PROBLEMY PRAWA i ADMINISTRACJI

PÓŁROCZNIK **1/2011**

pod redakcją Andrzeja Kojdera

WSZECHNICA POLSKA
SZKOŁA WYŻSZA
TOWARZYSTWA WIEDZY POWSZECHNEJ W WARSZAWIE

Recenzent
prof. dr hab. Helena Kisilowska

Zespół redakcyjny
prof. dr hab. Andrzej Kojder (redaktor naczelny), dr Mirosław Karpiuk,
dr Magdalena Rzemieniewska (sekretarz redakcji),
dr Marcin Tyszka, prof. dr hab. Edward Warzocha

Rada redakcyjna
prof. dr hab. Helena Kisilowska (przewodnicząca),
prof. dr hab. Andrzej Kojder, prof. dr hab. Józef Stępak,
prof. dr hab. Józef Stuchliński, prof. dr hab. Edward Warzocha

Redakcja wydawnicza
Bogumił Paszkiewicz

Projekt graficzny i typograficzny
Krystyna Bukowczyk, Agencja KUBA

Skład i łamanie
Agencja KUBA

Copyright © Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWP w Warszawie, 2011

ISSN 2083-554X

WSZECHNICA POLSKA
SZKOŁA WYŻSZA
TOWARZYSTWA WIEDZY POWSZECHNEJ W WARSZAWIE

Pałac Kultury i Nauki
00-901 Warszawa, pl. Defilad 1
rekrutacja@wszechnicapolska.edu.pl

www.wszechnicapolska.edu.pl

Spis treści

Od redaktora 4

Artykuły

Mirosław Karpiuk, **Państwo sprawne, skuteczne i przyjazne obywatelom** .. 7

Alicja Brand, **Dylematy urzędnicze. Podejście interdyscyplinarne** 23

Piotr Zuzankiewicz, **Jakość funkcjonowania administracji rządowej a obowiązki członków korpusu służby cywilnej** 39

Wojciech Drobny, **Nadzór organów administracji rządowej nad działalnością samorządu terytorialnego** 49

Viktoriya Babyak, Tomasz Borzymek, **Strona a podmiot na prawach strony w postępowaniu administracyjnym** 63

Marcin Tyszka, **Odpowiedzialność dyscyplinarna studentów. Problemy stosowania unormowań** 75

Magdalena Rzemieniewska, **Obowiązek organów władzy publicznej pomocy dziecku pozbawionemu opieki rodzicielskiej** 95

Andrzej Kojder, **Zawiedzione nadzieje. Opinia społeczna o pożądanym wpływie członkostwa Polski w Unii Europejskiej na bezpieczeństwo publiczne i wymiar sprawiedliwości** 113

Marzena Myślińska, Filip Radoniewicz, **Ingerencja organów państwa w prawo do poszanowania korespondencji w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka** 123

Jerzy Wojciech Wójcik, **Cyberprzestępczość a prawo** 133

Leszek Buller, **Jakość funkcjonowania służb specjalnych w wybranych krajach świata** 157

Adam Wiśniewski, **Prawne regulacje dotyczące podatku od gier** 167

Daniel Uszyński, Marcin Mazuryk, **Wybrane problemy ustawodawstwa podatkowego** 183

Marcin Mazuryk, **Zakres i formy nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad samorządem radców prawnych** 195

Zygmunt Dąbek, **Upadłość konsumencka. Polskie regulacje prawne** 203

Recenzje

Wiesław Wacławczyk (red.), Wokół współczesnych problemów ochrony praw człowieka, Wydawnictwo Erida, Warszawa 2009, ss. 247 (rec. Mirosław Karpiuk) 209

Sprawozdania

Sprawozdanie z konferencji naukowej pn. Jakość funkcjonowania władzy publicznej, zorganizowanej przez Zakład Prawa Wszechnicy Polskiej Szkoły Wyższej TWP w Warszawie w dniu 11 czerwca 2010 r. (Magdalena Rzemieniewska) 215

PROBLEMY PRAWA i ADMINISTRACJI **1/2011**
Issues in Law and Administration

Editorial 4

Articles

Efficient, effective and citizen-friendly state by Mirosław Karpiuk 7
Office dilemmas. Interdisciplinary approach by Alicja Brand 23
Quality of the functioning of government administration versus duties of the members of the civil service corps by Piotr Zuzankiewicz 39
Supervision of the local authorities' work by the government administration by Wojciech Drobny 49
Party versus legally entitled subject in the administrative proceedings by Viktoriya Babyak, Tomasz Borzymek 63
Disciplinary liability of students. Problems in application of legal regulations by Marcin Tyszka 75
The obligation of public administration institutions to help a child deprived of parental care by Magdalena Rzemieniewska 95
Unrequited hopes. Public opinion about the expected influence of Poland's membership in the European Union on public safety and the judiciary by Andrzej Kojder 113
Interference of state organs in the right of respect for correspondence in the light of the judicature by the European Tribunal of Human Rights by Marzena Myślińska, Filip Radoniewicz 123
Cyber crime and the law by Jerzy Wojciech Wójcik 133
Quality of functioning of special services in selected countries of the world by Leszek Buller 157
Legal regulations concerning tax on games by Adam Wiśniewski 167
Selected problems of tax legislation by Daniel Uszyński, Marcin Mazuryk 183
Range and forms of Minister of Justice's supervision of legal advisers' autonomy by Marcin Mazuryk 195
Consumer bankruptcy. Polish legal regulations by Zygmunt Dąbek 203

Book Reviews

Wiesław Wacławczyk (ed.) Contemporary problems in issues connected with human rights protection, Erida Publishers, Warsaw 2009, pp. 247 (by Mirosław Karpiuk) 209

Reports

Scientific conference report: The Quality of Public Authorities' Functioning, organized by the Law Department of the Wszechnica Polska Higher School of the Universal Education Society in Warsaw (by Magdalena Rzemieniewska) 215

Od redaktora

Przekazujemy PT Czytelnikom nowe czasopismo naukowe pod znanym już tytułem „Problemy Prawa i Administracji". W roku ubiegłym ten właśnie tytuł, przygotowany przez Zakład Prawa, ukazał się jako nr 1/2010 ZESZYTÓW NAUKOWYCH Wszechnicy Polskiej Szkoły Wyższej Towarzystwa Wiedzy Powszechnej w Warszawie.

Podobnie jak przed rokiem, adresujemy rezultaty naszej pracy zarówno do pracowników dydaktycznych, jak i do studentów, a także do szerszego grona odbiorców, zainteresowanych problemami współczesnego prawa i funkcjonowaniem administracji. Było i jest ambicją zespołu redakcyjnego, by „Problemy Prawa i Administracji" odgrywały znaczącą rolę w dydaktyce Wszechnicy Polskiej, by artykuły naszych autorów były czytane i dyskutowane na ćwiczeniach i seminariach, by korzystali z nich nasi studenci i wykładowcy.

Zaproszenie Uczelni do uczestnictwa w Radzie Wydawniczej czasopisma przyjęli wybitni znawcy przedmiotu, profesorowie – wykładowcy warszawskich szkół wyższych. Ich obecność daje gwarancję wysokiego poziomu naukowego i atrakcyjności „Problemów…".

Będziemy się ukazywać w formule półrocznika. Dwa razy w roku do rąk Czytelnika trafi przygotowany przez nas nowy numer. Przed rokiem zapraszaliśmy do współpracy autorów nie tylko z Wszechnicy Polskiej, ale także z innych, zaprzyjaźnionych uczelni. Dziś podtrzymujemy tę ofertę. Chcemy pozyskać szeroki krąg współpracowników. Zależało nam i zależy na publikacjach autorów młodych, na początku ich drogi akademickiej. Czekamy na teksty ciekawe, prezentujące zarówno nowe idee, jak też porządkujące zagadnienia, jeszcze nie dość dobrze rozpoznane.

Rok 2011 jest rokiem jubileuszu 10-lecia Wszechnicy Polskiej Szkoły Wyższej TWP w Warszawie. „Problemy Prawa i Administracji" w nowej formule wydawniczej to nasz wkład w ten jubileusz.

Andrzej Kojder
redaktor naczelny

Informacje dla autorów

- Do publikacji przyjmowane są wyłącznie teksty oryginalne, nigdzie uprzednio niepublikowane.
- Objętość nadsyłanych tekstów nie powinna przekraczać:

– artykuły: 42 000 znaków (łącznie ze spacjami, w tym przypisy);

– recenzje: 11 000 znaków (jw.);

– sprawozdania: 7500 znaków (jw.).

- Oczekujemy tekstów w postaci zapisu elektronicznego w programie Word (na płycie CD i/lub jako załącznik w poczcie elektronicznej).
- Do tekstów należy dołączyć dane o autorze (w szczególności stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej, adres domowy). Pracowników naukowych prosimy o podanie uczelni macierzystej.
- Tytuł winien być ujęty w formie możliwie zwięzłej.
- Tabele i wykresy umieszczamy na końcu tekstu, zaznaczając na odbitce proponowane miejsce ich prezentacji.
- Stosujemy przypisy dolne, bez osobnych zestawień bibliograficznych. W recenzjach i sprawozdaniach liczba przypisów winna być ograniczona do niezbędnego minimum.
- Nie stosujemy podkreśleń ani pogrubień, proponowane wyróżnienia prosimy zaznaczyć na odbitce. W zwrotach obcojęzycznych (np. *mutatis mutandis, prima facie*) – stosujemy kursywę, cytaty natomiast zapisujemy w cudzysłowach, bez kursywy. Cytat w cytacie wymaga cudzysłowów ostrokątnych (»…«).
- W tekstach powinna być uwzględniona specyfika zapisu bibliograficznego stosowana w „Problemach Prawa i Administracji".
- Redakcja nie zwraca nadesłanych materiałów.
- Wszystkie teksty podlegają ocenie recenzentów.
- Teksty zakwalifikowane do druku poddawane są niezbędnemu opracowaniu redakcyjnemu.

Mirosław Karpiuk

Państwo sprawne, skuteczne i przyjazne obywatelom

Wstęp

O właściwym funkcjonowaniu państwa decydują osoby, które piastują określone funkcje publiczne, czy zajmują określone stanowiska w aparacie pomocniczym. Działanie tych osób musi być oparte o właściwe standardy obowiązujące w demokratycznym państwie prawnym. Osoby, które reprezentują władzę, a także jej służą, muszą kierować się w działaniu takimi przymiotami jak rzetelność, zawodowość, bezstronność, skuteczność, celowość, czy życzliwość, które to cechy odpowiadają szeroko pojętej służbie publicznej.

Zawodowy charakter oznacza ogólnie wymagany profesjonalizm, a dla zajmowanego stanowiska – posiadanie określonych kwalifikacji szczególnych. Rzetelność będzie odnosiła się do terminowości, sprawności, czy racjonalności ekonomicznej. Bezstronność w swoim terminologicznym ujęciu to realizacja powierzonych zadań zgodnie z obowiązującym w państwie porządkiem prawnym, z uwzględnieniem zasady jednakowego traktowania wszystkich podmiotów i działania w sposób obiektywny[1]. Skuteczność będzie postrzegana jako realizacja postawionych uprzednio celów. Życzliwość, jako element niezbędny w ramach funkcjonowania współczesnego państwa, oznacza pozytywne nastawienie władzy publicznej do podmiotów, z którymi wchodzi w interakcje, traktowanie ich spraw poważnie, postrzeganie władzy publicznej jako misji wypełnianej na rzecz całego społeczeństwa i jednocześnie pojedynczych jego członków. Celowość działań jest związana z minimalizacją, a raczej optymalizacją kosztów niezbędnych z punktu widzenia osiągnięcia określonego celu.

Państwo sprawne, skuteczne i przyjazne obywatelom to państwo, które wychodząc naprzeciw potrzebom społecznym potrafi realizować potrzeby jednostkowe oraz zapewniać prawa i wolności obywatelskie, a czyni to w sposób efektywny. Jest to podstawowa sfera działalności struktury publicznej; państwo, wykonuje czynności w tym zakresie za pośrednictwem wyspecjalizowanych organów (w tym organów władzy) i posiadanych środków (w tym prawnych i finansowych).

Ze sprawnością należy łączyć element skuteczności. Próg skuteczności działania stanowi nie tylko stopień jego intensywności, więc zaangażowania sił i środków służących osiągnięciu postawionego uprzednio celu, lecz także zgod-

[1] W. Drobny, M. Mazuryk, P. Zuzankiewicz, *ABC służby cywilnej*, Warszawa 2010, s. 14.

ność z regułami aksjologicznymi, których należy przestrzegać[2]. Państwo sprawne i przyjazne społeczeństwu to państwo, w którym obowiązuje system wartości, państwo etyczne.

Sprawne państwo to sprawna i skuteczna administracja publiczna. Obywatele stawiają administracji publicznej coraz większe wymagania. Dotyczą one przede wszystkim szybkiego i zgodnego z prawem załatwiania spraw, racjonalności, jawności działań, przejrzystości procedur, bezstronności, czy przyjaznej i profesjonalnej obsługi[3]. Niestety, w administracji publicznej zjawiska patologiczne dotyczące korupcji, nepotyzmu, stronniczości, czy braku profesjonalizmu, stają się częstą praktyką[4]. Przy tolerowaniu tego typu zjawisk nie można mówić o państwie jako organizmie sprawnym, skutecznym i przyjaznym społeczeństwu.

Państwo przyjazne obywatelom musi być wobec nich służebne i jest oceniane przez powoływane do realizacji funkcji nadzorczych i kontrolnych organy, które analizując wdrażanie w życie postulatów sprawności, rzetelności, gospodarności, czy słuszności w zakresie funkcjonowania sfery publicznej, określają jakość władzy publicznej. Takim organem jest m.in. Najwyższa Izba Kontroli, której działalność kontrolna dostarcza szeregu informacji, co do rzeczywistego stanu państwa.

Kierunek kontroli, odnoszący się do działalności państwa jako instytucji sprawnej i przyjaznej obywatelowi, jest związany nie tylko z realizowaniem zadań o odpowiednim standardzie przez jego organy w zakresie bezpieczeństwa oraz innych ważnych potrzeb społecznych, ale także z oceną pragmatyzmu, profesjonalizmu, czy skuteczności działania tych organów oraz respektowania przez nie zasady sprawiedliwości[5]. W ramach priorytetu państwo sprawne i przyjazne obywatelowi w 2010 roku prowadzono przez NIK badania w zakresie oceny działań organów państwa w przedmiocie organizowania życia publicznego, m.in. przestrzegania praw obywateli oraz tworzenia warunków do zaspokajania ich potrzeb. Podstawowym warunkiem realizacji idei państwa przyjaznego obywatelom jest skuteczność działania oraz profesjonalny i życzliwy stosunek tegoż państwa do społeczeństwa, bądź jego członków w zakresie załatwiania ich spraw[6]. Zakres przedsięwzięć podejmowanych przez państwo przyjazne obywatelowi powinien być tak formułowany, by trafnie odczytywać i zaspokajać potrzeby, a także właściwie rozwiązywać problemy[7].

---

[2] A. Kojder, *Czynniki ograniczające skuteczność prawa i rekomendacje praktyczne*, (w:) „Problemy Prawa i Administracji", Zeszyty Naukowe 1/2010, Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWP w Warszawie, s. 6.

[3] S. Bentkowski, *Zewnętrzna jakość administracji publicznej*, „Kontrola Państwowa" 2007, nr 2, s. 38.

[4] M. Karpiuk, R. Kłapińska, *Problematyka korupcji w działalności kontrolnej Najwyższej Izby Kontroli*, „Orzecznictwo Sądów w Sprawach Gospodarczych" 2010, nr 3, s. 98.

[5] W.J. Katner, *Najwyższa Izba Kontroli u podstaw siły i praworządności Rzeczypospolitej*, „Kontrola Państwowa" 2009, nr 2, s. 48.

[6] *Plan pracy Najwyższej Izby Kontroli na 2010 rok*, „Kontrola Państwowa" 2010, nr 1, s. 4.

[7] V. Babyak, R. Kłapińska, *Działalność kontrolna Najwyższej Izby Kontroli w kontekście zagrożenia korupcją w sferze publicznej*, (w:) M. Czuryk, M. Karpiuk (red.), *Nadzór i kontrola w systemie wykonywania administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 200.

Państwo sprawne i przyjazne obywatelom z punktu widzenia działalności kontrolnej Najwyższej Izby Kontroli

Najwyższa Izba Kontroli powołana została do sprawowania kontroli działalności organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych (z punktu widzenia legalności, gospodarności, celowości i rzetelności), może ona również kontrolować działalność organów samorządu terytorialnego, komunalnych osób prawnych i innych komunalnych jednostek organizacyjnych (z punktu widzenia legalności, gospodarności i rzetelności), a także działalność innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa (z punktu widzenia legalności i gospodarności)[8]. Stosowanie kilku kryteriów przy kontroli dokonywanej przez NIK pozwala spojrzeć na kontrolowane podmioty (ich działalność) wielowymiarowo, co zwiększa skuteczność podejmowanych czynności[9].

Państwo sprawne i przyjazne obywatelom z punktu widzenia działalności kontrolnej Najwyższej Izby Kontroli w roku 2008[10]

Z punktu widzenia interesu obywatela ważna jest treść tych działań i ich forma. Przyjazne nastawienie państwa w stosunku do słusznych potrzeb obywatela podkreśla jego (państwa) służebną rolę organizatora, przewodnika, a nawet w pewnych okolicznościach opiekuna. Państwo przyjazne obywatelom, to państwo kompetentne, którego instytucje działają sprawnie, ograniczając do minimum ingerencję w zakres wolności obywatelskich.

Państwo zostało powołane, by zaspokajać usprawiedliwione potrzeby obywateli, dlatego też kryterium jakości wypełniania przez nie obowiązków jest związane z efektywnością, czy społecznym zadowoleniem z funkcjonowania władzy publicznej. Stosunki państwo – obywatel musi cechować życzliwość, więc obowiązkiem administracji publicznej jest odpowiednie (przyjazne, życzliwe) traktowanie interesanta, który korzysta z jej usług.

Przeprowadzone w 2008 r. kontrole NIK poświęcone badaniu i ocenie funkcjonowania organów administracji publicznej skupione zostały w dziesięciu obsza-

[8] Art. 203 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.). Por. także art. 2, 3-5 Ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (t.j. Dz.U. z 2007 r. nr 231, poz. 1701 ze zm.). Por. także R. Hauser, *Znaczenie instytucji kontrolnych dla praworządnego funkcjonowania państwa*, „Kontrola Państwowa" 2010, Nr 1, s. 59-60. Do kryteriów, które NIK bierze pod uwagę przy dokonywaniu kontroli należy legalność – zgodność z prawem, gospodarność – mierzona poprzez stosunek występujący między wartością celu a wartością nakładów poniesionych dla jego osiągnięcia, celowość – polegająca na wyborze społecznie i gospodarczo usprawiedliwionych celów, które są możliwe do osiągnięcia przy zastosowaniu posiadanych środków, rzetelność – traktowana jako staranność w dochodzeniu do celu i wydatkowaniu środków, P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 393.

[9] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 203.

[10] Niniejszy rozdział został opracowany w oparciu o *Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2008 roku*, Warszawa 2009, s. 190-193.

rach badań, obejmujących sfery: bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego, przeciwdziałania bezrobociu, dostępności i jakości edukacji, funkcjonowania systemu ochrony zdrowia, ochrony środowiska, działalności organów inspekcji i nadzoru, ekologii, zabezpieczenia społecznego, a także jakości i sprawności obsługi obywateli przez urzędy i służby publiczne.

W obszarze bezpieczeństwa państwa, według NIK, podejmowane działania niejednokrotnie nie przystawały do możliwości kraju i jego gospodarki. Kontrola w Marynarce Wojennej, jak i dwie inne, dokonane uprzednio w Wojskach Lądowych oraz Siłach Powietrznych, ujawniła, że nie został osiągnięty zakładany poziom zdolności obronnych, wynikający ze standardów NATO. Nie przyniosły także oczekiwanych skutków kosztowne prace badawczo-rozwojowe, a wojskowa służba zdrowia nie była odpowiednio przygotowana do wypełniania zadań powierzonych przez NATO. Również nie wszystkie posiadane atuty zostały wykorzystane należycie. Świadczy o tym m.in. przykład żołnierzy zawodowych, powracających do Polski po zakończeniu studiów, misji zagranicznych lub służby w strukturach NATO; tylko w ograniczonym zakresie wykorzystano ich kwalifikacje i doświadczenie. Mniej niż połowa absolwentów uczelni i kursów zagranicznych bezpośrednio po ukończeniu nauki objęła wyższe stanowiska służbowe, a spośród żołnierzy powracających ze służby w Sojuszu propozycje awansu otrzymało nieco ponad 30%. Brak motywacji może stanowić przyczynę odchodzenia żołnierzy z zawodowej służby wojskowej.

W sferze bezpieczeństwa wewnętrznego, według NIK, w sposób zadowalający wywiązywali się ze swoich obowiązków dzielnicowi w Policji. Pomimo trudnych warunków i wielu obowiązków, mieli poważny udział w ograniczeniu przestępczości o charakterze pospolitym oraz przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Podobnie Państwowa Straż Pożarna była co do zasady właściwie przygotowana do zapobiegania poważnym awariom przemysłowym i minimalizowania ich skutków. Nie można jednak nie zauważyć zaniedbań, które spowodowały, że nie doszło do zintegrowania systemów łączności i informatyki służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo publiczne – Straży Granicznej, Policji i Państwowej Straży Pożarnej. Nie pozostało to bez negatywnego wpływu na współpracę tych struktur publicznych w sytuacjach wymagających koordynacji i harmonizacji podejmowanych działań.

W sprawozdaniu wskazuje się, że nie nastąpiła poprawa bezpieczeństwa i warunków podróżowania osób korzystających z komunikacji kolejowej. Kontrola wykazała, iż zarządcy infrastruktury, przewoźnicy pasażerscy i Straż Ochrony Kolei nie potrafili zapobiec kradzieżom i dewastacji urządzeń wpływających bezpośrednio na bezpieczeństwo ruchu pociągów, jak też naruszeniom ładu i porządku na kolei. Poprzednie kontrole wykazywały również zaniedbania, nawet o charakterze rażącym, w tym także występowanie zdarzeń zakłócających porządek i zagrażających bezpieczeństwu osób i mienia. W kontekście działań Straży Ochrony Kolei uchybienia dotyczyły:

- nieodpowiedniej polityki kadrowej, w tym zbyt niskiego stanu liczebnego Straży Ochrony Kolei;
- braku egzekwowania przez zarządców umów o zapewnieniu ładu i porządku na dworcach kolejowych;
- niewłaściwej restrukturyzacji Polskich Kolei Państwowych;
- nieprawidłowości wynikających z procedury zagwarantowania możliwości posługiwania się bronią palną przez funkcjonariuszy Straży Ochrony Kolei;
- niskiej wykrywalności wykroczeń i przestępstw kolejowych[11].

Kontrola stanu technicznego i przygotowania dworców kolejowych do obsługi pasażerów pogłębiła niekorzystny obraz funkcjonowania kolei. W wyniku polityki oszczędnościowej, czy zwykłej niedbałości zarządzającego, dworce stały się miejscem niebezpiecznym i nieprzyjaznym dla podróżnych, gdzie bardzo często brakuje toalet, poczekalni, świetlic, przechowalni bagażu, kas biletowych i rozkładów jazdy pociągów. Następująca degradacja techniczna, a także pogłębiający się regres funkcjonalny oraz brak jasnych reguł zarządzania poszczególnymi składnikami infrastruktury przez różne podmioty powodują, że kolejowa infrastruktura, w tym tereny i obiekty dworcowe stają się zaniedbane i bardzo niebezpieczne.

Według danych NIK, wymierny sukces, będący zasługą działań administracji publicznej, jak i pomyślnej koniunktury na rynku, należy odnotować w sferze zatrudnienia. Efektem realizacji wielu programów aktywizacji zawodowej bezrobotnych oraz poszukujących innej pracy, które objęły blisko 1,8 mln osób, był spadek poziomu bezrobocia, powstanie nowych miejsc pracy. Należy w tym miejscu szczególnie podkreślić wyniki szkoleń dla bezrobotnych organizowanych przez powiatowe urzędy pracy, a także wysoki współczynnik ponownego zatrudnienia uczestników poszczególnych kursów. Optymizm ten jest jednak weryfikowany przez fakt, iż udział w tych przedsięwzięciach mieli najaktywniejsi, przed 45 rokiem życia. Niewielkie zainteresowanie zdobyciem nowych umiejętnośc albo zwiększeniem posiadanych kwalifikacji wykazywały osoby powyżej 45 roku życia, czy długotrwale bezrobotne.

W procesie zatrudnienia ważne miejsce zajmują instytucje szkoleniowe. Oferują one szkolenia dla bezrobotnych i poszukujących pracy finansowane ze środków publicznych na prowadzenie takich szkoleń, po wpisie do rejestru instytucji szkoleniowych prowadzonego przez wojewódzki urząd pracy właściwy ze względu na siedzibę instytucji szkoleniowej[12]. Środki publiczne, którymi dysponuje taka instytucja, mogą pozytywnie oddziaływać na regionalny rynek pracy.

Szczególnym aspektem funkcjonowania rynku pracy był nabór na stanowiska urzędnicze w poszczególnych jednostkach samorządu terytorialnego. Kontrole

[11] M. Pomykała, *Z problematyki zapewnienia bezpieczeństwa i porządku na obszarach kolejowych*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Informatyki, Zarządzania i Administracji w Warszawie" 2009, nr 1, s. 245.

[12] Art. 20 ust. 1 Ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tj. z 2008 r. nr 69, poz. 415 ze zm.).

przeprowadzone w dwóch różnych województwach przyniosły rezultaty bardzo zbliżone, co świadczy nie o przypadkach czy uchybieniach, ale o funkcjonujących w tej sferze mechanizmach. Jak podkreśla NIK, znaczna część stanowisk urzędniczych obsadzana była z pominięciem lub naruszeniem zasady otwartego oraz konkurencyjnego naboru[13]. Kierownicy kontrolowanych jednostek, zatrudniając uprzednio znanego już kandydata, stosowali różnorodne formy mające na celu obejście obowiązującego prawa: prowadzenie rekrutacji wewnętrznej – obsadzanie stanowiska osobą już zatrudnioną w urzędzie, powierzanie wykonywania funkcji w oparciu o zasadę pełnienia obowiązków przez długi okres czasu (miesiące, a nawet lata), czy organizacją konkursów w oparciu o tak skonstruowane warunki, że mogła je spełnić jedynie wybrana osoba.

Niewłaściwie przygotowano i niekonsekwentnie realizowano reorganizację wyższego szkolnictwa wojskowego. Skutkiem tego był niewielki udział młodej kadry w jednostkach wojskowych, niezaspokajający zapotrzebowania Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Negatywną ocenę pogłębia dodatkowo brak odpowiedniego wykorzystania przez uczelnie wojskowe bazy materialnej i kadry naukowo-dydaktycznej, nie były również realizowane w całości plany studiów i programy nauczania, czy wykorzystywane dotacje z budżetu państwa na badania naukowe. NIK wskazała również na słabe efekty kształcenia na studiach doktoranckich, zbyt małą liczbę wszczętych postępowań o nadanie stopnia doktora, doktora habilitowanego i tytułu profesora, oraz skromną liczbę uzyskanych stopni i tytułów. Niezwykle dynamiczny w ostatnim okresie rozwój kształcenia podyplomowego, które pozwala na uzyskanie niektórych uprawnień lub licencji zawodowych, nie zawsze odpowiadał standardom jakości oraz niezbędnej wiedzy, czy koniecznym umiejętnościom.

Ważną sferą życia publicznego jest oświata. W ramach tej sfery, kontrola dotycząca wypełniania obowiązku nauki przez młodzież w wieku 16-18 lat wykazała, że administracja oświatowa nie poświęcała temu zagadnieniu należytej uwagi. Słabe zainteresowanie zjawiskiem rezygnowania z nauki przez młodych ludzi w wieku 16-18 lat oraz brak pełnych danych o jego skali utrudnia podjęcie działań mających na celu ograniczenie grupy zagrożonej wykluczeniem z systemu edukacyjnego, co może sprzyjać jej demoralizacji. W ocenie NIK, niewypełnianie obowiązku szkolnego oraz obowiązku nauki przez uczniów sprzyjało ich nagannym postawom. Chociaż szkoły poświęciły wiele czasu na działalność zapobiegającą patologiom, to jednak nadal miały w nich miejsce liczne przypadki zachowań agresywnych wobec rówieśników, nauczycieli, czy innych osób, a także kradzieże, akty wandalizmu, a nawet próby samobójcze. Sprzyjają temu zbyt liczne klasy, niezbyt skuteczna współpraca na linii nauczyciele – rodzice, czy brak wystarczającej liczby psychologów i pedagogów. Zapobieganie pato-

[13] W świetle art. 11 ust. 1 Ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz.U., nr 223, poz. 1458), nabór kandydatów na wolne stanowiska urzędnicze, wraz z naborem na kierownicze stanowiska urzędnicze, jest otwarty i konkurencyjny.

logiom wśród dzieci i młodzieży jest m.in. zadaniem oświaty. Warunkiem skutecznego przeciwdziałania zjawiskom patologii oraz niedostosowaniu społecznemu jest rozpoznanie i okresowe monitorowanie zagrożeń. To zadanie ciążące m.in. na wychowawcach, nauczycielach, radach pedagogicznych, czy kuratorach oświaty. Niezbędnym staje się wygospodarowanie dostatecznych środków na sfinansowanie zadań szkół dotyczących organizowania pomocy pedagogiczno-psychologicznej, zajęć pozalekcyjnych i profilaktycznych czy doskonalenia nauczycieli[14].

Wzrastający popyt na usługi szkolnictwa niepublicznego spowodował powstanie placówek nastawionych wyłącznie na zysk. Działalność szkół niepublicznych o uprawnieniach szkół publicznych dla młodzieży nie budziła, według NIK, większych zastrzeżeń, jednak znaczna część placówek dla dorosłych nie realizowała właściwie zadań dydaktycznych. Placówki takie dla rozpoczęcia kształcenia nie wymagały przedstawienia stosownych dokumentów, tolerowały liczne nieobecności na zajęciach, nie przestrzegały programów nauczania, a także – niektóre – zawyżały liczbę słuchaczy, aby otrzymać wyższe dotacje. Gdyby efektywność kształcenia mierzyć liczbą absolwentów to z pewnością byłaby ona niezadowalająca, gdyż bywało, że na koniec semestru promocję uzyskiwał najwyżej co dziesiąty.

Według kontroli NIK, nie uległa zasadniczej poprawie sytuacja w ochronie zdrowia. Jak do tej pory nierozwiązane zostają podstawowe kwestie związane z organizacją systemu opieki zdrowotnej, w tym:

- opracowanie i wprowadzenie skutecznego modelu finansowania świadczeń;
- pełne określenie koszyka usług zdrowotnych;
- zapewnienie wszystkim uprawnionym równego i nieskrępowanego dostępu do podstawowej i specjalistycznej opieki medycznej.

Brak stabilnej koncepcji funkcjonowania systemu służby zdrowia powoduje poczucie niepewności i tymczasowości. Kolejno podejmowano i zarzucano próby reform m.in. dotyczące przekształcania samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej w spółki prawa handlowego czy stworzenia krajowej sieci szpitali. Środki na finansowanie systemu opieki zdrowotnej nie zawsze wydawane były legalnie i racjonalnie. Kontrola w Narodowym Funduszu Zdrowia ujawniła znaczną skalę nieprawidłowości finansowych, spowodowanych nieprzestrzeganiem przepisów regulujących sposób wydatkowania środków publicznych. Wciąż nie spełniała oczekiwań podstawowa opieka zdrowotna, zasadniczy element procesu diagnostycznego i terapeutycznego. Nie udało się też jak dotąd zmienić nastawienia opieki medycznej z leczenia schorzeń na zapobieganie chorobie. Faktycznie nie funkcjonowała profilaktyczna opieka zdrowotna nad dziećmi i młodzieżą w wieku szkolnym. Pomiędzy rożnymi instytucjami działającymi w ramach systemu służby zdrowia nie było przepływu danych o stanie zdrowia

[14] W. Bednarek, T. Dziuba, *Zapobieganie zjawiskom patologii wśród dzieci i młodzieży*, „Kontrola Państwowa" 2001, nr 3, s. 87-88.

pacjentów oraz informacji o udzielonych im świadczeniach. W ten sposób ochrona zdrowia sprawiała wrażenie systemu niepowiązanych ze sobą, nieskoordynowanych działań.

Z punktu widzenia jakości działania administracji publicznej, tym samym wizerunku państwa jako przyjaznego obywatelom, niezwykle ważna jest sprawność i szybkość obsługi petentów przez urzędy administracji publicznej i służby publiczne. Sprawność tę, niestety, nie zawsze można jednak uznać za zadowalającą. O ile według oceny NIK forma kontaktów nie budziła zasadniczo większych zastrzeżeń, to jednak nie można tak optymistycznie odnieść się do sposobu załatwiania spraw i efektów podejmowanych działań. Sprawnie funkcjonował system przyjmowania i rozpatrywania skarg przez naczelne organy administracji rządowej, co potwierdza kontrola w wybranych ministerstwach. Nie stwierdzono nieprawidłowości związanych ze składaniem zażaleń na:

- zaniedbania;
- niewłaściwe wykonywanie zadań przez konkretne organy, czy ich pracowników;
- naruszanie prawa;
- nieodpowiednie załatwianie spraw.

Skargi były właściwie rejestrowane i kierowane do odpowiednich, właściwych merytorycznie jednostek organizacyjnych, a stosowne komórki koordynowały i nadzorowały ich załatwianie. Jednakże część skarg rozpatrzonych była ze znacznym opóźnieniem. Jak podnosi NIK znacząca część opóźnień w załatwianiu skarg mogłaby zostać ograniczona, gdyby ministerstwa wywiązywały się z prawnego obowiązku wyznaczenia nowego, przedłużonego terminu załatwienia skargi[15].

[15] W świetle art. 237 § 1 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2000 r. nr 98, poz. 1071 ze zm.) organ, który jest właściwy do załatwienia skargi powinien załatwić skargę bez zbędnej zwłoki, jednak nie później niż w ciągu miesiąca, ustawa dalej jest powoływana jako k.p.a. O każdym przypadku niezałatwienia sprawy (skargi) w terminie organ administracji publicznej zobowiązany jest zawiadomić strony, podając przyczyny zwłoki i wskazując nowy termin załatwienia sprawy, art. 36 § 1 k.p.a. Obowiązek zawiadomienia strony o zwłoce w załatwieniu sprawy dotyczy zarówno przypadków zależnych od organu administracji publicznej, jak i od niego niezależnych, więc każde przekroczenie ustawowego terminu powoduje konieczność poinformowania strony o przyczynach zwłoki i o nowym terminie załatwienia sprawy, J. Borkowski, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 291. Nowy termin załatwienia sprawy może być uznany za skutecznie wyznaczony, o ile zostanie wskazany przez organ właściwy do załatwienia sprawy w dniach, tygodniach lub miesiącach i z zachowaniem ogólnej zasady szybkości postępowania, Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 czerwca 1996 r., I SAB 28/96, ONSA 1997, nr 2, poz. 97. Na niezałatwienie sprawy w terminie stronie służy zażalenie do organu administracji publicznej wyższego stopnia, organ ten uznając zażalenie za uzasadnione, wyznacza dodatkowy termin załatwienia sprawy oraz zarządza wyjaśnienie przyczyn i ustalenie osób winnych niezałatwienia sprawy w terminie, a w razie potrzeby także podjęcie środków zapobiegających naruszaniu terminów załatwiania spraw w przyszłości, art. 37 k.p.a. Stanowisko organu wyższego stopnia ma charakter incydentalny i powinno mieć formę postanowienia, na które stronie nie przysługuje prawo wniesienia zażalenia, Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 maja 2001 r., IV SA 572/99, ONSA 2002, nr 3, poz. 116, czy Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 kwietnia 2001 r., IV SA 1866/00, ONSA 2002, nr 4, poz. 144. Bez względu jednak na formę czynności, jaką podejmie organ właściwy do rozpoznania zażalenia na niezałatwienie sprawy w terminie, zażalenie można uznać za skuteczne w postępowaniu sądowym w przedmiocie bezczynności dopiero po upływie okresu umożliwiającego organowi wyższego stopnia podjecie stosownych czynności (okres ten wynosi jeden miesiąc), Postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 28 października 2004 r., II SAB/Bk

W wielu przypadkach, gdy niezbędne było zgromadzenie dodatkowych dokumentów, zdobycie nowych informacji lub czasochłonne wyjaśnianie sprawy, nie informowano o tym skarżących, a nowego terminu nie wyznaczano. Takie zaniechania źle wpływały na wizerunek urzędu publicznego. Uszczerbek tegoż wizerunku był widoczny również w sytuacji, gdy organ nie radził sobie z powierzonymi zadaniami, sam nie przestrzegał prawa lub nie reagował na jego łamanie, choć miał taki obowiązek z racji swoich kompetencji, co zmniejszało zaufanie obywateli do władzy publicznej. NIK wskazała, że na nieprzychylny wizerunek aparatu władzy publicznej miało wpływ m.in.:

- nierozwiązane od dłuższego okresu problemy służby zdrowia;
- niekonsekwentne i niezdecydowane działania w dziedzinie ochrony środowiska;
- niewłaściwe działania organów nadzoru budowlanego;
- działanie na pograniczu prawa przy zatrudnianiu urzędników;
- brak sprawnego zorganizowania regionalnych przewozów pasażerskich;
- nierespektowanie praw obywateli;
- nieuregulowany problem reprywatyzacji oraz rekompensat za mienie utracone.

NIK nie zauważyła większych zmian w dziedzinie ekologii. Organy administracji publicznej wyposażone w stosowne kompetencje w zakresie przeciwdziałania degradacji środowiska naturalnego nadal nie egzekwują wystarczająco skutecznie przepisów mających chronić środowisko naturalne przed wprowadzaniem do niego szkodliwych substancji i zanieczyszczeń. W wielu wypadkach brakuje niezbędnych uregulowań prawnych, nie ma więc nawet narzędzi umożliwiających skuteczne przeciwstawienie się działaniom niekorzystnie wpływającym na środowisko naturalne i warunki życia obywateli. Opieszałość w powyższym zakresie jest cechą działania władzy publicznej nawet w przypadkach określonych międzynarodowymi porozumieniami, czy zobowiązaniami wynikającymi z przystąpienia Polski do Unii Europejskiej. Brakuje także odpowiednich środków finansowych na prowadzenie badań czy monitoringu. I najważniejsze, brakuje zaangażowania czy przekonania o ważnym znaczeniu ochrony środowiska z punktu widzenia jakości życia, a nawet chęci działania w tym zakresie. Konieczność ochrony środowiska przyrodniczego przed degradacją jest często nadal uważana za zbędny koszt, a nie za istotny element polityki zrównoważonego rozwoju. Według NIK większość zaniedbań, przeoczeń, braku nadzoru i kontroli nad odpowiednimi służbami, jest tego konsekwencją. Kontrole NIK wykazały opieszałość w zakresie prowadzenia przez organy administracji publicznej działań związanych z ochroną terenów należących do sieci Natura 2000. Nie została również w pełni wprowadzona w życie unijna dyrektywa związana z zintegrowanym systemem zapobiegania zanieczyszczeniom środowiska.

16/04, ONSAiWSA 2005, nr 5, poz. 114. Możliwość przysługująca stronie w przedmiocie uruchomienia postępowania sądowego zapewnia najbardziej efektywny sposób ochrony praw strony, A. Szalc, *Uprawnienia strony w przypadku niezałatwienia sprawy administracyjnej w terminie*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Informatyki, Zarządzania i Administracji w Warszawie" 2009, nr 2, s. 117.

Pomimo dynamiki udziału w rynku produktów genetycznie zmodyfikowanych, szczególnie w żywieniu zwierząt, nie przeprowadzono badań potwierdzających lub wykluczających negatywny wpływ biotechnologii na zdrowie ludzi i środowisko przyrodnicze.

Państwo sprawne i przyjazne obywatelom z punktu widzenia działalności kontrolnej Najwyższej Izby Kontroli w roku 2007[16]

Badając stosunek państwa do społeczeństwa, więc działających w jego imieniu organów administracji publicznej w 2007 roku NIK zajmowała się przede wszystkim dwiema dziedzinami. Po pierwsze było to wywiązywanie się państwa i jego organów z obowiązków wobec obywatela, do których zaliczono:

- zagwarantowanie mu możliwości korzystania z pełni praw i wolności;
- zapewnienie szeroko pojmowanego bezpieczeństwa, w tym socjalnego;
- umożliwienie zaspokojenia podstawowych potrzeb materialnych i duchowych.

Drugą, analizowaną sferą była forma realizowania powyższych obowiązków oraz klimat wzajemnych stosunków. Życzliwy stosunek państwa do obywatela to również skuteczność działań podejmowanych przez organy administracji publicznej, które mają bezpośredni wpływ na jakość życia społeczeństwa. Ta efektywność jest związana przede wszystkim z bezpieczeństwem wewnętrznym i zewnętrznym, edukacją, opieką zdrowotną, ochroną środowiska, pomocą społeczną czy jakością kontaktów petent – urzędnik. Jak wynika z analizy przeprowadzonej przez NIK część urzędów administracji publicznej, instytucji oraz służb, zajęta problemami natury programowej o charakterze wewnętrznym, prawnej, finansowej czy organizacyjno-technicznej, wykorzystuje na własną działalność zbyt wiele posiadanego potencjału, co z kolei powoduje, że zadania statutowe nie są realizowane w sposób należyty.

Kontrole dotyczące funkcjonowania komunikacji miejskiej wykazały, iż mamy do czynienia ze złym stanem technicznym, bardzo często mocno wyeksploatowanego taboru. Blisko 50% poddanych kontroli autobusów i tramwajów miało wiele usterek, w tym także poważne, które uzasadniają wycofanie pojazdów z ruchu. Stwierdzono również, że kierowcy autobusów przekraczali dopuszczalny czas pracy, normy te bywały przekraczane bardzo znacznie. Stało się to możliwe, przez brak podobnych regulacji jak w przypadku kierowców zatrudnionych na etacie, obowiązujących w stosunku do pracowników wykonujących obowiązki na innej podstawie. Rozwiązania prawne dotyczące czasu pracy kierowców pomijały przypadki, w których ci sami kierowcy występowali jako przedsiębiorcy czy osoby zatrudnione przez przedsiębiorców świadczących usługi przewozowe.

W przedmiocie badań sfery oświaty i nauki, NIK krytycznie wypowiedziała się co do działań Ministerstwa Obrony Narodowej, związanych z reorganizacją wyższego szkolnictwa wojskowego. Jedynie akademie wojskowe prowadziły

[16] Niniejszy rozdział został opracowany w oparciu o *Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2007 roku*, Warszawa 2008, s. 178-181.

działalność zgodną z Prawem o szkolnictwie wyższym[17], wyższe szkoły oficerskie skupiały się przede wszystkim na kursach dla słuchaczy cywilnych i wojskowych, co nie było zgodne z ich głównym zadaniem, czyli kształceniem studentów. W przedmiocie wypełniania obowiązku nauki przez młodzież w wieku 16-18 lat, administracja oświatowa, wbrew ustawie o systemie oświaty[18], nie zajmowała się tą problematyką z należytą uwagą i starannością. Problematyka ta nie znalazła odzwierciedlenia w wytycznych dla kuratorów oświaty, a prowadzona przez Ministerstwo Edukacji Narodowej baza danych była niekompletna. Nieodpowiednie podejście do zjawiska przedwczesnego porzucania nauki przez młodych ludzi oraz brak rzeczywistych danych o jego skali utrudnia rzetelne wywiązanie się Polski z obowiązku nałożonego przez Radę Europy na państwa Unii Europejskiej w zakresie podjęcia działań służących ograniczeniu populacji zagrożonej wykluczeniem z systemu edukacyjnego, co ma sprzyjać przekształceniu Europy w opartą na wiedzy konkurencyjną, dynamiczną gospodarkę. Sprawowanie pieczy nad uczniami szczególnie uzdolnionymi nie było oparte na dbałości o wykorzystanie ich szans rozwojowych. Ich edukację traktowano marginalnie, nie stworzono im sprzyjających warunków do rozwijania uzdolnień. Niewielki był odsetek młodzieży korzystającej z możliwości uczenia się według indywidualnych programów nauczania oraz kończenia szkół w skróconym czasie. Również realizacja obowiązków oświatowych przez samorządy terytorialne obarczona była wieloma błędami i zaniedbaniami na etapie nadawania szkołom i placówkom oświatowym statutów i regulaminów, które to akty nie określały precyzyjnie struktury zadań, czy odpowiedzialności za jakość kształcenia w tych jednostkach, wiele do życzenia pozostawiał również ich stan techniczny[19].

NIK wiele uwagi poświęciła także problemom związanym z organizacją i funkcjonowaniem systemu opieki zdrowotnej. Przeprowadzone kontrole dowodzą, że w 2007 r. między oddziałami Narodowego Funduszu Zdrowia, istniało duże zróżnicowanie cen takich samych świadczeń zdrowotnych, nie nastąpiła poprawa w zakresie rozpoznania potrzeb, brakowało rzetelnych informacji o liczbie osób oraz czasie oczekiwania na udzielenie danego świadczenia, a część podmiotów (świadczeniodawców) nie mogła się wywiązać ze zobowiązań, gdyż w ofertach podała nieprawdziwe dane dotyczące liczby łóżek, wyposażenia i obsady kadrowej. Nadal nie została zakończona organizacja systemu ratownictwa medycznego, co jest uzasadniane brakiem środków finansowych.

NIK zwraca uwagę na nieskuteczność w zakresie wyegzekwowania przez właściwe organy i służby przestrzegania norm prawnych mających chronić środowisko naturalne przed wprowadzaniem do niego szkodliwych substancji, a społeczeństwo przed wynikającymi z takiego stanu rzeczy negatywnymi skutkami

[17] Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. nr 164, poz. 1365 ze zm.).
[18] Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (tj. Dz.U. z 2004 r. nr 256, poz. 2572 ze zm.).
[19] M. Czuryk, M. Karpiuk, *Ocena wybranych sektorów działalności samorządu terytorialnego dokonywana przez Najwyższą Izbę Kontroli*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Informatyki, Zarządzania i Administracji w Warszawie" 2009, nr 2, s. 183.

dla zdrowia. Pomimo przyjęcia w 2002 r. przez Radę Ministrów programu dotyczącego usuwania azbestu, nie udało się jednak nawet zweryfikować szacunkowych danych o ilości i miejscach jego występowania w Polsce, ani doprowadzić do monitorowania stanu technicznego zawierających go obiektów, urządzeń czy instalacji. Nie powstały również gminne, powiatowe, czy wojewódzkie programy usuwania azbestu, a likwidacja tego minerału przebiega w zbyt wolnym tempie, co jest związane z dużymi nakładami finansowymi na realizację powyższego przedsięwzięcia oraz niewielkim zainteresowaniem samorządu terytorialnego tym problemem. NIK zwraca uwagę również, że sferą, w której proekologiczne regulacje prawne nie są przestrzegane, jest wytwarzanie i unieszkodliwianie odpadów medycznych. Wiele instytucji służby zdrowia czy spalarń gospodarowało odpadami w sposób niezgodny z przepisami lub warunkami określonymi w decyzjach administracyjnych, stwarzając realne zagrożenie dla środowiska i zdrowia ludzi. Szpitale bardzo często nie miały stosownych zezwoleń na wytwarzanie odpadów medycznych, ich ewidencję prowadziły w sposób nieodpowiedni, a spalarnie funkcjonowały bez koniecznych pozwoleń lub lekceważyły wymogi określone w ustawie o odpadach[20]. Marszałkowie województw nie dysponowali z kolei wiarygodnymi danymi, dotyczącymi rodzaju i ilości wytworzonych odpadów medycznych oraz miejsc i sposobów ich unieszkodliwiania, co powodowało niebezpieczne dla środowiska gospodarowanie odpadami, powstałymi w procesach diagnozowania, leczenia oraz profilaktyki medycznej.

Dobre funkcjonowanie państwa w dużej mierze zależy od właściwego działania administracji publicznej różnych szczebli, a przede wszystkim od przestrzegania przez urzędników norm etycznych[21]. Obywatele postrzegają sprawność państwa czy jakość działania jego organów na podstawie doświadczeń nabytych w bezpośrednich kontaktach z urzędnikami administracji publicznej oraz służbami publicznymi. W świetle kontroli NIK przeprowadzonych w 2007 roku kontakty te nie powodowały większych napięć we wzajemnych stosunkach, nie mniej jednak można było spotkać się z działaniami opieszałymi, źle przygotowanymi, niewłaściwie zorganizowanymi, prowadzonymi w sposób wygodny jedynie dla urzędników, co nie było przypadkami odosobnionymi. Kontrole ujawniły także przypadki nierespektowania praw obywateli[22]. Dotyczy to m.in. nierozwiązanego nadal problemu reprywatyzacji oraz rekompensat za mienie utracone w latach 1944-1962. Obowiązujące regulacje prawne oraz stosowane procedury administracyjne znacznie utrudniają zaspokojenie słusznych roszczeń obywateli, którzy pozbawieni zostali swojej własności, a w odróżnieniu od podmiotów zagranicznych, nie uzyskali dotąd rekompensaty. Stan taki stoi na przeszko-

[20] Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, (tj. Dz.U. z 2007 r. nr 39, poz. 251 ze zm.).

[21] M. Sekuła, *Uczciwość urzędnicza w służbie dobra wspólnego*, „Kontrola Państwowa" 2007, nr 2, s. 82.

[22] Należy pamiętać, że treścią obowiązku władzy publicznej wobec społeczeństwa jest konieczność poszanowania i ochrony praw obywateli, którzy udzielają jej mandatu poparcia, M. Czuryk, *Istota prawnych form działania administracji publicznej*, (w:) M. Czuryk, M. Karpiuk, *Prawne aspekty działania administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 116.

dzie w urzeczywistnieniu konstytucyjnych zasad równości i demokratycznego państwa prawnego, gdyż przepisy są egzekwowane jedynie przez te podmioty, które stać na długotrwałą i kosztowną drogę sądową. Naruszano także prawo do nietykalności i wolności osobistej osób, które doprowadzano do izb wytrzeźwień i stosowano wobec nich środki przymusu bezpośredniego w okolicznościach, których nie przewiduje ustawa o wychowaniu w trzeźwości[23]. Przesłanki uprawniające doprowadzenie do izby wytrzeźwień nie zawsze były brane pod uwagę przez funkcjonariuszy Policji i straży gminnych, bądź traktowano je w sposób uznaniowy.

NIK wytknęła również nieprzygotowanie konsulatów Rzeczpospolitej Polskiej do obsługi szybko powiększającej się liczby interesantów, co było związane z przebywaniem polskich obywateli w krajach członkowskich Unii Europejskiej, które otworzyły swoje rynki pracy. Konsulaty były obciążone stosownymi czynnościami, a posiadały niewystarczającą liczbę urzędników, nieodpowiednie warunki lokalowe, uniemożliwiające sprawne funkcjonowanie, dlatego też petenci byli zmuszeni do długiego oczekiwania na kontakt z pracownikiem konsulatu i na załatwienie swoich spraw.

Państwo sprawne i przyjazne obywatelom z punktu widzenia działalności kontrolnej Najwyższej Izby Kontroli przeprowadzonej w roku 2006[24]

Rozpatrując zagadnienia związane z przychylnością państwa dla obywateli, jakością jego działania, a także kwestie przestrzegania zasad jawności i przejrzystości w dziedzinie finansów publicznych, prawidłowości rozwiązań prawnych oraz organizacji administracji publicznej czy działań poszczególnych urzędów i służb publicznych, NIK w 2006 r. szczególną uwagę skoncentrowała na tych działaniach i rozwiązaniach legislacyjnych, które nie służą obywatelowi, są mu nieprzyjazne, stanowią utrudnienie w życiu i załatwianiu jego spraw. Kontrole odnoszące się do powyższej problematyki pogrupowane zostały w pięciu zasadniczych sferach: realizacja przez organy władzy publicznej konstytucyjnych praw obywateli, bezpieczeństwo państwa (zewnętrzne, wewnętrzne, energetyczne, ekologiczne, funkcjonowanie organów inspekcji i nadzoru), obsługa obywatela przez urzędy administracji publicznej i służby publiczne, przeciwdziałanie i likwidacja skutków zdarzeń nadzwyczajnych oraz stosowanie prawa i standardów Unii Europejskiej.

Jednym z ważniejszych obszarów, którymi zajmowała się NIK w 2006 roku było zagadnienie organizacji i funkcjonowania systemu opieki zdrowotnej. Dokonane w tej sferze przeobrażenia nie doprowadziły do oczekiwanych zmian jakościowych dotyczących:

[23] Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (t.j. Dz.U. z 2007 r., nr 70, poz. 473 ze zm.).

[24] Niniejszy rozdział został opracowany w oparciu o *Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2006 roku*, Warszawa 2007, s. 166-170.

- zapewnienia pacjentom równego, nieutrudnionego dostępu do lekarzy pierwszego kontaktu i lekarzy specjalistów;
- możliwości wykonania we właściwym terminie niezbędnych badań, analiz i zabiegów;
- nieskrępowanego prawa wyboru dowolnej placówki służby zdrowia.

Z kontroli zakończonych w 2006 roku wyraźnie wynika, że trudno mówić o powszechnym przestrzeganiu konstytucyjnej zasady jawności życia publicznego. Organy administracji publicznej często postrzegały ten obowiązek jako swoisty przymus, a nie naturalną powinność. Posiadanych informacji niechętnie udostępniały, m.in. z powodu braku odpowiedniej infrastruktury informatycznej. Instytucje i urzędy pod różnymi pretekstami blokowały informacje, powołując się na wyimaginowane ustawowe ograniczenia lub wewnętrzny charakter dokumentów. Takie postępowanie, w ocenie NIK, jest pozostałością po panujących w Polsce przez dziesięciolecia stosunkach na linii władza – obywatel. Organy administracji publicznej udzielały informacji tylko wówczas, gdy ktoś się do nich o ie zwrócił, podczas gdy powinny to robić z własnej inicjatywy. Kontrola, która dotyczyła wywiązywania się wojewodów oraz jednostek samorządu terytorialnego z ciążącego na tych podmiotach publicznych obowiązku udostępniania informacji publicznych wykazała, iż nie stworzono odpowiednich warunków prawnych, jak i organizacyjnych, które pozwalałyby w pełni wprowadzić w życie zasady jawności sfery publicznej[25]. Należy podkreślić, że prawo do informacji publicznej obejmuje uprawnienia do: uzyskania informacji publicznej, w tym przetworzonej w takim zakresie, w jakim jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego; wglądu do dokumentów urzędowych; dostępu do posiedzeń kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z wyborów o charakterze powszechnym[26]. Informacje o wszystkim, co jest związane z działalnością władzy publicznej powinny być powszechnie dostępne, wyłączenie jawności może wystąpić jedynie w przypadku ochrony innych dóbr prawnie chronionych[27].

NIK niezbyt przychylnie odniosła się do finansowania państwowych szkół wyższych, a szczególnie pozyskiwania przez nie tej części wpływów, które pochodziły z opłat wnoszonych przez studentów. Szkoły takie zwiększały limity przyjęć na odpłatne studia niestacjonarne i wieczorowe kosztem ograniczania

[25] S. Czarnow, *Prawo do informacji publicznej w Polsce – propozycje zmian*, „Kontrola Państwowa" 2007, nr 3, s. 120.

[26] Art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. nr 112, poz. 1198 ze zm.). Każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną, art. 1 ust. 1 powyższej ustawy. Informacją publiczną będzie nie tylko treść dokumentów wytworzonych przez organy władzy publicznej, ale także treść wystąpień oraz ocen przez nie dokonywanych, niezależnie od tego, do jakiego podmiotu są one kierowane i jakiej sprawy dotyczą. Informację publiczną stanowią więc nie tylko dokumenty bezpośrednio zredagowane i technicznie wytworzone przez organ administracji publicznej, ale również te, których organ używa do zrealizowania powierzonych prawem zadań, Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 stycznia 2006 r., II SA/Wa 2043/05, ONSAiWSA 2008,nr 6, poz. 99.

[27] A. Wolska, *Ogłaszanie informacji publicznych w województwie podlaskim. Ustalenia Najwyższej Izby Kontroli z 2004 roku a stan obecny*, „Kontrola Państwowa" 2009, nr 5, s. 16.

liczby studentów na bezpłatnych studiach stacjonarnych, dodatkowo minimalizowały wymagania wobec osób wnoszących opłaty, oferując mocno okrojone programy nauczania, które nie spełniały nawet minimalnych wymogów ustalonych dla poszczególnych kierunków studiów, żądając jednocześnie za swą niepełną usługę edukacyjną kwot nawet trzykrotnie wyższych, niż pozwalały obowiązujące przepisy. W tej sytuacji NIK stwierdziła, że system organizacji i finansowania studiów wyższych wymaga gruntownej przebudowy, gdyż ewoluuje w niepożądanym kierunku, odchodząc od właściwego poziomu nauczania.

W przedmiocie obsługi obywateli przez urzędy administracji publicznej i służby publiczne, koniecznym staje się bardziej precyzyjne przewidywanie skutków, jakie niosą dla obywateli podejmowane działania, a także dla samych urzędów i biegu spraw, za które odpowiadają. Na skutek zaniedbań ministerstwa spraw wewnętrznych i administracji, system centralnej personalizacji dokumentów osobistych (dowodów i paszportów) nie gwarantował prawidłowej i bezpiecznej ich produkcji, w tym produkcja ta nie była wystarczająca w stosunku do potrzeb, co znacząco utrudniło wymianę wszystkich dowodów osobistych tracących ważność z końcem 2007 r. Kolejne niebezpieczeństwo, które wynikało zarówno z opieszałości jak i braku właściwej koncepcji, ujawniła kontrola rozliczania składek przekazywanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych do otwartych funduszy emerytalnych, co było m.in. spowodowane brakiem określenia zasad dokonywania wypłat oraz reguł współpracy z ZUS.

W przedmiocie bezpieczeństwa wewnętrznego państwa NIK wykryła zjawisko dezorganizacji pionu szkoleniowego Policji. Przekształcenia organizacyjne, które miały charakter nieprzemyślany, rozregulowały istniejący system szkolenia policjantów i zakłóciły związek między poszczególnymi jego elementami związanymi ze szkoleniem podstawowym, specjalistycznym i wyższym. Baza szkoleniowa Policji była niewystarczająca, a programy miały liczne wady. W doskonaleniu zawodowym brało udział niespełna dwie trzecie zobowiązanych do tego policjantów. Dotyczyło to również szczególnie ważnych dla funkcjonariuszy zajęć z wyszkolenia fizycznego i strzeleckiego, mimo iż nieobecność na zajęciach stanowiła naruszenie dyscypliny służbowej.

W zakresie przeciwdziałania klęskom żywiołowym i usuwania skutków zdarzeń nadzwyczajnych administracja publiczna nie zawsze staje na wysokości zadania. Kompleksowy plan dotyczący modernizacji gospodarki wodnej w dorzeczu Odry, opracowany po powodzi w 1997 r., był źle przygotowany, realizowany w sposób bezładny, bez szczegółowych planów i harmonogramów, bez zapewnienia niezbędnych środków finansowych. Wykonywane zadania w znacznej mierze nie były koordynowane ani nadzorowane. NIK zakwestionowała połowę przedsięwzięć przedstawionych w sprawozdaniach jako efekty finansowo-rzeczowe programu, gdyż w oczywisty sposób wykraczały poza jego założenia.

Zakończenie

Państwo przyjazne społeczeństwu, czy administracja życzliwa obywatelom to fundament rozwoju społeczeństwa obywatelskiego, które jest zainteresowane rozwiązywaniem problemów publicznych, kieruje się racją stanu, a nie partykularnym interesem. Współcześnie bardzo często zdarza się, iż przychylność organów władzy publicznej pozostawia wiele do życzenia, a na linii urzędnik – petent dochodzi do niepotrzebnych napięć. Wynika to z niezrozumienia służebnej roli państwa i jego aparatu wobec obywatela, którego ma ono chronić i realizować jego potrzeby.

Na szczególne uwzględnienie zasługuje zasada pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa. Zasadą objęte jest takie działanie administracji publicznej, które cechuje stabilność i pewność postępowania, oparcie w przepisach prawa, informowanie strony o czynnościach podejmowanych przez organ, jawność, obiektywizm, możliwość wglądu w tok prac organu, skuteczność, czy egzekwowalność rozstrzygnięć[28]. Zasada ta jednak w pełni może być realizowana jedynie, gdy organy państwa, w tym administracji publicznej, będą opierały się na życzliwości, działały sprawnie i przyjaźnie wobec obywateli. D. Tyrawa wskazuje na konieczność stałego dążenia do poprawienia funkcjonowania administracji publicznej, doskonalenia obowiązujących w jej ramach wzorców, czy rozwiązywania nowych problemów praktycznych, przed którymi ona staje[29].

Ważnym aspektem w ramach funkcjonowania państwa sprawnego i przyjaznego obywatelom jest odpowiedzialność jego organów za stan realizowania zadań publicznych. Państwo musi odpowiadać za jakość swoich działań, gdyż odpowiedzialność jest nieodłącznym elementem sfery publicznej, która dzięki temu może stawać się lepsza. Jak słusznie zauważa E. Warzocha, wysoki poziom władzy rodzi równie wysoki poziom odpowiedzialności[30].

Każda, demokratyczna władza działa ze społecznego nadania i ma za zadanie reprezentować tych, od których uzyskała polityczne pełnomocnictwo[31]. Władza publiczna, by mówić o skuteczności, sprawności, czy życzliwości działania, musi prawidłowo (zgodnie z jego celem) wykorzystywać mandat społecznego zaufania, który legitymuje ją do zajmowania się sprawami publicznymi.

[28] M. Czuryk, *Jednostka a administracja publiczna*, (w:) M. Czuryk, M. Karpiuk, *Prawne*…, s. 15-16.
[29] D. Tyrawa, *Dobra administracja a jej kontrola*, (w:) M. Czuryk, M. Karpiuk (red.), *Nadzór*…, s. 68-69.
[30] E. Warzocha, *Problematyka sprawności postępowania sądowego w sprawach cywilnych*, „Problemy…", s. 19.
[31] M. Rouba, *Kontrola społeczna jako forma kontroli jakości przestrzeni publicznej*, (w:) M. Czuryk, M. Karpiuk (red.), *Nadzór*…, s. 71.

Mirosław Karpiuk

Autor, dr Mirosław Karpiuk, jest pracownikiem Wydziału Bezpieczeństwa Narodowego Akademii Obrony Narodowej w Warszawie.

Alicja Brand

Dylematy urzędnicze

Podejście interdyscyplinarne

Wstęp

Na łamach Zeszytów Naukowych Wszechnicy Polskiej Szkoły Wyżs0zej TWP w Warszawie poddano analizie refleksje Leona Petrażyckiego[1], dotyczące postępowania ludzkiego. Odniesiono się do sił motywacyjnych tego postępowania, które określają świadomość obowiązku prawnego jednostki. Według tego poglądu, świadomość ta „...wyraża się w poczuciu, że to, do czego jesteśmy zobowiązani, przysługuje komuś innemu, jako to, co mu się należy (...). Zasadnicze znaczenie odgrywają dwa rodzaje motywacji: aktywna i pasywna. Motywacja aktywna wypływa z poczucia, że jesteśmy do czegoś uprawnieni i zarazem na innych osobach ciąży odpowiedni obowiązek. Motywacja pasywna wynika zaś z poczucia obowiązku, skłania do dostarczenia innym tego, co uważamy, że im się należy"[2].

Gdyby tę myśl sformułowaną przez L. Petrażyckiego, a przywołaną przez Andrzeja Kojdera, odnieść do współczesnych relacji obywatel – urząd, to wspomniana świadomość obowiązku prawnego urzędnika powinna go zobowiązywać, do wywiązywania się ze „świadczeń", które należą się obywatelowi. W ten sposób dochodzimy do problemu „świadczenia dobra publicznego" przez administrację państwową, czyli urzędnika.

W procesie tym zadaniem urzędnika jest zgodne z prawem „świadczenie" (wykonywanie) spraw należnych obywatelowi.

Zdaniem ekonomistów „dobro publiczne" jest tym, „co się obywatelom należy". Jest to dobro, które służy jednocześnie wielu ludziom[3], a więc są to dobra konsumowane przez społeczeństwo wspólnie, m.in. bezpieczeństwo, edukacja, ekologia. Każdy obywatel w ten sam sposób korzysta z tych dóbr, czyli służą one całemu społeczeństwu, a finansowane są przez państwo.

Natomiast z administracyjnego punktu widzenia „świadczenie dobra publicznego", jest katalogiem spraw z obszaru porządkowo-reglamentacyjnego, dotyczącego relacji urząd – obywatel. Jest to więc zbiór nakazów, zakazów i zezwoleń administracyjnych, do którego zalicza się też różnego rodzaju służby i inspekcje, a także straże pilnujące porządku prawnego. Jest to też katalog funkcji usługo-

[1] Leon Petrażycki (1867-1931) – filozof, socjolog, etyk, logik, twórca kierunku socjologia prawa

[2] A. Kojder, *Czynniki ograniczające skuteczność prawa i rekomendacje praktyczne* w: „Problemy Prawa i Administracji", Zeszyty Naukowe 1/2010, Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWP w Warszawie, s. 5.

[3] Por. D. Begg i inni, *Ekonomia* , t. I, PWE, Warszawa 1995, s. 467.

wych, wiążących się z zaspokajaniem potrzeb społecznych, jak oświata, kultura oraz usługi z obszaru służby zdrowia i opieki społecznej. Także administracji powierzono uprawnienia właścicielskie nad mieniem publicznym.

Zakres procesu „świadczenia dobra publicznego" jest szeroki, jego realizacja przebiega między wyznaczonymi do poszczególnych zadań specjalistycznymi organami administracji a obywatelami.

Na straży prawidłowego świadczenia dobra publicznego stoi Konstytucja, która określa zasady budowy państwa, organy władzy i ich strukturę, organy administracji rządowej i samorządowej; czyli określa relacje: państwo – obywatel.

W ten sposób państwo reprezentowane jest przez urzędników działających w swoich administracyjnych urzędach, świadczących dobro publiczne na podstawie przepisu prawa. Scharakteryzowanie trzech elementów administrowania: „urzędnik", „urząd" i „przepis", pozwoli ustalić obraz procesu „świadczenia dobra publicznego" przez organy administracji na rzecz obywateli. Istnieje w tej kwestii stosunkowo obszerna, interdyscyplinarna literatura przedmiotu.

Urzędnik

Zakres znaczeniowy pojęcia „urzędnik" wypełniany jest treścią, zależnie od kontekstu i podejścia naukowego. Z jednej strony przyjmuje się, że urzędnik należy do historycznie ukształtowanej warstwy urzędniczej zaangażowanej w wykonywanie władzy publicznej w danym społeczeństwie, zatrudnionej w biurach, urzędach i innych instytucjach[4] lub też, że jest to zawodowy funkcjonariusz państwowy, którego status wyznacza pragmatyka służbowa, zastrzegająca przywileje i sankcje[5].

Z drugiej strony Główny Urząd Statystyczny ogranicza się do ogólnego, porządkującego podziału grupującego urzędników w zbiorowość: administracja publiczna, administracja państwowa i administracja samorządowa. Brak jest definicji szczegółowej i wyczerpującej.

Wprawdzie w literaturze przedmiotu celem określenia pracowników administracji stosuje się zamiennie pojęcia: urzędnik, pracownik sektora publicznego, administracja publiczna, służba publiczna, zasób administracji publicznej, jednakże pierwsza ze wskazanych nazwa omawianej kategorii wydaje się najbardziej spopularyzowana. Liczebność zbiorowości urzędników przedstawia Tabela 1.

[4] Por. (red.) A.K. Koźmiński., W. Piotrowski, *Zarządzanie. Teoria i praktyka*., WN PWN, Warszawa 1995, s. 479.

[5] Por. *Encyklopedia organizacji i zarządzania*, PWE, Warszawa 1981, s. 571.

Tabela 1. Liczba pracowników administracji publicznej, państwowej i samorządowej w latach 1990-2009

Wyszczególnienie	Lata[1]				
	1990	2000	2005	2008	2009
Administracja publiczna ogółem	158.800	315.336	367.733	387.785	428.341
Administracja państwowa	75.200	135.865	164.642	166.771	182.703
Administracja samorządowa	83.600	178.765	202.293	220.149	244.676
Dynamika administracji publicznej (1990 = 100)	100%	199%	232%	244%	270%

Ogólna analiza danych statystycznych Tabeli 1 pozwala zaobserwować ogromny, dynamiczny wzrost zbiorowości urzędników w ostatnich 20 latach. Jest to prawie trzykrotny wzrost, co skłania do przypuszczenia, że funkcja (zawód) urzędnika wiążę się z korzyściami, które wywołują ów trend wzrostowy zatrudnienia w administracji publicznej. Mogą to być korzyści z zakresu: prestiżowej pozycji społecznej, dochodów i innych korzyści quasi-płacowych, przywilejów, władzy nad sprawami i ludźmi. Zjawisko tak dynamiczne warte jest podjęcia procesu badawczego.

Zgodnie z danymi w Tabeli 1 zbiorowość urzędników zatrudniona w zorganizowanych przez państwo strukturach państwowych i samorządowych, obowiązana do świadczenia usług publicznych w imieniu państwa, liczy aktualnie około 430 tys. osób. Posadowienie urzędników w owych strukturach nakłada na nich obowiązek realizacji zadań z obszaru władzy wykonawczej wobec obywateli.

Raczej dla większości społeczeństwa administracja (zbiorowość urzędników) jest „...uosobieniem państwa i niedostatki jej pracy (…) są najbardziej dostrzegalne. Urzędnicy w powszechnym odczuciu reprezentują cały system polityczno-gospodarczy i ich stosunek do obywateli oraz zachowanie w bezpośrednim zetknięciu z jednostką nabierają dziś wyjątkowo dużego znaczenia”[6], stanowią bowiem podstawę oceny sprawności państwa. Koncentrując się na aspekcie kwalifikacyjno-misyjnym funkcji urzędniczej można stwierdzić, że „urzędnik” to wykwalifikowany, mający misję, reprezentant państwa, działający w ramach hierarchii i w granicach prawa.

Praca urzędnika, czyli urzędowanie, jest od czasów Maxa Webera[7] kwalifikowana jako zawód. Celem tego zawodu jest reprezentowanie państwa, zaś sposób realizacji owego reprezentowania, wykazuje następujące cechy:

1) urząd zbudowany jest hierarchicznie, każdy wyższy urząd kontroluje i nadzoruje pracę niższego od siebie w hierarchii;

[6] J. Szreniawski, *Z zagadnień prawidłowego stosunku obywatela z urzędem w demokratycznym państwie prawnym* w: *Państwo. Prawo. Myśl prawnicza*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2003, s. 276.

[7] Max Weber (1864-1920) – socjolog niemiecki, twórca zasad organizacji idealnej.

2) urzędnicy na każdym poziomie organizacji działają według skodyfikowanych reguł postępowania;
3) za swoją pracę urzędnicy otrzymują wynagrodzenie zależne od stażu i stanowiska;
4) praca urzędnika w organizacji jest oddzielona od jego życia poza organizacją;
5) żaden członek organizacji nie jest właścicielem środków materialnych, z których korzysta[8].

Powyższe oznacza, że wykonywane (realizowane) przez urzędników – „urzędowanie" przebiega zgodnie z urzędową hierarchią, przyjętą ścieżką kariery i wierną służbą, w zamian za wynagrodzenie. M. Weber twierdził przy tym, że urzędnicy służą nie tylko realizacji interesów władzy, a także służą dobru społecznemu, a zatem musi tej służbie towarzyszyć odpowiednie przygotowanie merytoryczne urzędników, odpowiedni proces ich doboru, prawidłowy dobór kompetencji oraz musi być realizowany proces ich kształcenia[9], co dziś nazwalibyśmy procesem podnoszenia kwalifikacji lub profesjonalizacją kadry urzędniczej.

Współcześnie punktem wyjścia dla prawidłowych (kompetentnych) zachowań urzędnika w trakcie wykonywania przezeń obowiązków służbowych są źródła obowiązującego go prawa, czyli w pierwszej kolejności odpowiednie przepisy Konstytucji RP[10, 11, 12] dające gwarancję równości obywateli wobec prawa i ich równouprawnienie w relacji z władzą publiczną[13]. Kolejnym aktem prawnym stanowiącym źródła prawa administracyjnego, a tym samym reglamentującym wykonywanie obowiązków urzędniczych, jest ustawa Kodeks postępowania administracyjnego (dalej k.p.a.), która to zobowiązuje urzędników do:

- działania na podstawie przepisów prawa[14];
- stania na straży praworządności i kierowania się interesem społecznym i słusznym interesem obywateli[15];
- pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa[16];

[8] Por. A. Giddens, *Socjologia*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006, s. 369-370.
[9] Por. (red.) M. Ratajczak: *Współczesne teorie ekonomiczne*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 2005, s.156.
[10] Por. art. 2 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku (ze zm.) stanowi: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej".
[11] Por. art. 7 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku (ze zm.) stanowi: „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa".
[12] Por. art. 32 ust. 1 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku (ze zm.) stanowi: „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy maja prawo do równego traktowania przez władze publiczne".
[13] Por. art. 32 ust. 1 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku stanowi: „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne".
[14] Por. art. 6 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „Organy administracji państwowej działają na podstawie przepisów prawa".
[15] Por. art. 7 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „W toku postępowania organy administracji państwowej stoją na straży praworządności i podejmują wszelkie kroki niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli".
[16] Por. art. 8 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „Organy administracji państwowej obowiązane są prowadzić postępowanie

- udzielania petentom należytej i wyczerpującej informacji o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków, też udzielania petentom niezbędnych wyjaśnień i wskazówek[17];
- zapewnienia stronom czynnego udziału w każdym stadium postępowania, a w przypadku odstąpienia od tej zasady urzędnik obowiązany jest do wskazania (w nakazanej formie) przyczyn odstąpienia[18];
- wyjaśnienia stronom zasadności przesłanek, którymi kierują się przy załatwianiu sprawy[19];
- wnikliwego i szybkiego działania przy użyciu najprostszych środków[20].

Powyższy wykaz nakazanych prawnie zachowań w swym głównym zarysie odpowiada oczekiwaniom społecznym w tej materii. Ujęty w k.p.a. wykaz modelowych urzędniczych procedur stanowi wykaz uniwersalny w tej dziedzinie. Praca urzędnicza ma więc łączyć w sobie interes społeczny i interes sektora urzędniczego, gdzie interesem społecznym jest realizacja dobra wspólnego, a misję sektora urzędniczego stanowi służba publiczna.

Dysponowanie przez urzędników wskazówkami ujętymi w formie katalogu prawnie narzuconych zachowań w relacji urząd – petent skłania do refleksji na temat źródła nieprawidłowości występujących w tej relacji, ze szczególnym uwzględnieniem nieprawidłowości występujących po stronie urzędu.

Niekiedy własne doświadczenie lub sytuacje sygnalizowane przez media stanowią źródło informacji o braku zaufania obywateli do organów administracji.

w taki sposób, aby pogłębiać zaufanie obywateli do organów Państwa oraz świadomość i kulturę prawną obywateli".

[17] Por. art. 9 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „Organy administracji państwowej są obowiązane do należytego i wyczerpującego informowania stron o okolicznościach faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego. Organy czuwają nad tym, aby strony i inne osoby uczestniczące w postępowaniu nie poniosły szkody z powodu nieznajomości prawa, i w tym celu udzielają im niezbędnych wyjaśnień i wskazówek".

[18] Por. art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „Organy administracji państwowej obowiązane są zapewnić stronom czynny udział w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwić im wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań".

art. 10 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „Organy administracji państwowej mogą odstąpić od zasady określonej w § 1 tylko w przypadkach, gdy załatwienie sprawy nie cierpi zwłoki ze względu na niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia ludzkiego albo ze względna grożącą niepowetowaną szkodę materialną".

art. 10 §3 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „Organ administracji państwowej obowiązany jest utrwalić w aktach sprawy, w drodze adnotacji, przyczyny odstąpienia od zasady określonej w § 1".

[19] Por. art. 11 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „Organy administracji państwowej powinny wyjaśnić stronom zasadność przesłanek, którymi kierują się przy załatwieniu sprawy, aby w ten sposób w miarę możliwości doprowadzić do wykonania przez strony decyzji bez potrzeby stosowania środków przymusu".

[20] Por. art. 12 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „Organy administracji państwowej powinny działać w sprawie wnikliwe i szybko, posługując się możliwie najprostszymi środkami prowadzącymi do jej załatwienia".

art. 12 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.) stanowi: „Sprawy, które nie wymagają zbierania dowodów, informacji lub wyjaśnień, powinny być załatwione niezwłocznie".

Nieraz nieprawidłowe wywiązywanie się urzędnika z powierzonych mu zadań, sam urząd skłonny jest zakwalifikować tylko jako zwykłą pomyłkę administracyjną, czy drobny partykularyzm, natomiast w oczach obywatela ta nieprawidłowość urasta do rangi niezasłużonej krzywdy, doznanej od własnego państwa.

Z punktu widzenia urzędnika sprawa niezałatwiona prawidłowo, z naruszeniem procedur lub norm prawa materialnego, jest zawsze jedną z wielu, którą załatwia, natomiast z punktu widzenia obywatela sprawa ta jawi się jako najważniejsza, bo jest jego sprawą, a on jest obywatelem i miał do jej wniesienia prawo i właśnie w tej sprawie domaga się od urzędnika świadomości obowiązku prawnego.

Urzędnik, z uwagi na to, że wykonuje służbę publiczną, jest umiejscowiony w strukturach administracyjnych i wyposażony w kompetencje dla (w interesie) obywatela. Stąd nieraz spotykamy w literaturze takie „monitorujące" podejście do urzędników, jako do tej społecznej tkanki, która reprezentując państwo musi uważać na to, w jaki sposób realizuje służbę publiczną. „Urzędnik, który potrafi uprzejmie wytłumaczyć i uzasadnić swoją decyzję, przekonać do swego poglądu i ukazać realne możliwości, tworzy inny obraz państwa w oczach interesanta, niż ten jego przedstawiciel, który go poniża, traktuje z góry i arogancko, podkreślając, że jest władzą"[21]. Urzędnicy stanowią część społeczeństwa „…a więc wśród nich, jak w społeczeństwie, są ludzie kulturalni i przestępcy, czy uczciwi i łapówkarze. Mają oni sukcesy osobiste i porażki, bądź kłopoty związane z zauważalnym tzw. mobbingiem, czyli szykanowaniem i poniżaniem ludzi w pracy przez przełożonych, od których zależy utrzymanie pracy, pozycji, wynagrodzenia czy opinii. Szykanowanie może spowodować u niektórych osobników chęć leczenia swoich urazów nieuprzejmym czy nawet wrogim stosunkiem do interesanta"[22].

Urzędnika, który podczas realizacji służby publicznej dopuścił się oczywistego przeoczenia, skutkującego błędną (nieprawidłową) obsługą petenta, można by tłumaczyć stwierdzeniem, że nie ma ludzi nieomylnych. Z tym, że prawo nie przewiduje takiej kategorii, tak jak i pojęć wartościujących, i w świetle tego urzędnika piastującego swój urząd nie traktuje się w pierwszej kolejności w relacji urząd – petent, jako człowieka, ale jako reprezentanta państwa, które przecież nie może dopuszczać się błędów. Skoro zatem urzędnik jest uosobieniem państwa, to jego obowiązkiem jest stać na straży praworządności, albowiem przez przyjętą rolę zobowiązał się budować zaufanie obywateli do państwa, a zatem świadomość obowiązku prawnego nie pozwala mu się mylić, nie pozwala mu też przenosić problemów osobistych na grunt zawodowy.

[21] J. Szreniawski, *Z zagadnień prawidłowego stosunku obywatela z urzędem w demokratycznym państwie prawnym* w: *Państwo. Prawo. Myśl prawnicza*., Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie -Skłodowskiej, Lublin 2003, s. 278.

[22] J. Szreniawski, *Z zagadnień prawidłowego stosunku obywatela z urzędem w demokratycznym państwie prawnym* w: *Państwo. Prawo. Myśl prawnicza*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie -Skłodowskiej, Lublin 2003, s. 278.

Inna sytuacja występująca w relacji urząd – petent może dotykać problemu kultury osobistej i prawnej urzędnika. Jeśli obywatel, wchodząc na prawach petenta w relację z urzędem, spotyka urzędnika o niskiej etyce, skonfliktowanego z zespołem pracowniczym, w którym funkcjonuje, czy wykazującego niską kulturę osobistą, tym bardziej traci zaufanie do państwa i traci też poczucie obywatelskiej godności. W takiej sytuacji urzędnik frustruje obywatela swoim niskim poziomem świadomości obowiązku prawnego oraz niskim poziomem kultury urzędniczej, przez co neguje swoją funkcję reprezentowania państwa, a tym samym burzy jego wizerunek, jako państwa prawa.

Urząd – podejście interdyscyplinarne

Pojecie urzędu państwowego wg nauk organizacji i zarządzania należy rozumieć jako:

- taki aparat zawodowy, przy pomocy którego organ państwowy wykonuje swoje funkcje;
- sprawowanie funkcji organu państwowego;
- urząd centralny podporządkowany albo premierowi, albo odpowiedniemu ministrowi.[23] Takie ogólne podejście nie wyjaśnia sedna sprawy, zatem dla przybliżenia omawianej kategorii wymagana jest analiza stosownej literatury przedmiotu.

Wspólnym dla trzech wzmiankowanych wyjaśnień pojęcia „urzędu" jest to, że jest on wyposażony w kompetencje, władzę i odpowiedzialność, a jego umiejscowienie w strukturze państwa w formie racjonalnie skonstruowanej cząstki aparatu państwowego, buduje obraz państwa jako zbioru takich części. Porządkowanie problematyki wykonywania służby publicznej, czyli pracy urzędniczej podjął M. Weber wychodząc od stwierdzenia, że prawomocność pewnego porządku musi być gwarantowana, stąd administrowanie jest pojmowane jako procedura, która obejmuje następujące zagadnienia:

- tworzenie prawa;
- stosowanie prawa,
- oraz to, co pozostaje w sferze publicznej, czyli rządzenie[24].

W ujęciu M. Webera – urząd – jest typem porządku nastawionego na bezosobowość, efektywność oraz pewność funkcjonowania.[25] Budując oszczędną definicję tej kategorii, ale uwzględniającą właśnie cechę swoistej bezosobowości urzędu oraz fakt, że przepływ informacji i komunikowanie w ramach urzędu odbywają się w drodze obiegu dokumentów urzędowych, można stwierdzić, że „…

[23] Por. *Encyklopedia organizacji i zarządzania,* PWE, Warszawa 1981, s. 569.
[24] Por. M. Weber: *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Biblioteka Socjologiczna, WN PWN, Warszawa 2002, s. 491.
[25] Por. (red.) A.K. Koźmiński, W. Piotrowski, *Zarządzanie. Teoria i praktyka,* WN PWN, Warszawa 1995, s. 480.

na urząd składają się określone czynności urzędowe oraz dokumenty pisane”[26].

