



Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk

pod redakcją naukową
Kamilli Kurczewskiej
i Katarzyny Kurzępy-Dedo



WYŻSZA SZKOŁA
INFORMATYKI i ZARZĄDZANIA
z siedzibą w Rzeszowie



Naukowe Wydawnictwo IVG

Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk



WYŻSZA SZKOŁA
INFORMATYKI i ZARZĄDZANIA
z siedzibą w Rzeszowie



Naukowe Wydawnictwo IVG

Rzeszów-Szczecin 2018

Tytuł monografii naukowej:

Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk

Autorzy: Agata Jurkowska-Gomułka, Kamilla Kurczewska, Marek Stych,
Katarzyna Kurzępa-Dedo, Elżbieta Małecka, Anna Wójtowicz-Dawid, Małgorzata
Paszkowska, Sylwia Banaś-Mazur, Katarzyna Sypnicka, Aleksandra Kędzior,
Paulina Pawlak, Marcin Sidor

Redakcja naukowa: Kamilla Kurczewska, Katarzyna Kurzępa-Dedo

Recenzent: dr hab. Inga Kawka

Redakcja językowa i korekta: Magdalena Jagielska

Publikacja została dofinansowana z subwencji MNiSW na utrzymanie
potencjału badawczego Wyższej Szkoły Informatyki i Zarządzania z siedzibą
w Rzeszowie

Wydawcy:

Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie
ul. Sucharskiego 2, 35-225 Rzeszów
tel. +48 17 866 11 11



**WYŻSZA SZKOŁA
INFORMATYKI I ZARZĄDZANIA**
z siedzibą w Rzeszowie
www.wsiz.rzeszow.pl

Naukowe Wydawnictwo IVG z siedzibą w Szczecinie
ul. Cyfrowa 6, 71-441 Szczecin
tel. +48 63 218 03 39



Naukowe Wydawnictwo IVG
www.wydawnictwoivg.pl

ISBN (WSliZ) 978-83-64286-95-7 eBook

ISBN (IVG) 978-83-62062-71-3 eBook

© Copyright by Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania z siedzibą w Rzeszowie,
2018

Wykaz skrótów

BION	Metodyka badania i oceny nadzorczej banków komercyjnych, zrzeszających oraz spółdzielczych
CII	Critical Information Infrastructures
CIIP	Critical Information Infrastructures Protection
DASFP	Departament Audytu Sektora Finansów Publicznych Ministerstwa Finansów
DBIF	Departament Budżetu i Finansów
DPS	dom pomocy społecznej
DzU	Dziennik Ustaw
DzU UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
DzUrz	Dziennik Urzędowy
EBA	Europejski Urząd Nadzoru Bankowego
EBC	Europejski Bank Centralny
EIOPA	Europejski Urząd Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych
ESMA	Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych
ENISA	European Network and Information Security Agency
ESRB	Europejska Rada ds. Ryzyka Systemowego
GUS	Główny Urząd Statystyczny
JSPF	jednostka sektora finansów publicznych
JST	jednostka samorządu terytorialnego
k.p.a.	ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1257)
KE	Komisja Europejska
KIF	Krajowa Izba Fizjoterapeutów
KIO	Krajowa Izba Obrachunkowa
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
KNF	Komisja Nadzoru Finansowego
Konstytucja	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (DzU 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.)
KSF	Komitet Stabilności Finansowej
KRUS	Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego

Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk

MF	Minister Finansów
MP	Monitor Polski
MPiPS	Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej
NBP	Narodowy Bank Polski
NCBiR	Narodowe Centrum Badań i Rozwoju
NCN	Narodowe Centrum Nauki
NIK	Najwyższa Izba Kontroli
NFZ	Narodowy Fundusz Zdrowia
NPZ	Narodowy Program Zdrowia
NSA	Naczelnny Sąd Administracyjny
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
PFRON	Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych
PZH	Państwowy Zakład Higieny, obecnie Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego
pr. bank.	ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (DzU 2018, poz. 2187 ze zm.)
PWZF	Prawo wykonywania zawodu fizjoterapeuty
Rozporządzenie CRR	Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE/575/2013 z 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych zmieniające rozporządzenie UE nr 648/2012 (Dz.Urz. UE L 176, s. 1, ze zm.)
SREP	Supervisory Review and Evaluation Process
tekst jedn.	tekst jednolity
TRIPS	Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights
TFUE	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TK	Trybunał Konstytucyjny
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Porozumienie w sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej)
TS	Trybunał Sprawiedliwości
TSUE	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
u.d.l.	ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. DzU 2018, poz. 160)
u.f.p.	ustawa o finansach publicznych (tekst jedn. DzU 2017,

	poz. 2077)
u.n.makro.	ustawa z 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makro-ostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (DzU 2017, poz. 1934 ze zm.)
u.n.r.f.	ustawa z 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (DzU 2018, poz. 621 ze zm.)
u.o.p.	ustawa z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (DzU 2018, poz. 142)
u.o.z.	ustawa z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (DzU 2017, poz. 2187 ze zm.)
u.p.p.	ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (DzU 2017, poz. 1318)
u.p.z.p.	ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (DzU 2017, poz. 1073 ze zm.)
u.p.z.pub.	ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (DzU 2015, poz. 2164 ze zm.)
u.s.k.o.k.	ustawa z 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (DzU 2018, poz. 2386 ze zm.)
u.z.f.	ustawa z 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (DzU 2015, poz. 1994 ze zm.)
u.z.n.k.	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. DzU 2018, poz. 1637)
UE	Unia Europejska
WE	Wspólnota Europejska
WHO	World Health Organization (Światowa Organizacja Zdrowia)
Woj. Doln.	Województwo Dolnośląskie
Woj. Wlkp.	Województwo Wielkopolskie
WSA	Wojewódzki Sad Administracyjny
ZUS	Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Cytowane w publikacji orzeczenia są dostępne w bazach:

Baza Orzeczeń Sądu Najwyższego

http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx

Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych

<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>

Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych

<http://orzeczenia.ms.gov.pl>

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej

<https://www.uzp.gov.pl/kio/orzecznictwo>

Spis treści

Wykaz skrótów	3
Spis treści.....	7
Wprowadzenie	11
Część I Ramy prawne regulacji współczesnych ryzyk.....	16
Regulacja ryzyka – próba charakterystyki.....	17
Abstrakt	17
1. Regulacja ryzyka jako przedmiot badań.....	18
2. Społeczeństwo ryzyka a regulacja ryzyka	19
3. Aksjologia regulacji ryzyka	20
4. Granice interwencji w ramach regulacji ryzyka	22
5. Instrumenty regulacji ryzyka	24
Wnioski.....	27
Bibliografia.....	28
Część II Minimalizowanie ryzyka jako zadanie administracji publicznej.....	30
Zarządzanie ryzykiem jako zadanie kierowników organów administracji publicznej.....	31
Abstrakt	31
1. Cel i przedmiot badań.....	33
2. Literatura	35
3. Materiały i metody.....	37
4. Rezultaty	39
Wnioski.....	47
Bibliografia.....	49
Problematyka rozłożenia ryzyka w ramach inicjatywy lokalnej na przykładzie miasta Częstochowa	53
Abstrakt	53
Wstęp.....	54
1. Podstawa prawna	55
2. Etapy konstruowania uchwały dotyczącej inicjatywy lokalnej	57

3. Zadania publiczne realizowane w ramach inicjatywy lokalnej	63
4. Badania własne	65
Wnioski.....	74
Bibliografia.....	77
Ograniczanie ryzyka bankowego w regulacjach nadzoru mikro- ostrożnościowego i makroostrożnościowego	79
Abstrakt	79
Wprowadzenie	80
1. Pojęcie i rodzaje ryzyka bankowego	81
2. Ograniczanie ryzyka bankowego przez nadzór mikroostroż- nościowy	83
3. Ryzyko bankowe jako składnik ryzyka systemowego i jego ograniczanie przez nadzór makroostrożnościowy	95
Wnioski.....	100
Bibliografia.....	103
Wytyczne techniczne w sprawie środków bezpieczeństwa w branży łączności elektronicznej	107
Abstrakt	107
1. Uwagi wstępne	108
2. Działania Komisji Europejskiej mające na celu zwiększenie bezpieczeństwa sieci i informacji	108
3. Bezpieczeństwo sieci i informacji w świetle artykułu 13a Dyrek- tywy Ramowej dotyczącej łączności elektronicznej	111
4. Obszary i cele bezpieczeństwa sieci i informacji	113
5. Działania regulacyjne dotyczące nadzoru środków bezpieczeń- stwa.....	116
Wnioski.....	122
Bibliografia.....	123
Część III Ryzyko w funkcjonowaniu administracji publicznej i wybranych obszarach stosunków społecznych	125
Odtajnienie oferty przetargowej a ochrona <i>know-how</i> przedsiębiorcy.....	127
Abstrakt	127
Wprowadzenie	128
1. Tajemnica przedsiębiorstwa.....	129

2. Zasada jawności w zamówieniach publicznych	135
3. Tajemnica handlowa w świetle Dyrektywy 2014/24/UE.....	136
4. Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.....	137
5. Nieuprawnione zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa	142
Wnioski.....	148
Bibliografia.....	151
Ustawowe uregulowanie zawodu fizjoterapeuty a bezpieczeństwo	
zdrowotne pacjentów	154
Abstrakt	154
Wprowadzenie	155
1. Dostęp do wykonywania zawodu	157
2. Zakres czynności zawodowych	161
3. Ustawowe standardy wykonywania zawodu	163
4. Samorząd zawodowy fizjoterapeutów	166
Wnioski.....	169
Bibliografia.....	172
Mechanizmy regulacji cywilizacyjnych zjawisk zdrowotnych na	
przykładzie ustawy o zdrowiu publicznym.....	173
Abstrakt	173
Wprowadzenie	174
1. Istota zdrowia publicznego	175
2. Prawo ochrony zdrowia w Rzeczypospolitej Polskiej	180
3. Ustawa o zdrowiu publicznym	184
Wnioski.....	191
Bibliografia.....	193
Ryzyko degradacji krajobrazu związane z intensywnością procesu	
inwestycyjno-budowlanego. Zagadnienia prawno-administracyjne	196
Abstrakt	196
Wprowadzenie	197
1. Proces inwestycyjno-budowlany	197
2. Pojęcie krajobrazu	198
3. Krajobraz w ustawach materialnego prawa administracyjnego.....	203
Wnioski.....	209
Bibliografia.....	210

Ryzyko a zasada jawności w postępowaniu administracyjnym 212

Abstrakt	212
Wstęp	213
1. Pojęcie ryzyka.....	213
2. Rodzaje ryzyka o szczególnym znaczeniu dla administracji	214
3. Pojęcie zasad prawa.....	215
4. Pojęcie jawności	215
5. Zasada jawności w kodeksie postępowania administracyjnego – ryzyko wynikające z działań zgodnych z tą zasadą oraz próba rozwiązania problemu.....	216
Wnioski.....	225
Bibliografia.....	227

**Rygor natychmiastowej wykonalności decyzji administracyjnej jako
regulacja ryzyka..... 229**

Abstrakt	229
Wprowadzenie	230
1. Materiały i metody.....	230
2. Rezultaty.....	231
Wnioski.....	238
Bibliografia.....	239

Wprowadzenie

Działanie w warunkach niepewności oraz konieczność uwzględniania zdarzeń utrudniających lub uniemożliwiających osiągnięcie zaplanowanych celów w obszarze biznesu jest analizowane od wielu dekad. Zaowocowało to opracowaniem reguł i procedur zarządzania ryzykiem, które stały się nieodzownym elementem profesjonalnego prowadzenia działalności gospodarczej i przedmiotem badań nauk o zarządzaniu. Ryzyko jest obecne podczas podejmowania każdej działalności ukierunkowanej na osiągnięcie celu, oczywiście towarzyszy również działaniom ustawodawcy oraz administracji publicznej funkcjonującej zgodnie z rozwiązaniami normatywnymi regulującymi różne obszary życia społecznego.

Unikalnym celem tworzenia struktur organizacyjnych administracji publicznej i wyposażania jej w instrumenty działania jest zapewnienie wygodnych i bezpiecznych, odpowiadających potrzebom społecznym oraz poziomowi wiedzy warunków życia zbiorowego. Szczególnie dynamiczny rozwój nowych technologii, innowacyjność propozycji komercyjnych czy wreszcie globalizacja procesów gospodarczych prowadzą do równie dynamicznego rozwoju obszarów regulacji normatywnej, których celem jest redukcja zagrożeń związanych z tym rozwojem. Minimalizacja ryzyka w różnych obszarach życia społecznego odbywa się przy wykorzystaniu zróżnicowanego instrumentarium prawnego.

Warto zauważyć, że granice i sposób ingerencji organów administracji publicznej w sferę całej gospodarki, jak i poszczególnych jej sektorów określone są już teraz – z punktu widzenia przedsiębiorców – mianem tzw. ryzyka politycznego. Istotne jest więc, aby tworzyć takie ramy regulacyjne wykorzystujące administrację publiczną i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk, by nie generowały one nieuzasadnionych obciążeń i blokad oraz nadmiernego ryzyka dla różnych uczestników rynku oraz pozostałych obszarów życia społecznego.

Legislatorzy opracowujący regulacje wprowadzane do polskiego prawa administracyjnego oprócz typowych administracyjnych instrumentów

nakazowo/zakazowych¹ wynikających z „podejścia opartego na niebezpieczeństwie” (ang. *hazard-based approach*) wykorzystują również podejście oparte na ryzyku (ang. *risk-based approach*), np. przez wprowadzenie obowiązku opracowania procedur zarządzania ryzykiem indywidualnie dla każdej jednostki sektora finansów publicznych², a także stosują *soft law*, tj. „miękkie formy”, przez wskazywanie podmiotom nadzorowanym odpowiednich procedur zarządzania ryzykiem za pomocą rekomendacji, stanowisk czy wyjaśnień (*act or explain*)³.

W aktach normatywnych dostrzec także można coraz częstsze używanie pojęć z zakresu zarządzania ryzykiem. Sam termin „ryzyko” pojawia się w ustawach i rozporządzeniach z następującą częstotliwością: w latach 1946–1989 – w 15 aktach, w latach 1990–1999 – w 91 aktach, w latach 2000–2010 – w 548 aktach, w latach 2010–2018 – w 1224 aktach. Zauważalne jest również coraz częstsze wykorzystywanie sprawdzonych rozwiązań organizacyjnych opartych na standardach popularyzowanych przez organizacje branżowe⁴ oraz sukcesywne wprowadzanie do polskiego porządku prawnego – również poza obszarem prawa gospodarczego – instytucji inspirowanych ideami *New Public Management* w postaci audytu wymagającego analizy obszaru ryzyka (1998 r.)⁵ oraz kontroli zarządczej wymagającej wprowadzenia procedur zarządzania ryzykiem w jednostkach sektora finansów publicznych (2009 r.)⁶.

Wyraźna obecność tematyki związanej z ryzykiem w tekstach

1 Na przykład ustawa z 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (DzU 2008, nr 234, poz. 1570); ustawa z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (DzU 2005, nr 179, poz. 1485).

2 Na przykład ustawa o finansach publicznych z 27 sierpnia 2009 r. (tekst jedn. DzU 2017, poz. 2077); Komunikat Ministra Finansów z 6 grudnia 2012 r. Szczegółowe wytyczne dla sektora finansów publicznych w zakresie planowania i zarządzania ryzykiem (DzUrz MF 2012, poz. 56); Komunikat z 16 grudnia 2009 r. Standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych (DzUrz MF 2009, nr 15, poz. 84).

3 Na przykład w ustawie z 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (DzU 2015, poz. 1513 ze zm.).

4 International Organization for Standardization (ISO), <https://www.iso.org>; Federation of European Risk Management Associations (FERMA), <https://www.ferma.eu/>; Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO), <https://www.coso.org>; Standards New Zealand, www.standards.govt.nz. (dostęp: 10.10.2018).

5 Wprowadzony ustawą z 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (DzU 1998, nr 155, poz. 1014).

6 Wprowadzona ustawą z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. DzU 2017, poz. 2077).

aktów normatywnych wskazuje na rosnące znaczenie tej problematyki dla instytucjonalnych organizatorów życia zbiorowego, co uzasadnia tym samym sens podjęcia działań badawczych w przedmiotowym obszarze. Praca niniejsza zawiera teksty poświęcone zarówno prezentacji ogólnego kontekstu normatywnej regulacji ryzyka, jak i poszczególnych obszarów oraz sposobów regulacji ryzyka. Publikację rozpoczyna tekst stanowiący ogólne wprowadzenie do tematyki ryzyka i jego regulacji. W kolejnej części książki znalazły się opracowania zawierające analizy materiałów źródłowych, wyniki badań przeprowadzonych na ich podstawie oraz wnioski z nich wynikające. Ostatnia część wydawnictwa obejmuje prezentacje analiz tekstów normatywnych, które mogą stać się punktem wyjścia dla zaprojektowania interesujących badań empirycznych oceny, stanu rozpoznania ryzyka i reakcji normatywnej na określone konteksty zagrożeń.

Agata Jurkowska-Gomułka w tekście *Regulacja ryzyka – próba charakterystyki* stawia pytania dotyczące zakresu identyfikacji i selekcji ryzyka, które powinno być poddane regulacji, zasad dystrybucji ryzyka, granicy opresyjności ustawodawcy chroniącego interes publiczny przed ryzykiem oraz reguł wyznaczania granic interwencji w obszarze regulacji ryzyka w kontekście prawa Unii Europejskiej, której Polska jest członkiem. **Kamilla Kurczewska** w *Zarządzaniu ryzykiem jako zadaniu kierowników organów administracji publicznej* odpowiada na pytanie, czy i jak kierownicy organów administracji – funkcjonującej zasadniczo w paradygmacie wykonawczym – poradzili sobie z nałożonym od 2009 r. zadaniem kreatywnego przygotowania indywidualnych planów zarządzania ryzykiem w kierowanych jednostkach na podstawie odczytania abstrakcyjnych zaleceń wynikających ze źródeł pozanormatywnych, do których odsyła ustawa. **Marek Stych** w artykule *Problematyka rozłożenia ryzyka w ramach inicjatywy lokalnej na wybranym przykładzie* bada rodzaje ryzyka mogące się pojawić w przypadku zawarcia umowy pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego a liderami lokalnymi, którzy wystąpili z wnioskami o realizację danego zadania publicznego w ramach tzw. inicjatywy lokalnej, a także o standardy zarządzania ryzykiem w przypadku tej instytucji. **Katarzyna Kurzępa-Dedo** w *Ograniczaniu ryzyka bankowego w regulacjach nadzoru mikroostrożnościowego i makroostrożnościowego* stawia pytanie, czy oba rodzaje nadzoru są względem siebie komplementarne w redukcji ryzyka w sektorze bankowym, zarówno w zakresie kompetencji, jak i ustawowych

form działania. **Elżbieta Malecka** w *Wytycznych technicznych w sprawie środków bezpieczeństwa w branży łączności elektronicznej* dowodzi, że wystarczającą formą uregulowania kwestii środków bezpieczeństwa w branży łączności są właśnie wytyczne techniczne.

Anna Wójtowicz-Dawid w artykule *Odtajnienie oferty przetargowej a ochrona know-how przedsiębiorcy* próbuje odpowiedzieć na pytanie, czy odtajnienie oferty przetargowej – z uwagi na zasadę jawności postępowań związanych z zamówieniami publicznymi – nie narazi przedsiębiorcy na ryzyko naruszenia jego interesów. **Małgorzata Paszkowska** w tekście *Ustawowe uregulowanie zawodu fizjoterapeuty a bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów* zastanawia się, jak owa regulacja wpłynie na redukcję ryzyka zdrowotnego osób korzystających z usług fizjoterapeutów. **Sylwia Banaś-Mazur** w *Mechanizmach regulacji cywilizacyjnych zjawisk zdrowotnych na przykładzie ustawy o zdrowiu publicznym* sprawdza, czy możliwa jest redukcja ryzyka zdrowotnego na skutek realizacji przepisów tytułowej ustawy. **Katarzyna Sypnicka** w tekście *Ryzyko degradacji krajobrazu z uwagi na intensywność procesu inwestycyjno-budowlanego. Zagadnienia prawno-administracyjne* przedstawia wyniki analiz aktów normatywnych i stawia pytanie o skuteczność regulacji prawnych z zakresu ochrony krajobrazu wobec ryzyka degradacji krajobrazu. **Aleksandra Kędzior** w tekście *Ryzyko a zasada jawności w postępowaniu administracyjnym* analizuje ryzyko towarzyszące zachowywaniu się zgodnie lub niezgodnie z zasadą jawności. **Paulina Pawlak** i **Marcin Sidor** w *Rygorze natychmiastowej wykonalności decyzji administracyjnej jako regulacji ryzyka* prezentują wyniki analiz orzecznictwa i doktryny dotyczące art. 108 kodeksu postępowania administracyjnego, wykazując, iż ustawodawca za pomocą tej instytucji niweluje ryzyko narażenia na szkodę wartości chronionych w tym przepisie.

Podzielając pogląd wyrażony przez Agatę Jurkowską-Gomułkę w tekście wprowadzającym, iż: „(...) działania organów administracji, które mogą być kwalifikowane jako regulacja ryzyka, i pojawiające się w związku z tym problemy, wymuszają konieczność zagospodarowania tego pola rozwoju doktryny, zwłaszcza w odniesieniu do regulacji ryzyka przez polskiego ustawodawcę, w tym recepcji globalnych trendów regulacyjnych, jak

Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk również implementacji prawa unijnego w tym zakresie”⁷, mamy nadzieję, że niniejsza monografia stanie się pomocną pozycją w rozpoznawaniu tego obszaru badawczego.

***Kamilla Kurczewska
Katarzyna Kurzępa-Dedo***

⁷ A. Jurkowska-Gomułka, *Regulacja ryzyka – próba charakterystyki*, s. 20.

Część I

Ramy prawne regulacji współczesnych ryzyk

Dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie

Regulacja ryzyka – próba charakterystyki

Abstrakt

Autorka podejmuje próbę wskazania takich cech regulacji ryzyka, których swoistość pozwalałaby na uznanie jej za nową metodę regulacji. O ile jednak u podstaw regulacji ryzyka leży szczególna aksjologia, która pozwalałaby na postrzeganie jej jako odrębnej metody regulacji, o tyle wielość i różnorodność narzędzi, jakimi posługuje się prawodawca, podejmując interwencję zorientowaną na prewencję ryzyka cywilizacyjnego, wyklucza możliwość uznania regulacji ryzyka za szczególną metodę regulacji.

Słowa kluczowe: społeczeństwo ryzyka, regulacja ryzyka, aksjologia regulacji ryzyka

1. Regulacja ryzyka jako przedmiot badań

Regulacja ryzyka od niemal trzech dekad podlega zaawansowanej konceptualizacji w naukach społecznych, w tym w piśmiennictwie prawniczym. Początkowo badania przyjmowały przede wszystkim perspektywę bezpieczeństwa ludzi i towarów¹, z czasem dopiero pryzmatem badawczym stała się koncepcja ryzyka². Od 2010 roku z powodzeniem funkcjonuje na europejskim rynku wydawniczym periodyk naukowy „*European Journal of Risk Regulation*”³, stanowiący interdyscyplinarne forum wymiany poglądów między prawnikami, analitykami ryzyka i znawcami polityki publicznej w skali globalnej. Dorobek polskiej doktryny w tym zakresie jest jednak niewielki – tematyką tą zajmują się przede wszystkim polscy naukowcy osadzeni – czasowo lub na stałe – na uczelniach zagranicznych⁴. Zasięg interwencji prawodawcy, działania organów administracji, które mogą być kwalifikowane jako regulacja ryzyka, i pojawiające się w związku z tym problemy, wymuszają konieczność zagospodarowania tego pola rozwoju doktryny, zwłaszcza w odniesieniu do regulacji ryzyka przez polskiego ustawodawcę⁵, w tym recepcji globalnych trendów regulacyjnych, jak również implementacji prawa unijnego w tym zakresie.

1 Ch. Joerges, J. Falke, H. W. Micklitz, G. Brüggemeier, *European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards*, “EUI Working Papers LAW” 1991, nr 10–14

http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/46244/EUROPEAN_PROD_SAFETY_EUI_LAW_10-14_1991.pdf?sequence=1&isAllowed=y (dostęp: 29.01.2018).

2 E. Vos, *Three Decades of EU Risk Regulation Research*, “European Journal of Risk Regulation” 2017, vol. 8 (1), s. 47–51.

3 Redaktorem naczelnym czasopisma jest jeden z najbardziej znanych w świecie naukowców zajmujących się regulacją ryzyka – prof. Alberto Alemanno. Periodyk początkowo był wydawany przez Lexxion Publishers, od 2017 r. przez Cambridge University Press.

4 Mam tu na myśli m.in. dr. hab. Łukasza Gruszczyńskiego oraz dr. Karolinę Żurek i dr. Patrycję Dąbrowską-Kłosińską.

5 Zob. m.in. analizy polskiej legislacji w kontekście regulacji ryzyka: A. Surdej, K. Żurek, *Food safety in Poland: standards, procedures and institutions*, [w:] M. Everson, E. Vos (red.), *Uncertain risks regulated*, Rotledge–Cavendish 2012, s. 11–126; P. Dąbrowska, *The Polish regulatory system on GMOs: between EU influence and national nuances*, [w:] M. Everson, E. Vos (red.), *Uncertain risks...*, s. 207–226.

2. Społeczeństwo ryzyka a regulacja ryzyka

Ryzyko towarzyszyło człowiekowi od zawsze, od zawsze też człowiek starał się temu ryzyku w jakiś sposób przeciwdziałać, choćby budując tamy na rzekach. W odniesieniu do ryzyka występującego dawniej, które można określić jako ryzyko naturalne, nieprzewidywalna była jego skala, natomiast zakresu szkód powodowanych przez nie - można było doszacować. Obecnie zjawiska definiowane jako ryzykowne mogą często wywierać negatywne skutki, które trudno oszacować, zarówno co do skali, jak i co do charakteru. Współczesne ryzyko, definiowane jako ryzyko przemysłowe, wywodzące się z rozwoju technologicznego i naukowego, tworzy środowisko, którego istnienie dało niemieckiemu socjologowi Ulrichowi Beckowi powód dla określenia współczesnych społeczeństw jako „społeczeństw ryzyka”⁶. Procesy globalizacyjne i związane z nimi rozpowszechnianie i przenikanie się ryzyka pozwalają mówić o „globalnym społeczeństwie ryzyka” czy „społeczeństwie światowego ryzyka”⁷.

Społeczeństwo ryzyka oczekuje od państwa jakiejś reakcji, odpowiedzi na istniejące ryzyko. Reakcja ta może być dwojaka: po pierwsze, ustawodawca może skoncentrować się na eliminacji zidentyfikowanych niebezpieczeństw (ang. *hazard*), ryzyka o dużym prawdopodobieństwie zniszczenia się – jest to tak proste, że nie wymaga kalkulacji i analiz ryzyka, eliminacja ryzyka dokonuje się za pomocą przysłowiowego „ostrego cięcia”. Podejście oparte na niebezpieczeństwie (ang. *hazard-based approach*) nie jest jednak podejściem efektywnym, generuje ono zwykle duże koszty, jednocześnie hamując rozwój i prowadząc do swoistej „nadopiekuńczości”. Druga ścieżka odpowiedzi ustawodawcy na ryzyko, określana jako podejście oparte na ryzyku (ang. *risk-based approach*), posługuje się analizą ryzyka, co sprawia, że reakcja na ryzyko jest mniej automatyczna niż w przypadku pierwszego podejścia, bardziej ustrukturalizowana i dostosowana do prawdopodobieństwa rzeczywistego wystąpienia ryzyka. Nawet

6 U. Beck, *Społeczeństwo ryzyka. W drodze do innej nowoczesności*, Scholar, Warszawa 2002. Pierwsze niemieckie wydanie tej publikacji (*Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*) ukazało się w 1986 r. we Frankfurcie nad Menem.

7 U. Beck, *Społeczeństwo światowego ryzyka. W poszukiwaniu utraconego bezpieczeństwa*, Scholar, Warszawa 2012.

jeśli podejście oparte na ryzyku wydaje się co do zasady bardziej efektywne, to przeciwnicy takiego rozwiązania zwracają uwagę na niedostatki, niedoskonałość nauki co do definiowania wszystkich skutków postępu technologicznego, zwłaszcza w relacji człowiek–środowisko⁸. Brak możliwości ścisłego i pewnego naukowego definiowania efektów działania nowych technologii wynika nie tyle z ograniczoności ludzkiego umysłu, ile z tempa zmian. Obydwa podejścia, choć z przewagą tego drugiego, są obecne we współczesnej regulacji ryzyka.

Kwestią o fundamentalnym znaczeniu dla społeczeństw ryzyka jest identyfikacja i selekcja ryzyka, które powinno (musi?) być poddane regulacji. Wymaga to oparcia działań organów państwa na koncepcji analizy ryzyka obejmującej trzy etapy: ocenę ryzyka, zarządzanie ryzykiem i komunikowanie ryzyka. Niezbędna jest współpraca ze środowiskiem naukowym, w tym celu tworzy się w ramach administracji publicznej stanowiska głównych naukowców (ang. *chief scientist*)⁹. Wyboru priorytetów regulacji ryzyka nie ułatwia generowanie ryzyka także przez samo państwo, które finansuje prace badawczo-rozwojowe¹⁰.

3. Aksjologia regulacji ryzyka

W społeczeństwie ryzyka obok tradycyjnej dla społeczeństw przemysłowych dystrybucji bogactwa następuje również dystrybucja ryzyka – celem regulacji ryzyka pozostaje określenie zasad tej dystrybucji i to w sposób optymalny, co oznacza przede wszystkim minimalizację kosztów ochrony przed ryzykiem, jak również właściwy dla zakładanego celu dobór meto-

8 Zob. N. de Sadeleer, *The Risk of Risk Analysis*, "European Journal of Risk Regulation" 2017, vol. 8 (1), s. 28–32.

9 Zob. A. Alemanno, *What Role for a Chief Scientist in the European Union System of Scientific Advice?*, "European Journal of Risk Regulation" 2014, vol. 5 (3), s. 286–292. Aktualnie stanowisko takie funkcjonuje w strukturach administracji publicznej m.in. w Izraelu, Szkocji, Nowej Zelandii i USA. W Unii Europejskiej funkcję taką pełni High Level Expert Group of Scientific Advisors (Commission decision of 16.10.2015 on the setting up of the High Level Group of Scientific Advisors, Brussels, 16.10.2015 C(2015) 6946 final).

10 Ł. Gruszczyński, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law. A critical analysis of the SPS Agreement*, Oxford 2010, s. 19.

dy regulacji i jej narzędzi. Cel regulacji ryzyka można zdefiniować czworako: 1) zapobieganie powstawaniu ryzyka (przykładem mogą być przepisy z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy), 2) zapobieganie ziszczaniu się ryzyka zarówno w sferze (ogólno) społecznej/publicznej, jak i w sferze indywidualnej, 3) minimalizacja negatywnych skutków ziszczania się ryzyka, jeśli miało ono miejsce, 4) ustalenie zasad podziału ryzyka pomiędzy różne podmioty. Sposób realizacji wymienionych celów jest determinowany charakterem i rodzajem dóbr chronionych w ramach regulacji ryzyka. Nadrzędnym dobrem chronionym metodą regulacji ryzyka jest oczywiście bezpieczeństwo w rozmaitych (wszystkich możliwych?) wymiarach: bezpieczeństwo zdrowotne, bezpieczeństwo ekologiczne, bezpieczeństwo militarne, bezpieczeństwo żywnościowe, bezpieczeństwo ekonomiczne, bezpieczeństwo technologiczne. W problematyce definicyjnej regulacji ryzyka leży naturalnie ewentualne zawężenie katalogu dóbr chronionych przez przepisy prawa należące do obszaru określanego jako regulacja ryzyka. Trzeba jednak podkreślić, że za sztandarowe regulacje ryzyka uznaje się z jednej strony przepisy prawa żywnościowego, czy medycznego (chroniące zdrowie i życie), a z drugiej ostrożnościowe regulacje prawa finansowego (chroniące interesy ekonomiczne). Przy takiej rozbieżności interesów podlegających ochronie w ramach przepisów, które należy uznać za reprezentatywne dla regulacji ryzyka, nieuzasadnione wydaje się zawężanie tego pojęcia do aktów interwencji prawodawcy ukierunkowanych na ochronę wybranych tylko dóbr. Kategoria regulacji ryzyka obejmuje zatem wszelkie regulacje zorientowane na przeciwdziałanie i zapobieganie powstaniu i ziszczaniu się wszystkich rodzajów ryzyka we wszystkich sferach. W warunkach funkcjonowania społeczeństwa ryzyka ochronę przed ryzykiem należy postrzegać jako samoistną wartość, która powinna być uwzględniana w procesie stanowienia i stosowania prawa¹¹.

Regulacja ryzyka, polegająca na określaniu obowiązków różnorodnych podmiotów, działa zarówno na rzecz bezpieczeństwa publicznego (ogółu społeczeństwa), jak i bezpieczeństwa prywatnego (jednostki). Trudnością i wyzwaniem dla regulacji ryzyka jest nie tylko sprzeczność interesu jednostkowego i publicznego (budowanie bezpieczeństwa jednostki nieko-

11 Piszę o tym szerzej w: A. Jurkowska-Gomułka, *Ryzyko jako element determinujący aksjologię stanowienia prawa administracyjnego*, [w:] J. Zimmerman (red.), *Aksjologia prawa administracyjnego*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 451–462.

niecznie musi oznaczać budowanie bezpieczeństwa publicznego), lecz także sprzeczność różnych wymiarów bezpieczeństwa (bezpieczeństwo ekologiczne niekoniecznie idzie w parze z bezpieczeństwem energetycznym). Ustawodawca (regulator) jest zmuszony do ustanowienia pewnej hierarchii dóbr, jakie podlegają ochronie w ramach regulacji ryzyka: niewątpliwie dobrem najważniejszym pozostaje zdrowie i życie ludzi, kolejność pozostałych dóbr raczej trudno jest ustalić *a priori*. Dodatkowo regulacja ryzyka realizowana zazwyczaj poprzez system zakazów oraz ograniczeń praw i swobód z natury skutkuje konfliktem między dobrem chronionym a innymi „represjonowanymi” dobrami/ wartościami (klasyczny spór to np. ochrona zdrowia publicznego i swoboda działalności gospodarczej, czy ochrona zdrowia publicznego i swoboda wypowiedzi ograniczana poprzez zakazy reklamy).

Regulację ryzyka charakteryzują zatem podwójne – wewnętrzne i zewnętrzne – konflikty wartości. Podstawowych możliwości ich rozwiązania, a przynajmniej w miarę pokojowego przebiegu, należy upatrywać w zasadach konstytucyjnych: zasadzie proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji), zasadzie zrównoważonego rozwoju (art. 5 Konstytucji), a także w zasadach formułowanych w ustawach, np. w zasadzie prewencji i zasadzie przezorności w ustawie Prawo ochrony środowiska (art. 6 ust. 1 i 2).

4. Granice interwencji w ramach regulacji ryzyka

Problematyka zakresu interwencji ustawodawcy regulującego ryzyko musi być analizowana w dwóch aspektach: naruszenia praw podstawowych (fundamentalnych praw i wolności) i podziału kompetencji między państwami członkowskimi a Unią Europejską, która w znacznym zakresie inspirowuje krajowe ustawodawstwo z zakresu regulacji ryzyka.

W pierwszym ze wskazanych aspektów należy zadać sobie pytanie, jak dalece opresyjny może być ustawodawca chroniący interes publiczny (w postaci np. zdrowia publicznego) przed ryzykiem. Czy np. potrzeba ochrony przed negatywnymi skutkami palenia tytoniu wystarczająco legitymizuje wprowadzenie ustawowego zakazu palenia w miej-

scach publicznych? Czy względy bezpieczeństwa publicznego przemawiają za pozbawieniem jednostek prawa do prywatności i tajemnicy korespondencji? Dylematy tego rodzaju, podnoszone w każdej dyskusji nad projektami nowych regulacji, wydają się w znacznym zakresie „wygrane” przez klauzule interesu publicznego. Zasadność interwencji ustawodawców w zakresie różnorodnego ryzyka może wydawać się osłabiona wskutek niekonsekwencji, nawet hipokryzji twórców regulacji, którzy zatrzymują się w pół drogi, np. w zakresie regulacji ryzyka zwalczania palenia tytoniu ustawodawca nakłada na przedsiębiorców (producentów, ale i nadawców audiowizualnych) istotne ograniczenia związane z reklamą¹², nie zakazując jednocześnie sprzedaży produktów uznawanych za niebezpieczne, co w dużej mierze jest podyktowane gwarancją dochodów budżetowych. W wielu przypadkach regulację ryzyka postrzega się wręcz jako przejaw paternalizmu, czy też budowania państwa nadzoru (ang. *surveillance state*).

Drugim aspektem wyznaczania granic interwencji w obszarze regulacji ryzyka, przynajmniej jeśli chodzi o państwa członkowskie UE, jest podział kompetencji między państwa członkowskie a Unię Europejską. Konflikt ten najlepiej obrazują kolejne spory między instytucjami unijnymi a państwami członkowskimi odnoszącymi się do dyrektyw antytytoniowych¹³. W odniesieniu do ryzyka dla ludzkiego zdrowia spory między Unią Europejską a państwami członkowskimi wynikają w dużej mierze z tego, że art. 168 ust. 5 TFUE, wskazujący kompetencje UE w zakresie ochrony zdrowia, wyklucza możliwość wydawania przez UE przepisów harmonizujących (dyrektyw), w związku z czym dla dyrektyw antynikotynowych UE korzysta z podstawy prawnej w postaci art. 114 TFUE, kształtującej kompetencje prawodawcze UE w odniesieniu do rynku wewnętrznego. Spory wokół podstawy prawnej dla regulacji oddziałujących motywowanych ochroną zdrowia publicznego znacznie osłabiają legitymizację regulacji ryzyka na poziomie UE. Niewiele pomaga w rozwiązaniu tego konfliktu zasada subsydiarności, która powinna służyć rozstrzygnięciu takich

12 Por. Ustawa z 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (tekst jedn. DzU 2017, poz. 957, 2439).

13 Na przykład konflikt między UE a Polską o ważność tzw. nowej dyrektywy tytoniowej (dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/40/UE z 3 kwietnia 2014 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w sprawie produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych i powiązanych wyrobów oraz uchylająca dyrektywę 2001/37/WE (DzU UE L 127, s. 1). Zob. wyrok TS z 4 maja 2016 r., C-358/14 *Polska v. Parlament i Rada*, EU:C:2016:323.

konfliktów.

5. Instrumenty regulacji ryzyka

Charakterystykę regulacji ryzyka musi dopełnić omówienie metod i instrumentów regulacyjnych właściwych dla tego obszaru.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga to, że regulacje ryzyka mają charakter regulacji *ex ante*. Jednym z podstawowych rozwiązań legislacyjnych w odniesieniu do ryzyka jest wymóg uzyskania zgody organu administracji publicznej na wprowadzenie niebezpiecznego (generującego ryzyko) produktu. Dotyczy to produktów farmaceutycznych i wielu substancji chemicznych (np. nawozy). Tylko w przypadkach, gdy mamy do czynienia z zakazami (reklamy, sprzedaży) produktów uznawanych za niebezpieczne, regulacja ryzyka ma charakter regulacji *ex post*.

Regulacja ryzyka opiera się przede wszystkim na metodzie „nakaż i kontroluj” (ang. *command & control*), polegającej na ustanowieniu przez prawodawcę standardów bezpieczeństwa produktu, a następnie egzekwowaniu ich przestrzegania przez zobowiązane podmioty, głównie przedsiębiorców. Standardy bezpieczeństwa dotyczą przede wszystkim wprowadzania produktów na rynek, sposobu ich sprzedaży i reklamy, a także ich oznaczania (np. przepisy wymagające oznaczenia składu produktów, podania informacji o alergenach itd.). Brak przestrzegania norm skutkuje nałożeniem sankcji, głównie administracyjnych kar pieniężnych, ale także sankcji prawnych w postaci ograniczenia lub nawet pozbawienia wolności. Należy zaznaczyć, że część standardów z zakresu regulacji ryzyka jest standardami dowolnego stosowania.

Coraz większą rolę w zwalczaniu i minimalizowaniu ryzyka wydają się odgrywać instrumenty finansowe: głównie fiskalne, takie jak nakładanie podatków na produkty niebezpieczne dla zdrowia ludzkiego. Zakres obowiązków podatkowych w wielu państwach wykracza obecnie poza tradycyjnie objęte akcyzą alkohol i wyroby tytoniowe i rozszerza się na inne produkty, np. słodzone napoje gazowane czy tzw. żywność śmieciową (ang. *junk food*). Podatki takie wprowadzono m.in. w Danii, Francji i na Węgrzech. Ocena skuteczności instrumentów fiskalnych w eliminowaniu ryzy-

ka nie jest jednoznacznie pozytywna. Ekonomiści podkreślają, że w przypadku produktów, na które popyt charakteryzuje się niską elastycznością (czyli alkohol i papierosy), podatki nie wpływają na poziom konsumpcji. Z kolei podatki nałożone na inne niezdrowe produkty, takie jak np. napoje gazowane, faktycznie powodują wzrost cen produktów, a więc mogą przyczynić się do zmniejszenia konsumpcji. Tyle że drożeją produkty, które nabywane są głównie przez najmniej zamożne gospodarstwa domowe, a skutkiem wprowadzenia instrumentów fiskalnych może być dalsze ubożenie tych gospodarstw. Podatki są instrumentem prowadzącym do wielorakich skutków w wielu płaszczyznach, dlatego muszą być wyjątkowo rozważnie stosowane.

Odpowiedzią na zarzut paternalizmu jako cechy charakteryzującej regulację ryzyka są próby zastępowania tradycyjnych środków regulacyjnych, opartych na zakazie, metodą „motywowania” (ang. *nudging*), bazującą na dorobku nauk behawioralnych, polegającą na programowaniu zmian zachowań ludzi w sposób przewidywalny, choć nieangażujący ani zakazów ani szczególnych zachęt ekonomicznych¹⁴. W ramach „motywowania” państwo, poza zakazami i nakazami, stosuje również instrumenty motywacyjne, zachęty ukierunkowane na promowanie pożądaných (np. prozdrowotnych¹⁵, proekologicznych) zachowań przedsiębiorców i konsumentów (przykładem mogą być ułatwienia dla wytwórców tzw. zielonej energii). W przypadku zastosowania takich instrumentów motywacyjnych wobec przedsiębiorców konieczne jest zapewnienie ich zgodności z regulacjami pomocy publicznej.

