjach z tego tytułu.

Dalsze rozterki wzbudził zapis, iż jeśli urzędnik samorządowy widnieje w KRK jak skazany za przestępstwo umyślne, pracodawca „niezwłocznie rozwiązuje” (nie zaś „może rozwiązać”) jego stosunek pracy za wypowiedzeniem. Był to zatem nakaz sformułowany kategorycznie. Jednak nie znaczyło to m. zd., by pracodawca był całkowicie pozbawiony swobody decyzji co do zwolnienia pracownika, bowiem w przeciwnym razie istniała by rażąca rozbieżność z kp, gdzie nawet rozwiązanie umowy bez wypowiedzenia z uwagi na czyny określone a art. 52 kp (tu zaś tych czynów nie było) jest zawsze prawem, a nie obowiązkiem pracodawcy. (bliżej S. Płażek „niekaralność pracowników samorządowych – wymóg rzeczywisty czy fikcja” PiZS 2008 nr 5) Oczywiście, na gruncie ustawy o pracownikach samorządowych zachodził wzgląd na interes publiczny. Stąd uważam również, że margines decyzyjny nie powinien być duży. Na pewno nie powinno dojść do wypowiedzenia stosownie do art.2.2 ustawy z 25 VIII 2006 w przypadku, w którym data zatarcia skazania zbiegła by się z końcem wypowiedzenia stosunku pracy (a tym bardziej jeśli by go wyprzedzała). W tym przypadku w momencie ustania stosunku pracy pracownik był by już wszak niekarany. Podobny sposób myślenia zaprezentował niedawno SN<sup>4</sup> wobec innego przepisu prawa samorządowego (art. 24k ust. 3 usg), gdzie podobnie jak tu ustawodawca użył określenia, iż w razie nieterminowego złożenia oświadczenia majątkowego przez wymienionego tam pracownika samorządowego, pracodawca „rozwiązuje” (nie zaś „może rozwiązać”) z nim stosunek pracy. Zdaniem SN mimo kategorycznego brzmienia przepisu, nie uchyla on uprawnień decyzyjnych pracodawcy.

Mimo tych wszystkich wątpliwości wynikających ze skąpej redakcji przepisu, jego intencja była z pewnością słuszną – zmierzał on do wyeliminowania z administracji samorządowej osób nie spełniających wymogu niekaralności. Jednak mimo tej *ratio legis*, przez nikogo nie zakwestionowanej, został on w 2008 r zaskarżony do TK przez RPO<sup>5</sup>. Zdaniem Rzecznika, przepis naruszał zakaz nieretroakcji, bowiem nakazuje zwalniać z pracy również i tych urzędników, których wymóg niekaralności za przestępstwo umyślne z oskarżenia publicznego, zastał już zatrudnionych u pracodawców samorządowych (zaś wymóg ten nie istniał jeszcze gdy nawiązywali oni swój stosunek pracy). Rzecznik zwrócił też uwagę, że w innych pragmatykach służbowych (np. ustawa o NIK, ustawa o PIP) mimo wymogu niekaralności nie ma przepisu o obowiązku zwolnienia pracowników karanych. Użył też argumentu, że przepis ten penalizował sytuacje, w których pracownik już ongiś często poniósł jakąś karę, np. po wyjściu na jaw jego karalności został np. pozbawiony premii. Ten jednak akurat argument nie był m. zd. miarodajny, bowiem nie ma nic nielegalnego w sytuacjach, gdy jeden naganny czyn powoduje więcej niż jedno negatywne następstwo, przy czym w różnych prawnie sferach.

Te uwagi RPO były z pewnością godne starannego rozważenia, jako dotyczące kwestii niekaralności również i w innych ustawach z zakresu służby publicznej.

Pierwsza kwestia, to czy karalność istotnie jedynie wówczas ma wpływ na zatrudnienie, gdy istnieje przepis wyraźnie stawiający wymóg niekaralności i gdy do tego przepis ten nakazuje (lub choćby przewiduje) zwalnianie z pracy osoby karanej. W tej mierze zaprezentowałem niezwłocznie po opublikowaniu stanowiska RPO pogląd od niego odmienny („Niekaralność ...)

Po pierwsze, jest nie do końca ściśle twierdzenie, iż przed wprowadzeniem co do urzędników samorządowych wymogu niekaralności za przestępstwa umyślne z oskarżenia publicznego, fakt takowego ukarania nie miał wpływu na zdolność do objęcia względnie dalszego piastowania

<sup>4</sup> uchwała z 5.IV.2007 r I PZP 4/07, Rzeczpospolita z 6.IV.2007 s. C5

<sup>5</sup> Informacja Rzeczpospolita z 13 XI 2007, str. C3



stanowiska. Np. jednym z wymogów było i jest też posiadanie przez pracownika na stanowisku urzędniczym nieposzlakowanej opinii, zaś fakt karalności bez wątpienia może zaważyć na tego rodzaju ocenie osoby kandydata. Również szereg innych przepisów (np. o ocenach okresowych, o ślubowaniu, o obowiązku godnego zachowywania się również poza pracą) akcentuje potrzebę posiadania przez pracownika samorządowego wysokich kwalifikacji moralnych.

Po drugie, argument, iż ustawy o NIK, czy PIP mimo wymogu niekaralności nie nakazują w sposób wyraźny zwalniać pracowników karanych, kłócił się z innym użytym przez Rzecznika argumentem, iż nowelizacja d. ups naruszała zakaz nieretroakcji. Albo bowiem jest tak (argument z zakazu nieretroakcji), iż nie należy zwalniać tylko tych osób, które wymóg niekaralności wprowadzony w 2005 roku „zastał” już w zatrudnieniu (a zatem *a contrario* wolno zwalniać inne osoby, ukarane lub zatrudnione już po wprowadzeniu wymogu niekaralności), albo też jest tak (argument z ustaw o NIK i PIP), że w ogóle nie powinno się zwalniać z pracy wszelkich osób zatrudnionych mimo wymogu niekaralności, bowiem nie ma przepisu, który by nakazywał ich zwalniania.

