



Warszawa, 22 września 2016 r.

Uwagi dotyczące profilowania pomocy dla osób bezrobotnych¹

W odpowiedzi na pismo z dnia 21 czerwca 2016 r. oraz spotkanie z przedstawicielami Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej (dalej: **MRPiPS**) Fundacja Panoptykon przekazuje swoje uwagi i propozycje dotyczące problemu profilowania pomocy dla osób bezrobotnych (dalej: **profilowanie pomocy**). Jednocześnie zastrzegamy możliwość wskazania dalszych postulatów w przypadku ogłoszenia prac legislacyjnych dotyczących nowelizacji ustawy o promocji zatrudnienia instytucjach rynku pracy.

1. Niezbędność profilowania

Naszym zdaniem MRPiPS powinno jasno wykazać czy mechanizm profilowania w obecnym kształcie spełnił deklarowane przed jego przyjęciem cele, czy jest narzędziem skutecznym oraz jakie korzyści związane są z jego wykorzystywaniem.

Jest to o tyle istotne, że profilowanie pomocy ma istotne znaczenie dla faktycznej realizacji wolności zatrudnienia i prawa do pracy ujętych w art. 65 i 66 Konstytucji RP. Zgodnie z art. 65 ust. 5 władze publiczne mają obowiązek prowadzenia polityki pełnego, produktywnego zatrudnienia poprzez realizowanie programów zwalczania bezrobocia. Na podstawie art. 81 Konstytucji RP prawa wynikające z art. 65 ust. 5 mogą być dochodzone w granicach określonych w ustawie. Przepis ten ma więc charakter normy programowej – stąd władze mają dosyć dużą swobodę w praktycznym sposobie jego realizacji. Nie oznacza to jednak, że z tego typu norm nie wynikają obowiązki organów publicznych oraz że nie wynikają z nich konstytucyjnie chronione prawa socjalne². Co więcej, zgodnie z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2000 r. (sygn. K 1/99) z art. 65 ust. 5 Konstytucji RP można wywieść minimum praw obywatelskich jako odpowiednik minimum obowiązków organów władzy publicznej.

Stoimy na stanowisku, że ograniczenie tego „minimum praw obywatelskich”, które wynikają z art. 65 ust. 5 Konstytucji, powinno podlegać zasadom ograniczania konstytucyjnych praw i wolności ujętych w art. 31 ust. 3. Dodatkowo, w realizacji swoich zobowiązań władze muszą kierować się innymi zasadami konstytucyjnymi, jak chociażby zasada legalizmu czy niedyskryminacji.

Badania przeprowadzone przez Fundację Panoptykon oraz Fundację Idea Rozwoju wskazały różnego rodzaju problemy dotyczące realizacji profilowania pomocy. Zaliczyć należy do nich m.in.: obniżenie standardu przejrzystości przyznawania wsparcia dla osób bezrobotnych, ryzyko

¹ Uwagi przygotowane przez Jędrzeja Niklasa

² J. Oniszczyk, *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne*, Warszawa 2005, s. 211.

³ Dawny art. 49 ustawy o promocji zatrudnienia i instrumentach rynku pracy.

⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 listopada 2010 r. (Sygn. akt P 32/09)

⁵ J. Oniszczyk, *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne*, Warszawa 2005, s. 211.

⁶ Cytat z uzasadnienia: „Zatem wobec treści wniosku skarżącej fundacji z dnia 20 lipca 2015 r. w zakresie

dyskryminacji i stygmatyzacji związane z faktyczną kategoryzacją osób bezrobotnych oraz występowanie przypadków, gdzie profilowanie ogranicza szansę na uzyskanie jakiegokolwiek pomocy. Problemy te nie są tylko i wyłącznie konsekwencją złej implementacji przepisów prawnych, ale wynikają z ich konstrukcji.