Wreszcie należy zwrócić uwagę, że niektóre obszary gospodarki (rynki) posługują się wysoce wyspecjalizowanymi instrumentami regulacji ryzyka, właściwymi dla regulowanych stosunków społecznych. Jako przykład może służyć wypracowany dla produktów leczniczych instrument

14 Na motywowanie zwrócili uwagę przedstawiciele nurtu ekonomii behawioralnej. Zob. R. Thaler, C. Sunstein, *Nudge – Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, New Haven, CT 2008. Szczegółowo metodę motywowania w kontekście legislacyjnym omawia obszerna publikacja A. Alemanno, A.-L. Sibony, *Nudge and the Law. A European Perspective*, Bloomsbery Publishing, b.m.w. 2015. Zob. także P. Guldborg Hansen, A. Maaløe Jespersen, *Nudge and the Manipulation of Choice. A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*, “European Journal of Risk Regulation” 2013, vol. 4 (1), s. 2–27.

15 Por. np. A. Alemanno, *Nudging Smokers - The Behavioural Turn of Tobacco Risk Regulation*, “European Journal of Risk Regulation” 2012, vol. 3 (1), s. 32–42.

dzielenia ryzyka, regulowany art. 11 ust. 5 ustawy z 12 maja 2011 roku o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz wyrobów medycznych¹⁶.

Cele regulacji ryzyka realizowane są zarówno na poziomie prawodawczym, jak i na poziomie wykonawczym, w drodze działań organów administracji, zazwyczaj administracji wyspecjalizowanej. Uprawniony wydaje się wniosek, że w związku z wysoką „specjalizacją” ryzyk, organy administracji zaangażowane w regulację ryzyka, w tym we wdrażanie przepisów i w kreowanie polityki zwalczania, zapobiegania i minimalizowania ryzyka w określonych sferach, muszą być również silnie wyspecjalizowane. Co więcej, niektóre narzędzia regulacji ryzyka, np. wymieniony instrument dzielenia ryzyka z ustawy o refundacji leków, zakładają współpracę wielu aktorów: organów administracji i podmiotów prywatnych.

Uwagę zwraca, że wielość celów regulacji ryzyka, różnorodność form oddziaływania państwa na tworzenie, zapobieganie czy minimalizację ryzyka sprawia, iż regulacji ryzyka nie da się zamknąć wyłącznie w ramach jednej dziedziny prawa, choć niewątpliwie w zdecydowanej większości instrumenty regulacji ryzyka mają charakter administracyjnoprawny. Nie istnieją też specjalne instrumenty czy formy działania administracji, które byłyby właściwie dla regulacji ryzyka. Jest to jeden z koronnych, moim zdaniem, argumentów kontrujących wyodrębnienie ryzyka jako jakiejś specyficznej, odrębnej dziedziny prawa. Specyfika regulacji ryzyka wynika przede wszystkim z jej celu oraz okoliczności powstania.

Należy wreszcie zaznaczyć, że charakter dóbr podlegających ochronie w drodze regulacji ryzyka przemawia za tym, aby ochrona ta była realizowana także za pomocą działań innych niż przepisy prawa, czy to *quasi*-prawnych (np. samoregulacja, kodeksy branżowe, kodeksy etyczne), czy faktycznych, realizowanych zarówno przez podmioty publiczne (np. finansowanie i realizacja programów prewencji ryzyka), jak i prywatne (np. zjawisko „ogrodnictwa miejskiego”, ang. *city-gardening*).

16 Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz wyrobów medycznych (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1844).

Wnioski

Coraz częściej niektóre normy prawne (ale i powiązane z nimi działania organów administracji) określane są mianem regulacji ryzyka. Jeśli do zbioru tych norm włączymy przepisy prawa bankowego i ubezpieczeniowego, okazuje się on dosyć pokaźny. Regulacja ryzyka to zbiór przepisów, u którego podstaw leży jednorodnie definiowany cel, jakim jest ochrona przed ziszczeniem się ryzyka (zapobieganie ryzyku) oraz minimalizacja ryzyka.

Definiowanie regulacji ryzyka jako szczególnej metody regulacji stosunków społecznych byłoby – *nomen omen* – ryzykowne, nie pozwala na to wielość i różnorodność narzędzi służących regulacji ryzyka.

Niemniej jednak mamy do czynienia ze swoistą emancypacją fascynującego obszaru badań prawnych, otwartego na współpracę z innymi dyscyplinami naukowymi.

Bibliografia

Alemanno A., *Nudging Smokers – The Behavioural Turn of Tobacco Risk Regulation*, “European Journal of Risk Regulation” 2012, vol. 3 (1).

Alemanno A., Sibony A.-L., *Nudge and the Law. A European Perspective*, Bloomsbury Publishing, b.m.w., 2015.

Alemanno A., *What Role for a Chief Scientist in the European Union System of Scientific Advice?*, “European Journal of Risk Regulation” 2014, vol. 5 (3).

Beck U., *Spoleczeństwo ryzyka. W drodze do innej nowoczesności*, Scholar, Warszawa 2002.

Beck U., *Spoleczeństwo światowego ryzyka. W poszukiwaniu utraconego bezpieczeństwa*, Scholar, Warszawa 2012.

Dąbrowska P., *The Polish regulatory system on GMOs: between EU influence and national nuances*, [w:] M. Everson, E. Vos (red.), *Uncertain risks regulated*, Rotledge, Cavendish 2012.

de Sadeleer N., *The Risk of Risk Analysis*, “European Journal of Risk Regulation” 2017, vol. 8 (1).

Gruszczyński Ł., *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law. A critical analysis of the SPS Agreement*, Oxford Scholarship Online, Oxford 2010.

Hansen P.G., Jespersen A.M., *Nudge and the Manipulation of Choice. A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*, “European Journal of Risk Regulation” 2013, vol. 4 (1).

Joerges Ch., Falke J., Micklitz H.W., Brüggemeier G., *European Product Safety, Internal Market Policy and the New Approach to Technical Harmonisation and Standards*, “EUI Working Papers LAW” 1991, nr 10–14.

Jurkowska-Gomułka A., *Ryzyko jako element determinujący aksjologię stanowienia prawa administracyjnego*, [w:] J. Zimmerman (red.), *Aksjologia prawa administracyjnego*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Surdej A., Żurek K., *Food safety in Poland: standards, procedures and institutions*, [w:] M. Everson, E. Vos (red.), *Uncertain risks regulated*, Rotledge, Cavendish 2012.

Thaler R., Sunstein C., *Nudge – Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, Yale University Press, New Haven, CT, 2008.

Vos E., *Three Decades of EU Risk Regulation Research*, “European Journal of Risk Regulation” 2017, vol. 8 (1).

Akty prawne

Ustawa z 9.11.1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu

i wyrobów tytoniowych (tekst jedn. DzU 2018, poz. 1446, 2227).

Ustawa z 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz wyrobów medycznych (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1844).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/40/UE z 3.04.2014 roku *w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich w sprawie produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych i powiązanych wyrobów oraz uchylająca dyrektywę 2001/37/WE* (DzU L 127).

Orzecznictwo

Wyrok TS z 4.05.2016 r., C-358/14 *Polska v. Parlament i Rada*, EU:C:2016:323

Część II

Minimalizowanie ryzyka jako zadanie administracji publicznej

Dr Kamilla Kurczewska
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie

Zarządzanie ryzykiem jako zadanie kierowników organów administracji publicznej

Abstrakt

Zarządzanie ryzykiem – zgodnie ze standardami i wytycznymi, do których odsyła ustawa o finansach publicznych z 27 sierpnia 2009 r.¹ w art. 69 – jest od 2009 roku indywidualnym obowiązkiem kierownika każdej jednostki sektora finansów publicznych. Odesłanie w ustawie do źródeł wiedzy innych niż normatywne oraz pozostawienie swobody wyboru rozwiązań w kontekście dominującej kultury wykonywania przepisów było odważną decyzją. Dlatego podstawowym celem badań referowanych w tekście uczyniłam wstępne rozpoznanie, czy wprowadzenie tak dużej jakościowej zmiany sposobu działania (wymóg kreatywności w miejsce ścisłego przestrzegania ustanowionych reguł) można uznać za adekwatną i skuteczną metodę wprowadzania zmian w polskiej administracji publicznej, zwłaszcza w zakresie działań stanowiących całkowite *novum*, tj. identyfikacji oceny i wyboru metod niwelacji ryzyka. Efektem badań jest wniosek, iż mimo upływu 10 lat zarządzanie ryzykiem stanowi dla wielu jednostek problem, i wiele jednostek wskazuje na brak podstawowych, jednoznacznych, faktycznie wspierających zapisów aktów obowiązującego prawa oraz brak należytego systemu szkoleń. Wyniki badań uprawniają do twierdzeń, że 1) przerzucenie pełnej odpowiedzialności za kształt zmian na kierowników jednostek sektora finansów publicznych (JSFP) nie było rozwiązaniem dostosowanym do warunków funkcjonowania polskiej administracji; 2) niezbędne jest podjęcie wysiłku opracowania ram normatywnych (w formie przepisów obowiązującego prawa), które sprowadzą do

¹ Tekst jedn. Dz.U. 2017, poz. 2077.

minimum obszar niepewności, przynajmniej w aspektach formalnych (dotyczących koniecznych etapów postępowania w procesie zarządzania ryzykiem i tworzenia dokumentów jako produktów informacyjnych tych etapów) w taki sposób, aby nie uległa zniweczeniu istota zmiany wprowadzonej w 2009 roku, tj. możliwości maksymalnego wykorzystania spostrzegawczości, wiedzy organizacyjnej i talentów pracowników administracji.

Słowa kluczowe: zarządzanie ryzykiem, administracja publiczna, zadania kierowników organów administracji publicznej

1. Cel i przedmiot badań

Interpretacja tekstów obowiązujących aktów normatywnych prowadzi do wniosku, że administracja publiczna została w nich opisana jako struktura organizacyjna niemal wyłącznie wykonawcza, skoncentrowana na realizacji zadań według procedur określonych przepisami, urzędnicy zaś są odpowiedzialni jedynie za zgodność działań z przepisami. Ciężar odpowiedzialności za rozpoznanie sytuacji, projektowanie rozwiązań oraz identyfikację ryzyka implikowanych przez te rozwiązania spoczywa zasadniczo na legislatorach, wspomaganych w procedurze legislacyjnej regułami i standardami dotyczącymi sporządzania oceny skutków regulacji².

Obraz administracji przedstawiony w ustawodawstwie ulega jednak sukcesywnej, wielokierunkowej zmianie, czego przykładem jest ustawa o finansach publicznych z 2009 roku, opracowana w duchu *New Public Management*³, która nakłada na kierowników wszystkich jednostek sektora finansów publicznych (w tym kierowników organów administracji) obowiązki twórczego oraz samodzielnego zorganizowania struktur i działań w celu identyfikacji i niwelacji ryzyka niewykonania zadań. Tym rozwiązaniem organizacyjnym stworzono warunki zwiększające prawdopodobieństwo rozpoznania sytuacji konkretnych jednostek wykonujących zadania z zakresu administracji publicznej i doboru zindywidualizowanych środków zarządzania ryzykiem. Ryzyko i zarządzanie ryzykiem jest zdefiniowane w dokumentach, do których odsyła ustawa o finansach publicznych w art. 69⁴. **Ryzyko** według tych definicji oznacza cechę opisującą możliwość zaistnienia zdarzenia, które będzie miało wpływ na realizację założonych celów, **zarządzanie ryzykiem** zaś oznacza procedury i politykę oraz skoordynowane działania, które poprzez identyfikację i analizę ryzyka oraz określanie adekwatnych reakcji na ryzyko zwiększają prawdopodo-

2 Termin „ryzyko” w ustawach i rozporządzeniach występuje: w latach 1946–1989 w 15 aktach, w latach 1990–1999 w 91 aktach, w latach 2000–2010 w 548 aktach, w latach 2010–2018 w 1224 aktach.

3 Por. brzmienie art. 68 ust. 1 u.f.p.

4 Ustawa o finansach publicznych z 27 sierpnia 2009 r. (tekst jedn. DzU 2017, poz. 2077) i Komunikat MF z 6 grudnia 2012 roku. Szczegółowe wytyczne dla sektora finansów publicznych w zakresie planowania i zarządzania ryzykiem (DzUrz MF, 2012, 56) oraz komunikat z 16 grudnia 2009 roku Standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych (DzUrz MF, 2009, 15.84).

bieństwo osiągnięcia celów i realizacji zadań. Opracowanie sposobów postępowania z ryzykiem, na podstawie wskazań wynikających ze standardów i wytycznych przygotowanych przez Ministerstwo Finansów oraz innych dokumentów, jest indywidualnym obowiązkiem kierownika każdej jednostki sektora finansów publicznych.

Wspomniane odesłanie w ustawie do źródeł wiedzy innych niż normatywne oraz pozostawienie swobody wyboru rozwiązań w kontekście dominującej kultury wykonywania przepisów było odważną decyzją. Dlatego podstawowym celem badań referowanych w niniejszym tekście uczyniłam wstępne rozpoznanie, czy wprowadzenie tak dużej jakościowej zmiany sposobu działania (wymóg kreatywności w miejsce ścisłego przestrzegania ustanowionych reguł) można uznać za adekwatną i skuteczną metodę wprowadzania zmian w polskiej administracji publicznej, zwłaszcza w zakresie działań stanowiących całkowite *novum*, tj. identyfikacji oceny i wyboru metod niwelacji ryzyka⁵.

Nawet pobieżne przejrzanie wyników kontroli i badań ankietowych przeprowadzonych m.in. przez Departament Audytu Sektora Finansów Publicznych Ministerstwa Finansów pokazuje wyraźnie, jak trudnym zadaniem dla osób dotychczas funkcjonujących w paradygmacie wykonawczym stało się wprowadzenie zasad kreatywnej analitycznej i organizatorskiej działalności na podstawie odczytania abstrakcyjnych zaleceń wynikających z wielu różnych źródeł i dopasowania ich do codziennych kontekstów działania konkretnych jednostek. Sądzę, że wyniki badań upoważniają do twierdzenia o niedopasowaniu takiego sposobu wprowadzania zmian w funkcjonowaniu polskiej administracji publicznej⁶ w analizowanym obszarze, które wymaga nagłego przyjęcia nowej roli, a także pełnej odpowiedzialności za kształt proponowanych rozwiązań, zarówno formalnych, jak i materialnych.

5 Obowiązek szacowania ryzyka niewykonania zadań i wyznaczania obszarów podwyższonego zagrożenia wprowadzono co prawda już w roku 2001, ale tylko w zakresie ograniczonym dla celów audytu.

6 Również zgodnie z wnioskami NIK „wyniki kontroli wskazują na potrzebę ponownego rozważenia koncepcji całego systemu kontroli zarządczej oraz audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego wprowadzonego UFP, ponieważ w aktualnym kształcie nie przynosi oczekiwanych korzyści oraz przy obecnym podejściu nie daje takich szans w przyszłości” (*Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania kontroli zarządczej w jednostkach samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem audytu wewnętrznego*, Delegatura w Gdańsku, NIK, Gdańsk 2011, s. 11.

Ocena adekwatności i skuteczności wprowadzaniu nowego paradygmatu działania jest istotna nie tylko w kontekście akcji z 2009 roku, lecz także w kontekście zmian jakościowych czekających administrację publiczną w bardzo bliskiej przyszłości, związanych z tworzeniem rozwiązań organizacyjnych odpowiadających oczekiwaniom społeczeństwa funkcjonującego w coraz większym zakresie w środowisku zdigitalizowanej informacji i używającym sposobów komunikacji właściwych dla tego środowiska⁷.

2. Literatura

Wśród zagadnień omawianych w literaturze można wyróżnić kilka obszarów tematycznych, z których podstawowy jest obszar wsparcia merytorycznego. Należą do niego Standardy i Wytyczne wskazywane w Komunikatach MF⁸ oraz literatura omawiająca proces identyfikacji oceny i sposobów zarządzania ryzykiem w jednostkach finansów publicznych. Na szczególną uwagę zasługują opracowania Agaty Kumpiałowskiej *Skuteczne zarządzanie ryzykiem a kontrola zarządcza w sektorze publicznym. Ocena ryzyka w ramach kontroli zarządczej*⁹ oraz *Praktyczne narzędzia zarządzania ryzykiem w jednostkach sektora publicznego*¹⁰ oraz *Zarządzanie ryzykiem w działalności jednostek samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem ryzyka katastroficznego* Marietty Janowicz-Lomott, Marii Jastrzębskiej i Krzysztofa Łyskawy¹¹ oraz opracowania pod redakcją Dariusza Wróblewskiego *Zarządzanie ryzykiem – przegląd wybranych me-*

7 Por. raport *Spółeczeństwo informacyjne w Polsce. Wyniki badań statystycznych z lat 2013–2017*, GUS, Warszawa 2017.

8 Standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych: komunikat z 16 grudnia 2009 r. (DzUrz MF 2009, nr 15, poz. 84) oraz komunikat z 6 grudnia 2012 r. *Szczegółowe wytyczne dla sektora finansów publicznych w zakresie planowania i zarządzania ryzykiem* (DzUrz MF 2012, poz. 56).

9 A. Kumpiałowska, *Skuteczne zarządzanie ryzykiem a kontrola zarządcza w sektorze publicznym. Ocena ryzyka w ramach kontroli zarządczej*, C.H. Beck, Warszawa 2011.

10 *Eadem*, *Praktyczne narzędzia zarządzania ryzykiem w jednostkach sektora publicznego*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

11 M. Janowicz-Lomott, M. Jastrzębska, K. Łyskawa, *Zarządzanie ryzykiem w działalności jednostek samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem ryzyka katastroficznego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014.

todyk¹², *Zagadnienia ogólne z zakresu zarządzania ryzykiem i zarządzania kryzysowego*¹³ i *Przegląd wybranych dokumentów normatywnych z zakresu zarządzania kryzysowego i zarządzania ryzykiem wraz z leksykonem*¹⁴.

Zarządzanie ryzykiem w kontekście planowania strategicznego, tworzenia i wykonywania budżetu zadaniowego również stanowi ważny obszar tematyczny, którym zajmowali się m.in. Jacek Strojny¹⁵ i Halina Świeboda¹⁶ oraz Stanisław Kasiewicz i Błażej Lepczyński¹⁷.

Stosunkowo liczne publikacje poświęcone są wsparciu zarządzania ryzykiem w konkretnych obszarach administracji w szkołach wyższych, w opiece zdrowotnej, w placówkach oświatowych i w urzędach skarbowych¹⁸ oraz kwestiom związanym ze szczególnymi cechami zarządzania ryzykiem w podmiotach publicznych.

Z perspektywy celu badań istotne są przede wszystkim opracowania zawierające opisy badań empirycznych dotyczących sposobów zarządzania ryzykiem w jednostkach administracji publicznej i wnioski z nich wynikające, które omówione są w kolejnej części artykułu.

12 D. Wróblewski (red.), *Zarządzanie ryzykiem – przegląd wybranych metodyk*, Wydawnictwo CNBOP-PIB, Józefów 2015.

13 D. Wróblewski (red.), *Zagadnienia ogólne z zakresu zarządzania ryzykiem i zarządzania kryzysowego*, Wydawnictwo CNBOP-PIB, Józefów 2014.

14 D. Wróblewski (red.), *Zagadnienia ogólne z zakresu zarządzania ryzykiem i zarządzania kryzysowego, Przegląd wybranych dokumentów normatywnych z zakresu zarządzania kryzysowego i zarządzania ryzykiem wraz z leksykonem*, Wydawnictwo CNBOP-PIB, Józefów 2014.

15 J. Strojny, *Orientacja zadaniowa, budżetowanie zadaniowe i kontrola zarządcza wyzwania dla zarządzania JST*, [w:] M. Siemiński, K. Krukowski (red.), *Tendencje w zarządzaniu organizacją publiczną*, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2015.

16 H. Świeboda, *Zarządzanie ryzykiem jako system monitoringu poziomu mierników w budżecie zadaniowym*, [w:] B. Lubas, D. Hryszkiewicz, M. Borowik (red.), *Kierunki doskonalenia koncepcji zarządzania organizacją publiczną teoria i praktyka*, WSPol, Szczytno 2016.

17 S. Kasiewicz, B. Lepczyński, *Monitorowanie ryzyka jako narzędzie zarządzania strategicznego*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2011, nr 38.

18 A. Zbaraszewska, *Analiza ryzyka na potrzeby kontroli zarządczej w placówkach oświatowych*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2016, nr 6 (84), cz. 1; S. Morawska, J. Nikšcin, *Zarządzanie ryzykiem jako element kontroli zarządczej na przykładzie publicznej szkoły wyższej*, [w:] P. Pisarewicz, P. Galiński, *Zarządzanie ryzykiem i wartością organizacji: współczesne wyzwania*, Wydział Zarządzania UG, Sopot 2016; J. Łukomska-Szarek, *Ewaluacja ryzyka w systemie kontroli zarządczej oświatowej jednostki budżetowej*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2016, nr 6 (84), cz. 1.

3. Materiały i metody

Podstawowe materiały, dzięki którym ustaliłam stopień rozpoznania nowych obowiązków i tym samym skuteczności omawianej regulacji, to przede wszystkim sprawozdania roczne Ministerstwa Finansów Publicznych dotyczące funkcjonowania audytu wewnętrznego i kontroli zarządczej w jednostkach sektora finansów publicznych z roku 2010¹⁹, 2011²⁰ i 2012²¹ oraz oświadczenia o stanie kontroli zarządczej składane przez ministrów kierujących działami administracji rządowej, jak również zbiorcze zestawienia informacji zawartych w tych oświadczeniach z roku 2015²², 2013²³, 2012²⁴, 2011²⁵, za rok 2010²⁶ oraz wyniki badań ankietowych przeprowadzonych przez ministerstwo w latach 2011²⁷, 2012²⁸ i 2016²⁹.

Materiałem, który stał się podstawą ustaleń, są również informacje o wynikach kontroli przeprowadzonych przez Najwyższą Izby Kontroli

19 *Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2010 roku*, Departament Audytu Sektora Finansów Publicznych Ministerstwa Finansów (dalej: DASFP), 2011.

20 *Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2011 roku*, DASF MF, 2012.

21 *Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2012 roku*, DASF MF, 2013.

22 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2015 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, Warszawa, Departament Polityki Wydatkowej Ministerstwa Finansów (dalej: DPW MF), 2016.

23 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2013 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, Warszawa, DASFP MF, 2014.

24 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2012 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, Warszawa, DASFP MF, 2013.

25 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2011 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, Warszawa, DASFP MF, 2012.

26 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2010 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, Warszawa, DASFP MF, 2011.

27 *Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w jednostkach samorządu terytorialnego z zakresu wybranych zagadnień kontroli zarządczej*, DASFP, 2012.

28 *Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w jednostkach samorządu terytorialnego z zakresu wybranych zagadnień kontroli zarządczej w 2012 roku*, DASFP, 2013; *Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w ministerstwach i jednostkach w działach z zakresu wybranych zagadnień funkcjonowania kontroli zarządczej w 2012 roku*, DASFP, 2013.

29 *Ocena funkcjonowania kontroli zarządczej i prowadzenia audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego*, MF, 2016. Informacje o ocenie kontroli zarządczej w 2017 i 2018 r. nie zostały udostępnione do listopada 2018 r.

w latach 2010³⁰, 2011³¹ i 2014³² oraz analiza wystąpień pokontrolnych Najwyższej Izby Kontroli dotyczących funkcjonowania audytu wewnętrznego w systemie kontroli zarządczej opracowana przez Departament Audytu Sektora Finansów Publicznych³³.

Ważny materiał stanowią również publikacje autorów referujące wyniki badań prowadzonych w ramach projektu: Zintegrowany system budowy planów zarządzania kryzysowego w oparciu o nowoczesne technologie informatyczne³⁴, oraz Zarządzanie ryzykiem w działalności jednostek samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem ryzyka katastroficznego³⁵, jak również publikacje wyników badań Piotra Sołtyka³⁶, Olgi Martyniuk³⁷, Adama Niedzielskiego³⁸ oraz Beaty Zalewskiej³⁹.

30 *Funkcjonowanie kontroli zarządczej oraz audytu wewnętrznego w gminach województwa pomorskiego*, NIK, 2010.

31 *Funkcjonowanie kontroli zarządczej w jednostkach samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem audytu wewnętrznego*, NIK, 2011.

32 *Adekwatność i efektywność systemu kontroli zarządczej w wybranych jednostkach administracji rządowej*, NIK, 2015.

33 *Analiza wystąpień pokontrolnych Najwyższej Izby Kontroli dotyczących funkcjonowania audytu wewnętrznego w systemie kontroli zarządczej*, DASFP, 2012.

34 Projekt NCBiR nr DOBR/0016/R/ID2/2012/03, w którego ramach powstały m.in.: D. Wróblewski (red.), *Przegląd wybranych dokumentów normatywnych z zakresu zarządzania kryzysowego i zarządzania ryzykiem wraz z leksykonem*, CNBOP-PIB, Józefów 2014; D. Wróblewski (red.), *Zagadnienia ogólne z zakresu zarządzania ryzykiem i zarządzania kryzysowego – analiza wybranych przepisów*, CNBOP-PIB, Józefów 2014; D. Wróblewski (red.), *Zarządzanie ryzykiem – przegląd wybranych metodyk*, CNBOP-PIB, Józefów 2015.

35 Projekt NCN nr N113 360740, w którego ramach powstała: M. Janowicz-Lomott, M. Jastrzębska, K. Łyskawa, *Zarządzanie ryzykiem w działalności jednostek samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem ryzyka katastroficznego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014.

36 P. Sołtyk, *Kontrola zarządcza jako instrument nowoczesnego zarządzania w samorządzie terytorialnym*, [w:] M. Żukowski (red.), *Sektor Finansów publicznych a rozwój gospodarczy. Problemy i dylematy*, KUL, Lublin 2017; P. Sołtyk, *Determinanty działania kontroli zarządczej w wybranych jednostkach samorządu terytorialnego województwa świętokrzyskiego: wyniki badań empirycznych*, „Nierówności Społeczne a wzrost gospodarczy” 2017, nr 49.

37 O. Martyniuk, *Zarządzanie ryzykiem w jednostkach sektora finansów publicznych – wyniki badań empirycznych*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2014, nr 72.

38 A. Niedzielski, *Dojrzałość systemów zarządzania w jednostkach samorządu terytorialnego*, [w:] M. Cwiklicki, (red.), *Systemowe zmiany w funkcjonowaniu polskiego samorządu terytorialnego*, Uniw. Ekonomiczny w Krakowie. Małopolska Szkoła Administracji Publicznej, Kraków 2015.

39 B. Zalewska, *Rola audytu wewnętrznego i kontroli zarządczej w szacowaniu ryzyka prowadzonej działalności w jednostkach samorządu terytorialnego*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 87.

Wymienione materiały przeanalizowałam w celu odnalezienia informacji, które stały się podstawą sformułowania odpowiedzi, do jakiego stopnia opisany sposób wprowadzania zmiany był skuteczny, tj. w ilu przypadkach opisanych w wyżej wymienionych materiałach stwierdzono niewdrożenie, wdrożenie niepełne lub błędy we wdrożeniu systemu zarządzania ryzykiem, oraz czy można stwierdzić, iż w kolejnych latach błędy i braki były eliminowane i jakie okoliczności są najczęściej wskazywane jako powody niepowodzenia we wdrażaniu systemu zarządzania ryzykiem.

4. Rezultaty

Analiza wykazała stwierdzony **brak wdrożenia, niepełne wdrożenie lub błędy we wdrożeniu procedur zarządzania ryzykiem** w zasadzie we wszystkich analizowanych dokumentach.

W 2010 roku w **żadnej** (na 6) z jednostek gmin województwa pomorskiego kontrolowanych przy ustanawianiu procedur w ramach systemu kontroli wewnętrznej (zarządczej) nie uwzględniono standardów zarządzania ryzykiem i nie prowadzono udokumentowanej identyfikacji ryzyka, ich analizy oraz nie określono rodzaju reakcji w stosunku do ryzyka istotnego⁴⁰. Według wniosków z badania ankietowego (17 jednostek) z roku 2010⁴¹ oraz oświadczenia o stanie kontroli zarządczej z roku 2010 (17 jednostek)⁴², również stwierdzono w wielu jednostkach (odpowiednio 12 i 12) brak formalnego systemu zarządzania ryzykiem i regulacji wewnętrznych w tym zakresie. Według wniosków z NIK dotyczących funkcjonowania kontroli zarządczej w jednostkach samorządu terytorialnego w 2011 roku, projektowane systemy kontroli w niepełnym zakresie uwzględniały standardy kontroli zarządczej (liczba kontrolowanych jednostek 21). Brak

40 *Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania kontroli wewnętrznej (zarządczej) oraz audytu wewnętrznego w wybranych gminach województwa pomorskiego*, NIK, Gdańsk 2010, s. 24.

41 *Audit wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2010 roku*, DA4/4094/1/2011/SUR/1413, Ministerstwo Finansów, Warszawa, listopad 2011, s. 39.

42 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2010 rok złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej...*, s. 2.

zarządzania ryzykiem stwierdzono w 19 urzędach⁴³. Z kolei podczas badania jednostek samorządu terytorialnego w zakresie celów i zarządzania ryzykiem⁴⁴ (2 561 jednostek) tylko 30% ankietowanych potwierdziło, że zarządza ryzykiem, 8% stwierdziło, że nie zarządza tym obszarem, a 12,9% nie potrafiło nawet dokonać takiej oceny⁴⁵. W opinii niemal połowy ankietowanych w trakcie przeprowadzanych kontroli zewnętrznych nie był badany żaden z elementów kontroli zarządczej: a) środowisko wewnętrzne, b) cele i zarządzanie ryzykiem, c) mechanizmy kontroli, d) informacja i komunikacja, e) monitorowanie i ocena⁴⁶. Ponadto w roku 2011 w 18 jednostkach stwierdzono zastrzeżenia wobec: braku zidentyfikowanego ryzyka lub opracowanej polityki zarządzania ryzykiem, braku formalnego systemu zarządzania ryzykiem i regulacji wewnętrznych w tym zakresie w jednostkach w dziale oraz braku dostatecznego dokumentowania procesu zarządzania ryzykiem⁴⁷.

W badaniu ankietowym przeprowadzonym w roku 2012 w ministerstwach stwierdzono, że tylko 14 ministerstw dysponowało opisanymi zasadami zarządzania ryzykiem⁴⁸, a niezakończenie procesów wdrażania systemów zarządzania ryzykiem (brak polityki bezpieczeństwa, brak dokumentowania tego procesu oraz brak identyfikacji i oceny ryzyka) zadeklarowano w oświadczeniu o stanie kontroli za 2012 r. w 12 (na 18 analizowanych) jednostkach⁴⁹. W dokumencie tym podniesiono nieefektywny sposób funkcjonowania procesu zarządzania ryzykiem, brak skutecznego monitoringu realizowania celów i zadań przez jednostki podległe/nadzorowane, a zwłaszcza niewystarczające powiązanie zarządzania ryzykiem z realizacją celów i zadań wynikających z planów działalności jednostek nadrzędnych oraz nieskuteczności nadzoru sprawowanego przez mini-

43 *Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania kontroli zarządczej w jednostkach samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem audytu wewnętrznego*, LGD-4101-036/2011, Gdańsk 2011, s. 8.

44 *Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w jednostkach samorządu terytorialnego z zakresu wybranych zagadnień kontroli zarządczej*, DASFP, 2012.

45 *Ibidem*, s. 5.

46 *Ibidem*, s. 15.

47 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2011 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, DASFP, 2012, s. 4 i 5.

48 *Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w ministerstwach i jednostkach w działach z zakresu wybranych zagadnień funkcjonowania kontroli zarządczej w 2012 roku*, DASFP, 2013, s. 6.

49 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2012 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, DASFP, 2013, s. 4.

strów⁵⁰. Tylko 7% ankietowanych jednostek (z 61 jednostek) w działach przekazywało ministrom okresowe informacje o ryzyku odnoszącym się do celów i zadań ujętych w planie działalności ministra na 2012 r.⁵¹

W oświadczeniach z 2013 r. jako słabość najczęściej wskazuje się obszar zarządzania ryzykiem w 11 (na 17 złożonych)⁵². Według NIK, w okresie objętym kontrolą od 1 stycznia 2013 do 30 września 2014 roku (8 jednostek) „na obecnym etapie organizacji i wykonywania poszczególnych działań w ramach systemu kontroli zarządczej nie zostały spełnione założenia i oczekiwania co do poprawy jakości i skuteczności zarządzania”⁵³. Wyniki kontroli potwierdziły formalne wprowadzenie rozwiązań organizacyjnych i prawnych zapewniających dostosowanie systemu kontroli zarządczej do specyficznych potrzeb – jednostki czy działu administracji rządowej. Ustalenia NIK wciąż jednak wskazują na brak skuteczności oraz na problemy z oceną efektywności wykonywania zadań⁵⁴. Ponadto NIK stwierdził, że kontrolowane jednostki nie kalkulowały kosztów funkcjonowania mechanizmów kontroli, w związku z czym nie była możliwa ich bieżąca ocena⁵⁵. Identyczny wniosek wynika z Analizy oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2015 rok złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej. W oświadczeniach tych wskazano na niewdrożenie procedur zarządzania ryzykiem, na traktowanie zarządzania ryzykiem jedynie jako wymogu formalnego, a nie rzeczywistego narzędzia zarządzania oraz na niewystarczającą skuteczność systemu zarządzania ryzykiem⁵⁶.

W monografii przedstawiono wyniki badania ankietowego z 2013 r., którym objęto 366 gmin z obszaru całej Polski. Analizie poddano podejście badanych gmin do zarządzania ryzykiem oraz działania podej-

50 *Ibidem*.

51 *Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w ministerstwach i jednostkach w działach z zakresu wybranych zagadnień funkcjonowania kontroli zarządczej w 2012 roku*, DASFP, 2013, s. 6.

52 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2013 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, DASFP, 2014, s. 4.

53 *Adekwatność i efektywność systemu kontroli zarządczej w wybranych jednostkach administracji rządowej* DBIF, NIK, 2015, s. 12.

54 *Ibidem*, s. 12.

55 *Ibidem*, s. 32.

56 *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2015 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, DASFP, 2016, s. 8, 9.

mowane w tym zakresie⁵⁷. Ankietowani oświadczyli: „zarządzanie ryzykiem jest zbędnym działaniem w funkcjonowaniu gminy”, „zostało narzucone odgórnie i nie rozumiemy jego zastosowania w naszej gminie”⁵⁸. Okazało się, wciąż 1,1% badanych nie zna pojęcia „zarządzanie ryzykiem”⁵⁹, a system zarządzania ryzykiem nie funkcjonuje w 3% badanych jednostek⁶⁰.

Według badań Olgi Martyniuk również z 2013 r. (289 podmiotów), na dokumentację procesu zarządzania ryzykiem ma wpływ funkcjonowanie audytu wewnętrznego w jednostce. W tej grupie proces zarządzania ryzykiem nie był dokumentowany w 9% jednostek, przy czym w 22% podmiotów audyt wewnętrzny w ogóle nie funkcjonuje. Przeciętnie w co dziesiątej badanej jednostce proces ten nie był monitorowany. Dotyczy to 5% jednostek, w których funkcjonował audyt wewnętrzny, oraz 12% podmiotów, w których ta działalność nie istniała⁶¹. Według wyników badań Piotra Sołtyka przeprowadzonych w latach 2010–2015 (wśród 26 JST, które nie są obciążone obowiązkiem przeprowadzania audytu), w 9 przypadkach nie przeprowadzono identyfikacji ryzyka, przeprowadzono je sporadycznie w 3, a w 7 jedynie przed realizacją dużych inwestycji⁶². Jedynie w przypadku 9 badanych JST ankietowani odpowiedzieli, że proces zarządzania ryzykiem został zawarty w polityce zarządzania ryzykiem, 4 JST zaś nie miały żadnej ustalonej procedury dotyczącej zarządzania ryzykiem⁶³. Według wyników badań Beaty Zaleskiej, w 2017 r. na 10 jednostek w województwie zachodniopomorskim brak procedur zarządzania ryzykiem został odkryty w dwóch⁶⁴.

57 M. Janowicz-Lomott, M. Jastrzębska, K. Łyskawa, *Zarządzanie ryzykiem w działalności jednostek samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem ryzyka katastroficznego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014.

58 *Ibidem*, rozdział 2 *Zarządzanie ryzykiem w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, rysunek 2.1.

59 *Ibidem*, tabela 2.1.

60 *Ibidem*, rysunek 2.2.

61 O. Martyniuk, *Zarządzanie ryzykiem w jednostkach sektora finansów...* Analiza tego samego badania zob. w: K. Winiarska, *Ocena realizacji celów kontroli zarządczej w jednostkach sektora finansów publicznych: wyniki badań ankietowych*, „Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości – Stowarzyszenie Księgowych” 2016, t. 86 (142).

62 P. Sołtyk, *Determinanty działania kontroli zarządczej w wybranych jednostkach samorządu terytorialnego województwa świętokrzyskiego: wyniki badań empirycznych*, „Nierówności Społeczne” 2017, nr 49, s. 342–343.

63 P. Sołtyk, *Kontrola zarządcza jako instrument nowoczesnego zarządzania w samorządzie terytorialnym*, [w:] M. Żukowski (red.), *Sektor Finansów publicznych a rozwój gospodarczy. Problemy i dylematy*, KUL, Lublin 2017, s. 309.

64 B. Zalewska, *Rola audytu wewnętrznego i kontroli zarządczej w szacowaniu ryzyka*

Jako powody **braku wdrożenia, wdrożenia niepełnego i błędów we wdrożeniu procedur zarządzania ryzykiem** wskazywano (w 21 analizowanych dokumentach wskazanych w pkt. 3 opracowania) **brak należytego wsparcia normatywnego**. Zgodnie z syntetycznym spostrzeżeniem sprawozdania, wprowadzenie obowiązku odnoszącego się do pozaprawnych źródeł informacji „ujawniło utrwaloną w administracji skłonność do uwzględniania powinności tylko tam, gdzie wynikają one z obowiązujących przepisów”⁶⁵. Różne podmioty, w tym NIK, formułują w związku z tym wobec Ministerstwa Finansów oczekiwania dotyczące uszczegóławiania ustawowych wymogów oraz doprecyzowywania standardów⁶⁶. Wyniki badań jednostek samorządu terytorialnego prowadzą do wniosku, że brak jednoznacznych regulacji i metodologii, brak czytelnych i jasnych wskazówek ustawodawczych co do sposobu realizacji obowiązków i brak jasnych zapisów ustawowych dotyczących stworzenia udokumentowanego systemu kontroli zarządczej jest największym problemem w realizacji zadań z obszaru „cele i zarządzanie ryzykiem”⁶⁷. Według wniosków z tego badania, dobrym rozwiązaniem byłoby opracowanie nowego aktu prawnego regulującego obszar kontroli zarządczej napisanego zrozumiałym językiem niepowodującym wątpliwości interpretacyjnych, a także wprowadzenie jednolitych wzorców wdrażania systemu oraz np. jednolitych wzorów dokumentów⁶⁸. W odbiorze ankietowanych przepisy prawa powszechnie obowiązującego dotyczące kontroli zarządczej są zbyt skomplikowane i jednocześnie zbyt ogólne⁶⁹. To, że przepisy dają możliwość elastycznego ich stosowania w zależności od decyzji kierownika jednostki, stanowi z perspektywy tych jednostek wadę, a nie zaletę⁷⁰.

Przepisy ustawy nie obligują podmiotów odpowiedzialnych za funkcjonowanie kontroli zarządczej w JST na II poziomie do sporządzania rocznych planów działalności i sprawozdań z ich wykonania, tak jak ma to

prowadzonej działalności w jednostkach samorządu terytorialnego, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 87.

65 *Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2011*, DASFP, lipiec 2012, s. 6.

66 *Ibidem*, s. 6.

67 *Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w jednostkach samorządu terytorialnego z zakresu wybranych zagadnień kontroli zarządczej*, DASFP, 2012, s. 9, 10.

68 *Ibidem*, s. 11.

69 *Ibidem*, s. 12.

70 *Ibidem*.

miejsce w przypadku ministrów – wobec czego tylko 63% jednostek (ze 139) przygotowało plany działalności na 2012 r. zawierające mierzalne cele. Jednostki, które nie sporządzały planu działalności na 2012 r., ani żadnego innego dokumentu o podobnym charakterze, jako najczęstsze uzasadnienie ich braku podawały brak obowiązków ustawowych⁷¹.

Również w 2016 roku (1423 badanych jednostek) ankietowani wskazywali na brak odpowiednich formalnych wytycznych w zakresie zarządzania ryzykiem, brak jednoznacznych regulacji oraz metodologii w obszarze celów i zarządzania ryzykiem⁷².

Brak wiedzy i świadomości dotyczących zarządzania ryzykiem jest wskazywany jako kolejna przyczyna niepowodzeń wdrożeniowych. Badania Karola Klimczaka i Anny Pikos z 2010 roku wykazują, że pracownicy sektora publicznego postrzegają ryzyko ich działalności jako niskie, mniej prawdopodobne w porównaniu do oceny dokonanej przez pracowników sektora prywatnego⁷³. Według wniosków z badania ankietowego przeprowadzonego w 2011 r. (2561 badanych jednostek), większość kierowników i pracowników ma trudności ze zrozumieniem istoty kontroli zarządczej oraz charakteru obowiązków, jakie wiążą się z jej funkcjonowaniem, które wymaga zmiany sposobu patrzenia na jednostkę: odejścia od skupiania się na zapewnieniu zgodności poszczególnych aspektów jej działalności z przepisami prawa w kierunku spojrzenia całościowego w kontekście celów, jakie ma do zrealizowania⁷⁴. W badaniu z 2011 roku zwraca również uwagę brak umiejętności dokonania oceny przez ankietowanych w odniesieniu do wpływu przepisów prawa na: cele i sposoby zarządzania ryzykiem – w 23,9%, mechanizmy kontroli – w 13,6%, informację i komunikację – w 14,7%, monitorowanie i ocenę – w 22%⁷⁵. W analizie oświadczeń za 2011 r. stwierdzono niską świadomość pracow-

71 Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w jednostkach samorządu terytorialnego z zakresu wybranych zagadnień kontroli zarządczej w 2012 roku, DASFP, 2013, s. 3.

72 Ocena funkcjonowania kontroli zarządczej i prowadzenia audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego, MF, 2016, s. 8.

73 K.M. Klimczak, A.M. Pikos, *Percepcja ryzyka a kontrola zarządcza w sektorze publicznym*, „Przegląd Organizacji” 2010, nr 12, s. 27–30.

74 *Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2011 roku*, DSFP, 2012, s. 6.