Po trzecie, chodzi tu jednak o wymóg dużej wagi. Panuje wszak zgoda, iż z uwagi na szczególny rodzaj zadań wypełnionych przez jednostki będące pracodawcami samorządowymi, na pewno obiektywnie niewskazane jest zatrudnianie w nich osób karanych, a już zwłaszcza za przestępstwa umyślne ścigane z urzędu. Załóżmy, że pracodawca samorządowy otrzymuje wiadomość o ukaraniu swego urzędnika nie w wyniku trzymiesięcznej akcji zarządzanej w/w przepisem z 25 VIII 2006, a w inny sposób (lub kiedy indziej). Wypada się zgodzić, że nie może on tej wiadomości pominąć milczeniem, powinien jakoś zareagować. Nawet ogólne przepisy kp dają w takiej sytuacji możliwość natychmiastowego rozwiązania umowy o pracę, gdy przestępstwo „uniemożliwia dalsze zatrudnienie na zajmowanym stanowisku” (art.52§1.2kp). Powszechnie też przyjmuje się, że fakt karalności może w konkretnej sytuacji uzasadnić rozwiązanie umowy o pracę za wypowiedzeniem. Ponadto wg ogólnych przepisów kp istotna jest nie data skazania, a data powzięcia przez pracodawcę informacji o popełnieniu przestępstwa. Skoro zatem panuje zgoda, że kwestia niekaralności jest w stosunkach pracy istotna i że pracodawca samorządowy nie może wobec powzięcia wiadomości o ukaraniu pracownika pozostać bezczynny, to nie można bronić wykładni, w której pracodawca ten byłby w ogóle pozbawiony jakiegokolwiek możliwości weryfikowania, czy jego pracownik spełnia wymóg z art. 3.2.2 ups. Niewątpliwie bowiem stan prawny przed uchwaleniem ustawy z 25 VIII 2006 o zmianie ups, takich możliwości mu nie dawał – czego ewidentnym dowodem okazała się duża liczba pracowników nie spełniających wymogu niekaralności. W dodatku, od 1 I 2004 obowiązywał już wspomniany przepis art 22<sup>1</sup>kp, zgodnie z którym (§4) pracodawca może żądać podania danych innych niż w §1 (imię, nazwisko, adres itp.) tylko wtedy „jeżeli obowiązek ich podania wynika z odrębnych przepisów”. Jeżeli by zatem opowiedzieć się za wykładnią w myśl której do sprawdzania wymaganej ustawowo niekaralności pracownika pracodawca potrzebuje wyraźnego ustawowego upoważnienia, to nastąpiłaby klasyczna luka tzw. konstrukcyjna – ustawodawca wskazując stan prawnie pożądany, równocześnie nie stwarzałby prawnej możliwości dochodzenia do tego stanu. Zakaz zatrudniania osób karanych pozostawałby albo całkowicie martwy, albo też ograniczony jedynie do sytuacji zupełnie przypadkowego powzięcia wiadomości o karalności. Uważam, że samo zamieszczenie w ustawie wymogu niekaralności pracownika upoważnia pracodawcę do działań w kierunku sprawdzenia, czy kandydat na pracownika ten wymóg spełnia. Ten mój pogląd dotyczy także wszelkich innych przepisów formułujących wymóg niekaralności. Jest to m. zd. wymóg skierowany nie tylko do kandydata na pracownika (by powstrzymał się od ubiegania się o zatrudnienie gdy jest karany), ale i do pracodawcy – by zapobiegał zatrudnieniu osoby karanej. Skoro zaś jest to obowiązek również

pracodawcy, to nie powinien on zachowywać się biernie, a podejmować stosowne czynności dla wypełnienia tego obowiązku.

Osobną kwestią jest natomiast, czy działania pracodawcy w ramach przestrzegania tego wymogu mają polegać na domaganiu się zaświadczenia z KRK od pracownika, czy też na samodzielnym uzyskiwaniu tego zaświadczenia. Poszczególne ustawy przewidujące wymóg niekaralności (w ogóle lub za określone rodzaje przestępstw) w bardzo różny sposób podchodzą do tej kwestii – np. zgodnie z w/w art. 57 prawa o ustroju sądów powszechnych, mają sami dołączać informacje z KRK. Art. 17 ustawy o zamówieniach publicznych nakazuje członkom komisji przetargowej złożyć tej mierze oświadczenie pod odpowiedzialnością karną. Inne ustawy ( np. wspomniana ustawa o PIP) w ogóle w tej kwestii milczą. Sprawę do pewnego stopnia przesądza przepis art. 6 ustawy z 24. V 2000 o KRK<sup>6</sup>, zgodnie z którym prawo do uzyskania rejestru służy m.in. pracodawcy „w zakresie niezbędnym do zatrudnienia pracownika co do którego z przepisu ustawy wynika wymóg niekaralności” w tym czy innym rozmiarze.

Zatem pracodawca samorządowy ma ogólne prawo występować do KRS, zaś przepis art. 2.2 ustawy z 25 VIII 2006 o zmianie KRS jedynie zobowiązywał go dodatkowo do tego by zechciał on z tego prawa skorzystać. Nie może zatem ten przepis w aspekcie tego zobowiązania zostać poczytany za niezgodny z Konstytucją. Gdy zaś pracodawca samorządowy podejmie już oficjalnie informację o karalności pracownika, raczej nie do obrony jest teza, iż nie może on go zwolnić, bo nie ma w tej mierze wyraźnego przepisu.