Jednocześnie, jak wykazały badania ankietowe sporządzone przez Fundację Idea Różnorodności, nawet w gronie pracowników powiatowych urzędów pracy pojawiają się liczne wątpliwości dotyczące modelu profilowania pomocy oraz słuszności jego utrzymania. Biorąc pod uwagę te problemy należy postawić pytanie, czy profilowanie pomocy jest narzędziem niezbędnym, a korzyści płynące z jego wprowadzenia przeważają nad kosztami dla praw jednostki.

Jeżeli MRPiPS zdecyduje się na utrzymanie profilowania pomocy oczekujemy na poziomie uzasadnienia ustawy przeprowadzenia testu niezbędności i proporcjonalności.

Uważamy również, że Trybunał Konstytucyjny powinien ocenić, czy przepisy dotyczące przydzielania pomocy dla osób bezrobotnych przy pomocy systemu informatycznego są zgodne z normami Konstytucji RP.

2. Jasne określenie modelu profilowania

MRPiPS wskazuje, że ostateczną decyzję o profilowaniu pomocy dla bezrobotnych podejmuje zawsze doradca klienta. Nie możemy do końca zgodzić z tym stwierdzeniem. Jak wykazały nasze badania oraz badania Fundacji Idea Rozwoju, urzędnicy powiatowych urzędów pracy stosują różnie narzędzie do profilowania pomocy. Jedną ze stosowanych strategii opiera się na pełnym automatyzmie – jest to sytuacja, w której o przydzieleniu do profilu decyduje system informatyczny na podstawie odpowiedzi udzielonych w trakcie wywiadu. Występują więc sytuacje, w których doradcy klienta traktują mechanizm profilowania nie jako rekomendację a swoistą „decyzję” podejmowaną przez system informatyczny. Liczba takich sytuacji jest trudna do oszacowania, jednak z punktu widzenia ochrony praw i wolności człowieka stwarzają one największe zagrożenia. Jeżeli więc MRPiPS zdecyduje się na utrzymanie mechanizmu profilowania jako takiego, należy jasno stwierdzić, że ma on charakter instrumentu doradczego. Takie podejście powinno znaleźć swoje odzwierciedlenia na poziomie prawnym oraz w innych działaniach (np. szkolenia czy wytyczne).

3. Przejrzystość

Podtrzymujemy, że najważniejszym problemem dotyczącym systemu profilowania w urzędach pracy jest jego nieprzejrzystość. Samo profilowanie stanowi fundamentalną zmianę paradygmatu w podejściu do usług publicznych i konstytucyjnie chronionych praw socjalnych. W poprzednio obowiązujących przepisach ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy o możliwości ubiegania się o konkretne formy wsparcia decydowały jasno wskazane kryteria³. Profilowanie pomocy zupełnie zmieniło tę logikę. O ile przepisy prawne wskazują, jakie dane są przetwarzane w trakcie kategoryzacji, to nie jest jasne, na jakiej dokładnie podstawie dany profil jest przyznawany, a w efekcie jaką pomoc osoba bezrobotna ma szansę otrzymać. Informacje te zawarte są jedynie w dokumentach wewnętrznych MRPiPS. Naszym zdaniem taki stan rzeczy jest niepożądany i niekorzystnie wpływa na przejrzystość i pewność systemu prawnego oraz funkcjonowanie administracji publicznej.

Obecnie w działaniu instytucji publicznych stosuje się różnego typu kwestionariusze, które wpływają na status prawny czy interesy jednostki. Dotyczy to np. testów wiedzy w przypadku

³ Dawny art. 49 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.