75 Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w jednostkach samorządu terytorialnego z zakresu wybranych zagadnień kontroli zarządczej w 2011 roku, DASFP, 2012, s. 7.

ników w zakresie kontroli zarządczej i zarządzania ryzykiem⁷⁶. W badaniu z 2012 r. również dostrzeżono niewystarczający poziom wiedzy wśród kadry kierowniczej w zakresie organizacji i funkcjonowania kontroli zarządczej oraz analizy ryzyka⁷⁷. Wyniki kontroli NIK z 2011 r. wykazują niewystarczającą wśród wójtów (burmistrzów, prezydentów) świadomość potencjalnych korzyści płynących z funkcjonowania kontroli zarządczej. Brak realizacji wymogów UFP kierownicy jednostek uzasadniali najczęściej tym, że zarządzanie ryzykiem jest zagadnieniem nowym, wymagającym zdobycia doświadczenia oraz korzystania z dobrych, skutecznych i sprawdzonych rozwiązań⁷⁸. W badaniu z 2015 roku stwierdzono, że pomimo funkcjonowania od roku 2010 przepisów o kontroli zarządczej w dalszym ciągu zarówno zastrzeżenia, jak i działania planowane w celu poprawy funkcjonowania tej kontroli dotyczą głównie kwestii szkoleniowych i uświadamiających w zakresie zarządzania ryzykiem⁷⁹ z uwagi na ciągle niedostateczną wiedzę dotyczącą procedury identyfikacji ryzyka oraz działań podejmowanych w celu ograniczenia prawdopodobieństwa wystąpienia zidentyfikowanego ryzyka lub jego skutków⁸⁰.

Z kolei według badań przeprowadzonych w ramach projektu Dojrzałość systemów zarządzania w jednostkach samorządu terytorialnego Adam Niedzielski stwierdza, iż analiza pozwala na wysnucie wniosku, że jednostki samorządu terytorialnego w Polsce charakteryzują się niskim stopniem świadomości zarządczej⁸¹. Zestawienie Mirosława Sołtysiaka wykazuje, iż w opinii społecznej na 1560 respondentów tylko 52,68% widzi potrzebę stworzenia systemu zarządzania ryzykiem⁸².

Przyczyną trudności wdrożeniowych jest również **brak zinte-**

76 Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2011 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej, DASFP, 2012.

77 Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2012 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej, DASFP, 2013, s. 4.

78 Funkcjonowanie kontroli zarządczej w jednostkach samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem audytu wewnętrznego, NIK, Gdańsk 2011, s. 9, 16.

79 Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2015 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej, DASFP, 2016, s. 10.

80 *Ibidem*, s. 8.

81 A. Niedzielski, *Dojrzałość systemów zarządzania w jednostkach samorządu terytorialnego*, [w:] M. Ćwiklicki (red.), *Systemowe zmiany w funkcjonowaniu polskiego samorządu terytorialnego*, Uniw. Ekonomiczny w Krakowie, Małopolska Szkoła Administracji Publicznej, Kraków 2015, s. 122.

82 M. Sołtysiak, *Ryzyko w działalności samorządu terytorialnego w opiniach społecznych*, Zeszyty Naukowe PWSZ w Płocku. Nauki Ekonomiczne 2016, t. 24.

growania procesu zarządzania ryzykiem z innymi elementami systemu zarządzania (planowania działań i monitorowania realizacji celów i zadań). W badaniu przeprowadzonym w 2011 r. stwierdzono brak spójności w wymaganiach stawianych gminom, tj. obligatoryjnego wprowadzenia kontroli zarządczej przed obowiązkiem konstruowania budżetu gminy w formie budżetu zadaniowego⁸³. Ponadto wskazano na brak przepisów precyzujących, w jakiej formie określać dla zarządzanej JST misję, cele strategiczne, cele roczne oraz sposób monitorowania procesu ich osiągnięcia⁸⁴.

Podobnie – według wniosków z badań przeprowadzonych w 2012 roku – proces zarządzania ryzykiem nie jest wystarczająco skoordynowany zarówno z planowaniem strategicznym, jak i z rocznym planowaniem działalności jednostek w działach (w przypadku ministerstw) oraz jednostek organizacyjnych (w przypadku jednostek samorządu terytorialnego). Badanie nie wykazało ścisłego wiązania zarządzania ryzykiem z procesami planowania i monitorowania realizacji celów i zadań, a tylko takie zarządzanie ryzykiem ma szansę stanowić wartość dodaną, nie będąc wyłącznie formalnym wypełnieniem obowiązku⁸⁵. W 2012 r. tylko 11 ministerstw (61% ogólnej liczby) zadeklarowało identyfikację ryzyka w odniesieniu do celów wyznaczonych w planie działalności ministra, a nie jedynie w komórkach organizacyjnych⁸⁶.

Według wniosków z kontroli NIK, występujący brak spójności pomiędzy działaniami w ramach systemu kontroli zarządczej a obowiązkami wynikającymi z ustalania układu zadaniowego budżetu państwa oraz obowiązkami ministrów kierujących działaniami administracji rządowej w zakresie planów działalności utrudnia osiągnięcie skuteczności ustanowionych przez kierownika działań⁸⁷. Ponadto ze względu na możliwą różno-

83 *Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w jednostkach samorządu terytorialnego z zakresu wybranych zagadnień kontroli zarządczej w 2012 roku*, DASFP, 2013, s. 11.

84 *Ibidem*, s. 10.

85 *Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2012 roku*, DASFP, 2013, s. 5.

86 *Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w ministerstwach i jednostkach w działach z zakresu wybranych zagadnień funkcjonowania kontroli zarządczej w 2012 roku*, DASFP, 2013, s. 6.

87 *Adekwatność i efektywność systemu kontroli zarządczej w wybranych jednostkach administracji rządowej*, NIK, 2015, s. 13.

rodność rozwiązań może uniemożliwiać lub utrudniać ciągłość pomiarów w wieloletniej perspektywie⁸⁸.

Wnioski

Analiza wyników badań wskazuje, że mimo upływu blisko 10 lat wciąż powtarzają się z jednej strony zastrzeżenia dotyczące braku lub niepełnego wdrożenia systemu zarządzania ryzykiem⁸⁹, a z drugiej uwagi o niedostatkach szkoleniowych. Jedną z bardzo często pojawiających się uwag⁹⁰ na temat identyfikacji przyczyn problemów jest twierdzenie o braku należytego wsparcia normatywnego i szkoleniowego. Oznacza to, że porzucenie pełnej odpowiedzialności za kształt zmian na kierowników JSFP nie było rozwiązaniem odpowiednio dostosowanym do warunków funkcjonowania polskiej administracji.

Dlatego sądzę, że niezbędne jest podjęcie wysiłku opracowania ram normatywnych (w formie przepisów prawa obowiązującego), które ograniczą do minimum obszar niepewności przynajmniej w aspektach formalnych (dotyczących koniecznych etapów postępowania w procesie zarządzania ryzykiem i tworzenia dokumentów jako produktów informacyjnych tych etapów) – oczywiście w taki sposób, aby nie uległa zniweczeniu istota zmiany wprowadzonej w 2009 roku, tj. możliwości maksymalnego wykorzystania spostrzegawczości, wiedzy organizacyjnej i talentów pracowników administracji.

Przy tej okazji można byłoby też przełamać kryzys pojęciowy związany z kontrolą zarządczą i nazwać tę aktywność adekwatnie – zgodnie z postulatem Krystyny Lisieckiej, tj. systemem zarządzania instytucją publiczną⁹¹, by stworzyć kompleksowy, jednoznaczny i wystar-

88 *Ibidem*, s. 23.

89 Por. np. *Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2015 r. złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej*, Departament Polityki Wydatkowej, Warszawa, lipiec 2016, s. 10.

90 Zob. źródła wymienione w przypisach 19, 20, 21, 27–32.

91 K. Lisiecka *Sukcesy i porażki kontroli zarządczej - debata w NIK [relacja]*

<https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/sukcesy-i-porazki-kontroli-zarzadczej-spotkanie-ekspertow.html> (dostęp 03.05.2017).

czająco wspierający normatywny opis czynności⁹² opierający się na sprawdzonych standardach⁹³, identyfikujący wszystkie niezbędne elementy systemu⁹⁴, ich powiązania oraz sposoby komunikacji⁹⁵.

Podkreślę raz jeszcze spostrzeżenie najważniejsze dla wyboru proponowanego działania – tym, co wyróżnia w sposób szczególny administrację publiczną spośród innych struktur organizacyjnych, jest ugruntowane wśród jej pracowników i podzielane powszechnie przekonanie o działaniu w granicach i na podstawie prawa, tj. ustaw i rozporządzeń, uzasadnione brzmieniem konstytucji oraz wieloletnimi przyzwyczajeniami. Dlatego też podstawowym narzędziem zmiany sposobu działania polskiej administracji (w zakresie minimalizowania ryzyka) powinny stać się odpowiednio wspierające zapisy w tekstach aktów normatywnych – ustaw i rozporządzeń⁹⁶.

92 Co oznacza skoordynowanie planowania w całej JST w taki sposób, aby cele jednostek organizacyjnych realizowały cele stawiane JST, ujmowane zarówno w dokumentach strategicznych, jak i budżetach JST (*Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2012 roku*, DASFP, 2013, s. 29).

93 Np. FERMA, COSO II, AS/NZS 4360, PN-ISO 31000:2012.

94 Uwzględniając postulaty praktyki w zakresie uzupełnienia procedur. Np. obecnie brak trzeciego poziomu kontroli zarządczej – nie istnieje obowiązek zbudowania systemu kontroli zarządczej na poziomie zarządzania państwem jako całością (J. Płoskonka, *Rzetelność i sprawność działań instytucji publicznych. Kontrola zarządcza w ocenie NIK*, [w:] „Kontrola Państwowa”, styczeń–luty 2013, nr 1, s. 41, 52).

95 Podobne spostrzeżenia w: D. Wróblewski (red.), *Zarządzanie ryzykiem – przegląd wybranych metodyk*, Wydawnictwo CNBOP-PIB, 2015 (szczególnie rozdział 4 *Zarządzanie ryzykiem w RP*, s. 380–440). „System zarządzania kryzysowego ma zdolności do wdrożenia pełnego procesu zarządzania ryzykiem, jednak możliwe to będzie dopiero po zmianie obowiązującego prawa” (tamże, s. 438). „Ustawa powinna w większym stopniu opisywać wymagania dotyczące zarządzania ryzykiem, takie jak: sposoby i środki reagowania, organizację monitoringu czy przygotowanie planów naprawczych” (D. Wróblewski (red.), *Przegląd wybranych dokumentów normatywnych z zakresu zarządzania kryzysowego...*, s. 106).

96 Podobny wniosek por. A. Wójtowicz, *Kontrola zarządcza w kontekście zmiany prawa, osiągnięcia określonego celu oraz efektywności zmian*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, Warszawa, nr 7–8.

Bibliografia

Adekwatność i efektywność systemu kontroli zarządczej w wybranych jednostkach administracji rządowej, NIK, 2015.

Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2010 rok złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej, MF, Warszawa 2011.

Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2011 rok złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej, DASFP, Warszawa 2012.

Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2012 rok złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej, DASFP, Warszawa 2013.

Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2013 rok złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej, DASFP, Warszawa 2014.

Analiza oświadczeń o stanie kontroli zarządczej za 2015 rok złożonych przez ministrów kierujących działami administracji rządowej, Departament Polityki Wydatkowej, Warszawa 2016.

Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w jednostkach samorządu terytorialnego z zakresu wybranych zagadnień kontroli zarządczej w 2012 roku, DASFP, 2013.

Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w jednostkach samorządu terytorialnego z zakresu wybranych zagadnień kontroli zarządczej, DASFP, 2012.

Analiza wyników badania ankietowego przeprowadzonego w ministerstwach i jednostkach w działach z zakresu wybranych zagadnień funkcjonowania kontroli zarządczej w 2012 roku, DASFP, 2013.

Analiza wystąpień pokontrolnych Najwyższej Izby Kontroli dotyczących funkcjonowania audytu wewnętrznego w systemie kontroli zarządczej, DASFP, 2012.

Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2011 roku, DASFP, 2012.

Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2010 roku, DASFP, 2011.

Audyt wewnętrzny i kontrola zarządcza w sektorze publicznym w 2012 roku, DASFP, 2013.

Funkcjonowanie kontroli zarządczej oraz audytu wewnętrznego w gminach województwa pomorskiego, NIK, 2010.

Funkcjonowanie kontroli zarządczej oraz audytu wewnętrznego w gminach województwa pomorskiego, NIK, 2010.

Funkcjonowanie kontroli zarządczej w jednostkach samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem audytu wewnętrznego, NIK, 2011.

Janowicz-Lomott M., Jastrzębska M., Łyskawa K., *Zarządzanie ryzykiem w działalności jednostek samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem ryzyka katastroficznego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2014.

Kasiewicz S., Lepczyński B., *Monitorowanie ryzyka jako narzędzie zarządzania strategicznego*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2011, nr 38.

Klimczak K.M., Pikos A.M., *Percepcja ryzyka a kontrola zarządcza w sektorze publicznym*, „Przegląd Organizacji”, 2010, nr 12, s. 27–30.

Kumpiałowska A., *Praktyczne narzędzia zarządzania ryzykiem w jednostkach sektora publicznego*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

Kumpiałowska A., *Skuteczne zarządzanie ryzykiem a kontrola zarządcza w sektorze publicznym. Ocena ryzyka w ramach kontroli zarządczej*, C.H. Beck, Warszawa 2011.

Lisiecka K., *Sukcesy i porażki kontroli zarządczej – debata w NIK [relacja]*, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/sukcesy-i-porazki-kontroli-zarzadczej-spotkanie-ekspertow.html> (dostęp: 03.05 2017).

Łukomska-Szarek J., *Ewaluacja ryzyka w systemie kontroli zarządczej oświatowej jednostki budżetowej*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2016, nr 6 (84), cz. 1.

Majchrzak D. (red.), *Zarządzanie kryzysowe w wymiarze lokalnym. Organizacja, procedury, organy i instytucje*, AON, Warszawa 2014.

Martyniuk O., *Zarządzanie ryzykiem w jednostkach sektora finansów publicznych – wyniki badań empirycznych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2014, nr 72.

Morawska S., Nikšcin J., *Zarządzanie ryzykiem jako element kontroli zarządczej na przykładzie publicznej szkoły wyższej*, [w:] P. Pisarewicz, P. Galiński, *Zarządzanie ryzykiem i wartością organizacji: współczesne wyzwania*, Wydział Zarządzania UG, Sopot 2016.

Niedzielski A., *Dojrzałość systemów zarządzania w jednostkach samorządu terytorialnego*, [w:] M. Ćwiklicki (red.), *Systemowe zmiany w funkcjonowaniu polskiego samorządu terytorialnego*, Kraków, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, Małopolska Szkoła Administracji Publicznej, Kraków 2015.

Ocena funkcjonowania kontroli zarządczej i prowadzenia audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego, MF, 2016.

Płoskonka J., *Rzetelność i sprawność działań instytucji publicznych. Kontrola zarządcza w ocenie NIK*, [w:] „Kontrola Państwowa”, styczeń – luty 2013, nr 1, s. 41, 52.

Realizacja wniosków pokontrolnych z kontroli P/09/132 „Funkcjonowanie kontroli wewnętrznej (zarządczej) oraz audytu wewnętrznego w wybranych gminach województwa pomorskiego”, NIK, 2011.

Sołtyk P., *Determinanty działania kontroli zarządczej w wybranych jednostkach samorządu terytorialnego województwa świętokrzyskiego: wyniki badań empirycznych*, „Nierówności Społeczne” 2017, nr 49.

Sołtyk P., *Kontrola zarządcza jako instrument nowoczesnego zarządzania w samorządzie terytorialnym*, [w:] M. Żukowski (red.), *Sektor Finansów publicznych a rozwój gospodarczy. Problemy i dylematy*, KUL, Lublin 2017.

Sołtysiak M., *Ryzyko w działalności samorządu terytorialnego w opiniach społecznych*, „Zeszyty Naukowe PWSZ w Płocku. Nauki Ekonomiczne” 2016, t. 24.

Spoleczeństwo informacyjne w Polsce. Wyniki badań statystycznych z lat 2013–2017, GUS, Warszawa 2017.

Strojny J., *Orientacja zadaniowa, budżetowanie zadaniowe i kontrola zarządcza wyzwania dla zarządzania JST*, [w:] *Tendencje w zarządzaniu organizacją publiczną*, M. Siemiński, K. Krukowski (red.), Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Olsztyn 2015.

Świeboda H., *Zarządzanie ryzykiem jako system monitoringu poziomu mierników w budżecie zadaniowym*, [w:] B. Lubas, D. Hryszkiewicz, M. Borowik (red.), *Kierunki doskonalenia koncepcji zarządzania organizacją publiczną teoria i praktyka*, WSPol, Szczytno 2016.

Wójtowicz A., *Kontrola zarządcza w kontekście zmiany prawa, osiągania określonego celu oraz efektywności zmian*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, Warszawa, nr 7–8.

Wróblewski D. (red.), *Przegląd wybranych dokumentów normatywnych z zakresu zarządzania kryzysowego i zarządzania ryzykiem wraz z leksykonem*, CNBOP-PIB, Józefów 2014.

Wróblewski D. (red.), *Zagadnienia ogólne z zakresu zarządzania ryzykiem i zarządzania kryzysowego – analiza wybranych przepisów*, CNBOP-PIB, Józefów 2014.

Wróblewski D. (red.), *Zarządzanie ryzykiem – przegląd wybranych metodyk*, CNBOP-PIB, Józefów 2015.

Wróblewski D., Połec B., *Teoria i praktyka zarządzania ryzykiem – normy a regulacje w prawie miejscowym*, [w:] D. Majchrzak (red.), *Zarządzanie kryzysowe w wymiarze lokalnym. Organizacja, procedury, organy i instytucje*, AON, Warszawa 2014.

Zalewska B., *Rola audytu wewnętrznego i kontroli zarządczej w szacowaniu ryzyka prowadzonej działalności w jednostkach samorządu terytorialnego*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 87.

Zbaraszewska A., *Analiza ryzyka na potrzeby kontroli zarządczej w placówkach oświatowych* *Finanse*, „Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2016, nr 6 (84), cz. 1.

Akty prawne

Ustawa o finansach publicznych z 27 sierpnia 2009 r. (Tekst jedn. DzU 2017, poz. 2077).

Komunikat MF z 16 grudnia 2009 r. Standardy kontroli zarządczej dla sektora finansów publicznych (DzUrz MF, 2009, nr 15, poz. 84).

Komunikat MF z 6 grudnia 2012 r. Szczegółowe wytyczne dla sektora finansów publicznych w zakresie planowania i zarządzania ryzykiem (DzUrz MF, 2012, poz. 56).

Dr Marek Stych
Instytut Prawa Administracji i Ekonomii
Wydział Politologii
Uniwersytet Pedagogiczny im. KEN w Krakowie

Problematyka rozłożenia ryzyka w ramach inicjatywy lokalnej na przykładzie miasta Częstochowa

Abstrakt

Artykuł dotyczy nowej instytucji wprowadzonej na szczeblu lokalnym, która kształtuje częściowo w sposób nieformalny współpracę pomiędzy gminą a jej mieszkańcami. Materia ta zostanie przedstawiona z uwzględnieniem ryzyka, które może wystąpić w przypadku zawarcia umowy pomiędzy JST a liderami lokalnymi występującymi z wnioskiem o realizację danego zadania publicznego. Wspomniana forma współpracy łączy się bezpośrednio z dwoma aspektami relacji zachodzących we wspólnocie gminnej. Pierwszy odnosi się do partycypacji mieszkańców w zarządzaniu wspólnotą lokalną, np. ryzyko związane z uczestnictwem mieszkańców w realizacji zadania publicznego polegające na możliwości wystąpienia zdarzenia, które będzie miało wpływ na realizację zadania, ryzyko społeczne skutkujące powstaniem lokalnego konfliktu społecznego. Drugi to aktywność lokalnych społeczności w realizacji zadań publicznych – ryzyko osłabienia zaangażowania społecznego. Wreszcie ryzyko, które może wystąpić po stronie gminy, tzw. ryzyko polityczne. Inicjatywa lokalna powinna służyć odformalizowaniu mechanizmów współpracy mieszkańców z instytucjami samorządowymi oraz umożliwieniu działania tzw. grup nieformalnych. W praktyce może to skutkować zwiększeniem częstotliwości występowania wspomnianego ryzyka w administracji samorządowej.

Słowa kluczowe: inicjatywa lokalna, formy współpracy na szczeblu gminy, ryzyka w administracji publicznej

Wstęp

Artykuł dotyczy nowej instytucji wprowadzonej na szczeblu lokalnym, która kształtuje częściowo w sposób nieformalny współpracę pomiędzy gminą a jej mieszkańcami. Materia ta zostanie przedstawiona z uwzględnieniem ryzyka, które może wystąpić w przypadku zawarcia umowy pomiędzy JST a liderami lokalnymi występującymi z wnioskiem o realizację danego zadania publicznego. Wspomniana forma współpracy łączy się bezpośrednio z dwoma aspektami relacji zachodzących w samej wspólnocie gminnej. Pierwszy odnosi się do partycypacji mieszkańców w zarządzaniu wspólnotą lokalną, np. ryzyko związane z uczestnictwem mieszkańców w realizacji zadania publicznego polegające na możliwości wystąpienia zdarzenia, które będzie miało wpływ na realizację zadania, ryzyko społeczne skutkujące powstaniem lokalnego konfliktu społecznego. Drugi to aktywność lokalnych społeczności w realizacji zadań publicznych – ryzyko osłabienia zaangażowania społecznego. Wreszcie ryzyko, które może wystąpić po stronie gminy, czyli tzw. ryzyko polityczne.

Inicjatywa lokalna powinna służyć odformalizowaniu mechanizmów współpracy mieszkańców z instytucjami samorządowymi oraz stworzenia możliwości działania tzw. grup nieformalnych. W praktyce może to skutkować zwiększeniem częstotliwości występowania wspomnianego ryzyka w administracji samorządowej.

Materia ta zostanie przeanalizowana na przykładzie rozwiązań przyjętych w Częstochowie oraz badań ankietowych przeprowadzonych w 9 dzielnicach miasta w roku 2016.

Całość zamykają wnioski końcowe.

1. Podstawa prawna

W założeniach ustawodawcy inicjatywa lokalna miała być formą współpracy gmin z ich mieszkańcami w ramach wspólnego realizowania zadania publicznego na rzecz społeczności lokalnej¹, zgodnie z art. 2 pkt. 4 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie². Regulacja dotycząca inicjatywy lokalnej została wprowadzona całym dodanym nowym rozdziałem 2a ustawy. Wspomniana jednostka systematyzacyjna została dodana ustawą z 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz niektórych innych ustaw³.

Nowa forma współpracy – zgodnie z uzasadnieniem – powinna służyć pobudzeniu działań obywateli w celu wspólnego rozwiązywania ważnych spraw społeczności lokalnych. Środkiem do tego celu jest umowa zawierana pomiędzy reprezentantami danej społeczności a władzami gminy, która powinna służyć realizacji postulatów określonych we wniosku o realizację inicjatywy⁴. Podkreślenia wymaga zastosowany przez ustawodawcę zwrot „lokalny charakter inicjatywy lokalnej”, co oznacza odniesienie tej instytucji wyłącznie do szczebla gminy. Jest to uzasadnione silnymi więziami występującymi na tym szczeblu pomiędzy gminą a jej mieszkańcami. Trudno kwestionować wprowadzenie do ustawy inicjatywy lokalnej, biorąc pod uwagę to, że w małych lokalnych społecznościach (wiejskich) można wskazać na funkcjonujących liderów⁵ jako jednostek aktywnych, które za cel podejmowanych działań społecznych stawiają sobie poprawę jakości warunków życia w danej miejscowości lub wsi w zakresie zaspokajania bieżących potrzeb społeczności⁶. Analizując rozwiązania

1 E. Ura, *Zagadnienia prawa administracyjnego i funkcjonowania administracji publicznej*, Wyższa Szkoła Administracji i Zarządzania, Przemyśl–Mitel, Rzeszów 2006, s. 99.

2 Tekst jedn. DzU 2018, poz. 450.

3 DzU 2010, nr 28, poz. 146.

4 Druk nr 1727 Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz niektórych innych ustaw, s. 4.

[http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/99A810CDD14225A7C12575630036007B/\\$file/1727.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/99A810CDD14225A7C12575630036007B/$file/1727.pdf).

5 A. Kołomycew, A. Pawłowska, *Sprawozdanie z konferencji „Lider społeczny w XXI wieku. Wymiar lokalny i krajowy”*, 6–7 czerwca 2013 r., „Polityka i Społeczeństwo” 2013, Kraków, nr 2 (11), s. 135–140. Liderzy dzielnic Częstochowy, http://konsultacje.czestochowa.pl/?page_id=3147 (dostęp: 20.07.2018).

6 P. Swianiewicz, *Nowe koncepcje zarządzania i polityki miejskiej w świadomości liderów*

prawne zawarte w omawianej nowelizacji, należy wskazać na brak właściwych form prawnych do prowadzenia tego typu działań, co jest przyczyną ograniczania lub w ogóle braku aktywności obywatelskiej na obszarze części gmin.

Odnosząc się do rozwiązań prawnych zawartych w rozdz. 2a, należy zauważyć, iż w wyniku zawarcia umowy o wykonanie inicjatywy lokalnej nie dochodzi do utworzenia nowego podmiotu i wspomniana umowa ma charakter wyłącznie przedmiotowy. Ustrojodawca słusznie założył, że podstawą umowy są już ukształtowane i istniejące dobre relacje pomiędzy gminą, a dokładniej jej organami, oraz aktywizującymi się małymi grupami mieszkańców⁷. Wydaje się, że współcześnie brak jest przeszkód prawnych do wykorzystania założeń umowy do budowania poprawnych relacji pomiędzy mieszkańcami a gminą oraz wzmocnienia dobrych praktyk w tym zakresie.

W ramach inicjatywy lokalnej mieszkańcy występują nie tylko z określonym wnioskiem, lecz także składają deklarację co do swojego współdziałania w proponowanym przedsięwzięciu. Istotą tej formy jest zatem wspólna, czyli podjęta przez mieszkańców i organy gminy realizacja zadania publicznego.

W zakresie aktywnego udziału mieszkańców w inicjatywie lokalnej można spotkać się z próbą porównania tej formy do „czynów społecznych” organizowanych w poprzednim ustroju społecznym. Przede wszystkim należy wskazać na różnicowanie co do samej regulacji prawnej – w poprzednim systemie była to:

– ustawa z 15 listopada 1984 r. o funduszu gminnym i funduszu miejskim⁸,

– uchwała nr 6 Rady Ministrów z 11 stycznia 1988 r. zmieniająca uchwałę w sprawie czynów społecznych oraz pomocy Państwa w ich orga-

lokalnych w Polsce, [w:] S. Michałowski, K. Kuć-Czajkowska (red.), *Przywództwo lokalne a kształtowanie demokracji partycypacyjnej*, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2008.

⁷ M. Rymcza, *Standaryzacja współpracy administracji publicznej z organizacjami pozarządowymi jako element polityki państwa wobec trzeciego sektora*, [w:] M. Rymcza, P. Frączak, R. Skrzypiec, Z. Wejman, *Standardy współpracy administracji publicznej z sektorem pozarządowym*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2007, s. 19 i n.

⁸ DzU 1984, nr 52, poz. 269.

nizowaniu i realizacji⁹; uchwała ta wprowadziła pojęcie czynu oraz wskazała na główny ich cel.

Podstawowa różnica dotyczy jednak braku zawierania umów w poprzednich regulacjach i równomiernego rozłożenia praw i obowiązków po obu stronach. W ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie zawarto delegację w brzmieniu – „w zakresie nieuregulowanym w ustawie do umowy stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego”. Można zatem założyć, iż w określonych przypadkach mieszkańcy mają prawo dochodzenia odszkodowania od samorządu gminy, jeżeli nie wykonał on swojej części kontraktu. Z drugiej strony sami mieszkańcy muszą wykazać się zarówno inwencją co do metod rozwiązania wskazanych problemów społecznych, jak i odpowiedzialnością w konkretnym działaniu – „od początku do końca”.

2. Etapy konstruowania uchwały dotyczącej inicjatywy lokalnej

Analizowana ustawa wprowadziła inicjatywę lokalną jako nowe narzędzie realizacji zadań publicznych, jednocześnie nie reguluje ona zasad jej przeprowadzania. Zgodnie z art. 19c do kompetencji organu stanowiącego gminy należy określenie trybu i szczegółowych kryteriów oceny wniosków¹⁰. W praktyce wspomniane wcześniej założenia zostały zrealizowane w przypadku Częstochowy w uchwale nr 708/XXXVIII/2013 Rady Miasta Częstochowy z 27 czerwca 2013 roku w sprawie trybu i szczegółowych kryteriów oceny wniosków o realizację zadań publicznych w ramach inicjatywy lokalnej.

Przepis ustawy określa ramy regulacji, a właściwe rozwiązania są przyjmowane przez poszczególne rady gmin, co pozwala na przyjęcie różnorodnych rozwiązań prawnych w tym zakresie. Umożliwia to przyjęcie

9 M.P. 1988, nr 2, poz. 13.

10 Zob. Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z 9 czerwca 2011 roku, NK-N.4131.362.2011.DC. „W uchwale regulującej inicjatywę lokalną rada powinna określić kryteria, według których oceniane będą wnioski. Niedopuszczalne jest natomiast wskazywanie poszczególnych ich elementów” („Wspólnota” 2011, nr 29, s. 46).

rozwiązań, które pozwalają dostosować rozwiązania w prawie miejscowym do specyfiki poszczególnych wspólnot gminnych. Zasadne jest zatem przygotowanie projektu wspomnianej uchwały po przeprowadzeniu szerokich konsultacji z partnerami społecznymi i mieszkańcami.

W tym miejscu wskazane jest odniesienie się do elementów zawartych w samej uchwale. Analizując przepisy ustawy, należy wskazać na następujące wymogi:

1. Informacje o terminach składania wniosków o realizację inicjatywy lokalnej

Przepis pozostawia dużą swobodę organom gminy w tym zakresie. Po pierwsze można dopuścić prowadzenie tzw. ciągłego naboru wniosków – są one rozpatrywane w ciągu całego roku kalendarzowego na bieżąco, po drugie zasadne jest dopuszczenie dla tych wniosków trybu konkursowego, ze wskazaniem jednego lub kilku terminów w roku. Wnioski wpływają w ściśle określonym czasie i na podstawie przyjętych kryteriów.

Praktyka: § 2 ust. 3 uchwały nr 708/XXXVIII/2013 – „Oceny wniosków dokonuje się raz w roku”; konsekwentnie zostało to uregulowane w Rocznym Programie Współpracy Miasta Częstochowy z Organizacjami Pozarządowymi oraz podmiotami, o których mowa w art. 3 ust. 3 ustawy z 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, na 2013 rok¹¹. Zgodnie z tym Programem – przyjmowanie wniosków na następny rok budżetowy odbywa się w terminie do 30 września każdego roku”.

2. Informacje wskazujące podmiot, do którego należy złożyć wniosek o realizację inicjatywy lokalnej

Bez względu na to, do którego podmiotu wnioskodawca złoży wniosek, powinien on być przekazany do właściwej komórki organizacyjnej urzędu i rozpatrzony. Zasadne jest uproszczenie samej procedury poprzez wskazanie konkretnej jednostki organizacyjnej, która będzie odpowiedzialna za przyjmowanie wniosków¹².

11 Załącznik do Uchwały nr 516/XXVIII/2012 Rady Miasta Częstochowy z 22 listopada 2012 roku,

<http://ngo.czestochowa.pl/page/588,roczne-programy-wspolpracy-miasta-czestochowy-z-organizacjami-pozarzadowymi.html> (dostęp: 20.07.2018).

12 Według rozstrzygnięcia nadzorczego Wojewody Dolnośląskiego z 7 sierpnia 2014 roku, NK-N.4131.13.9.2014.SP1:

1. Wniosek o realizację zadania publicznego w ramach inicjatywy lokalnej winien zostać rozpoznany bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w ciągu miesiąca.

Praktyka: § 2 i 3 powyższej uchwały – wniosek jest składany w Urzędzie Miasta Częstochowa, z kolei Prezydent miasta Częstochowa przeprowadza weryfikację i ocenę wniosków oraz podejmuje ostateczną decyzję co do przyjęcia wniosku; rozwinięcie regulacji uchwały jest zawarte w Regulaminie – § 6 ust. 2 – „Wnioski (...) należy złożyć w urzędzie: osobiście w kancelarii urzędu, ul. Śląska 11/13; pocztą na adres: Urząd Miasta Częstochowy, ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa; w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym na adres: info@czestochowa.um.gov.pl”.

3. Kryteria oceny wniosków

Praktyka: § 3 uchwały – reguluje szczegółowe kryteria:

a) Zgodności inicjatywy z priorytetami miasta Częstochowy w dziedzinie realizacji zadań publicznych. W tym zakresie należy odwołać się do kolejnego aktu prawa miejscowego, jakim jest uchwała nr 234.XIX.2015 Rady Miasta Częstochowy z 30 grudnia 2015 roku w sprawie zmiany uchwały nr 202.XVII.2015 Rady Miasta Częstochowy z 23 listopada 2015 r. w sprawie przyjęcia Roczno Programu Współpracy Miasta Częstochowy z organizacjami pozarządowymi oraz podmiotami, o których mowa w art. 3 ust. 3 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie na 2016 r. Szczególne znaczenie ma § 1 pkt. 3, który wylicza zadania priorytetowe – jest to katalog zamknięty¹³.

Jednocześnie uchwalony „Roczny Program” – uchwała nr 234.XIX.2015 Rady Miasta Częstochowy z 30 grudnia 2015 roku w sprawie zmiany uchwały nr 202.XVII.2015 Rady Miasta Częstochowy z 23 listopada 2015 r. w sprawie przyjęcia Roczno Programu (...) – w § 1 pkt.

2. Według art. 244 § 2 kodeksu postępowania administracyjnego, „O sposobie załatwienia wniosku zawiadamia się równocześnie wnioskodawcę”. Przepis ma zastosowanie do wniosków o realizację zadania publicznego w ramach inicjatywy lokalnej, co wynika z art. 19b ust. 2 ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Wobec wyraźnego uregulowania przez ustawodawcę kwestii informowania wnioskodawcy o sposobie załatwienia wniosku rada gminy nie jest uprawniona do regulowania tej kwestii w akcie prawa miejscowego.

3. Rada Gminy nie ma kompetencji do ustalenia w uchwale podejmowanej na podstawie art. 19c ust. 1 ustawy elementów składowych wniosku o realizację zadania publicznego ramach inicjatywy lokalnej (DzUrz Woj. Doln. 2014, poz. 3486).

¹³ Do zadań tych należą: wspieranie i upowszechnianie kultury fizycznej i turystyki, wspieranie i upowszechnianie kultury, sztuki, ochrony dóbr kultury i dziedzictwa narodowego oraz upowszechnianie kultury, przeciwdziałanie uzależnieniom i patologiom społecznym, pomoc społeczna oraz wspieranie rodziny i systemu pieczy zastępczej, ochrona zdrowia, oświata i edukacja, edukacja ekologiczna, ochrona zwierząt, udzielanie nieodpłatnej pomocy prawnej oraz zwiększanie świadomości prawnej społeczeństwa.

2 wprowadza nowe brzmienie § 6 wspomnianego Programu, który w pkt. 5 odsyła do odrębnej uchwały Rady Miasta w zakresie zawierania umów o wykonanie inicjatywy lokalnej na zasadach tam określonych. Wspomniany § 1 pkt. 2 wspomina wyłącznie o „zasadach”, na których będzie się opierała inicjatywa lokalna w Częstochowie, tym samym nie zezwala na wprowadzanie odmiennego katalogu zadań publicznych przewidzianych dla form współpracy z NGO oraz liderami lokalnymi. Analizując jednakże Regulamin stanowiący załącznik do Zarządzenia nr 2360/14 Prezydenta Miasta z 4 listopada 2014 r.¹⁴, w szczególności § 3 ust. 1, można zauważyć, że wprowadza on zadania dotyczące np.:

– „działalności wspomagającej rozwój wspólnot i społeczności lokalnych, obejmującej w szczególności: budowę, rozbudowę lub remont dróg, kanalizacji, sieci wodociągowej, budynków oraz obiektów architektury stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego” (§ 3 ust. 1 pkt. 1 Regulaminu);

- „(...) szkolnictwa wyższego (...)” (pkt. 5 powyższego przepisu);

- „porządku i bezpieczeństwa publicznego” (pkt. 10 wskazanej regulacji).

b) Wysokości udziału finansowego wnioskodawcy w całkowitych szacunkowych kosztach realizacji przedsięwzięcia.

c) Wielkości i rodzaju wkładu rzeczowego wnioskodawcy w realizację przedsięwzięcia.

d) Wielkości wkładu pracy społecznej zadeklarowanego przez wnioskodawcę.

e) Wielkości przewidywanych przyszłych nakładów na utrzymanie efektów zrealizowanego przedsięwzięcia obciążających budżet Miasta Częstochowy.

f) Liczby beneficjentów zadania publicznego.

g) Racjonalności i efektywności wydatków.

h) Stanu przygotowania zadania.

i) Zaangażowania środków budżetowych.

j) Wartości merytorycznej.

k) Doświadczenia i rzetelności w organizacji podobnych przedsięwzięć.

¹⁴ http://pps.czestochowa.pl/gfx/upload/ccop/dokumenty/2360_14.pdf
(dostęp: 20.07.2018).

4. Wskazanie formy wniosku

Uchwała powinna unormować elementy obligatoryjne wniosku. Dopuszczalne jest również opracowanie przez gminę „druku formularza” – formularz ma jedynie ułatwić składanie wniosku o inicjatywę lokalną, natomiast złożenie wniosku w innej formie pociąga za sobą te same skutki prawne.

Praktyka: zgodnie z zasadami techniki prawodawczej – realizacja uchwały została powierzona do wykonania organowi wykonawczemu (§ 5 uchwały nr 708/XXXVIII/2013). W związku tym Prezydent Miasta Częstochowa 4 listopada 2014 r. wydał zarządzenie nr 2360/14 w sprawie Regulaminu trybu realizacji i szczegółowych kryteriów oceny wniosków w ramach inicjatywy lokalnej¹⁵. W załączniku nr 1 do wspomnianego Zarządzenia zawarto Regulamin trybu realizacji i szczegółowych kryteriów oceny wniosków w ramach inicjatywy lokalnej. Forma wniosku o realizację zadania publicznego w ramach inicjatywy lokalnej została określona w załączniku nr 2 do wspomnianego Zarządzenia nr 2360/14¹⁶. Do wniosku opracowano dwa kolejne załączniki, którymi są:

15 Zgodność z prawem tego rodzaju działania została potwierdzona przez organ nadzoru – zob. rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z 19 lutego 2014 roku, NK-N.4131.154.2.2014.JW1: Treść art. 19c ust. 2 ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie: „Organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego, dokonując oceny wniosku, bierze pod uwagę szczegółowe kryteria oceny wniosku oraz jego celowość z punktu widzenia potrzeb społeczności lokalnej”, jednoznacznie wskazuje, kto dokonuje oceny wniosków. Jest to organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego. Organ ten ma obowiązek wziąć pod uwagę szczegółowe kryteria oceny wniosku ustalone przez radę gminy (DzUrz Woj. Doln. 2014, poz. 957).

16 Zgodność z prawem tego rodzaju działania została potwierdzona przez organ nadzoru – zob. Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego z 14 kwietnia 2015 roku, KN-I.4131.1.68.2015.22:

1. Przepis art. 19c ust. 1 ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie nie upoważnia rady gminy do stanowienia w sprawie wymogów formalnych wniosku o realizację zadania publicznego w ramach inicjatywy lokalnej ani o trybie (w tym o wiążących terminach) jego składania. Rada na podstawie wskazanego przepisu ustawy dysponuje wyłączenie upoważnieniem do określenia trybu i szczegółowych kryteriów oceny omawianych wniosków, a więc do dokonania opisu procedury, przy pomocy której następuje ocena już złożonego wniosku o realizację zadania publicznego oraz wskazania, jakie kryteria będą miały zastosowanie przy tej ocenie. Brak uprawnień po stronie rady do określania w sposób wiążący wzoru przedmiotowego wniosku, załączników do tego wniosku, jak i do przesądzania o jego formie pisemnej.

2. Zawarcie umowy o wykonanie inicjatywy lokalnej (jako „warunku realizacji wniosku”) wynika wprost z art. 19d ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie i nie wymaga ponownej regulacji przez prawodawcę miejscowego (DzUrz Woj. Wlkp. 2015, poz. 2523).

- oświadczenie woli – załącznik nr 1 do wniosku, dokument przeznaczony dla liderów lokalnych, którzy rozpoczynają procedurę inicjatywy lokalnej;

- lista mieszkańców wraz z upoważnieniem – załącznik nr 2 do wniosku zawierający upoważnienie do reprezentowania dla liderów lokalnych oraz listę mieszkańców, którzy udzielają wspomnianego upoważnienia.

5. Wymagania dotyczące wkładu pracy społecznej wnioskodawców w realizację inicjatywy lokalnej

Pojawia się w tym miejscu pytanie, czy jest to element obligatoryjny uchwały. Analiza przepisów samej ustawy sugeruje, że tzw. wkład społeczny powinien być wymagany przynajmniej w minimalnym stopniu, co z kolei powinno się przełożyć na dodatkowe punkty przy ocenie samego wniosku.

Praktyka: § 3 pkt. 4 uchwały – przepis jest rozwinięty w § 5 ust. 1 i 2 Regulaminu, co należy uznać za zgodne z zasadami techniki prawodawczej.

6. Rodzaje świadczeń uznanych jako forma wkładu własnego

Ustawa wymienia pracę społeczną, świadczenia pieniężne lub rzeczowe, należy jednak pamiętać, że rada powinna ustalić w uchwale, które z nich są dopuszczone w danej gminie i jaki jest minimalny poziom partycypacji.

Praktyka: § 5 ust. 1 i 2 Regulaminu – wkład własny wnioskodawcy może polegać na:

- świadczeniu pracy społecznej,
- świadczeniu pieniężnym,
- świadczeniu rzeczowym.

Jednocześnie wkład ten mogą stanowić:

- środki finansowe zgromadzone przez wnioskodawcę,
- praca społeczna świadczona przez wnioskodawcę
- świadczenia rzeczowe, tj. dokumentacja projektowa, kosztorysy inwestorskie, usługi transportowe, materiały niezbędne do realizacji inicjatywy lokalnej. Materiały powinny mieć odpowiednie certyfikaty i spełniać odpowiednie normy oraz uzyskać akceptację jednostki prowadzącej realizację inicjatywy lokalnej.

Analiza wspomnianych regulacji pozwala na wysnucie wniosku, że nie wprowadzają one unormowań dotyczących ryzyka.

3. Zadania publiczne realizowane w ramach inicjatywy lokalnej

Wnioski złożone na rok 2016 można podzielić na dwie grupy w ramach inicjatywy lokalnej:

- zadania bieżące (16 zadań)¹⁷ – wnioski złożone przez stosunkowo różnorodne podmioty¹⁸; do realizacji skierowano 9 wniosków,
- zadania inwestycyjne (25 zadań)¹⁹ – wnioski złożone przez inne podmioty niż wskazane przy zadaniach bieżących²⁰, dominująca forma to tzw. grupy inicjatywne; w tej grupie realizacja dotyczy 18 wniosków.