RPO użył przy tym argumentu o zakazie retroakcji w dwojaki sposób: nie tylko poprzez wątpliwość, czy ustawodawca miał prawo nakazać pracodawcy samorządowemu, by ten wypowiadał stosunki pracy mimo, iż istniejący od 2005 r. wymóg niekaralności nie przewidywał sankcji w postaci utraty pracy, ale też wyrażając wątpliwość czy ustawodawca miał prawo nakazać samorządowemu pracodawcy by ten wypowiadał stosunki pracy nawiązane również przed wprowadzeniem wymogu niekaralności w d. ups na mocy nowelizacji z 6 V 2005 r, skoro formalnie przed tą datą wymóg niekaralności w ogóle nie był w ustawie sformułowany. Dlatego zdaniem RPO obowiązek zwalniania pracowników zawarty w art. 2.2 ustawy z 25 VIII 2006 winien być poczytany za niezgodny z Konstytucją. Również i tego poglądu nie podzieliłem. Pracodawca samorządowy ma wszak co najmniej tyle praw co zwykły działający w oparciu o ogólne przepisy kp. Jeśli zatem powziął on - czy to w ramach akcji zarządzanej ustawą z 25 VII 2006, czy też jakkolwiek inny sposób – wiadomość o ukaraniu w prawdzie sprzed 2005 roku, lecz za czyn dyskwalifikujący co do pracy na danym stanowisku, miał oczywiście prawo do pozbycia się tego pracownika za wypowiedzeniem lub nawet bez (oczywiście z zachowaniem wymaganych terminów art. 52 par. 2 kp). Zależało to jednak od jego decyzji. Powinno zatem być poza sporem, że ustawodawca co najmniej miał prawo nakazać pracodawcy samorządowemu rozważenie w każdym przypadku powzięcia wiadomości o ukaraniu z przed 2005 r. rozstania się z pracownikiem oraz sformułowanie przyczyn, dla których pracodawca stosunku pracy ewentualnie nie rozwiązał. W dodatku bowiem pracodawca samorządowy reprezentuje bowiem interes nie swój a publiczny, stąd wszelkie jego decyzje kadrowe winny mieć ten interes na względzie. Czy jednak – idąc krok dalej – ustawodawca miał prawo nakazać nie tylko rozważenie zwolnienia pracownika, ale wręcz jego zwolnienie? Uważam, że tak. Oprócz wskazanego już względu na interes publiczny przemawia za tym i to, że wszak nowelizacja ups z 2005 roku wprowadzająca wymóg niekaralności nie została zakwestionowana przez Trybunał Konstytucyjny, ani też nie podważył jej legalności Rzecznik Praw Obywatelskich . Tymczasem

---

<sup>6</sup> Dz. U. 2000 nr 50 poz. 580

stanowi ona wyraźnie, że pracownik samorządowy na stanowisku urzędniczym ma „być” (podkr. moje –S.P.) nie karany. Nie zaś np. że odtąd wszyscy kandydaci na stanowiska urzędnicze winni być nie karani. Zatem to ta nowelizacja z 2005 roku (nie zaś krytykowana przez RPO ustawa z 25.VII. 2006 r) nie dała podstaw do rozróżnienia osób karanych przed i po tej dacie. Jest i drugi argument – skoro ogólne przepisy kp dają każdemu pracodawcy prawo rozwiązania umowy o pracę nawet i bez wypowiedzenia w razie powzięcia wiadomości o popełnieniu przez pracownika przestępstwa (niekiedy nawet nieumyślnego – vide art. 52 par .1 pkt 2 kp), to ustawa nakazująca rozwiązywanie w takich sytuacjach stosunku pracy wyłącznie za wypowiedzeniem momentami jest nawet łagodniejsza niż kp.

TK w wyroku z 20 stycznia 2009 sygn 40/07 rozpoznał w/w wątpliwości co do legalności ustawy z 25 lipca 2006 r (ostatecznie, rozpoznał zapytanie skierowane doń przez jeden z sądów pracy, przy czym obiekcje tego sądu były zbieżne z w/w zastrzeżeniami ze strony RPO). Uznał mianowicie, że nałożony tą ustawą rozwiązania stosunku pracy z urzędnikiem samorządowym nie jest niezgodny z Konstytucją, w tym także co do osób karanych przed wejściem w życie ustawy.

W uzasadnieniu TK przywołał i w pełni podzielił w/w opublikowane argumenty polemiczne wobec stanowiska RPO. W szczególności, iż nieretroakcja rozumiana tak jak wnioskuje RPO, czyli nie obejmująca karalność zaistniałą przed wprowadzeniem do d. ups wymogu niekaralności wprowadziła by nierówność sytuacji prawnej poszczególnych pracowników. Nie była by też zgodna z interesem publicznym, który wymaga od wszystkich pracowników spełniania wysokich standardów zawodowych i etycznych. Ponadto, pracodawca samorządowy nie może mieć mniej praw niż zwykły pracodawca, który może w ogólnym trybie rozwiązać (i to nawet bez wypowiedzenia) stosunek pracy, powziawszy wiadomość o przestępstwie pracownika popełnionym nawet i wiele lat wcześniej (art. 52 par. 1 pkt 2 kp).

Stanowisko TK jest ważnym i uniwersalnym sygnałem dla interpretacji także wszelkich innych ustawowych wymogów niekaralności. Po pierwsze, przecina dyskusję, czy można wyciągać konsekwencje wobec pracownika, który popełnił przestępstwo jeszcze przed wprowadzeniem co do jego stanowiska wymogu niekaralności. Po drugie (choć pośrednio) wskazuje, że owe konsekwencje, w szczególności w postaci możliwości rozwiązania stosunku pracy, pracodawca (a już zwłaszcza publiczny, zobowiązany do dbałości o interes powszechny) może wyciągać także wówczas, gdy ustawa o tym wyraźnie nie wzmiankuje (np. ograniczając się jedynie do wymogu niekaralności przy zatrudnianiu, lecz już nie wspominając, co począć z faktem karalności wyszły na jaw już w trakcie zatrudnienia). Jednak należy mieć na względzie, że te wywody TK dotyczą pracowników, a zatem nie obejmują osób o innym statusie (radnych, parlamentarzystów itd), których mandat, czy inny stosunek prawny jest uregulowany odrębnie.

Nowa ustawa o pracownikach samorządowych z 21 listopada 2008 r (zw. dalej ups) w zasadzie nie wprowadziła żadnych zmian konstrukcyjnych do wymogu niekaralności ,a jedynie nieco zmieniła zasięg podmiotowy wymogu. Zgodnie z art. 6 ust. 2 pracownikiem samorządowym zatrudnionym na podstawie wyboru lub powołania może być osoba, która nie była skazana prawomocnym wyrokiem sądu na przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego, w tym skarbowe. Identyfikacyjny wymóg dotyczy osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na stanowisku urzędniczym, które dodatkowo są objęte wymogiem posiadania nieposzlakowanej opinii (ust. 3). Ponadto, wymóg ten z mocy art. 55 ust. 12 ups dotyczy również grupy samorządowych pracowników mianowanych, którzy będą swój status utrzymywali jeszcze do 1 stycznia 2012 r (art. 54 ups), zaś są to z reguły osoby na stanowiskach wyższych urzędniczych. Jest też powtórzony w ustawie z 1997 r o strażach miejskich odnośnie strażników.