egzaminu warunkującego otrzymanie prawa jazdy czy testów psychologicznych, np. warunkujących dopuszczenie do wykonywania zawodu sędziego. Jednak stosowanie tego typu porównań do przypadku profilowania pomocy jest obarczone błędem. Jak wskazaliśmy powyżej możliwość uzyskania wsparcia w okresie bezrobocia jest jednym z elementów konstytucyjnie chronionej wolności wyboru pracy czy prawa do pracy. W związku z tym ustawodawca nie ma absolutnej swobody w określaniu zasad i zakresu tego wsparcia. Z kolei możliwość skorzystania z konkretnej ścieżki zawodowej (w tym wypadku np. wykonywanie zawodu sędziego), nie jest treścią prawa do wolności wyboru i wykonywania zawodu ujętego chociażby w art. 65 ust. 1 Konstytucji. Testy wykonywane przy np. egzaminie na prawo jazdy stanowią natomiast sprawdzian z wiedzy obywatela, który nijak ma się do decyzji o przyznaniu lub odmowie wsparcia dla osoby bezrobotnej, która wynika przecież z obiektywnej sytuacji życiowej i cech konkretnej osoby.

Podstawowym wymogiem, wynikającym z ogólnej zasady państwa prawa, jest przejrzystość zasad przydzielania form pomocy. Naszym zdaniem w przypadku profilowania pomocy nie dochowano tego wymogu. Zgodnie z ugruntowanym już orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego z art. 2 Konstytucji RP „wynika nakaz przestrzegania przez ustawodawcę zasad poprawnej legislacji. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. Zasady te nakazują, aby przepisy prawa były formułowane w sposób precyzyjny i jasny. Warunek jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy mogą oczekiwać stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością przepisu jego precyzja powinna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie”⁴. Co więcej, Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją uznaje takie przepisy, które poprzez swoją niejasność prowadzą do niekonstytucyjnych skutków: „Kontrolowane przez Trybunał normy stanowią bowiem fragment mechanizmu, który ma umożliwić uzyskanie zasiłku (pielęgniackiego) przez osobę niepełnosprawną. Problemem nie jest tu sama treść normy określającej termin, od którego taki zasiłek należy przyznać. Problemem konstytucyjnym jest fakt, że funkcjonowanie mechanizmu, którego część tworzy rozpatrywana norma, nieuchronnie prowadzi do niekonstytucyjnych skutków”⁵.

W związku z tym, uważamy, że MRPiPS powinno na poziomie systemowym zadbać o zwiększenie przejrzystości mechanizmu profilowania pomocy biorąc pod uwagę następujące elementy:

- zwiększenie precyzyjności na poziomie przepisów prawnych;
- nałożenie na doradców klienta obowiązku poinformowania osoby bezrobotnej o profilowaniu, jego konsekwencjach oraz o przysługujących jej uprawnieniach;
- przygotowanie odpowiednich materiałów i szkoleń dla pracowników PUP ułatwiających komunikowanie zasad i konsekwencji profilowania;
- upublicznienie zasad podejmowania decyzji ujętych w mechanizmie profilowania osób bezrobotnych.

⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 listopada 2010 r. (Sygn. akt P 32/09)

⁵ Ibidem.

W tym miejscu chcielibyśmy również zaznaczyć, że zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 22 kwietnia 2016 roku (sygn. II SAB/Wa 1012/15)⁶ tzw. kwestionariusz profilowania oraz punktacja odpowiedzi stanowią informację publiczną. Jednocześnie sąd nie rozstrzygnął czy i na jakich zasadach informacja ta powinna być udostępniona lub nie. Naszym zdaniem w obowiązującym systemie prawnym nie istnieją przesłanki uzasadniające odmowę udostępnienia kwestionariusza profilowania czy zasad punktacji, co w pośredni sposób potwierdziło też MRPiPS wykonując wspomniany wyżej wyrok. Uważamy, więc że przy wprowadzaniu zmian prawnych dotyczących profilowania pomocy MRPiPS powinno uwzględnić wymóg jego dostępności.