17 Są to: pikniki sąsiedzkie; warsztaty umiejętności wychowawczych; festyn rodzinny na Rakowie; IX Puchar „Orientu”; turniej tenisa stołowego o puchar City Cross Częstochowa; poprawa wizerunku stadionu w Dźbowie poprzez wykonanie niezbędnych prac porządkowych (usunięcie drzew i wykoszenie trawy); Centrum Animacji Międzypokoleniowej; aktywność społeczna, w tym wolontariat osób starszych; Piknik Rodzinny Aktywnych; Ogród dla Seniorów; Częstochowa – rowerem na Jurę Krakowsko-Częstochowską; eNką na 102; Częstochowa StreetBall CUP vol. 4; półkolonie, czyli wakacje z pasją – sport rozwija, uczy i bawi.

18 Fundacja Chrześcijańska „Adullam”; Fundacja Mozaika; Grupa Inicjatywna reprezentowana przez Martę Kwiatkowską i Ewę Pietralik; Klub Sportowy „Orient”; Klub Sportowy „SPIN”; Klub Sportowy City Cross; Ludowy Klub Sportowy „Płomień” Kuźnica Marianowa; Polski Komitet Pomocy Społecznej Zarząd Miejski w Częstochowie; Polskie Stowarzyszenie na rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym Koło w Częstochowie; Stowarzyszenie Aktywna Częstochowa; Stowarzyszenie Częstochowa 2020; Stowarzyszenie Częstochowski Klub Miłośników Komunikacji Miejskiej; Stowarzyszenie Sportowa Częstochowa; Stowarzyszenie Świętego Huberta; Uczniowski Klub Sportowy „Junior” przy Szkole Podstawowej nr 38.

19 Klub Mieszkańca „Stradom w FFORMIE”; linowy plac zabaw dla dzieci w okolicy bloków przy ul. Wierzbowej 14, 22, 24 i 26; budowa kanału sanitarno-ulicznego wraz z przyłączami w granicy pasa drogowego w ul. Bocznej od Żyznej – Częstochowa; budowa odcinka kanalizacji sanitarnej w ulicy bocznej od Wypalank; budowa kanału sanitarnego w ulicy bocznej od Podwała; budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z sięgaczami w rejonie ul. Traugutta w Częstochowie; budowa sieci kanalizacji sanitarnej w Częstochowie; budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami do granicy pasa drogowego przy ul. Kusocińskiego 246a w Częstochowie; budowa sieci kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami do granicy pasa drogowego przy ul. Kusocińskiego 242 w Częstochowie; budowa chodnika i drogi dojazdowej przy ul. Stawowej 20; kanał sanitarny 0,20 z odcinkami do granicy posesji

Z realizacją wspomnianych zadań, niewątpliwie wiąże się pojęcie ryzyka. Zasadne wydaje się w tym miejscu podjęcie próby odpowiedzi na pytanie, czym jest ryzyko. Ryzyko to możliwość zaistnienia określonego zdarzenia w administracji gminnej lub na styku współdziałania administracji z innymi podmiotami, które może mieć wpływ na realizację założonych celów (zadań publicznych)²¹. Kluczowy element stanowi podział ryzyka pomiędzy strony umowy dotyczącej realizacji zadania publicznego w ramach inicjatywy lokalnej. Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie nie precyzuje, czym jest ryzyko, ani nie wprowadza poszczególnych

w drodze wewnętrznej bocznej od ul. Festynowej w Częstochowie; Plac Street Workout w dzielnicy Raków; budowa odcinka sieci kanalizacji sanitarnej w ul. Bakaliowej; budowa kanalizacji sanitarnej w ul. Rybnickiej; rozbudowa kanalizacji sanitarnej w ul. Skrzetuskiego w Częstochowie; budowa odcinka sieci kanalizacji sanitarnej w ul. Czystej w Częstochowie; budowa placu rekreacji ruchowej na podwórku przy ul. Limanowskiego 47 i 49; budowa kanalizacji sanitarnej w ulicy bocznej od ul. Hektarowej w Częstochowie; siłownia zewnętrzna na osiedlu Słonecznym w Częstochowie; kanał sanitarny w ul. Kawodrzańskiej w Częstochowie; budowa odcinka kanalizacji sanitarnej w ulicy bocznej od ul. Polnej; plac zabaw i aktywności ruchowej w dzielnicy Północ przy al. Wyzwolenia i ul. Fieldorfa Nila (okolice pętli tramwajowej); budowa studni głębinowej w obiekcie piłkarskim przy ul. Lourdyjskiej.

20 Fundacja FFORMA; Fundacja „Oczami Brata”; grupa inicjatywna reprezentowana przez Lucynę Wolny; grupa inicjatywna reprezentowana przez Mariusza Muszalika i Jacka Wojtyłę; grupa inicjatywna reprezentowana przez Tomasza Grzywacza i Macieja Dudę; grupa inicjatywna reprezentowana przez Adama Borkowskiego; grupa inicjatywna reprezentowana przez Aleksandrę Ciszewską; grupa inicjatywna reprezentowana przez Bartosza Orzelka; grupa inicjatywna reprezentowana przez Daniela Orzelka; grupa inicjatywna reprezentowana przez Dinę Lewandowską; grupa inicjatywna reprezentowana przez Elżbietę Piszczek-Kluze; grupa inicjatywna reprezentowana przez Gabriela Rataja i Michała Bednarka; grupa inicjatywna reprezentowana przez Grzegorza Ceglarza; grupa inicjatywna reprezentowana przez Józefa Kiliana i Tomasza Boralą; grupa inicjatywna reprezentowana przez Kamilę Kuprowicz; grupa inicjatywna reprezentowana przez Łukasza Wabnicę i Gabriela Rataja; grupa inicjatywna reprezentowana przez Mariolę Więcek i Sławomira Biskupa; grupa inicjatywna reprezentowana przez Michała Boreckiego i Agnieszkę Bielarczyk; grupa inicjatywna reprezentowana przez Pawła Maźniewskiego; grupa inicjatywna reprezentowana przez Włodzimierza Wypycha i Jerzego Cicheckiego; grupa inicjatywna reprezentowana przez Wojciecha Turka; grupa inicjatywna reprezentowana przez Tomasza Majdzika; Stowarzyszenie na rzecz Osób Niepełnosprawnych, Autyzmem i Zaburzeniami Pokrewnymi „Daj mi czas”; Stowarzyszenie Pedagogiki Alternatywnej; Stowarzyszenie Sportowa Częstochowa.

21 Ryzyko jest definiowane zarówno w wytycznych wydanych na podstawie ustawy o finansach publicznych (art 69 ust 4) – Komunikat nr 6 Ministra Finansów w sprawie szczegółowych wytycznych dla sektora finansów publicznych w zakresie planowania i zarządzania ryzykiem z 6 grudnia 2012 r. (DzUrz MF 2012, poz. 56), jak i w wydanym zgodnie z ustawą o finansach publicznych zarządzeniu o procedurze zarządzania ryzykiem w Urzędzie Miasta Częstochowa

<https://bip.czestochowa.pl/artykul/18853/817167/zarzadzenie-nr-77-11-prezydenta-miasta-czestochowy-z-dnia-1-marca-2011-r-w-sprawie-wprowadzenia-procedury-zarzadzania-ryzykiem-w-urzedzie-miasta-czestochowy> (dostęp: 20.07.2018).

kategorii ryzyka. W ustawie brak formalnego obowiązku przeprowadzania analizy ryzyka odnośnie do wykonywanego przedsięwzięcia²². Wzór umowy o realizację inicjatywy lokalnej przez miasto Częstochowa również nie uwzględnia w swoich zapisach ryzyka. Właściwie każda analiza ryzyka w inicjatywie lokalnej powinna obejmować następujące ustalenia:

- wstępną identyfikację rodzajów ryzyka związanych z wykonywanymi zadaniami publicznymi,
- wstępną ocenę i prognozę prawdopodobieństwa wystąpienia ryzyka,
- wstępną analizę rozkładu ryzyka pomiędzy administrację gminną a organizacje NGO oraz tzw. grupy inicjatywne,
- analizę kosztów i sposobów minimalizacji poszczególnych kategorii ryzyka.

4. Badania własne

W zakresie ryzyka mogącego wystąpić w przypadku realizacji inicjatywy lokalnej zostały przeprowadzone badania ankietowe.

Objęły one mieszkańców jednostek pomocniczych, jakimi są dzielnice w Częstochowie²³. Ankiety przeprowadzono w 9 dzielnicach (50% jednostek pomocniczych miasta) wśród 50 przypadkowo spotkanych mieszkańców poszczególnych badanych dzielnic (450 ankiet). Badania przeprowadzono w dzielnicach znajdujących się na obrzeżach Częstochowy, tj.: Wyczerpy-Aniołów, Północ, Kiedrzyn, Grabówka, Lisiniec, Gnaszyn-Kawodrza, Dźbów, Bleszno, Mirów. Badania odbyły się w 2016 r.

22 Ocena ryzyka wszelkich przedsięwzięć, których celem jest wykonanie zadań podejmowanych przez jednostki sektora finansów publicznych, stanowi uniwersalny obowiązek, każda jednostka sektora finansów publicznych powinna wprowadzić procedurę zarządzania ryzykiem i odpowiednio ją udokumentować – na podst. art 68 ustawy o finansach publicznych (np. Zarządzenie nr 20 Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie procesu zarządzania ryzykiem w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej z 13 maja 2015 r. (DzUrz MPiPS 2015, poz. 22).

23 Dzielnic Częstochowy: Bleszno, Częstochowa-Parkitka, Dźbów, Gnaszyn-Kawodrza, Grabówka, Kiedrzyn, Lisiniec, Mirów, Ostatni Grosz, Podjasnogórska, Północ, Raków Stare Miasto, Stradom, Śródmieście, Trzech Wieszczy, Tysiąclecia, Wrzozowiak, Wyczerpy-Aniołów, Zawodzie-Dąbie.

Miały na celu określenie stopnia znajomości zagadnień związanych z inicjatywą lokalną, relacji pomiędzy gminą a inicjatorem (mieszkańcami) oraz wskazania ryzyka, które może wystąpić w przypadku realizacji inicjatywy lokalnej.

Ankiętę otwiera metryczka z pytaniami dotyczącymi danych socio-demograficznych osób badanych, takie jak: miejsce zamieszkania, płeć, wiek, wykształcenie.

W przypadku pierwszego elementu – miejsca zamieszkania – poszczególni ankietowani zamieszkiwali badane dzielnice (50 mieszkańców każdej badanej dzielnicy).

Z kolei jeśli chodzi o ich płeć, odpowiedzi przedstawia poniższa tabela.

Tabela nr 1. Płeć osób badanych

Dzielnica	kobieta	Mężczyzna	Suma
Wyczerpy-Aniołów	26	24	50
Północ	27	23	50
Kiedrzyn	24	26	50
Grabówka	25	25	50
Lisiniec	28	22	50
Gnaszyn-Kawodrza	26	24	50
Dźbów	25	25	50
Błeszno	25	25	50
Mirów	25	25	50

Źródło: Badania własne ankietowe z 2016 r.

Nieznaczące różnice pomiędzy liczbą kobiet i mężczyzn wynikają z przeprowadzania badań ankietowych w godzinach przedpołudniowych oraz odmowy udziału w ankiecie niektórych mieszkańców poszczególnych dzielnic.

Wiek respondentów przedstawia kolejna tabela.

Tabela nr 2. Wiek respondentów

Dzielnica	18–30 lat	30–50	powyżej 50 lat	Suma
Wyczerpy-Aniołów	11	19	20	50
Północ	8	24	18	50
Kiedrzyn,	6	20	24	50
Grabówka	10	18	22	50
Lisiniec	11	19	20	50
Gnaszyn-Kawodrza	2	27	21	50
Dźbów	7	26	17	50
Błeszno	6	29	15	50
Mirów	0	31	19	50

Źródło: Badania własne ankietowe z 2016 r.

Największa grupa respondentów, która wskazała przedział wiekowy powyżej 50 lat, wystąpiła w dzielnicach:

- Kiedrzyn – 24 respondentów,
- Grabówka – 22,
- Gnaszyn-Kawodrza – 21.

Druga co do wielkości grupa wiekowa to osoby pomiędzy 30–50 rokiem życia:

- Mirów – 31 osób,
- Błeszno – 29,
- Gnaszyn-Kawodrza – 27.

Ostatnim elementem metryczki było wykształcenie badanych, co zostało przedstawione w poniższej tabeli.

Tabela nr 3. Wykształcenie badanych

Dzielnica	Podstawowe	średnie	Wyższe	Suma
Wyczerpy-Aniołów	1	25	24	50
Północ	0	23	27	50
Kiedrzyn,	0	27	23	50
Grabówka	1	23	27	50
Lisiniec	1	22	28	50
Gnaszyn-Kawodrza	0	24	26	50
Dźbów	0	25	25	50
Błeszno	0	25	25	50
Mirów	1	21	29	50

Źródło: Badania własne ankietowe z 2016 r.

Z powyższej tabeli wynika układ ankietowanych w zakresie wykształcenia – przewagę miały osoby z wykształceniem wyższym, a w niektórych dzielnicach można zauważyć równowagę pomiędzy osobami z wykształceniem średnim i wyższym. Udział osób z wykształceniem podstawowym był minimalny.

Ankietę z pytaniami badawczymi otwierało **pierwsze pytanie**, które brzmiało: „Czy Pani/Pan zna pojęcie »inicjatywy lokalne«?”.

Tabela nr 4. Pojęcie inicjatywy lokalnej

dzielnica	TAK	NIE	Suma
Wyczerpy-Aniołów	32	18	50
Północ	38	12	50
Kiedrzyn	36	14	50
Grabówka	27	23	50
Lisiniec	28	22	50
Gnaszyn-Kawodrza	26	24	50
Dźbów	27	23	50
Błeszno	32	18	50
Mirów	30	20	50

Źródło: Badania własne ankietowe z 2016 r.

Jak wynika z powyższej tabeli, znaczna część mieszkańców spotkała się z samym pojęciem inicjatywy lokalnej, co oznacza, że uczestniczą

oni aktywnie w różnych formach działania podejmowanych zarówno przez organy dzielnic, jak i miasto Częstochowę. Niestety spory udział osób uczestniczących w badaniu wskazywał na brak wiedzy na temat instytucji, jaką jest „inicjatywa lokalna”. Największa grupa mieszkańców, którzy nie spotkali się z pojęciem inicjatywy lokalnej, wystąpiła w dzielnicach Gnaszyn-Kawodrza (24 osoby), Dźbów i Grabówka (po 23).

Jako postulat zasadne wydaje się postawienie wniosku o przeprowadzenie kampanii informacyjnej ze strony urzędu miasta skierowanej do mieszkańców wszystkich dzielnic.

Drugie pytanie badawcze brzmiało: „Gdzie Pani/Pan uzyskał informację o „inicjatywie lokalnej: a) znajomi, b) lider lokalny, c) administracja samorządowa?”.

W tym pytaniu respondenci mieli możliwość wyboru jednej z trzech odpowiedzi lub wskazanie co najmniej jednej. Wyniki przedstawia poniższa tabela.

Tabela nr 4. Źródło informacji o „inicjatywie lokalnej”

Dzielnica	znajomi	lider lokalny	administracja samorządowa	liczba badanych, którzy na pytanie poprzednie udzielili odpowiedzi „TAK”
Wyczerpy-Aniołów	12	12	8	32
Północ	15	19	4	38
Kiedrzyn,	18	14	4	36
Grabówka	16	10	1	27
Lisiniec	16	12	0	28
Gnaszyn-Kawodrza	15	9	2	26
Dźbów	11	16	0	27
Błeszno	10	18	4	32
Mirów	13	15	2	30

Źródło: Badania własne ankietowe z 2016 r.

Dominującymi formami przekazywania informacji o inicjatywie lokalnej są znajomi i kontakty z liderami lokalnymi. Jak można zauważyć, w części dzielnic przewagę zyskuje informacja uzyskana od lokalnego lide-

ra, są to:

- Północ – 19 badanych,
- Błeszno – 18,
- Dźbów – 16.

Z kolei w dzielnicach Kiedrzyn, Grabówka, Lisiniec mieszkańcy uzyskali informację na temat „inicjatywy lokalnej” od znajomych.

We wszystkich badanych dzielnicach Częstochowy informacja ta pochodziła od członków wspólnoty zamieszkujących dany obszar jednostki administracyjnej. Niski przekaz informacji w tym zakresie występuje w relacjach administracji samorządowej (dzielnica, miasto) z mieszkańcami tych jednostek. W tym przypadku może to wynikać przede wszystkim z braku zainteresowania mieszkańców tym, co jest zamieszczane na stronach internetowych i tablicach ogłoszeń, jak również z problemów komunikacyjnych od strony administracji – zbyt ogólne informacje, fragmentaryczny przekaz tych informacji, problemy z odnalezieniem informacji na stronie urzędu lub dzielnicy.

Trzecie pytanie badawcze to: „Czy kiedykolwiek podejmował/a Pani/Pan działalność społeczną na rzecz dzielnicy?\": a) Tak, podejmowałem/am takie inicjatywy wraz z organizacją/stowarzyszeniem/kołem, b) Tak, podejmowałem/am takie inicjatywy w ramach grupy nieformalnej, c) Tak, podejmowałem/am takie inicjatywy, działając indywidualnie, d) Nie podejmowałem/am dotychczas żadnych takich inicjatyw.

Tabela nr 5. Podejmowanie działań społecznych

Dzielnica	Tak, podejmowałem/am takie inicjatywy wraz z organizacją/stowarzyszeniem/kołem	Tak, podejmowałem/am takie inicjatywy w ramach grupy nieformalnej	Tak, podejmowałem/am takie inicjatywy, działając indywidualnie	Nie podejmowałem/am dotychczas żadnych takich inicjatyw	suma
Wyczerpy-Aniołów	18	9	20	3	50
Kiedrzyn	6	10	28	6	50
Grabówka	7	11	25	7	50
Lisiniec	19	9	22	0	50
Gnaszyn-Kawodrza	5	16	27	2	50
Dźbów	8	12	29	1	50
Północ	7	17	26	0	50
Błeszno	2	19	29	0	50
Mirów	14	15	20	1	50

Źródło: Badania własne ankietowe z 2016 r.

Jak wynika z powyższej tabeli, mieszkańcy analizowanych dzielnic wykazują się znacznym stopniem zaangażowania w działalność społeczną. Najwyższy wskaźnik wystąpił w działaniach indywidualnych, które stanowią dobrą podstawę dla rozwijania w perspektywie idei inicjatywy lokalnej w Częstochowie. Najwyższy udział w grupach formalnych wskazali mieszkańcy dzielnic:

- Lisiniec – 19 ankietowanych,
- Wyczerpy-Aniołów – 18,
- Mirów – 14.

Jako pozytywny aspekt przeprowadzonych badań należy wskazać małą liczbę mieszkańców, którzy nie podejmują jakiegokolwiek działalności społecznej. Brak osób niezaangażowanych w działalność społeczną wystąpił w dzielnicach: Lisiniec, Północ i Błeszno.

Czwarte pytanie brzmiało: „Jakiego rodzaju ryzyka mogą wystąpić przy realizacji »inicjatywy lokalnej«?»: a) niewłaściwy wybór zadania

publicznego, b) nadmierna biurokracja, c) niewystarczające środki materialne, d) problemy techniczne, e) osłabienie zaangażowania społeczności lokalnej w trakcie realizacji.

Tabela nr 6. Ryzyko przy realizacji „inicjatywy lokalnej”

Dzielnica	niewłaściwy wybór zadania publicznego przez inicjatora	Nadmierna biurokracja w administracji samorządowej	niewystarczające środki materialne przeznaczone przez miasto	problemy techniczne	osłabienie zaangażowania społeczności lokalnej w trakcie realizacji inicjatywy
Wyczerpy-Aniołów	5	17	23	2	3
Północ	4	17	21	0	8
Kiedrzyń	4	16	27	1	2
Grabówka	2	22	23	3	0
Lisiniec	2	29	27	0	4
Gnaszyn-Kawodrza	2	25	22	0	1
Dźbów	2	22	28	2	0
Błeszno	0	29	21	0	0
Mirów	0	24	25	0	1

Źródło: Badania własne ankietowe z 2016 r.

Analiza udzielonych odpowiedzi przez badanych mieszkańców dzielnic Częstochowy pozwala na wskazanie rodzajów ryzyka, które według opinii samych zainteresowanych mogą wystąpić przy realizacji inicjatywy lokalnej. Pozytywnie należy ocenić wynik uzyskany w przypadku ryzyka określonego jako „osłabienie zaangażowania społeczności lokalnej w trakcie realizacji inicjatywy”. W dzielnicach Grabówka, Błeszno i Dźbów żaden z badanych respondentów nie wskazał na możliwość wystąpienia takiego ryzyka. Świadczy to o wysokim stopniu partycypacji mieszkańców w działalność miasta oraz identyfikowaniu się z lokalnymi wspólnotami. W pozostałych dzielnicach wystąpił również niski wskaźnik dotyczący ryzyka związanego z uczestnictwem mieszkańców w realizacji zadania publicznego i możliwością wystąpienia zdarzenia, które będzie miało wpływ na realizację zadania. Ryzyko społeczne może bowiem skutkować powstaniem lokal-

nego konfliktu społecznego.

Piąte pytanie brzmiało: „Jaki wpływ według Pani/Pana na inicjatywę lokalną może mieć ryzyko polityczne (zmiana opcji rządzącej)?”: a) znikomy, b) średni, c) znaczny.

Tabela nr 7. Ryzyko polityczne w inicjatywie lokalnej

Dzielnica	znikomy	średni	znaczny	Suma
Wyczerpy-Aniołów	0	7	43	50
Północ	0	0	50	50
Kiedrzyń	0	3	47	50
Grabówka	0	0	50	50
Lisiniec	0	6	44	50
Gnaszyn-Kawodrza	0	0	50	50
Dźbów	0	7	43	50
Błeszno	0	2	48	50
Mirów	0	0	50	50

Źródło: Badania własne ankietowe z 2016 r.

Jak przedstawia to powyższa tabela, zdecydowana większość respondentów wskazuje na duże zagrożenie dla inicjatywy lokalnej w przypadku zmian politycznych we władzach miasta. Wszyscy badani mieszkańcy dzielnic Północ, Grabówka, Gnaszyn-Kawodrza i Mirów wskazywali na decydujące znaczenie tego ryzyka dla formy współpracy gmina–mieszkańcy. W pozostałych dzielnicach również można zaobserwować zdecydowaną przewagę odpowiedzi w zakresie „znaczącego” wpływu tego ryzyka.

Dlaczego to ryzyko jest istotne dla mieszkańców? Zmiana polityczna w składzie organów miasta może bowiem przełożyć się na zmianę regulacji w prawie miejscowym i np. na zaostrzenia wymogów dotyczących składania wniosków i zbyt duże sformalizowanie całej procedury.

Wnioski

Przeprowadzone badania w formie ankiety pozwalają na wysnucie określonych wniosków dotyczących ryzyka przy realizacji inicjatywy lokalnej.

Jednym z zasadniczych zagrożeń dla rozwoju tej formy współpracy będzie traktowanie przez organy miasta składanych wniosków jako tzw. nowych zadań, na które teoretycznie w danym roku budżetowym brak będzie wystarczających środków finansowych. Zasadne jest zatem, aby w społecznościach lokalnych wypracowano mechanizm zgłaszania pomysłów w odpowiednim czasie, a w szczególności przekazywania przez urząd miasta jasnych i precyzyjnych informacji w tym zakresie.

Realizacja zadań publicznych w ramach inicjatywy lokalnej wymaga od samorządu miejskiego zapewnienia tych środków, tym samym powinny one zostać zapisane w budżecie. Dlatego praktyką jest zgłaszanie wniosków na etapie tworzenia założeń do budżetów przez właściwe podmioty.

Bezpośrednie włączanie pomysłów mieszkańców w działania miasta może powodować trudności związane z bieżącym dopasowaniem się do planu finansowego i harmonogramu działań obowiązujących w danym roku budżetowym. Jednakże wprowadzenie zbyt ogólnych kryteriów oceny oraz zasady niezestawiania ze sobą wniosków może powodować u mieszkańców poszczególnych dzielnic podejrzenie o podejmowanie przez organy miasta decyzji w sposób nieprzejrzysty i uznaniowy. Trudno w praktyce o promocję uchwały dotyczącej inicjatywy lokalnej, która nie precyzuje konkretnych zadań możliwych do wspólnej realizacji i przewidywanych terminów składania wniosku.

Analiza przeprowadzonych badań pozwala na wysnucie wniosku, iż mieszkańcy badanych dzielnic mają już doświadczenie bezpośredniej współpracy z samorządem i są wystarczająco zmotywowani do tego, aby samodzielnie identyfikować problemy i włączać się w ich rozwiązywanie. Występuje tu zatem stan faktyczny, w którym samorząd miasta jest otwarty na aktywność mieszkańców i współpracę w różnych obszarach. W praktyce natomiast inicjatywa lokalna sprawdziła się w mniejszych, zintegrowanych społecznościach (dzielnicach), gdzie relacje międzyludzkie w większym stopniu opierają się na zaufaniu i bezpośrednich kontaktach.

Istotną kwestią wynikającą z badań będzie konieczność zwrócenia uwagi na zarządzanie ryzykiem, co powinno obejmować swym zakresem przede wszystkim wskazanie potencjalnego ryzyka, jego ocenę, postępowanie z ryzykiem, które już wystąpiło, jak również monitorowanie, wymianę informacji dotyczących ryzyka i raportowanie ryzyka (organy miasta mieszkańcom dzielnic).

Ważnym postulatem wydaje się wskazanie na konieczność uregulowania w prawie miejscowym problematyki ewaluacji ryzyka występującego przy realizacji inicjatywy lokalnej. Unormowanie to powinno odnosić się do przeglądu wyników ryzyka oraz jego analizy i porównania z przyjętymi kryteriami w celu stwierdzenia, czy ryzyko jest akceptowalne. Ważnym elementem będzie określenie środków kontroli, które powinny zostać zastosowane i które przyczynią się do obniżenia prawdopodobieństwa wystąpienia zdarzenia lub zminimalizują jego negatywne skutki. Zgodnie z załącznikiem do Zarządzenia nr 77/11 Prezydenta Miasta Częstochowa z 1 marca 2011 r. zawierającym procedurę zarządzania ryzykiem w Urzędzie Miasta Częstochowa, zarządzanie ryzykiem w ramach współpracy z organizacjami pozarządowymi podlega pod powyższą procedurę (§ 1). Praktyka dotycząca samej inicjatywy lokalnej, jak również ryzyka z nią związanego powinna zmierzać w kierunku wypracowania następujących standardów:

- lokalny lider/grupa mieszkańców powinni łączyć swoją działalność z działaniami innych organizacji pozarządowych w celu uzyskania efektu synergii – skutek zminimalizowanie ryzyka osłabienia zaangażowania mieszkańców w realizację zadania publicznego;

- lokalny lider/grupa mieszkańców powinni opracować z organami miasta standardy realizacji zadania publicznego danego typu, w szczególności kalkulację kosztów jego realizacji, co skutkowałoby obniżeniem ryzyka polegającego na wyborze niewłaściwego zadania publicznego oraz obniżeniu stopnia biurokratyzowania inicjatywy lokalnej;

- obowiązek publikacji na stronie internetowej stanu faktycznego, w którym lokalny lider/grupa mieszkańców korzysta z mienia komunalnego przy realizacji zadań publicznych – zminimalizowanie ryzyka polegającego na powstaniu lokalnego konfliktu społecznego;

- nałożenie obowiązku na lokalnego lidera/grupę mieszkańców przeprowadzenia wewnętrznej oceny realizacji inicjatywy lokalnej i załą-

czenia jej do sprawozdania, jak również upublicznienie raportów z realizacji tych zadań, np. na stronach internetowych – eliminacja ryzyka konfliktu społecznego w danej dzielnicy.

Wydaje się, iż ryzykiem, trudnym do wyeliminowania, stanie się ryzyko polityczne – zmiana opcji politycznej we władzach miasta – a tym samym zmiana podejścia do inicjatyw lokalnych, co w efekcie może doprowadzić do zmiany właściwych regulacji w prawie miejscowym.

Bibliografia

Kołomycew A., Pawłowska A., *Sprawozdanie z konferencji „Lider społeczny w XXI wieku. Wymiar lokalny i krajowy”*, 6–7 czerwca 2013 r., „Polityka i Społeczeństwo”, Kraków 2013, nr 2 (11).

Michałowski, K.S., Kuć-Czajkowska K. (red.), *Przywództwo lokalne a kształtowanie demokracji partycypacyjnej*, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2008.

Rymsza M., *Standaryzacja współpracy administracji publicznej z organizacjami pozarządowymi jako element polityki państwa wobec trzeciego sektora*, [w:] M. Rymsza, P. Frączak, R. Skrzypiec, Z. Wejcman, *Standardy współpracy administracji publicznej z sektorem pozarządowym*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2007.

Swianiewicz P., *Nowe koncepcje zarządzania i polityki miejskiej w świadomości liderów lokalnych w Polsce*, [w:] S. Michałowski, K. Kuć-Czajkowska (red.), *Przywództwo lokalne a kształtowanie demokracji partycypacyjnej*, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2008.

Ura E., *Zagadnienia prawa administracyjnego i funkcjonowania administracji publicznej*, Wyższa Szkoła Administracji i Zarządzania, Przemyśl, Mitel, Rzeszów 2006.

Akty prawne

Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1257).

Ustawa z 15 listopada 1984 r. o funduszu gminnym i funduszu miejskim (DzU 1984, nr 52, poz. 269).

Ustawa z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst jedn. DzU 2018, poz. 450).

Ustawa z 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz niektórych innych ustaw (DzU 2010, nr 28, poz. 146).

Komunikat nr 6 Ministra Finansów w sprawie szczegółowych wytycznych dla sektora finansów publicznych w zakresie planowania i zarządzania ryzykiem z 6 grudnia 2012 roku (DzU MF 2012, poz. 56).

Uchwała nr 6 Rady Ministrów z 11 stycznia 1988 r. zmieniająca uchwałę w sprawie czynów społecznych oraz pomocy Państwa w ich organizowaniu i realizacji (M.P. 1988, nr 2, poz. 13).

Załącznik do Uchwały nr 516/XXVIII/2012 Rady Miasta Częstochowy z 22 listopada 2012 roku, <http://ngo.czystochowa.pl/page/588,roczne-programy-wspolpracy-miasta-czystochowy-z-organizacjami-pozarządowymi.html>.

Zarządzenie nr 20 Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie procesu zarządzania ryzykiem w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej z 13 maja 2015 roku (DzUrz MPiPS 2015, poz. 22).

Zarządzenie o procedurze zarządzania ryzykiem w Urzędzie Miasta Częstochowa <https://bip.czystochowa.pl/arttykul/18853/817167/zarzadzenie-nr-77-11-prezydenta-miasta-czystochowy-z-dnia-1-marca-2011-r-w-sprawie-wprowadzenia-procedury-zarzadzania-ryzykiem-w-urzedzie-miasta-czystochowy>.

Druk nr 1727 Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie oraz niektórych innych ustaw, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/99A810CDD14225A7C12575630036007B/\\$file/1727.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/99A810CDD14225A7C12575630036007B/$file/1727.pdf).

Orzecznictwo

Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z 9 czerwca 2011 roku, NK-N.4131.362.2011.DC.

Rozstrzygnięcia nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z 7 sierpnia 2014 roku, NK-N.4131.13.9.2014.SP1.

Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z 19 lutego 2014 roku, NK-N.4131.154.2.2014.JW1.

Rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego z 14 kwietnia 2015 roku, KN-I.4131.1.68.2015.22.

Dr Katarzyna Kurzępa-Dedo
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie

Ograniczanie ryzyka bankowego w regulacjach nadzoru mikroostrożnościowego i makroostrożnościowego

Abstrakt

Przedmiotem artykułu jest analiza ryzyka bankowego jako zasadniczego elementu ryzyka systemowego i możliwości jego minimalizacji w ramach przyznanego instrumentarium prawnego organom nadzoru mikroostrożnościowego oraz makroostrożnościowego. Weryfikacji zostanie poddana hipoteza, iż oba rodzaje nadzoru są względem siebie komplementarne w redukcji ryzyka w sektorze bankowym, zarówno w zakresie kompetencji, jak i ustawowych form działania, realizując jednocześnie politykę publiczną utrzymania stabilności systemu finansowego jako dobra publicznego.

Słowa kluczowe: ryzyko bankowe, ryzyko systemowe, nadzór mikroostrożnościowy, nadzór makroostrożnościowy

Wprowadzenie

Banki, dążąc do maksymalizacji zysków, często dokonują w ramach prowadzonej działalności operacyjnej zbyt ryzykownych transakcji, które można zaliczyć do tzw. *moral hazard*. Z drugiej strony, pełniąc funkcję instytucji zaufania publicznego¹, muszą przestrzegać reguł ekonomicznych i prawnych minimalizujących co do zasady skutki tego ryzyka, zarówno z uwagi na ochronę interesów swoich klientów, jak i na stabilność funkcjonowania całego systemu finansowego. Ostatni światowy kryzys finansowy z 2007 r. dobitnie pokazał w wymiarze międzynarodowym, ale też i europejskim, że dotychczasowe mikroostrożeńnościowe modele zarządzania ryzykiem bankowym okazały się niewystarczające do zapewnienia stabilności krajowych systemów finansowych. Co więcej, także w kontekście zauważalnego w procesach gospodarczych zjawiska finansjalizacji należało je uznać za mało skuteczne i przestarzałe, choćby z uwagi na stopień złożoności nowoczesnych instrumentów finansowych i ryzyko przez nie generowane.

Od 1 listopada 2015 r. obowiązuje w prawie polskim ustawa z 15 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożeńnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym² wprowadzająca nowe zasady instytucjonalne w tej sferze gospodarki. Celem wspomianej regulacji jest w szczególności wzmacnianie odporności systemu finansowego na wypadek materializacji ryzyka systemowego i wspieranie przez to długookresowego, zrównoważonego wzrostu gospodarczego kraju. O ile więc nadzór mikroostrożeńnościowy sprawowany przez Komisję Nadzoru Finansowego ma za zadanie minimalizować ryzyko upadłości pojedynczej instytucji finansowej (m.in. banku), o tyle nadzór makroostrożeńnościowy ogranicza systemową destabilizację finansową państwa.

W artykule rozważania będą się koncentrować w szczególności na

1 Pojęcie instytucji zaufania publicznego (społecznego) jest pojęciem pozanormatywnym, ale używanym w odniesieniu do banków zarówno w piśmiennictwie, jak i orzecznictwie. Zob. m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17 stycznia 2001 roku, K 5/00, OTK 2001, nr 1, poz. 2.

2 Ustawa z 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożeńnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (DzU 2017, poz. 1934 ze zm.) - (u.n.makro.).

jednym z rodzajów ryzyka finansowego – ryzyku bankowym jako zasadniczym elemencie ryzyka systemowego i możliwości jego minimalizacji w ramach przyznanego instrumentarium prawnego organom nadzoru mikroostrożnościowego oraz makroostrożnościowego. Weryfikacji zostanie poddana hipoteza, iż oba rodzaje nadzoru są względem siebie komplementarne w redukcji ryzyka bankowego, zarówno w zakresie kompetencji, jak i środków nadzoru, realizując jednocześnie politykę publiczną utrzymania stabilności systemu finansowego jako dobra publicznego.

1. Pojęcie i rodzaje ryzyka bankowego

Ryzyko na ogół jest postrzegane w kategoriach negatywnych, jako działanie, które wiąże się z pewnym niebezpieczeństwem i może przynieść niekorzystne lub niepożądane skutki³. W przypadku prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności w sektorze bankowym, ryzyko stanowi jej nieodłączny element. Warunki makroekonomiczne i mikroekonomiczne pomimo starań przedsiębiorcy mogą układać się bowiem dla niego niekorzystnie i wówczas ryzyko będzie oznaczać „zagrożenie osiągnięcia zamierzonych celów w warunkach niepewności zdarzeń”⁴. Pamiętać jednak należy, że ryzyko bankowe polegające na odchyleniu „in plus” od założonych wielkości oraz celów może okazać się szansą dla banku na osiągnięcie zysków⁵.

Na ryzyko w działalności bankowej mają wpływ czynniki wewnętrzne związane z funkcjonowaniem banku oraz czynniki zewnętrzne, niezależne od niego. Do tych ostatnich należą m.in.: czynniki ogólnospołeczne (m.in. polityka gospodarcza państwa, polityka banku centralnego,

3 Por. M. Bańko (red.), *Słownik języka polskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, t. 4, s. 536–537.

4 C. Kosikowski, *Publiczne prawo bankowe*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa, 1999, s. 181; Z. Zawadzka, *Ryzyko bankowe: ryzyko stopy procentowej i ryzyko walutowe*, Wyd. POLTEXT, Warszawa 1995, s. 9.

5 Zob. m.in. K. Jajuga, T. Jajuga, *Inwestycje, instrumenty finansowe, ryzyko finansowe, inżynieria finansowa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996, s. 99; M. Zaleska, *Ryzyko bankowe – zmiany w sektorze bankowym Unii Europejskiej*, [w:] T. Czerwińska, K. Jajuga (red.), *Ryzyko instytucji finansowych. Współczesne trendy i wyzwania*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 97 i n.

poziom inflacji), czynniki społeczne (m.in. zachowania klientów banku, skłonność klientów do oszczędzania), czynniki polityczne (m.in. stany wyjątkowe, wojny), czynniki demograficzne (m.in. stopa bezrobocia) i czynniki techniczne (m.in. stan infrastruktury), a także zmiany zachowania i struktura klientów, postęp technologiczny, globalizacja rynków finansowych⁶. Do kategorii czynników wewnętrznych wpływających na ryzyko bankowe zaliczyć można: spadek współczynnika wypłacalności, wysokie koszty ogólne oraz gwałtowny wzrost aktywów objętych podwyższonym ryzykiem⁷.

Wielość czynników oddziałujących na funkcjonowanie banku determinuje różne rodzaje ryzyka bankowego i jednocześnie różne sposoby jego klasyfikacji, zwłaszcza w piśmiennictwie z zakresu bankowości. Najbardziej zasadniczym i zarazem zgodnym z tym obowiązującym w regulacjach unijnych jest podział ryzyka bankowego na:

- ryzyko kredytowe,
- ryzyko rynkowe (cenowe), np. stopy procentowej, i ryzyko walutowe,
- ryzyko operacyjne, w tym technologii, ludzkie i prawne,
- ryzyko płynności⁸.

Ze względu na przyczyny ostatniego światowego kryzysu finansowego szczególną uwagę zwraca się na skuteczne zarządzanie przez banki ryzykiem kredytowym oraz ryzykiem prawnym. Pierwsze z nich stanowiło i zapewne nadal będzie stanowić najczęstszą przyczynę upadłości banków, dlatego istotne jest ograniczanie nie tylko tzw. ryzyka kredytowego aktywnego, lecz także pasywnego.

Drugie ryzyko, czyli ryzyko prawne, będące komponentem ryzyka operacyjnego banku, jest związane m.in. ze zjawiskiem tzw. przeregulowania sektora bankowego, które rozumieć należy w tym wypadku jako

6 M. Iwanowicz-Drozdowska, Z. Zawadzka, *Ryzyko bankowe*, [w:] M. Iwanowicz-Drozdowska, W.L. Jaworski, Z. Zawadzka (red.), *Bankowość zagadnienia podstawowe*, POLTEXT, Warszawa 2010, s. 228 i n.; R.W. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego*, Zakamycze, Kraków 2006, s. 188–189 (i powoływana tam literatura).

7 D. Daniluk, *Nadzór bankowy w Polsce*, „Zarządzanie i Bankowość”, Warszawa 1992, s. 13.

8 Zob. M. Zaleska, *Ryzyko bankowe - zmiany w sektorze bankowym...*, s. 98 i n. Szerzej na temat rodzajów ryzyka bankowego m.in. R. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego...*, s. 189 i n.

zaostrenie wymogów formalnych jego funkcjonowania w odpowiedzi m.in. na skutki kryzysu finansowego z 2007 roku. Zbyt rygorystyczne normy ostrożnościowe prowadzą po stronie podmiotów nadzorowanych nie tylko do ich niezrozumienia, lecz także do omijania zaproponowanych w nich rozwiązań. Wynika to stąd, że normy te, minimalizując ryzyko, np. kredytowe, jednocześnie zmniejszają krąg podmiotów spełniających wymogi do zaciągnięcia kredytu bankowego. Takie skutki miało m.in. wdrożenie przez banki Rekomendacji S II, dotyczącej ekspozycji kredytowania nieruchomości zabezpieczonych hipotecznie, i Rekomendacji T, dotyczącej dobrych praktyk w zakresie zarządzania ryzykiem detalicznych ekspozycji kredytowych⁹.

2. Ograniczanie ryzyka bankowego przez nadzór mikroostrożnościowy

Prawne regulacje w zakresie ograniczania ryzyka bankowego w skali mikro, czyli pojedynczej instytucji finansowej, niezależnie od źródła ich pochodzenia i mocy wiążącej sprowadzają się do dwóch zasadniczych celów. Z jednej strony minimalizują ryzyko podejmowane przez te instytucje finansowe w ramach prowadzonej przez nie działalności gospodarczej i tym samym redukują możliwość pojawienia się kryzysu poprzez pomiar oraz ograniczanie ryzyka w ujęciu sparametryzowanym (regulacja ilościowa) lub niesparametryzowanym (regulacja jakościowa)¹⁰. Z drugiej strony zwiększają też ochronę interesu klientów banków. Z tego względu określa się je mianem tzw. norm lub regulacji ostrożnościowych. Sąd Najwyższy w wyroku z 12 stycznia 2007 r.¹¹ użył zwrotu „normy dopusz-

9 Zob. K. Kurzępa-Dedo, *Czy Komisja Nadzoru Finansowego realizuje politykę publiczną w zakresie stabilności systemu bankowego i bezpieczeństwa finansowego państwa? Rozważania na tle charakteru prawnego rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Administracja a strategie i polityki publiczne*, Difin, Warszawa 2016, s. 99.

10 M. Iwanowicz-Drozdowska, *Nadzór nad działalnością bankową w Polsce*, [w:] M. Iwanowicz-Drozdowska, W.L. Jaworski, Z. Zawadzka (red.), *Bankowość zagadnienia podstawowe...*, s. 102 i n.

11 Wyrok SN z 12 stycznia 2007 r., IV CSK 342/06.

czalnego ryzyka”, przyjmując, że należy w nich widzieć normy wyznaczające granice działalności banków (oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych), których przekroczenie grozi prawidłowemu funkcjonowaniu tych podmiotów, naruszają bowiem ich „stabilność finansową, podważając bezpieczeństwo zgromadzonych w nim środków”.