Od strony organizacyjnej urząd jest „...zorganizowanym, hierarchicznym systemem stanowisk. Zajmujący je urzędnicy powinni tylko ściśle podporządkowywać się przepisom i działającym w granicach prawa zwierzchnikom, powinni dokładnie odgrywać przypisane im role organizacyjne”[27].

Celem powołania (stworzenia) urzędu było uporządkowanie relacji społeczeństwo – władza państwowa poprzez wyposażenie pracowników urzędu (urzędników) w wyznaczony kompetencjami obowiązek sprawowania urzędu.

Aktualizując definicję skonstruowaną przez M. Webera można przyjąć, że współczesny urząd jest uporządkowanym zbiorem instrumentów, reguł i procedur zarządzania oraz aparatem zarządzającym, powiązanym z otoczeniem rozlicznymi relacjami. Wspomniane w definicji „instrumenty” dotyczą relacji wewnątrz urzędu, czyli zwierzchników z podwładnymi, „reguły” to utrwalone w urzędzie sposoby realizacji różnych zadań, a „procedury” to wykonywane w odpowiedniej kolejności ciągi operacji zmierzające do zrealizowania zadanych spraw[28]. Takie podkreślenie wewnętrznych urzędowych powiązań typu: zwierzchnik (urzędnik) – podwładny (urzędnik) oraz zwrócenie uwagi na rozliczne relacje z otoczeniem, wymaga spojrzenia na urząd z punktu widzenia stosunków społecznych. Zatem urząd od strony stosunków społecznych każe widzieć w nim zbiór zwierzchników i podwładnych, co przekłada się na zbiór obowiązków i uprawnień nakazujący jednej stronie „...powinność podporządkowania się, a dla drugiej prawo decydowania, wydawania wiążących poleceń, rozkazów, itp. (...) W takim asymetrycznym stosunku społecznym jedna ze stron uzyskuje prerogatywy władcze”[29]. Te prerogatywy władcze ograniczone są kompetencjami podmiotowymi i kompetencjami przedmiotowymi, tzn. odnoszą się do wybranych podmiotów oraz do określonych spraw, a realizacja i egzekwowanie obu tych kompetencji odbywa się według ustalonych procedur, które Piotr Sztompka nazywa „regułami społecznymi”, one wskazują: kto, wobec kogo, w jakich sprawach, jakim trybem i z jaką dozą przymusu może władzę realizować[30].

Urząd jest uporządkowany według następujących zasad: kompetencji, hierarchii urzędowej, sztabu urzędników z dokumentami, wyszkolonych fachowców, zaangażowania pracownika w sprawy urzędu, a czynności urzędnicze realizowane są wg regulaminów.[31] Struktura urzędu zbudowana jest hierarchicznie, a „... hierarchia to władza święta (po grecku *hieros* – święty, *arche* – władza). W teorii organizacji hierarchia oznacza „świętą drabinę” władzy, którą tworzy określona liczba szczebli organizacyjnych”[32].

[26] A. Pawłowska, *Władza. Elity. Biurokracja. Studium z socjologii polityki*., Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1998, s. 92.

[27] (red.) A.K. Koźmiński, W. Piotrowski, *Zarządzanie. Teoria i praktyka.,* WN PWN, Warszawa 1995, s. 481

[28] Por. B.R. Kuc, *Kontrola jako funkcja zarządzania*, Difin, Warszawa 2009, s. 125-127.

[29] P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa.,* Wydawnictwo ZNAK, Kraków 2004, s. 374.

[30] Por. P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa.,* Wydawnictwo ZNAK, Kraków 2004, s. 376.

[31] Por. M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Biblioteka Socjologiczna, WN PWN, Warszawa 2002, s. 695.

[32] B.R. Kuc, *Kontrola w zarządzaniu przyszłością,* Wydawnictwo Menedżerskie PTM, Warszawa 2005, s.163.

Urzędy są więc hierarchicznymi strukturami, poprzez które dokonuje się administrowanie państwem, a co więcej ich obecność stanowi gwarancję państwa prawnego. Administrowanie państwem można więc zdefiniować jako rządzenie realizowane w drodze tworzenia i stosowania prawa, gdzie tworzenie prawa leży w kompetencji umocowanych konstytucyjnie organów, a stosowanie prawa realizowane jest w urzędach wobec petentów z zachowaniem ściśle określonych prawem procedur.

Urząd, jako organ publiczny, jest wyodrębniony w ramach aparatu administracji, funkcjonuje na obszarze przydzielonych mu kompetencji, działa w imieniu i na rachunek państwa, czy samorządu, a ponieważ stoi na straży prawa uprawniony jest do posługiwania się środkami władczymi. Właśnie ta możliwość korzystania ze środków władczych jest istotnym elementem odróżniającym organy administracji państwowej od innych osób prawnych[33]. Urząd, jako agenda administracyjna, musi przestrzegać: właściwości rzeczowej, miejscowej, instancyjnej, funkcjonalnej – czyli świadczenie dóbr/usług publicznych odbywa się według kryterium: rodzaju spraw, terenu skąd pochodzą, instancji, w której zgodnie z procedurą są załatwiane oraz wydziału w strukturze organizacyjnej urzędu.

Zarówno idealne, weberowskie spojrzenie na urząd, jak i zaproponowane przez P. Sztompkę z punktu widzenia asymetrycznych stosunków społecznych (urzędnicy – obywatele), wskazują, że urząd jest wsparty prerogatywami władczymi, dla zapewnienia prawidłowego przebiegu procesu świadczenia dobra publicznego. Nie odbiega to od zdefiniowania urzędu jako placówki władczej, ale stojącej na straży prawa, przyjaznej interesantom.

Wzorowy urząd administracji publicznej (prawidłowo zorganizowany, prawidłowo funkcjonujący, prawidłowo i rzetelnie obsługujący petentów) to „...taki urząd, do którego codziennie wchodzą uśmiechnięci ludzie oraz z którego wychodzą ludzie również zadowoleni. Uśmiechają się i pracownicy urzędu i interesanci (...). Mieszkańcy wiedzą, że ich urząd, wykonujący skutecznie i efektywnie prawem określone usługi działa na rzecz ich dobra społecznego oraz pomyślności gospodarczej...". Zaś misja takich wzorowych urzędów wyraża się w tym, że są one „…organizacjami zaufania społecznego i dlatego jakość, ale również i inne wartości organizacyjne odgrywają tutaj rolę szczególną. Urzędy są częścią szerszego systemu społecznego. Można powiedzieć, że pełnią rolę kulturotwórczą, edukacyjną, integrującą"[34].

Taki wzorowy urząd stanowi podstawowy element funkcjonowania dojrzałej wspólnoty obywatelskiej. Dojrzała wspólnota wybiera dobrą władzę, a dobra władza wzmacnia wzajemne zaufanie między obywatelami a władzą, a to z kolei

[33] Szerzej o tym w: W. Mikułowski, *Sprawność cywilnej służby publicznej jako instrument rządzenia państwem* w: *Dobre państwo* (red.) W. Kieżun i J. Kubin , Wydawnictwo WSPiZ im L. Koźmińskiego, Warszawa 2004, s. 77-78.

[34] M. Bugdoł, *Zarządzanie jakością w urzędach administracji publicznej*, Difin, Warszawa 2008, s. 27.

wspomaga umiejętności organizacyjne społeczności lokalnej na każdym poziomie czy lokalnym, czy regionalnym[35].

Oczywiście warunkiem *sine qua non* zakwalifikowania danego urzędu jako wzorowego jest zatrudnianie wykwalifikowanych urzędników posiadających świadomość obowiązku prawnego wobec społeczeństwa, na rzecz którego świadczą dobro publiczne. Umiejętności kadry urzędniczej nabywane są przez nią w drodze urzędowania, bo właśnie urząd, w którym pracują (służą dobru publicznemu) to „…system zamieniania pracowników o całkiem przeciętnych zdolnościach w racjonalne osoby podejmujące decyzje, bezstronnie i wydajnie służące swym klientom i wyborcom. Forma biurokratyczna obiecuje niezawodność podejmowania decyzji, wybieranie i awansowanie, w zależności od zasług oraz bezstronne a przez to uczciwe stosowanie zasad"[36].

Przepis jako podstawa prawna pracy urzędnika

Urząd administracyjny bazuje na dwóch filarach: na hierarchii i na stosowaniu prawa. Hierarchii organizacyjnej przypisana jest rola koordynująca całość pracy urzędu, określa ona strukturę urzędu, kompetencje urzędników, natomiast stosowanie prawa polega na zgodnym z literą prawa załatwianiu (porządkowaniu) spraw obywateli, czyli na zgodnym z prawem „świadczeniu dobra publicznego". Pod pojęciem zgodnego z prawem świadczenia dobra publicznego należy rozumieć oparte na ustawie „niearbitralne" wykonywanie obowiązków służbowych przez urzędników, których czynności podlegają kontroli sądowej.

I tak podstawowym aktem prawnym zawierającym zbiór przepisów dotyczących przebiegu procedur i warunków ich stosowania jest k.p.a.. Zawarte w k.p.a. zasady ogólne postępowania administracyjnego nakładają na urzędników obowiązek stania na straży praworządności, pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa, czyli do władzy, co dokonuje się poprzez wnikliwe i szybkie działanie w każdej sprawie z równym zaangażowaniem zgodnie z właściwością rzeczową, miejscową, instancyjną i funkcjonalną oraz bez zbędnej zwłoki i mają na celu kreowanie obrazu państwa jako organizacji (struktury) pewnej, niezmiennej, godnej zaufania, rzetelnej.

Prawo administracyjne procesowe, czyli zbiór przepisów regulujących funkcjonowanie administracji publicznej (k.p.a., ustawy okołokodeksowe, rozporządzenia wykonawcze) spełnia następujące funkcje:

- określa sferę kompetencji aparatu administracyjnego;
- określa sposób wykonywania czynności urzędowych;
- dokonuje rozdziału czynności między urzędników;
- dokonuje rozdziału kompetencji tworząc hierarchię urzędową, na podstawie której, dokonuje się przydziału zadań administracyjnych oraz rozdziału środków do ich realizacji;
- wskazuje sytuacje, w których urzędnik może wydawać polecenia, rozkazy, a także stosować środki przymusu;

[35] Por. W Misiąg, *Wzorowy urząd, czyli jak usprawnić administrację*, Instytut Badań nad Gospodarką Rynkową, Warszawa 2005, s. 14.

[36] M.J. Hatch, *Teoria organizacji*, WN PWN, Warszawa 2002, s.177.

- reguluje stosunki wzajemne między urzędnikami, a także określa wymagania jakim winien sprostać urzędnik[37].

Podstawą prawną wzmiankowanej sfery kompetencji i sposobu realizacji zadań jest prawo, czyli zbiór przepisów, regulujących wszystkie czynności z zakresu kompetencji urzędu, wykonywanych w urzędzie i przez urząd, i to zarówno drobnych czynności wewnątrzurzędowych, jak i czynności zewnętrznych (wobec petenta) kształtujących relacje urzędu z otoczeniem[38]. Literalnie więc przepis prawa, stanowiący instrument pracy urzędnika, to „…jednostka redakcyjna i systematyzacyjna aktu normatywnego wyróżniona w jego tekście jako artykuł, paragraf, ustęp, punkt, litera"[39].

Natomiast normy prawne „…są wyprowadzane z przepisów, czemu służy m.in. ich interpretacja (wykładania). To, co prawnicy otrzymują z rąk prawodawcy, to nie gotowy produkt, lecz materiał, z którego buduje się reguły postępowania. To, jaka reguła postępowania (norma) zostanie zbudowana w wyniku wyprowadzenia jej z przepisów, zależy od wielu czynników i nie jest ostatecznie przesądzone w chwili formułowania tych przepisów przez prawotwórcę"[40]. Celem „…zrekonstruowania pełnej normy prawnej z reguły korzystać trzeba z wielu przepisów poddanych jeszcze odpowiedniej wykładni. Jeden przepis z kolei zawierać może elementy konieczne do zrekonstruowania nie jednej, lecz wielu norm prawnych"[41].

A zatem wyprowadzone z przepisów normy prawne spełniają funkcję standardów, czyli wskazują, które rozstrzygnięcia ustala się jako poprawne, czyli mające zastosowanie w określonej, typowej sytuacji.

Rolą ustawodawcy jest zatem takie sformułowanie przepisów składających się na akt prawny, ażeby wyeliminować indywidualną inicjatywę urzędnika na rzecz jednolitości, a prawna regulacja urzędowych procedur wyprowadzona z przepisów ma gwarantować przewidywalność przebiegu trybu i sposobu ich realizacji. Ten schematyzm działania urzędniczego polegający na pełnym podporządkowaniu się przepisom chroni urząd i urzędników przed zarzutem indywidualizmu, nierównorzędnego traktowania petentów, osobistych preferencji czy nawet dyskryminacji. Także z drugiej strony nakreśla obywatelowi schemat procedury, do której, jako petent, musi się dostosować korzystając ze swojego prawa (poprzez wejście w rolę petenta) i daje obywatelowi gwarancję rozstrzygnięcia sprawy w przypisanym trybie.

Z tego względu, że prawo stanowi nieodłączny atrybut nowoczesnego państwa demokratycznego i jest instrumentem realizacji polityki państwa, w jej szerokim rozumieniu, tylko koherencja przepisów pozwala na większą spójność prawa i w ten sposób zwiększa efektywność pracy m.in. w urzędach. Służy temu wspomniany k.p.a., który poza rolą porządkującą warsztat pracy reprezentantów państwa, otwarty jest na problemy petenta. Ta swoista humanizacja przepisów k.p.a., jest nakreślona w procedurze, gdzie na pierwszy plan wysuwa się jasno określony tryb załatwiania spraw przez obywatela. Urzędnik jest na drugim planie, a jego zadaniem jest dopilnować poprawności przebiegu toku załatwiania sprawy wniesionej do urzędu.

[37] Por. A. Pawłowska, *Władza. Elity. Biurokracja. Studium z socjologii polityki*., Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1998, s. 91-92.

[38] Por. A. Pawłowska, *Władza. Elity. Biurokracja. Studium z socjologii polityki*., Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1998, s. 95.

[39] red. Urszula Kalina-Prasznic, *Encyklopedia prawa*, Wyd. III, , C.H. BECK, Warszawa 2004, s.620

[40] T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, 4. wydanie poprawione i uzupełnione, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2003, s. 95.

[41] Z. Radwański, *Prawo cywilne – cześć ogólna*, 3. wydanie zmienione i poszerzone, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1997, s. 43.

Powracając do rozważań L. Petrażyckiego o motywacyjnym i wychowawczym działaniu prawa oraz o prawdopodobnych skutkach podejmowanych działań prawnych A. Kojder zauważył, że kiedy system prawny jest przez dłuższy okres czasu niespójny, kiedy następują w nim ciągłe zmiany, wtedy motywacyjna siła nakazów i zakazów prawnych słabnie, nastawienie, które wywołują jedne normy są paraliżowane przez działanie innych norm[42].

Zatem administracja publiczna jest sprawna, gdy ma spójne przepisy pozwalające na prawidłową, zgodną z oczekiwaniami realizację zadań administracyjnych.

Ostatnie 20 lat stworzyło nowe warunki funkcjonowania urzędów choćby przez reformę samorządową, reformę administracyjną państwa, realizację zasad gospodarki rynkowej, czyli poszanowania własności, prawa swobody działalności gospodarczej oraz solidaryzmu społecznego[43]. Wszystkie te obszary zmian, stworzyły przestrzeń domagającą się nowych uregulowań prawnych.

Czy zatem przepisy stworzone przez prawodawcę w minionym dwudziestoleciu stanowią uporządkowaną bazę dla urzędniczego administrowania, i czy proces świadczenia dóbr/usług publicznych, które to się obywatelowi należą, przebiega sprawnie?

Otóż zdaniem A. Kojdera przepisy nie były tworzone zgodnie ze sztuka prawniczą, „…prawo tworzone przez polski parlament, posiada wiele wad, mankamentów i braków. Najważniejszymi wadami są: resortowe tworzenie projektów ustaw (jak za czasów PRL!), nadmiar regulacji i częstokroć ich nadmierna kazuistyka, brak stabilności przepisów, niespójność unormowań i ogólnie niski, albo bardzo niski poziom projektów legislacyjnych"[44].

Zatem przepis, który stanowi podstawę pracy urzędniczej może mieć wątpliwą wartość już w samym procesie jego tworzenia, a wprowadzenie go do systemu prawa i zastosowanie w praktyce urzędniczej może być źródłem nadużyć.

Także społeczne spojrzenie na rolę przepisu w organizacji, nakazuje daleko idącą ostrożność w tworzeniu prawa, ostrzega przed bylejakością. W tym przedmiocie Jadwiga Staniszkis zauważa, iż przepis „…stanowi bowiem nie tylko instrument do realizacji celów organizacji, ale ponadto ułatwia redukowanie sytuacji stresowych w organizacji, legitymując działanie i zdejmując osobistą odpowiedzialność z osoby działającej, zmniejszając sfery niepewności, wreszcie przekształcając dolegliwą sytuację władzy w sytuację zarządzania"[45].

Zatem ze społecznego punktu widzenia przepis pełni rolę gwaranta prawidłowej pracy urzędnika, upoważnia go do działania i daje poczucie bezpieczeństwa urzędnikowi, że działał zgodnie z literą prawa, a więc zgodnie z interesem państwa i obywatela.

J. Staniszkis wskazuje też na szerszy kontekst postrzegania przepisu, jako efektu historyczno-kulturowego oraz efektu struktury systemu, w której funkcjonuje urzędnik[46].

Michel Crozier oraz Erhard Friedberg, analizując zachowania społeczne w organizacji uważają, że przepisy są „…jednym z tych czynników, które określają kontekst działania i wy-

[42] Por. A. Kojder *Czynniki ograniczające skuteczność prawa i rekomendacje praktyczne* w: „Problemy Prawa i Administracji", Zeszyty Naukowe 1/2010, Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWP w Warszawie, s. 7.

[43] Por. art. 20 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku (ze zm.) stanowi:
„Społeczna gospodarka rynkowa oparta ba wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego RP".

[44] A. Kojder *Czynniki ograniczające skuteczność prawa i...*: „Problemy prawa i administracji", Zeszyty Naukowe 1/2010, Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWP w Warszawie, s. 5.

[45] J. Staniszkis *Patologie struktur organizacyjnych. (próba podejścia systemowego)*, Zakład Narodowy Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław 1972, s. 82.

[46] Por. J. Staniszkis, *Patologie struktur organizacyjnych. (próba podejścia systemowego)*, Zakład Narodowy Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław 1972, s. 84.

znaczają zasoby, jakimi aktorzy mogą dysponować"[47], [48]. Odnośnie przepisów organizacyjnych zauważają oni, że ich celem jest „…likwidowanie istniejących źródeł niepewności. Paradoks polega jednak na tym, że nie tylko nie pozwalają one w pełni wyeliminować niepewności, ale jeszcze tworzą dodatkowe jej źródła, natychmiast wykorzystywane przez tych, których zachowania miały regulować i ograniczać"[49]. Przywołany mechanizm „zwiększania źródeł niepewności" polega na tym, że „…przepis jest środkiem służącym kierownictwu do uzyskiwania ze strony podwładnych maksymalnie konformistycznych zachowań. Precyzując szczegółowo, jak powinni oni się zachowywać, przepis ogranicza swobodę ich działania i zwiększa tym samym władzę kierownictwa. (…) Przepis staje się często parawanem, za którym podwładni chronią się przed arbitralnymi decyzjami kierowników"[50].

Tego rodzaju interpretacja przepisów, jako marginesu swobody działania poszczególnych członków organizacji, pozwala przyjąć, że operowanie przepisami (stosowanie przepisów) pozwala na „…łatwiejsze zlokalizowanie i zrozumienie różnych „anomalii" i „rozbieżności" istniejących między oficjalną fasadą organizacji, a rzeczywistymi procesami jej funkcjonowania. Przepisy „uzupełnione", „skorygowane" bądź nawet „anulowane" zgodnie z wykładnią obowiązującą w ramach nieoficjalnej struktury władzy tworzą rzeczywistą podstawę funkcjonowania organizacji…"[51].

Krytyczne spojrzenie socjologów na „przepis jako parawan" w życiu urzędnika, oraz wskazówki odautorskie, że w wyodrębnionej strukturze organizacyjnej administracji publicznej, za fasadą organizacji kryją się i wpływają na życie urzędu struktury nieoficjalne, zwane w języku zarządzania grupami nieformalnymi, pozwala zauważyć, że w każdej typowej urzędowej strukturze organizacyjnej tkwią zalążki jej sprawnego albo niesprawnego działania. Przyczynami ewentualnych nieprawidłowości w funkcjonowaniu urzędu może być niewłaściwe stosowania prawa, czyli odejście od urzędniczych standardów decyzyjnych wyznaczonych przepisem, oraz może być zdominowanie pracy przez powstałe w urzędzie grupy nieformalne, czy też skupienie się urzędnika nie na właściwym stosowaniu przepisów, ale na realizacji własnych interesów. Układy koleżeńskie zawsze istnieją w każdym miejscu pracy, ich potencjalny wpływ na efektywność organizacji został już niejednokrotnie w literaturze opisany, podobnie jak preferowanie przez urzędnika własnych spraw. Oba te zjawiska mogą doprowadzić do odejścia od realizacji priorytetowych zadań urzędu, na rzecz realizacji interesów grupy nieformalnej, czy jednostki. Toteż znając wady funkcjonowania organizacji, trzeba pochylić się nad fundamentalnymi sprawami dla administracji tj. nad jakością prawa, aby złe przepisy nie przyczyniały się do dysfunkcji urzędu. Taki stan rzeczy nakazuje dużą ostrożność w procesie tworzenia przepisów, nakazuje dbałość o ich jakość, ich koherencję, aby w ten sposób ograniczać sytuację, w której źle sformułowane przepisy prawa, wzmocnione działaniem subkultury urzędniczej (połączenie „gry" grup formalnych i nieformalnych), mogą mieć deformujący wpływ na pracę urzędu, na świadczenie usług publicznych.

---

[47] M. Crozier, E. Friedberg, *Człowiek i system. Ograniczenia działania zespołowego*, PWE Warszawa 1982, s. 47.

[48] Należy wyjaśnić, że w języku socjologii pojęcie „aktor" oznacza człowieka aktywnego, działającego uczestnika gry społecznej, w: K. Bolesta-Kukułka, *Mały słownik menedżera*, PWE, Warszawa 1993, s. 11.

[49] M. Crozier, E. Friedberg, *Człowiek i system. Ograniczenia działania zespołowego*, PWE Warszawa 1982, s. 8.7

[50] M. Crozier, E. Friedberg, *Człowiek i system. Ograniczenia działania zespołowego*, PWE Warszawa 1982, s. 87.

[51] M. Crozier, E. Friedberg, *Człowiek i system. Ograniczenia działania zespołowego*, PWE Warszawa 1982, s. 89.

A zatem tworząc przepisy konieczna jest jak najpełniejsza profesjonalizacja procesu tworzenia prawa[52], bowiem niedociągnięcia w tym zakresie skutkują nie tylko złymi relacjami państwo – petent, ale także marginalizują misję urzędu poprzez wprowadzenie na pierwszy plan partykularyzmu urzędników.

Sytuację tę przewidział L. Petrażycki, który pośród błędów prawodawcy wskazał też „…stanowienie takich przepisów prawa, których przestrzeganie może wytwarzać i upowszechniać niepożądane przyzwyczajenia i szkodliwe dyspozycje psychiczne"[53].

Można by tę myśl wzbogacić o aspekt skutków (kosztów) dla urzędu nieprawidłowych decyzji. Otóż straty społeczne będące efektem stosowania nieprawidłowo skonstruowanych przepisów, prowokujących urzędników do nieprawidłowych zachowań są większe, niż te wątpliwe, partykularne korzyści dyskontowane z tych nieprawidłowości. Jest tak dlatego, że owe straty rozpatruje się w skali państwa, w skali uszczuplania praworządności państwa, a korzyści mogą być rozpatrywane tylko w indywidualnym aspekcie i ich pozytywny ładunek dotyczy tylko korzystającego, zupełnie nie wpływając na pozytywny obraz państwa w oczach obywateli, a nawet szkodząc jego wizerunkowi.

Wnioski

Zarządzanie urzędem i organizacja urzędu, jako funkcja administracji państwowej, jest procesem świadczenia usług publicznych i dobra publicznego. Zaprezentowana charakterystyka pojęć: urzędnika, urzędu i przepisu prawa, pozwala ustalić znaczenie procesu obsługi (załatwiania) spraw obywatelskich.

Urzędnik w urzędzie, jako w swoim miejscu pracy, bazując na stosownych przepisach, pod warunkiem ich prawidłowej konstrukcji i koherencji, winien prawidłowo realizować proces „świadczenia dobra publicznego", winien rzetelnie rozstrzygać sprawy obywatelskie, jednakże dysponując niską świadomością prawną, preferując osobiste interesy, czy silną więź z grupą nieformalną, może przyczyniać się do patologizowania pracy urzędu. Jeśli mamy do czynienia z prawdziwym urzędniczym powołaniem, wspartym respektowaniem koherentnych przepisów to takie rzetelne, zgodne z prawem wykonywanie urzędniczych obowiązków wystawia dobre świadectwo państwu, a u obywateli buduje poczucie bezpieczeństwa, a także buduje przekonanie, że państwo, którego są obywatelami jest państwem prawnym i hołduje wartościom zagwarantowanym konstytucyjnie.

W tym drugim przypadku zamiast państwa prawnego, mamy urząd i urzędników, którzy (stosując terminologię socjologiczną) zamiast stać na straży prawa, wykorzystują asymetryczny stosunek społeczny wynikający z posiadanych prerogatyw władczych, zamieniają go w parawan osłaniający nieefektywne zachowania urzędnicze, wykorzystują prawo dla zwiększenia swojego urzędniczego konformizmu, swojej urzędniczej swobody i dla zmniejszenia obszaru swojej urzędniczej niepewności. Jest to wyrazem niskiej świadomości prawnej takich urzędników, bo urzędnik wykonując zadania, których się podjął, zapomina o tym, że nieprawidłowość po stronie urzędu w relacji urząd – petent obciąża państwo.

Także nawiązując do danych statystycznych Tabeli 1, a więc do liczebności zbiorowości urzędniczej oraz do faktu, że Polska jest państwem prawnym nie sposób nie uwzględnić tej zbiorowości, jej wykształcenia, postaw, zachowań, rzetelności oraz świadomości obowiązku prawnego. Blisko półmilionowa zbiorowość podejmująca decyzje o sprawach

[52] Por. A. Kojder, *Czynniki ograniczające skuteczność prawa i rekomendacje praktyczne* w: „Problemy Prawa i Administracji", Zeszyty Naukowe 1/2010, Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWPj w Warszawie, s. 18.

[53] A. Kojder, *Czynniki ograniczające skuteczność prawa i rekomendacje praktyczne* w: „Problemy Prawa i Administracji", Zeszyty Naukowe 1/2010, Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWPj w Warszawie, s. 8 .

obywateli nie może być grupą wspólnych interesów, ale odpowiedzialnie ukształtowaną do pełnionych funkcji, do prawidłowego świadczenia obywatelom usług, które się obywatelom należą.

Jednym ze sposobów ukrócenia nieprawidłowości w pracy urzędniczej i w funkcjonowaniu urzędów, byłoby wykorzystanie w procesie zarządzania urzędem choć części naukowego dorobku teorii organizacji i zarządzania oraz dorobku socjologii. Dorobek teorii organizacji i zarządzania ze szczególnym uwzględnieniem problematyki hierarchii i struktury organizacyjnej, kompetencji pracowniczych, organizacji jako sprawnej całości, motywacji, jakości pracy, oceny pracy, teorii decyzji, czyli tych zagadnień, które występują w relacjach międzyludzkich, powinien być wykorzystany w sprawnym funkcjonowaniu takiej organizacji jaką stanowi urząd. Także zbiorowość urzędnicza powinna być obejmowana przez socjologów sukcesywnymi badaniami empirycznymi celem zdiagnozowania jej zachowań, kultury, potrzeb i wad, aby wyniki badań pozwalały na usunięcie niedociągnięć i nieprawidłowości.

Bibliografia:

1. Begg D. i inni, *Ekonomia* , t. I, PWE, Warszawa 1995.
2. Bolesta-Kukułka K., *Mały słownik menedżera*, PWE, Warszawa 1993.
3. Bugdoł M., *Zarządzanie jakością w urzędach administracji publicznej*, Difin, Warszawa 2008.
4. Crozier M., Friedberg E., *Człowiek i system. Ograniczenia działania zespołowego*, PWE, Warszawa 1982.
5. *Encyklopedia organizacji i zarządzania,* PWE, Warszawa 1981.
6. Giddens A.: *Socjologia*, WN PWN, Warszawa 2006.
7. Hatch M.J., *Teoria organizacji*, WN PWN, Warszawa 2002.
8. (red.) Kalina-Prasznic U., *Encyklopedia prawa*, wyd. III, C.H. BECK, Warszawa 2004.
9. Kojder A., *Czynniki ograniczające skuteczność prawa i rekomendacje praktyczne,* w „Problemy Prawa i Administracji", Zeszyty Naukowe 1/2010, Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWP w Warszawie.
10. (red.) Koźmiński A.K., Piotrowski W., *Zarządzanie. Teoria i praktyka*., WN PWN, Warszawa 1995.
11. Kuc B.R., *Kontrola jako funkcja zarządzania*, Difin, Warszawa 2009.
12. Kuc B.R., *Kontrola w zarządzaniu przyszłością,* Wydawnictwo Menedżerskie PTM, Warszawa 2005.
13. *Mały Rocznik Statystyczny Polski* 2010, Główny Urząd Statystyczny, Warszawa 2010.
12. Mikułowski W., *Sprawność cywilnej służby publicznej jako instrument rządzenia państwem* w: *Dobre państwo* (red.) W. Kieżun i J. Kubin, Wydawnictwo WSP i Z im L. Koźmińskiego, Warszawa 2005.
13. Misiąg W., *Wzorowy urząd, czyli jak usprawnić administrację*, Instytut Badań nad Gospodarką Rynkową, Warszawa 2005.
14. Pawłowska A., *Władza. Elity. Biurokracja. Studium z socjologii polityki*., Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej, Lublin 1998.
15. Radwański Z., *Prawo cywilne – cześć ogólna*, 3. wydanie zmienione i poszerzone, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1997.
16. (red.) Ratajczak M., *Współczesne teorie ekonomiczne*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 2005.
17. Staniszkis J., *Patologie struktur organizacyjnych. (próba podejścia systemowego).*, Zakład Narodowy Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław 1972.
18. Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, 4. wydanie poprawione i uzupełnione, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2003.

19. Szreniawski J., *Z zagadnień prawidłowego stosunku obywatela z urzędem w demokratycznym państwie prawnym* w: *Państwo. Prawo. Myśl prawnicza*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie -Skłodowskiej, Lublin 2003.
20. Sztompka P., *Socjologia. Analiza społeczeństwa.,* Wydawnictwo ZNAK, Kraków 2004
21. Weber M., *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Biblioteka Socjologiczna, WN PWN, Warszawa 2002.

Akty prawne:

Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku (ze zm.)

Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r., nr 98 poz. 1071 z późn. zm.).

Strony internetowe:

http://www.stat.gov.pl/gus

Alicja Brand

Autorka, mgr Alicja Brand, jest doktorantem w Instytucie Pracy i Spraw Socjalnych w Warszawie.

Piotr Zuzankiewicz

Jakość funkcjonowania administracji rządowej, a obowiązki członków korpusu służby cywilnej

Jakość funkcjonowania administracji rządowej można rozpatrywać w różnych wymiarach. Po pierwsze – w wymiarze organizacyjnym poprzez analizę norm prawnych regulujących instytucjonalne ramy administracji rządowej, to jest ogólnych norm określających stosunki administracyjno-prawne, regulacji prawnych odnoszących się do funkcjonowania całej administracji rządowej, jak również poszczególnych organów i instytucji wchodzących w jej skład (podejście organizacyjne). W tym podejściu jakość administracji uzależniona jest bezpośrednio od sposobu jej organizacji – prawidłowego określenia ram instytucjonalnych, hierarchicznego systemu powiązań i zależności pomiędzy poszczególnymi organami administracji rządowej.

Po drugie – jakość administracji rządowej można badać analizując zakres kompetencji poszczególnych organów administracji rządowej, zadań realizowanych przez poszczególne urzędy administracji rządowej (podejście zadaniowe). Jakość funkcjonowania administracji rządowej w kategoriach celowościowych należy rozpatrywać zarówno pod kątem normatywnym (właściwego określenia kompetencji i zadań poszczególnych organów i obsługujących ich urzędów), jak również analizując efektywność i skuteczność działań podejmowanych przez administrację. W podejściu celowościowym jakość administracji jest uzależniona od właściwego określenia zadań poszczególnych organów oraz ich skuteczności ich realizacji.

Po trzecie – jakość funkcjonowania administracji rządowej można utożsamiać ze sprawnością kadry aparatu państwowego, a więc kompetencjami członków korpusu służby cywilnej (podejście kompetencyjne). Zgodnie z tym założeniem istnieje bezpośrednia korelacja pomiędzy jakością funkcjonowania administracji rządowej a kompetencjami zatrudnionych w niej pracowników. Obowiązki członków korpusu służby cywilnej, a więc głównej kategorii pracowników administracji rządowej, są ważnym przedmiotem analizy we wszystkich wyróżnionych powyżej wymiarach postrzegania jakości administracji.

Obowiązki te zostały w sposób szczegółowy określone w ustawie o służbie cywilnej. Specyficzne rozwiązania w tym zakresie są konsekwencją szczególnych zadań służby cywilnej, określonych przez ustawodawcę przede wszystkim w art. 153 Konstytucji RP oraz art. 1 ustawy o służbie cywilnej, który mówi, że służba cywilna została ustanowiona w celu zapewnienia zawodowego, rzetelnego

i politycznie neutralnego wykonywania zadań państwa. Cel funkcjonowania służby cywilnej znajduje odzwierciedlenie w szczególnych obowiązkach członków korpusu służby cywilnej, dodatkowych względem rozwiązań określonych w prawie pracy, odnoszących się do stosunku pracy. Niestety, w większości zostały one sformułowane przez ustawodawcę w sposób niedookreślony, na wysokim poziomie ogólności[1].

Przyjęte w ustawie obowiązki członków korpusu służby cywilnej można podzielić na kilka kategorii. Pierwszą grupą są obowiązki zawarte w artykule 76, które ze względu na swój charakter, stopień ogólności, a także umiejscowienie przez ustawodawcę należy traktować jako fundamentalne. W sposób bezpośredni znajdują one odniesienie do misji służby cywilnej określonej w art. 153 Konstytucji RP i art. 1 ustawy o służbie cywilnej. Ustawodawca zaliczył do nich:

- przestrzeganie Konstytucji Rzeczypospolitej i innych przepisów prawa,
- ochronę interesów państwa oraz praw człowieka i obywatela,
- racjonalne gospodarowanie środkami publicznymi.
- rzetelne i bezstronne, sprawne i terminowe wykonywanie powierzonych zadań,
- dochowywanie tajemnicy ustawowo chronionej,
- rozwijanie wiedzy zawodowej,
- godne zachowanie się w służbie i poza nią.

Obowiązki określone w art. 76 stanowią fundament funkcjonowania służby cywilnej. Są one kluczowe dla jakości funkcjonowania administracji rządowej, dookreślają zasady organizacji służby cywilnej określone w innych aktach prawnych. Obowiązek przestrzegania Konstytucji Rzeczypospolitej i innych przepisów prawa należy rozpatrywać w kontekście konstytucyjnej zasady państwa prawnego, znajdującej swój wyraz w art. 2 ustawy zasadniczej, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, a także zasady legalizmu, wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP, zgodnie z którym organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, oraz w art. 6 Kodeksu postępowania administracyjnego, który wskazuje, że organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa.

Natomiast obowiązek bezstronności należy rozważać również w kontekście art. 25 ust. 2 Konstytucji RP, który określa, że władze publiczne w Rzeczypospolitej Polskiej zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, zapewniając swobodę ich wyrażania w życiu publicznym. Na podstawie powyższych regulacji należy uznać, że bezstronność pracowników i urzędników służby cywilnej powinna obejmować również powyż-

[1] Por. B. Cudowski, *Ograniczenia swobody zatrudnienia pracowników samorządowych i członków korpusu służby cywilnej* (w:) W. Sanetra (red.), S*tosunki pracy w służbie cywilnej i samorządzie terytorialnym* s. 66; K. Szarkowska, *Odpowiedzialność dyscyplinarna członków korpusu służby cywilnej w orzecznictwie Wyższej Komisji Dyscyplinarnej Służby Cywilnej*, Sł. Cyw. 2004, nr 8, s. 121).

sze aspekty funkcjonowania państwa. Bezstronność członków korpusu służby cywilnej należy również wiązać z opisaną już w niniejszym rozdziale zasadą legalizmu, określoną w art. 7 Konstytucji RP, zgodnie z którym organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, a także w art. 6 Kodeksu postępowania administracyjnego, który określa, że organy administracji publicznej działają na podstawie przepisów prawa. Bezstronne wykonywanie zadań przez służbę cywilną utożsamiane z działaniem na podstawie i w granicach prawa, powinno być gwarancją zachowania bezstronności przez członków służby cywilnej. Działania członków korpusu służby cywilnej, podejmowane w ramach obowiązków służbowych, muszą być wolne od preferencji politycznych, światopoglądowych, religijnych, a także niezależne od wpływów politycznych.

Należy jednakże zauważyć, że w większości obowiązki określone w art. 76. zawierają się w kategorii klauzul generalnych – norm ogólnych, świadomie niedoprecyzowanych, których ocenę konkretnego stanu faktycznego powierza się podmiotowi przestrzegającemu prawo lub organowi stosującemu prawo. Klauzula generalna daje możliwość podejmowania decyzji, powołując się na indywidualną ocenę sytuacji występującej w danym przypadku lub na podstawie pozaprawnych zasad postępowania. Wobec powyższego ocena, czy dane zachowanie członka korpusu służby cywilnej lub jego zaniechanie może być uznane za przekroczenie obowiązków określonych w komentowanym rozdziale, nie może być dokonywana w oderwaniu od konkretnej sytuacji. W sposób szczególny dotyczy to obowiązku godnego zachowania w służbie i poza nią. Jego zakres oddziaływania wykracza bowiem poza normalny zakres stosunku pracy – obowiązuje on również poza miejscem wykonywania pracy. Obowiązek ten wynika ze specyficznej misji służby cywilnej. Pojęcie godnego zachowania w doktrynie nie jest jednoznacznie zdefiniowane. Należy uznać, że ustawodawca posługując się tym pojęciem miał na myśli wszelkie zachowania członka korpusu służby cywilnej, które negatywnie wpływają na wizerunek służby cywilnej, jej postrzeganie przez społeczeństwo. J. Jagielski oraz K. Rączka jako przykłady naruszenia omawianego obowiązku wskazują między innymi: formułowanie niepochlebnych opinii dotyczących służby cywilnej lub urzędu, lekceważący stosunek do instytucji państwowych lub samorządowych, niestosowne zachowanie się członka korpusu służby cywilnej w miejscu swego zamieszkania, nadużywanie alkoholu, znęcanie się nad członkami rodziny[2].

Z obowiązkami podstawowymi ściśle powiązane są obowiązki określone w art. 78 ustawy o służbie cywilnej, do których zaliczono:

- zakaz publicznego manifestowania przez członków korpusu służby cywilnej poglądów politycznych,
- zakaz uczestniczenia przez członków służby cywilnej w strajku lub akcji protestacyjnej zakłócającej normalne funkcjonowanie urzędu,

[2] Por.. J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy o służbie cywilnej*, s. 232.

- zakaz łączenia zatrudnienia w służbie cywilnej z mandatem radnego,
- zakaz tworzenie przez urzędników służby cywilnej oraz pracowników służby cywilnej zajmujących wyższe stanowiska w służbie cywilnej partii politycznych oraz uczestnictwa w nich,
- zakaz pełnienia przez członka korpusu służby cywilnej zajmującego wyższe stanowisko w służbie cywilnej funkcji w związkach zawodowych.

Spośród powyższych obowiązków członków korpusu służby cywilnej budzi objekcje zakaz tworzenia przez urzędników służby cywilnej oraz pracowników służby cywilnej zajmujących wyższe stanowiska w służbie cywilnej partii politycznych oraz uczestnictwa w nich. Po pierwsze należy zauważyć, że można uznać, iż przepis ten stoi w sprzeczności z wyrażoną w art. 58 ust. 1 Konstytucji RP wolnością zrzeszania się. Na poparcie takiego poglądu należy wskazać, że urzędnicy służby cywilnej oraz pracownicy służby cywilnej zajmujący wyższe stanowiska w służbie cywilnej nie zostali wskazani przez ustawodawcę w Konstytucji RP wśród kategorii osób, którym wprost zakazano uczestnictwa w partiach politycznych (ustawodawca w tym kontekście wskazał sędziów, art. 178 ust. 3 Konstytucji RP oraz Rzecznika Praw Obywatelskich, z art. 209 ust. 2 Konstytucji RP). Jednocześnie, uczestnictwo członków korpusu służby cywilnej w partiach politycznych, a więc zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. nr 79, poz. 857 z późn. zm.) dobrowolnych organizacjach, występujących pod określoną nazwą, stawiających sobie za cel udział w życiu publicznym przez wywieranie metodami demokratycznymi wpływu na kształtowanie polityki państwa lub sprawowanie władzy publicznej, trzeba uznać za trudne do pogodzenia z neutralnością polityczną służby cywilnej. Natomiast za niezrozumiałe należy uznać ustanowienie zakazu tworzenia partii politycznych oraz uczestniczenia w nich jedynie w stosunku do urzędników służby cywilnej oraz pracowników służby cywilnej zajmujących wyższe stanowiska w służbie cywilnej, wyłączając z niego pozostałych pracowników służby cywilnej. W tym zakresie ustawodawca wykazał się brakiem konsekwencji dotyczącej jednoznacznego rozstrzygnięcia kwestii uczestnictwa członków korpusu służby cywilnej w działalności partii politycznych.

Kolejną kategorię stanowią obowiązki odnoszące się do kwestii dotyczących relacji członków korpusu służby cywilnej z przełożonymi określone w art. 77 ustawy o służbie cywilnej. Ustanowiono w nim ogólny obowiązek wykonywania poleceń służbowych przełożonych. Równocześnie wskazano dwie sytuacje, w których członek korpusu służby cywilnej może odstąpić od wykonania polecenia służbowego. Pierwsza sytuacja zachodzi, gdy członek korpusu służby cywilnej jest przekonany, że polecenie przełożonego jest niezgodne z prawem albo zawiera znamiona pomyłki. W takim wypadku pracownik lub urzędnik służby cywilnej, który otrzymuje polecenie spełniające co najmniej jedną ze wspomnianych wyżej przesłanek, jest zobowiązany na piśmie poinformować o tym przełożone-

go, a w razie pisemnego potwierdzenia wykonania polecenia służbowego jest obowiązany je zrealizować. W drugiej sytuacji członek korpusu służby cywilnej może odstąpić od wykonywania polecenia przełożonego w przypadku, gdy jego realizacja prowadziłaby do popełnienia przestępstwa lub wykroczenia, a więc jest sprzeczna z prawem karnym lub prawem wykroczeń. W przeciwieństwie do sytuacji opisanej wyżej, w takim przypadku odstąpienie od wykonania polecenia ma charakter absolutny – decyzja członka korpusu służby cywilnej jest ostateczna, nie może być zmieniona pisemnym potwierdzeniem polecenia. Członek korpusu służby cywilnej musi natomiast niezwłocznie poinformować w formie pisemnej dyrektora generalnego urzędu o niewykonaniu polecenia przełożonego. Ustawa nie nakazuje, jednak dla celów dowodowych jest wskazane, aby informacja pisemna zawierała merytoryczne uzasadnienie. Istnieją więc trzy przesłanki, które upoważniają członka korpusu służby cywilnej do odstąpienia od wykonania polecenia służbowego: przekonanie o niezgodności polecenia z prawem, przekonanie o znamionach pomyłki w odniesieniu do polecenia oraz przekonanie o popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia w wyniku wykonania polecenia. W odniesieniu do przesłanki pierwszej (niezgodność z prawem) oraz ostatniej (niezgodność z prawem karnym lub prawem wykroczeń) ocena, czy dana sytuacja spełnia jeden lub drugi warunek może być w praktyce często dyskusyjna, każde bowiem polecenie prowadzące do popełnienia przestępstwa jest niezgodne z prawem. Przesłanka druga – przekonanie o znamionach pomyłki – ma charakter niezwykle szeroki, przez co w praktyce może być nadużywana.

Ścisły związek z obowiązkami określonymi w art. 77 ustawy o służbie cywilnej mają obowiązki ustanowione w art. 78 i 79. Na ich postawie wprowadzono zakaz powstawania w urzędzie stosunku podległości służbowej między małżonkami oraz osobami pozostającymi ze sobą w stosunku pokrewieństwa do drugiego stopnia włącznie, co oznacza, że obejmuje relacje między rodzicami i dziećmi, dziadkami, rodzeństwem, a także między zięciem, synową i teściami. Zakaz ten dotyczy również osób pozostających ze sobą w stosunku powinowactwa pierwszego stopnia oraz przysposobienia, opieki lub kurateli. Ustanowienie powyższego zakazu należy łączyć z obowiązkiem zachowania bezstronności w wykonywaniu zadań służbowych. Zakaz ten ma charakter bezwzględny, a więc w przypadku, gdy powstaje stosunek podległości między już zatrudnionymi pracownikami, niezbędne jest doprowadzenie przez dyrektora generalnego do stanu zgodnego z treścią komentowanego artykułu, np. przez rozwiązanie stosunku pracy w drodze porozumienia stron lub wypowiedzenia zmieniającego. Za dyskusyjny należy uznać zakres przedmiotowy tego zakazu, a w szczególności pozostawienie poza jego zakresem osób pozostających w konkubinacie, co jest zapewne spowodowane brakiem kompleksowego uregulowania pojęcia „konkubinat" w polskim prawie, podobnie jak pojęcia „rodzina". Jednak w tym kontekście należy przywołać wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2005 r.[3], w którym sąd stwierdził,

[3] Wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2005 r., IV CK 648/04, OSNIC 2006, nr 3, poz. 54.

że pokrewieństwo nie stanowi wyłącznego kryterium zaliczania do najbliższych członków rodziny w rozumieniu art. 446 § 3 kodeksu cywilnego. W uzasadnieniu wyroku sąd wskazał, że w obowiązującym stanie prawnym definiując pojęcie „rodzina" można użyć następujących kryteriów: pokrewieństwo, małżeństwo, przysposobienie, powinowactwo, rodzina zastępcza i pozostawanie we wspólnym gospodarstwie domowym. Zdaniem Sądu Najwyższego można zatem zaaprobować definicję rodziny jako najmniejszej grupy społecznej, powiązanej poczuciem bliskości i wspólności, osobistej i gospodarczej, wynikającej nie tylko z pokrewieństwa. Można zatem uznać, że pozostawanie w konkubinacie rodzi takie same konsekwencje, jak pokrewieństwo, małżeństwo, przysposobienie, powinowactwo, opieka i kuratela, wskazane przez ustawodawcę w art. w art. 79 ustawy o służbie cywilnej.

Na podstawie art. 79 ustanowiono ograniczenie dotyczące możliwości podejmowania dodatkowego zatrudnienia oraz podejmowania zajęć zarobkowych przez członków korpusu służby cywilnej, a także wykonywania czynności lub zajęć sprzecznych z obowiązkami wynikającymi z ustawy o służbie cywilnej lub podważających zaufanie do służby cywilnej. Ustanowienie takiego rozwiązania jest zgodne z Konstytucją RP, która w art. 65 ust. 1 stanowi, że każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, natomiast wyjątki w tym zakresie określa ustawa. Zasadności wprowadzenia takiego unormowania należy upatrywać odwołując się do innych obowiązków nałożonych na tę grupę pracowniczą przez przepisy komentowanej ustawy. Obostrzenia możliwości dodatkowego zarobkowania przez urzędników i pracowników służby cywilnej w znacznym stopniu wykraczają poza obowiązki pracowników ustanowione na gruncie prawa pracy. Należy zauważyć, że zakaz podejmowania dodatkowego zatrudnienia przez członka korpusu służby cywilnej (pracownika oraz urzędnika służby cywilnej), a także podejmowania zajęć zarobkowych przez urzędnika służby cywilnej oraz pracownika służby cywilnej zajmującego wyższe stanowisko ma charakter względny i może zostać uchylony przez dyrektora generalnego urzędu (Szefa Służby Cywilnej w przypadku dyrektora generalnego). Ustawodawca zróżnicował obostrzenia związane z dodatkowym zarobkowaniem poszczególnych grup wchodzących w skład korpusu służby cywilnej. Obowiązek uzyskiwania pisemnej zgody dyrektora generalnego (w przypadku dyrektora generalnego – Szefa Służby Cywilnej) na podejmowanie dodatkowego zatrudnienia spoczywa na wszystkich członkach korpusu służby cywilnej. Natomiast urzędnicy służby cywilnej oraz członkowie korpusu służby cywilnej zajmujący wyższe stanowiska w służbie cywilnej zostali zobligowani do uzyskiwania zgody dyrektora generalnego (w przypadku dyrektora generalnego – Szefa Służby Cywilnej) również na podejmowanie wszelkich zajęć zarobkowych. W przypadku pozostałych pracowników służby cywilnej nie ma takiego obowiązku. Rodzaj pewnej rekompensaty dla urzędnika służby cywilnej za utrudnienie możliwości uzyskiwania dodatkowego dochodu stanowi dodatek służby cywilnej.

W doktrynie istnieje spór, czy zgoda dyrektora generalnego (Szefa Służby Cywilnej) w powyższym zakresie należy do kategorii swobodnego uznania pracodawcy, a więc czy pracownik (członek korpusu służby cywilnej) ma podmiotowe prawo do dochodzenia swojego roszczenia przed sądem pracy. Negatywny pogląd na tę kwestię, kwestionujący możliwość kontroli lub kwestionowania takiej zgody, wyrazili B. Klink oraz M. Romer[4] (przeciwnego zdania jest B. Cudowski, który powołuje się na wyrok SN z dnia 6 stycznia 1999 r., III RN 180/98 (OSNAPiUS 1999, nr 21, poz. 670), w którego tezie stwierdzono, że sędzia w stanie spoczynku może dochodzić przed sądem pracy roszczeń ze stosunku służbowego, a więc Sąd Najwyższy przyjął dopuszczalność drogi sądowej w tej sprawie[5]. Z powyższego wyroku wynika, że jeżeli są spełnione przesłanki, to upoważniony organ jest obowiązany wydać zgodę na dodatkowe zatrudnienie, a w przeciwnym wypadku pracownik może odwołać się do sądu pracy. Zbliżony pogląd wyraziła A. Dubowik uznając, że decyzja umożliwiająca pracownikowi wykonywanie dodatkowego zatrudnienia bądź innych zajęć zarobkowych, względnie zakazująca mu tego rodzaju aktywności, nie ma charakteru *stricte* uznaniowego[6]. Za trafny należy uznać pogląd autorki, według którego kryteriów, jakimi powinien kierować się przełożony podejmując decyzję o wydaniu zgody bądź odmowie jej wydania, należy poszukiwać w przepisach pragmatyk (w odniesieniu do członków korpusu służby cywilnej w przepisach ustawy o służbie cywilnej) oraz regulacjach ustrojowych odnoszących się do danego pracodawcy, w tym ustawy zasadniczej. Wobec powyższego uznaniowość decyzji dyrektora generalnego (Szefa Służby Cywilnej) w tym zakresie jest ograniczona.

W ostatniej kategorii obowiązków członków korpusu służby cywilnej zawiera się obowiązek sporządzania ocen okresowych urzędników służby cywilnej oraz pracowników służby cywilnej zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony. Oceny pracownicze stanowią istotny element zarządzania zasobami ludzkimi w organizacji. Są mechanizmem oceny wykonywania powierzonych obowiązków, wyznaczania kierunków rozwoju zawodowego oraz elementem motywacyjnym. Stanowią dla pracowników źródło rzetelnych informacji, w jaki sposób jest oceniana ich praca. Ocena okresowa jest sporządzana przez bezpośredniego przełożonego członka korpusu służby cywilnej. Ustawodawca wskazał przypadki stanowiące odstępstwa od tej zasady. W przypadku dyrektora generalnego urzędu ocenę okresową sporządza Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, właściwy minister, przewodniczący komitetu wchodzącego w skład Rady Ministrów, kierownik urzędu centralnego organu administracji rządowej albo wojewoda; sporządzenie oceny musi zostać poprzedzone zasięgnięciem

[4] Por. B. Klink, *Podejmowanie dodatkowego zatrudnienia przez pracowników administracji publicznej – problematyka prawna*, R. Pr. 1999, nr 6, s. 106; M. Romer, *Dodatkowe zatrudnienie, a uprawnienia pracownicze*, Warszawa 1995, s. 14.

[5] Por. B. Cudowski, *Dodatkowe zatrudnienie,* Warszawa 2007, s. 183.

[6] Por. A. Dubowik, *Dodatkowe zatrudnienie i inne zajęcia pracowników służby publicznej*, PiZS 2005, nr 10, s. 15–23.

opinii w tym zakresie Szefa Służby Cywilnej. W przypadku kierującego departamentem lub komórką równorzędną w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, urzędzie ministra, urzędzie obsługującym przewodniczącego komitetu wchodzącego w skład Rady Ministrów, urzędzie centralnego organu administracji rządowej oraz kierującego wydziałem lub komórką równorzędną w urzędzie wojewódzkim ocenę okresową sporządza dyrektor generalny urzędu. W przypadku osób zastępujących kierującego departamentem lub komórką równorzędną w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, urzędzie ministra, urzędzie obsługującym przewodniczącego komitetu wchodzącego w skład Rady Ministrów, urzędzie centralnego organu administracji rządowej oraz kierującego wydziałem lub komórką równorzędną w urzędzie wojewódzkim ocenę okresową sporządza bezpośredni przełożony. W przypadku wojewódzkiego lekarza weterynarii i jego zastępcy ocenę okresową sporządza wojewoda po zasięgnięciu opinii Głównego Lekarza Weterynarii. W przypadku kierującego komórką organizacyjną w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych oraz w Biurze Nasiennictwa Leśnego, a także zastępców tych osób ocenę okresową sporządza bezpośredni przełożony.

Ocena okresowa dotyczy wykonywania przez członka korpusu służby cywilnej obowiązków wynikających z opisu zajmowanego przez niego stanowiska pracy i doręczana jest niezwłocznie po sporządzeniu. Jej niezbędnym elementem są wnioski dotyczące indywidualnego programu rozwoju zawodowego ocenianego. Ocenę okresową członka korpusu służby cywilnej sporządza się co 24 miesiące. W sposób obligatoryjny ocena okresowa jest sporządzana w razie zmiany stanowiska pracy, wiążącej się z istotną zmianą zakresu obowiązków, jeżeli od dnia sporządzenia ostatniej oceny okresowej upłynęło więcej niż 6 miesięcy. W przypadku osób ocenianych po raz pierwszy, ocenę sporządza się, jeżeli okres podlegający ocenie jest dłuższy niż 6 miesięcy. Ponadto w razie usprawiedliwionej nieobecności ocenianego w pracy, trwającej dłużej niż miesiąc, 24 miesięczny termin na sporządzenie oceny ulega przedłużeniu o czas tej nieobecności. Zmiana okresu sporządzenia oceny okresowej w sposób fakultatywny może nastąpić w następujących przypadkach:

- zmiany na stanowisku pracy oceniającego w trakcie okresu, w którym oceniany podlega ocenie,
- przewidywanej, dłuższej, usprawiedliwionej nieobecności w pracy ocenianego, która może uniemożliwić przeprowadzenie oceny,
- przewidywanej, dłuższej, usprawiedliwionej nieobecności w pracy oceniającego, która może utrudnić przeprowadzenie oceny,
- złożenia przez ocenianego wniosku o zmianę terminu przeprowadzenia oceny.

Dla spełnienia jednej z przesłanek wymienionej powyżej musi być spełniony dodatkowy warunek – od dnia sporządzenia ostatniej oceny okresowej upłynęło więcej niż 6 miesięcy, a w przypadku osób ocenianych po raz pierwszy, jeżeli okres podlegający ocenie jest dłuższy niż 6 miesięcy. W razie uzyskania negatyw-

nej oceny okresowej członek korpusu służby cywilnej podlega ponownej ocenie po upływie 6 miesięcy od dnia zapoznania się z oceną. Od oceny okresowej służy, w terminie 7 dni od dnia zapoznania się z oceną, sprzeciw do dyrektora generalnego urzędu. Jeśli ocena okresowa nie była sporządzana przez dyrektora generalnego, sprzeciw składa się do osoby sporządzającej ocenę (np. Szefa Służby Cywilnej, ministra, kierownika urzędu).W razie uwzględnienia sprzeciwu ocenę okresową zmienia się albo sporządza po raz drugi. Od oceny okresowej sporządzonej po raz drugi przysługuje możliwość ponownego złożenia sprzeciwu. W razie nierozpatrzenia sprzeciwu w terminie albo nieuwzględnienia sprzeciwu od oceny okresowej, członek korpusu służby cywilnej może, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji albo od dnia upływu terminu na rozpatrzenie sprzeciwu odwołać się do sądu pracy.

Wynik oceny urzędnika służby cywilnej determinuje przebieg jego rozwoju zawodowego. Konsekwencją mogą być następujące działania:

- rozwiązanie stosunku pracy urzędnika służby cywilnej w razie dwukrotnej, następującej po sobie, negatywnej oceny,
- otrzymanie przez urzędnika służby cywilnej kolejnego stopnia służbowego po uzyskaniu pozytywnej oceny na wniosek bezpośredniego przełożonego,
- obligatoryjne przyznanie kolejnego stopnia służbowego po uzyskaniu drugiej pozytywnej oceny na najwyższym poziomie od czasu otrzymania ostatniego stopnia służbowego.

Ocena okresowa pracownika służby cywilnej może mieć wpływ na awans i zwiększenie wynagrodzenia oraz zmotywowanie go do sprofilowanego rozwoju zawodowego m. in. poprzez określone szkolenia tematyczne.

Obowiązki określone w rozdziale 6 ustawy o służbie zostały uszczegółowione oraz dookreślone w Kodeksie Etyki Służby Cywilnej, wprowadzonym na mocy zarządzenia nr 144 Prezesa Rady Ministrów z dnia 11 października 2002 r. w sprawie ustanowienia Kodeksu Etyki Służby Cywilnej (M.P. nr 46, poz. 683), stanowiącym swoisty wzorzec standardów postępowania, skierowany do członków korpusu służby cywilnej. W zamyśle autorów Kodeks Etyki Służby Cywilnej miał być katalogiem urzędniczych zachowań, wprowadzającym aksjonormatywny ład w systemie norm etycznych, pełniącym zarazem dwie istotne funkcje: edukacyjną i prewencyjną[7]. Jednak zawarte w nim przepisy mogą służyć jedynie jako dyrektywa interpretacyjna, a ich naruszenie, ze względu na rangę tego aktu prawnego, nie stanowi samoistnej podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej[8]. Osobną kwestią jest zresztą zgodność tego aktu prawnego z art. 65 Konstytucji RP, który stanowi, że wolności pracownicze, a o nich stanowi Kodeks Etyki Służby Cywilnej, mogą ulegać ograniczeniu jedynie w drodze ustawy.

Obowiązki członków korpusu służby cywilnej są również rozproszone w wielu ustawach i aktach niższej rangi, nakładających na pracowników i urzędników

[7] Por. J. Arcimowicz, *Wzór urzędnika w ustroju demokratycznym*, Sł. Cyw. 2005, nr 12, s. 40.
[8] Por. G. Łabuda, *Dozwolone, bo niezabronione*, Rzeczpospolita z 21 października 2001 r.

służby cywilnej szczególne obowiązki związane z wykonywanymi przez nich zadaniami, np. w ustawie z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 z późn. zm.), ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.), ustawie z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414 z późn. zm.), ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1241) oraz ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.). Wobec powyższego obowiązki członków korpusu służby cywilnej należy rozpatrywać w szerokim kontekście, wykraczając poza ustawę o służbie cywilnej.

Obowiązki członków korpusu służby cywilnej odnoszą się więc do różnych aspektów funkcjonowania administracji rządowej. Nie ograniczają się wyłącznie bezpośrednio do relacji podmiot zatrudniony – podmiot zatrudniający, a więc do więzi między stronami stosunku pracy, lecz wykraczają poza tradycyjną treść stosunku pracy[9]. Wobec powyższego właściwe ich określenie, a także ustanowienie odpowiednich mechanizmów ich egzekucji w istotnym stopniu decyduje o akości administracji rządowej.

[9] Por. J. Jagielski, K. Rączka, *Komentarz do ustawy o służbie cywilnej*, s. 223.

Piotr Zuzankiewicz

Autor, mgr Piotr Zuzankiewicz, jest pracownikiem Narodowego Banku Polskiego.

Wojciech Drobny

Nadzór organów administracji rządowej nad działalnością samorządu terytorialnego

Wstęp

Dla oceny władzy publicznej przez obywateli, szczególne znaczenie mają standardy wykonywania zadań publicznych przez urzędników państwowych w bezpośrednich z nimi kontaktach. Organy samorządu terytorialnego, w związku z ich systemowym usytuowaniem, są najbliższe obywatelom i ich działanie determinuje obywatelską ocenę całokształtu funkcjonowania administracji publicznej[1]. Urzędnik państwowy w ocenie obywatela jest – w zależności od sytuacji – albo reprezentantem władzy, dysponującym przewagą co do interpretacji faktów i zachowań, a przede wszystkim co do sposobu rozstrzygnięcia określonej sprawy, albo wykonawcą obowiązków zgodnych z wytycznymi i poleceniami[2]. Doktryna w stosunku do terminu „samorząd terytorialny" operuje wieloma definicjami. W znaczeniu prawnym (korporacyjnym) definiowany jest on jako „wykonywanie zadań administracji publicznej w sposób zdecydowany i na własną odpowiedzialność przez odrębne w stosunku do państwa podmioty, które nie są w zakresie wykonywania swoich zadań poddane żadnej ingerencji państwowej"[3]. Podmiot samorządu tworzy społeczność lokalna zamieszkała na danym terenie, zorganizowana w terytorialny związek samorządowy, czyli innymi słowy jest to związek mieszkańców danego obszaru[4]. Natomiast organy administracji rządowej zostały wyposażone w kompetencje nadzorcze wobec jednostek samorządu terytorialnego, z jednoczesnym zachowaniem atrybutu ich samodzielności. Można wskazać, że istota zasady samodzielności jednostek samorządu terytorialnego wynika z jedynie weryfikacyjnego charakteru nadzoru nad tymi jednostkami, będącymi podmiotami administracji zdecentralizowanej i ma charakter weryfikacyjny, natomiast kryteria i środki tego nadzoru są ściśle zdeterminowane ustawowo[5].

Definicja terminu „nadzór"

Współczesna instytucja nadzoru nad samorządem terytorialnym powstała z konieczności skoordynowania bądź też zintegrowania działań wszystkich podmiotów prawa publicznego – tych działających na zasadzie decentralizacji,

[1] M.Karpiuk, *Samorząd terytorialny a państwo. Prawne instrumenty nadzoru nad samorządem gminnym*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2008, s. 9.

[2] T.Górzyńska, J.Łętowski, *Urzędnicy administracji państwowej*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1986, s. 3.

[3] B.Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Zakamycze 2003, s. 15, J.Boć (red.), *Prawniczy słownik wyrazów trudnych*, Kolonia Limited 2005, s. 324.

[4] B.Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Zakamycze 2003, s. 18

[5] J.Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2005, s. 207-208.

jak i tych tworzących strukturę administracji państwowej[6]. We współczesnym ujęciu pojęcie „nadzór" rozumiane jest w sposób niejednoznaczny, tym bardziej że w gruncie rzeczy pojęcie to używane jest w kilku, różnych pod względem charakteru prawnego, znaczeniach. Odnoszone jest zarówno do stosunków prawnych nawiązywanych przez organy administracyjne z podmiotami pozostającymi poza strukturą władz publicznych, jak i do procesu weryfikacji rozstrzygnięć wydawanych przez administrację w sprawach indywidualnych, a wreszcie także do konstruowania zależności występujących w szeroko rozumianej strukturze administracji publicznej[7]. Można jednak uznać, że wszystkie próby definicji tego pojęcia określają nadzór jako relację polegającą na możliwości sprawdzenia czyjejś działalności, powiązanej z ograniczonymi uprawnieniami do ingerencji w tę działalność[8]. Za P. Chmielnickim wskazać można, że jest to nic innego jak kontrola połączona z prawem władczej ingerencji w czyjąś sferę praw i powinności[9]. W doktrynie przykładów podobnego definiowania tego pojęcia przez autorów jest sporo[10]. Przykładowo wskazuje się, że istotą nadzoru jest wyciąganie konsekwencji z zachowania organu podporządkowanego, które jest obserwowane przez organ nadzorczy z punktu widzenia określonego, wybranego kryterium nadzoru, czyli wzorca z którym porównuje się dane zachowanie. Organ nadzoru wyprowadza te konsekwencje, stosując środki nadzoru, którymi są możliwości władczego i jednostronnego oddziaływania na czynności organu nadzorowanego[11]. Podobnie definicje konstruuje J. Boć stwierdzając, że: „...nadzór w sferze prawa administracyjnego oznacza: badanie działalności danego podmiotu administrującego (kontrola) połączone z możliwością pomocy, wpływu, a także modyfikacji tej działalności, dokonywane przez organ zwierzchni organizacyjnie bądź funkcjonalnie, w celu zapewnienia zgodności tej działalności z prawem, a w określonych przypadkach zgodności z pewnymi wartościami szczegółowymi (także określonymi w prawie)"[12]. Kolejne ujęcie pojęcia „nadzoru" znajdujemy w ustawodawstwie zawierającym regulacje administracyjnoprawne. Niezależnie bowiem od wyżej wskazanych postulatów doktryny, ustawodawca posługuje się tym pojęciem dla określenia działań zróżnicowanych tak pod względem ich formy oraz podstawy prawnej, jak i podmiotów, między którymi mają wywoływać skutki prawne. Z punktu widzenia relacji występującej pomiędzy podmiotami stosunków dministracyjnoprawnych wyróżnić można trzy kategorie zależności:[13]

[6] B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny,* Kraków 2003, Zakamycze, s. 253.

[7] P. Chmielnicki, *Akty nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego*; Warszawa 2006, LexisNexis, s. 15.

[8] podobnie J. Jagielski w *Kontrola administracji publicznej;* Warszawa 2006, LexisNexis, s. 19; nadzór jako funkcja polegająca na możliwości wiążącego wpływania na działalność podmiotów poddanych nadzorowi.

[9] P. Chmielnicki, *Akty nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego*; Warszawa 2006, LexisNexis, s. 16, Podobnie M. Możdżeń-Marcinkowski *Nadzór właścicielski Skarbu Państwa w systemie kontroli administracji publicznej – zarys problematyki*, w *Koncepcja systemu prawa administracyjnego* (red. J. Zimmermann), wer Polska 2007, s. 315.

[10] M. Jastrzębska, *Nowy model samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny" 1999, nr. 1-2, s.26.

[11] J. Zimmermann, *Prawo administracyjne,* Kraków 2005, Zakamycze, s.164.

[12] J. Boć; *Prawo administracyjne,* Wrocław1998 , Kolonia Limited; s. 215.

[13] M. Szewczyk, *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym*; Poznań 1996 r., s. 35.

1) pomiędzy podmiotami funkcjonującymi w ramach scentralizowanej struktury administracji (ilustracją są tu postanowienia ustawy o wojewodzie i administracji rządowej w województwie[14] – gdzie Rada Ministrów, Prezes Rady Ministrów i poszczególni ministrowie są uprawnieni do kierowania działalnością wojewody jako przedstawiciela rządu oraz do nadzorowania jego działalności jako organu rządowej administracji ogólnej);
2) pomiędzy podmiotami funkcjonującymi w ramach zdecentralizowanej struktury administracji (przykładowo postanowienia ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, na podstawie których dochodzi do wyposażenia wojewody w enumeratywnie wyliczone kompetencje nadzorcze wobec gminy);
3) pomiędzy różnymi podmiotami ze względu na obowiązywanie norm materialnego prawa administracyjnego (w tym przypadku chodzi o relacje obywatel – państwo; przy czym analiza obowiązujących przepisów prawa materialnego prowadzi do wniosku, że także tu pojęcie to jest używane w różnym znaczeniu; upoważnienia do podejmowania działań określanych mianem nadzorczych obejmują bowiem różne kompetencje, ustawodawca zakłada wywołanie nimi różnych skutków i wreszcie pojęcie to stosuje w odniesieniu do różnych sytuacji).

Na temat definicji pojęcia „nadzór" wypowiadał się również Trybunał Konstytucyjny, przykładowo w wyroku z 5 października 1994 r. (W. 1/94)[15], w którym stwierdził, że wobec braku sprecyzowanego pojęcia „nadzoru," termin ten dotyczy nadzoru administracyjnego sprawowanego przez organy rządowej administracji publicznej. W przywołanym wyroku stwierdzono również, że przez omawiane pojęcie należy rozumieć określone procedury dające odpowiednim organom państwowym, wyposażonym w stosowne kompetencje, prawo ustalania stanu faktycznego, jak też korygowania działalności organu nadzorowanego[16]. Dodatkowo Trybunał Konstytucyjny w Wyroku K.9/93[17] stwierdził, że zasada nadzoru polega na kontroli właściwych organów działalności samorządu terytorialnego z prawem jej modyfikowania, a nie tylko formułowania wniosków pokontrolnych.

Zarys systemu organów nadzoru nad samorządem terytorialnym

Kontekst prawny nadzoru w obrębie administracji samorządu terytorialnego określają przede wszystkim regulacje konstytucyjne (por. art. 171 ust. 2 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku[18]), jak również postanowienia ustaw tzw. ustrojowych dla samorządu terytorialnego, tj. ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (u.s.g.), z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiato-

[14] Ustawa z 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (Dz.U. nr 31, poz. 206).
[15] J. Oniszczuk, *Samorząd terytorialny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2002, Dom Wydawniczy ABC, s. 374.
[16] *ibidem.*
[17] *ibidem.*
[18] Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997, Dz.U. nr 78, poz. 483.

wym (u.s.p.) oraz z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie wojewódzkim (u.s.w.)[19]. Na ogół nie kwestionuje się zasadności nadzoru nad samorządem terytorialnym. Ingerencję nadzorczą można uzasadnić tzw. suwerennością wewnętrzną państwa i jego zwierzchnictwem terytorialnym. Natomiast wątpliwości budzące dyskusję w doktrynie, dotyczą wykonawcy kompetencji nadzorczej sprawowanej wobec samorządu w imieniu państwa[20]. Nadzór realizowany w ramach samorządu terytorialnego kształtuje się w różnych płaszczyznach. Jest rzeczą charakterystyczną, że nie jest powiązany – co występuje w przypadku kontroli i nadzoru w ramach administracji rządowej – z funkcjami kierowniczymi, a między szczeblami tej struktury nie zachodzą relacje nadrzędności i podporządkowania[21].

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, że na wyżej przywołanej podstawie prawnej organami nadzoru nad samorządem terytorialnym są Prezes Rady Ministrów, wojewoda i – w zakresie spraw finansowych – regionalna izba obrachunkowa, a przedmiotem nadzoru jest ogólnie rzecz ujmując działalność j.s.t.[22]. Należy przyjąć, że tak ujęty przez prawo katalog organów nadzorczych jest zamknięty, co oznacza, że żaden inny organ nie posiada wobec samorządu terytorialnego kompetencji nadzorczych i że jakiekolwiek kompetencje innych organów wobec tego samorządu nie mogą być uznane za nadzorcze[23]. W związku z tym doktryna wskazuje, że niewłaściwym jest zaliczanie do organów nadzorczych organów takich jak ministrowie czy Sejm RP. Wykonywanie przez te organy pewnych kompetencji w ramach sprawowania nadzoru nad działalnością gminną nie przesądza o tym, że stają się one przez to organami w rozumieniu art. 171 ust. 2 Konstytucji RP i – np. w przypadku gminy – art. 86 u.s.g. Na przeszkodzie uznaniu wymienionych organów za organy nadzoru w rozumieniu ustawy stoi wykładnia literalna wyżej przywołanych przepisów. Przepisy adresowane zatem przez ustawodawcę ogólnie do „organów nadzoru" nie mają zastosowania do organów, które nie zostały wymienione w art. 171 ust. 2 Konstytucji RP i art. 86 u.s.g. W tym kontekście bezdyskusyjne pozostaje również umiejscowienie sądów administracyjnych poza organami nadzoru, pomimo że w rozdziale 10 u.s.g. regulującym kwestie nadzoru nad samorządem gminnym, ustawodawca umieścił przepisy dotyczące skarg do tych sądów. Jednoznacznie należy wskazać, że sądy administracyjne sprawują sądową kontrolę administracji publicznej, w tym aktów i czynności podejmowanych przez organy nadzoru nad działalnością gminną[24]. Kompetencje sądów administracyjnych nawet gdy odnoszą te

[19] Por. odpowiednio: tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591 z późn. zm.; tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1590 z późn. zm.; tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1592 z późn. zm.

[20] Witkowski Z. (red.), Galster J., Gronowska B., Szyszkowski W., Bień-Kacała A., Cieszyński A., *Prawo konstytucyjne,* Toruń 2002, s. 511.

[21] Jagielski J., *Kontrola administracji publicznej,* Warszawa 2006*,* s. 178.

[22] K. Goździk, Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego a nadzór organów państwowych, Casus, lato 2006, s. 51; tak samo K. Podgórski, *Zagadnienia nadzoru nad działalnością komunalną, Samorząd Terytorialny* 1995 r., nr 6, s.76.

[23] J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2005, s. 277.

[24] art. 3 §1 u.p.s.a.

same skutki wobec aktów organów gminy co rozstrzygnięcie nadzorcze, nie są aktami nadzoru. Gdyby natomiast przyjąć, że kompetencje sądów administracyjnych stanowią akty nadzoru nad działalnością gminną, powstałby funkcjonalny paradoks, gdyż na akty nadzoru nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego przysługuje skarga do sądu administracyjnego[25]. W tym kontekście trzeba zauważyć, że orzecznictwo kilkakrotnie zajmowało się wykładnią art. 86 u.s.g. Z najistotniejszych kwestii podnoszonych przez sądy administracyjne należy przywołać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 lipca 1991 r., w którym stwierdzono, że wojewoda jako organ administracji rządowej nie może sprawować nadzoru nad orzecznictwem organów gmin w sprawach indywidualnych, jeśli nie wynika to wprost z przepisów prawa[26].

Zakres przedmiotowy organów nadzoru nad jednostkami samorządu terytorialnego

Ze względu na przypisanie kompetencji nadzorczych nad samorządem terytorialnym wyżej wskazanym podmiotom (tzn. Prezesowi Rady Ministrów, wojewodom i regionalnym izbom obrachunkowym) koniecznym staje się przedstawienie w tym miejscu właściwości rzeczowej tych podmiotów.

Zakres kompetencji Prezesa Rady Ministrów o charakterze nadzorczym w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego determinuje art. 96 i 97 u.s.g. Zgodnie z przywołaną podstawa prawną, w razie powtarzającego się naruszenia przez radę gminy Konstytucji RP lub ustaw, Sejm RP, na wniosek Prezesa Rady Ministrów, może w drodze uchwały rozwiązać radę gminy. W przypadku rozwiązania rady gminy Prezes Rady Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw administracji publicznej, wyznacza osobę, która do czasu wyboru rady gminy pełni jej funkcję. Natomiast w przypadku, gdy powtarzającego się naruszenia Konstytucji RP lub ustaw dopuszcza się wójt, wojewoda wzywa wójta do zaprzestania naruszeń, a jeżeli wezwanie to nie odnosi skutku – występuje z wnioskiem do Prezesa Rady Ministrów o odwołanie wójta. W przypadku odwołania wójta Prezes Rady Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw administracji publicznej, wyznacza osobę, która do czasu wyboru wójta pełni jego funkcję. Drugą podstawę prawną określająca zakres kompetencji nadzorczych Prezesa Rady Ministrów stanowi art. 97 u.s.g. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu, w razie nierokującego nadziei na szybką poprawę i przedłużającego się braku skuteczności w wykonywaniu zadań publicznych przez organy gminy, Prezes Rady Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw administracji publicznej, może zawiesić organy gminy i ustanowić zarząd komisaryczny na okres do dwóch lat, nie dłużej jednak niż do wyboru rady oraz wójta na kolejną kadencję. Ustanowienie zarządu komisarycznego może nastąpić po uprzed-

[25] P. Chmielnicki; *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2005, LexisNexis, s.604.

[26] II SA 568/91 ONSA 1991/3-4/72; inne istotne orzeczenia NSA w tym zakresie to: Postanowienie NSA z 26 sierpnia 1994 r. - SA/Wr 1061/94; Wyrok NSA z 26 kwietnia 1995 r. – IV SA 914/94 ONSA 1996/2/84; Postanowienie NSA z 12 czerwca 1995 r. – Sa/Wr 1162/ 95 OSS 1995/3/103.

nim przedstawieniu zarzutów organom gminy i wezwaniu ich do niezwłocznego przedłożenia programu poprawy sytuacji gminy. Komisarza rządowego powołuje Prezes Rady Ministrów na wniosek wojewody, zgłoszony za pośrednictwem ministra właściwego do spraw administracji publicznej. Komisarz rządowy przejmuje wykonywanie zadań i kompetencji organów gminy z dniem powołania.

Z przywołanych wyżej art. 96 i 97 u.s.g. wynikają kompetencje Prezesa Rady Ministrów, które stanowią podstawę do zakwalifikowania tego organu do kategorii tzw. „organów nadzoru wyspecjalizowanego". W stosunku do tej grupy organów nadzoru przyjęto tezę, zgodnie z którą jeżeli ustawodawca wyraźnie nie przypisał określonej kompetencji organowi nadzoru wyspecjalizowanego, to właściwy jest organ nadzoru ogólnego.

Na gruncie ustaw ustrojowych dla samorządu terytorialnego, typem organu nadzoru tzw. ogólnego jest bezsprzecznie wojewoda. Wynika to z faktu, iż został on wyposażony w najszerszy przedmiotowo zakres kompetencji; do jego właściwości rzeczowej należą sprawy niezastrzeżone na rzecz pozostałych organów nadzoru. W szczególności wojewoda nadzorując działalność organów j.s.t. bada zgodność z prawem uchwał podejmowanych przez te organy oraz zarządzeń wydawanych przez organy jednoosobowe. Uchwały są formami wyrażania woli właściwymi dla organów kolegialnych, bez względu na nagłówek, jakim zaopatrzył je organ wydający. Uchwały mogą stanowić, z punktu widzenia swojej treści, akt prawny bądź o charakterze ogólnym i abstrakcyjnym, bądź o charakterze konkretnym i abstrakcyjnym. Organy j.s.t. podejmują uchwały, na mocy których stanowią przepisy prawa miejscowego powszechnie obowiązujące na danym terenie, akty regulujące sposób działania samych organów, normy organizacyjno-kompetencyjne[27]. Zarządzenia definiowane jako oświadczenie wiedzy lub woli organu monokratycznego gminy – to druga kategoria przedmiotu rozstrzygnięcia nadzorczego wojewody (art. 91 ust. 1 u.s.g.). Postępowanie nadzorcze mające na celu stwierdzenie nieważności uchwały lub zarządzenia następuje w sytuacji, gdy wojewoda uzna, że istnieją przesłanki skłaniające ku temu, że rozpatrywana uchwała czy zarządzenie obarczone są wadą prawną. Należy tu wyjaśnić dla przejrzystości stosowanej terminologii, że istnieje zasadnicza różnica pomiędzy postępowaniem nadzorczym, a postępowaniem w celu stwierdzenia nieważności. W pierwszym przypadku postępowanie może zakończyć się w różny sposób i zastosowane mogą być różne środki nadzorcze, natomiast w drugim, celem postępowania jest wydanie stwierdzenia o nieważności. Wszczęcie postępowania w celu stwierdzenia nieważności nie następuje w każdym przypadku wydania przez organ jednostki samorządu terytorialnego uchwały czy zarządzenia, lecz jedynie wtedy, gdy organ nadzoru poweźmie przekonanie o naruszeniu prawa. Jak wynika już z powyższych rozważań, przesłanką stwierdzenia nieważności

[27] Szczególnie problematyczne wydaje się określenie, czy organy nadzoru mogą stwierdzić nieważność uchwał odnoszących się do spraw majątkowych. Należy zaznaczyć, że kwestia relacji treści uchwały do sfery prywatnoprawnej bądź publicznoprawnej nie jest jednoznaczna.

uchwały/zarządzenia jest niezgodność z prawem. Implikuje to tezę, że organ nadzoru wszczyna to postępowanie w sytuacji, gdy po wstępnej kontroli treści aktu uzna co najmniej za prawdopodobne, że uchwała jest wadliwa. Z brzmienia art. 90 ust. 1 u.s.g. wynika obowiązek wójta do przedłożenia wojewodzie uchwał rady gminy w ciągu 7 dni od dnia ich podjęcia, natomiast akty ustanawiające przepisy porządkowe wójt przekazuje w ciągu 2 dni od ich ustanowienia. W ustępie drugim tego przepisu analogiczne regulacje odnoszą się do regionalnych izb obrachunkowych. W literaturze pojawia się wątpliwość odnośnie określenia daty wszczęcia postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności uchwały/zarządzenia, w szczególności na gruncie art. 91 ust. 5 u.s.g., który to przepis odsyła do regulacji Kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a.)[28]. W omawianym zakresie odesłanie to odnosi się szczególnie do art. 61 k.p.a. wskazującego sposoby wszczęcia postępowania. Wobec tego pojawia się pytanie o datę wszczęcia postępowania, skoro wyżej stwierdzono, że postępowania w celu stwierdzenia nieważności uchwały lub zarządzenia nie jest jednoznaczne z postępowaniem nadzorczym. Przy założeniu, że wszczęcie postępowania następuje dopiero po dokonaniu oceny zasadności jego prowadzenia, trzeba konsekwentnie przyjąć, ze organ nadzoru, stwierdziwszy przesłanki do wszczęcia postępowania, powinien zawiadomić – zgodnie z k.p.a. – właściwy organ jednostki samorządu terytorialnego. Wykładnia wspomnianego wyżej art. 61 k.p.a. jednoznacznie wskazuje, że datą wszczęcia postępowania z urzędu jest data pierwszej czynności urzędowej dokonanej w sprawie, pod warunkiem, iż o czynności tej powiadomiono uczestnika. Charakter prawny terminu wynikającego z art. 91 u.s.g. (czyli 7 dni na dostarczenie przez wójta uchwały lub 2 dni na dostarczenie zarządzenia zawierającego przepisy porządkowe) w literaturze nie jest rozumiany jednoznacznie. Uznanie go za termin ustawowy nie wydaje się właściwe, gdyż w razie kilkudniowej zwłoki ze strony wójta wojewoda straciłby możliwość stwierdzenia nieważności uchwały. Również orzecznictwo wypowiada się w ten sposób, że termin ten jest terminem instrukcyjnym z tymi konsekwencjami, że przekroczenie przez wójta terminu przedłożenia wojewodzie uchwał rady gminy nie pociąga za sobą ujemnych skutków prawnych co do samej uchwały, jak i co do możliwości podjęcia działań nadzorczych przez wojewodę[29]. Postępowanie w sprawie stwierdzenia nieważności wojewoda prowadzi zawsze z urzędu, nigdy zaś na wniosek strony.[30]

Jak to wyżej wskazano, pojęcie „rozstrzygnięcia nadzorczego" nie było zdefiniowane na gruncie ustaw, wobec czego powodowało to liczne wątpliwości. Określenie cech i charakteru rozstrzygnięcia nadzorczego nastąpiło w języku prawniczym. W doktrynie analizie poddawano najczęściej pojęcie „środki nadzo-

[28] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 z późn. zm.).