Zatem w obecnym stanie prawnym wymóg niekaralności w dalszym ciągu nie obejmuje pozaetatowych („społecznych”) członków zarządów powiatów i województw. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy, to statut województwa wzgl. powiatu stanowi, czy członkowie zarządu danej jst są etatowi, czy też nie. W dodatku, wymóg niekaralności nie objął nowo utworzonej w ups z 21.XI.2008 pracowniczej kategorii doradców i asystentów mimo, iż obecnie otwarcie już przyznano, że są to stanowiska polityczne. Żadnych innych przepisów ustawa nie zawiera. W szczególności, nie jest określone, czy i w jaki w ogóle sposób kandydat na pracownika samorządowego ma wykazywać swój stan niekaralności. Tą ewidentną lukę wypełniła praktyka w ten sposób, że pracodawcy samorządowi w ogłoszeniach o naborze zamieszczają wymóg przedłożenia „oświadczenia” o niekaralności. Z widniejących w internecie ogłoszeń o naborze wynika ponadto, iż nikt nie domaga się przedłożenia informacji z KRK. Jedyne w b. nielicznych ogłoszeniach o naborze (np. na stronie internetowej Wejherowa) dodatkowo jest zamieszczone sformułowanie, iż „wybrany kandydat będzie zobowiązany dostarczyć zaświadczenie z KRK”. Należy tu dodać, iż nawet tak wątpliwe zabezpieczenie jak owe „oświadczenia” składane w trybie naboru i tak nie obejmują tych wszystkich, a wcale licznych przypadków, gdy zatrudnienie może się odbyć poza trybem naboru (art. 12 i 20 ups – osoby przeniesione lub awansowane na stanowisko urzędnicze, a także zatrudnione na zastępstwo). To duża luka, bo osoby takie w ogóle nigdy nie są weryfikowane co do ich niekaralności.

Nie jest jasne, czy istnieje na gruncie obecnej ups jakikolwiek związek pomiędzy wymogiem niekaralności, a wymogiem cieszenia się nieposzlakowaną opinią (art. 6 ust. 3 pkt 3 ups). Sprawa zweryfikowania istnienia tej przesłanki wydaje się być mocno złożona. Nie tylko bowiem wchodzi tu w grę kwestie nieretroakcji które tak lub owak można rozwikłać z zastosowaniem reguł prawniczego rozumowania, ale dodatkowo sprawa wkracza na płaszczyznę ocen innych niż prawne (karany - niekarany), mianowicie etycznych czy obyczajowych. Sprawa nie jest w ogóle przez ustawodawcę rozwinięta, w szczególności brak jest wskazań jak ową przesłankę badać i w jaki sposób jej ewentualną utratę zarzucać oraz jakie w związku z tym konsekwencje wdrażać<sup>7</sup>. Istnieje też np. też kwestia wzorca wg. którego ten wymóg należy weryfikować, a którego w postaci skodyfikowanej dotąd brak odnośnie pracowników samorządowych (istnieje zaś np. kodeks etyki członków korpusu służby cywilnej). Wymaga to oczywiście osobnych obszernych rozważań, niemniej warto tu poruszyć przynajmniej jeden aspekt – czy mianowicie zaistnienie faktu karalności wpływa - a jeśli tak to w jaki sposób – na stan posiadania „nieposzlakowanej opinii”. Skoro jednak – jak się powszechnie przyjmuje – system norm etycznych i prawnych nie są tożsame (choć nie powinny pozostawiać sprzeczności), posiadanie (lub nie) nieposzlakowanej opinii przez osobę karaną nie może być przesądzone jednoznacznie. Również sam ustawodawca daje wyraz podobnemu myśleniu osobno formułując oba wymogi. Uważam, że powzięcie wiadomości o ukaraniu za także inne niż wymienione w art. 6 ups (niż przestępstwa umyślne popełnione z oskarżenia publicznego), może i powinno stanowić sygnał do potrzeby rozważenia, czy ukarany pracownik zasługuje na ocenę posiadania nieposzlakowanej opinii. Winny być przy tym wzięte pod uwagę takie czynniki, jak rodzaj przestępstwa, okoliczności czynu, jego publiczne reperkusje, a także czas, który minął od jego popełnienia

Nowa ups utworzyła niestety jeszcze jedną wątpliwość co do relacji niekaralności i oceny (*sensu largo* również etycznej) pracownika. Okazuje się mianowicie, że formalnie rzecz biorąc fakt karalności (i to nawet zaistniałej w trakcie zatrudnienia) może nie mieć najmniejszego wpływu na ocenę okresową pracownika samorządowego. W obecnym stanie prawnym bowiem to sam

---

<sup>7</sup> Z. Góral „Zakres i cel odmiennej regulacji samorządowych stosunków pracy w relacji do kodeksu pracy” - referat wygłoszony 27.09.2007 w Katedrze Prawa Samorządu Terytorialnego UJ

pracodawca samorządowy komponuje kryteria oceny i jest w tym względzie w zasadzie niczym nie skrepowany. Może zatem zupełnie legalnie pominąć nie tylko kwestię karalności, ale i np. całą sferę postawy etycznej pracownika (art. 27 ups). Rodzi to oczywiście wątpliwość co do aksjologicznej wartości ( a co za tym idzie – także przydatności dla ochrony interesu publicznego) takiego modelu ocen pracowniczych. Kwestia karalności ( a również nienaganności opinii) jest również obojętna dla oceny pracownika w aspekcie jego awansu wewnętrznego (art. 20 ups).