Znaczący wpływ na kształt krajowych norm ostrożnościowych mają standardy regulacyjne opracowywane przez Bazylejski Komitet ds. Nadzoru Bankowego (funkcjonalne źródła prawa)¹², kreujące tzw. nowy konsensus bazylejski, którego jednym z elementów oddziaływania jest publicznoprawne zarządzanie ryzykiem finansowym¹³. Dodatkowo zakres regulacji ostrożnościowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej determinowany jest dyrektywami i rozporządzeniami¹⁴, które bardzo często przejmują „rozwiązania bazylejskie”. Intensyfikacja działań dotyczących instytucjonalnych rozwiązań w zakresie unijnego nadzoru bankowego nastąpiła zwłaszcza po ostatnim światowym kryzysie finansowym z 2007 roku, kiedy to stworzono Europejski System Nadzoru Finansowego obejmujący krajowe organy nadzoru poszczególnych państw członkowskich, Wspólny Komitet Europejskich Urzędów Nadzoru, Europejską Radę ds. Ryzyka Systemowego (ESRB), Europejski Urząd Nadzoru Bankowego (EBA), Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (ESMA) oraz Europejski Urząd Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych (EIOPA). Do zadań wymienionych urzędów nadzoru należy zapewnienie jednolitości i spójności środków nadzorczych w krajach członkowskich UE m.in. poprzez opracowywanie standardów technicznych i wytycznych (prawnie niewiążących, chociaż posiadających pewne cechy normatywne) uzupełniających unijne akty prawne i usprawniających wykonywanie nadzoru transgranicznego nad grupami finansowo-

12 R.W. Kaszubski, *Funkcjonalne źródła prawa bankowego...*, s. 21 i n.

13 Zob. J. Monkiewicz, M. Monkiewicz, *Ochrona konsumentów w nowym paradygmacie regulacyjno-nadzorczym rynków finansowych*, [w:] J. Monkiewicz, M. Orlicki (red.), *Ochrona konsumentów na rynku ubezpieczeniowym w Polsce. Współczesne wyzwania*, Warszawa 2015, s. 16.

14 Na przykład Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z 26 czerwca 2013 roku w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (Dyrektywa CRD IV) czy Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE/575/2013 z 26 czerwca 2013 roku w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych zmieniające rozporządzenie UE nr 648/2012 (Rozporządzenie CRR).

wymi. W konsekwencji działania te mają zminimalizować ryzyko pojawienia się nowego kryzysu finansowego, jak również zoptymalizować instrumenty ochrony w przypadku jego wystąpienia¹⁵. Dodatkowym efektem ma być dążenie do stanu tzw. konwergencji nadzorczej, czyli zbieżności stosowanych praktyk nadzorczych w krajach członkowskich¹⁶. Na przykład EBA w ramach konwergencji nadzorczej wydaje regulacje ostrożnościowe (wytyczne i zalecenia) kierowane do krajowych organów nadzorczych (w tym do KNF) dotyczące m.in. minimalizacji ryzyka bankowego¹⁷.

W polskim ustawodawstwie normy ostrożnościowe są zawarte w przepisach powszechnie obowiązującego prawa, przede wszystkim w ustawie Prawo bankowe (dotyczą one m.in. zasad funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i komitetu do spraw ryzyka w strukturach banku, funduszy własnych banku, koncentracji zaangażowań, adekwatności kapitału, współczynnika wypłacalności, rezerw na ryzyko ogólne)¹⁸, ustawie o nadzorze nad rynkiem finansowym¹⁹ czy ustawie o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym²⁰ (wskazują m.in. na powiązanie procesu uznawania banku za zagrożony upadłością z tzw. procesem BION, czyli „Metodyką badania i oceny nadzorczej banków komercyjnych, zrzeszających oraz spółdzielczych” opracowaną przez Komisję Nadzoru Finansowego), a także w przepisach wykonawczych do wymienionych wyżej aktów prawnych.

Z punktu widzenia praktyki bankowej równie istotne znaczenie w minimalizowaniu ryzyka bankowego co normy powszechnie obowiązującego prawa mają normy będące efektem regulacyjnej działalności organów nadzoru. W polskich realiach instytucjonalnych są to rekomendacje wydawane przez Komisję Nadzoru Finansowego dotyczące dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami oraz spółdzielczymi kasami

15 Szerzej zob. A. Jurkowska-Zeidler, *Rynek bankowy Unii Europejskiej*, [w:] A. Drwiłło, A. Jurkowska-Zeidler (red.), *System prawnofinansowy Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 234 i n.

16 *Ibidem*.

17 Europejski Urząd Nadzoru Bankowego 19.12.2014 roku wydał *Wytyczne w sprawie wspólnych procedur i metodyk dotyczących procesu przeglądu i oceny nadzorczej*, EBA/GL/2014/13.

18 Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (DzU 2018, poz. 2187 ze zm.) (pr.bank.).

19 Ustawa z 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (DzU 2018, poz. 621 ze zm.) (u.n.r.f.).

20 Ustawa z 10 czerwca 2016 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji (DzU 2017, poz. 1937 ze zm.).

oszczędnościowo-kredytowymi (art. 137 ust. 1 pkt 5 pr.bank. i art. 62 ust. 2 u.s.k.o.k.)²¹. Wpływ na działalność KNF w zakresie wydawania regulacji ostrożnościowych czy stosowania innych środków nadzorczych minimalizujących ryzyko bankowe mają także rozwiązania Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego (EBA) zawarte w wytycznych i zaleceniach.

Rekomendacje mają postać załączników do uchwał podejmowanych przez KNF i publikowane są w dzienniku urzędowym tego organu. Wydano już kilkanaście rekomendacji obejmujących różne aspekty zarządzania ryzykiem bankowym, samym bankiem, a także wykonywania czynności bankowych. Na przykład Rekomendacja A dotyczy zarządzania ryzykiem towarzyszącym zawieraniu przez banki transakcji na rynku instrumentów pochodnych, Rekomendacja B reguluje kwestie ograniczania ryzyka inwestycji finansowych banków, przedmiot Rekomendacji M natomiast obejmuje zarządzanie ryzykiem operacyjnym w bankach²². Regulacji tych z punktu widzenia charakteru prawnego nie można zaliczyć do powszechnie obowiązujących przepisów prawa wymienionych w art. 87 Konstytucji ani do aktów prawa wewnętrznego, ponieważ banki (oraz spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe) nie są w stosunku do KNF w organizacyjnej podległości w rozumieniu art. 93 ust. 1 Konstytucji, chociaż pozostają pod jej nadzorem. Poza tym KNF nie może „w sposób prawnie wiążący, w formie zalecenia czy innego rodzaju jednostronnego władczego rozstrzygnięcia, zobligować banku do przestrzegania wskazówek jakie wynikają z wydanych uprzednio rekomendacji”²³, nie ma także podstaw prawnych do egzekwowania od banków przestrzegania norm zawartych w tych rekomendacjach. Z uwagi na źródło pochodzenia i moc wiążącą rekomendacje można zakwalifikować do kategorii tzw. miękkiego prawa

21 Ustawa z 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (DzU 2018, poz. 2386 ze zm.) (u.s.k.o.k.).

22 Zob. Rekomendacje dla banków Komisji Nadzoru Finansowego, http://www.knf.gov.pl/regulacje/praktyka/rekomendacje_banki/rekomendacje.html (dostęp: 30.03.2018).

23 T. Czech, *Charakter prawny rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 11, s. 63; *Ibidem*, *Miejsce uchwał Komisji Nadzoru Finansowego w systemie źródeł polskiego prawa*, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 7/8, s. 74–75. Odmienny pogląd w tym zakresie prezentuje Paweł Wajda, który postuluje, by akty normatywne wydawane przez KNF zaliczyć do kategorii aktów prawa wewnętrznego w rozumieniu art. 93 ust. 1 Konstytucji, a tym samym przyjąć, że instytucje finansowe, w tym banki, są funkcjonalnie podległe KNF (P. Wajda, *Rola decyzji administracyjnej w nadzorze nad polskim systemem finansowym*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 199 i n.).

(*soft law*). W takim ujęciu stanowią one swoiste uzupełnienie przepisów powszechnie obowiązujących i dodatkowo są przydatne przy dokonywaniu przez instytucje finansowe ich interpretacji²⁴. Banki w ramach prowadzonej działalności wdrażają rekomendacje pomimo ich niewiążącego charakteru, ponieważ KNF, realizując swoje ustawowe obowiązki nadzorcze w stosunku do tych instytucji, bierze po uwagę przestrzeganie przez nie dobrych praktyk i procedur redukcji ryzyka sugerowanych właśnie w rekomendacjach. W literaturze przedmiotu regulacje ostrożnościowe, niezależnie od źródła ich pochodzenia i mocy wiążącej, ograniczające ryzyko działalności operacyjnej banków, są uznawane za jeden z najważniejszych elementów nadzoru bankowego²⁵.

Nadzorowanie zasad ograniczania ryzyka przez banki w ramach prowadzonej przez nie działalności należy do organów wewnętrznych banku (m.in. zarządu, komitetu do spraw ryzyka) i organów zewnętrznych (m.in. Komisji Nadzoru Finansowego). Ustawodawca już w samej definicji legalnej banku wyraźnie na ten zewnętrzny aspekt nadzorowania ryzyka bankowego położył nacisk, zakreślając zarazem podstawy prawne ingerencji państwa w przedmiotowy rodzaj działalności gospodarczej. Z brzmienia art. 2 pr.bank. w zw. art. 5 ust. 1 pr.bank. wynika, że bank jest osobą prawną utworzoną zgodnie z przepisami ustaw działającą na podstawie zezwoleń uprawniających do dokonywania czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Powierzone przez klientów środki pieniężne są wykorzystywane przez bank do udzielania m.in. kredytów, pożyczek, gwarancji bankowych czy otwierania akredytyw, czyli na czynności obarczone większym lub mniejszym ryzykiem zwrotu (art. 5 ust. 1 pr.bank. w zw. art. 2 pr.bank.)²⁶. Z tego względu w ramach reglamentacji działalności bankowej konieczne jest uzyskanie dwóch zezwoleń Komisji Nadzoru Finansowego (KNF) wydawanych

24 Z. Ofiarski, *Rola soft law w regulacji rynku finansowego na przykładzie rekomendacji i wytycznych Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, red., Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 139 i n.; M. Olszak, *Bankowe normy ostrożnościowe*, Temida, Białystok 2011, s. 184 i n.

25 Zob. A. Nadolska, *Komisja Nadzoru Finansowego w nowej instytucjonalnej architekturze europejskiego nadzoru finansowego*, Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 91 (i przywoływana tam literatura).

26 Zob. też A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz*, LexisNexis Polska, Warszawa 2013, s. 22.

w formie decyzji administracyjnych: zezwolenia na utworzenie banku (art. 34 pr.bank.) oraz zezwolenia na rozpoczęcie działalności bankowej (art. 36 pr.bank.). We wskazanych zezwoleniach KNF ustala rzeczywisty zakres działalności danego banku i jednocześnie, w pewnym sensie, zakres sprawowanego nadzoru mikroostrożnościowego nad nią. Z kolei normami kompetencyjnymi do jego wykonywania są: art. 131 ust. 1 pr.bank., w myśl którego KNF nadzoruje działalność banków, oddziałów i przedstawicielstw banków zagranicznych, oddziałów i przedstawicielstw instytucji kredytowych oraz art. 1 u.n.r.f., określający KNF mianem organu powołanego do sprawowania zintegrowanego nadzoru nad rynkami finansowymi, w tym nad sektorem bankowym. Wątpliwości w orzecznictwie i piśmiennictwie budzi usytuowanie KNF w strukturze organów państwa z uwagi na brak doprecyzowania tego aspektu w literalnym brzmieniu art. 1 u.n.r.f.²⁷. Biorąc pod uwagę stanowisko TK na temat statusu prawnego KNF wyrażone w wyroku z 15 czerwca 2011 r.²⁸ oraz *ratio legis* samej ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym przyjąć, można, że jest to centralny organ administracji publicznej, ale nie organ administracji rządowej.

Ustawowym celem nadzoru sprawowanego przez KNF jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania rynku finansowego, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości (w tym poprzez minimalizowanie ryzyka bankowego), zaufania do niego, a także ochrony interesów uczestników rynku dzięki rzetelnej informacji dotyczącej jego funkcjonowania (art. 2 u.n.r.f.). KNF, uszczegóławiając w uchwale z 27 listopada 2012 r. (§ 1 ust. 2) tryb wykonywania nadzoru nad działalnością bankową²⁹, przyjęła stosunkowo szerokie jego rozumienie – obejmujące wszystkie etapy i aspekty funkcjonowania banku, a więc m.in. rozpatry-

27 Zob. m.in. R. Blicharz, *Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad rynkiem kapitałowym w Polsce*, Branta, Bydgoszcz–Katowice 2009, s. 34 i n.; M. Ochwat, *Status prawny Komisji Nadzoru Finansowego*, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 7/8, s. 45; P. Wajda, *Pozycja prawnoustrojowa i skład Komisji Nadzoru Finansowego – kilka uwag krytycznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 7/8, s. 138 i n.; P. Stanisławiszyn, *Status Komisji Nadzoru Finansowego w polskim systemie bankowym*, [w:] W. Góralczyk (red.), *Problemy współczesnej bankowości. Zagadnienia prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 314 i n. W zakresie orzecznictwa m.in. wyrok WSA w Warszawie z 5 października 2010 r., VI SA/Wa 1420/10, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 2, s. 28; Wyrok NSA z 21 lutego 2012 roku, II GSK 67/11.

28 Wyrok TK z 15 czerwca 2011 r., K 2/09.

29 Uchwała nr 312/2012 KNF z 27 listopada 2012 r. w sprawie trybu wykonywania nadzoru nad działalnością bankową (DzUrz KNF 2012, poz. 20 ze zm.).

wanie wniosków związanych z tworzeniem, organizacją i działalnością banków, oddziałów i przedstawicielstw banków zagranicznych oraz przedstawicielstw instytucji kredytowych, działania o charakterze regulacyjnym, nadzór o charakterze analitycznym oraz wykonywanie czynności kontrolnych.

Oceny nadzorczej w odniesieniu do ryzyka bankowego KNF dokonuje nie rzadziej niż raz na rok i obejmuje ona analizę m.in.:

- wielkości ryzyka, na jakie narażony jest bank,
- jakości procesu zarządzania tym ryzykiem,
- poziomu kapitału pokrywającego ryzyko wynikające z działalności banku oraz
- zarządzania bankiem, w tym zgodności z przepisami Prawa bankowego, rozporządzenia CRR, ustawy o Narodowym Banku Polskim, statutem i decyzją o wydaniu zezwolenia na utworzenie banku. Z kolei w samym procesie badania i wspomnianej oceny nadzorczej szczegółowo opisanej w § 24 powołanej uchwały KNF uwzględnia m.in.: profil ryzyka banku, wyniki testów warunków skrajnych, stopień narażenia banku na ryzyko koncentracji zaangażowań (w tym dużych zaangażowań), a także stopień narażenia banku na ryzyko związane ze zmianą stóp procentowych, ryzyko utraty płynności oraz wpływ efektu dywersyfikacji ryzyka.

Urząd Komisji Nadzoru Finansowego posługuje się w tym celu opracowaną prze siebie metodyką „Badania i oceny nadzorczej banków komercyjnych, zrzeszających i spółdzielczych” (metodyka BION, proces BION). Obowiązująca metodyka BION z 28 marca 2018 r.³⁰ jest zgodna z regulacjami unijnymi przeglądu i oceny nadzorczej (*Supervisory Review and Evaluation Process – SREP*).

Proces badania i ocena nadzorcza (BION) ma charakter ciągły w stosunku do wszystkich banków nadzorowanych przez KNF, ale na podstawie art. 133a ust. 1 pr.bank. KNF ma obowiązek co najmniej raz na rok przeprowadzić ocenę nadzorczą banku albo dokonać weryfikacji wyników poprzedniego badania. Zasadniczym celem oceny nadzorczej jest analiza różnych obszarów ryzyka, na jakie narażone są banki w swojej

30 Komisja Nadzoru Finansowego, Metodyka badania i oceny nadzorczej banków komercyjnych, zrzeszających oraz spółdzielczych (Metodyka BION), https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Metodyka_BION_bankow_2018_61293.pdf (dostęp: 28.04.2018).

działalności i zasad zarządzania nimi. Przebieg procesu BION zamyka się w trzech fazach i przyporządkowanych im ośmiu etapach. Pierwsza faza obejmuje tzw. działania przygotowawcze, na które składają się łącznie trzy etapy:

- przeprowadzenie procesu przyporządkowania banków komercyjnych, zrzeszających i spółdzielczych do czterech kategorii z uwzględnieniem ich wielkości, struktury i organizacji wewnętrznej oraz charakteru i złożoności działalności (etap 1),
- opracowanie i zatwierdzenie programu oceny nadzorczej (etap 2),
- pozyskanie od banków wymaganych materiałów (etap 3).

Druga faza, zwana nadawaniem oceny BION, składa się z czterech etapów:

- prac analitycznych w Urzędzie KNF – dialog z bankiem (etap 4),
- zatwierdzenia ocen BION (etap 5),
- przekazania bankom ocen BION (etap 6),
- wspólnej decyzji kapitałowej i płynnościowej (etap 7).

Ostatnia trzecia faza to działania podsumowujące, na które składają się przegląd, modyfikacja i zatwierdzanie regulacji dotyczących BION³¹. KNF informację o uzyskanej ocenie przekazuje bankowi, bez podawania jej do publicznej wiadomości. W związku z wynikami kwartalnej oceny poziomu ryzyka banku możliwa jest aktualizacja ocen BION.

Dobór przez KNF środków nadzorczych, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, zależy od oceny końcowej BION oraz pozycji banku w systemie finansowym³². W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w zakresie podejmowanego ryzyka bankowego i sposobu zarządzania nim KNF wykorzystuje adekwatne środki nadzorcze przewidziane w art. 138 pr.bank., do których należą:

- zalecenia (art. 138 ust. 1 pr.bank.) – ich katalog w przepisach

31 *Ibidem*, s. 10 i n.

32 Zob. M. Marcinkowska, *Regulacje mikroostrożnościowe sektora bankowego*, [w:] T. Czerwińska, K. Jajuga (red.), *Ryzyko instytucji finansowych. Współczesne trendy i wyzwania*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 176.

Prawa bankowego trzeba uznać za otwarty. Zalecenia dotyczą np. ograniczania ryzyka w działalności banku, przestrzegania dodatkowego wymogu w zakresie funduszy własnych w przypadku stwierdzenia, że bank stwarza ryzyko systemowe,

- nakazy (np. 138 ust. 2 pr.bank.) – np. wstrzymania wypłat z zysku lub wstrzymania tworzenia nowych jednostek organizacyjnych do czasu przywrócenia płynności płatniczej lub osiągnięcia innych norm dopuszczalnego ryzyka w działalności banku,

- upomnienia (art. 138 ust. 3 pr.bank.) – w przypadku braku realizacji przez bank zaleceń lub nakazów wydanych przez KNF w trybie art. 138 ust. 1 lub 2 pr.bank., a także gdy działalność banku jest wykonywana z naruszeniem przepisów prawa lub statutu albo stwarza zagrożenie dla interesów posiadaczy rachunków bankowych lub uczestników obrotu instrumentami finansowymi,

- tzw. sankcje nadzorcze (art. 138 ust. 3 pkt. 1–4 oraz ust. 5, 6 i 6a pr.bank.) poprzedzane przez upomnienia; przedmiotem tych sankcji może być np. wystąpienie do właściwego organu banku z wnioskiem o odwołanie prezesa, wiceprezesa lub innego członka zarządu banku bezpośrednio odpowiedzialnego za stwierdzone nieprawidłowości, ograniczenie zakresu działalności banku lub jego jednostek organizacyjnych czy nałożenie na bank kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu wykazanego w ostatnim zbadanym sprawozdaniu finansowym, a w przypadku braku takiego sprawozdania – kary pieniężne w wysokości do 10% prognozowanego przychodu określonego na podstawie sytuacji ekonomiczno-finansowej banku.

Dobór środków nadzorczych jest oczywiście zależny od stopnia ustalonych nieprawidłowości w konkretnym przypadku, ale w praktyce KNF stosuje je, poczynając od najłagodniejszych, a kończąc na najbardziej restrykcyjnych³³. W przypadku zaleceń, nakazów i upomnień KNF stosuje je wyłącznie w odniesieniu do banku (*ad rem*), tzw. sankcje nadzorcze natomiast mogą być stosowane również *ad personam*, czyli wobec członków zarządu banku. Możliwe jest także, w świetle aktualnie obowiązujących przepisów Prawa bankowego, kumulatywne stosowanie różnych środków nadzoru.

33 A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013, s. 577.

Analizując z kolei formę prawną wymienionych środków nadzoru to zalecenia wydawane przez KNF bankowi na piśmie należy zaliczyć do tzw. form niewładczych, od których bank nie może się odwołać. Zgodnie ze stanowiskiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wyrażonym w postanowieniu z 7 października 2011 r., „zalecenia pokontrolne nie są decyzją administracyjną, gdyż nie zawierają woli organu, a jedynie opis stwierdzonych nieprawidłowości i wskazania co do ich naprawy. To »łagodna forma« zasygnalizowania skarżącemu (bankowi), że w swej działalności gospodarczej dopuścił się niewłaściwych, niezgodnych z prawem działań, których niewyeliminowanie w trybie samokontroli będzie mogło spowodować wszczęcie postępowania administracyjnego i zastosowanie przez KNF środków nadzorczych”³⁴. Przez zalecenia KNF stawia konkretny cel do osiągnięcia, natomiast dobór środków do jego realizacji pozostawia bankowi.

Podobnie pisemne upomnienia kierowane przez KNF do banku w przypadku braku realizacji wcześniejszych zaleceń lub nakazów wydanych na podstawie art. 138 ust. 1 lub 2 pr.bank. nie są decyzjami administracyjnymi. W literaturze przedmiotu pojawiła się propozycja, by upomnienie KNF traktować jak wezwanie do usunięcia przez bank stwierdzonych nieprawidłowości³⁵. Natomiast formę decyzji administracyjnych podlegających natychmiastowemu wykonaniu mają nakazy (art. 11 ust. 2 pkt 9 i 10 pr.bank. w związku z art. 138 ust. 2 pr.bank.) oraz tzw. sankcje nadzorcze wymienione w art. 138 ust. 3 pr.bank.

Z danych opublikowanych przez KNF wynika, że w ramach tzw. sankcji nadzorczych liczba nałożonych kar pieniężnych na podstawie art. 138 ust. 3 pr.bank. w latach 2010–2018 obejmuje łącznie cztery przypadki opisane w poniższej tabeli.

34 Postanowienie WSA z 7 października 2011, VI SA/Wa 1663/11.

35 B. Smykla, *Prawo bankowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 561–562.

Tabela 1. Wykaz kar pieniężnych nałożonych na sektor bankowy przez Komisję Nadzoru Finansowego za naruszenie art. 138 ust. 3 pr.bank.

Lp.	Adresat decyzji	Data wydania decyzji przez KNF	Przedmiot naruszenia	Kara pieniężna
1.	Euro Bank SA	26.05.2010 r.	Brak realizacji zaleceń poinspekcyjnych, głównie w zakresie wdrożenia w banku systemów wspomagających zarządzanie ryzykiem.	500000 zł
2.	członek zarządu jednego z banków spółdzielczych	04.03.2014 r.	Naruszenie art. 139 ust. 1 pkt 2 pr.bank. przez nieprzekazanie KNF w wyznaczonym terminie, informacji niezbędnych do aktualizacji oceny nadanej w ramach procesu BION (według stanu na 30.06.2013 r.)	6000 zł KNF obniżyła karę do 3000 zł z uwagi na sytuację finansową stron postępowania
3.	członek zarządu jednego z banków spółdzielczych	04.03.2014 r.	Naruszenie art. 139 ust. 1 pkt 2 pr.bank. przez nieprzekazanie KNF w wyznaczonym terminie, informacji niezbędnych do aktualizacji oceny nadanej w ramach procesu BION (według stanu na 30.06.2013 r.)	7000 zł KNF obniżyła karę do 5000 zł z uwagi na sytuację finansową stron postępowania
4.	członek zarządu jednego z banków spółdzielczych	04.03.2014 r.	Naruszenie art. 139 ust. 1 pkt 2 pr.bank. przez nieprzekazanie KNF w wyznaczonym terminie, informacji niezbędnych do aktualizacji oceny nadanej w ramach procesu BION (według stanu na 30.06.2013 r.)	20000 zł KNF obniżyła karę do 19000 zł na skutek wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy

Źródło: Opracowanie własne na podstawie zestawienie KNF

https://bip.knf.gov.pl/pliki/kary_KNF_wg_naruszen_31072018_tcm6-31245.pdf
(dostęp: 30.03.2018).

Kary pieniężne były nakładane przez KNF zarówno *ad rem*, jak i *ad personam*. W trzech przypadkach dotyczą one członków zarządów banków za nieprzekazanie KNF w wyznaczonym terminie informacji niezbędnych do aktualizacji oceny nadanej w ramach procesu BION, w tym w zakresie oceny ryzyka bankowego. Ostatnie decyzje administracyjne, jak wynika z zestawienia, były wydane przez organ nadzorczy w trybie art. 138 ust. 3 pr.bank. w 2014 r. Brak kar w omawianym trybie w kolejnych latach daje podstawy do sformułowania następującego wniosku: zastosowany środek nadzoru okazał się skuteczny i banki, a ściślej ich organy zarządzające, współpracują należycie z KNF zarówno w zakresie przeprowadzania procesu BION, jak i wdrażania wewnętrznych procedur zarządzania ryzykiem bankowym.

Decyzje administracyjne KNF są najbardziej restrykcyjną formą ingerencji przez organ nadzoru mikroostrożnościowego w funkcjonowanie banków. Mając na celu minimalizowanie różnych rodzajów ryzyka bankowego, zapewniają z jednej strony bezpieczeństwo klientów korzystających z ofert bankowych, a z drugiej wpływają na stabilność funkcjonowania poszczególnych banków i pośrednio minimalizują ryzyko systemowe. Ta prawna forma nadzoru pojawia się w zasadzie na wszystkich etapach funkcjonowania banku, czyli od momentu wydania zezwolenia na jego utworzenie po jego likwidację. Rodzi to uzasadnione pytanie, czy wykorzystywanie przez KNF omawianego instrumentu prawnego zbytnio nie ogranicza i jednocześnie nie podnosi kosztów prowadzenia działalności gospodarczej w ramach polskiego sektora bankowego, hamując jednocześnie jego rozwój³⁶.

Sposobem ochrony banków przed nadmierną ingerencją ze strony KNF w ramach postępowań nadzorczych i ryzykiem wydania nielegalnego rozstrzygnięcia jest m.in. wdrożenie zasady przekonywania z kodeksu postępowania administracyjnego (art. 11 k.p.a.)³⁷. Chroni ona uczestników postępowania administracyjnego przed arbitralnym działaniem organu administracji publicznej, w tym też KNF. Zgodnie z założeniem tej zasady w postępowaniu administracyjnym mają zapadać rozstrzygnięcia w największym stopniu odpowiadające stanowi faktycznemu i prawnemu danej

36 Szerzej zob. P. Wajda, *Rola decyzji administracyjnej...*, s. 366 i n.

37 Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1257).

Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk sprawy, czyli nie tylko legalne, lecz także racjonalne³⁸.

3. Ryzyko bankowe jako składnik ryzyka systemowego i jego ograniczanie przez nadzór makroostrożnościowy

Po globalnym kryzysie finansowym z 2007 roku priorytetowym zadaniem wielu państw stało się budowanie stabilności systemu finansowego. Samo pojęcie systemu finansowego jest różnie definiowane w literaturze przedmiotu³⁹, aczkolwiek zauważalne są dwa główne podejścia do propozycji jego określania: albo poprzez uwidacznianie aspektów instytucjonalno-strukturalnych tworzących system finansowy, albo poprzez uwidacznianie funkcji tego systemu⁴⁰. Na potrzeby niniejszego opracowania przyjęto, że system finansowy to w aspekcie instytucjonalno-strukturalnym zbiór określonych i zakwalifikowanych do odrębnych kategorii instytucji finansowych, w tym także banków. Podmioty systemu finansowego są traktowane w gospodarce jak instytucje zaufania publicznego, co w praktyce rodzi dodatkowo oczekiwania odpowiedzialności społecznej w zakresie podejmowanych przez nie działań wpływających na utrzymanie stabilności finansowej państwa. Narodowy Bank Polski przez stabilność systemu finansowego rozumie „stan, w którym pełni on swoje funkcje w sposób ciągły i efektywny, nawet w przypadku wystąpienia nieoczekiwanych i niekorzystnych zaburzeń o znacznej skali i niskim prawdopodobieństwie wystąpienia. Utrzymanie stabilności systemu finansowego wymaga monitorowania ryzyka systemowego powstającego w systemie finansowym lub

38 Zob. też P. Wajda, *Zasada ogólna przekonywania jako czynnik ograniczający ryzyko polityczne działalności prowadzonej przez banki w Polsce*, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 2, s. 74 i n.

39 Na przykład rynek finansowy definiowany jest jako całość powiązań między podmiotami dotyczących gromadzenia i podziału środków pieniężnych, które tworzą przede wszystkim przedsiębiorcy, konsumenci, państwo i instytucje finansowe, w tym oczywiście banki, stanowi jeden z zasadniczych elementów gospodarki (E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 42–43).

40 Por. A. Dobrzańska, E. Kosycarz, B. Pietrzak, *Stabilność systemu finansowego w gospodarce – rozważania teoretyczne i praktyczne aspekty*, [w:] A. Alińska, K. Wasiak (red.), *Mechanizmy stabilności systemu finansowego*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 16 i n.

w jego otoczeniu, jak również podejmowania działań eliminujących lub ograniczających to ryzyko”⁴¹.

O znaczeniu stabilności sektora finansowego w gospodarce najlepiej świadczy zauważalna w ostatnich latach tendencja do postrzegania go w kategoriach dobra publicznego. Analizując cechy dobra publicznego w kontekście stabilności systemu finansowego, można wskazać, że jest on: po pierwsze, dobrem niekonkurencyjnym, po drugie, w zasadzie nie można z niego wykluczyć kogokolwiek, czyli obejmuje zasięgiem wszystkich uczestników życia gospodarczego, po trzecie, nie można wyłączyć się z jego korzystania, po czwarte, sektor prywatny nie byłby w stanie zapewnić jego stabilności bez aktywności odpowiednich organów administracji publicznej korzystających ze swoich ustawowych uprawnień⁴². Podobną argumentację przytaczają Marian Żukowski i Helena Żukowska, przyjmując, że „stabilność systemu ekonomicznego, w tym finansowego i bankowego, jest podstawowym dobrem niezbędnym dla gospodarki jako całości, poszczególnych jej sektorów i wszystkich podmiotów, a także osób fizycznych – jest więc dobrem publicznym”⁴³.

Konsekwencją takiego założenia stanowi odpowiednie określenie roli państwa i jego organów w zakresie dostarczania tego dobra, a tym samym ograniczania zjawiska ryzyka w funkcjonowaniu systemu instytucji finansowych. Komitet Stabilności Finansowej (KSF) poczynając od 1 listopada 2015 r., czyli od wejścia w życie ustawy z 15 sierpnia 2015 roku o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym⁴⁴ jest w polskich realiach

41 Narodowy Bank Polski, Raport o stabilności systemu finansowego, grudzień 2017, <http://www.nbp.pl/systemfinansowy/rsf122017.pdf> (dostęp: 30.03.2018), s. 5.

42 A. Alińska, K. Wasiak, *Czy stabilność systemu finansowego można uznać za dobro publiczne*, [w:] T. Famulska, K. Znanięcka (red.), *Finanse – problemy – decyzje 2014*, cz. 1, „Studia Ekonomiczne – Zeszyty Naukowe”, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego, Katowice 2014, s. 30. Autorki, przeprowadzając szczegółową analizę stabilności systemu finansowego w kontekście cech dóbr publicznych, ostatecznie uznają go za jedno z nich.

43 Zob. M. Żukowski, H. Żukowska, *Oddziaływania państwa na stabilizowanie systemu finansowego*, [w:] M. Iwanowicz-Drozdowska i in. (red.), *Bankowość w Unii Europejskiej – szanse i zagrożenia*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2009, s. 483.

44 Ustawa ta implementuje Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2013/36/UE z 26 czerwca 2013 roku w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniającą dyrektywę 2002/87/WE i uchylającą dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (DzU UE, L2013.176.338).

instytucjonalnym organem, który co do zasady dba o stabilność finansową państwa. Powołanie i funkcjonowanie Komitetu stanowi wyraz realizacji przez Polskę unijnej polityki makroostrożnościowej polegającej na identyfikacji ryzyka systemowego i w razie potrzeby wydawaniu odpowiednich ostrzeżeń i zaleceń. Odpowiednikiem KSF na poziomie unijnym jest Europejska Rada do spraw Ryzyka Systemowego (ESRB), która za pomocą zaleceń i ostrzeżeń prawnie niewiążących, ale wymagających implementacji przez państwa członkowskie, przeciwdziała wystąpieniu ryzyka systemowego, by zachować stabilność całego sektora finansowego UE, zapobiegając jednocześnie zjawisku tzw. arbitrażu regulacyjnego ze strony krajowych organów makroostrożnościowych⁴⁵. Z tego względu nie można zaliczyć zaleceń makroostrożnościowych ESRB do kategorii *soft law*.

Jednym z ustawowych zadań KSF jest identyfikowanie instytucji finansowych stwarzających istotne ryzyko dla systemu finansowego oraz współpraca z Europejską Radą do spraw Ryzyka Systemowego (art. 5 pkt 2 i 3 u.n.makro.). Mimo że ostrzeżenia i zalecenia ESRB wymagają implementacji przez państwa unijne, a KSF uwzględnia je w ramach swojej działalności, to sam Komitet może stosować bardziej zaostrzone wymogi ostrożnościowe, przeciwdziałając zagrożeniom na krajowym rynku finansowym (zwłaszcza, że cykle finansowe i gospodarcze w państwach członkowskich nie są ze sobą zsynchronizowane)⁴⁶.

Samo pojęcie ryzyka systemowego w przedmiotowej ustawie jest rozumiane jako ryzyko zakłócenia w funkcjonowaniu systemu finansowego, które w razie jego materializacji zaburza działanie systemu finansowego i gospodarki narodowej jako całości. Źródłem tego zakłócenia mogą być w szczególności tendencje związane z nadmierną dynamiką akcji kredytowej lub zadłużenia i związana z nimi nierównowaga w zakresie cen aktywów, niestabilne modele finansowania, rozkład ryzyka w systemie finansowym, powiązania pomiędzy instytucjami finansowymi lub nierów-

45 A. Jurkowska-Zeidler, *Rynek bankowy Unii Europejskiej*, [w:] A. Drwiłło, A. Jurkowska-Zeidler (red.), *System prawnofinansowy...*, s. 236.

46 Por. opinię EBC z 25.01.2012 r. w sprawie projektu dyrektywy w sprawie warunków podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi oraz projektu rozporządzenia w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych (CON/2012/5), https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/c_10520120411pl00010036.pdf (dostęp: 30.03.2018), C 105/4.

nową makroekonomiczną i sektorową (art. 4 pkt 15 u.n.makro.). Jak wynika z gramatycznej wykładni przytoczonej definicji, zasadniczym elementem ryzyka systemowego jest ryzyko bankowe, a w szczególności ryzyko kredytowe. W związku z tym KSF w ramach realizowanej polityki publicznej utrzymywania stabilności finansowej państwa uczestniczy w skali makro w ograniczaniu ryzyka wynikającego z działalności sektora bankowego.

Komitet Stabilności Finansowej w ramach przyznanego mu instrumentarium prawnego może wydawać rekomendacje oraz przedstawiać stanowiska (art. 5 pkt. 1 u.n.makro.), które mają jednak charakter prawnie niewiążący⁴⁷. Rekomendacje są kierowane do prezesa Narodowego Banku Polskiego, ministra finansów, przewodniczącego KNF oraz prezesa Zarządu Bankowego Funduszu Gwarancyjnego i dotyczą podjęcia przez te podmioty w terminie i formach zakreślonych przez KSF działań mających wyeliminować lub zredukować ryzyko systemowe. Wspomniani adresaci w zależności od wagi, formy i zakresu sformułowanych rekomendacji mogą w celu ich wdrożenia wykorzystywać ustawowo przyznane im zarówno władcze, jak i niewładcze formy działania. Rekomendacje i stanowiska wydawane przez KSF są wsparte zasadą „zastosuj się lub wyjaśnij” (*act or explain*), która na ich adresatów przenosi ciężar odpowiedzialności realizacji polityki makroostrożnościowej⁴⁸.

Na przykład w uchwale z 13 stycznia 2017 roku w sprawie rekomendacji dotyczącej restrukturyzacji portfela kredytów mieszkaniowych w walutach obcych⁴⁹ KSF wyraził opinię, że portfel walutowych kredytów mieszkaniowych (ryzyko kredytowe) generuje ryzyko systemowe w kontekście potencjalnych skutków postulowanych w debacie publicznej inwazyjnych rozwiązań prawnych. W związku z tym ewentualne ustawowe przewalutowanie kredytów mieszkaniowych (chodzi głównie o kredyty we

47 Szerzej zob. M. Fedorowicz, *Prawne ujęcie nadzoru makroostrożnościowego w świetle krajowych projektów ustaw o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym w ramach przedsejmowego etapu legislacyjnego*, [w:] A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 132–133.

48 A. Dobrzańska, *Kolegialne organy makroostrożnościowe w UE – analiza instytucjonalnych rozwiązań*, „Bezpieczny Bank” 2018, nr 1 (70), s. 61–63.

49 Uchwała KSF nr 14/2017 z 13 stycznia 2017 r. w sprawie rekomendacji dotyczącej restrukturyzacji portfela kredytów mieszkaniowych w walutach obcych, https://www.nbp.pl/nadzormakroostroznościowy/podstawa/uchwała_ksfm_14_13-01-2017.pdf (dostęp: 30.03.2018).

frankach szwajcarskich) mogłoby prowadzić do bardzo istotnych strat w niektórych bankach, a w skrajnym przypadku nawet zagrozić stabilności krajowego systemu finansowego. W trosce o stabilność sektora bankowego organ nadzoru makroostrożnościowego zarekomendował⁵⁰:

1) Komisji Nadzoru Finansowego m.in.:

- aktualizację metodyki BION oraz poszerzenie jej o zasady pozwalające przypisać odpowiedni poziom narzutu kapitałowego kolejnym czynnikom ryzyka związanym z walutowymi kredytami mieszkaniowymi – aktualizacja metodyki BION przez KNF miała miejsce 28.03.2018 roku, o czym była mowa wcześniej,

- wydanie na podstawie art. 137 ust. 1 pkt 5 pr.bank. rekomendacji nadzorczej dla banków dotyczącej dobrych praktyk przy restrukturyzacji portfeli walutowych kredytów mieszkaniowych, zakreślając jednocześnie jej zasadnicze postanowienia – KNF przygotowała projekt przedmiotowej rekomendacji, ale jej przyjęcie przez KNF jest sprzężone z uchwaleniem przepisów tzw. ustawowego przewalutowania kredytów mieszkaniowych;

2) ministrowi finansów m.in.:

- niezwłoczne zakończenie prac nad rozporządzeniem w sprawie wyższej wagi ryzyka dla ekspozycji zabezpieczonych hipotekami na nieruchomościach, o której mowa w art. 124 ust. 2 rozporządzenia UE nr 575/2013, w szczególności podwyższenie wagi ryzyka do 150% dla ekspozycji w pełni i całkowicie zabezpieczonych hipoteką na nieruchomości mieszkalnej, w której przypadku wysokość raty kapitałowej lub odsetkowej jest uzależniona od zmian kursu waluty lub walut innych niż waluty przychodów osiągniętych przez dłużnika (rozporządzenie opublikowane 1 czerwca 2017 roku weszło w życie 2 grudnia 2017 r.⁵¹).

Jeśli weźmie się pod uwagę ustawowy zakres form działania Komitetu Stabilności Finansowej, nadzór makroostrożnościowy może sprawiać wrażenie mniej skutecznego prawnie w minimalizacji ryzyka bankowego od nadzoru mikroostrożnościowego sprawowanego przez Komisję Nadzoru

⁵⁰ *Ibidem*, s. 35–37.

⁵¹ Rozporządzenie Ministra Finansów z 1 czerwca 2017 r. w sprawie wyższej wagi ryzyka dla ekspozycji zabezpieczonych hipotekami na nieruchomości opublikowane (DzU 2017, poz. 1068).

Finansowego, która w zakresie swoich ustawowych kompetencji może wydawać oprócz wytycznych czy rekomendacji także decyzje administracyjne (art. 11 ust. 1 u.n.r.f.). Realne skutki działalności Komitetu Stabilności Finansowej, jak widać na przykładzie przytoczonej uchwały, zależą jednak od wypracowanych przez niego w ramach normatywnych kompetencji efektywnych zasad współpracy z adresatami rekomendacji, którzy w zakresie swojego działania zostali wyposażeni przez ustawodawcę w instrumentarium o różnej mocy prawnej, w tym w akty stosowania prawa (decyzje administracyjne).

Wnioski

Z danych Narodowego Banku Polskiego wynika, że aktywa sektora bankowego stanowiły w 2017 roku dwie trzecie całości polskiego systemu finansowego⁵². Banki odgrywają kluczową rolę w finansowaniu gospodarki, w rozliczeniach pieniężnych i oferują innym podmiotom usługi w zakresie zarządzania ich ryzykiem finansowym. Jeśli rozpatruje się udział aktywów bankowych w systemie finansowym kraju, wskazane funkcje banków czy wreszcie ich dążenie jako przedsiębiorców do maksymalizacji zysków nie dziwi priorytetowe traktowanie przez organy nadzorcze minimalizacji ryzyka w sektorze bankowym.

Przeprowadzona wcześniej analiza instytucjonalna prowadzi do wniosku, że organy nadzoru mikroostrożnościowego i makroostrożnościowego usytuowane w strukturach administracji publicznej są względem siebie komplementarne w redukcji ryzyka bankowego, zarówno w zakresie kompetencji, jak i środków nadzorczych. Realizują jednocześnie politykę publiczną utrzymania stabilności systemu finansowego jako dobra publicznego i wpisują się w architekturę unijnego nadzoru nad sektorem bankowym, którego jednym z celów jest dążenie do zapewnienia skuteczności i spójności regulacji ostrożnościowych w państwach członkowskich UE.