4. Dyskryminacja

Jak już podnosiliśmy wcześniej z profilowaniem pomocy wiąże się realne ryzyko dyskryminacji. Wynika ono przede wszystkim z przyjętego modelu profilowania oraz działania konkretnych form wsparcia, szczególnie tych adresowanych dla III profilu. Jak pokazuje praktyka, znacząca liczba PUP nie organizuje m.in. programów specjalnych. W związku z tym osoby przypisane do tego profilu mogą zostać pozbawiane szansy na uzyskanie jakiegokolwiek wsparcia. Na podstawie informacji uzyskanych z MRPiPS wiemy, że takie cechy jak płeć, niepełnosprawność czy wykształcenie są różnie punktowane i zwiększają prawdopodobieństwo przypisania do III profilu. Oczywiście zgadzamy się, że te ww. czynniki mają istotny wpływ na sytuację osoby bezrobotnej i jej możliwość powrotu na rynek pracy. Jednak w obecnej sytuacji przyjęty model profilowania nie zawsze prowadzi do wyrównywania szans tych osób.

Tzw. akcja afirmatywna jest dopuszczona (a nawet rekomendowana) zarówno na podstawie prawa konstytucyjnego oraz międzynarodowych umów z zakresu praw człowieka. Niestety, w przypadku profilowania pomocy trudno powiedzieć, że mamy do czynienia z działaniami wyrównującymi szanse grup zagrożonych wykluczeniem. Wynika to z samej konstrukcji przepisów, które ustanawiają ograniczony zasięg wsparcia adresowanego dla III profilu – kategoryzacja działa więc niczym „blokada” i może przyczynić się do faktycznej dyskryminacji ze względu na ww. czynniki. Na gruncie przepisów prawnych należy więc zadbać o odpowiednie gwarancje, które by dyskryminacji przeciwdziałały. Szczególnie ważne jest, by osoby będące w szczególnej sytuacji np. ze względu na niepełnosprawność miały szansę otrzymać adekwatną pomoc ze strony PUP.

5. Kategoryzacja osób

Należy również zauważyć, że profilowanie pomocy pomimo zapewnień i starań ze strony MRPiPS, stało się narzędziem nie tyle kategoryzującym pomoc, a same osoby bezrobotne. Wynika to z kilku czynników. Przede wszystkim do profilowania pomocy wykorzystuje się dosyć konkretny zakres danych osobowych. Ich analiza prowadzi do przypisania osoby do konkretnej grupy. Opisy tych grup zostały zamieszczone m.in. w Podręczniku do profilowania pomocy. Jednocześnie system nie uwzględnia indywidualnych problemów osoby bezrobotnej, które nie zostały np. ujęte w kwestionariuszu. W takiej sytuacji profilowanie pomocy staje się więc narzędziem „sortowania” i podziału bezrobotnych na grupy.

⁶ Cytat z uzasadnienia: „Zatem wobec treści wniosku skarżącej fundacji z dnia 20 lipca 2015 r. w zakresie pkt 2 i 3, spełniona została przesłanka przedmiotowa zastosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej w odniesieniu do powyższego wniosku. Tym bardziej, że w orzecznictwie sądowym przyjmuje się szerokie pojęcie informacji publicznej”.

Odwroćenie tej logiki wydaje nam się podstawowym celem ewentualnych zmian prawnych dotyczących profilowania pomocy. W tym kontekście kluczowe wydaje się dopasowanie form wsparcia nie do konkretnych grup społecznych wynikającą z szacunków statystycznych, ale przede wszystkim do różnych cech osób bezrobotnych (np. wieku czy innej szczególnej sytuacji). Naszym zdaniem profilowanie pomocy powinno raczej polegać na identyfikowaniu problemów danej osoby, które utrudniają powrót na rynek pracy niż narzędziem służącym do „szufladkowania” ludzi.