Osobne problemy interpretacyjne mogą dotyczyć grupy pracowników zatrudnionych na podstawie wyboru. Spośród nich jedynie wójt ( burmistrz, prezydent miasta) ma jasno określoną sytuację co do zaistnienia karalności zarówno przed, jak i w trakcie trwania mandatu. Źródłem jest tu art. 7 ordynacji wyborczej samorządowej, zgodnie z którym bierne prawo wyborcze w przypadku wszelkich radnych samorządowych (i wójtów) przysługuje osobom karanim za przestępstwo umyślne z oskarżenia publicznego, osobom, które popełniły to przestępstwo, lecz zapadł wyrok o warunkowym umorzeniu postępowania. Prócz tego osobom pozbawionym praw publicznych, a także pozbawionym prawa wybieralności z mocy przepisów lustracyjnych. Mechanizm weryfikacyjny polega na tym, że kandydat składa oświadczenie o niekaralności co do sytuacji jak wyżej wg wzoru opracowanego przez PKW w oparciu o kompetencję zawartą w art. 11.1.4 ordynacji. Jedynie zaś w przypadku powzięcia przez komisję wyborczą podejrzania o nierzetelność tego oświadczenia, korzysta ona z możliwości zasięgnięcia informacji w KRK. Wygaśnięcie mandatu wójta następuje stosownie do art.27 ustawy o bezpośrednim wyborze wójta... , z dniem wydania przez sąd powszechny orzeczenia oddalającego odwołanie od uchwały rady, o ile oczywiście ta uchwała – stwierdzająca wygaśnięcie mandatu – została zaskarżona (od początku nowej kadencji samorządu w 2010 r będzie tu właściwy sąd administracyjny). Co do pozostałych pracowników samorządowych z wyboru – tj. wybranych przez radę powiatu ( sejmik samorządowy) członków zarządów powiatów i województw, brak jest przepisów o obligatoryjnym rozwiązaniu z nimi stosunków pracy w razie utraty przez nich mandatu spowodowanej skazaniem (czy warunkowym umorzeniem postępowania) za przestępstwo umyślne z oskarżenia publicznego. W dodatku nie wydaje się, by obowiązek taki (tzn. obowiązek rady do odwołania członka zarządu wobec powzięcia wiadomości o jego karalności) można było wysnuć z przepisów o zarządzeniu zastępczym (85a usp., 86a usw). Przypisy te ( zresztą bliźniaczo podobne) stanowią, że wojewoda wydaje zarządzenie zastępcze w razie nie odwołania przez radę m.in. członka zarządu powiatu wzgl. województwa wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 190.2 lub ust. 6 samorządowej ordynacji wyborczej oraz z art. 5 ust 2,3 i 5 ustawy o ograniczeniu działalności gospodarczej przez osoby piastujące funkcje publiczne. Problem w tym, że nie są to te same obowiązki. Wg art. 190 ordynacji należy stwierdzić wygaśnięcie mandatu radnego w razie zajścia określonych sytuacji (m.in. karalność za przestępstwo umyślne ścigane z urzędu). Wg. zaś art. 5 ustawy o ograniczeniu... należy pozbyć się ze stanowiska funkcjonariusza publicznego (m.in. członka zarządu powiatu i województwa), lecz nie z uwagi na jego karalność, a z powodu prowadzenia przezeń niedozwolonej tą ustawą aktywności gospodarczej. Zatem wojewoda nie ma *de lege lata* podstaw, by żądać od rady odwołania członka zarządu powiatu czy województwa dlatego, że jest on karany a jedynie dlatego że narusza on zakazy działalności gospodarczej . Może jedynie żądać, by utracił on w tej sytuacji mandat radnego (jeśli ten takowy posiada, co nie zawsze ma miejsce), co i tak bezpośrednio nie zagrazi jego sytuacji pracowniczej . Zatem wystarczy, że sprzyjająca im (mimo wyjścia na jaw ich karalności) rada powiatu (sejmik) ich nie odwoła i nadal mogą oni pełnić swą funkcję. Poza wszystkim zaś, pozaetatowi członkowie zarządu województwa i powiatu, skoro ani nie są radnymi ani nie piastują stanowiska urzędniczego, w ogóle nie podlegają wymogom

niekaralności. Konkludując, *de lege lata* sytuacje, w których w majestacie prawa funkcję członka zarządu powiatu czy województwa może pełnić osoba karana (i to za przestępstwa umyślne ścigane z urzędu), są wcale liczne. Sytuacja tych osób jest zatem zasadniczo różna od sytuacji wójta, w przypadku którego rada zawsze musi (nie zaś jedynie może) pozbawić go mandatu.

Można też na zakończenie zauważyć, że podobne trudności mogą wynikać przy weryfikacji wymogu korzystania z pełni praw publicznych, który dotyczy wszystkich bez wyjątku pracowników samorządowych. Również bowiem i w tym względzie nie istnieje ustawowo, ani też nie jest wykształcony w praktyce żaden mechanizm weryfikacyjny. Ten przypadek jest jednak na szczęście daleko mniej doniosły praktycznie. Po pierwsze bowiem, kara pozbawienia praw publicznych jest wymierzana bardzo rzadko (art. 40 § 2 kk), zaś po drugie, jej wymierzenie z reguły bywa mocno nagłośnione, zatem trudno ten fakt ukryć w przyszłości.

**7. Propozycje *de lege ferenda*.** Przedstawione uregulowania nie są zatem doskonałe, zwłaszcza przez to, iż bynajmniej nie gwarantują przestrzegania wymogu niekaralności przez objętych nimi funkcjonariuszy publicznych. Nawet co do regulacji stosunkowo najbardziej rozwiniętej (i w dodatku częściowo zrecenzowanej w/w wyrokiem TK z 20.I.2009r) r dotyczącej pracowników samorządowych, nadal pozostaje w niej nie uregulowana duża ilość nader istotnych zagadnień, jak np. to, w jaki sposób pracodawca samorządowy winien *pro futuro* monitorować wymóg niekaralności swych pracowników. Akcja ustawowa z sierpnia 2006 miała charakter jednorazowy i zakończyła się na przełomie 2006/7. Wprawdzie formalnie pracodawca samorządowy posiada uprawnienia do sięgania do KRS, ale dotychczasowe doświadczenie uczy, że raczej zeń nie korzysta. Należy zatem obawiać się, że za krótki czas szeregi pracowników samorządowych znów zaroją się od osób skazanych, bowiem nie widać woli sprawdzania tej okoliczności. *De lege lata* nie zapobiega temu nawet praktyka odbierania od pracowników w procesie naboru pisemnych zapewnień o niekaralności. Kandydat bowiem niczym dodatkowo nie ryzykuje składając takie oświadczenie kłamliwie. Nie posiada ono rygoru odpowiedzialności karnej, jak za fałszywe zeznania, grozi jedynie zwolnieniem z pracy – a przecież i tak w razie wyjścia na jaw określonej w ups karalności pracownik ten traci pracę. W dodatku – jak już wspomniano – tryb publicznego naboru obejmuje jedynie urzędników samorządowych umownych, a i to nie wszystkich.