[29] Wyrok NSA z 22 XI 1999 r., II S.A. 1429-1432/99.

[30] Wyrok NSA S.A. b/Wr 1592, ONSA 1993, nr 2, poz. 99, Postanowienie z dnia 8 IV 1992 r., S.A. /B/Wr 16/92.

ru", obejmując nim różne formy działania organów nadzoru. W odniesieniu do rozstrzygnięć nadzorczych wskazywano, że pojęciem tym nie można obejmować czynności nadzorczych typu prewencyjnego, czynności polegających na prowadzeniu postępowania nadzorczego, czynności pomocniczych służących zastosowaniu środka nadzorczego, np. wstrzymania wykonania uchwały organu samorządu, które nie jest samodzielnym środkiem nadzoru. Orzecznictwo natomiast wskazywało na władczy charakter rozstrzygnięcia. W Postanowieniu NSA z dn. 15 stycznia 1992 r., stwierdzono, że rozstrzygnięciem nadzorczym w rozumieniu przepisów Rozdziału 10 u.s.g. jest tylko takie orzeczenie organu nadzoru, które władczo ingeruje w uchwałodawczą działalność organów gminy, najczęściej stwierdzając nieważność konkretnej uchwały z powodu jej sprzeczności z prawem. Pismo organu nadzoru, zawiadamiające o braku podstaw prawnych do ingerencji w postaci stwierdzenia nieważności uchwał organu gminy, nie jest rozstrzygnięciem nadzorczym w rozumieniu przepisów u.s.g.[31] Wskazywano również, że rozstrzygnięcie nadzorcze nie jest w żadnym razie decyzją administracyjną. Pismo wojewody, odmawiające wydania rozstrzygnięcia nadzorczego nie jest decyzją administracyjną i niedopuszczalna jest na nie skarga do NSA[32]. W związku z powyższym do tak rozumianych rozstrzygnięć nadzorczych należy zaliczyć[33]:

a) orzeczenie o stwierdzeniu nieważności uchwały lub zarządzenia;

b) wskazanie wydania uchwały z naruszeniem prawa;

c) orzeczenie o niezgodności uchwały z prawem;

d) ustalenie budżetu gminy;

e) zawieszenie organów gminy i ustanowienie zarządu komisarycznego;

f) odwołanie organu wykonawczego j.s.t.

Natomiast od momentu nowelizacji ustawy o samorządzie gminnym, wynikającym z wejścia w życie ustawy z dnia 20 czerwca 2002 roku o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta[34] wyżej wskazany katalog rozstrzygnięć nadzorczych został powiększony o wprowadzony w art. 98 u.s.g. instrument prawny, jakim jest zarządzenie zastępcze.[35]

Celem uzupełnienia rozważań dotyczących określenia właściwości rzeczowej Prezesa Rady Ministrów i wojewody należy przywołać przykład wyjątku, w którym organ nadzoru „wyspecjalizowanego" może przybrać status organu nadzoru „ogólnego". Sytuacja taka w odniesieniu do Prezesa Rady Ministrów ma miejsce na gruncie art. 99 u.s.g., z którego wynika, że na podstawie statutu

[31] Postanowienie NSA z dn. 15 I 1992 r., sygn. akt SA/Wr 22/92, ONSA 1993/1, 2 poz. 15, za W. Abramowicz, *Samorząd...*, *op.cit.,* s.67.

[32] Wyrok NSA z dn. 23 I 1992 r., sygn. akt SA/Po 69/92, ONSA 1992, 2 poz. 34, za W. Abramowicz, *Samorząd terytorialny w orzecznictwie NSA,* Warszawa 1994, Librata s. 67.

[33] T. Woś, *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 2004 r., LexisNexis, s. 98-101.

[34] A. Szewc, T. Szewc, *Wójt, burmistrz, prezydent miasta*, Warszawa 2006 r., Wolters Kluwer, s.284.

[35] B. Dolnicki, *Współczesne środki nadzoru nad samorządem terytorialnym*, Międzynarodowa Konferencja Naukowa; Iwonicz Zdrój 6-8 maja 2002 r., Rzeszów 2002, Mitel, s .91.

związku międzygminnego lub porozumienia międzygminnego kompetencje nadzorcze o charakterze ogólnym mogą być przekazana właśnie Premierowi[36].

Trzecim organem nadzorczym nad gminą wskazanym w art. 86 u.s.g. jest regionalna izba obrachunkowa (RIO). Analogicznie do pozycji Prezesa Rady Ministrów, również ten organ nadzorczy wyposażony jest w kompetencje o charakterze wyspecjalizowanym. Ustrojodawca w art. 171 ust. 2 Konstytucji RP stwierdza, że regionalne izby obrachunkowe są organami nadzoru nad samorządem terytorialnym w zakresie spraw finansowych[37]. Nadzór izb dotyczy działalności samorządu terytorialnego i prowadzony jest w oparciu o kryterium legalności. Natomiast zgodnie z ustawą z 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych[38], izby są państwowymi organami nadzoru i kontroli gospodarki finansowej i zamówień publicznych jednostek samorządu terytorialnego, związków międzygminnych, stowarzyszeń gmin oraz stowarzyszeń gmin i powiatów, związków i stowarzyszeń powiatów, samorządowych jednostek organizacyjnych. Uzasadnieniem ich funkcjonowania jest przyjęte założenie, że nawet prawidłowo skonstruowany system finansowy nie zabezpiecza niegospodarnej j.s.t. przed widmem samoistnego upadku[39]. Wobec tego regionalne izby obrachunkowe względem samorządu działają na trzech płaszczyznach: nadzorczej, kontrolnej i opiniodawczo-doradczej. Katalog zadań RIO[40] zawarty jest w ustawie o RIO, ustawie o finansach publicznych[41], k.p.a. Nadzór ten ma charakter weryfikacyjny, tzn. następuje po podjęciu przez organ jednostki samorządu terytorialnego uchwały lub zarządzenia [42].

Mając na uwadze powyższe rozważania, oraz odnosząc się do postanowień przywołanych wyżej aktów prawnych, można przedstawić klasyfikacje uprawnień organu nadzoru nad działalnością j.s.t. wg następującego, dychotomicznego podziału:

a) uprawnienia niewładcze

b) uprawnienia władcze

Do pierwszej grupy zaliczyć można tzw. informacyjne środki nadzoru, doradcze środki nadzoru, wydanie przez izbę opinii, podjęcie uchwały przez izbę w sprawie ustalenia budżetu jednostce samorządu terytorialnego, podjęcie uchwały wskazującej nieprawidłowości w uchwale budżetowej j.s.t., wskazanie nieistotnego naruszenia prawa w uchwale lub zarządzeniu, fakultatywne wstrzymanie wykonania uchwały lub zarządzenia, zatwierdzenie, uzgodnienie

[36] P. Chmielnicki; *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2005, LexisNexis, s. 607.

[37] T. Dębkowska-Romanowska, *Uwagi o naturze i źródłach legitymizacji nadzoru nad działalnością komunalną w zakresie spraw budżetowych,* „Samorząd Terytorialny" 1995 r., nr. 6, s. 68-69.

[38] Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 55, poz. 577 z późn. zm.

[39] R. Szarek, *Niegospodarne gminy*, Wspólnota, 10. 03. 2001 r., nr 10, s.44-45.

[40] J. Storczyński, *Nadzór Regionalnej Izby Obrachunkowej nad samorządem terytorialnym.. Monografia,* Bydgoszcz-Chorzów 2006, s. 85.

[41] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. nr 157, poz. 1240).

[42] J. Storczyński, *Nadzór Regionalnej Izby Obrachunkowej nad samorządem terytorialnym. Monografia,* Bydgoszcz-Chorzów 2006, s. 86.

lub zaopiniowanie rozstrzygnięcia organu j.s.t. i wreszcie skargę organu nadzoru do sądu administracyjnego na uchwałę lub zarządzenie organu[43].

Natomiast do drugiej grupy, uprawnień nadzorczych RIO o charakterze władczym zaliczyć możemy między innymi następujące środki nadzoru[44]: stwierdzenie przez RIO nieważności w całości lub części uchwały lub zarządzenia organu j.s.t., oraz nieważności w całości lub części uchwały budżetowej organu stanowiącego j.s.t[45].

Kryteria nadzoru nad samorządem terytorialnym

Kryteria nadzoru wojewody nad samorządem terytorialnym zostały wyraźnie wskazane w Konstytucji RP oraz w ustawach ustrojowych samorządu. Zgodnie z art. 171 ust. 1 ustawy zasadniczej działalność samorządu terytorialnego podlega nadzorowi z punktu widzenia legalności[46]. Analogiczne sformułowania znajdują się odpowiednio w art. 79 u.s.w., art. 77 u.s.p. oraz art. 85 u.s.g., przy czym w tych ustawach wskazano, że przez legalność należy rozumieć działalność zgodną z prawem[47]. W nauce prawa wskazuje się, że pojęcie „legalność" i „zgodność z prawem" nie mają identycznej treści[48]. W związku z wyżej wskazanymi normami jedyną przesłanką ingerencji nadzorczej nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego może być niezgodność ich działania z prawem[49]. Podstawowym zagadnieniem staje się więc odpowiedź na pytanie, z jakim „prawem" ma być zgodna działalność samorządu terytorialnego. Doktryna wskazuje, że granicę rozważań tej kwestii stanowi art. 87 Konstytucji RP, który określa zamknięty katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce. Katalog ten w kolejności hierarchicznej stanowią Konstytucja RP, ratyfikowane umowy międzynarodowe, ustawy, rozporządzenia wykonawcze wydane na podstawie upoważnienia ustawowego, jak i akty prawa miejscowego. W związku z tym, nadzór wojewody nie może ograniczyć się do badania zgodności uchwały jedynie z ustawami, lecz ze wszystkimi źródłami prawa powszechnie obowiązującego[50]. Organ nadzoru nie może więc badać zgodności uchwały samorządu terytorialnego z aktami wewnętrznymi lub z innymi aktami, które są źródłami prawa w szerokim rozumieniu tego słowa i odwrotnie – organy samorządowe

[43] J. Storczyński, *Nadzór Regionalnej Izby Obrachunkowej nad Samorządem Terytorialnym. Monografia,* Bydgoszcz-Chorzów 2006 s.154-169.

[44] rozumiane jako władcze uprawnienia organu nadzoru, tj. takie , których zastosowanie przez organ nadzoru powoduje w szczególności odwołanie wójta bądź wyeliminowanie uchwały lub zarządzenia w całości lub w części z obrotu prawnego.

[45] J. Storczyński, *Nadzór Regionalnej Izby Obrachunkowej nad samorządem terytorialnym. Monografia,* Bydgoszcz-Chorzów 2006 s.170.

[46] Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997; Dz.U. nr 78, poz. 483.

[47] por. odpowiednio: tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591 z późn. zm.; tekst. jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1590 z późn. zm.; tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1592 z późn. zm.

[48] P. Chmielnicki; *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2005, LexisNexis, s.601.

[49] Cz. Żuławska, *System terytorialny wspólnot samorządowych i rządowej administracji publicznej*, Kraków 1999, Wydawnictwo AE w Krakowie, s.11-12.

[50] M. Chmaj; *Status prawny wojewody*; Warszawa 2005 r., s. 79.

nie są związane tymi aktami[51]. W rozważaniach na temat kryterium nadzoru przyjętego przez ustawodawcę dla działań wojewody, doktryna wskazuje na jeszcze jeden problem, natury semantycznej, dotyczący właściwego zrozumienia i rozróżnienia kryterium legalności od – pominiętego w obecnych regulacjach wskazanych w niniejszym rozdziale – celowości. Problem bowiem pojawia się wówczas, gdy działanie niecelowe, przez tę swoją niecelowść narusza prawo, a jedynie do oceny organu nadzorczego należy kwalifikacja nadzorowanego działania jako podstawy do wydania rozstrzygnięcia nadzorczego. Doktryna wypracowała w tym obszarze linię interpretacyjną, którą nazywa „kryterium legalności celu"[52]. Jej istotę stanowi teza, że dane działanie nadzorowanego organu jednostki samorządu terytorialnego może być zgodne z normą prawną (w ujęciu literalnym), natomiast może przeczyć ogólnemu celowi ustanowienia tej normy. Cel ten może wynikać z wykładni systemowej danej normy, lub przykładowo może zostać zasygnalizowany w preambule danego aktu. W tej sytuacji działanie niecelowe jest jednocześnie niezgodne z prawem i może stać się podstawą rozstrzygnięcia nadzorczego.

Omawiając zagadnienie kryterium nadzoru, należy stwierdzić, że pomimo deklarowanej przez ustawodawcę zasady legalności jako kryterium nadzoru nad samorządem terytorialnym, ustawodawca na płaszczyźnie rozdziału 10 u.s.g. nie zachował pełnej konsekwencji, tworząc w praktyce wyjątki. Wprowadził bowiem pewne mechanizmy nadzoru, które w rzeczywistości oceniając określony aspekt działania j.s.t. posługują się innymi kryteriami. Ilustrację tej tezy stanowi regulacja art. 97 u.s.g., zgodnie z którą „w razie nierokującego nadziei na szybką poprawę i przedłużającego się braku skuteczności w wykonywaniu zadań publicznych" możliwe jest zawieszenie i ustanowienie zarządu komisarycznego. W związku z tym, w przywołanym przypadku ustawodawca odwołał się do kryterium skuteczności działania, a nie legalności.

Cele i funkcje nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego

Rozważając przyjęte przez ustawodawcę kryteria nadzoru, należy odpowiedzieć na pytanie, jakie cele będą przy ich użyciu realizowane. Skoro ustawodawca nakazał organom sprawującym nadzór stosowanie wyłącznie kryterium zgodności z prawem (legalności), to celami nadzoru jest określenie relacji pomiędzy strukturami administracji scentralizowanej i zdecentralizowanej oraz zapewnienie funkcjonowania organów nadzorowanych zgodnie z prawem. Jeżeli natomiast ustawodawca nakazałby sprawowanie nadzoru nie tylko na podstawie kryterium zgodności z prawem (legalności), ale również na podstawie kryteriów celowości (sprawności, rzetelności czy gospodarności działania), cele nadzoru byłyby szersze i obejmowałyby – oprócz celów wynikających z kryterium legalno-

[51] J. Zimmermann, *Prawo administracyjne,* Kraków 2005, Zakamycze, s. 275.
[52] *ibidem.*

ści – także zapewnienie wykonywania zadań publicznych w sposób preferowany przez organy sprawujące nadzór.

Drugą kwestią, którą należy rozważyć w aspekcie skutków doboru kryteriów jest funkcja nadzoru, jaka w wyniku tego jest realizowana. Dobór kryteriów może realizować funkcję strzeżenia prawa oraz ochronną i wspierającą. Realizując pierwszą z nich, organy nadzorujące czuwają nad przestrzeganiem przepisów prawa przez podmioty nadzorowane. Natomiast funkcja ochronna i wspierająca polega na udzielaniu podmiotom nadzorowanym pomocy fachowej w celu umożliwienia im wykorzystania gromadzonej wiedzy i doświadczeń. Wobec tego, skoro ustawodawca przyjął jedynie za kryteria nadzoru kryterium legalności/zgodności z prawem, to należy stwierdzić, że realizowana jest tym samym funkcja strzeżenia prawa, a nie funkcja ochronna czy wspierająca[53].

Zakończenie

Zgodnie z powyższymi rozważaniami, należy zauważyć, że zagadnienie nadzoru organów administracji rządowej nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego dotyczy newralgicznego aspektu styku kompetencji organów administracji rządowej i samorządowej. Ustawodawca przywiązuje szczególną wagę do zagwarantowania prawidłowości wykonywania kompetencji nadzorczych przez organy administracji rządowej, przy jednoczesnym zapewnieniu pełnej ochrony samodzielności jednostek samorządu terytorialnego. Sądowa ochrona samodzielności j.s.t. w Polsce zbudowana jest w oparciu o przepisy Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego, Konstytucji RP, ustaw samorządowych oraz ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (u.p.s.a.)[54]. W zakresie będącym przedmiotem niniejszego artykułu, szczególnie istotnym aspektem sądowej ochrony samodzielności jest sądowa kontrola aktów nadzoru nad jednostkami samorządu terytorialnego. Z zasady sądowej kontroli administracji publicznej, której podstawę stanowi art. 3 u.p.s.a. wynika uprawnienie sądów administracyjnych do kontroli „aktów nadzoru" nad samorządem. W tym miejscu należy jedynie zasygnalizować, że ustawodawca nie był konsekwentny w tworzeniu systemu sądowej kontroli aktów nadzoru, gdyż posłużył się odmienną terminologią w aktach prawnych regulujących ten obszar. W szczególności w art. 3 § 2 pkt 7 u.p.s.a. ustawodawca włączył pod kognicję sądów administracyjnych „akty nadzoru" nad samorządem terytorialnym. Natomiast w art. 98 u.s.g. posłużył się terminem „rozstrzygnięcie nadzorcze". Pojęcia te, o czym była mowa wyżej, nie są tożsame. Szersze rozważania na temat zasygnalizowanego problemu wykraczają poza ramy niniejszej pracy, dlatego konkludując poczynione uwagi, celowym jest postawienie postulatu *de lege ferenda* odnośnie legislacyjnego uporządkowania tego stanu prawnego.

[53] P. Chmielnicki; *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2005, LexisNexis, s. 600.

[54] Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz.U. nr 153, poz. 1270 z późn. zm.).

Bibliografia

Abramowicz W., *Samorząd terytorialny w orzecznictwie NSA*, Warszawa 1994, Librata.

Boć J., *Prawo administracyjne,* Wrocław1998, Kolonia Limited.

Chmaj M., *Status prawny wojewody*, Warszawa 2005 r.

Chmielnicki P., *Akty nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego*, Warszawa 2006, LexisNexis.

Chmielnicki P., *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2005, LexisNexis.

Dębkowska-Romanowska T., *Uwagi o naturze i źródłach legitymizacji nadzoru nad działalnością komunalną w zakresie spraw budżetowych,* „Samorząd Terytorialny" 1995 r., nr. 6.

Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Zakamycze 2003, s. 15, J. Boć (red.), *Prawniczy słownik wyrazów trudnych*, Kolonia Limited 2005.

Dolnicki B., *Współczesne środki nadzoru nad samorządem terytorialnym*, Międzynarodowa Konferencja Naukowa; Iwonicz Zdrój 6-8 maja 2002 r., Rzeszów 2002, Mitel.

Goździk K., *Samodzielność jednostek samorządu terytorialnego a nadzór organów państwowych*, Casus, lato 2006.

Górzyńska T., Łętowski J., *Urzędnicy administracji państwowej, Wydawnictwo Prawnicze*, Warszawa 1986.

Jagielski J., *Kontrola administracji publicznej,* Warszawa 2006.

Jastrzębska M., *Nowy model samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny" 1999, nr 1-2.

Karpiuk M., *Samorząd terytorialny a państwo. Prawne instrumenty nadzoru nad samorządem gminnym*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2008.

Możdżeń-Marcinkowski M., *Nadzór właścicielski Skarbu Państwa w systemie kontroli administracji publicznej – zarys problematyki*, w: *Koncepcja systemu prawa administracyjnego* (red. J. Zimmermann), Wolters Kluwer Polska 2007.

Oniszczuk J., *Samorząd terytorialny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2002, Dom Wydawniczy ABC.

Podgórski K., *Zagadnienia nadzoru nad działalnością komunalną*, „Samorząd Terytorialny" 1995 r., nr 6.

Storczyński J., *Nadzór Regionalnej Izby Obrachunkowej nad samorządem terytorialnym. Monografia,* Bydgoszcz-Chorzów 2006.

Szarek R., *Niegospodarne gminy*, Wspólnota, 10.03.2001, nr 10.

Szewc A., T. Szewc, *Wójt, burmistrz, prezydent miasta*, Warszawa 2006, Wolters Kluwer.

Szewczyk M., *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym*, Poznań 1996.

Witkowski Z. (red.), Galster J., Gronowska B., Szyszkowski W., Bień-Kacała A., Cieszyński A., *Prawo konstytucyjne,* Toruń 2002.

Woś T., *Postępowanie sądowoadministracyjne*, Warszawa 2004 r., LexisNexis.

Zimmermann J., *Prawo administracyjne,* Kraków 2005, Zakamycze.

Żuławska Cz., *System terytorialny wspólnot samorządowych i rządowej administracji publicznej*; Kraków 1999, Wydawnictwo AE w Krakowie.

Wojciech Drobny

Autor, dr Wojciech Drobny, jest pracownikiem Kancelarii Prezesa Rady Ministrów.

WSZECHNICA POLSKA

SZKOŁA WYŻSZA
TOWARZYSTWA WIEDZY POWSZECHNEJ W WARSZAWIE

proponuje

STUDIA PODYPLOMOWE

- EDUKACJA DLA BEZPIECZEŃSTWA
- EDUKACJA PRZEDSZKOLNA
- EDUKACJA WCZESNOSZKOLNA
- ETYKA DLA NAUCZYCIELI
- METODYKA NAUCZANIA JĘZYKÓW OBCYCH
- PEDAGOGIKA OPIEKUŃCZO-WYCHOWAWCZA
- PODYPLOMOWE STUDIA PRZYGOTOWANIA PEDAGOGICZNEGO
- PROFILAKTYKA I PODSTAWY WSPÓŁCZESNEJ TERAPII UZALEŻNIEŃ
- RESOCJALIZACJA I PROFILAKTYKA SPOŁECZNA
- TERAPIA PEDAGOGICZNA
- TECHNIKA I INFORMATYKA
- DETEKTYWISTYKA
- WYWIAD GOSPODARCZY
- ZARZĄDZANIE NIERUCHOMOŚCIAMI
- ZARZĄDZANIE OCHRONĄ ŚRODOWISKA

www.wszechnicapolska.edu.pl

Viktoriya Babyak, Tomasz Borzymek

Strona a podmiot na prawach strony w postępowaniu administracyjnym

1. Definicja strony postępowania administracyjnego

Zgodnie z art. 28 k.p.a.[1] stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek. Artykuł ten wskazuje na istnienie podmiotu, który uznaje się za legitymowany do udziału w postępowaniu administracyjnym i wskazuje na swój interes prawny lub obowiązek oraz dokonuje czynności procesowej wnosząc żądanie wszczęcia postępowania (postępowanie wnioskowe)[2]. Artykuł zawiera postanowienia dwóch odrębnych norm prawnych (w ujęciu biernym i czynnym), które znajdują zastosowanie niezależnie od siebie, ponieważ zastosowanie jednej z nich wyłącza zastosowanie drugiej. Te dwie normy są niezależne od siebie, lecz zastosowanie każdej z nich prowadzi do tego samego celu, którym jest rozpoznanie i załatwienie sprawy indywidualnej w drodze decyzji, czyli skonkretyzowania obowiązków lub uprawnień na podstawie prawa materialnego obowiązującego przed wszczęciem postępowania administracyjnego. Jedną normę prawną tworzy ta część art. 28, gdzie stanowi się, że stroną będzie podmiot, którego „interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie", drugą natomiast normą prawną jest człon przepisu, głoszący, iż stroną postępowania będzie podmiot, który „żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek". Pojęcie strony dookreśla liczne orzecznictwo w tym zakresie[3].

[1] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.)

[2] M. Karpiuk, B. Krupa, *Istota legitymacji procesowej strony w postępowaniu administracyjnym*, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych" 2009, Nr 5, s. 90-91.

[3] W postępowaniu w sprawie pozwolenia na budowę stronami w rozumieniu art. 28 k.p.a. są tylko osoby wymienione w art. 28 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2003 r. nr 207, poz. 2016 ze zm.), Wyrok NSA z dnia 28 marca 2007 r., II OSK 208/06, ONSAiWSA 2008/1/12. Uprawnionym do udziału w postępowaniu dotyczącym wspólnoty gruntowej jest każdy mający w tym interes prawny (art. 28 k.p.a.). Jeżeli osoba taka nie należy do osób uprawnionych w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 29 czerwca 1963 r. o zagospodarowaniu wspólnot gruntowych (Dz.U. nr 28, poz. 169 ze zm.) i nie została ujęta w wykazie starosty (art. 8 ust. 2 ustawy), oznacza to, że wobec niej nie można zastosować trybu doręczenia przewidzianego w art. 8 ust. 6 tej ustawy, lecz ogólne zasady przewidziane dla doręczeń w przepisach Kodeksu postępowania administracyjnego, Wyrok WSA w Kielcach z dnia 24 sierpnia 2008 r., II SA/Ke 230/05, ONSAiWSA 2006/6/159. Byli właściciele gruntów warszawskich mają przymiot strony w rozumieniu art. 28 k.p.a. w postępowaniu w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji o sprzedaży lokalu w budynku znajdującym się na gruncie będącym poprzednio ich własnością, w sytuacji gdy odzyskali część lokali (niesprzedanych), a jednocześnie stwierdzono, że decyzja o odmowie ustanowienia na ich rzecz własności czasowej (użytkowania wieczystego) w części dotyczącej sprzedanych lokali została wydana z naruszeniem prawa, Wyrok NSA z dnia 24 listopada 2004 r., OSK 919/04, ONSAiWSA 2005/5/92. W sprawie stwierdzenia nieważności decyzji o zarejestrowaniu pojazdu, wydanej na rzecz poprzedniego

W pierwszym przypadku (ujęcie bierne) jest podstawa prawna do wezwania do udziału w postępowaniu podmiotu będącego w nim stroną, zaś w drugim (ujęcie czynne) – w ramach żądania wniesionego przez stronę do organu administracji publicznej następuje wszczęcie postępowania. Organ administracji nie może prowadzić postępowania bez indywidualnie określonego podmiotu, bez strony. Jeżeli nie ma strony w postępowaniu, to czynności organu trzeba zakwalifikować jako mające znamiona postępowania, które nie istnieje. Stosowanie dwóch norm prawnych znajdujących się w art. 28 k.p.a. następuje w sytuacjach, w których powinny wystąpić odmienne przesłanki[4].

W przypadku pierwszej normy, która się odnosi do ustalenia kręgu stron postępowania wszczynanego z urzędu, będą to następujące przesłanki:

- Prawo materialne ustanawia określony organ administracji publicznej jako właściwy w sprawie, co organ ten musi stwierdzić zgodnie z art. 19 k.p.a.;
- Sprawa, w której organ ten jest właściwy, może być załatwiona wyłącznie przez wydanie decyzji (z dopuszczeniem ugody);
- Istnieją podmioty, mające – w ocenie organu administracji publicznej – interes prawny lub obowiązek, którego będzie dotyczyć postępowanie w sprawie indywidualnej.

W przypadku drugiej normy przesłanki te będą następujące:

- Istnieje podmiot uznający się za legitymowany do występowania w postępowaniu przed organem administracji publicznej;
- Jest to podmiot mający – zgodnie z własną oceną stanu faktycznego oraz stanu prawnego sprawy – interes prawny lub obowiązek, o którym można rozstrzygnąć decyzją;
- Podmiot ten dokonuje czynności procesowej przez wniesienie, do organu uznanego za właściwy, żądania wszczęcia postępowania w jego indywidualnej sprawie, które będzie skuteczne, gdy jest on rzeczywiście stroną[5].

właściciela, osoba, która nabyła od niego pojazd i jest aktualnym właścicielem tego pojazdu, zarejestrowanego już na jej rzecz, ma interes prawny w tej sprawie w rozumieniu art. 28 k.p.a. w związku z art. 72 ust. 1 pkt 4 i art. 78 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. nr 98, poz. 602 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym przed zmianą dokonaną ustawą z dnia 6 września 2001 r. o zmianie ustawy Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. nr 129, poz. 1444 ze zm.), Wyrok NSA z dnia 10 listopada 2004 r., OSK 802/04, ONSAiWSA 2005/3/53. Postępowanie w sprawie zatwierdzenia taryfy dla energii elektrycznej przedsiębiorstwa energetycznego nie dotyczy interesu prawnego odbiorcy energii elektrycznej (art. 28 k.p.a.), Wyrok SN z dnia 16 marca 2004 r., III SK 9/04, OSNP 2005/1/15. Wspólnota mieszkaniowa, o której mowa w art. 6 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U. z 2000 r. nr 80, poz. 903), ma przymiot strony w rozumieniu art. 28 i 29 k.p.a. w sprawie o zezwolenie na usunięcie drzew i krzewów z terenu nieruchomości wspólnej na podstawie art. 48 ust. 2 ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska (Dz.U. z 1994 r. nr 49, poz. 196 ze zm.) w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o wprowadzeniu ustawy Prawo ochrony środowiska, ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. nr 100, poz. 1085), Uchwała NSA z dnia 26 listopada 2001 r., OPK 19/01, ONSA 2002/2/68. Osoby zainteresowane nabyciem mienia komunalnego nie są stronami w rozumieniu art. 28 k.p.a. w postępowaniu administracyjnym o podział nieruchomości, stanowiącej wyłączną własność gminy, dokonywany z urzędu na podstawie art. 97 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. nr 115, poz. 741 ze zm.), Wyrok NSA z dnia 12 września 2001 r., II SA/Gd 941/99, ONSA 2002/4/155. Stroną w postępowaniu dotyczącym rozwiązanego stowarzyszenia są tylko jego byli członkowie (art. 28 k.p.a.), Wyrok NSA z dnia 3 lipca 2000 r., II SA 1128/99, ONSA 2001/4/168.

[4] B. Adamiak, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne,* Warszawa 2009, s. 134-135.

[5] Tamże, s. 135.

Dla ustalenia, kto w konkretnym postępowaniu jest stroną, podstawowe znaczenie ma kwestia istnienia interesu prawnego, który w rozumieniu k.p.a. oznacza występowanie związku między sferą indywidualnych praw i obowiązków danego podmiotu a sprawą administracyjną, w której może nastąpić konkretyzacja tych uprawnień i obowiązków[6]. W obu przypadkach zatem elementem, który kwalifikuje daną osobę jako stronę jest jej interes prawny w załatwieniu sprawy[7]. Interes prawny jest pojęciem, które należy rozumieć jako interes zgodny z obowiązującym prawem i chroniony przez prawo. Interes prawny jest czymś więcej niż interesem faktycznym, ponieważ za interes prawny można uznać tylko taki interes, który stwarza korzystną sytuację prawną dla danego podmiotu. Ocena, czy w określonym przypadku występuje interes prawny, wynika z konfrontacji tego, co jest uważane za interes prawny, z normami prawa materialnego, regulującymi daną sferę stosunków społecznych[8]. Powstał w doktrynie spór, kto lub co decyduje o tym, czy dana osoba legitymuje się interesem prawnym, który uzasadnia jej żądanie wszczęcia postępowania albo udział w toczącym się postępowaniu w charakterze strony. Spór o koncepcję strony w zasadzie dotyczy jedynie strony w ujęciu czynnym. W sytuacji, gdy organ administracji publicznej zawiadamia określone podmioty o wszczęciu postępowania na żądanie innego podmiotu lub z urzędu, jasne jest, że to on ustala, kto będzie stroną w tym postępowaniu, czyni to zaś oceniając w świetle prawa materialnego określone interesy pewnych podmiotów jako stron w danej sprawie[9].

Zgodnie z art. 29 k.p.a. stroną w postępowaniu administracyjnym może być każda osoba fizyczna (niezależnie od wieku, zdolności do czynności prawnych, obywatelstwa i innych czynników decydujących o pozycji człowieka), każda osoba prawna, jak również każdy zespół ludzi stanowiący państwową lub samorządową jednostkę organizacyjną albo organizację społeczną (niezależnie od tego, czy posiada osobowość prawną czy też nie). Wynika stąd, że stroną w postępowaniu administracyjnym nie może być jedynie zespół ludzi, który nie posiada osobowości prawnej i nie jest przy tym ani państwową bądź samorządową jednostką organizacyjną, ani organizacją społeczną (np. spółka cywilna lub spółka jawna). Te ostatnie podmioty, a więc podmioty niespełniające przesłanek zawartych w art. 29 k.p.a., mają zdolność administracyjnoprawną tylko wtedy, gdy przepisy szczególne tak stanowią[10].

2. Zdolność procesowa

Strona jest instytucją procesową, ponieważ prawne uregulowanie jej pozycji w postępowaniu wynika z wielu różnych przepisów zaliczanych do różnych gałęzi prawa, np. co do zdolności prawnej. Postępowanie uregulowane w k.p.a. rozciąga się na różne sprawy z zakresu administracji publicznej i wobec tego

[6] Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego,* Warszawa 2006, s. 315.
[7] Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne i postępowanie sądowoadministracyjne,* Kraków 2003, s. 96.
[8] E. Ochendowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne. Wybór orzecznictwa,* Toruń 2000, s. 81.
[9] Z. Kmiecik, dz. cyt., s. 96-97.
[10] Tamże, s. 99.

konieczność stosowania do stron przepisów nie tylko prawa administracyjnego, ale również innych przepisów prawa publicznego jest oczywista[11].

Zdolność procesowa to zdolność podejmowania w postępowaniu cywilnym, administracyjnym, czy też sądowoadministracyjnym, czynności procesowych osobiście lub przez pełnomocnika. Nie wszystkie podmioty mogące być stronami w postępowaniu administracyjnym, mają jednocześnie zdolność procesową w danym postępowaniu. Jeżeli chodzi o podmioty, które nie są osobami fizycznymi, to wszystkie te podmioty mogące występować w charakterze strony (a więc osoby prawne, a w przypadku państwowych i samorządowych jednostek organizacyjnych oraz organizacji społecznych – również jednostki nie posiadające osobowości prawnej) – na ogół mają też zdolność procesową. Podmioty te działają w postępowaniu administracyjnym przez swoich przedstawicieli ustawowych lub statutowych, np. szkoła wyższa działa przede wszystkim przez rektora; organizacja społeczna – przez zarząd lub prezesa i innego członka zarządu łącznie itd.). Jeżeli podmioty te nie mają czasowo organu powołanego do ich reprezentowania, wtedy organ administracji, który prowadzi postępowanie, występuje do sądu z wnioskiem o wyznaczenie dla nich na ten czas przedstawiciela. Do momentu wyznaczenia przedstawiciela nie mogą one działać w postępowaniu, czyli nie mają zdolności procesowej[12].

Jeśli natomiast chodzi o osoby fizyczne, to mają one zdolność procesową pełną lub ograniczoną – zależnie od tego, czy mają one pełną czy ograniczoną zdolność do czynności prawnych. Osoby fizyczne niemające zdolności do czynności prawnych, nie mają również zdolności procesowej. W związku z tym czynności procesowe podjęte przez takie osoby samodzielnie są nieważne. Czynność prawna to świadome działanie osoby fizycznej lub osoby prawnej, które zmierza do ustanowienia, zmiany lub zniesienia stosunku prawnego, np. zawarcie lub wypowiedzenie umowy, sporządzenie testamentu itp. Elementem niezbędnym każdej czynności prawnej jest co najmniej jedno oświadczenie woli[13]. Zdolność do czynności prawnych, dająca stronie zdolność procesową, czyli możliwość samodzielnego, przynoszącego skutki działania w postępowaniu, została określona w art. 30 k.p.a.[14]. Zgodnie z przepisami k.c. osoba fizyczna może mieć pełną zdolność do czynności prawnych (osoba pełnoletnia), może mieć tę zdolność ograniczoną (małoletni powyżej trzynastego roku życia, osoba częściowo ubezwłasnowolniona lub dla której ustanowiono na podstawie art. 548-550 k.p.c. doradcę tymczasowego), może być pozbawiona zdolności do czynności prawnych (małoletni do trzynastego roku życia lub osoba ubezwłasnowolniona całkowicie).

Osoby prawne posiadają pełną zdolność do czynności prawnych, a działają przez swoje organy (przedstawicieli) statutowe lub ustawowe (art. 38 k.c.).

[11] B. Adamiak, dz. cyt., s. 137.
[12] Z. Kmiecik, dz. cyt., s. 100.
[13] Tamże, s. 101.
[14] W przypadku następstwa prawnego (czyli sprawa dotyczy prawa zbywalnego lub dziedzicznego), obowiązek administracyjny przechodzi z mocy prawa na następcę prawnego zobowiązanego, Wyrok WSA w Opolu, II SA/Wr 39/03, ONSAiWSA 2005/6/138.

Zgodnie z art. 30 § 1 k.p.a. pierwszeństwo przed przepisami k.c. w omawianych kwestiach mogą mieć przepisy szczególne. Artykuł 30 § 2 k.p.a., zgodnie z założeniami regulacji prawnej zawartej w k.c., normuje podstawy skutecznego działania w postępowaniu za strony pozbawione zdolności procesowej. Należy podkreślić, iż osoby te są stronami postępowania, które dotyczy ich interesu prawnego, ale czynności procesowe podejmuje w ich imieniu przedstawiciel ustawowy. Osoby prawne i inne jednostki organizacyjne działają przez swoich ustawowych lub statutowych przedstawicieli (art. 30 § 3 k.p.a.)[15].

Przedstawicielami ustawowymi są:

- małoletnich – rodzice lub opiekunowie;
- ubezwłasnowolnionych częściowo – kuratorzy;
- ubezwłasnowolnionych całkowicie – opiekunowie.

Rodzice są przedstawicielami ustawowymi z mocy prawa, natomiast opiekunowie i kuratorzy – na podstawie postanowienia sądu opiekuńczego[16]. W sytuacji, gdy osoba niezdolna do czynności prawnych nie ma przedstawiciela ustawowego, wówczas organ administracji publicznej występuje do sądu z wnioskiem o wyznaczenie dla niej przedstawiciela (art. 34 § 1 k.p.a.). Sam nie może tego uczynić, nawet w sytuacji, kiedy jest konieczność podjęcia czynności niecierpiącej zwłoki – inaczej niż w przypadku osoby nieobecnej. Jeżeli strona jest nieobecna, organ administracji publicznej występuje do sądu z wnioskiem o wyznaczenie dla niej przedstawiciela (kuratora), chyba że taki przedstawiciel został już wcześniej wyznaczony. W sytuacji konieczności podjęcia czynności niecierpiącej zwłoki organ administracji publicznej sam wyznacza przedstawiciela dla osoby nieobecnej, uprawnionego do działania w postępowaniu do czasu wyznaczenia dla niej przedstawiciela przez sąd (art. 34 k.p.a.)[17]. Przez nieobecność strony należy rozumieć jej nieobecność w kraju, czyli przebywanie za granicą, jak i sytuację, kiedy przebywa ona w kraju, ale nie jest znane miejsce jej pobytu[18]. Kurator wyznaczony przez sąd ma obowiązek podjąć czynności w celu ustalenia miejsca pobytu osoby nieobecnej oraz zawiadomić ją o stanie jej spraw. Skutkiem prawnym ustanowienia kuratora dla osoby nieobecnej jest prowadzenie czynności postępowania administracyjnego z jego udziałem. Ponieważ w postępowaniu administracyjnym strona musi być w odpowiedni sposób reprezentowana, śmierć przedstawiciela strony, jak również utrata przez stronę lub jej przedstawiciela ustawowego zdolności do czynności prawnych w toku postępowania, obligują organ do tego, aby zawiesić postępowanie na podstawie art. 97 § 1 pkt 2 i 3 k.p.a. oraz do podjęcia czynności w celu usunięcia przeszkody do prowadzenia postępowania zgodnie z dyspozycją art. 99 k.p.a.[19].

[15] B. Adamiak, dz. cyt., s. 140-141.

[16] Z. Kmiecik, dz. cyt., s. 101.

[17] Wystąpienie organu administracji do sądu powszechnego z wnioskiem o wyznaczenie przedstawiciela dla osoby nieobecnej (art. 34 § 1 k.p.a.) nie stanowi podstawy do zawieszenia postępowania administracyjnego na podstawie art. 97 § 1 pkt 4 k.p.a., Wyrok NSA z dnia 2 listopada 1999 r., II SA/Kr 78/98, ONSA 2000/4/164.

[18] Tamże, s. 102.

[19] R. Kędziora, *Ogólne postępowanie administracyjne,* Warszawa 2008, s. 69.

3. Pełnomocnictwo procesowe

Pełnomocnictwo to upoważnienie do zastępowania (czyli działania w imieniu i na rzecz) strony w postępowaniu przed sądem lub organem administracji[20]. Udzielenie pełnomocnictwa następuje przez jednostronną czynność prawną, jaką jest oświadczenie woli mocodawcy złożone w dowolnej formie. Pełnomocnictwo procesowe, uregulowane m.in. w art. 32-33 k.p.a., jest w postępowaniu administracyjnym ogólnym i podatkowym wyraźnie odformalizowane, jeżeli porównać je z rozwiązaniami przyjętymi w postępowaniu cywilnym. To odformalizowanie wyraża się w tym, że granice umocowania pełnomocnika do działania za stronę są wyznaczone jedynie zakresem czynności procesowych, które strona – z racji ich charakteru – musi dopełnić osobiście. Zgodnie z k.p.a. pełnomocnikiem strony może być każda osoba fizyczna posiadająca zdolność procesową, może to więc być zdolność ograniczona.

Przepisy k.p.a. nie stawiają pełnomocnikowi wymagania posiadania fachowych kwalifikacji. Pewien przywilej procesowy przyznaje się w k.p.a. adwokatowi, radcy prawnemu lub rzecznikowi patentowemu, którzy mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa[21]. W sprawach drobnych, o mniejszej wadze, organ administracji publicznej może nie żądać przedstawienia pełnomocnictwa, jeśli pełnomocnikiem jest członek najbliższej rodziny lub domownik strony, a nie ma wątpliwości co do istnienia i zakresu upoważnienia do występowania w imieniu strony[22]. Kodeks nie precyzuje pojęcia „sprawa mniejszej wagi", ani pojęć „członek najbliższej rodziny" i „domownik", pozostawiając ich interpretację uznaniu organu. Jeżeli chodzi o pojęcie „członek najbliższej rodziny", to pewną wskazówkę w interpretacji może stanowić art. 83 k.p.a., który mówi o „bliskich" strony i zalicza do nich małżonka, wstępnych, zstępnych, rodzeństwo, powinowatych pierwszego stopnia oraz osoby pozostające ze stroną w stosunku przysposobienia, opieki, czy też kurateli.

Pojęcie „domownik" należy – zdaniem doktryny – tłumaczyć zawężająco. Może ono obejmować tylko osoby prowadzące wspólne gospodarstwo domowe, nie wystarcza więc fakt zamieszkania w jednym domu lub mieszkaniu.[23] Strona nie może działać przez pełnomocnika, jeśli charakter czynności wymaga jej osobistego działania (np. złożenie przez stronę osobiście wyjaśnień lub zeznań – art. 50 § 1, art. 86 k.p.a.). Organ wzywając stronę do dokonania takiej czynności musi wyraźnie wskazać w wezwaniu, że strona ma się stawić osobiście (art. 54 § 1 pkt 4 k.p.a.)[24]. Niewielki natomiast zakres wymagań formalnych, które są stawiane udzieleniu pełnomocnictwa i pełnomocnikowi nie oznacza jednak pola do dowolnych interpretacji przepisów prawa.

Ocena, czy ma się do czynienia z domniemanym umocowaniem pełnomocnika przez mocodawcę, musi być przeprowadzona z uwzględnieniem rodzaju sprawy

[20] Z. Kmiecik, dz. cyt., s. 102.
[21] B. Adamiak, dz. cyt., s. 142-143.
[22] Art. 33 § 4 k.p.a.
[23] Z. Kmiecik, dz. cyt., s. 103.
[24] Art. 54 § 1 pkt 4 k.p.a.

oraz znaczenia jej wyniku dla strony. Od dnia powiadomienia organu administracyjnego przez stronę o ustanowieniu pełnomocnika musi on mieć zapewniony czynny udział w postępowaniu tak samo jak strona, albowiem pominięcie przez organ administracji pełnomocnika strony jest równoznaczne z pominięciem strony w postępowaniu administracyjnym i uzasadnia wznowienie postępowania[25]. K.p.a. nie określa żadnych ograniczeń dla pełnomocnictwa. Może więc ono obejmować upoważnienie do prowadzenia w imieniu strony wszelkich spraw w toczącym się postępowaniu administracyjnym lub do prowadzenia poszczególnych spraw albo ich części (np. począwszy od chwili wniesienia odwołania) bądź do podejmowania tylko niektórych czynności procesowych, np. do występowania na rozprawie, zgłaszania wniosków dowodowych, wnoszenia zażaleń odwołań, odbioru pism itp. Zasadniczo pełnomocnik jest obowiązany dołączyć do akt dokument pełnomocnictwa, tj. jego oryginał lub odpis urzędowo poświadczony[26].

4. Podmioty na prawach strony

W postępowaniu administracyjnym obok strony mogą brać udział także inne podmioty, które określa się mianem uczestników postępowania na prawach strony. Do podmiotów tych zalicza się organizację społeczną, prokuratora, Rzecznika Praw Obywatelskich oraz inne podmioty, które są wskazane w przepisach szczególnych[27]. Podmioty występujące w postępowaniu administracyjnym na prawach strony biorą procesowy udział w sprawie dotyczącej innej osoby, a zatem nie opierają swojego uczestnictwa na interesie prawnym lub obowiązku w rozumieniu art. 28 k.p.a. Mają one natomiast możliwość korzystania z praw o charakterze procesowym, które przysługują stronie postępowania administracyjnego. W szczególności obejmuje to prawo do udziału m.in. w czynnościach postępowania wyjaśniającego, składania wniosków dowodowych, korzystania z możliwości wglądu do akt toczącej się sprawy, uczestniczenia w postępowaniu przed organem zobowiązanym do zajęcia stanowiska w rozpatrywanej sprawie, żądania rektyfikacji decyzji i postanowień na podstawie art. 111 i 113 k.p.a., wnoszenia środków prawnych – zarówno zwyczajnych, jak i nadzwyczajnych – wobec aktów administracyjnych wydawanych przez organ administracji publicznej, zaskarżenia decyzji do sądu administracyjnego.

Podmiot, który uczestniczy w postępowaniu na prawach strony, nie może korzystać z tych uprawnień, które są przejawem zasady dyspozycyjności w postępowaniu administracyjnym. W szczególności nie może on wystąpić z żądaniem zawieszenia postępowania na podstawie art. 98 § 2 k.p.a. oraz żądaniem umorzenia postępowania w oparciu o art. 105 § 2 k.p.a., nie może również zawrzeć ugody administracyjnej, czy też cofnąć odwołania wniesionego przez stronę[28].

[25] B. Adamiak, dz. cyt., s. 143.
[26] Z. Kmiecik, dz. cyt., s. 102-103.
[27] M. Czuryk, M. Karpiuk (red.), *Prawne aspekty działania administracji publicznej,* Warszawa 2010, s. 63.
[28] R. Kędziora, dz. cyt., s. 77.

Instytucja procesowa podmiotów na prawach strony charakteryzuje się tym, że prawo procesowe dopuszcza do uczestnictwa w postępowaniu organizację społeczną, Rzecznika Praw Obywatelskich, prokuratora i inne podmioty, którym przepisy szczególne nadają status uczestników na prawach strony. Podmioty te jednak nie są stronami w toczącym się postępowaniu, ponieważ postępowanie nie toczy się w ich własnej sprawie, nie występują one zamiast strony, lecz obok i niezależnie od strony. Prawo procesowe przyznaje tym podmiotom prawa strony, przez które należy rozumieć wyłącznie prawa procesowe. Podmiotom tym nie przysługują więc prawa wynikające z norm prawa materialnego ani nie mogą one rozporządzać takimi prawami. W związku z tym nie zostanie np. spełniona przesłanka uchylenia decyzji w trybie art. 155 k.p.a., jeśli zgodę na uchylenie lub zmianę decyzji tworzącej prawa nabyte dla stron wyrazi podmiot na prawach strony.

W poszczególnych przypadkach prawo procesowe zastrzega uprawnienia procesowe wyłącznie dla strony, np. w sytuacji gdy strona zostanie pozbawiona czynnego udziału w postępowaniu, tylko ona (a prokurator jedynie za jej zgodą) może żądać wznowienia postępowania. Strona bowiem może ocenić, czy naruszenie przepisów procesowych mogło mieć wpływ na ukształtowanie decyzją jej prawa lub obowiązku. Podmioty na prawach strony, posiadając prawa procesowe strony, są powołane do dokonania czynności procesowych w postępowaniu administracyjnym.

Skuteczność prawna tych czynności jest uzależniona od tego, czy są spełnione wymagania przewidziane normami prawa procesowego, np. co do treści i formy czynności, terminu jej dokonania[29]. Uczestnicy na prawach strony mogą w teorii działać zarówno na korzyść stron, jak również na ich niekorzyść, gdyż przysługują im wszystkie uprawnienia procesowe mieszczące się w zakresie praw procesowych strony[30].

a. Inne podmioty na prawach strony

Przepisy ustaw materialnoprawnych oraz ustaw ustrojowych mogą przyznawać prawa procesowe także innym podmiotom niż prokurator, organizacja społeczna, czy Rzecznik Praw Obywatelskich. Do kategorii innych uczestników postępowania administracyjnego zalicza się osoby, które nie mają w sprawie ani własnego interesu prawnego (jak strony), ani faktycznego (jak osoby zainteresowane), ani też nie występują w obronie praworządności lub interesu społecznego (jak podmioty na prawach strony). Wynik postępowania więc znajduje się poza sferą zainteresowania tych osób. Uczestniczą one natomiast w czynnościach dowodowych postępowania, dysponując w nim określonymi obowiązkami i uprawnieniami. Są to np. świadkowie, biegli i osoby posiadające przedmiot oględzin[31].

Rozwiązanie takie przyjmuje m.in. art. 16 ust. 2 ustawy z dnia 20 lipca 1991 r. o Inspekcji Ochrony Środowiska[32]. Organy tej Inspekcji w razie stwierdzenia nie-

[29] B. Adamiak, dz. cyt., s. 144.
[30] Z. Kmiecik, dz. cyt., s. 104.
[31] Tamże, s. 109.
[32] Art. 16 ust. 2 ustawy z dnia 20 lipca 1991 r. o Inspekcji Ochrony Środowiska (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. nr 44, poz. 287 ze zm.), dalej jako ustawa o Inspekcji Ochrony Środowiska.

prawidłowości w zakresie ochrony środowiska w działalności organów administracji państwowej, rządowej lub organu samorządu terytorialnego wnoszą wystąpienie, w którym może znajdować się także wniosek o wszczęcie postępowania administracyjnego lub o dopuszczenie ich do udziału w postępowaniu, które już się toczy. Jak stanowi art. 16 ust. 3 niniejszej ustawy, w wypadku skierowania takiego wystąpienia, organom tym przysługują prawa strony w postępowaniu administracyjnym oraz postępowaniu przed sądem administracyjnym, a więc z mocy przepisu ustawy uzyskują one ten status[33].

W myśl art. 19 ustawy o Inspekcji Ochrony Środowiska: „W postępowaniu o ustalenie warunków zabudowy i zagospodarowania terenu dotyczącym przedsięwzięcia mogącego znacząco oddziaływać na środowisko, o których mowa w ustawie z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. Nr 199, poz. 1227), oraz w sprawie ustalenia lokalizacji autostrad oraz dróg ekspresowych wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska przysługują prawa strony w postępowaniu administracyjnym i przed sądem administracyjnym, jeżeli zgłosi swój udział w postępowaniu".

Przepisów o udziale na prawach strony w postępowaniu administracyjnym nie stosuje się do wspólnot samorządowych i ich jednostek pomocniczych samorządu terytorialnego (np. sołectwa, osiedla, dzielnice). Przepisy ustaw samorządowych nie przyznają im bowiem statusu podmiotu na prawach strony, może być on zatem przyznany wyłącznie w przepisach szczególnych. Przyznanie praw procesowych strony podmiotom, gdy nie ma ku temu podstaw prawnych, jest naruszeniem prawa, godzącym w chronione prawa jednostki.[34]

b. Organizacja społeczna jako podmiot na prawach strony

W art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a. ustawodawca zdefiniował pojęcie organizacji społecznej stanowiąc, że „rozumie się przez to organizacje zawodowe, samorządowe, spółdzielcze i inne organizacje społeczne". Pojęcie jest więc rozumiane szeroko.

Przyznanie organizacji społecznej praw procesowych strony jest uzależnione od spełnienia łącznie dwóch przesłanek:

- Jest to uzasadnione celami statutowymi organizacji, co ma miejsce wtedy, gdy sprawa będąca przedmiotem danego postępowania mieści się w zadaniach organizacji określonych w statucie; jeżeli np. przedmiotem postępowania jest wydanie pozwolenia wodnoprawnego, to przesłanka ta będzie spełniona przez organizację zajmującą się sprawami ochrony środowiska naturalnego;
- Zachodzi potrzeba ochrony interesu społecznego, z czym będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy skutki decyzji wpływać będą na sytuację prawną nie tylko strony, ale również innych podmiotów, na otoczenie (np. problem ochrony środowiska przy udzielaniu koncesji na działalność gospodarczą czy też skutki społeczne rozpatrywane przy udzielaniu zezwoleń na sprzedaż i wyszynk alkoholu).

Występując o przyznanie praw procesowych strony w postępowaniu, organizacja społeczna jest obowiązana wykazać, że spełnia obie przesłanki, przytacza-

[33] B. Adamiak, dz. cyt., s. 152.
[34] Tamże.

jąc postanowienia statutu oraz uzasadniając konieczność ochrony określonych wymagań interesu społecznego. Ocena wymienionych przesłanek w odniesieniu do konkretnych organizacji należy do organu, który orzeka w sprawie oraz do sądu administracyjnego, w razie odmowy uwzględnienia żądania[35]. Organ administracji publicznej, wszczynając postępowanie w sprawie dotyczącej innej osoby, powinien poinformować o tym fakcie organizację społeczną, jeżeli uzna, że może ona być zainteresowana udziałem w tym postępowaniu ze względu na swoje cele statutowe i gdy przemawia za tym interes społeczny. Organ administracji publicznej sam decyduje o uczestnictwie organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym lub o wszczęciu powyższego postępowania, uznaniowo badając poszczególne przesłanki. Uznanie organu w taki swobodny sposób nie może jednak naruszać przepisów prawa, ani ogólnych zasad zawartych w k.p.a., przy czym to organ administracji publicznej jednostronnie rozstrzyga o interesie strony czy interesie społecznym. Podczas badania interesu strony organ znajduje się w pozycji uprzywilejowanej, często niestety wychodząc z założenia, iż wie lepiej, co jest najkorzystniejsze dla strony, niż sama strona. W sytuacji, kiedy organ administracji nie wydał formalnego postanowienia o dopuszczeniu organizacji społecznej do udziału w postępowaniu, jednakże przyjmował składane przez tę organizację oświadczenia, a także doręczał jej decyzje i postanowienia, fakty te należy uznać jako dopuszczenie organizacji społecznej do udziału w postępowaniu administracyjnym jako podmiotu na prawach strony[36].

c. Prawa procesowe organizacji społecznej

Chcąc uczestniczyć w postępowaniu administracyjnym na prawach strony, w prawie dotyczącej innej osoby, organizacja społeczna może korzystać z następujących praw procesowych:

- prawo żądania wszczęcia postępowania w indywidualnej sprawie,
- prawo dopuszczenia jej do już toczącego się postępowania[37].

Z tych podstawowych praw, przysługujących organizacji społecznej, wynikają dalsze uprawnienia szczegółowe. To do administracji publicznej należy uznanie żądania organizacji społecznej za uzasadnione i w takiej sytuacji postanowienieo wszczęciu postępowania z urzędu lub o dopuszczeniu organizacji do udziału w postępowaniu[38].

[35] B. Adamiak, dz. cyt., s. 145.

[36] M. Czuryk, M. Karpiuk (red.), dz. cyt., s. 63-64.

[37] Z. Kmiecik, dz. cyt., s. 104. Jeżeli pomiędzy celami statutowymi organizacji społecznej a materialnoprawnym przedmiotem sprawy nie ma prawnego związku, brak jest przesłanki dopuszczenia do udziału tej organizacji na podstawie art. 31 § 1 pkt 2 k.p.a. w postępowaniu administracyjnym dotyczącym sprawy innej osoby, Wyrok NSA z dnia 8 maja 2008 r., I OSK 743/07, ONSAiWSA 2009/4/67. Organizacja społeczna korzysta z prawa strony w rozumieniu art. 10 k.p.a. od chwili wydania postanowienia o dopuszczeniu jej do udziału w postępowaniu na podstawie art. 31 § 2 k.p.a, Wyrok NSA z dnia 20 stycznia 2005 r., OSK 1755/04, ONSAiWSA 2005/6/111. Organizacji społecznej przysługuje legitymacja czynna do złożenia skargi w sprawach dotyczących interesów prawnych innych osób jedynie wówczas, jeżeli jest to uzasadnione celami statutowymi tej organizacji i o ile równocześnie przemawia za tym interes społeczny, Wyrok SN z dnia 8 października 1998 r., III RN 58/98, OSNP 1999/14/444.

[38] M. Czuryk, M. Karpiuk (red.), dz. cyt., s. 63.

W sprawie, w której nie toczyło się jeszcze postępowanie administracyjne, organizacja społeczna, zgodnie z art. 31 § 1 pkt 1 k.p.a., może wystąpić z żądaniem wszczęcia postępowania. Na podstawie art. 61 § 1 k.p.a. postępowanie administracyjne może być wszczęte z urzędu lub na żądanie strony. Przepisy prawa materialnego określają przypadki, w których wszczęcie postępowania następuje na żądanie strony, a w których z urzędu, bądź też dopuszczają obydwa przypadki. Regułą jest, że gdy chodzi o przyznanie uprawnienia, to postępowanie jest wszczynane na wniosek strony, natomiast gdy chodzi o nałożenie na stronę obowiązku o pozbawienie lub ograniczenie uprawnień, to następuje to z urzędu.

Nasuwa się tutaj pytanie, w jakim zakresie organizacja społeczna może żądać wszczęcia postępowania? W związku z faktem, że to strona rozporządza swoimi prawami, tylko ona może wystąpić o ich konkretyzację, która jest dokonywana przez organ administracji publicznej w drodze decyzji administracyjnej. Przyznanie innym podmiotom legitymacji do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania byłoby niezgodne z zasadą ekonomiki procesowej, ponieważ oznaczałoby to prowadzenie postępowania bezprzedmiotowego i wydanie bezprzedmiotowej decyzji. Strona bowiem, nie będąc zainteresowana w uzyskaniu uprawnienia, nie realizowałaby decyzji.

Dlatego też prawo procesowe stanowi, że gdy organ wszczyna postępowanie z urzędu w sprawie, w której prawo materialne wymaga wniosku strony, a robi to, mając na uwadze ważny jej interes, to musi w toku postępowania uzyskać zgodę strony na jego prowadzenie, a w sytuacji, gdy takiej zgody nie ma, musi postępowanie umorzyć.

Odpowiadając na postawione wcześniej pytanie, należy stwierdzić, że organizacja społeczna może żądać wszczęcia postępowania wtedy, gdy przepisy prawa materialnego dopuszczają wszczęcie postępowania z urzędu[39]. W art. 31 § 2 k.p.a. stanowi się, że organ administracji publicznej, uznając żądanie organizacji społecznej za uzasadnione, wydaje postanowienie o wszczęciu postępowania z urzędu[40]. Na postanowienie odmowne organizacja społeczna może wnieść zażalenie, a następnie skargę do sądu administracyjnego. Na postanowienie o wszczęciu postępowania zażalenie nie przysługuje, a zatem strona będzie mogła bronić swojego interesu prawnego, zaskarżając decyzję.

Organizacja społeczna może także żądać dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu, które już się toczy, i to niezależnie od tego, czy zostało ono wszczęte na wniosek strony czy z urzędu. Dopuszczenie organizacji społecznej do postępowania następuje w drodze postanowienia. To prawo organizacji społecznej jest dostatecznie zapewnione przez przyznanie środka zaskarżenia od postanowienia o odmowie dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Organ administracji publicznej po rozpoznaniu żądania organizacji społecznej dopuszczenia jej do udziału w postępowaniu na prawach strony wydaje postanowienie o dopusz-

[39] B. Adamiak, dz. cyt., s. 146.
[40] Art. 31 § 2 k.p.a.

czeniu jej do postępowania lub odmawia tego dopuszczenia. Na postanowienie odmowne organizacji społecznej przysługuje zażalenie, a następnie skarga do sądu administracyjnego. W związku z tym, że postanowienie to można zaskarżyć, organ jest obowiązany je uzasadnić pod względem prawnym i faktycznym. Powyższy obowiązek ogranicza więc swobodę organu w rozstrzyganiu o tym, czy organizacja społeczna weźmie udział w postępowaniu, ponieważ muszą być precyzyjnie określone przesłanki odmowy przez wskazanie, z jakich powodów nie odpowiada to celowi statutowemu lub wymaganiom interesu społecznego. Zasadność odmowy będzie poddana kontroli organu wyższego stopnia oraz kontroli sądu administracyjnego. Organizacja społeczna, która została już dopuszczona do postępowania administracyjnego, ma prawa strony, zgodnie z art. 31 § 3 k.p.a.[41].

Udział organizacji społecznej w postępowaniu administracyjnym może przybierać także inne formy. Organizacja społeczna nie zawsze występuje bowiem jako podmiot na prawach strony. Organizacja społeczna może występować jako organ prowadzący postępowanie, czyli jako organ administracji w znaczeniu funkcjonalnym, gdy jest z mocy prawa lub na podstawie porozumienia powołana do załatwienia indywidualnych spraw administracyjnych w drodze decyzji. Organizacja społeczna może występować jako strona postępowania, czyli we własnej sprawie, gdy żąda czynności organu administracji publicznej ze względu na swój interes prawny, bądź w sytuacji, gdy postępowanie administracyjne dotyczy jej interesu prawnego. Organizacja społeczna, niebiorąca udziału w postępowaniu ani jako strona, ani jako uczestnik na prawach strony, może – za zgodą organu lub na jego żądanie – przedstawić swój pogląd w danej sprawie wyrażony w oświadczeniu lub uchwale jej organu statutowego oraz dowody na jego poparcie. Taką ograniczoną formę udziału w postępowaniu administracyjnym przewidują art. 31 § 5 oraz art. 90 § 3 k.p.a. Artykuł 31 § 5 k.p.a. dotyczy sytuacji, gdy inicjatywa jest ze strony organizacji społecznej, która nie została dopuszczona do udziału w postępowaniu na prawach przysługujących stronie. Artykuł 90 § 3 k.p.a. dotyczy zaś sytuacji, gdy inicjatywa pochodzi od organu prowadzącego postępowanie administracyjne, w związku z zamiarem przeprowadzenia rozprawy[42].

[41] B. Adamiak, dz. cyt., s. 146-147.
[42] Z. Kmiecik, dz. cyt., s. 105.

Viktoriya Babyak, Tomasz Borzymek

Współautorka, dr Viktoriya Babyak, jest docentem w Akademii Związków Zawodowych i Polityki Społecznej w Kijowie.

Współautor, mgr Tomasz Borzymek, jest specjalistą z zakresu procedury administracyjnej.

Marcin Tyszka

Odpowiedzialność dyscyplinarna studentów
Problemy stosowania unormowań

I. Kwestie wprowadzające

Problematyka postępowania dyscyplinarnego dotyczy osób pełniących różne zawody i występujących w różnych rolach społecznych, praca niniejsza natomiast poświęcona jest odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów. Odpowiedzialność ta została unormowana w rozdziale 6 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U., nr 164/2005 poz. 1365, ostatnia nowelizacja z 18 marca 2011r.) oraz w rozporządzeniu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 6 grudnia 2006 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania wyjaśniającego i dyscyplinarnego wobec studentów (Dz. U. nr 236/2006 poz. 1707)[1]. Unormowania te nie stanowią nowości, gdyż wcześniejsze regulacje również przewidywały odpowiedzialność dyscyplinarną studentów[2]. Jest więc ona od lat obecna w polskim prawie jako istotny element organizacyjny i wychowawczy w szkołach wyższych, które stanowią także własne normy w tej materii.

Ogół przepisów tworzy więc mozaikę o różnym charakterze, stopniu szczegółowości, zasięgu obowiązywania i miejscu w hierarchii źródeł prawa. W pracy niniejszej – jako przykład unormowań obowiązujących w konkretnej uczelni – zostaną uwzględnione odpowiednie postanowienia statutu Wszechnicy Polskiej Szkoły Wyższej Towarzystwa Wiedzy Powszechnej w Warszawie oraz regulaminu studiów tejże uczelni, zatwierdzonego przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego dnia 6 marca 2008 r. Stosunkowo liczne unormowania dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów świadczą o znaczeniu tego postępowania dla zapewnienia ładu na uczelniach i kształtowania etosu życia akademickiego.

Kluczowe dla postępowania dyscyplinarnego są, po pierwsze, analiza treści obowiązujących przepisów, po wtóre, specyfika toczących się postępowań. Obie grupy zagadnień nie są wobec siebie niezależne, to raczej dwa aspekty tego samego problemu. Skupiając uwagę na pierwszej, przedmiotem zainteresowań czynimy właściwości unormowań. Badamy, czy są one dostatecznie jasne, czy nie dają podstaw do wielorakiej interpretacji, czy mają wyczerpujący charakter i nie zawierają luk, czy przepisy niższej rangi są zgodne z przepisami stojący-

[1] Liczne postanowienia tych unormowań będą przywoływane w niniejszej pracy; słowo „ustawa" oznacza ustawę Prawo o szkolnictwie wyższym, zaś „rozporządzenie" wyżej wymienione rozporządzenie.

[2] Były nimi art. 162-176 ustawy z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz. U. nr 65/1990 poz. 385) oraz rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 1 lipca 1991 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu postępowania dyscyplinarnego wobec studentów (Dz.U., nr 63/1991 poz. 269).

mi wyżej w hierarchii źródeł prawa, czy poszczególne artykuły są we właściwy sposób usystematyzowane w danym unormowaniu. Drugi obszar dociekań odnosi się do kwestii praktycznych, a więc przebiegu konkretnych postępowań, pojawiających się trudności dowodowych i sposobu ich przezwyciężania, prowadzenia protokołu i jego wartości poznawczych oraz innych wykonawczych, roboczych problemów postępowań dyscyplinarnych, a także ich liczby w danej uczelni.

Fundamentalnym pytaniem z pogranicza obu kluczowych kwestii badawczych jest to, czy obowiązujące regulacje prawne dobrze służą postępowaniu dyscyplinarnemu, zapewniając jego wnikliwość, wszechstronność, obiektywizm i praworządny charakter. Koncentrując uwagę na obszarze treści prawa przedmiotem analiz czynimy unormowania prawne, zarówno o ogólnokrajowym zasięgu obowiązywania, jak i wewnątrzuczelniane. Badając natomiast praktykę orzeczniczą analizujemy dokumentację postępowań.

Postępowanie dyscyplinarne ma na celu przestrzeganie przez studentów zarówno obowiązujących regulacji prawnych, jak również standardów moralnych życia akademickiego. Kto dopuszcza się ich naruszenia, musi się liczyć właśnie z odpowiedzialnością dyscyplinarną. Ważna jest relacji między tym, co założone (zaprogramowane), a tym jaką rzeczywistą, faktyczną rolę pełni postępowanie dyscyplinarne. Sam fakt obowiązywania unormowań szczegółowo regulujących procedurę oraz zawierających wykaz kar wymierzanych w postępowaniu dyscyplinarnym uznać należy za czynnik stymulujący przestrzeganie prawa. Wychowawcza funkcja prawa ma kształtować respekt wobec prawa, a także inspirować do dostrzegania w nim jednego z kluczowych warunków ładu społecznego oraz efektywnego działania poszczególnych instytucji. Skoro prawo ogólnie pojęte ma służyć takim właśnie celom, to jego drobna cząstka – przepisy regulujące odpowiedzialność dyscyplinarną studentów – ma na celu z jednej strony skuteczną motywację do przestrzegania prawa, z drugiej zaś wymierzanie sprawiedliwości naruszającym normy obowiązujące w życiu akademickim.

Andrzej Kojder omawiając wychowawcze oddziaływanie prawa stwierdza, że

„Polega ono na wzmacnianiu i rozwijaniu w ludziach jednych skłonności i cech charakteru oraz na osłabianiu i wyplenianiu innych skłonności. Pozytywna wychowawcza rola prawa wyraża się w tym, że dyscyplinuje ono charakter ludzi (powstrzymuje ich od ulegania chwilowym nastrojom, np. agresji, samowoli), wdraża do rozważnego postępowania i dbania o dzień jutrzejszy, kształtuje świadomość ciążących na nich obowiązków i uczy poszanowania uprawnień bliźnich”[3].

Oddziaływanie prawa wydaje się bardziej intensywne, gdy w danej uczelni toczy się postępowanie dyscyplinarne, a w jego ramach jawna rozprawa przed komisją dyscyplinarną. Studenci z bliska mogą poznać specyfikę tego postępo-

[3] A. Kojder, *Czynniki ograniczające skuteczność prawa i rekomendacje praktyczne*, [w:] „Problemy prawa i administracji”, Zeszyty Naukowe nr 1/2010, Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWP w Warszawie, s. 7.

wania, stawiany obwinionemu zarzut i wymierzoną mu karę. Czym innym jest bowiem bezpośrednie poznanie funkcjonowania przepisów, zwłaszcza gdy są one stosowane wobec osoby, którą zna się osobiście, czym innym zaś jedynie świadomość obowiązywania określonych regulacji.

Normy stanowią regulator zachowań, zarówno gdy są obowiązującym w danej chwili prawem, jak i wówczas, kiedy dane środowisko uznaje je za wiążące na mocy wieloletniej tradycji. Te ostatnie często silniej niż normy prawne wpływają na zachowania, skutecznie odwodząc od tego, co niedopuszczalne i inspirując do zachowań pozytywnych, nacechowanych poszanowaniem godności innych i godności własnej, ofiarnością, ideowością, zaangażowaniem. Poprzez wpływ na poszczególne jednostki normy oddziaływają na zachowania większych społeczności, kształtując ich tożsamość, określającą zespół typowych cech danego środowiska, a więc co jest w tym środowisku zakazane i będzie napiętnowane, co zaś zasługuje na uznanie i wysoką ocenę.

Czynnikiem wpływającym na utrwalenie wymaganych zachowań, nadanie im charakteru stabilnego i przewidywalnego dla otoczenia jest zinternalizowanie norm inspirujących do określonego postępowania. Internalizacja to proces przyswajania, świadomej akceptacji, uznawania za własne norm, które stają się drogowskazem dla dokonywanych wyborów i podejmowanych decyzji. Jeśli proces internalizacji norm kształtujących specyfikę życia akademickiego będzie szeroko upowszechniony, wówczas uzyskają one cechę trwałości, a choćby sporadyczne przejawy ich naruszenia rodzić będą dezaprobatę środowiska. Zinternalizowane normy to wzorzec działania dający poczucie pewności, stabilności i przewidywalności. Tkwi w nich siła inspirująca oczekiwane zachowania. Jasne się staje to, co czynić należy, jakich wartości bronić, co zaś uchodzi za niegodziwość rodzącą dezaprobatę. Obowiązujące w środowisku studenckim standardy zachowań mają zarówno oddziaływać na poszczególnych studentów, jak i kształtować ład w danej uczelni, a przez to przyczyniać się do budowania wizerunku życia akademickiego opartego na aprobowanych wartościach i wzorcach zachowań.

W pracy niniejszej prezentuję podstawowe unormowania regulujące odpowiedzialność dyscyplinarną studentów. Te z nich, które – moim zdaniem – dotknięte są wadami zostały opatrzone krytycznymi uwagami. Moje zastrzeżenia do pewnych uregulowań wynikają z przeświadczenia o społecznej doniosłości odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów. Uznaję ją za ważny czynnik zapewniający uczciwość, prawość i ład życia akademickiego. Wskazuję na błędność niektórych rozwiązań prawnych, mogą one bowiem utrudniać osiągnięcie celu, któremu mają służyć.

II. Podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej

Kwestią fundamentalną jest ustalenie, jaka przyczyna powoduje odpowiedzialność dyscyplinarną studentów, albo – innymi słowy – za jaki rodzaj postępowania grozi tego rodzaju odpowiedzialność. Zapisy ustawy Prawo o szkol-

nictwie wyższym zawierają postanowienia dosyć ogólne, co w praktyce może rodzić trudności w procesie ich stosowania. Art. 211.1 określa podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów w sposób niezupełnie jasny. Uwzględniając brzmienie omawianego postanowienia ustawy, a mianowicie

„Za naruszenie przepisów obowiązujących w uczelni oraz za czyny uchybiające godności studenta student ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną...",

uznać należy, że zawiera ono dwie niezależne od siebie przesłanki odpowiedzialności. Pierwsza z nich dotyczy naruszenia prawa, druga zaś – jak można sądzić – zasad moralnych, etosowych, sprzeniewierzania się standardom zachowań przyjętych w środowisku akademickim. Pod pojęciem „naruszenie przepisów obowiązujących w uczelni" należy rozumieć zarówno postanowienia ustaw i rozporządzeń, jak i unormowania wewnątrzuczelniane, a zatem regulacje o różnym zasięgu obowiązywania – z jednej strony o zasięgu powszechnym, ogólnokrajowym; z drugiej zaś znacznie węższym, obejmującym daną szkołę wyższą. W przypadku czynu polegającego na fałszowaniu przez studenta ocen, podpisów wykładowców, czy dokumentacji egzaminacyjnej mamy do czynienia z naruszeniem postanowień Kodeksu karnego. Wówczas sprawca ponosi zarówno odpowiedzialność karną, jak i dyscyplinarną.

Problematykę „naruszenia przepisów obowiązujących w uczelni" pragnę ograniczyć do unormowań obowiązujących we Wszechnicy Polskiej Szkole Wyższej TWP w Warszawie. Statut Uczelni w § 44.1 stwierdza co następuje:

„Student jest obowiązany postępować zgodnie z treścią ślubowania i regulaminem studiów, w którym określone są obowiązki i prawa studentów związane z tokiem studiów".

W istocie jest to odesłanie wyłącznie do regulaminu studiów, tam bowiem znajduje się ślubowanie studenckie. Treść ślubowania zawiera postanowienia doniosłe dla etosu życia akademickiego, ale zarazem na tyle ogólne, że jedynie w wyjątkowych, szczególnie drastycznych przypadkach mogłyby stanowić podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej. Ślubowanie brzmi następująco:

„Przystępując do wspólnoty akademickiej Wszechnicy Polskiej uroczyście ślubuję: wiernie służyć ideałom humanizmu i wolności, prawdzie i sprawiedliwości; dbać o dobro mojej Uczelni, oraz strzec Jej imienia, praw i zwyczajów w Niej panujących; szanować pracę nauczycieli akademickich i innych pracowników Uczelni oraz zachować przyjaźń dla braci studenckiej; zdobytą wiedzę wykorzystywać zawsze dla dobra publicznego" (§ 3 regulaminu).

Znacznie istotniejsze praktyczne znaczenie dla postępowania dyscyplinarnego przypisać należy § 9 regulaminu, który precyzuje zakres podstawowych obowiązków studenta. Oto jego treść:

„Student zobowiązany jest do postępowania zgodnie z treścią złożonego ślubowania, przestrzegania postanowień Statutu Uczelni, niniejszego Regulaminu oraz innych aktów wewnętrznych obowiązujących w Uczelni, a w szczególności do:

1/ uczestniczenia w zajęciach dydaktycznych;
2/ przestrzegania zasad współżycia społecznego;
3/ dbania o dobro Uczelni i okazywania należytego szacunku wszystkim jej pracownikom;
4/ składania w terminie zaliczeń, egzaminów i wypełniania innych zobowiązań wynikających z procesu dydaktycznego;
5/ pokrywania kosztów szkód materialnych wyrządzonych Uczelni a wynikających z jego niedbalstwa lub umyślnego działania, a zwłaszcza uszkodzeń lub utraty powierzonego sprzętu".

Zastrzeżenie przy lekturze cytowanego postanowienia regulaminu studiów dotyczy kolejności (systematyki) zawartych w nim obowiązków studenta. Jestem zdania, że powinny być one wyliczone w sposób bardziej uporządkowany, a więc obecny punkt czwarty winien być umieszczony jako drugi. Wówczas kwestie przedmiotowo silnie z sobą związane i dotyczące istoty działań szkoły wyższej, a więc uczestnictwo w zajęciach dydaktycznych oraz przystępowanie do zaliczeń i egzaminów byłyby umieszczone w punktach po sobie następujących.

Omawiany paragraf regulaminu studiów stanowi podstawę do ukarania studenta w trybie postępowania dyscyplinarnego za takie czyny, jak – podajmy dla przykładu – posługiwanie się na terenie uczelni wulgarnym słownictwem, agresywne wypowiedzi pod adresem pracowników (nie tylko dydaktycznych), czy niszczenie mienia.

Poważniejszy problem interpretacyjny związany jest z inną przesłanką odpowiedzialności dyscyplinarnej zawartą w art. 211.1, którą stanowią „czyny uchybiające godności studenta". Jest to określenie w istocie swej pozajurydyczne, o bardzo szerokim znaczeniu i ocennym charakterze, zawiera w sobie element wartościowania moralnego. Na gruncie zaś niedookreśloności mogą powstać trudności w procesie stosowania prawa. Zastosowanie wspomnianej przesłanki odpowiedzialności wymaga sprecyzowania tego, co rozumiemy pod pojęciem „godność studenta". Także „czyny uchybiające godności studenta" to pojęcie nieostre. W najszerszym rozumieniu można przyjąć, że czynami tymi są zarówno wszelkie naruszenia prawa, jak i zachowania uznawane za naruszające normy moralne. Tak rozległe podejście do ustawowej przesłanki odpowiedzialności dyscyplinarnej, w praktyce jej stosowania okazałoby się niecelowe. Dlaczego bowiem komisja dyscyplinarna (a więc organ uczelni) miałaby orzekać w sprawach dotyczących – podajmy dla przykładu – przekroczenia terminu złożenia zeznania podatkowego, czy odmowy wykonania obowiązku alimentacyjnego, a więc naruszeń prawa; albo też za czyny będące sprzeniewierzeniem się normom moralnym. Takie podejście czyniłoby komisję swego rodzaju „supersądem" właściwym w sprawach wszelkich naruszeń prawa i moralności. Omawiany zapis powinien dotyczyć zachowań związanych z rolą społeczną studenta. Odpowiedzialność dyscyplinarna „za czyny uchybiające godności studenta" służyć powinna – moim zdaniem – przestrzeganiu wartości etosowych związanych z faktem bycia stu-

dentem i odnosić się do kwestii obejmujących proces dydaktyczny i funkcjonowanie w społeczności akademickiej. Zaprezentowany tu pogląd jest, być może, dyskusyjny. Stoję jednak na stanowisku, że zapis ustawowy rodzi konieczność doprecyzowania. Uznałem przeto, że po pierwsze – należy go ograniczyć do tego, co związane jest z faktem funkcjonowania w roli studenta; po wtóre – jego podstawowym celem jest ochrona etosu życia akademickiego. Przyjęcie szerokiej i niedookreślonej interpretacji tej przesłanki odpowiedzialności mogłoby rodzić skutek osobliwy; w myśl postanowień ustawy, mechanizm prawny jakim jest postępowanie dyscyplinarne mógłby być stosowany wobec tych, którzy naruszyli innego rodzaju normy, a mianowicie normy moralne. Jak wiadomo, prawo, moralność, religia i obyczaje to społeczno-kulturowe systemy normatywne[4]. Każdy z nich reguluje odrębny obszar życia. Normy zaś tych systemów wykazują daleko idące różnice odnoszące się zwłaszcza do metody ich tworzenia (powstawania), następnie sposobu upowszechniania wśród adresatów, a także rodzaju sankcji grożącej za ich naruszenie. Inaczej bowiem wyraża się odpowiedzialność za naruszenie prawa, inaczej za odstępstwo od norm moralnych. W pierwszym przypadku może to być kara grzywny czy pozbawienia wolności, w drugim zaś dezaprobata środowiska, negatywne naznaczenie, czy wykluczenie z grupy przynależności. Każdy z systemów normatywnych charakteryzuje się innymi, sobie właściwymi rodzajami norm, sposobami ich egzekwowania i odgrywaną rolą społeczną. Jawi się przeto pytanie, czy o odpowiedzialności dyscyplinarnej „za czyny uchybiające godności studenta" możemy mówić w związku z takimi postawami i zachowaniami studenta, jak – wymieńmy dla przykładu – arogancja i nieżyczliwość wobec kolegów, odmowa pomocy osobie mającej trudności w nauce, udzielanie fałszywych informacji grupie studenckiej. Niewątpliwie uchybiają one godności studenta, są przejawem niedostosowania osobowościowego, a także zapewne złej woli w relacjach z kolegami. Skoro tak, to w myśl omawianego postanowienia ustawy może być prowadzone postępowanie dyscyplinarne. Tu jednak pojawia się kolejny ważki problem, a mianowicie skuteczności takiego postępowania. Czy wymienione oraz rozliczne podobne zachowania mogą być skutecznie rugowane ze środowiska studenckiego poprzez stosowanie kar orzekanych w postępowaniu dyscyplinarnym? Sądzę, że jest to procedura o ograniczonej skuteczności. Znacznie bardziej efektywne mogą okazać się metody wolne od proceduralnych rygorów i ustawowo określonych sankcji; oddziaływanie o charakterze psychologicznym, niesformalizowane, oddolne, wewnątrzgrupowe szybciej przyniesie oczekiwane wyniki. Droga postępowania dyscyplinarnego byłaby całkowicie uzasadniona wówczas, gdyby istniał kodeks etyki studenckiej, precyzujący katalog zachowań zakazanych i sankcje za nie grożące. Kodeksu takiego jednak nie ma.

Rozważenia wymaga także problem związany z omawianą podstawą odpowiedzialności dyscyplinarnej, a mianowicie, czy ma ona być stosowana wobec

[4] A. Kojder, *Godność i siła prawa*, Warszawa 2001, s. 52.

studenta, występującego w innej niż studencka roli społeczno-zawodowej. Czy zatem uchybiają godności studenta, stanowiąc podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej jego działania związane z pełnioną rolą pracownika (np. nielojalność wobec pracodawcy, nierzetelne wykonywanie zadań zawodowych), a także wynikające z faktu funkcjonowania w rodzinie (np. agresja słowna wobec dzieci, narażanie ich na lęk, czy negatywne naznaczenie w środowisku)? Czy odpowiedzialność dyscyplinarna ponoszona na uczelni może dotyczyć czynów, które nie mają związku z życiem akademickim? Odpowiedź na tak postawione pytanie musi uwzględniać zarówno treść art. 211.1, jak i jego cel. Biorąc pod uwagę treść można – stosując szeroką interpretację – przyjąć, że „czyny uchybiające godności studenta" dotyczą wszelkich tego typu zachowań, których dopuściła się osoba studiująca, a więc również takich, które nie odnoszą się do życia akademickiego i nie są związane z występowaniem w roli studenta. Przyjęcie jednak takiej interpretacji wiedzie do tego, że komisja dyscyplinarna będzie rozpatrywać sprawy, które nie mają zupełnie żadnego związku z życiem akademickim. Takie rozwiązanie należy odrzucić.

Komisja dyscyplinarna jest powołana zgodnie z ustawą Prawo o szkolnictwie wyższym, funkcjonuje w ramach szkoły wyższej, w skład jej wchodzą nauczyciele akademiccy i studenci, zatem uznać ją należy za właściwą do orzekania w sprawach związanych z życiem akademickim. Cel przepisów przesądza o tym, że odpowiedzialność dyscyplinarna studentów obejmuje czyny, w jakikolwiek sposób naruszające zasady funkcjonowania uczelni. Zatem orzekanie przez komisję dyscyplinarną w sprawach – choćby poważnych, lecz nie mających związku z działalnością szkoły wyższej, byłoby przekroczeniem wyznaczonego jej celu.

Ogólnikowy charakter ustawowej podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej, określonej jako „czyny uchybiające godności studenta", powoduje trudności interpretacyjne związane z fundamentalnym – kiedy ją stosować? Niewątpliwie dłuższy czas obowiązywania przepisów dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów oraz niezmienność ich treści będzie podstawą do ukształtowania się, a następnie utrwalenia pewnej praktyki. Zanim to nastąpi należy – moim zdaniem – stosować ją jako samodzielną podstawę odpowiedzialności możliwie rzadko i ostrożnie. Powinna ona być wykorzystywana głównie w przypadkach, gdy uchybienie godności było związane z faktem bycia studentem i dotyczyło wynikających stąd powinności.

Odnosząc się do treści art. 211.1 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym należy stwierdzić, że wskazane w nim przesłanki odpowiedzialności dyscyplinarnej stanowią grunt, na którym mogą zrodzić się trudności związane z procesem ich interpretowania i stosowania. Droga wyeliminowania tychże niedoskonałości polega na nadaniu omawianemu artykułowi nieco innej treści. Oto mój postulat: Student ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenie przepisów dotyczących kształcenia, a także innych obszarów funkcjonowania uczelni oraz za sprzeniewierzenie się zasadom współżycia społecznego obowią-

zującym w środowisku akademickim. Sądzę, że zmiana idąca w zaproponowanym kierunku zogniskowałaby odpowiedzialność dyscyplinarną studentów na tym, co stanowi istotę roli społecznej bycia studentem. Odpowiedzialność winna być w sposób niebudzący wątpliwości skupiona na tym, co bezpośrednio dotyczy życia akademickiego.

Obok art. 211.1 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym uwagi wymagają także jej inne przepisy. Art. 214.4 dotyczy plagiatu, a więc czynu, który z racji swej szkodliwości wymaga stanowczego zwalczania w środowisku akademickim. Oto jego treść:

„W razie podejrzenia popełnienia przez studenta czynu polegającego na przypisaniu sobie autorstwa istotnego fragmentu lub innych elementów cudzego utworu rektor niezwłocznie poleca przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego".

Na zwrócenie uwagi zasługuje użyty zwrot „rektor niezwłocznie poleca", który z racji swego kategorycznego charakteru nakłada na rektora obowiązek takiego właśnie działania. Istota cytowanego postanowienia, strzegącego zasad uczciwości i należytego poziomu kształcenia, odnosi się głównie – choć nie wyłącznie – do prac licencjackich i magisterskich. Stanowią one zwieńczenie danego etapu kształcenia i mają być świadectwem zdobytych przez studentów umiejętności. Artykuł ten może być zastosowany także w odniesieniu do prac innego typu. Myślę tu o pracach seminaryjnych przedstawianych na zakończenie semestru przez uczestników seminariów, pracach będących jednym z warunków uzyskania zaliczenia przedmiotu objętego programem studiów, a także pracach pisanych jako kolokwia zaliczeniowe lub egzaminacyjne. Jeśli więc student przedstawia jako własną pracę, która okazuje się skopiowaną wersją pracy cudzej, wówczas właśnie znajduje zastosowanie omawiany artykuł. Dotyczy on konkretnego, dokładnie określonego rodzaju postępowania i jest to jedyne postanowienie rozdziału 6 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym mówiące o ściśle sprecyzowanym czynie. Art. 214.6 głosi że:

„Jeżeli w wyniku postępowania wyjaśniającego zebrany materiał potwierdza popełnienie czynu, o którym mowa w ust. 4, rektor wstrzymuje postępowanie o nadanie tytułu zawodowego do czasu wydania orzeczenia przez komisję dyscyplinarną oraz składa zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa".

Jest to do pewnego stopnia rozwinięcie, doprecyzowanie art. 214.4. Wnikliwa lektura skłania jednak do wniosku, że różny jest zakres stosowania obu uregulowań. Mianowicie, art.214.4 dotyczy sytuacji, gdy podejrzewa się popełnienie przez studenta plagiatu wszelkich prac pisanych w toku procesu dydaktycznego. Jest to więc konstrukcja wyraźnie szersza w porównaniu z art. 214.6, z którego wynika, że dotyczy on prac pisanych w celu uzyskania tytułu zawodowego, a więc zwieńczających dany etap kształcenia. Wspólnym celem obu omawianych ustępów art. 214 jest zwalczanie nieuczciwości, jaką jest plagiat. Jego popełnienie powoduje, iż rektor „składa zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa".

W ten sposób sprawa traci charakter wewnątrzuczelniany i jest badana przez prokuraturę. Wyraźnie rygorystyczne jest postanowienie ustawy dotyczące przedawnienia, bowiem:

„Nie stosuje się przedawnienia w odniesieniu do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego wobec studenta, któremu zarzuca się popełnienie plagiatu" (art. 217.5).

Unormowanie uznać należy za słuszne z punktu widzenia jego celu, lecz mogące budzić wątpliwości interpretacyjne. Gdyby zwrot „popełnienie plagiatu" dookreślić słowami „pracy licencjackiej lub magisterskiej", wówczas treść omawianej regulacji byłaby całkowicie jasna. Jednak tak nie jest, a zatem pojawia się pytanie o zakres regulacji. Czy chodzi tylko o plagiat prac pisanych w ramach procesu dydaktycznego, czy także – powiedzmy – o tomik wierszy, który student wydał jako utwory własne, a następnie okazało się, że jest to plagiat. Odpowiedzialność dyscyplinarna w związku z plagiatem pracy pisanej w uczelni w ramach obowiązków studenckich nie budzi najmniejszych zastrzeżeń. Angażowanie natomiast komisji dyscyplinarnej do orzekania w sprawie plagiatu utworu, który z tokiem dydaktycznym nie ma nic wspólnego, byłoby w istocie przekroczeniem zasadniczego celu t komisji; wątpliwości interpretacyjne mają swe źródło w braku precyzji sformułowań.

Postanowienie art. 214.5 powodować może trudności w procesie stosowania prawa:

„W razie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przez studenta przestępstwa rektor jednocześnie z poleceniem przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego może zawiesić studenta w prawach studenta do czasu wydania orzeczenia przez komisję dyscyplinarną".

Kontrowersje dotyczą wyolbrzymionego zakresu stosowania. Mówi on bowiem o podejrzeniu popełnienia przez studenta przestępstwa, czyli każdego czynu, który w myśl postanowień Kodeksu karnego lub pozakodeksowych przepisów karnych stanowi właśnie przestępstwo. Z treści art. 214.5 można wyprowadzić wniosek, że każde przestępstwo, którego dopuścił się student powoduje, że sprawa rozpatrywana jest przez komisję dyscyplinarną, niezależnie – rzecz jasna – od postępowania toczącego się przed sądem. Taki sposób stosowania art. 214.5 byłby zgodny z jego treścią, a zarazem w bardzo licznych przypadkach niemożliwy do realizacji. Nie ulega wątpliwości, że postępowanie dowodowe wymaga często wykorzystania specjalistycznej wiedzy z wielu dziedzin (medycyna, nauki techniczne), a także łączy się niejednokrotnie z koniecznością wykonania badań laboratoryjnych. Przeprowadzenie postępowania dowodowego w ramach pracy organów uczelni jest niemożliwe z racji merytorycznych, finansowych i celowościowych. Jeśli student podejrzany jest o zabójstwo (art. 148 kk), szpiegostwo (art. 130 kk), łapownictwo (art. 228, 229 kk) i wiele innych przestępstw, to angażowanie w wyjaśnienie tych spraw organów uczelnianych jest zarówno bezsensowne, jak i z góry skazane na porażkę.

Przyczyna tak szerokiej konstrukcji art. 214.5 ma zapewne swe źródło w art. 211.1, który określa podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów, uznając między innymi „czyny uchybiające godności studenta" za podstawę tejże odpowiedzialności. Rzecz jasna, zarówno wymienione przestępstwa, jak i inne, rozliczne czyny, które nie są przestępstwami uchybiają godności studenta. Ich popełnienie jednak nie zawsze może pociągać za sobą odpowiedzialność dyscyplinarną, co wynika z racji czysto praktycznych, zwłaszcza związanych z postępowaniem dowodowym. Ani bowiem rzecznik dyscyplinarny nie jest w stanie zbierać dowodów w sprawach o poważnym ciężarze gatunkowym, które nie mają bezpośredniego związku z życiem szkoły wyższej, ani komisja dyscyplinarna orzekać w takich sprawach.

Nawet gdyby student dopuścił się na terenie uczelni – powiedzmy – zabójstwa ze szczególnym okrucieństwem, następnie został zatrzymany, tymczasowo aresztowany i skazany przez sąd na karę pozbawienia wolności to mimo, iż do zdarzenia doszło na uczelni nie należy przekazywać tej sprawy komisji dyscyplinarnej. Przemawia za tym kilka istotnych okoliczności: po pierwsze, sprawca jest w areszcie (a więc nie może uczestniczyć w postępowaniu dyscyplinarnym); po drugie, zebranie dowodów w sprawie wymaga specjalistycznych kwalifikacji oraz wykorzystania badań laboratoryjnych; po trzecie, kary dyscyplinarne są wyraźnie nieadekwatne do wagi sprawy. Sprawca zaś przestępstwa i tak przestanie być studentem na podstawie decyzji dziekana o skreśleniu z listy studentów.

Nie zawsze dostateczna jasność przepisów jest konsekwencją braku staranności w procesie ich tworzenia. Nieprawidłowości w procesie stanowienia prawa rodzą skutki przy jego stosowaniu. Unormowania dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów powinny być tworzone z najwyższą starannością. Przemawiają za tym dwojakiego rodzaju argumenty. Po pierwsze, duża liczba szkół wyższych sprawia, że znajdują one częste praktyczne zastosowanie. Po drugie zaś, bardzo często posługują się nimi osoby bez prawniczego wykształcenia.

Instytucja odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów będzie efektywnym sposobem oddziaływania na studentów naruszających prawo, jak również czynnikiem wpływającym na respektowanie przez środowisko studenckie prawa oraz norm etosowych i moralnych wówczas, gdy zostanie spełniony fundamentalnej wagi warunek, a mianowicie jasność, precyzja i komunikatywność unormowań – regulujących obowiązki studenta i określających sankcje za ich naruszenie, a zatem cechy nadane unormowaniu na etapie jego powstawania. Wówczas właśnie należy rygorystycznie przestrzegać zasad tworzenia prawa wyróżnionych przez Adama Podgóreckiego: legislacyjnych, kodyfikacyjnych oraz techniki kodyfikacyjnej[5]. Obecny stan unormowań należy uznać za dotknięty mankamentami wynikającymi z nieprzestrzegania zasad kodyfikacyjnych – są nimi niedostateczna jasność, zwięzłość, precyzja regulacji. Może to powodować, że przepisy nie

[5] A. Podgórecki, *Zarys socjologii prawa*, Warszawa 1971, s. 444.

będą inspirować studentów do właściwego postępowania, a uczelnie w przypadku naruszenia prawa nie będą wszczynać postępowań.

III. Kary dyscyplinarne

Katalog kar stosowanych w postępowaniu dyscyplinarnym zawiera art. 212 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym:

„Karami dyscyplinarnymi są:

1/ upomnienie; 2/ nagana; 3/ nagana z ostrzeżeniem; 4/ zawieszenie w określonych prawach studenta na okres do jednego roku; 5/ wydalenie z uczelni"[6].

Kary, wymienione w kolejności od najłagodniejszej do najsurowszej, mogą być orzekane przez komisje dyscyplinarne; natomiast sąd koleżeński samorządu studenckiego nie może wymierzać kar wskazanych w punktach 4 i 5. Specyficzne uprawnienie przysługuje rektorowi. Za przewinienie mniejszej wagi może on wymierzyć studentowi karę upomnienia, wcześniej jednak musi wysłuchać wyjaśnień obwinionego lub jego obrońcy. Taki tryb wymierzania sprawiedliwości może mieć miejsce wówczas, gdy rzecznik dyscyplinarny wystąpi do rektora z umotywowanym wnioskiem w sprawie ukarania upomnieniem. Przyczyny, przebieg zdarzenia i okoliczności towarzyszące zostały zbadane i na tej podstawie można uznać, że sprawa charakteryzuje się niewielkim ciężarem gatunkowym, zaś ukaranie bez angażowania ciała kolegialnego, jakim jest komisja dyscyplinarna, przebiega szybciej, sprawniej i jest bardziej oszczędne. Jest to zatem dobre rozwiązanie przy wymierzaniu kary w sprawach względnie drobnych, w którym prawidłowo połączono wymogi rozpoznania stanu faktycznego z wymogami sprawności ukarania.

W katalogu kar dyscyplinarnych jedna nie jest dostatecznie jasno określona, a mianowicie: „zawieszenie w określonych prawach studenta na okres do jednego roku". Sformułowanie odwołuje się do praw studenta; ich szczegółowy wykaz zawiera § 8 regulaminu studiów Wszechnicy Polskiej Szkoły Wyższej TWP w Warszawie. Nie wszystkie jednak – z racji swego charakteru – mogą być orzeczone jako kara w postępowaniu dyscyplinarnym. Stąd też w pełni zasadny jest zwrot „w określonych prawach", a więc nie wszystkich, lecz niektórych spośród przysługujących studentowi. Trudno wymierzyć studentowi karę polegającą na zawieszeniu jego prawa do „korzystania z pomocy władz i pracowników naukowo – dydaktycznych Uczelni", albo do „wyrażania opinii i uwag o sposobie prowadzenia zajęć dydaktycznych". Każda osoba studiująca może zwrócić się do wykładowcy z prośbą o ponowne wyjaśnienie zagadnień omawianych na zajęciach, czy pomoc w zbieraniu literatury do pracy dyplomowej. Wymierzenie kary polegającej na zawieszeniu prawa korzystania z pomocy wykładowcy byłoby działaniem stawiającym studenta w gorszej sytuacji, utrudniającym mu kształcenie, a zatem niedopuszczalnym w praktyce akademickiej. Prawa stu-

[6] Taki sam wykaz kar zawiera § 13.3 regulaminu studiów obowiązującego we Wszechnicy Polskiej.

denta, których zawieszenie stanowi dobry przykład kary dyscyplinarnej to np. prawo do „uczestniczenia w pracach badawczych, rozwojowych i wdrożeniowych realizowanych w Uczelni", czy też „studiowania według indywidualnych planów studiów i programów nauczania".

Kary dyscyplinarne wymienione w ustawie mają znaleźć zastosowanie zarówno do czynów względnie drobnych, jak i do poważnych naruszeń prawa, w tym także charakteryzujących się nasiloną złą wolą. Tak więc, wielości i różnorodności czynów, za które grozi odpowiedzialność dyscyplinarna, odpowiada różnorodność kar.

IV. Podstawowe właściwości postępowania dyscyplinarnego

Rola komisji dyscyplinarnych w w życiu uczelni oraz specyfika ich funkcjonowania wymagają badania akt rozpatrywanych spraw i pozostają poza zakresem tej pracy. Szerszej analizie poddano wybrane kwestie o poważnym ciężarze gatunkowym, które z jednej strony mają dla omawianego postępowania fundamentalne znaczenie, z drugiej zaś mogą rodzić trudności w procesie ich interpretowania i stosowania.

Postępowanie dyscyplinarne jest dwuinstancyjne. W pierwszej instancji orzeka komisja dyscyplinarna, w drugiej – odwoławcza komisja dyscyplinarna. Obie komisje są niezawisłe w zakresie orzekania. Dwuinstancyjność postępowania dyscyplinarnego ma swój pierwowzór w jednej z podstawowych zasad postępowania administracyjnego. Brzmi ona: „Postępowanie administracyjne jest dwuinstancyjne" (art. 15 k.p.a). Również Kodeks postępowania karnego przewiduje możliwość odwołania od orzeczenia wydanego w pierwszej instancji[7]. Wśród uregulowań rangi ustawowej dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów znalazło się postanowienie następujące:

„Od orzeczenia komisji dyscyplinarnej oraz od orzeczenia sądu koleżeńskiego stronom przysługuje odwołanie" (art. 220.1).

Odwołanie od orzeczenia komisji dyscyplinarnej wnosi się do odwoławczej komisji dyscyplinarnej.

O randze, jaką ustawodawca nadał odpowiedzialności dyscyplinarnej świadczy to, że sprawa rozpatrywana przez organy wewnątrzuczelniane, jakimi są komisje dyscyplinarne może mieć swój finał przed sądem.

„Od prawomocnego orzeczenia odwoławczej komisji dyscyplinarnej służy skarga do sądu administracyjnego" (art. 221).

W regulacjach ustawowych odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów znalazło się następujące postanowienie: „Komisje dyscyplinarne są niezawisłe w zakresie orzekania" (art. 213.3). Jest to zasada o fundamentalnym znaczeniu. W komisjach zasiadają nauczyciele akademiccy oraz studenci. Ustawa nie wspomina o kierunku wykształcenia członków komisji dyscyplinarnych, zatem

[7] W tym kontekście wskażmy też na pewną analogię związaną z treścią art. 176.1 Konstytucji. Głosi on: „Postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne". Tak więc, zasada dotycząca sądownictwa znalazła swe odzwierciedlenie w regulacjach dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej.

ustawodawca wyraźnie dopuszcza możliwość istnienia komisji, w których nie ma osób z wykształceniem prawniczym. Rozpatrując sprawę i wydając orzeczenie nauczyciele akademiccy oraz studenci zasiadający w komisji kierują się przepisami prawa, angażując swą najlepszą wiedzę i wolę, a także przestrzegając zasad moralnych. Są oni wolni od wszelkich nacisków. Nie mogą przyjmować – pochodzących na przykład od władz uczelni – jakichkolwiek zaleceń, instrukcji, a nawet w zawoalowany sposób wyrażonych oczekiwań odnoszących się do rozstrzygnięcia sprawy. Narada nad orzeczeniem co do winy i co do kary odbywa się w sposób tajny.

„Przebieg narady i głosowania nad orzeczeniem są tajne. Podczas narady i głosowania oprócz członków składu orzekającego może być obecny jedynie protokolant, chyba że przewodniczący uzna jego obecność za zbędną" (§ 22.2 rozporządzenia).

Tak więc uczestnicy narady i głosowania zobowiązani są do zachowania tajemnicy w kwestii wymienianych argumentów i wszelkich szczegółów jej przebiegu. Po drugie, w naradzie nie mogą uczestniczyć, ani nawet przysłuchiwać się jej, rektor, dziekan, kierownik katedry i inne osoby[8]. Niezawisłość jest cechą komisji dyscyplinarnej. Cecha ta nie dotyczy więc rzecznika dyscyplinarnego, który „jest związany poleceniami rektora" (art. 215.3).

Komisje dyscyplinarne

„rozstrzygają samodzielnie wszelkie zagadnienia faktyczne oraz prawne i nie są związane rozstrzygnięciami innych organów stosujących prawo, z wyjątkiem prawomocnego skazującego wyroku sądu" (art. 213.4). Rozporządzenie wykonawcze zawiera następujące postanowienie:

„Komisja dyscyplinarna może zawiesić postępowanie dyscyplinarne, jeżeli w sprawie tego samego czynu wszczęto postępowanie karne lub postępowanie w sprawach o wykroczenia" (§ 18.1).

Prawomocne zakończenie wymienionych postępowań powoduje podjęcie przez komisję dyscyplinarną zawieszonego postępowania.

Przewodniczącym składu orzekającego jest zawsze nauczyciel akademicki[9]. Uczelnia tworząc komisję powinna wybrać jej członków w liczbie większej niż minimum składu orzekającego. Gdyby np. student dopuścił się sfałszowania podpisu w dokumentacji egzaminacyjnej, podrabiając podpis wykładowcy zasiadającego w komisji dyscyplinarnej, ów wykładowca musi być wyłączony ze składu orzekającego.

Postępowanie przed komisją dyscyplinarną jest niezależne od postępowania karnego lub w sprawach o wykroczenia dotyczącego tego samego czynu. Wyraźnie wskazuje na to art. 217.2:

[8] Dodajmy, że tajność narady i głosowania jest ważną zasadą procesu karnego, wyrażoną w art. 108 kpk. O niejawnej naradzie sędziów mówi też art. 324 § 1 kpc.

[9] Dodajmy tu dla porównania, że przepisy dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich przewidują także rolę dla studentów. Mianowicie, w składach orzekających komisji dyscyplinarnych powinien być student (art. 142.3).

„Wymierzenie studentowi za ten sam czyn kary w postępowaniu karnym lub w postępowaniu w sprawach o wykroczenia nie stanowi przeszkody do wszczęcia postępowania przed komisją dyscyplinarną".

Tak więc, dla przykładu, za czyn polegający na kradzieży książek z biblioteki uczelnianej czy sprzętu komputerowego student ponosi odpowiedzialność karną, a jednocześnie odpowiedzialność dyscyplinarną.

Ważnym postanowieniem ustawowym jest zasada jawności rozprawy przed komisją dyscyplinarną (art. 219.1). Nie jest to jednak jawność bezwzględna i nieograniczona.

„Komisja dyscyplinarna wyłącza jawność postępowania w całości lub w części, jeżeli jawność mogłaby obrażać dobre obyczaje albo jeżeli wymaga tego interes obwinionego, uczelni lub osób trzecich" (art. 219.2).

Takie wyłączenie jawności może mieć miejsce, gdy na rozprawie poruszane są sprawy stanu zdrowia, sytuacji rodzinnej lub prezentowane inne, zwłaszcza drastyczne fakty, których powszechna znajomość miałaby niekorzystny wpływ na sytuację obwinionego lub innych podmiotów. Zasada jawności rozprawy, uwzględniająca zarazem możliwość jej wyłączenia, stanowi wyraźną analogię do postanowień Kodeksu postępowania karnego. Art. 355 kpk kreuje zasadę jawności rozprawy, zaś art. 360 wskazuje okoliczności powodujące wyłączenie jawności. Ogłoszenie orzeczenia komisji dyscyplinarnej jest zawsze jawne, podobnie jak ogłoszenie wyroku przez sąd. Zarówno zasada jawności rozprawy, jak i jawnego ogłaszania wyroków ma swe odzwierciedlenie w postanowieniu art. 45 Konstytucji.

Regulacje prawne odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów precyzują zadania rzecznika dyscyplinarnego, będącego stroną w postępowaniu dyscyplinarnym. Rzecznika dyscyplinarnego do spraw studentów powołuje rektor z grona nauczycieli akademickich. Rzecznik prowadzi postępowanie wyjaśniające i pełni funkcję oskarżyciela przed komisją dyscyplinarną. Postępowanie wyjaśniające prowadzone jest na polecenie rektora. Charakterystyczną jego cechą ma być wszechstronność i wnikliwość pozwalająca poznać całokształt okoliczności sprawy. Rzecznik ma za zadanie zgromadzić zarówno dowody obciążające, jak i takie, które przemawiają na korzyść osoby obwinionej. Po zakończeniu postępowania wyjaśniającego rzecznik umarza postępowanie lub kieruje do komisji dyscyplinarnej wniosek o ukaranie. Postępowanie dyscyplinarne wszczyna komisja dyscyplinarna na wniosek rzecznika dyscyplinarnego – postanowienie to jednoznacznie świadczy o kluczowej roli sprawczej rzecznika. Ważnym obowiązkiem rzecznika jest jego udział w rozprawie toczącej się przed komisją dyscyplinarną.

Postanowienia ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym nie mówią nic na temat wykształcenia, jakie powinien posiadać rzecznik dyscyplinarny. Nie ulega wątpliwości, że z punktu widzenia dobra postępowania najbardziej wskazane byłoby wykształcenie prawnicze. Należy wszelako pamiętać o tym, że w bardzo licznych uczelniach kształcących na przykład w zakresie nauk technicznych, przyrodni-

czych albo języków obcych, a także na kierunkach artystycznych, wśród nauczycieli akademickich może nie być prawników. Pełnienie funkcji rzecznika przez specjalistę w zakresie – powiedzmy – sadownictwa, muzykologii, czy filologii hiszpańskiej jest dla niego zadaniem szczególnie trudnym. Zachodzi wówczas zwiększone ryzyko błędu w pracach rzecznika. Formułując zatem postulat co do treści stosownych postanowień ustawy należy stwierdzić, że w artykule dotyczącym powoływania rzecznika powinien znaleźć się zapis mówiący o preferowaniu prawników do pełnienia tej roli.

Wskazać także należy, że unormowania dotyczące odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów zawierają postanowienia odnoszące się do roli obrońcy. Oto one:

„Art. 218.1. Obwinionemu studentowi służy prawo do korzystania z pomocy wybranego przez siebie obrońcy.

2. W przypadku gdy rzecznik dyscyplinarny do spraw studentów wnosi o orzeczenie kary [wydalenia z uczelni], a obwiniony nie ma obrońcy z wyboru, przewodniczący składu orzekającego wyznacza obrońcę z urzędu spośród nauczycieli akademickich lub studentów uczelni".

Pojawiające się tu rozróżnienie na obrońcę z wyboru i obrońcę z urzędu czerpie swój pierwowzór z Kodeksu postępowania karnego (art. 78 § 1 kpk). Funkcję obrońcy z urzędu uznać należy za charakterystyczną dla sytuacji występujących w postępowaniu dyscyplinarnym względnie rzadko. Ma to miejsce, gdy student dopuścił się czynu uzasadniającego – zdaniem rzecznika dyscyplinarnego – wymierzenie mu najsurowszej z kar przewidzianych w ustawie.

Art. 219.3 ustawy głosi:

„Komisja dyscyplinarna wydaje orzeczenie po przeprowadzeniu rozprawy, podczas której wysłuchuje rzecznika dyscyplinarnego do spraw studentów i obwinionego lub jego obrońcy".

Moje zastrzeżenia dotyczą słowa „lub". Sądzę, że bardziej poprawna konstrukcja wymagałaby zastąpienia go zwrotem „a także". Wówczas do zabrania głosu podczas rozprawy byliby dopuszczeni zarówno obwiniony, jak i jego obrońca. Rozporządzenie normujące postępowanie dyscyplinarne wobec studentów przedstawia tę kwestię w sposób bezbłędny w słowach:

„Po zakończeniu postępowania dowodowego przewodniczący składu orzekającego udziela głosu rzecznikowi dyscyplinarnemu, obrońcy i obwinionemu" (§ 20.7 rozporządzenia).

Rozporządzenie wskazuje też kilka typowych zadań obrońcy. Oto ich przykłady:

„§ 9.1. W toku postępowania wyjaśniającego obwiniony i jego obrońca mają prawo zgłosić rzecznikowi dyscyplinarnemu wniosek o przesłuchanie wskazanych osób w charakterze świadków, powołanie biegłych oraz przeprowadzenie innych dowodów.

2. Po zakończeniu postępowania wyjaśniającego należy umożliwić obwinionemu i jego obrońcy zapoznanie się z zebranymi dowodami i poinformować o prawie zgłoszenia wniosku o uzupełnienie postępowania dowodowego...".

Powyższe postanowienia dotyczą konkretnych kroków, jakie mogą podjąć obwiniony i jego obrońca. Ich aktywna rola przewidziana jest także w czasie rozprawy, kiedy to

„Obwiniony, jego obrońca i rzecznik dyscyplinarny mają prawo zadawać pytania świadkom i biegłym oraz wypowiadać się co do każdego dowodu" (§ 20.5 rozporządzenia).

Zapewnieniu prawa do obrony służy wskazanie minimum czasu przed rozprawą, jakim ma dysponować obwiniony:

„Termin rozprawy powinien być tak wyznaczony, aby między doręczeniem obwinionemu wezwania a dniem rozprawy upłynęło co najmniej 7 dni" (§ 16.3 rozporządzenia).

Istotne znaczenie w postępowaniu odgrywa aktywność obwinionego. Ma on prawo wybrania sobie obrońcy (art. 218.1), może składać

„wniosek o przesłuchanie wskazanych osób w charakterze świadków, powołanie biegłych oraz przeprowadzenie innych dowodów" (§ 9.1)

oraz zapoznać się z zebranym w sprawie materiałem dowodowym. Na rozprawie obwiniony może składać wyjaśnienia oraz zadawać pytania świadkom i biegłym, a także ustosunkować się do dowodów.

Niezwykle ważne jest dokładne wskazanie ról pełnionych w postępowaniu przez poszczególne podmioty. Tak więc, rektor „zleca rzecznikowi dyscyplinarnemu przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego" (§ 4.1); rzecznik dyscyplinarny zbiera dowody w sprawie i jest oskarżycielem przed komisją dyscyplinarną; organem orzekającym jest komisja dyscyplinarna składająca się z nauczycieli akademickich i studentów; obwiniony student ma zapewnione prawo do obrony, w tym do pomocy obrońcy.

„W razie przeniesienia się obwinionego do innej uczelni w czasie toczącego się przeciwko niemu postępowania dyscyplinarnego rektor uczelni zawiadamia o fakcie prowadzenia postępowania dyscyplinarnego rektora uczelni, do której obwiniony się przeniósł, a po ukończeniu postępowania przysyła mu odpis prawomocnego orzeczenia" (§ 15.1).

Obwiniony jest zawiadomiony o przekazaniu tego rodzaju danych rektorowi innej uczelni.

Charakterystyczną cechą odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów jest kontradyktoryjność. Ujawnia się ona w czasie rozprawy przed komisją dyscyplinarną, która wysłuchuje argumentów stron, a następnie rozstrzyga toczony przez nie spór dotyczący zarzucanego studentowi czynu.

Unormowania odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów zawierają regulacje dotyczące zatarcia kary dyscyplinarnej. Najważniejsze postanowienie ustawowe w tej kwestii głosi:

„Zatarcie kary dyscyplinarnej następuje z mocy prawa po upływie trzech lat od uprawomocnienia się orzeczenia o ukaraniu" (art. 222.1).

Rozporządzenie zaś wskazuje na czym polega zatarcie.

„Z chwilą zatarcia orzeczonej kary rektor uczelni zarządza usunięcie z akt osobowych studenta dokumentów dotyczących ukarania" (§ 34.3).

Instytucja zatarcia kary dyscyplinarnej służy temu, by wymierzona w przeszłości kara nie rzucała cienia na drogę życiową studenta; by naruszenie przezeń prawa nie było powodem trwałego naznaczenia. W ten sposób dokonuje się ostateczne zamknięcie sprawy odpowiedzialności dyscyplinarnej za konkretny czyn.

Liczne postanowienia rozporządzenia regulującego szczegóły odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów dają podstawę do stwierdzenia, że forma pisemna charakteryzuje wszystkie kluczowe czynności. Forma ta ma na celu zapewnienie precyzji dotyczącej szczegółów zarzucanego obwinionemu czynu, treści zeznań świadków i opinii biegłych. Oto przykłady:

„Z każdej przeprowadzonej czynności w postępowaniu wyjaśniającym rzecznik dyscyplinarny sporządza protokół na piśmie" (§ 6.1).

„Wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego i o ukaranie powinien być sporządzony na piśmie" (§ 12.1).

„Przewodniczący składu orzekającego zawiadamia na piśmie rektora uczelni oraz rzecznika dyscyplinarnego o terminie rozprawy" (par. 16.1).

„Z przebiegu rozprawy sporządza się protokół" (§ 21).

„Orzeczenie powinno być sporządzone na piśmie" (§ 25.1).

Precyzja i dokładność dokumentacji toczącego się postępowania umożliwiają drobiazgowe zapoznanie się ze szczegółami sprawy. Materiały sporządzone na piśmie pozwalają też wielokrotnie analizować zarzuty, treść złożonych przez obwinionego wyjaśnień, zeznań świadków itp. Zatem zasada pisemności służyć ma dogłębnemu poznaniu całokształtu okoliczności sprawy.

Art. 223 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym ma istotne znaczenie dla odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów, ale także kontrowersyjny charakter:

„Do postępowania wyjaśniającego i postępowania dyscyplinarnego wobec studentów, z wyjątkiem postępowania przed sądem koleżeńskim, w sprawach nieuregulowanych w ustawie, stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, z wyłączeniem art. 82" (art. 223).

Artykuł 82 kpk głosi:

„Obrońcą może być jedynie osoba uprawniona do obrony według przepisów o ustroju adwokatury".

Otóż, w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów funkcję obrońcy pełni nauczyciel akademicki lub student. Rozwiązanie to jest uzasadnione: komisja dyscyplinarna rozpoznająca sprawę i wydająca orzeczenie składa się

z nauczycieli akademickich i studentów, rzecznikiem dyscyplinarnym będącym oskarżycielem jest nauczyciel akademicki, słuszne zatem jest powierzenie roli obrońcy nauczycielowi akademickiemu lub studentowi. W ten sposób ani od członków komisji, ani od rzecznika, ani od obrońcy nie jest wymagane wykształcenie prawnicze. Postanowienie art. 223 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym ma doniosłe znaczenie dla odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów, gdyż odsyła ono do Kodeksu postępowania karnego. Kodeks jest unormowaniem obszernym, składającym się z ponad sześciuset artykułów podzielonych na piętnaście tematycznie wyodrębnionych działów. Posługiwanie się nim jest więc trudne choćby z racji jego objętości i specyfiki języka. I ów obszerny i szczegółowy kodeks ma być stosowany w postępowaniu dyscyplinarnym, którego charakterystyczną cechą jest to, że osoby biorące w nim udział (w różnych rolach) z reguły nie mają wykształcenia prawniczego. Mimo to mają korzystać z kodeksu, stosować jego zapisy nie dysponując przygotowaniem w tym względzie. Rodzi to ogromne ryzyko opacznego posługiwania się nim. Nie będzie – jak sądzę – przesadą stwierdzenie, że ów kontrowersyjny artykuł stawia wymagania, którym sprostanie jest w zdecydowanej większości przypadków wprost niemożliwe. Trudno bowiem oczekiwać, że osoby nie mające wykształcenia z zakresu nauk prawnych (bez względu na to czy są wykładowcami czy studentami) będą poprawnie stosować postanowienia kpk. Kodeks wykorzystywany w postępowaniu dyscyplinarnym przez osoby spoza środowiska prawniczego może nie służyć dobru toczącego się postępowania. Sądzę, że wymogi proceduralne stawiane omawianemu postępowaniu powinny być zawarte w rozporządzeniu w postaci precyzyjnych, łatwych w interpretowaniu i stosowaniu przepisów. Z jednej strony powinny być one ściśle dostosowane do swego celu i przeznaczenia, z drugiej uwzględniać specyfikę podmiotów posługujących się nimi.

Odpowiedzialność dyscyplinarna studentów toczy się w uczelni i przed organami powołanymi przez uczelnię. Jednocześnie, regulacje stanowiące jej normatywny fundament wykazują cechy podobieństwa do unormowań Kodeksu karnego, Kodeksu postępowania karnego, a także Kodeksu postępowania administracyjnego. Z jednej więc strony odpowiedzialność dyscyplinarna ma własne unormowania, cel i specyfikę, z drugiej zaś widoczne są zbieżności z regulacjami o nieporównanie szerszym zasięgu stosowania. Podsumowaniem tej części pracy niech będzie zestawienie etapów charakterystycznych dla odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów. Oto one:

I. Rzecznik dyscyplinarny wszczyna postępowanie wyjaśniające na polecenie rektora, przeprowadza je zbierając dowody w sprawie.
II. Po zakończeniu tegoż postępowania rzecznik może między innymi wystąpić do komisji dyscyplinarnej z wnioskiem o ukaranie.
III. Przewodniczący komisji dyscyplinarnej bada, czy wniosek jest zgodny z wymogami określonymi w przepisach.
IV. Rozprawa przed komisją dyscyplinarną.

V. Narada komisji i wydanie orzeczenia.
VI. Wykonanie prawomocnego orzeczenia.
VII. Zatarcie kary dyscyplinarnej.

Należy też pamiętać o wspomnianej wyżej możliwości odwołania się do odwoławczej komisji dyscyplinarnej, a także o skardze do sądu administracyjnego.

V. Postępowanie dyscyplinarne – kilka kwestii porównawczych

Odpowiedzialność dyscyplinarna występuje w przepisach regulujących działalność licznych zawodów i środowisk. Uznać ją przeto należy za upowszechnioną formę karania sprawców odstępstw od tego co obowiązujące, wiążące, nakazane w danym środowisku. Służy ona zatem egzekwowaniu wymaganych i oczekiwanych zachowań. Skoro odpowiedzialność dyscyplinarna znajduje swe odzwierciedlenie w licznych unormowaniach, daje to podstawę do analiz porównawczych, mających na celu wskazanie zarówno cech wspólnych, jak i różnic zachodzących pomiędzy regulacjami tej odpowiedzialności. To poznawczo doniosłe zagadnienie komparatystyczne nie było jednak celem niniejszej pracy.

VI. Konkluzje

Nie ulega wątpliwości, że przestrzeganie prawa i strzeżenie wartości etosowych traktować należy jako jeden z naczelnych obowiązków społeczności akademickiej. Zawarta w ustawie Prawo o szkolnictwie wyższym instytucja odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów nakazuje respektowanie przez nich prawa, z drugiej zaś stanowi podstawę do ukarania tych, którzy dopuścili się naruszeń obowiązujących norm. Sam fakt istnienia omawianych przepisów i słuszności celu, jakiemu mają służyć, nie przesądza o ich bezbłędnej konstrukcji. W pracy niniejszej starałem się wskazać na niedoskonałości istniejących regulacji. Jestem zdania, że podstawy odpowiedzialności zostały określone w sposób rodzący trudności w ich stosowaniu. Zmiany zaś powinny prowadzić do sprecyzowania postanowień polegającego na tym, że odpowiedzialność dyscyplinarna studentów zachodzi wówczas, gdy student dopuścił się naruszenia norm bezpośrednio związanych z życiem akademickim. Również korekty konstrukcyjne powinny być wprowadzone do rozdziału 6 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym, dotyczącego odpowiedzialności dyscyplinarnej studentów. Zastrzeżenia budzą dwa artykuły – 214 i 217, normujące bardzo ważne dla postępowania problemy. Są to zastrzeżenia dotyczące ich konstrukcji. Każdy ze wspomnianych artykułów jest po pierwsze nadmiernie rozbudowany, po drugie składa się z regulacji dotyczących różnorodnych kwestii. Usunięcie tych konstrukcyjnych nieprawidłowości polega na tym, by umiejętnie podzielić każdy z wymienionych artykułów. Celem tego zabiegu jest stworzenie artykułów mniejszych i – w miarę możliwości – jednorodnych tematycznie. Tak więc, podajmy dla przykładu, droga udoskonalenia konstrukcji artykułu 217 sprowadza się do tego, by w jego miejsce utworzyć kilka mniejszych, z których każdy dotyczyć będzie jednego zagadnienia. Zatem

osobny artykuł powinien obejmować kwestie przedawnienia (obecne ustępy 3-5), osobny zaś wznowienia postępowania (obecne ustępy 6-7). Podobnego zabiegu wymaga też artykuł 214. Omawiana korekta zgodna jest z zasadami tworzenia prawa, zwłaszcza zaś z zasadą techniki kodyfikacyjnej. Dążyć należy bowiem do jasnej, jednoznacznej treści poszczególnych postanowień ustawy, a także do właściwej ich systematyki. I właśnie podział wspomnianych artykułów na kilka mniejszych, jednorodnych pod względem regulowanych kwestii odpowiada – jak sądzę – wymogom tworzenia dobrego prawa. Eliminując słabe strony istniejących unormowań przyczyniamy się do udoskonalenia prawa, lepszego spełniania przezeń jego ról i skuteczniejszego strzeżenia wartości, które mają być ochraniane właśnie przy zastosowaniu instrumentu prawnego.

Marcin Tyszka

Autor, dr Marcin Tyszka, jest wykładowcą we Wszechnicy Polskiej Szkole Wyższej TWP w Warszawie.

Magdalena Rzemieniewska

Obowiązek organów władzy publicznej pomocy dziecku pozbawionemu opieki rodzicielskiej

Wprowadzone kilka lat temu zmiany w systemie opieki zastępczej miały na celu dostosowanie istniejących w Polsce rozwiązań prawnych do standardów międzynarodowych oraz nowego podziału zadań organów władzy publicznej w dziedzinie pomocy społecznej, stanowiącego konsekwencję zmian w podziale terytorialnym państwa[1]. Nowoutworzone powiaty stały się podstawowymi podmiotami wykonującymi zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej w ramach opieki nad dzieckiem i rodziną[2]. Rezultaty wprowadzonych zmian zostały wielokrotnie ocenione negatywnie. Podnoszono zarzut niezrealizowania zasadniczego celu, jakim było stworzenie kompleksowego systemu opieki nad rodziną i dzieckiem, prowadzącego do rzeczywistej poprawy sytuacji dzieci w rodzinach dysfunkcjonalnych, poprzez: działania profilaktyczne, wspierające rodzinę już na początkowym etapie wystąpienia problemów wychowawczych, społecznych, czy ekonomicznych, aktywizację środowiska lokalnego w ramach pomocy rodzinie oraz rozwój rodzinnych form pieczy zastępczej, które w przypadku konieczności umieszczenia dziecka poza rodziną biologiczną, stwarzałyby szansę możliwie harmonijnego jego rozwoju i zredukowania do minimum negatywnych konsekwencji dysfunkcjonalności naturalnego środowiska rodzinnego[3].

[1] Opieka (piecza zastępcza) zastępuje pieczę sprawowaną przez rodziców biologicznych dziecka, w przypadku gdy nie mogą oni wywiązywać się ze swych obowiązków rodzicielskich. Z założenia ma ona charakter czasowy i prowadzić ma do powrotu dziecka do jego rodziny naturalnej. Z tych względów swoim zakresem nie obejmuje ona przysposobienia (adopcji) dziecka, które zgodnie z postanowieniami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ma na celu stworzenie nowej trwałej rodziny, nie ustającej w momencie osiągnięcia przez dziecko pełnoletniości. Zob. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2006, s. 71.

[2] Pierwszych zmian dokonano w 1999 r., gdy wraz z utworzeniem powiatów powołano powiatowe centra pomocy rodzinie, na które nałożono obowiązek organizacji i nadzoru nad pieczą zastępczą. Kompleksowo system opracowany został w ustawie z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U., nr 64, poz. 593 z późn. zm.), dalej u.p.s.

[3] Zob. A. Kwak, M. Rymsza, *System opieki zastępczej w Polsce – ocena funkcjonowania na przykładzie procesu usamodzielniania wychowanków*, Instytut Spraw Publicznych, Analizy i Opinie z 2006, nr 12 (68); M. Kaczmarek, *Zmiana paradygmatu w opiece zstępczej. Uwagi do stanu reformy* (w:) M. Racław-Markowska (red.), *Pomoc dziecku i rodzinie w środowisku lokalnym. Debata o nowym systemie*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2005;
M. Kaczmarek, *Reforma systemu opieki zastępczej. Założenia a rzeczywistość* (w:) A. Kwak (red.), *Z opieki zastępczej w dorosłe życie*, Warszawa 2006; J Hrynkiewicz, *Odrzuceni. Analiza procesu umieszczania dzieci w placówkach opieki*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2006; M. Kolankiewicz, *Szanse i zagrożenia instytucjonalnej opieki nad dziećmi*, (w:) M. Racław-Markowska (red.), *Pomoc dziecku i rodzinie w środowisku lokalnym. Debata o nowym systemie*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2005.

W Polsce żyje około 100 tys. osieroconych dzieci, z czego tylko 2% stanowią sieroty biologiczne, których rodzice naturalni nie żyją[4]. Z badań wynika, że sieroctwo społeczne pozostawia w psychice dziecka nieodwracalne zmiany, powodując, iż jego rozwój fizyczny, umysłowy i społeczny zostaje zakłócony, prowadząc do nieumiejętności ułożenia swojego życia dorosłego oraz zachowań aspołecznych[5]. Dzieci umieszczane w instytucjonalnych formach opieki zastępczej (domach dziecka) mają najmniejszą szansę na normalizację życia i integrację społeczną. Sposób organizacji tego typu placówek nie sprzyja właściwej realizacji funkcji wychowawczej, a jednocześnie nie zapobiega krzywdzeniu dzieci i naruszaniu ich praw. Z przeprowadzonych kilka lat temu badań wynika, że w czasie pobytu w domu dziecka około 70% wychowanków zostało okradzionych, ponad połowa doznała przemocy werbalnej, a prawie 1/3 przemocy fizycznej (ze strony rówieśników i wychowawców), 1/10 stała się ofiarą wykorzystania seksualnego (w tym 8% gwałtu)[6].

W państwach europejskich najwyższe współczynniki instytucjonalizacji opieki zastępczej dotyczą Bułgarii, Rosji i Rumunii – 10 do 20 na 1000 dzieci mieszka w placówkach opiekuńczo-wychowawczych[7]. Na Węgrzech, Litwie, Łotwie i Estonii wskaźnik wynosi od 5 do 10 na 1000 dzieci. W Szwecji, Belgii, Holandii, Irlandii, Finlandii, Hiszpanii jest to 1,5 do 3, a w Wielkiej Brytanii, Norwegii, Islandii – 1 na 1000[8]. W Polsce wskaźnik opieki instytucjonalnej w latach 2001-2008 wzrósł z 8 do 11 na 1000 dzieci[9].

Uwzględniając fakt, że rodzina biologiczna jest najlepszym miejscem dla rozwoju dziecka, a wszelkie formy pieczy zastępczej powinny w jak największym stopniu przypominać środowisko rodzinne, zgodnie z pierwotnym zamierzeniem twórców reformy w systemie opieki zastępczej dominować miały formy rodzinne, natomiast istniejące jeszcze domy dziecka powinny do dnia 31 grudnia 2007 r. osiągnąć określone prawem standardy, określające m. in. liczbę dzieci w danej placówce – nie większą niż 30[10]. Termin, wobec niemożności realizacji przyjętych założeń, został – decyzją ustawodawcy – przesunięty na dzień 31 grudnia 2010 r.[11]. W 2008 r. 58% domów dziecka nie spełniało ustalonych standardów; z danych z początku 2010 r. wynika, że z problemem tym boryka się nadal 40% placówek[12].

[4] Dane Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej,25.05.2010, http://www.mpips.gov.pl.

[5] W Rosji wśród dzieci opuszczających domy dziecka jedna piąta wchodzi na drogę przestępstwa, jedna siódma uprawia prostytucję, jedna dziesiąta popełnia samobójstwo. Zob. B. Gudbrandsson, *Dzieci w instytucjach opiekuńczych*: *zapobieganie instytucjonalizacji i alternatywne formy opieki w krajach europejskich*. Raport przygotowany dla Rady Europy przez Grupę Roboczą do spraw Dzieci Zagrożonych i Objętych Opieką Instytucjonalną, s. 3, http://www.dzieckokrzywdzone.pl.

6 Zob. M. Sajkowska, *Wiktymizacja wychowanków domów dziecka*. Raport z badań w ramach Programu „Przywrócić dzieciństwo" 2005, http://www.dzieckokrzywdzone.pl.

[7] Zob. B. Gudbrandsson, *Dzieci w instytucjach opiekuńczych, op. cit*., s. 4.

[8] Jak wyżej, s. 6.

[9] Zob. E. Leś, *Opieka nad dzieckiem w rodzinach zastępczych*, s. 4, 25.05.2010, http://www.ips.uw.edu.pl

[10] Zob. § 30 ust. 1 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 października 2007 r. w sprawie placówek opiekuńczo-wychowawczych (Dz.U. nr 201, poz. 1455).

[11] Zob. art. 154 pkt 7 a u.p.s.

[12] Zob. M. Topolewska, *Domy dziecka poza standardami*, 31.03.2010 r. http://www.gazetaprawna.pl. Zob. także

Najnowsze propozycje regulacji ustawowych zmierzające do naprawy istniejącego systemu przewidują dla całodobowych placówek opiekuńczo-wychowawczych następujące reguły: a) od dnia wejścia w życie nowych regulacji do dnia 31 grudnia 2019 r. – liczba umieszczonych tam dzieci nie może być wyższa niż 30, b) od dnia wejścia w życie nowej regulacji do dnia 1 stycznia 2015 r.- mogą być umieszczane dzieci powyżej 7 roku życia, c) od dnia 1 stycznia 2015 r. do dnia 1 stycznia 2020 r. mogą przebywać dzieci powyżej 7 roku życia, d) po dniu 1 stycznia 2020 r. – mogą przebywać dzieci powyżej 10 roku życia. Po tym terminie umieszczenie dziecka poniżej 10 roku życia w placówce opiekuńczo-wychowawczej będzie możliwe w wyjątkowych przypadkach, w szczególności, gdy przemawia za tym dobro dziecka lub stan jego zdrowia albo dotyczy to rodzeństwa[13].

Z przyjętych założeń wynika, że proces ograniczania liczby instytucjonalnych form opieki zastępczej oraz podlegających jej dzieci z eliminacją możliwości umieszczania najmłodszych wychowanków w tego rodzaju placówkach będzie długotrwały. Harmonogram rozpisany na wiele lat wydaje się być próbą odsunięcia problemu i braku determinacji władz publicznych w podejmowaniu ważnych społecznie decyzji. Powyższe obawy zdają się znajdować swoje potwierdzenie w trybie i tempie prac nad projektem ustawy mającej regulować zagadnienia pieczy zastępczej w ramach szeroko rozumianej polityki wspierania rodziny w wykonywaniu jej funkcji opiekuńczych i wychowawczych. Odwoływanie się przez stosowne organy władzy publicznej do problemów budżetowych, mających stanowić przyczynę opóźnień w pracach ustawodawczych, zważywszy różnicę w kosztach funkcjonowania instytucjonalnych i rodzinnych form pieczy zastępczej, budzi uzasadnione podejrzenie, że starają się one odwiecznym problemem „braku pieniędzy" przesłonić fakt, że realizacja praw dziecka, w tym prawa do bezpiecznego (pod względem społecznym, ekonomicznym, kulturowym) dzieciństwa nie stanowi priorytetu w ich działaniach[14]. Jak wskazują bowiem dane koszt miesięczny utrzymania dziecka w instytucjonalnych formach opieki zastępczej jest dużo wyższy niż w formach rodzinnych. W 2007 r. w domach dziecka wyniósł od 2550 zł do około 5000 zł. Natomiast w rodzinnym domu dziecka – 1800 zł, w spokrewnionej rodzinie zastępczej – 660 zł, w niespokrewnionej rodzinie zastępczej – 843 zł, w zawodowej rodzinie zastępczej niespokrewnionej – 1248 zł[15].

Po kilku latach istnienia systemu opieki zastępczej w zreformowanym kształcie nie zmalała liczba instytucjonalnych form pieczy zastępczej i nie rozwinęły

Wyniki badań ankietowych na temat sytuacji placówek opiekuńczo-wychowawczych, przeprowadzonych przez Związek Nauczycielstwa Polskiego, opublikowanych 18 czerwca 2007 r., http://www.znp.org.pl.

[13] Zob. Projekt ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej z dnia 29 stycznia 2010 r. http://www.mpips.gov.pl.

[14] Powyższa konstatacja znajduje swoje potwierdzenie także w pracach nad zmianą ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, której nowelizacja miała na celu wzmocnienie praw dziecka. Została ona przyjęta po kilku latach prac resortowych i ponadrocznych parlamentarnych.

[15] Zob. dane na stronie internetowej Caritas Polska, 21.04.2010 r . http://www.caritas.pl. Także: założenia do ustawy o pieczy zastępczej, 2008, dostępne były na http://www.mpips.gov.pl.

się jej formy rodzinne. Wręcz przeciwnie, w ostatnich latach zmniejsza się liczba rodzin zastępczych[16]. W latach 2000-2008 liczba rodzin zastępczych spadła o 6,5 %[17]. Według szacunków brakuje obecnie około 5000 niespokrewnionych z dzieckiem rodzin zastępczych[18].

Z przeprowadzonych badań wynika, że podstawowymi barierami dla rozwoju rodzinnych form opieki, a przede wszystkim rodzin zastępczych niespokrewnionych z dzieckiem są: nadmiar biurokracji w procesie tworzenia rodziny (37% wskazań respondentów), niskie wsparcie finansowe (21%), zbyt wysokie wymogi formalnoprawne (15%), brak pomocy urzędów, szpitali, organizacji (15%), nieprzychylność sądów (15%), brak dostatecznej informacji (13%), warunki lokalowe i finansowe (10%), mała dostępność szkoleń (8%)[19].

W Polsce w 2009 r. istniało 37,2 tys. rodzin zastępczych, w których przebywało 53,3 tys. dzieci[20]. Rodzin zastępczych niespokrewnionych z dzieckiem było 6326, rodzin zawodowych niespokrewnionych z dzieckiem 1328; resztę stanowiły rodziny zastępcze spokrewnione z dzieckiem, będące dominującą formą nieinstytucjonalnej pieczy zastępczej[21]. Natomiast 24739 dzieci przebywało w ponad 400 całodobowych placówkach opiekuńczo-wychowawczych, w tym tylko około 2300 dzieci w rodzinnych domach dziecka[22].

Problemy z tworzeniem rodzin zastępczych (głównie zawodowych) oraz szerzej z funkcjonowaniem pieczy zastępczej i realizacją obowiązków organów władzy publicznej w tej dziedzinie potwierdziły wyniki kontroli przeprowadzonej w 2009 r. przez Najwyższą Izbę Kontroli, która w ramach sprawdzania prawidłowości realizacji przez administrację samorządową powiatów niektórych zadań w zakresie pomocy społecznej dokonała także oceny funkcjonowania rodzin zastępczych i placówek opiekuńczo-wychowawczych[23].

NIK przede wszystkim zwróciła uwagę na brak konsekwentnej współpracy odpowiednich ustawowo do tego zobowiązanych organów, tj. powiatowych centrów pomocy rodzinie (p.c.p.r.) i gminnych (miejskich) ośrodków pomocy społecznej (m.o.p.s.) z sądami rodzinnymi. Dotyczy to zarówno poszukiwania i ustanawiania dla dziecka rodziny zastępczej, jak i późniejszego nadzoru nad

[16] Zob. Raport NIK, Informacja o wynikach kontroli realizacji niektórych zadań w zakresie pomocy społecznej przez administrację samorządową powiatów, Warszawa, czerwiec 2009, http://www.nik.gov.pl.

[17] Zob. E. Leś, *Opieka, op. cit*. s. 6.

[18] Dane z Raportu Fundacji Świętego Mikołaja o rodzicielstwie zastępczym 2009, sierpień 2009 http://www.mikołaj.org.pl.

[19] Zob. *Niespokrewnione rodziny zastępcze: doświadczenia, potrzeby, problemy*. Raport – ankieta samowypełnialna. Badanie przeprowadzone na zlecenie Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej przez Fundację Świętego Mikołaja i Instytut Badawczy MillwardBrown SMG/KRC, grudzień 2009, http://www.mikołaj.org.pl.

[20] Zob. M. Tobolewska, *Rząd: domy dziecka będą stopniowo likwidowane*, 31.12.2009, http://www.gazetaprawna.pl.

[21] Dane w Opinii z 13 lutego 2010 r. Koalicji na Rzecz Rodzinnej Opieki Zastępczej w sprawie projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej z dnia 29 stycznia 2010 r. http://www.iwomen.pl.

[22] Zob. M. Topolewska, *Rząd: domy dziecka będą stopniowo likwidowane*, 31.12.2009 r. http://www.gazetaprawna.pl.

[23] Zob. Raport NIK, Informacja o wynikach kontroli: op. cit.

jej funkcjonowaniem. Decyzje sądów zapadały często bez przeprowadzenia wywiadu środowiskowego, który pozwoliłby na dokładne określenie potrzeb dziecka uwarunkowanych niedostatkami w wypełnianiu funkcji przez rodzinę biologiczną oraz właściwego wyboru kandydatów na rodziców zastępczych. Często zostawały nimi osoby spokrewnione, z najbliższej rodziny (babcia, dziadek), a nie zawsze – z uwagi na ich sytuację materialną, czy też występowanie negatywnych z punktu widzenia celów wychowawczych problemów (często zachowania z zakresu patologii społecznej obejmują szerszy krąg rodzinny) – był to wybór najlepszy. Dane NIK potwierdzają, że 80% rodzin zastępczych stanowią rodziny spokrewnione[24]. Bywało także, że sądy ustanawiały rodziny zastępcze wbrew negatywnej opinii jednostek pomocy społecznej bądź bez uprzedniego potwierdzenia, czy spełniają one kryteria określone w ustawie o pomocy społecznej i w przepisach wykonawczych.

Odpowiednie jednostki samorządu nie aktualizowały wywiadów środowiskowych (powinny być przeprowadzane nie rzadziej niż co 6 miesięcy), w związku z czym sądy nie były informowane na bieżąco o sytuacji dzieci umieszczonych w rodzinach zastępczych, jak i o sytuacji ich rodzin naturalnych (czy następuje poprawa umożliwiająca powrót dziecka)[25]. Należyty nadzór w tej dziedzinie sprawowało tylko 65% skontrolowanych powiatów.

Sądy nie zawsze dostatecznie szybko uwzględniały wnioski o powrót dziecka do rodziny naturalnej możliwy z uwagi na ustanie przyczyn, dla których umieszczono je w rodzinie zastępczej oraz wnioski (starosty powiatu) o rozwiązanie rodziny zastępczej niewypełniającej swych funkcji.

NIK zgłosiła także uwagi do funkcjonowania w badanych powiatach placówek opiekuńczo-wychowawczych. W części placówek liczba umieszczonych dzieci była wyższa od liczby miejsc, jakimi dysponowały te placówki i w ciągu ostatnich lat nadal rosła. Negatywnie oceniono – podobnie jak w przypadku rodzin zastępczych – nadzór nad placówkami sprawowany przez organy samorządu.

W uwagach i wnioskach pokontrolnych NIK uznała za niezbędne podjęcie przez Rząd RP działań w dwóch kierunkach. Po pierwsze, zbudowania efektywnego, profesjonalnie zarządzanego systemu wsparcia rodzin biologicznych ma-

[24] Z danych MPiPS wynika, że jest to 90%, http://www.mpips.gov.pl.

[25] Zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej z dnia 19 kwietnia 2005 r. w sprawie rodzinnego wywiadu środowiskowego (Dz.U. nr 77, poz. 672) wywiad przeprowadza się w terminie 14 dni od dnia zwrócenia się sądu lub starosty o wydanie opinii w celu ustanowienia rodziny zastępczej, w związku z prowadzonym postępowaniem w sprawie ustanowienia rodziny zastępczej albo otrzymania orzeczenia sadu o umieszczeniu dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej. Wywiad przeprowadza pracownik socjalny. Wywiad środowiskowy na zlecenie sądu przeprowadzić może także kurator sądowy na podstawie art. 11 pkt 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych (Dz.U. nr 98, poz. 1071 z późn. zm.). Zgodnie z art. 570[1] ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. nr 43, poz. 296 z późn. zm.) sąd opiekuńczy może zarządzić przeprowadzenie przez kuratora sądowego wywiadu środowiskowego, a także zwrócić się o informacje do właściwej jednostki pomocy społecznej w celu ustalenia danych dotyczących małoletniego i jego środowiska, a w szczególności dotyczących zachowania się i warunków wychowawczych małoletniego, sytuacji bytowej rodziny, przebiegu nauki małoletniego i sposobu spędzania czasu wolnego, jego kontaktów środowiskowych, stosunku do niego rodziców lub opiekunów, podejmowanych oddziaływań wychowawczych, stanu zdrowia i znanych w środowisku uzależnień małoletniego.

jących problemy z wypełnianiem funkcji opiekuńczo-wychowawczych. Po drugie, przygotowania nowych regulacji prawnych obejmujących kwestie organizacyjne i finansowe, które stworzyłyby solidne i trwałe podstawy dla tworzenia i rozwoju rodzinnych form pieczy zastępczej, a zwłaszcza rodzin zastępczych zawodowych oraz usprawniłyby współpracę organów samorządu z sądami rodzinnymi.

NIK słusznie uczyniła adresatem swoich uwag rząd, bowiem zgodnie z art. 72 ust. 2 Konstytucji, w którym zapisano prawo dziecka pozbawionego opieki rodzicielskiej do opieki i pomocy władz publicznych, to na nich spoczywa w pierwszym rzędzie obowiązek podjęcia działań w tej dziedzinie[26]. Także Konwencja o prawach dziecka w art. 20 ust. 1 i 2 zapewnia dziecku pozbawionemu czasowo lub na stałe swego środowiska rodzinnego prawo do specjalnej ochrony i pomocy ze strony państwa, a na władze publiczne nakłada obowiązek zapewnienia dziecku pieczy zastępczej[27].

Obowiązek pomocy rodzinie, a zwłaszcza rodzicom w wykonywaniu przez nich władzy rodzicielskiej, spoczywający na sądzie opiekuńczym i innych organach władzy publicznej, poprzez zapewnienie dziecku pieczy zastępczej został wprowadzony do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w drodze nowelizacji w 2009 r.[28]. Prawo zwrócenia się do stosownych organów przysługuje każdemu z rodziców. W przypadku, gdy sąd zadośćuczyni wnioskowi rodziców, powiadamia jednostkę organizacyjną pomocy społecznej, która następnie zobowiązana jest informować sąd na bieżąco o rodzajach pomocy udzielonej rodzinie oraz o jej rezultatach[29]. Wywiązanie się z tego obowiązku ma olbrzymie znaczenie dla dalszych decyzji o utrzymaniu pieczy zastępczej bądź powrotu dziecka do rodziny biologicznej.

Umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej może nastąpić także w drodze zarządzenia sądu opiekuńczego wydanego w trybie art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o. Działania sądu mają w tym przypadku charakter prewencyjny, bowiem może on podjąć taką decyzję, już gdy dobro dziecka jest zagrożone i nie wystąpiło jeszcze nadużycie władzy rodzicielskiej lub zaniedbanie dziecka w stopniu uzasadniającym pozbawienie rodziców praw rodzicielskich. Także w tym przypadku na właściwej jednostce organizacyjnej pomocy społecznej ciąży obowiązek udzielenia stosownej pomocy wraz z informowaniem sądu o podjętych działaniach.

[26] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

[27] Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

[28] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U., nr 9, poz. 59 z późn. zm.), dalej k.r.o. Nowe brzmienie art. 100 § 1 i 2 wprowadzone zostało do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. (Dz.U., nr 220, poz. 1431), która weszła w życie w dniu 13 czerwca 2009 r.

[29] Szczegółowe kwestie dotyczące form pomocy udzielanej rodzinie mającej trudności w wypełnianiu swoich zadań oraz dziecku z tej rodziny przewidziano w ustawie o pomocy społecznej. Zgodnie z art. 70 ust. 1 u.p.s. pomoc może przybrać formę: poradnictwa rodzinnego, terapii rodzinnej, pracy socjalnej, a gdy jest to konieczne zapewnienie dzieciom opieki i wychowania poza rodziną: w pierwszej kolejności jest to ustanowienie rodziny zastępczej (art. 72 ust. 1 u.p.s.), a gdy nie ma takiej możliwości – umieszczenie dziecka w całodobowej placówce opiekuńczo-wychowawczej (art. 80 ust. 6 u.p.s.).

Mając za główny cel naprawę sytuacji w rodzinie biologicznej dziecka umożliwiającej jego powrót, sąd może skierować rodziców do placówek lub specjalistów zajmujących się terapią rodzinną, poradnictwem lub świadczących inną pomoc, określając jednocześnie sposób kontroli realizacji swoich postanowień[30]. Jeżeli rodzice nie podejmują prób poprawy, a dodatkowo trwale nie interesują się dzieckiem umieszczonym w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej, sąd może podjąć decyzję o pozbawieniu ich władzy rodzicielskiej.

Przy podejmowaniu wszelkich decyzji dotyczących pieczy zastępczej władze publiczne powinny kierować się dobrem dziecka i jak najlepszym zabezpieczeniem jego interesów[31]. Ponieważ główną odpowiedzialność za wychowanie i rozwój dziecka ponoszą rodzice, dlatego też w pierwszej kolejności właściwe podmioty powinny zapewnić środki wsparcia rodzin w rozwiązywaniu ich problemów. Podstawową przyczyną umieszczania dzieci w różnych formach opieki zastępczej jest brak realnej pomocy rodzinie marginalizowanej lub rodzinie w kryzysie[32]. Istnieje ścisły związek między brakiem konsekwentnej polityki wspierania rodzin a liczbą dzieci pozbawianych naturalnego środowiska wychowawczego w wyniku orzeczenia sądu, który często zmuszony jest podejmować radykalne decyzje z uwagi na drastyczne sytuacje powstałe w wyniku wieloletnich zaniedbań władz publicznych, które z mocy prawa są obowiązane do pomocy rodzinie i dziecku[33]. W państwach, w których w ramach polityki prorodzinnej działają systemy usług socjalnych i pomocy rodzinie wskaźnik instytucjonalizacji opieki zastępczej jest znacznie niższy, niż tam, gdzie polityka prorodzinna pozostaje wśród niezrealizowanych haseł z kampanii wyborczej[34]. Brak efektywnego wsparcia rodziny ze strony organów władzy publicznej prowadzi do sytuacji, w której jedną z najczęstszych przyczyn umieszczania dziecka poza rodziną jest bieda, co stoi w rażącej sprzeczności z regułami przyjętymi przez społeczność międzynarodową, ale przede wszystkim z dobrem dziecka i zdrowym rozsądkiem[35].

Świadomość tych zależności oraz doświadczenia ze złego funkcjonowania systemu opieki zastępczej doprowadziły do pojawienia się pomysłu przygotowania nowej, kompleksowej regulacji rodzinnych form pieczy zastępczej sytuującej

[30] Placówką taką może być ośrodek diagnostyczno-konsultacyjny na podstawie § 14 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 sierpnia 2001 r. w sprawie organizacji i zakresu działania rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych (Dz.U., nr 97, poz. 1063) lub ośrodek adopcyjno-opiekuńczy na podstawie art. 82 ust. 3 ustawy o pomocy społecznej oraz § 4 rozporządzenia Ministra Polityki Społecznej z dnia 30 września 2005 r. w sprawie ośrodków adopcyjno-opiekuńczych (Dz.U., nr 205, poz. 1701).

[31] Zob. art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka, art. 24 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 303 z 14.12.2007, s. 7).

[32] Założenia do projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nad dzieckiem, przyjęte przez Radę Ministrów w dniu 30 czerwca 2009 r., s. 12, http://www.mpips.gov.pl., dalej założenia do projektu.

[33] Zob. B. Gudbrandsson, *Dzieci w instytucjach opiekuńczych,* op. cit. s. 7 i nast.

[34] Zob. B. Gudbrandsson, *Dzieci w instytucjach opiekuńczych,* op. cit., s 7, 8.

[35] Zob. Zalecenie Rec(2005)5 Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich w sprawie praw dzieci przebywających w placówkach opiekuńczo-wychowawczych przyjęte w dniu 16 marca 2005 r., http://www.coe.org.pl.

je poza sferą pomocy społecznej[36]. Proponowane rozwiązania miały uwzględniać standardy ochrony praw człowieka oraz tymczasowość opieki zastępczej, która w pierwszym rzędzie powinna umożliwić likwidację dysfunkcjonalności rodziny i jak najszybszy powrót do niej dziecka.

Skrócenie kadencji Parlamentu (2007 r.) uniemożliwiło zakończenie prac legislacyjnych. Odpowiedzialny za opracowanie systemu pomocy dziecku i rodzinie minister w nowo wybranym rządzie przystąpił do opracowania nowego projektu ustawy. Prace nad nim przedłużały się powodując utrzymywanie się krytykowanego powszechnie stanu rzeczy. Zgodnie z decyzją Komitetu Rady Ministrów z dnia 25 września 2008 r. (KRM-24-150-08) ustawa miała wejść w życie w dniu 1 stycznia 2010 r. Rząd zdecydował jednak – w celu uzyskania oszczędności rzędu 100 mln zł – na przesunięcie terminu wejścia ustawy w życie na dzień 1 stycznia 2011 r. wraz z jednoczesnym ograniczeniem planowanych środków potrzebnych do wdrożenia ustawy[37]. Wpłynęło to na termin przesłania projektu do Sejmu[38]. Ogłoszenie przez Sejm RP roku 2009 Rokiem Rodzinnej Opieki Zastępczej w niewielkim stopniu przełożyło się na działania podejmowane przez rząd.

Projektodawcy nowych regulacji prawnych dokonując diagnozy istniejącej sytuacji szczególną uwagę zwrócili na: wzrost liczby dzieci umieszczonych poza rodziną, będący wynikiem groźnej tendencji czyniącej podstawą takich decyzji problemy materialne (ubóstwo rodziców), podejmowanie przez odpowiednie organy władzy publicznej działań wyłącznie wobec dziecka bez koniecznej pomocy rodzinie (zarówno biologicznej, jak i zastępczej), brak mechanizmów, które mobilizowałyby gminy do rozwiązania problemów rodziny w środowisku lokalnym i nieprzerzucania obowiązków na powiaty (jako podmioty odpowiedzialne za opiekę zastępczą), przewagę liczebną spokrewnionych z dzieckiem rodzin zastępczych, które w wielu przypadkach powielają zjawiska patologiczne występujące w rodzinie biologicznej dziecka, co prowadzi do pozorności pieczy zastępczej jako możliwości integracji społecznej dziecka, brak odpowiednio przygotowanych niespokrewnionych z dzieckiem zawodowych rodzin zastępczych[39].

Podstawą proponowanych zmian są działania profilaktyczne i wspierające rodzinę już w chwili wystąpienia pierwszych oznak jej dysfunkcjonalności, natomiast udoskonalone formy pieczy zastępczej stanowić mają swego rodzaju ostateczność, gdy zawiodą wszystkie próby naprawy sytuacji w rodzinie[40].

[36] Zob. Założenia do ustawy o rodzinnych formach opieki zastępczej, grudzień 2006 r., s. 6, dostępne były na http://www.mpips.gov.pl.

[37] Do 35 mln w 2011 r., 54 mln w 2012 r., 76 mln w 2013 r. Zob. pismo z 29.12.2009 r. Minister Pracy i Polityki Społecznej do Marszałka Senatu w sprawie projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, http://www.mpips.gov.pl.

[38] Zob. jak wyżej.

[39] Zob. Założenia do projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nad dzieckiem, przyjęte przez Radę Ministrów w dniu 30 czerwca 2009 r., s. 10-11, http://www.mpips.gov.pl., dalej założenia do projektu.

[40] Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej dnia 29 stycznia 2010 r., s. 2-3, dalej uzasadnienie do projektu, http://www.mpips.gov.pl.

Pod pojęciem wspierania rodziny rozumie się zespół działań mających na celu przywrócenie rodzinie zdolności do wypełniania funkcji opiekuńczo-wychowawczych; natomiast system pieczy zastępczej to zespół instytucji i działań mających na celu zapewnienie opieki i wychowania dzieciom w przypadkach niemożności sprawowania opieki i wychowania przez rodziców[41].

Przewidziane w projekcie ustawy zadania organów władzy publicznej realizowane są zgodnie z zasadą pomocniczości. Zgodnie z tą zasadą – obecną także w systemach ochrony dzieci w innych państwach europejskich – odpowiedzialność za podejmowane działania, zarówno o charakterze prewencyjnym, jak i interwencyjnym, spoczywa na lokalnych podmiotach samorządowych. Rola państwa powinna się ograniczać do wspierania instytucji lokalnych i regionalnych w budowie sieci usług związanych z ochroną dzieci[42]. Organy władzy publicznej w realizacji ustawowych zadań powinny współpracować ze środowiskiem lokalnym, sądami i kuratorami sądowymi, policją, szkołami, zakładami opieki zdrowotnej oraz organizacjami społecznymi.

Do głównych działań o charakterze profilaktycznym, do których zobowiązana jest gmina należą: obowiązek opracowywania lokalnych programów wspierania rodzin wychowujących małoletnie dzieci, stosowanie (obligatoryjnie) wczesnej profilaktyki społecznej dla młodych rodzin, organizacja środowiskowych form opieki pozarodzinnej dla dzieci i młodzieży w wieku szkolnym (placówki wsparcia dziennego i rodziny wspierające), wprowadzenie stanowiska asystenta rodziny, który niezależnie od pracowników socjalnych zajmowałby się wyłącznie pomocą i pracą z rodziną, a także koordynacja wszystkich instytucji i służb zobowiązanych do wspierania rodziny poprzez powołanie zespołu interdyscyplinarnego, w skład którego wchodzi pedagog szkolny, przedstawiciel policji, kurator sądowy[43].

Gminom przekazana zostaje część zadań z zakresu pieczy zastępczej dotychczas przewidziana w kompetencjach powiatu. Dotyczy to organizacji, finansowania i nadzoru nad rodzinami zastępczymi spokrewnionymi[44]. Gmina ma także obowiązek zapewnić mieszkania socjalne i mieszkania chronione osobom opuszczającym spokrewnione rodziny zastępcze w ramach procesu usamodzielnienia.

Umieszczenie w kompetencjach gminy organizacji i nadzoru nad spokrewnionymi rodzinami zastępczymi oznacza, że wydatki na opiekę i wychowanie dziecka umieszczonego w takiej rodzinie ponosi gmina, w której dziecko miało miejsce zamieszkania przed skierowaniem go do rodziny zastępczej. Doświadczenia z funkcjonowania systemu opieki nad rodziną i dzieckiem na poziomie

[41] Zob. art. 2 ust. 1 i 2 projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej dnia 29 stycznia 2010 r., dalej projekt ustawy, http://www.mpips.gov.pl.

[42] Zob. B. Gudbrandsson, *Dzieci w instytucjach opiekuńczych, op. cit.*, s. 12. Ta zasada jest szczególnie podkreślana w Niemczech, w Belgii i w Holandii. W pewnej mierze znajduje również odzwierciedlenie w szerokich uprawnieniach władz samorządowych w Skandynawii i w Wielkiej Brytanii.

[43] Zob. uzasadnienie do projektu s. 4-5.

[44] W nowych rozwiązaniach znacznie ograniczono krąg osób mogących utworzyć rodzinę zastępczą spokrewnioną. Należą do nich wstępni i rodzeństwo dziecka.

gminy, wskazują, że często nie podejmowała ona zadań przewidzianych w ustawie a obciążających jej budżet, natomiast starała się, aby dziecko jak najszybciej trafiło do pieczy zastępczej finansowanej przez powiat. Dlatego też w nowych regulacjach dodatkowo przewidziano współodpowiedzialność finansową gminy za dzieci mieszkające na jej terenie. Obowiązkiem gminy (właściwej ze względu na miejsce zamieszkania dziecka przed umieszczeniem go w pieczy zastępczej) w przypadku umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej (innej niż spokrewniona z dzieckiem) lub placówce opiekuńczo-wychowawczej będzie ponoszenie wydatków związanych z pobytem dziecka w wysokości: 20% w pierwszym roku pobytu dziecka, 40% w drugim roku pobytu dziecka, 50% w trzecim roku i następnych latach pobytu dziecka.

We wnioskach pokontrolnych NIK zwracano uwagę na brak odpowiedniego nadzoru nad realizacją pieczy zastępczej i właściwej oceny sytuacji dziecka oraz jego rodziny. Dlatego też nowe rozwiązanie określa osoby odpowiedzialne za dokonywanie oceny oraz jej zakres. Dla oceny sytuacji dziecka umieszczonego w rodzinie zastępczej spokrewnionej oraz sytuacji tej rodziny kierownik ośrodka pomocy społecznej tworzy odpowiednie zespoły.

Zespół do spraw oceny sytuacji dziecka, w skład którego wchodzą rodzina zastępcza spokrewniona, pedagog, psycholog, asystent rodziny, przedstawiciel ośrodka adopcyjnego, przedstawiciel ośrodka pomocy społecznej, a także inne osoby mające informację o sytuacji zdrowotnej, socjalnej, prawnej i rodzinnej dziecka i rodziny (lekarz i pielęgniarka) dokonuje oceny w miarę potrzeb: nie rzadziej niż co 3 miesiące w przypadku dzieci w wieku poniżej 3 lat i nie rzadziej niż co 6 miesięcy w przypadku dzieci starszych. Sporządzona na piśmie ocena zespołu przekazywana jest do właściwego sądu.

Zespół do spraw oceny rodziny zastępczej spokrewnionej, w skład którego wchodzą: osoba upoważniona przez wójta, asystent rodziny pracujący z rodziną dziecka oraz inne osoby współpracujące z tą rodziną pierwszej oceny dokonuje przed upływem roku od umieszczenia dziecka w tej rodzinie, kolejnej po upływie kolejnego roku (nie rzadziej niż co 3 lata). W przypadku oceny negatywnej zespół kieruje do sądu wniosek o uchylenie postanowienia o umieszczeniu dziecka w rodzinie zstępczej spokrewnionej.

Gmina ma obowiązek sporządzania i przedłożenia radzie gminy rocznego sprawozdania rzeczowo-finansowego z realizacji swoich zadań.

Ważny element działań profilaktycznych ma stanowić pomoc powoływanego przez wójta (burmistrza, prezydenta) asystenta rodziny, którego głównym zadaniem będzie bezpośrednia praca z rodziną poprzez codzienny kontakt sprzyjający budowie zaufania niezbędnego dla skuteczności działań wspierających[45]. W od-

[45] Asystent rodziny może być także powołany przez podmiot, któremu zlecono pracę z rodziną. Są to: organizacje pozarządowe prowadzące działalność w zakresie wspierania rodziny, pieczy zastępczej lub pomocy społecznej; osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancji wolności sumienia i wyznania, jeżeli ich cele statutowe obejmują prowadzenie działalności w zakresie wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej lub pomocy społecznej.

różnieniu od pracowników socjalnych będzie on bardziej dyspozycyjny i w przypadku osoby doświadczonej ma szansę stać się przyjacielem rodziny pomagającym w uzyskaniu zatrudnienia, prowadzeniu gospodarstwa domowego, uzyskaniu porady psychologa lub prawnika. Dlatego też praca asystenta rodziny nie może być łączona z wykonywaniem obowiązków pracownika socjalnego. Nie może być on także pracownikiem ośrodka pomocy społecznej w gminie, w której wykonuje pracę asystenta rodziny.

W przypadku umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej asystent współpracuje z rodziną zastępczą, rodzinnym domem dziecka lub placówką opiekuńczo-wychowawczą, w której umieszczono dziecko, jak również z koordynatorem rodzinnej pieczy zastępczej i sądem. Wraz z zespołem interdyscyplinarnym asystent sporządza plan pracy z rodziną oraz – na wniosek sądu – wydaje opinie o rodzinie.

Aby asystent mógł stać się przyjacielem rodziny musi poświęcać jej odpowiednio dużo czasu, dlatego też nie może on jednocześnie współpracować z większą niż 20 liczbą rodzin. Ponieważ rodziny wymagające pomocy często zmagają się ze zjawiskami patologii społecznej, stanowiąc element środowisk mających doświadczenia przestępcze, praca asystenta wiąże się z pewnym ryzykiem. Projektodawcy zaproponowali zatem, aby w czasie wykonywania swoich obowiązków asystent korzystał z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych.

Instytucja asystentów rodzinnych znana jest już w Polsce. Pracują oni głównie z rodzinami zagrożonymi wykluczeniem społecznym w ramach programów prowadzonych przez organizacje pozarządowe oraz ośrodki pomocy społecznej[46]. Projektodawcy oceniają, że przygotowanie odpowiedniej liczby asystentów rodzinnych zajmie około 10 lat.

Obowiązki powiatu obejmują przede wszystkim organizację pieczy zastępczej (poza rodzinami zastępczymi spokrewnionymi). W ramach realizacji sporządzanych trzyletnich programów, w których określona zostanie maksymalna liczba rodzin zastępczych zawodowych, z którymi starosta może zawrzeć w danym roku umowę o pełnienie funkcji rodziny zastępczej, spoczywa na nim obowiązek zapewnienia wszystkim dzieciom potrzebującym pieczy zastępczej miejsc w odpowiednich formach pieczy oraz udzielenia wsparcia osobom usamodzielnianym opuszczającym podlegające mu rodziny zastępcze i placówki opiekuńczo-wychowawcze.

Starosta powiatu swoje zadania wykonuje za pośrednictwem organizatora pieczy zastępczej. Może nim być powiatowe centrum pomocy rodzinie bądź inny podmiot o charakterze publicznym lub niepublicznym (po odpowiednim przekształceniu mogą rolę tę pełnić obecne ośrodki adopcyjno-opiekuńcze). Zdaniem

[46] Zob. *Model działania asystenta rodziny*, http://www.equal.org.pl. Także: *Asystent rodzinny pomaga wyjść z życiowego dołka*, 25.03.2010, http://www.tvp.p./krakow; *Szkolenie kandydatów na asystentów rodziny*, 10.05.2010, http://www.srem.pl; R. Paziak, *Asystenci rodzinni nauczą rodziny jak żyć,* 7.08.2008, http://www.wiadomości24.pl.

projektodawców wskazane byłoby, aby starosta wykorzystał w jak najszerszym zakresie możliwość współpracy z organizacjami pozarządowymi[47].

Podstawowe zadania organizatora rodzinnej pieczy zastępczej mają charakter administracyjny i kontrolny. Jest on odpowiedzialny za kwalifikację osób, chcących pełnić funkcję rodziny zastępczej. W związku z tym ma obowiązek organizowania szkoleń dla kandydatów, badań pedagogicznych i psychologicznych oraz wywiadów rodzinnych. Istniejącym rodzinom zastępczym zapewnia pomoc prawną, a także współpracę z wolontariuszami.

W ramach funkcji kontrolnych organizator rodzinnej pieczy zastępczej tworzy zespoły do oceny sytuacji dziecka oraz rodziny zastępczej lub rodzinnego domu dziecka. Zespół do spraw oceny sytuacji dziecka, w skład którego wchodzą: odpowiednio rodzina zastępcza (zawodowa, niezawodowa, osoba kierująca rodzinnym domem dziecka albo dyrektor placówki opiekuńczo-wychowawczej lub osoba przez niego wyznaczona), koordynator rodzinnej pieczy zastępczej, pedagog, psycholog, wychowawca kierujący procesem wychowawczym dziecka (w przypadku dziecka umieszczonego w placówce opiekuńczo-wychowawczej), właściwy asystent rodziny, przedstawiciel ośrodka adopcyjnego, przedstawiciel odpowiednio właściwego centrum pomocy rodzinie, organizatora rodzinnej pieczy zastępczej albo ośrodka pomocy społecznej, dokonuje oceny w miarę potrzeb, nie rzadziej niż co 3 miesiące (dzieci do lat 3) i nie rzadziej niż co 6 miesięcy (dzieci starsze). Ocenę sporządzoną na piśmie przekazuje do właściwego sądu. Zespół do spraw oceny rodziny zastępczej lub osoby kierującej rodzinnym domem dziecka, w skład którego wchodzą: osoba upoważniona przez starostę, właściwy koordynator rodzinnej pieczy zastępczej, asystent rodziny pracujący z rodziną dziecka, inne osoby współpracujące z tą rodziną, dokonuje pierwszej oceny przed upływem roku od umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej, kolejnej nie rzadziej niż co 3 lata.

Organizator rodzinnej pieczy zastępczej składa staroście co roku sprawozdanie ze swojej działalności. Bezpośrednia realizacja zadań w zakresie pieczy zastępczej należy do – wyznaczonego przez organizatora – koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej, który swoją opieką obejmuje rodziny zastępcze (niezawodowe i zawodowe) oraz rodzinne domy dziecka. Funkcję koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej (osoba fizyczna), usytuowano poza strukturą powiatowego centrum pomocy rodzinie[48].

W pierwszej kolejności koordynator opracowuje razem z asystentem rodziny i samą rodziną zastępczą (lub osobą kierująca rodzinnym domem dziecka) plan pomocy, który w oparciu o dokonaną diagnozę sytuacji w rodzinie stanie się podstawą dla pomocy psychologicznej, prawnej, reedukacyjnej. W celu aktywizacji środowiska lokalnego koordynator organizuje grupy wsparcia dla rodzin

[47] Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o wspieraniu rodziny, op. cit. s. 19.

[48] W ustawie o pomocy społecznej funkcje administracyjne i bezpośredniej realizacji zadań należą do kompetencji powiatowego centrum pomocy rodzinie.

zastępczych. W przypadku gdy rodzina zastępcza albo osoba kierująca rodzinnym domem dziecka nie może czasowo wykonywać swojej funkcji koordynator organizuje czasową opiekę nad dzieckiem. Niezwykle istotnym obowiązkiem koordynatora jest sprawowanie nadzoru nad rodzinami zastępczymi lub osobami kierującymi rodzinnym domem dziecka.

Tak jak w przypadku asystenta rodziny, aby zapewnić możliwość bezpośredniej współpracy i bezpośredniego kontaktu koordynatora z rodziną zastępczą wprowadza się ograniczenie liczby rodzin (lub rodzinnych domów dziecka) podlegających jednocześnie jego opiece do 10.

Praca koordynatora podlega ocenie organizatora rodzinnej pieczy zastępczej oraz także samej rodziny zastępczej (osoby kierującej rodzinnym domem dziecka) podlegającym jego opiece. Projekt ustawy określa wymagania, jakie spełnić musi osoba ubiegająca się o funkcję koordynatora. Dotyczą one wykształcenia i doświadczenia w pracy z rodziną, pełni praw rodzicielskich, wywiązywania się z obowiązku alimentacyjnego (na podstawie orzeczenia sądu), niekaralności za przestępstwo umyślne lub umyślne przestępstwo skarbowe.

W ramach zadań zleconych z zakresu administracji rządowej powiat realizuje zadania wynikające z rządowych programów wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej oraz finansuje pobyt w pieczy zastępczej wskazanych w ustawie określonych kategorii osób[49]. Powiaty powołują centra administracyjne do obsługi placówek rodzinnej pieczy zastępczej, w tym obsługi finansowo-księgowej.

Proponowane rozwiązania nakładające na kierownika powiatowego centrum pomocy rodzinie obowiązek współpracy z sądem w sprawach dzieci, których rodzicom została odebrana lub ograniczona władza rodzicielska stanowią próbę wzmocnienia współpracy jednostek organizacyjnych samorządu z sądem, zgodnie z wnioskami sformułowanymi w ramach kontroli NIK.

Kierownik powiatowego centrum pomocy rodzinie jest także zobowiązany do corocznych raportów z działalności centrum przedkładanych radzie powiatu.

Niewielkie kompetencje w systemie pieczy zastępczej przewiduje się dla samorządu województwa. Obejmują one opracowywanie trzyletnich regionalnych programów wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej oraz promowanie nowych rozwiązań w tym zakresie. Zadania z tego zakresu wykonuje regionalny ośrodek polityki społecznej. Samorząd przekazuje właściwemu wojewodzie sprawozdania z realizacji ustawowych obowiązków.

W myśl zasady pomocniczości, stanowiącej podstawę proponowanych rozwiązań, główne zadania z zakresu pieczy zastępczej i wspierania rodziny należą

[49] Są to osoby mające miejsce zamieszkania i przebywające na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, obywatele państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej oraz członków ich rodzin w rozumieniu art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz.U. nr 144, poz. 1043, z 2007 r., nr 120, poz. 818 oraz z 2008 r., nr 216, poz. 1367), posiadający prawo pobytu lub prawo stałego pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

do samorządu terytorialnego. Nie oznacza to wszakże, że organy administracji rządowej pozbawione są wpływu na funkcjonowanie tej sfery życia społecznego, a w konsekwencji są zwolnione od odpowiedzialności za realizację praw dziecka w ramach szeroko rozumianej polityki rodzinnej. Przeciwnie, w stosunku do postanowień ustawy o pomocy społecznej, obowiązki wojewody zostały wzbogacone o nadzór nad działalnością placówek opiekuńczo-wychowawczych[50]. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy o wsparciu rodziny i systemie pieczy zastępczej jest to odpowiedź na postulaty zgłoszone przez NIK[51].

Jednym z głównych zadań ministra właściwego do spraw rodziny jest finansowe wsparcie gminnych i powiatowych programów wspierania rodziny oraz rodzin zastępczych[52]. Takie wsparcie istnieje już obecnie. W 2010 roku na realizację zadania budowy przez samorządy lokalnego systemu opieki nad dzieckiem i rodziną przeznaczono w ramach dotacji celowych kwotę 7.800.000 zł[53]. O dotację ubiegać się mogły jednostki samorządu terytorialnego szczebla gminnego, powiatowego i wojewódzkiego. Dbając o aktywizację środowiska lokalnego, w myśl zasady subsydiarności, minister (organizator konkursu) promował programy realizowane we współpracy z organizacjami pozarządowymi w oparciu o partnerstwo lokalne[54]. Za priorytetowe uznano programy, których celem jest: tworzenie niespokrewnionych z dzieckiem rodzin zastępczych (w tym zawodowych) oraz rodzinnych domów dziecka wraz z dofinansowaniem wynagrodzeń nowo powstających rodzin (do 80% wynagrodzenia); dofinansowanie dodatkowych szkoleń dla rodzin zastępczych i osób prowadzących rodzinne domy dziecka, doposażenie rodzinnych form pieczy zastępczej w niezbędny sprzęt domowy; dofinansowanie zajęć pozalekcyjnych wychowanków rodzinnej pieczy zastępczej; tworzenie jednostek specjalistycznego poradnictwa dla rodzin naturalnych i zastępczych; wsparcie procesu usamodzielnienia wychowanków pieczy zastępczej; pomoc dla rodzin z małoletnimi dziećmi w sytuacjach kryzysowych, wynikających z bezradności w sprawach opiekuńczo-wychowawczych, w tym działania asystenta rodziny; rozwój środowiskowych form pomocy dzieciom i rodzinie[55].

Wśród pozostałych kompetencji ministra właściwego do spraw rodziny wymienić należy: zatwierdzanie programów szkoleń dla kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, rodziny zastępczej niezawodowej lub kierowania rodzinnym domem dziecka oraz współdziałanie z organizacjami pozarządowymi w zakresie wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej.

[50] Ponadto wojewoda wydaje i cofa zezwolenie na prowadzenie placówek opiekuńczo-wychowawczych oraz prowadzi ich rejestr.

[51] Zob. uzasadnienie do projektu, *op. cit*., s. 20.

[52] Obecnie problematyka spraw rodziny należy do kompetencji Ministra Pracy i Polityki Społecznej.

[53] Zob. Otwarty konkurs ofert na finansowe wspieranie programów z zakresu opieki nad dzieckiem i rodziną w 2010 r., 5.02.2010, http://www.mpips.gov.pl.

[54] Według zasad określonych w ustawie z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. (Dz.U. nr 96, poz.873 z późn. zm.).

[55] Zob. Otwarty konkurs ofert: *op. cit.*

Ważnym uprawnieniem ministra, chociaż o charakterze fakultatywnym, jest możliwość utworzenia centralnego rejestru obejmującego dane dotyczące jednostek organizacyjnych realizujących zadania z zakresu wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, a także dane dotyczące osób i rodzin, którym udzielono wsparcia oraz form udzielonego wsparcia, gromadzone przez jednostki organizacyjne realizujących zadania z zakresu wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej na podstawie przepisów ustawy. Wydaje się, że jest to pomysł zasługujący na aprobatę. Dotychczasowe doświadczenia wskazują na problemy, których źródłem jest brak dostatecznej informacji dotyczącej sytuacji dziecka i jego rodziny z jednej strony oraz dostępności form pieczy zastępczej z drugiej strony. W przeszłości zgłaszane były pomysły podobnych rejestrów, które pozwoliłyby na monitorowanie sytuacji dziecka i przestrzegania jego praw. Pojawiły się one w kontekście przeciwdziałania przemocy w rodzinie, zwłaszcza przemocy wobec dziecka i miały na celu stworzenie swoistego „banku informacji" o dziecku, którego podstawowe prawa są – niejednokrotnie drastycznie – łamane w jego bezpośrednim środowisku wychowawczym. Nie uzyskały one jednak wystarczającej akceptacji politycznej i nie zostały zrealizowane.

Doświadczenia z funkcjonowania systemu opieki nad dzieckiem wskazują, że często przyczyną tragedii mającej miejsce w rodzinie jest brak koordynacji działań rozmaitych podmiotów mających w swych kompetencjach różne formy pomocy rodzinie. Wieloletnie zaniedbywanie dziecka, nadużywanie władzy rodzicielskiej, przemoc w rodzinie ma miejsce mimo nadzoru kuratora, odwiedzin pracownika socjalnego itd. Rodzina dysfunkcjonalna znana jest doskonale gminnemu ośrodkowi pomocy społecznej, jako beneficjent systemu zasiłkowego, lecz brakuje inicjatywy i większego zainteresowania innymi (poza ekonomicznymi) problemami rodziny, w tym sytuacją dzieci. Brak pełnej analizy sytuacji rodziny. Każdy z odpowiedzialnych podmiotów wykonuje swoje zadania niezależnie, bez wzajemnego informowania się, co prowadzi do rozrostu administracji, ale nie do rzeczywistej pomocy dziecku, pozwalającej zapobiec dramatycznym skutkom dysfunkcjonalności rodziny. J. Hrynkiewicz podsumowując badania nad funkcjonowaniem opieki zastępczej stwierdziła, że podstawowym problemem jest to, że „każdy robi swoje i nawet jeśli zrobi swoje bardzo dobrze, to sytuacja dziecka będzie nie tylko stale niekorzystna, ale wręcz beznadziejna"[56].

Zmiany w organizacji systemu wsparcia rodziny i pieczy zastępczej wiążą się ze zmianami w finansowaniu ustawowych zadań. Zgodnie z przyjętymi założeniami nastąpi przesunięcie wydatków z powiatów do gmin oraz wzrost wydatków z budżetu państwa. W pierwszym roku obowiązywania projektowanej ustawy (2011) planuje się wzrost wydatków budżetu państwa o 39,77 mln zł z czego 34,52 mln zł przeznaczone zostaną na współfinansowanie (z samorządem) two-

[56] J Hrynkiewicz, *Odrzuceni. Analiza procesu umieszczania dzieci w placówkach opieki. Materiał roboczy,* Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2006, s. 2, http://www.isp.org.pl.

rzenia stanowisk asystenta i koordynatora rodziny oraz organizacji szkoleń dla kandydatów na rodziny zastępcze, kandydatów na osoby prowadzące rodzinne domy dziecka oraz szkoleń dla istniejących zawodowych rodzin zastępczych[57].

Z budżetów powiatów do gmin przesunięte zostanie 726,35 mln zł w tym: 319,22 mln zł na przeniesienie realizacji wszystkich zadań związanych ze spokrewnionymi rodzinami zastępczymi (dofinansowanie kosztów utrzymania dziecka, kosztów usamodzielnienia) oraz 407,13 mln zł na współfinansowaniem przez gminy pozostałych form pieczy zastępczej.

Jednostki samorządu terytorialnego mogą otrzymywać dotacje celowe z budżetu państwa na dofinansowanie zadań własnych z zakresu realizacji zadań wspierania rodziny oraz systemu pieczy zastępczej, przy czym wysokość dotacji nie może przekroczyć 50% kosztów realizacji zadania. Mogą one także korzystać ze środków pochodzących z projektów realizowanych w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki[58]. Przyjęty Priorytet VII – Promocja integracji społecznej zakłada podejmowanie działań wspierających osoby zagrożone wykluczeniem społecznym, między innymi osoby opuszczające placówki opiekuńczo-wychowawcze[59].

Zaproponowane nowe rozwiązania prawne powinny zapewnić realizację konstytucyjnego obowiązku władz publicznych opieki i pomocy dziecku pozbawionemu opieki rodzicielskiej. Pojęcie opieki rodzicielskiej należy rozumieć jak najszerzej, a zatem obowiązki władz publicznych dotyczą nie tylko dzieci osieroconych (biologicznie lub społecznie), ale także dzieci przebywających w swoich rodzinach biologicznych borykających się z trudnościami. Biorąc pod uwagę, że rodzina stanowi najlepsze środowisko wychowawcze dla dziecka, wydaje się całkowicie uzasadnione zamieszczenie w jednym akcie prawnym obok systemu opieki zastępczej także mechanizmów wspierania rodziny. Na aprobatę zasługuje także promocja rodzinnych form opieki zastępczej.

Ponieważ system pieczy zastępczej powinien być skonstruowany z uwzględnieniem dobra dziecka, niezwykle istotny jest zawarty w projekcie ustawy nakaz stosowania jej przepisów z poszanowaniem podmiotowości dziecka i jego praw podstawowych. Stanowi on wyraz stopniowej zmiany stosunku do dziecka w relacjach z rodzicami i z organami władzy publicznej, widocznej w prawie międzynarodowym i znajdującej odzwierciedlenie w prawie wewnętrznym[60].

Dziecko podlegające pieczy zastępczej ma przede wszystkim prawo do kontaktów z rodzicami biologicznymi. Jakiekolwiek ograniczenia może nałożyć tylko sąd, który ograniczy kontakty rodziców z dzieckiem w przypadku zagro-

[57] Zob. uzasadnienie do projektu ustawy: *op. cit*. s. 22-23.

[58] Zob. jak wyżej, s. 24-25.

[59] Program Operacyjny Kapitał Ludzki. Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007-2013, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Warszawa 7.09.2007, http://efs.gov.pl.

[60] Zob. wzmocnienie praw dziecka w drodze nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, która weszła w życie w dniu 13 czerwca 2009 r., zmiana ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie przyjęta w 2010 r.

żenia jego dobra lub zakaże ich utrzymywania, gdy naruszają one dobro dziecka[61]. Biorąc pod uwagę czasowy z założenia charakter pieczy tymczasowej, gdy ustaną przyczyny dla których dziecko zostało oddzielone od rodziny naturalnej, ma ono prawo do niej powrócić.

Decyzje o przyszłości dziecka powinny prowadzić do stworzenia stabilnego środowiska wychowawczego przygotowującego je do samodzielnego życia oraz powinny zapadać z uwzględnieniem opinii dziecka (jeżeli stopień jego dojrzałości psychicznej na to pozwala) chroniąc je przed arbitralną lub bezprawną ingerencją w jego życie. Uwzględniając zobowiązania wynikające z art. 7 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka ma ono prawo dostępu do informacji dotyczących jego pochodzenia[62].

Na aprobatę zasługuje także podjęta w projekcie ustawy próba wzmocnienia środków bezpośredniej pomocy i pracy z rodziną i dzieckiem poprzez wprowadzenie funkcji asystenta rodziny i koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej. Zwolnienie ich z obowiązków administracyjnych oraz większa dyspozycyjność, wynikająca z odpowiedniej formy zatrudnienia, stwarza szansę dobrego funkcjonowania systemu wsparcia rodziny i opieki zastępczej nie tylko w raportach i sprawozdaniach. Z kolei nałożony na nich obowiązek współpracy z sądem przyczynić się może do zmniejszenia liczby nietrafnych decyzji o wyborze rodziny zastępczej nieodpowiadającej potrzebom dziecka.

Wątpliwości natomiast budzi liczba podmiotów mających nadzorować lub oceniać rodziny zastępcze i rodzinne domy dziecka. Należą do nich starosta powiatu, koordynator rodzinnej pieczy zastępczej, zespół do spraw oceny rodziny powołany przez organizatora rodzinnej pieczy zastępczej oraz sąd. W świetle doświadczeń złej koordynacji działań oraz zbędnego rozrostu administracji powstają obawy, czy liczba kontroli nie zdezorganizuje życia rodzin zastępczych i rodzinnych domów dziecka[63].

Największe obawy co do powodzenia realizacji proponowanych rozwiązań – w świetle przesunięcia terminu wejścia w życie i redukcji przeznaczonych środków – stanowią kwestie finansowe. Być może jednak nastąpi zmiana priorytetów (realizowanych, a nie deklarowanych) w polityce społecznej na rzecz prorodzinnych, uwzględniających dobro i podstawowe prawa dziecka. Komitet Praw Dziecka ONZ w swoich Zaleceniach z dnia 4 października 2002 r. skierowanych do władz polskich, wyrażając zaniepokojenie dużą liczbą dzieci mieszkających w placówkach opiekuńczych, z których tylko nieznaczny odsetek stanowią sieroty biologiczne, postulował dokonanie poważnych zmian w alternatywnym syste-

[61] Zob. odpowiednio art. 113^2 i 113^3 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. nr 9, poz. 59 z późn. zm.).

[62] Art. 7 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka określa prawo dziecka do tożsamości stanowiąc m. in., że ma prawo do poznania swoich rodziców. W praktyce dotyczy to sytuacji dziecka adoptowanego i kwestii tajemnicy adopcji.

[63] Zob. opinia z dnia 13 lutego 2010 r.: op. cit.

mie opieki, a zwłaszcza ograniczenie form instytucjonalnych[64]. Reforma z 2004 roku nie spowodowała pożądanej zmiany: „projektując system uwzględniono interesy instytucji, a nie interesy i dobro dziecka"[65]. W uzasadnieniu omawianego projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej podkreślono konieczność wprowadzenia nowych rozwiązań w zakresie polityki rodzinnej państwa. Należy mieć nadzieję, że organom władzy publicznej wystarczy determinacji dla urzeczywistnienia przyjętych założeń[66].

[64] Zalecenia Komitetu Praw Dziecka ONZ z dnia 4 października 2002 r. po rozpatrzeniu sprawozdania złożonego przez Polskę na mocy art. 44 Konwencji o prawach dziecka , http://www.men.gov.pl.
[65] J. Hrynkiewicz, *op. cit*., s. 2.
[66] Stan prawny na dzień 11.07.2010 r.

Magdalena Rzemieniewska

Autorka, dr Magdalena Rzemieniewska, jest wykładowcą we Wszechnicy Polskiej Szkole Wyższej TWP w Warszawie.

Andrzej Kojder

Zawiedzione nadzieje

Opinia społeczna o pożądanym wpływie członkostwa Polski w Unii Europejskiej na bezpieczeństwo publiczne i wymiar sprawiedliwości

W ciągu dziesięciu lat przed akcesją z Unią Europejską co drugi Polak wyrażał przekonanie, że integracja z Unią wpłynie raczej korzystnie na polskie prawo i jego przestrzeganie. Zdanie przeciwne było wypowiadane kilkakrotnie rzadziej (przez co jedenastą lub co siódmą osobę, w zależności od terminu badania), a mniej więcej co piąty respondent uważał, że integracja nie będzie miała wpływu na stopień przestrzegania prawa. Tak więc połowa mieszkańców Polski sądziła, że droga do Unii Europejskiej jest zarazem drogą ku lepszemu prawu i sprawniej funkcjonującym instytucjom kontroli prawnej.

Tuż przed referendum akcesyjnym siła tego przekonania nie uległa zmianie. Nadal blisko połowa respondentów przewidywała, że integracja z Unią Europejską będzie miała korzystny wpływ na przestrzeganie prawa przez Polaków, na lepsze tworzenie prawa przez Sejm oraz na sprawniejsze funkcjonowanie policji, sądów i prokuratury. Negatywnego wpływu Unii Europejskiej na rodzime prawo obawiało się mniej niż 10% respondentów. O tym, że zostanie utrzymany obecny stan rzeczy było przekonanych od jednej trzeciej do jednej czwartej Polaków.

Zwłaszcza tzw. prawni euroentuzjaści, wśród których większość stanowili ludzie o wyższym standardzie życia, nie tylko oczekiwali, że prawo w Polsce zdecydowanie się poprawi, lecz byli również przekonani, że po przyjęciu do Unii Europejskiej zwiększy się w Polsce ochrona praw obywatelskich, pracowniczych, konsumenckich i innych, zmniejszy się natomiast korupcja, przemyt i zorganizowana przestępczość.

Osób deklarujących brak zainteresowania prawem europejskim było tuż przed akcesją dwukrotnie więcej niż zainteresowanych, a tych, którzy twierdzili, że są bardzo zainteresowani, było bez mała dziesięciokrotnie mniej niż tych, którzy deklarowali, że w ogóle nie są zainteresowani tym prawem.

Informacje na temat przepisów prawnych Unii Europejskiej Polacy czerpali przede wszystkim ze źródeł bezosobowych, tj. z *mass mediów*, głównie z programów telewizyjnych. We wszystkich środowiskach najszerzej otwartym oknem na europejski świat (i jego prawo) była, i prawdopodobnie nadal jest, telewizja. Korzystanie z osobowych źródeł informacji o prawie europejskim było znacznie rzadsze i jednakowo często powoływali się na nie ludzie o różnym statusie społecznym.

Poprawy polskiego prawa po akcesji Rzeczpospolitej do Unii Europejskiej oczekiwało bez mała trzy piąte Polaków. W żadne zmiany nie wierzyła co piąta osoba, a pogorszenie się rodzimego prawa przewidywała niemal co dziesiąta.

Przeświadczenie o korzystnym wpływie na polskie prawo członkostwa w Unii Europejskiej determinowało inne opinie na temat zagadnień prawnych dotyczących akcesji. Osoby przekonane, że członkostwo Polski w Unii Europejskiej przyczyniać się będzie do poprawy stanu prawa w Polsce uważały przede wszystkim, że zwiększy się przestrzeganie prawa przez obywateli, zaś policja, prokuratura i sądy będą sprawniej funkcjonowały.

Ci, którzy zostali nazwani prawnymi euroentuzjastami, czyli znaczna część mieszkańców dużych miast, ludzi wykształconych, zajmujących kierownicze stanowiska, mających dobrą sytuacją materialną oraz indyferentnie nastawionych do praktyk religijnych, w przytłaczającej większości sądzili, że po przystąpieniu do Unii Europejskiej zwiększy się w Polsce przestrzeganie prawa przez obywateli i ochrona porządku prawnego przez władze publiczne.

Opinie o tym, czy polscy politycy po akcesji do Unii Europejskiej będą, tak jak dotąd, nadużywali władzy, okazały się wyraźnie podzielone: jedni ludzie uważali, że proceder ten się nasili, inni, że ulegnie zahamowaniu. Najbardziej pesymistycznie nastawieni do przyszłego stanu polskiej polityki wewnętrznej byli ludzie młodzi, mało zarabiający, rolnicy i bezrobotni. Nie mieli oni sprecyzowanego zdania na temat tego, jak w przyszłości będą funkcjonowały instytucje kontroli prawnej w Polsce. Optymizm w tej materii ujawniali głównie ludzie należący do wyższej warstwy społecznej. Ich wiara w korzystny wpływ integracji na postępowanie polityków z reguły współwystępowała z przekonaniem, że integracja przyczyni się do zmniejszenia przemytu, osłabienia zorganizowanej przestępczości oraz do poprawy pracy policji, prokuratury i sądów.

Korzystnego wpływu integracji na przestrzeganie prawa przez Polaków oczekiwał co drugi respondent. Był on z reguły mieszkańcem dużych miast, posiadał wyższe wykształcenie i wysokie dochody, rzadko brał udział w praktykach religijnych i określał swoje poglądy polityczne jako lewicowe.

Nie było takiej dziedziny przestępczości, co do której większość Polaków przewidywałaby, że jej natężenie zwiększy się lub zmniejszy się w znaczący sposób w wyniku integracji z UE. Polacy spodziewali się, że po przystąpieniu do Unii Europejskiej zmniejszy się korupcja i przemyt.

Nadzieja na efektywniejsze przeciwdziałanie korupcji w wyniku integracji współwystępowała z oczekiwaniem, że profilaktyka w innych dziedzinach kryminalnych zagrożeń będzie w przyszłości skuteczniejsza. Najbardziej natomiast Polacy obawiali się, że nasili się handel narkotykami, terroryzm i przestępczość zorganizowana. Ponadto poczucie zagrożenia przestępczością nie było związane z natężeniem przestępczości w danym rejonie, a zajmowana pozycja społeczna nie różnicowała poglądów na przyszłość przestępczości w unijnej Polsce.

Charakterystyczne przy tym było to, że o ile z akcesją do Unii Europejskiej Polacy wiązali duże nadzieje z pozytywnymi zmianami w dziedzinie prawa, o tyle w sferze polityki wewnętrznej nie oczekiwali istotniejszej poprawy sytuacji.

W społecznej świadomości nadal dominuje przeświadczenie o niskiej jakości polityki, o niewiarygodności i nieuczciwości polityków, o złej jakości tworzonego prawa, o niewydolności sądów oraz o niewielkim prestiżu zawodów prawniczych. Nadzieje części mieszkańców Polski wiązane z członkostwem w Unii Europejskiej nie znajdowały odzwierciedlenia w nastrojach społecznych. Tydzień przed referendum nadal trzy czwarte respondentów uważało, że sytuacja w kraju zmierza w złym kierunku, a blisko trzy czwarte oceniało sytuację gospodarczą jako złą[1].

Referendum unijne w sprawie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej odbyło się, jak wiadomo, 7 i 8 czerwca 2003 r. Wzięło w nim udział 58,85% obywateli Rzeczpospolitej (tj. 17 586 212 uprawnionych do głosowania, spośród 29 868 474 ogółu uprawnionych). Za członkostwem Polski w Unii Europejskiej opowiedziało się 77,45% obywateli (13 516 612), przeciwko 22,55% (3 939 012), a 126 194 oddano głosów nieważnych. Pomimo że przystąpienie do Unii propagował bardzo negatywnie oceniany rząd i większość – nie mniej krytycznie ocenianych przez społeczeństwo – elit politycznych, to zdecydowana większość głosujących, bo ponad 3/4, opowiedziała się za akcesją. 1 maja 2004 r. Polska została przyjęta do Unii Europejskiej.

Po dwóch latach członkostwa Polski w Unii Europejskiej oczekiwania, że poprawi się stan bezpieczeństwa publicznego i lepiej będzie funkcjonował wymiar sprawiedliwości, okazały się dla znacznej części Polaków zawiedzionymi nadziejami.

Przed akcesją, w maju 2003 r., blisko połowa (49%) Polaków uważała, że integracja Polski z Unią Europejską spowoduje, że prawo będzie bardziej przestrzegane. Po dwóch latach członkostwa w Unii Europejskiej mniej niż 1/3 (30%) Polaków wyrażało analogiczny pogląd. Ponad dwukrotnie zwiększył się odsetek osób przekonanych o niekorzystnym wpływie integracji na przestrzeganie prawa (z 6% do 13%). Wzrósł równocześnie (o 9%, do 43%) odsetek osób niedostrzegających w kwestii przestrzegania prawa żadnego – pozytywnego i negatywnego – wpływu integracji.

Szczegółowe dane przedstawia tabela 1.

[1] Zob. *Nastroje społeczne przed referendum unijnym*. Komunikat z badań, CBOS, Warszawa, czerwiec 2003.

Tabela 1

Ocena wpływu integracji Polski z Unią Europejską na przestrzeganie prawa przez Polaków (dane w %%)

	2003 r. (N=1016=100%)	2006 r. (N=1014=100%)
Wpływ korzystny	49	30
Wpływ niekorzystny	6	13
Brak wpływu	32	43
Trudno powiedzieć	13	14

Wydatnie zmniejszyła się liczba Polaków, którzy pozytywnie oceniają wpływ integracji z Unią Europejską na tworzenie prawa. W 2003 r. blisko połowa (47%) przewidywała, że stanowienie prawa poprawi się, a w 2006 r. tylko 30% uważała, że zmiana taka faktycznie nastąpiła. Oto szczegółowe dane.

Tabela 2

Przewidywany i oceniany wpływ integracji Polski z Unią Europejską na tworzenie prawa (dane w %%)

	2003 r. (N=1016=100%)	**2006** r. (N=1014=100%)
Tworzenie prawa		
wpływ korzystny	47	30
wpływ niekorzystny	5	20
brak wpływu	25	34

Jeśli chodzi o różne aspekty funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, największe różnice między przewidywaniami a współczesnymi ocenami wpływu integracji widoczne są w stosunku do funkcjonowania sądów (spadek ocen pozytywnych o 17% i wzrost ocen negatywnych o 9%) oraz funkcjonowania prokuratury (analogiczne odsetki wynoszą 15% i 8%). Dość znaczną zbieżność, choć w każdym wypadku na niekorzyść ocen wyrażonych w 2006 r., odnotowuje się odnośnie wykrywania przestępstw, ceny usług prawniczych, surowości kar orzekanych przez sądy i pracy policji.

Oto szczegółowe dane.

Tabela 3

Przewidywany i oceniany wpływ integracji Polski z Unią Europejską na wymiar sprawiedliwości (dane w %%)

	2003 r. (N=1016=100%)	**2006** r. (N=1014=100%)
Praca w policji		
wpływ korzystny	58	51
wpływ niekorzystny	4	12
brak wpływu	24	25
Wykrywanie przestępstw		
wpływ korzystny	57	56
wpływ niekorzystny	5	9
brak wpływu	24	23
Funkcjonowanie prokuratury		
wpływ korzystny	48	33
wpływ niekorzystny	4	12
brak wpływu	26	36
Funkcjonowanie sądów		
wpływ korzystny	49	32
wpływ niekorzystny	4	13
brak wpływu	26	37
Surowość kar orzekanych przez sądy		
zwiększy się	28	23
zmniejszy się	13	17
bez zmian	36	47
Ceny usług prawniczych		
wpływ korzystny	23	20
wpływ niekorzystny	25	20
brak wpływu	17	31

Nadzieje Polaków, że po integracji z Unią Europejską zmniejszy się liczba najcięższych przestępstw nie były zbyt wygórowane, ale większość w 2003 r. uważała, że natężenie tych przestępstw albo się nie zmieni, albo nieco się zmniejszy.

Po dwóch latach od akcesji wyraźnie wzrosły odsetki tych osób, które uważały, że zwiększyło się zagrożenie terroryzmem (wzrost o 21% takich deklaracji), że zwiększyła się przestępczość młodocianych i nieletnich (wzrost o 17%), a także że wzrosła liczba zabójstw (wzrost o 13%). Ponadto przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej co czwarty (27%) Polak oczekiwał, że zmniejszy się przestępczość zorganizowana, a po dwóch latach członkostwa tylko co szósty (17%) oceniał, że tak się faktycznie stało. Oto dane.

Tabela 4

Przewidywany i oceniany wpływ integracji Polski z Unią Europejską na przestępczość w Polsce (dane w %%)

	2003 r. (N=1016=100%)	**2006** r. (N=1014=100%)
Zagrożenie terroryzmem		
zwiększy(ło) się	30	51
zmniejszy(ło) się	19	10
nie zmieni(ło) się	35	29
Przestępczość zorganizowana		
zwiększy(ła) się	31	37
zmniejszy(ła) się	27	17
brak wpływu	28	35
Walka z przestępczością międzynarodową		
będzie/jest skuteczniejsza	67	60
będzie/jest mniej skuteczna	5	9
brak wpływu	14	18
Liczba zabójstw		
zwiększy(ła) się	16	29
zmniejszy(ła) się	21	13
brak wpływu	47	43
Przestępczość młodocianych i nieletnich		
zwiększy(ła) się	26	43
zmniejszy(ła) się	25	11
nie zmieni(ła) się	34	38
Bezpieczeństwo na ulicach		
zwiększy(ło) się	32	35
zmniejszy(ło) się	18	18
nie zmieni(ło) się	36	39

Stosunek Polaków do trzech wyodrębnionych w przeprowadzonych badaniach przestępstw, mianowicie do korupcji, przemytu i handlu narkotykami okazał się zróżnicowany. Po integracji wydatnie zwiększył się odsetek osób przekonanych, że nasiliła się korupcja (wzrost o 18%) oraz przemyt (wzrost o 14%), na tym samym natomiast poziomie – co jest pewnym zaskoczeniem – pozostał handel narkotykami. Szczegółowe dane obrazuje kolejna tabela.

Tabela 5

Przewidywany i oceniany wpływ integracji Polski z Unią Europejska na korupcję, przemyt i handel narkotykami (dane w %%)

	2003 r. (N=1016=100%)	**2006** r. (N=1014=100%)
Korupcja		
zwiększy(ła) się	20	38
zmniejszy(ła) się	39	15
nie zmieni(ło) się	26	36
Przemyt		
zwiększy(ł) się	27	41
zmniejszy(ł) się	39	18
brak wpływu	20	28
Handel narkotykami		
zwiększy(ł) się	43	44
zmniejszy(ł) się	19	11
brak wpływu	23	32

Podsumowując, w opinii publicznej dominowało w 2006 r. bardzo duże i duże rozczarowanie skutkami akcesji Polski do Unii Europejskiej w kwestiach bezpieczeństwa i wymiaru sprawiedliwości. Jeśli posłużymy się liczbowym wskaźnikiem owego rozczarowania[2], to otrzymamy katalog zawiedzionych nadziei dotyczących bezpieczeństwa publicznego i wymiaru sprawiedliwości, który przedstawia tabela 6.

[2] Wskaźnik ten jest sumą różnicy między procentowo wyrażonym przekonaniem, że dane zjawisko po integracji się nasiliło oraz przekonaniem, że zjawisko to się zmniejszyło. Np. odnośnie korupcji wskaźnik –42 powstał w wyniku następującego obliczenia: [(+20) – (–38)] + [(–39) + (+15)] = (–18) + (–24) = –42

Tabela 6

Globalne rozczarowania i spełnione nadzieje dotyczące skutków akcesji Polski do Unii Europejskiej

Największe rozczarowania	Wartość wskaźnika
Nadużywanie władzy przez polityków	– 46
Korupcja	– 42
Przemyt	– 35
Tworzenie prawa	– 32
Przestępczość młodocianych i nieletnich	– 31
Zagrożenie terroryzmem	– 30
Duże rozczarowania	
Przestrzeganie prawa	– 26
Funkcjonowanie sądów	– 26
Funkcjonowanie prokuratury	– 23
Liczba zabójstw	– 21
Dość spore rozczarowania	
Przestępczość zorganizowana	– 16
Praca policji	– 15
Niewielkie rozczarowania	
Ochrona praw obywatelskich	– 9
Surowość orzekanych kar	– 9
Handel narkotykami	– 9
Wykrywalność przestępstw	
Spełnione nadzieje	
Bezpieczeństwo na ulicach	+ 3
Ceny usług prawniczych	+ 2

Kiedy natomiast porównamy średni odsetek Polaków oceniających dodatnio oraz oceniających ujemnie wpływ członkostwa Polski w Unii Europejskiej na 19 kwestii z zakresu bezpieczeństwa publicznego i wymiaru sprawiedliwości, to okazuje się, że o kilkanaście procent zmniejszyła się zbiorowość unijnych optymistów.

Tabela 7

Oceny wpływu członkostwa Polski w Unii Europejskiej na 19 kwestii z zakresu problemów społecznych i przestępczości

Kategoria oceny	**2003 r.** (N=1016=100%)	**2006 r.** (N=1014=100%)
Średni odsetek respondentów oceniających **dodatnio** wpływ członkostwa Polski w UE na 19 kwestii z zakresu problemów społecznych i przestępczości	39,3	27,9
Średni odsetek respondentów oceniających **ujemnie** wpływ członkostwa Polski w UE na 19 kwestii z zakresu problemów społecznych i przestępczości	16,0	25,3
Średni odsetek respondentów oceniających, że członkostwo Polski w UE **nie wpłynie** (nie wpływa) na 19 kwestii z zakresu problemów społecznych i przestępczości	27,1	33,2

Jak wyjaśnić uzyskane dane?

- Może tym, że w 2006 r. Polacy – ogólnie biorąc – byli mniej zadowoleni z życia niż w 2003 r.? Hipotezę tę należy odrzucić, bowiem „Od momentu wejścia Polski do Unii Europejskiej, czyli od wiosny 2004 r., spada odsetek Polaków, którzy deklarują, że ich sytuacja pogorszyła się w porównaniu z tą sprzed pięciu lat (spadek z 49% do 35%). W tym samym czasie wzrósł odsetek osób, które uważają, że ich sytuacja poprawiła się (wzrost z 21% do 32%) oraz tych, które deklarują, że pozostaje ona taka sama (wzrost z 28% do 32%)”[3].
- A może Polacy darzyli Unię Europejską niewielkim i zmniejszającym się zaufaniem? Tę hipotezę również falsyfikują najnowsze dane. „Instytucje międzynarodowe i Unia Europejska cieszą się wysokim zaufaniem wśród Polaków”[4]. Wiosną 2004 r. zaufanie do Unii wynosiło 33%, jesienią 2005 r. – 52%, a na wiosnę 2006 r. – 58% (wśród ludzi młodych odsetek ten wyniósł 78%).
- Być może większość Polaków nie była zadowolona z członkostwa ich kraju w Unii kraju Europejskiej? Otóż nie! Wiosną 2006 roku konstatowano, że: „Większość Polaków jest zadowolona z członkostwa w Unii Europejskiej. […] W dwa lata po przystąpieniu do Unii Europejskiej Polska jest jednym z bardziej pozytywnie do niej nastawionych państw członkowskich. Ponad połowa Polaków uważa członkostwo w Unii Europejskiej za coś dobrego”[5].

[3] *Eurobarometr 65. Opinia publiczna w Unii Europejskiej. Wiosna 2006*, s. 11.
[4] Tamże, s. 19.
[5] Tamże, s. 30 i 49.

- A czy nie jest tak, że Polacy uważali, iż na przystąpieniu do Unii Polska straciła? Nie, bynajmniej! „[…] zdecydowana większość (64%) jest zadania, że na przystąpieniu do Unii Polska skorzystała”[6].
- A może Unia Europejska kojarzyła się większości Polaków negatywnie? Też nie! „Liczba Polaków, w których Unia Europejska wywołuje pozytywne skojarzenia (56%) znacznie przewyższa liczbę osób, którym UE kojarzy się źle (9%)”[7]. A ponadto, jak wynika z przeprowadzonego w październiku 2006 r. sondażu Centrum Badania Opinii Społecznej[8], społeczne poparcie dla członkostwa Polski w Unii Europejskiej było najwyższe w historii i wynosiło 88% (przeciwnikami integracji było tylko 6%, odsetek najniższy ze wszystkich dotychczasowych). Od czasu przystąpienia Polski do Unii społeczne poparcie wzrosło o 24 punkty, a dezaprobata zmniejszyła się o 23 punkty. Były to zmiany bardzo znaczące, które pozwalały stwierdzić, że poparcie dla akcesji było niemal powszechne we wszystkich grupach społeczno-demograficznych i przekracza średnio 75%. Liczebność zdeklarowanych przeciwników członkostwa z reguły nie przekraczała kilku procent. Najliczniej byli oni reprezentowani wśród robotników niewykwalifikowanych (14%), rolników (13%) i ludzi uczestniczących w praktykach religijnych kilka razy w tygodniu (12%)[9].

*

W kontekście przytoczonych danych wyjaśnienia dość osobliwego zjawiska, jakim była w 2006 r. przeważająca w społeczeństwie polskim negatywna ocena wpływu członkostwa Polski w Unii Europejskiej na bezpieczeństwo publiczne i wymiar sprawiedliwości, należy poszukiwać nie w stosunku Polaków do Unii Europejskiej, lecz w zupełnie innej sferze zjawisk. Jakie to zjawiska? Te, które składają się na mentalność przeważającej części Polaków. Nie sposób ich wszystkich scharakteryzować, lecz jedno zdaje się mieć szczególne znaczenie. Jest nim **anomia normatywności**. Zjawisko to wyraża się w szczególnym rozchwianiu, niezborności, chaosie przeżywanych i formułowanych przez ludzi opinii, poglądów, ocen i wartości. Wymaga to jednak odrębnego, obszerniejszego omówienia, na co tutaj nie ma miejsca.

[6] Tamże, s. 32.
[7] Tamże, s. 33.
[8] Zob. Beata Roguska, *Społeczne poparcie dla członkostwa Polski w UE*. Komunikat z badań, CBOS, Warszawa, listopad 2006.
[9] W badaniach ogólnopolskich grupy te są reprezentowane zaledwie przez kilkadziesiąt osób, możliwe są więc zarówno przeszacowania, jak i niedoszacowania uzyskanych wielkości procentowych.

Andrzej Kojder

Autor, prof. dr hab. Andrzej Kojder, jest profesorem Uniwersytetu Warszawskiego i Wszechnicy Polskiej Szkoły Wyższej TWP w Warszawie.

Marzena Myślińska, Filip Radoniewicz

Ingerencja organów państwa w prawo do poszanowania korespondencji w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

I. Uwagi wstępne

Europejska Konwencja Praw Człowieka[1] (dalej: Konwencja) w przepisie art. 8 gwarantuje każdemu prawo do poszanowania korespondencji, jako elementu prawa do prywatności. Zgodnie z treścią ust. 1 tego artykułu, każdy człowiek ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania oraz korespondencji. Nie jest to jednak prawo bezwzględne – w treści art. 8 ust. 2 zawarto klauzulę ograniczającą, wskazującą w jakich wypadkach państwo może wkroczyć w sferę prywatności jednostki. W przepisie tym wskazano, iż niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Termin korespondencja w rozumieniu Konwencji ma szersze – od potocznego – znaczenie. Pod tym pojęciem, co wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślał Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu[2] (dalej: Trybunał), rozumiane są różne formy komunikowania się w celu nawiązania kontaktów międzyludzkich. Jest to zatem nie tylko tradycyjny sposób wymiany listów, ale również przybierający różne formy obieg informacji: za pomocą faxu, telefonu, poczty elektronicznej itp. Dlatego też, za naruszenie prawa do poszanowania korespondencji, chronionego przez przepis art. 8 Konwencji, uważa się nie tylko kontrolę tradycyjnych form korespondencji, ale również stosowanie podsłuchu, rozumianego maksymalnie szeroko, jako jakiekolwiek przechwytywanie danych podczas ich transmisji.

Nie ulega wątpliwości, że najwięcej spraw, związanych z naruszeniem prawa

1 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności otwarta do podpisu 4 listopada 1950 roku (Dz.U. 1993 r., nr 61 poz. 284-285). Tekst dostępny pod adresem www: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CM=8&DF=25/06/04&CL=ENG); stan na dzień: 26.05.2010 r.

2 M.in. w decyzji z 13.05.1982 r. w sprawie X. i Y. p. Belgii (skarga nr 8962/80, D.R. 28/112) oraz w omówionych szerzej w dalszej części artykułu – orzeczeniach Klass p. Niemcom i Malone p. Wielkiej Brytanii.

do poszanowania korespondencji, rozpoznawanych przez Trybunał dotyczy właśnie podsłuchu i monitorowania połączeń telekomunikacyjnych. Drugą znaczącą grupę stanowią sprawy związane z korespondencją więźniów. I na tych dwóch kwestiach skupimy się w niniejszym opracowaniu.

II. Podsłuch i monitorowanie połączeń telekomunikacyjnych

Jedną z pierwszych istotnych, a zarazem skomplikowanych, spraw związanych z podsłuchem i monitorowaniem połączeń telefonicznych była sprawa Klass i inni przeciwko Niemcom[3]. Rozstrzygając ją, Trybunał już na wstępie musiał zmierzyć się z kontrowersyjnym problemem, skarżący bowiem nie byli w stanie udowodnić faktu inwigilowania ich przez państwo. Trybunał uznał jednak, iż w przypadku, gdy państwo ustanawia niejawną kontrolę, której istnienie pozostaje nieznane dla osoby jej poddanej (także po zakończeniu) – czego konsekwencją jest brak możliwości odwołania się od decyzji o zastosowaniu tejże kontroli – stosowanie przepisu art. 8 Konwencji może zostać w znacznej mierze ograniczone. Dlatego też Trybunał w omawianej sprawie uznał, że każdy ze skarżących jest uprawniony do twierdzenia, iż jest ofiarą naruszenia Konwencji. Nieistotny jest brak możliwości udowodnienia tego faktu[4].

Trybunał przyjął, że nawet potencjalna możliwość podjęcia wobec obywateli działań polegających na kontroli ich rozmów telefonicznych i korespondencji – w postaci istnienia przepisów to umożliwiających – wpływa ujemnie na swobodę komunikowania się. W związku z tym, już sam fakt istnienia takich regulacji stanowi formę ingerencji w prawo do prywatności.

Pamiętać należy, iż aby ingerencja nie stanowiła naruszenia przepisu art. 8 Konwencji muszą być spełnione przesłanki wskazane w treści ust. 2 tegoż artykułu – musi być przewidziana przez ustawę, konieczna w demokratycznym społeczeństwie i służyć realizacji jednego lub kilku wskazanych w tym przepisie celów. Niemiecka regulacja spełniała według Trybunału pierwszy warunek legalności, gdyż ingerencja miała podstawę prawną w konstytucji i w ustawie. Trybunał zgodził się ze stanowiskiem rządu niemieckiego, który twierdził, iż kwestionowane przez skarżących przepisy miały na celu ochronę bezpieczeństwa państwa oraz ochronę porządku i przeciwdziałanie przestępstwom. Tym samym uznał następną przesłankę zgodności regulacji z Konwencją – wynikającą z treści art. 8 ust. 2 – za spełnioną. Rozważając, czy uczyniono zadość ostatniemu warunkowi legalności, czyli „konieczności" w demokratycznym społeczeństwie, Trybunał zwrócił uwagę, że współczesne społeczeństwa demokratyczne są zagrożone różnymi wyrafinowanymi formami szpiegostwa i terroryzmu. W związku z tym państwa są niekiedy zmuszone do tajnej kontroli osób o taką działalność podejrzewanych. Korzystają w tej materii z pewnej swobody

[3] Wyrok z 6.09.1978 r., skarga nr 5029/71, A. 28, Lex nr 80801.

[4] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo. t. 2. Prawo do życia i inne prawa,* Kraków 2002, s. 815.

w doborze środków, która jednak nie jest nieograniczona – mogłoby to bowiem nieść ze sobą zagrożenia dla systemu demokratycznego. Z tego powodu ustawodawca powinien przewidzieć odpowiednie gwarancje przeciwko ewentualnym nadużyciom. Ocena, czy są one wystarczające ma charakter względny – zależy bowiem od okoliczności sprawy m.in.: rodzaju, zakresu, czasu trwania środków, rodzaju władz podejmujących decyzje o ich zastosowaniu oraz odpowiednim nadzorem nad nimi. Trybunał uznał, że niemiecka regulacja przewiduje szereg szczegółowych warunków, jakie muszą zostać spełnione, by możliwe było zastosowanie inwigilacji[5].

W orzeczeniu tym Trybunał wypowiedział się w kwestii nadzoru nad przebiegiem kontroli niejawnej. Może on przebiegać w trzech etapach: w momencie zapadnięcia decyzji, w trakcie kontroli lub po jej zakończeniu. Wskazane jest, by ów nadzór był sprawowany przez sąd, gdyż jak stwierdził Trybunał, wszędzie tam gdzie istnieje zagrożenie nadużyć szkodliwych dla demokratycznego społeczeństwa, pożądane jest powierzenie kontroli temu organowi. Przewidziany w niemieckiej regulacji system kontroli wyklucza jednak udział sądu, który zastąpiony został nadzorem sprawowanym przez komisje parlamentarne. Trybunał uznał jednak, iż wspomniane komisje parlamentarne są w dostatecznym stopniu niezależne i zdolne do sprostania temu zadaniu[6].

Trybunał musiał również ustosunkować się do problemu związanego z faktem, iż osoba inwigilowana nie jest powiadamiana o podjętych wobec niej działaniach, a w związku z tym nie ma możliwości skorzystania z odpowiedniego środka kontroli na drodze sądowej. Trybunał uznał, że późniejsze powiadomienie każdej osoby, wobec której stosowany był dany środek, mogłoby narazić na zagrożenie cel, dla osiągnięcia którego inwigilację zastosowano oraz przyczynić się do ujawnienia sposobów działania tajnych służb. Ponadto według Trybunału, jeżeli ingerencja w prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji, wynikająca z kwestionowanych przepisów, jest usprawiedliwiona w świetle przepisu art. 8 ust. 2 Konwencji, to sam fakt niepoinformowania jednostki będącej obiektem kontroli o jej inwigilowaniu nie może być sprzeczny z tym przepisem, skoro wskutek jego zastosowania inwigilacja jest skuteczna[7]. W przedmiotowej sprawie Trybunał nie stwierdził naruszenia przepisu art. 8 Konwencji.

Równie ważna dla naszych rozważań jest sprawa Malone przeciw Wielkiej Brytanii[8]. W orzeczeniu Trybunał ponownie potwierdził, że już sam fakt istnienia możliwości inwigilowania społeczeństwa przez państwo stanowi naruszenie prawa do prywatności. W związku z tym stwierdził, że doszło do ingerencji w życie prywatne jednostki. Należało zatem ocenić, czy owa ingerencja była

[5] Zob. szerzej: A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 18 listopada 1977 r., op. cit.* s. 129-134.
[6] M. A. Nowicki, *Europejski…,op. cit.,* s. 816.
[7] Zob. A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 18 listopada 1977 r., op. cit*., s. 132-134.
[8] Wyrok z 2.08.1984 r., skarga nr 8691/79, A. 82, Lex nr 80974.

uzasadniona, czyli czy zachodziły przesłanki przewidziane w przepisie art. 8 ust. 2. Badając, czy została spełniona pierwsza z nich, tj. czy wkroczenie państwa w sferę prywatną było „przewidziane przez ustawę", Trybunał przywołał fragment swojego wcześniejszego orzeczenia – wyroku Silver i inni przeciwko Wielkiej Brytanii[9], w którym uznał, że pojęcie to należy interpretować według zasad ogólnych, sformułowanych w orzeczeniu „The Sunday Times" przeciwko Wielkiej Brytanii[10], gdzie zostało użyte w kontekście przepisu art. 10 ust. 2 Konwencji, chroniącego wolność wyrażania opinii. Zgodnie z pierwszą ze wspomnianych zasad, pojęcie „ustawa"/„prawo" oznacza zarówno prawo pisane jak i niepisane[11]. Druga natomiast wskazuje, iż każda ingerencja musi mieć podstawę prawną, którą stanowią przepisy prawa krajowego, spełniające wymogi „dostępności" (obywatel musi mieć możliwość uzyskania wskazówki, co do reguł prawnych, znajdujących zastosowanie w danej sprawie) oraz „przewidywalności" (obywatel musi być w stanie przewidzieć konsekwencje danych działań)[12]. Przepisy, będące podstawą prawną do podjęcia przez organy państwa czynności polegających na inwigilacji, muszą być jasno i precyzyjnie sformułowane w taki sposób, by obywatele nie mieli wątpliwości, w jakich okolicznościach państwo jest uprawnione do ingerencji w sferę ich prywatności. Oczywiście nie oznacza to, że jednostka powinna być stanie przewidzieć, kiedy władze mogą zastosować względem niej podsłuch, tak by móc dostosować swoje zachowanie. Wymogi przewidziane w Konwencji – zwłaszcza dotyczące przewidywalności – nie mogą być bowiem identyczne przy kontroli niejawnej, prowadzonej w ramach śledztw i dochodzeń, jak przy ograniczeniach innych praw jednostek[13].

Trybunał podkreślił, że użyte sformułowanie „przewidziane przez ustawę" jednocześnie nakłada wymogi dotyczące „jakości" prawa. Przede wszystkim regulacje muszą być zgodne z zasadą rządów prawa, o której jest mowa w preambule do Konwencji. Oznacza to – co wynika z przedmiotu i celu przepisu art. 8 – że w prawie krajowym istnieć musi środek ochrony prawnej przed dowolną ingerencją organów państwowych. Natomiast system kontroli rozmów telefonicznych przez organy ścigania powinien zawierać odpowiednie gwarancje uniemożliwiające jakiekolwiek nadużycia[14]. Trybunał uznał, iż przepisy brytyjskie, regulujące stosowanie kontroli komunikowania się były niejasne i nieprecyzyjne. Trudno również ocenić, jaka część uprawnień kontrolnych wynikała bezpośrednio z przepisów, a jaka z praktyki ich stosowania. W związku z tym obywatele nie mieli zagwarantowanego nawet minimalnego poziomu ochrony prawnej,

[9] Wyrok z 25.03.1983 r., skarga nr 5947/72, A. 61, Lex nr 80848.
[10] Wyrok z 26.04.1979 r., skarga nr 6538/74, A.30, Lex nr 80817.
[11] Do „prawa niepisanego" w orzecznictwie Trybunału zalicza się m.in. praktykę stosowania prawa.
[12] A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 2 sierpnia 1984 r., sygn. 4/1983/60/94. Sprawa Malone przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (cz. II), „Prokuratura i Prawo" 1997, nr 5, s. 103.
[13] M. A. Nowicki, *Europejski*…, op. cit., s. 835
[14] A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 2 sierpnia 1984 r. op. cit*, s. 136-137.

wynikającej z zasady rządów prawa, będącej fundamentem demokratycznego państwa[15].

Trybunał orzekł, iż środki zastosowane wobec Malone'a stanowiły ingerencję w jego prawo do poszanowania prawa do prywatności i korespondencji. Ponadto w omawianym wyroku Trybunał zajął się kwestią kwalifikacji prawnej tzw. *meteringu*. *Metering* jest standardową czynnością, dokonywaną przez dostawców usług telekomunikacyjnych, polegającą na rejestrowaniu połączeń wykonanych z danego aparatu telefonicznego (zapisu numerów wybranych, wraz z datą wykonania i czasem trwania każdego połączenia – tzw. *billing*). *Metering* sam w sobie nie stanowi ingerencji w prawo do prywatności. Ingerencję stanowi udostępnienie policji, bez zgody abonenta, informacji tą drogą uzyskanych. Zdaniem Trybunału, *bilingi* stanowią integralny element rozmowy telefonicznej. W brytyjskim prawie kwestia ich przekazywania policji nie była wówczas w jakikolwiek sposób uregulowana, w szczególności nie było przepisów zezwalających na taką praktykę oraz przewidujących odpowiednią procedurę.

W sprawie Kruslin przeciwko Francji[16] Trybunał podkreślił, iż wyrażenie „przewidziane przez ustawę" w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 2, oznacza warunek, by zastosowany środek miał podstawę w prawie krajowym (rozumianym szeroko, ponieważ obejmującym zarówno prawo pisane, w tym również akty prawne o randze podustawowej, jak i niepisane) wymagając jednocześnie, by adresaci regulacji mieli możliwość zapoznania się z jej treścią (warunek dostępności) i w rezultacie mogli dostosować odpowiednio swoje zachowanie (warunek przewidywalności). W konsekwencji uznano, że ingerencja w omawianej sprawie miała podstawę prawną oraz czyniła zadość warunkowi dostępności, ale nie spełniała warunku „przewidywalności". Trybunał podkreślił, iż dla jego realizacji nie wystarcza jedynie istnienie stosownych przepisów. Przepisy te muszą być jeszcze odpowiedniej jakości, przejawiającej się przede wszystkim w ich zgodności z zasadą rządów prawa[17]. Oceniając francuską regulację pod tym kątem Trybunał uznał, że nie zawierała ona odpowiednich zabezpieczeń przed możliwymi nadużyciami władzy przez organy państwowe. W związku z tym uznał, że naruszono przepis art. 8 Konwencji[18].

W omawianym orzeczeniu, wskazując na braki francuskiej procedury, Trybunał określił jednocześnie pewne minimalne gwarancje, jakie powinny zawierać ustawowe regulacje krajowe, by zapobiec nadużyciom ze strony organów państwa. W tym zakresie konieczne jest:

1. zdefiniowanie kategorii osób, wobec których może być zastosowana kontrola rozmów telefonicznych;
2. wskazanie natury przestępstw, które mogą być podstawą wydania decyzji o zastosowaniu podsłuchu;

[15] M. A. Nowicki, *Europejski..., op. cit,* s. 828-829.
[16] Wyrok z 24.04.1990 r., skarga nr 11801/85, A. 176-A, Lex nr 81101.
[17] Zob. M. A. Nowicki, *Europejski..., op. cit.*, s. 835-837.
[18] Podobne stanowisko Trybunał zajął w wyroku z 24.04.1990 r., skarga nr 11105/84, A. 170-B, Lex nr 81102.

3. określenie czasu, przez jaki może być stosowana kontrola rozmów;
4. stworzenie odpowiednich procedur opracowywania raportów zawierających przechwycone rozmowy;
5. ustalenie środków ostrożności umożliwiające przekazanie nagranych rozmów w całości do ewentualnego zapoznania się sądowi i obronie;
6. określenie okoliczności skutkujących zniszczeniem nagrań.

W orzeczeniu Halford[19] przeciwko Wielkiej Brytanii Trybunał rozstrzygał kwestię, czy rozmowy telefoniczne wykonywane z miejsca pracy korzystają z takiej ochrony jak prywatne. Już w jednym ze wcześniejszych orzeczeń, w wyroku Niemietz przeciwko Niemcom[20], uznał, iż na prawo do poszanowania życia prywatnego składa się również prawo nawiązywania i utrzymywania kontaktów z innymi ludźmi. Stąd pojęcie „życia prywatnego" (w rozumieniu przepisu art. 8 ust. 1 Konwencji) obejmuje także czynności natury zawodowej lub biznesowej, gdyż większość ludzi na tym polu nawiązuje kontakty ze światem zewnętrznym. Ponadto nie zawsze jest możliwe rozdzielenie działań jednostki dotyczących sfery zawodowej i prywatnej[21]. Kontynuując to rozumowanie Trybunał w omawianym wyroku orzekł, iż rozmowy telefoniczne podejmowane z miejsca pracy korzystają z ochrony analogicznej jak wykonywane z miejsca zamieszkania, mieszcząc się tym samym w zakresie znaczeniowym pojęcia „życia prywatnego i „korespondencji" użytego w treści art. 8 Konwencji.

W sprawie Lambert przeciwko Francji[22] Trybunał zajmował się naruszeniem prawa do prywatności w sytuacji, gdy ofiarą podsłuchu rozmów telefonicznych na skutek kontroli cudzej linii telefonicznej jest przypadkowa osoba. Fakt, że do podsłuchu doszło w wyniku kontroli linii telefonicznej należącej do osoby trzeciej Trybunał uznał za nieistotny. Przyjęcie przeciwnego stanowiska doprowadziłoby do pozbawienia ochrony prawnej dużej grupy osób korzystających z cudzej linii telefonicznej, czyniąc tym samym ochronę zapewnianą przez Konwencję i odpowiednie regulacje krajowe – iluzoryczną[23].

W sprawie M.M. przeciwko Holandii[24] sytuacja przedstawiała się odmiennie niż we wcześniej omówionych – osobą inwigilującą była osoba prywatna. Na pozór więc przepis art. 8 Konwencji nie powinien w ogóle znaleźć zastosowania. Problem był jednak bardziej złożony. Mianowicie, organy ścigania posłużyły się w swoich działaniach osobą prywatną, którą wyposażono w odpowiednie urządzenia rejestrujące oraz poinstruowano ją, jak ma prowadzić rozmowę. Trybunał w związku z tym uznał, że w sprawie tej organy państwa wykazały się aktywnością, gdyż zarówno prokuratura jak i policja działały w ramach swoich

[19] Wyrok z 25.06.1997 r., skarga nr 20605/92, RJD 1997-III, Lex nr 79694.
[20] Wyrok z 16.16.1992 r., skarga nr 13710/88, A. 251 B, Lex nr 81278.
[21] Sprawa ta dotyczyła przeprowadzenia przeszukania w kancelarii. Trybunał uznał, że użyte w art. 8 Konwencji pojęcie „mieszkanie" jest szersze niż pojęcie „dom" i może obejmować biuro czy gabinet osoby wykonującej wolny zawód.
[22] Wyrok z 24.08.1998 r., skarga nr 23618/94, RJD 1998-V, Lex nr 78178.
[23] M. A. Nowicki, *Europejski..., op. cit*., s. 867.
[24] Wyrok z 8.04.2003 r., skarga nr 39339/98. Zob. M. A. Nowicki, Europejski…, op. cit., s. 876-877.

uprawnień i obowiązków. Państwo ponosiło zatem odpowiedzialność za ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałaby przyzwolenie na omijanie wymogu zachowania odpowiedniej procedury przy prowadzeniu inwigilacji przez organy ścigania – poprzez posługiwanie się „prywatnymi agentami". Czyniłoby ochronę zapewnianą przez Konwencję nieefektywną. Dlatego też Trybunał uznał, iż władze publiczne dopuściły się ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego.

W sprawie Association for European Integration and Human Rights i Ekimdzhiev przeciwko Bułgarii[25], ze skargą wystąpiło stowarzyszenie zajmujące się ochroną praw człowieka oraz adwokat reprezentujący skarżących w postępowaniach przed Trybunałem. W niniejszej sprawie Trybunał musiał rozważyć kwestię, czy osoba prawna (pod tym pojęciem rozumiano każdą jednostkę organizacyjną posiadającą zdolność prawną, niekoniecznie posiadającą jednocześnie osobowość prawną), jaką jest stowarzyszenie, ma prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego. We wcześniejszych orzeczeniach Trybunał przyznał takim jednostkom prawo do poszanowania mieszkania[26]. W ostateczności nie rozstrzygnięto tej kwestii. W omawianym orzeczeniu Trybunał stwierdził natomiast, że osoba prawna może korzystać z zagwarantowanego w przepisie art. 8 prawa do poszanowania korespondencji, ponieważ dotyczy ono zarówno korespondencji dokonywanej z pomieszczeń służącym celom prywatnym, jak i prowadzeniu działalności zawodowej.

W sprawie Liberty i inne organizacje przeciwko Wielkiej Brytanii[27] Trybunał zajął się kwestią tzw. monitoringu strategicznego[28], czyli działań polegających nie na inwigilacji konkretnych osób, lecz na kontroli całości korespondencji – telefonicznej i elektronicznej (w tym także poufnej) – prowadzonej w ramach jednostki organizacyjnej. Trybunał uznał, iż brak jest podstaw do stosowania odmiennych zasad dotyczących dostępności i jasności regulacji prawnych w związku z przechwytywaniem korespondencji przy zastosowaniu „ogólnych programów inwigilacji" (czyli np. monitoringu strategicznego) i inwigilacji konkretnych osób.

III. Korespondencja więźniów

Drugą grupę spraw związanych z naruszeniem prawa do poszanowania korespondencji – obok dotyczących podsłuchu i inwigilacji – stanowią przypadki ingerencji w korespondencję osób pozbawionych wolności[29].

Pobyt w więzieniu nie powoduje ustania czy zawieszenia ochrony, jaką zapewnia przepis art. 8 Konwencji. Swoboda korespondencji więźniów może jednak

[25] Wyrok z 28.06.2007 r., skarga nr 62540/00, Lex nr 289567.

[26] Wyrok z 16.04.2002 r. w sprawie Société Colas Est i inni p. Francji, skarga nr 37971/97, RJD 2002–III; wyrok z 28.04.2005 r. w sprawie Buck p. Niemcom, skarga nr 41604/98, RJD 2005-IV.

[27] Wyrok z 1.07.2008 r., skarga nr 58243/00, Lex 411419.

[28] Por. decyzja w sprawie Weber i Saravia p. Niemcom z 29.06.2006 r., skarga nr 54934/00, Lex nr 282129.

[29] A także osób tymczasowo aresztowanych. Stąd w dalszych rozważaniach posługujemy się terminem „więzień", czy „pozbawiony wolności", mając na myśli również osobę tymczasowo aresztowaną.

podlegać pewnym ograniczeniom, wynikającym ze zwyczajnych i uzasadnionych wymagań związanych z faktem uwięzienia. Muszą być one oczywiście zgodne z przepisem art. 8 ust. 2. Stąd, po pierwsze, muszą być przewidziane przez prawo. W powoływanym już orzeczeniu Silver Trybunał stwierdził, że nie spełniają tego wymogu wszelkiego rodzaju niedostępne dla więźniów wewnętrzne instrukcje, gdyż pozwalają na całkowitą arbitralność władz więziennych. Po drugie, muszą być konieczne w demokratycznym społeczeństwie. Trybunał analizując tę przesłankę w orzeczeniu w sprawie Campbell przeciwko Wielkiej Brytanii[30] wskazał, iż oznacza to, że ograniczenia swobody korespondencji muszą odpowiadać „pilnej potrzebie społecznej' oraz pozostawać w odpowiedniej proporcji do uzasadnionego celu, jaki mają realizować. Podkreślił, że przy ocenie dopuszczalnego zakresu kontroli korespondencji fakt, iż czasami możliwość pisania i otrzymywania listów stanowi dla więźnia jedyny kontakt ze światem zewnętrznym, nie może być pomijany. Po trzecie, ograniczenia te muszą służyć realizacji jednego lub kilku celów wskazanych w treści art. 8 ust. 2. W tym wypadku jest to działanie w celu „ochrony porządku i zapobiegania przestępstwom". Bez wątpienia może ono usprawiedliwiać szerszy zakres ingerencji w prawa osoby skazanej niż pozostającej na wolności[31]. Niedopuszczalne jest zatem bezpodstawne niszczenie korespondencji (nawet bez czytania jej treści)[32], czy utrudnianie jej prowadzenia poprzez np. uniemożliwienie jej rozpoczęcia, polegające na odmowie udostępnienia narządzi do pisania[33]. Co więcej, po stronie państwa istnieje pozytywny obowiązek umożliwienia więźniom realizacji ich prawa poprzez dostarczenie kopert, znaczków i – w miarę możliwości – zwolnienie z opłat pocztowych[34]. Natomiast, jak stwierdził Trybunał w orzeczeniu w sprawie A. B. przeciwko Holandii[35], art. 8 nie gwarantuje więźniom prawa do rozmów telefonicznych, w szczególności, jeśli inne formy korespondencji są „dostępne i wystarczające".

Ze względu na drugą stronę korespondencji można wyróżnić pewne jej kategorie korzystające z różnego stopnia ochrony przed ingerencją. Będzie to korespondencja: prywatna, z obrońcą, z organami publicznymi oraz z Trybunałem.

Najszerszemu zakresowi kontroli może podlegać korespondencja prowadzona przez pozbawionego wolności z osobami prywatnymi, zwłaszcza na etapie toczącego się jeszcze postępowania karnego. Zawsze jednak musi być ona uzasadniona oraz zgodna z zasadą proporcjonalności[36]. Nie należy zapominać, że ograniczenia korespondencji więźnia z członkami jego rodziny nie mogą godzić w jego prawo do poszanowania życia rodzinnego[37].

[30] Wyrok z 25.03.1992 r., A. 223, skarga nr 13590/88, Lex nr 81252.
[31] Wyrok w sprawie Golder p. Wielkiej Brytanii z 21.02.1975 r., A. 18, skarga nr 4451/70, Lex nr 80789.
[32] Wyrok w sprawie Golder p. Wielkiej Brytanii z 21.02.1975 r., op. cit.
[33] M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009, s. 396.
[34] L. Garlicki [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja*…, s. 547.
[35] Wyrok z 29.01.2002 r., skarga nr 37328/97, Lex nr 75674.
[36] Np. wyrok z 30.05.2006 r. w sprawie Kwiek p. Polsce, 51895/99, Lex nr 180590.
[37] L. Garlicki [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja*…, s. 547-548.

W wielu orzeczeniach Trybunał podkreślał, że korespondencja więźnia z obrońcą jest szczególnie uprzywilejowana. We wspominanym już wyroku w sprawie Campbell Trybunał stwierdził, że każdy, kto potrzebuje konsultacji prawnika, powinien mieć zapewnioną taką możliwość i to w warunkach pozwalających na nieskrępowaną i swobodną rozmowę, bowiem stosunek łączący obrońcę z klientem korzysta ze szczególnej ochrony. Z tych względów również korespondencja między więźniem a obrońcą zawsze powinna być uprzywilejowana, nawet w sytuacji, gdy nie jest związana z prowadzoną sprawą. Trybunał nie znalazł bowiem powodów, dla odmiennego traktowania korespondencji z prawnikiem ze względu na jej charakter – obojętne jest bowiem, czy ma charakter prywatny czy „służbowy".

Władze więzienne mogą otworzyć list przesłany między obrońcą a więźniem tylko w sytuacji, gdy mają uzasadnione podejrzenia, że przesyłka zawiera przedmioty zakazane, które w normalnych warunkach nie mogłyby zostać załączone do niej, a w inny sposób nie da się ich ujawnić i przejąć. W takim wypadku list powinien zostać otwarty, ale nie może być odczytany. Okoliczności, w jakich to może nastąpić muszą być ściśle określone. Powinny zostać stworzone właściwe zabezpieczenia przed odczytaniem listu przez kogokolwiek innego niż adresat. Trybunał wskazał, że mogłoby to być rozwiązane np. przez wymóg otwierania tego rodzaju „podejrzanych" przesyłek w obecności więźnia, będącego adresatem lub nadawcą. Natomiast przeczytanie korespondencji prowadzonej między więźniem a prawnikiem może być dozwolone tylko w wyjątkowych sytuacjach, kiedy istnieją uzasadnione powody by przypuszczać, że przywilej tajemnicy korespondencji z więźniem jest nadużywany i służy celom sprzecznym z prawem (np. zagraża z jakichś względów bezpieczeństwu więzienia czy osób trzecich).

Według L. Garlickiego trudno jest wykazać „konieczność" poddawania ograniczeniom korespondencji prowadzonej przez więźnia z organami publicznymi (takimi jak ombudsman, sądy, czy sąd konstytucyjny), gdyż z założenia nie może ona służyć realizacji nielegalnych celów. Dodatkowym argumentem przeciwko jej ograniczaniu jest fakt, że może ona służyć składaniu skarg na władze więzienne[38].

Ze szczególnie silnej ochrony, co wskazuje się i w doktrynie[39], i w orzecznictwie strasburskim[40], korzysta korespondencja więźniów prowadzona z Trybunałem. Podkreśla się, że nie może być utrudniana, a zastosowanie jakichkolwiek ograniczeń może skutkować nie tylko naruszeniem przepisu art. 8 Konwencji, ale również art. 34, który nakłada na państwa-strony obowiązek nieprzeszkadzania w żaden sposób w wykonywaniu przez jednostkę prawa do skargi.

[38] L. Garlicki [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja*…, s. 548.
[39] Zob. L. Garlicki [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja*…, s. 548; M. A. Nowicki, *Wokół...,* s. 398.
[40] Zob. np. orzeczenie Petra p. Rumunii z 23.09.1998 r., skarga nr 27273/95, RJD 1998-VII, Lex nr 77359.

VI. Podsumowanie

Wydaje się, że przeprowadzona powyżej, zwięzła analiza orzecznictwa Trybunału pozwala bezspornie stwierdzić, że zdecydowanie liczniejsza i donioślejsza jest pierwsza grupa orzeczeń, dotyczących problematyki podsłuchu i monitoringu połączeń telekomunikacyjnych. Wynika to z prozaicznego faktu, że dotyczą one praw każdego, a nie ograniczonej grupy podmiotów, jak w przypadku drugiej omówionej kategorii, czyli spraw związanych z naruszeniem prawa do poszanowania korespondencji więźniów. Jednocześnie problemy pojawiające się w związku z inwigilacją obywateli wykazują bez wątpienia wyższy stopień skomplikowania.

Na gruncie omówionych orzeczeń wyraźnie można dostrzec pewne procesy zachodzące w materii prawa do poszanowania korespondencji (z tym, że znacznie ostrzej zarysowane są one w pierwszej kategorii spraw). Związane są one przede wszystkim z prężnym rozwojem techniki, który, po pierwsze, wymusił rozszerzenie pojęcia korespondencji na nowe formy komunikacji międzyludzkiej. Po drugie, dał organom państwa do ręki wiele wyrafinowanych narzędzi, służących do prowadzenia inwigilacji. W konsekwencji doszło – paradoksalnie – do stopniowego wzmocnienia ochrony prawa do prywatności obywateli, przejawiającego się w zapewnieniu odpowiednich gwarancji jego poszanowania. Jednocześnie jednak, wzrost zagrożenia terroryzmem, przestępczością zorganizowaną, czy szpiegostwem (wykorzystujących również zdobycze najnowszej techniki) doprowadził do tendencji przeciwnej: państwo, w trosce o bezpieczeństwo obywateli zostało zmuszone silniej ingerować w życie prywatne osób podejrzanych o nielegalną i niebezpieczną działalność. Jądrem tego zjawiska jest odwieczna kolizja dobra jednostki z dobrem społeczeństwa – w tym wypadku przybierająca postać konfliktu między koniecznością zagwarantowania jednostkom prawa do prywatności z jednej strony oraz zapewnieniem bezpieczeństwa społeczeństwu – z drugiej.

Marzena Myślińska, Filip Radoniewicz

Współutorka, mgr Marzena Myślińska, jest asystentem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

Współautor, mgr Filip Radoniewicz, jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

Jerzy Wojciech Wójcik

Cyberprzestępczość
Wybrane zagadnienia kryminologiczne i prawne

1. Wprowadzenie

Współczesne życie społeczne i gospodarcze, a szczególnie informowanie i komunikowanie, edukacja, bezpieczeństwo, także biznes oraz różnego rodzaju transakcje, opierają się przede wszystkim na osiągnięciach najbardziej energicznie rozwijającej się technologii informacyjnej. Z osiągnięć tej dziedziny korzystają wszyscy, najczęściej w sposób zgodny z prawem.

Według danych Telekomunikacji Polskiej z połowy 2009 r. blisko 7 mln Polaków płaci za dostęp do Internetu, a z tego 1,2 mln w sieciach komórkowych. Ponadto, z Internetu mobilnego korzysta ponad milion osób. Wspomniane badanie wykonano na próbie 505 internautów w wieku 18-54 lata, a pytania zadano w ramach badania Omnibus Online w dniach 11-15 czerwca 2009 roku. Okazuje się, że w Polsce dostęp do sieci sprzedaje się lepiej niż we Francji czy w Niemczech. W Europie łącznie z Internetu mobilnego korzysta około 42 mln osób.

Z wyników badań przeprowadzonych w Polsce przez IMAS International na zlecenie Polskie Badania Internetu CBOS w temacie „Zagrożenia w Internecie" wynika, że przykładowo: 51% osób w wieku powyżej 16 lat korzysta z Internetu, 91% tych badanych ma dostęp do sieci w domu, a 75% internautów uczy się i pracuje. Badani dostrzegają również niebezpieczeństwa, które mogą im zagrażać, gdyż np.: 35% badanych pobrało wirusa, 30% znalazło w sieci nieprawdziwe informacje, a co 20 internauta padł ofiarą oszustwa, gdy dokonywał zakupów przez Internet[1].

Internet zapewnia różnorodne formy komunikowania i zdobywania informacji. Umożliwia nowy styl życia m.in. poprzez możliwość informowania, wymiany danych i poglądów, uczenia się, zawierania transakcji. Daje nam do dyspozycji e-maile, SMS-y, pliki i komunikatory jak np.: Skype, Gadu-Gadu i inne. Umożliwia dostęp do niezwykle obszernych i interesujących nas danych. Można zatem stwierdzić, że Internet sprzyja rozwojowi gospodarki narodowej, lecz umożliwia także kontakty i transakcje przedstawicieli środowisk patologicznych i przestępczych. Powszechnie znane jest rozpoznanie policyjne dotyczące faktu, że współcześni zorganizowani przestępcy wykorzystują nowoczesne środki komunikacji, a w tym również Internet.

[1] K. Świerczyńska, *Raczej zrezygnujemy z telewizji i komórki niż z dostępu do sieci*, „Dziennik" z dnia 23 lipca 2009 r. oraz http://wiadomosci.wp.pl/kat,1347,title,Internauci-nie-chronia-swojej-prywatnosci,wid,11322805

Pojęcie „cyber" to pierwszy człon wyrazów złożonych wskazujący na ich związek z informatyką, a zwłaszcza z Internetem[2]. Cyberprzestępczość oznacza zatem przestępczość związaną z informatyką, a szczególnie z Internetem. Najbardziej dotkliwym skutkiem tej przestępczości jest cyberterroryzm, który jest jedną z form terroryzmu związaną z cyberprzestrzenią. Mając na względzie definicję zawartą w art. 115 § 20 k.k. dochodzimy do wniosku, iż cyberterroryzm polega na przestępnym działaniu związanym z informatyką i mającym na względzie jeden z poniższych celów:

a) poważne zastraszenie wielu osób,
b) zmuszenie organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności,
c) wywołanie poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej – a także groźbę popełnienia takiego czynu.

Cyberprzestępczość istnieje od czasu powstania cyberprzestrzeni, natomiast od ponad 20 lat zarówno unijne, jak i polskie regulacje prawne zmierzają do przeciwdziałania temu zjawisku. Jednakże nie są to działania skuteczne; obserwujemy systematyczny wzrost zagrożeń, a ich przyczyny i uwarunkowania są złożone. W wielu krajach, nawet najlepiej wyszkolone organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości, w obliczu nowych zagrożeń nie zdają egzaminu w zakresie skutecznej reakcji na nowe formy przestępstw występujących w Internecie.

Wyrafinowany *modus operandi* sprawców znacznie utrudnia skuteczne działania rozpoznawcze, a przede wszystkim zapobiegawcze. Na tym tle wyłania się szczególne znaczenie wykrywcze i dowodowe śladu transakcyjnego i elektronicznego, niezbędne w rozpoznawaniu afer gospodarczych, a oszustw finansowych w szczególności.

Znaczenie różnorodnych możliwości i nadchodzących zagrożeń w cyberprzestrzeni nie jest jeszcze należycie doceniane. Warto zatem zwrócić uwagę na słowa dr Malcolma Davisa z King's College w Londynie – eksperta ds. przyszłej wojny. Bardzo trafnie określił on, że „do trzech klasycznych teatrów działań wojennych: morza, ziemi i powietrza, dojdzie niedługo czwarty: cyberprzestrzeń". Jego zdaniem hakerzy, jak komandosi, mają największą szansę działania poza linią wroga. Żyjemy w czasach, gdy niemal wszystko jest kontrolowane przez komputery. Zatem dobrze wymierzony cyberatak będzie mógł sparaliżować nieprzyjacielską armię[3]. Nic więc dziwnego, że atak komputerowy może być potraktowany jak atak konwencjonalny. I tak, prawne zasady obrony były omawiane na szczycie NATO pod koniec ubiegłego roku. Oznacza to przygotowywanie się sojuszu NATO na wypadek ewentualnej cyberwojny.

[2] *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN S.A. http://sjp.pwn.pl/lista.php?co=cyber
[3] http://www.123people.com/s/malcolm+davis

2. Konieczność badań kryminologicznych i kryminalistycznych

Inspiracją do prawnego, kryminologicznego i kryminalistycznego spojrzenia na potrzebę rozpoznawania i ochrony funkcjonujących w cyberprzestrzeni systemów teleinformatycznych jest wiele różnorodnych zagadnień, z których podstawowe to:

- rozmiary zagrożeń przestępczością w cyberprzestrzeni oraz jej związki z obrotem gospodarczym, przedsiębiorstwami i instytucjami finansowo-bankowymi są wciąż niedoceniane[4];
- rzeczywiste rozmiary przestępczości w cyberprzestrzeni są trudne do określenia, gdyż sprawcy działają w stosunkowo długim czasie i powodują zarówno poważne straty materialne, jak i niematerialne. Wyrafinowany *modus operandi* sprawców znacznie utrudnia skuteczne działania rozpoznawcze, a przede wszystkim wykrywcze i zapobiegawcze;
- charakterystyczny jest zarówno brak kompleksowej i profesjonalnej analizy i kryminologicznej oceny istniejących zagrożeń, czego oczywistym skutkiem jest brak kryminologicznej diagnozy i prognozy;
- wspomniane przestępstwa ujawniane są przypadkowo, najczęściej z powodu błędów popełnianych przez sprawców;
- organy ścigania wciąż jeszcze odgrywają minimalną rolę w ujawnianiu tych przestępstw i przede wszystkim z tego względu prewencyjna rola śledztwa oraz wyroku sądowego jest niezwykle ograniczona;
- największa rola w zapobieganiu wspomnianej przestępczości przypada samym użytkownikom systemów teleinformatycznych, bowiem sprawcy najczęściej wykorzystują błędy w administrowaniu i ochronie systemów;
- jednym z podstawowych mankamentów jest brak dostatecznej świadomości na temat realnych potrzeb i możliwości stosowania profesjonalnych zabezpieczeń;
- wciąż niedostateczną wagę przykłada się do osiągnięć specjalistycznych firm w zakresie ochrony oraz stosowania nowoczesnych zabezpieczeń, a także wciąż jeszcze istnieje niedostateczna lub bardzo ogólnikowa świadomość społeczna na temat występujących zagrożeń, na które narażone są wszystkie instytucje i przedsiębiorstwa z powodu atrakcyjności ich produkcji, prowadzonej działalności, czy innych form inspirujących zainteresowania konkurencji, wywiadu gospodarczego, oszustów i fałszerzy, a być może cyberterrorystów itp.;
- szefowie wielkich organizacji, jak i małych firm wciąż jeszcze zbyt małą rolę przykładają nie tylko do właściwej ochrony informacji i ochrony systemów teleinformatycznych, lecz także do kompleksowego systemu ochrony i zabezpieczeń, czyli do polityki bezpieczeństwa organizacji, bezpieczeństwa ekonomicznego, a także bezpieczeństwa narodowego – w aspektach politycznych,

[4] Szerzej: J.W. Wójcik, *Oszustwa finansowe. Zagadnienia kryminologiczne i kryminalistyczne*, Wydawnictwo JWW, Warszawa 2008, s. 336-385, *w*ięcej o książce patrz www.jww.waw.pl

ekonomicznych, militarnych, ekologicznych i socjalnych oraz w sferze informacyjnej[5];

- należy zdawać sobie sprawę z faktu, że mamy do czynienia z profesjonalnym przeciwnikiem. To często świetnie wykształcony intelektualista, któremu niejednokrotnie znane są procedury instytucji finansowych, a przede wszystkim systemy zabezpieczeń;
- nadal zbyt małą rolę przykłada się do realizacji zadań w zakresie edukacji zarówno w wyższych uczelniach, jak i w ramach profesjonalnych szkoleń mających na celu wyjaśnianie rodzajów i rozmiarów zagrożeń, dążenie do opracowywania kryminologicznej diagnozy i prognozy, a także rozpoznawania *modus operandi* sprawców, stosowania obowiązującego prawa oraz wdrażania nowoczesnych zasad zapobiegania.