6. Gwarancje prawne

Profilowania pomocy, zwłaszcza gdy ma ono charakter systemu automatycznie podejmującego decyzje, powinno być obudowane odpowiednimi gwarancjami ochrony praw osób bezrobotnych. Obok opisanego powyżej wymogu zwiększenia przejrzystości, na gruncie prawnym należy zagwarantować osobom bezrobotnym możliwość zawnioskowania o zmianę przydzielonego profilu. Osoba bezrobotna powinna mieć prawo zakwestionowania decyzji o przydzielonym profilu, wskazania jakiej oczekuje zmiany i dlaczego. Prawo takie nie powinno być warunkowane tylko zmianami sytuacji życiowej osoby bezrobotnej. Jak już podkreślaliśmy wcześniej, profilowanie nie uwzględnia wszystkich przyczyn pozostawania bez pracy – dlatego osoby bezrobotne muszą mieć realną możliwość wpływu na decyzję o tym, jaka pomoc jest im przydzielana. Uważamy również, że osoby bezrobotne powinny zostać skutecznie poinformowane o przysługujących im prawach w trakcie wywiadu przydzielającego ich do odpowiednich kategorii.

Innym ważnym elementem jest precyzyjne wskazanie, że system informatyczny profilujący pomoc jest tylko narzędziem pomocniczym. Urzędnicy biorący udział w profilowaniu muszą być uprawnieni do zmiany profilu wygenerowanego automatycznie. Procedura zmiany powinna być uwzględniona w przepisach prawnych, a nie jak dotychczas opisana tylko w dokumentach wewnętrznych. Dodatkowo naszym zdaniem urzędnik powinien jasno zakomunikować osobie bezrobotnej wyniki automatycznego przypisania profilu oraz ewentualne przyczyny jego zmiany.

Uważamy również, że rozwiązaniem wartym rozpatrzenia jest nadanie charakteru decyzji administracyjnej, rozstrzygnięciu o przyznaniu profilu pomocy. W takiej sytuacji decyzja taka będzie opatrzona pisemnym uzasadnieniem i będzie na nią przysługiwało odwołanie. Alternatywnie decyzja administracyjna mogłaby się pojawić w sytuacji, gdy odrzucony zostanie wniosek osoby bezrobotnej o zakwestionowanie przyznanego wcześniej profilu pomocy. Rozwiązania takie mogłyby dać osobom bezrobotnym skuteczniejszą ochroną oraz możliwość dochodzenia swoich praw.

Powyżej opisane gwarancje zostały ujęte w art. 22 oraz motywie 71 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), które uzyska moc obowiązującego aktu prawnego w 2018 roku.

7. Precyzyjność przepisów prawnych

Postulujemy, by przepisy dotyczące profilowania pomocy zostały zredagowane precyzyjniej. Przede wszystkim oczekujemy, że na gruncie prawnym zostanie jasno opisana procedura przydzielania profilu. To przepisy prawne, a nie instrukcja działania systemu informatycznego, powinny warunkować np. możliwość i tryb zmiany profilu wygenerowanego automatycznie. Innym ważnym aspektem jest katalog danych wykorzystywanych do profilowania. Przede wszystkim uważamy, że zakres danych przetwarzanych na potrzeby profilowania powinien być uregulowany na poziomie ustawy. Wymóg ten wynika m.in. z wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 2014 r. (sygn. akt K 33/13), który wskazuje, że zakres ingerencji w autonomię informacyjną jednostki powinien być opisany w ustawie. Na tym samym poziomie powinny być uregulowane uprawnienia osób, których dane dotyczą. Na gruncie przytaczanego orzeczenia dotyczy to m.in. prawa do wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania szczególnych kategorii danych czy prawa do uzyskania informacji o m.in. celach czy zakresie przetwarzanych danych. Ze względu na szczególny charakter profilowania pomocy opisywane przez nas powyżej uprawnienia osób bezrobotnych (np. prawo zakwestionowania profilu) powinny być również uregulowane na gruncie ustawy.

Do wiadomości:

1. Rzecznik Praw Obywatelskich
2. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych