
ADMINISTRACJA
TEORIA ♦ DYDAKTYKA ♦ PRAKTYKA

Nr 4 (37)

KWARTALNIK

2014

RADA NAUKOWA

Zygmunt Niewiadomski – przewodniczący,
Małgorzata Stahl – zastępca przewodniczącego,
Adam Błaś, Bogdan Dolnicki, Roman Hauser, Iwan Hrycenko,
Wiktor Kolisnyk, Eugeniusz Ochendowski, Jerzy Posłuszny, Petro Steciuk,
Jan Szreniawski, Jan Paweł Tarno, Marek Wierzbowski

REDAKCJA

Ludwik Żukowski – redaktor naczelny
Robert Sawuła – zastępca redaktora naczelnego
Maciej Kobak – sekretarz

SIEDZIBA REDAKCJI

Wyższa Szkoła Prawa i Administracji Rzeszów–Przemysł
Zamiejscowy Wydział Prawa i Administracji w Rzeszowie
35-310 Rzeszów, ul. Cegielniana 14
www.wspia.eu
czasopismo.administracja@wspia.eu

Prenumerata

Instytucje i osoby zainteresowane prenumeratą lub zakupem pojedynczych egzemplarzy proszone są o: pobranie druku zamówienia prenumeraty ze strony www.wspia.eu oraz przesłanie wypełnionego zamówienia faksem pod numer (17) 8670499, pocztą na adres:
Biblioteka Uczelniana Wyższej Szkoły Prawa i Administracji, 35-310 Rzeszów,
ul. Cegielniana 14 lub e-mail: biblioteka@wspia.eu

Czasopismo znajduje się w wykazie czasopism punktowanych przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego na potrzeby oceny parametrycznej jednostek naukowych (5 punktów)
Wskaźnik Index Coprenicus Value (4.78 punktów)

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Sposób cytowania: Administracja TDP

Tłumaczenie angielskie: Anita Krok

Skład i łamanie: Marta i Sławomir Szost

TREŚĆ ZESZYTU (37) 4/2014
„ADMINISTRACJA. TEORIA – DYDAKTYKA – PRAKTYKA”

STUDIA I ARTYKUŁY

<i>dr hab. Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, prof. Wyższej Szkoły Prawa i Administracji Rzeszów-Przemyśl</i>	
Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego a adaptacja osób opuszczających jednostki penitencjarne	5
<i>dr Beata Bury, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji Rzeszów-Przemyśl, sędzia Sądu Rejonowego w Rzeszowie</i>	
Świadczenie pracy na podstawie aktu wyboru w organach wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego	34
<i>dr Sylwia Łakoma, Uniwersytet Łódzki</i>	
Rodziny zastępcze – problematyka administracyjnoprawna (cz. 1)....	51
<i>dr Barbara Skoczyńska-Prokopowicz, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji Rzeszów-Przemyśl</i>	
Dom Pomocy Społecznej „LEŚNIÓWKA” w Turzy, jako wzorcowa placówka realizująca założenia polityki społecznej wobec osób starszych	74
<i>Malte Moewes, M.A. in Economics, Bremen University of Applied Sciences, Manager and Board of Centre of Public Management (zep)</i>	
Nachhaltige Rekommunalisierung öffentlicher Aufgaben mit Bürgerbeteiligung (Rekomunalizacja zadań sektora publicznego z udziałem obywateli)	93
<i>dr Yaroslav Bereskyi, dr Oksana Kaluzhna, Narodowy Uniwersytet im. I. Franka we Lwowie, dr Ivanna Luchakivska Państwowy Uniwersytet Pedagogiczny im. I. Franka w Drohobyczu</i>	
Criminalistics in law enforcement: possibilities, nowadays realities and problems.....	110
<i>dr Jakub Polanowski, asystent sędziego w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Lublinie</i>	
Zmiana paradygmatu przesłanek zwrotu wywłaszczonych nieruchomości w orzecznictwie sądowym	123

*mgr Beata Augustyńska, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji
Rzeszów-Przemyśl*

**Kilka uwag o rygorze natychmiastowej wykonalności decyzji
(na przykładzie Kodeksu postępowania administracyjnego
i Ordynacji podatkowej)148**

*mgr Łukasz Tyzo, Doktorant, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej
w Lublinie*

**Administracja układem nerwowym (unerwieniem) państwa
i społeczeństwa185**

GLOSY

**Glosa do postanowienia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego
w Szczecinie z 23 lutego 2012 r., sygn. akt II SAB/Sz 8/12,
publ. LEX nr 1118489**

dr Mariusz Kotulski, Uniwersytet Jagielloński197

Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego a adaptacja osób opuszczających jednostki penitencjarne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.¹ stanowi, że Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju (art. 5). W innym przepisie czytamy, że Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej służą ochronie niepodległości państwa i niepodzielności jego terytorium oraz zapewnienia bezpieczeństwa i nienaruszalności jego granic (art. 26 ust. 1). Z kolei art. 31 ust. 3 Ustawy zasadniczej zastrzega, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Do tego rozwiązania nawiązuje też art. 45 ust. 2, który stanowi, że wyłączenie jawności rozprawy może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny, przy czym wyrok ogłaszany jest publicznie, jak również art. 53 ust. 5, zgodnie z którym wolność uzewnętrzniania religii może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wte-

¹ Dz. U. 1997, nr 78, poz. 483 z późn. zm.

dy, gdy jest to konieczne dla ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób oraz art. 61 ust. 3, który umożliwia ograniczenie dostępu do informacji publicznej m.in. ze względu na ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Określając kompetencje poszczególnych organów władzy Konstytucja także odnosi się do kwestii bezpieczeństwa i porządku publicznego. Z art. 126 ust. 2 wynika, że Prezydent Rzeczypospolitej czuwa nad przestrzeganiem Konstytucji, stoi na straży suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności jego terytorium. Organem doradczym Prezydenta Rzeczypospolitej w zakresie wewnętrznego i zewnętrznego bezpieczeństwa państwa jest Rada Bezpieczeństwa Narodowego (art. 135). Zapewnienie bezpieczeństwa wewnętrznego państwa oraz porządku publicznego należy do Rady Ministrów (art. 146 ust. 4).

Zagrożenie bezpieczeństwa – zewnętrznego lub wewnętrznego – może być podstawą do wprowadzenia odpowiedniego stanu nadzwyczajnego (art. 229–232 Konstytucji). Wprawdzie ustrojodawca w odniesieniu do stanów nadzwyczajnych nie posłużył się pojęciem bezpieczeństwa lub porządku publicznego, ale nie ulega wątpliwości, o jaki charakter zagrożenia, tj. dla jakiego dobra, chodzi w poszczególnych przepisach.

Z powyższego zestawienia wynika, że w Konstytucji wielokrotnie posłużono się pojęciem „bezpieczeństwa” lub „porządku publicznego”, używając tych sformułowań w różnych kontekstach, przy czym najdobitniej rolę i znaczenie bezpieczeństwa oddaje art. 5, zobowiązując państwo do jego zapewnienia obywatelom. Przepis ten określa funkcje państwa, czyli zasadnicze kierunki i cele jego działalności². Stąd też wniosek, że zapewnienia bezpieczeństwa jednostce należy do podstawowych i najważniejszych obowiązków państwa. Bezpieczeństwo obywateli jest wartością, która podlega ochronie prawnej. Wyraźnie wynika to ze sformu-

² W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze 1999, s. 14.

łowania, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia...”. Kierując się wykładnią językową zwrócić należy uwagę, że w sformułowanie „zapewnia” oznacza zagwarantowanie czegoś, sprawienie, że się stanie coś korzystnego. W tym kontekście w języku potocznym rozumie się „zapewnienie bezpieczeństwa”³. Podzielić należy więc pogląd, że bezpieczeństwo jest nierozzerwalnie związane z zadaniami publicznymi państwa⁴. Ma on pełne umocowanie w Konstytucji, gdyż wyraźnie w niej wskazano, kto i w jakim zakresie jest odpowiedzialny za ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego (art. 126 ust. 2; art. 146 ust. 4). Wartością jest też „bezpieczeństwo państwa”, o którym mowa m.in. w art. 31 ust. 3 Konstytucji, na co zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie⁵. Zapewnienie bezpieczeństwa niewątpliwie leży w interesie społecznym (publicznym) i przez ten pryzmat należy oceniać działania podejmowane przez państwo⁶.

Państwo musi nie tylko reagować na przypadki, gdy bezpieczeństwo zostało już naruszone, ale przede wszystkim eliminować zagrożenia dla tej wartości. Jak słusznie podkreślił B. Banaszak⁷, pojęcie „bezpieczeństwa obywateli” tradycyjnie jest pojmowane, jako działalność władz publicznych przeciwdziałającą zagrożeniom porządku publicznego, życia, zdrowia i mienia obywateli oraz powstrzymującą i odpierającą wszelkie działania godzące w te dobra, zarówno pochodzące z zewnątrz, spoza granic RP, jak

³ *Słownik Języka Polskiego*, red. M. Szymczak, Warszawa 1984, t. III, s. 941.

⁴ A. Błaś, *Europejskie standardy władzy dyskrecjonalnej administracji publicznej a problem praw człowieka i obywatela*, „Administracja. Teoria-Dydaktyka-Praktyka” 2005, nr 1, s. 8.

⁵ Zob. m.in. wyrok TK z 3 czerwca 2014 r., K 19/11, OTK A 2014, nr 6, poz. 60; wyrok TK z 20 maja 2014 r., SK 13/13, OTK A 2014, nr 5, poz. 54; wyrok TK z 18 marca 2014 r., SK 53/12, OTK A 2014, nr 3, poz. 32; wyrok TK z 27 lutego 2014 r., P 31/13, OTK A 2014, nr 2, poz. 16; wyrok TK z 26 lutego 2014 r., K 22/10, OTK A 2014, nr 2, poz. 13.

⁶ Zob. m.in. wyrok TK z 8 kwietnia 2014 r., SK 22/11, OTK A 2014, nr 4, poz. 37; wyrok NSA z 17 kwietnia 2014 r., II OSK 2819/12, LEX nr 148913.

⁷ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 52–53.

i wewnątrz kraju. To z kolei powoduje, że mogą zaistnieć sytuacje, w których obowiązek ochrony bezpieczeństwa obywateli (lub porządku publicznego) oznaczał będzie konieczność wkroczenia w sferę konstytucyjnie chronionych wolności i praw jednostki. Takiego przypadku dotyczy art. 31 ust. 3 Konstytucji⁸. Z powyższego można wysnuć wniosek, że wolności i prawa jednostki nie mają w każdym przypadku charakteru bezwzględnego, zaś względna na ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego może uzasadniać ich ograniczenie. Rozwiązanie to koresponduje z treścią art. 5 Konstytucji, albowiem termin „bezpieczeństwo” użyty w art. 31 ust. 3 nie ma w istocie innego znaczenia niż „bezpieczeństwo obywateli” występujące w art. 5⁹. Ingerencja nie może mieć jednak charakteru arbitralnego, zaś ustawodawca ma obowiązek wyboru najmniej dolegliwego środka¹⁰.

Jak trafnie wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 stycznia 1999 r., P. 2/98¹¹, przesłanka ochrony porządku publicznego mieści w sobie niewątpliwie postulat takiego ukształtowania stanu faktycznego wewnątrz państwa, który umożliwi normalne współżycie jednostek w organizacji państwowej, a ustawodawca dokonując ograniczenia konkretnego prawa lub wolności kieruje się w tym przypadku troską o należyte, harmonijne współżycie członków społeczeństwa, co obejmuje zarówno ochronę interesów poszczególnych osób, jak i określonych dóbr

⁸ Zob. M. Zdyb, J. Stelmasiak, J. Szreniawski, *Zasada proporcjonalności w świetle Konstytucji RP* [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania*, Toruń 2005, s. 475.

⁹ B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 177.

¹⁰ Zob. m.in. orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995 r., cz. I, poz. 12; wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., P 2/98, OTK ZU 1999, nr 1, poz. 2; wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 3; wyrok TK z 11 kwietnia 2000 r., K 15/98, OTK ZU 2000, nr 3, poz. 86; wyrok TK z 28 czerwca 2000 r., K 34/99, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 142; wyrok TK z 20 października 2010 r., P 37/09, OTK A 2010, nr 9, poz. 79; wyrok TK z 24 marca 2003 r., P 14/01, OTK A 2003, nr 3, poz. 22; wyrok TK z 11 kwietnia 2006 r., SK 57/04, OTK A 2006, nr 4, poz. 43; wyrok TK z 6 marca 2007 r., SK 54/06, OTK A 2007, nr 3, poz. 23.

¹¹ Publ. OTK ZU 1999, nr 1, poz. 2.

społecznych. O ile „bezpieczeństwo obywateli” to zarówno pewien pozytywny stan oraz wartość, której powinny być podporządkowane działania organów władzy publicznej, o tyle „porządek publiczny” zawsze oznacza pewien stan stosunków społecznych, zapewniający niezakłócone funkcjonowanie państwa i społeczeństwa oraz ochronę interesów jednostek¹².

W świetle powyższych uwag należy zastanowić się nad możliwością ingerencji państwa w funkcjonowanie w społeczeństwie osób skazanych, które odbyły orzeczoną wobec nich karę pozbawienia wolności ze względu na upływ czasu na jaki została orzeczona i w konsekwencji opuściły zakład karny. Dotyczy to także osób, w odniesieniu do których podjęto decyzję o warunkowym przedterminowym zwolnieniu oraz tych wobec których prezydent skorzystał z prawa łaski, jak też i tych które zostały objęte aktem amnestii. Pojawia się pytanie, jakie są granice ochrony „bezpieczeństwa i „porządku publicznego” przed ewentualnym ponownym popełnieniem przestępstwa przez taką osobę? Nie ulega przy tym wątpliwości, że państwo ma obowiązek chronić społeczeństwo przed powrotem skazanego na drogę przestępstwa, mieści się to bowiem w zakresie obowiązków wynikających z art. 5 Konstytucji.

W odniesieniu do pierwszego ze wskazanych przypadków podkreślić należy, że zgodnie z art. 67 § 1 kodeksu karnego wykonawczego (dalej k.k.w.)¹³, wykonywanie kary pozbawienia wolności ma na celu wzbudzenie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanых postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa. „Wzbudzenie w skazanym woli...” oznacza w istocie zespół działań podejmowanych wobec skazanego, których celem jest osiągnięcie określonego stanu, m.in. zmierzających do doprowadzenia, aby przestrzegał on porządku prawnego, tj.

¹² K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 188–189.

¹³ Dz. U. 1997, nr 90, poz. 557 z późn. zm.

ogółu nakazów i zakazów wynikających z przepisów prawa karnego *sensu largo*, a także prawa administracyjnego, cywilnego, rodzinnego, prawa pracy i innych gałęzi prawa¹⁴. Warto jednak podkreślić, że art. 67 § 1 k.k.w. nie stanowi o resocjalizacji, jako celu wykonywania kary pozbawienia wolności, na co słusznie zwrócił uwagę S. Lelental¹⁵. W konsekwencji, wskazany przepis odnosi się do procesu związanego z oddziaływaniem na skazanego, a nie do zakończonego efektu takiego oddziaływania¹⁶, tj. stadium wykonania kary ma za zadanie zrealizowanie celu kary¹⁷, ale ostateczny wynik działań resocjalizacyjnych zależy od różnych czynników, w tym przede wszystkim postawy samego skazanego. O stopniu realizacji celu kary w czasie odbywania przez skazanego kary pozbawienia wolności można jedynie mówić w kategoriach probabilistycznych, tj. prognozie zachowania się skazanego po zwolnieniu go z zakładu karnego¹⁸. Tym samym nie istnieje ustawowe domniemanie, że osoba, która odbyła karę pozbawienia wolności zrealizowała założenia resocjalizacyjne i po opuszczeniu zakładu karnego będzie przestrzegać porządku prawnego. Zakończenie odbywania kary pozbawienia wolności oznacza jedynie, że wykonany został wyrok skazujący, w którym zawarta była kara mająca na celu osiągnięcie celów zapobiegawczych i wychowawczych wobec skazanego (art. 53 § 1 kodeksu karnego, dalej k.k.¹⁹). Wzbudzenie w skazanym potrzeby przestrzegania porządku prawnego jest celem perspektywicznym, dalekosiężnym, który ma być zrealizowany po odbyciu kary²⁰, przy czym jego osiągnięcie możliwe jest tylko przy założeniu, że skazany nie tylko musi zro-

¹⁴ Z. Hołda, [w:] Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 2006, s. 306–307; zob. też: S. Strycharz, *Pojęcie porządku prawnego w kodeksie karnym*, „Nowe Prawo” 1970, nr 6, s. 851.

¹⁵ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 322.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, Zakamycze 2003, s. 201.

¹⁸ S. Lelental, *Kodeks...*, s. 322.

¹⁹ Dz. U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.

²⁰ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, t. 3 do art. 67.

zumieć i zaakceptować podejmowane wobec niego działania resocjalizacyjne, ale też musi mieć wolę poddania się im oraz wykonywania nałożonych na niego zadań. Chodzi o to, aby skazany zechciał się zmienić pozytywnie, by godził się na to. „Chęć” skazanego jest jednym z pozytywnych uwarunkowań procesu zmiany, naturalnie, o ile ta chęć nie jest motywowana pragmatycznie, a szczerze, autentycznie²¹. W konsekwencji możliwa jest sytuacja, że mimo podejmowanych licznych i wieloaspektowych działań resocjalizacyjnych cel nie zostanie osiągnięty, ale nie jest to podstawa do przedłużenia pobytu skazanego w warunkach izolacji. W obowiązującym stanie prawnym nie ma bowiem żadnej możliwości, aby w przypadku stwierdzenia braku postępów resocjalizacyjnych, czy też wręcz dużego prawdopodobieństwa ponownego popełnienia przestępstwa, wydłużyć czas, na jaki została orzeczona kara pozbawienia wolności. Istnieje wprawdzie możliwość skierowania w zakładzie zamkniętym na podstawie art. 95a k.k., ale po pierwsze takie umieszczenie może mieć miejsce pod odbyciu orzeczonej kary (ma więc charakter postpenalny), nie będąc w żadnej mierze jej przedłużeniem, a po drugie, decyzja w tym zakresie służyć ma prewencji, a nie resocjalizacji. Jak słusznie wskazał Z. Ćwiąkalski, umieszczenie w zakładzie zamkniętym ma służyć ochronie społeczeństwa przed grożącym ze strony danej osoby niebezpieczeństwem, zaś celem terapii, o której mowa we wskazanym przepisie, jest zapobieżenie ponownemu popełnieniu przestępstwa przeciwko wolności seksualnej²². Również ustawa z 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób²³ nie przewiduje możliwości przedłużenia odbywania orzeczonej kary pozbawienia wolności wobec skazanego, co do którego zachodzi obawa naruszenia porządku

²¹ *Ibidem* oraz cytowana tam literatura.

²² Z. Ćwiąkalski, [w:] G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, t. I, s. 1224–1225.

²³ Dz. U. 2014, poz. 24.

prawnego, w tym popełnienia przestępstwa. W konsekwencji, skazany co do którego nie udało się osiągnąć założeń resocjalizacyjnych, wskazanych w art. 67 § 1 k.k.w., po odbyciu kary, musi być zwolniony z zakładu karnego, także w sytuacji, gdy istnieje wysokie prawdopodobieństwo naruszenia przez niego porządku prawnego, w tym popełnienia przestępstwa.

Powyższe uwagi nie prowadzą jednak do wniosku, że państwo nie może interesować się zachowaniem skazanego po zwolnieniu z zakładu karnego. Odbycie kary nie oznacza bowiem, że nie istnieje z jego strony żadne niebezpieczeństwo. W obowiązującym stanie prawnym brak jest jednak generalnych rozwiązań, regulujących możliwy zakres ingerencji w wolności i prawa jednostki, która opuściła zakład karny po odbyciu kary pozbawienia wolności. Kodeks karny wykonawczy wyraźnie przewiduje jedynie, że w wypadku zwolnienia z zakładu karnego po odbyciu kary skazanego z zaburzeniami preferencji seksualnych odbywającego karę pozbawienia wolności za przestępstwo określone w art. 197–203 kodeksu karnego, popełnione w związku z tymi zaburzeniami, dyrektor zakładu powiadamia o tym jednostkę Policji, właściwą dla miejsca stałego pobytu skazanego (art. 168a § 3 k.k.w). Art. 168a § 3 k.k.w. stanowi powtórzenie regulacji zawartej w art. 166 § 2 k.k.w. Powyższe rozwiązanie odnosi się także do skazanego za przestępstwo popełnione w zorganizowanej grupie albo w związku mającym na celu popełnienie przestępstwa oraz skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności orzeczoną za przestępstwo umyślne w wymiarze nie niższym niż 3 lata (art. 168a § 4 k.k.w.). Z przywołanych przepisów nie wynika jednak wyraźnie, ani w jakim celu następuje powiadomienie jednostki Policji, ani też jakie czynności Policja może podjąć po otrzymaniu stosownej informacji. Uderzające jest jednak przede wszystkim to, że ustawodawca dokonał rozróżnienia skazanych, na tych, co do których „zawiadomienie” jednostki Policji o zwolnieniu skazanego nie następuje i na tych w odniesieniu do których powiadomienie jednostki Policji jest bezwzględnie obowiązkowe (co wynika ze sformułowania „zawiadamia”). Można się domyślać, że uchwalając

art. 168a § 3 i 4 oraz art. 166 § 2 k.k.w. ustawodawca wyraził wolę objęcia rodzajem policyjnej kontroli osób zwalnianych z zakładów karnych po odbyciu kary²⁴, wskazując kogo ma ona dotyczyć: skazanych z zaburzeniami preferencji seksualnych odbywających karę pozbawienia wolności za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z tymi zaburzeniami; skazanych za przestępstwa popełnione w zorganizowanej grupie przestępczej albo w związku mającym na celu popełnianie przestępstw oraz skazanego za przestępstwo umyślne na karę w wymierze nie niższym niż 3 lata. Przyjęte rozwiązanie dotyczy więc tylko niektórych skazanych²⁵.

W pierwszej kolejności należy w ogóle odpowiedzieć na pytanie, czy już samo przekazanie informacji o zwolnieniu skazanego jednostce Policji jest zgodne z Konstytucją? Osoba, która odbyła karę może bowiem korzystać z przysługujących jej wolności i praw, w tym prawa do prywatności. Uważam, że przekazanie informacji jednostce Policji o zwolnieniu skazanego nie pozostaje w sprzeczności z Konstytucją. Art. 31 ust. 3 Ustawy zasadniczej wyraźnie dopuszcza możliwość ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki ze względu na ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego. Wymagane jest, aby ograniczenie wynikało z ustawy i było wprowadzone w celu ochrony jednej z wartości wskazanych w tym przepisie, przy przestrzeganiu wymogu proporcjonalności, nie naruszając przy tym istoty wolności i praw²⁶. Informowanie o zwolnieniu skazanego jednostki Policji niewątpliwie służyć ma ochronie „bezpieczeństwa” i „porządku publicznego”, umożliwiając Policji realizację jej ustawowego obowiązku (art. 1 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji²⁷). W granicach swych zadań Policja wykonuje m.in.

²⁴ S. Lelental, *Kodeks...*, s. 689.

²⁵ J. Migdał, [w:] T. Szymanowski, J. Migdał, *Prawo karne wykonawcze i polityka penitencjarna*, Warszawa 2014, s. 413.

²⁶ W. Skrzydło, *Ustrój polityczny RP w świetle Konstytucji z 1997 r.*, Warszawa 2014, s. 88.

²⁷ Tekst jedn. Dz. U. 2014, poz. 1199 z późn. zm.

czynności w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń (art. 14 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji), a to wymaga m.in. uzyskania wiedzy o możliwych zagrożeniach, przekazanej przez inne organy państwa, celem właściwej reakcji. Względ na zapewnienie optymalnych możliwości ochrony „bezpieczeństwa” i „porządku publicznego” wymaga więc wymiany informacji między poszczególnymi organami, przy czym jest to minimalny warunek podjęcia działań mających na celu rozpoznanie i zapobiegnięcie przestępstwu. Brak bowiem informacji o przebywaniu na wolności osoby, która może taki czyn popełnić, skutkować może nie podjęciem działań prewencyjnych, zapobiegających naruszeniu porządku prawnego. Podkreślić należy, że to dyrektor zakładu karnego, a nie Policja, dysponuje najbardziej aktualną wiedzą na temat możliwych zagrożeń ze strony skazanego opuszczającego zakład karny, ten bowiem przebywając w warunkach izolacji podlegał nadzorowi ze Służby Więziennej i na tej podstawie możliwe jest poczynienie spostrzeżeń odnośnie do postępów resocjalizacji lub jej braku, a także tego, czy skazany może po zwolnieniu z zakładu karnego naruszyć porządek prawny. Dla zapewnienia „bezpieczeństwa” i „porządku publicznego” dyrektor zakładu karnego nie może zachować tej wiedzy dla siebie, lecz właśnie o oparciu o obserwację i ocenę zachowania skazanego w warunkach izolacji powinien informować Policję o możliwym niebezpieczeństwie z jego strony, jest to bowiem niezbędne do ochrony „bezpieczeństwa obywateli”, o którym mowa w art. 5 Konstytucji. To zaś oznacza, że ustawodawca może wprowadzić obowiązek informowania o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego i nie dochodzi tu do naruszenia Konstytucji, ale kłóci się z zasadą proporcjonalności przyjęcie rozwiązań automatycznych, zobowiązujących dyrektora zakładu karnego do mechanicznego informowania o zwolnieniu skazanego, należącego do jakiejś kategorii skazanych, stworzonej w oparciu o kryterium podmiotowe, przedmiotowe czy też podmiotowo-przedmiotowe. Proporcjonalność, która wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji obliguje, aby obowiązek powiadomienia Policji doty-

czył jedynie tych skazanych, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że po opuszczeniu zakładu karnego naruszą porządek prawny, należy więc odrzucić tutaj wszelki automatyzm działania. O ile więc sama instytucja „zawiadomienia” Policji o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego nie narusza Konstytucji, o tyle ustawodawca nie ma w tej materii pełnej dowolności i musi wskazać racje przemawiające za ingerencją w sferę konstytucyjnie chronionych wolności i praw jednostki, a więc sformułować kryteria, która taką ingerencję uzasadniać będą. W obecnym stanie prawnym wskazano jedno merytoryczne kryterium, związane z określonym stanem, którego konstytucyjność nie może być co do zasady zakwestionowana. W przypadku bowiem sprawców, którzy popełnili przestępstwo w związku zaburzeniami preferencji seksualnych względem na ochronę „bezpieczeństwa” i „porządku publicznego” uzasadnia przyjęcie, że po zwolnieniu z zakładu karnego osoby te powinny znaleźć się w kręgu zainteresowania Policji. Przemawia za tym fakt, że pod pojęciem „zaburzeń preferencji seksualnych” należy rozumieć utrwalone formy zachowań seksualnych, w których wystąpienie podniecenia seksualnego i pełnej satysfakcji seksualnej uzależnione jest od pojawienia się specyficznych obiektów (w tym osób), rytuałów czy sytuacji, niebędących normatywną stymulacją, które zapewniają osobie satysfakcję na poziomie psychicznym, ale wykluczają spełnienie biologicznej (prokreacja) lub społecznej (tworzenie więzi) funkcji zachowania seksualnego. Przykładami takich zaburzeń są: dewiacje, zboczenia płciowe, perwersje seksualne inne niż zaburzenia identyfikacji z płcią (np. pedofilia), a także długotrwałe, nawracające, silnie seksualnie podniecające fantazje, seksualne pobudki lub zachowania, które obejmują nietypowe obiekty, działania lub sytuacje (np. obiekty nieosobowe, cierpienie lub poniżenie, dzieci) i powodują klinicznie znaczącą przykrość lub pogorszenie w społecznej, zarobkowej lub w innych ważnych dziedzinach funkcjonowania²⁸. W przypadku skazanych za popełnienie przestępstwa w związku

²⁸ Z. L. Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000, s. 396 i n.

z zaburzeniami preferencji seksualnych, ze względu na „utrwalony charakter zachowań seksualnych”, ochrona „bezpieczeństwa obywateli” wymaga, żeby Policja dysponowała wiedzą o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego. Wprawdzie ustawodawca posłużył się tutaj wskazaniem określonej kategorii skazanych, ale są to skazani, którzy ze względu na wystąpienie owych zaburzeń mogą dopuścić się kolejnego czynu zabronionego. Wyznacznikiem nie jest więc sam fakt skazania, za przestępstwo popełnione na tle seksualnym, ale istniejące prawdopodobieństwo ponownego jego popełnienia, ze względu na występowanie „zaburzeń preferencji seksualnych”, przy czym w obecnym stanie prawnym wydaje się, że ustawodawca wprowadził w tym zakresie domniemanie, dyrektor zakładu karnego nie ma bowiem możliwości odstąpienia od realizacji wskazanego obowiązku, gdy np. uzna że ze względu na wiek skazanego oraz stan jego zdrowia nie stanowi on już żadnego zagrożenia dla społeczeństwa. Dyrektor zakładu karnego nie ma więc możliwości oceny, czy i jakie ewentualnie niebezpieczeństwo ze strony danego skazanego zachodzi. Na marginesie należy wskazać, że obowiązek „zawiadomienia” Policji dotyczy tylko skazanych z zaburzeniami preferencji seksualnych wskazanych za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z tymi zaburzeniami, nie obejmuje więc np. sprawców gwałtów, którzy nie wykazują zaburzeń preferencji seksualnych²⁹. Biorąc pod uwagę fakt, że ustawa nie przewiduje oceny prognozy kryminologicznej każdego skazanego, który opuszcza zakład karny, wyrazić należy pogląd, że w niewystarczającym stopniu uwzględniono konieczność zapewnienia „bezpieczeństwa obywateli”, o którym mowa w art. 5 Konstytucji.

W przypadku skazanych za przestępstwo popełnione w zorganizowanej grupie lub związku mającym na celu popełnianie przestępstw, mimo że chodzi tu o skazanych za określony czyn (art. 258 k.k.) także występuje automatyzm w „zawiadomieniu” Policji

²⁹ Zob. J. K. Gierowski, L. K. Paprzycki, *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawnomaterialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013, s. 357.

o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego. Rozwiązanie to wprowadzono ze względu na specyfikę działania zorganizowanych grup przestępczych, powiązania między ich członkami, itp. Ustawodawca założył, że w takim przypadku Policja powinna dysponować wiedzą o zwolnieniu członka takiej grupy przestępczej z zakładu karnego, celem zapobieżenia ponownego popełnienia przestępstw w jej ramach. Wartość, jaka jest ochrona „bezpieczeństwa i „porządku publicznego”, wymaga aby organy państwa mogły podjąć działania zanim przestępstwo zostanie popełnione, celem jego zapobieżenia. Temu wydaje się ma służyć „zawiadomienie”, o którym mowa w art. 168a § 4 k.k.w. Co do zasady powyższy tok rozumowania można podzielić, ale to ustawa – ze względu na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji – powinna wskazywać na konieczność „zawiadomienia” Policji, ze względu na postawę danego skazanego, np. przynależność do podkultury więziennej i brak postępów resocjalizacyjnych. Dyrektor zakładu karnego powinien więc ocenić zagrożenie ze strony danego zwalnianego.

W przypadku skazanych na karę pozbawienia wolności za przestępstwo umyślne w wymiarze nie niższym niż 3 lata nie wydaje się, aby zasada konstytucyjna zasada proporcjonalności została zachowana. W tej grupie mieszczą się bowiem zarówno recydywiści, jak i skazani, którzy po raz pierwszy naruszyli porządek prawny. Nie każdy skazany na karę nie niższą niż 3 lata pozbawienia wolności po jej odbyciu stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa i porządku publicznego i wymaga dalszego zainteresowania ze strony organów państwa.

Z przeprowadzonych rozważań wynika, że obowiązek dyrektora zakładu karnego polega na „zawiadomieniu” jednostki Policji o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego. Ustawa nie precyzuje, co należy rozumieć pod pojęciem „zawiadomienia”, w szczególności czy ma ono polegać jedynie na wskazaniu, kto i w jakim czasie opuszcza zakład karny, czy też przekazaniu bardziej szczegółowych informacji, w tym także tych dotyczących przebiegu wykonywania kary i możliwych zagrożeń ze strony skazanego. Biorąc pod uwagę fakt, że owe „zawiadomienie” nie ma mieć charakteru

jedynie formalnego, lecz czemuś służyć, bo w przeciwnym razie przyjęte rozwiązanie kłóciłoby się z racjonalnością, uznać należy że nie powinno ograniczać się jedynie do danych osobowych skazanego i terminu jego zwolnienia. Dyrektor zakładu karnego powinien przekazać Policji informację obejmującą dokonaną prognozę kryminologiczną odnoszącą się do skazanego, w kontekście art. 67 § 1 k.k.w. Nie wynika to jednak wyraźnie z ustawy, a jej gramatyczna wykładnia art. 168a § 3 i 4 k.k.w. może prowadzić do wniosku, że chodzi jedynie o samą informację o zwolnieniu, a nie przekazanie wiedzy o zagrożeniu ze strony zwalnianego.

Rozwiązanie zawarte w kodeksie karnym wykonawczym ma charakter fragmentaryczny, a przez to jest wadliwe. Ustawodawca powinien wskazać kryteria, którymi należy się kierować wykonując obowiązek „zawiadomienia”. Chodzi tu o wskazanie przesłanek, uzasadniających objęcie skazanego, który odbył karę kontrolą policyjną w warunkach wolnościowych. Uważam, że decydujące znaczenie winna mieć ocena resocjalizacji skazanego. O „zawiadomieniu” Policji powinna decydować prognoza kryminologiczna, odnosząca się do m.in. celów wykonywania kary i ich realizacji w konkretnym przypadku, jak również stanu zdrowia skazanego – w tym psychicznego, a nie sztuczne kryterium skazania za określony czyn lub na określonej karę. W każdym przypadku „zawiadomienie” Policji powinna poprzedzać dokładna analiza danych odnoszących się do skazanego. Tylko w przypadku, w którym istniałoby duże prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przestępstwa przez skazanego dyrektor zakładu karnego powinien być zobligowany do powiadomienia Policji o dacie zwolnienia skazanego. W innym bowiem przypadku nie sposób wykazać zachowania proporcjonalności, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Kwestie organizacyjno-techniczne w tym zakresie powinny być uregulowane w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości. Z ustawy powinno wynikać wyraźnie, jakie informacje powinny być przekazane Policji, w kontekście umożliwienia przeciwdziałania ewentualnemu naruszeniu porządku prawnego przez zwolnionego z zakładu karnego. W związku z powyższym proponuję

wprowadzenie do kodeksu karnego wykonawczego następującego przepisu rozwiązania:

1. *W wypadku zwalniania skazanego z zakładu karnego po odbyciu kary dyrektor zakładu dokonuje oceny, czy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu z zakładu karnego będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa.*

2. *W wyniku oceny, o której mowa w ust. 1 dyrektor zakładu karnego sporządza prognozę kryminologiczno-społeczną.*

3. *Dyrektor zakładu karnego zawiadamia jednostkę Policji, właściwą dla miejsca stałego pobytu skazanego, o terminie zwolnienia skazanego w przypadku, w którym istnieje duże prawdopodobieństwo naruszenia przez niego porządku prawnego, w szczególności popełnienia przestępstwa. Do zawiadomienia dołącza się sporządzoną prognozę kryminologiczno-społeczną oraz inne dokumenty, które posłużyły do jej sformułowania.*

4. *Minister Sprawiedliwości określi, w drodze rozporządzenia:*

- *zasady i tryb oceny postawy, właściwości i warunków osobistych skazanego, okoliczności popełnienia przez niego przestępstwa oraz zachowania po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary oraz sporządzenia prognozy kryminologiczno-społecznej, mając na względzie konieczność zebrania wyczerpujących danych o osobie skazanego i dokonania ich wszechstronnej analizy,*
- *zasady i tryb zawiadomienia Policji o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego po odbyciu kary, mając na względzie konieczność zapewnienia sprawnego przekazania informacji o miejscu i czasie zwolnienia skazanego z zakładu karnego oraz sporządzonej prognozy kryminologiczno-społecznej wraz z załącznikami.*

Zaproponowane rozwiązanie z jednej strony stworzy podstawę prawną do tego, aby przed opuszczeniem zakładu karnego w odniesieniu do każdego skazanego przeprowadzona została ocena pod kątem możliwości naruszenia porządku prawnego,

w tym popełnienia przestępstwa, a w przypadku, gdy zachodzić będzie duże prawdopodobieństwo w tym zakresie – „zawiadomienia” Policji. Ma ono charakter generalny, a zatem nie odnosi się tylko do niektórych przestępstw lub konkretnej kategorii skazanych, a zarazem w pełni uwzględnia wymóg proporcjonalności, o którym mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Oczywiście zgłoszona propozycję nowelizacji kodeksu karnego wykonawczego należy uzupełnić o nowelizację ustawy o Policji, celem zapewnienia Policji możliwości skutecznego przeciwdziałania ponownego popełnienia przestępstwa przez skazanego, który odbył już karę pozbawienia wolności. Nie chodzi tu o wprowadzenie zmian w zakresie ustawowych zadań Policji, czy też jej generalnych uprawnień, bo w tym zakresie odpowiednie podstawy prawne istnieją, ale zmianę odnoszącą się do czynności, które mogą być podjęte wobec skazanego zwolnionego z zakładu karnego. Zakres tych czynności oraz sposób ich przeprowadzenia muszą być wyraźnie określone w ustawie. Pamiętać bowiem należy, że ich podstawa faktyczna wynika z faktu istnienia negatywnej prognozy kryminologicznej. Nie chodzi więc o zweryfikowanie podejrzenia popełnienia przestępstwa, lecz o kontrolę zachowania skazanego po opuszczeniu przez niego zakładu karnego, a więc jest to zupełnie inna sytuacja, niż podejmowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych w sytuacji, gdy pojawi się informacja o możliwości popełnienia przestępstwa. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie, czynności operacyjno-rozpoznawcze służą nie tylko celom wykrywczym, ale także profilaktycznym³⁰ oraz celom rozpoznawczym³¹, a w związku z tym faktyczna podstawa podjęcia działań operacyjnych jest bardzo szeroka, wystarczy bowiem „domysł”, „przypuszczenie” lub „podejrzenie popełnienia przestępstwa”³², przy czym niekiedy ustawa wprost formułuje okre-

³⁰ Z. Szatkowki, *Czynności operacyjne w sprawach karnych*, „Problemy Praworządności” 1976, nr 11–12, s. 54.

³¹ T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1996, s. 62.

³² A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnowodowe*, Lublin 2006, s. 2002.

ślony wymóg odnoszący się do podstawy faktycznej podjęcia czynności operacyjnych (np. art. 19a ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji wymaga istnienia „wiarygodnych informacji o przestępstwie”, ale nie precyzuje co należy pod tym pojęciem rozumieć). Wystąpienie owego „domysłu”, „przypuszczenia” lub „podejrzenia” nie oznacza, że w zasadzie każdy człowiek może być w każdej sytuacji inwigilowany, a podstawa faktyczna czynności operacyjnych zależy tylko i wyłącznie od dowolnego uznania służb. W każdym bowiem przypadku istnieć muszą podstawy do objęcia konkretnej osoby takimi czynnościami, co oznacza przecież ingerencję w sferę jej konstytucyjnych wolności i praw, powiązane z jej zachowaniem. Uwzględniając cel rozpoznawczy oraz profilaktyczny możliwe jest prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych w odniesieniu do skazanego, który wprawdzie opuścił zakład karny, ale co do którego istnieje negatywna prognoza kryminologiczna, występuje bowiem uzasadnienie do takich czynności, nie mniej jednak należy mieć na względzie, że w takim przypadku podstawą działań jest „stan zagrożenia” ze strony danej osoby, a nie weryfikacja informacji o przestępstwie lub jego podejrzeniu. Możliwość popełnienia przestępstwa jest jedynie hipotetyczna, prognozowana i brak jest na danym etapie konkretnych podstaw do twierdzenia, że dane przestępstwo może zaistnieć. Nie sposób też stwierdzić, że chodzi o zapobieżenie konkretnemu przestępstwu, bo żadnych działań w celu jego popełnienia jeszcze nie podjęto. To zaś powinno wyznaczać granicę owych czynności, w przeciwnym bowiem wypadku naruszony zostanie wymóg proporcjonalności. Z punktu widzenia konstytucyjnego możliwe wydaje się obserwowanie takich osób, zbieranie o nich informacji (np. o miejscu pracy, źródłach dochodu, nawiązanych po zwolnieniu z zakładu karnego kontaktach), w tym także poprzez rozpytania, ale już sam fakt „zagrożenia” z ich strony nie może uzasadniać sięgnięcia po środki kontroli operacyjnej, w rozumieniu art. 19 ust. 6 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. Jest to już bowiem istotna ingerencja w sferę wolności i praw jednostki i w związku z tym musi znaleźć uzasadnienie faktyczne wy-

kraczające poza samo niebezpieczeństwo ze strony danej osoby. W przeciwnym bowiem wypadku nadmiernemu rozszerzeniu uległoby prawo służb do inwigilowania społeczeństwa, co nie jest możliwe w państwie prawa. Aby nie było tu żadnych wątpliwości kwestia ta musi być wyraźnie uregulowana w ustawie, a nie pozostawiona sferze domysłów. Proponuję, aby w osobnej jednostce redakcyjnej ustawy o Policji (art. 20db) należy wskazać, jakie czynności można podjąć w odniesieniu do skazanego zwolnionego z zakładu karnego, mając na uwadze status prawny tej osoby, jak również podstawę faktyczną ich podejmowania. Wprowadzając stosowne rozwiązania należy mieć na względzie fakt, że nie mogą być podstawą odpowiedzialności karnej myśli, poglądy, zamiary człowieka, jego właściwości psychiczne lub fizyczne lub jego stan niebezpieczeństwa³³. Prawo karne opiera się bowiem na odpowiedzialności za czyn, co jednoznacznie wynika z art. 1 § 1 k.k. Możliwe jest wprowadzenie podjęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych już na etapie niekaralnego przygotowania, mogą być one bowiem podjęte w celu „zapobieżenia” popełnienia przestępstwa (art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji), ale nie oznacza to, że dopuszczalna jest prewencyjna kontrola operacyjna, mająca na celu wyeliminowanie potencjalnych zagrożeń. U podstaw decyzji o kontroli operacyjnej musi leżeć czyn, a więc zachowanie, osoby wobec której ma być zarządzona, co stanowi przesłankę niezbędną do oceny jej dopuszczalności. Przyznał to zresztą sam ustawodawca, albowiem w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, wyraźnie uregulował możliwość stosowania kontroli operacyjnej (art. 23 ust. 2), przy czym podstawą jej zarządzenia jest uzasadniona obawa, że osoba wobec której zastosowano nadzór prewencyjny, czyni przygotowania do popełnienia przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, lub prze-

³³ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2013, s. 8.

stępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Po pierwsze więc, gdyby przepisy ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. stwarzały możliwość stosowania kontroli operacyjnej wobec osób „niebezpiecznych” nie byłoby uzasadnienia do przyjęcia wskazanego rozwiązania w odniesieniu do „osób stwarzających zagrożenie” w rozumieniu wskazanej ustawy. Po drugie zaś, istotniejsze, ustawodawca wyraźnie powiązał kontrolę operacyjną z zachowaniem osoby, wobec której ma być orzeczona. Nie można więc prewencyjnie stosować owej kontroli tylko dlatego, że dana osoba „stwarza zagrożenie”. Muszą istnieć podstawy faktyczne, które uzasadniają przypuszczenie, że może ona popełnić przestępstwo i dopiero od pojawienia się takich informacji możliwe jest jej zarządzenie. Powyższej tezy nie podważa okoliczność, że kontrola operacyjna może być też zarządzana w przypadku, gdy zweryfikowanie informacji udzielanych przez „osobę stwarzającą zagrożenie” napotyka trudności (art. 23 ust. 1 i 2 *in principio* ustawy). Także bowiem w tym przypadku kontrola jest zarządzana, jako następstwo zachowania tego, kogo ma dotyczyć (sprawdza się informacje przekazane przez daną osobę). Dotyczy to także sytuacji, w której stosowne informacje uzyskano w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, albowiem chodzi tu o zweryfikowanie informacji o zachowaniu „osoby stwarzającej zagrożenie”, a nie jedynie jej stanu zdrowia i potencjalnego zagrożenia, nie powiązanego z żadnymi działaniami. Właśnie wprowadzenie wskazanych rozwiązań pokazuje, że do czasu wejścia w życie ustawy (22 stycznia 2014 r.) podstawy prawnej do kontroli operacyjnej wobec osób, które potencjalnie mogą stanowić zagrożenie dla społeczeństwa nie było, nie ma jej też zresztą i po jej wejściu w życie, niezbędne jest bowiem skonkretyzowanie zagrożenia z ich strony.

Warto podkreślić, w obecnym stanie prawnym, Policja może pobierać uzyskiwać, gromadzić, przetwarzać i wykorzystywać w celu realizacji zadań ustawowych informacje, w tym dane osobowe o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego (art. 20 ust. 2a pkt 1 ustawy z dnia

6 kwietnia 1990 r. o Policji), jak również o osobach stwarzających zagrożenie, o których mowa w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (art. 20a ust. 2a pkt 4 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji), a zatem nie stworzono takiej generalnej możliwości w odniesieniu do skazanych, którzy zostali zwolnieni z zakładu karnego po odbyciu kary. To jeszcze bardziej uzmysławia konieczność nowelizacji i wprowadzenia korespondujących ze sobą rozwiązań w kodeksie karnym wykonawczym oraz ustawie o Policji, celem wyeliminowania niepewności normatywnej, jak również zapobieżenia możliwym naruszeniom praw człowieka.

Podsumowując: należy znowelizować kodeks karny wykonawczy, jak również ustawę z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, celem zapewnienia skutecznych i zgodnych z Konstytucją możliwości kontroli zachowania osób, które odbyły karę i zostały zwolnione z zakładu karnego, w przypadku gdy zachodzi wobec nich negatywna prognoza kryminologiczna. Działania podejmowane we wskazanym zakresie nie mogą pozostawać w sprzeczności z wymogiem proporcjonalności, stąd też dopiero od momentu, w którym pojawi się informacja o możliwości popełnienia przestępstwa przez daną osobą, uzasadniona jej zachowaniem (np. kontakty z członkami zorganizowanej grupy przestępczej, próba nabycia broni, itp.), powinna istnieć możliwość objęcia jej kontrolą operacyjną, oczywiście przy zachowaniu zasady subsydiarności³⁴. Rozwiązania przyjęte w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, zawarte w jej art. 23, mogą stanowić punkt wyjścia dla nowelizacji, przy czym osoba, która odbyła karę, a istnieje jedynie negatywna prognoza kryminologiczna, może być przedmiotem zwiększonego zainteresowania służb – w ramach kontroli operacyjnej –

³⁴ K. Szczechowicz, *Podstęp telefoniczny w polskim procesie karnym*, Olsztyn 2009, s. 87.

dopiero od mementu, gdy w jej zachowaniu ujawni się możliwość popełnienia przestępstwa.

W przypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia kodeks karny zastrzega, że może ono nastąpić tylko wówczas, gdy postawa skazanego, jego właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa (art. 77 § 2). Dodatkowo przyjęto, że skazanego można warunkowo zwolnić po odbyciu co najmniej połowy kary (art. 78 § 2 k.k.), przy czym skazanego określonego w art. 64 § 1 k.k. można zwolnić warunkowo po odbyciu dwóch trzecich kary, natomiast skazanego określonego w art. 64 § 2 k.k. po odbyciu trzech czwartych kary (art. 78 § 2 k.k.). Skazanego na karę 25 lat pozbawienia wolności można warunkowo zwolnić po odbyciu 15 lat kary, natomiast skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności po odbyciu 25 lat kary (art. 78 § 3 k.k.). Sąd może jednak, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, wymierzając karę pozbawienia wolności wyznaczyć surowsze ograniczenia do skorzystania przez skazanego z warunkowego zwolnienia niż przewidziane w art. 78 (art. 77 § 2 k.k.). Warunkowo zwolniony może być oddany pod dozór kuratora sądowego, osoby godnej zaufania, stowarzyszenia, organizacji lub instytucji, do której należy troska o wychowanie, zapobieganie demoralizacji oraz pomoc skazanym oraz nałożyć na niego obowiązki określonego w art. 72 § 1 k.k. (art. 159 § 1 k.k.w.). Wobec skazanego za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, młodocianego sprawcy przestępstwa umyślnego, sprawcy określonego w art. 64 k.k., a także wobec skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności oddanie pod dozór jest obowiązkowe (art. 159 § 1 *in fine* k.k.). Co istotne, w przypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego co do zasady nie „zawiadamia” się Policji, nawet w sytuacji gdy był on skazany na najsurowsze kary – dożywotnie po-

zbawienie wolności lub 25 lat pozbawienia wolności. Takiego obowiązku nie nakłada bowiem żaden przepis rangi ustawowej. Nie znajduje tu zastosowania rozwiązanie, o którym mowa w art. 168a § 4 k.k.w., gdyż przepis ten odnosi się do przypadku zwolnienia z zakładu karnego po odbyciu kary, co nie ma miejsca w przypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia (arg. *ex art.* 78 k.k.), skazany odbył bowiem część orzeczonej wobec niego kary. Jedyny przepis, który może mieć tu zastosowanie to art. 166 § 2 zd. drugie k.k.w., bo dotyczy on zarówno skazanych warunkowo zwalnianych, jak i zwalnianych w związku z wykonaniem kary (arg. *ex art.* 164 § 1 k.k.), nie mniej jednak jego zakres podmiotowy jest bardzo ograniczony, dotyczy bowiem zwalniania osób skazanych za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych. Tylko więc w tym przypadku istnieje ustawy obowiązek „zawiadomienia” o zwolnieniu skazanego. Przyjęte rozwiązanie nie jest zrozumiałe, bo po pierwsze dotyczy tylko niektórych skazanych, a po drugie skazani na najsurowsze kary, czy też skazani w warunkach recydywy nie są nim co do zasady objęci. Kierując się zasadą legalizmu (art. 7 Konstytucji) należy przyjąć, że na podstawie kodeksu karnego wykonawczego dyrektor zakładu karnego nie może przekazać stosownej informacji Policji, nie ma bowiem do tego umocowania w tej ustawie. Zadać należy jednak pytanie, czy podstawa do takiego działania nie znajduje się w ustawie z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej³⁵? Wyraźnej podstawy prawnej wprawdzie brak, ale ustawa nakłada na Służbę Więzienną obowiązek współdziałania z organami państwowymi i samorządu terytorialnego, stowarzyszeniami, fundacjami, organizacjami oraz instytucjami, których celem jest współpraca w wykonywaniu kary pozbawienia wolności, jak również z kościołami, związkami wyznaniowymi, szkołami wyższymi i placówkami naukowymi oraz osobami godnymi zaufania (art. 4 ust. 1). Wprawdzie nie wskazano, jaki jest cel współdziałania z innymi organami państwa,

³⁵ Tekst jedn. Dz. U. 2014, poz. 173 z późn zm.

w przeciwieństwie do współpracy ze stowarzyszeniami, fundacjami, organizacji oraz instytucjami, nie mniej jednak biorąc pod uwagę ustawowe zadania Służby Więziennej chodzi tu o współdziałanie zarówno w zakresie wykonywania kar, jak i wymiany informacji o osobach skazanych. Jak słusznie zaznacza się w piśmiennictwie, na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej, Służba Więzienna oraz inne instytucje państwowe wymieniają się m.in. danymi o skazaniu, zgromadzonymi w specjalistycznych bazach informatycznych dotyczących osób pozbawionych wolności³⁶. O ile przepis ten nie może znaleźć zastosowania do przypadku, w którym następuje zwolnienie z zakładu karnego po odbyciu kary, bo dana osoba traci status skazanego, zaś orzeczona wobec niej kara została wykonana, o tyle w przypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia sytuacja jest zupełnie inna. Warunkowo zwolniony nie przestaje być „skazanym”, zaś okres próby stanowi kontynuację resocjalizacyjnego oddziaływania na skazanego w warunkach kontrolowanej wolności³⁷. Dopiero jeżeli warunkowe zwolnienie nie zostanie odwołane w okresie próby lub w ciągu 6 miesięcy od zakończenia okresu próby nie odwołano warunkowego zwolnienia, karę uważa się za odbytą z dniem warunkowego zwolnienia³⁸. Tym samym, art. 4 ust. 1 ustawy o Służbie Więziennej może znaleźć zastosowanie w odniesieniu do skazanego warunkowo zwolnionego, będąc podstawą m.in. do „zawiadomienia” jednostki Policji, właściwej ze względu na miejsce jego stałego pobytu, o opuszczeniu zakładu karnego. Taka możliwość pozostaje w łączności z istotą warunkowego przedterminowego zwolnienia. Skoro bowiem założeniem jest kontrolowana wolność skazanego, to zasadne wydaje się, aby Policja dysponowała wiedzą o zwolnieniu z zakłady karnego osoby wobec której taką decyzję podjęto. Nie ma tu znaczenia, czy wobec skazanego wykonywany będzie dozór

³⁶ M. Mazuryk, M. Zoń, R. Borek-Buchajczuk, M. Kaczocho, F. Radoniewicz, J. Wierzbicki, *Służba Więzienna. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 4.

³⁷ A. Zoll, [w:] G. Bogdan i in., *Kodeks...*, s. 1005.

³⁸ Uchwała SN z 20 stycznia 2005 r., I KZP 30/04, OSNKW 2005, nr 1, poz. 2.

czy też nie, jak również czy nałożono na niego określone obowiązki, bo Policja nie jest od kontroli ich wykonania, ani też od realizacji dozoru, ale od ochrony „bezpieczeństwa” i „porządku publicznego”. Skoro w odniesieniu do skazanego przyjęto pozytywną prognozę kryminologiczną, bo bez tego nie byłoby możliwe jego warunkowe zwolnienie, ale pozostaje on w „okresie próby” jego zachowanie winno być kontrolowane, zwłaszcza w sytuacji gdy nie jest wykonywany dozór, ani też nie orzeczono obowiązków. Przyjęcie odmiennego poglądu oznaczałoby, że ocena czy prognoza kryminologiczna była właściwa byłaby co najmniej zasadniczo utrudniona. Patrząc z punktu zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) nie ma żadnych przeszkód, aby dyrektor zakładu karnego „zawiadamiał” Policję o opuszczeniu zakładu karnego przez warunkowo zwolnionego. Mimo istnienia pozytywnej prognozy kryminologicznej decyzja o warunkowym przedterminowym zwolnieniu nie jest następstwem oceny, że sprawca czynu zabronionego uległ resocjalizacji³⁹. Skoro zaś tak, to dla zapewnienia bezpieczeństwa, o którym mowa w art. 5 Konstytucji, zasadne wydaje się, aby Policja dysponowała możliwością sprawdzenia, czy warunkowo zwolniony przestrzega porządku prawnego. Nawet, gdy wykonywany jest dozór obligatoryjny nie można uznać, że jest to wystarczające, aby zapobiec naruszeniu porządku prawnego przez warunkowo zwolnionego. Obowiązkiem państwa jest zapewnienie optymalnych możliwości zapobiegania zagrożeniom dla bezpieczeństwa obywateli, co oznacza, że działania powinny być podejmowane na różnych polach i płaszczyznach, jak również, że powinny być w nie zaangażowane różne podmioty i instytucje. Policja dysponuje niewątpliwie szerszymi możliwościami kontroli zachowania warunkowo zwolnionego i poczynienia ustaleń niezbędnych do ustalenia, czy sformułowana pozytywna prognoza kryminologiczna znajduje potwierdzenie w rzeczywistości. Ponadto, o ile zadaniem kuratora sądowego oraz innych osób, stowarzyszeń, organizacji i instytucji wykonujących

³⁹ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 489.

dozór jest pomoc w readaptacji społecznej skazanego (art. 171 § 2 zd. drugie k.k.w.), o tyle Policja ma do spełnienia zupełnie inną rolę, tj. ochronę społeczeństwa przed skutkami naruszenia porządku prawnego. Jest to więc inne zadanie niż podmiotu wykonującego dozór, choć realizując je może uzyskać także informacje niezbędne dla procesu readaptacji społecznej skazanego. Również podmiot wykonujący dozór może uzyskać informacje niezbędne dla ochrony „bezpieczeństwa” i „porządku publicznego”, stąd też działania Policji i innych podmiotów powinny się uzupełniać, co stworzy rzeczywistą możliwość realizacji zarówno założeń z zakresu readaptacji społecznej skazanego, jak i ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Jeżeli chodzi o indywidualne ułaskawienie, to podkreślić należy, że treść aktu łaski zależy wyłącznie od decydenta, czyli Prezydenta RP (art. 139 Konstytucji). Ustawa zasadnicza nie wskazuje na czym może ono polegać, stąd też należy przyjąć, że głowa państwa może darować karę w całości lub w części, zamienić ją na inną – łagodniejszą, jak również złagodzić. Możliwe jest ułaskawienie warunkowe, przybierające postać warunkowego zawieszenia wykonania kary, jak również akt łaski może polegać na warunkowym przedterminowym zwolnieniu. Akt łaski może nakładać obowiązki na ułaskawionego, analogiczne do tych, które może nałożyć sąd decydując o warunkowym zawieszeniu wykonania kary czy też warunkowym przedterminowym zwolnieniu. Postanowienie w przedmiocie ułaskawienia jest ostateczne, tj. nie podlega zaskarżeniu w żadnym trybie. Akt łaski nie może być odwołany. Z punktu widzenia niniejszych rozważań najistotniejsze jest to, że w przypadku, gdy akt łaski polega na darowaniu kary w całości lub w części lub też jej złagodzenia albo zamiany na inną – łagodniejszą (grzywna, kara ograniczenia wolności), skutkiem czego dochodzi do zwolnienia skazanego z zakładu karnego, zastosowanie winien znaleźć, w obecnym stanie prawnym, art. 168a § 3 i 4 k.k.w. Przepis ten uzależnia bowiem „zawiadomienie” Policji od „odbycia kary” przez skazanego, nie mniej jednak warunek ten jest także spełniony w przypadku darowania aktem łaski kary

w całości lub w części, a także złagodzenia odbytej już części kary, co nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁴⁰. Wynika z tego jednak, że „zawiadomienie” Policji następuje jedynie w odniesieniu do niektórych ułaskawionych, tj. tych, o których mowa we wskazanych przepisach kodeksu karnego wykonawczego. Nie jest to rozwiązanie prawidłowe. W polskim systemie prawa brakuje ustawy, która regulowałaby kwestie proceduralne i wykonawcze, związane ze stosowaniem prawa łaski, w tym także kwestię „zawiadamiania” Policji o zwolnieniu skazanego⁴¹. O zastosowaniu prawa łaski mogą decydować różne względy, w tym także nie odnoszące się bezpośrednio do osoby ułaskawionego, lecz dotyczące np. jego sytuacji rodzinnej (np. choroba osoby najbliższej, rodząca konieczność umożliwienia skazanemu opieki, itp.), może więc istnieć potrzeba kontroli, czy jego zachowanie nie stanowi zagrożenia dla innych członków społeczności. Głowa państwa nie musi dokonać żadnej prognozy kryminologicznej przed podjęciem ostatecznej decyzji, nie musi też uwzględnić negatywnych opinii sądów orzekających w sprawie, ani też negatywnego stanowiska Prokuratora Generalnego, wskazujących na to, iż skazany może ponownie naruszyć porządek prawny, w tym popełnić przestępstwo. Ponieważ jednak akt łaski nie oznacza rehabilitacji skazanego, a motywowany jest względami humanitaryzmu, racjonalności karania i sprawiedliwości, powinny istnieć instrumenty umożliwiające sprawdzenie, czy ułaskawiony nie powrócił na drogę przestępstwa. Nie chodzi tu o odwołanie aktu łaski, bo ten jest niewzruszalny, ale o ochronę bezpieczeństwa obywateli, o której mowa w art. 5 Konstytucji.

Powyższe uwagi można co do zasady odnieść do generalnego aktu łaski (amnestii), indywidualne ułaskawienie różni się bowiem od amnestii ujęciem beneficjenta łaski. Różnica polega na

⁴⁰ Uchwała Izby Karnej i Wojskowej SN z 22 grudnia 1978 r., VII KZP 23/77, OSNKW 1979, nr 1-2, poz. 1; uchwała SN z 23 stycznia 1980 r., VI KZP 19/79, OSNKW 1980, nr 1-2, poz. 16.

⁴¹ Zob. K. Kaczmarczyk-Kłak, *Prawo łaski w Polsce na tle porównawczym. Dawniej i współcześnie*, Rzeszów 2013, s. 778.

tym, że amnestia musi przybrać postać ustawy⁴². Decydent może nałożyć na beneficjentów łaski generalnej określone obowiązki, zaś organom państwa zlecić kontrolę ich wykonania, jak również nałożyć obowiązki związane z wykonaniem aktu amnestyjnego, w tym z zakresu współdziałania z innymi podmiotami. W przypadku braku szczególnych uregulowań, w sytuacji, gdy na mocy amnestii doszłoby do zwolnienia skazanego z zakładu karnego zastosowanie znalazłby art. 168a § 3 i 4 k.k.w.

Przeprowadzone rozwiązania uprawniają do sformułowania następujących wniosków:

- 1) w obecnym stanie prawnym nie istnieje systemowa regulacja odnosząca się do „zawiadamiania” Policji o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego;
- 2) „zawiadomienie” Policji przez dyrektora zakładu karnego o zwolnieniu skazanego nie jest sprzeczne z Konstytucją; służy ono umożliwieniu ochrony „bezpieczeństwa obywateli”, o którym mowa w art. 5 Konstytucji;
- 3) art. 31 ust. 3 Konstytucji nie wyklucza możliwości podjęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych wobec osoby, która została zwolniona z zakładu karnego, ale ich rodzaj, zakres i sposób przeprowadzenia powinien być wyraźnie określony w ustawie;
- 4) kontrola operacyjna, cechująca się istotną ingerencją w sferę prywatności jednostki, może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy zostanie wyraźnie przewidziana przez ustawę i tylko w sytuacji, w której zachowanie osoby zwolnionej z zakładu karnego wskazywać będzie na uzasadnioną obawę popełnienia przestępstwa;
- 5) w przypadkach, w których w obecnym stanie prawnym istnieje obowiązek „zawiadomienia” Policji przez dyrektora zakładu karnego o zwolnieniu skazanego, ustawa nie wskazuje w wyraźny sposób, jakie czynności i w jakim zakresie mogą być podjęte wobec osoby, która została zwolniona;

⁴² *Ibidem*, s. 316 i n.

brak jednoznacznej regulacji prowadzi do nadmiernej inwigilacji jednostki, co nie może mieć miejsca w państwie prawa;

- 6) niezbędna jest ingerencja ustawodawcy, celem umożliwienia Policji skutecznego kontrolowania zachowania osób, które zostały zwolnione z zakładu karnego, a wobec których mimo odbycia kary istnieje negatywna prognoza kryminologiczna;
- 7) czynności podejmowane przez Policję wobec osób, które zostały zwolnione z zakładu karnego nie stanowią przeszkody w ich społecznej readaptacji, mają bowiem charakter niejawny, a ustalone okoliczności mogą być wykorzystane w jego ramach, w wyniku ich przekazania stosownym podmiotom (np. kuratorowi sądowemu);
- 8) należy stworzyć optymalne warunki normatywne do współdziałania Policji i innych podmiotów w zakresie społecznej readaptacji skazanego, co dotyczy w szczególności wymiany informacji; od skuteczności takiej współpracy zależy m.in. zapewnienie „bezpieczeństwa” i „porządku publicznego”.

ABSTRACT

Protection of security and public order versus adaptation of persons leaving penal institutions

The Author deals with problems of security and public order in a context of provisions relating to releasing convicted from a penal institution and tasks in this scope of the Prison Service and Police as organs of internal security administration. Since on the one hand completion of serving a sentence of imprisonment means that a convicted settled accounts with the society, an expression of which is the end of serving the adjudged penalty, but on the other hand he need not be a person who was re-socialised. Resocialisation is an assumption, an objective which one should attain, but it will not be achieved in every case. A condition to leave a penal institution is not achieving progress in the scope of resocialisation, it is not also a positive criminological-social prognosis.

A manager of a penal institution notifies Police about leaving the penal institution by a convicted, but only in three cases (conviction for participation in an organised criminal group or in a relation aiming at committing offences; sentencing to imprisonment for a period not shorter than 3 years; convicting for an offence specified in art. 197–203 Penal Code committed in relation with disorders of sexual preferences), but in the Author's opinion this solution is defective, it does not ensure in an adequate required scope a possibility to protect citizens against a possibility of repeated committing offence by the convicted. In Author's opinion a system solution should be introduced to the Executive Penal Code, a pillar of which will be performing a criminological-social prognosis in relation to every convicted, who is to leave a penal institution and depending on its results notifying Police on this fact in order to undertake adequate actions stipulated by the law, aimed at preventing possible committing offence by this person.

Świadczenie pracy na podstawie aktu wyboru w organach wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego

W niniejszym opracowaniu autorka dokonuje fragmentarycznej analizy stosunku prawnego będącego podstawą wykonywania obowiązków przez osoby piastujące rolę organów wykonawczych w jednostkach samorządu terytorialnego (wykonujących władzę publiczną). Należy tutaj wyróżnić dwie sytuacje: pełnienie funkcji etatowo (w ramach wyboru jako pozaumownego stosunku pracy) oraz pozaetatowo (honorowo). Istnieniu tego dualizmu nie towarzyszą odrębne uregulowania dotyczące położenia zawodowego osób wybieranych do tych organów, co może wywoływać w praktyce stosowania prawa istotne wątpliwości. Kluczowym aktem prawnym w omawianym zakresie jest ustawa z 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych¹. Jednocześnie, zgodnie z art. 43 ww. ustawy, w sprawach w niej nieuregulowanych, znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu pracy², a poprzez odesłanie zawarte w art. 300 KP – także przepisy Kodeksu cywilnego³.

W jednostkach organizacyjnych samorządu terytorialnego dopuszczalne są różne sposoby nawiązania stosunku pracy: wybór i powołanie – w sferze pozaumownych podstaw oraz umowa o pracę⁴. Powyższy katalog do 31.12.2011 r. był szerszy i obejmował

¹ Dz. U. nr 223, poz. 1458 z późn. zm. – zwana dalej „ustawą”.

² Ustawa z 26.06.1974 r. – Dz. U. z 1998 r., nr 21, poz. 94.

³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Dz. U. nr 16, poz. 93.

⁴ Na temat zasadności wielości tych podstaw na grudnie poprzednio obowiązującej ustawy z 22.03.1990 r. o pracownikach samorządowych

mował również mianowanie. Spowodowało to określone konsekwencje w sferze zatrudniania pracowników samorządowych, w tym poszerzenie zakresu stosowania umowy o pracę. Na tle analizowanych regulacji prawnych nasuwa się w pierwszej kolejności spostrzeżenie, że umowa o pracę znajduje zastosowanie we wszystkich przypadkach niezastrzeżonych dla wyboru i powołania, czyli dla zdecydowanej części korpusu urzędniczego⁵. Odnosnie wyboru i powołania obowiązuje natomiast zasada zamkniętego katalogu stanowisk, które są obsadzane na tych podstawach. Są one enumeratywnie wskazane w pragmatyce samorządowej (zasada *numerus clausus*)⁶. Ogólnie rzecz ujmując, wybór został przewidziany dla osób piastujących rolę organu wykonawczego w jednostkach samorządu terytorialnego (wykonujących władzę publiczną), natomiast powołanie dla zastępcy tego organu w gminie, jak również dla skarbników na poziomie każdej z jednostek (gminy, powiatu i województwa). Ustawodawca zastrzegł zatem powyższe podstawy dla pracowników samorządowych zatrudnionych na stanowiskach urzędniczych, tj. realizujących zadania publiczne i uczestniczących w wykonywaniu władzy publicznej. Rodzaj podstawy nawiązania stosunku pracy oddziałuje na wzajemne prawa i obowiązki jego stron. Art. 4 ust. 1 ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujący, uniemożliwiający „zamianę” podstawy zatrudnienia i zastosowanie zamiast wyboru lub powołania innej kreującej stosunek pracy.

Obecnie wśród pracowników samorządowych, o czym już wspomniano, nie występują osoby zatrudnione na podstawie

wypowiadał się Z. Góral, *Prawo pracy w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 1999, s. 70.

⁵ Zob. B. Bury, *Umowa o pracę jako podstawa nawiązania stosunku pracy w administracji samorządowej*, „Gdańsko-Łódzkie Roczniki Prawa Pracy i Prawa Socjalnego” 2012, nr 2, s. 68 i n. Na temat systemów zatrudniania pracowników samorządów lokalnych zob. Z. Góral, *Prawo pracy...*, s. 14 i n. oraz J. Stelina [w:] M. Rycak, A. Rycak, J. Stelina, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 142 i n.

⁶ Zob. J. Piątkowski, P. Piątkowski, *Wybrane zagadnienia prawa pracy i prawa urzędniczego*, Toruń 2009, s. 55 i n.

mianowania. Stosunki pracy nawiązane w ten sposób przed wejściem w życie ww. ustawy, tj. 01.01.2009 r., zachowywały swój status do 31.12.2011 r. Z dniem 01.01.2012 r. uległy natomiast przekształceniu w stosunki pracy nawiązane na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony (chyba, że przed tą datą zostały rozwiązane lub wygasły). Oznacza to, że na podstawie ustawy z 2008 r. od samego początku jej obowiązywania nie było możliwe nawiązywanie nowych stosunków pracy na podstawie mianowania, a przejściowy okres 3-letni służył w istocie wyeliminowaniu tej podstawy zatrudnienia. W ten sposób, nie został – jak dotąd – zrealizowany pierwotny zamysł utworzenia w samorządzie terytorialnym struktury służby cywilnej na zasadach analogicznych jak w sferze administracji rządowej⁷.

Zarówno Kodeks pracy (art. 73–75 KP), jak i inne akty normatywne nie zawierają szczegółowej regulacji wyboru jako podstawy nawiązania stosunku pracy, zwłaszcza w zakresie jego zmiany i ustania. Słowo „wybór” ma tymczasem wielorakie znaczenie i nie zawsze jest źródłem stosunku pracy, np. w przypadku posta można mówić o niepracowniczym zatrudnieniu, niejednokrotnie wybór dotyczy także stanowiska, np. wybór dziekana/rektora bądź wybór do składu organu kolegiального danej jednostki, np. rady, komisji dyscyplinarnej itp.

Stosunek pracy z wyboru w administracji samorządowej jest przewidziany dla obsady stanowisk w organach wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego na wszystkich jego szczeblach⁸. Jak wyżej wskazano, chodzi o wyłonienie osób, którym powierza się piastowanie określonych stanowisk (pełnienie funkcji), a w istocie – wykonywanie władzy publicznej. W związku z reformą administracji publicznej w 1998 r.⁹ ustawodawca roz-

⁷ Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1593.

⁸ Zob. A. Giedrewicz-Niewińska, *Wybór jako podstawa nawiązania stosunku pracy z pracownikami samorządowymi*, Warszawa 2008.

⁹ Zob. m.in. ustawę z 29.12.1998 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrożeniem reformy ustrojowej państwa – Dz. U. nr 162, poz. 1126.

szerzył krąg osób zatrudnionych na podstawie aktu wyboru w rozbudowanych strukturach samorządowych.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy, wybór dotyczy marszałka, wicemarszałka i członków zarządu województwa (w urzędzie marszałkowskim), starosty, wicestarosty i członków zarządu powiatu (w starostwie powiatowym), wójta (burmistrza, prezydenta miasta – w urzędzie gminy) oraz przewodniczącego i członków zarządu związku jednostek samorządu terytorialnego (i członków zarządów dzielnic warszawskich). Za słuszny należy uznać pogląd, że katalog stanowisk, przewidujących wybór jako podstawę zatrudnienia, jest zamknięty, tzn. nie może ulegać modyfikacjom, w tym poszerzeniu¹⁰. Niedopuszczalne jest również zastosowanie w takim przypadku innego sposobu nawiązania stosunku pracy, np. umowy o pracę.

Przez wybór należy rozumieć powierzenie kandydatowi stanowiska określonego w drodze uchwały organu kolegialnego lub przez zespół osób, które nie stanowią organu, o ile z tego aktu wynika konieczność wykonywania pracy w charakterze pracownika. Do jego nawiązania niezbędne jest uzyskanie mandatu – udzielenie na określony czas, w drodze wyboru, pełnomocnictwa do pełnienia funkcji kierowniczej lub reprezentacyjnej w charakterze organu (lub członka organu kolegialnego) organizacji samorządowej¹¹. Stosunek pracy z wyboru powstaje zatem wówczas, gdy z wyboru wynika jednocześnie obowiązek wykonywania pracy w charakterze pracownika (art. 73 § 1 KP) – z woli podmiotu wybierającego, a kandydat do pełnienia funkcji, choćby w sposób dorozumiany, wyraża zgodę na jej pełnienie z jednoczesnym wykonywaniem obowiązków pracowniczych. Stosunek pracy z wyboru nie jest stosunkiem samodzielnym i jego nawiązaniu towarzyszy powierzenie mandatu – trwa on przez okres jego sprawo-

¹⁰ Szerzej zob. A. Giedrewicz-Niewińska, *Wybór jako...*, s. 122 i n. Odmiennie B. M. Ćwiertniak, *Podstawy zatrudniania pracowników samorządowych po reformie administracji publicznej (uwagi ogólne)*, „St.Pr.P.” 2001/2002, t. 3, s. 293.

¹¹ Zob. H. Szewczyk, *Stosunki pracy w samorządzie terytorialnym*, Warszawa 2012, s. 137 i A. Giedrewicz-Niewińska, *Wybór jako...*, s. 222.

wania – na czas określony (art. 73 § 2 KP *a contrario*). W pewnym układzie chronologicznym, nawiązanie stosunku pracy z wyboru wymaga: 1. dokonania aktu wyboru, 2. podjęcia się obowiązku wykonywania pracy w charakterze pracownika – zgoda może być wyrażona przez kandydata przed lub po dokonaniu aktu wyboru (podjęciu uchwały lub zakończeniu procedury wyborczej – aktu głosowania mieszkańców gminy), także w sposób dorozumiany, tj. przez przystąpienie do pracy i 3. uzyskania mandatu. Powyższemu muszą towarzyszyć zgodne oświadczenia woli obu stron zgodnie z art. 11 KP. I tak, art. 479 § 2 pkt 1 w zw. z art. 11 § 1 pkt 6 i § 2–3 Kodeksu wyborczego z 5 stycznia 2011 r.¹² przewiduje, że do zgłoszenia kandydata na wójta (burmistrza, prezydenta miasta) należy dołączyć pisemne oświadczenie kandydata o posiadaniu biernego prawa wyborczego oraz o wyrażeniu zgody na kandydowanie, którą kandydat opatruje datą i własnoręcznym podpisem. Owe oświadczenie, w przypadku nawiązania stosunku pracy z wybranym kandydatem, odpowiada wskazaniom z art. 11 KP.

Przejawem profesjonalizacji kadr w sferze samorządowej, także w odniesieniu do stosunku pracy z wyboru, jest wprowadzenie rygorów selekcyjnych, których celem jest zapewnienie właściwej realizacji zadań stojących przed samorządem terytorialnym (art. 6 i n. ustawy). Rygory selekcyjne, tj. przymioty, jakie powinna spełniać określona osoba do podjęcia zatrudnienia w strukturze organizacyjnej administracji samorządowej i zajmowania w niej poszczególnych stanowisk pracy, odzwierciedlają założenie, że pracownicy samorządowi biorą udział w realizacji zadań publicznych¹³. Rygory zostały podzielone na kilka grup, a ich liczba i ranga wzrasta w związku z zajmowaniem coraz wyższego stanowiska

¹² Dz. U. nr 21, poz. 112.

¹³ Zob. J. Stelina, *Prawo urzędnicze*, Warszawa 2009, s. 94 i n. Por. także A. Dubowik, Ł. Pisarczyk, *Prawo urzędnicze*, Warszawa 2011, s. 106 i n.; Z. Góral, *Prawo pracy...*, s. 58 i n.; J. Piątkowski, P. Piątkowski, *Wybrane zagadnienia...*, s. 76 i n.; Ł. Pisarczyk, *Nowa ustawa o pracownikach samorządowych*, „PiZS” 2009, nr 3, s. 20 oraz E. Ura, *Prawo urzędnicze*, Warszawa 2011, s. 136 i n.

w hierarchii urzędniczej, zgodnie z założeniem, że w przypadku stanowisk urzędniczych, w tym kierowniczych, wymogi muszą być surowsze, a oczekiwania stawiane pracownikowi – większe.

Do ogólnych rygorów, czyli dotyczących wszystkich stanowisk pracy, należą posiadanie: obywatelstwa polskiego¹⁴, pełnej zdolności do czynności prawnych, kwalifikacji wymaganych do wykonywania pracy na określonym stanowisku i korzystanie z pełni praw publicznych. Mają one charakter wyjściowy, wspólny dla wszystkich stanowisk. Odnośnie rygorów dotyczących stanowisk urzędniczych z wyboru należy dodatkowo wymienić brak skazania prawomocnym wyrokiem sądu za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe. Do zajmowania stanowisk urzędniczych, w tym kierowniczych stanowisk urzędniczych, na podstawie umowy o pracę, powinny być spełnione dalsze warunki, w tym co najmniej wykształcenie średnie, nieopozłakowana opinia (ust. 3), co najmniej trzyletni staż pracy lub wykonywanie przez co najmniej 3 lata działalności gospodarczej o charakterze zgodnym z wymaganiami na danym stanowisku i posiadanie wykształcenia wyższego pierwszego lub drugiego stopnia w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym (ust. 4)¹⁵. Specyficzne rygory dotyczą sekretarza (gminy, powiatu, województwa), albowiem wymagany jest co najmniej 4-letni staż pracy na stanowisku urzędniczym w jednostkach organizacyjnych samorządu terytorialnego, w tym co najmniej 2-letni staż pracy na kierowniczym stanowisku urzędni-

¹⁴ Zob. ustawę z 15.02.1962 r. o obywatelstwie polskim – Dz. U. z 2000 r., nr 28, poz. 353. Rygor ten został obecnie złagodzony na stanowiskach, na których wykonywana praca nie polega na bezpośrednim lub pośrednim udziale w wykonywaniu władzy publicznej i funkcji mających na celu ochronę generalnych interesów państwa, a osoby te wykazują znajomość języka polskiego potwierdzoną dokumentem określonym w przepisach o służbie cywilnej (art. 11 ust. 3 ustawy).

¹⁵ Zob. ustawę z 27.07.2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym – Dz. U. nr 164, poz. 1365.

czym (w tych jednostkach lub w innych jednostkach sektora finansów publicznych)¹⁶.

Odnosząc powyższe rygory do stanowisk pracy obsadzanych w drodze wyboru, nasuwa się spostrzeżenie, że w odniesieniu do pracowników z wyboru ustawodawca nie sformułował szczególnie surowych i restrykcyjnych wymogów, z tym, że obejmują one również osoby pełniące swoje funkcje pozaetatowo.

Stanowisk obsadzanych w drodze wyboru nie dotyczy ponadto tzw. służba przygotowawcza, czyli rodzaj stażu adaptacyjnego, którego celem jest teoretyczne i praktyczne przygotowanie pracownika do należytego wykonywania obowiązków służbowych. Organizuje się ją dla urzędników podejmujących po raz pierwszy zatrudnienie w samorządowych jednostkach organizacyjnych, czyli dla osób, z którymi nawiązano umowę o pracę na czas określony¹⁷. Ustawodawca, zastrzegając wybór dla istotnych – ważnych stanowisk w administracji samorządowej (w istocie organów tego samorządu), przyjął założenie, że są one obejmowane przez osoby posiadające wymagane kwalifikacje i doświadczenie zawodowe, zatem obowiązek odbycia służby przygotowawczej pozostawałby w sprzeczności z tym założeniem. Z podobnych względów osoby zatrudnione na podstawie wyboru nie podlegają ogólnym regułom naboru powszechnego określonego w pragmatyce.

Pomijając szczegółową analizę regulacji administracyjnoprawnych, wskazać jedynie należy, że zasady dokonywania wyboru osób na stanowiska w organach wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego określają właściwe przepisy ustrojowe¹⁸.

¹⁶ Przepisy szczególne formułują ewentualne dodatkowe wymogi zatrudnienia, np. w stosunku do strażników gminnych (miejskich) obowiązuje ustawa z 29.08.1997 r. o strażach gminnych – Dz. U. nr 123, poz. 779.

¹⁷ Na administracyjnoprawne pochodzenie tej instytucji zwraca uwagę J. Dobkowski, *Istota służby przygotowawczej w polskiej służbie cywilnej* [w:] *Prawne i aksjologiczne aspekty służby publicznej*, red. K. Miaskowska-Daszkiewicz, M. Mazuryk, Lublin–Warszawa 2010, s. 175.

¹⁸ Zob. art. 32 ustawy z 05.08.1998 r. o samorządzie województwa – Dz. U. nr 113, poz. 984, art. 27 ustawy z 05.08.1998 r. o samorządzie powiatowym –

Wyróżnia się wybór pośredni i bezpośredni. Ten ostatni dotyczy jedynie wójtów (burmistrzów, prezydentów miast) wybieranych w gminach bezpośrednio przez mieszkańców w wyborach powszechnych, równych i tajnych¹⁹.

Osoby piastujące funkcje organów jednostek samorządu terytorialnego, na każdym jego szczeblu, zawsze pozostają z tymi jednostkami w tzw. stosunkach organizacyjno-prawnych. Mają one charakter wyłącznie publiczny i są związane z wykonywaniem funkcji przedstawicielskich w organie.

Należy jednak postawić pytanie, czy w odniesieniu do ww. stanowisk istnieje wymóg jednoczesnego pozostawania w stosunku pracy, tj. czy osoba wybrana do pełnienia urzędu – piastowania stanowiska, jest jednocześnie pracownikiem w rozumieniu art. 2 i art. 22 KP. Można tutaj odróżnić dwie sytuacje: pełnienie funkcji etatowo (odpłatnie, w ramach stosunku pracy) albo pozaetatowo (nieodpłatnie, honorowo). Takie rozróżnienie nie jest nowością, albowiem podobny dualizm przewidywała ustawa z 23.03.1933 r. o częściowej zmianie ustroju samorządu terytorialnego, zwana scaleniową²⁰, dokonując podziału osób wchodzących w skład organów na funkcjonariuszy samorządowych zawodowych i niezawodowych oraz ustawa o systemie rad narodowych i samorządu terytorialnego²¹. W okresie międzywojennym w gminie wiejskiej zawodowym pracownikiem mógł zostać wójt, co do którego taką uchwałę podjęła rada gminna, zatwierdzona następnie przez władzę nadzorczą. Pozostali członkowie zarządu (podwójci i ławnicy) pełnili swoją funkcję niezawodowo. Analogiczna procedura dotyczyła w gminie miejskiej burmistrza oraz wiceburmistrzów

Tekst jedn. – Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1592, zwane dalej „ustawami ustrojowymi” i art. 470 i n. Kodeksu wyborczego.

¹⁹ W tym zakresie ustawę z 20.06.2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta – Dz. U. nr 113, poz. 984 z dniem 01.08.2011 r. zastąpił ww. Kodeks wyborczy.

²⁰ Dz. U. nr 35, poz. 294. Zob. art. 2 ust. 3–5 i art. 49 ustawy. Na ten temat A. Giedrewicz-Niewińska, *Wybór jako...*, s. 28 i n. oraz H. Szewczyk, *Stosunki pracy...*, s. 134 i n.

²¹ Dz. U. z 1988 r., nr 26, poz. 183.

w miastach niewydziałonych z powiatowego związku samorządowego, z tym, że – z reguły – wskazane osoby realizowały powierzone im zadania niezawodowo. Zawodowymi funkcjonariuszami samorządowymi byli z mocy prawa prezydenci i wiceprezydenci w miastach wydzielonych z powiatowego związku samorządowego. Podział ten miał swoje konsekwencje, albowiem jedynie zawodowi członkowie zarządów otrzymywali stałe uposażenie, odprawy oraz korzystali z prawa do zaopatrzenia emerytalnego (art. 53), do tego byli wybierani na podwójną kadencję i stawiano im wymóg posiadania wyższych kwalifikacji.

Powracając do regulacji ustawy z 2008 r., w odniesieniu do wójtów (burmistrzów, prezydentów miast) ustawa o pracownikach samorządowych przewiduje obligatoryjne pozostawanie w dwóch stosunkach prawnych, tj. organizacyjno-prawnym i pracy. Akt wyboru ma zatem w takich przypadkach podwójny charakter prawny²² – obok powstania stosunku organizacyjno-prawnego, regulowanego przepisami prawa administracyjnego (ustrojowego), tj. wyłonienia danej osoby do piastowania stanowiska, dochodzi także do nawiązania stosunku zobowiązaniowego (obligacyjnego) – stosunku pracy, podlegającego reżimowi prawa pracy.

Pozostałe osoby, pełniące funkcje przewodniczących organów wykonawczych (m.in. starosta, marszałek województwa) bądź też członkowie tych organów kolegialnych (m.in. członkowie zarządu powiatu, województwa) mogą pozostawać z jednostką jedynie w stosunku organizacyjno-prawnym, bez nawiązywania dodatkowej więzi o charakterze obligacyjnym. Wówczas nie są oni pracownikami samorządowymi i pełnią swoje funkcje niejako honorowo, poza stosunkiem pracy²³. Statuty powiatów, województw oraz związków jednostek samorządowych mogą jednak przewidywać konieczność pozostawania takich osób w stosunkach pracy, z tym, że rozszerzenie katalogu stanowisk obsadzanych na pod-

²² Zob. wyrok WSA w Lublinie z 11.05.2010 r., III SA/Lu 106/10, LEX 578762.

²³ Szerzej zob. Szerzej zob. A. Giedrewicz-Niewińska, *Wybór jako...*, s. 121 i n.

stawie wyboru w drodze regulacji statutowych jest niedopuszczalne i skutkuje bezwzględną nieważnością²⁴. Zwrot ustawowy „jeżeli statut (...) tak stanowi” należy interpretować w ten sposób, że regułą jest pełnienie funkcji poza stosunkiem pracy i dopiero pozytywna regulacja w tym zakresie może prowadzić do jego nawiązania i to jedynie z osobami wskazanymi w art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy. Jeżeli zatem statut danej jednostki pomija tę kwestię, należy przyjąć, że wybieralni pracownicy samorządowi organów wykonawczych będą pełnić swoje funkcje honorowo (pozaetatowo) i nie będą pracownikami samorządowymi. W konsekwencji, statut powinien pozytywnie określać, czy funkcje pochodzące z wyboru, będą sprawowane w ramach stosunku pracy, w przeciwnym wypadku – będą realizowane poza nim. O istnieniu stosunku pracy decydują zatem same władze samorządowe. Podkreślić należy w tym miejscu rolę regulacji statutowych w zakresie trybu i formy nawiązania stosunku pracy z wyboru, albowiem wobec braku unormowania kodeksowego, szczegółowe rozstrzygnięcia pozostawiono właśnie aktom wewnątrzzakładowym. W doktrynie prawa istnieją rozbieżności co do charakteru prawnego statutu jednostki samorządowej. W omawianym zakresie obowiązuje zasada, że regulacje te nie mogą tworzyć nowych instytucji bądź modyfikować istniejących ustawowych konstrukcji w odniesieniu do poszczególnych grup społeczno-zawodowych pracowników wybieralnych²⁵. Przesłanki i skutki ustania tego rodzaju stosunków pracy zostały bowiem przede wszystkim uregulowane w przepisach rangi ustawowej (art. 73 i n. KP i art. 43 ustawy). W ten sposób, właściwe organy samorządowe, uchwalając statuty (podobnie regulaminy), mogą co najwyżej uzupełniać te regulacje ustawowe przy zachowaniu braku sprzeczności z nimi jako aktami powszechnie obowiązującymi. Zagadnienia te powin-

²⁴ Por. H. Szewczyk, *Stosunki pracy...*, s. 131 i n. oraz wyrok NSA w Warszawie z 24 października 1990 r., II SA 694/90, ONSA 1990, nr 4, poz. 8.

²⁵ Szerzej H. Szewczyk, *Stosunki pracy...*, s. 140 i n.

ny również pozostawać w związku z ustrojem lub organizacją jednostki samorządowej i sposobem działania jej organów²⁶.

Wobec zatem wszystkich powyższych stanowisk – poza wójtem (burmistrzem, prezydentem miasta) – statut określonej jednostki samorządu terytorialnego może przewidywać honorowe ich piastowanie, tj. bez nawiązywania stosunku pracy. Taka osoba pozostaje wówczas w organizacyjno-prawnym stosunku o charakterze publicznoprawnym i nie dochodzi do jej zatrudnienia etatowego. Powyższe oznacza, że akt wyboru na stanowisko kierownicze w samorządzie terytorialnym zawsze prowadzi do powstania stosunku organizacyjno-prawnego, a jeśli dana osoba ma być zatrudniona na podstawie szczególnych postanowień statutu, jak również w odniesieniu do wójtów (burmistrzów, prezydentów miast) – stanowi także podstawę nawiązania stosunku pracy. Jedynie zatem na szczeblu powiatu, województwa i związków jednostek samorządu terytorialnego możliwa jest rezygnacja z nawiązywania stosunku pracy i poprzestanie jedynie na więzi organizacyjno-prawnej. Możliwość rezygnacji z wykorzystania wyboru jako podstawy zatrudnienia na rzecz zatrudnienia w ramach stosunków organizacyjno-prawnych, nie może prowadzić do zastosowania innego rodzaju podstawy typu umowa cywilnoprawna.

Powstaje pytanie o zasadność w/w zróżnicowania i wprowadzenia – jedynie w przypadku wójta (burmistrza, prezydenta miasta) – obowiązku pozostawania w stosunku pracy. Do tego dochodzi istotna wątpliwość, czy taka dyferencjacja statusu prawnego osób wykonujących te same zadania, jest zasadna, jakie stosować do tych osób – nie będących pracownikami w rozumieniu prawa pracy – uregulowania prawne, jak określać ich prawa i obowiązki, czas pracy czy odpowiedzialność. W przypadku bowiem, gdy nie dochodzi do nawiązania stosunku pracy, sytuacja prawna wybranego podlega wyłącznie ustawom ustrojowym, albowiem ustawa z 2008 r., oprócz dokonania takiego podziału, nie reguluje odrębnie sytuacji prawnej osób pełniących funkcje honorowo. Nawet

²⁶ Na ten temat A. Giedrewicz-Niewińska, *Wybór jako...*, s. 78 i n.

jednak i ustawy ustrojowe nie normują tej kwestii w sposób wyczerpujący, gdyż zawarte są w nich głównie regulacje administracyjno-prawne, a nie ze sfery prawa pracy. Oznaczenie zatem praw i obowiązków tych osób może okazać się dość trudne. Osoby pełniące swoje funkcje honorowo mogą wprawdzie ponosić odpowiedzialność karną lub cywilną, ale jedynie wówczas, gdy ich zachowanie narusza prawo. W sytuacji jednak, gdy nie stwierdzi się bezprawności ich zachowania, jedyną sankcją wydaje się pozbawienie funkcji powstałej w wyniku aktu wyboru. Nie jest to jednak jedynie problem odpowiedzialności tych osób, ale również uprawnień z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego²⁷. Nieuprawnione zróżnicowanie daje się zauważyć np. w sytuacji, gdy osoba wybrana pozostaje w stosunku pracy z innym pracodawcą. Pracownik pozostający w związku z wyborem na urlopie bezpłatnym ma prawo powrotu do pracy u pracodawcy, który zatrudnił go w chwili wyboru, na stanowisko równorzędne pod względem wynagrodzenia z poprzednio zajmowanym, jeżeli zgłosi swój powrót w ciągu 7 dni od rozwiązania stosunku pracy z wyboru. Niedotrzymanie tego warunku powoduje wygaśnięcie stosunku pracy, chyba że nastąpiło z przyczyn niezależnych od pracownika (art. 74 KP). Ponadto, w związku z wyborem, pracownik samorządowy może wystąpić do dotychczasowego pracodawcy z wnioskiem o udzielenie mu urlopu bezpłatnego (art. 174–174¹ KP). Urlop ten nie jest jednak dopuszczalny, jeżeli mandatariusz – wybrany nie ma statusu pracownika samorządowego (pełni swoją funkcję pozaetatowo) i wówczas może ubiegać się o taki urlop jedynie na zasadach ogólnych – o ile pracodawca wyrazi na to zgodę, z tą istotną różnicą, że okres takiego urlopu nie zostanie wliczony do okresu pracy, od którego zależą uprawnienia pracownicze (art. 174 KP)²⁸.

Akt wyboru na dane stanowisko, tj. w istocie obsadzenie stanowiska politycznego w strukturze samorządowej w drodze sto-

²⁷ E. Ura, *Pozycja prawna pracownika terenowej administracji rządowej i samorządu terytorialnego*, Lublin 1995, s. 55.

²⁸ H. Szewczyk, *Stosunki pracy...*, s. 146.

sunku pracy z wyboru, musi być dokonane przez właściwy organ, najczęściej jest to uchwała organu kolegialnego, rodząca skutki także w sferze prawa pracy. Powinna ona w zasadzie określać stanowisko, bez konieczności oznaczania pozostałych elementów kreujących stosunek pracy, np. wynagrodzenia za pracę, terminu rozpoczęcia pracy itp. (por. art. 29 KP), w praktyce następuje to zazwyczaj po dokonaniu wyboru na stanowisko – w dodatkowym porozumieniu. W dalszej kolejności musi nastąpić przyjęcie wyboru przez kandydata. Akt wyboru wójta (burmistrza, prezydenta miasta) powoduje powstanie mandatu i automatyczne nawiązanie stosunku pracy. Pojawia się pytanie o termin tego nawiązania, tj. czy następuje to w dniu wyboru, w dniu, w którym osoba wybrana wyraziła zgodę na objęcie stanowiska czy też w dniu złożenia ślubowania. W ostatnim okresie przeważa pogląd, że chwilą miarodajną jest dzień złożenia ślubowania²⁹. Zgodnie z art. 29a ust. 1, 2 i 4 ustawy o samorządzie gminnym³⁰, objęcie obowiązków przez wójta następuje z chwilą złożenia wobec rady gminy ślubowania. Uchylenie się od tego obowiązku w terminie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia wyników wyborów wójta, jest równoznaczne z odmową złożenia ślubowania. Pozostałe przepisy dotyczące stanowisk w samorządzie powiatowym i wojewódzkim, tj. ustawy ustrojowe, nie zawierają w tym względzie unormowania, należy zatem przyjąć, że dniem nawiązania stosunku pracy z członkami zarządów, jest dzień, w którym dana osoba została wybrana na określone stanowisko kierownicze przez organ kolegialny³¹. Niejasność tej kwestii, wobec braku ogólnej regulacji kodeksowej w tym przedmiocie, wymaga, jak się wydaje, reakcji ustawodawcy³².

²⁹ Zob. H. Szewczyk, *Stosunki pracy...*, s. 143 i n. i A. Giedrewicz-Niewińska, *Wybór jako...*, s. 287 i n.

³⁰ Ustawa z 08.03.1990 r. – Dz. U. z 2001 r., nr 142, poz. 1591. Obecnie jest to ustawa o samorządzie gminnym – zmiana nastąpiła na podstawie art. 10 pkt 1 ustawy z 29.12.1998 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrożeniem reformy ustrojowej państwa – Dz. U. nr 162, poz. 1126.

³¹ Zob. J. Stelina, *Prawo urzędnicze*, Warszawa 2009, s. 102–103.

³² Szerzej zob. J. Stelina [w:] M. Rycak, A. Rycak, J. Stelina, *Ustawa o pracownikach...*, s. 85 i n.

W ostatnim okresie, w doktrynie, dość często stawia się pytanie o zasadność utrzymania, w tym w administracji samorządowej, stosunku pracy z wyboru. Część autorów opowiada się za jego zachowaniem przy opracowaniu nowej, jednolitej i konsekwentnej koncepcji tego rodzaju stosunku pracy³³. Prezentowany jest również pogląd, że wybór powinien pozostać jako podstawa nawiązania stosunku pracy przy rozbudowaniu wymaganych regulacji kodeksowych. Wybór – poza służbą publiczną – powinien sięgać, w sprawach nieuregulowanych, do przepisów o umowie o pracę na czas określony, natomiast w ramach służby publicznej kodeksowa regulacja wyboru powinna być częściowo wzorowana na przepisach pragmatyk służbowych dotyczących stosunków pracy z mianowania³⁴. Zdaniem H. Szewczyk³⁵, właściwą drogą jest powrót do rozwiązań okresu międzywojennego i stworzenie nowego modelu zatrudnienia na podstawie wyboru w ramach publicznoprawnego charakteru zatrudnienia z elementami prawa pracy. Wg. T. Liszcz³⁶ natomiast należałoby rozważyć rezygnację z wyboru, albowiem przedmiotem jego funkcji jest raczej uprawianie polityki niż świadczenie pracy podporządkowanej. Wybór powinien pozostać sposobem wyłaniania piastunów określonych funkcji w różnego rodzaju organizacjach, a gdyby zachodziła konieczność pracowniczego zaangażowania, mógłby zostać potraktowany jako konieczna przesłanka nawiązania stosunku pracy na podstawie umowy o pracę.

Moim zdaniem, prawidłowe wykonywanie zadań związanych z funkcjonowaniem samorządu terytorialnego najlepiej gwarantują osoby związane z jednostkami samorządowymi najbardziej

³³ Zob. B. M. Ćwiertniak, M. Taniewska-Peszko, *Pracownicy samorządowi*, Gdańsk 1991, s. 112; A. Giedrewicz-Niewińska, *Wybór jako...*, s. 319–320 i E. Ura, *Status prawny pracowników samorządowych*, Warszawa 1992, s. 50.

³⁴ Zob. W. Sanetra, *Uwagi w kwestii zakresu podmiotowego kodeksu pracy* [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Prof. T. Zielińskiego*, red. M. Matey-Tyrowicz, L. Nawacki, B. Wagner, Warszawa 2002, s. 308–310.

³⁵ *Problemy personalne w samorządzie*, „ST” 1992, nr 10, s. 3–4.

³⁶ *Pozaukładowe stosunki pracy* [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matey-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 252.

trwałymi więziami prawnymi w postaci stosunków pracy. Obecnie stosunek pracy z wyboru nie ma charakteru jednolitego, a jego specyficzną naturę należy uwzględnić w ramach współzależności z wykonywanym mandatem. W konsekwencji, opowiadam się za pozostawieniem stosunku pracy z wyboru ze wskazaniem, że z uwagi na to, że Kodeks pracy i inne ustawy regulują jedynie skutki prawne aktu wyboru w sferze stosunków pracy, a także sama regulacja kodeksowa jest niepełna i lakoniczna (art. 73–75 KP), należałoby dokonać stosownych zmian doprecyzowujących tę podstawę zatrudnienia. Wymagane byłoby uszczegółowienie istniejącej regulacji stosunku pracy z wyboru w samym Kodeksie pracy (ewentualnie w ustawie o pracownikach samorządowych) i jednocześnie jej ujednoczenie. Za słuszny uważam wyżej prezentowany pogląd W. Sanetry, że wybór – poza służbą publiczną – powinien zbliżyć się w zakresie tej regulacji do przepisów o umowie o pracę na czas określony, natomiast w ramach służby publicznej unormowanie wyboru powinno być – choć częściowo – wzorowane na przepisach pragmatyk służbowych dotyczących stosunków pracy z mianowania. Ponadto obecnie, w sferze samorządności na szczeblu powiatu i województwa statut jako akt prawa miejscowego może określać, czy funkcje pochodzące z wyboru, będą sprawowane w ramach stosunku pracy, czy też poza nim. Jest to istotna materia pozostawiona tej regulacji – o istnieniu stosunku pracy mogą bowiem decydować same władze samorządowe. Moim zdaniem, taki stan jest nieprawidłowy i również powinien ulec zmianie na rzecz rozwiązań powszechnie obowiązującego prawa pracy (materia ustawowa). Należy również wskazać, że wątpliwości budzi wyżej opisany dualizm wykonywania funkcji w organach wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego. Możliwe są tutaj dwa rozwiązania: rezygnacja ze stosunku pracy albo – co wydaje się bardziej właściwe – ustawowe objęcie wszystkich członków organów wykonawczych obowiązkiem pozostawania w stosunku pracy, tj. bez możliwości regulowania tej kwestii w drodze statutów. W sytuacji natomiast, gdyby ustawodawca zdecydował się na zachowanie *status quo*, tj. pozostawienie

funkcji etatowych i pozaetatowych w tych organach, powinny towarzyszyć temu odrębne regulacje prawne dotyczące statusu osób wybieralnych w związku z pełnieniem przez nich wprawdzie tej samej funkcji, ale na odmiennych zasadach. Nieuprawnione jest bowiem, moim zdaniem, stosowanie regulacji prawa pracy w odniesieniu do osoby wybranej, która pełni swoją funkcję jedynie honorowo.

ABSTRACT

Rendering work on grounds of act of election in executive organs of territorial self-government units

In the elaboration the author performs a fragmentary analysis of a legal relation which constitutes grounds of carrying out duties by people holding a role of executive organs in territorial self-government units (exercising public powers). One should differentiate two situations: to be in charge of a function as a regular post (in the scope of election as an extracontractual employment relationship) and as an extra-post (honorary). Existence of this dualism is not accompanied by separate regulations concerning a professional situation of people elected to these organs, which can cause essential doubts in practice of application of the law.

Both the Labour Code (art. 73–75 KP) and other normative acts, among others act of 21.11.2008 on self-governmental employees do not contain a detailed regulation of an election as a ground for establishing an employment relationship, particularly in the scope of its change and termination. A catalogue of posts, providing an election as a ground for employment among self-governmental employees, is closed. The act of election to a managerial function in a territorial self-government always leads to establishing an organisational-legal relation, and if a given person is to be employed on a ground of particular provisions of a statute, as well as in relation to heads of communes (mayors, presidents of cities) – it also constitutes a ground of establishing an employment relationship. Thus only at a level of an administrative district, province and unions of territorial self-government units it is possible to resign from establishing an employment relationship and to limit merely to organisational-legal bonds. In relation with this, a question arises whether

such differentiation of a legal status of people fulfilling the same tasks is justified, what legal regulations are to be used towards these people, who are not employees in understanding of labour law.

Nowadays a question is quite often posed on justification of maintaining in self-governmental administration an employment relationship by election. Finally the elaboration refers to the issue, i.e. whether and possibly in what direction should a concept of development of this extracontractual ground of employment head to.

Rodziny zastępcze – problematyka administracyjnoprawna (cz. 1)

I. Wprowadzenie

Dziecko pozbawione opieki rodzicielskiej ma prawo do opieki i wychowania w jednej z form pieczy zastępczej. Potwierdzają to pośrednio bądź wprost przepisy: Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (art. 7 ust. 1, art. 18 ust. 1)¹, Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (art. 72 ust. 2)², jak również ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (art. 4 pkt 1)³ (dalej: ustawa). W ramach pieczy zastępczej można wyróżnić: rodzinne (a wśród nich: rodziny zastępcze i rodzinne domy dziecka)⁴ oraz instytucjonalne jej formy (są to: placówki opiekuńczo-wychowawcze, regionalne placówki opiekuńczo-terapeutyczne,

¹ Dz. U. z 1991 r., nr 120, poz. 526 z późn. zm.

² Dz. U. nr 78, poz. 483 ze sprost. i z późn. zm.

³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 135 z późn. zm.

⁴ W 2013 r. w rodzinnej pieczy zastępczej przebywało 58 570 dzieci umieszczonych w 40 260 podmiotach rodzinnej pieczy zastępczej. Liczba rodzin zastępczych w 2013 r. wynosiła 39 930, co oznacza wzrost o 89 rodzin w stosunku do 2012 r. (39 841 rodzin). Rodziny zastępcze stanowiły 99% ogólnej liczby podmiotów rodzinnej pieczy zastępczej. Pozostały 1% stanowiło 330 rodzinnych domów dziecka, których liczba wzrosła aż o 45% w stosunku do 2012 r. (228 rodzinnych domów dziecka). „Informacja Rady Ministrów o realizacji w roku 2013 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 135 z późn. zm.)”, Warszawa 2014 r.; dostęp: www.bip.kprm.gov.pl z dnia 24 września 2014 r., s. 13.

interwencyjne ośrodki preadopcyjne)⁵. Prawo dziecka do opieki i wychowania we wskazanych wyżej formach pieczy zastępczej, ma jednak charakter wtórny w relacji do prawa dziecka do rodziny naturalnej. Dla rodzica i dziecka wspólne życie stanowi podstawowy element życia rodzinnego⁶, a rozdzielenie rodziny stanowi poważną ingerencję w prawo do poszanowania tego życia⁷. Gdy rodzina nie wypełnia swoich funkcji lub wypełnia je niewłaściwie najpierw należy ją wesprzeć. Służy temu stosowanie adekwatnych do potrzeb instrumentów prawnych, które umożliwiają przywrócenie rodzinie zdolności do wypełniania funkcji opiekuńczo-wychowawczych. Działania zmierzające do osiągnięcia tego celu podejmowane są na podstawie ustawy, jak również innych aktów prawnych o zbliżonej tematyce. Mają one wyeliminować zagrożenie zabrania dziecka z rodziny albo umożliwić szybki powrót do niej dziecku, które ze względu na jego dobro czasowo musiało zostać umieszczone poza rodziną. „[...] Odebranie dziecka spod opieki rodzica powinno być postrzegane normalnie jako środek tymczasowy, od którego się odstępuje natychmiast, kiedy pozwalają na to okoliczności, a stosowanie tego środka powinno być zgodne z nadrzędnym celem ponownego połączenia rodzica biologicznego i dziecka [...]”⁸. Postępowanie takie zgodne jest w szczególności z zaleceniem Komisji Europejskiej z dnia 20 lutego 2013 r. Inwestowanie w dzieci: przerwanie cyklu marginaliza-

⁵ Na dzień 31 grudnia 2013 roku działało na terenie Polski 918 placówek opiekuńczo-wychowawczych, w których przebywało łącznie 19 949 dzieci. W dwóch interwencyjnych ośrodkach preadopcyjnych przebywało 41 dzieci, natomiast w trzech regionalnych placówkach opiekuńczo-terapeutycznych 115 dzieci. „Informacja Rady Ministrów...”, s. 32–37.

⁶ Wyrok ETPC Santos Nunes v. Portugalia z dnia 22 maja 2012 r., 61173/08, LEX nr 116464.

⁷ Wyrok ETPC (Wielka Izba) Scozzari i Giunta v. Włochy z dnia 13 lipca 2000 r., 39221/98, LEX nr 76745.

⁸ Johansen przeciwko Norwegii – orzeczenie z dnia 7 sierpnia 1996 r., RJD 1996 – III, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 17 stycznia 1995 r., skarga nr 17383/90, opublikowane [w:] *Europejski Trybunał Praw Człowieka – orzecznictwo*, t. 2, *Prawo do życia i inne prawa*, opracował M. A. Nowicki, Kraków 2002, s. 764 i n.

cji⁹. Umieszczenie dziecka w jakiegokolwiek formie pieczy zastępczej może nastąpić – co do zasady – dopiero po wykorzystaniu wszelkich form wsparcia rodziny naturalnej. Jeżeli mimo udzielonego rodzinie wsparcia wystąpi konieczność umieszczenia dziecka poza nią, należy kontynuować jej wspieranie, aby dziecko mogło powrócić do niej najszybciej jak to możliwe¹⁰. Gdy okaże się to niemożliwe – przy uwzględnieniu dobra dziecka – rozważyć należy jego przysposobienie¹¹ a w razie braku tej możliwości – opiekę i wychowanie w środowisku zastępczym, np. w rodzinie zastępczej, która stanie się w tym przypadku – co stanowi wyłom – trwałym środowiskiem zastępczym dla dziecka aż do czasu jego usamodzielnienia.

II. Kategorie rodzin zastępczych

Uwzględniając przepisy ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej można przyjąć, iż rodzina zastępcza jest czasową, rodzinną formą pieczy zastępczej, którą tworzą małżonkowie lub osoba niepozostająca w związku małżeńskim, będący wstępnymi lub rodzeństwem dziecka, jak i niebędący wstępnymi lub rodzeństwem dziecka, na zasadach określonych w ustawie. Rodziny zastępcze – przy uwzględnieniu kryterium charakteru więzi łączących osoby sprawujące pieczę nad dzieckiem umieszczonym w rodzinie zastępczej (w ustawowym ujęciu) – można podzielić na: spokrewnione oraz niespokrewnione, a w ramach drugiej grupy – rodziny zastępcze zawodowe oraz rodziny zastępcze niezawodowe. Wskazana delimitacja nie ma jednak sztywnego charakteru¹².

⁹ Dz. Urz. UE L 59 z 02.03.2013 r., s. 5.

¹⁰ W 2013 roku z placówek opiekuńczo-wychowawczych do rodzin naturalnych powróciło 1 905 dzieci. „Informacja Rady Ministrów...”, s. 36.

¹¹ W 2013 r. sądy orzekły przysposobienie wobec 3 537 dzieci, w tym w przypadku 312 dzieci, wniosku o przysposobienie posiadali miejsce zamieszkania poza terytorium RP. „Informacja Rady Ministrów...”, s. 42.

¹² Szerzej S. Łakoma, *Instytucja rodzin zastępczych w prawie administracyjnym*, Łódź 2014, s. 151 i n.

Pierwsza kategoria rodzin zastępczych to rodziny zastępcze spokrewnione. Rodzinę tę tworzą małżonkowie lub osoba niepozostająca w związku małżeńskim będący wstępnymi lub rodzeństwem dziecka (art. 41 ust. 2 ustawy). Doprecyzowanie pojęcia „rodzina zastępcza spokrewniona” – jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy – znajduje swoje racje w przepisach ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹³ (dalej: k.r.o.). Uwzględniono tu osoby, na których z mocy prawa ciąży obowiązek alimentacyjny, gdy rodzice dziecka nie wywiązują się ze swojego obowiązku¹⁴. Uściślenie przez ustawodawcę, co należy rozumieć pod pojęciem „rodzina zastępcza spokrewniona” jest trafnym rozwiązaniem (ma to wyeliminować zjawisko tzw. pozornego rodzicielstwa zastępczego). Trudno jednak nie dostrzeżać, że krąg osób, które objęte są zakresem tego pojęcia jest bardzo wąski, co znacznie ogranicza możliwość tworzenia tego typu rodzin.

Przeciwieństwem rodzin zastępczych spokrewnionych, są rodziny zastępcze niespokrewnione, a wśród nich rodziny zastępcze zawodowe oraz rodziny zastępcze niezawodowe. Tworzą je małżonkowie lub osoba niepozostająca w związku małżeńskim niebędący wstępnymi lub rodzeństwem dziecka (co nie wyklucza ich tworzenia przez osoby spokrewnione z dzieckiem).

Wśród rodzin zastępczych zawodowych wyróżnić należy: rodziny zastępcze zawodowe, rodziny zastępcze zawodowe pełniące funkcję pogotowia rodzinnego, a także rodziny zastępcze zawodowe specjalistyczne. Wyliczenie tych rodzin ujęte jest w katalogu otwartym, co wynika z treści art. 39 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy, w którym użyto zwrotu „w tym”. Rodziny zastępcze zawodowe nie muszą „specjalizować się” w pieczy nad określonymi grupami dzieci. Będą więc one sprawowały pieczę zastępczą nad dziećmi, które nie wymagają szczególnego do nich podejścia.

¹³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 788 z późn. zm.

¹⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Sejm VI. kadencji nr 3378), projekt rozpatrzony wspólnie z innymi projektami, dostęp: www.sejm.gov.pl z dnia 10 listopada 2011 r.

Wśród rodzin zastępczych zawodowych wyróżniono też rodziny zastępcze zawodowe pełniące funkcję pogotowia rodzinnego. Umieszczenie dziecka we wskazanej rodzinie zastępczej uzasadnione jest przeważnie krótkotrwałymi problemami w jego rodzinie naturalnej. Sąd wydając orzeczenie o umieszczeniu dziecka w tego typu rodzinie winien ocenić, na ile jest realna szansa szybkiego powrotu dziecka do rodziny. Jeśli prawdopodobieństwo takiego powrotu jest niewielkie, niecelowym jest umieszczenie tam dziecka¹⁵.

W ramach rodzin zastępczych zawodowych, można też wyróżnić rodziny zastępcze zawodowe specjalistyczne. W rodzinach takich, stosownie do art. 59 ust. 1–2 ustawy, umieszcza się w szczególności:

- 1) dzieci legitymujące się orzeczeniem o niepełnosprawności lub orzeczeniem o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności;
- 2) dzieci na podstawie ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich¹⁶;
- 3) małoletnie matki z dziećmi¹⁷.

¹⁵ Szerzej S. Łakoma, *op. cit.*, s. 155 i n.

¹⁶ Tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r., poz. 382.

¹⁷ W liście skierowanym przez RPD do Ministra Pracy i Polityki Społecznej w dniu 25 października 2013 r. (ZEW/5000/40/2013/ZA), RPD wyraził zaniepokojenie ciągle niewystarczającą liczbą rodzin zastępczych, które mogłyby się zająć równocześnie małoletnią matką oraz jej dzieckiem. W konsekwencji osoby te są często rozdzielane. Według RPD, w tym stanie rzeczy, konieczne jest budowanie mechanizmów zachęcających do tworzenia zwłaszcza rodzin zastępczych zawodowych specjalistycznych, które mogłyby się zająć małoletnią matką i jej dzieckiem. Dostęp: www.rpd.gov.pl z dnia 5 listopada 2013 roku. W dniu 20 listopada 2013 r. w pieczy zastępczej przebywały 234 dziewczęta, które są małoletnimi matkami. W rodzinnych formach pieczy zastępczej przebywało 95 małoletnich matek z dziećmi, z tego: 45 w rodzinach zastępczych spokrewnionych, 24 w rodzinach zastępczych niezawodowych, 22 w rodzinach zastępczych zawodowych, a 4 z nich w rodzinnych domach dziecka. Z kolei w instytucjonalnej pieczy zastępczej umieszczonych było 139 matek, w tym 101 przebywało w placówkach opiekuńczo-wychowawczych razem z dzieckiem. „Informacja Rady Ministrów...”, s. 46–47.

Uwzględniając specyfikę rodzin zastępczych zawodowych specjalistycznych, a dokładniej umieszczane w nich dzieci, można – co wynika z powyższego wyliczenia – wyodrębnić kilka typów tych rodzin zastępczych¹⁸.

W grupie rodzin zastępczych niespokrewnionych występują też rodziny zastępcze niezawodowe. W swojej formule rodziny te są bardzo zbliżone do rodzin zastępczych zawodowych. Niemniej jednak nie otrzymują one – w odróżnieniu od rodzin zastępczych zawodowych – wynagrodzenia. O tym, czy dziecko zostanie umieszczone w rodzinie zastępczej niezawodowej, czy też w rodzinie zastępczej zawodowej decyduje przede wszystkim sytuacja dziecka wyznaczona jego indywidualnymi, specyficznymi potrzebami, ale i możliwość umieszczenia dziecka w danym czasie w określonej rodzinie zastępczej.

III. Przesłanki utworzenia rodziny zastępczej

Tworzenie rodzin zastępczych łączy się z instytucją organizatora rodzinnej pieczy zastępczej. Rola organizatora rodzinnej pieczy zastępczej sprowadza się do dbałości o rozwój rodzinnych form pieczy zastępczej, w tym rodzin zastępczych poprzez: inicjowanie ich tworzenia, kwalifikowanie kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej oraz wspieranie funkcjonujących już rodzin zastępczych. W myśl art. 76 ust. 1–2 ustawy, organizatorem rodzinnej pieczy zastępczej jest jednostka organizacyjna powiatu lub podmiot, któremu powiat zlecił realizację tego zadania na podstawie art. 190 ustawy. W przypadku, gdy wyznaczoną jednostką organizacyjną jest powiatowe centrum pomocy rodzinie, w centrum tym tworzy się zespół do spraw rodzinnej pieczy zastępczej¹⁹. Na terenie jednego powiatu może działać więcej niż jeden organizator rodzinnej pieczy zastępczej. Możliwe jest więc powołanie na organizatora rodzinnej pieczy zastępczej – powia-

¹⁸ Szerzej S. Łakoma, *op. cit.*, s. 157–158.

¹⁹ Zob. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 20 marca 2013 r., ISA/Po 60/13, LEX nr 1301010.

towego centrum pomocy rodzinie, a dodatkowo wyodrębnienie jednostki organizacyjnej w powiecie, która będzie takim organizatorem. Niezależnie od tego, możliwe jest też powołanie trzeciego organizatora, w ramach zlecenia tego zadania organizacji pozarządowej²⁰. Organizatorem rodzinnej pieczy zastępczej nie może być placówka opiekuńczo-wychowawcza.

Do zadań organizatora rodzinnej pieczy zastępczej, w zakresie tworzenia rodzin zastępczych, należy w szczególności:

- prowadzenie naboru kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej oraz rodziny zastępczej niezawodowej;
- kwalifikowanie osób kandydujących do pełnienia funkcji rodziny zastępczej oraz wydawanie zaświadczeń kwalifikacyjnych zawierających potwierdzenie ukończenia szkolenia, opinię o spełnianiu warunków i ocenę predyspozycji do sprawowania pieczy zastępczej;
- zapewnienie badań psychologicznych kandydatom do pełnienia funkcji rodziny zastępczej (a także funkcjonującym rodzinom zastępczym);
- organizowanie szkoleń dla kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej;
- zapewnianie rodzinom zastępczym szkoleń mających na celu podnoszenie ich kwalifikacji;
- prowadzenie działalności diagnostyczno-konsultacyjnej, której celem jest pozyskiwanie, szkolenie i kwalifikowanie osób zgłaszających gotowość do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej oraz rodziny zastępczej niezawodowej;
- przeprowadzanie badań pedagogicznych i psychologicznych oraz analizy sytuacji osobistej, rodzinnej i majątko-

²⁰ K. Tryniszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 201. W 2013 r. na terenie powiatów funkcjonowało 389 organizatorów rodzinnej pieczy zastępczej. „Informacja Rady Ministrów...”, s. 18.

wej, dotyczących kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej.

Przesłanki utworzenia rodziny zastępczej zostały ujęte w art. 41 oraz w art. 42 ust. 1–3 ustawy. Przyjęte wymogi (poza wyjątkami, o których będzie mowa w dalszej części opracowania) dotyczą wszystkich osób wyrażających wolę pełnienia funkcji rodziny zastępczej, niezależnie od kategorii rodziny, którą zamierzają oni utworzyć.

Rodzinę zastępczą tworzą małżonkowie lub osoba niepozostająca w związku małżeńskim, u których umieszczono dziecko w celu sprawowania nad nim pieczy zastępczej. Z punktu widzenia interesu dziecka wydaje się, iż rozwiązaniem optymalnym byłoby jego umieszczenie w rodzinie zastępczej, którą tworzą małżonkowie. Niezależnie jednak od tego rodzinę zastępczą może utworzyć także osoba niepozostająca w związku małżeńskim. Zwrot „osoba niepozostająca w związku małżeńskim” może być rozumiany co najmniej na kilka sposobów. Osobą taką może być: osoba samotna będąca osobą heteroseksualną, osoba pozostająca w związku kohabitacyjnym, a także osoba samotna będąca osobą homoseksualną czy wreszcie osoba pozostająca w związku homoseksualnym²¹.

Kolejne wymogi stawiane osobom zamierzającym pełnić funkcję rodziny zastępczej są uregulowane art. 42 ust. 1–3 ustawy. Pełnienie funkcji rodziny zastępczej może być powierzone osobom, które dają rękojmię należytego sprawowania pieczy zastępczej. „Rękojmia” to według Słownika Języka Polskiego „poręczenie, zagwarantowanie czegoś, gwarancja, zabezpieczenie, pewność, zapewnienie o czymś, przyrzeczenie czegoś”²². W przepisach prawa zwrot ten występuje wielokrotnie²³. Dawanie rękojmi dotyczy

²¹ Szerzej S. Łakoma, *op. cit.*, s. 168 i n.

²² *Słownik Języka Polskiego*, t. III, red. M. Szymczak, Warszawa 1993, s. 61.

²³ Zob. np.: art. 29 ust. 2 pkt 8 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. nr 182, poz. 1228); § 2 ust. 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 3 sierpnia 2012 r. w sprawie udzielania pomocy na usamodzielnienie, kontynuowanie nauki oraz zagospodarowanie (Dz. U. poz. 954); § 12 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra

osób fizycznych i wiąże się z pełnieniem czy też z ubieganiem się o pełnienie określonych funkcji. Osoby te mają gwarantować wypełnianie powierzonych im zadań na jak najwyższym poziomie. Tak też rozumiane jest to sformułowanie w orzecznictwie. Z wyroku NSA z dnia 17 maja 2012 r.²⁴ wynika, iż: „[...] Rękojmia to pewność, zagwarantowanie czegoś, zapewnienie o czymś [...]”. „[...] Na rękojmię należytego wykonywania obowiązków składa się całokształt cech charakteru, jak szlachetność, prawość, sumienność, bezstronność [...]”²⁵. W wyroku NSA z dnia 24 maja 2013 r.²⁶ potwierdzono np. że spełnienie: „[...] Kryterium „rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu notariusza” służy zagwarantowaniu odpowiedniego poziomu etycznego i zawodowego członka tej korporacji. Jego spełnienie wymagane jest od kandydata na notariusza niezależnie od spełnienia przez niego pozostałych warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych [...]”. W zbliżony sposób należy rozumieć sformułowanie: „dawanie rękojmi należytego sprawowania pieczy zastępczej”. Osoby zamierzające pełnić funkcję rodziny zastępczej, zanim stworzą taką rodzinę, jak również przez cały okres jej funkcjonowania muszą dawać gwarancję, że będą pełnić tę funkcję w sposób zapewniający właściwą opiekę przebywającym tam dzieciom.

Pełnienie funkcji rodziny zastępczej może być powierzone osobom, które wypełniają obowiązek alimentacyjny – w przypad-

Sprawiedliwości z dnia 24 stycznia 2005 r. w sprawie biegłych sądowych (Dz. U. nr 15, poz. 133).

²⁴ II GKS 566/11, LEX nr 1219572; wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 czerwca 2007 r., VI SA/Wa 651/07, LEX nr 352709.

²⁵ Wyrok NSA z dnia 14 czerwca 2011 r., II GSK 627/10, LEX nr 852313. „[...] na rękojmię składają się dwa elementy: cechy charakteru i dotychczasowe zachowanie osoby [...] Ocena spełnienia warunku rękojmi dotyczy prognozowania przyszłych zachowań [...], o tych zaś nie sposób wnioskować inaczej, iż z prezentowanej dotychczas postawy etycznej i moralnej, a także sposobu postępowania, zwłaszcza oceny wykonywania dotychczasowego zawodu (wykonywanej pracy) [...]”. Wyrok NSA z dnia 17 maja 2012 r., II GKS 566/11, LEX nr 1219572.

²⁶ II GKS 291/12, LEX nr 1329706.

ku, gdy taki obowiązek w stosunku do nich wynika z tytułu egzekucyjnego. Z kolejnym wymogiem stawianym kandydatom do pełnienia funkcji rodziny zastępczej, wiąże się kwestia wykonywania władzy rodzicielskiej. Pełnić funkcję rodziny zastępczej mogą wyłącznie osoby, które: nie są i nie były pozbawione władzy rodzicielskiej. Ich władza rodzicielska nie jest też ograniczona ani zawieszona. Z oczywistych powodów, funkcja rodziny zastępczej może być powierzona osobom, które nie są ograniczone w zdolności do czynności prawnych. Nadmienić należy, iż spełnienie wymogów w zakresie: wypełniania obowiązku alimentacyjnego, władzy rodzicielskiej oraz zdolności do czynności prawnych potwierdzone jest oświadczeniem odebranych od kandydatów na rodzinę zastępczą, iż spełniają oni te warunki²⁷.

Ustawowe wymogi związane są również ze stanem zdrowia kandydata do pełnienia funkcji rodziny zastępczej. Funkcja ta może być powierzona osobom, które są zdolne do sprawowania właściwej opieki nad dzieckiem, co zostało potwierdzone: zaświadczeniem lekarskim o stanie zdrowia wystawionym przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej oraz opinią o posiadaniu predyspozycji i motywacji do pełnienia funkcji rodziny zastępczej wystawioną przez psychologa, który posiada co najmniej wykształcenie wyższe magisterskie na kierunku psychologia oraz 2-letnie doświadczenie w poradnictwie rodzinnym. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że: „[...] Oba zaświadczenia mają potwierdzać zdolność kandydatów do sprawowania właściwej opieki nad dzieckiem. Potwierdzenie zdolności do właściwego sprawowania opieki nad dziećmi również przez psychologa związane jest z większą dbałością o prawidłowy dobór kandydatów. Zadaniem psychologa jest dokonanie oceny posiadania przez kandydatów predyspozycji i motywacji do sprawowania pieczy zastępczej. Takie działanie już na etapie kwalifikacji ma wykluczyć osoby, które ze względów psychologicznych nie powinny pełnić roli rodziny

²⁷ K. Tryniszewska, *op. cit.*, s. 130.

zastępczej [...]”²⁸. Mając na względzie zmieniającą się sytuację człowieka, także w aspekcie jego stanu zdrowia, biorąc pod uwagę zwłaszcza dobro umieszczonego w rodzinie zastępczej dziecka, ustawodawca wprowadził obowiązek przedstawiania co 2 lata zaświadczenia o stanie zdrowia wystawionego przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej oraz opinii o posiadaniu predyspozycji i motywacji do pełnienia funkcji rodziny zastępczej wystawionej przez psychologa. Przyjęte rozwiązanie ma na celu zapobieganie sytuacjom, w których osoby pełniące funkcję rodziny zastępczej nie byłyby w stanie – ze względu na utratę zdrowia – wywiązywać się ze swoich obowiązków. Jednocześnie warto zauważyć, że w okresie prac nad nowelizacją ustawy stanowisko (nr 13/14VII) w sprawie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz niektórych innych ustaw w dniu 27 czerwca 2014 r. zajęła Naczelna Rada Lekarska. Wyraziła ona zaniepokojenie, iż: „[...] nie jest jasny zakres zaświadczenia o stanie zdrowia, które ma być wydane przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej; przepis ten wymaga doprecyzowania lub wprowadzenia wzoru takiego zaświadczenia”²⁹. Są to wątpliwości zbliżone do występujących w poprzednim stanie prawnym, kiedy to zdolność do sprawowania właściwej opieki nad dzieckiem, miała być potwierdzona zaświadczeniami o braku przeciwwskazań zdrowotnych do pełnienia funkcji rodziny zastępczej, wystawionymi przez lekarza podstawowej opieki zdrowotnej. Przesłanka braku przeciwwskazań zdrowotnych była i jest nadal wielokrotnie powoływana w rozmaitych aktach prawnych o różnej tematyce³⁰. W orzecnictwie sądów administracyj-

²⁸ Uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej oraz niektórych innych ustaw (Sejm RP VII kadencji nr 2532), dostęp: www.sejm.gov.pl z dnia 22 sierpnia 2014 r. (dalej: uzasadnienie).

²⁹ Pismo NRL/ZRP/RAP-53/AM/406/1161/14 dostęp: www.sejm.gov.pl z dnia 22 sierpnia 2014 r.

³⁰ Zob. np.: art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (tekst jedn. z 2014 r., Dz. U. poz. 600 z późn. zm.); § 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 27

nych pojawia się ona np. w kontekście braku przeciwwskazań zdrowotnych do kierowania pojazdami. „Osoba, która poruszała się po drodze publicznej w stanie nietrzeźwości [...] nie daje gwarancji, że nie jest obciążona przeciwwskazaniami zdrowotnymi do kierowania pojazdami [...]”³¹. Pozwalało to na wysunięcie wniosku, że przeciwwskazaniem zdrowotnym – także do pełnienia funkcji rodziny zastępczej – mogło być w szczególności uzależnienie od alkoholu, jak również środków działających podobnie do alkoholu. Potwierdzeniem tego mogą być przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2014 r. w sprawie badań lekarskich osób ubiegających się o uprawnienia do kierowania pojazdami i kierowców (Załącznik nr 4)³². Rozporządzenie to jako jeden z niewielu aktów prawnych pozwala – poprzez przyjęte w nim rozwiązania – na sprecyzowanie znaczenia terminu „brak przeciwwskazań zdrowotnych”. Przesłanka ta w kontekście możliwości pełnienia funkcji rodziny zastępczej nie była uściślona. Stało się to przedmiotem zainteresowania m. in. ze strony Rzecznika Praw Dziecka (dalej: RPD). W piśmie z dnia 15 października 2012 r. (ZSS/500/23/2012/Kt) skierowanym do Prezesa Naczelnej Rady Lekarskiej, RPD poinformował, że bada sprawę niewystawiania przez lekarzy podstawowej opieki zdrowotnej zaświadczeń o braku przeciwwskazań zdrowotnych do pełnienia funkcji rodziny zastępczej. Odmowa wydawania tych zaświadczeń była spowodowana – jak ustalił RPD – zbyt ogólnym sformułowaniem wskazanego przepisu, niewskazującym lekarzom żadnych kryteriów, na których mogliby oni się oprzeć i w sposób niebudzący wątpliwości ustalić, czy stan zdrowia danej osoby pozwala jej pełnić funkcję rodziny zastępczej. W kwestii powyższej stanowisko

maja 2013 r. w sprawie badań lotniczo-lekarskich (Dz. U. poz. 637); § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie warunków i trybu przyjmowania uczniów do publicznych szkół i publicznych placówek artystycznych oraz przechodzenia z jednych typów szkół do innych (Dz. U. poz. 686).

³¹ Wyrok NSA z dnia 30 stycznia 2013 r., I OSK 1649/11, LEX nr 1298305.

³² Dz. U. poz. 949.

zajęło także Ministerstwo Zdrowia, które było przeciwne tworzeniu katalogu przeciwwskazań zdrowotnych do pełnienia funkcji rodziny zastępczej. Według Ministerstwa, „[...] trudno jest precyzyjnie określić, które schorzenia stanowią takie przeciwwskazania [...] Tworzenie katalogu przeciwwskazań, nosiłoby znamiona stygmatyzacji, czego robić nie wolno [...]”³³. Wydaje się, że braku przeciwwskazań zdrowotnych do pełnienia funkcji rodziny zastępczej nie należało utożsamiać z pełnią zdrowia. Świadczyły o tym chociażby rodziny zastępcze spokrewnione, tworzone np. przez dziadków dziecka, którzy nie zawsze cieszą się pełnią zdrowia. Wydaje się, że przeciwwskazaniem takim miał być taki stan zdrowia czy raczej jego braku, który uniemożliwiał właściwe wypełnianie obowiązków rodzica zastępczego.

Wśród wymagań stawianych kandydatom do pełnienia funkcji rodziny zastępczej wskazać należy także na przebywanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Kolejny wymóg jaki muszą spełnić osoby kandydujące do pełnienia funkcji rodziny zastępczej – zgodnie z art. 42 ust. 1 pkt 7 ustawy – wiąże się z zapewnieniem odpowiednich warunków bytowych i mieszkaniowych pozwalających na zaspokojenie indywidualnych potrzeb dziecka.

Wskazane powyżej wymogi, dotyczą osób zamierzających pełnić funkcję rodziny zastępczej, bez względu na jej kategorię. Niezależnie od nich, w odniesieniu do kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej niezawodowej wprowadzono dodatkowy wymóg; w postaci konieczności posiadania stałego źródła dochodów. Zgodnie z art. 42 ust. 3 ustawy, w przypadku rodziny zastępczej niezawodowej, co najmniej jedna osoba tworząca tę rodzinę musi posiadać stałe źródło dochodów. Ustawodawca nie uściśla, co należy rozumieć pod pojęciem „stałe źródło dochodów”. W orzecznictwie występują – wydaje się – zbliżone kategorie; tj. „stabilne i regularne źródło dochodu” oraz „stałe źródło dochodu”. W wyroku WSA w Warszawie z dnia 11 stycznia 2012 r.³⁴ stwier-

³³ Pismo dostępne na stronie: www.rpd.gov.pl z dnia 29 października 2012 r.

³⁴ V SA/Wa 2141/11, LEX nr 1139722. Zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 stycznia 2014 r., II AKa 261/13, LEX nr 1430723.

dzono, iż: „Oceniając stabilność i regularność źródła dochodu [...] należy uwzględnić jego legalność, niezmiennosc przez dłuższy okres czasu, poziom na jakim dochody kształtowały się w dłuższej perspektywie czasowej oraz powtarzalność w określonych odstępach czasu”. Specyficzne pojmowanie drugiego ze wskazanych terminów zaprezentowano w jednym z wyroków Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 kwietnia 2012 r.³⁵ Wynika z niego, że: „Sprawca czyni sobie z przestępstwa stałe źródło dochodu, gdy dopuszcza się go wielokrotnie i z pewną regularnością, a takie zachowania stanowią dla niego sposób na uzyskiwanie dochodu, przy czym nie musi to być ani jedyne, ani główne jego źródło”. Dodatkowo w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 listopada 2013 r.³⁶ zasygnalizowano, że tego typu stałe źródło dochodu powinno cechować się stałością, „[...] więc osiągnany dochód powinien być ustalony. Nie jest przy tym istotny cel, na jaki sprawca przeznaczają dochód ani pobudki, którymi się kieruje”. Z dużym jednak prawdopodobieństwem można sądzić, iż nie o takie stałe źródło dochodów chodziło ustawodawcy wprowadzającemu wymóg jego posiadania w odniesieniu do kandydatów na rodzinę zastępczą niezawodową. Nie ulega wątpliwości, że stałym źródłem dochodów może być praca zarobkowa wykonywana m. in.: w ramach zatrudnienia na podstawie umowy o pracę³⁷ bądź innych umów³⁸, prowadzenie własnej działalności gospodarczej³⁹, emerytura (świadczenie przedemerytalne)⁴⁰, renta⁴¹ czy

³⁵ II AKa 79/12, LEX nr 1220218.

³⁶ II AKa 175/13, KZS 2014, nr 1, poz. 61.

³⁷ Zob. m. in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 22 listopada 2012 r., I ACa 616/12, LEX nr 1246874; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 29 stycznia 2013 r., III AUz 18/13, LEX nr 1254505.

³⁸ Zob. np. postanowienie NSA z dnia 13 listopada 2012 r., II OZ 983/12, LEX nr 1248537.

³⁹ Zob. wyrok NSA (do 2003.12.31) w Gdańsku z dnia 21 kwietnia 1999 r., I SA/Gd 1155/97, LEX nr 37868; postanowienie NSA z dnia 26 sierpnia 2011 r., II FZ 449/11, LEX nr 896373.

⁴⁰ Zob. postanowienie NSA z dnia 13 listopada 2012 r., II OZ 983/12, LEX nr 1248537.

oszczędności⁴². Jednocześnie w judykaturze wyrażono pogląd, że pomoc społeczna nie może być traktowana jako stałe źródło dochodu⁴³.

Ponadto, zgodnie z art. 42 ust. 2 ustawy, pełnienie funkcji rodziny zastępczej niezawodowej lub zawodowej może być powierzone osobom, które nie były skazane prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo. Okoliczność tę kandydaci muszą potwierdzić informacją z Krajowego Rejestru Karnego⁴⁴.

Okoliczności, o których mowa w art. 42 ust. 1–3 ustawy, ustala się na podstawie przeprowadzonej przez organizatora rodzinnej pieczy zastępczej analizy sytuacji osobistej, rodzinnej i majątkowej. Analizy tej nie można utożsamiać z rodzinnym wywiadem środowiskowym. Przeprowadzić ją może dowolny pracownik organizatora rodzinnej pieczy zastępczej, w tym także pracownik socjalny⁴⁵.

Kolejnym etapem w postępowaniu zmierzającym do utworzenia rodziny zastępczej jest odbycie przez kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej oraz rodziny zastępczej niezawodowej szkolenia, co następuje po otrzymaniu przez nich od organizatora rodzinnej pieczy zastępczej wstępnej akceptacji dokonanej na podstawie oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 42 ust. 1 i 2 ustawy. Szkolenie kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej spokrewnionej, stosownie do art. 44 ust. 5 ustawy, można prowadzić według indywidualnego planu szkolenia, w zależności od potrzeb rodziny i dziecka. Jest to szkolenie fakultatywne, co można uzasadniać niezawodowym charakterem tej rodziny oraz więzami łączącymi osoby tworzące rodzinę zastępczą spokrewnioną z dzieckiem. Szkolenie organizowane jest

⁴¹ Zob. wyrok WSA w Lublinie z dnia 31 stycznia 2013 r., II SA/Lu 945/12, LEX nr 1298585.

⁴² Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 24 maja 2013 r., I Acz 309/13, dostęp: www.orzeczenia.ms.gov.pl z dnia 12 września 2013 r.

⁴³ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 30 maja 2011 r., II SA/Bd 1497/10.

⁴⁴ K. Tryniszewska, *op. cit.*, s. 134.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 133.

przez organizatora rodzinnej pieczy zastępczej lub prowadzone jest przez ośrodek adopcyjny⁴⁶. Program szkolenia zatwierdza na okres 5 lat, na wniosek podmiotu prowadzącego szkolenie, minister właściwy do spraw rodziny⁴⁷. Zatwierdzenie albo odmowa zatwierdzenia programu następuje w drodze decyzji (art. 44 ust. 2–4 ustawy)⁴⁸.

Końcowym etapem w postępowaniu kwalifikacyjnym przy tworzeniu rodzin zastępczych jest wydanie na wniosek kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej oraz rodziny zastępczej niezawodowej posiadających świadectwo ukończenia szkolenia, o którym mowa w art. 44 ust. 1 ustawy, zaświadczenia kwalifikacyjnego. Stanowi ono potwierdzenie ukończenia tego szkolenia oraz spełniania warunków, o których mowa w art. 42 ustawy. Zaświadczenie kwalifikacyjne sporządza się według wzoru wskazanego w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 9 grudnia 2011 r. w sprawie wzoru zaświadczenia kwalifikacyjnego⁴⁹. Zaświadczenie to wydaje organizator rodzinnej pieczy zastępczej właściwy ze względu na miejsce zamieszkania zainteresowanych. Po wydaniu zaświadczenia kwalifikacyjnego organizator rodzinnej pieczy zastępczej, przekazuje informacje o osobach zakwalifikowanych do pełnienia funkcji rodziny zastępczej właściwemu miejscowo staroście. Prowadzi on rejestr danych

⁴⁶ W roku 2013 przeszkolono do pełnienia funkcji rodziny zastępczej, prowadzącego rodzinny dom dziecka lub do prowadzenia placówki opiekuńczo-wychowawczej typu rodzinnego łącznie 12 981 osób (w 2012 r. – 12 413 osób), co oznacza 4,5% wzrost w stosunku do roku 2012. Najwięcej (60,7%) przeszkolono już istniejących rodzin zastępczych, co wskazuje na zainteresowanie powiatów podnoszeniem kwalifikacji już istniejących rodzin zastępczych. „Informacja Rady Ministrów...”, s. 30.

⁴⁷ Zob. rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 9 grudnia 2011 r. w sprawie szkoleń dla kandydatów do sprawowania pieczy zastępczej (Dz. U. nr 274, poz. 1620).

⁴⁸ W 2013 r. Minister Pracy i Polityki Społecznej wydał 32 decyzje w sprawie szkoleń dla kandydatów do sprawowania pieczy zastępczej, w tym 27 decyzji zatwierdzających programy szkoleniowe. „Informacja Rady Ministrów...”, s. 30.

⁴⁹ Dz. U. nr 272, poz. 1609.

o osobach zakwalifikowanych do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej oraz rodziny zastępczej niezawodowej (a także rejestr osób pełniących już funkcję rodziny zastępczej zawodowej oraz rodziny zastępczej niezawodowej). Starosta może też upoważnić kierownika powiatowego centrum pomocy rodzinie do prowadzenia wskazanego rejestru danych. Dane z rejestru starosta przekazuje do właściwego sądu.

Kandydaci do pełnienia funkcji rodziny zastępczej niezawodowej mogą utworzyć taką rodzinę po spełnieniu wszystkich wskazanych powyżej wymogów. Nieco inaczej jest w przypadku kandydatów, którzy zamierzają utworzyć rodzinę zastępczą zawodową. W myśl art. 55 ust. 1 ustawy, z kandydatami spełniającymi warunki do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, na ich wniosek, starosta może zawierać umowy o utworzeniu rodziny zastępczej zawodowej (umowy te zawierane są poza limitem). Tworzenie rodzin zastępczych zawodowych następuje przez zawarcie umowy. Okres pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, na podstawie wskazanej umowy, wlicza się do okresu pracy wymaganego do nabycia lub zachowania uprawnień pracowniczych (art. 68 ustawy). Należy zauważyć, że gdy rodzinę zastępczą zawodową tworzą małżonkowie, to obojgu z nich wlicza się do okresu pracy pełnienie tej funkcji. Nie ma przy tym znaczenia, iż wynagrodzenie jest wypłacane tylko jednemu małżonkowi, wskazanemu w umowie⁵⁰. Osoba, która pełni funkcję rodzica zastępczego zawodowego, ale nie otrzymuje wynagrodzenia, może zostać zarejestrowana w urzędzie pracy uzyskując status osoby bezrobotnej. Zgodnie bowiem z wyrokiem WSA we Wrocławiu z dnia 17 kwietnia 2013 r.⁵¹, „[...] Nie można zgodzić się z tym, że w sytuacji, gdy osoba będąc zobligowana do zawarcia umowy o pełnienie funkcji rodziny zastępczej zawodowej, z tytułu której nigdy nie uzyska żadnego wynagrodzenia, wykonuje pracę lub świadczy inne usługi w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 11 ustawy z 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Prze-

⁵⁰ K. Tryniszewska, *op. cit.*, s. 186.

⁵¹ IV SA/Wr 778/12, LEX nr 1324531.

ciwna interpretacja godzi nie tylko w przepisy i cel ustawy ale i w konstytucyjną zasadę równości wobec prawa i prawa do równego traktowania przez władze publiczne, której to zasady władze muszą przestrzegać”.

Elementy umowy dotyczącej pieczy zastępczej ujęte zostały w katalogu otwartym (art. 54 ust. 3 ustawy). W zakresie nieuregulowanym ustawą do umowy mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny⁵² (dalej: k.c.) – dotyczące umowy zlecenia. Osobą uprawnioną do zawierania (i rozwiązywania) wskazanych umów, może być obok starosty, także upoważniony przez niego kierownik powiatowego centrum pomocy rodzinie. Umowa jest zawierana na okres co najmniej 4 lat. W powołanym już wyroku WSA we Wrocławiu z dnia 17 kwietnia 2013 r. odniesiono się do charakteru tej umowy. „[...] Zdaniem Sądu, umowa [...] należy do kategorii umów cywilnoprawnych nienazwanych. Źródłem tego rodzaju umów jest wywodząca się z przepisów prawa cywilnego swoboda kontraktowania (swoboda zawierania umów). W świetle tych przepisów strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Do umów nienazwanych zawieranych na terenie RP zastosowanie będą miały, co do zasady, ogólne normy prawa cywilnego dotyczące czynności prawnych i umów oraz, co ważne, odpowiednio – analogiczne przepisy regulujące najbardziej zbliżony (podobny) typ umowy nazwanej. Umowy nienazwane podlegają jednak, jeśli takowy istnieje, reżimowi prawnemu wyznaczonemu przez przepisy szczególne [...]”. Dokonując wykładni powyższych przepisów nie sposób zatem zgodzić się [...] że umowa zawarta [...] jest umową zleceniem. Na zasadzie art. 55 ust. 1 zd. drugie w związku z art. 54 ust. 8 ustawy do umowy o pełnienie funkcji rodziny zastępczej zawodowej przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umowy zlecenia mają jedynie odpowiednie zastosowanie. Odpowied-

⁵² Tekst jedn. z 2014 r., poz. 121.

nie stosownie przepisów polega natomiast na stosowaniu ich wprost lub z modyfikacjami albo niezastosowaniu ich wcale [...].”

Obok ww. sposobu tworzenia rodzin zastępczych zawodowych, ustawodawca przewidział też inną możliwość ich ukonstytuowania, poprzez „przekształcenie” rodziny zastępczej niezawodowej w rodzinę zastępczą zawodową. W myśl art. 54 ust. 1 ustawy, z rodziną zastępczą niezawodową, spełniającą warunki do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, posiadającą opinię koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej oraz co najmniej 3-letnie doświadczenie jako rodzina zastępcza, prowadzący rodzinny dom dziecka lub pełniący funkcję dyrektora placówki opiekuńczo-wychowawczej typu rodzinnego, starosta zawiera – na wniosek tej rodziny – umowę o pełnienie funkcji rodziny zastępczej zawodowej. Jeżeli kandydaci złożyli taki wniosek, a starosta nie zawarł z nimi stosownej umowy, nie przysługuje im środek „odwoławczy”, mogą oni jednak poszukiwać ochrony w ramach procesu cywilnego⁵³. W wyroku NSA z dnia 17 lutego 2009 r.⁵⁴ wskazano, iż decyzja odmowna starosty nie jest decyzją administracyjną i kandydatom nie przysługuje odwołanie w trybie administracyjnym. Nie oznacza to jednak, braku kontroli nad omawianym rozstrzygnięciem starosty. Zdaniem Sądu „[...] osoby współpracujące z organami administracji samorządowej w organizowaniu pomocy społecznej na zasadzie partnerstwa mogą poszukiwać ochrony w ramach procesu cywilnego, zmierzając w ten sposób do zobowiązania starosty do zawarcia umowy [...]. Tym samym kontroli sądowej poddana zostanie kwestia dysponowania środkami publicznymi w sferze dotyczącej organizowania opieki i wychowania w rodzinie zastępczej”. Zgodnie z art. 64 k. c., prawomocne orzeczenie sądu stwierdzającego obowiązek danej osoby do złożenia oznaczonego oświadczenia woli, zastępuje to oświadczenie.

⁵³ Zob. także pismo RPO skierowane do Ministra Pracy i Polityki Społecznej w dniu 2 kwietnia 2013 r., RPO-710112-III/12/JA, dostęp: www.rpo.gov.pl z dnia 12 listopada 2013 r. oraz uchwałę NSA z dnia 24 maja 2012 r., II GPS 1/12, ONSAiWSA 2012, nr 4, poz. 62.

⁵⁴ I OSK 384/08, LEX nr 518216.

W świetle art. 199¹ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego⁵⁵ (dalej: k.p.c.), sąd nie może odrzucić pozwu z tego powodu, że do rozpoznania sprawy właściwy jest organ administracji publicznej lub sąd administracyjny, jeżeli organ administracji publicznej lub sąd administracyjny uznały się w tej sprawie za niewłaściwe. Wskazany artykuł stanowi realizację konstytucyjnego prawa do sądu wyrażonego w art. 45 ust. 1. Wykluczenie właściwości sądów administracyjnych oznacza, że znajdzie tu zastosowanie art. 177 Konstytucji RP, obligujący sąd powszechny do rozstrzygnięcia sprawy.

Inny sposób utworzenia rodziny zastępczej zawodowej wynika z art. 54 ust. 2 ustawy. Zgodnie z nim, z rodziną zastępczą niezawodową spełniającą warunki do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, posiadającą pozytywną opinię koordynatora rodzinnej pieczy zastępczej, starosta może zawrzeć – na wniosek tej rodziny – umowę o pełnienie funkcji rodziny zastępczej zawodowej.

Stosowanie do art. 56 ustawy, umowy (na podstawie art. 54 ust. 1 i 2 ustawy) zawiera się w ramach limitu rodzin zastępczych zawodowych na dany rok kalendarzowy. Limit ten określony jest w 3-letnim powiatowym programie dotyczącym rozwoju pieczy zastępczej. Wprowadzenie limitu może stanowić jedną z przyczyn odmowy zawarcia przez starostę umowy o pełnienie funkcji rodziny zastępczej zawodowej z rodziną zastępczą niezawodową. Mając na uwadze wynikające z limitu ograniczenia, starosta przypuszczalnie zawrze umowę o pełnienie funkcji rodziny zastępczej zawodowej z taką rodziną zastępczą niezawodową, co do której nie będzie miał wątpliwości, że wywiąże się ona właściwie z przyjętych na siebie obowiązków.

Wprowadzając ograniczenia w zawieraniu umów o pełnienie funkcji rodziny zastępczej zawodowej ustawodawca wydaje się preferować rodziny zastępcze niezawodowe z art. 54 ust. 1 ustawy, przy jednoczesnym ograniczeniu tej możliwości np. kandyda-

⁵⁵ Tekst jedn. z 2014 r., poz. 101 z późn. zm.

tom do pełnienia funkcji rodziny zastępczej zawodowej, o których stanowi art. 55 ust. 1 ustawy. Nie ulega wątpliwości, że w dużej mierze może to być podyktowane doświadczeniem i umiejętnościami, jakimi dysponują już rodziny zastępcze niezawodowe.

Tworzenie rodzin zastępczych wiąże się z koniecznością spełnienia ustawowo określonych wymogów w części zróżnicowanych w zależności od kategorii rodziny zastępczej. Szczególną kategorią tych rodzin są rodziny zastępcze spokrewnione. Kandydaci do pełnienia tej funkcji rodziny zastępczej są traktowani nieco inaczej niż kandydaci na pozostałe kategorie rodzin zastępczych. Wydaje się jednak, że rodzinne, bardzo bliskie powiązania uzasadniają odstępianie od niektórych wymogów, obowiązujących kandydatów do pełnienia pozostałych kategorii rodzin zastępczych.

IV. Uwagi końcowe

Krótki okres obowiązywania ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nie pozwala jeszcze na kompleksową ocenę jej oddziaływania. Ustawa ta ma przyczynić się do zmniejszenia się liczby rodzin dysfunkcyjnych, przez co zmniejszy się liczba dzieci umieszczanych poza rodziną. Jak wynika z powoływanej w opracowaniu Informacji Rady Ministrów o realizacji w roku 2013 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, w I połowie 2013 roku z rodzin biologicznych do rodzinnych form pieczy zastępczej skierowanych zostało 4 384 dzieci (wobec 5 274 dzieci w I poł. 2012 r.), natomiast do form instytucjonalnych – 3 093 (wobec 3 523 dzieci w I poł. 2012 r.). W II połowie 2013 roku z rodzin biologicznych w rodzinnej pieczy zastępczej umieszczono 4 275 dzieci (wobec 5 141 dzieci w II poł. 2012 r.), natomiast w formach instytucjonalnych – 2 928 (wobec 3 182 dzieci w II poł. 2012 r.)⁵⁶. Można więc zauważyć, iż wsparcie rodzin biologicznych przynosi oczekiwane rezultaty. Nie ulega jednak wątpliwości, że zawsze będą występo-

⁵⁶ „Informacja Rady Ministrów...”, s. 11.

wały przypadki, gdy pomimo udzielonego rodzinie wsparcia, koniecznym stanie się odłączenie dziecka od rodziców. W takiej sytuacji kluczową rolę odegrać mogą przede wszystkim rodziny zastępcze. Ich walory sprawiły, że zajmują one priorytetowe miejsce w rozbudowanym systemie instytucji pieczy zastępczej. Odnosi się to zwłaszcza do rodzin zastępczych zawodowych specjalistycznych, które ukierunkowały się w pieczy nad określonymi kategoriami dzieci, co może przyczynić się do zoptymalizowania tej pieczy, a równocześnie – co najistotniejsze – może lepiej służyć dobru dzieci tam umieszczanych. Uwzględniając to, pamiętać jednak należy, że przy podejmowaniu decyzji o umieszczeniu dziecka poza rodziną postępować należy z wyjątkową rozwagą, uwzględniając konieczność zapewnienia dziecku optymalnej dla niego pieczy. Trafnie ujął to M. Andrzejewski: „Dla dziecka, które musi być umieszczone poza rodziną, najlepszą formą pieczy zastępczej jest bowiem ta, która w danych okolicznościach jest najlepsza”⁵⁷.

ABSTRACT

Foster families – administrative law problems

The subject of hereby elaboration is an institution of foster families in administrative law formulation. Undeniable trumps of foster families caused that they occupy all-important place in a developed system of foster care institutions, ensuring care and education to children deprived of parental care. A foster family is treated – as a principle – as a priority form of care over a child. However, it should be underlined that first of all a child has a right to care and education in a natural family, also natural parents have the right to care over their children. At the same time one should counteract and avoid separation of a child from his/her family through undertaking indispensable prophylactic activities and giving the family rightful support in accordance with the subsidiarity principle.

⁵⁷ M. Andrzejewski [w:] *Rodziny zastępcze – problematyka prawna*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2006, s. 26.

The variety which occurs in established types of foster families, is their great value. Thanks to their heterogeneity foster families are able to cope with various needs of children, determined among others by their state of health or inability to adopt to life in the society.

Functioning foster families cannot be left just to themselves. They must be surrounded with necessary support, assistance and care. A role, which foster families should fulfil, causes that they must be covered by specialised supervision (among others of common courts) and control. Undoubtedly often monitoring of these families also deserves approval. It allows for current reaction to various situations endangering a child, among others his/her rights, and then to make adequate decisions, right from the point of view, in particular the child's interest.

Dom Pomocy Społecznej „LEŚNIÓWKA” w Turzy, jako wzorcowa placówka realizująca założenia polityki społecznej wobec osób starszych

Wprowadzenie

Starość jest naturalnym etapem życia człowieka, dotyka każdego, bez względu na płeć, status społeczny i kraj w którym żyje. Starość jest zatem zjawiskiem powszechnym, znanym człowiekowi od zawsze i dotyczy zarówno stanu umysłu, jak i kondycji fizycznej. Pojęcie starości zmieniało się na przestrzeni wieków, szczególnie w kręgach kultury europejskiej. Od „kultu starości” – kojarzonej z mądrością i wiedzą, po nienawiść i pogardę dla stanu, w którym człowiek potrzebuje pomocy od drugiej osoby i instytucji państwowych. Przejawów niechęci i wrogości wobec starości jest wiele. Mają one swoje przyczyny w powielaniu schematów i przekonań społecznych m.in. traktowaniu ludzi starszych jako balastu, obciążenia dla budżetu państwa, popularyzowanie stereotypu starości kojarzonej z biedą, a także dominacja modelu rodziny dwupokoleniowej nad wielopokoleniową¹.

Faktem jest, że społeczeństwo się starzeje. Seniorzy w niedługim czasie będą stanowić jedną czwartą ogółu obywateli w naszym kraju. Kwestia ta jest przedmiotem troski zarówno polityków, demografów, ekonomistów, socjologów, jak i środowisk le-

¹ A. Leszczyńska-Rejchert, *Człowiek starszy i jego wspomaganie – w stronę pedagogiki starości*, Olsztyn 2000, s. 84.

karskich i pielęgniarstwach. Prognozy demograficzne są nieubłagane – w 2035 roku liczba osób starszych w Polsce stanowić będzie ponad 23 procent ogółu ludności. Oznacza to, że blisko co czwarta Polka i co czwarty Polak będzie seniorem, a co istotniejsze – emerytem². Demograficzne starzenie się społeczeństwa jest zjawiskiem dynamicznym i w kolejnych dziesięcioleciach będzie przebiegało coraz szybciej. Jedną z prognoz EUROSTATU przewiduje, że mediana wieku ludności w Polsce przekroczy nieznacznie 54 lata, co oznacza że połowa ludności osiągnęła lub przekroczyła ten wiek. Proces starzenia się społeczeństwa jest dużym wyzwaniem, z którym musi zmierzyć się państwo i administracja samorządowa.

I. Senior w świetle prawa. Czyli funkcjonowanie osób starszych, a regulacje prawne

Faktem jest, że seniorzy stanowią dość różnorodną grupę. Niektórzy, w pełni sił, nie potrzebują pomocy bliskich i państwa. Z kolei inni korzystają z różnych świadczeń, głównie ze względu na stan zdrowia. Jak podkreśla Zofia Frączek w Polsce ludzie starszy stanowią grupę, w której ryzyko marginalizacji pojawia się znacznie częściej niż w innych grupach społecznych³. Należy przyrzeć się jak ta kwestia wygląda od strony prawnej.

Po pierwsze ustawa zasadnicza – Konstytucja, w art. 32 zapewnia każdemu równość wobec prawa gwarantuje również, że nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny⁴. Jest to ważne zwłaszcza dla ludzi starszych w przypadku marginalizowania ich

² K. Zapędowska, *Polityka społeczna wobec starszych – utopia czy konieczność*, <http://liberte.pl/polityka-spoeczna-wobec-osob-starszych-utopia-czy-koniecznosc/>, dostęp: 13.07.2013 r.

³ A. Garbarz, Z. Frączek, B. Lulek, *Rodzina w obliczu przeobrażeń społecznych*, Rzeszów 2012, s. 225.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997 r., nr 78, poz. 483.

problemów w wielu dziedzinach ustawodawczych. Warto zaznaczyć, że każdy ma prawo do życia (art. 38 Konstytucji) i wolności sumienia (art. 53 Konstytucji). Konstytucja jako najwyższy akt prawny chroni każde życie ludzkie. Dla seniorów jest to istotne ze względu na zjawisko eutanazji, czyli skracania życia ludziom starszym, chorym i cierpiącym. Dodatkowym zabezpieczeniem dla osób w podeszłym wieku jest regulacja w kodeksie karnym, gdzie karane jest skracanie życia człowieka, bez względu na prośby chorego i współczucie dla osoby bliskiej (art. 150 § 1 k.k.)⁵. Podstawowym prawem, zwłaszcza dla starszych i chorych, jest prawo do ochrony zdrowia. Art. 68 ust. 2 Konstytucji przyznaje również każdemu równy dostęp do opieki zdrowotnej i finansowej ze środków publicznych bez względu na sytuację materialną. Jest to szczególnie ważne ze względu na to, że osoby starsze potrzebują takich świadczeń znacznie częściej niż dorośli, a nawet dzieci. Dodatkowo warto zauważyć, że sytuacja materialna seniorów w dzisiejszych czasach nie jest najlepsza. Powodem tego są niskie emerytury i znikoma wysokość innych świadczeń. Starsi obywatele, ze względu na swój wiek nie zostają zepchnięci w niebyt i na równi z innymi obywatelami mają nie tylko prawa, ale i obowiązki wobec ojczyzny (art. 82 Konstytucji). Wiek i stan zdrowia nie zwalnia także seniorów z odpowiedzialności za nieprzestrzeganie prawa i przestępstwa prawno-skarbowe. Każdy, w tym senior, ponosi świadczenia publiczne i wszelkie ciężary, w postaci podatków.

Ważną kwestią jest obowiązek alimentacyjny uregulowany w Kodeksie Rodzinnym i Opiekuńczym. Definicja ustawowa obowiązku alimentacyjnego jest zawarta w art. 128 KRO⁶. Brzmi następująco: „Obowiązek dostarczania środków utrzymania, a w miarę potrzeby także środków wychowania (obowiązek alimentacyjny) obciąża krewnych w linii prostej oraz rodzeństwo”. Każdy czło-

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. 1997 r., nr 88, poz. 553.

⁶ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. nr 9, poz. 59 z późn. zm.

wiek sam troszczy się o swoje utrzymanie i zagwarantowanie sobie podstawowych artykułów do życia. Niestety nie każdy ma środki na zaspokajanie tych potrzeb. Dlatego w związku z wielowiekową tradycją i panującym prawem, w usprawiedliwionych sytuacjach przypadkach krewni lub powinowaci są zobowiązani do zaspokajania tych potrzeb – ciąży na nich obowiązek alimentacyjny. Dopiero wtedy, gdy nie ma takich osób lub gdy nie są one w stanie spełniać świadczeń alimentacyjnych, odpowiednie środki zapotrzebowania dostarcza państwo przez swoje organy pomocy społecznej, przy czym w nurt tej pomocy włączają się organizacje społeczne i związki wyznaniowe, a także obce osoby prywatne. Z przepisów zawartych w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym wynika, że nie tylko rodzice mają obowiązek alimentacji swoich dzieci. Również dzieci mają obowiązek alimentacji swoich rodziców, po zaistnieniu pewnych przesłanek. Po stronie rodziców przesłanką jest ich stan niedostatku. Natomiast dzieci muszą mieć możliwości zarobkowo-finansowe, aby spełnić nałożony na nich obowiązek. Aby sąd zasądził alimenty względem rodziców przesłanki niedostatku rodziców i możliwości zarobkowych dzieci muszą zostać spełnione łącznie.

Oprócz Konstytucji i kodeksów sprawy seniorów regulują również ustawy. Starsze osoby korzystają z wsparcia instytucji państwowych i różnych świadczeń. Korzystają również z szeroko rozumianej pomocy społecznej. Definicję legalną podaje ustawa z dnia 12 marca 2004 roku o pomocy społecznej⁷. Art. 2.1. ustawy o pomocy społecznej brzmi: „pomoc społeczna jest instytucją polityki społecznej państwa, mającą na celu umożliwienie osobom i rodzinom przezwyciężanie trudnych sytuacji życiowych, których nie są one w stanie pokonać, wykorzystując własne uprawnienia, zasoby i możliwości”. Seniorzy chcąc pokonać okresowe i stałe trudności są zmuszeni korzystać z pomocy społecznej. Państwo zapewnia im tą możliwość i reguluje to aktem prawnym o randze

⁷ Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, Dz. U. nr 64, poz. 593 z późn. zm., tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 182.

ustawy. Pomoc społeczna ma wspierać ludzi w wysiłkach zmierzających do zaspokojenia niezbędnych potrzeb i umożliwić życie w warunkach odpowiadających godności osoby ludzkiej. Ustawa określa założenia, które muszą spełnić korzystający z pomocy społecznej jest to m.in. ubóstwo, sieroctwo, bezrobocie, niepełnosprawność lub długotrwała ciężka choroba. Prawo do świadczeń przysługuje obywatelowi polskiemu, ale również cudzoziemcowi po spełnieniu pewnych warunków. Ustawa definiuje również osobę, której przysługuje taka pomoc tj. osobie samotnie gospodarującej, której dochód nie przekracza kwoty 461 zł, zwanej dalej „kryterium dochodowym osoby samotnie gospodarującej”, osobie w rodzinie, w której dochód na osobę nie przekracza kwoty 316 zł, zwanej dalej „kryterium dochodowym na osobę w rodzinie”, rodzinie, której dochód nie przekracza sumy kwot kryterium dochodowego na osobę w rodzinie, zwanej dalej „kryterium dochodowym rodziny”. Aby taka pomoc przyznać musi zostać spełniony co najmniej jeden warunek. Świadczeniami pomocy społecznej są najczęściej świadczenia pieniężne tzw. zasiłki (stały i czasowy), ale również niepieniężne tj. pomoc pracownika socjalnego, składki na ubezpieczenie zdrowotne, pobyt i usługi w domu pomocy społecznej. Art. 50.1. ustawy o pomocy społecznej jest szczególnie ważny dla osób starszych pozbawionych opieki rodziny: „osobie samotnej, która z powodu wieku, choroby lub innych przyczyn wymaga pomocy innych osób, a jest jej pozbawiona, przysługuje pomoc w formie usług opiekuńczych lub specjalistycznych usług opiekuńczych”.