W płaszczyźnie nadzoru mikroostrożnościowego wykonywanego przez Komisję Nadzoru Finansowego minimalizacja ryzyka bankowego ma

52 Narodowy Bank Polski, *Raport o stabilności systemu finansowego*, s. 5.

w pierwszej kolejności zapewnić bezpieczeństwo funkcjonowania pojedynczej instytucji finansowej i chronić interesy jej klientów, pośrednio wpływając przez to na stabilność całego systemu finansowego państwa. Do realizacji tego celu KNF wykorzystuje głównie dwa środki nadzoru: decyzje administracyjne (wydawane na każdym etapie funkcjonowania banku) oraz rekomendacje, dzięki którym bezpośrednio ingeruje w funkcjonowanie banków. Z kolei w płaszczyźnie nadzoru makroostrożnościowego Komitet Stabilności Finansowej ogranicza ryzyko bankowe będące składnikiem ryzyka systemowego poprzez niewładcze formy realizacji swoich ustawowych uprawnień, nie ingerując bezpośrednio w działalność sektora bankowego. Nadzór ten można określić mianem prewencyjnego, wpływającego m.in. na nadzór mikroostrożnościowy, którego zasadnicza rola polega na rozwiązywaniu problemów kryzysowych generowanych przez nadmierne ryzyko bankowe.

Oba modele nadzoru wydają się być obecnie optymalne i pomagają bankom utrzymać ryzyko wynikające z prowadzonej przez nie działalności na bezpiecznym poziomie, zwłaszcza w kontekście opinii Narodowego Banku Polskiego wyrażonej w grudniu 2017 roku w Raporcie o stabilności systemu finansowego⁵³, iż „system finansowy polski funkcjonuje stabilnie, a natężenie zagrożeń dla jego stabilności nieznacznie się zmniejszyło w okresie od publikacji poprzedniej edycji raportu”. Również Najwyższa Izba Kontroli oceniała pozytywnie, mimo stwierdzonych nieprawidłowości, wykonywanie przez KNF i Urząd KNF zadań zapewniających stabilność sektora bankowego w latach 2015–2017⁵⁴.

Warto jednak zwrócić uwagę jeszcze na inne aspekty takiego stanu rzeczy. Minimalizacja ryzyka bankowego przy wykorzystaniu obowiązujących norm ostrożnościowych i zakresu środków nadzoru doprowadziła po pierwsze, do wykluczenia z tzw. tradycyjnej bankowości części klientów, którzy nie spełniali zaostrożonych kryteriów korzystania z ofert bankowych i tym samym rozwoju sektora firm pożyczkowych, a po drugie, do ograniczenia swobody prowadzenia działalności gospodarczej w sektorze bankowym i wzrostu jej kosztów. Co więcej, aktywności banków towarzyszy tzw. ryzyko polityczne wynikające ze sposobu interwencji organów admi-

53 *Ibidem*, s. 125 i n.

54 Wystąpienie pokontrolne NIK, KBF 410.005.02.2017 P/17/014, <https://www.nik.gov.pl/kontrolne/P/17/014/KBF/>, s. 2 i n. (dostęp: 20.12.2018).

nistracji publicznej w ich funkcjonowanie⁵⁵. W pewnym stopniu jest ono minimalizowane przez zasady ogólne postępowania administracyjnego, m.in. zasadę przekonywania. Niezależnie od tego być może należy krytycznie przyjrzeć się stosunkowo szerokiemu zakresowi spraw, które mogą być obecnie uregulowane m.in. na drodze decyzji administracyjnych wydanych przez Komisję Nadzoru Finansowego, by znaleźć równowagę między rentownością a bezpieczeństwem systemu bankowego i, szerzej, finansowego państwa.

55 Zob. E. Najlepszy, *Zarządzanie finansami międzynarodowymi*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2000, s. 36 i n.

Bibliografia

Alińska A., Wasiak K., *Czy stabilność systemu finansowego można uznać za dobro publiczne*, [w:] T. Famulska, K. Znaniecka (red.), *Finanse – problemy – decyzje 2014*, cz. 1, „Studia Ekonomiczne – Zeszyty Naukowe”, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego, Katowice 2014.

Blicharz R., *Nadzór Komisji Nadzoru Finansowego nad rynkiem kapitałowym w Polsce*, Branta, Bydgoszcz–Katowice, 2009.

Czech T., *Charakter prawny rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 11.

Czech T., *Miejsce uchwał Komisji Nadzoru Finansowego w systemie źródeł polskiego prawa*, „Monitor Prawa Bankowego” 2013, nr 7/8.

Daniluk D., *Nadzór bankowy w Polsce*, Zarządzanie i Bankowość, Warszawa 1992.

Dobrzańska A., *Kolegialne organy makroostrożnościowe w UE – analiza instytucjonalnych rozwiązań*, „Bezpieczny Bank” 2018, nr 1 (70).

Dobrzańska A., Kosycarz E., Pietrzak B., *Stabilność systemu finansowego w gospodarce – rozważania teoretyczne i praktyczne aspekty*, [w:] A. Alińska, K. Wasiak (red.), *Mechanizmy stabilności systemu finansowego*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

Fedorowicz M., *Prawne ujęcie nadzoru makroostrożnościowego w świetle krajowych projektów ustaw o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym w ramach przedsejmowego etapu legislacyjnego*, [w:] A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

Iwanowicz-Drozdowska M., *Nadzór nad działalnością bankową w Polsce*, [w:] M. Iwanowicz-Drozdowska, W.L. Jaworski, Z. Zawadzka (red.), *Bankowość zagadnienia podstawowe*, POLTEXT, Warszawa 2010.

Iwanowicz-Drozdowska M., Zawadzka Z., *Ryzyko bankowe*, [w:] M. Iwanowicz-Drozdowska, W.L. Jaworski, Z. Zawadzka (red.), *Bankowość zagadnienia podstawowe*, POLTEXT, Warszawa 2010.

Jajuga K., Jajuga T., *Inwestycje, instrumenty finansowe, ryzyko finansowe, inżynieria finansowa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996.

Jurkowska-Zeidler A., *Rynek bankowy Unii Europejskiej*, [w:] A. Drwiłło, A. Jurkowska-Zeidler (red.), *System prawnofinansowy Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

Kaszubski R.W., *Funkcjonalne źródła prawa bankowego publicznego*, Zakamycze, Kraków 2006.

Kawulski A., *Prawo bankowe. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013.

Kosikowski C., *Publiczne prawo bankowe*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1999.

Kurzępa-Dedo K., *Czy Komisja Nadzoru Finansowego realizuje politykę publiczną w zakresie stabilności systemu bankowego i bezpieczeństwa finansowego państwa? Rozważania na tle charakteru prawnego rekomendacji Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] A. Jurkowska-Gomułka (red.), *Administracja a strategie i polityki publiczne*, Difin, Warszawa 2016.

Marcinkowska M., *Regulacje mikroostrożnościowe sektora bankowego*, [w:] T. Czerwińska, K. Jajuga (red.), *Ryzyko instytucji finansowych. Współczesne trendy i wyzwania*, C.H. Beck, Warszawa 2016.

Monkiewicz J., Monkiewicz M., *Ochrona konsumentów w nowym paradygmacie regulacyjno-nadzorczym rynków finansowych*, [w:] J. Monkiewicz, M. Orlicki (red.), *Ochrona konsumentów na rynku ubezpieczeniowym w Polsce. Współczesne wyzwania*, Warszawa 2015.

Nadolska A., *Komisja Nadzoru Finansowego w nowej instytucjonalnej architekturze europejskiego nadzoru finansowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

Najlepszy E., *Zarządzanie finansami międzynarodowymi*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2000.

Narodowy Bank Polski, *Raport o stabilności systemu finansowego*, grudzień 2017, <http://www.nbp.pl/systemfinansowy/rsf122017.pdf> (dostęp: 30.03.2018).

Ochwat M., *Status prawny Komisji Nadzoru Finansowego*, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 7/8.

Ofiarski Z., *Rola soft law w regulacji rynku finansowego na przykładzie rekomendacji i wytycznych Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] A. Jurkowska-Zeidler, M. Olszak (red.), *Prawo rynku finansowego. Doktryna, instytucje, praktyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 139 i n.

Olszak M., *Bankowe normy ostrożnościowe*, Temida, Białystok, 2011.

Rutkowska-Tomaszewska E., *Ochrona prawna klienta na rynku usług bankowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

Słownik języka polskiego, M. Bańko (red.), Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, t. 4.

Smykła B., *Prawo bankowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.

Stanisławiszyn P., *Status Komisji Nadzoru Finansowego w polskim systemie bankowym*, [w:] W. Góralczyk (red.), *Problemy współczesnej bankowości. Zagadnienia prawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

Wajda P., *Pozycja prawnoustrojowa i skład Komisji Nadzoru Finansowego – kilka uwag krytycznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2009, nr 7–8.

Wajda P., *Rola decyzji administracyjnej w nadzorze nad polskim systemem finansowym*, C.H. Beck, Warszawa 2009.

Wajda P., *Zasada ogólna przekonywania jako czynnik ograniczający ryzyko*

polityczne działalności prowadzonej przez banki w Polsce, „Monitor Prawa Bankowego” 2011, nr 2.

Wystąpienie pokontrolne NIK, KBF 410.005.02.2017 P/17/014,
<https://www.nik.gov.pl/kontrole/P/17/014/KBF/>.

Zaleska M., *Ryzyko bankowe - zmiany w sektorze bankowym Unii Europejskiej*, [w:] T. Czerwińska, K. Jajuga (red.), *Ryzyko instytucji finansowych. Współczesne trendy i wyzywania*, C.H. Beck, Warszawa 2016.

Zawadzka Z., *Ryzyko bankowe: ryzyko stopy procentowej i ryzyko walutowe*, POLTEXT, Warszawa 1995.

Żukowski M., Żukowska H., *Oddziaływania państwa na stabilizowanie systemu finansowego*, [w:] M. Iwanowicz-Drozdowska i in. (red.), *Bankowość w Unii Europejskiej – szanse i zagrożenia*, Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2009.

Akty prawne

Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1257).

Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (DzU 2017, poz. 1876 ze zm).

Ustawa z 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (DzU 2017, poz. 196).

Ustawa z 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (DzU 2013, poz. 1450).

Ustawa z 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (DzU 2015, poz. 1513 ze zm.).

Rozporządzenie Ministra Finansów z 1 czerwca 2017 r. w sprawie wyższej wagi ryzyka dla ekspozycji zabezpieczonych hipotekami na nieruchomości opublikowane (DzU 2017, poz. 1068).

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2013/36/UE z 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca Dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca Dyrektywę 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (DzU UE, L2013.176.338).

Uchwała nr 312/20112 KNF z 27 listopada 2012 r. w sprawie trybu wykonywania nadzoru nad działalnością bankową (DzU KNF 2012, poz. 20 ze zm.).

Uchwała KSF nr 14/2017 z 13 stycznia 2017 r. w sprawie rekomendacji dotyczącej restrukturyzacji portfela kredytów mieszkaniowych w walutach obcych, https://www.nbp.pl/nadzormakroostroznościowy/podstawa/uchwała_ksfm_14_13-01-2017.pdf (dostęp: 30.03.2018).

Europejski Urząd Nadzoru Bankowego, 19.12.2014 r., Wytyczne w sprawie wspólnych procedur i metodyk dotyczących procesu przeglądu i oceny nadzorczej, EBA/GL/2014/13.

Rekomendacje dla banków Komisji Nadzoru Finansowego,
http://www.knf.gov.pl/regulacje/praktyka/rekomendacje_banki/rekomendacje.html.

Komisja Nadzoru Finansowego, Metodyka badania i oceny nadzorczej banków komercyjnych, zrzeszających oraz spółdzielczych (Metodyka BION), https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Metodyka_BION_bankow_2018_61293.pdf.

Orzecznictwo

Wyrok TK z 17 stycznia 2001 r., K 5/00, OTK 2001, nr 1, poz. 2.

Wyrok TK z 15 czerwca 2011 r., K 2/09.

Wyrok SN z 12 stycznia 2007 r., IV CSK 342/06.

Wyrok WSA z 5 października 2010 r., VI SA/Wa 1420/10.

Wyrok NSA z 21 lutego 2012 r., II GSK 67/11.

Postanowienie WSA z 7 października 2011, VI SA/Wa 1663/11.

Dr Elżbieta Małecka
Uniwersytet Rzeszowski

Wytyczne techniczne w sprawie środków bezpieczeństwa w branży łączności elektronicznej

Abstrakt

Artykuł prezentuje Wytyczne techniczne w sprawie środków bezpieczeństwa (*Technical guidance on the security measures in Article 13a, Version 2.0, October 2014*) opracowane przez ekspertów technicznych Europejskiej Agencji ds. Bezpieczeństwa Sieci i Informacji (ENISA).

Dokument ten zawiera techniczne wytyczne do właściwej oceny ryzyka świadczonych usług i podjęcia odpowiednich środków bezpieczeństwa. Może być wykorzystany przez dostawców usług jako schemat do samooceny i audytu oraz jako wytyczne lub odwzorowanie międzynarodowych norm bezpieczeństwa sieci i informacji stosowanych w branży łączności elektronicznej.

Wytyczne wskazują 25 istotnych celów bezpieczeństwa pogrupowanych w 7 obszarach. Dla każdego celu bezpieczeństwa wymieniono środki bezpieczeństwa, które mogą być podjęte przez dostawców/przedsiębiorców w celu osiągnięcia odpowiedniego stopnia bezpieczeństwa. Zostały wskazane nim również rodzaje dowodów, które mogą być brane pod uwagę przez audytora przy ocenie, czy środki bezpieczeństwa są stosowane.

Słowa kluczowe: ocena ryzyka, wytyczne techniczne w sprawie środków bezpieczeństwa

1. Uwagi wstępne

Celem artykułu jest analiza dokumentu Wytyczne techniczne w sprawie środków bezpieczeństwa (*Technical guidance on the security measures in Article 13a, Version 2.0, October 2014*) opracowanego przez ekspertów technicznych Europejskiej Agencji ds. Bezpieczeństwa Sieci i Informacji (ENISA)⁵⁶ – dr Marnix Dekker, Christoffer Karsberg. Dokument ten powstał w związku z artykułem 13a Dyrektywy Ramowej (dyrektywa 2002/21/WE, zmieniona dyrektywą 2009/140 WE) i jest skierowany do krajowych organów regulacyjnych oraz do przedsiębiorców działających w branży łączności elektronicznej. 19 października 2015 roku prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej opublikował na stronie urzędu⁵⁷ Wytyczne techniczne w sprawie środków bezpieczeństwa.

Tezą artykułu jest twierdzenie, że wystarczającą formą uregulowania kwestii środków bezpieczeństwa związanych z artykułem 13a Dyrektywy Ramowej są wytyczne techniczne. W opracowaniu zostały zastosowane metody dogmatyczno-prawna oraz analityczno-syntetyczna.

2. Działania Komisji Europejskiej mające na celu zwiększenie bezpieczeństwa sieci i informacji

Opracowanie tego dokumentu poprzedziło kilka innych inicjatyw związanych z problematyką bezpieczeństwa publicznych sieci i usług łączności elektronicznej. Ogromne znaczenie ma Strategia bezpiecznego społeczeństwa informacyjnego – „Dialog, partnerstwo i przejmowanie ini-

56 Europejska Agencja ds. Bezpieczeństwa Sieci i Informacji (ENISA) stanowi centrum wiedzy specjalistycznej z zakresu bezpieczeństwa sieci i informacji. Efekty jej działań służą UE, jej państwom członkowskim, sektorowi prywatnemu i obywatelom Europy. Agencja ściśle współpracuje z państwami członkowskimi i sektorem prywatnym w celu dostarczania porad i rozwiązań dotyczących dobrych praktyk w dziedzinie bezpieczeństwa informacji. Pomaga państwom członkowskim UE we wdrażaniu odpowiednich przepisów UE i pracuje nad poprawą odporności krytycznej infrastruktury teleinformatycznej i sieci w Europie <https://www.enisa.europa.eu> (dostęp: 20.06.2018).

57 <https://www.uke.gov.pl> (dostęp: 23.09.2016).

cyjatywy” (COM [2006] 251) wydana przez Komisję Europejską w 2006 roku w formie komunikatu. Komisja zaproponowała poprawę bezpieczeństwa informacyjnego poprzez wdrożenie strategii opartej na takich filarach jak: intensyfikacja dialogu Komisji z władzami publicznymi, przeprowadzenie analizy porównawczej polityki różnych krajów i określenie najlepszych rozwiązań w dziedzinie łączności elektronicznej, szersze informowanie o skutecznych systemach bezpieczeństwa, przy aktywnej i stymulującej roli Komisji i większym zaangażowaniu ENISA, oraz dialog na temat narzędzi i instrumentów regulacyjnych w celu uzyskania odpowiedniej równowagi między bezpieczeństwem a ochroną podstawowych praw, w tym prawa do prywatności⁵⁸. Dialog ten w założeniu miał być prowadzony między wieloma interesariuszami: państwami członkowskimi, konsumentami i użytkownikami, branżą zajmująca się bezpieczeństwem informatycznym oraz sektorem prywatnym. W tym celu Komunikat przewidywał również utworzenie wielojęzycznego wspólnotowego portalu informującego i ostrzegającego o zagrożeniach, by zapewnić strategiczne partnerstwo między sektorem prywatnym, państwami członkowskimi i naukowcami. Strategia została zatwierdzona w następnym roku przez Radę Europejską (Uchwała Rady 2007/068/01)⁵⁹.

Kolejnym działaniem na rzecz bezpieczeństwa sieci i informacji był Komunikat Komisji Europejskiej w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej Ochrona Europy przed zakrojonymi na szeroką skalę atakami i zakłóceniami cybernetycznymi: zwiększenie gotowości, bezpieczeństwa i odporności z 30 marca 2009 r. (KOM [2009] 149).

Komisja wskazała w nim, że bezpieczeństwo i odporność CII (*Critical Information Infrastructures*) stanowią pierwszą linię obrony w przypadku awarii i ataków, dlatego tak ważne jest wzmocnienie bezpieczeństwa i odporności CII w całej UE. Zaproponowała również plan działania mający na celu zwiększenie taktycznej i operacyjnej współpracy na szczeblu europejskim, jednocześnie wskazując, że realizacja tych działań zależy od ich efektywności w zakresie wykorzystywania i wspomagania działań sektora

58 A. Suchorzewska, *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożenia cyberterroryzmem*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 39 i n.

59 Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie komunikatu Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: *Strategia na rzecz bezpiecznego społeczeństwa informacyjnego — Dialog, partnerstwo i przejmowanie inicjatywy* COM (2006) 251, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52007AE0211> (dostęp: 20.06.2018).

publicznego i prywatnego oraz od zaangażowania i pełnego udziału państw członkowskich, instytucji europejskich i zainteresowanych podmiotów. Rozwiązanie tych problemów powinno się opierać na pięciu filarach:

- gotowości i zapobieganiu: zapewnieniu gotowości na wszystkich szczeblach;
- wykrywaniu i reagowaniu: zapewnieniu odpowiednich mechanizmów wczesnego ostrzegania;
- łagodzeniu skutków i przywracaniu sprawności operacyjnej: wzmocnieniu unijnych mechanizmów obronnych dla CII;
- współpracy międzynarodowej: propagowaniu priorytetów UE na scenie międzynarodowej;
- kryteriach dla sektora ICT: wspieraniu wdrażania dyrektywy w sprawie rozpoznawania i wyznaczania europejskiej infrastruktury krytycznej⁶⁰.

Wnioski Rady w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej wydane w maju 2011 r., podsumowują wyniki osiągnięte od czasu przyjęcia planu CIIP (*Critical Information Infrastructures Protection*) w 2009 roku. Wnioski te zostały wdrożone w celu wzmocnienia bezpieczeństwa i odporności kluczowych elementów infrastruktury technologii informacyjnych i komunikacyjnych. Komisja Europejska opublikowała również Europejską Strategię Bezpieczeństwa Cyfrowego oraz zaproponowała Dyrektywę w sprawie bezpieczeństwa sieci i informacji (NIS). Strategia, dyrektywa i przemówienia w KE zawierają wyraźne odniesienia do artykułu 13a i wspominają o możliwości rozszerzenia artykułu 13a na inne sektory społeczne⁶¹.

60 Komunikat Komisji do Parlamentu europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej - „Ochrona Europy przed zakrojonymi na szeroką skalę atakami i zakłóceniami cybernetycznymi: zwiększenie gotowości, bezpieczeństwa i odporności” {SEC(2009) 399} {SEC(2009) 400},

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0149> (dostęp: 20.06.2018).

61 *Wytyczne techniczne w sprawie środków bezpieczeństwa*, s. 3, <https://archiwum.uke.gov.pl/wytyczne-techniczne-w-sprawie-srodkow-bezpieczenstwa-16942> (dostęp: 3.10.2018).

3. Bezpieczeństwo sieci i informacji w świetle artykułu 13a Dyrektywy Ramowej dotyczącej łączności elektronicznej

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z 25 listopada 2009 r. zmieniająca dyrektywy 2002/21/WE w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, 2002/19/WE w sprawie dostępu do sieci i usług łączności elektronicznej oraz wzajemnych połączeń, a także 2002/20/WE w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej zreformowała ramy prawne UE dotyczące łączności elektronicznej. Podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa sieci i informacji ma artykuł 13a wprowadzony wspomnianą dyrektywą.

W przywołanym artykule zostały sformułowane dwa wymogi dotyczące bezpieczeństwa. Po pierwsze, krajowe organy regulacyjne mają podejmować właściwe środki techniczne i organizacyjne w razie wystąpienia zagrożenia dla bezpieczeństwa sieci lub usług oraz realizować działania zapobiegające wpływowi i jednocześnie minimalizujące wpływ, jaki na użytkowników i wzajemnie połączone sieci mogą mieć przypadki stwarzające zagrożenie bezpieczeństwa (art. 13a ust. 1). Po drugie, na krajowych organach regulacyjnych spoczywa obowiązek zapewnienia, aby przedsiębiorstwa stosowały wszelkie właściwe środki mające na celu zapewnienie integralności swoich sieci, a tym samym zapewniały ciągłość świadczenia usług za pośrednictwem tych sieci (art. 13a ust. 2). Należy podkreślić, że artykuł 13a wymienia trzy kategorie możliwości dotyczące naruszenia bezpieczeństwa: przypadki stwarzające zagrożenie bezpieczeństwa (art. 13a ust. 1), naruszenia bezpieczeństwa (art. 13a ust. 2) i utratę integralności (art. 13a ust. 3).

W artykule 13a znajduje się bezpośrednie odesłanie do działalności ENISA. Zgodnie z ust. 3 artykułu 13a państwa członkowskie zapewniają, że przedsiębiorstwa udostępniające publiczne sieci łączności lub świadczące publicznie dostępne usługi łączności elektronicznej będą powiadamiały właściwy krajowy organ regulacyjny o każdym naruszeniu bezpieczeństwa lub utracie integralności, które miały znaczący wpływ na sieci lub usługi. Następnie w stosownych przypadkach krajowy organ regulacyjny ma obowiązek poinformować krajowe organy regulacyjne innych państw

członkowskich oraz ENISA. Dodatkowo raz w roku krajowy organ regulacyjny przekazuje Komisji i ENISA sprawozdanie podsumowujące otrzymane zgłoszenia i działania podjęte zgodnie z niniejszym ustępem, a Komisja, w jak największym stopniu uwzględniając opinię ENISA, może przyjąć właściwe techniczne środki wykonawcze mające na celu harmonizację środków służących bezpieczeństwu sieci i informacji elektronicznej (art. 13a ust. 3 i 4). Kwestię podjętych działań ENISA wpływających z art. 13a należy rozpatrywać w kontekście art. 13b tej dyrektywy, który dotyczy wdrożenia i egzekwowania art. 13a. Zgodnie z nim, w celu wdrożenia art. 13a właściwe krajowe organy regulacyjne są uprawnione do wydawania wiążących instrukcji przedsiębiorstwom udostępniającym publiczne sieci łączności lub świadczącym publicznie dostępne usługi łączności elektronicznej. Należy podkreślić, że w obu przywołanych artykułach znajduje się wskazanie odpowiednich środków technicznych na poziomie wytycznych i instrukcji. Na podstawie art. 13a powstał dokument Wytyczne techniczne w sprawie środków bezpieczeństwa opracowany przez ekspertów ENISA.

Warto zwrócić uwagę na znaczenie wytycznych w kontekście ich funkcji. Istotnymi składnikami konstrukcji wytycznych są:

- wydanie nie na podstawie ogólnego upoważnienia ustawowego, takiego jak akty powszechnie obowiązujące, lecz na podstawie wskazanej przez przepisy o kierowaniu i nadzorze ogólnej możliwości ich wydawania;
- obowiązują organy, do których je skierowano;
- treścią jest ogólna regulacja danego zagadnienia;
- dotyczą wewnętrznej sfery działania aparatu administracyjnego⁶².

62 W. Hoff, *Wytyczne w prawie administracyjnym*, PWN, Warszawa 1987, s. 22–23. Zob. też: Z. Janowicz, *Zagadnienia legislacji administracyjnej*, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, Poznań 1978, s. 30; F. Longchamps, *Współczesne problemy podstawowych pojęć prawa administracyjnego*, PiP 1966, z. 6, s. 892; A. Zawidzka, *Wspólnotowe prawo pochodne*, [w:] J. Barcz (red.), *Źródła prawa Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy Euro-Prawo, Warszawa 2009, s. 30 i n.; M. Szewczyk, *Soft law w procesie europeizacji prawa administracyjnego*, „Administracja” 2012, nr 2, s. 167–168; M. Stahl, *Szczególne prawne formy działania administracji*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 5, C.H. Beck, Warszawa 2013, rozdz. 5, s. 389 i n.; A. Jurcewicz, *Rola „miękkiego prawa” w praktyce instytucjonalnej Wspólnoty Europejskiej*, [w:] C. Mika (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń 1998, s. 111; P. Skuczyński, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.),

4. Obszary i cele bezpieczeństwa sieci i informacji

W dokumencie wyróżniono siedem obszarów bezpieczeństwa:

- kierowanie i zarządzanie ryzykiem, obejmujące cele bezpieczeństwa związane z kierowaniem i zarządzaniem ryzykiem w zakresie bezpieczeństwa sieci i informacji;
- bezpieczeństwo zasobów ludzkich, obejmujące cele związane z bezpieczeństwem personelu;
- bezpieczeństwo systemów i obiektów, obejmujące fizyczne i logiczne bezpieczeństwo systemów oraz urządzeń sieciowych i informatycznych;
- zarządzanie operacyjne, obejmujące procedury operacyjne, zarządzanie zmianą i zarządzanie aktywami;
- zarządzanie incydentami, obejmujące wykrywanie, reakcję, raportowanie i komunikowanie o incydentach;
- zarządzanie ciągłością działalności, obejmujące strategie ciągłości i plany awaryjne łagodzące skutki poważnych awarii i/lub katastrof naturalnych;
- monitorowanie, audytowanie i testowanie, który obejmuje monitorowanie, badanie i audyt sieci i systemów urządzeń informatycznych oraz obiektów.

Każdy z wymienionych obszarów ma przyporządkowane cele bezpieczeństwa (w sumie jest ich 25), w ramach każdego z celów zostały zaprezentowane środki bezpieczeństwa i przykładowe dowody ich stosowania. Środki są pogrupowane w trzech różnych poziomach zaawansowania: podstawowym, standardzie branżowym oraz wysoce zaawansowanym.

Obszar kierowanie i zarządzanie ryzykiem obejmuje cztery cele: politykę bezpieczeństwa informacji (ustalenie i utrzymanie właściwej polityki bezpieczeństwa informacji), kierowanie i zarządzanie ryzykiem (ustalenie i utrzymanie właściwych ram kierowania i zarządzania ryzykiem, w celu określania i reagowania na zagrożenia dla sieci informacyjnych

i usług), role i obowiązki bezpieczeństwa (ustalenie i utrzymanie właściwej struktury ról i obowiązków bezpieczeństwa) oraz bezpieczeństwo aktywów stron trzecich (ustanowienie i utrzymanie polityki, wymogów bezpieczeństwa w odniesieniu do umów ze stronami trzecimi, aby zapewnić, że zależność od stron trzecich nie wpływa negatywnie na bezpieczeństwo sieci i/lub usług)⁶³. Należy podkreślić, że w analizowanym dokumencie termin „strony trzecie” dotyczy stron (organizacji, osób fizycznych), z którymi współpracuje dostawca w celu świadczenia usług, tj. sprzedawcy produktów do dostawcy, inni dostawcy, konsultanci doradzający dostawcy, audytorzy dokonujący badania dostawcy, firmy, którym dostawca zleca prace, itp. W związku z tym określenie to nie odnosi się do klientów, społeczeństwa, władz rządowych lub organów regulacyjnych⁶⁴.

Obszar drugi – bezpieczeństwo zasobów ludzkich – obejmuje pięć celów. Są to: kontrole przygotowania (wykonanie odpowiednich kontroli przygotowania personelu [pracownicy, wykonawcy i użytkownicy będący stronami trzecimi], jeśli wymagają tego ich zadania i obowiązki), wiedza i szkolenia z obszaru bezpieczeństwa (upewnienie się, że pracownicy mają wystarczającą wiedzę dotyczącą bezpieczeństwa oraz, że są objęci regularnymi szkoleniami bezpieczeństwa), zmiany personalne (ustalenie i utrzymanie właściwego procesu zarządzania zmianami personalnymi lub zmianami ról i obowiązków pracowników), postępowanie z naruszeniami (ustanowienie i utrzymanie procesu dyscyplinarnego dla pracowników, którzy naruszają zasady bezpieczeństwa, lub szerszego procesu, obejmującego naruszenia bezpieczeństwa spowodowane przez personel)⁶⁵.

Obszar trzeci – bezpieczeństwo systemów i obiektów – obejmuje cztery cele: bezpieczeństwo fizyczne i środowiskowe (ustanowienie i utrzymanie odpowiedniego fizycznego i środowiskowego bezpieczeństwa systemów oraz urządzeń sieciowych i informatycznych), bezpieczeństwo dostaw (ustanowienie i utrzymanie odpowiedniego bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, paliwa itp.), kontrola dostępu do sieci i systemów informatycznych (ustanowienie i utrzymanie właściwej [logicznej] kontroli dostępu do sieci i systemów informatycznych), integralność sieci i systemów informatycznych (ustanowienie i utrzymanie integralności sieci i systemów in-

63 W. Hoff, *Wytyczne...*, s. 11–13.

64 *Ibidem*, s. 8.

65 *Ibidem*, s. 13–15.

formatycznych oraz ochrona przed wirusami, wstrzykiwaniem kodu i innym złośliwym oprogramowaniem, które może zmieniać funkcjonalność systemów)⁶⁶.

Obszarowi czwartemu – zarządzaniu operacyjnemu – są przyporządkowane trzy cele. Są to: procedury operacyjne (ustanowienie i utrzymanie procedur operacyjnych dotyczących funkcjonowania krytycznych sieci i systemów informatycznych przez pracowników), zarządzanie zmianą (ustanowienie procedur zarządzania zmianą dla krytycznych sieci i systemów informatycznych w celu zminimalizowania prawdopodobieństwa incydentów spowodowanych przez zmiany), zarządzanie aktywami (ustanowienie i utrzymanie procedur w zakresie zarządzania aktywami i kontroli konfiguracji w celu zarządzania dostępnością aktywów i konfiguracji sieci i systemów informatycznych o znaczeniu krytycznym)⁶⁷.

Obszar piąty – zarządzanie incydentami – obejmuje również trzy cele: procedury zarządzania incydentami (ustanowienie i utrzymanie procedur zarządzania incydentami i przekazywanie ich do odpowiednich pracowników), potencjał wykrywania incydentów (określenie i utrzymanie potencjału wykrywania incydentów), raportowanie i informowanie o incydentach (ustanowienie i utrzymanie odpowiednich procedur raportowania i komunikowania incydentów, z uwzględnieniem przepisów krajowych w sprawie raportowania o incydentach do władz rządowych)⁶⁸.

Obszar szósty – zarządzanie ciągłością działalności – łączy w sobie dwa cele: strategię ciągłości usług i plany awaryjne (określenie i utrzymanie planów awaryjnych i strategii zapewnienia ciągłości działania sieci i usług komunikacyjnych) oraz możliwości usuwania skutków awarii (ustalenie i utrzymanie odpowiedniej zdolności usuwania skutków awarii w celu przywrócenia usług sieciowych i komunikacyjnych w przypadku naturalnych i/lub poważnych awarii)⁶⁹.

Obszar siódmy – monitorowanie, audytowanie i testowanie – to pięć celów związanych z monitorowaniem, badaniem i audytem sieci i systemów urządzeń informatycznych oraz obiektów. Są to: zasady monitorowania i rejestrowania (ustanawianie i utrzymanie systemów i funkcji monitorowania i rejestrowania krytycznych sieci i systemów komunikacyj-

66 *Ibidem*, s. 15–17.

67 *Ibidem*, s. 18–19.

68 *Ibidem*, s. 20–21.

69 *Ibidem*, s. 21–23.

nych), ćwiczenie planów awaryjnych (ustanowienie i utrzymanie polityki testowania i ćwiczenia wykonywania kopii zapasowych i planów awaryjnych, jeżeli są konieczne we współpracy ze stronami trzecimi), testowanie sieci i systemów informatycznych (ustanowienie i utrzymanie polityki testowania sieci i systemów informatycznych, w szczególności w przypadku podłączenia do nowych sieci lub systemów), oceny bezpieczeństwa (ustalenie i utrzymanie właściwej polityki dokonywania oceny bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych), monitorowanie zgodności (ustanowienie i utrzymanie polityki monitorowania zgodności z normami i wymogami prawnymi)⁷⁰.

5. Działania regulacyjne dotyczące nadzoru środków bezpieczeństwa

Ustępy 1 i 2 artykułu 13a wymagają od krajowych organów regulacyjnych zapewnienia, że usługodawcy przeprowadzą ocenę ryzyka oraz podejmą odpowiednie środki bezpieczeństwa.

W analizowanym dokumencie zostały omówione szczegóły techniczne nadzorowania, które dostawcy podejmują w celu zapewnienia odpowiednich środków bezpieczeństwa. Jak wskazują autorzy Wytycznych nadzór środków bezpieczeństwa nie jest łatwym zadaniem, gdyż sieci i technologie informatyczne zmieniają się szybko, tak szybko, jak zmieniają się możliwości agresorów, a skuteczność środków bezpieczeństwa często zależy od technicznych szczegółów wdrożenia. Duży wpływ na nadzór ze strony krajowych organów regulacyjnych ma to, że w większości krajów UE sektor łączności elektronicznej składa się z wielu różnych typów dostawców, w tym bardzo małych dostawców, operatorów zasiedziałych, operatorów ciemnych światłowodów itp. Najczęstsze działania regulacyjne krajowych organów regulacyjnych dotyczące nadzoru środków bezpieczeństwa to:

- wprowadzenie obowiązkowych lub zalecanie standardów bezpieczeństwa,

⁷⁰ *Ibidem*, s. 23–25.

- wprowadzenie obowiązkowych lub zalecanie standardów bezpieczeństwa,
- oceny zgodności na całym rynku,
- realizacja etapowego podejście do nadzoru,
- audyt dostawców (okresowo, losowo i/lub po incydentach).

Lista ta została utworzona na podstawie ankiety przeprowadzonej przez autorów analizowanego dokumentu. Podstawowe pytanie skierowane do krajowych organów regulacyjnych w całej UE dotyczyło kwestii, jakie działania zostały wdrożone, a jakie planują wdrożyć⁷¹.

W 2015 r. ENISA opublikowała dokument *Impact evaluation on the implementation of Article 13a incident reporting scheme within EU*, dotyczący wdrożenia art. 13a Dyrektywy Ramowej dotyczącej łączności elektronicznej. Badania dotyczyły kilku rodzajów sieci i usług, w zależności od krajowego wdrożenia dyrektywy przez każde państwo członkowskie. Respondentami były krajowe organy regulacyjne oraz dostawcy usług telekomunikacyjnych. Usługi takie jak telefonia mobilna i stacjonarna, a także mobilny i stacjonarny internet są objęte środkami bezpieczeństwa przez wszystkie państwa członkowskie.

Oprócz tych sieci i usług krajowe organy regulacyjne w ankiecie uwzględniły zgodnie z art. 13a kilka innych usług, takich jak SMS (prawie 70%), telewizja i radio (odpowiednio 45% i 31%), zgodnie z krajowymi wdrożeniami dyrektywy ramowej. Ze względu na to, że na sieci i usługi telekomunikacyjne mogą również wpływać inne rodzaje incydentów niż wskazane w art. 13a, które mogą mieć wpływ na dostępność usługi lub nie mogą go mieć, eksperci ENISA starali się ustalić, czy krajowe organy regulacyjne są zadowolone z bieżących rodzajów incydentów objętych art. 13a w odniesieniu do ogólnego bezpieczeństwa łączności elektronicznej w państwie członkowskim. Większość badanych krajowych organów regulacyjnych – 54% – uważała, że odpowiedni poziom bezpieczeństwa w sektorze telekomunikacyjnym można osiągnąć wraz z art. 4 dyrektywy o prywatności i łączności elektronicznej, aby dało się uwzględnić więcej rodzajów incydentów.

Jak wskazuje ENISA w przywołanym dokumencie przed wdrożeniem art. 13a krajobraz bezpieczeństwa telekomunikacyjnego był frag-

⁷¹ *Ibidem*, s. 27.

mentaryczny i bardzo specyficzny dla każdego kraju. Dojrzałość prawna, praktyki i zarządzanie odpornością sieci każdego kraju były bardzo niejednorodne, co miało wpływ na proces transpozycji i wdrażania. Krajowe organy regulacyjne i dostawcy usług sceptycznie przyjęły artykuł 13a, ponieważ kiedy treść art. 13a została pierwotnie opublikowana, wiele krajowych organów regulacyjnych nie miało pewności co do poziomu szczegółowości i precyzji dyrektywy. Kilka jej aspektów zostało bowiem – celowo – otwartych na interpretację krajowych organów regulacyjnych dla większej jasności w dostosowaniu w możliwie największym stopniu praktyk krajowych do oczekiwań na poziomie europejskim. Po przeprowadzeniu konsultacji odnośnie do wytycznych niektóre krajowe organy regulacyjne wydały rozporządzenia na drugim poziomie i/lub pewne szczegółowe wytyczne mające wesprzeć krajowych usługodawców w ich krajowym procesie wdrażania.

W przypadku dostawców reakcja osób, z którymi się konsultowano, była bardzo zróżnicowana i można ją bezpośrednio powiązać z poziomem praktyki legislacyjnej pod względem ustawodawstwa i praktyk krajowych, a także z poziomem współpracy z krajowym organem regulacyjnym. Dlatego w przypadkach, w których dostawcy wykazywali wysoki stopień kultury prawnej, byli najbardziej obojętni wobec art. 13a ze względu na to, że takie wymogi zostały już uwzględnione w ich codziennych praktykach i obowiązkach. Dostawcy o dużej świadomości prawnej albo chcieli ulepszyć swoje procesy i środki bezpieczeństwa, albo byli niechętni ze względu na dodatkowe koszty i zaostrzone zasady. Drobni dostawcy prezentowali odmienne stanowisko⁷².

Z przeprowadzonych przez ENISA badań wynika, że większość krajowych organów regulacyjnych borykała się z niewielkimi problemami związanymi z wdrażaniem środków bezpieczeństwa:

- 37% respondentów wskazało wyzwania w ramach procesu audytu i działań następczych w odniesieniu do środków bezpieczeństwa, co oznacza, że po wdrożeniu przepisów i późniejszych środków bezpieczeństwa władze miały trudności z sprawdzeniem, czy te środki/wymogi zostały właściwie wdrożone,

72 ENISA's study "Impact evaluation on the implementation of Article 13a incident reporting scheme within EU", s. 13 i n., <https://www.enisa.europa.eu/publications/impact-evaluation-article13a> (dostęp: 22.11.2018).

- 27% krajowych organów regulacyjnych wskazało jako średnie lub duże wyzwanie wobec niechęci niektórych usługodawców przy wdrażaniu nowych przepisów,
- ponad 25% respondentów kwestionowało dostępny budżet i obciążenia administracyjne,
- 21% wskazało na ograniczoną wartość pieniądza jako wynik całego procesu, co oznacza, że oczekiwane korzyści nie były takie, jak się spodziewano.

W wywiadach wspomniano także, że w większości przypadków mniejszym dostawcom brakowało odpowiednich wewnętrznych procesów i metodologii wdrożenia tych wymagań. Ponadto większość z nich stanęła przed dużymi wyzwaniami operacyjnymi, ponieważ nie dysponowały one wystarczającymi zasobami i wiedzą na temat środków bezpieczeństwa, aby je wdrożyć⁷³.

Podkreślenia wymaga to, że 45% ankietowanych przez ekspertów ENISA krajowych organów regulacyjnych jest zadowolonych z poziomu bezpieczeństwa osiągniętego dzięki wdrażaniu nowych środków bezpieczeństwa w swoich krajach. Dostawcy usług telekomunikacyjnych podzielają tę opinię, chociaż niektórzy z nich przyjęli podejście wykraczające poza obecne wymogi prawne, z ciągłym procesem doskonalenia i bardziej wymagającymi środkami bezpieczeństwa. Ponadto dla 45% respondentów wymagania art. 13a doprowadziły do wzmocnienia środków bezpieczeństwa w sektorze i kraju. Większość ankietowanych krajowych organów regulacyjnych uważa jednak, że nie można przypisać tej poprawy tylko nowym przepisom bezpieczeństwa. Znalazło to odzwierciedlenie w niejednorodności odpowiedzi, które wynikają głównie z tego, że:

- poziom wdrożenia różnił się w zależności od kraju; wymagania zawarte w art. 13a miały istotny wpływ na harmonizację poziomu środków bezpieczeństwa w poszczególnych krajach, ponieważ w niektórych przypadkach podejście ogólne było bardzo różne przed wykonaniem rozporządzenia; mimo że harmonizacja została osiągnięta na wyższym poziomie, sytuacja nadal była rozdrobiona na niższych poziomach szczegółowości z jednego kraju do drugiego,

⁷³ *Ibidem*, s. 16.

- krajowe organy regulacyjne nie miały wystarczających informacji od dostawców, aby ocenić wpływ art. 13a w sprawie środków bezpieczeństwa już obowiązujących,

- świadomość prawna dostawców i poziom środków bezpieczeństwa różniły się w zależności od kraju; w związku z tym wymagania sformułowane art. 13a miały wpływ na poziom środków bezpieczeństwa w niejednorodny sposób,

- różnica wielkości między dostawcami prowadzi do różnicy we wpływie na prowadzoną działalność gospodarczą; np. wymagania płynące z art. 13a miały znacznie większy wpływ na małych dostawców niż na dużych; drobni dostawcy doświadczyli zwiększenia surowości zabezpieczeń i kosztów ogólnych, podczas gdy duże firmy dostawcze nie napotkały żadnego szczególnego problemu ani nie odniosły dużych korzyści.

Z drugiej strony usługodawcy wskazywali, że albo a) już doświadczali takiego poziomu zabezpieczeń i nie widzieli żadnych konkretnych zmian skutkujących obojętnością lub neutralną opinią, albo b) byli całkiem zadowoleni z poziomu środków bezpieczeństwa zawartych w art. 13a. Należy podkreślić, że odpowiedzi dostawców wskazywały jedynie na linearny rozwój branży, ponieważ operatorzy wykazujący wysoki poziom świadomości prawnej już wprowadzili podobne działania, podczas gdy osoby z niższym poziomem świadomości prawnej musiały zainwestować część środków w przyjęcie nowych środków⁷⁴.