Jak zatem powinna wyglądać prawidłowa i kompletna prawna regulacja wymogu niekaralności? Przede wszystkim, winien zostać określony w sposób precyzyjny zakres podmiotowy i przedmiotowy wymogu. Co do regulacji zakresu podmiotowego nie ma m. zd, jakichś większych wątpliwości interpretacyjnych – przepisy są na ogół jednoznaczne, a krąg osób objętych przedmiotowym wymogiem zostanie wnet nareszcie poszerzony o parlamentarzystów. Można jednak mówić o pewnych niekonsekwencjach decyzji ustawodawcy w tym zakresie – jak np. nie objęcie wymogiem niekaralności społecznych członków zarządów powiatów i województw w sytuacji, gdy członkowie etatowi są nim objęci. Ponadto, było by pożądane, gdyby wymóg ten był sformułowany wprost, nie zaś – jak w przypadku sędziów i prokuratorów – wysnuwany pośrednio z wymogu posiadania „nieskazitelnego charakteru” oraz z obowiązku przedłożenia przez kandydata „informacji z KRK dotyczącej jego osoby”

Niestety gorzej przedstawia się sytuacja odnośnie zakresu przedmiotowego wymogu niekaralności. Przepisy albo w ogóle nie precyzują rodzaju przeciwwskazanej karalności (jak w w/w przypadkach sędziów i prokuratorów, a także np. adwokatów), albo czynią to w sposób ogólny (np. kandydat na policjanta ma być „niekarany”), a jedynie część przepisów określa w sposób czytelny kategorię przestępstw, udaremniających objęcie danej funkcji (najczęściej są to

przestępstwa umyślne ścigane z oskarżenia publicznego). Było by wskazane, by ta kwestia w każdym przypadku była ściśle sprecyzowana, choć oczywiście nie należy postulować tu jakiegoś jednolitego modelu – istnieją funkcje, gdzie jakakolwiek karalność powinna być przeszkodą, ale też i takie, gdzie nie jest potrzebne określanie jej zbyt szeroko.

Kolejna kwestia, to określenie postaci karalności dyskwalifikującej w piastowaniu danej funkcji. Również i tu panuje bardzo duża różnorodność. Najczęściej stosuje się formułę o „prawomocnym” skazaniu. Niemniej, niekiedy przepisy nie wymieniają słowa „prawomocnie”, a tylko stanowią, że kandydat nie może być skazany, czy nawet ogólniej – karany (nie każdy wszak wyrok skazujący zawiera wymierzenie kary). Dzieje się tak np. co do inspektorów kontroli ZUS (art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy z 13.X.1998 o systemie ubezpieczeń społecznych, administracyjnych pracowników sądów i prokuratury (art. 2 i 12 ustawy z 18.XII. 1998 o pracownikach sądów i prokuratury), policjantów i innych służb pokrewnych. Z jednej strony można by zatem sądzić, że również nieprawomocne skazanie wywołuje tu skutek prawny. Z drugiej, część tych ustaw zawiera obowiązek zasięgnięcia informacji z KRK – gdzie zarejestrowane są jedynie wyroki prawomocne. Jednak uważam, że w tych przypadkach pierwszeństwo ma wykładnia literalna (z dodatkowy m argumentem systemowym *a contrario* z innych ustaw, gdzie używane jest słowo „prawomocnie”. W dodatku, np. w części z tych ustaw ( np. policja, CBA,) funkcjonariusza dyskwalifikuje także przestępstwo „oczywiste” (wzgl. „którego popełnienie nie budzi wątpliwości”), co wskazuje, że nie użycie słowa „prawomocnie” było w tych aktach zamierzone. Wreszcie, istnieją również akty, w których przeciwwskazaniem dla zatrudnienia kandydata jest już nawet nie skazanie, a toczące się postępowanie karne (jak np. co do w/w pracowników sądów i prokuratury, przeciwko którym aby zostali zatrudnieni nie może się toczyć postępowanie o przestępstwo umyślne z oskarżenia publicznego).

Oczywiście, wątpliwości co do postaci i fazy karalności nastroczają te wszystkie ustawy, które w ogóle bezpośrednio wymogu niekaralności nie formułują . Dotyczy to zatem np. sędziów, prokuratorów i adwokatów.

Prawidłowa regulacja w tej mierze powinna zatem bezwzględnie w każdym przypadku określać postać karalności, wskazując, czy chodzi o ukaranie prawomocne, czy też nie, a ponadto, czy ma tu znaczenie fakt ( ew. też postać) skazania. Jeśli zaś chodzi o te sytuacje, w których względ na interes publiczny dyskwalifikować kandydatów jeszcze ostrzej, tj. np. już z uwagi na oczywistość przestępstwa czy samo toczenie się postępowania przygotowawczego, należy to w każdym przypadku wyraźnie określić. We wszystkich zaś przypadkach, gdzie przepisy nie mówią bezpośrednio o wymogu niekaralności, a o „nieskazitelnej opinii”, „nieskazitelnym charakterze”, czy o „dawaniu rękojmi należytego wykonywania zawodu” warto przynajmniej rozważyć doprecyzowanie np. tego rodzaju, że w każdym przypadku prawomocne skazanie na przestępstwo (jakikolwiek, czy określonego rodzaju) uważane jest za niespełnienie w/w kryteriów etycznych.