3. Rozpoznane zagrożenia

Proponując klasyfikację ogólnych zagrożeń przedstawioną w tabeli 1 warto zaznaczyć, że wśród zjawisk mogących skutkować sytuacją kryzysową w cyberprzestrzeni, zjawisko cyberprzestępczości jest tylko jednym z wielu problemów. Jednakże jest to również wielowarstwowe i ponadnarodowe zagadnienie, któremu w niniejszej publikacji można poświęcić ograniczone ramy.

Tabela 1. Klasyfikacja zagrożeń związanych z funkcjonowaniem systemów teleinformatycznych

AWARIE Zasilania Zalanie Łączności Pożar Uszkodzenie budynku Inne	**NIEWŁAŚCIWE DZIAŁANIE OBSŁUGI** Błąd pracownika Celowe działanie Nagła niedyspozycja Inne	**NIEWŁAŚCIWE DZIAŁANIE SPRZĘTU LUB OPROGRAMOWANIA** Wada sprzętu Wada programu
SPOŁECZNO -EKONOMICZNE Strajki Rozruchy Inne	**EKOLOGICZNE** Powódź Huragan Skażenie jądrowe Skażenie środowiskowe Trzęsienie ziemi, tsunami Inne	**CYBERPRZESTĘPCZOŚĆ** Działanie personelu Działanie z zewnątrz

Źródło: opracowanie własne.

W stwierdzonych przestępstwach komputerowych, ujętych w tabeli 2, staty-

[5] Na temat pojęcia, zakresu i znaczenia bezpieczeństwa narodowego patrz: Z. Nowakowski, *Bezpieczeństwo państwa w koncepcjach programowych partii parlamentarnych w Polsce po 1989 roku,* Towarzystwo Naukowe Powszechne S.A., Warszawa 2009.

stycznie dominuje oszustwo komputerowe. Przestępstwa stwierdzone, dotyczące działania określanego jako nielegalne zdobycie informacji, zabronione w myśl art. 267 k.k., tj. nielegalny dostęp do systemu informatycznego, czyli *haking,* podsłuch komputerowy oraz ujawnienie zdobytych w ten sposób informacji osobom trzecim – to czyny, które wykazują wyraźną tendencję wzrastającą. Ujawniane są również przypadki sabotażu komputerowego. Rok 2008 wyraźnie wyróżnił się największą liczbą stwierdzonych przestępstw w cyberprzestrzeni. Jednakże brak jest wielu danych o przestępstwach stwierdzonych, a dotyczących szczególnie kradzieży, fałszerstw i oszustw związanych z kartami płatniczymi.

Praktyka śledcza wykazuje wiele rozpoznanych już tego typu przestępstw i wykroczeń w Internecie. Są to przykładowo:

- podsłuch i podgląd komputerowy,
- handel narkotykami[6],
- nielegalny handel bronią, materiałami wybuchowymi, amunicją, a także pomocnictwo w konstruowaniu bomb (instruktaż),
- handel ludźmi – Internet jest wykorzystywany do przyciągnięcia potencjalnych ofiar ofertami pracy za granicą, itp.,
- pedofilia i twarda pornografia
- hazard i reklama internetowych kasyn gry,
- *spamming* – niechciane elektroniczne wiadomości (najczęściej w formie reklamy) lub nadmiar informacji zbędnych dla odbiorcy przekazu,
- handel dyplomami wyższych uczelni,
- naruszenie praw autorskich poprzez plagiaty, oferty pisania na zamówienie i sprzedaż prac dyplomowych,
- wyłudzenia i kradzieże pieniędzy,
- fałszowanie dokumentów,
- *haking* – włamanie do systemu,
- *phishing* – podstępne zdobycie PIN-u i numeru karty, czyli poufnych danych poprzez podszywanie się pod godną zaufania osobę lub instytucję,
- *skimming* bankomatowy – nielegalne kopiowanie kart płatniczych i wypłata pieniędzy,
- rozprowadzanie podrobionych środków farmaceutycznych,
- usługi finansowe *on-line* jak: zakup akcji, propozycje udziału w wirtualnym hazardzie, czy zaproszenia do wirtualnych kasyn gry,
- manipulowanie kursami akcji,
- oszustwa kredytowe i inne finansowe na szkodę osób fizycznych i instytucji finansowych, a w tym oszustwa nigeryjskie,

[6] Przykładowo, e-gangsterzy zarabiają miliardy dolarów i przekraczają zyski z tradycyjnego handlu narkotykami, które przez wiele lat plasowały się na pierwszym miejscu w przestępczym rankingu brudnych dochodów.

- zarządzanie przez oszustów finansowych cyberbankami, a nawet cyberkrajami (np. Dominiom of Melchizedek[7]),
- oszustwa na portalach aukcyjnych,
- pranie pieniędzy w formie cyberprania – *cyberlaundering,*
- nielegalny handel gatunkami ginącymi lub zagrożonymi wyginięciem (trofea zrobione z takich zwierząt są wystawiane w internetowych domach aukcyjnych, tak samo jak zrobione z nich medykamenty i afrodyzjaki),
- zakup lekarstw bez recepty z zagranicy, które są zabronione w innym państwie, lub które nie przeszły całej procedury dopuszczenia do sprzedaży,

Tabela 2. Wybrane stwierdzone przestępstwa komputerowe według Kodeksu karnego

Lata	Oszustwo komputerowe art. 287 § 1-2	Nielegalne uzyskanie informacji oraz podsłuch i podgląd art. 267 § 1-3	Zniszczenie lub zmiana istotnej informacji art. 268 § 1-3 i 268a	Zniszczenie lub zmiana informacji art. 269 § 1-2	Sabotaż-komputerowy art. 269a	**Razem**
2008	404	505	249	2	13	**1173**
2007	492	384	168	0	11	**1055**
2006	444	370	136	4	19	**1417**
2005	568	260	98	3	1	**930**
2004	390	248	89	0	-	**727**
2003	168	232	138	2	-	**540**
2002	368	215	167	12	-	**762**
2001	279	175	118	5	-	**577**
2000	323	240	48	5	-	**616**

Źródło: http://www.policja.pl/portal/pol/4/321

- nielegalny handel antykami, dziełami sztuki itp.,
- dystrybucja utworów i materiałów o charakterze nazistowskim, rasistowskim, lub szerzących nienawiść rasową itp. [8],
- inne, a w tym również czynności przygotowawcze do aktów terrorystycznych, jak np.: nawoływanie do aktu terrorystycznego czy finansowania terroryzmu, a w szczególności:

[7] http://www.melchizedek.com/dom/faq.html

[8] J. W. Wójcik, *Zagrożenia w cyberprzestrzeni a przestępstwa ekonomiczne* (w) T. Jemioło, J. Kisielnicki, K. Rajchel (red.), *Cyberterroryzm – nowe wyzwania XXI wieku*, wyd. cyt., s. 310-318.

- dokonywanie rozpoznania,
- werbowanie kandydatów na członków grupy,
- pozyskanie, gromadzenie i przekazywanie funduszy,
- pozyskanie zaplecza logistycznego, przygotowywanie fałszywych dokumentów stwierdzających tożsamość itp.,
- szkolenie i sprawdzanie nabytych umiejętności,
- rozpoznawanie miejsca przestępstwa i wykonanie wielu czynności przygotowawczych.

Wciąż rośnie moda na portale społecznościowe. Już kilkanaście milionów Polaków ma konta w Naszej-klasie, a kilka milionów na Facebooku, który bije wszelkie rekordy, gdyż ma już ponad pół miliarda uczestników[9]. Dbający o karierę zawodową tworzą profile na: Profeto, GoldenLine czy Linkedln. Zainteresowania specjalistyczne obejmują np.: fotografowanie – Flickr i Plofo, muzykowanie – Last.fm. Blogerzy mają Blog.pl i Bloxie, a mikroblogerzy – Blipie i Twister. Nieliczni myślą o bezpieczeństwie informacji, gdyż w zasadzie wszyscy (oprócz 2%) internauci podają dane o swoim życiu prywatnym i zawodowym. A dane te nie zawsze są wykorzystywane zgodnie z wolą właściciela. Przykładowo, Sebastian, lat 35, jest windykatorem. Przydatne mu są informacje z serwisów społecznościowych, które wykorzystuje w pracy zawodowej. Wyjaśnia, że: *Do windykacji najlepsza jest Nasza-klasa. Założyłem tam fikcyjne konto. Mam 700 ziomali. Ludzie sami mnie zapraszają. Dorzuciłem dla ściemy kilka zdjęć przyrody. Jak przychodzą akta od klientów, wstukuję w Naszą-klasę ich nazwiska"*[10]. Jest także wielu innych zainteresowanych, którzy potrafią (nie tylko służbowo) podglądać i podsłuchiwać!

Od dawna wiadomo, że na łamach Facebooka odbywają się swoiste polowania na tożsamość. Wynika z tego, że jeżeli ktoś chce to dowie się: kim jesteś i gdzie pracujesz, jak mieszkasz i czego słuchasz, kim są twoi znajomi, co pijesz, a także z kim śpisz. A to wszystko jest tak proste, że aż trudno uwierzyć[11].

Wiosną 2010 roku media angielskie szeroko komentowały sprawę 42-letniego więźnia nazwiskiem Colin Gunn, uznawanego za jednego z najgroźniejszych przestępców w Nottingham. Został skazany za dokonywanie napadów rabunkowych, wymuszanie haraczy, handel narkotykami, a także był podejrzany o zabójstwa. Nawet w zakładzie karnym nie zaprzestał swej działalności, gdyż założył profil na Facebooku i zyskał ponad 500 korespondentów. Wkrótce zaczął grozić osobom, na których się zawiódł, żądał haraczu. Także poprzez Facebook wymieniał informacje z członkami swego gangu specjalizującego się w wymuszaniu haraczy i nadal nim kierował.

[9] Facebook powstał 4 lutego 2004 r. założony przez Marka Elliota Zuckerberga i jego kolegów, studentów Uniwersytetu Harvarda. Jego twórca jest najmłodszym miliarderem świata.

[10] P. Miączyński, T. Grynkiewicz, *Kto nam skradł odciski palców*, Gazeta Wyborcza – Gazeta na Święto z dnia 2-3 czerwca 2010 r., www.wyborcza.pl

[11] Tamże.

Z danych zawartych w polskich statystykach policyjnych wynika, że systematycznie wzrasta liczba oszustw dokonywanych za pośrednictwem mediów, a zwłaszcza poprzez Internet. Dotyczy to szczególnie oszustw związanych z transakcjami handlowymi. Ostatnie wyniki badań prowadzonych przez firmę ubezpieczeniową Euler Hermes wskazują, że ponad 90% przedsiębiorstw ponosi straty przez oszustwa i kradzieże. Okazuje się, że zwolnienie lub wstrzymanie podwyżek nasila tego typu działania pracowników. W okresie 2 lat w przebadanych 350 firmach, w sześciu miastach, zanotowano od trzech do pięciu takich zdarzeń. Okazuje się, że najbardziej narażone są firmy zajmujące się sprzedażą.

Dane dotyczące handlu w Internecie były przedmiotem kontroli Najwyższej Izby Kontroli, która we wrześniu 2010 roku opublikowała, że kwitnie tam szara strefa. **Gdyby państwo lepiej chroniło swoje interesy, mogłoby zarobić nawet 500 milionów złotych więcej każdego roku. Na razie tyle wedle szacunków traci, bo ludzie handlujący w sieci nie płacą podatków.** Urzędy skarbowe i celnicy mają problem z kontrolą sklepów i usługoodawców działających w sieci. Nie ma jednolitego systemu informatycznego. Choć kontroli z roku na rok jest coraz więcej, to przeważnie są one chaotyczne. Wynikają z donosów, gdy jeden przedsiębiorca żali się na innego. A handel w sieci systematycznie się rozwija[12].

Nasilają się różnego rodzaju ataki na systemy teleinformatyczne. Ataki przeprowadzane były już nie tylko na banki, ale i bazy wojskowe, agendy rządowe, infrastrukturę strategiczną. Hakerzy sparaliżowali Estonię w 2007 roku i Litwę w 2008 roku. W kolejnym roku wirusy zaatakowały wojskowe sieci w Niemczech i Wielkiej Brytanii, a we Francji utrudniły loty myśliwcom.

We wrześniu 2010 roku eksperci zaalarmowali świat informacją o nowym typie inteligentnego wirusa pod nazwą Stuxnet, w którego środku tkwi plik o tajemniczej nazwie Mortus. Zaatakował on już 60 tys. systemów komputerowych w Iranie i w innych krajach azjatyckich, a szczególnie zaraża elektrownie, rurociągi i zakłady przemysłowe. Może być też użyty jako broń cybernetyczna masowego rażenia.

Istotnym zagadnieniem kryminologicznym, związanym z przestępczością w cyberprzestrzeni jest duża ciemna liczba tego rodzaju przestępstw. Różnorodne są uwarunkowania tego zjawiska kryminologicznego[13]. Przykładowo, jeżeli ujawniono brak szkody lub szkodę minimalną, a niejednokrotnie znaczną, z zasady nie powiadamia się organów ścigania w obawie przed utratą dobrej reputacji firmy, a szczególnie banku, domu maklerskiego itp. pomimo, że przestępstwo jest ścigane z oskarżenia publicznego. Ilustracją tego zjawiska jest niewielka liczba tego rodzaju przestępstw stwierdzonych, co częściowo wykazano w tabeli 2.

[12] http://www.radiozet.pl/Wiadomosci/

[13] Szerzej: J.W. Wójcik, *Oszustwa finansowe,* wyd. cyt., s. 454-484.

4. Prawo unii europejskiej przeciwko cyberprzestępczości

Wśród znanych dotychczas sposobów ochrony systemów i sieci teleinformatycznych obok zabezpieczeń natury administracyjno-organizacyjnej i technicznej istotną rolę w rozpoznawaniu i przeciwdziałaniu mogą odegrać systematycznie doskonalone regulacje karnoprawne.

Szczególne znaczenie w omawianej kwestii posiada Konwencja Rady Europy z 23 listopada 2001 roku o cyberprzestępczości zawarta w Budapeszcie, podpisana i ratyfikowana przez Polskę[14].

Typologia cyberprzestępstw według cytowanej Konwencji przedstawia się następująco:

1) przestępstwa przeciwko poufności, integralności i dostępności danych i systemów teleinformatycznych, jak:
   a) nielegalny dostęp do systemów teleinformatycznych – *haking* (art. 2),
   b) podsłuch komputerowy (art. 3),
   c) nielegalna ingerencja w dane oraz nielegalna ingerencja w funkcjonowanie systemu, (art. 4),
   d) wytwarzanie, oferowanie, sprzedaż i posiadanie narzędzi hakerskich (art. 6)*;*
2) przestępstwa związane z użyciem komputera, jak:
   a) fałszerstwo komputerowe (art. 7);
   b) oszustwo komputerowe (art. 8);
3) przestępstwa związane z charakterem informacji stanowiących ich przedmiot, jak pornografia dziecięca (art. 9);
4) przestępstwa przeciwko własności intelektualnej;
5) inne przestępstwa mające związek z użyciem systemu teleinformatycznego.

Wiele uwagi w omawianemu zagadnieniu poświęcają władze Unii Europejskiej. Niezwykle istotne znaczenie mają w szczególności:

1) Dyrektywa Rady 91/250/EWG z 14 maja 1991 r. o prawnej ochronie programów komputerowych[15];
2) Dyrektywa Rady 96/9/EWG z 11 marca 1996 r. o ochronie prawnej baz danych[16];
3) Decyzja ramowa Rady 2000/375/WSiSW z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie zwalczania pornografii dziecięcej w Internecie;
4) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/29/WE z dnia 22 maja 2001 r. o harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym[17];
5) Decyzja ramowa Rady 2001/413/WSiSW z 28 maja 2001 r. w sprawie zwalczania oszustw i podrabiania bezgotówkowych środków płatniczych[18], która

[14] http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?
[15] Dz. Urz. L 122 z 17.05.1991.
[16] Dz. Urz. L. 77 z 22.03.1996.
[17] Dz. Urz. L 167/10 z 22.06.2001.
[18] Dz. U. L 149 z 2.6.2001.

w art. 3 określa konieczność podjęcia działań wobec osób popełniających przestępstwo poprzez: bezprawne wprowadzanie, zmienianie, usuwanie lub ukrywanie danych informatycznych, w szczególności danych umożliwiających identyfikację, lub bezprawne zakłócanie działania programu lub systemu informatycznego;

6) Decyzja ramowa Rady 2005/222/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne[19], w której trafnie stwierdza się, że istotne luki i różnice w przepisach prawnych Państw Członkowskich w tej dziedzinie mogą utrudniać walkę z przestępczością zorganizowaną i terroryzmem oraz mogą komplikować skuteczną współpracę policyjną i sądową w dziedzinie ataków na systemy informatyczne;

7) Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady oraz Komitetu Regionów nr KOM/2007/267 na temat ogólnej strategii zwalczania cyberprzestępczości wydany w Brukseli dnia 22 maja 2007 r.[20].

W tym ostatnim dokumencie podjęto kolejną próbę klasyfikacji zagrożeń, w której wskazuje się na ich rangę i skuteczność ścigania. Zwraca uwagę fakt, że trudno jest uzyskać dokładny obraz obecnej sytuacji ze względu na ciągły rozwój przestępczości i brak wiarygodnych informacji. Komunikat wyróżnia jednak kilka ogólnych, lecz niezwykle istotnych trendów, a przykładowo:

1) liczba przestępstw informatycznych stale wzrasta, a działania przestępcze stają się też coraz bardziej wyrafinowane i wykraczają poza granice państwowe;

2) wyraźne przesłanki wskazują na rosnący udział w cyberprzestępczości zorganizowanych grup przestępczych;

3) nie wzrasta jednak liczba aktów oskarżenia na podstawie transgranicznej współpracy organów ścigania w Europie.

W obliczu narastających zagrożeń władze Unii Europejskiej planują przygotowanie dyrektywy przeciw atakom cybernetycznym oraz wzmocnienie Europejskiej Agencji ds. Bezpieczeństwa Sieci i Informacji. Nowa dyrektywa ma zmusić państwa członkowskie do wymieniania się informacjami i zwiększenia kary dla sprawców cyberataków.

5. Uregulowania w Kodeksie karnym

Wprawdzie do polskiego ustawodawstwa karnego, zarówno kodeksowego, jak i pozakodeksowego, wprowadzono nowe typy przestępstw, także cyberprzestępstwo na podstawie prawa unijnego, to jednakże nie nadążamy z implementacją ustawodawstwa w wielu zagadnieniach. Jest to o tyle niepokojące, że systematycznie rozpowszechniają się nowe techniki naruszania dóbr prawnych przy wykorzystywaniu technologii informacyjnych.

Brak definicji i bałagan terminologiczny w polskim ustawodawstwie skłania do różnorodnych spekulacji i nie zawsze słusznych wniosków.

[19] Dz. U. L 69/67 z 16.3.2005 s. 1.

[20] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri =COM:2007:0267:FIN:PL:HTML

Mając na uwadze termin cyberprzestępczość warto zacytować, że oznacza on czyny przeciwko ochronie danych gromadzonych, przechowywanych, przetwarzanych lub przekazywanych w systemie informatycznym[21]. Poprawna terminologia powinna dotyczyć określenia „w systemie teleinformatycznym". Nie jest to jednak pierwszy i ostatni błąd w zakresie omawianej terminologii. Z uwagi na różne terminy stosowane w polskim ustawodawstwie, jak np.: system komputerowy, sieć teleinformatyczna, system informatyczny, system teleinformatyczny, niezbędne stało się ujednolicenie tej terminologii, używanej zarówno w Kodeksie karnym, jak i w innych ustawach. Uchwalono zatem ustawę z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustaw w celu ujednolicenia terminologii informatycznej[22]. Jednakże prace w tej kwestii nie zaowocowały określonymi przez wspomnianą ustawę sukcesami[23].

Zatem należy podkreślić z zadowoleniem:

1) uchwalenie cytowanej ustawy z dnia 4 września 2008 r., której charakter porządkujący ma istotne znaczenie nie tylko w nazewnictwie, lecz przede wszystkim w uporządkowaniu terminologii w aktualnych aktach prawnych;
2) kolejną nowelizację Kodeksu karnego w zakresie cyberprzestępczości w ramach ustawy z dnia 24 października 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw[24];
3) znaczenie opracowanego z inicjatywy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji Rządowego Programu Ochrony Cyberprzestrzeni RP w latach 2009-2011[25], który zakłada jedną spójną strategię ochrony cyberprzestrzeni, jako szeroką strategię bezpieczeństwa państwa.

Istotne znaczenie omawianego zagadnienia dostrzegają również uczestnicy konferencji naukowych, którzy za niezmiernie ważne i pilne potrzeby uznają przykładowo:

1) ratyfikowanie przez Polskę Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości z 23 listopada 2001 roku zawartej w Budapeszcie,
2) stworzenie ustawowej definicji pojęcia cyberprzestępczości i cyberterroryzmu;
3) określenie właściwości poszczególnych służb w odniesieniu do konkretnych zdarzeń w cyberprzestrzeni i ochrony infrastruktury krytycznej zgodnie z ustawą z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym[26];

[21] Por. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 20 kwietnia 2004 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania (Dz.U., nr 73, poz. 664) oraz Obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. o sprostowaniu błędu (Dz.U., nr 99, poz.1004).

[22] Dz.U., nr 171, poz. 1056.

[23] Szerzej: A. Baworowski, *Cyberterroryzm w prawie karnym materialnym – przyczynek do dyskusji na gruncie analizy dogmatycznej* (w:) T. Jemioło, J. Kisielnicki, K. Rajchel (red.), *Cyberterroryzm – nowe wyzwania XXI wieku*, wyd. cyt., s. 396-412.

[24] Dz.U., nr 214, poz. 1344.

[25] http://cert.gov.pl/images/stories/form/Zalozenia_Rzadowy_Program_Ochrony_Cyberprzestrzeni_RP_2009-2011.pdf

[26] Dz.U., nr 89, poz. 590.

4) powiązanie kwestii cyberterterroryzmu z tematyką zapobiegania terroryzmowi w ogóle;
5) realizację postanowień Decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej 2005/222/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne[27], w której trafnie stwierdza się, że istotne luki i różnice w przepisach prawnych państw członkowskich, w tej dziedzinie, mogą utrudniać walkę z przestępczością zorganizowaną i terroryzmem oraz mogą komplikować skuteczną współpracę policyjną i sądową w dziedzinie ataków na systemy informatyczne;
6) rezygnację w definicji przestępstwa o charakterze terrorystycznym zapisanej w art. 115 § 20 k.k. z wymogu zagrożenia karą co najmniej pięciu lat pozbawienia wolności;
7) wprowadzenie karalności przygotowania do przestępstwa o charakterze terrorystycznym[28].

W wielokrotnie nowelizowanej ustawie z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny[29], która obowiązuje od dnia 1 września 1998 roku, zagadnienie ścigania przestępstw w cyberprzestrzeni zawarto w kilku rozdziałach. Najwięcej zmian merytorycznych, jak i porządkujących terminologię w omawianej kwestii, zawarto w następujących cytowanych wyżej ustawach: z dnia 24 października 2008 r. i z dnia 4 września 2008 r., a także w ustawie z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego oraz ustawy Kodeks wykroczeń[30].

5.1. Przestępstwa przeciwko ochronie informacji, rozdział XXXIII k.k.

5.1.1. Nielegalny dostęp do systemu teleinformatycznego – *haking* – art. 267 § 1 i 2 k.k.

Nieuprawnione wejście do systemu teleinformatycznego przez naruszenie zastosowanych zabezpieczeń i manipulowanie w bazie danych od dawna określane jest jako „włamanie do komputera" i kradzież danych[31].

Zgodnie z cytowanym przepisem zakazane jest uzyskiwanie dostępu do informacji przez osobę nieupoważnioną lub informacji nieprzeznaczonych dla tej osoby poprzez otwarcie zamkniętego pisma. Karalny jest taki *modus operandi* sprawcy, który polega na podłączeniu się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamaniu albo omijaniu elektronicznych, magnetycznych, informatycznych lub

[27] Dz. Urz. L 69/67 z 16.3.2005, s. 1.
[28] Szerzej: Stanowisko uczestników I konferencji Cyberterroryzm – nowe wyzwania XXI wieku, (w) T. Jemioło, J. Kisielnicki, K. Rajchel (red.), *Cyberterroryzm – nowe wyzwania XXI wieku*, wyd. cyt., s. 704-709. Natomiast sprawozdania z cytowanej konferencji patrz: J. W. Wójcik, *Sprawozdanie z konferencji naukowej Cyberterroryzm – nowe wyzwania XXI wieku,* Zeszyty Naukowe WSIZiA 2009, nr 2(10) oraz tego autora Prokuratura i Prawo 2010, nr 3.
[29] Dz.U., nr 88, poz. 553 ze zm.
[30] Dz.U., nr 69, poz. 626.
[31] Szerzej: J. W. Wójcik, *Przestępstwa komputerowe,* cz. 1 *Fenomen cywilizacji* i cz. 2 *Techniki zapobiegania,* CIM, Warszawa 1999.

innych szczególnych jej zabezpieczeń. Wiadomo, że inna jest specyfika działania osoby otwierającej cudzy list, czy podsłuchującej rozmowę telefoniczną, a inna jeszcze sprawcy działającego poprzez naruszanie zabezpieczeń systemu teleinformatycznego, jego przełamanie czy ominięcie.

Obojętny jest zatem rodzaj pokonanego zabezpieczenia. Istotą omawianego przestępstwa jest uzyskanie informacji przez hakera; grozi mu kara grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Tej samej karze podlega, kto bez uprawnienia uzyskuje dostęp do całości lub części systemu informatycznego.

5.1.2. Nieuprawnione przechwycenie informacji, czyli podsłuch i podgląd komputerowy – art. 267 § 3 kk.

Karalne jest również takie działanie, które ma na celu nieuprawnione uzyskanie informacji, a także zakładanie lub posługiwanie się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem. Przechwytywanie wszelkich informacji, w tym także stwarzanie poważnych zagrożeń dla systemów teleinformatycznych, umożliwiają zdobycze współczesnej techniki. Możliwy jest nawet zdalny podsłuch i podgląd, czyli prowadzenie pełnej kontroli bez wiedzy i zgody właściciela systemu.

Omawiany przepis przewiduje karę dla tych sprawców, którzy weszli w posiadanie informacji poprzez zakładanie urządzeń podsłuchowych, wizualnych lub innych urządzeń specjalnych. Obojętny jest zatem rodzaj urządzenia, gdyż chodzi o wszystkie urządzenia, także telekomunikacyjne, czy teleinformatyczne, służące przekazywaniu informacji. Również nie jest istotny cel wejścia do sieci czy systemu. Karalne jest także przekazywanie uzyskanych w ten sposób informacji innym osobom.

Wszystkie czyny z art. 267 § 1, 2 i 3 k.k. zagrożone są grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Ściganie karne zarówno *hakingu*, jak i podsłuchu komputerowego, a także udzielenia ujawnionych w ten sposób informacji osobom trzecim następuje na wniosek pokrzywdzonego.

Powyższy przepis obejmuje także uzyskanie danych bez względu na rodzaj tajemnicy czy klauzuli ich chroniących. Może to być zatem zarówno informacja z zakresu tajemnicy państwowej czy służbowej, handlowej, bankowej, jak i innych danych chronionych.

Norma tego artykułu ma charakter ogólny, bowiem powszechnie wiadomo, że prawo nie odgrywa tu specjalnej roli zapobiegawczej. Przeciwdziałanie podsłuchowi i podglądowi komputerowemu przypada przede wszystkim specjalistom w zakresie ochrony systemów i sieci teleinformatycznych. Zasadniczym celem ochrony jest poufność przekazywanych lub przesyłanych informacji przy użyciu środków technicznych, a także ochrona prywatności każdego człowieka przed różnymi formami nieuprawnionej inwigilacji, jak np. podglądanie czy podsłuchiwanie, w tym czytanie cudzej korespondencji.

Warto dodać, że ochrona korespondencji, bez względu na jej formę, realizowana jest również przez prawo cywilne, szczególnie zaś, gdy zaistniały określone skutki. Artykuł 25 k.c. pozwala na żądanie usunięcia skutków, a jeśli zaistniała szkoda majątkowa, poszkodowany może żądać naprawienia jej w ramach przepisów ogólnych. W zakresie odpowiedzialności za czyny niedozwolone art. 415 k.c. stanowi: „Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia”[32]. Omawiany problem w świetle prawa cywilnego dotyczy także ochrony nadawcy korespondencji. Może tu zachodzić, przykładowo, przesłanie korespondencji bez zabezpieczenia jej treści kopertą, z odpowiednimi kodami kryptograficznymi w przypadku poczty elektronicznej. Zatem ochrona cywilnoprawna ma większy zakres niż ochrona karnoprawna.

W przypadku zaistnienia określonych skutków przekazania nieuprawnionego przechwycenia informacji sprawcy grozi odpowiedzialność z innych przepisów. Przykładowo, za ujawnienie lub przekazanie danych stanowiących tajemnicę państwową z art. 265 k.k., tajemnicę służbową z art. 266 k.k., które przewidują możliwość zastosowania surowszej sankcji karnej.

5.1.3. Nielegalna ingerencja w dane, utrudnianie zapoznania się i niszczenie istotnej informacji – art. 268 § 1-3 k.k.

Zgodnie z § 1 karalne jest działanie sprawcy, który nie będąc do tego uprawnionym, niszczy, uszkadza, usuwa lub zmienia zapis istotnej informacji albo w inny sposób udaremnia lub znacznie utrudnia osobie uprawnionej zapoznanie się z nią. Jeżeli takie działanie dotyczy zapisu na komputerowym nośniku informacji, to zgodnie z § 2 czyn ten zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat 3, a nie jak to ma miejsce w poprzednim paragrafie do lat 2. Jeżeli sprawca dopuścił się znacznej szkody majątkowej podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Jednakże ściganie przestępstw określonych we wszystkich trzech paragrafach następuje na wniosek pokrzywdzonego.

Podkreślić należy, iż zakazane jest działanie związane z naruszeniem integralności zapisu informacji na nośniku teleinformatycznym, które może nastąpić w wyniku bezprawnego zniszczenia, uszkodzenia, usuwania lub zmiany zapisu istotnej informacji albo udaremnienie czy utrudnienie osobie uprawnionej zapoznanie się z nią.

Kara przewidziana jest bez względu na sposób niszczenia zapisu informacji, np. w bazie danych, w trakcie przetwarzania informacji, poprzez wprowadzenie (do programu czy sieci) wirusa, hasła lub zmianę albo jakiekolwiek inne utrudnienie dostępu do informacji osobie upoważnionej. Dotyczy także spowodowania zakłóceń, o ile podłączono do sieci urządzenia pozwalające na przetwarzanie lub rejestrowanie danych, a także poprzez dopisanie nowych danych lub zmianę istniejącego zapisu.

[32] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U., nr 16, poz. 93, ze zm.).

5.1.4. Nielegalne utrudnianie przetwarzania danych – art. 268a § 1 i 2 k.k.

Przestępstwo to związane jest z bezprawnym niszczeniem, uszkadzaniem, usuwaniem, zmienianiem lub utrudnianiem dostępu do danych informatycznych albo zakłócaniem lub uniemożliwianiem automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania takich danych. **Karalne jest zatem modyfikowanie danych lub programów komputerowych. Różni się ono od niszczenia tym, że sprawca dokonuje nieuprawnionej ingerencji w treść danych, przykładowo poprzez dopisanie nowych danych lub zmianę istniejącego zapisu.**

Zabronione jest zatem wprowadzanie zmian do zapisu istotnej informacji przechowywanej w systemie teleinformatycznym. Czyn taki polega na naruszeniu integralności danych oraz naruszeniu dóbr właściciela czy osoby uprawnionej. Związane jest to z prawem do niezakłóconego posiadania zapisu informacji, bez względu na jej rangę oraz prawem do prywatności.

Czynem kwalifikowanym jest wyrządzenie znacznej szkody majątkowej, który jak w art. 268 § 2 k.k. zagrożony jest karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Natomiast zgodnie z § 3 ściganie karne następuje na wniosek pokrzywdzonego.

5.1.5. Nielegalna ingerencja w funkcjonowanie systemu – sabotaż komputerowy

Cytowana wcześniej nowelizacja Kodeksu karnego w zakresie cyberprzestępczości w ramach ustawy z dnia 24 października 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw miała na celu implementację postanowień cytowanej Konwencji Rady Europy z 23 listopada 2001 roku o cyberprzestępczości.

W ustawodawstwie polskim wprowadzono zatem nowe przestępstwo określane najczęściej jako sabotaż komputerowy czy też zakłócenie pracy systemu komputerowego. Jest to realizacja postanowień art. 5 Konwencji, w którym nakazuje się spenalizowanie poważnego zakłócania funkcjonowania systemu informatycznego przez wprowadzenie, transmisję, niszczenie, kasowanie, uszkadzanie lub zmianę danych informatycznych. Doprowadziło to do uzupełnienia wspomnianych czynów wymienionych w art. 269 § 1 i 2 k.k. poprzez uchwalenie nowelizacji art. 269a k.k.

5.1.6. Niszczenie istotnej informacji dla obronności i bezpieczeństwa lub funkcjonowania organów administracji – art. 269 § 1 i 2 k.k.

Istotą mającą wpływ na karalność sabotażu komputerowego, zdaniem ustawodawcy, jest uniemożliwienie automatycznego gromadzenia, przetwarzania lub przekazywania informacji mających szczególne znaczenie dla bezpieczeństwa wewnętrznego kraju, a zwłaszcza: obronności, bezpieczeństwa w komunikacji, funkcjonowania administracji publicznej, czy innego organu państwowego lub instytucji państwowej albo samorządu terytorialnego zgodnie z § 1. *Modus operandi* sprawcy może polegać przede wszystkim na niszczeniu, uszkadzaniu, usu-

waniu lub zmianie danych informatycznych. Karalne jest zarówno niszczenie, uszkadzanie, usuwanie lub zmiana danych, a także uniemożliwianie automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania takich danych. Czyn ten podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Natomiast w myśl § 2 takiej samej karze podlega również ten, kto dopuszcza się czynu określonego w § 1, niszcząc albo wymieniając informatyczny nośnik danych lub niszcząc albo uszkadzając urządzenie służące do automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych.

5.1.7. Sabotaż komputerowy – art. 269a k.k.

Nowelizacja tego przepisu polegała na dodaniu terminu „utrudnienie dostępu". Zatem otrzymał on nowe brzmienie o treści: „Kto, nie będąc do tego uprawnionym, przez transmisję, zniszczenie, usunięcie, uszkodzenie, utrudnienie dostępu lub zmianę danych informatycznych, w istotnym stopniu zakłóca pracę systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5".

Przestępstwo sabotażu komputerowego polega na zakłócaniu lub paraliżowaniu funkcjonowania systemów teleinformatycznych o istotnym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa i jego obywateli. Jest to kwalifikowana forma czynu z art. 268 § 2 k.k. Dodać należy, że ustawodawca oprócz formy sabotażu związanej z niszczeniem informacji wyróżnia także działanie polegające na zakłócaniu lub uniemożliwianiu automatycznego gromadzenia lub przekazywania informacji. Sabotaż komputerowy może wystąpić także w formie różnorodnych działań, a w szczególności niszczenia lub wymiany nośnika informacji, niszczenia lub uszkodzenia urządzeń służących do automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przesyłania informacji (art. 269 § 2 k.k.).

5.1.8. Dysponowanie urządzeniami hakerskimi – 269b § 1 k.k.

Wspomniana wyżej nowelizacja Kodeksu karnego obejmuje również art. 269b § 1 k.k., który otrzymał nowe brzmienie, a dotyczy on wytwarzania, pozyskiwania, oferowania, sprzedaży i posiadania tzw. narzędzi oraz urządzeń hakerskich lub programów komputerowych przystosowanych do popełnienia przestępstwa określonego w art. 165 § 1 pkt 4, art. 267 § 3, art. 268a § 1 albo § 2 w związku z § 1, art. 269 § 2 albo art. 269a k.k. Karalne jest również posiadanie: haseł komputerowych, kodów dostępu lub innych danych umożliwiających dostęp do informacji przechowywanych w systemie komputerowym lub sieci teleinformatycznej. Największe zagrożenia w tej kwestii stanowią różnego rodzaju programy szpiegowskie.

Powyższe czyny są zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3.

5.2. Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu – rozdział XX k.k.

5.2.1. Sprowadzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach – art. 165 § 1 pkt 4 k.k.

Za wspomniane przestępstwo odpowiada ten, kto sprowadza niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach wówczas, gdy jego czyn polega na zakłócaniu, uniemożliwianiu lub wpływaniu w inny sposób na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych w systemie teleinformatycznym.

Z tego przepisu może odpowiadać sprawca, który zagroził bezpieczeństwu powszechnemu związanemu z funkcjonowaniem lotniska, stacji kolejowej, urządzeń dostarczających wodę, gaz, energię dla ludności, monitorowaniem danych na oddziale intensywnej terapii, chronionych obiektów bankowych, wojskowych itp. (np. przez wprowadzenie wirusa do programu komputerowego sterującego powyższymi czynnościami).

Kwalifikowana forma tego przestępstwa, zachodzi wówczas, gdy następstwem działania sprawcy jest śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób, (art.165 § 3 k.k.), wówczas zagrożenie karą pozbawienia wolności sięga od lat 2 do lat 12.

5.2.2. Nieumyślne zakłócenie automatycznego przetwarzania informacji związane ze sprowadzeniem niebezpieczeństwa powszechnego – art.165 § 2 k.k.

Jeżeli sprawca wspomnianego przestępstwa działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

5.2.3. Zamach terrorystyczny na statek morski lub powietrzny – art. 167 § 2 kk.

Czyn ten dotyczy narażenia na zniszczenie statku wodnego lub powietrznego poprzez umieszczenie na nim urządzeń lub substancji zagrażającej bezpieczeństwu osób lub mienia znacznej wartości; zagrożony jest karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Powszechnie wiadomo, że współczesne statki morskie i powietrzne kierowane są przy pomocy systemów teleinformatycznych, a w związku z tym, zgodnie z § 2, tej samej karze podlega sprawca zamachu terrorystycznego, który niszczy, uszkadza lub czyni niezdatnym do użytku urządzenie nawigacyjne albo uniemożliwia jego obsługę, jeżeli może to zagrażać bezpieczeństwu osób.

5.3. Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej – rozdział XVII k.k.

5.3.1. Szpiegostwo komputerowe albo wywiad komputerowy – art. 130 § 3 k.k.

Działalność w obcym wywiadzie skierowana przeciwko RP ścigana jest z art. 130 § 1 k.k. i przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności od roku do lat 10. Wszystkie postacie przestępstwa mają charakter umyślny. Warto także podkreślić, że karalne są wszystkie rodzaje działalności wywiadowczej, a więc zbieranie lub udzielanie informacji o charakterze militarnym, przemysłowym, naukowym itp.

Kwalifikowaną postać szpiegostwa przewidują postanowienia § 2 tego artykułu, tj. branie udziału w obcym wywiadzie albo działanie na jego rzecz oraz udzielanie wiadomości, których przekazanie może wyrządzić szkodę interesom RP (np. o charakterze tajemnicy państwowej czy służbowej). Karalne jest również udzielanie, zbieranie, gromadzenie i przechowywanie wiadomości, tj. przygotowywanie się do zbrodni określonej w § 2, a nawet wyrażenie gotowości do przekazania informacji obcemu wywiadowi.

Szczególną formą tego przestępstwa, określoną w § 3, jest gromadzenie, przechowywanie wiadomości określonych w § 2 poprzez podłączenie się do systemu teleinformatycznego w celu uzyskania odpowiednich informacji. Istotą omawianego przestępstwa jest działanie celowe, a więc zbieranie, gromadzenie i przechowywanie informacji, które mają być przekazane obcemu wywiadowi, albo zgłaszanie gotowości działania na rzecz obcego wywiadu przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej.

Wspomniana regulacja określa zagrożenie karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

5.3.2. Szpiegostwo komputerowe albo wywiad komputerowy na szkodę państwa sojuszniczego – art. 138 § 2 k.k.

Karalne jest również takie działanie sprawcy, które przewiduje art. 130 § 3 k.k., a popełniony czyn godzi w interesy państwa sojuszniczego – pod warunkiem, że państwo to zapewnia wzajemność.

5.4. Przestępstwa przeciwko mieniu – rozdział XXXV k.k.

5.4.1. Oszustwo komputerowe – art. 287 § 1 k.k.

Przestępstwo to polega na osiągnięciu korzyści majątkowej lub wyrządzeniu innej osobie szkody, poprzez nieupoważniony wpływ na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie informacji, a także zmianę, usuwanie albo wprowadzanie nowych zapisów w systemach teleinformatycznych. Zatem formy działania mogą być zróżnicowane, gdyż mogą polegać na różnorodnych możliwościach wynikających zarówno z oprogramowania, jak i sprzętu użytego do popełnienia przestępstwa, czyli sposobu działania w ramach systemu telein-

formatycznego. Taki czyn podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 3.

Powyższy przepis nawiązuje do klasycznej formy oszustwa (art. 286 § 1 k.k.), w której oszust dla osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego podejmowania określonego działania.

W klasycznym oszustwie dochodzi do karalnych relacji pomiędzy sprawcą a ofiarą. Natomiast w oszustwie komputerowym przestępca oddziałuje na system teleinformatyczny i odpowiedni program. Manipulacje oszusta dotyczą wprowadzenia danych, wpływania na program i wyniki uzyskanych danych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej.

Wbrew jednostkowym danym w statystyce policyjnej stwierdzić należy, że oszustwa komputerowe występują dość często, a ich zakres podmiotowy i przedmiotowy jest praktycznie nieograniczony. Jednakże olbrzymia ich większość mieści się w zakresie ciemnej liczby przestępstw. Art. 287 § 1 k.k. zabrania wszelkich form manipulacji danymi w systemie teleinformatycznym, które mają na celu wyrządzenie szkody majątkowej innej osobie, czyli zarówno osobie fizycznej, jak i podmiotowi gospodarczemu.

Klasyczne oszustwo, ścigane z art. 286 § 1 k.k. przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8, a oszustwo komputerowe podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Takie zagrożenie sankcją karną może budzić poważne wątpliwości w świetle narastających zagrożeń oszustwami komputerowymi. W tym miejscu ustawodawca wyraźnie sygnalizuje (zresztą bezzasadnie), że oszustwa komputerowe są mniej wyrafinowane i przynoszą mniejsze szkody niż oszustwa klasyczne.

W przypadku mniejszej wagi oszustwa komputerowego (art. 287 § 2 k.k.) sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do jednego roku, a zgodnie z § 3 omawiane oszustwo popełnione na szkodę osoby najbliższej ścigane jest na wniosek pokrzywdzonego.

5.4.2. Nielegalne uzyskanie programu komputerowego – art. 278 § 2 k.k.

Karalne jest uzyskanie bez zgody osoby uprawnionej, czyli kradzież cudzego programu komputerowego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Taki czyn podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

5.4.3. Kradzież karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego – art. 278 § 5 k.k.

Sprawca tego przestępstwa odpowiada jak za kradzież cudzej rzeczy ruchomej. Taką rzeczą jest również karta bankomatowa, bez względu na jej rodzaj. Sprawca tego czynu podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Natomiast zgodnie z § 3 w wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

5.4.4. Paserstwo programu komputerowego art. 293 § 1 k.k.

Paserstwo umyślne (art. 291 § 1 k.k.) programu komputerowego, czyli nabycie, pomoc w zbyciu, przyjęcie lub pomoc w ukryciu pirackiej kopii programu komputerowego ma na celu osiągnięcie korzyści majątkowej.

Natomiast paserstwo nieumyślne (art. 292 § 1 k.k.) programu komputerowego ma miejsce wówczas, gdy sprawca posiadając kradziony program komputerowy, na podstawie okoliczności towarzyszących powinien i mógł przypuszczać, że program ten został uzyskany za pomocą czynu zabronionego.

Za paserstwo umyślne przewidziana jest kara pozbawiona wolności od 3 miesięcy do lat 5. Jednakże w przypadku mniejszej wagi czynu, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Natomiast za paserstwo nieumyślne przewidziana jest grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Jednakże w przypadku znacznej wartości programu komputerowego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Ponadto, zgodnie z art. 293 § 2 k.k., bez względu na rodzaj paserstwa, sąd może orzec przepadek programu komputerowego chociażby nie stanowił on własności sprawcy.

5.4.5. Oszustwo telekomunikacyjne – art. 285 § 1 k.k.

Nie budzi wątpliwości fakt, że mamy tu do czynienia z przestępstwem komputerowym. Współczesna telefonia posługuje się przekazem cyfrowym, a jej urządzenia to systemy teleinformatyczne. Zatem karalne jest włączenie się do urządzenia telekomunikacyjnego i uruchamianie na cudzy rachunek impulsów telefonicznych.

Wspomniany czyn podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Jeżeli omawiany czyn został popełniony na szkodę osoby najbliższej, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego.

5.5. Przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów – rozdział XXXIV k.k.

5.5.1. Pojęcie dokumentu

Dokumentem w rozumieniu prawa karnego, na podstawie również znowelizowanej definicji zawartej w art. 115 § 14 k.k. „jest każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne".

Termin dokument pojawia się w wielu artykułach kodeksu karnego, a przykładowo w art.: 271§ 1, 272, 273, 274, 275 § 1 i 2, 276, 297 § 1, 303 § 1 i 310 § 1 i 3 k.k.

5.5.2. Fałszerstwo komputerowe – podrobienie podpisu cyfrowego i używanie go jako autentycznego – art. 270 § 1 k.k.

Fałszerstwo komputerowe polega na przerabianiu lub podrabianiu dokumentów w formie zapisu elektromagnetycznego, tj. odczytywanego i drukowanego przez wyspecjalizowane urządzenia.

Sprawca, który sfałszował wydruk komputerowy lub manipulował elektronicznym zapisem informacji przez co doszło do naruszenia autentyczności danych będących przykładowo dokumentem księgowym, zawierającym wykazy mające znaczenie prawne, kartoteki klientów itp., a przechowywane na dysku twardym albo na innym nośniku systemu teleinformatycznego lub takiego dokumentu jako autentycznego używa, podlega odpowiedzialności karnej. Takie działanie podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Zgodnie z § 3 karalne są również czynności przygotowawcze do fałszowania dokumentów elektronicznych. Taki czyn podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

6. Inne przestępstwa związane z powszechnym stosowaniem systemów teleinformatycznych

Opierając się na typologii omawianych czynów według terminologii zawartej w cytowanej Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, w związku z powszechną komputeryzacją, należy wziąć pod uwagę możliwość szerszego zakresu przestępstw komputerowych, w których zapis w systemie teleinformatycznym, zgodnie z art. 115 § 14 k.k. jest dokumentem, może stanowić takie przestępstwa jak:

- **finansowanie terroryzmu** – gromadzenie, przekazanie lub oferowanie środków płatniczych, instrumentów finansowych, papierów wartościowych, wartości dewizowych, praw majątkowych lub innego mienia ruchomego lub nieruchomości w celu sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym (określonego w art. 115 § 20 k.k.) – art. 165a k.k.,
- **karalna niegospodarność** – nadużycie zaufania poprzez działanie na niekorzyść spółki, nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez kierownictwo – art. 296 k.k.,
- **oszustwo kredytowe** – przedkładanie fałszywych lub nierzetelnych dokumentów w celu wyłudzenia kredytu, pożyczki, poręczenia, gwarancji, akredytywy dotacji subwencji czy zamówienia publicznego – art. 297 k.k.,
- **oszustwo ubezpieczeniowe** – celowe działanie w celu uzyskania odszkodowania - art. 298 k.k.,
- **pranie pieniędzy** - obrót wartościami uzyskanymi w wyniku przestępstwa lub z działalności w ramach szarej strefy – art. 299 k.k.,

- **przestępstwa na szkodę wierzycieli** – działania w celu udaremnienia lub ograniczenia zaspokojenia należności przez wierzycieli, np. sprzedaż majątku, doprowadzanie do upadłości, tworzenie nowej spółki – art. 300, 301, 302 k.k.,
- **nierzetelne prowadzenie dokumentacji działalności gospodarczej** – nieprowadzenie dokumentacji, jej nierzetelność lub niezgodność z prawdą – art. 303 k.k.,
- **fałszowanie znaków identyfikacyjnych** – usuwanie, przerabianie i podrabianie oznaczeń towarów i urządzeń – art. 306 k.k.,
- **fałszowanie środków płatniczych i papierów wartościowych** – art. 310 k.k.
- **rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji w obrocie papierów wartościowych** – rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji lub ich ukrywanie przez emitentów papierów wartościowych – art. 311 k.k.,
- **fałszowanie znaków wartościowych** – art. 313 k.k.,
- **fałszowanie znaków urzędowych** – art. 314 k.k.

Specjalną uwagę należy również zwrócić na przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych[33], a szczególnie:

- **przywłaszczenie autorstwa** lub wprowadzenie w błąd co do autorstwa całości lub części utworu, jakim jest program komputerowy (plagiat) – art. 115 ust. 1 ustawy;
- **rozpowszechnianie cudzego utworu, czyli programu komputerowego** bez podania nazwiska lub pseudonimu autora – art. 115 ust. 2 ustawy;
- **inne naruszenie cudzego prawa autorskiego** w celu uzyskania korzyści majątkowej – art. 115 ust. 3 ustawy;
- **rozpowszechnianie cudzego utworu bez upoważnienia lub wbrew jego warunkom** – art. 116 ust. 1 ustawy;
- **utrwalenie lub zwielokrotnienie cudzego utworu bez uprawnienia lub wbrew jego warunkom,** tj. piractwo – art. 117 ust. 1 ustawy.

Kolejne regulacje prawne, które mogą mieć związek z cyberprzestępstwami wymagają analizy wielu ustaw, w odrębnych publikacjach, a przykładowo:

- ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej[34],
- ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych[35],
- ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji[36].

[33] Dz.U. z 2006 r., nr 90, poz. 631 ze zm.
[34] Dz.U. z 2003 r., nr 119, poz. 1117.
[35] Dz.U. z 2001 r, nr 128, poz.1402.
[36] Dz.U. z 1993 r., nr 47, poz. 211 ze zm.

7. Podsumowanie

Obowiązujący w Polsce stan prawny nie uwzględnia wszystkich rozpoznanych zagrożeń, mimo że dokonuje się systematycznych nowelizacji. W dobie powszechnego już wykorzystywania Internetu dla różnorodnych celów, niezwykle trudno jest rozpoznać i określić wszystkie występujące zagrożenia. Warto pamiętać o tych podstawowych, także omówionych powyżej, jak i tych, które powodują nie tylko straty finansowe, lecz mogą grozić bezpieczeństwu powszechnemu, a szczególnie życiu i zdrowiu obywateli naszego kraju. Jednakże wiele krajów, na podstawie zaistniałych już ataków, przygotowuje się nie tylko do kryminologicznego i kryminalistycznego, ale również interdyscyplinarnego przeciwdziałania różnego rodzaju sytuacjom kryzysowym, w tym przede wszystkim atakom cyberterrorystycznym. Z tego względu także polskie resorty strategiczne, zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem[37] opracowują plany zabezpieczeń tzw. infrastruktury krytycznej istotnej z punktu widzenia bezpieczeństwa narodowego.

W ramach nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej rozpoznano kolejne nowe zagrożenie, które określono jako cyberszpiegostwo. Jeżeli firma działająca w określonej branży nagle zaczyna przegrywać przetargi, choć były one organizowane w różnych częściach kraju, a zawsze wygrywa jeden konkurent, którego oferty tylko nieznacznie różniły się od propozycji firmy, można podejrzewać cyberszpiegostwo. Uzasadnione staje się zatem wynajęcie informatyków śledczych. Ci przez kilka tygodni w ukryciu sprawdzą dane z firmowego sprzętu. Można zatem ustalić, czy winę za wyciek dokumentacji ponosi technologia (konkurencja zdalnie włamała się do systemu), czy czynnik ludzki (w firmie jest kret, który donosi)[38].

Mając na względzie złożoną materię omawianego zagadnienia, warto wnieść uwagę ogólną, związaną z możliwościami skutecznego ścigania cyberprzestępczości przez organy ścigania. Zagadnienie realizacji przepisów prawa karnego, a szczególnie rozpoznawania, wykrywania i zapobiegania cyberprzestępczości, wciąż jeszcze stanowi swoiste *novum* w aspektach kryminologicznych i kryminalistycznych, a przede wszystkim w systemie prawa oraz wkracza bardzo głęboko w sferę techniczną działania systemów przetwarzających dane.

Niezbędne staje się wdrożenie kompleksowych zasad nauczania i edukacji w tym zakresie nie tylko studentów, lecz również funkcjonariuszy wszystkich służb policyjnych, prokuratorów i sędziów. Istotna rola w tej kwestii przypada intensywnie rozwijającej się kryminalistyce informatycznej, określanej również

[37] Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz.U., nr 89, poz. 590).

[38] S. Czubkowska, *Informatyka śledcza, czyli po e-mailu do kłębka*, „Dziennik" z dnia 24-26 września 2010 r.

jako informatyka śledcza[39], która ma za zadanie ujawnianie i zabezpieczanie dla celów dowodowych kryminalistycznych śladów elektronicznych.

[39] Informatyka śledcza (ang. *Computer Forensics*) jest gałęzią nauk sądowych, której celem jest dostarczanie cyfrowych środków dowodowych popełnionych przestępstw lub nadużyć. Jej zadaniami są: zbieranie, odzyskiwanie, analiza oraz prezentacja, w formie specjalistycznego raportu, danych cyfrowych znajdujących się na różnego rodzaju nośnikach (dyski twarde komputerów, dyskietki, płyty CD, pamięci przenośne, serwery, telefony komórkowe itp.). Efektem działań specjalistów informatyki śledczej są dane elektroniczne przygotowane w sposób spełniający kryteria dowodowe zgodnie z obowiązującymi w danym kraju regulacjami prawnymi. Do najczęstszych przypadków zastosowania informatyki śledczej w Polsce należą kradzież danych przez zwalnianych lub nielojalnych pracowników oraz sabotaż (usuwanie lub kradzież danych firm lub instytucji publicznych mające na celu m.in. osłabienie ich pozycji konkurencyjnej lub pozyskanie *know-how*). Początkowo dowody cyfrowe wykorzystywano głównie w śledztwach dotyczących spraw karnych. Szybko jednak przekonano się, że mogą one pomóc także w wytropieniu winnych szpiegostwa na niekorzyść swoich pracodawców. Tak powstał nowy zawód: e-detektywi. Szerzej: Stowarzyszenie Instytut Informatyki Śledczej adres e-mail: stowarzyszenie@siis.org.pl

Jerzy Wojciech Wójcik

Autor, prof. dr hab. Jerzy Wojciech Wójcik, kryminolog, jest wykładowcą we Wszechnicy Polskiej Szkole Wyższej TWP w Warszawie.

Leszek Buller

Jakość funkcjonowania służb specjalnych w wybranych krajach świata

Bezpieczeństwo jeszcze do niedawna traktowane w kategoriach wyłącznie militarnych ustępuje bezpieczeństwu pozamilitarnemu. Następujące zmiany w światowym układzie sił w końcu XX wieku skomplikowały działalność współczesnych służb specjalnych. W miejsce przewidywalnego rozwoju sytuacji politycznej, gospodarczej czy wojskowej w poszczególnych państwach pojawiło się złożone środowisko międzynarodowe. Nasilił się postęp w wymianie informacji, swoboda wymiany osobowej, wielostronna współpraca państw. Czynniki te zwiększają zapotrzebowanie na dane o potencjale informacyjnym konkurujących państw czy koalicji państw, na dokładne wiadomości polityczne, ekonomiczne i wojskowe. Dlatego można tutaj mówić o „wojnie informacyjnej".

Analiza porównawcza służb specjalnych chroniących bezpieczeństwo wewnętrzne w niektórych wybranych państwach świata ujawnia pewne prawidłowości w ich statusie prawnym, organizacji i działalności:

1. Organizacyjne oddzielenie organów wywiadu zagranicznego od kontrwywiadu i policji politycznej.

Od tego modelu odbiegają Włochy, gdzie zadania kontrwywiadu, służby bezpieczeństwa i wywiadu wykonuje Służba Bezpieczeństwa i Informacji (SISDE) podległa ministrowi spraw wewnętrznych oraz Służba Wywiadu i Kontrwywiadu Wojskowego (SISM) podległa ministrowi obrony. Ta nietypowa sytuacja wiąże się z wielce rozbudowanymi organizacyjnie we Włoszech służbami, których kompetencje są zbieżne. Wynika to z doświadczeń politycznych unikających możliwości objęcia przez jakąkolwiek ze służb kontroli nad życiem politycznym. Dlatego też w swych zadaniach służby podległe Ministerstwu Spraw Wewnętrznych – Służba Bezpieczeństwa i Informacji oraz Centralne Biuro Śledztw Głównych i Operacji Specjalnych (UCIGOS) powielają prace organów wojskowych – Korpusu Karabinierów i Służby Wywiadu i Kontrwywiadu.

2. Organizacyjnie oddzielona funkcja ogólnego kierowania od zadań operacyjno-wykonawczych służb specjalnych.

Organa ogólnego kierowania są usytuowane przy głowie państwa lub rządu jako doradcze, koordynacyjne i kontrolne. Są to organa robocze aparatu najwyższych władz. W ich głównym zainteresowaniu pozostaje wywiad.

STANY ZJEDNOCZONE AMERYKI PÓŁNOCNEJ (USA)

Koordynatorami służb specjalnych są dwa ogniwa podporządkowane Krajowej Radzie Bezpieczeństwa:

- Międzynarodowa Rada Kontrwywiadowcza – przewodniczy jej dyrektor FBI. W jej skład wchodzą przedstawiciele wojskowych i cywilnych organów kontrwywiadu (w tym reprezentanci CIA). Określa zadania i kompetencje poszczególnych służb,
- Międzynarodowy Komitet Bezpieczeństwa Wewnętrznego, skupiający przedstawicieli ogniw bezpieczeństwa w poszczególnych departamentach, instytucjach i przedsiębiorstwach. Opracowuje i wprowadza w życie zunifikowane systemy ochrony tajemnicy państwowej oraz kieruje pracą komitetów stanowych.

WIELKA BRYTANIA

Służby podlegają premierowi. Ustawa o służbie bezpieczeństwa z 1989 r. określa, że bezpośrednio służby te podlegają ministrowi spraw wewnętrznych, ale premier ponosi pełną odpowiedzialność za obronę i bezpieczeństwo. Może on wyznaczyć osobę do bezpośredniej kontroli pracy wywiadu i kontrwywiadu. Jest nią doradca premiera, zwany inaczej koordynatorem ds. wywiadu i bezpieczeństwa. Szefowie służb wywiadu mają prawo zwracać się bezpośrednio do premiera. Głównymi organami nadzorującymi pracę służb specjalnych są:

- Komitet Stałych Sekretarzy Stanu ds. Służb Wywiadowczych,
- Połączony Komitet Wywiadu (JIC).

W skład pierwszego wchodzą: sekretarze gabinetu premiera – przewodniczący, stali sekretarze stanu, inni wyżsi urzędnicy ministerstw: spraw zagranicznych, obrony, spraw wewnętrznych oraz handlu i przemysłu, szef sztabu sił zbrojnych, doradca premiera ds. wywiadu i bezpieczeństwa. Główne zadania to kontrola budżetu służb, zatwierdzanie strategicznych kierunków i planów działania, zatwierdzanie realizacji ważnych tajnych operacji.

Drugi stanowią szefowie czterech głównych służb specjalnych: Służby Bezpieczeństwa – MI-5, Tajnej Służby Wywiadu – MI-6 (SIS), Wywiadu Wojskowego – DIS, Rządowego Centrum Łączności (wywiad telekomunikacyjny) – GCHQ.

Główne zadania to dokonywanie na potrzeby rządu analizy i syntezy informacji napływających z poszczególnych służb. Pewne funkcje kontrolne w stosunku do wszystkich ogniw służb bezpieczeństwa sprawuje Komisja Bezpieczeństwa przy gabinecie premiera.

NIEMCY

Koordynacja i nadzór polityczny nad Federalnym Urzędem Ochrony Konstytucji i innymi służbami wywiadu i kontrwywiadu należy do Urzędu Kanclerskiego.

FRANCJA

Służby specjalne nadzorowane są przez:

- Międzyministerialny Komitet Wywiadu, najwyższą instancję w składzie: premier, dyrektor generalny wywiadu (DGSE) oraz ministrowie spraw wewnętrznych, zagranicznych, obrony narodowej i finansów,
- Sekretariat Generalny Obrony Narodowej, pod kierownictwem premiera, koordynuje działania w zakresie ocen i analiz geostrategicznych i politycznych.

WŁOCHY

Od 1978 r. główne służby SISM oraz SIDE podlegają premierowi, a nad ich działalnością czuwa Międzyministerialny Komitet Wywiadu i Bezpieczeństwa (CIIS), którego posiedzenia zwołuje premier według własnego uznania. Składa się z ministra spraw zagranicznych, sprawiedliwości, spraw wewnętrznych, obrony i finansów. Najistotniejszą rolę odgrywają ministrowie spraw wewnętrznych i obrony, mający bezpośredni wpływ na służby. CIIS podlega Komitet Wykonawczy Służb Wywiadu i Bezpieczeństwa (CESIS) – organ stały. Do jego zadań należy zapewnienie rządowi bieżących informacji w zakresie bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego, współpraca i wymiana informacji ze służbami zagranicznymi, koordynacja pracy służb oraz wytyczanie długofalowych zadań operacyjnych.

W większości państw funkcje służb bezpieczeństwa i kontrwywiadu spełnia jedna instytucja:

W USA – Federalne Biuro Śledcze (FBI), w Niemczech – Urząd Ochrony Konstytucji (Bfr), w Wielkiej Brytanii – Służba Bezpieczeństwa (MI-5), we Francji funkcjonuje kontrwywiad – Dyrekcja Nadzoru Terytorialnego (DST) oraz policja polityczne – Służba Informacji Ogólnych (RG). Odmiennie we Włoszech, gdzie wiele zadań z dziedziny bezpieczeństwa wewnętrznego, niezależnie od Służby Bezpieczeństwa i Informacji wykonują m.in. Korpus Karabinierów (CC), Centralne Biuro ds. Śledztw Głównych i Operacji Specjalnych (DIGOS).

Służby bezpieczeństwa wewnętrznego są autonomicznymi instytucjami podległymi ministrom spraw wewnętrznych, jednak nie wchodzą organizacyjnie w skład Ministerstwa Spraw Wewnętrznych. I tak

FBI formalnie podlega Departamentowi Sprawiedliwości. Podporządkowane jest w dużym stopniu formalnie i uzależnione od stosunków osobistych miedzy dyrektorem FBI i prokuratorem generalnym. Organizacyjnie FBI jest samodzielnym urzędem posiadającym własny budżet. Prokurator Generalny sprawuje ogólny nadzór nad całością działalności w zwalczaniu przestępczości. Wydaje ponadto odpowiednie dyrektywy. Kierownictwo FBI ma obowiązek składania sprawozdań z ich realizacji prokuratorowi generalnemu.

Z dużej autonomii korzysta MI-5, jednak jej dyrektora generalnego wyznacza minister spraw wewnętrznych w konsultacji z premierem. Dyrektor przedkłada ministrowi spraw wewnętrznych i premierowi sprawozdania z pracy służby. Minister spraw wewnętrznych odbywa spotkania z dyrektorem generalnym oraz personelem. O bieżących sprawach ministra informuje podsekretarz stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i wyżsi urzędnicy departamentu, którzy utrzy-

mują ze służbą kontakty robocze na niższym szczeblu organizacyjnym. Zgodnie z obowiązującą procedurą bez osobistej zgody ministra przewodniczący MI-5 nie mogą zakładać podsłuchu telefonicznego, kontrolować korespondencji lub wkraczać na teren własności prywatnej. Minister jest też informowany o planach i priorytetach oraz ważnych sprawach bieżących służby, sprawując w ten sposób nadzór nad jej działalnością. Z podobnej autonomii korzysta również Federalny Urząd Ochrony Konstytucji Niemiec.

W wymienionych państwach Ministerstwo Spraw Wewnętrznych spełnia zupełnie inne funkcje niż w Polsce. I tak

- w Wielkiej Brytanii w skład Home Office wchodzą: departament imigracji, departament kryminalny, policji, wydział zaopatrzenia materiałowego i transportu, narodowy ośrodek komputerowy policji, jednostka koordynująca współpracę MSW z policją metropolitarną, inspektorat policji, naukowe policyjne biuro rozwoju, dyrektoriat telekomunikacji, wyższa szkoła policji, ośrodek szkolenia policji, departamenty straży ogniowej, zawieszenia kary i zwolnień, programowania, więziennictwa, statystyki, finansów, badań i studiów.
- w Niemczech wydziały: Z (centralny), G (zagadnienia wewnątrzpolityczne), D (prawa urzędnicze i inne prawa osobiste służby publicznej), O (organizacja i zarządzanie, sprawy komunalne, statystyka), VFK (sprawy wypędzonych, uchodźców, poszkodowanych w czasie wojny, sprawy kultury), V (konstytucja, prawo państwowe i zarządzanie), ZV (obrona cywilna), P (sprawy policyjne), SM (sport i środki przekazu), Pełnomocnika Federalnego ds. Ochrony Danych.
- we Francji Generalna Dyrekcja Nadzoru Terytorialnego (DST) i Generalna Dyrekcja Informacji Ogólnych (RG) formalnie podporządkowane są Generalnej Dyrekcji Policji Narodowej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, ale mimo to posiadają dużą autonomię i w sprawach merytorycznych podlegają bezpośrednio ministrowi spraw wewnętrznych.

Ogólnopaństwowa służba bezpieczeństwa wewnętrznego nie jest jedynym ogniwem systemu bezpieczeństwa wewnętrznego. W skład tego systemu wchodzą m.in. wydziały bezpieczeństwa innych resortów i firm oraz biura świadczące usługi z zakresu bezpieczeństwa. Większość z nich zakładana jest przez byłych pracowników służb specjalnych lub stanowi kamuflaż dla tych służb. W ten sposób potencjał służb bezpieczeństwa wewnętrznego znacznie się rozszerza.

Ważne zadania na rzecz bezpieczeństwa państwa wykonuje również policja mundurowa. Wprawdzie policja i organa bezpieczeństwa organizacyjnie są oddzielone od siebie, jednak pod względem informacyjnym obie służby są ściśle zintegrowane. W skład tego systemu wchodzą również organa kontrwywiadowcze lub bezpieczeństwa działające w resortach militarnych, które swe zainteresowania ograniczają do środowisk wojskowych. Ich oficerowie na niższym szczeblu wykonują zadania zarówno z zakresu wywiadu, jak i bezpieczeństwa.

Nie wszystkie służby mają uprawnienia policyjne. Prawo do dokonywania zatrzymań, przeszukań procesowych czy przesłuchań mają DST oraz FBI. Niemcy mogą występować też jako świadkowie oskarżenia.

Działalność pracowników MI-5 utrzymywana jest w tajemnicy. Znajdują się w cieniu nie tylko podczas wykonywania czynności operacyjnych, ale i procesowych. Prowadzą oni niezbędne działania operacyjne, przekazują zebrane informacje do oddziału specjalnego policji, w celu przeprowadzenia czynności śledczych i wszczęcia ścigania karnego.

Ponieważ Federalny Urząd Ochrony Konstytucji działa na pograniczu legalności i poprzedza działania karnoprawne, uznano za konieczne powołanie organu posiadającego pełne kompetencje w sferze prawa karnego i wykonującego funkcje policyjne w dziedzinie ochrony konstytucji. Organem takim jest Grupa Ochrony Federalnego Urzędu Kryminalnego. W poszczególnych krajach związkowych odpowiednikami są wyspecjalizowane jednostki w krajowych urzędach policji kryminalnej noszące nazwę policji politycznej.

Organa bezpieczeństwa wewnętrznego mają swe odpowiedniki w terenie.

- FBI składa się z centrali, oddziałów terenowych, agencji lokalnych i przedstawicielstw zagranicznych. Centrala – sztab, praca operacyjna koncentruje się w oddziałach terenowych i agencjach lokalnych. W centrali pracuje ok. 10% pracowników operacyjnych. Aparat terenowy FBI składa się z 56 oddziałów we wszystkich dużych miastach. Podlegają one bezpośrednio centrali i są wyłączone z kompetencji władz stanowych. FBI ma też oficjalne przedstawicielstwa zagraniczne, korzystające z siedzib ambasad USA.
- Struktura organów ochrony konstytucji Niemiec jest zróżnicowana i wynika ze struktury administracji państwa oraz zasad ustrojowych. Dla zapewnienia sprawności działania FUOK ma specjalne jednostki terenowe, podległe bezpośrednio centrali. Zajmują się one zarówno kontrwywiadem, jak i wywiadem. Ustawa o współpracy federacji i krajów związkowych w sprawach ochrony konstytucji z 27 września 1950 r. zobowiązuje poszczególne kraje związkowe jedynie do tworzenia odpowiednich urzędów dla współpracy z federacją. W poszczególnych krajach mają one różną formę instytucjonalną. Najczęściej krajowe UOK powołały stosunkowo samodzielne instytucje podporządkowane ministrowi spraw wewnętrznych lub jako departamenty w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych. Struktura organizacyjna FUOK nie jest dla nich obowiązującym wzorem.
- We Francji struktura terenowych organów DST i RG jest zróżnicowana. DST opiera się na 8 dyrekcjach regionalnych. W terytoriach zamorskich działa 6 filii. Jednostki terenowe DST są bezpośrednio podporządkowane centrali w Paryżu. Jednostki RG natomiast podlegaja miejscowym prefektom, ale mają obowiązek zbierania informacji dla Dyrekcji Generalnej Informacji Ogólnych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych. Składają się ze służb departamentalnych i regionalnych.
- MI-5 ma podporządkowane centrali jednostki terenowe w postaci biur regionalnych i rezydentur wykonujących zadania z zakresu kontrwywiadu, zabezpieczenia obiektów, ochrony tajemnicy, utrzymywania kontaktów z agentami itp.
- Działalność operacyjna Służby Bezpieczeństwa i Informacji Włoch opiera się na terenowych kwesturach. SISDE w terenie ściśle współpracuje z Biurem ds. Cudzoziemców Ministerstwa Spraw Wewnętrznych.

Sytuacja kadrowa służb

FBI w USA zatrudnia ok. 20 tys. osób, w tym 8,5 tys. to agenci – pracownicy operacyjni,

UOK w Niemczech liczy ok. 5 tys. pracowników,

MI-5 w Wielkiej Brytanii – 2 tys., z których ponad połowa to kobiety,

DST we Francji – 4 tys., w tym 2,5 tys. to kadra złożona pracowników operacyjnych, a RG liczy ok. 2,5 tys., z czego 25% pracuje w prefekturach policji w terenie,

Włochy – 1,5 tys. pracowników.

Powyższe dane nie uwzględniają liczbowego stanu pozostałych ogniw systemu bezpieczeństwa państwa i nie pozwalają na głębsze uogólnienia.

W żadnym z krajów, gdzie uchwalono odpowiednie akty normatywne, nie uznano za celowe szczegółowo uregulować zadań, kompetencji oraz struktury organizacyjnej służb bezpieczeństwa wewnętrznego.

MI-5 stosunkowo do niedawna nie miała oficjalnego statusu i siedziby. Ustawa o Służbie Bezpieczeństwa została uchwalona w 1989 r., a weszła w życie jeszcze później. Nie przewiduje ona bezpośredniej odpowiedzialności służby przed parlamentem. MI-5 wielokrotnie zarzucano, że narusza swobody obywatelskie, zakładając nielegalne podsłuchy przywódcom związkowym, działaczom organizacji pokojowych i antynuklearnych. Wskazywano, że jako jedyna w krajach demokracji nie podlega żadnej kontroli parlamentu. Ustawa zakłada, że MI-5 musi posiadać zezwolenie ministra spraw wewnętrznych na założenie podsłuchu, kontrolę korespondencji czy tajne przeszukanie. Nad wydawaniem takich zezwoleń czuwać mają niezależni urzędnicy (sędziowie).

Dekrety prezydenta Francji regulujące zadania Dyrekcji Nadzoru Terytorialnego i Dyrekcji Informacji Ogólnych zawierają bardzo ogólne sformułowania pozwalające na rozszerzenie kompetencji tych służb. Dekret upoważnia ministra spraw wewnętrznych do uregulowania w zarządzeniu szczegółowej organizacji i funkcjonowania DST.

W Niemczech rozwiązania prawne regulujące dziania służb specjalnych znajdują odzwierciedlenie w Ustawie Zasadniczej z 23 maja 1945 roku, gdzie nie ma przepisów o „ochronie państwa", natomiast mówi się o „ochronie konstytucji" (specyfika). Federacja ma wyłączne prawo do wydawania przepisów o współpracy z landami w tej dziedzinie. Konstytucja dopuszcza możliwość powołania przez federację centralnego urzędu zajmującego się gromadzeniem dokumentów, w celu ochrony konstytucji. Bundestag uchwalił 27 grudnia 1950 r. ustawę o współpracy federacji i landów w sprawach ochrony konstytucji. Na mocy tej ustawy ukazało się rozporządzenie rządu Niemiec o utworzeniu Federalnego Urzędu Ochrony Konstytucji. Zawierało ono m.in. wymóg zgody kanclerza na mianowanie szefa FUOK oraz zatwierdzenia przez niego instrukcji o pracy Urzędu. Bezpośrednim zwierzchnikiem został minister spraw wewnętrznych. W 1968 roku rząd federalny przedstawił Bundestagowi kilka projektów ustaw nt. bezpieczeństwa

państwa, m.in. o MAD (kontrwywiad wojskowy), o BND (Federalna Służba Wywiadowcza), o federalnej ochronie danych, o współpracy służb bezpieczeństwa.

Zadania i struktura organizacyjna służb bezpieczeństwa wewnętrznego nie są we wszystkich państwach jednolite, a swym zakresem obejmują zarówno funkcje kontrwywiadowcze, jak i policji politycznej. Szersze kompetencje ma jedynie FBI, zajmujące się również zwalczaniem groźnych przestępstw kryminalnych wykraczających zasięgiem poza terytorium jednego stanu.

Do podstawowych zadań FBI należy: „poszukiwanie niebezpiecznych przestępców, walka ze szpiegostwem i sabotażem, rozpracowywanie wywrotowych partii politycznych i organizacji, inwigilacja placówek dyplomatycznych i konsularnych i innych przedstawicielstw krajów, których polityka godzi w interesy USA lub które popierają terroryzm, prowadzenie inwigilacji niektórych narodowych środowisk obywateli USA, prowadzenie rozpoznania wśród turystów, stypendystów i innych cudzoziemców przyjeżdżających z wybranych państw, typowanie i opracowywanie kandydatów na agentów, sprawdzanie kandydatów do pracy w instytucjach rządowych, ochrona tajemnicy". Nie zajmuje się natomiast: zwalczaniem fałszerstw pieniędzy i dokumentów, wykroczeniami przeciwko przepisom celnym, zwalczaniem handlu narkotykami, przestępstwami podatkowymi, wykroczeniami przeciwko ustawie imigracyjnej. Podlegają one kompetencji innych instytucji federalnych.

Centrala FBI składa się z 10 wydziałów, z czego 3 to jednostki operacyjne, a pozostałe pełnią funkcje pomocnicze:

1. Wydział Śledztw Ogólnych – zwalczanie szczególnie niebezpiecznych przestępstw kryminalnych.
2. Wydział Śledztw Specjalnych – organizacja poszukiwań przestępców na całym terytorium USA oraz opracowywanie i sprawdzanie kandydatów do pracy w urzędach państwowych, na wyższe stanowiska w służbie państwowej i w dziedzinach szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa państwa.
3. Wydział Wywiadu Wewnętrznego – zwalczanie szpiegostwa i innych przestępstw zagrażających bezpieczeństwu państwa.

Pozostałe wydziały to: administracja, inspekcja, ewidencja i łączność, identyfikacja, wydawnictwo, szkolenie oraz laboratorium kryminalistyczne.

MI-5 (*Securite Service* lub *Defence Intelligence 5*) stanowi podstawową służbę kontrwywiadu i policji politycznej, kierowaną przez dyrektora generalnego, odpowiedzialnego za problemy bezpieczeństwa w kraju i korzystającego z określonych uprawnień nadzorczych wobec pozostałych ogniw systemu bezpieczeństwa, którym udziela pomocy w wypełnianiu zadań o charakterze kontrwywiadowczym. W 1952 r. W. Churchill przeniósł odpowiedzialność za służby bezpieczeństwa z urzędu premiera na ministra spraw wewnętrznych. Sir D. Fyre 24 września 1952 r. wydał instrukcję określającą funkcje i zadania służb bezpieczeństwa oraz dyrektora generalnego. Funkcjonowała ona do 1989 r., kiedy to zaczęła obowiązywać ustawa o Służbie Bezpieczeństwa określająca zadania

MI-5 – „ochronę królestwa jako całości przed zewnętrznymi i wewnętrznymi zagrożeniami, powstającymi na skutek szpiegostwa i sabotażu lub działania osób i organizacji niezależnie od tego, czy działalność wywrotowa kierowana jest z kraju czy zagranicy". Inne zadania określone zostały w poufnych dyrektywach dyrektora generalnego. Wprowadzono sporo nowych postanowień. Służba jest też odpowiedzialna za ochronę dóbr ekonomicznych przed „zagrożeniami spowodowanymi działaniami lub zamiarami osób znajdujących się poza Wyspami Brytyjskimi". MI-5 udziela pomocy Tajnej Służbie Wywiadu (SIS) i Rządowemu Ośrodkowi Łączności (GCHQ) – wywiad telekomunikacyjny.

Dyrektor generalny ma 2 zastępców odpowiedzialnych za pracę operacyjną oraz administrację. Struktura organizacyjna obejmuje 5 wydziałów operacyjnych: wywiad, środki, operacje; antyterroryzm międzynarodowy, antyterroryzm irlandzki i pozostały krajowy; kontrwywiad i kontrproliferacja; kontrsubwencja, Wydział Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Wydział Kadr oraz pomocnicze kierowane przez dyrektorów. Piony operacyjne zajmują się rozpoznaniem i przeciwdziałaniem zagrożeniom bezpieczeństwa państwa.

Wydział Bezpieczeństwa Wewnętrznego zaleca środki zmierzające do zabezpieczenia i zminimalizowania skutków zagrożeń. Współdziała z innymi resortami oraz udziela konsultacji komitetom Ministerstwa Spraw Zagranicznych, które pod kierownictwem Biura Gabinetu Premiera decydują o polityce bezpieczeństwa państwa. Organizuje szkolenia z zakresu bezpieczeństwa dla przedstawicieli rządu oraz gałęzi przemysłu, które zajmują się poufnymi kontraktami rządowymi oraz dotyczącymi obronności.

Ustawa o Służbie Bezpieczeństwa nie daje jej żadnych uprawnień umożliwiających inwigilację osób, organizacji, działalności bądź przedsięwzięć niestanowiących zagrożenia dla bezpieczeństwa narodu jako całości. Nie wprowadza też ograniczeń, jeśli uzasadnione jest to zagrożeniem bezpieczeństwem państwa. Praca Służby Bezpieczeństwa podlega nadzorowi prawnemu dwóch oddzielnych komisarzy oraz dwóch trybunów, co jest przewidziane w ustawie o Służbie Bezpieczeństwa i ustawie o podsłuchu środków telekomunikacji. Stwarza to możliwość rozpatrywania skarg obywateli na działalność służby.

Zgodnie z obowiązującą w Niemczech regulacją prawną zadaniem Federalnego Urzędu Ochrony Konstytucji i odpowiadających mu krajowych urzędów jest zbieranie i analizowanie informacji w szczególności o: próbach likwidacji, zmiany lub szkodzenia określonemu w konstytucji ustrojowi federacji lub któregoś z landów, albo bezprawnego naruszania konstytucyjnych zasad kierowania urzędami przez osoby powołane do tego oraz podejmowania na terenie Niemiec zagrażających ich bezpieczeństwu przedsięwzięć lub prowadzenia na rzecz obcego państwa działalności szpiegowskiej, a także o działaniach cudzoziemców, którzy są w stanie zagrozić bezpieczeństwu oraz zagranicznym interesem Niemiec. W praktyce FUOK zajmuje się: „kontrwywiadem, infiltracją i rozpracowywaniem cudzoziemców przebywających w Niemczech; zwalczaniem prawi-

cowego i lewicowego ekstremizmu, ochroną porządku państwowego; ochroną tajemnicy państwowej, zwalczaniem terroryzmu międzynarodowego; w ograniczonym zakresie działalnością wywiadowczą".

We Francji Generalna Dyrekcja Informacji Ogólnych (RG) spełnia funkcje służby bezpieczeństwa i policji politycznej. Infiltruje wszystkie partie polityczne, związki zawodowe, organizacje imigracyjne, *mass media* oraz prowadzi obserwację wyścigów konnych i domów gry. Na mocy dekretu z 17 grudnia 1951 r. jej zadaniem jest poszukiwanie i gromadzenie informacji o charakterze politycznym, społecznym i gospodarczym na potrzeby rządu. Nie działa wprawdzie jak typowa służba polityczna, natomiast zobowiązana jest do śledzenia zmian zachodzących w społeczeństwie oraz informowania naczelnych organów administracyjnych o wszystkim, co mogłoby osłabić bezpieczeństwo państwa i zakłócić porządek publiczny. Zdobywane informacje głównie ze źródeł jawnych, są opracowywane i sprawdzane.