Tak więc widać, że ustawa przewiduje wiele form pomocy dla osób starszych i samotnych. Po spełnieniu pewnych warunków, w trudnych sytuacjach życiowych, można przyznać opiekę w postaci pobytu stałego w domach pomocy społecznej. Trzeba zaznaczyć, że domy pomocy społecznej mają różnorodny profil usług. Wyróżniamy domy pomocy społecznej dla przewlekle chorych somatycznie, dla osób starszych (emerytów i rencistów), dla osób chorych psychicznie, dla upośledzonych umysłowo i niepełnosprawnych psychicznie. Oprócz zwykłych domów pomocy spo-

łecznej istnieją także dzienne domy pomocy społecznej, które zapewniają pobyt dla osób starszych, zakłady opiekuńczo-lecznicze, które zajmują się opieką medyczną i pielęgnacją, prywatne domy opieki o charakterze czasowym i hospicja, które oferują opiekę paliatywną nad osobami terminalnie chorymi.

Biorąc pod uwagę, że seniorzy korzystają ze świadczeń pomocy społecznej należy wspomnieć o ustawie z dnia 28 listopada 2003 roku o świadczeniach rodzinnych⁸. Świadczenia te, jak określiła ustawa, przysługują obywatelom polskim oraz cudzoziemcom pod pewnymi warunkami: cudzoziemiec musi należeć do jednego z państw członkowskich UE, stale przebywać na terytorium RP na podstawie zezwolenia na osiedlenie się, na pobyt rezydenta długoterminowego, na podstawie zezwolenia na zamieszkanie na czas określony.

Do świadczeń zaliczają się również tzw. świadczenia opiekuńcze, zasiłek pielęgnacyjny i świadczenie pielęgnacyjne. Dodatek pielęgnacyjny przyznawany jest osobie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS), która ukończyła 75 lat lub została uznana za całkowicie niezdolną do pracy lub samodzielnej egzystencji. Natomiast zasiłek pielęgnacyjny jest wypłacany osobie przez Ośrodek Pomocy Społecznej, która ukończyła 75 lat lub została uznana za całkowicie niezdolną do pracy lub samodzielnej egzystencji.

Konieczne jest zainteresowanie się problemem podjęcia dodatkowej pracy przez emeryta. Powyższą kwestię reguluje prawo pracy. Zgodnie z Konstytucją i ustawami każdy człowiek ma prawo do pracy. Jednakże po osiągnięciu określonego wieku przysługuje inne prawo, mianowicie prawo do emerytury. Po reformie emerytalnej, wiek zarówno mężczyzn i kobiet został zrównany i wynosi 67 lat. Zmiany natomiast nie dotyczą kobiet urodzonych przed 1 stycznia 1953 roku i mężczyzn urodzonych przed 1 stycz-

⁸ Ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych, Dz. U. z 2006 r., nr 139, poz. 992, brzmienie od 1 lipca 2013.

nia 1948 roku⁹. Prawo pracy reguluje to, że jeżeli pracownik nie rozwiąże z pracodawcą stosunku pracy chociażby na jeden dzień, jego prawo do emerytury ulega zawieszeniu. Nie dotyczy to jednak wszystkich emerytów. Emeryci, którzy osiągnęli powszechny wiek emerytalny, mogą dorabiać do swoich świadczeń bez żadnych ograniczeń. Jednak osobom, które pobierają emerytury na wcześniej obowiązujących zasadach, w zależności od tego jaki będą uzyskiwały dochód, emerytura może być zawieszona lub zmniejszona¹⁰.

Dodatkowo emeryci mogą po spełnieniu przesłanek, jakimi jest m.in. wiek, korzystać z innych świadczeń. Emeryci mogą liczyć na ulgi podatkowe, zgodnie z ustawą o podatku dochodowym od osób fizycznych z 29 sierpnia 2007 r.¹¹ Opodatkowaniu podlegają wszelkiego rodzaju dochody. Odliczeniu od podatku podlegają: składki ubezpieczeniowe, rentowe i chorobowe, wydatki na cele rehabilitacyjne. Ponadto seniorom po ukończeniu odpowiedniego wieku przysługują zniżki transportowe i telekomunikacyjne. Do korzystania z bezpłatnych przejazdów uprawnieni są m. in.: emeryci i renciści oraz ich małżonkowie i osoby które ukończyły 70 lat. Emeryci i renciści nie mają zniżek w autobusach PKS, z wyjątkiem terenu Legionowa. Osoby, które ukończyły 65 rok życia i są zameldowane w Legionowie mają prawo do ulgi w wysokości 100% na przejazdy liniami PKS na terenie Legionowa z uwzględnieniem przystanków przy Starostwie Powiatowym. Osoby, które ukończyły 75 rok życia są zwolnione również z opłaty abonamentowej¹².

⁹ Ustawa z dnia 11 maja 2012 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z dnia 6 czerwca 2012 r., poz. 637.

¹⁰ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r., Kodeks Pracy, Dz. U. 1974, nr 24, poz. 141.

¹¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2007 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz. U. nr 137, poz. 926 ze zm.

¹² <http://www.lutw.net/index.php/prawa-ludzi-starszych>, dostęp 14.07.2013 r.

II. Wybrane formy aktywności seniorów

Mimo przeszkód związanych z wiekiem i stanem zdrowia, emeryci nadal mogą być aktywni. Każdy ma prawo do rozwoju i samodoskonalenia, nawet seniorzy. Państwo i instytucje społeczne dostarczają wiele możliwości aktywności skierowanych do seniorów, którzy mogą realizować swoje pasje w różnych dziedzinach życia. G. Orzechowska podzieliła aktywność osób starszych na poszczególne grupy, do których należy: aktywność społeczna, aktywność religijna, aktywność kulturalna, aktywność edukacyjna, aktywność domowo-rodzinna, aktywność zawodowa i aktywność rekreacyjna¹³. Jednak ludzie starsi są dyskryminowani na wielu płaszczyznach: na rynku pracy, na płaszczyźnie ochrony zdrowia oraz na rynku finansowym¹⁴.

W wielu społeczeństwach, w tym w Polsce, dużą wartość stanowi rodzina. W naszym państwie funkcjonuje obok modelu rodziny dwupokoleniowej, także wielopokoleniowa. Dziadkowie są jej integralną częścią, otoczeni są szacunkiem i miłością. Właśnie na tym polu seniorzy mogą cieszyć się szczególną aktywnością. W dzisiejszym świecie dziadkowie stanowią niekiedy oparcie dla całej rodziny, a dla dzieci stanowią przykład oraz przeciwwagę dla fałszywych autorytetów¹⁵. Dziadkowie mogą być zarówno źródłem wzorów osobowych jak i kształtują w znacznym stopniu postawy moralne i społeczne młodszych pokoleń. Kojarzeni są z wiedzą i mądrością, z której może czerpać młodzież. Jak podkreśla Zofia Frączek, nie tylko wnuki czerpią korzyści z przebywania z dziadkami, ale także starsze pokolenie zyskuje nowe siły do podejmowania większej aktywności życiowej. Należy wspomnieć, że dla starszych osób, jak wskazuje analiza materiału badawczego,

¹³ G. Orzechowska, *Społeczna aktywność osób starszych i jej główne uwarunkowania* [w:] *Starzenie się a satysfakcja z życia*, red. S. Steuden, M. Marczuk, Lublin 2006, s. 273.

¹⁴ Z. Frączek, *Pokoleniowe przemiany społecznej świadomości wartości rodziny*, Rzeszów 2011, s. 223–224.

¹⁵ Tamże, s. 223–224.

najbardziej liczy się rodzina, później dopiero zdrowie, miłość i Bóg. Obok promowania idei aktywnej starości jako sposobu przełamania stereotypów inną dobrą formą tego typu działań jest podejmowanie inicjatyw w wymiarze międzygeneracyjnym¹⁶. Dlatego warto promować częstsze niż tylko Dni Babci i Dziadka spotkania młodzieży i dzieci z dziadkami, które mogą pogłębiać więzi między pokoleniami.

Aktywne osoby starsze mimo przejścia na emeryturę wciąż mogą pracować dorabiając do swojej emerytury. Dla wielu osób w piramidzie wartości na pierwszym miejscu jest praca, dlatego seniorom trudno pogodzić się z odejściem na emeryturę. Państwo polskie zapewnia emerytom możliwość dodatkowej pracy zarobkowej, bez „zawieszenia” świadczenia emerytalnego. Uruchomiony program rządowy „Solidarność pokoleń”, działania dla zwiększenia aktywności zawodowej osób w wieku 50+ zmierza do zwiększenia zatrudnienia osób powyżej 50. roku życia w Polsce. Program ten zakłada działania, które mobilizują przedsiębiorców do zatrudnienia osób w tej kategorii wiekowej, przy zakładanej poprawie ich kwalifikacji i efektywności pracy¹⁷. Do zalet wykonywania dodatkowej pracy należy: aktywny tryb życia, realizacja zainteresowań, stały kontakt z ludźmi. Co istotne program ten nie zamyka możliwości zatrudnienia osoby pobierającej świadczenie emerytalne.

Art. 70 ust. 1 Konstytucji mówi, że każdy ma prawo do nauki. Ta idea jest realizowana głównie przez ruch związany z powstawaniem Uniwersytetów Trzeciego Wieku. Uniwersytet Trzeciego Wieku jest to wg definicji, placówka dydaktyczna dla osób w podeszłym wieku, której celem działania jest poprawa jakości życia osób starszych.

Początki ruchu uniwersytetów trzeciego wieku sięgają roku 1972. W tym też czasie profesor Uniwersytetu w Tuluzie Pierre Vellas zorganizował spotkanie 40 seniorów, aby zorientować się,

¹⁶J. Hryniewicz, *O sytuacji ludzi starszych*, dz. cyt., s. 36.

¹⁷ Pełen opis programu: <http://analizy.mpips.gov.pl/i>.

czego oczekują od uniwersytetu. Wówczas, na podstawie wypowiedzi seniorów, stworzono trzy postulaty, które powinien realizować uniwersytet: potencjał medyczny uniwersytetu powinien służyć propagowaniu wiedzy na temat utrzymania zdrowia w wieku starszym, upowszechniana wiedza o kulturze powinna być wzbogacona o doświadczenie i wiedzę ludzi starszych, potencjał badawczy powinien zostać zmobilizowany dla rozwiązywania problemów ludzi starszych oraz starości¹⁸. Pierwszy UTW powstał w 1973 roku we Francji założony został przez wspomnianego Pierre Vellas'a, który w centrum uwagi postawił badania naukowe skierowane na pomoc ludziom starszym. W Polsce obecnie powstało około 110 takich placówek, które zrzeszają w sumie 25 tysięcy słuchaczy. W wyniku współpracy i kontaktów naukowych profesor Haliny Szwarz z Pierre'em Vellasem utworzono Uniwersytet Trzeciego Wieku w Warszawie. Pod nazwą Studium III Wieku, 12 listopada 1975 roku, inaugurowano pierwszy rok akademicki UTW. Intensywny rozwój placówek tego typu przypadł na lata 1975–1979. Wtedy to powstały Uniwersytety Trzeciego Wieku we Wrocławiu, Opolu, Szczecinie, Poznaniu, Gdańsku, Łodzi. W stolicy podkarpacia również działa taka placówka przy Uniwersytecie Rzeszowskim – UTW powstał w 1983 roku z inicjatywy Genowefy Kruczek-Kowalskiej. Dzięki takim instytucjom edukacyjnym starsi mają szansę na stały kontakt z ludźmi oraz na rozwijanie swoich pasji i talentów. Zasadniczym zadaniem Uniwersytetu Trzeciego Wieku jest dążenie do utrzymania indywidualnego dobrostanu psychofizycznego seniora oraz osiągnięcie należytej i godnej pozycji człowieka starszego w społeczeństwie. Drogą do osiągnięcia tego jest edukacja. Celem każdej z takich placówek powinno być rozwijanie sprawności intelektualnej, fizycznej, integrowanie środowiska ludzi starszych. Cele te realizowane powinny być poprzez różne formy zajęć tj. wykłady z różnych dziedzin wiedzy, prelekcje i pogadanki w ramach różnych sekcji, imprezy

¹⁸ [Http://www.utw.pl/](http://www.utw.pl/), dostęp: 14.07.2013 r.

kulturalne i rozrywkowe, turystykę, rekreacyjną oraz rehabilitacyjną, kursy komputerowe, działanie celem nauczania starszych podstaw języków obcych, uprawianie różnych sportów, spotkania w grupie brydżowej, wolontariat. Udział w takich formach zajęć dostarcza słuchaczom rozwijania zainteresowań i możliwość lepszej adaptacji w zmieniających się warunkach życiowych. Słuchacze uczestniczą w zajęciach na zasadzie dobrowolności, stanowią swoistą elitę osób starszych, dla których ważny jest indywidualny rozwój poprzez edukację, mimo osiągniętego wieku, reprezentowani są przez Samorządy Słuchaczy. Jeżeli chodzi o wymagania formalne, głównie wiek, wykształcenie kandydatów, czy też kryteria naboru, to jest to zależne od poszczególnych ośrodków i modeli ich funkcjonowania. Rok akademicki na Uniwersytecie Trzeciego Wieku trwa tak, jak na tradycyjnych uczelniach wyższych, od października do połowy czerwca. W zależności od formy organizacyjnej uniwersytetu, starsi studenci mogą liczyć na otrzymanie dyplomu, potwierdzającego ukończenie danego kursu, który może trwać rok lub dwa lata. Zróżnicowanie kryteriów naboru uwarunkowane jest możliwościami finansowymi oraz charakterem danego uniwersytetu¹⁹.

Oprócz Uniwersytetów Trzeciego Wieku swoją działalnością mogą się poszczycić różne Akademie Seniorów. Celem akademii jest, podobnie jak to było w przypadku Uniwersytetów Trzeciego Wieku, rozwijanie sprawności intelektualnej, fizycznej, integrowanie środowiska ludzi starszych. Obecnie w Polsce działa dużo takich placówek m.in. Akademia Seniora powstała w Szczecinie w marcu 2006 roku, odpowiadając na potrzeby osób dojrzałych, ale chcących w dalszym ciągu rozwijać się i doskonalić swoje umiejętności, a przy okazji miło i ciekawie spędzać czas z osobami z tej samej grupy wiekowej²⁰. Na Podkarpaciu działa przy kościele Dominikanów Podkarpacka Akademia Seniora, jako projekt, w którym mogą uczestniczyć osoby, które ukończyły 60 rok życia.

¹⁹ [Http://www.utw.pl/](http://www.utw.pl/), dostęp 14.07.2013 r.

²⁰ [Http://www.akademia-seniora.pl/](http://www.akademia-seniora.pl/), dostęp 14.07.2013 r.

W ramach tego projektu seniorzy mogą uczestniczyć w bezpłatnych zajęciach dotyczących zdrowia, prawa spadkowego, gimnastyce, kursie samoobrony, studium urody i wizażu oraz kursie języka angielskiego. Podobną formę aktywności proponują kluby seniora zorganizowane często w osiedlowych domach kultury. Kluby w zależności od motywacji jej członków są bardziej lub mniej rozwinięte pod względem działalności. Przeważnie, działalność klubów polega na wspólnych wyjściach do instytucji kulturalnych, wycieczkach, obchodach świąt czy rocznic. Ponadto nie można zapomnieć o Związku Emerytów, Rencistów i Inwalidów, który jest pozarządową organizacją społeczną, samodzielną i niezależną z blisko 70-letnią tradycją. Działa poprzez swoje oddziały okręgowe, rejonowe i koła. Jest to największa organizacja emerycko-inwalidzka w Polsce, zrzeszająca około milion członków.

Każdy emeryt i osoba starsza może korzystać z terapii zajęciowej. Terapia zajęciowa to pewne określone czynności, zajęcia fizyczne lub umysłowe, prowadzone przez fachowców w danej dziedzinie, mające na celu usprawnianie psychiczne i fizyczne. Usprawnianie psychiczne polega na przywróceniu zdolności nawiązywania kontaktów i umiejętności współżycia z innymi ludźmi, dostosowania się do środowiska, w którym się żyje. Usprawnianie fizyczne to połączenie zajęć terapeutycznych z rehabilitacją leczniczą, umożliwiające zachowanie sprawności fizycznej, pozwalającej przynajmniej na samodzielne wykonywanie prostych czynności. Celem terapii zajęciowej jest zapobieganie skutkom ograniczania aktywności i przywracanie zdolności do aktywnego życia w interakcji z otoczeniem społecznym. Poprzez uczestniczenie w przeróżnych formach aktywności zorganizowanej i celowej jednostki nie pozostają bierne, nie zanika w nich inicjatywa i chęć do pracy oraz chęć nawiązywania i kontynuowania kontaktów z innymi. Tym samym osiąga się maksymalny rozwój umiejętności osoby starszej, uczy lub usprawnia wykonywanie czynności sa-

moobsługowych, tworzy możliwości prowadzenia samodzielnego życia, a nawet podjęcia zatrudnienia²¹.

Ludzie starsi podejmują również aktywność na polu religijnym. Zwłaszcza oni potrzebują silnej więzi z Bogiem i kościołem stojąc u kresu swojego życia. Dlatego Kościół, w tym Kościół katolicki, przewiduje dla starszych różne formy aktywności.

Dużo ostatnio mówi się o tym, że ludzie w podeszłym wieku nie uczestniczą w życiu politycznym. Nie ma ich w parlamencie, a decyzje dotyczące ich spraw podejmowane są bez nich. W życiu politycznym aktywnie działa Krajowa Partia Emerytów i Rencistów, jednak jest ona zbyt słaba by zaistnieć na scenie politycznej.

III. Pomoc dla seniorów

Wraz z wiekiem zmieniają się potrzeby ludzi starszych, zmniejsza się zapotrzebowanie na dążenie do sukcesów i osiągnięcie różnych celów, a zwiększa się potrzeba spokoju i akceptacji. Ludzie starsi, bardziej niż pozostali, odczuwają braki w zaspokajaniu swoich potrzeb. Wielu z nich jest w złej sytuacji materialnej. Z upływem lat pogarsza się ich stan zdrowia oraz ogólna sprawność. W związku z tym pogarsza się ich sytuacja oraz pozycja społeczna²². W Polsce populacja osób starszych powyżej 65 roku życia stanowi grupę liczącą prawie 5 mln ludzi. Wśród nich około 2% to osoby obłożnie chore, stale pozostające w łóżku, a 17% to ludzie mający poważne problemy w zakresie poruszania się w obrębie mieszkania. Zaledwie 7% osób w wieku powyżej 75 roku życia nie zgłasza żadnych schorzeń przewlekłych²³.

Seniorzy z upływem lat coraz bardziej potrzebują pomocy rodziny oraz państwa. W Polsce opieka nad osobami starszymi urosła do rangi normy kulturowej. Od rodziny i krewnych niemal

²¹ www.dps.pl, dostęp: 15.07.2013 r.

²² P. Błędowski, *Lokalna polityka społeczna wobec ludzi starych*, Warszawa 2002, s. 12.

²³ H. Dmochowska (red.), *Mały Rocznik Statystyczny Polski 2010 r.*, Warszawa 2010, s. 226.

oczekuje się opieki nad rodzicami czy dziadkami. Niektórzy zajmują się swoimi, niekiedy chorymi, rodzicami, otaczając ich opieką i miłością. „W Europie instytucja rodziny w dalszym ciągu odgrywa istotną rolę w życiu jednostki, nawet w krajach takich jak Dania, gdzie opieka socjalna jest na wysokim poziomie”²⁴. Niestety w dzisiejszych czasach zdarza się coraz częściej, że ludzie traktują swoich rodziców i dziadków jako zbędny balast i tylko połowicznie okazują opiekę często chorym i cierpiącym. Przyjaciele i sąsiedzi mogą stanowić źródło wsparcia, zwłaszcza dla osób samotnych i bezdzietnych – rzadko jednak podejmują opiekę nad taką osobą. Warto też zauważyć, że niekiedy osoba starsza potrzebuje więcej uwagi, ze względu na swój stan zdrowia – mówimy tu całodobowej opiece specjalistycznej. Wiele osób przy dzisiejszej infrastrukturze, nie ma środków, by oddać taką osobę pod opiekę specjalnie do tego stworzonej placówki, gdyż wymaga to ze strony rodziny dużych nakładów pieniężnych. Ponadto przy szeroko rozwiniętym pojęciu opieki, niektórzy wolą sami zajmować się osobami chorymi, odrzucając jednocześnie pomoc ze strony instytucji opiekuńczej. Właściwie polski system zabezpieczenia społecznego ignoruje „opiekunów nieformalnych”, brakuje rozwiązań umożliwiających rodzinom podjęcie opieki bez kolizji z obowiązkami zawodowymi²⁵. Jeśli osoba starsza – rodzic lub dziadek – będzie potrzebowała opieki specjalnej i szczególnej troski o zdrowie, często występuje konflikt między powinnością a pracą zawodową dla osoby opiekującej się takimi osobami. Ponadto brak środków pieniężnych jest częstym problemem w kwestii opieki nad osobą chorą, której utrzymanie w dobrym stanie wymaga najczęściej dużych nakładów pieniężnych. Rodziny nie mają środków żeby zatrudnić pielęgniarke lub skorzystać z usług instytucji społecznej.

²⁴ M. Raclaw, M. Rosochacka-Gmitrzak, B. Tokarz-Kamińska, *Aktywność społeczna i kulturalna osób starszych* [w:] *Strategie działania w starzejącym się społeczeństwie. Tezy i rekomendacje*, Warszawa 2012, s. 27.

²⁵ J. Hryniewicz, *O sytuacji ludzi starszych*, dz. cyt., s. 36.

Nie tylko na barkach rodziny leży los starszych ludzi. Kwestia ta jest również poruszana przez państwo i prawo. Na jaką więc opiekę może liczyć senior ze strony państwa i instytucji społecznych? Państwo stosując politykę wobec starzenia się stara się współpracować z innymi strategiami publicznymi. Na obszarze polityki ubezpieczeń społecznych państwo propaguje: zagwarantowanie dochodu ze świadczeń społecznych w wysokości umożliwiającej samodzielne finansowanie zakupu dóbr i usług typowych dla potrzeb związanych z wiekiem oraz mobilizowanie dbałości we wcześniejszych fazach życia o indywidualne zabezpieczenie dochodów na starość. Na obszarze polityki ochrony zdrowia: popularyzacja zasad promocji zdrowia i higieny życia oraz rozwój opieki geriatrycznej i poprawa dostępności do świadczeń rehabilitacyjnych. Natomiast na obszarze polityki pomocy społecznej: rozwój pomocy środowiskowej w formie usług, rozwój kompleksowej opieki długoterminowej oraz realizacja procesów (re)integracji społecznej różnych grup świadczeniobiorców²⁶. Jak to się przekłada na rzeczywistość?

Zabezpieczenie dla osób starszych i samotnych, którzy nie mogą liczyć na wsparcie rodziny, stanowi przede wszystkim prawo, w tym wszelakie ustawy regulujące powyższe kwestie. Ustawa o pomocy społecznej z dnia 12 marca 2004 roku określa ogólne zasady korzystania z pomocy społecznej. Istotne w kwestii seniorów są różne formy tej pomocy świadczone przez państwo. Mogą to być świadczenia: pieniężne oraz niepieniężne. Istotne dla seniorów i ich opiekunów są zwłaszcza: zasiłek stały i okresowy, zasiłek celowy i specjalny zasiłek celowy oraz wynagrodzenie należne opiekunowi z tytułu sprawowania opieki przyznane przez sąd. Natomiast niepieniężne to: składki na ubezpieczanie zdrowotne, składki na ubezpieczenie społeczne, pomoc rzeczowa (w tym ekonomiczne usamodzielnienie), usługi opiekuńcze w miejscu zamieszkania, w ośrodkach wsparcia oraz rodzinnym

²⁶ P. Błędowski, *Polityka wobec osób starszych – cele i zasady*, <http://orka.sejm.gov.pl/>, dostęp: 14.07.2013 r.

domach pomocy, specjalistyczne usługi opiekuńcze oraz pobyt i usługi w domu pomocy społecznej.

IV. DPS „LEŚNIÓWKA” – przykład instytucji wsparcia dla seniorów wymagających opieki

Organizację domu pomocy społecznej można przedstawić na podstawie działalności domu spokojnej starości połączonego z zakładem opiekuńczo-leczniczym, działającym na terenie Podkarpacia NZOZ „Leśniówka”. Jest to obiekt położony w Turzy w gminie Sokołów Małopolski.

Wszelkie dokumenty konieczne w procedurze starania się o miejsce w DSS „Leśniówka” pobrać można z dobrze skonstruowanej strony WWW. Koszt pobytu podopiecznego w DSS Leśniówka w roku 2013 wynosi 2 300 zł miesięcznie. Dla porównania pobyt pensjonariusza w podobnej placówce na terenie miasta Rzeszowa i w zarządzie MOPS (Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej) to kwota 2 800 zł. W odróżnieniu od instytucji zarządzanej przez władze samorządowe NZOS „Leśniówka” nie prowadzi długiej procedury kwalifikacyjnej w stosunku do przyszłego podopiecznego: zarząd placówki podpisuje umowę cywilno-prawną z prawnym opiekunem osoby starszej (lub z tą osobą osobiście), w której uzyskuje zapewnienie pokrywania kosztów pobytu. Placówki samorządowe natomiast przeprowadzają dokładne wywiady, w jakiej sytuacji finansowej znajduje się rodzina osoby, która ma zostać umieszczona w domu pomocy społecznej czy domu spokojnej starości i przedstawia dokładne wzory wyliczeń, kto i w jakim stopniu pokrywa koszty pobytu pensjonariusz w instytucji wsparcia.

Dom Spokojnej Starości połączony jest z niepublicznym Zakładem Opiekuńczo-Leczniczym. W zakładzie udzielane są całodobowe świadczenia zdrowotne, obejmujące swoim zakresem leczenie, pielęgnację i rehabilitację osób przewlekle chorych. Zapewnia on 50 miejsc, podobnie jak w domu spokojnej starości dwu i jedno-osobowych. Zakład udziela całodobowych świadczeń zdrowotnych, które obejmują swym zakresem pielęgnację opiekę

i rehabilitację osób niewymagających hospitalizacji. Ponadto zakład zapewnia kontynuację leczenia farmakologicznego. Istnieje możliwość skorzystania na miejscu z opieki lekarza. Ważnym punktem pobytu w ośrodku jest prowadzenie zajęć edukacji zdrowotnej dla pensjonariuszy i członków ich rodzin. Oprócz tego Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej

„Leśniówka” oferuje usługi w zakresie rehabilitacji. Budynek i jego wyposażenie jest doskonale przystosowane do potrzeb zarówno osób niepełnosprawnych jak i osób w podeszłym wieku. Ponadto infrastruktura budynku stworzona jest z myślą o gabinetach specjalistycznych, które mieszczą się wewnątrz budynku. Usługi rehabilitacyjne prowadzone są w ramach ubezpieczenia zdrowotnego, jak i prywatnie z tym, że rejestracja na te zabiegi odbywa się na podstawie odpowiedniego skierowania wystawionego przez lekarza posiadającego umowę z NFZ.

Placówka NZOZ „Leśniówka” zajęła pierwsze miejsce w plebiscycie ESKULAP 2012 w kategorii: PLACÓWKA MEDYCZNA 2012 WOJEWÓDZTWA PODKARPACKIEGO.

V. Podsumowanie

Powyższe opracowanie jest próbą pokazania, w jaki sposób funkcjonuje w społeczeństwie człowiek starszy: ma on wiele praw ale i obowiązki. Mimo osiągniętego wieku emerytalnego może realizować się na polu zawodowym i osobistym, podejmować naukę, zajmować się tym, co go interesuje, realizować swoje pasje. W sytuacji jednak, w której na skutek choroby, zmian w organizmie wymaga pomocy –może tę pomoc otrzymać. Jedną z możliwości jest wsparcie uzyskiwane od najbliższych, opieka domowa w rodzinnej atmosferze oraz wsparcie instytucjonalne, które oferują instytucje polityki społecznej z sektora państwowego i prywatnego. Należy nadmienić, iż obie formy pomocy umożliwiają te same przepisy prawne. Wymuszają one zachowanie identycznych standardów dotyczących usługi opiekuńczej skierowanej do człowieka starszego i niedołążnego. Ważnym aspektem opieki są koszty pobytu i uzyskanej pomocy. W placówce z sektora niepublicznego

koszty faktyczne mogą być niższe od tych wyliczonych w placówce finansowanej z budżetu państwa, jednak, jeśli podopieczny nie jest skierowany przez ośrodek pomocy społecznej, który może podpisać umowę cywilno-prawną o pokrywaniu tychże, musi ponieść całkowity ciężar finansowy związany z koniecznością pobytu w placówce. W takiej samej instytucji lecz administrowanej przez samorząd obowiązuje dokładna, jednolita w całej Polsce procedura kwalifikacyjna podopiecznego. Jeśli jest to osoba uboga (przyporządkowanie wg dochodu przypadającego na osobę w danym gospodarstwie domowym), taką jest też jej rodzina i nie może pozwolić sobie na pokrycie kosztów pobytu samodzielnie, korzysta z zasady współfinansowania opieki z finansowych środków państwa. Osoby dobrze sytuowane pokrywają koszty pobytu i opieki z własnych środków. Niezależnie od tego, czy dopłata jest całkowita, czy częściowa, jest dużym obciążeniem dla opiekunów osób starszych. Często bowiem są to również osoby starsze, posiadające dorosłe dzieci, które ze względu na sytuację na rynku zatrudnienia w Polsce same nie mają pracy lub mają, ale mało płać. Pokolenie rodziców (50-, 60-ciolatków) bardzo często bierze na swoje barki np. spłatę kredytu swoich dzieci lub po prostu ich utrzymania. Tak więc dodatkowy koszt opłaty pobytu swojego rodzica-seniora w domu opieki jest zawsze znacznym obciążeniem budżetu rodziny. Często więc decyduje się ona na zatrudnianie osób prywatnych (zapewniając np. mieszkanie i opłatę za opiekę) w tzw. szarej strefie, bez uiszczania należności podatkowych. W takim przypadku dostęp do fachowej opieki medycznej i psychologiczno-pedagogicznej jest ograniczony. Z jednej więc strony osoba starsza przebywa w środowisku rodzinnym, z drugiej zaś nie ma zapewnionego dostępu do fachowej opieki medycznej w takim stopniu, w jakim oferowana jest ona w instytucjach sformalizowanych.

Należy się spodziewać, iż instytucje pomocowe takie jak domy pomocy społecznej, domy spokojnej starości, warsztaty terapii zajęciowej i inne będą powstawać, gdyż wymaga tego sytuacja związana z demograficznym zjawiskiem starzenia się społeczeń-

stwa. Poddać analizie trzeba formę finansowania kosztów opieki i być może zmienić zasady na bardziej korzystne dla pensjonariusza i jego rodziny. Autorka opracowania zdaje sobie jednak sprawę z faktu, iż w obecnej sytuacji budżetowej państwa nie ma woli politycznej, aby wprowadzać jakiegokolwiek zmiany.

ABSTRACT

Social Assistance Institution „LEŚNIÓWKA” in Turza, as a model institution realising assumptions of social policy towards older people

Demographic prognoses concerning many European societies, among them the Polish one, are implacable – in the perspective of twenty years one fourth of the Poles will be older persons. Thus, a perception of an older person must change in the social consciousness, which on the one hand can function actively in life, realise her/his interests and passions, on the other hand she/he can depend on assistance from the family\or an institutional aid because of changes which take place in a human body in relation with growing old. A state as an organisation is obliged to create the social policy towards persons who need support, which is guaranteed by the basic law and subsequent detailed law. On their grounds function among others social assistance homes or nursing homes for old people. One of examples is NZOZ DSS „Leśniówka” (the podkarpackie province).

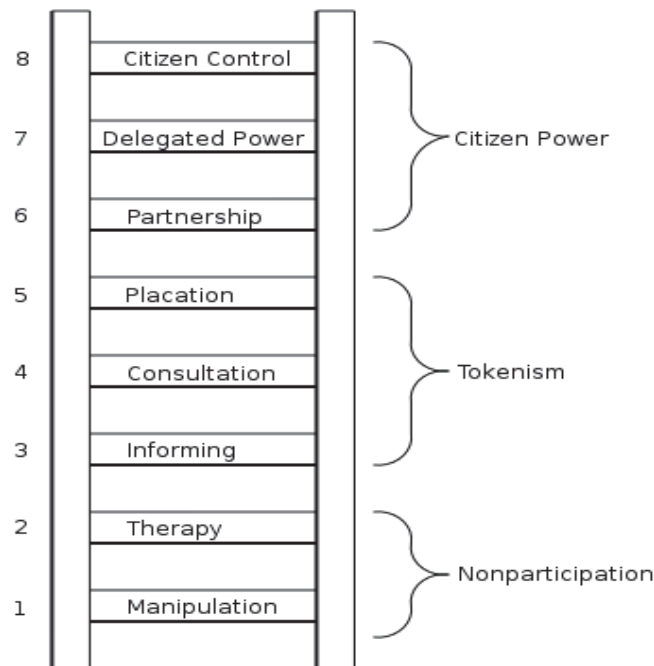
Nachhaltige Rekommunalisierung öffentlicher Aufgaben mit Bürgerbeteiligung

I. Bürgerbeteiligung als Bestandteil demokratischer Strukturen

Bürgerbeteiligung ist in vielen europäischen Staaten ein prominentes Thema im Rahmen von politischen Entscheidungsprozessen, die das Gemeinwohl und die Versorgung der Bürger mit Leistungen aus der öffentlichen Daseinsvorsorge betreffen. Unter Bürgerbeteiligung ist die Einbeziehung oder aktive Teilnahme von Bürgern an politischen Entscheidungsprozessen zu verstehen. Abhängig von der Ausgestaltung des Teilhabeprozesses kann die Reichweite der Mitwirkung von Bürgern an Entscheidungsprozessen unterschiedlich intensiv sein. Die Einbeziehung der Bürger reicht von der reinen Bereitstellung von Informationen bis zum eigenverantwortlichen Handeln der Bürger innerhalb des jeweiligen Prozesses¹. Einen Eindruck der grundlegenden Beteiligungsstufen vermittelt die sogenannte Beteiligungsleiter - ladder of citizen participation – der amerikanischen Forscherin S. Arnstein²:

¹ Universität Leipzig, Kompetenzzentrum Öffentliche Wirtschaft e.V., Optionen moderner Bürgerbeteiligung bei Infrastrukturprojekten, s. 18.

² Arnstein, Sherry R., A ladder of citizen participation, in: Journal of the American Institute of Planners, Vol. 4, S. 216–224, 1969.



Ein Großteil der Beteiligungsverfahren bewegt sich im Bereich „tokenism“, also der Scheinbeteiligung im Zuge von Informationsvermittlung und Konsultation. Scheinbeteiligung insofern, als eine echte Beteiligung von Bürgern bei Entscheidungsprozessen nicht erfolgt, sondern nur eine Aufklärung über geplante Projekte und eine Einbeziehung in die politische Debatte. Trotzdem kann durch die Beteiligung von Bürgern an politischen Entscheidungsprozessen, unabhängig von der Intensität der Beteiligung, die demokratische Kultur eines Landes gestärkt werden. Betrachtet man den Ablauf politischer Entscheidungsprozesse, so ist festzustellen, dass viele politische Entscheidungen nicht mehr originär von der Politik als gewählte Interessenvertretung der Bürger vorbereitet werden, sondern getragen sind vom Lobbyismus wirtschaftlicher Interessenverbände, die einen erheblichen Einfluss auf das politische Geschehen auch in parlamentarischen Demokratien wie

Deutschland haben. Insofern ist es zu begrüßen, dass das Thema Bürgerbeteiligung in aktuellen politischen Debatten von Relevanz ist und Bürger zunehmend eine aktive Funktion in politischen Prozessen übernehmen, weil sie sich und ihre Interessen nicht ausreichend durch die Politik vertreten sehen.

Zu unterscheiden sind in Deutschland in der praktischen Umsetzung formelle und informelle Beteiligungsverfahren. Formelle Verfahren sind gesetzlich geregelt bzw. vorgeschrieben und betreffen z.B. politische Entscheidungsprozesse bei Raumplanungs- und Planfeststellungsverfahren (Bau einer Autobahntrasse, von Stromversorgungsnetzen u.a.). Diese formellen Verfahren dienen primär der Information und Konsultation der Bürger. Daneben gibt es gesetzlich geregelte Verfahren, durch die die Bürger Entscheidungsmacht im Sinne von „citizen power“ erlangen (Volksbegehren, Volksentscheid). Informelle Verfahren sind gesetzlich nicht geregelt. In den letzten Jahren wurden informelle Verfahren entwickelt, die die Bürger unterschiedlich intensiv in politische Entscheidungsprozesse einbinden wie z.B. Bürgerhaushalt, Bürgerrat, Bürgergutachten, Zukunftswerkstätten oder verschiedene internetgestützte Beteiligungsverfahren. Für nähere Ausführungen hierzu wird auf einschlägige Literatur verwiesen³.

II. Staatliche Aufgabenwahrnehmung im Fokus öffentlicher Diskussion

Kommunale Aufgaben leiten sich weitgehend aus Gesetzen von Bund, Ländern resp. Kommunen ab. Sie lassen sich aufteilen in Aufgaben der Eingriffsverwaltung (Polizei, Justiz usw.) und der Leistungsverwaltung. Die Leistungsverwaltung beinhaltet im Wesentlichen die Umsetzung der Daseinsvorsorge, die die öffentliche Grundversorgung mit den notwendigen Gütern und Leistungen im

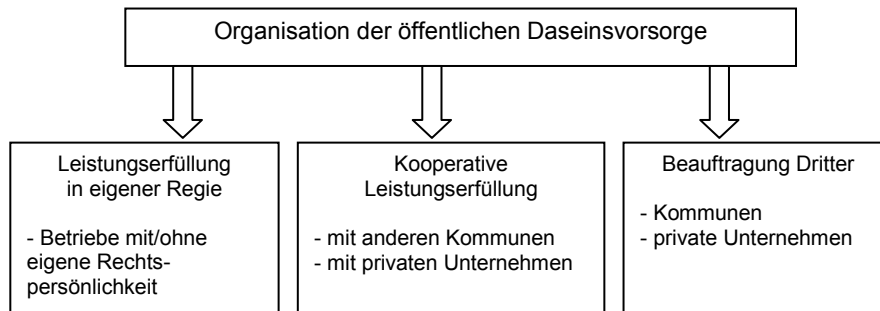
³ Vgl. z.B. Nanz, P./Fritzsche, M., Handbuch Bürgerbeteiligung, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn 2012, S. 36ff.

Interesse der Allgemeinheit beschreibt⁴. Die hier diskutierte Frage einer Bürgerbeteiligung bei der öffentlichen Aufgabenerfüllung bezieht sich grundsätzlich nur auf den leistenden Teil der Verwaltungsaufgaben.

Die Daseinsvorsorge als Kernaufgabe des Staates umfasst die Bereiche der Verwaltung, die Leistungen für die öffentliche Grundversorgung vorhalten. Unter den Begriff der öffentlichen Grundversorgung können Aufgaben für die Sicherstellung der öffentlichen Infrastruktur (Verkehr, Informationswesen, kulturelle Einrichtungen u.a.), das Bildungswesen oder Versorgungs- und Entsorgungsleistungen subsummiert werden. Die Frage, ob der Staat diese leistenden Aufgaben selbst wahrnehmen oder alternativ in private Hände übertragen soll, ist politisch umstritten. Prinzipiell besteht aber Konsens darin, dass Aufgaben und Güter der Daseinsvorsorge in öffentliche Verantwortung gehören, unter demokratische Kontrolle und am Gemeinwohl orientiert sein müssen. Würde man diese Leistungen dem Markt ohne Eingriffsmöglichkeiten überlassen, wäre das Gemeinwohl gefährdet, das Gemeinwohlziel würde durch andere Ziele wie Gewinnstreben ersetzt werden und die Bürger hätten keine Einflussmöglichkeiten auf die Gestaltung ihrer Daseinsvorsorge. Diese Einflussmöglichkeiten der Bürger zu bewahren unterstreicht die Notwendigkeit, dass die öffentliche Daseinsvorsorge immer unter der Kontrolle des Staates zu verbleiben hat.

Die Inanspruchnahme von privaten Unternehmen zur Ausführung der Leistungsaufgaben wird dadurch jedoch nicht berührt. Sehr wohl ist es möglich, private Unternehmen in die operative Leistungserbringung zu integrieren. Das folgende Schaubild zeigt die organisatorischen Möglichkeiten des Staates, öffentliche Aufgaben - auch die der öffentlichen Daseinsvorsorge - in eigener Regie, kooperativ oder als Auftragsvergabe auszuführen.

⁴ Badura, Peter, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, ein exemplarischer Leitfaden, 2. Auflage, Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen 2005, Rdnr. 154ff.



Quelle: eigene Darstellung.

Die öffentliche Daseinsvorsorge war bis in die 90er Jahre kein besonders relevantes Thema in der öffentlichen, politischen Diskussion. Was hat in den letzten Jahren die Daseinsvorsorge in den Blickpunkt der öffentlichen Diskussion gerückt? Die Schlagzeilen über neue Bürgerinitiativen und Bürgerbegehren nehmen kontinuierlich zu. Projekte wie Stuttgart 21 werden prominent, auf vielen kommunalen Internetseiten finden sich Rubriken wie „Bürgerbeteiligung“, unter denen Bürger ihre Anliegen an die Kommune formulieren und ihre Kritik und Anregungen öffentlich machen können. Gründe für die zunehmende Relevanz von Bürgerbeteiligung sind verschiedene Aspekte der wirtschaftspolitischen Entwicklung der letzten Jahre. Zum einen handelt es sich um eine Folge der anhaltenden Finanz- und inzwischen auch Wirtschaftskrise, die EU-weit für Verunsicherung der Bürger in Bezug auf die Wertentwicklung ihrer Ersparnisse sorgt. Zum anderen wird die soziale Schere zwischen Arm und Reich größer, während gleichzeitig der Anteil der armen Bevölkerung kontinuierlich wächst. Das sensibilisiert die Bürger zusätzlich hinsichtlich des Umgangs mit ihren Steuergeldern. Ein weiterer Aspekt für die Sensibilisierung der Bürger ist die zunehmende „Enddemokratisierung“ der Gesellschaft, indem wie oben beschrieben die Verwendung des Staatsvermögens zunehmend auf der Grundlage politischer Entscheidungen erfolgt, die durch Lobbyarbeit spezifischer Interessenverbände geprägt ist. In politischen Diskussionen wird diese

Entwicklung auch als postdemokratisch bezeichnet, weil die ursprünglichen Ideen eines demokratischen Staates durch die Fokussierung auf die Interessenlage der Wirtschaft bei gleichzeitiger Vernachlässigung des Gemeinwohls aller Bürger ausgehöhlt werden⁵.

Die persönliche und finanzielle Betroffenheit der Bürger durch unpopuläre wirtschaftspolitische Entscheidungen hat in den letzten Jahren zugenommen (z.B. finanzielle Belastung durch Steuern/Gebühren/Energiekosten, Rentenkürzungen...). Als Antwort darauf fordern die Bürger eine größere Einflussnahme auf die Verwendung des Staatshaushaltes. Bürgerbeteiligung in ihren unterschiedlichen Ausprägungen gewinnt im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge zunehmendes Gewicht. Einflussnahme ist möglich, solange die Daseinsvorsorge in öffentlicher Verantwortung verbleibt. Die Sicherstellung öffentlicher Steuerung und Verantwortung in der Daseinsvorsorge ist deshalb Anlass, um sich mit Fragen von Privatisierung und Rekommunalisierung politisch und wissenschaftlich auseinanderzusetzen, zumal gerade in den kommenden Jahren viele der in den 90er Jahren geschlossenen Privatisierungsverträge auslaufen und eine Entscheidung über Neuausschreibung oder Rekommunalisierung ansteht.

III. Privatisierung versus Rekommunalisierung

Verfolgt man die historische Entwicklung von Privatisierungs- und Rekommunalisierungsprozessen, so ist festzustellen, dass es in Abhängigkeit von politischen Entwicklungen und Konjunkturschwankungen seit deutlich über 100 Jahren zu bestimmten Zyklen von Privatisierung und Rekommunalisierung kommt.

In der Zeit nach dem 2. Weltkrieg bestand bis in die 1970er Jahre die Überzeugung, dass die öffentliche Daseinsvorsorge vom Staat selbst umgesetzt werden solle. Dies betraf weitgehend alle damit verbundenen Aufgaben (Energie, Wasser, Abfall, ÖPNV, kul-

⁵ Vgl. Crouch, Colin, Postdemokratie, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M. 2008, S. 7ff.

turelle und soziale Einrichtungen...). Hierzu stehen in Deutschland dem Staat verschiedene Organisationsformen zur Verfügung, ohne die Leistungserbringung in private Hände übertragen zu müssen: Betriebe ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Regie-, Eigenbetriebe) oder mit eigener Rechtspersönlichkeit (öffentlich-rechtliche Anstalten, Körperschaften oder Stiftungen). Private Unternehmensformen, in denen der Staat als Gesellschafter auftritt, sind eine weitere organisatorische Alternative.

Im Zuge eines politischen Umdenkens, angeführt von der konservativen Thatcher-Regierung in Großbritannien⁶, stand ein neoliberales Denkmuster dafür, dass der Staat nur noch für wenige hoheitliche Aufgaben, insbesondere die sogenannte Eingriffsverwaltung (Judikative, Polizei usw.), zuständig sein und sich im Übrigen auf die externe Kontrolle der durch die privaten Unternehmen übernommenen Aufgaben beschränken solle. Denn die meisten Aufgaben, so die neoliberale Vorstellung, könnten besser von privaten Unternehmen erledigt werden. Dahinter stand die Überzeugung, dass private Unternehmen grundsätzlich kostengünstiger und mit besserer Qualität die Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge ausführen würden. Dem Staat wurde die ökonomische und fachliche Kompetenz abgesprochen, genauso gut oder besser als private Unternehmen die öffentliche Daseinsvorsorge übernehmen zu können. Dieses politische Denken führte in den 80er und 90er Jahren - zusätzlich angeheizt durch die Haushaltsnotlagen von Ländern und Kommunen - zu einem massiven Verkauf öffentlichen Vermögens und dem Überlassen hoheitlicher Aufgaben an private Anbieter.

Die Ergebnisse und Folgen der Privatisierungswelle wurden neben vielen anderen umfangreichen Untersuchungen auch im Zentrum für Public Management - zep - im Rahmen eines For-

⁶ Vgl. Wollmann, Hellmut, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen in europäischen Nachbarländern, in: Matecki, C./Schulzen, T. (Hrsg.), *Zusück zur öffentlichen Hand? Chancen und Risiken der Rekommunalisierung*, VSA-Verlag Hamburg, 2013, S. 37ff.

schungsprojektes exemplarisch untersucht⁷. Insgesamt sind die Erfahrungen mit Public Private Partnership resp. Privatisierung in vieler Hinsicht ambivalent und teils ernüchternd. Erhoffte Kostensenkungen und damit verbundene Preissenkungen zugunsten der Bürger blieben oftmals aus, im Gegenteil zogen Preise und Gebühren in vielen Fällen an. Die Kontrollmöglichkeiten des Staates stellten sich aus verschiedenen Gründen als eher bescheiden dar. Zum einen waren die Verträge mit den privaten Unternehmen oftmals nicht optimal im Sinne einer staatlichen Kontroll- und Eingriffsmöglichkeit ausgehandelt. Zum anderen stellte sich heraus, dass eine tatsächliche Kontrolle nicht immer realisierbar ist. Dies vor allem dann nicht, wenn sich das private Unternehmen in einem Unternehmensverbund befindet. In Konzernen können z.B. Quersubventionierungen zwischen den einzelnen Unternehmen eines Konzerns zur Verschiebung von Kosten und Erlösen nur schwer nachvollzogen werden.

Die angesichts dieser Aspekte wachsende Unzufriedenheit mit Privatisierungen und Public Private Partnership führte in den letzten Jahren zu einem Umdenken. Bürger und Politiker sehen in dem Staat wieder den sicheren Hafen, der für die Beseitigung wirtschaftspolitischer Ungleichgewichte einsteht und als zuverlässiger Partner im Bereich der Existenz- und Vermögenssicherung gilt. Die Wirtschafts- und Finanzkrise beförderte die Überzeugung, dass aufgrund der negativen Erfahrungen mit Privatisierungen nunmehr wieder der Staat selbst seine hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen soll. Zudem hat der Staat festgestellt, dass sich mit Aufgaben der Daseinsvorsorge Geld verdienen lässt und die Erzielung kurzfristiger Liquidität durch die Veräußerung des sogenannten Tafelsilbers nicht immer die beste betriebswirtschaftliche Entscheidung ist.

Der Staat hat aus den wirtschaftspolitischen Krisen und den Erfahrungen mit privaten Unternehmen gelernt und setzt sich

⁷ Gahrman, A./Mönnich, E./Moewes, M. et al., Public Private Partnership, Organisationsvarianten für eine nachhaltigkeitsgerechte Entsorgung, Band 1 und 2, LIT-Verlag, Berlin 2012.

wieder verstärkt für (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge ein. Auch in der Bevölkerung besteht, wie oben beschrieben, ein Umdenken hin zu der demokratischen Lösung, dass der Staat für die Daseinsvorsorge verantwortlich zeichnen soll und Wege zu suchen sind, wie die Bürger in die Lage versetzt werden, an Entscheidungen über ihr Vermögen und ihre Versorgung mit Leistungen aus dem Bereich der Daseinsvorsorge zu partizipieren. Konzepte für Bürgerbeteiligungen sind mithin ein aktuelles Thema in basisdemokratisch orientierten politischen Diskussionen.

Nicht unerwähnt bleiben darf, dass Rekommunalisierung und Bürgerbeteiligung keinem Selbstzweck dienen dürfen. Es kann nicht darum gehen, aus dogmatischen Überzeugungen heraus Aufgaben der Daseinsvorsorge grundsätzlich in öffentlicher Hand zu belassen, die besser von Privaten übernommen werden können. Dies wäre Einzelfall bezogen zu prüfen. Vor allem sind alte Fehler wie inputorientiertes Handeln oder mangelnde Kundenorientierung bei kommunaler Leistungserbringung zu vermeiden. Auf der Grundlage moderner Verwaltung im Sinne eines New Public Management sind neue, effiziente Strukturen zu schaffen, die eine wettbewerbsfähige, marktgerechte Leistungserbringung garantieren. Das Gemeinwohlziel (citizen value) ist dabei zu verfolgen.

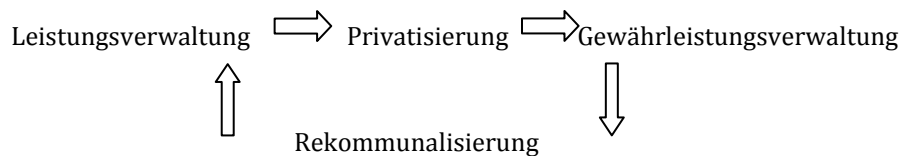
IV. Nachhaltige und bürgerbezogene Rekommunalisierung

Daseinsvorsorge ist wie in Pkt. 1 dargestellt eine staatliche Aufgabe, mit der die Verwaltung für soziale Lebensbedingungen der Bürger sorgen soll. Im Gegensatz zur reinen Eingriffsverwaltung ist der Staat bei der Daseinsvorsorge gehalten, leistend tätig zu werden⁸.

Soweit der Staat die Aufgaben der Daseinsvorsorge selbst übernimmt, spricht man also von einer Leistungsverwaltung. Es ist aber wie bereits erwähnt nicht gesetzlich festgeschrieben, dass

⁸ Vgl. Gahrman/Mönnich/Moewes et al., Band 1, a.a.O., s. 22.

der Staat diese Aufgaben selbst ausführt. Er kann sie auf private Unternehmen übertragen und muss dann die Gewährleistung für eine adäquate Ausführung der Daseinsvorsorgeaufgaben übernehmen. In diesem Fall spricht man von einer Gewährleistungsverwaltung.



Quelle: eigene Darstellung.

Die Gewährleistung einer angemessenen Ausführung privatisierter Aufgaben erfolgt vor allem durch entsprechende und vertraglich abgesicherte Steuerungs- und Kontrollinstrumente. Dafür muss der Staat die erforderlichen personellen und sächlichen Ressourcen bereitstellen.

In theoretisch-wissenschaftlichen Untersuchungen und in der Praxis hat sich herausgestellt, dass gerade hier Probleme bei Privatisierungen von Aufgaben der Daseinsvorsorge entstehen und dies eine Motivation für Rekommunalisierungen ist. Die Gewährleistung einer angemessenen Ausführung von an private Unternehmen übertragenden Aufgaben impliziert auch und insbesondere die Gewährleistung nachhaltigen Wirtschaftens im Rahmen der Daseinsvorsorge. Die Ausführung von Aufgaben der Daseinsvorsorge ist demnach eng verknüpft mit der Sicherstellung nachhaltigen Wirtschaftens. Nachhaltigkeit reduziert sich dabei nicht nur auf die ökonomischen Aspekte. Das Grundkonzept der Nachhaltigkeit basiert auf den drei Säulen Ökonomie, Ökologie und Soziales, wobei alle drei Säulen gleichberechtigt nebeneinander stehen.