Kolejnym zagadnieniem jest dokumentowanie faktu pożądanej niekaralności. Także i tu panuje całkowita różnorodność: ustawy milczą w tej kwestii (co zmusza pracodawców np. do opracowywania rozmaitych wzorów oświadczeń) , albo nakazują pracodawcy (wzgl. organowi nadającemu określony status pozapracowniczy) zasięgnięcie informacji z KRK, albo nakazują żądanie tej informacji od kandydata (przy czym bodaj tylko ustawa o adwokaturze wzmiankuje, że owo zaświadczenie winno być świeże, nie krócej niż sprzed miesiąca), albo nakazują złożenie informacji pisemnej przez kandydata, z rygorem lub bez rygору odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Wreszcie, istnieją też procedury sprawdzania osoby kandydata ( a w tym i jego niekaralności) przez służby specjalne.

Jest oczywistym, że prawidłowa regulacja nie może pominąć również sposobu weryfikowania niekaralności. Nie wystarczy tu jedynie możliwość sprawdzenia kandydata zawarta w ustawie o KRK, bowiem po pierwszy nie obejmuje ona np. osób nie będących pracownikami, a po drugie sprawdzenie to w większości przypadków kosztuje 50 zł od osoby. Nie można zaś zwolnić od opłaty wszystkich przypadków zatrudniania w sektorze publicznym, bo stało by się to ze szkodą dla budżetu KRK. Zatem ustawy winny zawierać albo wymóg zasięgnięcia (lub zażądania przedłożenia od kandydata) takiego zaświadczenia ( i to z odpowiednio świeżą datą!), albo też przynajmniej wymóg złożenia przez kandydata oświadczenia o niekaralności, koniecznie m. zd. pod rygorem odpowiedzialności za składanie fałszywych zeznań ( zatem tak, jak w art. 17 prawa zamówień publicznych czy art. 68.3 prawa o adwokaturze). Brak tego rygору sprawi (jak już wspomniano), że kandydat nie będzie miał interesu się przyznać do karalności (skoro w razie jej wyjścia na jaw i tak pracę by utracił).

Poza tym, aby wymóg niekaralności nie pozostał ignorowany, pilne wydaje się być stworzenie jakiegokolwiek systemu monitorowania przesłanki niekaralności – inaczej będzie ona nadal w wielu przypadkach fikcją. Najtańsze wydaje się być odbieranie nie tylko u początku zatrudnienia, ale i następnie co pewien czas od pracownika oświadczenia w tym względzie, wyposażonego przez ustawodawcę w sankcję karnoprawną jak za złożenie fałszywych zeznań. Nie może to być przy tym częstotliwość zbyt duża, ani też zostawiona arbitralności pracodawcy, bowiem nie powinna służyć np. szykanowaniu pracownika.

Oczywiście, ten mechanizm nie musiałby we wszystkich przypadkach zastąpić mechanizmów innych - jak uzyskiwanie informacji z KRK, bieżące sprawdzanie niekaralności funkcjonariuszy przez służby specjalne, lub też obowiązek sygnalizacji po stronie sądów karnych. Nie może jedynie istnieć taka sytuacja, w której żaden system monitoringu niekaralności nie istnieje. Oczywiście, system taki nie może być uznawany za jedyne źródło uzyskiwania wiadomości o karalności funkcjonariusza i nie może stanowić alibi dla jego zwierzchnika, iż ten nie zareagował na np. nieoficjalne, czy prasowe sygnały w tym względzie.

Musi też istnieć wyraźny system konsekwencji stwierdzenia karalności. W każdym przypadku winno być ustanowione, iż konsekwencją jest niezwłoczna utrata pracy (czy funkcji pozapracowniczej). Przy czym jeśli owej informacji sam karany nie zataił, nie powinny go dotknąć żadne konsekwencje dodatkowe. Utrata pracy na skutek zaistnienia karalności nie może być traktowana jako jakaś sankcja w tym stosunku pracy, a tylko jako spełnienie nakazu ustawowego – co wyraźnie zaznaczył TK w swym w/w wyroku z 20 stycznia 2009. Pożądaną formą rozwiązania stosunku pracy wydaje się tu zatem wypowiedzenie, jako normalny i względnie niekonfliktowy sposób kończenia tego stosunku. Natomiast nie wydaje się być prawidłowa formuła ustawiania stosunku pracy „z mocy prawa” ( tak stanowi ustawa o pracownikach urzędów państwowych z 1982 r. w razie skazania na utratę praw publicznych), ani też formuła wygaśnięcia (tak np. stanowi art. 55 ust. 12 ups odnośnie pracowników mianowanych). Nie wiadomo bowiem zawsze od razu o fakcie skazania, a zatem nie jest jasne, w jakiej dacie owo „wygaśnięcie” mogło by następować. Wiąże się z tym jeszcze jeden problem, mało dotychczas dostrzegany. Otóż ustawowe wymogi zwolnienia z pracy osoby karanej mogą się zderzyć z również ustawowymi wymogami ochrony danego stosunku pracy w konkretnych sytuacjach. Np. założmy, że do wiadomości wójta doszła informacja, iż jego podwładny na stanowisku urzędniczym został prawomocnie skazany za przestępstwo popełnione z winy umyślnej ścigane z oskarżenia publicznego. Ale pracownik ten jest równocześnie reprezentantem zakładowej organizacji związkowej w rozumieniu art. 32 ustawy o związkach zawodowych i zrzeszający go związek nie wyraża zgody na jego zwolnienie. Albo – jest on radnym w innej gminie i rada tej gminy nie daje w trybie art. 25 ust. 2 usg zgody na jego zwolnienie. Albo – jest



to kobieta w ciąży i jej związek zawodowy nie wyraża zgody na jej zwolnienie (art. 177 par. 1 kp). W tych sytuacjach istnieje nie tylko konflikt nakazów normatywnych, ale i zderzenie na płaszczyźnie aksjologicznej - interesu publicznego z racjami również nie dotyczącymi jedynie interesu prywatnego (ochrona radnych, działaczy związkowych czy kobiet w ciąży leży też w interesie publicznym). Nie we wszystkich sytuacjach da się konflikt usunąć poprzez przeniesienie pracownika do innej pracy, gdzie wymóg niekaralności nie obowiązuje. Wydaje się, że konieczna jest tu interwencja legislacyjna. Uważam przy tym, że pierwszeństwo należy się wymogowi niekaralności. Jest on niezbędnym warunkiem funkcjonowania w danej roli publicznej. Dlatego jest on sformułowany sposób kategoriowy i nie doznający wyjątku (w odróżnieniu od wymogu ochrony stosunków pracy w/w osób, gdzie dopuszczalne jest jego uchylenie za zgodą np. związku zawodowego czy rady gminy).

Konsekwencja zaistnienia faktu karalności, w postaci zwolnienia z pracy (funkcji, służby) nie powinna być przy tym sformułowana fakultatywnie (iż w razie jego zaistnienia pracodawca jedynie „może”, nie zaś musi pozbyć się osoby karanej). Zwrócił na to uwagę TK w w/w wyroku z 20.I.2009 r uznając za legalny nakaz ustawowy zwolnienia za wypowiedzeniem w 2006 r karanych urzędników samorządowych m. in. dlatego, że nakaz ten dotknął obligatoryjnie wszystkich karanych bez wyjątku. Dlatego nie można uznać za prawidłowy stan, w którym z jednej strony wszyscy pracownicy starostwa i powiatu zatrudnieni na podstawie wyboru mają być nie karani, a z drugiej rada powiatu (sejmik samorządowy) nie mają obowiązku ( a jedynie prawo) odwołać danego członka zarządu jst.

Jedynie w sytuacji, gdy ma miejsce przestępstwo innego rodzaju niż zabronione wymogiem niekaralności, wymagające *in casu* rozstrzygnięcia, czy stanowi ono przeciwwskazanie do kontynuowania zatrudnienia, można dopuścić fakultatywność decyzji. Tak jest np. w art. 52 kp, a także w ustawie o Policji co do przestępstw innych niż umyślne ścigane z oskarżenia publicznego. Jednak w sektorze publicznym pożyteczny byłby zapis, że także co do przestępstw innych niż bezwzględnie uniemożliwiające zatrudnienie, pracodawca ( zwierzchnik itp) nawet gdy nie ma obowiązku zwolnienia podwładnego, ma jednak obowiązek rozważenia tej kwestii.

Wszystkie przedstawione wyżej regulacje zawierają jeszcze jeden istotny brak – nie określają mianowicie konsekwencji zaniedbania obowiązków związanych z wymogiem niekaralności, a spoczywających na stronie drugiej (tj. na pracodawcy, zwierzchniku służbowym, organie nadzoru itp). Skoro bowiem wymóg niekaralności ma charakter dwustronny ( również i pracodawca ma np. sprawdzać fakt niekaralności kandydata na pracownika, badać sygnały w tej mierze otrzymane już w trakcie zatrudnienia oraz rozwiązywać stosunki pracy osób karanych), to i sankcje za niedochowywanie tego wymogu winny dotyczyć obie strony. Zwierzchnik zaniedbujący pilnowanie tego wymogu naraża też na szwank interes publiczny. Sankcje ogólne (np. z art. 230 kk) raczej nie budzą niczyjego przestrochu, czego dowodem jest powszechne ignorowanie nie tylko przestrzegania wymogu niekaralności, ale i np. obowiązku składania oświadczeń majątkowych, czy zatrudniania pracowników sektora publicznego w trybie publicznego naboru.

Nie widać przyczyn, dla których nie dało by się tych oczywistych regulacji jak najprędzej wprowadzić. W ich bowiem braku wymóg niekaralności pracowników i funkcjonariuszy publicznych pozostaje w dużej mierze jedynie na papierze. Ponadto, luki istniejących regulacji powodują i będą powodowały istotne wątpliwości praktyczne. Np. skoro nie jest ściśle określony tryb weryfikowania niekaralności przyszłych posłów i senatorów, nie wiadomo będzie, co począć w sytuacji, gdy już w trakcie ich mandatów ujawni się karalność któregoś z nich. Jest to całkiem możliwe np. w przypadku przestępstw albo tak starych, że kandydat uważa je za zatarte, albo tak

nowych, iż nie zaistniały jeszcze w rejestrze. Ponadto należy wziąć poprawkę na często panujący w aktach sądowych bałagan, ginięcie akt itp. To tylko jeden z wielu możliwych problemów.

Możliwa jest też sytuacja, w której ktoś zażąda np. od starosty w trybie ustawy z 2000 r o dostępie informacji publicznej, by ten poinformował o niekaralności (wzgl. karalności) innego członka zarządu powiatu. Czy wówczas starosta będzie musiał wypełnić to żądanie? W jaki sposób – czy jedynie wskazując na oświadczenie tego członka zarządu, czy poprzez zasięgnięcie wiadomości w KRK? Czy może wówczas zasłonić się potrzebą prywatności osoby fizycznej? Wątpię, skoro niekaralność jest wymogiem oficjalnym. Zresztą, cóż stoi na przeszkodzie zadaniu pytania, czy starostwo spełnia ustawowy wymóg zatrudniania na stanowiskach z wyboru wyłącznie osób niekaranych?

Dalsze mnożenie hipotetycznych trudności wynikających z nazbyt skąpych *de lege lata* unormowań nie jest celowe.

Jednak można w jednym aspekcie doszukać się cech pozytywnych istniejących regulacji: są one i tak o niebo lepsze, niż te poświęcone karalności czy to w trybie ustawy z 17 marca 2004 o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ( Dz.U. 2005 nr 14 poz . 114), czy to w trybie art. 373 prawa upadłościowego (zakazu działalności za zawinione doprowadzenie podmiotu gospodarczego do upadłości), czy też wreszcie niż wszelkie sankcje wydalenia z urzędu orzekane w ramach rozmaitych urzędniczych odpowiedzialności dyscyplinarnych. Cechą tych wszystkich systemów jest peryferyjność ich zasięgu, a przez to ich faktyczna nieskuteczność. Jednak rozważania na ich temat przekraczają ramy niniejszego tematu.

Stefan Płazek, Kraków 8 marca 2010 r.