RG odpowiada za centralizację informacji, koordynowanie dowodzenia podległymi służbami, dokumentację (przekazywanie służbom terenowym syntezy informacji) oraz poszukiwanie informacji (w tym również za pośrednictwem badania opinii publicznej). Jej struktura organizacyjna nie jest stała, dostosowuje się do zadań określonych przez rząd. Minister spraw wewnętrznych pod koniec ubiegłego stulecia pod naciskiem opinii publicznej przeprowadził reorganizację RG. Zlikwidowano jednostkę zajmującą się inwigilacją partii politycznych i ruchów społecznych. Obecnie do pierwszoplanowych zadań RG można zaliczyć: infiltrację organizacji islamskich, sekt, organizacji charytatywnych wykorzystywanych do prania brudnych pieniędzy, rozpoznawanie przemytu dzieł sztuki, narkotyków, operacji giełdowych oraz przedmieść zagrożonych przestępczością i napięciami społecznymi. Pozostałe zadania nie uległy zmianie.

DST zgodnie z dekretem z 22 grudnia 1982 r. ma prawo do wykrywania, zwalczania i zapobiegania wszelkiej działalności szpiegowskiej. Zobowiązana jest w szczególności do zarządzania działań dla wszystkich służb, wyczulenia regionalnych sektorów kontrwywiadu na ochronę tajemnic obronnych, zabezpieczenia łączności z innymi służbami lub odpowiednimi organami. W skład DST wchodzą jednostki:

1. Wydział I – ochrona i zabezpieczenie najważniejszych obiektów państwowych (ministerstwa, komitet ds. energii atomowej, instytucje wojskowe, główne obiekty przemysłowe),
2. Wydział II – współpraca ze służbami specjalnymi innych państw oraz praca kontrwywiadowcza przeciwko służbom działającym na terenie Francji,
3. Wydział III – praca kontrwywiadowcza przeciwko służbom specjalnym Chin i krajów Trzeciego Świata.

Inne wydziały wcześniej prowadziły pracę kontrwywiadowczą nakierunkowaną na b. ZSRR, Polskę i pozostałe kraje postkomunistyczne oraz Kubę. Obecnie ta działalność została zapewne ograniczona. Ponadto w skład DST wchodzą służby

techniki operacyjnej, obserwacji, radiokontrwywiadu, zwalczania terroryzmu międzynarodowego itp.

We Włoszech funkcje służby bezpieczeństwa, kontrwywiadu i wywiadu cywilnego spełnia Służba Bezpieczeństwa i Informacji (SISDE)., utworzona w 1978 r., podporządkowana Komitetowi Wykonawczemu Służb Wywiadu i Bezpieczeństwa (CESIS). SISDE odpowiada za walkę z terroryzmem, wykrywanie niektórych przestępstw kryminalnych, rozpracowywanie środowisk politycznych i dostarczanie rządowi za pośrednictwem CESIS informacji z prowadzonego rozpoznania. Ponadto walczy z obcymi wywiadami oraz kontrwywiadowczo ochrania ważne obiekty państwowe, naukowe i przemysłowe. Na szczeblu centrali SISDE działają wydziały: informacyjny, zagraniczny, kontrwywiadu, naukowo-techniczny, bezpieczeństwa przemysłowego, archiwum, do walki z terroryzmem prawicowym i lewicowym, wewnętrznym i międzynarodowym, techniki i inne.

Powyżej zaprezentowano jedynie służby chroniące bezpieczeństwo wewnętrzne wybranych krajów świata. Pominięto natomiast inne ogniwa składające się na system bezpieczeństwa, a także warunki funkcjonowania służb. Odrębnego potraktowania wymagają służby wywiadowcze. Omówione rozwiązania prawne mogłyby wskazywać, że działalność zachodnich służb bezpieczeństwa jest ściśle reglamentowana i nie narusza zasad praworządności. Ogólnikowość zadań określonych w przepisach prawnych powoduje, że służby bezpieczeństwa, jeśli nie są dostatecznie kontrolowane, przekraczają swe kompetencje, najczęściej inwigilując partie opozycyjne, lub też naruszają prawo przy zakładaniu podsłuchów czy kontroli korespondencji. Stosunkowo częstym zjawiskiem jest wykorzystywanie do inwigilacji opozycji, firm lub osób, świadczących na zasadach handlowych usługi z dziedziny bezpieczeństwa.

Literatura:

L. Korzeniowski, A. Pepłoński, *Wywiad gospodarczy. Historia i współczesność*, Kraków 2005.

J. Piekałkiewicz, *Dzieje szpiegostwa*, Warszawa 1999.

N. Polar, T.B. Allen, *Księga* szpiegów. Encyklopedia, Warszawa 2000.

P. Schweitzer, *Szpiedzy wśród przyjaciół*, Warszawa 1997.

J. Stańczyk, *Współczesne pojmowanie bezpieczeństwa*, Warszawa 1996.

R. Zięba, *Instytucjonalizacja bezpieczeństwa europejskiego – koncepcje – struktury – funkcjonowanie*, Warszawa 2004.

Leszek Buller

Autor, dr Leszek Buller, jest wykładowcą we Wszechnicy Polskiej Szkole Wyższej TWP w Warszawie.

Adam Wiśniewski

Prawne regulacje dotyczące podatku od gier

Niniejsza publikacja obejmuje swym zakresem kompleksowe przedstawienie tematyki dotyczącej podatku od gier w polskim systemie podatkowym, ze szczególnym uwzględnieniem ostatnich zmian wynikających z ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych[1]. Trzeba na wstępie wyraźnie zaznaczyć, iż z jednej strony – głośna w w mediach tzw. afera hazardowa z udziałem członków władzy, jak też powszechność gier i zakładów na polskim rynku, spowodowały znaczne zainteresowanie polskiego społeczeństwa tą dziedziną. Z drugiej jednak strony – prawne regulacje hazardu wciąż należą do tych, którym w polskim piśmiennictwie prawniczym, w tym prawnopodatkowym, poświęca się wyjątkowo mało miejsca[2]. Wynika to poniekąd z faktu, że hazard jest sferą stosunków społeczno-gospodarczych, podlegającą bardzo głębokiej ingerencji ustawodawcy oraz organu regulacyjnego, jakim jest Minister Finansów[3]. W związku z powyższym, podstawowym celem tego opracowania jest przedstawienie poglądów stosunkowo szeroko traktujących zagadnienie podatku od gier.

Podatek od gier. Ujęcie historyczne

Od blisko dwudziestu lat w polskim systemie podatkowym istnieje podatek nazwany podatkiem od gier. Przed II wojną światową podatek od gier nie funkcjonował w Polsce. Można jedynie wspomnieć, że ówczesne prawo przewidywało podatek gminny[4], który mógł być pobierany przez gminę, na której obszarze odbywały się wyścigi konne, od stawek we wzajemnych zakładach lub też od wygranych we wzajemnych zakładach. Po II wojnie światowej uchwalona została ustawa z dnia 19 kwietnia 1950 r. o wyścigach konnych[5], następnie uchylona przez ustawę z dnia 20 maja 1976 r. o grach losowych i totalizatorach[6]. Chociaż w obu tych ustawach znajdowały się przepisy regulujące określone dziedziny ha-

[1] Dz. U. z 2009 r., nr 201, poz. 1540 ze zm., (dalej również jako UGH).

[2] Wśród niedawnych publikacji szerzej omawiających zagadnienia dotyczące gier i zakładów wskazać można następujące prace: A. Janiak w: J. Panowicz-Lipska, *System Prawa Prywatnego*, tom 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa,* Warszawa 2004; A. Wiśniewski, *Umowa zakładu wzajemnego*, „Finansowy Kwartalnik Internetowy Finanse" z 2006 r. nr 2; M. Ożóg i M. Świerczyński w: E. Traple, J. Adamczyk, P. Barta, X. Konarski, W. Kulis, P. Litwiński, Z. Okoń, M. Ożóg, P. Podrecki, G. Sibiga, M. Świerczyński, *Prawo reklamy i promocji,* Warszawa 2007, czy też A. Wiśniewski, *Umowy losowe w prawie polskim*, Warszawa 2009.

[3] M. Ożóg, *W oczekiwaniu na Placanica. Usługi hazardowe w prawie wspólnotowym,* „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" z 2006 r. nr 1, s. 20.

[4] Zob. art. 7 ustawy z dnia 22 czerwca 1925 r. o wyścigach konnych (Dz.U. z 1925 r., nr 74, poz. 512) i § 3 Rozporządzenia Ministra Rolnictwa i Dóbr Państwowych z dnia 23 lipca 1925 r. o warunkach funkcjonowania oraz organizacji wzajemnych zakładów (totalizatora) na torach wyścigowych towarzystw wyścigów konnych oraz o sposobie prowadzenia rachunkowości tych zakładów (Dz.U. z 1925 r., nr 81, poz. 556 ze zm.).

[5] Dz.U. z 1950 r. nr 20, poz. 173.

[6] Dz.U. z 1976 r. nr 19, poz. 122.

zardu, dopuszczalne wówczas na terytorium Polski, w żadnej z nich nie wystąpiło określenie „podatek od gier". Od podmiotów prowadzących działalność w zakresie gier losowych i totalizatorów był wówczas pobierany podatek obrotowy. Po raz pierwszy określenie „podatek od gier" pojawiło się w ustawie z dnia 29 lipca 1992 r. o grach losowych i zakładach wzajemnych[7]. Od 1992 r. konstrukcja prawna podatku od gier ewoluowała, odzwierciedlając w dużym stopniu interesy wpływowych grup nacisku, które skłaniały posłów do podejmowania inicjatywy ustawodawczej[8].

Określenie „podatek od gier" zostało utrzymane w obecnie obowiązującej ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, która zastąpiła ustawę z 1992 r. Ustawa o grach hazardowych została ogłoszona w Dzienniku Ustaw w dniu 30 listopada 2009 r. i weszła w życie z dniem 1 stycznia 2010 r., z wyjątkiem art. 95 w zakresie art. 21 ust. 1 pkt 6, art. 106 pkt 1 i pkt 4 lit. a oraz art. 116 pkt 4 tej ustawy, które wchodzą w życie z dniem 2 stycznia 2016 r.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na stosunkowo krótki okres *vacatio legis* nowopowstałej ustawy. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że ważną sprawą w stabilności prawa podatkowego jest odpowiednie *vacatio legis*. Ustawy podatkowe ustanawiają, zmieniają bądź znoszą uprawnienia i obowiązki podatkowe. Do zmian tych, zarówno korzystnych, jak i niekorzystnych dla podatnika, trzeba go przygotować, umożliwiając mu wybór odpowiedniego zachowania[9]. Takie stanowisko prezentuje również Trybunał Konstytucyjny[10], który wielokrotnie podkreślał, że adresat normy podatkowej musi mieć zapewniony czas na przystosowanie się do zmienionych regulacji i na bezpieczne podjęcie odpowiednich decyzji co do dalszego postępowania. Jest to szczególnie istotne, gdy nowe przepisy dotyczą działalności gospodarczej, której swoboda jest gwarantowana przez przepisy konstytucyjne. Zbyt krótkie *vacatio legis* dla tego typu przepisów godzi w pewność prawa i zaufanie obywateli do państwa i stanowionego przezeń prawa w stopniu uzasadniającym zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.[11].

W pełni popieram tezę, iż przed wprowadzeniem zmian podatkowych powinny odbywać się konsultacje społeczne i opiniowanie projektowanych zmian przez ekspertów z organizacji pozarządowych. Ponadto, powinien istnieć zakaz wprowadzania zmian w ciągu roku podatkowego w aktach prawnych dotyczących spraw podatkowych pogarszających sytuację podatnika, oraz okres *vacatio legis* w odniesieniu do ustaw podatkowych powinien wynosić co najmniej 3 miesiące[12].

[7] Dz.U. z 1992 r., nr 68, poz. 341.

8 Zob. A. Gomułowicz w: A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki i prawo podatkowe*, wydanie 4, Warszawa 2008, s. 602.

[9] R. Rosiński, *Polski system podatkowy. Poszukiwanie optymalnych rozwiązań*, Warszawa 2008, s. 107.

[10] Zob. np. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 grudnia 1997 r., sygn. akt K 13/97; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 czerwca 1999 r., sygn. akt P 4/98.

[11] Por. B. Szmulik, *Problem zgodności ustawy hazardowej z Konstytucją RP*, referat wygłoszony na konferencji „Prawo Hazardowe w Kontekście Europejskim – Aspekty Prawne i Społeczne" w Warszawie, http://izbagospodarcza.pl/

[12] R. Rosiński, *op. cit*., str. 109.

Podatek od gier w polskim systemie podatkowym

Rozważania warto rozpocząć od omówienia pojęcia podatku. W polskim systemie prawnym istnieje legalna definicja podatku. Została ona sformułowana przez ustawodawcę w art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa[13]. Zgodnie z przywołanym przepisem, podatkiem jest publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej. Wszystkie te cechy, stanowiące elementy składowe definicji, są niezbędne dla określenia podatku i odróżnienia go od innych dochodów publicznych. Zmiana którejkolwiek cechy na inną, przy niezmienionej pozostałej części definicji, powoduje że nie jest to już podatek, lecz inny dochód publiczny, na przykład opłata, składka[14]. Na podstawie zacytowanej definicji wskazać można następujące cechy charakterystyczne podatku:

- **Po pierwsze**, jest to świadczenie pieniężne uiszczane w pieniądzu polskim, a więc prawnym środku płatniczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Od tej generalnej reguły istnieją jednak wyjątki, bowiem – przykładowo – egzekucja zaległości podatkowych z majątku podatnika może odbywać się również w formie niepieniężnej (majątek rzeczowy, papiery wartościowe).
- **Po drugie**, obowiązek zapłaty podatku następuje na rzecz władzy publicznej, reprezentowanej przez organy podatkowe władzy państwowej lub samorządu terytorialnego. Jest to zatem świadczenie o charakterze publicznoprawnym, które – cytując ustawodawcę – otrzymuje Skarb Państwa, województwo, powiat lub gmina.
- **Po trzecie**, podatek ma charakter przymusowy, co oznacza, że obowiązek jego zapłaty wynika albo bezpośrednio z przepisu prawa podatkowego, albo z decyzji administracyjnej organu i jest to obowiązek, którego wykonanie zabezpieczone jest autorytetem oraz ewentualnym faktycznym działaniem (poborem) władzy publicznej. Jeżeli podatnik, czyli – zgodnie z art. 7 ust. 1 Ordynacji podatkowej – osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, podlegająca na mocy ustaw podatkowych obowiązkowi podatkowemu, nie wywiąże się samodzielnie z zapłaty podatku, pobór kwoty następuje za pomocą egzekucji administracyjnej[15], na podstawie art. 2 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji[16].
- **Po czwarte**, podatek jest świadczeniem nieodpłatnym, co oznacza, iż ze świadczeniem podatkowym nie wiąże się bezpośrednio żadne wzajemne świadczenie państwa bądź jednostek samorządu terytorialnego na rzecz podatnika[17].

[13] Dz.U. z 2005 r., nr 8, poz. 60 ze zm.

[14] E. Kotowska w: A. Bielecka-Dobroczek, S. Drabczyk, R. Godlewski, H. Kisilowska, E. Kotowska, W. Nosek, J. Skoneczny, D. Sypniewski, D. Wilkowska-Kołakowska, C. Woźniak, *Prawo gospodarcze*, Warszawa 2005, s. 176.

[15] W. Modzelewski, *Wstęp do nauki polskiego prawa podatkowego*, wydanie dziewiąte, Warszawa 2010, s. 16.

[16] Dz.U. z 2005 r., nr 229, poz. 1954 ze zm.

[17] Zob. H. Litwińczuk, *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, wydanie III zmienione, Warszawa 2001, s. 16.

Innymi słowy, zapłata podatku następuje pod tytułem darmym, a podatnik nie ma prawa żądać jakiegokolwiek wzajemnego świadczenia.

- Ponadto, **po piąte** – podatek jest świadczeniem bezzwrotnym. Wpłata podatku przez płatnika na rzecz władzy publicznej nie rodzi po stronie tej ostatniej jakiegokolwiek obowiązku zwrotu całości lub części tej kwoty zarówno podatnikowi, jak i jego następcy prawnopodatkowemu lub osobie trzeciej[18]. Podatek nie ma cech pożyczki, o której mowa w art. 720 § 1 ustawy Kodeks cywilny[19], a która z definicji jest świadczeniem zwrotnym.
- Wreszcie, **po szóste** – podatek jest świadczeniem, którego obowiązek spełnienia wynika z ustawy podatkowej. Inaczej mówiąc, ma on charakter ogólny. W myśl art. 217 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, nakładanie podatków, innych danin publicznych, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustawy. Innymi słowy, wyłącznym źródłem prawa spośród źródeł prawa określonych w art. 87 i nast. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej kreującym podatki jest ustawa uchwalona przez Sejm. Pozostałe źródła prawa powszechnie obowiązującego w Polsce nie kreują podatków. W tym miejscu warto podkreślić, iż **podatek od gier w przeciwieństwie do innych podatków funkcjonujących w Polsce[20], jako jedyny nie doczekał się jak dotąd ustawy poświęconej wyłącznie niemu, lecz jest uregulowany niejako przy okazji w ustawie o grach hazardowych, określającej warunki i zasady prowadzenia działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach (*vide* art. 1 UGH). Ustawa o grach hazardowych nie jest ustawą podatkową *sensu stricto***.

System podatkowy w Polsce został wykreowany przez ogół istniejących podatków. Podatki tworzące ten system klasyfikowane są według różnych kryteriów. Do najczęściej stosowanych kryteriów w nauce o podatkach zalicza się[21]:

- kryterium przedmiotu opodatkowania, w oparciu o które wyróżnia się podatki przychodowe, dochodowe, majątkowe i od wydatków (konsumpcyjne);
- kryterium stosunku przedmiotu opodatkowania do źródła podatku (zwane inaczej kryterium ponoszonego ciężaru podatkowego), w oparciu o które wyróżnia się podatki bezpośrednie i pośrednie;

[18] W. Modzelewski, *op. cit*., str. 17.

[19] Dz.U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.

[20] Przykładowo, podatek dochodowy od osób fizycznych uregulowany jest w ustawie z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2010 r., nr 51, poz. 307 ze zm.); podatek dochodowy od osób prawnych uregulowany jest w ustawie z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2000 r., nr 54, poz. 654 ze zm.); podatek od towarów i usług uregulowany jest w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2004 r., nr 54, poz. 535 ze zm.); podatek od spadków i darowizn uregulowany jest w ustawie z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (Dz.U. z 2009 r., nr 93, poz. 768), podatek rolny uregulowany jest w ustawie z dnia 15 listopada 1984 r. o podatku rolnym (Dz.U. z 2006 r., nr 136, poz. 969 ze zm.); podatek leśny uregulowany jest w ustawie z dnia 30 października 2002 r. o podatku leśnym (Dz.U. z 2002 r., nr 200, poz. 1682 ze zm.).

[21] Na temat klasyfikacji podatków obszernie: H. Litwińczuk, *op. cit*., s. 23-27; A. Gomułowicz w: A. Gomułowicz, J. Małecki, *Podatki ...*, *op. cit*., s. 147-150; R. Rosiński, *op. cit*., s. 21-24.

- kryterium podziału dochodów podatkowych pomiędzy państwo a samorząd, w oparciu o które wyróżnia się podatki państwowe (tj. nakładane przez państwo) i samorządowe (tj. nakładane przez władze samorządowe).

Stosując wyżej wymienione kryteria, podatek od gier należy zaklasyfikować jako podatek od wydatków (konsumpcyjny), bowiem jest on zawarty w płaconej przez uczestnika gry (zakładu) stawce bądź cenie uiszczanej za los lub inny dowód udziału w grze. Innymi słowy, jest to podatek, którego ciężar ponosi konsument, za towar lub usługę uznawane w danym czasie i miejscu za luksusowe[22]. Jest to również podatek pośredni, gdyż jest on przerzucony przez podatnika na osobę trzecią, tj. na uczestnika gry (zakładu)[23]. Ponadto, jest to podatek państwowy, ponieważ stanowi on dochód budżetu państwa, na co wprost wskazuje treść art. 72 UGH. Jednostki samorządu terytorialnego nie otrzymują żadnego dochodu z tego podatku.

Źródła prawa dotyczące podatku od gier

Jak wspomniano, podstawowym aktem normatywnym w Polsce regulującym zagadnienia związane z podatkiem od gier jest ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych. Poza tym, wskazać należy następujące źródła prawa dotyczącego przedmiotowego podatku:

- rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 grudnia 2009 r. w sprawie kontroli wykonywanych przez Służbę Celną w zakresie urządzania i prowadzenia gier hazardowych[24],
- rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 4 stycznia 2010 r. w sprawie dokumentacji prowadzone przez podmioty prowadzące działalność w zakresie gier hazardowych[25],
- rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 27 stycznia 2010 r. w sprawie wzoru deklaracji podatkowych dla podatku od gier[26],
- rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 23 czerwca 2010 r. w sprawie wykazu urzędów celnych i izb celnych, których odpowiednio naczelnicy i dyrektorzy są właściwi do wykonywania zadań w zakresie podatku od gier, oraz terytorialnego zasięgu ich działania[27],
- rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie przekazywania informacji dotyczących funkcjonowania podmiotów urządzających i prowadzących działalność w zakresie gier hazardowych[28].

[22] Zob. C. Kosikowski, *Prawo finansowe w Unii Europejskiej i w Polsce*, wydanie I, Warszawa 2005, s. 194.
[23] K. Baran, A. Biernacki, P. Bębenek, S. Ickiewicz, K. Komorniczak, E. Liwanowska, R. Mazur-Strojny, G. Mączyński, W. Modzelewski, A. Nikończyk, M. Nowak, E. Olechniewicz, J. Tarwid, A. Wójcik, *Komentarz do podatku od towarów i usług, podatku akcyzowego, podatku od gier*, wydanie IV zaktualizowane, Warszawa 2002, s. 747.
[24] Dz.U. z 2009 r., nr 226, poz. 1820.
[25] Dz.U. z 2010 r., nr 8, poz. 57.
[26] Dz.U. z 2010 r., nr 13, poz. 71.
[27] Dz.U. z 2010 r., nr 115, poz. 771 ze zm.
[28] Dz.U. z 2010 r., nr 118, poz. 795.

Podatnik i przedmiot opodatkowania

Podatnikiem podatku od gier, czyli inaczej mówiąc podmiotem, na którym ciąży prawny obowiązek zapłacenia podatku, jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, która prowadzi działalność w zakresie gier hazardowych na podstawie udzielonej koncesji lub zezwolenia, podmioty urządzające gry objęte monopolem państwa oraz uczestnicy turnieju gry pokera (*vide* art. 71 ust. 1 UGH). W przywołanym przepisie wyróżnione zostały cztery kategorie podatników: **pierwsza** – podmioty prowadzące działalność w zakresie gier hazardowych na podstawie koncesji udzielonej przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych (w praktyce są to spółki akcyjne lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, mające siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej), **druga** – podmioty prowadzące działalność w zakresie gier hazardowych na podstawie zezwolenia udzielonego przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych lub dyrektora izby celnej, **trzecia** – jednoosobowe spółki Skarbu Państwa urządzające gry objęte monopolem państwa, wymienione w art. 5 ust. 1 UGH oraz **czwarta** – uczestnicy turnieju gry pokera.

Należy zwrócić uwagę, iż treść art. 71 ust. 1 UGH wskazuje na wyłączenie spod opodatkowania podatkiem od gier prowadzenia gier hazardowych bez uzyskania wymaganego prawem zezwolenia lub koncesji. Oznacza to, że podmioty prowadzące gry hazardowe z naruszeniem przepisów omawianej ustawy nie zostaną opodatkowane podatkiem od gier (natomiast będą im oczywiście groziły wszelkie sankcje z tytułu naruszenia przepisów ustawy). Analogicznie będzie przedstawiała się sytuacja podmiotów, którym koncesja lub zezwolenie wygaśnie albo zostanie cofnięte, a nie zaprzestaną one wykonywać działalności. Fakt nierównego opodatkowania osób prowadzących działalność w zakresie organizacji gier hazardowych – tzn. paradoksalnego uprzywilejowania podmiotów naruszających ustawę – rodzi istotne zastrzeżenia odnośnie zgodności omawianego rozwiązania z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 w związku z art. 217 Konstytucji)[29].

Reasumując, **podatnikiem podatku od gier są wyłącznie podmioty, które legalnie prowadzą działalność gospodarczą w zakresie gier hazardowych**.

Zgodnie z art. 71 ust. 2 UGH, przedmiotem opodatkowania podatkiem od gier jest urządzanie gier hazardowych, z wyłączeniem loterii promocyjnych i pokera rozgrywanego w formie turnieju gry pokera, jak również udział w pokerze rozgrywanym w formie turnieju gry pokera. Wynika z tego, że opodatkowanie podatkiem od gier podmiotów urządzających gry hazardowe nie dotyczy wszystkich rodzajów gier hazardowych. Zamknięty katalog gier hazardowych został sformułowany przez ustawodawcę w art. 2 UGH. Są to:

[29] Zob. Biuro Analiz Sejmowych, *Notatka w sprawie kolizji z Konstytucją rozwiązań prawnych zawartych w projekcie ustawy o grach hazardowych* (druk sejmowy nr 2481) z dnia 17 listopada 2009 r.

1. **Gry losowe**, czyli gry o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku, a warunki gry określa regulamin, tj.:

- gry liczbowe – gry, w których wygraną uzyskuje się przez prawidłowe wytypowanie liczb, znaków lub innych wyróżników, a wysokość wygranych zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek, oraz gra liczbowa keno, w której wygraną uzyskuje się przez prawidłowe wytypowanie liczb, a wysokość wygranych stanowi iloczyn wpłaconej stawki i mnożnika ustalonego dla poszczególnych stopni wygranych;
- loterie pieniężne, w których uczestniczy się przez nabycie losu lub innego dowodu udziału w grze, a podmiot urządzający loterię oferuje wyłącznie wygrane pieniężne;
- gra telebingo, w której uczestniczy się przez nabycie dowodu udziału w grze zawierającego przypadkowe zestawy liczb lub znaków z góry ustalonego zbioru liczb lub znaków, przeprowadzana na skalę ogólnokrajową z losowaniem nadawanym jako audycja telewizyjna, a podmiot urządzający grę oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe;
- gry cylindryczne, w których uczestniczy się w grze przez wytypowanie liczb, znaków lub innych wyróżników, a wysokość wygranej zależy od określonego z góry stosunku wpłaty do wygranej, zaś wynik gry ustalany jest za pomocą urządzenia obrotowego;
- gry w karty: black jack, poker, baccarat;
- gry w kości;
- gra bingo pieniężne, w której uczestniczy się przez nabycie przypadkowych zestawów liczb z ustalonego z góry zbioru liczb, a podmiot urządzający grę oferuje wyłącznie wygrane pieniężne, których wysokość zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek;
- gra bingo fantowe, w której uczestniczy się przez nabycie przypadkowych zestawów liczb z ustalonego z góry zbioru liczb, a podmiot urządzający grę oferuje wyłącznie wygrane rzeczowe;
- loterie fantowe, w których uczestniczy się przez nabycie losu lub innego dowodu udziału w grze, a podmiot urządzający loterię oferuje wyłącznie wygrane rzeczowe;
- loterie promocyjne, w których uczestniczy się przez nabycie towaru, usługi lub innego dowodu udziału w grze i tym samym nieodpłatnie uczestniczy się w loterii, a podmiot urządzający loterię oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe;
- loterie audioteksowe, w których uczestniczy się przez odpłatne połączenie telefoniczne lub wysyłanie krótkich wiadomości tekstowych (SMS) z użyciem publicznej sieci telekomunikacyjnej, a podmiot urządzający loterię oferuje wygrane pieniężne lub rzeczowe.

2. **Zakłady wzajemne**, czyli zakłady o wygrane pieniężne lub rzeczowe, polegające na odgadywaniu:

- wyników sportowego współzawodnictwa ludzi lub zwierząt, w których uczestnicy wpłacają stawki, a wysokość wygranej zależy od łącznej kwoty wpłaconych stawek – totalizatory;
- zaistnienia różnych zdarzeń, w których uczestnicy wpłacają stawki, a wysokość wygranych zależy od umówionego, między przyjmującym zakład a wpłacającym stawkę, stosunku wpłaty do wygranej – bukmacherstwo.

3. **Gry na automatach**, czyli gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych lub elektronicznych, w tym komputerowych, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których gra zawiera element losowości.

A zatem, pojęcie gier hazardowych łączy w sobie gry losowe, zakłady wzajemne i gry na automatach, wymienione w art. 2 UGH. Podkreślić należy, iż co prawda ustawodawca w art. 2 ust. 6 UGH upoważnił ministra właściwego do spraw finansów publicznych, aby ten rozstrzygał w drodze decyzji, czy gra lub zakład posiadające cechy wymienione w art. 2 ust. 1-5 UGH są zakładem wzajemnym, grą losową albo grą na automacie w rozumieniu tej ustawy, jednak przepis ten nie upoważnia ministra do kreowania nowych typów gier losowych i zakładów wzajemnych, a jedynie do rozstrzygania ewentualnych wątpliwości, czy konkretne, dostępne na rynku albo mające być uruchomione w przyszłości gry lub zakłady wyczerpują przesłanki gier losowych lub zakładów wzajemnych określonych powyższą ustawą, a przez to winny być podporządkowane określonym rygorom w niej przewidzianym. Kreacja nowego typu gry losowej lub zakładu wzajemnego dopuszczalna jest tylko w drodze zmiany przedmiotowej ustawy. Ze sposobu, w jaki sformułowano komentowany przepis, oraz z zasady ustawowej określoności ograniczeń wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji) wynika, że w kompetencji Ministra Finansów nie mieści się podejmowanie rozstrzygnięć zmierzających do uzupełniania ustawowego katalogu o nowe typy gier i zakładów. Minister może jedynie zakwalifikować daną grę lub zakład do kategorii gier lub zakładów wymienionych w ustawie o grach hazardowych. Minister Finansów otrzymał zatem wyłącznie kompetencję do rozstrzygania, czy gra (zakład) prowadzona na określonych zasadach jest grą losową (zakładem wzajemnym) w rozumieniu ustawy o grach hazardowych, oraz do którego z przewidzianych w ustawie typów należy daną grę (zakład) zaliczyć ze względu na jej cechy istotne (warunek uczestnictwa, nagrody itd.); organ ten nie jest natomiast władny poszerzać w ten sposób istniejący katalog ustawy[30].

Reasumując, ustawa o grach hazardowych określa w sposób enumeratywny, które gry (zakłady) podlegają przepisom tej ustawy, a w konsekwencji, które gry (zakłady) podlegają podatkowi od gier. Przy okazji warto też zwrócić uwagę, iż użyte przez ustawodawcę określenie – „podatek od gier" – jest nieprecyzyjne, bowiem podatek ten odnosi się ściśle do gier hazardo-

[30] Zob. A. Janiak, *op. cit*., s. 830, nb. 33; M. Świerczyński, *op. cit*. s. 507; A. Wiśniewski, *Umowy losowe* ..., s. 47-48; A. Olejniczak, Recenzja książki: *Umowy losowe w prawie polskim*, „Państwo i Prawo" z 2010 r., nr 6, s. 109.

wych, a nie do gier w znaczeniu szerokim. Zakres pojęcia „gra" i „zakład" jest zdecydowanie szerszy od zakresu pojęcia „gra hazardowa".

Powstanie, realizacja i ustanie obowiązku podatkowego

Kwestię powstania obowiązku podatkowego szczegółowo regulują przepisy z art. 71 ust. 3-5 UGH. Najogólniej mówiąc, obowiązek podatkowy w podatku od gier powstaje z dniem rozpoczęcia wykonywania działalności określonej w ustawie o grach hazardowych. W pokerze rozgrywanym w formie turnieju gry pokera obowiązek podatkowy powstaje z chwilą przystąpienia do turnieju. W przypadku podmiotów prowadzących działalność w zakresie zakładów wzajemnych obowiązek podatkowy powstaje z dniem rozpoczęcia wykonywania działalności w pierwszym z punktów objętych zezwoleniem. W myśl bowiem art. 43 ust. 1 pkt 3 UGH, zezwolenie na urządzanie zakładów wzajemnych obejmuje m.in. miejsce urządzania zakładów, czyli inaczej mówiąc – zezwolenie określa adresy punktów przyjmowania zakładów wzajemnych, a rozpoczęcie działalności chociażby w jednym z nich tworzy obowiązek podatkowy po stronie podmiotu urządzającego zakłady. W przypadku, gdy nie można określić dnia, w którym powstał obowiązek podatkowy z tytułu działalności lub czynności podlegającej opodatkowaniu podatkiem od gier, za datę jego powstania uznaje się dzień, w którym uprawniony organ podatkowy lub organ kontroli skarbowej stwierdził prowadzenie tej działalności lub wykonanie czynności.

Sposób realizacji obowiązku podatkowego w podatku od gier określają szczegółowo art. 75-77 UGH. Trafnie stwierdził Wojewódzki Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 11 kwietnia 2007 r., iż obowiązek podatkowy polega nie tylko na powinności ponoszenia przymusowego świadczenia pieniężnego, lecz także na konieczności podjęcia licznych obowiązków proceduralnych o charakterze merytorycznym lub instrumentalnym[31]. Zgodnie z art. 75 ust. 1 UGH, podatnicy, z wyłączeniem podatników w pokerze rozgrywanym w formie turnieju gry pokera, są obowiązani, bez wezwania, do składania właściwemu naczelnikowi urzędu celnego deklaracji podatkowych dla podatku od gier, według ustalonego wzoru i obliczania oraz wpłacania podatku od gier na rachunek właściwej izby celnej za okresy miesięczne, w terminie do 10 dnia miesiąca następującego po miesiącu, którego dotyczy rozliczenie. Na podatników, o których mowa w art. 71 ust. 1 UGH nałożony został *ex lege* obowiązek składania deklaracji podatkowych dla podatku od gier, według ustalonego wzoru. Minister właściwy do spraw finansów publicznych określił, w drodze rozporządzenia, wzory deklaracji podatkowej dla podatku od gier, uwzględniając specyfikę prowadzenia poszczególnych rodzajów gier hazardowych, jak również zapewniając możliwość prawidłowego obliczenia wysokości podatku od gier, zamieszczając objaśnienia co do sposobu prawidłowego składania tych deklaracji, informację o terminach i miejscu ich składa-

[31] Wyrok WSA w Warszawie z dnia 11kwietnia 2007 r., sygn. akt III SA/Wa 44/07, System Informacji Prawnej „Legalis".

nia oraz pouczenie, że deklaracja podatkowa stanowi podstawę do wystawienia tytułu wykonawczego, o czym stanowi art. 76 UGH. W wykonaniu powyższego obowiązku wydane zostało rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 27 stycznia 2010 r. w sprawie wzoru deklaracji podatkowych dla podatku od gier, w którym określonych zostało pięć wzorów deklaracji podatkowej dla podatku od gier, tj.:

- POG-5 – deklaracja dla podatku od gier przeznaczona dla wszystkich podatników podatku od gier z wyłączeniem podatników w pokerze rozgrywanym w formie turnieju gry pokera, stanowiąca załącznik nr 1 do rozporządzenia;
- POG-5/A – załącznik do deklaracji POG-5 dla podatku od gier przeznaczony dla podatników prowadzących kasyna gry, salony gry bingo pieniężne oraz urządzających zakłady wzajemne, loterie pieniężne, grę telebingo i loterie audioteksowe, stanowiący załącznik nr 2 do rozporządzenia;
- POG-5/C – załącznik do deklaracji POG-5 dla podatku od gier przeznaczony dla podatników urządzających gry liczbowe, stanowiący załącznik nr 3 do rozporządzenia;
- POG-5/D – załącznik do deklaracji POG-5 dla podatku od gier przeznaczony dla podatników urządzających grę bingo fantowe i loterię fantową, stanowiący załącznik nr 4 do rozporządzenia;
- POG-P – deklaracja dla podatku od gier przeznaczona dla płatników podatku od gier urządzających turniej gry pokera, stanowiąca załącznik nr 5 do rozporządzenia.

Zgodnie z art. 75 ust. 2 UGH, podatnicy urządzający gry liczbowe są obowiązani, bez wezwania, do obliczenia i zapłaty podatku od gier na rachunek właściwej izby celnej, wstępnie za okresy dzienne. Wyżej zacytowany przepis jest przepisem szczególnym w stosunku do art. 71 ust. 1 UGH. Dotyczy on wyłącznie jednoosobowych spółek Skarbu Państwa utworzonych w celu wykonywania działalności objętej monopolem państwa. Wstępnych wpłat podatku od gier za okresy dzienne, zwanych dalej „wpłatami dziennymi", podatnicy dokonują nie później niż w terminie 10 dni od dnia losowania. Wpłaty dzienne dokonane za miesiąc rozliczeniowy są uwzględniane w deklaracjach podatkowych i stanowią zaliczkę na podatek od gier. Nadpłatę wpłat dziennych wykazaną w deklaracji podatkowej, podatnik rozlicza przy wpłatach dziennych za następne okresy rozliczeniowe, o ile nie posiada zaległości podatkowych oraz bieżących zobowiązań podatkowych oraz nie złoży wniosku o zaliczenie nadpłaty w całości albo w części na poczet przyszłych zobowiązań podatkowych.

Zgodnie z art. 75 ust. 6 UGH, podmiot urządzający turniej gry pokera jest obowiązany jako płatnik do: złożenia właściwemu naczelnikowi urzędu celnego deklaracji podatkowych dla podatku od gier, obliczania, pobierania oraz wpłacania podatku od gier na rachunek właściwej izby celnej dla podatku od gier w pokerze rozgrywanym w formie turnieju gry pokera, za okresy miesięczne, w terminie do 20 dnia miesiąca następującego po miesiącu, którego dotyczy roz-

liczenie. Podmiot urządzający turniej gry pokera wypłaca wygrane pomniejszone o kwotę podatku od gier.

Zobowiązanie podatkowe w podatku od gier przyjmuje się w kwocie wynikającej z deklaracji podatkowej, chyba że organ podatkowy lub organ kontroli skarbowej określi je w innej wysokości. Podatnicy urządzający loterię fantową lub grę bingo fantowe, niezależnie od obowiązku złożenia deklaracji podatkowej, są obowiązani do przedstawienia właściwemu naczelnikowi urzędu celnego, sporządzonego w oparciu o dokumentację, o której mowa w art. 78 ust. 1 pkt 4 UGH, rozliczenia wyniku finansowego urządzanych gier w terminie 30 dni od dnia zakończenia gry określonego w zezwoleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, iż obowiązek podatkowy w podatku od gier powstaje z mocy prawa (*ex lege*), uzależniony jest od wykonywania działalności podlegającej temu podatkowi i obejmuje tylko ściśle określone w ustawie o grach hazardowych podmioty.

Właściwość organów podatkowych określona została w art. 77 UGH. Organami podatkowymi właściwymi w zakresie podatku od gier są naczelnik urzędu celnego i dyrektor izby celnej. Właściwość miejscową organów podatkowych w sprawach podatku od gier ustala się według: po pierwsze – miejsca lokalizacji ośrodka gier; po drugie – siedziby podmiotu urządzającego gry liczbowe, loterie pieniężne, grę telebingo, loterie audioteksowe lub zakłady wzajemne oraz – po trzecie – siedziby organu właściwego do udzielenia zezwolenia na urządzanie loterii fantowej lub gry bingo fantowe. W przypadku, gdy nie można ustalić właściwości miejscowej organów podatkowych w sposób określony w art. 77 ust. 2 UGH, organem właściwym jest Naczelnik Urzędu Celnego I w Warszawie i Dyrektor Izby Celnej w Warszawie. Na wniosek organu podatkowego, określone we wniosku czynności: sprawdzające, kontroli podatkowej lub postępowania podatkowego wykonuje odpowiednio naczelnik urzędu celnego lub dyrektor izby celnej, na którego obszarze działania prowadzona jest działalność lub wykonywane są czynności podlegające opodatkowaniu.

Stosownie do art. 77 ust. 5 UGH, minister właściwy do spraw finansów publicznych określił, w drodze rozporządzenia, wykaz urzędów celnych i izb celnych, których odpowiednio naczelnicy i dyrektorzy są właściwi do wykonywania zadań w zakresie podatku od gier, oraz terytorialny zasięg ich działania, uwzględniając liczbę podatników prowadzących działalność na danym obszarze. Mianowicie, dnia 23 czerwca 2010 roku Minister Finansów wydał rozporządzenie w sprawie wykazu urzędów celnych i izb celnych, których odpowiednio naczelnicy i dyrektorzy są właściwi do wykonywania zadań w zakresie podatku od gier, oraz terytorialnego zasięgu ich działania. Rozporządzenie weszło w życie 1 lipca 2010 r.

Obowiązek podatkowy w podatku od gier kończy się z chwilą zaprzestania wykonywania działalności. Przyczyną zaprzestania wykonywania działalności

może być na przykład upływ okresu, na jaki zostały udzielone koncesja lub zezwolenie. W myśl art. 49 ust. 1-4 UGH, koncesji na prowadzenie kasyna gry udziela się na okres 6 lat, zezwolenia na prowadzenie salonu gry bingo pieniężne oraz zezwolenia na urządzanie zakładów wzajemnych udziela się na okres 6 lat, zezwolenia na urządzenie turnieju gry pokera udziela się na czas jego urządzania, nie dłużej jednak niż na 3 miesiące, zaś zezwolenia na urządzenie loterii fantowej, gry bingo fantowe, loterii promocyjnej oraz loterii audioteksowej udziela się na okres trwania loterii lub gry, nie dłużej jednak niż na 2 lata. Ponadto, nastąpić może cofnięcie koncesji lub zezwolenia, w całości lub w części, przez organ właściwy w sprawie udzielania koncesji lub zezwolenia, w przypadku: nieusunięcia w wyznaczonym terminie stanu faktycznego lub prawnego niezgodnego z przepisami regulującymi działalność objętą koncesją lub zezwoleniem, lub z warunkami określonymi w koncesji, zezwoleniu lub regulaminie; rażącego naruszenia warunków określonych w koncesji, zezwoleniu lub regulaminie, lub innych określonych przepisami prawa warunków wykonywania działalności, na którą udzielono koncesji lub zezwolenia; obniżenia kapitału zakładowego spółki poniżej granicy określonej w art. 10 ust. 1 UGH; zaprzestania lub niewykonywania przez okres dłuższy niż 6 miesięcy działalności objętej koncesją lub zezwoleniem, chyba że niewykonywanie tej działalności jest następstwem działania siły wyższej; skazania osoby będącej akcjonariuszem (wspólnikiem), członkiem organów zarządzających lub nadzorczych spółki za przestępstwo określone w art. 299 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny[32] (tzw. przestępstwo prania brudnych pieniędzy) oraz dwukrotnego stwierdzenia uczestnictwa w grach hazardowych osoby poniżej 18 roku życia, w tym samym ośrodku gier lub punkcie przyjmowania zakładów wzajemnych.

Podstawa opodatkowania i stawki podatku od gier

Podstawa opodatkowania podatkiem od gier uzależniona jest od przedmiotu opodatkowania i ma charakter niejednorodny. Zgodnie z art. 73 UGH, podstawę opodatkowania podatkiem od gier stanowi:

- w loterii pieniężnej, loterii fantowej i grze telebingo – suma wpływów uzyskanych ze sprzedaży losów lub innych dowodów udziału w grze;
- w loterii audioteksowej – przychód organizatora loterii audioteksowej uzyskany z tej loterii;
- w grze liczbowej – suma wpłaconych stawek;
- w zakładach wzajemnych – suma wpłaconych stawek;
- w grze bingo pieniężne – wartość nominalna kartonów do gry zakupionych przez podmiot urządzający grę;
- w grze bingo fantowe – wartość nominalna kartonów użytych do gry;

[32] Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553 ze zm.

- w grze cylindrycznej, grze w kości i grze w karty, z wyjątkiem pokera rozgrywanego w formie turnieju gry pokera – kwota stanowiąca różnicę między sumą wpłat gotówkowych z tytułu wymiany żetonów w kasie i na stole gry a sumą wypłaconych z kasy kwot za zwrócone żetony;
- w pokerze rozgrywanym w formie turnieju gry pokera – kwota wygranej pomniejszona o kwotę wpisowego za udział w turnieju;
- w grze na automacie – kwota stanowiąca różnicę między kwotą uzyskaną z wymiany żetonów do gry lub wpłaconą do kasy i zakredytowaną w pamięci automatu lub wpłaconą do automatu a sumą wygranych uzyskanych przez uczestników gier.

W zacytowanym wyżej art. 73 pkt 1 UGH ustawodawca użył określenia – „losów lub innych dowodów udziału w grze". Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem dowodem udziału w grze (zakładzie) może być wszystko, co podmiot urządzający grę (zakład) uzna za fakt uczestnictwa w grze (zakładzie), niezależnie nawet od tego, czy nabycie takiego dowodu było faktycznie związane z zamiarem jego kupienia[33], przy czym ustawodawca wymaga, by dowód ten był zmaterializowany i posiadał numer, pozostawiając jednocześnie dowolność wydawania dowodów imiennych i na okaziciela (zob. art. 19 ust. 1-5 UGH). Spotykane w praktyce dowody udziału w grze (zakładzie) posiadają zazwyczaj szereg dodatkowych elementów, np. kod paskowy, informację o wytypowanych wynikach współzawodnictwa bądź zdarzeniach, czy też o kwocie zapłaconej ceny lub wpłaconej stawki. Jedynym dowodem udziału w grze (zakładzie) nazwanym w przepisach prawa polskiego jest los (zob. art. 2 ust. 1 i art. 19 UGH oraz art. 2 pkt 2 dekretu z 10 grudnia 1946 r. o umarzaniu utraconych dokumentów[34]). W praktyce nazewnictwo dowodów przez podmioty urządzające jest bardzo urozmaicone. Możemy spotkać się m.in. z takimi nazwami dowodu, jak „kupon", „karta", „blankiet" czy „bilet"[35]. Warto przy tym wskazać, że w przypadku loterii pieniężnej, loterii fantowej i grze telebingo podstawą opodatkowania nie jest kwota należna z tytułu sprzedaży losów lub innych dowodów, lecz suma faktycznie z tego tytułu uzyskanych wpływów. Podstawa opodatkowania ma zatem charakter kasowy. Natomiast w przypadku, gdy losy były rozdane nieodpłatnie, ich wartość nie stanowi podstawy opodatkowania[36].

Ustawodawca w ustawie o grach hazardowych określił także wysokość stawek podatku od gier, różnicując je w zależności od rodzajów gry (zakładu). Zgodnie z art. 74 UGH, stawka podatku od gier wynosi dla:

---

[33] Por. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 27 listopada 1997 roku, sygn. akt II SA 693/97 (niepublikowany), z dnia 17 kwietnia 1998 r., sygn. akt II SA 231/98, z dnia 8 grudnia 1998 r., sygn. akt II SA 1396/98, czy też z dnia 5 stycznia 2000 r., sygn. akt II SA 1201/99, LEX nr 55021.

[34] Dz.U. z 1947 r. nr 5, poz. 20.

[35] Obszernie na temat dowodów w grze losowej i zakładzie wzajemnym: A. Wiśniewski, *Umowy losowe* ..., s. 65-72.

[36] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 września 1999 r., sygn. akt III SA 7376/98 (niepublikowany).

- loterii fantowej i gry bingo fantowe –10%;
- loterii pieniężnej – 15%;
- gry liczbowej – 20%;
- gry bingo pieniężne, gry telebingo, loterii audioteksowej i pokera rozgrywanego w formie turnieju gry pokera – 25%;
- gry na automacie, gry cylindrycznej, gry w kości, gry w karty, z wyłączeniem pokera rozgrywanego w formie turnieju gry pokera – 50%;
- zakładów wzajemnych na sportowe współzawodnictwo zwierząt na podstawie zezwoleń udzielanych wyłącznie na ich urządzanie – 2,5 %;
- zakładów wzajemnych innych niż wymienione w pkt 6 – 12%.
- Z powyższego wynika, że stawka podatku od gier jest stawką proporcjonalną, której wysokość jest zróżnicowana dla poszczególnych rodzajów gier hazardowych i kształtuje się na poziomie od 2,5% do 50% podstawy opodatkowania. Najniższa stawka podatkowa (2,5%) dotyczy zakładów wzajemnych na sportowe współzawodnictwo zwierząt. Obecnie na polskim rynku hazardu tą stawką podatkową objęte są zakłady wzajemne na gonitwy konne.

Analizując stawki podatkowe w kontekście poprzedniej ustawy o grach i zakładach wzajemnych należy zauważyć, że w przypadku loterii fantowej, gry bingo fantowe, gry liczbowej i loterii pieniężnej stawki podatku nie zostały zmienione, zaś w pozostałych przypadkach stawki wzrosły. Najniższy wzrost o 0,5% dotyczy zakładów wzajemnych na sportowe współzawodnictwo zwierząt, zaś najwyższy o 15% dotyczy gry bingo pieniężne. Nie obniżono ani jednej stawki podatkowej. Oczywiście, z punktu widzenia interesów Skarbu Państwa, postępowanie takie na pierwszy rzut oka wydaje się słuszne. Jednak zgodnie z zasadą ochrony źródła podatku, **podatki powinny być tak konstruowane, aby ich pobieranie nie doprowadziło do poniechania przez podatników prowadzonej działalności w zakresie hazardu. Rezygnacja podatników z działalności hazardowej najprawdopodobniej w dalszej perspektywie czasowej prowadzić będzie do zmniejszenia wpływów podatkowych z tytułu podatku od gier.**

Zabezpieczenie zobowiązań podatkowych w podatku od gier

Warto zwrócić uwagę, iż w art. 63 UGH na podmioty działające na podstawie koncesji lub zezwolenia nałożony został obowiązek złożenia zabezpieczenia finansowego, w celu zapewnienia ochrony interesu finansowego uczestników gier hazardowych (w praktyce chodzi o zabezpieczenie kwot na wypłatę wygranych, zwrot wpłaconych stawek lub zwrot ceny za losy), jak również w celu zabezpieczenia zobowiązań podatkowych w podatku od gier. Wysokość zabezpieczenia finansowego w przypadku prowadzenia kasyna gry wynosi 1,2 mln zł, w przypadku prowadzenia salonu gry bingo pieniężne – 0,6 mln zł, zaś w przypadku prowadzenia punktu przyjmowania zakładów wzajemnych – 0,04 mln zł. W zależności od liczby kasyn, salonów lub punktów będących w dyspozycji danego podmiotu, krotność zabezpieczeń zwiększa się, o czym stanowi art. 63 ust. 2 UGH.

Zabezpieczenia finansowe mogą polegać na: przedstawieniu gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, złożeniu właściwej kwoty na rachunku bankowym wskazanym przez organ udzielający koncesji lub zezwolenia, lub na zabezpieczeniu hipotecznym. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania podatkowego w podatku od gier, organ udzielający koncesji lub zezwolenia może wezwać gwaranta do zapłaty, obciążyć rachunek bankowy, na którym złożona jest kwota zabezpieczenia, bądź wszcząć postępowanie w celu zaspokojenia zaległości podatkowej z nieruchomości obciążonej hipoteką. Zabezpieczenie finansowe zostaje zwolnione w przypadku, gdy zobowiązanie podatkowe w podatku od gier wygaśnie albo gdy nie będzie mogło już powstać.

Dochody budżetowe z tytułu podatku od gier

Definicja budżetu państwa sformułowana została przez ustawodawcę w art. 95 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych[37]. Zgodnie z przywołanym przepisem, budżet państwa jest rocznym planem dochodów i wydatków oraz przychodów i rozchodów: po pierwsze – organów władzy publicznej, w tym organów administracji rządowej, organów kontroli i ochrony prawa oraz – po drugie – sądów i trybunałów. Budżet państwa jest uchwalany przez Sejm w formie ustawy budżetowej na okres roku kalendarzowego. Ustawa budżetowa stanowi podstawę gospodarki finansowej państwa w roku budżetowym. Dochodami budżetu państwa są m.in. podatki, które zgodnie z odrębnymi ustawami nie stanowią dochodów jednostek samorządu terytorialnego, przychodów funduszów celowych oraz innych jednostek sektora finansów publicznych,

Jednym ze źródeł dochodów budżetu jest podatek od gier. W relacji z innymi podatkami (np. podatkiem dochodowym od osób fizycznych czy prawnych), nie należy on do głównych pozycji dochodów budżetowych. W oparciu o dane Ministra Finansów[38], wpływy osiągnięte przez budżet Polski z tytułu podatku od gier w latach 2006-2009 przedstawiały się następująco: 2006 rok – 894.854 tys. zł, 2007 rok – 1.106.725 tys. zł, 2008 rok – 1.404.861 tys. zł, 2009 rok – 1.576.073 tys. zł. Powyższe zestawienie danych wskazuje, że **na przestrzeni ostatnich lat wpływy do budżetu z tytułu podatku od gier z roku na rok wykazują tendencję wzrostową. Należy jednak zwrócić uwagę na realne ryzyko zmiany tej tendencji, co może nastąpić nie tylko ze względu na zasygnalizowany w niniejszym artykule wzrost stawek podatkowych w podatku od gier, ale również ze względu na dalsze nakładanie przez ustawodawcę różnego rodzaju nowych obowiązków na podmioty działające na rynku hazardowym, jak też wprowadzanie coraz potężniejszych barier dostępu dla ewentualnych kandydatów do uczestnictwa na tym rynku.** Chociaż w literaturze nie natrafiłem na analizy ewentualnych skutków dla budżetu państwa w związku z reglamentacją działalności w zakresie gier i zakładów wzajemnych, można postawić

[37] Dz.U., nr 249, poz. 2104 ze zm.
[38] www.mf.gov.pl.

tezę, że reglamentacja tej działalności wpływa ujemnie na wysokość osiąganych wpływów przez budżet. Gdyby znieść ww. ograniczenia, wpływy te były by niewątpliwie wyższe. Oczywiście, znosząc ograniczenia, należałoby ocenić koszty, na które państwo byłoby narażone w związku z usuwaniem ewentualnych negatywnych skutków społecznych rozwoju hazardu.

Zakończenie

W niniejszym artykule przedstawione zostały najnowsze regulacje prawne dotyczące podatku od gier w polskim systemie podatkowym. Regulacje te, na pozór łatwe do interpretacji, nie są pozbawione wad i mogą rodzić wątpliwości w praktyce ich stosowania. Wyraźnie też trzeba zaznaczyć, iż działalność gospodarcza w zakresie gier hazardowych jest działalnością reglamentowaną przez państwo, co zasadniczo wpływa na wysokość dochodów budżetowych z tytułu podatku od gier. Reglamentacja z jednej strony ogranicza rozwój hazardu w Polsce, będącego zjawiskiem mającym niestety negatywny wydźwięk społeczny, ale z drugiej strony ogranicza też wysokość osiąganych przez budżet państwa wpływów z tego tytułu, co z kolei należy postrzegać jako zjawisko niepożądane.

Adam Wiśniewski

Autor, dr Adam Wiśniewski, jest wykładowcą we Wszechnicy Polskiej Szkole Wyższej TWP w Warszawie, adwokatem. Specjalizuje się w prawie cywilnym i w prawie hazardowym.

Daniel Uszyński, Marcin Mazuryk

Wybrane problemy ustawodawstwa podatkowego

Proces tworzenia ustaw podatkowych jest daleki od wzorca prawidłowej legislacji, a przez to negatywnie wpływa na jakość stanowionego prawa[1]. Sama procedura prawodawcza nie rozstrzyga jednak o zakresie obciążeń fiskalnych. Proces legislacyjny wyznacza jedynie sposoby dochodzenia do tych obciążeń. Staje się swoistym kluczem do dobrego prawa, tak jak jakość każdej „technologii" bezpośrednio wpływa na jakość docelowego „produktu".

Dobre prawo to przede wszystkim prawo pewne i stabilne. Organy administracji publicznej, w tym i organy podatkowe, działają na podstawie przepisów prawa, a wszystkie nakazy i zakazy oraz działania dotyczące praw i obowiązków obywateli muszą mieć podstawę w przepisach prawa (zasada legalizmu)[2]. Dobre – czyli takie, które powstaje w wyniku rzeczywistego zapotrzebowania na określoną regulację pewnych zjawisk społecznych lub gospodarczych, a adresatom norm prawnych pozwala na długoterminowe planowanie swych działań. Każda ingerencja w istniejący system prawa podatkowego, stanowiący istotny element krajowego porządku prawnego[3], powinna więc być inicjatywą przemyślaną, sformułowaną według przejrzystych i klarownych reguł techniki prawodawczej przy racjonalnie wyobrażonych skutkach działania.

Przyczyn rozminięcia się efektów prac ustawodawczych z pożądanymi celami regulacji prawnych jest wiele i są one z różną częstotliwością przywoływane w licznych opracowaniach naukowych[4]. W niniejszym opracowaniu, odnoszącym się do legislacji podatkowej, za istotne uznano natomiast przedstawienie możliwości zmian obecnego stanu rzeczy.

I. Warunkiem koniecznym do podejmowania trafnych decyzji legislacyjnych – oprócz wiedzy prawniczej dotyczącej systemu prawa czy procedur legislacyjnych, jest wiedza o dziedzinie spraw, które podlegają unormowaniu (wiedza merytoryczna). Wiąże się to z postulatem racjonalnego prawodawcy, tworzącego prawo możliwie efektywne i skuteczne oraz umożliwiające osiąganie optymalnych

[1] Zob. D. Uszyński, *Niejasne przepisy, legislacyjne pułapki i luki w systemie prawa podatkowego*, w: *W świecie finansów i prawa finansowego. Działalność dydaktyczna Profesora Jana Głuchowskiego , red. B. Kołosowska, P. Prewysz-Kwinto, wyd.* Wyższa Szkoła Bankowa, Toruń 2010.

[2] Por. A. Piekara *Jakość administracji w Polsce. Zarys współczesnej problematyki,* Warszawa 2010 r. wyd. Uniwersytetu Warszawskiego, s. 26 i n.

[3] Zob. M. Mazuryk *Zmiany w krajowym systemie prawnym w latach 2004-2009 – aspekt legislacyjnoprawny*, w: „Problemy prawa i administracji", Zeszyty Naukowe 1/2010, Wszechnica Polska Szkoła Wyższa TWP w Warszawie, s. 49 i n.

[4] Zob. D. Uszyński, *Ewolucja instytucji samozatrudnienia w świetle prawa podatkowego*, w: W służbie nauki prawa finansowego, red. A. Dębiński, A. Pomorska, P. Smoleń, wyd. KUL, Lublin 2010.

efektów. Aby jednak dysponować wiedzą dotyczącą zagadnień podatkowych konieczne jest prowadzenie systematycznych badań nad funkcjonowaniem prawa w praktyce oraz rzetelna ocena efektów, jakie może one wywrzeć na podatnikach.

Nie jest tajemnicą, iż plagą polskiego ustawodawstwa podatkowego są braki zarówno w dziedzinie studiów wstępnych poprzedzających rozpoczęcie procedury legislacyjnej, jak i prac postlegislacyjnych. Sytuacja daleka od doskonałości, w ciągu ostatnich kilku lat uległa nieznacznej poprawie[5]. Polskiemu jednak prawodawstwu wciąż nie towarzyszy obserwacja zalet i wad kosztów wprowadzanych unormowań. Jest to m.in. efektem braku zorganizowanego zaplecza naukowego, które mogłoby dostarczyć niezbędnych informacji. Bowiem „brak systematycznego i odpowiednio zorganizowanego wsparcia prawodawcy ze strony ośrodków nauki ekonomii powoduje, że decyzje prowadzące do zmian w systemie podatkowym podejmowane są w oparciu o przesłanki intuicyjne czy wręcz koniunkturalne raczej niż racjonalne. Może to prowadzić do pogorszenia sprawności funkcjonowania mechanizmów podatkowych oraz do częstszych niż niezbędne zmian prawa"[6].

Kluczową sprawą dla legislacji podatkowej powinno być gromadzenie informacji przez komórki merytoryczne Ministerstwa Finansów[7], które przygotowują projekty założeń projektów ustaw. Wiedza gromadzona w toku badań zarówno pod kątem efektywności ustaw *ex ante* (relacje między przewidywanymi kosztami a korzyściami), jak i skuteczności *ex post* (zgodność między realizacją prawa a intencją ustawodawcy) powinna być uzupełniana o udział w procesie prawodawczym starannie dobranych ekspertów. Udział ten, choć w Polsce liczny, m. in. dzięki działającej przy Prezesie Rady Ministrów Radzie Legislacyjnej, nie przekłada się na jakość tworzonych ustaw. Dzieje się tak m. in. dlatego, że kompetencje Rady Legislacyjnej uregulowane są w akcie podustawowym[8], a nie np. w ustawie z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów[9]. Wówczas dochowanie wymogu zaopiniowania projektu ustawy podatkowej przez Radę Legislacyjną podlegałoby kontroli ze strony Trybunału Konstytucyjnego.

Postulat określenia zakresu zadań Rady Legislacyjnej w ustawie o Radzie Ministrów nie jest na tle praktyki europejskiej postulatem nazbyt śmiałym, np. zakres kompetencji opiniodawczych francuskiej Rady Stanu określony jest w obowiązującej do dziś Konstytucji V Republiki z 1958 r. Nie do przecenienia dla potrzeb prac pre- i postlegislacyjnych jest również dorobek orzecznictwa Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego czy Trybunału Konstytucyjnego. Orzecznictwo sądowe sygnalizuje bowiem podstawowe błędy w obowiązu-

[5] B. Brzeziński, W. Nykiel, *Raport o stanie prawa podatkowego w Polsce*.

[6] B. Brzeziński, W. Nykiel, *Raport o stanie prawa podatkowego w Polsce*.

[7] Ministerstwo Finansów jest urzędem administracji rządowej obsługującym ministra właściwego do spraw budżetu państwa, finansów publicznych i instytucji finansowych.

[8] Por. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 lutego 1998 r. w sprawie zadań Rady Legislacyjnej oraz szczegółowych zasad i trybu jej funkcjonowania (Dz.U., nr 25, poz. 134, z późn. zm.).

[9] Dz.U. z 2003 r., nr 24, poz. 199, z późn. zm.

jących przepisach, przez co stanowi doskonały materiał do prac legislacyjnych – zwłaszcza przy dokonywaniu nowelizacji ustaw.

Wszelkie wskazane sugestie mogą stanowić swoisty kompas przy dokonywaniu prac pre- i postlegislacyjnych, zwłaszcza, że – w świetle nowelizacji ustawy o Radzie Ministrów oraz niektórych innych ustaw – nastąpi dekoncentracja przez rozdzielenie organu inicjującego proces ustawodawczy (Ministerstwo Finansów) od organu sporządzającego projekt (Rządowe Centrum Legislacji)[10]. Należy przez to oczekiwać precyzyjniejszych badań.

II. Innym problemem polskiego prawodawstwa podatkowego jest zjawisko, które można określić mianem „lawiny nowelizacji" oraz idące za tym konsekwencje dotyczące formy ustaw podatkowych. W literaturze podnosi się, iż ustawy nowelizujące stanowią ok. 65% wszystkich uchwalanych w III RP ustaw, przy czym, co niepokojące, jest to zdecydowanie więcej niż w innych krajach tej części Europy, które podobnie jak Polska przechodzą proces przemian[11].

Liczne przykłady[12] ukazują stosunek ustaw nowych do uchwalanych nowelizacji, czy też ogłaszanych przez Marszałka Sejmu tekstów jednolitych ustaw. Niepokoi fakt, iż przedmiotem częstych nowelizacji są ustawy stosunkowo nowe. Przy czym nowelizacje nakładają się jedna na drugą, a te same ustawy nowelizowane są kilkanaście razy w roku. Wskazać w tym miejscu można, że ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych[13] zmieniana była 18 razy w 2005 r., zaś ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku od osób prawnych[14] oraz ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa[15] po 14 razy w ciągu roku.

Lektura Dzienników Ustaw potwierdza, że ustawy nowelizujące jakąś jedną ustawę stają się rzadkością. Najczęściej jedną ustawą nowelizuje się kilka, kilkanaście, a nawet kilkadziesiąt innych. Jako niechlubny przykład można wskazać ustawę z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej[16], którą nowelizowano 58 innych ustaw, w tym ustawy odnoszące się do zagadnień kontroli skarbowej czy finansów publicznych. W dodatku, w toku procesu legislacyjnego, tytuły ustaw pozbawione zostają wartości informacyjnej. Mamy wówczas do czynienia z ustawą o tytule „ustawa z dnia… o zmianie ustawy o… oraz innych ustaw". Przykładem może być ustawa z dnia 10 lipca 2008 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz niektórych innych ustaw[17] zmieniająca

[10] Zob. D. Uszyński, *Przygotowywanie rządowych projektów ustaw podatkowych w świetle nowelizacji ustawy o Radzie Ministrów i Regulaminu pracy Rady Ministrów – nadzieje i zagrożenia, w: Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego w Polsce,* red. M. Munnich, A. Zdunek, wyd. KUL, Lublin 2010.

[11] Por. S. Wronkowska *Tworzenie prawa w Polsce – ocena i proponowane kierunki zmian. Raport Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów,* Przegląd Legislacyjny 2006, Nr 1, s. 9.

[12] Zob. C. Kosikowski, *Ustawa podatkowa,* LexisNexis, Warszawa 2006, s. 143-146.

[13] Dz.U. z 2010 r., nr 51, poz. 307, z późn. zm.

[14] Dz.U. z 2000 r., nr 54, poz. 654, z późn. zm.

[15] Dz.U. z 2005 r., nr 8, poz. 60, z późn. zm.

[16] Dz.U. Nr 227, poz. 1505.

[17] Dz.U., nr 141, poz. 888.

ustawę o podatku od osób prawnych, lub nazwy ustaw w ogóle niewskazujące na zmiany w prawie podatkowym (ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym[18] zmieniająca ustawę o podatku dochodowym od osób fizycznych).

Samo znalezienie zmian jawi się więc jako zjawisko niezwykle trudne, do którego dodać należy jeszcze konieczność naniesienia ich na tekst pierwotny i ustalenia daty wejścia w życie nowelizowanych przepisów. Jeśli dodamy do tego formę ustaw podatkowych – które pełne są wyjątków od przyjmowanych reguł – to oznacza ograniczenie przejrzystości przepisów, niedookreśloność prawa, a w konsekwencji zmniejsza bezpieczeństwo prawne podatników, płatników i inkasentów.

Dodatkowo same teksty ustaw wydają się mało czytelne. Dzieje się tak dlatego, że nowelizuje się ustawy w zakresie, w jakim zasady prawidłowej legislacji wymagałyby od organów inicjujących proces legislacyjny, podjęcia prac nad nową ustawą. Powstaje później taki układ, w którym numery artykułów powtarzają się, a różnicują je dodawane litery lub cyfry np. art. 22, 22a, 22b, 22c, 22d, 22e, 22f, 22h, 22i, 22j, 22k, 22l, 22ł, 22m, 22n, 22o w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych.

Groźnym przejawem działań obniżających pewność prawa podatkowego jest także różnicowanie terminów wejścia w życie poszczególnych przepisów ustawy. Przez wiele lat respektowano zasadę, w myśl której ustawa wchodziła w życie w jednym – wyznaczanym przez nią – terminie. Jako przykład odejscia od tej zasady może posłużyć ustawa z dnia 8 grudnia 2000 r. o zmianie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, ustawy o podatkach i opłatach lokalnych, ustawy o dopłatach do oprocentowania niektórych kredytów bankowych, ustawy Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, ustawy Ordynacja podatkowa, ustawy o finansach publicznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych[19]. W powołanej ustawie wprowadzono takie oto przepisy końcowe:

„Art. 12. 1. Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, z zastrzeżeniem ust. 2-4.

2. Przepisy art. 5 pkt 1-3 oraz art. 6 pkt 1-3, 6 i 9 wchodzą w życie z dniem 1 stycznia 2001 r.

3. Przepisy art. 2 i art. 3 wchodzą w życie z dniem 1 stycznia 2002 r., z wyjątkiem art. 6 ust. 7 ustawy, o której mowa w art. 3, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, który wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia niniejszej ustawy i traci moc z dniem 1 stycznia 2002 r.

4. Z dniem przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej wchodzą w życie, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą:

[18] Dz.U. z 2009 r., nr 19, poz. 100.
[19] Dz.U., nr 122, poz. 1315.

1) art. 59a ustawy, o której mowa w art. 4,

2) art. 63a ustawy, o której mowa w art. 4 – w zakresie dotyczącym emitenta, którego papiery wartościowe zostały dopuszczone do obrotu w państwie członkowskim,

3) art. 43, art. 59 oraz art. 112 ust. 2 ustawy, o której mowa w art. 6.".

W takiej sytuacji nawet najlepsi doradcy podatkowi – nie mówiąc już o podatnikach – mogą mieć problem w zapewnieniu spójności kolejnych aktów normatywnych, a przez to spójności całego systemu prawa podatkowego.

Nie dziwi więc powszechne przekonanie o erozji formy prawnej systemu podatkowego. Proces nieuchronnych zmian, jakie muszą zachodzić w treści prawa podatkowego, następuje i będzie następował. Chodzi jednak o to, aby ustawy podatkowe nie zaczynały załamywać się pod własnym ciężarem i nie nabierały zwyrodniałych pod względem legislacyjnym kształtów. Dlatego też, w pierwszej kolejności należałoby odejść od prób naprawiania ustaw dotąd istniejących. Łatwowierne jest bowiem myślenie, że jeśli do art. 22o doda się art. 22p, to na lepsze zmieni się struktura normatywna aktu prawnego, bowiem nowy przepis może oddziaływać na przepisy już istniejące. Działa to również w drugą stronę. Jeśli wyeliminujemy określony przepis, to możemy spowodować komplikacje w systemie prawnym, otwierając jednocześnie możliwość czy też konieczność interpretacji pozostałych przepisów, które pozostawały w rozmaitej korelacji z uchylonym przepisem.

Proces dostosowywania przepisów prawa do warunków zmieniającego się otoczenia – jako zjawisko nieuchronne – może przebiegać szybciej lub wolniej. Może przybrać formę długofalowego programu łączącego troskę o formę prawną systemu podatkowego lub być wynikiem decyzji podejmowanych przez aktualnie rządzącą grupę polityczną w związku z realizowanym przez nią programem wyborczym. Oczekiwać jednak należy przestrzegania reguł tworzenia dobrego prawa. Za projekty aktów normatywnych powinni ponosić odpowiedzialność służbową ci, którzy projekt przygotowywali, oraz polityczną ci, którzy wydali stosowne polecenia i projekt zaakceptowali. Bez takiej odpowiedzialności nie uda się poprawić legislacji podatkowej w Polsce.

III. Panuje rozpowszechniona opinia, że prawo nie jest tworzone dla sędziów, adwokatów, urzędników czy doradców podatkowych, ale dla ludzi, których prawa i obowiązki są danymi przepisami regulowane. Opowiedzenie się za trafnością tej tezy jest o tyle trudne, że wszyscy mają problem nie tylko ze stosowaniem prawa, ale również z jego rozumieniem. Dzieje się tak dlatego, że przepisy ustaw podatkowych operują językiem hermetycznym. Każda uchwalana ustawa zawiera artykuł zaczynający się od wyrazów „Użyte w ustawie określenia oznaczają…", w którym pojęciom nadaje się nowe znaczenie. Można pokusić się o stwierdzenie, że gdyby zebrać zawarte w ustawach „słowniki pojęć" powstałoby dzieło stanowiące przedmiot badań nie tylko prawników, ale przede wszyst-

kim językoznawców. Dla przeciętnego podatnika prawnicze pojęcia czy definicje obudowane skomplikowanymi konstrukcjami stylistycznymi czy gramatycznymi są zupełnie niezrozumiałe. W praktyce niemal każdy druk urzędu skarbowego zawiera rubrykę, w której organ urzędu skarbowego interpretuje (dla podatników) ustawowe przepisy odnoszące się do najbardziej podstawowych spraw.

Prawo powinno być przede wszystkim zrozumiałe, a słowa – przybierać znaczenie odbierane prawidłowo przez adresata. Od poprawności wprowadzanych sformułowań zależy bowiem dostatecznie precyzyjne wyrażenie woli inicjatora procesu legislacyjnego i komunikatywność dla podatnika. Adresat normy powinien mieć możliwość bezproblemowego rozumienia, czego od niego się oczekuje[20], natomiast wszelkie wieloznaczności stanowią utrudnienie lub nawet udaremnienie komunikacji między państwem a obywatelem.

IV. Kolejna kwestia to sprawa orzecznictwa i roli sądów w procesie kreowania prawa podatkowego. Im bardziej prawo jest niedoskonałe, tym większa rola sądów w jego wykładni. Dlatego też coraz częściej pojawia się wykładnia zwana operatywną[21], która jest niczym innym jak konstruowaniem nowych norm prawnych. Prawo sądowe – zwane również prawem orzeczniczym – wywiera tym samym coraz większy wpływ na praktykę stosunków prawnopodatkowych.

Każdy, kto ma bezpośredni kontakt z wadliwym prawem i wpływ na jego kształt, stara się je naprawić. Sądy w swoim orzecznictwie również starają się usprawnić stosunki państwo – podatnik. Problem jest jednak w tym, że organy administracji skarbowej i podatnicy związani są Konstytucją, ustawami i rozporządzeniami podatkowymi. Dlatego też prawo tworzone przez sądy nie wiąże urzędów skarbowych w wydawanych przez nie decyzjach, a dla podatników stanowić może jedynie drogowskaz, jak postępować w tożsamych sytuacjach, do których stosuje się określone przepisy prawne.

Sytuacja odmiennie klaruje się z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego[22]. Pojawia się jednak pytanie, czy orzeczenia Trybunału w sprawach podatkowych zawsze bywają dokładne. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego odgrywa niewątpliwie twórczą rolę w kształtowaniu standardów legislacyjnych oraz prawidłowej procedury legislacyjnej. Zasługi Trybunału dla zachowania konstytucyjności ustaw podatkowych nie wymagają dłuższego komentarza, nie można jednak nie zasygnalizować wyroków, które z punktu widzenia mechanizmów prawa podatkowego należałoby uznać co najmniej za nietrafne. Jako przykład może posłużyć choćby wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 stycznia 2001 r.[23], w którym za konstytucyjny uznano fakt, że działalność lombardu jest opodatkowana stawką 22%, natomiast działalność lombardowa banków podle-

[20] Por. T. Stawecki, P. Winczorek *Wstęp do prawoznawstwa* Warszawa 2003, Wydawnictwo C. H. Beck, s. 182 i n.
[21] Tamże, s. 167.
[22] Por. B. Szmulik *Sądownictwo konstytucyjne – ochrona konstytucyjności prawa w Polsce* Lublin 2001, Wydawnictwo UMCS.
[23] Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 stycznia 2001 r., sygn. akt K 5/00, ZU OTK 2001, nr 1, poz. 2.

ga zwolnieniu od podatku od towarów i usług. W uzasadnieniu do wyroku Sąd Konstytucyjny podniósł w szczególności, iż brak cech wspólnych banków i lombardów, całkowita odrębność tak ich struktury jak i działalności oraz inne akty prawne stanowiące podstawę działalności lombardów i banków (Kodeks cywilny i prawo bankowe) uzasadniają różne potraktowanie tych podmiotów. Przedstawiciele nauki[24] przywołują również inne przykłady orzeczeń Trybunału, w których wskazano, że zgodna z Konstytucją jest sytuacja, iż spadkobierca podatnika może dochodzić w postępowaniu podatkowym nadpłaty, a spadkobierca osoby trzeciej nie ma takiego uprawnienia (tylko dlatego, że podatnik i osoba trzecia to inne podmioty prawa podatkowego) lub rozstrzygnięcie w którym uznano, że podatek pobrano bezprawnie, ale żądanie jego zwrotu jest wykluczone.

Przyczyny pewnej ułomności orzecznictwa Trybunału w sprawach podatkowych należy upatrywać w fakcie, że skład sędziowski Trybunału Konstytucyjnego obejmuje specjalistów z różnych dziedzin prawa, którzy niejednokrotnie mogą opierać się na własnych przekonaniach i utrwalonych w orzecznictwie poglądach, a nie na kryteriach płynących z nauki prawa podatkowego.

V. Z uwagi na przedmiot i funkcje prawa podatkowego, odnotować należy również postulat kodyfikacji zasad tworzenia dobrego prawa lub też wprowadzenia odrębnego procesu legislacyjnego – odnoszącego się jedynie do ustaw podatkowych[25]. W obecnym stanie prawnym, zarówno ustawy podatkowe jak i wszystkie inne konstruowane są zgodnie z zaleceniami zasad techniki prawodawczej[26]. Czy da się jednak wprowadzić mechanizmy zmierzające do wprowadzenia bardziej racjonalnego modelu tworzenia prawa podatkowego?

Z punktu widzenia legalności, a więc sposobu regulacji prawnej procedura tworzenia prawa w Polsce nie odbiega od typowych standardów europejskich (Konstytucja, regulaminy Sejmu i Senatu, ustawa o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, ustawa o zawieraniu umów międzynarodowych, ustawa o Radzie Ministrów i Regulamin pracy Rady Ministrów, ustawa o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa). Tym samym zakres unormowań polskiego procesu tworzenia prawa należy uznać za zadowalający. Natomiast aspekt techniczno-prawny tworzenia prawa regulowany jest przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej[27]. Ma on jedynie rangę aktu wykonawczego do ustawy i wydany został przez Prezesa Rady Ministrów, co ogranicza w praktyce jego stosowanie jedynie do organów administracji rządowej. Co prawda, co kilka

[24] B. Brzeziński, *Recenzja części I,* w: L. Etel, C. Kosikowski, E. Ruśkowski, *Kontrola tworzenia i stosowania prawa podatkowego pod rządami Konstytucji RP,* Projekt badawczy KBN nr 1 H02A 008 27, Wolters Kluwer 2006, s. 72.

[25] B. Brzeziński, tamże, s. 64-69.

[26] Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński *Komentarz do zasad techniki prawodawczej,* Warszawa 2004, Wydawnictwo Sejmowe oraz M. Błachut, W. Gromski, J. Kaczor *Technika prawodawcza,* Warszawa 2008, Wydawnictwo C. H. Beck.

[27] Dz.U., nr 100, poz. 908.

lat pojawia się postulat konieczności uchwalenia ustawy o tworzeniu prawa, jednak – choćby z punktu widzenia konstytucyjnych źródeł prawa – nie wydaje się, aby w najbliższym okresie taka ustawa mogła być uchwalona. Byłaby ona ustawą jak każda inna, a tym samym każda następna ustawa mogłaby lekceważyć jej postanowienia lub zawierać wyjątki w jej stosowaniu. Ponadto, nie wydaje się możliwym pełne i precyzyjne ustalenie zasad tworzenia dobrego prawa, tak jak nie do końca możliwym wydaje się ujęcie w ustawowe ramy zasad zdrowego rozsądku, dobrej wiary czy współżycia społecznego, a także wynikających z nich nakazów i zakazów racjonalnego działania. Pojawić się może również pytanie o konsekwencje naruszenia zasad określonych w takiej ustawie. Czy prawo naruszające wymóg np. kompleksowości regulacji, spójności albo jednolitości posługiwania się określonym pojęciem rodziłoby konsekwencje tożsame do naruszenia zasad prawidłowej legislacji, na które powołuje się Trybunał Konstytucyjny – więc do zakwestionowania mocy obowiązującej takich przepisów? Czy też powstałoby jedynie prawo o charakterze *lex imperfecta,* pozbawione stosownych sankcji wobec naruszeń normatywnie ustalonych zasad, zawierające jedynie zestaw postulatów? Wobec tak wielu niejasności należy oprzeć się na stanowisku braku możliwości wyczerpującego i precyzyjnego ustawowego sformułowania zasad dobrego prawa i konieczności poszukiwania innych rozwiązań[28].

Poruszając temat odrębnego procesu legislacyjnego, nie sposób nie wskazać na występujące w literaturze, niezwykle interesujące, postulaty dokonania stosownych zmian proceduralnych w powołanym zakresie. Według C. Kosikowskego, należałoby wprowadzić następujące zmiany dotyczące modelu tworzenia prawa podatkowego[29]:

1. W Konstytucji RP:
   1) w art. 217 przez dodanie ust. 2 wprowadzającego zakaz dokonywania zmian w ustawach podatkowych w trakcie roku podatkowego z wyjątkiem obowiązku dokonania zmian będących następstwem orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości lub powstania nowych zobowiązań międzynarodowych Polski;
   2) w art. 217 przez dodanie ust. 3 wprowadzającego obowiązek ogłoszenia wszelkich zmian podatkowych wprowadzanych na następny rok do dnia 30 września roku poprzedzającego te zmiany;
   3) w art. 217 przez dodanie ust. 4 wprowadzającego obowiązek zamieszczania zmian w przepisach podatkowych jedynie w ustawach podatkowych, nie zaś w innych ustawach;
   4) w art. 221 przez przyznanie inicjatywy ustawodawczej w zakresie ustaw podatkowych wyłącznie Radzie Ministrów;

[28] M. Safjan, wypowiedź podczas *Konferencji naukowej: „Legislacja w praktyce"*, Wydawnictwo Rzecznika Praw Obywatelskich 2004, s. 138-139.

[29] Zob. C. Kosikowski, *Ustawa… op. cit.* s. 333-339 oraz C. Kosikowski, *Kontrola tworzenia …, op. cit.,* s. 64-69.

5) w art. 224, przez przyjęcie zasady, że postępowanie Prezydenta RP z przedłożoną mu do podpisu ustawą podatkową odbywa się w trybie tożsamym do ustawy budżetowej;
6) w art. 224, przez przyjęcie zasady, że Trybunał Konstytucyjny ma obowiązek wydania orzeczenia o zgodności/niezgodności kwestionowanych przepisów podatkowych nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia złożenia wniosku w Trybunale.

2. W ustawie o Radzie Ministrów:
1) w art. 7 przez dodanie ust. 1a zobowiązującego członka Rady Ministrów do prowadzenia prac postlegislacyjnych oraz wynikających z tego obowiązków, w tym wykorzystywania rezultatów tych prac w postępowaniu przedlegislacyjnym;
2) w art. 7 przez dodanie ust. 1b zobowiązującego członka Rady Ministrów do prowadzenia – w zakresie swego działania – długookresowej polityki rozumianej jako prowadzenie możliwie akceptowalnego programu działań władzy publicznej w zakresie zmian w systemie prawa;
3) w art. 7 przez dodanie ust. 1c i przyjęcie zasady, że działalność legislacyjna członka Rady Ministrów określona w ust. 1a podlega stałej kontroli i corocznej ocenie przez Prezesa Rady Ministrów, który na tej podstawie podejmuje decyzje kadrowe;
4) w art. 13 przez dodanie ust. 3 wprowadzającego obowiązek powoływania przy nowelizacjach ustaw podatkowych komisji wspólnych (na wzór australijskiej *Board of Taxation* lub kanadyjskiej *Taxation Advisory Commite*), sygnalizujących posłom i senatorom wprowadzanie nieprzemyślanych rozwiązań, będących następstwem rozgrywania interesów politycznych, lub stanowiących przejaw nadmiernego fiskalizmu[30];
5) w art. 14c przez dodanie ust. 2 zakazującego zlecania prac projektodawczych ustaw podatkowych podmiotom zewnętrznym.

3. W ustawie o Trybunale Konstytucyjnym – w art. 27 pkt 8, przez wprowadzenie obowiązku udziału w sprawach podatkowych Rzecznika Praw Obywatelskich niezależnie od faktu, kto jest wnioskodawcą toczącej się przed Trybunałem Konstytucyjnym sprawy.

4. Poprzez przeniesienie uprawnienia Rady Legislacyjnej do aktu uchwalonego w formie ustawy, w którym obecne obowiązki Rady należałoby uzupełnić o przepisy:
1) określające, że opinia Rady na temat projektu ustawy podatkowej powinna obejmować zagadnienia: celowości wydania aktu, jego zgodności z Konstytucją RP, prawem wspólnotowym i z innymi ustawami oraz możliwą ocenę skutków społecznych, gospodarczych, politycznych i finansowych;
2) określające, że podstawą formułowania programu prac Rządu, o którym mowa w Regulaminie pracy Rady Ministrów, jest ocena stanu prawa opiniowana przez Radę Legislacyjną.

[30] B. Brzeziński, *Recenzja części I, op. cit*., s. 73.

5. W Regulaminie Sejmu i Senatu oraz Regulaminie pracy Rady Ministrów wprowadzić należy zmiany dostosowujące powołane regulaminy do powyżej zaproponowanych nowelizacji.

Przedstawione propozycje nowelizacji w istotny sposób wpłynęłyby na zbiór reguł sterujących zinstytucjonalizowanym procesem tworzenia prawa podatkowego i wiążącym jego uczestników. Co prawda, zasugerowane zmiany odnoszące się do prawa podatkowego same przez się nie zagwarantowałyby prawa o określonych cechach, niemniej jednak właściwe ukształtowanie legislacji podatkowej może w istotny sposób wpłynąć na jakość stanowionego prawa.

VI. Przechodząc do szerokiego spektrum ujęcia ustaw podatkowych nie można stracić z oczu faktu, że prawo podatkowe jest produktem zarówno prawników, jak i polityków.

Czynnik moralny wymaga podkreślenia, że należy bezwzględnie przeciwdziałać tendencjom do identyfikowania prawa z polityką oraz utożsamiania prawa z woluntarystycznie pojmowanymi decyzjami władzy. Dobre prawo powinno więc respektować podstawowe wartości ustroju i nie łamać tych zasad dla doraźnie określonych celów politycznych. Tymczasem proces tworzenia prawa staje się procesem coraz bardziej politycznym. Powyższą uwagę odnieść należy w szczególności do fazy prac projektodawczych oraz prac nad projektem ustawy podatkowej w Sejmie. Zaniepokojenie mogą budzić stałe zmiany koncepcji, będące następstwem rywalizacji partii politycznych oraz dążeniem do realizacji programów wyborczych. Dezorganizacja prac legislacyjnych w parlamencie jest praktycznie pewna, jeżeli powstaje rządowy projekt doniosłej społecznie ustawy, której przepisy budzą polityczne emocje. Możemy wówczas zaobserwować swoisty wyścig między rządem a posłami opozycji, którzy po dotarciu do rządowego projektu – nawet na etapie *in statu nascendi* – wybierają z niego wszelkie najbardziej doniosłe dla społeczeństwa kwestie (np. dodatkowe ulgi) i wprowadzają do laski marszałkowskiej własny projekt. Powstaje więc projekt poselski mający swoje korzenie w projekcie rządowym, ale zazwyczaj zawierający projekty rozwiązań skutkujące większymi wydatkami z budżetu państwa. Opisane zjawisko widoczne jest zwłaszcza w roku wyborczym.

Zaniepokojenie może budzić również brak klarownych reguł współpracy rządu ze wspierającą go większością parlamentarną. Posłowie i senatorowie w trakcie parlamentarnych prac nad ustawą podatkową wydają się nie brać pod uwagę podstawowych zasad logiki czy też konsekwencji, jakie mogą rodzić złe przepisy podatkowe. Niejednokrotnie bowiem głos legislatora popierany przez niejednego eksperta czy prawnika – członka komisji, przegrywa z doraźnym interesem politycznym konkretnych posłów czy grupy posłów.

Należy opowiedzieć się za koncepcją większej roli prawników w procesie stanowienia prawa i zmniejszenia procesu jego polityzacji. Prawo powinno być tworzone przez fachowców – o czym świadczą choćby przykłady z historii. Justynian dlatego nazywał się Wielkim, że jego kodyfikacja stanowiła swoisty pomnik

prawa. Justynian powołał jednak komisję, złożoną z prawników i uczonych, której zadaniem było unowocześnienie i usystematyzowanie prawa rzymskiego. Komisja wydała najpierw *Digesta* – zbiór opinii wybitnych rzymskich prawników na temat konkretnych przypadków prawnych, a następnie *Corpus iuris civilis*, ograniczając rolę Justyniana do złożenia podpisu w miejscu wskazanym przez Tryboniana – stojącego na czele komisji. Napoleon Bonaparte – a właśnie jego nazwiskiem nazwano kodeks cywilny Francji – dwukrotnie pojawił się na posiedzeniach komisji kodyfikacyjnej i zasugerował wprowadzenie jedynego modelu małżeństwa, jaki znał – korsykańskiego. Do dzisiaj też mówimy, że kodeks Napoleona, uważany za arcydzieło sztuki legislacyjnej, nieudany był właśnie w części dotyczącej modelu rodziny. Przechodząc do kodyfikacji polskich wskazać należy, że Józefowi Piłsudskiemu do głowy nie przyszło zmieniać choćby przecinek w tym, co przygotowała Komisja Kodyfikacyjna kierowana przez prof. Franciszka Xawerego Fiericha (rektora Uniwersytetu Jagiellońskiego).

Jaka rola powinna zatem przypadać prawnikom w procesie tworzenia prawa podatkowego? Za najtrafniejsze wyjście należałoby uznać bezpośrednie uczestnictwo w tworzeniu prawa, na etapie prac projektodawczych oraz jako członkowie parlamentu. O ile pierwszy postulat został w części spełniony przez stworzenie jednego, centralnego ośrodku legislacyjnego (Rządowe Centrum Legislacji), o tyle drugi nie wydaje się możliwy do spełnienia. Można jedynie traktować go jako swoisty postulat do partii politycznych, aby przy ustalaniu miejsc na listach wyborczych do Sejmu miano na względzie prawników – legislatorów. Powyższa inicjatywa mogłaby znaleźć większe uznanie przy formułowaniu zadań i składu Senatu. Należałoby np. zastrzec, że pewną liczbę senatorów powołuje Prezydent spośród wskazanych przez środowiska prawnicze wybitnych prawników, biegłych w działalności legislacyjnej.

Nie można co prawda postawić tezy, że polska procedura legislacyjna wyklucza udział prawników[31]. Wręcz przeciwnie, wielokrotnie przepisy nakazują ich udział, czy to w postaci przedstawienia opinii, czy ekspertyz. Na uznanie zasługuje jednak pogląd przedstawiony przez Radę Legislacyjną, że „kluczem do dobrego prawa jest taka procedura prawodawcza, która racjonalnie kojarzy demokratyzm z fachowością. Im więcej demokracji w procesie tworzenia zasad prawa, tym większy powinien być udział czynnika fachowego (ekspertów i legislatorów) w procedurze prawodawczej, jeśli chce się uzyskać dobre prawo, zarówno pod względem merytorycznym, jak i formalnym. Czynnik fachowy powściąga i uszlachetnia demokratyzm. Niezbędnym elementem jest przy tym odpowiednia organizacja (koordynacja) dyskursu prowadzonego zarówno na etapie prac rządowych, jak i parlamentarnych (…) Prawo jest legitymowane nie tylko

[31] Szerzej: Z. Radwański, *Rola prawników w tworzeniu prawa,* Biuletyn Rady Legislacyjnej 1988, nr 13 s. 4-24, Z. Radwański, *Rola prawników w tworzeniu prawa*, Nauka Pol. 1988 [1989] nr 5 s. 93-106, Z. Radwański, *Rola prawników w tworzeniu prawa,* Państwo i Prawo 1994, nr 3 s. 3-10, Z. Radwański, *Rola prawników w tworzeniu prawa*, Państwo i Prawo 2007, nr 12 s. 3-9.

z uwagi na treść, lecz także – przez wzgląd na sposób zorganizowania dyskursu prawniczego. Decyzje prawotwórcze podjęte bez przeprowadzenia dyskursu prawodawczego (a więc przez proste wykorzystanie większości parlamentarnej) nie są uważane współcześnie za wystarczająco legitymizowane”[32].

Problem tworzenia dobrego prawa podatkowego jest więc również problemem samoograniczenia się posłów, którzy muszą narzucić sobie pewne rygory i zasady, i akceptować określoną procedurę. Wydaje się jednak dalece idealistyczne oczekiwanie, że politycy zaczną rezygnować z pewnego władztwa; musieliby mieć bardzo dużo wyobraźni, aby pozbyć się części uprawnień na korzyść systemu prawa. Powyższe prowadzi więc do pewnego impasu, bowiem żadne, nawet najlepsze procedury nie zagwarantują poprawności legislacyjnej tworzonego prawa podatkowego. Regulaminy Sejmu[33] i Senatu[34], nawet gdyby przybrały formę kilkusetstronicowych tomów, nigdy nie obejmą swymi przepisami wszystkich przypadków i nie rozwieją wszelkich wątpliwości. Dla poprawy stanu polityzacji prawa potrzebna jest stała świadomość, że „nawet najlepsza regulacja prawa procedury legislacyjnej pod względem wymogów racjonalności nie przyniesie pożądanych efektów w zakresie poprawnej jakości prawa, jeśli uczestnicy dyskursu prawodawczego nie będą przestrzegać podstawowych zasad uczciwego dyskursu. Np. zasady etyki dyskursu wymagają, aby nie nadużywać reguł procedury do celów niezgodnych z celami tej procedury, uczciwie prezentować swoje racje, wyrażając zarazem gotowość do uznania racji innych uczestników, a także gotowość do akceptacji konsekwencji wynikających z praw logiki”[35].

Można mieć nadzieję, iż zaczniemy stopniowo wychodzić z okresu polityzacji prawa i niechęci do wysłuchiwania cudzych racji. Z pewnością wiele zależy tu od dojrzałości przedstawicieli poszczególnych partii politycznych i cywilizowania się stosunków między nimi, trzeba jednak formułować jak najwięcej postulatów, aby przepisy prawa podatkowego stanowiące produkt określonego procesu mogły realizować założone cele polityki państwa oraz wywoływały pożądane skutki społeczne, gospodarcze, a na końcu polityczne i były jak najbardziej przejrzyste i powszechnie zrozumiałe.

[32] Z. Radwański, *Rola…, op. cit.*, s. 8.
[33] M. P. z 2009 r., nr 5, poz. 47, z późn. zm.
[34] M. P. z 2010 r., nr 39, poz. 542, z późn. zm.
[35] A. Bierć *Procedura prawodawcza a dobre prawo*, w: Przegląd Legislacyjny 2006, Nr 1, s. 24.

Daniel Uszyński, Marcin Mazuryk

Współautor, dr Daniel Uszyński, jest głównym specjalistą w Rządowym Centrum Legislacji.

Współautor, dr Marcin Mazuryk, jest wykładowcą we Wszechnicy Polskiej Szkole Wyższej TWP w Warszawie.

Marcin Mazuryk

Zakres i formy nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad samorządem radców prawnych

I

Przedmiotem niniejszego artykułu są rozważania dotyczące specyficznej formy nadzoru sprawowanej przez naczelny organ administracji rządowej – Ministra Sprawiedliwości – nad samorządem radców prawnych. Regulacje prawne dotyczące radców prawnych stanowią wierną kopię regulacji zawartych w prawie o adwokaturze[1], a kwestie ewentualnego połączenia ww. zawodów są stałym przedmiotem uchwał organów krajowych obu samorządów[2]. Powyższe pozwala stwierdzić, iż nadzór nad zawodami prawniczymi (nie tylko adwokatami, ale również komornikami czy notariuszami), wykonywany jest w sposób bardzo zbliżony. Inaczej niż w przypadku administracji samorządowej[3] ustawa zasadnicza RP nie wskazuje kryterium przedmiotowego nadzoru nad samorządami zawodowymi, w tym i samorządem radców prawnych, jak również podmiotów odpowiedzialnych za jego realizację, pozostawiając tę problematykę ustawodawstwu zwykłemu; (i tak ustawa z dnia 4 lipca 1982 r. o radcach prawnych statuuje samorząd zawodowy radców prawnych[4]). Natomiast kompetencje Ministra Sprawiedliwości w tym zakresie wynikają z ww. ustawy oraz z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej[5], który stanowi, że dział sprawiedliwość obejmuje sprawy m. in. radców prawnych.

II

Zgodnie z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Dopuszczenie funkcjonowania samorządów zawodowych stanowi wyraz demokratyzacji życia publicznego, a ustawodawca dając możliwość kreowania samorządów zawodowych wyznacza im określoną rolę publiczną (edukacja aplikantów, piecza nad należytym wyko-

[1] J Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne* cz 1. Kraków 1995, s. 161.
[2] Por. Uchwała nr 540/VI/2007 Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 21 kwietnia 2007 r., „Radca Prawny" z 2007 r., nr 3, s. 142-144.
[3] Por. E. Ura, E Ura *Prawo administracyjne ,* Warszawa 2008, s. 229.
[4] Por. S. Fundowicz, *Decentralizacja administracji publicznej w Polsce,* Lublin 2005, s. 191 i n.
[5] Dz.U. z 2003 r., Nr 159, poz. 1548.

nywaniem zawodu)[6]. W doktrynie podnosi się, że samorządy zawodów zaufania publicznego należy postrzegać jako najwyższą formę organizacji wykonywania zawodu oraz jako formę decentralizacji administracji publicznej. Oznacza to, iż wszystkie samorządy posiadające ten przymiot powinny podlegać nadzorowi państwowemu co do legalności działania[7].

Warto także podnieść, że zawody zaufania publicznego cechują się tym, iż:

- istnieje ustawowa dopuszczalność nakładania pewnych ograniczeń w zakresie konstytucyjnej wolności dostępu do zawodu i jego wykonywania, co zasadniczo modyfikuje art. 65 ust. 1 Konstytucji;
- osoby wykonujące takie zawody objęte są obowiązkiem przynależności do samorządu zawodowego;
- samorządy sprawują pieczę nad zgodnym z regułami właściwymi dla danego zawodu jego wykonywaniem.

Z kolei na istotę zawodu radcy prawnego jako zawodu zaufania publicznego wpływają następujące kryteria:

- wyodrębnienie pewnych cech charakterystycznych dla zawodu radcy prawnego (w ramach tzw. wolnego zawodu) i objęcie ich regulacjami ustawowymi;
- priorytet działania radcy prawnego w celu ochrony prawnej interesów podmiotów, na których rzecz świadczy pomoc prawną;
- obowiązkowa przynależność do samorządu, który sprawuje pieczę nad zgodnym z regułami właściwymi dla danego zawodu jego wykonywaniem (podleganie zasadom etyki zawodowej i postępowaniu dyscyplinarnemu).

Ponadto do cech charakterystycznych zawodu radcy prawnego jako wolnego zawodu można zaliczyć:

- wysokie kwalifikacje i kompetencje zawodowe poparte przygotowaniem praktycznym;
- czynności zawodowe wykonywane osobiście;
- szczególną więź o charakterze osobistym między wykonawcą a odbiorcą świadczenia opartą na zaufaniu, a nie tylko na wiedzy i kompetencjach,
- wysoki poziom moralny wykonawcy i podleganie zasadom etyki zawodowej;
- samodzielność i niezależność w podejmowaniu decyzji;
- osobistą odpowiedzialność za należyte wykonanie świadczenia (zarówno materialną, jak i korporacyjną);
- obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej;
- obowiązek uczestnictwa w strukturach samorządowych[8].

[6] M. Zubik, (red.) *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego,* Warszawa 2008 r., s. 110.

[7] M. Kulesza, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego* [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu.* Materiały z konferencji zorganizowanej przez Kancelarię Senatu, Warszawa 2002, s. 30.

[8] A. Kalwas, *Dyskusja* [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu.* Materiały z konferencji zorganizowanej przez Kancelarię Senatu, Warszawa 2002, s. 69 i n.

Powyższe cechy kształtują nie tylko sposób wykonywania zawodu przez radców prawnych, ale także funkcjonowanie ich samorządu zawodowego, który cechuje się wysokim poziomem samodzielności prawnej.

Samorząd radców prawnych spełnia wszelkie przymioty samorządu zawodów zaufania publicznego. Jego podstawy formalnoprawne zawarte są w wielokrotnie nowelizowanej ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych[9]. Celem samorządu jest m. in. przyczynienie się do zapewnienia warunków do wykonywania ustawowych kompetencji radców prawnych; reprezentowanie radców prawnych, aplikantów i ochrona ich zawodowych interesów; współdziałanie w kształtowaniu i stosowaniu prawa; przygotowywanie aplikantów do należytego wykonywania zawodu; doskonalenie zawodowe; nadzór nad należytym wykonywaniem zawodu i prowadzenie badań w zakresie funkcjonowania pomocy prawnej[10]. Z powyższego wynika, iż samorząd zawodowy realizuje także funkcje publiczne.

III

Przytaczam dwie definicje nadzoru spotykane na gruncie prawa administracyjnego. I tak, nadzór oznacza badanie działalności danego podmiotu administrującego (kontrola) połączone z możliwością pomocy, wpływu, a także modyfikacji tej działalności, dokonywane przez organ zwierzchni organizacyjnie bądź funkcjonalnie, w celu zapewnienia zgodności tej działalności z prawem, a w określonych przypadkach zgodności z pewnymi wartościami szczegółowymi (także określonymi w prawie)[11]. Z kolei P. Rączka uważa, że nadzorem jest oparta na przepisach ustawy potencjalna możność ingerencji organów administracyjnych, działających w imieniu państwa i w jego interesie, w proces wykonywania przez podmioty zdecentralizowane zadań należących do administracji publicznej w celu zapewnienia ich realizacji i stosowania przy ich wykonywaniu zasad postępowania właściwych organów państwa[12]. Z powyższych definicji wynika, iż nie wszystkie elementy definicji kontroli będą miały w rozważanym modelu kontroli zastosowanie, bowiem nie można przypisać Ministrowi Sprawiedliwości przymiotu organu nadrzędnego organizacyjnie nad samorządem radcowskim, choć niewątpliwie ww. naczelny organ administracji rządowej jest z nim powiązany funkcjonalnie. Art. 40 ust. 1 ustawy o radcach prawnych wskazuje, iż samorząd jest niezależny w wykonywaniu swych zadań i podlega tylko przepisom prawa. Tę niezależność widać chociażby w strukturze organizacyjnej samorządu radcowskiego, tj. liczbie i obszarze działalności okręgowych izb radców prawnych (jest ich 19), które nie pokrywają się z podziałem administracyjnym kraju na województwa (16), czy obszarem sądów apelacyjnych (12). Z powyższego pośrednio wynika zatem, że nadzór Ministra Sprawiedliwości nie może mieć dowolnej formy i zakresu działania i musi być prawnie dookreślony.

[9] Dz.U. z 2002 r., nr 23, poz. 1059, z późn. zm.

[10] Por. S. Fundowicz, *Decentralizacja administracji publicznej w Polsce,* Lublin 2005, s. 191.

[11] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne,* Kolonia 2007, s. 237.

[12] P. Rączka, *Nadzór nad samorządem zawodowym,* Toruń 1999, s. 106.

IV

Podobnie jak w przypadku nadzoru nad samorządem terytorialnym, przedmiotem nadzoru nad samorządem radców prawnych jest jego działalność, co zostało wyrażone *expresis verbis* w art. 5 ust. 3 ustawy o radcach prawnych. Ponadto zakres i formy nadzoru także zostały precyzyjnie uregulowane. Powyższe pozostaje w zgodzie z poglądami doktryny, z których wynika, że nadzór jest elementem składowym decentralizacji, co nie pozostaje bez wpływu na rozmieszczenie regulacji prawnych, dotyczących nadzoru w poszczególnych ustawach odnoszących się do zasad i funkcjonowania określonych struktur organizacyjnych[13].

W ustawie o radcach prawnych uregulowane są różne formy nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad działalnością samorządu radcowskiego.

Nadzór klasyczny

Nadzór nad uchwałami organów samorządu radcowskiego:

- Organy samorządu przesyłają Ministrowi Sprawiedliwości odpis każdej uchwały w terminie 21 dni od daty jej podjęcia. Minister Sprawiedliwości zwraca się do Sądu Najwyższego[14] o uchylenie sprzecznych z prawem uchwał organów samorządu w terminie 3 miesięcy od dnia ich doręczenia. Jeżeli zaskarżona uchwała rażąco narusza prawo, termin ten wynosi 6 miesięcy. Sąd utrzymuje zaskarżoną uchwałę w mocy bądź uchyla ją i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania właściwemu organowi samorządu, ustalając wytyczne co do sposobu jej załatwienia.
- Minister Sprawiedliwości może zwrócić się do Krajowego Zjazdu Radców Prawnych lub Krajowej Rady Radców Prawnych o podjęcie uchwały w określonej sprawie należącej do właściwości samorządu. Uchwała Krajowej Rady Radców Prawnych powinna być podjęta w terminie dwóch miesięcy, a uchwała Krajowego Zjazdu Radców Prawnych na najbliższym Zjeździe.

Nadzór nad uchwałami dotyczącymi wpisu i odmowy wpisu na listę radców prawnych i aplikantów oraz dotyczącymi zawieszenia prawa do wykonywania zawodu i skreślenia z listy radców prawnych:

- Od uchwały Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych odmawiającej wpisu na listę radców prawnych służy zainteresowanemu odwołanie do Ministra Sprawiedliwości, zgodnie z Kodeksem postępowania administracyjnego.
- Rada okręgowej izby radców prawnych zawiadamia w terminie 30 dni Ministra Sprawiedliwości o każdej uchwale o wpisie na listę radców prawnych lub aplikantów radcowskich, jak i o odmowie wpisu. Wpis na listę radców prawnych lub aplikantów radcowskich uważa się za dokonany, jeżeli Minister Sprawiedliwości nie sprzeciwi się wpisowi w terminie 30 dni od dnia otrzymania uchwały wraz z aktami osobowymi wpisanego. Minister Sprawiedliwości wyraża sprzeciw w formie decyzji administracyjnej, która może być zaskarżona przez zainteresowanego do sądu administracyjnego w terminie 30 dni od dnia doręczenia sprzeciwu.

[13] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne,* Kolonia 2007, s. 237.

[14] Por. art. 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym Dz.U., nr 240, poz. 2052, z późn. zm.

- Odnośnie zawieszenia prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego, w myśl art. 28 ust. 6 ustawy o radcach prawnych, od uchwały Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych (w przedmiocie zawieszenia prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego) zainteresowanemu służy odwołanie do Ministra Sprawiedliwości, zgodnie z Kodeksem postępowania administracyjnego. Art. 28 ust. 6 stosuje się odpowiednio do uchwały w przedmiocie skreślenia z listy radców prawnych.

Nadzór nad postępowaniem dyscyplinarnym:

- Orzeczenie z uzasadnieniem, wydane przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny w drugiej instancji, doręcza się stronom, Ministrowi Sprawiedliwości oraz Krajowej Radzie Radców Prawnych. Od orzeczenia wydanego przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny w drugiej instancji przysługuje stronom, Ministrowi Sprawiedliwości, Rzecznikowi Praw Obywatelskich oraz Prezesowi Krajowej Rady Radców Prawnych kasacja do Sądu Najwyższego.
- Minister Sprawiedliwości może polecić wszczęcie dochodzenia albo postępowania przed sądem dyscyplinarnym przeciwko radcy prawnemu lub aplikantowi radcowskiemu.
- Rzecznik dyscyplinarny doręcza Ministrowi Sprawiedliwości odpisy postanowień o wszczęciu dochodzenia oraz informuje Ministra Sprawiedliwości o wniesieniu do sądu dyscyplinarnego wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego lub o skierowaniu wniosku o ukaranie do dziekana rady okręgowej izby radców prawnych.
- Od orzeczeń i postanowień kończących postępowanie w sprawie, odwołanie przysługuje stronom oraz Ministrowi Sprawiedliwości w terminie 14 dni od dnia doręczenia odpisu orzeczenia albo postanowienia, wraz z uzasadnieniem i pouczeniem o terminie i trybie wniesienia odwołania.
- Ministrowi Sprawiedliwości oraz osobom przez niego upoważnionym przysługuje w każdym stadium postępowania prawo wglądu do akt i żądania informacji o wynikach postępowania dyscyplinarnego, jak również prawo żądania prawomocnych orzeczeń dyscyplinarnych bądź postanowień wraz z aktami sprawy.
- Sąd dyscyplinarny niezwłocznie przesyła odpis prawomocnego orzeczenia właściwej radzie okręgowej izby radców prawnych – do wykonania, a Ministrowi Sprawiedliwości i Krajowej Radzie Radców Prawnych – do wiadomości.

Nadzór nad działalnością kontrolną rad okręgowych izb radców prawnych dotyczącą obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej:

- Radca prawny podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej. Z kolei ust. 4 tego przepisu stanowi, że rada okręgowej izby radców prawnych właściwa ze względu na miejsce zamieszkania radcy prawnego jest obowiązana do przeprowadzania kontroli spełnienia obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia, a ust. 5 stwierdza, że Minister Sprawiedliwości nadzoruje wykonywanie przez rady okręgowe izb radców prawnych zadań określonych powyżej. Dziekani rad okręgowych izb radców prawnych obowiązani są do składania Ministrowi Sprawiedliwości raz w roku, w terminie do dnia

15 marca, sprawozdań z kontroli przeprowadzonych w poprzednim roku kalendarzowym.

Specyficzne formy nadzoru

Ustalanie wysokości opłat za czynności radców prawnych przed organami wymiaru sprawiedliwości:

- Minister Sprawiedliwości, po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Radców Prawnych oraz Naczelnej Rady Adwokackiej, określa w drodze rozporządzenia wysokość opłat za czynności radców prawnych przed organami wymiaru sprawiedliwości, stanowiących podstawę do zasądzenia przez sądy kosztów zastępstwa prawnego, mając na względzie, że ustalenie opłaty wyższej niż stawka minimalna, lecz nieprzekraczającej sześciokrotności tej stawki, może być uzasadnione rodzajem i zawiłością sprawy oraz niezbędnym nakładem pracy radcy prawnego.
- Minister Sprawiedliwości, po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Radców Prawnych oraz Naczelnej Rady Adwokackiej, określa, w drodze rozporządzenia zasady ponoszenia kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu.
- Minister Sprawiedliwości, po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Radców Prawnych oraz Naczelnej Rady Adwokackiej, określa, w drodze rozporządzenia, stawki minimalne za czynności radców prawnych, mając na względzie rodzaj i zawiłość sprawy oraz wymagany nakład pracy radcy prawnego.

Uprawnienia Ministra Sprawiedliwości związane z egzaminem wstępnym i egzaminem radcowskim:

- Egzamin wstępny przeprowadzają komisje egzaminacyjne do spraw aplikacji radcowskiej przy Ministrze Sprawiedliwości, powołane w drodze zarządzenia na obszarze właściwości jednej lub kilku rad okręgowych izb radców prawnych. Minister Sprawiedliwości jest organem wyższego stopnia w stosunku do komisji.
- W terminie do dnia 30 czerwca każdego roku Minister Sprawiedliwości zamieszcza w dzienniku o zasięgu ogólnopolskim i Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenie o egzaminie wstępnym.
- Po przeprowadzeniu egzaminu wstępnego komisja ustala wynik kandydata w drodze uchwały. Komisja ogłasza wyniki egzaminu wstępnego. Od uchwały komisji służy kandydatowi odwołanie dotyczące wyniku jego egzaminu do Ministra Sprawiedliwości. Minister Sprawiedliwości zawiadamia rady okręgowych izb radców prawnych o wynikach egzaminu konkursowego oraz publikuje w Biuletynie listę osób, które uzyskały pozytywny wynik z egzaminu.
- Minister Sprawiedliwości powołuje każdego roku zespół do przygotowania zestawu pytań testowych oraz zadań na egzamin radcowski.
- Z przebiegu egzaminu radcowskiego sporządza się niezwłocznie protokół, który podpisują członkowie komisji uczestniczący w egzaminie radcowskim. Członkowie komisji mogą zgłaszać uwagi do protokołu. Przewodniczący ko-

misji przesyła Ministrowi Sprawiedliwości protokół w terminie 7 dni od dnia jego sporządzenia.

- Minister Sprawiedliwości określa w drodze rozporządzenia strój urzędowy radców prawnych biorących udział w rozprawach sądowych.

V

Konkludując należy stwierdzić, że zakres i formy nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad samorządem radców prawnych wykazują pewne podobieństwo do innych rodzajów nadzoru, jak chociażby nad jednostkami samorządu terytorialnego, bowiem zarówno w jednym jak i w drugim przypadku mamy do czynienia z kryterium legalności. Natomiast w stosunku do samorządu terytorialnego nadzór sprawuje kilka podmiotów[15], podczas gdy nadzór nad samorządem radcowskim jest monokratyczny. Nadzór Ministra Sprawiedliwości przyjmuje klasyczną formę w postaci uzyskiwania informacji, wglądu do dokumentacji, wnoszenia środków o charakterze odwoławczym, inicjującym czy wetującym. Jednakże należy podkreślić, że z uwagi na specyficzne zadania publiczne przekazane do realizacji samorządowi radców prawnych, zakres nadzoru Ministra Sprawiedliwości przyjmuje także inne formy aniżeli formalnoprawne rozstrzygnięcia nadzorcze na drodze administracyjnej. Przede wszystkim chodzi o działania o charakterze organizacyjno-władczym (np. wyznaczanie terminów egzaminów, wydawanie rozporządzeń i zarządzeń), które ograniczają w pewnym stopniu niezależność samorządu.

Jakkolwiek w doktrynie podnosi się, że nadzór nad wszystkimi samorządami zawodów zaufania publicznego powinien być sprawowany przez ministra właściwego do spraw administracji[16], pogląd ten wydaje się nierealny do zrealizowania i wymagałby podjęcia rewolucyjnych wręcz kroków. Wdaje się, że obecny system nadzoru jest skuteczny i wystarczający, aczkolwiek może budzić zastrzeżenia co do terminowości i ekonomiki podejmowanych rozstrzygnięć.

[15] Por. B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny,* Kraków 2006, s. 381 i n.

[16] M. Kulesza, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego* [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu.* Materiały z konferencji zorganizowanej przez Kancelarię Senatu, Warszawa 2002, s. 30.

Marcin Mazuryk

Autor, dr Marcin Mazuryk, jest wykładowcą we Wszechnicy Polskiej Szkole Wyższej TWP w Warszawie.

WSZECHNICA POLSKA

SZKOŁA WYŻSZA
TOWARZYSTWA WIEDZY POWSZECHNEJ W WARSZAWIE

SPRAWDŹ NASZĄ OFERTĘ

ZAPRASZAMY
NA STRONĘ INTERNETOWĄ

www.wszechnicapolska.edu.pl

Zygmunt Dąbek

Upadłość konsumencka
Polskie regulacje prawne

W obrębie jednolitego rynku europejskiego, stanowiącego unijną przestrzeń gospodarczą bez wewnętrznych granic, interesy gospodarcze konsumentów i ich bezpieczeństwo, otrzymały traktatową ochronę[1)]. Jednak do chwili obecnej, w przedmiocie problematyki upadłości konsumenckiej, nie podjęto najmniejszej próby harmonizacji ustawodawstwa krajów członkowskich. Co więcej również Komisja Europejska nie podjęła, w tym zakresie, żadnych inicjatyw prawodawczych. Poszczególne państwa, regulują ten trudny i kłopotliwy społecznie odcinek życia, we własnym zakresie. W krajach starej Unii Europejskiej, już od początku lat dziewięćdziesiątych XX wieku, upadłość konsumencka stała się ważną gałęzią prawa regulującą skutki niewypłacalności konsumentów. Z jednej strony, daje to wierzycielom możliwość choćby połowicznego zaspokojenia roszczeń, a z drugiej strony niefortunnym dłużnikom pozwala wypracować nowy start – *earned fresh start.* Kontynentalnym regulacjom nie nadano liberalnego charakteru, na jakich został oparty anglosaski model, traktujący zbankrutowanych konsumentów za ofiary porażki rynkowej, którym należy umożliwić *fresh start*[2)]. Upadłość konsumencka z jednej strony zmierza do zaspokojenia roszczeń wierzycieli, a z drugiej zaś stawia sobie za cel oddłużenia niewypłacalnych dłużników, którzy wpadli w spiralę długów. W tym sensie otwiera ona dłużnikowi furtkę powrotu do normalnego funkcjonowania społecznego, jako obywatela i konsumenta.

Poszukiwania w znalezieniu optymalnej równowagi pomiędzy prawami dłużnika a należytą ochroną praw kredytodawcy spowodowały, że prace legislacyjne nad upadłością konsumencką w Polsce trwały ponad pięć lat. Rozpoczęte na początku 2003 r., zakończyły dopiero 5 grudnia 2008 r. Obecna ekipa rządowa odrzuciła prosocjalną wersję upadłości konsumenckiej z roku 2007, a ulegając lobbingowi wpływowych instytucji finansowych, Komisja Przyjazne Państwo opowiedziała się za minimalistyczną wersją w stosunku do dłużników, ale wygodną dla biznesu finansowego. Nowa instytucja prawna, weszła w Polsce w życie dnia 31 marca 2009 r.[3)].

[1)] Art.169 (dawny art. 153 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Traktatem z Lizbony).

[2)] Włodzimierz Szpringer, *Upadłość konsumencka. Inspiracje z rozwiązań światowych oraz rekomendacje dla Polski*, Warszawa 2006 r., s. 45 i nast.

[3)] Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze oraz o zmianie ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. (Dz.U., nr 234, poz. 1572). Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jednolity D. U. Z 2009, nr 175, poz. 1361).

Założenia upadłości konsumenckiej

W prawie cywilnym zasada *pacta sunt servanda,* funkcjonuje jako gwarancja pewności obrotu cywilnoprawnego[4)]. Niewykonanie zobowiązań przez dłużnika może oznaczać dla niego szereg negatywnych konsekwencji, z bankructwem włącznie. We współczesnych czasach, biorąc pod uwagę dynamikę zmian społecznych, coraz częściej zdarzają się prawnie uzasadnione przypadki, kiedy to ustawodawca przewiduje możliwość rewizji postanowień umownych. Do takich przypadków zalicza się upadłość konsumencka.

W polskim ustawodawstwie określenie upadłość konsumencka pochodzi z języka prawniczego, a nie prawnego. Instytucja ta została wprowadzona w życie nie w formie samoistnej instytucji, ale w formie nowelizacji ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. z dnia 30 grudnia 2008 r., nr 234, poz. 1572 – p.u.i n.).

Nowelizacja p.u.i n. znalazła swoje odbicie w art. 491^1 do art. 491^{12}, nadając upadłości konsumenckiej legalną nazwę postępowania upadłościowego wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej. Istotna zmiana została wprowadzona już w art. 1 ust. 1 lit. b przewidując dla upadłości konsumenckiej odrębny tryb postępowania, zachowując jednocześnie dla tego trybu stosowanie ogólnych ustawowych zasad upadłościowych. Koncepcja upadłości konsumenckiej opiera się na cywilnoprawnej definicji konsumenta, którym w świetle art. 22^1 k.c. jest osoba fizyczna, dokonująca czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową. W ten sposób, znana dotychczas forma upadłości gospodarczej, której podlegają przedsiębiorcy, niezależnie od sposobu prowadzenia działalności gospodarczej, została wzbogacona o nowy tryb upadłości konsumenckiej, obejmujący osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej. Podstawową przesłanką upadłości konsumenckiej jest niewypłacalność dłużnika, która zgodnie z art. 11 ust.1 p.u.i n., zachodzi wówczas, gdy dłużnik nie jest w stanie wykonywać swoich zobowiązań pieniężnych.

Dla pełniejszego skontrastowania upadłości konsumenckiej z upadłością gospodarczą, warto uświadomić zakres podmiotowy tych regulacji. Z upadłości gospodarczej mogą skorzystać następujące podmioty gospodarcze:

1) osoby fizyczne, prowadzące działalność gospodarczą lub zawodową we własnym imieniu;
2) osoby prawne prowadzące działalność gospodarczą lub zawodową;
3) jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym jednak ustawa przyznaje zdolność prawną, a które prowadzą we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową;
4) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne, nieprowadzące działalności gospodarczej;

[4)] Witold Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu,* Adam Brzozowski, Marek Safjan, Elżbieta Skowrońska-Bocian, wydanie dziesiąte, Wyd. Prawnicze LexisNexis. Warszawa 2004 r., s. 304-305

5) wspólnicy osobowych spółek handlowych, którzy ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania spółki całym swoim majątkiem – bez ograniczenia. Do grupy tej należą wspólnicy spółki jawnej i partnerskiej oraz komplementariusze spółki komandytowej i komandytowo-akcyjnej; i wreszcie
6) wspólnicy spółki partnerskiej.

Z upadłości konsumenckiej może skorzystać jedynie dłużnik – nieprowadzący działalności gospodarczej, będący jednocześnie osobą, do której nie mają zastosowanie przepisy o upadłości gospodarczej. Art. 8 ustawy rozszerza krąg uprawnionych do korzystania z upadłości konsumenckiej również o osoby fizyczne, które w przeszłości były przedsiębiorcami, ale od czasu wykreślenia przez nich działalności gospodarczej z odpowiedniego rejestru upłynął okres dłuższy od jednego roku. Zaś art. 9 dopuszcza objęciem procedurą postępowania upadłościowego także osoby fizyczne, które faktycznie prowadzą działalność gospodarczą w tzw. szarej strefie, nie dopełniając obowiązku zarejestrowania tej działalności we właściwym rejestrze.

Polskie wymogi ogłoszenia upadłości konsumenckiej są bardzo restrykcyjne, można śmiało zaryzykować twierdzenie – drakońskie. Art. 1 ust.1, lit.b, p.u.i n. stawia upadłemu wymóg, aby jego niewypłacalność powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności. Ustawodawca, za usprawiedliwione zadłużenie uważa jedynie przypadki zadłużenia pasywnego, a więc niezawinionego przez konsumenta. Czyli *a contrario*, upadłości konsumenckiej nie może ogłosić konsument-dłużnik, jeżeli przyczyną jego niewypłacalności były okoliczności zależne od jego woli. Wielka szkoda, że w klimacie zachęcania nieświadomych konsumentów do zaciągania kredytów, nie została przewidziana możliwość ogłoszenia upadłości konsumenckiej z przyczyn zawinionych nie tylko przez dłużnika, ale również przez instytucje kredytowe, reklamujące w sposób agresywny udzielanie kredytów w stylu *pożyczki udzielamy – o nic nie pytamy*[5)].

Do zawinionych przyczyn niewypłacalności dłużnika, art. 491^3 p.u.i n. kwalifikuje przypadki, gdy dłużnik popadł w niewypłacalność wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa. W szczególności, gdy będąc już niewypłacalnym zaciągnął nowe zobowiązania, albo gdy dłużnik stracił pracę z własnej winy lub też za jego zgodą. Wchodzą tutaj w rachubę przypadki utraty pracy, nie tylko na skutek wypowiedzenia umowy o pracę przez samego dłużnika, ale również rozwiązanie umowy o pracę w wyniku wzajemnego porozumienia stron.

Upadłość konsumencka nie ma zastosowania do dłużników, w stosunku do których w przeciągu ostatnich 10 lat przed złożeniem wniosku o upadłość:

1) prowadzono postępowanie upadłościowe lub też inne postępowanie, w wyniku którego umorzono w całości lub części jego długi, albo też zawarto z dłużnikiem układ. Czyli z upadłości konsumenckiej zostaje wyłączony były przedsiębiorca,

[5)] Aseet. Bezpłatny tygodnik ogłoszeniowy, Warszawa, nr 82-11/06/2010

2) gdy było prowadzone postępowanie upadłościowe, w wyniku którego nie zaspokojono wszystkich wierzycieli, a dłużnik po zakończeniu lub umorzeniu postępowania, nałożonych na niego zobowiązań nie wykonał, lub
3) gdy prowadzone przeciwko dłużnikowi postępowanie upadłościowe zostało umorzone, ale z innych przyczyn, nie objętych wnioskiem wierzycieli, i wreszcie
4) gdy czynność prawna dłużnika została uznana prawomocnie za czynność dokonaną z pokrzywdzeniem wierzycieli.

Wymienione wyżej przypadki wyłączenia upadłości konsumenckiej wskazują, że upadłość ta ma charakter wyjątkowego uprzywilejowania, odnoszącego się jedynie do osób, które dają rękojmię należytego wykorzystania oddłużenia. Warto zatem zastanowić się, na czym to uprzywilejowanie dłużnika polega. Warunkiem ogłoszenia upadłości konsumenckiej jest wymóg, aby zadłużenie konsumenta wynikło ze zdarzeń o charakterze losowym, czyli było niezależnym od woli upadłego dłużnika. Takie zdarzenia mogą wyniknąć z ciężkiej choroby, wypadku losowego, niezawinionej utraty pracy lub śmierci jedynego żywiciela rodziny. Obiektywnymi przyczynami niewypłacalności mogą też być klęski żywiołowe, takie jak: powódź, pożar, osunięcie ziemi, gradobicie itd.

W tym kontekście nie są zrozumiałe motywy, jakimi kierował się ustawodawca wyłączając w art. 6 ust. 5 p.u.i n. zastosowanie upadłości gospodarczej lub konsumenckiej w stosunku do osób fizycznych prowadzących gospodarstwa rolne. Pozbawienie indywidualnego rolnika możliwości złożenia wniosku upadłościowego stanowi wyraźną i niczym nieuzasadnioną dyskryminację, która *de lege ferenda* winna zostać usunięta .

Ogłoszenie upadłości konsumenckiej nie oznacza zakończenia sprawy poprzez umorzenie niespłaconych długów, ale stanowi dopiero początek długiego procesu oddłużania niewypłacalnego dłużnika, na drodze kilkuletniej spłaty zadłużenia.

Upadły dłużnik musi wydać syndykowi wszystkie składniki swojego majątku – art. 491^4 p.u.i n. W skład masy upadłościowej, objętej likwidacją, wchodzi również własnościowy lokal mieszkalny lub domek jednorodzinny upadłego. W takim przypadku, po opróżnieniu mieszkania, aby nie pozostawić dłużnika, często z rodziną, osobą bezdomną, sędzia-komisarz, na wniosek syndyka wydziela upadłemu kwotę odpowiadającą przeciętnemu czynszowi najmu mieszkania za okres jednego roku. Po tym czasie już sam musi sobie dawać radę, nie mogąc liczyć na mieszkanie socjalne, które mu nie przysługuje. Od momentu wydania przez sąd postanowienia o ogłoszeniu upadłości dłużnik traci prawo zarządzania swoim majątkiem. Dopiero po spieniężeniu całego majątku dłużnika i odpowiednim podzieleniu uzyskanej kwoty pomiędzy wierzycieli, pozostałą niespłaconą należność upadły dłużnik będzie zobowiązany, zgodnie z ustalonym przez sąd planem spłaty, spłacać przez kolejne pięć lat. W tym przypadku wysokość miesięcznych spłat będzie zależeć od jego możliwości zarobkowych. Przez cały okres spłaty upadły dłużnik jest poddawany kontroli sądu. Ustawa

nie przewiduje możliwości zmniejszenia ustalonej wysokości spłat, a dłużnik w okresie spłat nie może dokonywać czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu. Niestety, ustawa nie przewiduje organu rozstrzygającego w konkretnym przypadku, czy dana sytuacja mieści się w granicach zwykłego zarządu, czy też granice te przekracza. Do jego obowiązków, zgodnie z art. 491^9 ust. 3 p.u.i n. należy również składanie, w kwietniu, corocznego sprawozdania z wykonania planu spłaty wierzycieli za ubiegły rok kalendarzowy. W sprawozdaniu tym upadły dłużnik wykazuje osiągnięte w minionym roku przychody, spłacone wierzycielom kwoty długów, nabyte składniki majątkowe, o wartości powyżej dwukrotnego minimalnego wynagrodzenia za pracę. Dopiero wówczas, po zrealizowaniu pięcioletniego – czasem siedmioletniego – planu spłaty wierzycieli, sąd wyda postanowienie o umorzeniu niezaspokojonych zobowiązań upadłego oraz o zakończeniu postępowania upadłościowego – art. 491^{12} p.u.i n. W zestawieniu z upadłością gospodarczą, daje się zauważyć gorsze traktowanie konsumenta; tam sąd – po spieniężeniu majątku dłużnika-przedsiębiorcy, pozostałe zobowiązania upadłego może w całości umorzyć, a tutaj część zobowiązań rozkłada na przyszły okres spłat.

W pewnych wypadkach ustawa przewiduje możliwość dodatkowego wydłużenia planu spłaty zadłużenia o kolejne dwa lata, razem do lat siedmiu (w przypadku, gdy spłacający nie jest w stanie terminowo wywiązywać się z obowiązków określonych w planie spłaty zadłużenia). Natomiast w przypadku zaistnienia wyraźnej poprawy warunków materialnych dłużnika w następstwie darowizny, wygranej w grach losowych lub spadkobrania, sąd może orzec podwyższenie spłacanych przez dłużnika kwot. W takiej sytuacji oddłużenie staje się dla niewypłacalnego dłużnika wyjątkowo trudnym przywilejem. Przepisy o upadłości konsumenckiej są wyraźnie asymetryczne, dając stosunkowo dalej idącą ochronę wierzycielom, z wyraźnym pokrzywdzeniem upadłych, bez własnego zawinienia dłużników. Wierzycielami są banki i duże instytucje finansowe, zachęcające do zaciągania łatwo dostępnego kredytu. Pomimo przewidzianego w prawie bankowym obowiązku dokonywania oceny zdolności kredytowej osób fizycznych, instytucje finansowe zaniedbywały w przeszłości przeprowadzanie takiej oceny. Dlatego też poważna część niewypłacalnych dłużników, ulegając pokusie łatwych kredytów popadła w spiralę długów, bez możliwości wyjścia z niej o własnych siłach. Wydaje się, że ustawowe założenia maksymalnego spłacenia wierzycieli w postępowaniu upadłości konsumenckiej, łącznie z licytacją lokalu mieszkalnego lub domku jednorodzinnego, nie stanowią zachęty do poddania się upadłości konsumenckiej, gdyż nie gwarantują oczekiwanej możliwości nowego startu życiowego dla upadłego dłużnika. Co więcej, raczej go odstraszają przed poddaniem się procedurze. Upadłość konsumencka opierając się na koncepcji likwidacyjnej, doprowadza do spieniężenia nie tylko majątku ruchomego upadłego, ale też jego domu lub mieszkania. Zrozpaczeni dłużnicy wolą poddać się

nawet egzekucji komorniczej niż występować do sądu z wnioskiem o upadłość konsumencką.

Uwagi końcowe

Pracom legislacyjnym nad upadłością konsumencką towarzyszyło wielkie zainteresowanie społeczne. Z chwilą jednak wejścia ustawy w życie, okazało się że jej postanowienia są tak dalece restrykcyjne, że w 2009 r., jak wynika z danych biur informacji gospodarczej, na zgłoszone do sądów 985 wnioski o ogłoszenie upadłości, tylko w 10 przypadkach zostały wydane postanowienia o upadłości konsumenckiej. Dotyczyły one przypadków, w których upadły dłużnik nie posiadał własnego domu ani też własnościowego mieszkania. Dłużnicy boją się nie tylko długiego procesu oddłużania, w trakcie którego tracą cały swój majątek wraz z mieszkaniem, aby następnie przez 5 do 7 lat spłacać długi, ale też nie mają wcale pewności, że pozostała część ich zadłużenia zostanie umorzona.

Dostępność procedury oddłużeniowej miały zapewnić niskie koszty upadłości konsumenckiej. Rzeczywiście, wpis został ustalony na kwotę 200 zł, ale biorąc pod uwagę wydatki towarzyszące postępowaniu, włączając w to wynagrodzenie syndyka, rzeczywiste koszty kształtują się w przedziale 15-20 tysięcy zł. W praktyce, na wniosek o ogłoszenie upadłości mogą pozwolić sobie jedynie zamożni niewypłacalni dłużnicy, wszystkie bowiem koszty postępowania sądowego idą na konto dłużnika; dlatego też sąd warunkuje przyjęcie wniosku o upadłość konsumencką od wstępnych ustaleń, czy zgromadzone w postępowaniu likwidacyjnym środki finansowe pokryją wszystkie koszty sprawy. Jeśli sąd dojdzie do przekonania, że środki z masy upadłościowej nie pokryją kosztów – wniosek o upadłość konsumencką zostaje odrzucony.

Zygmunt Dąbek

Autor, dr Zygmunt Dąbek, jest radcą prawnym.

Wiesław Wacławczyk (red.), *Wokół współczesnych problemów ochrony praw człowieka*, Wydawnictwo Erida, Warszawa 2009, ss. 247.

Rercenzent: **Mirosław Karpiuk**

Tematem książki są istotne problemy dotyczące międzynarodowych i wewnątrzkrajowych systemów ochrony praw człowieka, zarówno w aspekcie rozwiązań krajowych, jak i międzynarodowych. Monografia stanowi zbiór artykułów (rozdziałów) i składa się ze wstępu oraz dwóch bloków tematycznych. I tak, pierwsza część dotyczy „Międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka", druga – „Wybranych problemów wewnątrzpaństwowych mechanizmów ochrony praw człowieka". Redaktor naukowy publikacji już we *Wstępie* podkreśla, iż ochrona praw człowieka stanowi imperatyw dla większej części społeczności międzynarodowej. Do najpilniejszych zadań w tej dziedzinie należy poprawa funkcjonowania uniwersalnego, tworzonego przez ONZ, systemu ochrony praw człowieka, a rzeczywistość w tym zakresie przynosi ciągle nowe wyzwania, szczególnie w obszarze międzynarodowej odpowiedzialności za sytuację w państwach upadających, niewydolnych, czy ogarniętych anarchią.

Krzysztof Przybyszewski w artykule ***Próba historycznego ujęcia praw człowieka*** podejmuje próbę charakterystyki historycznego aspektu kształtowania się praw człowieka w ramach różnych systemów. Autor odnosi się do idei praw człowieka jako sfery etyki (systemu wartości), praw człowieka jako drogi od sfery swobody do sfery uprawnień, praw społecznych jako drogi od sfery uprawnień do sfery praw, praw obywatelskich i praw politycznych jako drogi od sfery praw do sfery powinności oraz zbiorowych praw człowieka jako drogi od sfery powinności do sfery obowiązków. Autor podkreśla, iż każde państwo ma prawo do rozwoju, prawo do pokoju, prawo do czystego środowiska naturalnego, prawo do wspólnego dziedzictwa ludzkości, czy prawo do pomocy humanitarnej, innymi słowy prawo do wszystkiego, co należy do zakresu zbiorowych praw człowieka. Podstawa (rdzeń) wszystkich systemów wartości jest wspólna i zawsze sprowadza się do człowieczeństwa. Z jednostkowości bowiem wyłania się wspólnotowość.

Stefan Konstańczak w pracy ***O sensie i bezsensie zadawania cierpienia dla „obrony" demokracji*** słusznie zauważa, że prawa człowieka w najnowszej historii bywały często eksponowane dopiero po dramatycznych dla całej ludzkości wydarzeniach obu wojen światowych. Zwraca on również uwagę, że wydarzenia z 11 września 2001 r., które wstrząsnęły światem i zachwiały poczucie bezpieczeństwa, spowodowały, iż proces stabilizacji dokonuje się za pośrednictwem wszelkich możliwych środków; w tym kontekście prawa człowieka uznano za mechanizm przeszkadzający w dążeniu do bezpieczeństwa. Stworzono tym samym nową koncepcję wojny sprawiedliwej, w ramach której usprawiedliwia się stosowanie wszelkich możliwych metod, by wyeliminować źródła zagrożenia

terrorystycznego. Autor zwraca uwagę na humanizm i anty-humanizm, jako na zjawiska oddziałujące na system praw człowieka. Tradycyjny humanizm odwołuje się do tradycji greckiej, która wskazuje, że człowiek jest najwyższą wartością, wszystko powinno być podporządkowane jego dobru i możliwości osiągnięcia przez niego szczęścia, a ludzka ekspansja ma charakter nieograniczony. Anty-humanizm wskazuje na uprzedmiotowienie człowieka, ogranicza perspektywy ludzkiego poznania, traktuje świat przyrodniczy i społeczny jako obszar niepewności. Współcześnie humanizm próbuje na nowo odczytać człowieczeństwo, uwypuklając zepchniętą na margines przez rozwój cywilizacji duchową jego stronę. Autor podejmuje również problematykę stosowania tortur w kontekście praw człowieka, wskazując, że tylko w rozważaniach teologicznych cierpienie uszlachetnia, doskonali człowieka. Realni ludzie ciągle się przygotowują lub są gotowi do zabijania, obniżając swój próg wrażliwości moralnej.

Jerzy Stańczyk w artykule ***Międzynarodowe formy przeciwdziałania naruszeniom praw człowieka przez korporacje transnarodowe*** zwraca uwagę na zasięg (ponadpaństwowy i ponadnarodowy) systemu praw człowieka. Korporacje transnarodowe w warunkach postępującej globalizacji stanowią grupę uczestników stosunków międzynarodowych, którzy ciągle powiększają siłę swojego oddziaływania na szereg sfer społecznych, przy czym ich działalność w większości nie podlega regulacjom prawnomiędzynarodowym, co daje szerokie pole do nadużyć. Dopiero w latach 90. niektóre korporacje transnarodowe, pod wpływem nacisków opinii publicznej zaczęły wprowadzać własne kodeksy postępowania, obejmujące poszanowanie prawa pracy, ochrony środowiska, czy praw człowieka. Przydatność tych kodeksów jest jednak ograniczona, gdyż cechują się one selektywnym podejściem do ustanowionych standardów. Zwraca się uwagę na społeczną odpowiedzialność korporacji, wskazując na podstawowe dziedziny, które muszą być respektowane: 1) prawa człowieka – popieranie oraz przestrzeganie praw człowieka przyjętych przez społeczność międzynarodową, eliminacja łamania praw człowieka przez korporację, 2) standardy pracy – wolność stowarzyszania się, likwidacja form pracy przymusowej, zakaz pracy dzieci, przeciwdziałanie dyskryminacji w sferze zatrudnienia, 3) środowisko naturalne – prewencyjne działania w zakresie ochrony środowiska, promowanie postaw proekologicznych (odpowiedzialności ekologicznej), wdrażanie technologii przyjaznych środowisku, 4) przeciwdziałanie korupcji – działalność związana ze zwalczaniem korupcji występującej we wszelkich jej postaciach. Autor podnosi, iż niezbędna staje się konieczność wzięcia przez organizacje transnarodowe większej odpowiedzialności za społeczne oddziaływanie własnej działalności, której siła stale wzrasta. Społeczne koszty oddziaływania takich korporacji nie mogą być ciągle przerzucane na państwa.

Agnieszka Florczak w publikacji ***ONZ-etowski system ochrony praw człowieka – analiza krytyczna*** odnosi się do płaszczyzny normotwórczej i implementacyjnej tego systemu. Zwraca uwagę, że ONZ coraz częściej może być po-

strzegana jako instytucja mało efektywna w dziedzinie praw człowieka. Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że dla wielu krajów uniwersalny system ochrony praw człowieka reprezentowany przez ONZ jest systemem jedynym, z którym mogą współpracować i czerpać odpowiednie wzorce. Do państw, które naruszają podstawowe prawa i wolności należą już nie tylko Rosja i Chiny, ale również Stany Zjednoczone, które były traktowane jako orędownik i propagator praw człowieka na forum międzynarodowym. W związku z tym coraz trudniej jest wymagać przestrzegania międzynarodowych standardów od państw skupionych w ONZ, jeżeli kraj powszechnie uznawany za demokratyczny dopuszcza się rażących naruszeń praw człowieka. Autorka uważa za konieczne reformy ONZ.

Kolejny artykuł to ***Interwencja Humanitarna: remedium na niedostatki implementacyjne międzynarodowego reżimu praw człowieka?*** **Arkadiusza Domagały**. Międzynarodowy system ochrony praw człowieka został ustanowiony w wyniku decyzji suwerennych państw, w wyniku czego same zawęziły zakres swojego władztwa, w związku z czym kwestia praw człowieka przestała być postrzegana jako przynależna wyłącznej kompetencji państw. Autor podkreśla, że imponujący w warstwie deklaratywnej reżim praw człowieka nie dysponuje silnymi narzędziami implementacji i kontroli, które uczyniłyby go skutecznym. Wskazuje słusznie, że wprowadzenie do międzynarodowego porządku prawno-politycznego interwencji humanitarnej ma dla międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka niejednoznaczne konsekwencje. Państwa niechętne wobec jakiejkolwiek ingerencji w ich sprawy wewnętrzne, mogą zacząć dystansować się od idei praw człowieka. Z drugiej jednak strony interwencja humanitarna w dłuższej perspektywie może wzmacniać system ochrony praw człowieka, a często jest wręcz konieczna.

Karolina Wierczyńska w pracy ***Odpowiedzialność państwa za naruszenie praw człowieka. Czy państwo odpowiada tylko za naruszenia w zakresie swoich granic?***, wskazuje, że prawa człowieka jako uniwersalne i niezbywalne regulują stosunki pomiędzy państwem a jednostką. Prawa człowieka powinny chronić jednostkę przed naruszeniami, których dopuszcza się państwo lub inna osoba, a także tworzyć mechanizmy dochodzenia roszczeń z tego tytułu. Autorka twierdzi, że teoretycznie państwo powinno konsekwentnie odpowiadać za wszelkie naruszenia praw jednostki, do których się w jakikolwiek sposób przyczyniło. Jednak odpowiedzialność to przede wszystkim nie teoretyczne, a rzeczywiste oddziaływanie na status prawny, społeczny, czy ekonomiczny jednostki, gdzie państwo jest zobowiązane do podjęcia określonego rodzaju działań lub zaniechania. Wydaje się również nietrafne stwierdzenie o jakimkolwiek naruszeniu, gdyż przy odpowiedzialności cywilnoprawnej należy wykazać związek przyczynowo-skutkowy, a nie jakiekolwiek naruszenie. Autorka słusznie konkluduje, że państwa powinny dążyć do likwidacji próżni w przepisach dotyczących odpowiedzialności za naruszanie praw człowieka, jednak rzecz jasna nie wszystkie są tym zainteresowane.

Tomasz Srogosz charakteryzując rozkład państwa w artykule ***Upadłość państwa a odpowiedzialność międzynarodowa (rozważania w kontekście międzynarodowego prawa praw człowieka)***, podnosi, iż państwo znajdujące się w stanie rozkładu nie jest zdolne do ponoszenia odpowiedzialności międzynarodowej za niedotrzymanie zobowiązań. Nie jest też w stanie efektywnie chronić praw człowieka, a idąc dalej – zjawisko upadłości charakteryzuje wręcz katastrofa humanitarna, której cechą jest masowe naruszanie praw człowieka. Skuteczność międzynarodowego systemu praw człowieka, z czym należy się zgodzić, przede wszystkim zależy od zdolności państw do ponoszenia odpowiedzialności prawnej, dlatego w stanie upadłości państwa systemy ochrony praw człowieka są nieskuteczne.

Do postulatów ekonomicznych i społecznych odnosi się publikacja **Katarzyny Zamorskiej** ***Prawa drugiej generacji a dyskurs społeczny***. Autorka podejmuje problematykę praw społecznych, skategoryzowanych jako prawa drugiej kategorii, począwszy od prawa ekonomicznego dobrobytu i bezpieczeństwa po prawo do życia w cywilizowanym społeczeństwie. Stawia ona słuszną tezę, iż rozdzielenie praw obywatelskich i praw społecznych nie jest uzasadnione, gdyż prawa społeczne rozszerzone o pojęcie praw ekonomicznych i kulturalnych stanowią jednolity katalog praw człowieka. Koszt realizacji praw społecznych, choć wysoki, to i tak jest mniejszy, niż w przypadku braku lub zmniejszaniu się integracji społecznej. Autorka wskazuje na wątpliwości, jakie budzą wzajemne relacje pomiędzy prawami wolnościowymi a prawami społecznymi. W tych relacjach odzwierciedla się problem związany z dwiema wizjami życia społecznego: opartej na nieskrępowanej swobodzie rynku oraz opartej na interwencjonizmie państwowym, którego zadaniem jest umożliwienie społeczeństwu korzystanie ze wzrostu gospodarczego.

Karolina Slovenko w artykule ***Między teorią a praktyką – prawa człowieka w działaniu na przykładzie antydyskryminacyjnej i antyopresyjnej pracy socjalnej*** podejmuje kwestie związane z wartościami i zasadami pracy socjalnej w kontekście praw człowieka. Wskazuje ona, że praktyka antydyskryminacyjna jest aktywnością, która propaguje prawa człowieka i przeciwstawia się dyskryminacji we wszystkich sferach życia, a antydyskryminacyjna i antyopresyjna praca socjalna może stanowić przykład praw człowieka w działaniu. Autorka przytacza niezwykle interesujące zestawienie praw człowieka i zasad pracy socjalnej. Największą wartością w pracy socjalnej jest człowiek, który ma prawo do godnego życia, rozwoju, samostanowienia, a wszyscy są równi w dostępie do usług socjalnych. Pracownik socjalny zobowiązany jest do poszanowania prywatności podopiecznego i postępowania zgodnie z zasadą zrozumienia i empatii w ramach współpracy z samym zainteresowanym w pokonywaniu problemów, w pracy powinien kierować się zawsze zasadą odpowiedzialności, bezstronności i sprawiedliwości społecznej. Wartości te zestawione są z prawami obywatelskimi i politycznymi (prawa I generacji), takimi jak prawo do życia, wolności,

czy bezpieczeństwa osobistego oraz prawami II generacji (prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne), takimi jak prawo do pracy, ochrony przed bezrobociem, prawo do ubezpieczenia i zabezpieczenia społecznego, prawo do opieki medycznej, czy prawo do życia na godnym poziomie, a także prawami III generacji – prawo do pokoju, bezpiecznego korzystania ze środowiska naturalnego, czy prawo do korzystania z dziedzictwa ludzkości.

Część drugą monografii otwiera artykuł ***Mecziaryzm. Łamanie praw człowieka na Słowacji w latach 1994-1998***. Autor, **Krzysztof Żarna**, przypomina, że nazwa systemu rządów, który występował w latach 1994-1998 na Słowacji, pochodzi od nazwiska polityka, Vladimira Meciara, przywódcy słowackiego Ruchu na Rzecz Demokracji. Potrafił on dostosować swoją retorykę do nastrojów społecznych, wykorzystując nasilający się wówczas nacjonalizm społeczeństwa słowackiego. Vladimir Meciar atakował mniejszość czeską i węgierską, a także Romów. W walce politycznej jako szef rządu posługiwał się służbami specjalnymi, ograniczał działanie opozycji i łamał wolność słowa.

Marcin Jastrzębski w pracy ***Wolność zgromadzeń w Polsce. Zmiany legislacyjne i praktyka ich stosowania w świetle orzecznictwa sądów krajowych i międzynarodowych*** wskazuje na wolność zgromadzeń, jako jedną z podstawowych swobód politycznych. Ma ona istotne znaczenie nie tylko dla jednostki zamierzającej manifestować swoje poglądy, ale również dla grup ludzi, czy organizacji. Podstawowym obowiązkiem państwa w tym zakresie jest powstrzymywanie się od ingerencji w legalne, pokojowe zgromadzenie. Wolność zrzeszania się oraz zgromadzeń nie ma charakteru absolutnego, dlatego też jeżeli działalność organizatorów zgromadzenia (demonstracji) zagraża bezpieczeństwu publicznemu lub prawom i wolnościom innych osób, to organy państwa nie są pozbawione możliwości ingerencji, podkreśla autor.

Wizja państwa i jednostki w projekcie konstytucji Prawa i Sprawiedliwości, to tytuł artykułu **Teresy Astramowicz-Leyk**. Autorka przypomina genezę partii, która powstała w 2001 r. na bazie poparcia dla Lecha Kaczyńskiego, wówczas ministra sprawiedliwości. Charakteryzując projektu konstytucji PiS wskazuje, że według niego państwo powinno opierać się na wartościach chrześcijańskich i narodowych. W preambule brak propozycji odwołania się przez osoby niewierzące, czy wyznawców pozostałych religii do innych wartości (własnego sumienia). Autorzy projektu postulują wzmocnienie pozycji Prezydenta RP, który m.in.. miałby prawo odmówienia powołania Prezesa RM lub ministra w przypadku istnienia uzasadnionego podejrzenia, że nie będzie on przestrzegać prawa, bądź jeżeli przeciwko przemawiają ważne względy państwa. Projekt zakłada również zmniejszenie liczby posłów do 360 oraz senatorów do 30. Szczególną rolę w projekcie konstytucji, jak podkreśla autorka, zajmuje kwestia lustracji i dekomunizacji. W drodze ustawy można byłoby zakazać pełnienia funkcji publicznych lub wykonywania zawodu zaufania publicznego przez pracowników i współpracowników aparatu represji z lat 1944-1989. Nową instytucją konsty-

tucyjną miałaby się stać Komisja Prawdy i Sprawiedliwości, która zajmowałaby się badaniem działań podejmowanych w interesie prywatnym lub grupowym, przy wykorzystywaniu funkcji publicznych, czy wpływu na instytucje publiczne.

Katarzyna Grzelak w publikacji ***Kilka uwag o sytuacji wyznawców prawosławia na Podlasiu*** zwraca uwagę na lokalny wymiar wolności myśli, sumienia i religii. Podlasie, jak wskazuje autorka, to strefa pogranicza religijnego, językowego i kulturowego. Na zróżnicowanie etniczno-religijne tego terenu wpływ miały zmiany tożsamości politycznej. Bardzo ważnym czynnikiem konfliktogennym w regionie jest zróżnicowany poziom ekonomiczny życia mieszkańców, zwłaszcza gdy pokrywa się z różnicami społeczno-kulturowymi. Konflikty dotyczą cmentarzy, dni wolnych od pracy, czy emisji programów radiowych i telewizyjnych. Autorka wskazuje również na wrogi stosunek katolików do prawosławnych. Konkludując stwierdza, że problem mniejszości jest rozwiązywany poprzez konieczność dostosowania się tejże mniejszości do woli większości. Nie jest to jednak metoda rozładowywania napięć społecznych, a ukrywania czy uśpienia antagonizmów, na co jednak nie zwraca się uwagi w artykule. Końcowe zdanie brzmi: „Osoby te wyzbywając się własnej tożsamości, historii, czy religii, pozbawiają się często poczucia własnej wartości" (s. 232). Wydaje się, iż teza ta, aczkolwiek mocna, nie do końca jest słuszna. Brak manifestowania swojej przynależności religijnej, etnicznej, czy historycznej nie pozbawia człowieka jego wartości, nie prowadzi także automatycznie do utraty poczucia wartości.

Autorem ostatniego artykułu ***Z dziejów walki o wolność sumienia i swobodę wypowiedzi w Nowej Anglii*** jest redaktor naukowy monografii. W przeprowadzonej analizie historycznej **Wiesław Wacławczyk** podkreśla, że wolność słowa często okazuje się pochodną wolności sumienia, ze względu na przywiązywanie dużej wagi do możliwości uzewnętrzniania uczuć religijnych. Można jednak przyjąć, jak przekonuje autor, że wolność sumienia, wolność myśli i wolność słowa stanowią jedno, szeroko rozumiane prawo, które nosi miano swobody wypowiedzi; jej elementem jest również wolność zgromadzeń i wolność zrzeszania się.

Reasumując: omawiana książka sygnalizuje problemy związane z ochroną praw człowieka, zarówno w aspekcie międzynarodowym, jak i krajowym. Stanowi ona ciekawą pozycję w literaturze przedmiotu i ważny element w walce o prawa człowieka. Jest interesujacym głosem w dyskusji na temat sprawności funkcjonowania systemu ochrony praw człowieka na świecie.

Mirosław Karpiuk

Magdalena Rzemieniewska

Sprawozdanie z konferencji naukowej „Jakość funkcjonowania władzy publicznej" zorganizowanej przez Zakład Prawa Wszechnicy Polskiej Szkoły Wyższej TWP w dniu 11 czerwca 2010 r.

Otwierając konferencję prof. Andrzej Kojder, kierownik Zakładu Prawa Uczelni, podkreślił, że jakość funkcjonowania władzy publicznej, stanowiąc często przedmiot debaty społecznej, podlega negatywnej ocenie obywateli, których bezpośrednio dotyczą decyzje podejmowane przez konkretne instytucje. Niska ocena znajduje swoje odzwierciedlenie w małej aktywności społecznej, niewielkim zaangażowaniu społeczności lokalnych, braku zainteresowania dobrem publicznym. Dlatego też refleksja nad przyczynami istniejącego stanu rzeczy, oraz próba określenia środków zaradczych, zarówno o charakterze ustawodawczym, jak i instytucjonalnym, stanowić może krok na drodze do sanacji władzy publicznej, a tym samym zbliżenia się do ideału demokratycznego państwa prawa.

Oczekiwania społeczne dotyczące jakości polskiego prawa i jego stosowania stanowiły przedmiot zasadniczego referatu **prof. Andrzeja Kojdera**, zatytułowanego ***Władza publiczna w opinii publicznej.*** Autor mówił o nadziejach Polaków związanych z akcesją do Unii Europejskiej. Poprawy polskiego prawa po akcesji oczekiwało trzy piąte Polaków, w żadne zmiany nie wierzyła co piąta osoba, a pogorszenie się rodzimego prawa przewidywała niemal co dziesiąta. Jak podkreślił prelegent, przeświadczenie o korzystnym wpływie na polskie prawo członkostwa w Unii Europejskiej determinowało inne opinie na temat zagadnień prawnych dotyczących akcesji. Osoby przekonane, że członkostwo Polski w Unii Europejskiej przyczyniać się będzie do poprawy stanu prawa w Polsce uważały przede wszystkim, że zwiększy się przestrzeganie prawa przez obywateli, zaś policja, prokuratura i sądy będą sprawniej funkcjonowały.

O ile z akcesją do Unii Europejskiej Polacy wiązali duże nadzieje na pozytywne zmiany w dziedzinie prawa, o tyle w sferze polityki wewnętrznej nie oczekiwali istotniejszej poprawy sytuacji. W społecznej świadomości nadal bowiem dominuje przeświadczenie o niskiej jakości polityki, o niewiarygodności i nieuczciwości polityków, o złej jakości tworzonego prawa, o niewydolności sądów oraz o niewielkim prestiżu zawodów prawniczych. Oczekiwania poprawy stanu bezpieczeństwa publicznego i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości okazały się jednakże zawiedzionymi nadziejami. Autor zwrócił uwagę na osobliwe zjawisko. Przeważającej w społeczeństwie polskim negatywnej ocenie wpływu członkostwa Polski w Unii Europejskiej na bezpieczeństwo publiczne i wymiar sprawiedliwości, towarzyszy zdecydowanie pozytywny stosunek do członkostwa w UE w ogóle. Zdaniem A. Kojdera tłumaczyć to należy szczególną mentalnością przeważającej części Polaków, a zwłaszcza istnieniem **anomii normatywności**,

która wyraża się w szczególnym rozchwianiu, niezborności, chaosie przeżywanych i formułowanych przez ludzi opinii, poglądów, ocen i wartości.

Prawidłowe funkcjonowanie państwa stanowi wypadkową właściwych regulacji prawnych, odpowiedniej struktury instytucji publicznych oraz działania osób piastujących funkcje publiczne, czy zajmujących stanowiska w aparacie pomocniczym. Wszystkie wymienione elementy powinny spełniać standardy demokratycznego państwa prawnego. Refleksja nad oczekiwaniami społecznymi dotyczącymi funkcjonowania państwa oraz warunkami, jakie powinno ono spełniać, aby zadośćuczynić żądaniom obywateli stanowiła przedmiot referatu ***Państwo sprawne, skuteczne i przyjazne obywatelom***, przedstawionego przez **dr. Mirosława Karpiuka**. Autor podkreślił, że do koniecznych przymiotów władzy publicznej, więc także osób które ją reprezentują, należy zaliczyć w szczególności rzetelność, zawodowość, bezstronność, skuteczność, celowość, czy życzliwość, które to cechy odpowiadają szeroko pojętej służbie publicznej. Zdaniem M. Karpiuka państwo sprawne, skuteczne i przyjazne obywatelom to państwo, które jednocześnie wychodząc naprzeciw potrzebom społecznym potrafi realizować potrzeby jednostkowe oraz zapewniać korzystanie z praw i wolności obywatelskich, a czyni to w sposób efektywny. Sprawne państwo to przede wszystkim sprawna i skuteczna administracja publiczna, która coraz częściej konfrontowana jest z rosnącymi oczekiwaniami i wymaganiami społecznymi obywateli w zakresie zaspokajania ich potrzeb. Patologiczne zjawiska w funkcjonowaniu władzy publicznej: korupcja, nepotyzm, czy po prostu braku profesjonalizmu, obniżają sprawność i skuteczność państwa. Ocena działań państwa w przedmiocie organizowania życia publicznego stanowi przedmiot kontroli, regularnie przeprowadzanych przez Najwyższą Izbę Kontroli. M. Karpiuk przedstawił wyniki i wnioski płynące z kolejnych badań NIK, w których w pierwszym rzędzie uwzględniono działania organów państwa w przedmiocie organizowania życia publicznego, co dotyczy m.in. przestrzegania praw obywateli oraz tworzenia warunków do zaspokajania ich potrzeb.

Dr Zbigniew Dąbek, w referacie ***Upadłość konsumencka. Polskie regulacje prawne***, dokonał próby oceny zmian ustawowych wprowadzających upadłość konsumencką do prawa polskiego. Autor w swoim wystąpieniu konfrontował wielkie zainteresowanie pracami legislacyjnymi oraz oczekiwania społeczne z zawodem, jaki spotkał osoby będące dłużnikami i niemające możliwości spłaty swoich zobowiązań. Zbyt restrykcyjne – zdaniem prelegenta – rozwiązania prawne spowodowały, że niewiele osób decyduje się na skorzystanie z nich. Obawy potencjalnych beneficjentów nowych regulacji prawnych wprowadzonych ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze oraz o zmianie ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U., nr 234, poz. 1572) dotyczą długiego procesu oddłużania, w trakcie którego tracą cały swój majątek wraz z mieszkaniem, aby następnie przez 5 do 7 lat spłacać długi nie mając pewności, że pozostała część ich zadłużenia zostanie

umorzona. Także dostępność procedury oddłużeniowej, która miała być zapewniona gwarancją niskich kosztów upadłości konsumenckiej, nie została zrealizowana zgodnie z oczekiwaniami. Co prawda wpis sądowy ustalono na niewysoką kwotę 200 zł, ale rzeczywiste koszty kształtują się w przedziale 15-20 tysięcy zł. W rezultacie, zdaniem prelegenta, w praktyce na wniosek o ogłoszenie upadłości mogą pozwolić sobie jedynie zamożni niewypłacalni dłużnicy, co samo w sobie wydaje się zaprzeczeniem podstawowej idei upadłości konsumenckiej. A zatem, w opinii Z. Dąbka, ocena rezultatów funkcjonowania władzy publicznej – w tym przypadku ustawodawczej – w zakresie pomocy konsumentom-dłużnikom, pragnącym uregulować swoją sytuację finansową, jest negatywna.

Wśród wielu zadań nałożonych przez Konstytucję RP na władze publiczne ważne miejsce zajmuje ochrona praw dziecka, zwłaszcza gdy jest ono pozbawione prawidłowo funkcjonującego środowiska rodzinnego. **Dr Magdalena Rzemieniewska** w referacie ***Realizacja konstytucyjnego obowiązku władz publicznych pomocy dziecku pozbawionemu opieki rodzicielskiej*** dokonała próby oceny funkcjonowania systemu opieki zastępczej, a zwłaszcza realizacji zadań w zakresie pomocy społecznej przez administrację samorządową powiatów. Powiaty bowiem stały się – w wyniku wprowadzonych kilka lat temu zmian w systemie opieki zastępczej, będących konsekwencją nowego podziału terytorialnego państwa – podstawowymi podmiotami wykonującymi zadania publiczne w ramach opieki nad dzieckiem i rodziną. Zdaniem M. Rzemieniewskiej rezultaty wprowadzonych zmian należy ocenić negatywnie. Potwierdzają to wyniki badań przeprowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli oraz organizacje pozarządowe. Zgłaszane od wielu lat postulaty wprowadzenia nowych regulacji prawnych promujących rodzinne formy opieki nad dzieckiem oraz działania profilaktyczne i wspierające rodzinę już w chwili wystąpienia pierwszych oznak jej dysfunkcjonalności, zostały w pewnym zakresie uwzględnione w rządowym projekcie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nad dzieckiem z dnia 29 stycznia 2010 r. Prelegentka przedstawiła proponowane rozwiązania prawne oraz istniejące – jej zdaniem – obawy co do ich realizacji. Rzecz dotyczy przede wszystkim kwestii finansowych, które w obliczu obecnych trudności budżetowych państwa stanowić będą przeszkodę trudną do pokonania.

Weryfikacja jakości funkcjonowania władzy publicznej zwłaszcza w sferze praw człowieka dokonywana jest w drodze orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, oceniającego w jakim zakresie władze publiczne wywiązują się z zobowiązań przyjętych w drodze ratyfikacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Obywatele polscy coraz śmielej korzystają z dostępnych środków prawnych, a przede wszystkim z możliwości wniesienia skargi do Trybunału na działania władz publicznych naruszających ich podstawowe prawa. Jednym z nich jest prawo do prywatności oraz stanowiące jego element prawo do poszanowania korespondencji. Ocena zakresu ingerencji państwa w tajemnice korespondencji dokonana przez Trybunał Praw Człowieka stanowiła przedmiot refe-

ratu ***Ingerencja organów państwa w prawo do poszanowania korespondencji w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka***, wygłoszonego przez **Filipa Radoniewicza**[1]. Autor wskazał na liczne orzeczenia dotyczące podsłuchu i monitoringu połączeń telekomunikacyjnych. Sprawy, które przychodzi rozstrzygać Trybunałowi są konsekwencją rozwoju techniki, który wymusił rozszerzenie pojęcia korespondencji na nowe formy komunikacji międzyludzkiej oraz dał organom państwa do ręki wiele wyrafinowanych narzędzi, służących do prowadzenia inwigilacji. Mamy do czynienia z dwiema przeciwstawnymi tendencjami: stopniowe wzmacnianie ochrony prawa do prywatności obywateli, przejawiające się w zapewnieniu odpowiednich gwarancji jego poszanowania, a jednocześnie zwiększona ingerencja państwa w życie obywateli, będąca skutkiem wzrostu zagrożenia terroryzmem i przestępczością zorganizowaną. F. Radoniewicz podkreślił odwieczną kolizję dobra jednostki z dobrem społeczeństwa, w tym wypadku przybierającą postać konfliktu między koniecznością zagwarantowania jednostkom prawa do prywatności z jednej strony oraz zapewnieniem bezpieczeństwa społeczeństwu – z drugiej.

Niezwykle delikatna kwestia nadzoru organu władzy wykonawczej nad jednym z samorządów zawodowych, korzystających z konstytucyjnej ochrony niezależności, stanowiła przedmiot referatu ***Zakres i formy nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad samorządem radców prawnych*** **dr. Marcina Mazuryka**. Autor podkreślił, że samorządy zawodów zaufania publicznego, a do takich zalicza się samorząd radców prawnych, należy postrzegać jako najwyższą formę organizacji wykonywania zawodu oraz jednocześnie – jako formę decentralizacji administracji publicznej. Powinny zatem podlegać nadzorowi państwowemu co do legalności działania. Nadzór Ministra Sprawiedliwości nad samorządem radców prawnych polega głównie na uzyskiwaniu informacji, wglądu do dokumentacji oraz wnoszeniu środków o charakterze odwoławczym, inicjującym czy wetującym. M. Mazuryk zwrócił uwagę, że ze względu na specyficzne zadania publiczne przekazane do realizacji samorządowi radców prawnych, zakres nadzoru Ministra Sprawiedliwości przyjmuje także inne formy aniżeli formalnoprawne rozstrzygnięcia nadzorcze na drodze administracyjnej. Są to działania o charakterze organizacyjno-władczym, które w pewnym zakresie prowadzą do ograniczenia niezależności samorządu. W podsumowaniu autor ocenił obecny system nadzoru jako skuteczny i wystarczający, aczkolwiek mogący budzić zastrzeżenia co do terminowości i ekonomiki podejmowanych rozstrzygnięć.

Problematyka nadzoru władzy wykonawczej nad podmiotami, których niezależność chroniona jest konstytucyjnie, stanowiła także przedmiot rozważań **dr. Wojciecha Drobnego** w referacie zatytułowanym ***Nadzór organów administracji rządowej nad działalnością samorządu terytorialnego.*** Prelegent zwrócił uwagę na znaczenie standardów wykonywania zadań publicznych przez

[1] Współautorem referatu jest Marzena Myślińska.

urzędników państwowych w bezpośrednich kontaktach z obywatelami dla oceny całokształtu funkcjonowania administracji publicznej. W. Drobny podkreślił, że nadzór organów administracji rządowej nad działalnością jednostek samorządu terytorialnego dotyczy newralgicznego aspektu styku kompetencji organów administracji rządowej i samorządowej. Władze publiczne powinny przywiązywać szczególną wagę do zagwarantowania prawidłowości wykonywania kompetencji nadzorczych przez organy administracji rządowej, przy jednoczesnym zapewnieniu pełnej ochrony samodzielności jednostek samorządu terytorialnego. Dlatego też niezwykle istotna jest możliwość sądowej ochrony samodzielności jednostek samorządu terytorialnego, a w szczególności kontroli aktów nadzoru nad tymi jednostkami. Autor zwrócił uwagę na pewien brak konsekwencji ustawodawcy w tworzeniu systemu sądowej kontroli aktów nadzoru, czego wyrazem jest odmienna terminologia stosowana w aktach prawnych regulujących powyższe zagadnienia.

W dyskusji uczestnicy konferencji zastanawiali się nad przyczynami niskiej jakości funkcjonowania władzy publicznej w Polsce i jej skutkami dla życia społecznego i politycznego. Podnoszono problem niewłaściwej realizacji obowiązków ustawowych przez instytucje publiczne oraz niską kulturę prawną społeczeństwa polskiego. Dyskutanci odwoływali się do doświadczeń państw europejskich oraz wniosków płynących z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Magdalena Rzemieniewska

WSZECHNICA POLSKA

SZKOŁA WYŻSZA
TOWARZYSTWA WIEDZY POWSZECHNEJ W WARSZAWIE

Dział Rekrutacji
Pałac Kultury i Nauki
X piętro, pokój 1044 A
tel.: 22 656 62 56
fax: 22 827 76 71
rekrutacja@wszechnicapolska.edu.pl

www.wszechnicapolska.edu.pl