Quelle: <http://www.google.de/imgres?imgurl=http://www.nachhaltigkeitstage.de/sites/default/files/3saeulen.jpg&imgrefurl=http://www.nachhaltigkeitstage.de/nachhaltigkeit>.

Nachhaltig im Sinne der Vereinten Nationen ist eine „Entwicklung, die die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt, ohne zu riskieren, dass künftige Generationen ihre eigenen Bedürfnisse nicht befriedigen können“⁹.

Der Grundkonsens zur Nachhaltigkeit, dass es drei nebeneinander wirkende Säulen gibt, wird durch die täglichen Debatten und durch die Praxis im Rahmen von Privatisierung und Kommunalisierungsüberlegungen revidiert, indem die Säule Ökonomie ein besonderes Gewicht erhält. Dies verwundert zunächst nicht angesichts der Tatsache, dass der Begriff der Nachhaltigkeit, der auf den sogenannten Brundtlandreport von 1987 zurückgeht und in den folgenden Weltkonferenzen der UN von Rio u.a. festgeschrieben wurde, Grundlagen des existenziellen Miteinanders zu-

⁹ Hauff, Volker, Unsere gemeinsame Zukunft, Der Brundtland-Bericht der Weltkommission für Umwelt und Entwicklung, Eggenkamp Verlag, Greven, 1. Auflage, 1987, S. 46.

sammenbringt, die eigentlich politische Fliehkräfte haben¹⁰. Die zentrifugalen Kräfte zwischen den drei Säulen der Nachhaltigkeit scheinen so groß zu sein, dass Denken und Handeln bei Privatisierungs- und Rekommunalisierungsprozessen geradezu beherrscht werden von primär ökonomischen Überlegungen.

Ein weiteres Problem hinsichtlich einer nachhaltigkeitsgerechten Daseinsvorsorge, unabhängig von der Organisationsform, ist neben der Ökonomielastigkeit die eher kurz- als langfristige Perspektive, mit der politische Entscheidungen verknüpft werden. So war Anlass für Outsourcing und Privatisierung in den 90er Jahren in vielen Fällen die Haushaltsnotlage der betroffenen Kommunen, die durch die Vergabe von Dienstleistungen an Private oder durch den Verkauf des Tafelsilbers versuchten, ihren Haushalt kurzzeitig zu sanieren, ohne die dadurch in der Zukunft entgangenen Gewinne aus diesen Dienstleistungen zu berücksichtigen.

Diese Entwicklung zu durchbrechen und Konzepte zu entwickeln, die ein Nebeneinander der drei Säulen der Nachhaltigkeit bei Rekommunalisierungsprozessen unter Einbeziehung von Bürgerbeteiligung erreichen, erscheint ein wichtiger Aspekt für die weitere Diskussion um die öffentliche Daseinsvorsorge und Bürgerbeteiligung zu sein. Es muss erreicht werden, dass im politischen Handeln und in der öffentlichen Wahrnehmung ein Gleichgewicht zwischen den drei Säulen der Nachhaltigkeit bei Rekommunalisierungen erzielt werden kann.

Verschiedene Einzelaspekte im Zusammenhang mit der **ökonomischen Nachhaltigkeit** sind zu berücksichtigen. So die Frage, ob eine Rekommunalisierung und die damit verbundene mögliche Dezentralisierung zu Gebührenerhöhungen führen kann angesichts fehlender Skaleneffekte, dies insbesondere bei kleineren Kommunen. Lässt man ideologische Aspekte außen vor, sollte ein Nebeneinander der Nachhaltigkeitssäulen nicht dazu führen, dass die Bürger dadurch mit höheren Gebühren belastet werden. Bei

¹⁰ Bachmann, Günther, Nachhaltigkeit: Politik mit gesellschaftlicher Perspektive, in: Politik und Zeitgeschehen, Bd. 31–32, Bundeszentrale für Politische Bildung, Bonn 2002, S. 8.

bestimmten Leistungen wie z.B. im Abwasser- und Abfallbereich, besteht ein Abnahme- und Benutzungszwang, woraus die Verpflichtung zum Zahlen von Gebühren und Beiträgen abzuleiten ist. Hinzu kommt, dass es keine Konkurrenz von Anbietern gibt. Nur eine – staatliche oder private – Institution übernimmt in der Regel die Aufgabe, Abfall oder Abwasser zu beseitigen. Die Bürger sind dadurch gezwungen, den jeweiligen Monopolpreis zu akzeptieren und haben keine Möglichkeit, den Anbieter zu wechseln.

Bürgerbeteiligung kann dazu beitragen, einen Entscheidungsprozess für oder wider eine Rekommunalisierung im Sinne der Bürger mitzutragen. Sie sollte den Prozess transparent für alle machen und dazu beitragen, dass angemessene Gebühren bzw. Beiträge für die Inanspruchnahme von Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge erhoben werden.

Ökologische Nachhaltigkeit wurde in den Debatten über Privatisierungen und Rekommunalisierungen bislang weitgehend ausgespart oder auf wenige Aspekte reduziert, die bei weitem nicht alle wichtigen Probleme umweltgerechter Aufgabenerfüllung inkludieren. Besondere Bedeutung erlangt die ökologische Nachhaltigkeit bei Daseinsvorsorgeaufgaben, die direkte Auswirkungen haben auf die Qualität der Umweltbedingungen, wie dies z.B. im Straßenbau oder in der Entsorgungswirtschaft der Fall ist.

Die **soziale Nachhaltigkeit** war in der Vergangenheit ebenso wie die ökologische kein wesentliches Entscheidungskriterium für die Politik. Aus Sicht der betroffenen Mitarbeiter und der Bürger im Sinne von Gebührenzahlern hat die Frage der sozialen Betroffenheit allerdings in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen. Für Mitarbeiter spielt z.B. die Frage der Rückkehrmöglichkeit zur öffentlichen Hand bei Privatisierungen eine wichtige Rolle. Dies wurde in der Vergangenheit bei der Aushandlung von Verträgen nicht immer berücksichtigt¹¹, was zum Zeitpunkt des Auslaufens von Verträgen zu sozialen Härten für die Betroffenen in den privaten Betrieben führen kann. Die Rückkehrmöglichkeit von Mitar-

¹¹ Vgl. Gahrmann/Mönnich/Moewes et al., Band 1, a.a.O., s. 175.

beitern aus privaten Unternehmen in die öffentliche Verwaltung ist neben verschiedenen anderen Aspekten bei der Entwicklung von Privatisierungs- und Rekommunalisierungskonzepten zu berücksichtigen, was durch eine Beteiligung von Bürgern und Betroffenen an den Entscheidungsprozessen sichergestellt werden kann.

Rekommunalisierungen können in der Region zu Beschäftigungseffekten führen. Während private Unternehmen ihr Personal auch überregional einwerben, weil regionale Beschäftigungseffekte für sie keinen Nutzen bringen, ist für die Kommune die Sicherung und Schaffung von kommunalen Arbeitsplätzen ein Kriterium, das bei der Frage nach Ausschreibung oder Rekommunalisierung eine wichtige Rolle spielen sollte. Nachhaltige kommunale Beschäftigungsverhältnisse in der öffentlichen Daseinsvorsorge unterstützen eine soziale Nachhaltigkeitspolitik der Kommune.

Hier zeigt sich die Relevanz von Mitspracherechten der Bürger, die als abhängig Beschäftigte ein hohes Interesse daran haben, dass ihre gezahlten Steuern zugunsten der Beschäftigung möglichst vieler Mitbürger einer Region eingesetzt werden. Dies ist bei Kommunen eher zu erwarten als bei privaten Unternehmen. Durch eine kommunal ausgerichtete Beschäftigungspolitik erreicht die öffentliche Hand, dass sie soziale Kosten z.B. zur Unterstützung arbeitsloser Mitbürger spart. Die Kommune hat mithin ein hohes Eigeninteresse, für eine aktive Beschäftigungspolitik in ihrer Region einzutreten.

Ein weiterer sozialer Aspekt betrifft die Einbindung der Bürger in die Organisation kommunaler Betriebe, also die Zeit nach der eigentlichen Rekommunalisierung. Sie sollten so eingebunden sein, dass sie an strategischen Entscheidungen mitwirken können. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass adäquate Konzepte zu entwickeln sind, wie Bürgerbeteiligung bei kommunaler Aufgabenwahrnehmung realisiert werden kann. Wichtig ist dabei, eine langfristige Wirkung zu erzielen. Die Zyklen von Privatisierung und Rekommunalisierung müssen zugunsten von langfristigen kommunalen Lösungen und nachhaltiger kommunaler Wirt-

schafts- und Beschäftigungspolitik überwunden werden. So vielfältig die möglichen Organisationsstrukturen in Verwaltungen für die Aufgabenerfüllung in der Daseinsvorsorge sind, so unterschiedlich können Konzepte für Bürgerbeteiligungen sein. Konzepte für Bürgerbeteiligungen müssen auf die jeweiligen Rahmenbedingungen (Aufgabe, organisatorische Einbindung der Aufgabe in die Verwaltung u.a.) abgestellt werden. Beteiligungen der Bürger sind sowohl auf der Ebene der Entscheidungsvorbereitung über eine Rekommunalisierung denkbar als auch in der eigentlichen Betriebs- resp. Umsetzungsphase. Eine Partizipation der Bürger kann partiell bei bestimmten Entscheidungsprozessen oder kontinuierlich erfolgen. Es wurden hierfür unterschiedliche Instrumente entwickelt und bereits in sehr unterschiedlichen Aufgabenbereichen der öffentlichen Daseinsvorsorge eingesetzt. Hierzu wird an dieser Stelle auf die einschlägige Literatur verwiesen¹².

V. Resumée

Mehr Bürgerbeteiligung eröffnet die Chance auf mehr direkte und gelebte Demokratie und ein Aufbrechen lobbytypischer Strukturen im politischen Raum. Die Ausführungen haben gezeigt, dass die Forderung nach mehr Bürgerbeteiligung in der öffentlichen Daseinsvorsorge aus wirtschafts- und sozialpolitischer Sicht an Bedeutung gewonnen hat. Die Aktualität des Themas und die damit verbundenen Handlungserfordernisse zeigen sich u.a. daran, dass die Rekommunalisierung aufgrund unsicherer Zukunftsperspektiven sowie der globalen und lokal wirkenden Finanzkrise sowohl für die Bürger als auch für die Politik zunehmende Bedeutung erlangt. Dadurch werden die Bürger aufgrund zunehmender Schuldenprobleme und persönlicher finanzieller Betroffenheit für die Haushaltspolitik des Landes und ihrer Kommunen sensibilisiert. Sie wollen ein stärkeres Mitspracherecht bei der Verwendung des Staatshaushaltes erlangen.

¹² Z.B. Nanz, P., a.a.O., 2012.

In der Vergangenheit wurden insbesondere wirtschaftliche und politische Interessen bei Entscheidungen über mögliche Privatisierungen berücksichtigt. Inzwischen sind im Sinne nachhaltigen Wirtschaftens auch ökologische und vor allem soziale Aspekte in den Fokus der politischen Diskussion gerückt, dies nicht zuletzt dank des Engagements der betroffenen Bürger.

Viele Privatisierungsverträge aus dem Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge laufen in den nächsten Jahren aus. Es ist daher wichtig, rechtzeitig Konzepte für eine nachhaltige Aufgabenwahrnehmung zu entwickeln und dabei nicht-ökonomische Aspekte und Bürgerbeteiligung adäquat zu berücksichtigen.

STRESZCZENIE

Rekomunalizacja zadań z sektora publicznego z udziałem obywateli

Artykuł bada zależności udziału społeczeństwa przy wykonywaniu stałych i koniecznych zadań z sektora publicznego w strukturach demokratycznych. Autor wyjaśnia, że post-demokratyczne tendencje w krajach takich jak Niemcy oraz kryzys ekonomiczny i finansowy doprowadziły do sytuacji, w której udział obywateli w polityce i życiu społecznym jest znaczący. W pierwszej części artykułu naszkicowano tło teoretyczne i polityczno-gospodarcze. Następnie omówiono aspekty wykonywania zadań prywatnych i komunalnych oraz włączania obywateli do procesów podejmowania decyzji dotyczących tych zadań. W trzeciej części artykułu autor podkreśla, że wykonywanie zadań z sektora publicznego zawsze należy rozważać w aspekcie zapewnienia ich ciągłości, oraz że udział obywateli może odgrywać ważną rolę w realizacji tych trwałych celów.

ABSTRACT

Sustainable municipalization of public tasks with citizen participation

The article examines the interdependence of public participation and sustainable performance of public tasks in democratic structures. The author explains that post-democratic tendencies in countries like Germany in conjunction with economic and fiscal crises have led on to making citizen participation in politics and society prominent. In the first part of the article the theoretical and economic policy backgrounds will be outlined. Afterwards aspects of private and municipal task performance are discussed in connection with the integration of citizens in the decision-making processes. In the third part of the article the author strengthens that the performance of public tasks has always to be considered under the aspect of sustainability and that citizen participation can play an important role in the implementation of sustainability goals.

YAROSLAV BERESKYI
OKSANA KALUZHNA
IVANNA LUCHAKIVSKA

Criminalistics in law enforcement: possibilities, nowaday realities and problems

Accumulation of forensic knowledge, of course, changes not only the paradigm of general theoretical foundations of forensic science, but also the views on its opportunities in law enforcement. The major trends of this problem have been reflected in the works of Ukrainian professors and V. H. Honcharenko, V. Yu. Shepitko, M. P. Yablokov, et al. We will try to understand the grounds to these positions.

As practice shows, the vast majority of deadlock or abnormal situations in any sphere of law enforcement are generated usually equally; on the one hand, by non-systematicness and collision of legal norms and gaps in legislation, on the other, by incompetence, unprofessionalism of the lawyers themselves as they do not delve into the nature of social relations that require legal regulation through the application of the law. They misunderstand or intentionally disregard legal norms, objective nature regularities, modern technologies of law enforcement activities. In other words, the quality of law enforcement activities as an important component of the regulating mechanism and characteristic of the legal state depends not only on its proper legal-normative and executive-technological equipment, but mainly on the fact how it is done professionally.

Herewith, it seems, from the viewpoint of the professional level of a law enforcer, reflections and molded on their basis worldview position are unlikely grounded and indisputable. The law enforcer's worldview position implies „the main role for the

knowledge of the law and recommendations in legal science branches as to their application in the situations that require a legal solution. It is also essential to have the knowledge about the possibilities of non-legal science branches, which develop modern technologies for searching, recording and using of any evidentiary facts”¹. The professional level of a law enforcer equally depends on the fact if s/he possesses:

- 1) adequate knowledge of appropriate branches of the law and basic legal science branches according to their competence;
- 2) knowledge of other legal sciences, especially those developing modern technologies for law enforcement;
- 3) necessary experience, abilities, perfected skills of using these two blocks of knowledge to solve legal issues.

It appears that this conclusion has been confirmed by practice. Otherwise, if the major role in determining a professional level of the lawyer is devoted exclusively to the knowledge of the law and legal science branches according to their specialization, and, thus, the importance of the other two components is underestimated, then virtually every law university graduate having a diploma with honors or appropriate excellent grades would have grounds to claim for occupying an “awaited” high position at once after graduation and he would not have “to go the way from a lieutenant to a general”. This would level the meaning of prosecutors’ class rates, judges’ qualifying classes, state employees’ ranks, etc. as criteria of legal officers’ experience, discipline, level of professionalism and prerequisites for their claiming for occupying an appropriate level of responsibility and complexity of tasks of the position. In terms of a natural psychological desire of any individual for professional growth, as well as the perspective of progress,

¹ Яблоков, Н. П. Теоретические и практические аспекты применения данных криминалистики в правоприменительной и иной юридической деятельности / Н. П. Яблоков // Вестник криминалистики. – 2009. – № 3 (31). – С. 16.

self-development of any kind of human activity the best option, contributing to both of these processes, is employee's possession of both – the quality of professional knowledge and up-to-date technology, which optimize their use, and the ability to quickly develop and fulfill them in practice.

Thus, proper possession of the complex of the above-mentioned three blocks of knowledge and skills means achievement of the contemporary level of legal professional knowledge that is the guarantee of law enforcement correctness, and, therefore, achievement of the objectives of regulation. In shaping lawyer's professional level, the essential role belongs to legal science of practical direction, which develops advanced technologies for collecting, researching, evaluating, and using of legal facts, and thus participates (or may participate) in truth cognition, contributes to proving in the situations that require adjustment by means of the law.

That science, in particular, is criminalistics. Not being a branch of the law, forensic science in the Ukrainian law and in the law of other countries, within which it as a science overpassed a common Soviet period of its formation and intensive development, occupies an important place in enforcement activity, especially in the sphere of criminal justice.

Hereby, in late 90s of the 20th century – beginning of the 21st century there appeared not only some isolated publications, but a publication 'wave', which testified that forensics had entered new frontiers of knowledge and new spheres of use of its scientific product. Using its own means and methods, forensics helps proving and, thus, becomes a necessary attribute of the law². „Forensic science is no longer only for detection and investigation of

² Ароцкер Л. Е. *Использование данных криминалистики в судебном разбирательстве уголовных дел* / Е.Л.Ароцкер. – М.: Юрид. лит., 1964. – 223с. Варфоломеева Т.В. *Защита в уголовном судопроизводстве* / Т.В.Варфоломеева. – К.: Ин-т адвокатуры при Киевском ун-те им. Тараса Шевченко, 1998 – 204с.

crimes... Forensics serves the task of solving, investigating, *pre-trial investigating* and preventing of the crime”.

V. H. Honcharenko, V. Yu. Shepitko, M. P. Yablokov see even wider horizons for using criminalistics, and this appears to be quite reasonable. Thus, according to V. H. Honcharenko, „for more than a century of its existence, forensic science has significantly escalated the scope of investigation and criminal justice system as a whole... Modern forensics has become a peculiar and unique research entity through which natural-scientific and technical achievements of the world society have been transformed and used to establish legally significant facts in the various fields of science and practice, going beyond combating delinquency, criminal justice, and it more substantively extends to all social relations, requiring specific situational regulation”. V. Yu. Shepitko has a similar opinion that „criminalistics has moved beyond the cycle of criminal science”. He, like M. P. Yablokov emphasizes that „forensics primarily provides professional training of inquirers, forensic, operational and investigative personnel, prosecutors. At the same time, the knowledge of criminalistics is equally necessary for judges, attorneys, employees of private detective and security agencies, bank employees and other legal professions³. Due to M. Caberle, B. Holysta, V. Shepitko, the knowledge may be used in civil and administrative proceedings and during various court procedures, in complete fixing of legal actions by using technical means; according to V. H. Honcharenko, it may be used in the notary, penal-executive, commercial, banking activity, literary studies, linguistics, archeology, art studies, etc.

At the same time, there are thorough scientific researches, including monographs and doctoral theses directed at adaptation of forensic means, techniques and methods for using them during the trial investigation by state prosecutors, defense attorneys and by the court. Moreover, in forensic science there has been a positive trend in the development of particular methods of judicial

³ *Криминалистика: Учебник* / отв. ред. Н.П.Яблоков. – 3-е изд. – М.: Юристъ, 2005. – С. 21.

investigation intended for a public prosecutor, a defense attorney and the court⁴. But, unfortunately, in aspect of using forensics data in other spheres of the law enforcement we witness a stalemate situation; in the Ukrainian science there is only a statement of this possibility.

While, on the other hand, arsenal of its knowledge (technical, tactical and methodical) and the use of forensic technologies with a variety of evidential facts, which forensics has developed during the time of its existence, as well accumulated experience of this knowledge use in evidence-based activities are actually in demand, they can be used and are being used in other, than criminal justice, spheres of law enforcement.

Forensics capabilities can be used particularly successful primarily in other kinds of procedural activities as they all have the same cognitive (gnoseological) basis i.e. proving. In particular, in *civil, economic and administrative proceedings*, forensic knowledge and technologies, first of all, can be successfully used at trial for appointing and conducting forensic examinations, while interacting with the expert; for requesting (withdrawing) free and selected experimental samples of handwriting or text writing, goods, documents for signature identification, etc.; in materials preparation for examination; in evaluation of expert's opinion; in selection based on affiliation, examination and investigation of written and material evidence; in obtaining witnesses' testimonies, or explanations of the parties and third parties.

In modern conditions of formalization and algorithmization of various kinds of evidentiary-cognitive activity, not only in criminal proceedings, and constant improving of the work of forensic technologies with any legally significant information, criminalistics opportunities are being increased in other spheres of law enforcement. In particular, the work of appropriate forensic technologies with evidential facts can be formed in certain algorithms

⁴ Когутич І. І. *Використання знань та засобів криміналістичної тактики і методики під час розгляду кримінальних справ у суді* // І. І. Когутич. – Львів: Тріада плюс, 2009. – С. 273 – 348.

depending on the type of legal facts that require establishment and legal issues that require solution. For example, on the basis of cognition of the form and essence of various civil law or commercial agreements, mechanisms of their making and implementation, obligations, testaments and other legal actions being in dispute, forensic technology identification and analysis of legally relevant facts, suitable for acceptance and justification of appropriate legal decisions, may be formed.

Various means of forensic tactics can be used in administrative and legal activities, actually in all spheres of public relations as proceedings in cases of administrative offenses have much in common with investigation proceeding and trial of criminal cases. In particular, collecting of evidence in cases of administrative offenses is carried out by gathering of explanation, conducting of examination, investigating of physical evidence and documents, examining of premises and facilities, as well available there objects and documents, which belong to an entity or a private entrepreneur, personal examining of things and vehicles that an individual possesses, etc. In this case, during proceedings on administrative offenses, it certainly appears to be helpful not only tactical forensic techniques and recommendations for carrying out the abovementioned administrative and legal actions, but also possession by a law enforcer skills – the so-called „forensic (investigative and analytical) thinking” i.e. evaluation of the collected evidence and the situation that emerged in the case; determination of proving directions, identification of unknown circumstances and range of evidence due to which they can be set, as well means of proving; analysis and evaluation of the collected evidence in terms of their adequacy for making the right legal decisions.

Similarly, for any legal activity are important law enforcer's skills and abilities to establish psychological contact with other participants of this activity in a variety of situations, to identify (diagnose) the truth or falsehood of their statements, to elicit honesty and scrupulosity, or falsity of their taken up attitude, as well

to receive from them legal and other information necessary for solving cases.

Surely, law enforcer's ability to properly evaluate legal situations that arise in their course, and, accordingly, choose the most optimal ways (methods) of action in carrying out their professional functions for the proper solving of disputes, conflicts and negotiation processes is important for efficiency, ergonomics of legal activity. Eventually, the skill to assess the situation adequately is significant in any practice of any relationships and communication with people. And just the product of criminalistics is theoretical and practical foundations of the situational approach to the investigation as a whole, and in the course of separate investigative actions in order to solve effectively the final objectives of the investigation or tactical interim ones. This approach can be very useful to improve the efficiency of any other, than criminal proceeding, legal activity.

The use of the situational-operational approach in the planning and organizing of the investigation as a whole and reflecting on separate investigative actions and other actions is practically a part of the process of thinking, which is conditionally called „forensic thinking” or „forensic worldview”⁵. The thinking algorithm based on the situational approach can be used not only to forensic, but also in any other legal activity. Thus, due to M. P. Yablokov, none of the legal sciences, except forensics, contributes to the formation of the lawyer's analytical thinking⁶. Having these thinking skills, lawyers, regardless of the nature of their activities, can better detect, analyze and use any evidentiary facts, explore their material, documentary and other sources; they can tactically and correctly communicate with people during examinations, gather-

⁵ Holyst Brynon *Kryminalistyka*. – Wydanie XI zmienione. – Warszawa: LexisNexis, 2007. – s. 37.

⁶ Яблоков, Н. П. Теоретические и практические аспекты применения данных криминалистики в правоприменительной и иной юридической деятельности / Н. П. Яблоков // Вестник криминалистики. – 2009. – № 3 (31). – С. 22.

ing of explanations, surveys, interviews in the course of various types of legal proceedings, in arranging processes, corporate relations, etc.

Forensic means, techniques and methods can definitely help (and are helping) in ensuring the safety of different types of commercial, industrial, business activities detecting and preventing all types of offenses and crimes committed by the entity personnel themselves or with their help, as well outside criminal influences. Thus, in practice, legal departments and security department in the structure of public joint stock companies, private joint stock companies, banks always closely collaborate, sometimes forming a common structural unit.

For example, in any economic production activity, designed by criminalistics guidelines on the detection and disclosure of thefts in various economic sectors, on prevention manufacturing substandard products and a range of other economic crimes would be useful for most entities as they can prevent and deter similar crimes, using their own means. In fact, such forensic recommendations are actually a universal informational support for any professional activity that aims at identifying and detecting complex schemes of preparation for the theft, ways of their committing and concealment of traces and signs of their commitment; schemes of non-recorded surpluses of raw materials or finished products and their appropriation; schemes of manufacturing substandard products and their falsification, including pharmaceuticals, alcohol and so on.

Forensic science offers various means, techniques and methods for studying the individuality of the subjects who are involved in the criminal justice system or have their own interest there. First of all, we mean the polygraph. Besides, according to M. Yablokov, in order to determine the reliability of people who are selected to work, the methods of forensic handwriting diagnostics may appear to be effective as they can diagnose typological (socio-demographic and psychological) traits of the future workers. Based on the study of handwriting samples of a person

being diagnosed, this technique allows you to determine his/her psychopathological state, presence of various diseases; dependence on gambling, etc.⁷ It requires thorough knowledge of handwriting and can be done, for example, by handwriting experts on employers' request who want to diagnose their employees.

Forensic knowledge, techniques and methods are particularly relevant for those types of legal actions that investigate a variety of forged documents; then a legal officer should demonstrate appropriate knowledge and skills of applying forensic rules for documents and exhibits; the knowledge of signs and traces of different ways of forgery, methods and means for their detection.

All of the above leads to the conclusion that it is both irrationally and not logistically⁸ for most types of legal practice and forensic science itself, as well from the viewpoint of regulations efficiency achievement to be scornful and skeptical, to reject or ignore forensic analytical thinking, as well as other forensic means, techniques and methods for detection and investigation of the evidence-based information in legal activities of other kinds rather than criminal-procedural. This is a waste of opportunities of the forensics scientific product.

Instead, the following realities correspond to the above conclusion: introduction and implementation of forensic means, techniques, methods and algorithms for the detection and investigation of evidence-based information in legal activities of other kinds rather than criminal-procedural, is still in the Rubicon area of getting the ball rolling, and, obviously, could be better.

⁷ Орлова В. Ф. *Судебно-почерковедческая диагностика: учеб. пособие для студ. Вузов* / Орлова Валерия Федоровна. — М.: Юнити-Дана, 2006. — 160с.

⁸ Thus, from the perspective of enterprise management, logistics aims at optimizing the costs and an efficient production process, distribution and related services both within one enterprise and an enterprise group. It is considered as a strategic management of material, financial, informational flows in the process of procurement, supply, transportation, sale, and storage of materials, inventory parts and finished goods.

Who or what is to blame? The reason for this state lies in criminologists, forensic science and legal education. In fact, when teaching criminalistics still not enough attention is paid to reveal and demonstrate the advantages of the forensic thinking algorithm and other universal forensic technologies of collecting and tactically thoughtful using of evidence-based information in other kinds of legal activity. On the other hand, students-lawyers primarily of civil law schools are mostly focused that their professional future is not in the field of criminal justice, and when they begin studying a forensic science course, they usually do not realize expediency of mastering forensic knowledge, its applicability and usefulness for future civil, administrative, notary or other activity. In this case, professors-criminologists should not be self-assured and should not rely on students' creative thinking, self-interpretation and their successful adaptation of received forensic knowledge in solving legal situations not in the sphere of criminal justice. Therefore, the leading criminologists' appeal makes sense as they revealed the essence of this and related issues and trends. They notify their colleagues about the need for teachers to help students develop the ability to select the appropriate forensic techniques, means and methods for collecting evidence-based information, their tactically correct use in proving and law enforcement, depending on the situation that has arisen and requires legal resolution.

It seems that the conclusion about the need of changing approaches to teaching forensic science can hardly be denied, rather the opposite – one can easily find arguments that affirm its reason. Thus, forensic means, techniques, methods, algorithms, and technologies are a kind of peculiar goods, a scientific product in terms of economics. The same laws of economics, management, marketing, logistics and other economic categories pertain to it like to the other products. Therefore, from the standpoint of *marketing* (activities related to ensuring the availability of necessary goods and services to the right audience, in the right place, at the right time)

and *logistics*⁹ (the science and activities related to organizing of rational process of promoting goods and services from the producer to consumers), the very forensic science (and criminologists) as the manufacturer of its product must take care of promoting its toolkit of practical legal experience of its customers – practicing lawyers – at the market.

Consequently, the task of criminologists is to reveal, demonstrate, and promote forensics capabilities in any sphere of law enforcement actively and constantly. Accordingly, we should make appropriate adjustments to teaching criminalistics, avoiding fundamental restructuring of the science and its curriculum. It is especially important to do in the civil law schools where in the context of specializations being prepared, the main emphasis is placed on training specialists in the civil-economic or constitutional-administrative cycle. Of course, such informational „promotional” activities should be conducted the most actively in the process of teaching the forensic science, but one should not ignore it in conferences presentations, in articles and scientific papers. In this way, it is necessary to convince the scientific community, especially of the civil, constitutional, and administrative cycles that the role of forensics in the formation of professional legal knowledge of university graduates and law enforcement in general should not be ignored.

It is the criminologists who can provide methodological assistance to judges, members of civil, commercial, administrative proceedings for active and purposeful implementation of forensic techniques and methods in their activities. And this assistance is actually being provided in some scientific-practical books and textbooks, as well as in the scientific research. For example, its recommendations are very useful for judges and investigators’ tactics when they appoint and evaluate the results of forensic examinations, particularly, when the investigator, the parties or the

⁹ Райзберг Б. А. *Современный экономический словарь*. – 5-е изд., перераб. и доп. / Б.А Райзберг, Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева – М.: ИНФРА-М, 2006. – 495 с.

court have difficulty with the wording of questions on solving the expertise, the assessment of expert's opinion¹⁰. Especially valuable are the manuals, which show the scope of the relevant classes, certain types and subtypes of forensic examination i.e. it is shown their possibilities in resolving certain categories of criminal, civil and commercial cases, as well depending on individual situations. In this case, the investigator, the court, and other subjects of the proceedings receive a methodological support for necessary objects, which should be provided for an expertise or their availability and access to them for the expert examination should be ensured; in preparation and provision of these objects it may be necessary to commit other proceedings (or apply for their commitment), to know the requirements of their packing and sending to the expert, etc. In this context, it is worth mentioning some research papers devoted to this problem¹¹, which have been published, for example, in Russia.

The above-mentioned considerations appear to lead to the following conclusions: 1) having different forensically relevant information, forensic means, techniques and methods of obtaining and investigating the evidence can be successfully used in other than criminal justice, law enforcement spheres; 2) this requires good knowledge of forensic science, possibility of its means, techniques and technologies; 3) therefore, the task of criminologists is to reveal, demonstrate, and promote forensics capabilities in any sphere of law enforcement actively and constantly.

¹⁰ *Експертизи у судовій практиці: наук.-практ. посібник* / ред. В. Г. Гончаренко; Київський НДІ судових експертиз, Академія адвокатури України. – 2-ге вид. перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – С. 32 – 49.

¹¹ Волчецкая Т.С. Криминалистические аспекты административного расследования / Т.С.Волчецкая, В.Н.Хорьков // Вестник криминалистики. Вып. 3 (15) 2005. – С.6–19.

STRESZCZENIE

Kryminalistyka w stosowaniu prawa: możliwości, realia, problemy dnia

W artykule analizują się współczesne możliwości, stan, tendencje i problemy użycia kryminalistyki w innych, oprócz kryminalnego sądownictwa, zakresach stosowania prawa. Uzasadnia się, że w odpowiedzi na wysiłek niektórych prawników poniżyć rolę kryminalistyki w edukacji i praktyce prawnej, konieczne reagować dynamicznością, elastycznością i przemianą podejść dydaktycznych przy jej wykładaniu, żeby aktywnie ujawniać, demonstrować, propagować jej możliwości w dowolnym zakresie stosowania prawa.

ABSTRACT

Criminalistics in law enforcement: possibilities, nowadays realities and problems

In the article it has been analyzed modern possibilities, conditions, tendencies and problems of the use of forensic knowledge in other spheres of law enforcement, except criminological justice. It has been shown that in spite of some lawyers' attempts to underestimate the role of criminalistics in legal education and practice, it is necessary to react quickly and change didactic approaches to teaching forensic science in order to reveal, demonstrate, promote its possibilities in any legal sphere.

Zmiana paradygmatu przesłanek zwrotu wywłaszczonych nieruchomości w orzecznictwie sądowym

I. Wprowadzenie

Nie sposób umniejszać problematyki zwrotu wywłaszczonych nieruchomości w Trzeciej Rzeczypospolitej. Podnieść wystarczy, że wartość roszczeń zgłoszonych lub mogących jeszcze zostać zgłoszonych jest ogromna¹. Kwestia realizacji tychże roszczeń ze zrozumiałych względów budzi istotne napięcie społeczne. Z jednej strony wpisuje się ona w konstytucyjnie uzasadnioną ochronę prawa własności prywatnej. Uwarunkowania realizacji tego prawa, z uwagi na kilkudziesięcioletnie doświadczenia ustrojowe Polski Ludowej, nabierają dodatkowego zabarwienia emocjonalnego, gdyż dotyczą dodatkowo takich relacji państwo-obywatel, jakie muszą zostać uznane niejednokrotnie za nieprzyzwoite bądź nawet niegodziwe. Z drugiej zaś strony prowadzić może do wzruszenia stosunków własnościowych utrwalonych przez kilka dziesięcioleci, co nie pozostaje bez znaczenia na przykład dla majątku jednostek samorządu terytorialnego.

Nie kwestionuje się przy tym, że instytucja zwrotu wywłaszczonych nieruchomości, w swoim założeniu, stanowi jedną z ustawowych gwarancji, że nieruchomości te zostaną wykorzy-

¹ Wartość potencjalnych roszczeń reprivatyzacyjnych oszacowana w 2008 r. wyniosła ok. 140 mld zł, przy czym wysokość roszczeń dotyczących samych tzw. gruntów warszawskich oceniana jest na ok. 40 mld zł – J. Rudzka, A. Semenovicz, R. Stawicki, *Problematyka reprivatyzacji w świetle projektów ustaw w latach 1989–2010, ze szczególnym uwzględnieniem propozycji ostatnich regulacji*, Warszawa 2010, s. 30.

stane zgodnie z celem wyłączenia², wynikającym z decyzji wyłączeniowej albo z innych aktów, takich jak w szczególności umowa zawarta na podstawie art. 6 ustawy z dnia 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wyłączenia nieruchomości³.

W takim otoczeniu społeczno-prawnym, widzieć więc przede wszystkim należy konstytucyjną zasadę wyłączenia nieruchomości na cel publiczny określony w ustawie. Konstytucja w art. 21 ust. 2 stanowi, że o dopuszczalności wyłączenia mówić można tylko w sytuacji, gdy następuje ono na cel publiczny, z zagwarantowaniem „słusznego” odszkodowania. Norma ta uzupełnia art. 21 ust. 1 Konstytucji wskazujący ochronę prawa własności jako zasadę ustroju społeczno-gospodarczego Trzeciej Rzeczypospolitej; przy tym uznać należy, że ograniczenie opisanego prawa własności, tak jak każde inne „zmniejszenie” zakresu chronionych uprawnień konstytucyjnych, opierać winno się na przepisie ustawowym, a także winno uwzględniać zasadę proporcjonalności, która wymaga „odpowiedniego” namysłu od ustawodawcy, by nazbyt pochopnie i w konsekwencji nietrafnie, nie limitował on własności, mającej charakter świętego prawa do rzeczy. Truizmem jest twierdzenie, że choć prawo własności jest prawem rzeczowym, dającym najpełniejsze władztwo nad rzeczą, to nie jest prawem absolutnym. Można by wręcz zaryzykować twierdzenie, że zawsze gdy Trybunał Konstytucyjny czy sąd administracyjny posługuje się takim stwierdzeniem, to jego myśl biegnie w kierunku uzasadnienia, to znaczy umotywowania zasadności ograniczenia tegoż prawa. Niemniej zauważyć należy, że art. 64 ust. 3 Konstytucji dopuszcza również możliwość ograniczenia prawa własności w drodze ustawy, w zakresie, w jakim nie narusza to istoty prawa własności. Oczywiście oznacza to, iż prawo własności

² J. Parchomiuk, *Charakter prawny roszczenia o zwrot wyłączonej nieruchomości*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 1–2, s. 139; wyroki NSA: z dnia 28 stycznia 2011 r., I OSK 481/10, dostępny w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych, pod adresem: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, dalej jako: „CBOSA” oraz z dnia 25 marca 2011 r., I OSK 777/10, CBOSA.

³ Dz. U. z 1974 r., nr 10, poz. 645 ze zm.

podlega ograniczeniom określonym w przepisach ustawowych, w szczególności wynikającym z przepisów prawa administracyjnego, w tym z przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami⁴. W szczególności, jak wskazują sądy administracyjne, do istoty niektórych decyzji wydawanych na podstawie tej ostatniej ustawy, na przykład decyzji zezwalającej przedsiębiorstwu energetycznemu na niezwłoczne zajęcie nieruchomości celem wykonania prac eksploatacyjnych, związanych z podcięciem gałęzi drzew, zbliżających się niebezpiecznie do linii elektroenergetycznej zlokalizowanej na takiej nieruchomości, w oparciu o art. 124 ust. 1a w zw. z art. 124b ust. 3 u.g.n., jest właśnie ograniczenie praw rzeczowych do nieruchomości (w tym prawa własności), w razie spełnienia enumeratywnie określonych w tych przepisach przesłanek. W związku z tym wskazują one, iż w sytuacji gdy organy administracji trafnie oceniły, że zachodziły w sprawie określone w powyższych przepisach przesłanki ingerencji podmiotu publicznego (jakim jest w takim przypadku spółka energetyczna, niezależnie od tego, czy jej właścicielem jest Skarb Państwa bądź jednostka samorządu terytorialnego czy też inny podmiot) w prawo własności strony, to nie można uznać, by ograniczenie prawa własności, jakie nastąpiło w wyniku wydania decyzji organów administracji publicznej, nastąpiło z naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów prawa⁵.

Niewątpliwie więc zarówno ograniczenie, jak i odjęcie prawa własności spełniać winno określoną w art. 31 ust. 3 zasadę proporcjonalności w ograniczaniu praw i wolności konstytucyjnych. Widzieć ją trzeba najpierw w świetle zasady wolności wysłowionej w całym art. 31 Konstytucji, który tym samym, na wzór zapisów Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, wysuwa tę zasadę na czoło swych unormowań, czyniąc ją pierwszoplanową kategorią rozdziału II regulującego prawa, wolności i obowiązki człowieka i obywa-

⁴ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2014 r., poz. 518 ze zm.), zwana dalej także „u.g.n.”.

⁵ Wyrok WSA w Lublinie 24 czerwca 2014 r., II SA/Lu 907/13, CBOSA, nieprawomocny.

tela⁶. Wolność człowieka uznaje zatem ustrojodawca za wartość o najwyższym poziomie ochrony prawnej, moderowanej – na poziomie rozwiązań konstytucyjnych – także przez zasadę przyrodzonej i niezbywalnej godności każdej osoby ludzkiej, która „stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela” i z tej racji uwzględniana być musi przez władze publiczne w taki sam, to jest w istotny, sposób podczas procesu konkretyzowania przez te władze zakresu obowiązków człowieka i obywatela. Artykuł 30 Konstytucji nie odwołuje się przy tym wprawdzie do wskazania granic czasowych ochrony wynikającej z niego kategorii prawnej „godności człowieka”, ale mając na względzie unormowania prawa cywilnego, w szczególności prawa majątkowe *nasciturusa*, stwierdzić należy, iż z całą pewnością – gdy idzie o ochronę prawa własności – powołane zasady obejmują ochroną również poczętego, lecz nienarodzonego człowieka (w razie jego urodzenia) aż do momentu zakończenia bytu osoby fizycznej, to jest do momentu jej śmierci.

Zasada zwrotu wywłaszczonych nieruchomości nie jest wyraźnie wyrażona w przepisach konstytucyjnych, lecz, jak wskazuje się w orzecznictwie, należy ją wysnuć z całokształtu regulacji konstytucyjnej, w tym zwłaszcza jako konsekwencję prawną zasady unormowanej w art. 21 ust. 2 Konstytucji. Nie jest ona jedynie wyrazem „odwrócenia” tego unormowania, w takim bowiem przypadku oznaczałaby tylko tyle, że dawałaby możliwość zwrotu nieruchomości wywłaszczonych z naruszeniem art. 21 ust. 2, to jest na cel niemający charakteru celu publicznego lub pomimo niewypłacenia byłemu właścicielowi „słusznego” odszkodowania. Tymczasem „zasadę” te wyprowadza się *ad hoc* odnosząc ją do właściwych przepisów prawa materialnego wskazujących przesłanki zwrotu wywłaszczonych nieruchomości. Taka „konkretyzacja” nie może, moim zdaniem, prowadzić do nadania jej rangi ustrojowej, skoro jej ostateczny kształt zależy każdorazowo od treści przepisów ustawowych normujących podstawy zwrotu

⁶ W. Skrzydło, *Komentarz do art. 31 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, SIP LEX, akapit 1.

tychże nieruchomości. Zawodzi więc w tym przypadku proste przyjęcie lustrzanego odbicia regulacji konstytucyjnej. Nie można jednak przyjąć, że zwrot nieruchomości wywłaszczonych odbywać się może w oderwaniu od ukształtowania instytucji wyjściowej, jaką jest wywłaszczenie, w spojrzeniu konstytucyjnym.

W orzecznictwie i w doktrynie przyjmuje się również odmienne stanowisko. Wskazuje się bowiem, że zasada zwrotu wywłaszczonej nieruchomości, jeżeli nieruchomość ta nie została użyta na ten cel publiczny, który był przesłanką jej wywłaszczenia, ma rangę konstytucyjną i jest konsekwencją art. 21 ust. 2 Konstytucji. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wyprowadza się z opisanej wyżej zasady wynikającej z art. 21 ust. 2 Konstytucji, obowiązek dopuszczenia zwrotu wywłaszczonej nieruchomości w tych wszystkich wypadkach, gdy nie zostanie ona wykorzystana na ten cel publiczny, który był przesłanką jej wywłaszczenia⁷. Sądy argumentują ponadto, że skoro art. 136 u.g.n. wprowadza zasadę zakazu użycia wywłaszczonej nieruchomości na inny cel, niż określony w decyzji o wywłaszczeniu, którą to zasadę można również rozumieć jako obowiązek zwrotu wywłaszczonej nieruchomości, z wyjątkami określonymi w ustawie, jeżeli miałyby być przeznaczona na inny cel, niż określony w decyzji wywłaszczeniowej, to konsekwencją tej zasady jest przyznanie poprzednim właścicielom lub ich spadkobiercom prawa do zgłoszenia żądania zwrotu wywłaszczonej nieruchomości⁸. W związku z tym przyjmuje się jako zasadę „obowiązek zwrotu każdej nieruchomości wywłaszczonej, która nie została wykorzystana na cel wskazany w decyzji o wywłaszczeniu”. Wyjątkiem od tej zasady, ze wszystkimi tego konsekwencjami w płaszczyźnie dyrektyw interpreta-

⁷ Przykładowo wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 14 marca 2000 r., P 5/99, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 60; z dnia 24 października 2001 r., SK 22/01, OTK-A 2001, nr 7, poz. 216 i z dnia 3 kwietnia 2008 r., K 6/05, OTK-A 2008, nr 3, poz. 41.

⁸ E. Mzyk, [w:] G. Bieniek (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 438.

cyjnych, są te regulacje, które przewidują ograniczenia wskazanego wyżej prawa podmiotowego⁹.

Pozostawiając jednak rozstrzygnięcie konstytucjonalizacji zasady zwrotu wywłaszczonych nieruchomości poza przedmiotem prowadzonych rozważań, wskazać należy na problematyczną kwestię „głębokości” tejże zasady. Nie wynika bowiem z Konstytucji, by „każda” nieruchomość wywłaszczona, jakiej nie udało się wykorzystać na cel wskazany w decyzji o wywłaszczeniu, bezwzględnie podlegać winna powrotnemu przekazaniu na rzecz byłego właściciela albo jego następców prawnych. Wniosku takiego nie da się jednocześnie wyprowadzić z przepisów ustawy, choć, jak wskazano wyżej, sądy administracyjne uznają ją za generalną zasadę, od której dopuszcza się wyjątki enumeratywnie określone w przepisach.

II. Paradygmatyczne ujęcie przesłanek zwrotu

Unormowanie przesłanek zwrotu wywłaszczonych nieruchomości w przepisach u.g.n. do niedawna jeszcze zdawało się nie budzić jakichkolwiek wątpliwości w stosowaniu prawa. Dla opisanego utrwalonego spojrzenia, czy precyzyjniej – sposobu dokonywania oceny podstaw zwrotu wywłaszczonych nieruchomości przez sądy administracyjne pozwolę sobie użyć słowa „paradygmat”, które jednak, z uwagi na jego co najmniej częściową nieadekwatność do opisywanego stanu rzeczy wskazuję w cudzysłowie. Jedną z teorii rewolucji naukowych, która odwołuje się do pojęcia paradygmatu, w interesujący sposób przedstawia wizję rozwoju nauki jako aktywności ludzkiej. Opiera się ta teoria na założeniu, że nauka „normalna” stanowi aktywność ludzką będącą „rozwiązywaniem łamigłówek (puzzles)” zgodnie z regułami wynikającymi właśnie z paradygmatu. Wyróżnić więc można trzy okresy rozwoju nauki: okres przedparadygmatyczny, okres paradygmatyczny, okres zmierzchu paradygmatu. Na początku naukowcy tworzą, kształtują dojrzały paradygmat, który następnie służy

⁹ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 14 sierpnia 2012 r., II SA/Kr 586/12, CBOSA.

(pomaga) im w układaniu 'puzzles', zaś wraz z powiększaniem się liczby 'hard cases', jak możnaby używając języka prawniczego, określić skomplikowane „łamigłówki”, budzi się nieufność do paradygmatu. W takim przypadku nauka wchodzi w fazę rewolucyjną, w jakiej naukowcy rozluźniając zasady paradygmatu, tworzą pierwociny grupy nowych paradygmatu, spośród których jeden uznaje się za wiążący. W ten sposób kończy się rewolucja naukowa, a rozpoczyna nowy „okres nauki normalnej”¹⁰.

To nieco odległe od „rzeczywistości” polskiego prawa administracyjnego zapatrywanie może być podstawą do skróconej – z konieczności – refleksji dotyczącej niektórych aspektów zwrotu wywłaszczonych nieruchomości. Teoria Thomasa S. Kuhna, opisana w jego dziele pt. „Struktura rewolucji naukowych” („The Structure of Scientific Revolutions”), jak sądzę, może zostać potraktowana jako instrument służący opisowi zmiany linii orzeczniczej sądów administracyjnych dotyczącej interpretowania przesłanek zwrotu wywłaszczonych nieruchomości¹¹. Póki co, zmiana ta odnoszona być winna przede wszystkim do podstawy zbędności nieruchomości na cel określony w decyzji o wywłaszczeniu, określonej w art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n.

Warto zwrócić uwagę, że pojęcie „paradygmatu” można rozumieć, za Ludwikiem Wittgensteinem, także jako „klucz do zrozumienia roli modeli lub stereotypów w filozofii [bądź w każdej innej nauce – J. P.], które działają jak szablony kształtujące myśli w określony sposób”¹². Pomijając pejoratywne zabarwienie słowa „stereotyp” wydaje się, że właśnie pewne utarte ścieżki rozumienia określonego przepisu, w tym wypadku dotyczącego podstaw zwrotu wywłaszczonych nieruchomości, określone jako „stereo-

¹⁰ W. Sady, *Kuhna teoria rewolucji naukowych* [w:] *Historia filozofii. Wykład 10*; tekst dostępny pod adresem: <http://adam-grobler.w.interia.pl/HF10.pdf>; dostęp w dniu 8 października 2014 r.

¹¹ Nieco szerzej na temat tej teorii zob. M. Gawin, *Nowoczesny paradygmat filozofii polityki a prawa człowieka*, Warszawa 2012, s. 11 i n.; tekst dostępny pod adresem: <http://depotuw.ceon.pl/handle/item/144>.

¹² [Http://logic.amu.edu.pl/images/1/16/Paradygmat.pdf](http://logic.amu.edu.pl/images/1/16/Paradygmat.pdf); dostęp w dniu 8 października 2014 r.

typiczne” uległy modyfikacji z uwagi na trudności pojawiające się w zastosowaniu dotychczas przyjętego „paradygmatu” przesłanek zwrotu tychże nieruchomości.

Zauważyć najpierw trzeba, że zgodnie z ust. 3 art. 136 u.g.n. poprzedni właściciel lub jego spadkobierca, mogą żądać zwrotu wywłaszczonej nieruchomości lub jej części, jeżeli, stosownie do przepisu art. 137 tej ustawy, stała się ona zbędna na cel określony w decyzji o wywłaszczeniu. Stosownie zaś do art. 137 ust. 1 u.g.n. (w pierwotnym brzmieniu) nieruchomość była uznawana się za zbędną na cel określony w decyzji o wywłaszczeniu w dwóch przypadkach, to jest wtedy, gdy w terminie 7 lat od daty uzyskania przymiotu ostateczności przez decyzję o wywłaszczeniu, nie zostały rozpoczęte prace związane z realizacją celu wywłaszczenia (pkt 1) oraz gdy „utraciła moc decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji lub decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, a cel ten nie został zrealizowany”. W orzecznictwie sądowym zapadłym na gruncie tych przepisów przyjmowano, przy użyciu argumentu *a contrario*, jednolicie, że w przypadku, gdy cel nabycia nieruchomości został definitywnie osiągnięty (art. 137 ust. 1 pkt 2 *in fine*), to nie istnieje możliwość zwrotu tej nieruchomości, mimo późniejszej zmiany jej przeznaczenia¹³.

Zmiana pkt 2 ust. 1 art. 137 u.g.n. doprowadziła w praktyce stosowania prawa do zasadniczego przewartościowania tego modelu sądowego stosowania prawa. Od dnia 22 września 2004 r. stanowił on bowiem, że przesłanka zbędności nieruchomości na cel wywłaszczenia zachodzi również w sytuacji, gdy „pomimo upływu 10 lat od dnia, w którym decyzja o wywłaszczeniu stała się ostateczna, cel ten nie został zrealizowany”. W orzecznictwie sądów administracyjnych dominował dotychczas pogląd, zgodnie z którym wystąpienie jednej z przesłanek zbędności, o których mowa w art. 137 ustawy, nakazuje organowi administracji publicznej uznać tę nieruchomość za zbędną na cel wywłaszczenia,

¹³ Por. przykładowo wyroki NSA z dnia 28 maja 2002 r., I SA 2743/00, Lex nr 82658, z dnia 28 października 2004 r., I SA 1877/02, CBOSA oraz z dnia 8 listopada 2004 r., I SA 1132/03, CBOSA.

co w konsekwencji winno skutkować jej zwrotem. Powołany przepis, zawierający ustawową definicję pojęcia zbędności nieruchomości na cel określony w decyzji o wywłaszczeniu, nakłada na organy administracji publicznej obowiązek ścisłej wykładni, bez możliwości dokonywania jakichkolwiek odstępstw od jego treści¹⁴. W związku z tym podkreślano, że zrealizowanie celu wywłaszczenia już po upływie 10 lat od dnia, kiedy decyzja o wywłaszczeniu stała się ostateczna, stanowi podstawę zwrotu nieruchomości na podstawie art. 136 ust. 3 w zw. z art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. W przypadku zatem, gdy realizacja jednego z celów wywłaszczenia nie została zakończona pomimo upływu 10 lat od dnia, w którym decyzja o wywłaszczeniu stała się ostateczna, to niezależnie od tego, czy w pozostałym zakresie cel wywłaszczenia osiągnięto, uznać należy, że nieruchomość – w części, w jakiej została wywłaszczona pod tę niezrealizowaną w opisanym terminie inwestycję – stała się zbędna na cel określony w decyzji o wywłaszczeniu, stosownie do art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n.¹⁵ W doktrynie wyrażono również pogląd dalej idący, że odmienna – aniżeli wyżej omówiona – wykładnia art. 137 ust. 1 u.g.n., „jest nie tylko *contra legem* wobec niebudzących wątpliwości postanowień tego przepisu, ale pozbawia jakiegokolwiek znaczenia wysiłki ustawodawcy dla zdefiniowania – po raz pierwszy w polskim prawie wywłaszczeniowym – stanu zbędności nieruchomości wywłaszczonej, których efektem są postanowienia tego przepisu¹⁶. W związku z tym uznawano, że „podstawowym obowiązkiem organu administracji publicznej prowadzącego postępowanie w sprawie zwrotu wywłaszczonej nieruchomości jest precyzyjne ustale-

¹⁴ Por. przykładowo wyroki NSA z dnia: 22 czerwca 2001 r., I SA 241/00, LEX nr 54436, 22 sierpnia 2003 r., I SA 2622/01, LEX nr 149521, 4 września 2003 r., II SA/Gd 1552/00, LEX nr 298527, 16 kwietnia 2009 r., I OSK 581/08, LEX nr 555628, 1 października 2010 r., I OSK 1612/09, LEX nr 745102.

¹⁵ Por. przykładowo wyrok NSA z dnia 2 czerwca 2011 r., I OSK 1125/10, LEX nr 1082567; M. Wolanin [w:] J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 1070.

¹⁶ T. Woś, *Wywłaszczanie nieruchomości i ich zwrot*, Warszawa 2011, s. 433.

nie, czy cel wywłaszczenia został zrealizowany, a jeśli tak, to również niezbędne jest ustalenie dokładnej daty realizacji celu wywłaszczenia¹⁷. Innymi słowy więc wskazano, że obie normy prawne z art. 137 ust. 1 u.g.n. mają charakter rozłączny w tym znaczeniu, że zaistnienie przesłanek z którejkolwiek z nich czyni wnioski o zwrot nieruchomości zasadnym, co oznacza, iż nieruchomość nie może być uznana za zbędną na cel wywłaszczenia jedynie wtedy, gdy realizacja celu, na jaki została wywłaszczona, została rozpoczęta przed upływem 7 lat od wywłaszczenia nieruchomości i zakończona przed upływem 10 lat od tego dnia. W związku z tym, nie ma istotnego znaczenia zbadanie powodów niezrealizowania celu wywłaszczenia lub nawet nierozpoczęcia jego realizacji¹⁸.

Jeśli cel wywłaszczenia (nabycia, przejęcia) został definitywnie osiągnięty (art. 137 ust. 1 pkt 2 *in fine* u.g.n. [ustawy z 1997 r. o gospodarce nieruchomościami]), to nie istnieje możliwość zwrotu nieruchomości mimo późniejszej zmiany jej przeznaczenia.

W zasadzie za reprezentatywny dla tego ujęcia przesłanek zwrotu wywłaszczonych nieruchomości należy uznać jeden z wyroków NSA, w którym zawarte zostało następujące stwierdzenie: „[p]rzeciwny pogląd, wyrażony w skardze kasacyjnej, zgodnie z którym jeżeli rozpoczęcie na nieruchomości inwestycji stanowiącej realizację celu wywłaszczenia nastąpiło choćby po upływie 7 lat, od daty wywłaszczenia, a zakończenie po upływie lat 10, to fakt ten pozostaje bez znaczenia, jeżeli tylko cel wywłaszczenia w dacie złożenia wniosku o zwrot nieruchomości był zrealizowany jest całkowicie dowolny w świetle jednoznacznego uregulowania tej kwestii w omawianym przepisie ustawy o gospodarce nieruchomościami¹⁹. Podobnie wskazano również w innym orze-

¹⁷ T. Woś, *Glosa do wyroku WSA z dnia 23 stycznia 2009 r., II SA/Kr 1118/08*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2010, nr 5, s. 90.

¹⁸ T. Woś, *Wywłaszczanie nieruchomości i ich zwrot w orzecznictwie sądów administracyjnych*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2010, nr 5–6, s. 467, 471.

¹⁹ Wyrok NSA z dnia 21 listopada 2008 r., I OSK 1/08, CBOSA.

czeniu Sądu kasacyjnego, uznając, gdy idzie o brzmienie art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n., że „[t]reść tego unormowania jest jasna. Wynika z niej wprost, że przy ocenie zbędności nieruchomości istotne jest to, czy cel wywłaszczenia lub nabycia nieruchomości został zrealizowany oraz czy takie zamierzenie na określonej nieruchomości zostało wykonane w ściśle wyznaczonym przedziale czasu. Późniejsze zagospodarowanie danego terenu czy sposób zagospodarowania gruntów sąsiadujących z wywłączoną (nabytą) nieruchomością nie mają więc żadnego znaczenia. Nie chodzi tu bowiem o to czy planowane zamierzenie zostało kiedykolwiek i gdziekolwiek zrealizowane lecz czy inwestycja stanowiąca podstawę wywłaszczenia lub nabycia konkretnej nieruchomości została wykonana na tej dokładnie nieruchomości oraz czy cel został osiągnięty w ściśle określonym przez ustawodawcę okresie”²⁰.

Argumentacja Naczelnego Sądu Administracyjnego w tym zakresie wymaga szerszego przywołania, albowiem świadczy o głębokim namyśle sądu ostatniej instancji, opierającego swe rozstrzygnięcie również o zapisy Konstytucji. Mianowicie Sąd ten wskazywał, że po wejściu w życie Konstytucji uprawnienie do żądania zwrotu wywłaszczonej nieruchomości ma charakter prawa konstytucyjnego, co wynika jego zdaniem z art. 21 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji. Prawo to nie może więc, zdaniem NSA, być ograniczane przez ustawodawcę ani przez organy administracji stosujące prawo bądź przez sądy kontrolujące legalność działań podejmowanych przez wskazane organy. Z powyższego w ocenie Sądu drugiej instancji wynika, że przepisy art. 136 i art. 137 u.g.n. muszą być „interpretowane i stosowane ściśle, bez dokonywania jakichkolwiek odstępstw od przewidzianych tam treści oraz z poszanowaniem zasad wynikających ze wskazanych przepisów Konstytucji RP. Wywłaszczenie jest przejawem daleko idącej ingerencji administracji państwowej w prawo własności. Zawsze jest poddane ścisłej regulacji prawnej i dopuszczone tylko w określonych przypadkach. Cel przejęcia w tym trybie nieru-

²⁰ Wyrok NSA z dnia 24 marca 2010 r., I OSK 778/09, CBOSA.

chomości powinien być więc sprecyzowany w decyzji wywłaszczeniowej. Ma on także istotne znaczenie przy ocenie dopuszczalności zwrotu nieruchomości przejętej na takiej podstawie, co dodatkowo potwierdza konieczność poczynienia niezbędnych w tym zakresie ustaleń także w omawianej kategorii spraw²¹.

Jednocześnie jednak pojawiły się w orzecznictwie wyroki, w których sądy odwoływały się do argumentacji przyjętej w powołanych wyżej wyrokach Naczelnego Sądu Administracyjnego, jakie zapadły na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego. Mianowicie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w jednej z rozpoznawanych przezeń spraw miał do rozstrzygnięcia dylemat o dużej wadze, rozstrzygał bowiem – pośrednio, jako sąd kontrolujący legalność orzeczenia organów administracji, czy zasadny jest zwrot nieruchomości wywłaszczonej pod koniec lat dwudziestych ubiegłego wieku, która została zagospodarowana na cel wywłaszczenia jeszcze przed wybuchem II wojny światowej, lecz z uchybieniem terminu określonego w art. 137 ust. 1 u.g.n. Dokonując wykładni tego przepisu Sąd wskazał, iż pierwszym i podstawowym warunkiem zwrotu wywłaszczonej nieruchomości jest jej zbędność na cel określony w decyzji o wywłaszczeniu oceniana w dacie rozstrzygnięcia przez organ w przedmiocie żądania zwrotu. Istota zbędności nieruchomości na cel wywłaszczenia polega na tym, że cel wywłaszczenia nie jest (i nie był) zrealizowany. Określone w punktach 1 i 2 terminy 7 i 10 lat stanowią tylko dopełnienie przesłanki zbędności. Użycie w omawianym przepisie sformułowania „pomimo upływu” znaczy tylko tyle, że zgłoszone przed upływem ww. terminów roszczenie o zwrot nie będzie mogło być uwzględnione. Sformułowania „pomimo upływu” określonego czasu od określonego momentu nie da się inaczej odczytywać, jak tylko jako przesłanki podlegającej badaniu aktualnie przez organ. Normę tę należałoby odczytać w ten sposób, że organ rozpatrujący żądanie zwrotu wywłaszczonej nieruchomości, w sytuacji, gdy nie została ona jeszcze wykorzystana na cel

²¹ Wyroki NSA: z dnia 9 grudnia 2010 r., I OSK 235/10, CBOSA, z dnia 25 marca 2011 r., I OSK 777/10, CBOSA.

wywłaszczenia, winien ustalić, czy upłynęły już powyżej opisane terminy. W razie dokonania pozytywnego ustalenia winien wydać decyzję o zwrocie, w przeciwnym razie – o odmowie zwrotu. Omawiane sformułowanie nie może natomiast stanowić o spoczywającym na organie obowiązku ustalenia, czy rozpoczęcie prac lub realizacja celu wywłaszczenia nastąpiły w terminie odpowiednio 7 czy 10 lat od daty ostateczności decyzji wywłaszczeniowej. Odwołując się do wcześniej wyrażonego poglądu²² Sąd ten podniósł, że „w przypadku gdy cel wywłaszczenia został zrealizowany, to zwrot nie jest możliwy bez względu na to, kiedy realizacja ta nastąpiła. W ocenie sądu nie jest do przyjęcia stanowisko, że nieruchomość staje się zbędna na cel określony w decyzji o wywłaszczeniu w sytuacji, gdy cel wywłaszczenia został, co prawda, zrealizowany, ale po upływie wskazanych terminów. Wówczas w każdej sprawie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości – w szczególności, gdy wywłaszczenie miało miejsce kilkadziesiąt lat przed wszczęciem postępowania o zwrot – organ orzekający o zwrocie musiałby ustalać dokładną datę realizacji celu wywłaszczenia. Konsekwencją ustalenia, że cel wywłaszczenia został zrealizowany, ale po upływie omawianych terminów 7 albo 10 lat, byłaby konieczność wydania decyzji o zwrocie nieruchomości, mimo iż nieruchomość była (lub jest) wykorzystywana zgodnie z celem wywłaszczenia już kilkadziesiąt lat. Takiej interpretacji nie sposób pogodzić z zasadą stabilności porządku prawnego”²³.

Zauważyć należy, że pogląd ten nie zyskał szerokiej akceptacji w orzecznictwie ani w doktrynie, lecz uznany został za nietrafny, a przy tym marginalnie tylko artykułowany, więc niezasługujący na szerszą krytykę²⁴. Za dominujący w doktrynie oraz w orzecz-

²² Wyrok WSA w Krakowie z dnia 30 czerwca 2008 r., II SA/Kr 271/08, Lex nr 563126.

²³ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 23 stycznia 2009 r., II SA/Kr 1118/08, Lex nr 477381.

²⁴ Por. przykładowo wyrok NSA z dnia 18 lipca 2012 r., I OSK 1038/11, CBOSA; wyrok WSA w Krakowie z dnia 28 stycznia 2011 r., II SA/Kr 1422/10, CBOSA.

nictwie sądów uznano zaś pogląd, zgodnie z którym – w świetle art. 136 ust. 3 i art. 137 ust. 1 u.g.n. – nieruchomości nie może być uznana za zbędna na cel wywłaszczenia tylko wówczas, kiedy realizacja celu, na który została wywłaszczona została rozpoczęta przed upływem 7 lat od wywłaszczenia i zakończona przed upływem 10 lat od tego dnia²⁵.

III. Zmierzch paradygmatu przesłanek zwrotu

Jaskółek zwiastujących schyłek opisanego powyżej ujęcia przesłanki zbędności nieruchomości na cel określony w decyzji wywłaszczeniowej odczytywać można z jednej strony w pojawiających się z rzadka pojedynczych orzeczeniach sądów pierwszej instancji, zwłaszcza, co należy odnotować, Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie²⁶, a z drugiej w wyraźnej aprobacie dla odmiennego aniżeli powszechnie przyjętego rozumienia treści art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. przyjętego w kilku orzeczeniach Naczelnego Sądu Administracyjnego. Podkreślenia wymaga, że argumentacja, która legła u podstaw rozstrzygnięć sądów administracyjnych opierała się w istocie na twórczym rozwinięciu motywów zawartych w zaprezentowanych wyżej orzeczeniach Sądu krakowskiego. Odczytać można w tym nurcie orzeczniczym przynajmniej trzy kierunki podejmowanej argumentacji.

²⁵ T. Woś, *Wywłaszczenie nieruchomości...*, dz. cyt., s. 430–433; E. Mzyk, [w:] G. Bieniek (red.), *Ustawa o gospodarce...*, dz. cyt., s. 478 i n.; G. Bieniek, [w:] G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2006, s. 858 i n.; wyrok SN z dnia 6 marca 2002 r., III RN 11/01, OSNP 2002, nr 21, poz. 513; wyroki NSA: z dnia 4 września 2003 r., II SA/Gd 1552/00, CBOSA, z dnia 1 października 2010 r., I OSK 1612/09, CBOSA oraz z dnia 2 czerwca 2011 r., I OSK 1125/10, CBOSA; wyroki WSA w Lublinie: z dnia 11 września 2009 r., II SA/Lu 207/09, CBOSA, z dnia 16 listopada 2010 r., II SA/Lu 414/10, CBOSA; wyroki WSA we Wrocławiu z dnia 31 maja 2013 r., II SA/Wr 141/13, CBOSA, z dnia 4 czerwca 2013 r., II SA/Wr 871/12, CBOSA.

²⁶ Wyroki WSA w Krakowie: z dnia 28 czerwca 2010 r., II SA/Kr 1442/09, Lex nr 633058, z dnia 11 sierpnia 2010 r., II SA/Kr 556/10, Lex nr 737774, WSA w Krakowie z dnia 13 października 2010 r., II SA/Kr 850/10, Lex nr 753665, z dnia 28 stycznia 2011 r., sygn. akt II SA/Kr 1422/10, Lex nr 953288.

Pierwszy łączy się z powtórzeniem, powołanych jako argument *ad auctoritatis*, wcześniejszych orzeczeń NSA, głównie zaś cytowanego wyżej wyroku z dnia 28 maja 2002 r., I SA 2743/00. Mianowicie w jednym z orzeczeń NSA rozpoczął od konstatacji odwołującej się do zasadniczych twierdzeń co do charakteru zasady zwrotu wywłaszczonych nieruchomości, lecz podsumował je konkluzją wziętą z jednego z orzeczeń trybunalskich, iż obowiązująca regulacja konstytucyjna pozostawia ustawodawcy szeroką swobodę normowania zasad zwrotu nieruchomości wywłaszczonych, a obowiązek dopuszczenia w ustawodawstwie zwrotu nieruchomości w określonych sytuacjach nie zawsze musi oznaczać obowiązek zwrotu²⁷. W związku z tym, Naczelny Sąd Administracyjny odwołując się do tego orzeczenia TK stwierdził, że zasadniczą kwestią do wyjaśnienia przy rozstrzygnięciu sprawy o zwrot wywłaszczonej nieruchomości jest ustalenie celu wywłaszczenia, który nie może być interpretowany zbyt szeroko oraz zbadanie, czy istnieje nierozzerwalny związek pomiędzy określeniem celów wywłaszczenia i faktycznym sposobem użycia wywłaszczonej rzeczy. Zdaniem NSA wynika to po pierwsze stąd, iż wynikająca z art. 21 ust. 2 Konstytucji zasada zwrotu wywłaszczonych nieruchomości opiera się na założeniu niewykorzystania nieruchomości na cel wywłaszczenia. Po drugie zaś, w ocenie Sądu drugiej instancji, mogą mieć miejsce sytuacje uznane za uzasadnione podstawy ograniczenia tej zasady z uwagi na inne wartości konstytucyjnie chronione, co dopuszczone zostało w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Takie ograniczenia, jak argumentował Sąd, wynikać mogą z praw i wolności innych osób bądź też wysnutego z zasady państwa prawnego ogólnego nakazu takiego kształtowania stosunków prawnych, by tworzyły one podstawy do harmonijnego korzystania z mienia. Tym samym podzielił NSA powoływaną wyżej argumentację WSA w Krakowie, że „nie da się pogodzić z zasadą stabilności porządku prawnego sytuacji, gdy w sprawie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości – gdy wywłaszczenie miało miejsce

²⁷ Wyrok TK z dnia 9 grudnia 2008 r., SK 43/07, OTK-A 2008, nr 10, poz. 175.

kilkadziesiąt lat przed wszczęciem postępowania o zwrot – ustalenie, że cel wywłaszczenia został zrealizowany, ale po upływie wskazanych w art. 137 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami terminów 7 i 10 lat, powodowałoby konieczność wydania decyzji o zwrocie, mimo, że nieruchomość jest wykorzystywana zgodnie z celem wywłaszczenia już wiele lat”²⁸.

Poszukując argumentacji przemawiającej za przyjęciem powyższego, kontrowersyjnego przecież w świetle dominującego nurtu orzecznictwa, stanowiska Sąd odwołał się do wykładni historycznej, to jest z uwzględnieniem kontekstu normatywnego sprawy. Wobec tego zwrócił uwagę, iż w sytuacji, gdy wywłaszczenia dokonano na podstawie art. 6 ustawy z dnia 12 marca 1958 r. o zasadach i trybie wywłaszczania nieruchomości, która to ustawa (w art. 34 ust. 1) nie określiła jakiegokolwiek terminu na zrealizowanie celu wywłaszczenia oraz mając na względzie, iż analogicznie rozwiązania w powyższym zakresie przewidziano w art. 69 ust. 1 ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości²⁹, która obowiązywała do końca 1997 r. Zdaniem Sądu, wobec wykorzystania nieruchomości na cel wywłaszczenia, prawo jej byłego właściciela albo jego następców prawnych do żądania jej zwrotu wygasło. W związku z tym, jak podkreślił NSA, wadliwym byłoby uznanie, że po wejściu w życie przepisów u.g.n. i określeniu w jej art. 137 ust. 1 szczegółowych przesłanek zbędności – nieruchomość, która nie była zbędna przed 1998 r., bowiem wykorzystywana była zgodnie z celem wywłaszczenia, stała się automatycznie zbędna z dniem 1 stycznia 1998 r., a więc od dnia wejścia w życie u.g.n., zaś roszczenie byłego właściciela albo jego następców prawnych „odżyło” jedynie z tej przyczyny. Wreszcie bowiem, co zaakcentował Sąd odwoławczy, że nie da się zarzucić podmiotowi publicznemu, że nie działał zgodnie z prawem, skoro wykorzystał nieruchomość zgodnie

²⁸ Wyrok NSA z dnia 7 lipca 2011 r., I OSK 541/11, CBOSA. Podobnie NSA w wyroku z dnia 20 września 2011 r., I OSK 1558/10, CBOSA oraz z dnia 30 listopada 2011 r., I OSK 2098/10, CBOSA.

²⁹ Dz. U. z 1991 r., nr 30, poz. 127 ze zm.

z celem określonym w umowie zawartej na podstawie art. 6 ustawy z dnia 12 marca 1958 r., lecz dokonał tego po 20 latach od daty wywłaszczenia, nie może mieć decydującego charakteru³⁰.

Drugi kierunek w prezentowanym nurcie orzecznictwa sądów administracyjnych opierał się na zasadniczym podzieleniu argumentacji WSA w Krakowie, a zwłaszcza tego jej fragmentu, który odwoływał się do zawartego w art. 137 ust. 1 zwrotu „pomimo”. Sąd drugiej instancji stwierdził bowiem, że powyższe fragmenty pkt 1 i 2 omawianego unormowania sytuują ten zwrot w kontekście realizacji celu wywłaszczenia, co oznacza, że „[p]unktem wyjścia do rozważań dotyczących art. 137 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami jest ustalenie czy cel wywłaszczenia został zrealizowany. Jeżeli bowiem został zrealizowany, i to niezależnie od terminu realizacji, brak jest podstaw do zwrotu nieruchomości, a więc również do stosowania art. 137 ust. 1. Przepis ten ma tylko wtedy zastosowanie jeżeli nie został zrealizowany cel wywłaszczenia”³¹.

Ostatni, trzeci wątek opisanego zakresu działalności orzeczniczej sądów administracyjnych powiązać należy ze stanowiskiem opierającym się na odwołaniu się do omawianej wyżej zapoczątkowanej, pod rządami art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n., w brzmieniu obowiązującym od dnia 22 września 2004 r., tezy WSA w Krakowie i podzieleniu jej zasadności wraz z poparciem tego stanowiska argumentacją dotyczącą standardów gwarancji ochrony praw konstytucyjnych. Mając na uwadze ten poziom ochrony wynikający zwłaszcza z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP), w tym zwłaszcza wynikających z niego zasady *lex retro non agit* oraz zasady ochrony zaufania adresatów norm prawnych do państwa i stanowionego przezeń prawa, sądy podkreślały, że art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. w brzmieniu

³⁰ Powołane wyroki NSA z dnia 7 lipca 2011 r., I OSK 541/11 i z dnia 20 września 2011 r., I OSK 1558/10.

³¹ Wyrok NSA z dnia 3 listopada 2011 r., I OSK 1924/10, CBOSA; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 10 grudnia 2013 r., II SA/Po 630/13, CBOSA; wyrok WSA w Warszawie z dnia 4 sierpnia 2011 r., II SA/Wa 2518/10, CBOSA.

nadany mu przez art. 1 pkt 89 ustawy o zmianie u.g.n. z mocą od 22 września 2004 r., nie znajduje zastosowania w sytuacji, gdy cel wyłączenia zrealizowano, lecz z uchybieniem terminów określonych w art. 137 u.g.n.³²

Wśród orzeczeń mieszczących się w tej ostatniej z omówionych grup wskazać trzeba także takie, w których sądy rozszerzając motywy przyjęcia powyższego stanowiska podnosiły, że zastosowanie przepisów art. 136 ust. 3 i art. 137 ust. 1 u.g.n. w odmiennym rozumieniu prowadziłyby do pogorszenia sytuacji prawnej jednostki samorządu terytorialnego, która mogło zasadnie oczekiwać, że nie będą kwestionowane stosunki prawne ukształtowane pod rządami dawnych przepisów określających zasady zagospodarowywania wyłączonej nieruchomości. Skoro bowiem, jak podkreślono, w dacie wyłączenia oraz w toku wykonywania działań służących realizacji celu wyłączenia nie obowiązywały przepisy, które wyznaczałyby terminy rozpoczęcia i zakończenia prac związanych z realizacją celu wyłączenia, to nie można wymagać, by aktualny właściciel tej nieruchomości „przewidział” zmianę prawa w tym zakresie i dostosował do niego swoje działania, na wiele lat przed tą zmianą. Dlatego też, uwzględniając opisane wyżej zasady wywiezione z zasady demokratycznego państwa prawnego, uznano, że wspomniane przepisy u.g.n. nie mogą dotyczyć sytuacji prawnych ostatecznie ukształtowanych na gruncie dawnego prawa³³.

IV. Przyjęcie nowego paradygmatu

Nowy paradygmat przesłanek zwrotu wyłączonych nieruchomości tworzył się więc jako odpowiedź na kryzys pierwotnego, który przyjmował, że niezależnie od okoliczności sprawy, po upływie terminów przewidzianych w art. 137 ust. 1 pkt 1 i 2 u.g.n., nieruchomość, na jakiej – odpowiednio – nie rozpoczęto realizacji

³² Wyroki WSA w Poznaniu z dnia 18 grudnia 2012 r., II SA/Po 764/12, CBOSA oraz z dnia 14 sierpnia 2013 r., II SA/Po 615/13, CBOSA.

³³ Wyroki WSA w Lublinie z dnia 27 lutego 2014 r., II SA/Lu 503/13, CBOSA, nieprawomocny.

celu wywłaszczenia bądź nie zakończono inwestycji służącej wykonaniu tego celu, uznawano za zbędną na cel wywłaszczenia. Co ciekawe umotywowanie tego stanowisko opierało się na „twardej” wykładni językowej, opierającej się, jak należy się domyślać, na tzw. *regule clara non sunt interpretanda*, wyłączającej możliwość twórczego podejścia do powyższego unormowania. Dlaczego tak postępowano? Nie budzi wątpliwości, że sądy i przedstawiciele doktryny dopatrywali się, zwłaszcza w nowym brzmieniu art. 137 ust. 1 pkt 2 ustawy, wyrażnej woli Narodu, który zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 Konstytucji sprawuje w Rzeczypospolitej Polskiej władzę zwierzchnią również pośrednio poprzez parlament, doprecyzowania przesłanek zwrotu w sposób, jaki można było odczytywać niezwykle ściśle. Tym samym odmienną wykładnię powołanego przepisu traktowano jako „zamach” na normę prawną tkwiącą immanentnie w opisanym przepisie³⁴. Stąd też traktowano przyjęty sposób odczytywania tejże normy jako paradygmatyczny, odrywając go jednak tym samym od okoliczności sprawy, które nierzadko podważały racjonalność przyjętego rozumowania. Na okoliczność tę zwracały więc uwagę składy orzekające sądów administracyjnych, które „odważyły się” zakwestionować przyjęty dotychczas wynik wykładni omawianych przepisów, a zwłaszcza art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n.³⁵

W takich okolicznościach Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie³⁶ zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym, czy art. 1 pkt 89 lit. a w związku z art. 19 ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz o zmianie niektórych innych ustaw³⁷ zmieniający art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. w zakresie, w jakim nakazuje sto-

³⁴ Stanowisko to wyrażone zostało szczególnie dobitnie w przywołanych wyżej pracach T. Wosia.

³⁵ Zob. przede wszystkim powołany już kilkakrotnie wyrok WSA w Krakowie z dnia 23 stycznia 2009 r., II SA/Kr 1118/08.

³⁶ Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 12 maja 2011 r., I SA/Wa 41/11, Lex nr 1157206.

³⁷ Dz. U. z 2004 r., nr 141, poz. 1492.

sowanie nowego brzmienia art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. w sytuacji, gdy cel określony w decyzji o wywłaszczeniu został przez jednostkę samorządu terytorialnego zrealizowany przed dniem 22 września 2004 r., to jest przed datą wejścia w życie ustawy nowelizującej z 2003 r., jest zgodny z art. 2 i art. 165 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał, rozpoznając to pytanie prawne, zwrócił przede wszystkim uwagę, że sądy administracyjne nadały art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. wsteczne działanie, albowiem dokonywały oceny przesłanki zrealizowania zakładanego celu wywłaszczenia nie w dacie wszczęcia i prowadzenia postępowania administracyjnego o zwrot, lecz w chwili upływu 10-letniego terminu liczonego od dnia wywłaszczenia niezależnie od tego, kiedy to wywłaszczenie nastąpiło i niezależnie od tego, czy cel został faktycznie zrealizowany zgodnie z decyzją o wywłaszczeniu³⁸. Zdaniem Sądu konstytucyjnego, że nadanie przez ustawodawcę mocy wstecznej wskazanemu przepisowi doprowadziło do nieuzasadnionego pogorszenia sytuacji prawnej jednostek samorządu terytorialnego. Wobec nieruchomości wywłaszczonych przed 27 maja 1990 r. i skomunalizowanych w tej dacie na podstawie ustawy z dnia 10 maja 1990 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych³⁹, retrospektywne działanie tego przepisu uznał Trybunał za ingerujące w sposób bezzasadny w konstytucyjnie chroniony zakres samodzielności jednostek samorządu terytorialnego, stanowi wyraźne naruszenie art. 2 oraz art. 165 ust. 1 Konstytucji. Podzielił więc Trybunał Konstytucyjny pogląd WSA w Warszawie, że jednostki samorządu terytorialnego mogły zasadnie oczekiwać, iż ustawodawca po dniu 22 września 2004 r. uszanuje ogólny kształt dotychczasowych zasad zwrotu nieruchomości skomunalizowanych obowiązujących w okresie transformacji systemowej, do których to zasad jednostki te dostosowywały swoje zachowanie od chwili

³⁸ Pkt 3.5 uzasadnienia wyroku TK z dnia 13 marca 2014 r., P 38/11, OTK-A 2014, nr 3, poz. 31.

³⁹ Dz. U. nr 32, poz. 191 ze zm.

swego powstania w 1990 r.⁴⁰ Stąd też zdaniem Trybunału, ustawowy nakaz zwrotu nieruchomości wywłaszczonych, których własność nabyły jednostki samorządu terytorialnego w drodze komunalizacji, na jakich obecnie i w chwili żądania zwrotu zrealizowano cel wywłaszczenia, nie daje się pogodzić z konstytucyjną zasadą samodzielności tych jednostek w aspekcie finansowania, jak i wykonywania przez nie zadań publicznych. Retrospektywne działanie art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. stawia, jak podkreślił Sąd konstytucyjny, w niekorzystnej sytuacji te jednostki samorządu terytorialnego, które dokończyły z własnych środków rozpoczęte inwestycje, w porównaniu z tymi podmiotami, które przed 1 stycznia 1998 r. sprzedały wywłaszczone nieruchomości lub ustanowiły na nich prawa użytkowania wieczystego na rzecz osób trzecich. W tej sytuacji podmioty te skorzystały z możliwości odpłatnego rozporządzenia nieruchomością i nawet jeśli nie zrealizowano na niej nigdy celu wywłaszczenia, byłym właścicielom nie przysługuje roszczenie do żądania jej zwrotu (art. 229 u.g.n.)⁴¹. Nadto niewątpliwie jakkolwiek takie rozumienie powołanego przepisu było niezwykle korzystne dla byłych właścicieli wywłaszczonych nieruchomości albo ich następców prawnych, to prowadziło ono do „absurdalnych rozstrzygnięć”, wpływając niekorzystnie na majątek gminy i zmniejszając jej dochody służące realizacji zadań publicznych. Jednocześnie jednak trybunał przyznał, że uzasadnionym byłoby przyjęcie – w ślad za orzecznictwem sądów zapadłym na gruncie przepisów obowiązujących w latach 1990–2004 – badanie zrealizowania celu wywłaszczenia „na dzień złożenia wniosku” o zwrot nieruchomości wywłaszczonej przez osoby uprawnione⁴². Mając to na względzie Trybunał Konstytucyjny, uwzględniając co do zasady sugestię zawartą w powołanym pytaniu prawnym, a jednocześnie nieco zmieniając zakres odpowiedzi na zadane pytanie, co sam Trybunał uznał za dopuszczalne w okolicznościach tej sprawy, stwierdził naruszenie konstytucyjnego

⁴⁰ Pkt 4.2 uzasadnienia wyroku TK z dnia 13 marca 2014 r., P 38/11.

⁴¹ Pkt 4.5 uzasadnienia wyroku TK z dnia 13 marca 2014 r., P 38/11.

⁴² Pkt 5.3 uzasadnienia wyroku TK z dnia 13 marca 2014 r., P 38/11.

standardu ochrony wynikającego z art. 2 i art. 165 ust. 1 Konstytucji, wskutek retrospektywnego działania art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n.

Zauważyć w tym miejscu należy, że Trybunał Konstytucyjny rozstrzygnął w tej sprawie jeszcze jeden dylemat, związany zresztą ściśle z przyjętym w niniejszej pracy założeniem, co do zaistnienia w orzecznictwie sądowym „paradygmatu” służącego odczytaniu przesłanek zwrotu wywłaszczonych nieruchomości, a szczególnie tej przesłanki, jaką wyczytać można z art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. w jego brzmieniu obowiązującym od dnia 22 września 2004 r. Wątpliwość ta związana wynikała z konieczności ustosunkowania się do wniosku Marszałka Sejmu, złożonego w powyższej sprawie, o umorzenie postępowania z powodu niedopuszczalności wyrokowania wywołanej tym, że problem Sądu zadającego pytanie prawne sprowadzał się do wątpliwości związanych z wykładnią przepisu prawa, a nie sprowadzał się do jego przekonania o braku zgodności z Konstytucją omawianego art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. Trybunał wydał jednak wyrok zakresowy argumentując, że konieczne jest wyznaczenie konstytucyjnego standardu postępowania w stosunku do odczytywania przesłanek zwrotu nieruchomości wywłaszczonych na rzecz Skarbu Państwa przed datą komunalizacji części majątku Skarbu Państwa, które z tym dniem znalazły się w majątku jednostek samorządu terytorialnego. Potrzeba ta wynika nie tylko z kwestii natury ściśle prawnej, lecz nadto z społecznej wagi problemowego zagadnienia⁴³.

V. Zamiast zakończenia

Odnosząc się do tej ostatniej kwestii wskazać wypada, iż wbrew przyjętemu w tym zakresie pogładowi Trybunału, z uzasadnienia powyższego wyroku da się jednak wysnuć argumenty przemawiające za przyjęciem poglądu odmiennego, zgodnie z którym prospektywne stosowanie przesłanek zwrotu wywłaszczonych nieruchomości, przyjęte między innymi w wyroku WSA

⁴³ Pkt 3.7 uzasadnienia wyroku TK z dnia 13 marca 2014 r., P 38/11.

w Krakowie z dnia 23 stycznia 2009 r., II SA/Kr 1118/08, stanowi wyraz wykładni zgodnej ze „standardem konstytucyjnym” określonym przez Sąd konstytucyjny w sprawie P 38/11. Wykładnia taka, ze swej natury prokonstytucyjna, pozwoliła sądom administracyjnym, orzekającym zgodnie z opisaną wyżej linią mniejszościową, na uniknięcie dylematu wynikającego z wadliwej konstrukcji prawnej art. 137 ust. 1 pkt 2 u.g.n. i podjęcie orzeczeń oddających „ducha” wspomnianej regulacji prawnej, choć bezspornie esencja tego przepisu ukryta została przez ustawodawcę „głęboko” pod jego wierzchnią warstwą treściową, wydedukowaną z rozumienia tego przepisu w języku etnicznym.

Z tych więc powodów uważam, że można mówić o zmianie „paradygmatu” w zapisanym wyżej rozumieniu, jaki wyznaczał „należyte”, to jest przyjęte w ogromnej większości orzeczeń sądów administracyjnych, rozumienie powołanego przepisu. Podzielałam przy tym pogląd, że w kulturze prawa stanowionego dopuszczalne jest odejście od językowo jednoznacznego w swej treści przepisu, jeżeli umotywowane jest to dostatecznie doniosłymi argumentami natury aksjologicznej. Niewątpliwie bowiem w przypadku, gdy znaczenie językowe danej normy prawnej niszczy niewzruszalne wartości wyprowadzone z obowiązującego porządku prawnego, „należy tak zmieniać językowo jasne znaczenie interpretowanego zwrotu, aby została zapewniona spójność aksjologiczna⁴⁴.

Trzeba było więc spojrzenia na opisane przepisy jako na „ławę”, by wydobyć z nich „wewnętrzny ogień”, jakiego „sto lat nie wyziębi”. Zmiana „paradygmatu” stosowania przepisów wskazujących podstawy zwrotu wywłaszczonych nieruchomości wymagała zatem przyjęcia pełnej młodzieńczego zapału romantycznej wizji, nakierowanej na to, aby „plwać na tę skorupę i zstąpić do głębi” norm prawnych dotyczących tejże problematyki⁴⁵. Takie „romantyczne” widzenie przepisów prawa administracyjnego,

⁴⁴ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 343.

⁴⁵ Cytaty wzięte z dzieła A. Mickiewicza, *Dziady. Część III*, Warszawa 1974, s. 57.

z natury rzeczy wymaga przyjęcia postawy pewnego dystansu do utrwalonego jego rozumienia i odwołania do pojęcia słuszności, które, jakkolwiek wprost nieartykułowane, dało podstawę sądom administracyjnym do zakwestionowania paradygmatu przesłanek zwrotu wywłaszczonych nieruchomości, utrwalonych na gruncie jasnego brzmienia przepisów te przesłanki normujących. Skoro bowiem, jak wskazywał Arystoteles, z natury rzeczy przepisy ustawy nie mogą być na tyle precyzyjne, by uwzględnić wszystkie możliwe stany faktycznie, to należy pozwolić sędziemu „orzec tak, jakby ustawodawca sam orzekł, gdyby był obecny i jakby sam postanowił, gdyby z góry znał dany przypadek”⁴⁶.

ABSTRACT

Change of a paradigm of prerequisites of returning expropriated real estates in court jurisdiction

A new paradigm of prerequisites of returning expropriated real estates originated as an answer to crisis of the primary paradigm, which assumed that independently of circumstances of a case after lapse of term specified in art. 137 item 1 point 2 act of 21 August 1997 on management of real estates (Dz. U. from 2014 item 518 as amended; hereinafter „u.g.n.”), real estate on which realisation of investment constituting the goal of expropriation was not completed, was superfluous for that goal. This standpoint was based on a „strict” language interpretation of this provision, consistent with the rule *clara non sunt interpretanda*, separating the content of the interpreted norm from factual findings undertaken in cases. Decision-making panels of administrative courts, which „had the courage” to question a heretofore accepted result of interpretation, turned attention to the fact that such understanding led sometimes to totally irrational adjudications. The Constitutional Tribunal in a verdict of 13 March 2014 (P 38/11) overcame a primary paradigm, basing its standpoint on criticism of a retrospective activity of art. 137 item 1 point 2 u.g.n. In the Tribunal’s opinion the statutory order of returning expropriated real estates, whose ownership was acquired by

⁴⁶ A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 2005, s. 29.

Zmiana paradygmatu przesłanek zwrotu wywłaszczonych nieruchomości...

territorial self-government units by a way of communalisation and on which real estates – on a day of submitting a motion for returning – the goal of expropriation was realised, cannot be reconciled with the constitutional rule of independence of these units in the aspect of financing as well as performing by them public tasks.

Kilka uwag o rygorze natychmiastowej wykonalności decyzji (na przykładzie Kodeksu postępowania administracyjnego¹ i Ordynacji podatkowej²)

I. Wejście w życie uchwalonej w 1997 r. Ordynacji podatkowej, spowodowało wyodrębnienie postępowania podatkowego z K.p.a. Nie były to pierwsze zmiany wprowadzone przez ustawodawcę w zakresie usytuowania postępowania podatkowego, które, w zależności od przyjętej koncepcji, za cel miały dekodyfikację lub unifikację postępowania administracyjnego. W rezultacie, postępowanie podatkowe było wyodrębniane ze struktur przepisów albo do nich włączane³.

Ordynacja podatkowa reguluje postępowanie podatkowe, którego celem jest realizacja zobowiązania podatkowego wynikającego z obowiązku podatkowego⁴, a które wolą ustawodawcy w roku 2008, wzbogaciło się o wykonanie i wstrzymanie wykona-

¹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zm., dalej: K.p.a. lub Kodeks.

² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, Dz. U. z 2012 r., poz. 749 ze zm., dalej: Ordynacja podatkowa lub O.p.

³ Zob. E. Ochendowski, *O dekodyfikacji postępowania administracyjnego na przykładzie Ordynacji podatkowej* [w:] *Państwo prawa. Administracja. Sądownictwo. Prace dedykowane prof. dr hab. Januszowi Łętowskiemu w 60. rocznicę urodzin*, Warszawa 1999, s. 218–221, M. Gajda-Durlik, *Dekodyfikacja postępowania administracyjnego* [w:] red. J. Zimmermann, *Koncepcja systemu administracyjnego*, Warszawa 2007, s. 517–526.

⁴ R. Mastalski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław 2013, s. 11.

nia decyzji oraz konstrukcję rygoru natychmiastowej wykonalności. Te zmiany zostały unormowane w art. 239a O.p., który stanowi, że decyzja nieostateczna, nakładająca na stronę obowiązek podlegający wykonaniu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, nie podlega wykonaniu, chyba że decyzji nadano rygor natychmiastowej wykonalności. Takie rozwiązanie nie było wcześniej znane w postępowaniu podatkowym i wprowadziło nową jakość do tego postępowania. Inaczej było z Kodeksem, w którym konsekwentnie utrzymano rozwiązanie oparte na założeniu, że przed upływem terminu do wniesienia odwołania decyzja nie ulega wykonaniu, a wniesienie odwołania w terminie wstrzymuje jej wykonanie, chyba, że decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności (art. 130).

Pierwsza kodyfikacja postępowania podatkowego została zawarta w odrębnym akcie prawnym względem ogólnego postępowania administracyjnego⁵. Podobny, rozdzielny sposób unormowań zastosowano po II wojnie światowej, przy czym ustawodawca dodatkowo dokonał podziału przepisów z zakresu spraw podatkowych⁶. Dążąc do unifikacji ogólnego postępowania admini-

⁵ Postępowanie podatkowe regulowała ustawa z dnia 15 marca 1934 r. – Ordynacja podatkowa, Dz. U. nr 39, poz. 346. Było to uregulowanie kompleksowe, zawierające m.in. model postępowania podatkowego, który zasadniczo różnił się od ogólnego postępowania administracyjnego w kwestii wykonalności decyzji nieostatecznych, gdyż art. 111 tejże ustawy stanowił, że wniesienie odwołania nie wstrzymuje obowiązku zapłacenia podatku w przepisany termin ani też prawa władzy do ściągnięcia wymierzonego podatku. Odmienna regulacja przewidziano w postępowaniu administracyjnym, które zostało uregulowane w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym, Dz. U. nr 36, poz. 341. Art. 87 tego rozporządzenia wprowadził zasadę, że przed upływem terminu do wniesienia odwołania, decyzji administracyjna nie ulega wykonaniu, a w razie wniesienia odwołania w terminie, następuje wstrzymanie wykonania decyzji. Wyjątkowo, władza mogła postanowić o natychmiastowym wykonaniu decyzji, jeżeli wskazane jest to ze względu na interes publiczny lub wyjątkowo ważny interes strony.

⁶ Sprawy podatkowe normowały: Dekret z dnia 16 maja 1946 r., o zobowiązaniach podatkowych Dz. U. nr 27, poz. 173 i Dekret z dnia 16 maja

stracyjnego i postępowania z zakresu zobowiązań podatkowych, 1 stycznia 1981 r. postępowanie podatkowe włączono do Kodeksu postępowania administracyjnego⁷, na mocy ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego⁸. Postępowanie podatkowe unormowano w Dziale III zatytułowanym „Przepisy szczególne postępowania w sprawach zobowiązań podatkowych oraz ubezpieczeń społecznych”. Mimo tej łącznej regulacji, postępowanie podatkowe zachowało swoją odrębność względem ogólnego postępowania administracyjnego m.in. w przedmiocie wykonania decyzji nieostatecznych⁹ i opierało się na regule stanowiącej, że wniesienie odwołania od decyzji organu podatkowego nie wstrzymywało jej wykonania. Wyjątkowo, organ odwoławczy wstrzymywał wykonanie decyzji w przypadku uzasadnionym interesem społecznym lub ważnym interesem podatnika. W wyniku uwzględnienia postulatów o niezbędności samodzielnego uregulowania postępowania podatkowego wynikającej z jego specyfiki¹⁰, a także nie-

1946 r., o postępowaniu podatkowym, Dz. U. nr 26, poz. 174 (dalej: dekret o postępowaniu podatkowym), który obowiązywał do końca roku 1980 r. Dekret o postępowaniu podatkowym, w art. 149 stanowił, że wniesienie odwołania nie wstrzymuje wykonania decyzji, jednak władza podatkowa może wyjątkowo wstrzymać wykonanie decyzji ze względu na ważny interes strony. Było to uregulowanie obowiązujące w postępowaniu przed władzą podatkową drugiej instancji. Dekret nie normuje tej kwestii w postępowaniu przed władzą podatkową pierwszej instancji.

⁷ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. nr 30, poz. 168. W czasie trwania prac nad tym aktem prawnym (lata 1958–1960), planowano włączenie do niego postępowania podatkowego, jednak zamiaru tego nie udało się zrealizować.

⁸ Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r., Dz. U. nr 4, poz. 8.

⁹ Ówczesny Kodeks postępowania administracyjnego w art. 113 stanowił, że przed upływem terminu do wniesienia odwołania, decyzja nie podlega wykonaniu, a wniesienie odwołania w terminie, wstrzymuje jej wykonanie. Przepisy te nie mają zastosowania, gdy decyzji nadano rygor natychmiastowej wykonalności.

¹⁰ M. Masternak, *Postępowanie podatkowe, kontrola podatkowa oraz inne procedury stosowane w sprawach podatkowych* [w:] red. B. Brzeziński, *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009, s. 334.

adekwatności postępowania podatkowego do potrzeb wynikających z transformacji systemu podatkowego¹¹, od 1 stycznia 1998 r., postępowanie podatkowe ponownie zostało uregulowane w odrębnym akcie prawnym – Ordynacji podatkowej, w Dziale IV zatytułowanym „Postępowanie podatkowe”¹². W piśmiennictwie podkreśla się, że to jedyny realny przykład rozbicia jedności Kodeksu, w kształcie nadanym nowelą z 1980 r. podważający założenia szeroko ujętej kodyfikacji postępowania administracyjnego¹³.

II. By roztrząsać zagadnienie na tle relacji i zależności pomiędzy postępowaniem podatkowym uregulowanym w Ordynacji podatkowej oraz postępowaniem administracyjnym, warto przybliżyć, co należy rozumieć pod pojęciem postępowania administracyjnego oraz postępowania podatkowego.

W zapatrywaniach dawnej doktryny wskazywano na istnienie postępowania administracyjnego w szerokim znaczeniu oraz postępowania administracyjnego w wąskim znaczeniu. Podział ten związany był z wielością form działania administracji publicznej¹⁴. W. Dawidowicz określał postępowanie administracyjne w szerokim znaczeniu jako całokształt przepisów proceduralnych prawa administracyjnego, stosownie do których działają organy admini-

¹¹ Taki wniosek zawarto w uzasadnieniu do projektu ustawy – Ordynacja podatkowa. W uzasadnieniu projektu przedstawiono cztery cele uchwalenia tej ustawy: 1. Ułatwienie stosowania prawa podatkowego i zwiększenie jego skuteczności poprzez skodyfikowanie w jednym akcie prawnym rangi ustawowej ogólnego prawa podatkowego; 2. Unowocześnienie i zsynchronizowanie części ogólnej prawa podatkowego z obecnym systemem prawa podatkowego, a także usunięcie unormowań noszących „piętno niechęci socjalistycznego ustawodawcy do działalności gospodarczej”; 3. Zwiększenie skuteczności poboru istniejących podatków; 4. Zwiększenie ustawowej ochrony uczestników postępowania podatkowego oraz zrównania ich praw i obowiązków, W. Chróścielewski, W. Nykiel, *Postępowanie podatkowe w świetle Ordynacji Podatkowej*, Warszawa 2000, s. 8.

¹² M. Masternak, *Postępowanie podatkowe...*, *op. cit.*, s. 329–331.

¹³ M. Gajda-Durlik, *Dekodyfikacja postępowania...*, *op. cit.*, s. 525.

¹⁴ B. Adamiak [w:] red. B. Adamiak, J. Borkowski, A. Skoczyła, *Prawo procesowe administracyjne. Tom 9. Systemu prawa administracyjnego*, Warszawa 2010, s. 1.

stracji państwowej, natomiast kompleks przepisów prawnych regulujących działalność organów administracji państwowej w formie decyzji administracyjnej to postępowanie administracyjne w ścisłym znaczeniu¹⁵. Według B. Graczyka, szeroko rozumiane postępowanie administracyjne (procedura administracyjna) obejmuje wszystkie formy, sposoby i metody działania organów administracji państwowej, więc to co służy do realizacji zadań tych organów, a pozostaje poza „treścią” samego działania. Natomiast pod pojęciem postępowania administracyjnego w ścisłym znaczeniu, autor rozumiał grupę norm prawnych regulujących tryb postępowania organów administracji państwowej przy załatwianiu konkretnych spraw¹⁶. Z kolei J. Starościak za postępowanie administracyjne w szerokim znaczeniu, uznawał przepisy prawne regulujące sposób działania organu administracyjnego w związku z wydaniem i wykonaniem aktu administracyjnego, a także przepisy obejmujące sprawy dopuszczalności oraz warunków stosowania środków prawnych, jeżeli są używane przeciw aktowi administracyjnemu¹⁷.

Nauka przedmiotu odróżniała procedurę administracyjną, która określa tryb załatwiania spraw administracyjnych przez organy administracyjne oraz przed sądami, od procesu administracyjnego, który jest trybem załatwiania indywidualnych spraw przed sądami oraz trybem załatwiania indywidualnych spraw przed organami administracyjnymi w formie zewnętrznego aktu administracyjnego. Natomiast sam tryb załatwiania spraw indywidualnych przed organami administracyjnymi, określa się jako jurysdykcyjne postępowanie administracyjne¹⁸. Termin ten, w formie przymiotnikowej charakteryzuje ogólne postępowanie admini-

¹⁵ W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie administracyjne. Zarys systemu*, Warszawa 1962, s. 9.

¹⁶ B. Graczyk, *Postępowanie administracyjne. Zarys systemu*, Warszawa 1953, s. 13.

¹⁷ J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1969, s. 259.

¹⁸ K. Jandy-Jendrońska, J. Jendrońska, *System jurysdykcyjnego postępowania administracyjnego* [w:] red. T. Rabska, J. Łętowski, *System prawa administracyjnego*, t. 3, Wrocław 1978, s. 130–131.

stracyjne jako postępowanie jurysdykcyjne, w wyniku którego powstaje konstytutywna decyzja administracyjna, która jest normą jednostkową regulującą prawa i obowiązki jej adresata¹⁹.

Obecnie, przeciwstawianie pojęcia procesu administracyjnego pojęciu postępowania administracyjnego nie jest uzasadnione, ze względu na utrwaloną od dawna regulację prawną trybu postępowania przed organami administracji publicznej²⁰. Ponadto, za jurysdykcyjne postępowanie administracyjne uważa się postępowanie w sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji, na podstawie przepisów K.p.a. o postępowaniu ogólnym²¹. Bliskim, ale nie tożsamym z pojęciem „administracyjnego postępowania jurysdykcyjnego” jest termin „jurysdykcja administracyjna”, którą rozumieć należy jako sposób stosowania norm prawa administracyjnego²².

W doktrynie prawa administracyjnego nie występują zasadnicze rozbieżności, jeżeli chodzi o definiowanie postępowania administracyjnego²³. Pojęcie ogólnego postępowania administracyjnego ukształtowało się niedługo po uchwaleniu Kodeksu w 1960 r. i od tego czasu nie jest kwestionowane. Nabrało ono nowego znaczenia po nowelizacji K.p.a. z roku 1980²⁴, w wyniku której ustawodawca zarysował wyraźną różnicę między przepisami o postę-

¹⁹ M. Zimmermann, *Z rozważań nad postępowaniem jurysdykcyjnym i pojęciem strony w Kodeksie postępowania administracyjnego* [w:] *Księga Pamiętowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa 1967, s. 433 za J. Zimmermannem, *Polska jurysdykcja administracyjna*, Warszawa 1996, s. 9.

²⁰ B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2013, s. 102; J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Polskie postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2001, s. 61.

²¹ Cz. Martysz [w:] G. Łaszczyca, Cz. Martysz A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, Warszawa 2003, s. 9.

²² Zob. J. Zimmermann, *Polska jurysdykcja...*, *op. cit.*, s. 9.

²³ Cz. Martysz [w:] G. Łaszczyca, Cz. Martysz A. Matan, *Postępowanie administracyjne...*, *op. cit.*, s. 10.

²⁴ Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz. U. nr 4, poz. 8 ze zm.

powaniu administracyjnym zawartymi w Kodeksie i utrzymanymi w mocy w innych ustawach. W rezultacie, można wskazać na dwa rodzaje przepisów, tj. te które tworzą ogólny system postępowania administracyjnego oraz przepisy szczególne zawarte w aktach prawnych pozakodeksowych i w samym K.p.a. Taki stan rzeczy, z pewnymi istotnymi modyfikacjami, głównie dotyczącymi wyodrębnienia w Ordynacji podatkowej postępowania administracyjnego objętego jej zakresem, zachował swoją aktualność²⁵.

Nauka przedmiotu formułuje koncepcję postępowania administracyjnego przy uwzględnieniu kierunków regulacji materialnego prawa administracyjnego. Mając na uwadze administracyjne prawo ustrojowe oraz administracyjne prawo materialne, w których przyjmuje się wielość form działania prawnego organów administracji publicznej, a także form realizowanych w zorganizowanym zespole działań, wyróżnia się także postępowanie administracyjne w szerokim i w wąskim znaczeniu. Pod pojęciem postępowania administracyjnego w wąskim znaczeniu należy rozumieć regulowany przez prawo procesowe ciąg czynności procesowych podejmowanych przez organy administracji publicznej oraz inne podmioty postępowania w celu rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej w formie decyzji administracyjnej²⁶. Z kolei postępowanie administracyjne w szerokim znaczeniu, należy łączyć, nie jak tradycyjnie, z wielością form działania administracji publicznej, ale z czynnościami materialnoprawnymi jednostki i kontrolą tych czynności przez organ administracji publicznej²⁷. W rezultacie, pojęcie postępowania administracyjnego w szerokim znaczeniu jest bardzo zbliżone do definicji postępowania administracyjnego w wąskim znaczeniu, z tym że dodatkowo zawiera element związany z kontrolą rozstrzygnięć, tj. postępowanie administracyjne w szerokim znaczeniu to regulowany przez prawo ciąg

²⁵ L. Żukowski [w:] L. Żukowski, R. Sawuła, *Postępowania administracyjne*, Przemyśl-Rzeszów, 2012, s. 26–27.

²⁶ B. Adamiak [w:] red. B. Adamiak, J. Borkowski, A. Skoczylas, *Prawo procesowe...*, *op. cit.*, s. 3.

²⁷ *Ibidem*, s. 5.

czynności procesowych podejmowanych przez organy administracji publicznej oraz inne podmioty postępowania w celu rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej w formie decyzji administracyjnej, a także ciąg czynności procesowych podjętych w celu weryfikacji decyzji administracyjnej²⁸.

Nieco odmienne ujęcie prowadzi do zdefiniowania postępowania administracyjnego *sensu stricte* jako unormowany przez prawo procesowe ciąg czynności procesowych podejmowanych przez organy administracji publicznej, w celu konkretyzacji i urzeczywistnienia uprawnień lub obowiązków o charakterze materialnoprawnym. Natomiast postępowanie administracyjne *sensu largo* to unormowany przez prawo procesowe ciąg czynności procesowych organów administracji publicznej lub innych podmiotów postępowania zmierzających, bądź do urzeczywistnienia normy materialnoprawnej, bądź do ustalenia innego skutku prawnego wymaganego ustawą²⁹.

Zwięźle zdefiniowanie norm postępowania administracyjnego w szerokim ujęciu to całokształt przepisów procesowych prawa administracyjnego, według których działają organy administracji wykonując swoje zadania, a system norm prawnych regulujących działalność organów administracji w formie decyzji administracyjnych to postępowanie administracyjne w ujęciu wąskim³⁰.

Znamienne, że ze względu na specyfikę prawa podatkowego, przyjmowany jest podział na postępowanie podatkowe w szerokim i wąskim znaczeniu. Postępowanie podatkowe w szerokim rozumieniu ma szczególne znaczenie, gdy procedura podatkowa oparta jest przede wszystkim na technikach samoobliczenia podatkowego oraz obliczaniu podatku przez płatnika. W tych sytu-

²⁸ B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne...*, *op. cit.*, s. 101.

²⁹ B. Majchrzak [w:] W. Federczyk, M. Klimaszewski, B. Majchrzak, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 2013, s. 2-3; B. Majchrzak [w:] red. Z. Cieślak, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 2010, s. 2-3.

³⁰ Cz. Martysz [w:] G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne...*, *op. cit.*, s. 8-9.

acjach zobowiązanie podatkowe powstaje z mocy prawa, bez dokonywania wymiaru podatkowego, więc nie występuje tu typowa dla ogólnego postępowania administracyjnego sytuacja rozstrzygnięcia sprawy indywidualnej w drodze decyzji administracyjnej. Działania podatników i płatników prowadzące do przekształcenia obowiązku podatkowego w zobowiązanie podatkowe oraz dobrowolnej jego realizacji są ustalane przez prawo, które nadaje im określoną kolejność i przypisuje odpowiednią formę. Tworzy się „postępowanie”, które zmierza do realizacji celów leżących u podstaw konstrukcji poszczególnych ustaw podatkowych. W postępowaniu tym, klasyczna rola administracji ma miejsce w fazie kontroli podatkowej³¹. Tak szeroko rozumiane postępowania podatkowe, można odnieść do postępowania administracyjnego w szerokim znaczeniu, gdyż czynność prawna jednostki kształtuje jej sytuację prawną, a rolą organu administracji publicznej jest kontrola jej zgodności z prawem³².

Postępowanie podatkowe w ścisłym tego słowa znaczeniu, rozpoczyna się od wszczęcia postępowania, a kończy się wydaniem decyzji podatkowej, więc w swym generalnym kształcie odpowiada ogólnemu postępowaniu administracyjnemu³³. Postępowanie podatkowe unormowane w Ordynacji podatkowej, to postępowanie w wąskim ujęciu, określane jako jurysdykcyjne postępowanie podatkowe, które można zdefiniować jako procedurę prawną, w której organy podatkowe rozstrzygają indywidualne sprawy podatkowe w decyzji. Decyzja ta to zewnętrzny akt administracyjny konkretyzujący prawa i obowiązki podmiotów, które realizują zobowiązania podatkowe³⁴.

³¹ R. Mastalski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 13–14.

³² B. Adamiak [w:] red. B. Adamiak, J. Borkowski, A. Skoczyła, *Prawo procesowe...*, *op. cit.*, s. 6.

³³ R. Mastalski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 13.

³⁴ M. Masternak, *Postępowanie podatkowe...*, *op. cit.*, s. 333.

III. Konieczność ustalenia relacji i miejsca postępowania podatkowego względem postępowania administracyjnego wynika z wyłączenia stosowania przepisów K.p.a. (za wyjątkiem działów IV, V³⁵ i VIII) do postępowania podatkowego i unormowaniu go w Ordynacji podatkowej. Wprawdzie nie doprowadziło to do całkowitego oderwania postępowania podatkowego od Kodeksu, ale wpłynęło na jego postrzeganie i typologię postępowań.

O związkach między postępowaniem podatkowym, a postępowaniem administracyjnym świadczy to, że postępowanie podatkowe należy do grup postępowań jurysdykcyjnych. Jest rodzajem procesu administracyjnego, który zawsze będzie występował w określonej relacji do ogólnego postępowania administracyjnego, gdyż jak wynika z praktyki stosowania prawa w obrębie spraw podatkowych, mimo zautonomizowania postępowania podatkowego, K.p.a. nadal wyznacza podstawowy standard oraz stały punkt odniesienia dla ocen i reguł wykładni przepisów postępowania podatkowego³⁶.

Jak wynika z klasyfikacji i poglądów³⁷, postępowanie podatkowe nie jest odrębnym postępowaniem, a stanowi specyficzną

³⁵ Dział V K.p.a. został skreślony na mocy art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o ustroju sądów administracyjnych i ustawę – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. nr 153, poz. 1271), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2004 r.

³⁶ M. Gajda-Durlik, *Dekodyfikacja postępowania...*, *op. cit.*, s. 524.

³⁷ W nauce przedmiotu wskazuje się na istnienie dwóch rodzajów przepisów, tj. przepisy tworzące ogólny system postępowania administracyjnego oraz przepisy szczególne zawarte w aktach prawnych pozakodeksowych i w samym K.p.a. W tym drugim przypadku chodzi m.in. o wyodrębnienie w Ordynacji podatkowej postępowania administracyjnego objętego jej zakresem L. Żukowski [w:] L. Żukowski, R. Sawuła, *Postępowania administracyjne...*, *op. cit.*, s. 27. Doktryna zalicza do systemu procedury administracyjnej postępowanie administracyjne, które dziś jest uregulowane w K.p.a i Ordynacji podatkowej; W. Chróścielewski, J. P. Tarno, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2013, s. 19–20. Inne postrzeganie systemu procedury administracyjnej polega na zaliczeniu do niej m.in.: tzw. ogólnego postępowania administracyjnego

uregulowanego w K.p.a., tzw. egzekucji administracyjnej i przepisów postępowania podatkowego zawartych w Ordynacji podatkowej, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2011, s. 4. Kolejny pogląd na system proceduralnego prawa administracyjnego dzieli normy, na te zawarte w K.p.a. oraz na te zawarte w innych aktach prawnych. W skład drugiej kategorii norm wchodzi m.in. normy regulujące postępowania i sprawy wyłączone spod zakresu obowiązywania K.p.a., tj.: postępowanie w sprawach karnych skarbowych czy postępowanie w sprawach uregulowanych w Ordynacji podatkowej, A. Wróbel [w:] K. Chorąży, W. Taras, A. Wróbel, *Postępowanie administracyjne, egzekucyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2009, s. 15–17. Nauka przedmiotu dzieli postępowania administracyjne na: postępowanie ogólne i postępowanie szczególne, a do tego ostatniego rodzaju zalicza się postępowanie podatkowe, R. Mastalski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa..., op. cit.*, s. 12. W zbliżonej klasyfikacji postępowań administracyjnych wyróżnia się szczególne postępowania administracyjne, zwane także postępowaniami autonomicznymi lub specjalnymi, do których należą m.in. postępowanie w sprawach podatkowych (oparte na przepisach Ordynacji podatkowej), E. Bojanowski, J. Lang, *Postępowanie administracyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2001, s. 5–7, 13–14, J. Lang [w:] red. J. Lang, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2013, s. 19–20. Wśród postępowań jurysdykcyjnych, biorąc pod uwagę metody i zakres regulacji przepisami K.p.a., można rozróżnić, postępowania ogólne, postępowania odrębne (szczególne) oraz postępowania wyłączone. Do grupy postępowań wyłączonych, zalicza się m.in. postępowania w sprawach regulowanych w Ordynacji podatkowej, red. T. Woś, *Postępowanie administracyjne*, Warszawa 2013, s. 84 i 88. Postępowanie podatkowe należy do prawa publicznego i wykazuje wiele cech charakterystycznych dla tego prawa, zwłaszcza prawa administracyjnego. Dlatego traktowanie postępowania podatkowego jako administracyjnego postępowania szczególnego, przystosowanego do załatwiania spraw podatkowych, jest w pełni uzasadnione. Wynika to z tego, że obowiązujące rozwiązania prawne z zakresu postępowania podatkowego, zasadniczo nie odbiegają od modelu ogólnego postępowania administracyjnego uregulowanego w K.p.a., M. Masternak, *Postępowanie podatkowe..., op. cit.*, s. 333–334. Do cech przesądzających o przynależności postępowania podatkowego do kręgu postępowań administracyjnych zalicza się: brak kontradiktoryjności postępowania, podwójną rolę organu, tj. organ jest podmiotem prowadzącym postępowanie oraz podmiotem stosunku materialno prawnego, występowanie stosunku administracyjnoprawnego o nierównorzędnej sytuacji jego podmiotów, a także

formę postępowania administracyjnego. Za sprawą tej specyficznej formy, zaliczane jest do szczególnego postępowania administracyjnego, zwanego także postępowaniem autonomicznym lub specjalnym. Stan ten wynika z powiązań i wspólnych cech występujących w postępowaniu podatkowym oraz postępowaniu administracyjnym. Na przynależność postępowania podatkowego do rodziny postępowań administracyjnych nie wpłynęły rozbieżności istniejące pomiędzy tymi postępowaniami, wyodrębnienie przez doktrynę osobnej gałęzi prawa – prawa podatkowego, ani także wyłączenie postępowania podatkowego ze struktur K.p.a. i uregulowanie go w Ordynacji podatkowej.

IV. Postępowanie podatkowe uregulowane w Ordynacji podatkowej, przejęło wiele rozwiązań z postępowania administracyjnego unormowanego w Kodeksie. Takim uregulowaniem, które zostało odwzorowane i dostosowane do potrzeby postępowania podatkowego, jest m. in. rygor natychmiastowej wykonalności³⁸

Wprowadzenie konstrukcji rygoru natychmiastowej wykonalności do unormowań Ordynacji podatkowej nastąpiło w roku 2008³⁹. Jednak, by doszło do tego, musiała się zmienić jedna z re-

jednostronne i władcze regulowanie sytuacji podmiotów przez organ, R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2012, s. 306.

³⁸ Innym przetransponowanym rozwiązaniem z K.p.a. do O.p. jest rozprawa. Nastąpiło to dnia 1 stycznia 2007 r. na mocy ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. nr 217, poz. 1590. W przeciwieństwie do rozprawy z K.p.a., rozprawa w O.p. jest częścią postępowania odwoławczego i służy wyjaśnieniu istotnych okoliczności stanu faktycznego. Celem takiego uregulowania jest ograniczenie do zbędnego minimum możliwości zlecenia przeprowadzania dodatkowego postępowania organowi pierwszej instancji. Szerzej: B. Dauter [w:] S. Babiarz, B. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, M. Niezgódka-Medek, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 658–569. W nauce przedmiotu sceptycznie odniesiono się do rozprawy unormowanej w takim kształcie. Zob. R. Sawuła, *Rozprawa w postępowaniu podatkowym – uwagi na tle nowelizacji Ordynacji podatkowej*, *Casus* 2006, nr 42, s. 18–20.

³⁹ Ustawą z dnia 7 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. nr 209, poz. 1318.

guł postępowania podatkowego dotycząca wstrzymania wykonania decyzji, według której wniesienie odwołania od decyzji organu podatkowego nie wstrzymywało jej wykonania. Rozwiązanie to obowiązujące w Ordynacji podatkowej w latach 1997–2008 okazało się wyjątkowo nietrwałe i wielokrotnie zmieniane. Kolejne nowelizacje Ordynacji podatkowej obrazują zmieniające się stanowisko ustawodawcy w kwestii wykonania i wstrzymania wykonania decyzji. Można zaobserwować stopniowe odchodzenie od przyjętych unormowań, ich modyfikowanie, a także łagodzenie poprzez wprowadzanie kolejnych odstępstw oraz wyjątków⁴⁰.

⁴⁰ W latach 1997–2002, obowiązywała reguła, że wniesienie odwołania od decyzji organu podatkowego nie wstrzymuje jej wykonania, a wyjątkiem od tej zasady była możliwość wstrzymania wykonania decyzji w całości lub w części przez organ podatkowy na wniosek strony ze względu na szczególnie ważny interes strony (art. 224 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r., Dz. U. nr 137, poz. 926). Jedną ze zmian, wprowadzoną ustawą z dnia 12 września 2002 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. nr 169 poz. 1387, był wyjątek od dotychczas obowiązującej reguły w zakresie wykonania decyzji nieostatecznej, tj. powstała możliwość wstrzymania wykonania decyzji w granicach określonych w odwołaniu – do dnia upływu terminu do wniesienia skargi do sądu administracyjnego (art. 224 a teź ustawy), por. E. Szot [w:] red. D. Malinowski, *Postępowanie w sprawach podatkowych. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2004, s. 231–238. Na mocy ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. nr 143, poz. 1199, m.in. organ podatkowy, z urzędu lub na wniosek strony, wstrzymuje (a nie jak było dotychczas „może wstrzymać”), w drodze postanowienia wykonanie decyzji w całości lub w części, w przypadku uzasadnionym ważnym interesem strony lub (co było *novum*) interesem publicznym (art. 224 § 2 teź ustawy), por. S. Presnarowicz [w:] C. Kosikowski, L. Etel, R. Dowgier, S. Presnarowicz, P. Pietrasz, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 780–785. Kolejna nowelizacja (ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz. U. nr 217, poz. 1590), wprowadziła następny wyjątek od reguły wykonania decyzji nieostatecznych – wykonanie określonej w ustawie decyzji podatkowej podlegało wstrzymaniu w zakresie, w jakim w złożonym wniosku zostanie uprawdopodobnione zwolnienie z obowiązku zapłaty podatku do czasu wydania ostatecznej decyzji (art. 224c teź ustawy), por. B. Adamiak [w:]

Ostatecznie, ustawodawca uchylił wcześniej obowiązujące przepisy z art. 224, 224a, 224b i 224c, a w zamian dodał nowy rozdział 16 a zatytułowany „Wykonanie decyzji” (art. 239 a–j Ordynacji podatkowej).

W uzasadnieniu projektu nowelizacji wprowadzającą powyższą zmianę wskazano, że jedna z ogólnych zasad postępowania podatkowego stanowi o doprowadzaniu, w miarę możliwości, do dobrowolnego wykonania decyzji podatkowych. Dotychczasowe unormowania mogły skutkować trudno odwracalnymi szkodami w związku z przymusowym wykonywaniem decyzji. Takie decyzje były uchylane lub unieważniane, z czym łączyły się finansowe obciążenie dla budżetu państwa w postaci odszkodowań czy oprocentowanych nadpłat. Dlatego nowe rozwiązanie opiera się na dwóch założeniach: wstrzymaniu wykonania decyzji w czasie trwania postępowania odwoławczego oraz oznaczonych regułach wykonalności decyzji ostatecznej. Przyjęta konstrukcja w tym zakresie jest wzorowana na tych, istniejących w K.p.a.⁴¹

Na gruncie postępowania podatkowego, rygor natychmiastowej wykonalności można określić jako instytucję prawną o charakterze procesowym, niesamoistnym w stosunku do indywidualnego aktu administracyjnego, do którego odnosi się, i wywołującą skutki w postaci natychmiastowej wykonalności tego aktu w trybie postępowania egzekucyjnego w administracji. W konsekwencji, akt staje się wykonalny i zaczyna stanowić tytuł egzekucyjny, mimo że nie jest ostateczny⁴².

V. W Ordynacji podatkowej nastąpiło odwrócenie dotychczasowej reguły w zakresie wykonania podatkowej decyzji nieostatecznej. Podatkowa decyzja nieostateczna nakładająca na stronę

B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław 2007, s. 883–887.

⁴¹ Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw z dnia 9 września 2008 r., druk nr 951, s. 13.

⁴² P. Ostojki, *Rygor natychmiastowej wykonalności w polskim postępowaniu podatkowym*, ZNSA 2010, nr 4, s. 74.

obowiązek podlegający wykonaniu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, nie podlega wykonaniu, chyba, że nadano jej rygor natychmiastowej wykonalności (art. 239a O.p.). Źródła takiego sformułowania należy poszukiwać w art. 130 § 1 i § 3 pkt 2 K.p.a., który stanowi, że przed upływem terminu do wniesienia odwołania decyzja nie ulega wykonaniu, chyba, że decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności. Rygor natychmiastowej wykonalności może zostać nadany decyzji, od której służy odwołanie (zd. 1 art. 108 § 1 K.p.a.).

Zarówno w Ordynacji podatkowej jak i w Kodeksie, rygor natychmiastowej wykonalności może zostać nadany decyzji nieostatecznej, różnica między tymi ustawami dotyczy sposobu określenia takiej decyzji. W wyniku niekonsekwencji ustawodawcy pojęcia będące synonimami zostały odmiennie określone. W przypadku O.p., jest to „decyzja nieostateczna” (art. 239a), zaś w przypadku K.p.a. – „decyzja od której służy odwołanie” (zd. 1 art. 108 § 1). Za podatkową decyzję nieostateczną przyjmuje się taką decyzję, po wydaniu której nie upłynął jeszcze termin do wniesienia odwołania albo decyzję, od której strona wniosła odwołanie, a które jeszcze nie zostało rozpoznane⁴³. Decyzje, od których nie służy odwołanie w postępowaniu podatkowym, stają się decyzjami ostatecznymi⁴⁴. Natomiast decyzja, od której służy odwołanie ze zd. 1 art. 108 § 1 K.p.a., to decyzja nieostateczna w każdej postaci. Decyzję można nazwać nieostateczną od momentu jej wydania, aż do bezskutecznego upływu terminu do jej zaskarżenia w drodze odwołania, ewentualnie – wydania przez organ odwoławczy postanowienia stwierdzającego uchybienie terminu, względnie niedopuszczalności odwołania, bądź do momentu wydania decyzji przez organ odwoławczy, niezależnie od treści tej decyzji. Ponad-

⁴³ I. Zgierska [w:] red. H. Dzwonkowski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 1343.

⁴⁴ S. Presnarowicz [w:] red. C. Kosikowski, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 1104.

to, decyzją nieostateczną jest decyzja, od której wniesiono odwołanie i nie zostało ono rozpoznane⁴⁵.

Do decyzji, którym może zostać nadany rygor natychmiastowej wykonalności na gruncie Kodeksu należy zaliczyć także decyzje wydane w pierwszej instancji przez ministrów oraz samorządowe kolegia odwoławcze, od których nie służy odwołanie, a wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy jest równoważny odwołaniu. Wynika to z treści art. 127 § 3 K.p.a., który stanowi, że do wniosku stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji, a także z aktualnie przyjętego stanowiska doktryny w tej kwestii⁴⁶.

Jedną z zasadniczych różnic pomiędzy uregulowaniami Ordynacji podatkowej i Kodeksu dotyczy określenia rodzaju decyzji, jakiej może zostać nadany rygor natychmiastowej wykonalności. W O.p. jest to decyzja, która nakłada na stronę obowiązek podlegający wykonaniu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁴⁷. Warto zwrócić uwagę, że to sformułowanie dotyczy tylko „obowiązku”, co związane jest z tym, że decyzje rozstrzygające o uprawnieniu nie podlegają egzekucji administracyjnej⁴⁸, więc nie mogą zostać opatrzone rygiorem natychmiastowej wykonalności, stanowiącym podstawę do wystawienia tytułu wykonawczego i wszczęcia postępowania egzekucyjnego.

⁴⁵ R. Sawuła, *Wstrzymanie wykonania rozstrzygnięć wydawanych w postępowaniu administracyjnym*, Przemyśl–Rzeszów 2008, s. 93.

⁴⁶ M. Dyl [w:] red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 584, M. Dyl [w:] red. R. Hauser, M. Wierzbowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 458, A. Wróbel [w:] A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 676, W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, s. 144–145.

⁴⁷ Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, Dz. U. z 2012 r., poz. 1015 z późn. zm., dalej: u.p.e.a.

⁴⁸ B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław 2013, s. 997, M. Kwietko-Bębnowski, *Ordynacja podatkowa. 366 wyjaśnień i interpretacji*, Warszawa 2013, s. 562.

Ordynacja podatkowa nie definiuje „decyzji nakładającej obowiązek w trybie przepisów o postępowania egzekucyjnym w administracji” ani nie wyjaśnia terminu „obowiązku”, w związku z tym należy odwołać się do u.p.e.a. Na gruncie O.p. za obowiązek podlegający wykonaniu w trybie przepisów o postępowania egzekucyjnym w administracji uznaje się tylko obowiązek podlegający egzekucji wymieniony w art. 2 § 1 u.p.e.a. (czyli obowiązek pieniężny), a nie obowiązek o charakterze niepieniężnym⁴⁹.

W K.p.a nie przewidziano specjalnego rodzaju decyzji, której można nadać rygor natychmiastowej wykonalności. Jednak opatrzenie decyzji administracyjnej rygiem natychmiastowej wykonalności powoduje, że rozstrzygnięcie zawarte w decyzji jest wymagalne i wierzyciel ma podstawy do wystawienia tytułu wykonawczego, co tym samym jest podstawą do wszczęcia postępowania egzekucyjnego. Dlatego nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności jest możliwe tylko względem decyzji potencjalnie podlegających egzekucji⁵⁰.

Według art. 239b § 1 O.p., organ podatkowy może nadać decyzji nieostatecznej rygor natychmiastowej wykonalności w enumeratywnie wyliczonych przypadkach. Do tych okoliczności zalicza się sytuacje, kiedy organ podatkowy posiada informacje, z których wynika, że wobec strony toczy się postępowanie egzekucyjne w zakresie innych należności pieniężnych, albo gdy strona nie posiada majątku o wartości odpowiadającej wysokości zaległości podatkowej wraz z odsetkami za zwłokę, na którym można ustanowić hipotekę przymusową lub zastaw skarbowy, które korzystałyby z pierwszeństwa zaspokojenia. Innymi przesłankami są sytuacje, kiedy strona dokonuje czynności polegających na zbywaniu majątku znacznej wartości albo gdy okres do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego jest krótszy niż 3 miesiące.

⁴⁹ B. Dauter [w:] S. Babiarz, D. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 933.

⁵⁰ M. Dyl [w:] red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Kodeks postępowania...*, *op. cit.*, s. 590.

Przesłanki wyliczone w art. 239b § 1 O.p. w bezpośredni sposób nie są związane z treścią decyzji określającej lub ustalającej zobowiązanie podatkowe, jednak wymagają od organu podatkowego zbierania pewnych informacji. Chodzi o dane dotyczące sytuacji majątkowej zobowiązanego oraz informacje związane z prowadzeniem egzekucji administracyjnej w innych sprawach. Organ podatkowy musi być zorientowany, czy istnieje możliwość ustanowienia skutecznej hipoteki przymusowej albo zastawu skarbowego albo czy strona nie wyzbywa się majątku, a także czy nie zbliża się okres przedawnienia⁵¹. By zastosować rygor natychmiastowej wykonalności, organ musi posiadać szeroką wiedzę w zakresie sytuacji majątkowej i prawnej podatnika, a także czynności przez niego podejmowanych, związanych ze stanem majątkowym⁵². Zebranie i posiadanie tych informacji jest niezbędne do prawidłowego zastosowania przesłanek nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności zawartych w Ordynacji podatkowej.

Pierwsza przesłanka, na którą powołując się można nadać decyzji podatkowej rygor natychmiastowej wykonalności, normuje sytuację, kiedy organ podatkowy posiada informacje, z których wynika, że wobec strony toczy się postępowanie egzekucyjne w zakresie innych należności pieniężnych (art. 239b § 1 pkt 1 O.p.). Organ podatkowy może uzyskiwać informacje o toczącym się postępowaniu egzekucyjnym w zakresie innych należności pieniężnych z różnych źródeł, takich jak komornik sądowy, administracyjny organ egzekucyjny czy wierzyciel należności pieniężnych⁵³. Ustawodawca nie skonkretyzował tu, o jakie postępowania egzekucyjne chodzi, w związku z tym, należy przyjąć, że nie

⁵¹ A. Mudrecki, *Wykonalność decyzji podatkowych* [w:] red. R. Dowgier, *Ordynacja podatkowa. Wokół nowelizacji*, Białystok 2009, s. 308.

⁵² M. Siemienowicz, *Funkcjonowanie w obrocie prawnym rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji podatkowej* [w:] red. M. Popławski, *Ordynacja podatkowa. Zagadnienia proceduralne*, Białystok 2011, s. 329.

⁵³ B. Dauter [w:] S. Babiarz, D. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, *Ordynacja podatkowa..., op. cit.*, s. 936.

chodzi tylko o egzekucję należności pieniężnych, a także należności cywilnych i administracyjnych. Źródłem takiego sformułowania jest przekonanie, że skoro podatnik nie wykonał dobrowolnie innych zobowiązań, to także nie wykona zobowiązania wynikającego z decyzji podatkowej⁵⁴. Tak szerokie rozumienie tej przesłanki widoczne jest w judykaturze. W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z dnia 26 lipca 2011 r. stwierdzono, że decyzji prawidłowo nadano rygoru natychmiastowej wykonalności w oparciu o przesłankę toczącego się postępowania egzekucyjnego wierzytelności cywilnoprawnych, nawet jeżeli to postępowanie zostało zakończone, o czym organ nie posiadał informacji⁵⁵. Takie stanowisko, jak podkreślił ten sąd w innym wyroku⁵⁶, związane jest, z tym, że w posiadaniu organu podatkowego pierwszej instancji powinny znaleźć się pisemnie potwierdzone informacje, że wobec strony danego postępowania podatkowego prowadzone jest aktualnie (jest w toku) postępowanie egzekucyjne w zakresie innych należności pieniężnych. Oznacza to, że jakiegokolwiek formalnie wszczęte i prowadzone (formalnie niezakończone) postępowanie egzekucyjne (np. w zakresie należności cywilnoprawnych, administracyjnych) jest przesłanką do nadania rygoru natychmiastowej wykonalności w rozumieniu art. 239b § 1 pkt 1 O.p. Okoliczność nieposiadania przez organ podatkowy informacji o zakończeniu takiego postępowania egzekucyjnego, nie jest przeszkodą w nadaniu decyzji podatkowej rygoru natychmiastowej wykonalności.

Art. 239b § 1 pkt 2 O.p. reguluje drugą przesłankę umożliwiającą nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Chodzi o sytuację, gdy strona nie posiada majątku o wartości odpowiadającej wysokości zaległości podatkowej wraz z odsetkami za

⁵⁴ I. Zgierska [w:] red. H. Dzwonkowski, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 1346.

⁵⁵ I FSK 910/10. Wszystkie cytowane wyroki pochodzą z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁵⁶ Wyrok NSA z dnia 26 lipca 2011 r., I FSK 1044/10, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

zwłokę, na którym można ustanowić hipotekę przymusową lub zastaw skarbowy, które korzystałyby z pierwszeństwa zaspokojenia. Za takim unormowaniem przemawia potencjalna nieskuteczność egzekucji należności pieniężnych w całości lub w części, gdyby podatnik nie posiadał takiego majątku⁵⁷.

W judykaturze wskazuje się, że na organie podatkowym w zakresie ustalania posiadania bądź nieposiadania przez podatnika takiego majątku, nie ciąży obowiązek wyliczenia, jakimi składnikami majątkowymi dysponuje podatnik. Do powołania się na przesłankę z art. 239b § 1 pkt 2 O.p. wystarczy wykazanie przez organ podatkowy, że podatnik nie posiada takiego majątku, który z uwagi na swą wartość umożliwiłby ustanowienie na nim stosownego zabezpieczenia⁵⁸.

Kolejna przesłanka, na którą może powołać się organ podatkowy przy opatrywaniu decyzji rygorem natychmiastowej wykonalności występuje, gdy strona dokonuje czynności polegających na zbywaniu majątku znacznej wartości (art. 239b § 1 pkt 3 O.p.). W nauce przedmiotu wskazuje się na nieprecyzyjne sformułowanie przesłanki „dokonywanie przez stronę czynności polegających na zbywaniu majątku znacznej wartości”, a także na brak definicji określenia „majątek znacznej wartości”. Pod pojęciem „majątku znacznej wartości” w kontekście jego zbywania przez stronę, powinno się rozumieć zbywanie takiej części majątku, która w proporcji do pozostałej części majątku, będącej w dyspozycji strony, uniemożliwia zaspokojenia obowiązku wynikającego z decyzji⁵⁹.

W judykaturze zaznaczono, że „zbycie” jest terminem bardzo szerokim, pod którym należy rozumieć wszelkie czynności, w ramach których następuje przeniesienie prawa do rozporządzania przedmiotem tych czynności jak właściciel. Do takich czynności zaliczyć można m.in.: umowę sprzedaży, zamiany, darowizny,

⁵⁷ B. Dauter [w:] S. Babiarczy, D. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 936.

⁵⁸ Wyrok NSA z dnia 20 grudnia 2011 r., II FSK 1157/10.

⁵⁹ B. Dauter [w:] S. Babiarczy, D. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 937.

a także przeniesienie własności poprzez wniesienie aportu do spółki⁶⁰. Wątpliwości nie budzi, że wniesienie aportem do spółki jawnej przedsiębiorstwa stanowiącego własność skarżącego jako osoby fizycznej, stanowi wyzbycie się tego majątku. Wynika to z uniemożliwienia albo znacznego obniżenia możliwości wykonania obowiązku podatkowego w przyszłości⁶¹. Równie zgodne stanowisko występuje w kwestii traktowania dokonywania darowizn, zwłaszcza na rzecz bliskich, jako zbywania majątku⁶². Konkludując, orzecznictwo sądów administracyjnych pozwala na stwierdzenie, że „zbywaniem majątku” jest każde przeniesienie majątku, zarówno ruchomego, nieruchomego jak i praw majątkowych, w drodze czynności prawnej niezależnie czy czynność została dokonana odpłatnie czy nieodpłatnie albo czy świadczenia stron są ekwiwalentne⁶³. Jednakże, przepis ten nie obejmuje przedsiębiorców zbywających majątek obrotowy o znacznej wartości w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, gdyż nie jest to działanie mające na celu uniemożliwienie lub ograniczenie egzekucji należności podatkowych. Takie działanie zalicza się do standardowych czynności związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej⁶⁴.

Przez „zbywanie majątku znacznej wartości”, orzecznictwo rozumie czynność strony, która polega na wyzbyciu się składnika bądź składników majątku, które nie posiadają same w sobie znacznej wartości, lecz dopiero w porównaniu do wartości pozostających

⁶⁰ Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 11 kwietnia 2012 r., I SA/Bd 143/12.

⁶¹ Wyrok NSA z dnia 22 lutego 2012 r., I FSK 570/11.

⁶² Wyrok NSA z dnia: 22 lutego 2012 r., 570/11, 12 stycznia 2012 r., II FSK 2381/10.

⁶³ H. Sęk, *Rygor natychmiastowe natychmiastowej wykonalności decyzji nieostatecznych – problemy orzecznicze*, Konferencja Szkoleniowa sędziów Izby Finansowej Naczelnego Sądu Administracyjnego z udziałem sędziów wojewódzkich sądów administracyjnych, Augustów, 16–18 czerwca 2014 r., s. 10 ([masz powiel.](#)).

⁶⁴ J. Brolik, *Postępowanie w sprawie nadania nieostatecznej decyzji podatkowej rygoru natychmiastowej wykonalności*, *Jurysdykcja Podatkowa* 2012, nr 3, s. 28.

stałego należącego do podatnika majątku, stanowią jego znaczącą wartość. Zwrócono też uwagę na obowiązek ciąży na organie podatkowym w postaci ustalenia całego majątku podatnika, na podstawie możliwych dostępnych dowodów oraz ich wszechstronnej oceny oraz w zgodzie z zasadą prawdy materialnej, a następnie ustalenia proporcji majątku zbywanego do jego całkowitej wartości⁶⁵.

Ostatnia przesłanka nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności dotyczy sytuacji, gdy okres do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego jest krótszy niż 3 miesiące (art. 239b § 1 pkt 4 O.p.). W przeciwieństwie do przesłanek wymienionych w art. 239b § 1 pkt 1–3 Ordynacji podatkowej, które są ściśle związane z sytuacją majątkową podatnika, to przesłanka wymieniona w pkt 4 dotyczy jedynie obiektywnego okresu pozostającego do upływu terminu przedawnienia. W takiej sytuacji decydujące znaczenie ma jedynie wskazanie, jaki okres (musi być krótszy niż 3 miesiące) pozostaje do upływu terminu przedawnienia⁶⁶. W wyroku z dnia 7 lutego 2012 r.⁶⁷ NSA wskazał na specyficzny charakter tej przesłanki, gdyż okoliczność upływu terminu przedawnienia zobowiązania, krótszego niż trzy miesiące, ma charakter rozłączny, więc wystąpienie tej przesłanki daje samodzielną podstawę do nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Zwrócono także uwagę, że co do zasady zaistnienie tej przesłanki w kontekście czasu trwania postępowania odwoławczego, może spowodować trwałą utratę możliwości wykonania decyzji. Wynika to z tego, że wydanie decyzji przez organ podatkowy lub wniesienie od niej odwołania nie przerywa, ani nie zawiesza biegu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowe-

⁶⁵ Wyrok NSA z dnia 20 grudnia 2011 r., II FSK 1709/10. Zbieżne stanowisko zostało podtrzymane w wyrokach z dnia 9 stycznia 2014 r., II FSK 83/12 – II FSK 85/12.

⁶⁶ Oprócz tego, organ podatkowy winny jest uprawdopodobnić, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane (art. 239b § 2 O.p.), wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2014 r., II FSK 439/12.

⁶⁷ I GSK 799/10.

go, którego dotyczy ta decyzja. Nie jest aprobowana sytuacja, kiedy odwołanie jest wnoszone tylko w celu doprowadzenia do przedawnienia się zobowiązania podatkowego (czyli do jego wygaśnięcia), a nie w celu uzyskania merytorycznej weryfikacji decyzji w toku instancji. Stanowisko to podtrzymano w wyroku z dnia 12 marca 2014 r.⁶⁸, w którym zwrócono uwagę, że odwołanie będąc elementem powodującym niewykonalność decyzji, nie może być jednocześnie instrumentem prowadzącym do przedawnienia się zobowiązania podatkowego, dlatego kiedy okres do przedawnienia jest krótki, rodzi się potrzeba nadania decyzji podatkowej rygoru natychmiastowej wykonalności. Z drugiej strony, jak wskazano w wyroku tego sądu z dnia 6 sierpnia 2013 r.⁶⁹, nie można nadawać decyzji podatkowej rygoru natychmiastowej wykonalności, tylko po to, by doprowadzić do przerwania biegu terminu przedawnienia (powołując się na wadliwe przesłanki nadania rygoru). Stwierdzono, że pozbawienie mocy rygoru natychmiastowej wykonalności (w wyniku uchylecia postanowienia o nadaniu decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności) prowadzi do tego, że zastosowane środki egzekucyjne nie przerywają biegu terminu przedawnienia (w związku z upadkiem skutków materialnoprawnych). Wyrok ten stanowił przełamanie dotychczasowej utrwalonej linii orzecznictwa sądów administracyjnych⁷⁰. Kwestia rodzaju skutków (*ex nunc /ex tunc*) jakie wywołuje uchylecie postanowienia o nadaniu decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności stała się podstawą do podjęcia przez NSA uchwały z dnia 28 kwietnia 2014 r.⁷¹ W uchwale tej podniesiono, że uchylecie postanowienia nadającego decyzji rygor natychmiastowej wykonalności stanowi przesłankę umorzenia postępowa-

⁶⁸ I FSK 523/13.

⁶⁹ II FSK 2530/11.

⁷⁰ W. Morawski, *Bezprawne nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności a przerwanie biegu terminu przedawnienia – zwrot w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego* (Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 sierpnia 2013 r., II FSK 2530/11), *Przegląd Podatkowy* 2014, nr 1, s. 44–48.

⁷¹ I FPS 8/13.

nia egzekucyjnego. W konsekwencji, uchyleniu ulegają dokonane czynności egzekucyjne, łącznie ze środkami egzekucyjnymi, a co za tym idzie, uchyleniu podlega skutek w postaci przerwania biegu terminu przedawnienia. Ponadto, następstwem umorzenia postępowania egzekucyjnego jest przywrócenie stanu sprzed wszczęcia egzekucji, z czym wiązać należy skutek *ex tunc*.

W judykaturze wyrażono dobitnie pogląd, że nie do zaakceptowania jest także takie działanie organów podatkowych, w wyniku którego dochodzi do nadania rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji wydanej w warunkach przedawnienia. Prowadziłoby do wyegzekwowania nieistniejącego już obowiązku podatkowego i niewątpliwie naruszałoby prawa podatnika, jako strony postępowania podatkowego⁷².

VI. Ustawodawca zastrzegł w art. 239b § 2 O.p., że rygor natychmiastowej wykonalności może zostać nadany, jeżeli organ podatkowy uprawdopodobni, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane. Wnioskować z tego można, że organ podatkowy nie tylko jest zobowiązany do udowodnienia istnienia co najmniej jednej z czterech przesłanek z art. 239b § 1 O.p., ale także do uprawdopodobnienia, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane. Takie stanowisko zgodne jest z poglądem, że ustalenie istnienia jednej z czterech przesłanek z art. 239b § 1 O.p. nie oznacza automatycznie, że decyzji nieostatecznej może zostać nadany rygor natychmiastowej wykonalności. Konieczne jest jeszcze uprawdopodobnienie, że zobowiązanie wynikające z takiej decyzji nie zostanie wykonane, a co za tym idzie, samo wystąpienie przesłanki (z art. 239b § 1 O.p.) nie oznacza automatycznego ziszczenia się przesłanki z art. 239b § 2 O.p.⁷³

Przepis z art. 239b § 2 O.p. zawiera niedookreślone sformułowanie „uprawdopodobnienia” niewykonania decyzji, które winien wykazać organ podatkowy. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że uprawdopodobnienie jest instytucją postępowania cywil-

⁷² Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 maja 2010 r., I SA/Wr 311/10.

⁷³ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 14 maja 2014 r., I SA/Gl 344/13.

nego oraz administracyjnego. Art. 243 Kodeksu postępowania cywilnego⁷⁴ stanowi, że zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu. Termin „uprawdopodobnienie” nie jest obcy K.p.a., jednak nie odnosi się do rygoru natychmiastowej wykonalności⁷⁵. Okoliczności faktyczne mogą zostać ustalone bez przeprowadzania postępowania dowodowego, tylko gdy przepisy szczegółowe K.p.a. przewidują uprawdopodobnienie istnienia tych okoliczności⁷⁶. Organ administracji publicznej, opierając się na zasadzie prawdy obiektywnej, z której wynika jego obowiązek do podjęcia w toku postępowania wszelkich niezbędnych kroków do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego, wyposażony został w konstrukcję „uprawdopodobnienia”, jako zastępczy środek dowodu w znaczeniu ścisłym, surogat dowodu. Na gruncie Kodeksu „uprawdopodobnienie” stanowi podstawę do podjęcia tylko określonych czynności, które nie rozstrzygają o istocie sprawy, a dotyczą kwestii wynikających w toku postępowania (tzw. zagadnień incydentalnych)⁷⁷.

W doktrynie prawa podatkowego „uprawdopodobnianie” wiąże się z ustalaniem jakiegoś faktu w oparciu o wiarygodne środki dowodowe, które pozwalają na przekonanie się przez organ podatkowy o zgodności danych faktów z rzeczywistością. Z kolei „uprawdopodobnienie, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane”, polega na wykazaniu, że między sytuacją majątkową zobowiązanego do zapłacenia określonej kwoty, a brakiem możliwości wyegzekwowania należności musi istnieć związek przyczynowy, który według zasad logicznego rozumowa-

⁷⁴ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 2014 r., poz. 101.

⁷⁵ W K.p.a. „uprawdopodobnienie” występuje w: art. 24 § 3 i dotyczy okoliczności z § 1 tegoż artykułu, art. 27 § 1 oraz art. 84 § 2 (uprawdopodobnienie ma zastosowanie na skutek odesłania), a także art. 58 § 1.

⁷⁶ B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 365.

⁷⁷ G. Łaszczycza [w:] G. Łaszczycza, Cz. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne...*, *op. cit.*, s. 512–513, 516.

nia wskazuje na bezskuteczność egzekucji, gdy będzie ona przeprowadzana w późniejszym terminie⁷⁸.

W nauce przedmiotu istnieje najczęściej zdystansowany stosunek do konstrukcji uprawdopodobnienia niewykonania obowiązku wynikającego z decyzji. Rozwiązanie to uznawane jest za osobliwe, gdyż samo stwierdzenie zaistnienia jeden z wyliczonych przesłanek w art. 239b § 1 O.p. niejako pokrywa się z uprawdopodobnieniem, a w każdym razie czyni je bardzo łatwym⁷⁹. Doktryna krytycznie ocenia unormowanie oparte na uprawdopodobnieniu, co wiąże się z tym, że nie daje ono pewności, a jedynie wiarygodność wystąpienia przesłanki niewykonania zobowiązania wynikającego z decyzji. Co więcej, takie sformułowanie uznawane jest za podważenie znaczenia odejścia od wykonalności decyzji nieostatecznych dla praw jednostki⁸⁰. W rekomendacjach dla judykatury wskazuje się, że uprawdopodobnieniu podlega okoliczność, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane i nie można utożsamiać takiego uprawdopodobnienia z obowiązkiem organu wykazania istnienia występowania enumeratywnie wymienionych przesłanek nadania rygoru natychmiastowej wykonalności z art. 239b § 1 O.p.⁸¹

O „uprawdopodobnieniu” wielokrotnie wypowiadały się sądy administracyjne⁸². Według NSA „uprawdopodobnienie” wystąpie-

⁷⁸ S. Presnarowicz [w:] red. C. Kosikowski, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 1107–1108.

⁷⁹ Z. Kmiecik, *Wykonanie decyzji administracyjnej w świetle przepisów Ordynacji podatkowej* [w:] red. J. Połuszny, Z. Czarnik, R. Sawuła, *Instytucje procesu administracyjnego i sądownictwa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Ludwikowi Żukowskiemu*, Przemysł–Rzeszów, s. 198. Podobnie I. Zgierska [w:] red. H. Dzwonkowski, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 1345.

⁸⁰ B. Adamiak [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 999.

⁸¹ H. Sęk, *Rygor natychmiastowej...*, *op. cit.*, s. 3.

⁸² M.in. wyrok NSA z dnia 18 grudnia 2012 r., I FSK 135/12, wyrok NSA z dnia 10 lipca 2012 r., II FSK 2659/10, wyrok WSA w Szczecinie z dnia 14 lipca 2010 r., I SA/Sz 287/10, wyrok WSA w Olsztynie z dnia 9 czerwca 2010 r., I SA/Ol 323/10. O braku wykazania uprawdopodobnienia orzekł w nieprawomocnym

nia danej okoliczności oznacza wykazanie, iż zachodzi duże prawdopodobieństwo zmaterializowania się jej. Ponadto, przyjęcie pojęcia „uprawdopodobnienie” znajduje również przełożenie na zasady dowodzenia ziszczenia się wskazanej przesłanki, czyli możliwości niewykonania zobowiązania wynikającego z decyzji. Zastosowanie przez ustawodawcę sformułowania „uprawdopodobnienia” oznacza, że od organu podatkowego nie wymaga się wykazania okoliczności za pomocą przewidzianych przepisami procedury dowodów, a rygory uznania jego twierdzeń są złagodzone i odformalizowane⁸³. O charakterze „uprawdopodobnienia” przypomniał NSA w wyroku z dnia 25 kwietnia 2014 r.⁸⁴ wskazując, że uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu w znaczeniu ścisłym niedający pewności, a jedynie wiarygodność twierdzenia o faktach. Jest to środek zwolniony od ścisłych formalności dowodowych i umożliwiający przyspieszenie postępowania. Należy mieć na uwadze, że różnica między udowodnieniem a uprawdopodobnieniem nie polega na obniżeniu wiarygodności stwierdzonych faktów, a na odformalizowaniu czynności zmierzających do ich ustalenia, nie wyłączając przy tym stosowania zasady prawdy obiektywnej.

Kwestia uprawdopodobnienia jest najbardziej problematyczna w przypadku przesłanki z art. 239b § 1 pkt 4 O.p. (okres do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego jest krótszy niż 3 miesiące). Wątpliwości dotyczą tego, czy krótki czas do upływu terminu przedawnienia sam w sobie stanowi o uprawdopodobnieniu, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane, czy może uprawdopodobnienie należy łączyć z innymi

wyroku WSA w Rzeszowie z dnia 11 marca 2014 r., I SA/Rz 39/14. Sąd wskazał na brak uprawdopodobnienia przesłanki z art. 239b § 1 pkt 4 O.p. (okres do upływu terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego jest krótszy niż 3 miesiące) przez organy podatkowe, które jedynie wskazały na obiektywne istnienie okresu przedawnienia, krótszego niż 3 miesiące, co nie może być uznane za spełnienie przesłanki uprawdopodobnienia.

⁸³ Wyrok z dnia 30 grudnia 2012 r., II FSK 2659/10, wyrok z 21 maja 2013 r., I FSK 730/12.

⁸⁴ II FSK 1427/12.

okolicznościami, takimi jak sytuacja finansowa i majątkowa zobowiązanego, wywiązywanie się z zobowiązań podatkowych albo zachowania procesowe podatnika. W stosunku do tej rozbieżnej interpretacji zarysowały się dwie linie orzecznicze. Zgodnie z pierwszym poglądem, uprawdopodobnienie przesłanki z art. 239b § 1 pkt 4 O.p. polega na wykazaniu występowania takich okoliczności faktycznych, które potwierdzają, że z tego powodu zobowiązanie podatkowe wskazane w decyzji nie zostanie wykonane. Wszelkie okoliczności dotyczące sytuacji majątkowej podatnika lub jego działań są bez znaczenia. Niewykonanie zobowiązania wynika z bardzo krótkiego okresu jaki pozostał do upływu terminu przedawnienia, a nie ze względu na stan majątku, zasoby finansowe czy dotychczasową postawę podatnika⁸⁵. Według drugiego stanowiska, okoliczności odnoszące się do upływu terminu przedawnienia, nie mogą same w sobie uzasadniać obawy niewykonania zobowiązania podatkowego. Dlatego, uprawdopodobnienie, że zobowiązanie wynikające z decyzji nie zostanie wykonane musi się wiązać z wykazaniem związku przyczynowego między sytuacją majątkową zobowiązanego do zapłacenia określonej kwoty, a brakiem możliwości wyegzekwowania należności⁸⁶. Owy związek przyczynowy, według zasad logicznego rozumowania wskazuje na bezskuteczność egzekucji w późniejszym terminie. Do uprawdopodobnienia, że zobowiązanie wynikające z treści decyzji nie zostanie wykonane dochodzi przez wskazanie, w szczególności okoliczności związanych z sytuacją majątkową i finansową zobowiązanego, a także jego działaniami⁸⁷.

W Kodeksie także określono okoliczności, kiedy organ administracji publicznej może nadać rygor natychmiastowej wykonalno-

⁸⁵ M.in. wyroki NSA z dnia: 19 kwietnia 2013 r., I GSK 1438/11, 3 lipca 2013 r., I FSK 1307/12, 13 grudnia 2013 r., I FSK 1807/12 oraz 12 marca 2014 r., I FSK 523/12.

⁸⁶ M.in. wyroki NSA z dnia: 10 sierpnia 2011 r., I FSK 1210/10, 25 kwietnia 2012, II FSK 1975/10, 30 maja 2012 r., II FSK 2333/10, 10 lipca 2012 r., II FSK 2659/10, 18 grudnia 2012 r., FSK 135/12 i 16 stycznia 2014 r., II FSK 1102/13.

⁸⁷ H. Sęk, *Rygor natychmiastowej..., op. cit.*, s. 5–7.

ści decyzji administracyjnej (zd. 1 art. 108 § 1 K.p.a.). Dopuszczalność zastosowania rygoru natychmiastowej wykonalności jest uzależniona od wykazania przez organ „niezbędności” danej przesłanki. Kodeks nie zawiera definicji tego terminu, jednak przyjmuje się, że wykonanie decyzji będzie niezbędne, kiedy nie można się obejść w danym czasie i w zaistniałej sytuacji bez wykonania praw lub obowiązków, o których rozstrzyga decyzja, gdyż zwłoka w ich wykonaniu zagraża dobrom chronionym. Takie zagrożenie musi mieć charakter realny⁸⁸.

VII. Do zamkniętego katalogu dóbr, ze względu na ochronę których organ administracji publicznej może nadać decyzji administracyjnej rygor natychmiastowej wykonalności zalicza się: „ochronę zdrowia lub życia ludzkiego”, „zabezpieczenie gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami”, bądź „inny interes społeczny” lub „wyjątkowo ważny interes strony” (zd. 1 art. 108 § 1 K.p.a.). Jednak, mimo sformułowania zamkniętego katalogu tych przesłanek, (których nie można interpretować rozszerzająco⁸⁹), ustawodawca zaliczył do niego „inny interes społeczny”, który jest pojęciem bardzo pojemnym. W rezultacie teoretycznie zamknięty katalog, w praktyce może stać się katalogiem otwartym⁹⁰.

W regulacjach Kodeksu nie ma definicji poszczególnych przesłanek, na które może się powołać organ administracji publicznej nadając decyzji administracyjnej rygor natychmiastowej wykonalności. Są to przesłanki związane z ustawowo określonym interesem społecznym lub interesem strony. Organ wykazując istnienie danej przesłanki, winien uwzględnić interes społeczny oraz słuszny interes obywateli, czyli urzeczywistnić ogólną zasadę wyrażoną w art. 7 K.p.a.⁹¹ Największe wątpliwości interpretacyjne budzi przesłanka „innego interesu społecznego”, w stosunku do

⁸⁸ R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 608.

⁸⁹ Wyrok NSA z 24 maja 1983 r., I SA 20/83, ONSA 1983, nr 1, poz. 36.

⁹⁰ Por. W. Dawidowicz, *Zarys procesu...*, *op. cit.*, s. 145.

⁹¹ M. Dyl [w:] red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Kodeks postępowania...*, *op. cit.*, s. 586.

której doktryna wskazuje, że nie ma trwałej, stałej definicji, a jej treść musi być oceniana odrębnie w każdym przypadku⁹².

W przeciwieństwie do unormowań Ordynacji podatkowej, w której organ podatkowy może nadać decyzji rygor natychmiastowej wykonalności tylko z urzędu (art. 239b § O.p.), w Kodeksie organ administracji publicznej może nadać rygor z urzędu albo na wniosek (zd. 1 art. 108 § 1 K.p.a.). Uznaje się, że organ z urzędu może nadać decyzji administracyjnej rygor natychmiastowej wykonalności z uwagi na „ochronę zdrowia lub życia ludzkiego”, „zabezpieczenie gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami” bądź „inny interes społeczny”, zaś strona może wnieść o nadanie rygoru natychmiastowej decyzji ze względu na jej „wyjątkowo ważny interes”⁹³. W tym ostatnim przypadku, organ administracji publicznej może żądać od strony stosowego zabezpieczenia (zd. 2 art. 108 § 2 K.p.a.). W nauce przedmiotu za „stosowne zabezpieczenie”, to takie zabezpieczenie, które uwzględnia konsekwencje skutków, jakie wywoła wykonanie decyzji⁹⁴.

Przepisy Ordynacji podatkowej stanowią, że organem właściwym do nadania decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności jest organ podatkowy pierwszej instancji (art. 239b § 3 O.p.). W odróżnieniu do Ordynacji podatkowej, w Kodeksie nie określono organu właściwego do nadawania decyzjom rygoru natychmiastowej wykonalności. W związku z nieuregulowaniem tej kwestii, pojawiły się rozbieżne stanowiska w tym zakresie. Zdaniem W. Chróścielewskiego, nie ma przeszkód by rygor natychmiastowej wykonalności został nadany przez organ odwoławczy. Argumentami przemawiającymi za takim stanowiskiem są: ekonomika procesowa oraz brak wyłączenia możliwości nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności przez organ

⁹² M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 209.

⁹³A. Wróbel [w:] A. Wróbel, M. Jaśkowska, *Kodeks postępowania..., op. cit.*, s. 676.

⁹⁴ R. Sawuła, *Zabezpieczenie w postępowaniu administracyjnym* [w:] red. E. Ura, *Jednostka wobec działań administracji publicznej*, Rzeszów 2001, s. 394.

odwoławczy. Odmienny pogląd sformułował L. Żukowski podnosząc, że ani wykładnia funkcjonalna przepisów z zakresu odwołań w K.p.a., ani wykładnia gramatyczna przepisów z art. 108, art. 130 § 3 i art. 135 K.p.a., nie stanowi podstawy do nadawania decyzjom rygoru natychmiastowej wykonalności w postępowaniu odwoławczym. Ponadto, ustawodawca nieprzypadkowo umieścił przepisy dotyczące rygoru natychmiastowej wykonalności w rozdziale dotyczącym wydawania decyzji przez organ pierwszej instancji⁹⁵.

Jeżeli chodzi o formę nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, regulacje Ordynacji podatkowej dopuszczają tylko postanowienie, na które służy zażalenie, które nie wstrzymuje wykonania decyzji (art. 239b § 4 O.p.). Takie rozwiązanie motywowane było formalnym wyodrębnieniem postępowania, na które służy zażalenie, w sprawie rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji, od postępowania odwoławczego. Nie skorzystano z rozwiązań zawartych w przepisach Kodeksu w zakresie nadania rygoru natychmiastowej wykonalności bezpośrednio w treści decyzji, gdyż w dalszym toku postępowania wymusza to połączenie merytorycznego rozpatrywania odwołania z badaniem zasadności nadania rygoru natychmiastowej wykonalności i tym samym opóźnia się rozstrzygnięcie w kwestii nadania rygoru natychmiastowej wykonalności⁹⁶.

Na gruncie Ordynacji podatkowej, rygor natychmiastowej wykonalności może zostać nadany decyzji nieostatecznej przez organ podatkowy I instancji (art. 239b § 3 O.p.) od chwili wydania tego rozstrzygnięcia. Zgodnie z art. 165 § 5 pkt 3 O.p., wszczęcie postępowania o nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności nie wymaga w tym przedmiocie wydania postanowienia. Możliwość nadania rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji nieostatecznej kończy się wraz z upływem terminu do wniesienia odwołania, najpóźniej do chwili wydania decyzji przez podatkowy organ odwoławczy. W razie nadania rygoru natychmiastowej wyko-

⁹⁵ L. Żukowski, Recenzja pracy W. Chróścielewskiego, *Organ administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym*, SPE, t. 66, s. 81.

⁹⁶ *Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie...*, op. cit., s. 16.

nalności po wydaniu decyzji przez podatkowy organ odwoławczy, czynność taką należałoby uznać za dokonaną bez podstawy prawnej⁹⁷.

W Kodeksie rygor natychmiastowej wykonalności może przybrać formę elementu decyzji administracyjnej lub postanowienia, na które służy zażalenie⁹⁸ (art. 108 § 2 K.p.a.). W związku z tymi dwiema możliwościami, rygor natychmiastowej wykonalności może zostać nadany decyzji administracyjnej od razu przy jej wydaniu albo decyzja może zostać opatrzona rygorem natychmiastowej wykonalności w późniejszym terminie. W przypadku nadania decyzji administracyjnej rygoru natychmiastowej wykonalności w drodze postanowienia, może to nastąpić tylko w okresie biegu terminu do wniesienia odwołania, gdy strony nie zaskarżą decyzji, a w przypadku wniesienia odwołania – do momentu wydania decyzji przez organ odwoławczy⁹⁹.

W Ordynacji podatkowej znajdują się przepisy dotyczące rygoru natychmiastowej wykonalności, które nie posiadają pierwotnego wzoru w regulacjach Kodeksu, a wynikają ze specyfiki postępowania podatkowego. Takim przepisem jest art. 239d O.p. wskazujący, jakim decyzjom nie nadaje się rygoru natychmiastowej wykonalności. Do tego kręgu zaliczono decyzję ustalającą lub określającą wysokość zobowiązania podatkowego, wysokość zwrotu podatku lub wysokość odsetek za zwłokę albo orzekającą o odpowiedzialności podatkowej płatnika lub inkasenta, osoby trzeciej albo spadkobiercy, w zakresie objętym wnioskiem, o którym mowa w art. 14m § 3¹⁰⁰. Wyłączenie możliwości opatrzenia rygorem

⁹⁷ S. Presnarowicz [w:] red. C. Kosikowski, *Ordynacja podatkowa...*, op. cit., s. 1112.

⁹⁸ Według art. 143 K.p.a. wniesienie zażalenia nie wstrzymuje wykonania postanowienia.

⁹⁹ J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 466–467.

¹⁰⁰ Chodzi o decyzje: ustalające wysokość zobowiązania podatkowego, określające wysokość zobowiązania podatkowego, określające wysokość zwrotu podatku, określające wysokość zwrotu podatku, określające wysokość odsetek za zwłokę, orzekające o odpowiedzialności podatkowej płatnika, orzekające

natychmiastowej wykonalności tego rodzaju decyzji wynika z konieczności zapewnienia bezpieczeństwa dla podatników, którzy zastosowali się do wiążącej interpretacji w zakresie prawa podatkowego, a która następnie została zmieniona¹⁰¹.

Kodeks nie zawiera katalogu unormowań, które by wykluczały możliwość nadania konkretnym kategoriom decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Takie pośrednie zastrzeżenie znajduje się w art. 28 ust. 1 ustawy prawo budowlane¹⁰², który stanowi, że roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę. W związku z takim uregulowaniem, przyjmuje się, że podstawą rozpoczęcia budowy nie może być decyzja nieostateczna, która podlega natychmiastowemu wykonaniu¹⁰³. Nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności pozwoleniu na budowę, powinno prowadzić do uznania, że decyzja w tej części, która stanowi klauzulę rygoru natychmiastowej wykonalności, jest dotknięta wadą nieważności. Jeżeli rygor natychmiastowej wykonalności został nadany po wydaniu decyzji, tj. w drodze postanowienia, to takie postanowienie jest wadliwe w takim samym stopniu, jak ta część decyzji, która zawiera rygor natychmiastowej wykonalności¹⁰⁴.

Kolejny przepis dotyczący rygoru natychmiastowej wykonalności związany z charakterem postępowania podatkowego to art. 239b § 3 O.p., który stanowi, że nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności nie skraca terminu płatności, wynikającej z decyzji lub przepisu prawa. Z kolei art. 239c Ordynacji podatkowej nor-

o odpowiedzialności podatkowej inkasenta, orzekające o odpowiedzialności podatkowej osoby trzeciej, orzekające o odpowiedzialności podatkowej spadkobiercy – w zakresie objętym wnioskiem, o którym mówi art. 14m § 3 Ordynacji podatkowej.

¹⁰¹ A. Mudrecki, *Wykonalność decyzji...*, *op. cit.*, s. 310.

¹⁰² Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, Dz. U. z 2013 r., poz. 1409.

¹⁰³ A. Ostrowska [w:] red. A. Gliniecki, *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 180.

¹⁰⁴ J. Dessoulavy-Śliwiński [w:] red. Z. Niewiadomski, *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 328.

muje kwestię rygoru natychmiastowej wykonalności z mocy prawa¹⁰⁵. Taki przymiot posiada decyzja o zabezpieczeniu, chyba, że przyjęto zabezpieczenie o którym mowa w art. 33d § 2 O.p.¹⁰⁶ Zabezpieczenie jest ustanawiane, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że zobowiązanie podatkowe nie zostanie wykonane, czyli w celu ochrony interesu Skarbu Państwa. Nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności z mocy prawa decyzji o zabezpieczeniu, powoduje, że będzie ona wykonalna od razu bez potrzeby wydawania odrębnego postanowienia¹⁰⁷.

¹⁰⁵ K.p.a. normuje natychmiastowe wykonanie decyzji z mocy ustawy (art. 130 § 3 pkt 2 K.p.a.), jednak taka konstrukcja nie jest tożsama z rygorem natychmiastowej wykonalności, mimo zbliżonych skutków. Por. Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa-Poznań 1995, s. 281, K. Glibowski [w:] red M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Kodeks postępowania...*, *op. cit.*, s. 734. Natychmiastowa wykonalność z mocy ustawy występuje w ustawach szczególnych w postaci różnych sformułowań, takich jak „nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności” i „podlega rygorowi natychmiastowej wykonalności” (np. art. 34a pkt 3 Ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych, Dz. U. z 2013 r., poz. 611 z późn. zm. – Decyzji o przewraniu imprezy masowej nadaje się rygor natychmiastowej wykonalności, art. 23 pkt 4 Ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie kłęski żywiolowej, Dz. U. nr 62, poz. 558 z późn. zm. – Decyzje podlegają natychmiastowemu wykonaniu z chwilą ich doręczenia lub ogłoszenia).

¹⁰⁶ Według art. 33d § 2 Ordynacji podatkowej, zabezpieczenie wykonania decyzji następuje przez przyjęcie przez organ podatkowy, na wniosek strony, zabezpieczenia wykonania zobowiązania wynikającego z tej decyzji wraz z odsetkami za zwłokę, w formie: 1) gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej; 2) poręczenia banku; 3) weksla z poręczeniem wekslowym banku; 4) czeku potwierdzonego przez krajowy bank wystawcy czeku; 5) zastawu rejestrowego na prawach z papierów wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski – według ich wartości nominalnej; 6) uznania kwoty na rachunku depozytowym organu podatkowego; 7) pisemnego, nieodwołalnego upoważnienia organu podatkowego, potwierdzonego przez bank lub spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową, do wyłącznego dysponowania środkami pieniężnymi zgromadzonymi na rachunku lokaty terminowej.

¹⁰⁷ B. Dauter [w:] S. Babiarez, D. Dauter, B. Gruszczyński, R. Hauser, A. Kabat, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 939.

VIII. Mimo wielu podobieństw pomiędzy regulacjami Ordynacji podatkowej oraz Kodeksu (wynikających z przetransponowania większości przepisów z K.p.a. do O.p.), do nowelizacji Ordynacji podatkowej w roku 2008, istniała zasadnicza różnica w kwestii wykonania i wstrzymania wykonania decyzji. Całkowite odejście od obowiązującej od lat reguły względnej suspensywności odwołania od decyzji podatkowej, oparto na dwóch założeniach: wstrzymaniu wykonania decyzji w czasie trwania postępowania odwoławczego oraz wykonalności decyzji ostatecznej. Dodatkowo, wprowadzono konstrukcję rygoru natychmiastowej wykonalności, jako odstępstwo od zasady niewykonywania decyzji nieostatecznych. Zmiany te wynikały z tego, że ustawodawcy nie udało się zrealizować postulatu, który doprowadził do wyodrębnienia postępowania podatkowego ze struktur K.p.a., jakim była konieczność stworzenie nowej procedury podatkowej odrębnej od tej uregulowanej w Kodeksie. Przepisy normujące postępowanie podatkowe zostały przetransponowane z Kodeksu albo z pewnymi modyfikacjami, albo wprost, a próby wprowadzenia nowych rozwiązań okazały się niekiedy nietrafione i wymagały licznych zmian. Te zabiegi, obce dla kodyfikacji postępowania podatkowego, które było wzorowane na ogólnym postępowaniu administracyjnym, doprowadziły do rozchwiania wewnętrznej spójności dotychczasowego modelu¹⁰⁸. Takie działania nie służą spójności porządku prawnego oraz niekorzystnie wpływają na ochronę praw obywateli¹⁰⁹. Zmiany przeprowadzone na przestrzeni lat, zarówno w stosunku do samych przepisów regulujących postępowanie podatkowe, jak i kolejne dekodyfikacje oraz unifikacje postępowania administracyjnego rzutują na jakość przepisów z zakresu prawa podatkowego. Pytanie o celowość i racjonalność działań, którymi winien kierować się ustawodawca, pozostaje bez odpowiedzi.

Oceniając regulację z zakresu wykonalności decyzji ostatecznych i rygoru natychmiastowej wykonalności, nie można pominąć, że rozwiązania te stanowią odwzorowanie przepisów z Kodeksu,

¹⁰⁸ M. Masternak, *Postępowanie podatkowe...*, *op. cit.*, s. 334.

¹⁰⁹ Por. E. Ochendowski, *O dekodyfikacji...*, *op. cit.*, s. 221–227.

a także tego, że zawierają pewne mankamenty. Przesłanki nadania rygoru natychmiastowej wykonalności są określeniami nieostrymi i nieprecyzyjnymi, których interpretacją zajęła się doktryna i judykatura. Oprócz tego, na organ podatkowy nałożono dodatkowe obowiązki zbierania informacji o podatniku i jego stanie majątkowym, a także zastosowano dość osobliwe rozwiązanie oparte na uprawdopodobnieniu. Z drugiej strony, te zmiany bezsprzecznie wprowadziły korzystniejsze dla podatników niż do tej pory zasady wykonywania decyzji podatkowych¹¹⁰. Są na ogół oceniane pozytywnie, mimo, że ich źródłem była głównie dbałość o źródło podatkowe, poprzez odstąpienie od natychmiastowego poboru podatku, jeśli nie ma istotnych okoliczności uzasadniających takie działanie i umożliwienie uzyskiwania podatnikowi dalszych dochodów lub nabywania składników majątkowych¹¹¹. Należy wskazać, że regulacje wprowadzone do Ordynacji podatkowej, nie zostały automatycznie powielone. Można stwierdzić, że wybrano te przepisy, które odpowiadają specyfice postępowania podatkowego i podjęto wobec nich próbę udoskonalenia względem przepisów kodeksowych¹¹². W rezultacie są to unormowania ściśle związane z postępowaniem podatkowym, które uwzględniają jego charakter i specyfikę. Ponadto, należy podkreślić stabilności rozwiązań Ordynacji podatkowej w zakresie wykonalności decyzji podatkowych od chwili ich wprowadzenia (w roku 2008). Daje to podstawy do stwierdzenia, że ustawodawca opracował optymalny model przepisów, który najlepiej sprawdza się w postępowaniu podatkowym.

¹¹⁰ A. Kubala, *Nowe zasady wykonalności decyzji podatkowych*, Doradztwo Podatkowe 2009, nr 4, s. 28.

¹¹¹ A. Mudrecki, *Wykonalność decyzji...*, *op. cit.*, s. 306.

¹¹² Oceniając regulacje K.p.a. w zakresie rygoru natychmiastowej wykonalności, należy zwrócić uwagę, że przepisy te praktycznie nie uległy zmianom od uchwalenia K.p.a.

ABSTRACT

Several notes on order of immediate enforceability of a decision (on an example of the Code of Administrative Procedure and Tax Regulations)

The publication presents the order of immediate enforceability regulated by the Code of Administrative Procedure and Tax Regulations. Primarily this solution functioned in the Code of Administrative Procedure and since 2008, in relation with introduction of the rule of enforceability of final decisions to the Tax Regulations it is also applied in matters of taxation.

The article contains a comparison of selected aspects of the order of immediate enforceability from both acts while taking into account both differences and similarities between regulations. The discussed matters relate among others to prerequisites, a way of granting the order of immediate enforceability to a non-final decision, a public administrative organ competent to apply the order and also a time limit in which one can choose such solution.

The author indicates that both in the Code of Administrative Procedure and Tax Regulations the order of immediate enforceability was based on the same principles. However, these are not solutions identical, despite the fact that provisions of the Code of Administrative Procedure were a prototype, because the legislator did not perform automatic duplication and taking over the construction of the order of immediate enforceability to the Tax Regulations.

Administracja układem nerwowym (unerwieniem) państwa i społeczeństwa

I. Wstęp

Pośród całego uniwersum świata, jaki staje przed człowiekiem gotowy do poznania i wewnętrznej eksploracji znajduje się bardzo wiele wieloaspektowych pojęć i zjawisk, które są niezwykle trudne do skutecznego, zwięzłego i powszechnie akceptowalnego zdefiniowania. Rzadko mamy takie szczęście – jak w przypadku prawa – spotkać kilka wzajemnie pokrewnych definicji, z których jedna jest powszechnie akceptowalna i zwięzła a jednocześnie zawierająca wszystkie istotne elementy opisywanego zjawiska. Prawo jest przecież fenomenem wieloaspektowym, niezwykle szerokim, powszechnym i absolutnym, a jednak udało się definiacyjny trud uwieńczyć finalnym sukcesem.

Sukces ten prawo zawdzięcza swej swoistej jednolitości zjawiskowej. Takim przymiotem nie możemy jednak określić zjawiska administracji, stąd też definiacyjny trud nigdy – jak się wydaje – nigdy się nie skończy. Będziemy świadkami ciągłego mnożenia definicji bardziej lub mniej szczegółowych i skupionych na pewnych wyodrębnionych fragmentach opisywanego zjawiska. Administracji nie da się zamknąć w ramy jednej tylko dziedziny wiedzy, nauki, przestrzeni, rzeczywistości. Administrację spotykamy w każdej organizacji skupiającej co najmniej jednego człowieka. Wszędzie tam, gdzie załatwiane są jakiegokolwiek sprawy. Czy jest zawsze ta sama administracja? Oczywiście nie. Gdy słyszymy pojęcie prawo, natychmiast przychodzi nam na myśl desygnat w postaci zachowań, norm, powinności. Zbieżność tych zjawisk jest ogromna. W przypadku administracji już takiego szczęścia nie

mamy. Wynika to z ogromnej nie tylko wieloaspektowości administracji, ale także z jej wszechstronności, wielorodzajowości, niejednorodności, powszechności i uniwersalności. Administracja to po prostu załatwianie spraw, wykonywanie, zarządzanie, służenie¹, powszechnie także i rządzenie – co nie jest już tak oczywiście trafne. Zamierzenia niniejszej wypowiedzi nakazują skupienie się jedynie wokół administracji publicznej oscylującej wokół zarządzania państwem i społeczeństwem, wyłączając zupełnie z naszego *spectrum* zainteresowania inne znaczenia i wcielenia tego zjawiska.

Na gruncie prawa oraz administracji w omawianym znaczeniu także występuje niezwykle bogaty katalog możliwych do wyboru definicji, z których każda wskazuje na bardzo ważny i istotny element tego fenomenu nie definiując go jednak zupełnie i wyczerpująco. Każda z definicji zdaje się widzieć administrację z jednej tylko strony. Resztę zaś okrywając płótnem niebytu. Najtrafniejszą i najobszerniejszą, a jednocześnie najwięcej mówiącą definicję tego zjawiska zaprezentował w pierwszym wielkim – siedmiotomowym – podręczniku dotyczącym administracji pod tytułem „Nauka administracji”, który został wydany w latach 1865–1884 wielki pruski reformator administracji i prawa Lorenz von Stein. Zawarł tam mianowicie następującą konstatację „...to, czego nie umie nazwać, to jest administracja”². Zdanie to najtrafniej wskazuje tak złożoność omawianego zjawiska, jak też i jego wszechstronność i niemożliwość jednolitego uchwycenia w ramy. Początkowo

¹ Znaczenie takie wynika z Rzymskiego rodowodu tego słowa, ale nie zjawiska, które jest znacznie wcześniej, bo datowane już na okres starożytnego Egiptu i Chin. Słowo administracja pochodzi od słowa Minister, które oznacza sługę, pomocnika, wykonawcę. Na przestrzeni dziejów uległo ono przeobrażeniu w nieco innym kierunku znaczeniowym ku słownym postaciom zarządzać i kierować (wszelako jednak nie rządzić). Przedrostek (ad) ku – wzmacnia znaczeniowy kierunek celowości danego słowa.

² Cytuję za: J. Malec, D. Malec, *Historia administracji i myśli administracyjnej*, Kraków 2000, s. 141; Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *Prawo administracyjne – pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2000, s. 11.

jednak, przed okresem drugiej połowy wieku XIX, pojęcie administracji nie nosiło obecnie nam znanych ram desygnatowych. To co my obecnie nazywamy administracją, wcześniej znane było pod pojęciem policji, zaś nauka administracji występowała w obrocie jako policystyka, bądź nauka policji. Była ona pochodną nauki kameralistyki, która to dodatkowo swoim zakresem obejmowała także problematykę finansów państwa oraz ekonomii politycznej. Najwybitniejszymi przedstawicielami policystyki – nauki policji w dziewiętnastowiecznej Europie byli przede wszystkim Profesorowie wywodzący się z Rzeszy niemieckiej, a także z Francji. W Rzeszy na szczególną uwagę i refleksję zasługują prace przynajmniej czterech z nich – Christiana Wolffa, Johanna Heinricha von Justiego, Josepha von Sonnenfelsa oraz Gunthera Heinricha von Berga. We Francji z kolei największe zasługi na polu nauki policji odniósł Nicolas Delamare³. Od okresu końca wieku XIX jesteśmy bogatsi o wiele innych bardziej obfitych w treść, choć jednostronną, definicji omawianego zjawiska. Definicje przedmiotowe (zwane niekiedy także funkcjonalnymi) administracji wskazują nam, że administrację można rozumieć jako „nie tylko wykonywanie ustaw, ale także twórczą działalność”⁴, „administracja to organizatorska działalność państwa” – jak wskazuje Profesor Jerzy Starościec⁵. Można także powiedzieć, że „administracja to jedna z form realizacji funkcji państwa i że polega ona na bezpośredniej, praktycznej realizacji zadań państwa”⁶ – tak z kolei uważa Profesor M. Jaroszyński. Profesor Jan Szreniawski z kolei zwięźle i wszechstronnie zauważa, że „administracja to określona organizacja i jej działalność, to organizacja stworzona dla realizacji określonych zadań”⁷. Profesor E. Ochendowski zaś zauważa, że „administracja to wszelka zorganizowana działalność zmierzająca do

³ Szerzej w tym przedmiocie: J. Malec, D. Malec, *op. cit.*, s. 54 i n.

⁴ Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *op. cit.*, s. 13.

⁵ *Ibidem*, s. 13.

⁶ *Ibidem*, s. 13–14.

⁷ J. Szreniawski, *Wstęp do nauki administracji*, Lublin 2000, s. 7.

osiągania pewnych celów”⁸. Definicje upatrujące jako najważniejszy czynnik w administracji czynnik ludzki – definicje podmiotowe – ustalają natomiast, że „administracja są to osoby lub zespoły osób wykonujące funkcje administracyjne, organy administracyjne i inne jednostki administrujące”⁹. Jak twierdzi Profesor Małgorzata Stahl obecnie pojęcie administracji buduje się najczęściej w oparciu o kryteria mieszane, podmiotowo-przedmiotowe, które to akcentują fakt, iż administracja to zarówno określona struktura, jak również szczególne działanie. Można więc powiedzieć za przykładem Profesora Huberta Izdebskiego, że „przez administrację publiczną rozumie się zespół działań, czynności i przedsięwzięć organizatorskich i wykonawczych, prowadzonych na rzecz realizacji interesu publicznego przez różne podmioty, organy i instytucje, na podstawie ustawy i w określonych prawem formach”¹⁰. Jak zatem widać już z tego – dość skromnego z punktu widzenia wielkości występujących w obrocie definicji dotyczących omawianego przedmiotu – katalogu, administrację cechuje występowanie przede wszystkim celów, organów, struktury, zadań i form aktywności zewnętrznej.

II. Neurologia państwa – administracja

Na przestrzeni wszystkich dziejów człowiek buduje swój świat wedle jednego znanego mu niegdyś instynktownie modelu, paradygmatu. Teraz dzięki nauce wiedza ta nabiera nowszego, bardziej praktycznego i realnego, wymiaru. Modelem tym jest nasz własny organizm. Organizm administracyjno-społeczny jest zbudowany właśnie wedle tego wzorca – tak nam bliskiego i tak powszechnego. Administracja bowiem jest swoistym układem nerwowym społeczeństwa. Układ nerwowy człowieka składa się z ponad biliona komórek nerwowych. Administracja społeczna – na szczęście – jeszcze nie liczy takiej ilości merytorycznych komó-

⁸ Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, M. Stahl, *op. cit.*, s. 14.

⁹ *Ibidem*, s. 13.

¹⁰ *Ibidem*, s. 14.

rek administracyjnych. Jednakowoż przyznać musimy, że liczba ich jest także bardzo duża. Komórki te nazywane są neuronami i skupione są w ośrodkowym układzie nerwowym, na który składają się mózgowie oraz rdzeń kręgowy. Tak zbudowany układ nerwowy – jak twierdzi Profesor Stanisław Konturek – „sprawuje wspólnie z układem dokrewnym kontrolę nad czynnościami narządów ciała. Kontroluje szybkozmienne aktywności narządów, takie jak skurcze mięśniowe czy wydzielanie gruczołów i czyni to za pośrednictwem impulsów nerwowych, które są błyskawicznie przekazywane przez włókna nerwowe nawet do odległych narządów”¹¹. Neurony są osadzone jeden obok drugiego w bardzo bliskiej odległości i są od siebie nawzajem zależne. Zależność ta występuje za przyczyną występujących w ich budowie dendrytów, czyli krótkich, silnie rozgałęzionych włókien, które wyspecjalizowane są w odbieraniu bodźców i przekazywaniu ich dalej do ciała komórki, zakończone są one synapsami i to właśnie one – synapsy – przekazują za pomocą impulsów nerwowych informację z komórki lub w jej kierunku. Tak zbudowany jest pojedynczy neuron rozumiany jako „funkcjonalna jednostka układu nerwowego wszystkich zwierząt”¹². Podobnie wygląda konstrukcja pojedynczego merytorycznego stanowiska pracy w administracji. Oto bowiem mamy pracownika administracji, który może uosabiać pojedynczą komórkę nerwową – neuron w układzie nerwowym państwa-społeczeństwa. Jego aktywność nierzadko przybiera formę dendrytów. Zaś zjawisko prawnych form działania administracji do złudzenia może nam przypominać synapsę, która to uzewnętrznia działalność pojedynczej komórki, tak na zewnątrz systemu administracyjnego w ogóle, jak i wewnątrz danej organizacji. Impulsem nerwowym jest tutaj treść – określony wzór pożądanego zachowania – przekazana w danej prawnej formie dzia-

¹¹ S. Konturek, *Fizjologia człowieka*, tom IV: *Neurofizjologia*, Kraków 1998, s. 54 i n.

¹² E. Solomon, L. Berg, D. Martin, C. A. Ville, *Biologia – trzecie wydanie*, Warszawa 1996, s. 817 i n.

łałości administracji. Na tym jednak podobieństwa się jeszcze nie kończą.

Jak powszechnie wiadomo całym ośrodkowym układem nerwowym, a co za tym idzie całym organizmem człowieka, zawiaduje mózgowie. Ono stoi na czele wszystkich procesów organicznych dziejących się w organizmie, to tam jest ulokowane centrum dowodzenia wszystkich procesów. Nie dziwi więc, że to tam jest największe skupisko neuronów i to tam ma miejsce najwięcej impulsów elektrycznych będących fizjologią myśli, uczuć, sądów, etc. jednakże wewnątrz rdzenia kręgowego – w jego istocie szarej – także są ulokowane neurony. Ich liczba jest olbrzymia. To one odpowiadają za przekazanie informacji z mózgowia do dalszych części ludzkiego ciała. On zdaje się kontrolować ciało, reprezentować mózgowie w terenie. W tym momencie także nie łatwo oprzeć się wrażeniu niebywałego podobieństwa. Oto mamy mózgowie a zatem system organów administracji rządowej wzajemnie powiązanych tworzących mózgowie państwa oraz jego rdzeń kręgowy w postaci terenowych organów administracji rządowej w województwie. Mamy także samorząd terytorialny w państwie, który możemy porównać do obecnych w ludzkim organizmie przychylonych mu i podporządkowanych drobnoustrojów, będących wszak odrębnymi organizmami – jednostki samorządu terytorialnego mają odrębną od Skarbu Państwa osobowość prawną, ale funkcjonalnie i strukturalnie zależnymi od całego ludzkiego organizmu w tym przede wszystkim od mózgowia – nadzór administracyjny administracji rządowej nad samorządem.

Skoro zatem możemy zaobserwować tyle analogii pomiędzy naszym własnym organizmem, a organizmem państwowym, niepodobna nie przyjrzeć się podobieństwom roli, jaką odgrywają patologie układu nerwowego w systemie nerwowym człowieka i jakie spustoszenie czynią w systemie kontroli działalności organizmu, a patologiom trapiącym administrację w społeczeństwie.

III. Neuropatologia administracji

W sytuacji normalnej – w pełni zdrowego systemu nerwowego – gdy jedna partykularna komórka nerwowa w jakiś sposób zawiedzie, wówczas obumiera i zastępowana jest nową świeżą komórką nerwową. Gdy dzieje się tak w efekcie jakiejś pojedynczej – nieznaczonej infekcji – np. wirusowej – jest możliwe nawet odrodzenie tej zaatakowanej komórki, jej restytucja do stanu przed infekcyjnego. W owej regeneracji oraz w defensywie ataku wirusów komórkom pomaga układ odpornościowy, a przede wszystkim występujące we krwi leukocyty, będące swoistą policją bezpieczeństwa ludzkiego organizmu. Nie zawsze jednak obrona jest tak łatwa i sprawna. Niekiedy zdarza się, że patologie w sferze neuronalnej mają charakter szerszy, obejmujący wiele setek komórek – niekiedy wręcz całe odcinki czy to kręgów czy też samego mózgowia. Wówczas sytuacja jest znacznie bardziej skomplikowana i poważna. Następują istotne zakłócenia w sferze przewodzenia impulsów nerwowych pomiędzy neuronami. Informacje nie są ani wysyłane ani odbierane. Zatem na dany bodziec nie następuje stosowna odpowiedź ze strony efektorów. Powoduje to zatem istotną patologię neurologiczną organizmu ludzkiego.

Pośród ogromnej liczby jednostek patologicznych wynikających z uszkodzeń nerwów można egzemplifikacyjnie wymienić kilka z nich. Uszkodzenie nerwów może prowadzić do rozmaitych postaci zaburzeniowych niektórych – wyższych – czynności nerwowych. Wśród nich wymienić możemy zjawisko afazji – a zatem zaburzenia mowy powstające w wyniku wielo-przyczynowych uszkodzeń ośrodków mowy w korze mózgu. Omawiana dysfunkcja może występować w dwóch postaciach afazji motorycznej – kiedy nie możliwe jest słowne wyrażanie myśli, lub też afazji czuciowej – w momencie, gdy pacjent nie może zrozumieć słownej treści do niego kierowanej. Innym zjawiskiem występującym w efekcie zaburzeń chorobowych układu nerwowego może być zjawisko apraksji polegające na utracie zdolności wykonywania złożonych ruchów celowych takich jak np. zapięcie guzika bądź też zapalenie zapałki. Inną jeszcze patologią układu nerwowego

jest zjawisko aleksji, czyli utraty zdolności czytania, zjawisko agrafii polegającej na zaniku zdolności pisania bądź też zjawisko akalkulii polegające na utracie zdolności liczenia – to kolejne jednostki chorobowe – neurologiczne. Możliwe są także uszkodzenia w wyniku, których następuje zaniechanie zdolności zmysłowych. Dotyczy to każdego z pięciu zmysłów. Możliwy jest zatem zanik zdolności odbierania bodźców czuciowych, świetlnych, zapachowych, dźwiękowo-akustycznych bądź też niekiedy nawet smakowych. Neurologia kliniczna zna także i jeszcze poważniejsze patologie centralnego układu nerwowego (CNS). Wśród nich wymienić można zespół Brown-Sequarda, który następuje w efekcie uszkodzenia rdzenia kręgowego. W zespole tym poniżej poziomu uszkodzenia obserwujemy zniesienie głębokiego czucia oraz występuje przeczulica na bodźce dotykowe – to po stronie uszkodzenia zaś po stronie przeciwnej obserwujemy zniesienie czucia bólu i temperatury. Pośród jednostek neurologicznych najbardziej dla pacjentów katastrofalną są pourazowe porażenia kończyn występujące w efekcie urazów rdzenia kręgowego. Wówczas to pacjent traci – nierzadko nieodwracalnie – władzę w jednej lub nawet wszystkich kończynach w zależności od tego, która część rdzenia uległa urazowi oraz jaka jest skala pourazowej degeneracji rdzenia kręgowego – a właściwie jego istoty szarej, w której to mieszczą się neurony.

Bogatsi wiedzą z zakresu neurologii łatwiej zauważymy podobieństwa – przede wszystkim w skali czynionych spustoszeń – pomiędzy chorobami neurologicznymi a patologiami społecznego systemu neurologicznego. Gdy na przestrzeni merytorycznych stanowisk w administracji jeden z urzędników dokona czynności nie zgodnych z celami, do jakich został powołany w momencie zajmowania stanowiska, wówczas jest z niego usuwany i zastępowany innym pracownikiem. Trudno tutaj wszelako odnaleźć podobieństwo do opisanej wyżej komórkowej regeneracji. Sytuacja omawiana jest możliwa – tak jak wyżej w zdrowym organizmie człowieka – jedynie w administracji wolnej od jakichkolwiek infekcji zagrażających dobru społecznemu. Możliwa jest także

w społeczeństwie już zainfekowanym, byle infekcja owa nie była dużych rozmiarów. Gdy narasta, wówczas istotną rolę odgrywa policja bezpieczeństwa, która do złudzenia przypomina organiczne leukocyty. Ona to bowiem te zainfekowane daną patologią merytoryczne komórki leczy najczęściej poprzez usunięcie czynnika infekującego, którym jest człowiek piastujący dane stanowisko. Niekiedy jednak infekcje są bardzo poważne, trapiące cały społeczny system nerwowy. Są trudne do usunięcia, wyleczenia. Te bardziej zaawansowane formy możemy porównać do opisanych wyżej jednostek chorobowych albowiem patologię trapiące społeczeństwo są dokładnie tym, czym patologie trapiące układ nerwowy człowieka. Ich leczenie jest niezwykle trudne. Są szalenie zaraźliwe. Czynią niewyobrażalne spustoszenie w administracji społeczeństwa i w samym społeczeństwie. Najczęstszą zjawiskową formą patologii w nerwowym układzie społecznym jest korupcja. Spustoszenie, jakie czyni ona w organizmie możemy porównać do takich jednostek jak choroba Parkinsona, zaawansowane stwardnienie rozsiane, czy choroba Alzheimera. Niekompetencja, nie fachowość, ignorancja prawa i jego zasad, dyletantyzm oraz nieudolność urzędnicza to inne jednostki chorobowe występujące w społecznej neurologii klinicznej; można je porównać do takich chorób jak afazja, apraksja, agrafia, aleksja i akalkulia. Najgorszymi dla społeczeństwa są jednak takie formy patologii społecznej neurologii jak nepotyzm, prywata i jawne politykierstwo ukierunkowane wyłącznie na własny partykularny cel polityczny. Te zjawiska można porównać z takimi jednostkami jak porażenie porażowe kończyn, guzy mózgu, silne krwotoki, udary czy też postępujące zaburzenia w odbieraniu bodźców zmysłowych, czy nawet samo zjawisko śpiączki. W skrajnie zaawansowanej formie mogą te zjawiska doprowadzić do klinicznej bądź faktycznej śmierci mózgu. Kliniczne przykłady tak głęboko zainfekowanych organizmów społecznych możemy, – co smutne i przykre – nadal obserwować w krajach Ameryki Łacińskiej oraz w rozwijających się państwach afrykańskich jak też – co najbardziej budzi lęk i niepokój – w Europie.

Biorąc pod uwagę widoczne podobieństwa i analogie występujące pomiędzy układem nerwowym człowieka a społecznym systemem nerwowym musimy być niezwykle ostrożni i czujni aby nie dopuścić do zaistnienia jakiegokolwiek infekcji społeczno-neurologicznej. Widzimy bowiem, jakie spustoszenia może to poczynić. Terapia organizmu społecznego jak i jego późniejsza rehabilitacja nie jest już aż tak wyraźnie podobna do rehabilitacji czy terapii ludzkiego układu nerwowego. Jest o wiele trudniejsza, kosztowniejsza, bardziej czasochłonna i obfitująca w piętrzące się trudności. Celem tutaj bowiem nie jest takie czy inne mechaniczne „nastawienie” komórek na właściwe działanie czy też ich transplantacja lub uruchomienie motoryki pacjenta. W tym przypadku należy zmienić ludzi, ich mentalność i przyzwyczajenia mające swój początek w czasach bardzo odległych – w przypadku Polski jeszcze przed rozbiorowych.

IV. Podsumowanie

Administracja jest bardzo niejednorodnym i wieloaspektowym pojęciem i fenomenem w otoczeniu człowieka, którego nie można w sposób jednolity zdefiniować tak jak udaje się to w przypadku prawa.

Wielu przedstawicieli doktryny usiłuje jednak tego dokonać uzyskując sukces w ujęciu jej węższego lub szerszego zakresu przedmiotowego, podmiotowego lub mieszanego nigdy jednak całościowego i zupełnego.

Od wieków człowiek buduje swój świat – instynktownie – na podstawie wielu życiowych doświadczeń i obserwacji świadomie bardziej lub mniej. Często tym wzorcem konstruowania rzeczywistości i jej struktur jest jego własny organizm z jego strukturami.

Administracja Państwa wykazuje szereg „anatomicznych”, „morfologicznych” i „fizjologicznych” podobieństwa w swoim funkcjonowaniu i budowie do układu nerwowego kręgowców stając się układem nerwowym społeczeństwa.

Zjawiska patologiczne niszczące całkowicie lub częściowo układ nerwowy kręgowców lub poszczególne jego części są tak

samo szkodliwe w przypadku społecznego systemu nerwowego i jego pojedynczych części składowych.

Terapia jednak jak i rehabilitacja w obu przypadkach nie jest tak samo podobna względem siebie, gdyż rehabilitacja zdrowotna – mimo swojej oczywistej trudności – wydaje się być jednak łatwiejsza.

W przypadku rehabilitacji procesów patologicznych układu nerwowego Państwa jedyną skuteczną metodą są edukacja i sankcje karne o charakterze wychowawczym a zatem zmiana mentalności ludzi.

To jednak jest działanie nie na dni tygodnie czy lata, ale niekiedy nawet, na całe pokolenia.

ABSTRACT

Administration – the nervous system (innervation) of a state and society

The administration is not homogeneous phenomenon and definition also multifaceted very much in people surrounding which is almost impossible to define it in one compromised way as it is with law definition.

Many of doctrine representatives tries to undertake all possible efforts to do this. They achieves only partial success obtaining wide or close meanings of this phenomenon in its meritorious, subject or mixed sphere. They have never – however – achieved full or complete success in administration define way.

People are building theirs world – instinctually – on the base of many life experiences and observations with more or less consciousness. Frequently it is theirs own body with its structures as an example for constructing its reality and its structures.

State Administration has a lot in common in „anatomic”, „morphologic” and „physiologic” spheres in functioning and construction to the nerve system of vertebrates becoming the nerve system of the society.

Pathologic phenomenons which destroys totally or partially nerve system of vertebrates or its particular parts are damaging similarly to nerve system of the society and its particular parts.

Therapy process – however – as well as its rehabilitation in both cases has not so many in common each other. Health rehabilitation – notwithstanding to its obvious difficulty – seems to be easier.

During pathologic processes of nerve system of the society rehabilitation the only one fruitful method seems to be both upbringing penalty sanctions and education. It is then changing of people mentality.

It is not – however – running for days, weeks or years. Often it is process for generations.

GLOSA

do postanowienia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z 23 lutego 2012 r., sygn. akt II SAB/Sz 8/12, publ. LEX nr 1118489

TEZA

postanowienia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego
w Szczecinie z 23 lutego 2012 r., sygn. akt II SAB/Sz 8/12

[Przewlekłość] jest to odrębna od beczynności organu instytucja procesowa, wobec czego, rozpatrując skargę wniesioną na beczynność i przewlekłość sąd administracyjny zobowiązany jest zbadać spełnienie przesłanek do skutecznego wniesienia skargi zarówno w pierwszym, jak i w drugim przypadku i orzec odpowiednio do dokonanych w danym przypadku ustaleń.

Głosa

Przedmiotem rozpoznania przez sąd w przedmiotowej sprawie były skargi na beczynność i przewlekłe prowadzenie postępowania przez organ administracyjny wniesione jednym pismem procesowym. Przewodniczący zarządzeniem wydanym na podstawie art. 57 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. nr 153 poz. 1270 ze zm. – dalej: p.p.s.a) rozdzielił skargi zawarte w piśmie skarżącego w wyniku czego zostały one zarejestrowane jako dwie odrębne sprawy: na beczynność wójta w przedmiocie ustalenia warunków zabudowy oraz na przewlekłe prowadzenie postępo-

wania w tej sprawie przez wójta. W konsekwencji sąd prawidłowo rozpoznał dwie odrębne sprawy, które odnosiły się do dwóch odmiennych przedmiotów zaskarżenia. Jak bowiem słusznie podniósł sąd przewlekłość jest to odrębna od beczynności organu instytucja procesowa, wobec czego, rozpatrując skargę wniesioną na beczynność i przewlekłość sąd administracyjny zobowiązany jest zbadać spełnienie przesłanek do skutecznego wniesienia skargi zarówno w pierwszym jak i w drugim przypadku i orzec odpowiednio do dokonanych w danym przypadku ustaleń.

Możliwość skarżenia przewlekłego prowadzenia postępowania administracyjnego obok dotychczasowej możliwości skarżenia beczynności organu wprowadził ustawodawca ustawą z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania ustalenia administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2011 r., nr 6, poz. 18) z dniem 11 kwietnia 2011 r. Jednocześnie ustawodawca nie zdefiniował tych pojęć. Stąd też pojawiają się problemy z samym rozumieniem tych pojęć. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie sądownoadministracyjnym przeważa rozumienie „beczynności” przez pryzmat normatywnej kategorii „niezałatwienia sprawy w terminie” – art. 36 i 37 k.p.a. oraz art. 140 i 141 o.p. Jeżeli zatem istnieje prawny termin realizacji kompetencji np. poprzez wydanie decyzji, to upływ wyznaczonego przepisami procesowymi terminu będzie prowadzić do stanu beczynności organu. W konsekwencji dla stwierdzenia beczynności przez sąd administracyjny istotne jest niedochowanie terminu załatwienia sprawy (art. 37 § 1 *ab initio* k.p.a. oraz art. 141 § 1 *ab initio* o.p. lub z uregulowań szczegółowych np. z ustawy o dostępie do informacji publicznej) poprzez wydanie decyzji, postanowienia lub podjęcie aktu albo dokonanie czynności, o których mowa w art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a., a nie z aktywnością lub jej brakiem po stronie organu administracyjnego. Natomiast przewlekłe prowadzenie postępowania zachodzić będzie w sytuacji, gdy organowi wprawdzie nie można zarzucić beczynności, gdyż nie minął jeszcze termin załatwienia sprawy, albo prawo nie przewiduje żadnego terminu, lecz dotych-

czasowe postępowanie jest prowadzone w sposób nieefektywny poprzez wykonywanie czynności w dużym odstępie czasu, mnożenie czynności dowodowych ponad potrzebę wynikającą z istoty sprawy, bądź czynności pozorne, albo nieuzasadnione przedłużanie przez organ terminu załatwienia sprawy. O ile zatem prowadzone w sposób nieudolny postępowanie administracyjne w ramach prawem wyznaczonych, albo wskazanych przez organ terminów, będzie oceniane jako przewlekłe, to po upływie tych terminów będzie oceniane w kontekście beczynności tj. nie załatwienia sprawy w terminie. W konsekwencji beczynność jest naturalnym następstwem poprzedzającego ją przewlekłego prowadzenia postępowania.

Jednoznaczne określenie zakresu znaczeniowego pojęć: „przewlekłe prowadzenia postępowania” i „beczynność” oraz ich konsekwentne rozróżnianie rodzi dalej idące następstwa. Ponieważ oba pojęcia („przewlekłości” i „beczynności”) odnoszą się do różnych przesłanek i stanów faktycznych, to nie mogą być one dowolnie i zamiennie używane, także w kontekście uruchomienia stosownych procedur przeciwdziałającym tym negatywnym zjawiskom. Zasadnie więc sąd przyjmując założenie racjonalnego ustawodawcy uznał, że prawodawca wprowadzając do obowiązującego systemu prawa nowe pojęcie – „przewlekłość postępowania” – uczynił to świadomie w celu rozróżnienia pomiędzy nim a beczynnością. Jak wynika zresztą z uzasadnienia projektu ustawy – druk sejmowy nr 2987, s. 4 (VI kadencja) – wprowadzenie zażalenia oraz skargi na przewlekłość postępowania obok zażalenia i skargi na beczynność w postępowaniu administracyjnym miało na celu wprowadzenie nowego środka zaskarżenia. Są to więc w swej istocie odmienne instytucje procesowe, wyodrębnione i niejako przeciwstawione w kontekście stanów faktycznych, do których się odnoszą. O ile przewlekłość w postępowaniu postrzegać i oceniać należy w kontekście prawidłowego toku postępowania, to beczynność w kontekście terminowego załatwienia sprawy, a w ujęciu czasowym dokonywania tej oceny są to stadia zazwyczaj następujące po sobie. Najczęściej bowiem naj-

pierw organ prowadzi postępowanie w sposób przewlekły, a później popada w bezczynność. Cezurą czasową kwalifikującą ocenę stanu faktycznego danego postępowania jako przewlekłość lub bezczynność jest upływ terminu określonego ustawowo, bądź wyznaczonego przez organ (np. art. 35, 36 k.p.a.). Dlatego, gdy bezczynność odnoszona jest do terminów załatwienia sprawy, to przewlekłość odnosić należy do toku prowadzonego postępowania.

W konsekwencji konieczne jest rozróżnianie stanu bezczynności od przewlekłego prowadzenia postępowania administracyjnego przez skarżącego w określeniu przedmiotu skargi wnoszonej do sądu administracyjnego, a tym bardziej przez sąd rozpoznający skargę. Potencjalnie każde postępowanie jurysdykcyjne może być analizowane w kontekście przewlekłości bądź bezczynności, z tym że przed upływem terminu załatwienia sprawy można je analizować wyłącznie z punktu widzenia przewlekłości, a po upływie terminu wyłącznie z punktu widzenia bezczynności (por. wyrok WSA w Krakowie z 31.01.2013 r., sygn. akt II SAB/Kr 191/120. W chwili uruchomienia stosownego postępowania sądowoadministracyjnego mamy do czynienia albo z przewlekłością, albo z bezczynnością. Przedmiot sprawy nie może być jednocześnie kwalifikowany jako „przewlekłość” i „bezczynność”, nawet jeżeli np. w toku jednego postępowania jurysdykcyjnego występowały oba stany. Skarżący powinien jednoznacznie wskazać, który z tych stanów skarży, a więc przed czym, przed jakim naruszeniem jego prawa podmiotowego żąda ochrony. Może on skarżyć zarówno każdy z tych stanów z osobna, jak i oba jednocześnie. Pamiętając jednak o tym, że są to odmienne instytucje procesowe, to skarżąc jednocześnie „przewlekłe prowadzenie postępowania” i „bezczynność” wnosi dwie odrębne skargi, które mają inny przedmiot zaskarżenia. Wskazanie to wiąże przy ocenie stanu faktycznego sąd administracyjny, który nie może go samodzielnie zmienić zastępując wolę skarżącego. Niedopuszczalne jest, aby sąd administracyjny orzekając dowolnie zmieniał wskazaną w skardze kwalifikację stanu faktycznego podaną przez stronę uznając, że wpraw-

dzie nie ma np. przewlekłości, o której mowa w piśmie wszczynającym stosowne postępowanie sądowe, ale jest beczynność (lub odwrotnie) i w tym zakresie dokonywał oceny. Oczywiście strona, jako podmiot dysponujący skargą może je dowolnie kształtować i w każdej chwili, aż do wydania rozstrzygnięcia, może zmienić przedmiot zaskarżenia. Ale to strona i tylko ona może dokonywać zmian w przedmiocie zaskarżenia. O ile bowiem sądu nie wiążą zarzuty i wnioski skargi, to jednak sąd jest związany wskazaniem przedmiotu zaskarżenia przez stronę skarżącą, a orzekanie przez sąd w przedmiocie, który nie został objęty skargą jest niedopuszczalne i oznacza przekroczenie granic sprawy.

Jak słusznie stwierdził NSA w uzasadnieniu wyroku z 7.07.2012 r., sygn. akt II OSK 1031/12 konstrukcja przepisu art. 149 § 1 p.p.s.a. wyróżnia dwie odrębne od siebie instytucje, a mianowicie skargę na beczynność organu oraz przewlekłe prowadzenie przez organ postępowania. O ile, przy tym nie można wykluczyć sytuacji, że strona z uwagi na stan faktyczny sprawy będzie zainteresowana i uprawniona do złożenia obu powyższych środków, o tyle dostrzec przede wszystkim trzeba to, iż każdy z nich ma inne zadanie, inny jest cel jego zastosowania i zakres ochrony, której strona może domagać się od sądu administracyjnego. Dlatego też rozpatrując skargę wniesioną na beczynność lub przewlekłość postępowania sąd administracyjny zobowiązany jest zbadać spełnienie przesłanek do skutecznego wniesienia skargi zarówno w pierwszym jak i w drugim przypadku oraz orzec odpowiednio do dokonanych w danym przypadku ustaleń.

Podkreślić należy, że celem wniesienia środków zaskarżenia do sądu jest nie tylko zniesienie stanu przewlekłości lub beczynności, ale także uzyskanie stwierdzenia, czy ów negatywnie oceniany stan miał miejsce z rażącym naruszeniem prawa, a orzeczenie w tym zakresie ma charakter samoistny tj. może nastąpić, nawet jeżeli nie jest już potrzebne, ze względu na stan faktyczny sprawy, wyznaczenie dodatkowego terminu załatwienia sprawy. Zatem nawet po wydaniu decyzji i zakończeniu postępowania strona może skutecznie wnieść skargę na przewlekłe prowadze-

nie postępowania albo bezczynność i żądać wydania orzeczenia czy ów stan miał miejsce z rażącym naruszeniem prawa (zob. postanowienie NSA z 14.11.2012 r., sygn. akt II OSK 1236/12).

W przypadku, jeżeli w jednym piśmie zawarto dwie skargi na bezczynność i na przewlekłe prowadzenie postępowania, to przewodniczący (najpóźniej na rozprawie) zarządza rozdzielnie tych skarg na podstawie art. 57 § 3 p.p.s.a. Skargi na bezczynność i na przewlekłe prowadzenie postępowania rejestrowane są w repertorium sądowym pod jednym symbolem: SAB. Pobiera się od nich jednak wpisy o odmiennej wysokości: od skargi na bezczynność wynosi 100 zł, a od skargi na przewlekłe prowadzenie postępowania wynosi 200 zł na podstawie § 2 ust. 1 pkt 6 i ust. 6 rozporządzenia Rady Ministrów z 16.12.2003 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu w postępowaniu przed sądami administracyjnym. Są im również nadawane różne symbole w wewnętrznej systematyce spraw rozpoznawanych przez sądy administracyjne: 658 – bezczynność, 659 – przewlekłość postępowania administracyjnego.

Tak jak każda skarga do sądu administracyjnego, również skarga na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania podlega badaniu przez sąd tak pod względem formalnym, jak i merytorycznym. Sama skarga do sądu musi być poprzedzone (poza pewnymi wyjątkami jak np. w przypadku skargi na bezczynność w udzieleniu informacji publicznej) zażaleniem (ponaoglaniem, wezwaniem do usunięcia naruszenia prawa) na bezczynność lub odpowiednio na przewlekłe prowadzenie postępowania. Niedopuszczalne jest „krzyżowanie” tych środków tj. składanie zażalenia na przewlekłe prowadzenie postępowania, a skarżenie do sądu bezczynności organu.

Skargę wnosi się do sądu administracyjnego za pośrednictwem organu, którego bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania ma być przedmiotem postępowania sądowoadministracyjnego (art. 54 § 1 w zw. z art. 13 § 2 p.p.s.a.). Z jednej strony wiąże się to z obowiązkiem organu przesłania do sądu administracyjnego takiej skargi, z odpowiedzią na nią oraz aktami spra-

wy w terminie 30 dni od dnia jej wniesienia (art. 54 § 2 p.p.s.a.), zaś z drugiej strony daje mu możliwość jej uwzględnienia w ramach autokontroli. W trybie art. 54 § 3 p.p.s.a. organ, którego bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania zaskarżono, może w zakresie swojej właściwości uwzględnić skargę w całości do dnia rozpoczęcia rozprawy. Już zatem na tym etapie widoczna jest konieczność rozróżnienia pomiędzy tymi dwoma skargami, gdyż organ może uwzględnić w całości skargę np. na bezczynność uznając jednocześnie, że druga skarga na przewlekłe prowadzenie postępowania jest niezasadna. Wówczas, jeżeli obie skargi zostały wniesione jednym pismem procesowym, przewodniczący powinien na podstawie art. 57 § 3 p.p.s.a. zarządzić ich rozdzielenie i dokonanie oddzielnego wpisu pod odpowiednimi symbolami w repertorium sądu. Następnie postępowanie odnośnie skargi, która została uwzględniona, będzie umorzona, a w przypadku drugiej ze skarg będą podjęte czynności zmierzające do jej merytorycznego rozpoznania. Wreszcie zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 52 p.p.s.a. sąd musi zbadać, czy skarga (skargi) zostały wniesione po wyczerpaniu środków zaskarżenia. Jest to warunek sine qua non przystąpienia do merytorycznego rozpoznania skargi i brak jego spełnienia powoduje odrzucenie skargi. Zatem wniesienie zażalenia z art. 37 k.p.a. do organu wyższego stopnia, a jeżeli nie ma takiego organu, wezwania do usunięcia naruszenia prawa (np. w przypadku samorządowego kolegium odwoławczego, ministra) albo ponaglenia z art. 141 o.p. jest jednym z warunków formalnych skargi na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania. Ponieważ w trybie ordynacji podatkowej na przewlekłość postępowania podatkowego, tak jak i na niezakończony w terminie przez samorządowe kolegium odwoławcze nie służy ponaglenie, ani inny środek zaskarżenia, przy jednoczesnym dopuszczeniu przez ustawodawcę skargi w tym zakresie do sądu administracyjnego, to przyjęć należy, że podobnie jak np. w przypadku skargi na bezczynność w zakresie udzielania informacji publicznej skarga taka nie musi być poprzedzona

wezwaniam do usunięcia naruszenia prawa w trybie art. 52 § 3 i 4 p.p.s.a.

Zatem zarzucenie w jednym piśmie skierowanym do sądu bezczynności organu i przewlekłości prowadzonego przez niego postępowania w tej samej sprawie administracyjnej nie stanowi jednej skargi, lecz skumulowanie dwóch skarg. W takiej sytuacji objęcie w jednym piśmie obu form opieszałości organu inicjuje dwie odmienne sprawy sądowoadministracyjne, które sąd ma obowiązek rozpoznać odrębnie tak pod względem formalnym, jak i merytorycznym. W konsekwencji prawidłowe było ich rozdzielenie i zarejestrowanie jako dwóch odrębnych spraw, a następnie wobec stwierdzenia, że jedna ze skarg nie została poprzedzona wyczerpaniem środków zaskarżenia (zażalenie wniesione w trybie art. 37 k.p.a. dotyczyło jedynie bezczynności, a nie przewlekłego prowadzenia postępowania) należało ją odrzucić.

CONTENTS OF FASCILE (37) 4/2014
„ADMINISTRATION. THEORY – DIDACTICS – PRACTICE”

STUDIES AND PAPERS

<i>Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, dr hab. Prof. of the Higher School of Law and Administration Rzeszów-Przemyśl</i>	
Protection of security and public order versus adaptation of persons leaving penal institutions	5
<i>Beata Bury, dr, the Higher School of Law and Administration Rzeszów-Przemyśl, judge of the District Court in Rzeszów</i>	
Rendering work on grounds of act of election in executive organs of territorial self-government units	34
<i>Sylvia Łakoma, dr, the University of Łódź</i>	
Foster families – administrative law problems (part 1)	51
<i>Barbara Skoczyńska-Prokopowicz, dr, the Higher School of Law and Administration Rzeszów-Przemyśl</i>	
Social Assistance Institution „LEŚNIÓWKA” in Turza, as a model institution realising assumptions of social policy towards older people	74
<i>Malte Moewes, M.A. in Economics, Bremen University of Applied Sciences, Manager and Board of Centre of Public Management (zep)</i>	
Nachhaltige Rekommunalisierung öffentlicher Aufgaben mit Bürgerbeteiligung (Re-communalisation of tasks of public sector with participation of citizens)	93
<i>Yaroslav Bereskyi, dr, Oksana Kaluzhna, dr, the I. Frank (name of university) National University in Lviv, Ivanna Luchakivska, dr, the the I. Frank (name of university) State Pedagogical University in Drohobycz</i>	
Criminalistics in law enforcement: possibilities, nowadays realities and problems	110
<i>Jakub Polanowski, dr, judge’s assistant at the Provincial Administrative Court in Lublin</i>	
Change of a paradigm of prerequisites of returning expropriated real estates in court jurisdiction	123

*Beata Augustyńska, M.A., the Higher School of Law and Administration
Rzeszów-Przemyśl*

**Several notes on order of immediate enforceability
of a decision (on an example of the Code of Administrative
Procedure and Tax Regulations)148**

*Łukasz Tyzo, M.A., a candidate for doctor's degree, the Maria Curie-Skłodowska
(name of university) University in Lublin*

**Administration – the nervous system (innervation)
of a state and society185**

GLOSSES

**Gloss to a judgement of the Provincial Administrative Court
in Szczecin of 23 February 2012, file no. II SAB/Sz 8/12,
ed. LEX no. 1118489**

Mariusz Kotulski, dr, the Jagiellonian University197