ENISA w przywołanym dokumencie wskazała, że:

- Większość (45%) respondentów - krajowych organów regulacyjnych - uznała, że art. 13a doprowadził do wzmocnienia środków bezpieczeństwa w sektorze, więcej niż połowa z nich (55%) nie podziela tej opinii: 23% stwierdza „nie”, a 32% „nie wie”.

- Prawie 60% respondentów krajowych organów regulacyjnych nie jest świadomych obszarów, w których usługodawcy poprawili się najbardziej pod względem środków bezpieczeństwa⁷⁵.

Kwestię wymogów bezpieczeństwa zawartych w art. 13a można również rozpatrzeć przez pryzmat zgłaszanych incydentów. Analizując

⁷⁴ *Ibidem*, s. 15.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 42.

incydenty z 2017 roku i patrząc wstecz na poprzednie lata zgłaszania incydentów (2012–2016), można dojść do następujących wniosków:

- Telefonia komórkowa i internet pozostawały najbardziej zagrożonymi usługami w 2017 roku. Większość incydentów dotyczyła urządzeń przenośnych telefonii (51% wszystkich zgłoszonych incydentów). Dominował mobilny internet i telefonia komórkowa, dotyczy to również usług w poprzednich latach, z wyjątkiem 2014 roku, kiedy to incydenty najbardziej dotknęły telefonię stacjonarną.

- Zdarzenia mające zazwyczaj wpływ na telefonię komórkową i mobilny internet: większość użytkowników ma wpływ na incydenty. Incydenty w obszarze internetu mobilnego lub telefonii komórkowej dotknęły większość użytkowników, średnio około pół miliona użytkowników zgłosiło incydent, co stanowi około 8% krajowej bazy użytkowników. Patrząc na trend wieloletni, można zauważyć, że istnieje znaczny spadek w porównaniu z danymi za 2016 rok.

- Głównymi przyczynami są awarie systemu: w 2017 roku większość incydentów była spowodowana awariami systemu, tj. ponad 62% miało awarię systemu jako przyczynę źródłową. Dane te są zgodne z poprzednimi latami (zawsze pomiędzy 60% i 80%). W kategorii awarii systemu najczęściej występowały błędy oprogramowania i awarie sprzętu. Awarie w takich przypadkach najczęściej dotyczyły przełączników, routerów i zasilaczy.

- Zjawiska naturalne powodują więcej incydentów: w 2017 roku zjawiska naturalne, takie jak ciężki śnieg/lód, burze i pożar spowodowały większą liczbę incydentów (18%). Jest to znacznie więcej niż w latach 2016, 2015 i 2014, kiedy zjawiska naturalne stanowiły około 5% incydentów.

- Jedną piątą incydentów to awarie stron trzecich: prawie jedna piąta incydentów (18%) to awarie stron trzecich. Jest to podobne do ubiegłego roku (22%). Incydenty awarii stron trzecich są interesujące dla krajowych organów regulacyjnych w zakresie dalszego dochodzenia, ponieważ często dotyczą innych sektorów, są skomplikowane i kosztowne w rozwiązywaniu problemów dostawców. Większość incydentów sklasyfikowanych jako awarie stron trzecich jest również klasyfikowana jako spowodowane przez naturalne zjawiska. Częstym scenariuszem jest sytuacja, w której kłeska żywiołowa, np. burza lub pożar, zakłóca działanie infrastruktury sieci

Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk energetycznej, która następnie wpływa na infrastrukturę sieci komórkowej⁷⁶.

Wnioski

Zarysowana została teza, że wystarczającą formą uregulowania kwestii środków bezpieczeństwa związanych z artykułem 13a Dyrektywy Ramowej są wytyczne techniczne. Uzasadnia ją nie tylko sama konstrukcja tego artykułu, lecz także względy praktyczne. Autorzy analizowanego dokumentu słusznie twierdzą, że większość warunków branżowych zaangażowanych organizacji i stosowanych technologii jest zbyt zróżnicowana, aby stworzyć jedną listę kontrolną minimalnych środków bezpieczeństwa dla całego sektora. Jak wskazują, jedynie normy bezpieczeństwa wysokiego rzędu mogą być racjonalnie zastosowane do większej liczby organizacji. Ogólne normy bezpieczeństwa jednakże pozostawiają wiele ważnych kwestii technicznych nierozwiązanych, dlatego tak trudno uchwycić wszystkie wymogi bezpieczeństwa artykułu 13a w sposób *kompleksowy* w jednej normie⁷⁷. Ważnym aspektem jest również kwestia ciągłych szybkich zmian warunków w tej branży związana z rozwojem technicznym oraz nowymi zagrożeniami.

⁷⁶ ENISA, *Annual Report Telecom Security Incidents 2017*, <https://www.enisa.europa.eu/publications/annual-report-telecom-security-incidents-2017> (dostęp: 22.11.2018). Por. ENISA's Annual reports telecom security incidents in 2015, and 2016, <http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience-and-CIIP/Incidents-reporting/annual-reports> (dostęp: 22.11.2018).

⁷⁷ *Ibidem*.

Bibliografia

- ENISA, *Annual Report Telecom Security Incidents 2017*,
<https://www.enisa.europa.eu/publications/annual-report-telecom-security-incidents-2017>.
- ENISA, *Annual reports telecom security incidents in 2015*,
<https://www.enisa.europa.eu/publications/annual-incident-reports-2015>.
- ENISA, *Annual reports telecom security incidents in 2016*,
<https://www.enisa.europa.eu/publications/annual-incident-reports-2016>.
- ENISA, *Impact evaluation on the implementation of Article 13a incident reporting scheme within EU*, <https://www.enisa.europa.eu/publications/impact-evaluation-article13a>.
- Hoff W., *Wytyczne w prawie administracyjnym*, PWN, Warszawa 1987.
- Janowicz Z., *Zagadnienia legislacji administracyjnej*, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, Poznań 1978.
- Jurcewicz A., *Rola „miękkiego prawa” w praktyce instytucjonalnej Wspólnoty Europejskiej*, [w:] C. Mika (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Toruń 1998.
- Komunikat Komisji do Parlamentu europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury informatycznej - *Ochrona Europy przed zakrojonymi na szeroką skalę atakami i zakłóceniami cybernetycznym: zwiększenie gotowości, bezpieczeństwa i odporności* {SEC(2009) 399} {SEC(2009) 400}, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0149>.
- Longchamps F., *Współczesne problemy podstawowych pojęć prawa administracyjnego*, PiP 1966, z. 6.
- Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie komunikatu Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: *Strategia na rzecz bezpiecznego społeczeństwa informacyjnego — Dialog, partnerstwo i przejmowanie inicjatywy* COM (2006) 251, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52007AE0211>.
- Skuczyński P., *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] O. Bogucki, S. Czepity (red.), *System prawny a porządek prawny*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2008.
- Stahl M., *Szczególne prawne formy działania administracji*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 5, C.H. Beck, Warszawa 2013.

Suchorzewska A., *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożenia cyberterroryzmem*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

Szewczyk M., *Soft law w procesie europeizacji prawa administracyjnego*, „Administracja” 2012, nr 2.

Wytyczne techniczne w sprawie środków bezpieczeństwa (*Technical guidance on the security measures in Article 13a, Version 2.0, October 2014*), <https://archiwum.uke.gov.pl/wytyczne-techniczne-w-sprawie-srodkow-bezpieczenstwa-16942>.

Zawidzka A., *Wspólnotowe prawo pochodne*, [w:] J. Barcz (red.), *Źródła prawa Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2009.

Część III

Ryzyko w funkcjonowaniu administracji publicznej i wybranych obszarach stosunków społecznych

Dr Anna Wójtowicz-Dawid
Uniwersytet Rzeszowski

Odtajnienie oferty przetargowej a ochrona *know-how* przedsiębiorcy

Abstrakt

Zbieg dwóch zasad regulujących z jednej strony jawność działania administracji w zakresie wydatkowania środków publicznych na podstawie ustawy u.p.z.pub., z drugiej zaś ochronę *know-how* podmiotu gospodarczego wymaga od zamawiającego dokonana analizy ryzyka i w efekcie podjęcia niezbędnej decyzji co do odtajnienia oferty bądź też pozostawienia zastrzeżonego zakresu tajności jako objętego klauzulą tajności. Artykuł zawiera analizę przepisów i orzecznictwa, w tym orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), w przedmiotowym zakresie i próbę oceny istniejących rozwiązań prawnych w kontekście ewentualnego naruszenia interesów jednej ze stron postępowania przetargowego.

Słowa kluczowe: zasada jawności, zasada ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, zamówienia publiczne, *know-how*

Wprowadzenie

Ustawa Prawo zamówień publicznych¹ zawiera zestawienie wartości, które są podstawą podejmowania czynności faktycznych i prawnych w prowadzonym postępowaniu zmierzającym do wyboru wykonawcy.

Jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada jawności. Swym zakresem obejmuje ona zarówno działania instytucji zamawiających, jak i wykonawców. Jest ona kluczowym elementem prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych, gwarantujących przestrzeganie zasady równego traktowania i zasady uczciwej konkurencji². Ograniczenie zasady jawności, wskazane w art. 8 ust. 3 ustawy u.p.z.pub., zakazujące ujawniania niektórych informacji, stanowi wyjątek. Jest on związany z określonym stanem faktycznym występującym po stronie zamawiającego bądź też wykonawcy i stanowi odstępstwo od zasady jawności³. Na traktowanie wskazanego obowiązku jako odstępstwo wskazuje wiele orzeczeń⁴.

Przedmiotem niniejszych rozważań jest zbieg dwóch zasad regulujących z jednej strony jawność działania administracji w zakresie wydatkowania środków publicznych na podstawie ustawy u.p.z.pub., z drugiej zaś ochronę *know-how* podmiotu gospodarczego. Ustalenie wzajemnych relacji między zasadą jawności a poufnością informacji przekazywanych przez wykonawców stanowi główny przedmiot niniejszej analizy, jako zagadnienie niosące ze sobą trudności praktyczne, często o charakterze ocennym, istotne z perspektywy prawidłowego prowadzenia postępowań, jak i ochrony interesów przedsiębiorców. Autorka zajmuje się aksjologią wartości niosących ze sobą obie zasady, próbuje określić, w jakich sytuacjach ważniejsze staje się przestrzeganie zasady jawności postępowania opartego na ustawie u.p.z.pub., a w jakich przypadkach to ochrona *know-how* przedsiębiorcy jest

1 Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (DzU 2015, poz. 2164 ze zm.) - (u.p.z.pub.).

2 Zob. komentarz do art. 8 u.p.z.pub. w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Lex*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.

3 J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 12, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 74; A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Public Procurement Legal Publisher, Warszawa 2013, s. 97.

4 Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 17 lipca 2013 r., I OSK 608/13; Wyrok Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych z 23 stycznia 2007 r., UZP/ZO/0–55/07.

priorytetem w postępowaniach regulowanych przez ustawę u.p.z.pub.

Zbieg dwóch różnych przepisów, z jednej strony chroniących interes przedsiębiorcy, a z drugiej interes zamawiającego prowadzi do powstania ryzyka po stronie zamawiającego, który odtajniając informacje skutecznie objęte ochroną tajemnicy przedsiębiorcy, naraża administrację na konsekwencje związane z domaganiem się naprawienia szkody poprzez wniesienie roszczenia odszkodowawczego. Z drugiej jednak strony, niebadanie właściwości, czy też słuszności zastrzeżenia poufności informacji przedstawianych przez wykonawców w ofercie i uznanie, iż ochrona tajemnicy ma charakter nadrzędny, może być przesłanką do stwierdzenia naruszenia zasady elementarnej kreującej system zamówień publicznych, jakim jest jawność działania zamawiającego.

W związku ze zbiegiem różnych regulacji i wzajemnym ich wykluczaniem się powstaje po stronie zamawiającego potrzeba dokonania analizy ryzyka i w efekcie podjęcia niezbędnej decyzji co do czynności odtajnienia oferty bądź też pozostawienia zastrzeżonego zakresu jako objętego klauzulą tajności. Autorka analizuje przepisy, jak również orzecznictwo, w tym orzecznictwo KIO, w przedmiotowym zakresie oraz podejmuje próbę oceny istniejących rozwiązań prawnych w kontekście ewentualnego naruszenia interesów jednej ze stron postępowania przetargowego.

1. Tajemnica przedsiębiorstwa

Przy omawianiu tematyki tajemnicy przedsiębiorstwa należy się przyjrzeć, jak tę instytucję definiuje prawo unijne, a jak kształtuje ją system prawa polskiego.

Źródłem podstawowym, z którego wynika ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, jest Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a dokładnie art. 339 TFUE. Zgodnie z jego treścią urzędnicy i inne osoby pełniące funkcje w instytucjach unijnych mają obowiązek ochrony tajemnic przedsiębiorstwa, z którymi zapoznali się w trakcie wykonywania swoich funkcji. Obowiązek ten zachowuje swoją ważność również po zakończeniu prowadzonego postępowania. Jak słusznie w swojej opinii podnosi Rzec-

nik Generalny, wskazany przepis, mimo iż literalnie jest kierowany do instytucji wspólnotowych, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) pełni funkcję zasady generalnej prawa do ochrony tajemnic biznesowych⁵.

Rozporządzenie Rady (WE) 1/2003 z 16 grudnia 2002 roku w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Tekst mający znaczenie dla EOG), w art. 28 kształtuje gwarancję poszanowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Istotne dla omawianej instytucji są również postanowienia Obwieszczenia Komisji w sprawie dostępu do akt określające m.in. przykładowe kategorie informacji⁶.

Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (TRIPS, *Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property*⁷) stanowi, że tajemnicą przedsiębiorstwa można objąć informacje zapisane na nośniku danych (notatki, wydruk, rysunek, fotografia, zapis elektroniczny itp.), i te, które mogą być jedynie zapamiętane. Przedmiotowa informacja musi mieć wartość gospodarczą, ponieważ jest poufna. Posiadanie jej daje przewagę konkurencyjną dlatego, że nie jest ona powszechnie znana, a jej uzyskanie przez konkurenta powinno przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić koszty. O tym, czy informacja ma wartość gospodarczą, decyduje przedsiębiorca przy obejmowaniu jej poufnością, niemniej ostatecznie, w razie sporu, decyzja ta podlega ocenie sądu.

Informacja nie może być ogólnie znana lub łatwo dostępna dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji. Powszechna znajomość informacji, albo co najmniej dostęp do niej osób, które specjalistycznie zajmują się tym rodzajem informacji, wyłącza możliwość uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym informacja powinna być traktowana przez przedsiębiorcę jako poufna i zostać poddana rozsądnym działaniom dla utrzymania jej poufności. Przedsiębiorca musi wyrazić wolę objęcia informacji poufnością, przy czym sama wola nie wystarczy. W ślad za tą wolą powinny pójść działania, które

5 Wyrok TSUE z 19 maja 1994 r., C-36/92, P SEP, Zb. Orz. TSUE 1994, s. I-01911.

6 Obwieszczenie Komisji dotyczące zasad dostępu do akt Komisji w sprawach na mocy art. 81 i 82 Traktatu WE, art. 53, 54 i 57 Porozumienia EOG oraz rozporządzeniem Rady (WE) nr 139/2004 (Tekst mający znaczenie dla EOG), DzU UE, C.325 z 22.12.2005 roku, s. 7–15, pkt. 18.

7 DzU 1996, nr 32, poz. 143.

ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁸ nazywa niezbędnymi w celu zachowania poufności informacji, TRIPS⁹ zaś określa jako działania „rozsądne w danych okolicznościach” dla utrzymania ich poufności. W aktach prawnych chodzi o ten sam stan, czyli tzw. zasadę „relatywnej” tajemnicy informacji.

Dyrektywa Parlamentu i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 roku w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem¹⁰ ustanawia wspólne środki przeciwko bezprawnemu pozyskiwaniu, wykorzystywaniu i ujawnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa, przez co ma zapewnić sprawne funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Jej podstawowym celem jest zbliżenie przepisów prawa poszczególnych państw członkowskich, aby zapewnić wystarczający i spójny poziom naprawiania szkód na drodze cywilnej na rynku wewnętrznym w razie bezprawnego pozyskania, wykorzystywania lub ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przejmuje ona definicję tajemnicy przedsiębiorstwa określoną przez TRIPS, wskazując w art. 2, iż tajemnicą przedsiębiorstwa są informacje „poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji”.

Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa unijnego są informacje dotyczące działalności gospodarczej, których ujawnienie mogłoby spowodować szkodę w interesach przedsiębiorstwa¹¹.

Nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹²,

8 Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. DzU 2018, poz. 1637) - (u.z.n.k.).

9 TRIPS, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej*. TRIPS stanowi załącznik do porozumienia w sprawie utworzenia Światowej Organizacji Handlu (WTO). TRIPS zostało zawarte w 1994 r., przewiduje stosowanie zasady równego traktowania podmiotów wszystkich krajów członkowskich TRIPS, w zakresie ochrony własności intelektualnej (podmioty innych krajów członkowskich mają być traktowane nie mniej korzystnie niż własne podmioty).

10 DzU UE L 157 z 15.06.2016 r., s. 1.

11 Wyrok TSUE z 18 września 1996 r. w sprawie T-353/94 Postbank, Zb. Orz. TSUE 1996, s. II-00921, pkt 87.

12 DzU 2018, poz. 1637.

uchwalona 5 lipca 2018 r.¹³, która weszła w życie 4 września 2018 roku, definiuje tajemnice przedsiębiorstwa jako informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, jeżeli uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Elementem istotnym, na którym bazuje TSUE, jest działanie przedsiębiorstwa. Musi ono samo dążyć do zachowania poufności danej informacji. Jeśli jest ona znana, bądź dostępna publicznie, nie będzie zasługiwała na ochronę. Nawet ujawnienie określonej informacji wybranym przez przedsiębiorcę podmiotom trzecim niekoniecznie będzie znosiło ochronę wobec innych osób¹⁴. W sytuacji gdy po ujawnieniu określonych danych zostanie na daną osobę bądź przedsiębiorstwo nałożony obowiązek zachowania poufności otrzymanych informacji, nadal będziemy mieli do czynienia z tajemnicą przedsiębiorca.

To na przedsiębiorstwie spoczywa obowiązek wskazania, które informacje przez nie dostarczane są objęte tajemnicą, a pozostali uczestnicy obrotu mają obowiązek zaakceptować takie żądania przedsiębiorstwa. Dotyczy to również postępowań prowadzonych przez państwa członkowskie, Komisję Europejską, organy administracji państwowej czy samorządowej. Stąd też prowadzone przez nie postępowania mają być tak procedowane, aby wskazane przez przedsiębiorcę tajemnice nie zostały ujawnione¹⁵.

Znaczenie w systemie prawa Unii Europejskiej zasady ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa pokazuje sprawa Postbank. W toku postępowania w sprawie opłat za przelewy pieniężne wykonywane za pomocą specjalnych formularzy przez banki holenderskie do udziału zostały dopuszczone dwa przedsiębiorstwa, które wcześniej wniosły pozwy do sądu krajowego

13 Ustawa implementuje dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (DzU UE, L 2016.157.1 z 15.06.2016).

14 Wyrok TSUE z 29 października 1980 r. w sprawach połączonych C-209-215 i 218/78 Heintz van Landewyck, Zb. Orz. TSUE 1980, s. 03125, pkt 58.

15 T. Tridimas, *The General Principles of the EU Law*, wyd. 2, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 390.

przeciwko dwóm uczestnikom postępowania (m.in. Postbankowi). Komisja Europejska wysłała im kopię pełnej wersji pisma z zarzutami skierowanymi do Postbanku, zastrzegając jednakże, że nie mogą one jej wykorzystać do żadnych innych celów niż udziału w toczącym się postępowaniu antymonopolowym. O wysłaniu tej kopii nie został powiadomiony Postbank, a przedsiębiorstwo dowiedziało się o tym dopiero na długo po fakcie. Tymczasem pismo zawierało informacje będące tajemnicą Postbanku. W wyroku Sąd UE stwierdził, że Komisja jest co prawda zobowiązana do współpracy z państwami członkowskimi, ale musi jednocześnie zadbać o to, by państwa (a dokładniej ich organy sądowe bądź administracyjne), które otrzymują informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa, podtrzymały ich ochronę¹⁶. Sąd UE stwierdził też, że jeśli Komisja nie ma pewności, że krajowy organ zapewni odpowiedni standard ochrony informacji, to powinna odmówić ich przekazania¹⁷.

Zastrzeżenie tajemnicy ma charakter wyjątkowy, jako wyjątek od zasady jawności winno zostać każdorazowo dokonane przez wykonawcę na etapie poprzedzającym jej przekazanie. Informacje te ze swojej istoty muszą dotyczyć kwestii, „których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość) z wyłączeniem informacji, których upublicznienie wynika np. z przepisów prawa”¹⁸.

Sąd Najwyższy¹⁹, analizując zagadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazał, iż informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy inny przedsiębiorca może drogą zwykłą i dozwoloną dowiedzieć się o niej, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec może poznać, jaką metodę produkcji

16 Wyrok TSUE z 18 września 1996 r. w sprawie T-353/94 *Postbank*, Zb. Orz. TSUE 1996, s. II-00921, pkt 90.

17 Wyrok TSUE z 18 września 1996 r. w sprawie T-353/94 *Postbank*, Zb. Orz. TSUE 1996, s. II-00921, pkt 93.

18 Wyrok NSA z 10 stycznia 2014 r., I OSK 2112/13.

19 Wyrok SN z 3 października 2000 r., I CKN 304/00.

zastosowano²⁰. Jednocześnie „tajemnica” nie traci swego charakteru przez fakt poznania jej przez ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, np. pracowników przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację²¹.

Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód lub prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja będzie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy przedsiębiorca wyraża wolę w sposób wyraźnie rozpoznawalny dla osób zainteresowanych jej posiadaniem, by pozostała ona tajemnicą dla określonych odbiorców.

Omawiając znaczenie instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa, należy określić jej relacje w stosunku do instytucji *know-how*.

Pojęcie *know-how* nie jest ściśle zdefiniowane w polskim prawie. Definicję legalną tej instytucji zawiera prawo wspólnotowe, a dokładnie rozporządzenie Komisji (WE) nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii²². Wskazuje się, iż oznacza wiedzę techniczną i pozatechniczną (handlową, administracyjną, organizacyjną, finansową) przydatną do wykonywania konkretnego rodzaju działalności gospodarczej. Można tym pojęciem określić jako całokształt doświadczeń, praktyk i procedur, jakie przedsiębiorca zdobył w trakcie prowadzenia działalności. Istotną cechą *know-how* jest to, że wpływa ono na sposób wykonywania usługi lub produkcji towaru, odróżniając ten towar od towarów i usług konkurencyjnych firm.

W orzecznictwie wskazuje się, iż *know-how* to zespół informacji poufnych, istotnych i zidentyfikowanych we właściwej formie, gdzie poufność oznacza brak powszechnej dostępności, istotność – wagę i niebanalność informacji, zaś zidentyfikowanie zaś oznacza, że *know-how* jest opisane lub utrwalone w taki sposób, aby możliwe było sprawdzenie, że spełnia ono kryterium poufności i istotności²³.

Bazując na legalnej definicji przedsiębiorstwa, należy wskazać, iż z pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa uczyniono podstawowy element re-

20 Wyrok SN z 7 marca 2003 r., I CKN 89/01; Wyrok SN z 3 października 2000 r., I CKN 304/00.

21 <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiębiorstwa> (dostęp: 01.12.2018).

22 <https://publications.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/1e2928d9-672b-4c87-9190-2f459f0a9fa7/language-pl> (dostęp: 01.12.2018).

23 Wyrok NSA z 31 lipca 2003 r., III SA 1661/01.

gulacji, od którego uzależniony jest zarówno zakres ochrony *know-how*, jak i sankcje przysługujące uprawnionym.

Instytucja *know-how* i tajemnicy przedsiębiorstwa nie są pojęciami tożsamymi. Nie można używać ich zamiennie jako synonimów. *Know-how* to informacje związane z wykonywaniem działalności handlowej lub usługowej wykonawcy, a tajemnica przedsiębiorstwa jest znacznie szerszym pojęciem i oprócz *know-how* obejmuje inne informacje, np. o stanie majątkowym i zobowiązaniach finansowych wykonawcy, dane pracowników i szczegóły zawieranych z nimi umów.

Jak pokazują przedstawione powyżej definicje, *know-how* jest informacją spełniającą określone cechy, tajemnica przedsiębiorstwa zaś jest regulacją określającą m.in. zakres ochrony *know-how*. Oznacza to, iż każde *know-how* stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie każda tajemnica przedsiębiorstwa stanowi *know-how*.

2. Zasada jawności w zamówieniach publicznych

Zasada jawności wraz z zasadą przejrzystości postępowania mają służyć wprowadzeniu jasnych, przejrzystych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania czynności zamawiającego, podejmowanych przez niego w toku postępowania związanego z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada jawności jest narzędziem badania legalności działania zamawiającego²⁴. Obie zasady, tzn. jawności i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, biorą swój początek z ogólnych zasad prawa administracyjnego, tzn. prawa obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej²⁵.

W ustawie u.p.z.pub. zasada jawności została uregulowana w art. 8 ust. 1. Tylko w przypadkach określonych w ustawie zamawiający ma prawo ograniczyć dostęp do niektórych dokumentów postępowania (art. 8 ust. 2).

24 Wskazane stwierdzenie jest zgodne z obowiązującą linią orzecznictwa (Wyroki KIO 2468/12, KIO 2473/12, KIO 2493/12).

25 Komentarz do art. 8 u.p.z.pub. w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień...*

Ze względu na swoje fundamentalne znaczenie w systemie zamówień publicznych jakiegokolwiek odstępstwo od zasady jawności musi być uzasadnione i udowodnione²⁶. Nigdy działania związane z utajnieniem lub ujawnieniem fragmentu postępowania nie mogą zakłócić jego przebiegu, ani też być formą zastony działań podejmowanych przez zamawiającego. Jawność postępowania ze względu na umieszczenie tej zasady w podstawowych zasadach ma pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach ubiegania się o udzielenie zamówienia. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o działalności wykonawców²⁷. Można więc stwierdzić, iż zasada jawności obejmuje swym zakresem podmiotowym zamawiającego oraz wykonawcę. Zamawiający musi więc zapewnić wykonawcom wgląd do dokumentacji przetargu i nie ma prawa uzależniać tego dostępu od spełnienia jakichkolwiek warunków.

3. Tajemnica handlowa w świetle Dyrektywy 2014/24/UE

Art. 21 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE z 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG), kształtując ramy systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej, przewiduje obowiązek zachowania tajemnicy handlowej przez zamawiającego. Obowiązek poufności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego możliwy jest:

- jeżeli inaczej nie przewiduje Dyrektywa 2014/24/UE lub przepisy krajowe, którym podlega instytucja zamawiająca, w szczególności regulacje dotyczące odstępu do informacji publicznej;
- jeżeli takie zastrzeżenie będzie pozostawać bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach ani z udostępnieniem kandydatom i oferentom określonych informacji;
- jeżeli oznaczenie przez wykonawcę konkretnych informacji

26 Wyrok KIO z 4 czerwca 2013 r., KIO 1187/13.

27 Wyrok KIO z 15 marca 2013 r., KIO 364/13, KIO 368/13.

Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk traktuje się jako poufne²⁸.

Dyrektywa 2014/24/UE w szeroki sposób określa informacje, które są wyłączone z zasady jawności, wskazując na informacje techniczne lub handlowe bądź poufne aspekty oferty²⁹.

Art. 21 Dyrektywy 2014/24/UE wskazuje na poufność dokumentów bądź materiałów, pozostawiając wykonawcy uprawnienie do określenia zakresu tejże poufności. Istotne jest, iż dyrektywa nie rozstrzyga zakresu informacji, które mogą być wskazane przez wykonawcę jako poufne³⁰.

Jak wskazuje w swojej opinii Rzecznik Generalny, prawo ochrony tajemnic handlowych jest przewidziane jako jedno z zasadniczych uprawnień gwarantowanych prawem wspólnotowym. Zawarte jest m.in. w art. 41 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (DzU UE, C nr 303, s. 1 ze zm.), które wskazują, iż prawo do dobrej administracji to „prawo każdego do dostępu do akt jego sprawy, przy poszanowaniu uprawnionych interesów poufności oraz tajemnicy zawodowej i handlowej”³¹.

4. Skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

Ochrona *know-how* przedsiębiorcy jest ściśle związana ze skutecznym działaniem przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżenia tajemnicy. Jak zostało wyżej wskazane, istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wiąże się ze świadomym i celowym działaniem przedsiębiorstwa, zmierzającego do ochrony określonych informacji posiadających wartość ekonomiczną lub gospodarczą oraz dających mu przewagę rynkową nad konkurencją.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 u.p.z.pub. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie

28 J. Pawelec, *Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 139.

29 *Ibidem*, s. 139.

30 *Ibidem*, s. 140.

31 Opinia Rzecznika Generalnego do sprawy C-450/06, *Varec SA v. Etat belge*, Zb. Orz. 2008, s. I-581, pkt. 42 i nast. opinii.

składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis art. 8 ust. 3 u.p.z.pub. stosuje się odpowiednio do konkursu.

Ustawodawca, określając ramy prawne ochrony tajemnicy przedsiębiorcy w postępowaniu opartym na ustawie u.p.z.pub., związał ją ściśle ze skutecznym działaniem przedsiębiorstwa. Na wykonawcy spoczywa obowiązek zakwalifikowania określonych informacji, które przekazuje on zamawiającemu wraz ze składaną ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako poufne, dzięki temu spełnia wymogi określone w art. 8 ust. 3 ustawy u.p.z.pub. Wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że ciężar podjęcia wszystkich niezbędnych działań w celu ochrony danych będących dla wykonawcy tajemnicą przedsiębiorstwa spoczywa na nim samym. Zamawiający, gdy otrzyma od wykonawcy dokumenty i oświadczenie o obowiązku zachowania w poufności części przekazanych w nich informacji, powinien dostać również pisemne uzasadnienie takiego ich zakwalifikowania, aby móc dokonać oceny zasadności, prawidłowości oraz skuteczności dokonania zastrzeżenia. Na zamawiającym spoczywa obowiązek badania i oceny skuteczności poczynionego zastrzeżenia³².

Brak załączenia przez wykonawcę do składanego oświadczenia stosownego uzasadnienia, w świetle obecnie obowiązującego przepisu ustawy u.p.z.pub., zwalnia zamawiającego z konieczności zachowania poufności zastrzeżonych informacji i podejmowania czynności sprawdzających. Jak uznał Sąd Najwyższy, to na przedsiębiorcy spoczywa bezwzględny obowiązek odpowiedniej ochrony informacji wrażliwej i jeżeli sam przedsiębiorca zaniedbał tego obowiązku, to nie może już powoływać się na jego ochronę³³.

Ustawodawca w regulacjach określających system zamówień publicznych nie wskazał, jakiego rodzaju informacje czy dokumenty mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Analiza orzecznictwa wskazuje wiele przypadków, w których poszczególne informacje podawane przez wyko-

32 Wyrok KIO z 13 grudnia 2013 r., KIO 2767/13.

33 Wyroku SN z 3 października 2000 r., I CKN 304/2000.

namcę zostały skutecznie objęte klauzulą tajności.

Zagadnienie związane z tajemnicą przedsiębiorstwa należy traktować w każdym przypadku indywidualnie i mieć na uwadze konkretne okoliczności faktyczne sprawy. Tym samym odwoływanie się do określonych orzeczeń KIO nie może stanowić bezpośredniego i wyłącznego dowodu na poparcie którego zamawiający uzna za właściwe przyjęte przez wykonawcę założenia, w którym kwestionuje on poprawność zastrzeżenia danego dokumentu jako objętego klauzulą tajności³⁴.

Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, że wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa³⁵. Wykaz osób stanowi informację o niewątpliwiej wartości dla firmy ze względu na sytuację na rynku pracy w danych branżach i związane z tym ryzyko „podbierania” personelu.

W jednym ze swoich wyroków Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, którą przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę »podkupywania«. Nie budzi zaś wątpliwości, że tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Nadto wykaz ten daje wiedzę co do struktury personelu, jakim posługuje się inny przedsiębiorca. Na jego podstawie można bowiem ustalić, czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot)”³⁶. Możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób mających wykonywać zamówienie wraz z ich kwalifikacjami, potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie³⁷.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że dokument może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zawiera informację o sposobie organizacji

34 Wyrok KIO z 16 marca 2016 r., KIO 289/16.

35 Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie V Ca 421/07.

36 Wyrok KIO z 13 maja 2010 r. KIO 667/10. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyrokach KIO/ 1498/10, KIO 908/13 i KIO/UZP 117 /10.

37 Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie V Ca 421/07.

zaplecza kadrowego³⁸. W ocenie KIO to, że w przyszłości na etapie realizacji zamówienia publicznego skład osobowy zespołu realizującego usługę może stać się jawny, nie uniemożliwia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania, w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób realizujących zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności co najmniej do czasu zawarcia umowy może mieć wymiar gospodarczy – pozwala na zaproponowanie tego samego zestawu osobowego w innym podobnym postępowaniu w przypadku nieuzyskania zamówienia.

Wykazywanie się zamówieniami zdobytymi na rynku zamówień publicznych, gdzie pewne informacje można uzyskać poprzez dostęp do publicznych ogłoszeń o zamówieniach oraz jawnych umów w sprawie zamówienia publicznego, nie oznacza jeszcze, że dane te nie mogą stanowić tajemnicy handlowej. Wykaz usług może bowiem zawierać dużo bardziej szczegółowe informacje niż wynikające choćby z ogłoszeń w zamówieniach, a wiedza, którą uzyskałby wykonawca po zapoznaniu się z dokumentami, pozwalałaby na zapoznanie się z aspektami działalności wykonawcy, prześledzenie jego aktywności gospodarczej, sprawdzenie, jakie zamówienia zrealizował, kto był odbiorcą danych zamówień, oraz uzyskanie informacji na temat przychodów³⁹.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być również uznane wyjaśnienia wykonawcy składane w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. „Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)”⁴⁰. „Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego *know-how* jako posiadających wartość handlową i go-

38 Wyrok KIO z 6 czerwca 2014 r., KIO 1032/14.

39 Wyrok KIO z 9 września 2011 r., KIO 1797/11; KIO 1801/11; KIO 1807/11; KIO 1808/11; KIO1813/11; KIO 1817/11.

40 Wyrok KIO z 14 maja 2013 r. KIO 908/13.

spodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej”⁴¹.

Dane zawarte w kalkulacji cenowej przede wszystkim z uwagi na wskazany tam zysk (wynik ze sprzedaży) w danym kontrakcie mogą być skutecznie chronione przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa⁴². Jeżeli wyjaśnienia zawierają szczegółowe informacje dotyczące sposobu skalkulowania ceny, kosztów, jakie planuje ponieść wykonawca w związku z realizacją zamówienia, informacje takie mają wartość gospodarczą, ponieważ opierając się na nich, konkurencja będzie mogła łatwiej, a jednocześnie precyzyjniej szacować, jak wycenił swoje usługi w innych postępowaniach dotyczących zamówień o zbliżonym charakterze.

„Szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem m.in. kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone dokumenty zawierające szczegółowe zestawienia dotyczące kalkulacji cenowej, kopie ofert poddostawców wraz z wyceną poszczególnych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia”⁴³.

„Zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa”⁴⁴.

Kalkulacja składników ceny oferty oraz szczegółowy opis oferty oraz opis czynników wpływających na cenę oferty związany z wyborem metody wykonania zamówienia i warunków wykonania zamówienia może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokumenty zawarte w tych załączni-

41 Wyrok SO w Katowicach z 8 maja 2007 r., XIX Ga 167/07.

42 Wyrok KIO z 14 maja 2013 r., KIO 960/13.

43 Wyrok KIO z 1 czerwca 2012 r., KIO 995/12.

44 Wyrok KIO z 20 lipca 2012 r., KIO 1432/12.

kach dotyczą bowiem ofert podwykonawców, umów o nadzór autorski, umów na opracowanie dodatkowej dokumentacji, rachunków i faktur, na podstawie których przystępujący szacował ceny poszczególnych elementów oferty, oferty dotyczące dojazdów, przedstawił podstawy przyjętej kalkulacji związanej z możliwością łączenia czynności nadzoru autorskiego (wyjazdów) w ramach różnych umów o nadzór autorski dla kilku zamawiających itp., czyli inne informacje mające wartość gospodarczą. Te dane wskazują na rynki zaopatrzenia przystępującego, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, co ma przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informację o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez tych podwykonawców swojemu kontrahentowi, a pozyskanie tych informacji przez konkurencję może sprawić, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić przystępującemu wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów⁴⁵.

5. Nieuprawnione zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa

Stworzenie w systemie zamówień publicznych uprawnienia wykonawcy do zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zderzone z fundamentalną zasadą jawności prowadzonego postępowania. Stąd też dla skutecznego przestrzegania zasady jawności ustawodawca stworzył obowiązek zamawiającego w zakresie badania poprawności i skuteczności korzystania z zastrzeżenia tajemnicy przez wykonawcę.

Niezasadne bądź niedostateczne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi przesłanki odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy u.p.z.pub.⁴⁶. Sankcją natomiast pozostaje dla wykonawcy ujawnienie danych, których wolałby nie ujawniać, co niejednokrotnie może okazać się

45 Wyrok KIO z 25 lutego 2013 r., KIO 293/13.

46 Uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05.

bardziej dotkliwe niż odrzucenie jego oferty.

Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca winien skupić się na wykazaniu spełnienia przesłanek pozwalających na ochronę *know-how*, określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Wykonawca winien w szczególności wykazać, jaki charakter mają zastrzeżone informacje oraz jakie czynności podjął w celu zachowania poufności powyższych informacji.

Zamawiający nie może pozostawić bez jakiejkolwiek analizy zastrzeżonych informacji w sytuacji, gdy zastrzeżenie budzi wątpliwości co do zgodności z definicją wskazaną w u.z.n.k.

„Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony. Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. (...) wyjaśnienia winny być na tyle pełne, aby umożliwić zarówno zamawiającemu, jak i organowi rozpatrującemu ewentualne odwołanie w tym zakresie, odniesienie się do zastrzeżonych informacji. Zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być interpretowane w sposób ścisły i winny być odpowiednio uzasadnione (...)”⁴⁷.

Dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy określonych dokumentów, nie wystarczy tylko oświadczenie o objęciu danego dokumentu/informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca musi jednocześnie udowodnić (np. w formie oświadczenia wyjaśniającego), że spełnione zostały przesłanki uznania danego dokumentu/informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Do tego oświadczenia można również załączyć dowody. „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji”⁴⁸.

Użyte w art. 8 ust. 3 ustawy u.p.z.pub. sformułownie „oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” ozna-

47 Wyrok KIO z 26 stycznia 2012 r. KIO 100/12.

48 Wyrok KIO z 4 czerwca 2013 r., KIO 1187/13.

cza coś więcej niż wyjaśnienie powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa i za takie wykazanie nie może być uznawane podanie ogólnikowego uzasadnienia sprowadzającego się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Konieczne jest przekonujące skonkretyzowane wyjaśnienie, które wykaże spełnienie przez zastrzeżone informacje przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do wykonawcy, który się na nią powołuje. Ponadto wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków⁴⁹.

KIO w swoich orzeczeniach wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy u.p.z.pub. zasadą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wobec tego wyjątki od tej zasady winny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, który uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert. W przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa nakłada na wykonawcę, już na etapie składania oferty, obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Jednocześnie ze złożeniem oświadczenia wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Niezbędne zatem jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż ma ona konkretną wartość gospodarczą, oraz że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności takiej informacji. Rolą zamawiającego jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie, czy zostały spełnione wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za

49 Wyrok KIO z 18 lipca 2016 r., KIO 1170/16. Zob. też KIO 1172/16 i KIO 1173/16.

tajemnicę przedsiębiorstwa⁵⁰.

Zamawiający na podstawie złożonej informacji ma obowiązek podjąć decyzję, czy wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę, czy też nie wykazał i kiedy może je ujawnić publicznie. Wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności⁵¹.

W obecnym stanie prawnym zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powodów takiego zastrzeżenia na podstawie informacji pochodzących od wykonawcy zawartych w ofercie czy też we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa⁵².

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i że zastrzeżenie zostało złożone w sposób skuteczny. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, są jawne w myśl przepisów ustawy u.p.z.pub. (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, albo są zastrzeżone nieskutecznie, jest on zobowiązany do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁵³.

Wyjaśnienia wykonawcy co do zasadności zastosowania klauzuli tajności składane po terminie nakreślonym art. 8 ust. 3 ustawy u.p.z.pub. należy uznać za spóźnione. Obowiązkiem zamawiającego zaś jest zastosowanie do nich zasady jawności. Brak uzasadnienia, albo też brak wykazania okoliczności uzasadniającej zastosowanie klauzuli tajności, skutkuje odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obo-

50 Wyrok KIO z 12 lipca 2016 r., KIO 1118/16; KIO 1129/16.

51 Wyrok KIO z 21 czerwca 2016 r., KIO 1013/16.

52 Wyrok KIO z 4 lipca 2016 r., KIO 1031/16.

53 Wyrok KIO z 21 czerwca 2016 r., KIO 1013/16.

wiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości)⁵⁴.

W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, iż „aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wskazane wyżej przesłanki. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. (...) bardzo precyzyjnie i dokładnie należy się odnosić do treści poszczególnych dokumentów, może bowiem wystąpić sytuacja, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione”⁵⁵:

„Poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 u.p.z.pub. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 u.p.z.pub. oznacza, że *de facto* wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia

54 Wyrok KIO z 4 lipca 2016 r., KIO 1031/16.

55 Np. KIO/UZP 528/10, KIO 51/11.

z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.”⁵⁶.

Nakreślony ustawą u.p.z.pub. wymóg „wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazuje, że nie składając wyjaśnień lub nie wykazując zasadności zastrzeżenia, wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji⁵⁷. Taki akt traktowany jest przez KIO także jako niewykazanie przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji. W orzecznictwie podkreśla się, że na gruncie ustawy u.p.z.pub. – wyjaśnienia, złożone w terminie, są dodatkowym, ustawowo wymaganym działaniem koniecznym dla zachowania poufności informacji⁵⁸.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie⁵⁹. Oznacza to, iż w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Jeżeli wykonawca nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa i jednocześnie nie wykazał prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy, nie ma ustawowych podstaw do wzywania go do składania oświadczenia zawierającego wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciężących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy u.p.z.pub., to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji⁶⁰.

Słowo „wykazać” oznacza przedłożenie nie jakichkolwiek wyjaśnień przez wykonawcę stanowiących podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz przedłożenie takich, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia⁶¹. Wykazanie powinno nastąpić poprzez sprecyzowanie i szczegółowe opisanie konkretnych faktów czy okoliczności uzasadniają-

56 Wyrok KIO z 15 maja 2015 r., KIO 907/15.

57 Wyrok KIO z 3 kwietnia 2015 r., KIO 561/15; Wyrok z 28 sierpnia 2015 r., KIO 1730/15.

58 Wyrok KIO z 5 maja 2015 r. KIO 761/15, KIO 764/15.

59 Wyrok KIO z 2 marca 2015 r., KIO 279/15.

60 Wyrok KIO z 2 marca 2015 r., KIO 279/15.

61 Wyrok KIO z 19 maja 2015 r., KIO 932/15.

cych w danym postępowaniu objęcie wskazanych załączników tajemnicą przedsiębiorstwa⁶².

Stwierdzenie przez zamawiającego, że określone informacje stanowią lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, winno być konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego złożonych przez wykonawcę wyjaśnień motywujących zasadność takiego objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Inicjatywa w tym zakresie należy do wykonawcy, który jako dysponent określonych informacji jest zobligowany do wykazania wobec zamawiającego, że zachodzi szczególna sytuacja – uzasadniająca traktowanie określonych informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu zapoznania się z treścią dokumentów. Stąd tego rodzaju sytuacje nie powinny być przez wykonawców nadużywane, lecz ograniczone tylko do wypadków rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, z perspektywy zamawiającego zaś – badane z wyjątkową starannością⁶³.

Wnioski

Przedstawiona analiza zasady jawności wynikającej z ustawy u.p.z.pub. oraz zasady ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z u.z.n.k. wykazała, iż pomimo ich zbiegu niosącego ryzyko naruszenia interesów sektora finansów publicznych bądź podmiotu korzystającego z ochrony *know-how* przyjęte w systemie zamówień publicznych rozwiązanie wydaje się słuszne i w odpowiedni sposób chroniące obie strony postępowania oparte na przepisach ustawy u.p.z.pub.

Podstawową zasadą kształtującą postępowanie w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności. Wiąże ona co do zasady prawie wszystkie działania administracji. Obowiązkiem zamawiającego jest pro-

62 Wyrok KIO z 13 czerwca 2015 r., KIO 859/16; KIO 864/16.

63 Wyrok KIO z 28 lipca 2015 r., KIO 1483/15.

wadzenie poszczególnych czynności w ramach postępowania w sposób przejrzysty, z zapewnieniem pełnej transparentności. Zasada jawności stanowi jedną z najwyższych wartości aksjologicznych systemu zamówień publicznych. Podporządkowane są jej wszystkie działania administracji w zakresie prowadzonych postępowań opartych na ustawie u.p.z.pub.

Zastrzeżenie tajemnicy informacji przedstawionych przez wykonawcę ma charakter wyjątku od zasady. Stąd też jako wyjątek musi być traktowane w sposób precyzyjny. Niezależnie od ogólnych zasad przyjmowanych przez wykonawcę w zakresie ochrony jego *know-how* w sytuacji uczestniczenia w postępowaniu opartym na ustawie u.p.z.pub. zobowiązany jest on do podjęcia szczególnych czynności, w których poza samą czynnością zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma obowiązek wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia. Jeśli poprzez swoje działanie bądź zaniechanie dokona zastrzeżenia w sposób nieskuteczny, zastosowanie ma zasada jawności, a zamawiający jest zobowiązany do upublicznienia wszelkich informacji nieskutecznie zastrzeżonych i przedstawionych w postępowaniu. Ze względu na przyjętą w systemie zamówień publicznych konstrukcję zamawiający nie ponosi jakiegokolwiek odpowiedzialności za ujawnienie informacji nieskutecznie zastrzeżonych, co więcej, jest on zobowiązany do zachowania jawności tych informacji.

Zamawiający nie podejmuje decyzji w zakresie słuszności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie badania skuteczność i poprawność dokonanego zastrzeżenia. Dlatego powinien zachowywać należytą staranność i ostrożność ze względu na potrzebę praktycznego wyeliminowanie ryzyka odtajnienia informacji skutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający samodzielnie decyduje o prawidłowości i skuteczności zastrzeżenia, a przy tym musi mieć na uwadze możliwość poniesienia konsekwencji prawnych w przypadku bezprawnego odtajnienia skutecznie zastrzeżonych danych.

Z uwagi na nieodwracalność utajnienia informacji zawartych w ofercie oraz na to, że raz ujawnione informacje nie mogą stać się ponownie informacjami niejawnymi, bezprawne ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa naraża zamawiającego na poniesienie odpowiedzialności cywilnej i karnej. Stąd też w razie pojawienia się wątpliwości co do poprawności, skuteczności lub kompletności wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zamawiający powinien przeprowadzić w tym zakresie

stosowne postępowanie wyjaśniające, by zminimalizować w ten sposób ryzyko związane z ewentualnym poniesieniem odpowiedzialności.

Przyjęte rozwiązanie wydaje się zgodne z obowiązującymi regułami kształtowanymi w systemie prawa europejskiego. Traktując wykonawcę jako profesjonalistę, zobowiązuje się go do podejmowania skutecznych działań. Analogiczne rozwiązanie przyjęte zostało w Dyrektywie Parlamentu i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem⁶⁴. To przedsiębiorca ma podejmować skuteczne działania zmierzające do pełnej ochrony jego *know-how* i brać na siebie ryzyko związane z nieskutecznymi działaniami związanymi z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

64 Dyrektywa Parlamentu i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r., DzU UE, L 157/1.

Bibliografia

Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Lex*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.

Opinia Rzecznika Generalnego do sprawy C-450/06, *Varec SA v. Etat belge*, Orz 2008.

Panasiuk A., *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Public Procurement Legal Publisher, Warszawa 2013.

Pawelec J., *Dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 12, C.H. Beck, Warszawa 2013.

Tridimas T., *The General Principles of the EU Law*, wyd. 2, Oxford University Press, Oxford 2006.

Urząd Zamówień Publicznych Repozytorium Wiedzy *Tajemnica przedsiębiorstwa*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiębiorstwa>

Akty prawne

Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (DzU 2015, poz. 2164 ze zm.).

Ustawa implementująca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (DzU UE, L.2016.157.1).

Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz niektórych innych ustaw, (tekst jedn. DzU 2018, poz. 1637).

Rozporządzenie Komisji (WE) nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii, (DzU UE L123/11).

Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, (DzU UE L1/1).

Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 30 marca 2010 r. (DzU UE, C nr 303, ze zm.).

Dyrektywa Parlamentu i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. (DzU UE, L 157/1).

Obwieszczenie Komisji dotyczące zasad dostępu do akt Komisji w sprawach na mocy art. 81 i 82 Traktatu WE, art. 53, 54 i 57 Porozumienia EOG oraz rozporządzeniem Rady (WE) nr 139/, (DzU UE, C.325).

Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (*Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property, TRIPS*), (DzU 1996, nr 32, poz. 143).

Orzecznictwo

Wyrok TSUE z 29 października 1980 r. w sprawach połączonych C-209-215 i 218/78 Heintz van Landewyck.

Wyrok TSUE z 19 maja 1994 r., C-36/92, P SEP.

Wyrok TSUE z 18 września 1996 r. w sprawie T-353/94 Postbank.

Wyrok SN z 3 października 2000 r., I CKN 304/00.

Uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05.

Wyrok SN z 7 marca 2003 r., I CKN 89/01.

Wyrok NSA z 31 lipca 2003 r., III SA 1661/01.

Wyrok NSA z 17 lipca 2013 r., I OSK 608/13.

Wyrok NSA z 10 stycznia 2014 r., I OSK 2112/13.

Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 8 maja 2007 r., XIX Ga 167/07.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 marca 2007 r., V Ca 421/07.

Wyrok KIO z 13 maja 2010 r., KIO 667/10.

Wyrok KIO z 26 stycznia 2012 r., KIO 100/12.

Wyrok KIO z 1 czerwca 2012 r., KIO 995/12.

Wyrok KIO z 20 lipca 2012 r., KIO 1432/12.

Wyrok KIO 2468/12, KIO 2473/12, KIO 2493/12.

Wyrok KIO z 25 lutego 2013 r., KIO 293/13.

Wyrok KIO z 15 marca 2013 r., KIO 364/13, KIO 368/13.

Wyrok KIO z 14 maja 2013 r., KIO 908/13.

Wyrok KIO z 4 czerwca 2013 r., KIO 1187/13.

Wyrok KIO z 13 grudnia 2013 r., KIO 2767/13.

Wyrok KIO z 6 czerwca 2014 r., KIO 1032/14.

Wyrok KIO z 2 marca 2015 r., KIO 279/15.

Wyrok KIO z 3 kwietnia 2015 r., KIO 561/15.

Wyrok KIO z 5 maja 2015 r., KIO 761/15, KIO 764/15.

Wyrok KIO z 15 maja 2015 r., KIO 907/15.

Wyrok KIO z 19 maja 2015 r., KIO 932/15.

Wyrok KIO z 13 czerwca 2015 r., KIO 859/16; KIO 864/16.

Wyrok KIO z 28 lipca 2015 r., KIO 1483/15.

Wyrok KIO z 28 sierpnia 2015 r., KIO 1730/15.

Wyrok KIO z 16 marca 2016 r., KIO 289/16.

Wyrok KIO z 21 czerwca 2016 r., KIO 1013/16.

Wyrok KIO z 4 lipca 2016 r., KIO 1031/16.

Wyrok KIO z 12 lipca 2016 r., KIO 1118/16.

Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk

Wyrok KIO z 18 lipca 2016 r., KIO 1170/16.

Wyrok Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych z 23 stycznia 2007 r.,
UZP/ZO/0–55/0.

Dr Małgorzata Paszkowska
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie

Ustawowe uregulowanie zawodu fizjoterapeuty a bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów

Abstrakt

Fizjoterapeuci w Polsce przez wiele lat nie mieli własnej Przemysłu ustawy, a ich działalność poza sferą publicznego ubezpieczenia zdrowotnego nie podlegała zasadniczo żadnym specyficznym dla zawodu regulacjom prawnym. Brak regulacji ustawowej zawodu fizjoterapeuty stwarzał bezspornie istotne ryzyko dla bezpieczeństwa pacjentów i wpływał na jakość usług. Od 31 maja 2016 roku obowiązuje ustawa z 25 września 2015 roku o zawodzie fizjoterapeuty, a od 1 czerwca 2018 roku każdy czynny zawodowo fizjoterapeuta musi posiadać prawo wykonywania zawodu. Uregulowanie ustawowe zawodu fizjoterapeuty ma na celu zwiększenie bezpieczeństwa zdrowotnego pacjentów, tym samym służy ograniczeniu ryzyka dla ich zdrowia. Celem publikacji jest przedstawienie i analiza nowych ustawowych regulacji prawnych dotyczących wykonywania zawodu fizjoterapeuty w aspekcie bezpieczeństwa zdrowotnego pacjentów.

Słowa kluczowe: fizjoterapia, zawód, pacjent, świadczenia zdrowotne, ryzyko, ustawa

Wprowadzenie

Za jedno ze współczesnych ryzyk należy uznać ryzyko zdrowotne obejmujące możliwość pogorszenia (rozstroju) zdrowia lub utraty życia. Pacjenci korzystający ze świadczeń zdrowotnych mogą być narażeni na takie ryzyko. Dotyczy to także świadczeń z zakresu rehabilitacji leczniczej udzielanych przez fizjoterapeutów. Rozwój medycyny i technologii medycznych skutkuje m.in. ratowaniem życia i zdrowia w przypadkach bardzo trudnych, które jeszcze niedawno kończyły się śmiercią. Nie zawsze jednak udaje się w pełni przywrócić wszystkie funkcje człowieka do stanu pierwotnego. Wzrost liczby osób czasowo lub stale niepełnosprawnych przyczynił się do dynamicznego rozwoju nowoczesnie rozumianej rehabilitacji. Do twórców współczesnego polskiego modelu rehabilitacji należą profesorowie Wiktor Dega i Marian Weiss. Celem rehabilitacji – jak pisał prof. Dega – jest przywrócenie choremu utraconych sprawności lub, jeśli to niemożliwe, wyrobienie zastępczych sprawności, które wyrównują ubytki funkcjonalne¹. Rehabilitacja lecznicza to rodzaj świadczeń zdrowotnych związanych przywracaniem sprawności i usprawnianiem pacjentów. Rehabilitacja medyczna (zwana w większości aktów prawnych leczniczą) jest postępowaniem, które umożliwia przyspieszenie procesu naturalnej regeneracji i plastyczności (dla układu nerwowego) oraz zmniejszenie następstw ustrojowych i psychicznych spowodowanych przez chorobę lub uraz². Usługi medyczne czy też opieka zdrowotna to obecnie w nomenklaturze prawnej działalność lecznicza. W świetle definicji ustawowej zawartej w art. 3 ustawy z 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej³ działalność lecznicza polega przede wszystkim na udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Świadczenia zdrowotne są to działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Jednym z powyższych działań jest rehabilitacja lecznicza, która obejmuje zabiegi z zakresu kinezyterapii,

1 W. Dega i in., *Ortopedia i rehabilitacja*, t. 1, PZWL, Warszawa 1983, s. 5.

2 Por. A. Kwolek, *Rehabilitacja medyczna*, Elsevier Urban & Partner, Wrocław 2004, s. 31.

3 Ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. DzU 2018, poz. 160).

fizykoterapii i masażu. Działalność lecznicza może również polegać na:

- promocji zdrowia lub
- realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, w tym wdrażaniem nowych technologii medycznych oraz metod leczenia.

Fizjoterapeuta to osoba wykonująca zawód medyczny w rozumieniu powyższej ustawy o działalności leczniczej. Zgodnie z art. 2. ust. 1. pkt. 2 u.d. l., osoba wykonująca zawód medyczny to osoba uprawniona na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osoba legitymująca się posiadaniem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny. Zabiegi wykonywane są przez fizjoterapeutów w systemie publicznego ubezpieczenia zdrowotnego na podstawie skierowania lekarza, a poza systemem (rynek prywatny/komercja) bez skierowania.

Zawód fizjoterapeuty nie był przez lata kompleksowo uregulowany ustawowo, a jedynie fragmentaryczne jego regulacje (dotyczące tylko fizjoterapeutów publicznego systemu ubezpieczenia zdrowotnego) były zawarte w przepisach dotyczących świadczeń gwarantowanych świadczeniobiorcom ze środków publicznych (udzielanych tylko przez świadczeniodawców mających umowę z Narodowym Funduszem Zdrowia). Powyższe przepisy obowiązują również obecnie, w systemie powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego wymagane kwalifikacje do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej przez fizjoterapeutów (świadczeń gwarantowanych) oraz zakres wykonywanych przez nich świadczeń określa rozporządzenie Ministra Zdrowia z 6 listopada 2013 roku w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu rehabilitacji leczniczej⁴. Normatywne odniesienie do wykonywania zawodu fizjoterapeuty zawierała i zawiera ustawa z 18 stycznia 1996 roku o kulturze fizycznej⁵ – art. 43.

Z uwagi na swój zakres i cel oraz bezpieczeństwo pacjentów rehabilitacja lecznicza, a przede wszystkim zasady wykonywania zawodu fizjoterapeuty wymagały bezspornie od dawna kompleksowego uregulowania

4 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 6 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu rehabilitacji leczniczej (DzU 2013, poz.1522 ze zm.).

5 Ustawa z 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (DzU 2007, nr 226, poz.1675).

ustawowego. Także samo środowisko fizjoterapeutów postulowało od lat uregulowanie swojego zawodu⁶. Latem 2015 roku kolejny projekt ustawy o zawodzie fizjoterapeuty trafił do Sejmu, gdzie podjęto nad nim intensywne prace. W rezultacie 25 września 2015 roku została uchwalona ustawa o zawodzie fizjoterapeuty (u.z.f.). Senat przyjął ustawę bez zmian, Prezydent ją podpisał i została opublikowana w Dzienniku Ustaw jako pozycja 1994. Ustawa weszła w życie 6 miesięcy po ogłoszeniu, czyli 31 maja 2016 roku. Ustawa o zawodzie fizjoterapeuty reguluje zasady:

- wykonywania zawodu fizjoterapeuty,
- uzyskiwania prawa wykonywania zawodu,
- kształcenia podyplomowego oraz odpowiedzialności zawodowej fizjoterapeutów.

Przedmiot sporu środowiskowego (z lekarzami) i kontrowersje wokół ustawy o zawodzie fizjoterapeuty dotyczą przede wszystkim: zakresu czynności, do jakich samodzielnie, tj. bez zlecenia lekarskiego, uprawniony jest fizjoterapeuta – samodzielnego kwalifikowania pacjentów do zabiegów. Celem artykułu jest przedstawienie i analiza nowych regulacji prawnych dotyczących wykonywania zawodu fizjoterapeuty zawartych w ustawie z 25 września 2015 roku o zawodzie fizjoterapeuty⁷ w aspekcie bezpieczeństwa zdrowotnego pacjentów.

1. Dostęp do wykonywania zawodu

Jednym z instrumentów ustawowych regulujących rynek świadczeń w zakresie rehabilitacji leczniczej oraz będącym standardem dla większości podstawowych zawodów medycznych jest konieczność posiadania prawa wykonywania zawodu medycznego. Obecnie samo ukończenie adekwatnych studiów nie uprawnia do wykonywania zawodu fizjoterapeuty, a w szczególności do udzielania świadczeń zdrowotnych. Elementem nie-

6 Świadczą o tym działania stowarzyszeń fizjoterapeutów, w tym Fizjoterapii Polskiej, które przygotowały m.in. projekty 2 ustaw złożone w 2013 r. do Sejmu.

7 Ustawa z 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (DzU 2015, poz. 1994 ze zm.).

zbędnym do wykonywania pracy fizjoterapeuty jest uzyskanie tzw. prawa wykonywania zawodu⁸. Powyższe prawo przyznawane jest przez uprawnione organy samorządu zawodowego osobom posiadającym odpowiednie wykształcenie zawodowe oraz spełniającym inne przesłanki określone ustawowo. Zgodnie z art. 2 u.z.f. zawód fizjoterapeuty jest samodzielnym zawodem medycznym. Prawo posługiwania się tytułem zawodowym „fizjoterapeuta” przysługuje osobie posiadającej prawo wykonywania zawodu. Nie można więc używać powyższego tytułu bez posiadania takiego prawa. Prawo wykonywania zawodu fizjoterapeuty przysługuje osobie, która spełnia łącznie następujące warunki:

- ma pełną zdolność do czynności prawnych (czyli ma ukończone lat 18 i nie jest ubezwłasnowolniona całkowicie ani częściowo orzeczeniem sądu),
- jej stan zdrowia pozwala na wykonywanie zawodu fizjoterapeuty (co potwierdza się orzeczeniem lekarskim albo innym wymaganym dokumentem potwierdzającym brak przeciwwskazań do wykonywania zawodu fizjoterapeuty),
- wykazuje znajomość języka polskiego w stopniu wystarczającym do wykonywania zawodu fizjoterapeuty (za wystarczające w zakresie spełnienia tego wymogu uznaje się przedstawienie odpowiednich dokumentów potwierdzających ukończenie studiów wyższych prowadzonych w języku polskim lub publicznej szkoły policealnej lub niepublicznej szkoły policealnej o uprawnieniach szkoły publicznej kształcącej w języku polskim, ewentualnie w przypadku osób spoza UE/EFTA w wymagane jest złożenie z wynikiem pozytywnym egzaminu z języka polskiego organizowanego przez Krajową Radę Fizjoterapeutów),
- swoim dotychczasowym zachowaniem daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu fizjoterapeuty, w szczególności nie była skazana prawomocnym wyrokiem za umyślne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz za czyny określone w art. 207 i art.

8 Szerzej o kwestii nabycia, utraty i ingerencji w prawo wykonywania zawodu fizjoterapeuty zob. w: M. Paszkowska, *Prawo dla fizjoterapeutów*, Difin, Warszawa 2016, rozdz. 3.

211 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – kodeks karny⁹,

- posiada odpowiedni (określony w u.z.f.) dyplom (świadectwo) potwierdzający kwalifikacje.

Prawo wykonywania zawodu wszystkich fizjoterapeutów niezależnie od czasu i formy kształcenia, jeśli tylko spełnia wymogi określone w u.z.f., stwierdza za opłatą na wniosek osoby zainteresowanej Krajowa Rada Fizjoterapeutów. Krajowa Rada Fizjoterapeutów stwierdza, w drodze uchwały, prawo wykonywania zawodu albo odmawia stwierdzenia tego prawa. Na podstawie uchwał o stwierdzeniu lub przyznaniu prawa wykonywania zawodu Krajowa Rada Fizjoterapeutów dokonuje wpisu do Krajowego Rejestru Fizjoterapeutów i wydaje dokument Prawo wykonywania zawodu fizjoterapeuty (PWZF).

Prawo wykonywania zawodu fizjoterapeuty wygasa w przypadku:

- śmierci,
- zrzeczenia się prawa wykonywania zawodu,
- prawomocnego orzeczenia przez sąd dyscyplinarny zakazu wykonywania zawodu (kara w postępowaniu prowadzonym przez samorząd zawodowy w sprawie odpowiedzialności zawodowej),
- utraty pełnej zdolności do czynności prawnych (orzeczenie ubezwłasnowolnienia fizjoterapeuty).

Za podstawowy instrument ustawowy wpływający na bezpieczeństwo pacjentów należy uznać obowiązek posiadania przez wszystkich fizjoterapeutów czynnych zawodowo prawa wykonywania zawodu. Jego realizacja ma dla pacjentów znaczenie praktyczne od 1 czerwca 2018 roku, bowiem zgodnie z u.z.f. najpóźniej do 31 maja 2018 roku fizjoterapeuci mają obowiązek uzyskania prawa wykonywania zawodu. Brak PWZF wywołuje zgodnie z powyższą ustawą wiele skutków prawnych, w szczególności zakaz wykonywania pracy i świadczenia usług w charakterze fizjoterapeuty, a także odpowiedzialność karną. W praktyce osoba nieposiadająca PWZF mimo odpowiedniego wykształcenia i doświadczenia zawodowego nie może legalnie wykonywać żadnej czynności zawodowej na rzecz pacjenta/klienta w zakresie fizjoterapii/rehabilitacji leczniczej. Art. 28 u.z.f.

⁹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (DzU 1997, nr 88, poz. 553, ze zm.).

wyraźnie stanowi, że fizjoterapeuta przed rozpoczęciem wykonywania zadań zawodowych na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej jest zobowiązany przedłożyć podmiotowi, na którego rzecz wykonuje te zadania, dokument potwierdzający prawo wykonywania zawodu. Podmiot, na którego rzecz fizjoterapeuta ma wykonywać zadania zawodowe, przed zatrudnieniem fizjoterapeuty na podstawie umowy o pracę albo umowy cywilnoprawnej jest obowiązany żądać przedłożenia dokumentu potwierdzającego prawo wykonywania zawodu. W praktyce każdy pracodawca (szpital, przychodnia, DPS itd.), a także podmiot, z którym łączy fizjoterapeutę umowa cywilna (np. zlecenia lub o świadczenie usług z zakresu fizjoterapii), ma obowiązek żądać przedstawienia prawa wykonywania zawodu przez każdego fizjoterapeutę. Poza skutkami w zakresie możliwości podjęcia pracy brak prawa wykonywania zawodu skutkuje odpowiedzialnością karną. Odpowiedzialność karna dotyczy zarówno samego fizjoterapeuty, jak i osoby go zatrudniającej. Rozdział 8 ustawy o zawodzie fizjoterapeuty zawiera przepisy karne. Sankcjonowane jest nieuprawnione posługiwanie się tytułem zawodowym fizjoterapeuty oraz udzielanie świadczeń bez uprawnień, a także dopuszczenie osoby nieuprawnionej do udzielania świadczeń z zakresu fizjoterapii. Zgodnie bowiem z art. 138 u.z.f., kto bez wymaganych uprawnień posługuje się tytułem zawodowym fizjoterapeuty, podlega karze grzywny. Natomiast kto bez wymaganych uprawnień udziela świadczeń z zakresu fizjoterapii, podlega grzywnie (art. 136 u.z.f.). Powyższe regulacje ustawowe eliminują z rynku rehabilitacji leczniczej usługodawców niemających odpowiedniego wykształcenia, a tym samym ograniczają ryzyko zdrowotne dla pacjentów.

Ponadto należy pamiętać, że pacjenci mogą poprzez stronę Krajowej Izby Fizjoterapeutów łatwo sprawdzić, czy ich fizjoterapeuta ma prawo wykonywania zawodu, czy jest wpisany do Krajowego Rejestru Fizjoterapeutów (jawny rejestr prowadzony przez KIF). Na podstawie numeru prawa wykonywania zawodu każdy pacjent może sprawdzić także, jakie wykształcenie ma dany fizjoterapeuta.

Na bezpieczeństwo zdrowotne pacjentów powinno w sposób znaczący wpłynąć również podniesienie standardów/jakości kształcenia fizjoterapeutów. U.z.f. przewiduje nowy model kształcenia fizjoterapeutów. Kształcenie po 1 października 2017 r. obejmuje:

- jednolite 5-letnie studia wyższe w zakresie fizjoterapii zakoń-

- czone uzyskaniem tytułu magistra,
- odbycie 6-miesięcznej praktyki zawodowej,
- złożenie z wynikiem pozytywnym Państwowego Egzaminu Fizjoterapeutycznego (organizowanego przez Centrum Egzaminów Medycznych).

Reasumując, w rezultacie wejścia w życie u.z.f. oraz utworzenia pod koniec 2016 r. i rozpoczęcia działalności przez samorząd zawodowy fizjoterapeutów dostęp do udzielania świadczeń z zakresu rehabilitacji leczniczej i legalnego wykonywania zawodu fizjoterapeuty został ograniczony tylko do osób spełniających wymogi ustawowe i posiadających prawo wykonywania zawodu. Ponadto w przyszłości fizjoterapeuci będą musieli zdać państwowy egzamin zawodowy.

2. Zakres czynności zawodowych

Ustawa o zawodzie fizjoterapeuty nie zawiera typowej definicji legalnej pojęcia „fizjoterapeuta”. Wskazuje natomiast bezpośrednio na elementy (czynności) wchodzące w zakres wykonywania tego zawodu. Ustawa określa tym samym przedmiot – zakres wykonywania zawodu fizjoterapeuty. Wykonywanie zawodu fizjoterapeuty w świetle nowej ustawy polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych przez osobę mającą odpowiednie kwalifikacje i prawo wykonywania zawodu. Pojęcie świadczeń zdrowotnych zdefiniowane zostało w ustawie z 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej. Zgodnie z powyższą ustawą działalność lecznicza polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, a świadczenia zdrowotne są to działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Wykaz poszczególnych świadczeń zdrowotnych, do których wykonywania uprawniony jest fizjoterapeuta, tworzących zakres przedmiotowy dla tego zawodu zawiera art. 4 ust. 2 u.z.f. Zgodnie z tym artykułem wykonywanie zawodu fizjoterapeuty polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, w szczególności na:

- diagnostyce funkcjonalnej pacjenta,

- kwalifikowaniu, planowaniu i prowadzeniu fizykoterapii,
- kwalifikowaniu, planowaniu i prowadzeniu kinezyterapii,
- kwalifikowaniu, planowaniu i prowadzeniu masażu,
- zlecaniu wyrobów medycznych, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie ustawy z 12 maja 2011 roku o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych¹⁰,
- dobieraniu do potrzeb pacjenta wyrobów medycznych,
- nauczaniu pacjentów posługiwania się wyrobami medycznymi,
- prowadzeniu działalności fizjoprofilaktycznej, polegającej na popularyzowaniu zachowań prozdrowotnych oraz kształtowaniu i podtrzymywaniu sprawności i wydolności osób w różnym wieku w celu zapobiegania niepełnosprawności,
- wydawaniu opinii i orzeczeń odnośnie do stanu funkcjonalnego osób poddawanych fizjoterapii oraz przebiegu procesu fizjoterapii,
- nauczaniu pacjentów mechanizmów kompensacyjnych i adaptacji do zmienionego potencjału funkcji ciała i aktywności.

Z uwagi na przyjęty przez ustawodawcę zwrot w szczególności należy stwierdzić, iż powyższy wykaz czynności – świadczeń nie ma charakteru zamkniętego. Wyżej wymienionych świadczeń zdrowotnych może udzielać samodzielnie fizjoterapeuta posiadający odpowiedni tytuł (magistra, licencjata ewentualnie technika fizjoterapii) i doświadczenie zawodowe (np. co najmniej 3 letnie). I tak wszystkich wyżej wskazanych (tj. punkty od 1 do 10) świadczeń zdrowotnych może udzielać samodzielnie fizjoterapeuta posiadający tytuł:

- magistra uzyskany w sposób wskazany w ustawie (czyli osoba, która rozpoczęła po 1 października 2017 r. jednolite 5-letnie studia wyższe w zakresie fizjoterapii, obejmujące co najmniej 300 punktów ECTS oraz odbyła 6-miesięczną praktykę zawodową i uzyskała tytuł zawodowy magistra oraz złożyła Państwowy Egzamin Fizjoterapeutyczny z wynikiem pozytywnym),

10 Ustawa z 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (DzU 2015, poz. 345).

- magistra uzyskany w sposób wskazany w ustawie (art. 13 ust. Pkt. 2–7) oraz co najmniej 3-letnie doświadczenie w zawodzie fizjoterapeuty.

Podkreślić należy, że osoby posiadające tytuł licencjata lub technika mają zawężone uprawnienia w zakresie wykonywania wyżej wskazanych świadczeń zdrowotnych, nie mogą kwalifikować do fizykoterapii i kinezyterapii, zlecać wyrobów medycznych, wydawać opinii i orzeczeń dotyczących stanu funkcjonalnego osób poddawanych fizjoterapii oraz przebiegu procesu fizjoterapii.

Określenie normatywne zakresu czynności zawodowych ma istotne znaczenie dla wykonywania zawodu, a także dla odpowiedzialności prawnej fizjoterapeuty, powinno ono być jednak bardziej szczegółowe i jako takie wymaga wydania rozporządzenia wykonawczego do u.z.f. Na podstawie art. 4 ust. 7 u.z.f. minister zdrowia 27 czerwca 2018 roku wydał rozporządzenie w sprawie szczegółowego wykazu czynności zawodowych fizjoterapeuty¹¹. W załączniku do powyższego rozporządzenia znajduje się wykaz czynności zawodowych fizjoterapeuty w ramach poszczególnych zadań zawodowych i odpowiadający im poziom wykształcenia niezbędny do ich wykonywania. W przedmiotowym rozporządzeniu określono trzy poziomy wykształcenia fizjoterapeuty: podstawowy, rozszerzony i specjalistyczny.

3. Ustawowe standardy wykonywania zawodu

Zgodnie z regułą ogólną zawartą w art. 4 ust.1 u.z.f. fizjoterapeuta powinien wykonywać swój zawód zgodnie z należytą starannością, zgodnie z zasadami etyki zawodowej, poszanowaniem praw pacjenta, dbałością o jego bezpieczeństwo i wykorzystując wskazania aktualnej wiedzy medycznej. Podobna formuła ustawowa dotyczy pielęgniarek i lekarzy. Dla wykonywania zawodu fizjoterapeuty bardzo ważne są także zasady etyki

¹¹ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 27 czerwca 2018 r. w sprawie szczegółowego wykazu czynności zawodowych fizjoterapeuty (DzU 2018, poz. 1319).

zawodowej, samorząd zawodowy fizjoterapeutów (I Krajowy Zjazd Fizjoterapeutów) uchwalił zbiór zasad etyki zawodowej. Zasady etyki zawodowej fizjoterapeuty określone zostały Uchwałą nr 20/I KZF/2016 w sprawie „Zasad etyki zawodowej fizjoterapeuty”. Nieprzestrzeganie ich może być przesłanką ponoszenia odpowiedzialności zawodowej przez fizjoterapeutę.

Istotną częścią wykonywania zawodu fizjoterapeuty, a teraz również standardem ustawowym wynikającym z własnej pragmatyki zawodowej, jest obowiązek przestrzegania praw pacjenta. Podstawowym aktem prawnym regulującym prawa polskiego pacjenta jest ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (DzU 2017, poz. 1318) (u.p.p.). W polskim prawie nie ma definicji praw pacjenta. Należy przyjąć, że prawa pacjenta to zespół uprawnień przysługujących człowiekowi (pacjentowi) z tytułu korzystania ze świadczeń zdrowotnych lub ubiegania się o nie.

Do podstawowych ustawowych obowiązków fizjoterapeuty stanowiących korelat praw pacjenta należą:

- obowiązek informacyjny,
- obowiązek przestrzegania tajemnicy zawodowej,
- obowiązki w zakresie dokumentacji medycznej (art. 9 u.z.f.)¹².

Fizjoterapeuta jest zobowiązany informować pacjenta o jego prawach określonych w przepisach ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta.

Pacjent ma prawo do informacji o stanie swojego zdrowia (art. 9 u.p.p.). Fizjoterapeuta ma obowiązek udzielać informacji pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu albo osobie bliskiej (np. narzeczonej) lub opiekunowi faktycznemu w zakresie niezbędnym do udzielanych przez siebie świadczeń zdrowotnych (np. o postępach w usprawnianiu pacjenta).

Fizjoterapeutów obowiązuje, podobnie jak inne zawody medyczne, tajemnica zawodowa. Obecnie obowiązek powyższy wynika wprost z ustawy o zawodzie fizjoterapeuty. Każdy fizjoterapeuta jest zobowiązany zachowywać w tajemnicy informacje związane z pacjentem, uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu (tajemnica zawodowa). Tajemnica

12 Szerzej o realizacji przez fizjoterapeutę praw pacjenta i odpowiedzialności za ich nieprzestrzeganie zob. w: M. Paszkowska, *Prawo dla fizjoterapeutów...*, rozdz. 3 i 6.

obejmuje zarówno informacje pisemne, jak i ustne. Fizjoterapeuci są związani tajemnicą zawodową również po śmierci pacjenta.

Ponadto do ustawowych obowiązków fizjoterapeuty należy prowadzenie dokumentacji medycznej na zasadach określonych w adekwatnych przepisach. Obecnie przepisy te są zawarte przede wszystkim w rozdziale 7 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta¹³, a także w wydanym na jej podstawie rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania¹⁴.

Poza prowadzeniem dokumentacji medycznej zgodnie z przepisami do ustawowych obowiązków fizjoterapeuty należy także udostępnianie dokumentacji medycznej uprawnionym osobom (tj. pacjentowi/przedstawicielowi ustawowemu) i organom (takim jak sąd, organ rentowy).

Od 31 maja 2016 roku istnieją bezpośrednio określone ustawowe standardy wykonywania zawodu fizjoterapeuty, które należy realizować w praktyce. W większości stanowią one korelat praw pacjenta i zbliżone są w swej treści przedmiotowej do innych zawodów medycznych (szczególnie do zawodu pielęgniarki) mających swoje pragmatyki zawodowe (ustawy). Nowe przepisy należy ocenić pozytywnie zarówno w aspekcie fizjoterapeutów, jak i pacjentów. Wiążą się one jednak z nowymi obowiązkami i większą odpowiedzialnością dla fizjoterapeutów.

W nowej ustawie zabrakło jeszcze bezpośredniego uregulowania kwestii zgody pacjenta na świadczenia zdrowotne udzielane przez fizjoterapeutów, a także uregulowania pozwalającego w sytuacjach wyjątkowych na legalne udzielanie świadczeń bez zgody pacjenta (np. rehabilitacja pacjenta w śpiączce, który sam nie może udzielić świadomej zgody na świadczenia zdrowotne, a nie ma przedstawiciela ustawowego).

13 Ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (DzU 2017, poz. 1318).

14 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (DzU 2015, poz. 2069).

4. Samorząd zawodowy fizjoterapeutów

Samorząd to forma zaspokajania potrzeb zbiorowych określonej społeczności przez nią samą lub wyłonionych przez nią przedstawicieli. Samorząd jest formą decentralizacji administracji. Możliwość kreowania przez ustawodawcę różnych form samorządów została dopuszczona w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. Art. 17 Konstytucji stanowi, iż w drodze ustawy można tworzyć samorzady zawodowe reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytych wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Samorząd zawodowy z reguły ustawodawca przyznaje tylko niektórym grupom zawodowym. Są to zawody określone jako wolne albo też jako zawody zaufania publicznego. Do tych zawodów można zaliczyć m.in. zawody medyczne. W świetle obowiązującego ustawodawstwa samorząd zawodowy w Polsce posiadało do niedawna sześć następujących zawodów medycznych: lekarze i lekarze dentyści, pielęgniarki i położne, farmaceuci i diagnostki laboratoryjni. Ustawa o zawodzie fizjoterapeuty z 25 września 2015 r.¹⁵ po raz pierwszy w Polsce powołuje do życia samorząd zawodowy fizjoterapeutów. Ustawa powyższa określa organizację i zadania samorządu zawodowego fizjoterapeutów, a także prawa i obowiązki jego członków. Samorząd zawodowy fizjoterapeutów funkcjonuje w praktyce od końca roku 2016.

Samorząd zawodowy fizjoterapeutów reprezentuje osoby wykonujące zawód fizjoterapeuty oraz sprawuje pieczę nad należytych wykonywaniem tego zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (art. 3 u.z.f.). Samorząd jest niezależny w wykonywaniu swoich zadań i podlega wyłącznie przepisom ustawy. Nadzór nad działalnością samorządu sprawuje minister zdrowia. Zgodnie z u.z.f. przynależność fizjoterapeutów do samorządu jest obowiązkowa. Jednostką organizacyjną samorządu, posiadającą osobowość prawną, jest Krajowa Izba Fizjoterapeutów (KIF). KIF tworzą fizjoterapeuci wpisani do Krajowego Rejestru Fizjoterapeutów. Członkowie samorządu zawodowego fizjoterapeutów mają prawo: wybierać i być wybierani do organów KIF, korzystać z pomocy KIF w zakresie pod-

15 DzU 2015, poz. 1994.

noszenia kwalifikacji zawodowych oraz ochrony właściwych warunków wykonywania zawodu, korzystać z ochrony i pomocy prawnej KIF, korzystać z innych świadczeń KIF i działalności samopomocowej. Są zobowiązani: postępować zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz zasadami wykonywania zawodu oraz kodeksem deontologii zawodowej, sumiennie wykonywać obowiązki zawodowe, przestrzegać uchwał organów KIF, regularnie opłacać składki członkowskie, aktualizować dane w Krajowym Rejestrze Fizjoterapeutów (art.63 u.z.f.). Fizjoterapeuci powinni przestrzegać przede wszystkim ustawy o zwodzie fizjoterapeuty, ustawy o działalności leczniczej oraz ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Jednostką organizacyjną samorządu fizjoterapeutów jest, jak wcześniej wspomniano, Krajowa Izba Fizjoterapeutów z siedzibą w Warszawie. Do zadań samorządu zawodowego fizjoterapeutów należy w szczególności:

- sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu fizjoterapeuty,
- reprezentowanie fizjoterapeutów,
- działanie na rzecz stałego podnoszenia kwalifikacji zawodowych przez fizjoterapeutów,
- ustalanie oraz aktualizacja standardów lub wytycznych w fizjoterapii,
- edukacja zdrowotna i promocja zdrowia,
- ustanawianie zasad etyki zawodowej i dbanie o jej przestrzeganie,
- obrona godności zawodowej (art. 62 ust.1 u.z.f.).

Samorząd wykonuje swoje zadania w szczególności przez: stwierdzanie i przyznawanie prawa wykonywania zawodu, prowadzenie rejestrów na podstawie przepisów ustawy, opiniowanie i wnioskowanie w sprawach kształcenia zawodowego, opiniowanie projektów aktów normatywnych w zakresie dotyczącym ochrony zdrowia i zasad organizacji opieki zdrowotnej, orzekanie w zakresie odpowiedzialności zawodowej, prowadzenie działalności edukacyjnej, naukowej lub badawczej, organizowanie i prowadzenie instytucji samopomocowych i innych form pomocy materialnej dla fizjoterapeutów, uznawanie kwalifikacji fizjoterapeutów zamierzających wykonywać zawód na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Jednym ze szczegółowych ustawowych oraz tradycyjnych zadań

samorządu zawodowego jest prowadzenie postępowań w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej swoich członków. Na podstawie art. 85 ustawy o zawodzie fizjoterapeuty członkowie samorządu podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki zawodowej lub przepisów dotyczących wykonywania zawodu, zwane przewinieniem zawodowym. Sprawy w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej rozpoznają: Sąd Dyscyplinarny i Wyższy Sąd Dyscyplinarny. Sąd Dyscyplinarny może orzec następujące kary:

- upomnienie,
- naganę,
- karę pieniężną,
- zakaz pełnienia funkcji kierowniczych w podmiotach leczniczych na okres od 1 roku do 5 lat,
- zakaz pełnienia funkcji z wyboru w organach samorządu na okres od 1 roku do 5 lat,
- ograniczenie zakresu czynności w wykonywaniu zawodu na okres od 6 miesięcy do 2 lat,
- zawieszenie prawa wykonywania zawodu na okres od 1 roku do 5 lat,
- pozbawienie prawa wykonywania zawodu (art. 108 u.z.f.).

Krajowa Rada Fizjoterapeutów prowadzi rejestr ukaranych fizjoterapeutów, w którym dokonuje się wpisu o ukaraniu. Rejestr jest jawny dla osób, które wykażą interes prawny.

KIF jest uprawniona także do kontroli fizjoterapeutów w celu oceny wykonywania zawodu przez fizjoterapeutę (art. 10 u.z.f.). Kontrola jest przeprowadzana przez fizjoterapeutów upoważnionych przez Krajową Radę Fizjoterapeutów. Jeżeli w wystąpieniu pokontrolnym stwierdzono postępowanie sprzeczne z zasadami etyki zawodowej lub zawinione naruszenie przepisów dotyczących wykonywania zawodu fizjoterapeuty, Krajowa Rada Fizjoterapeutów powiadamia rzeczownika.

Przerwa w wykonywaniu zawodu fizjoterapeuty, podobnie jak w innych zawodach medycznych, jest związana z ustawowym obowiązkiem przeszkolenia. Zgodnie z art. 11 u.z.f. fizjoterapeuta, który nie wykonuje zawodu łącznie przez okres dłuższy niż 5 lat w okresie ostatnich 6 lat, a zamierza podjąć jego wykonywanie, ma obowiązek zawiadomić o tym

Krajową Radę Fizjoterapeutów i odbyć trwające nie dłużej niż 6 miesięcy przeszkolenie pod nadzorem fizjoterapeuty z tytułem magistra i 5-letnim stażem pracy lub z tytułem specjalisty w dziedzinie fizjoterapii.

Jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie całkowitej albo częściowej niezdolności fizjoterapeuty do wykonywania zawodu spowodowanej jego stanem zdrowia, Krajowa Rada Fizjoterapeutów powołuje komisję lekarską złożoną ze specjalistów odpowiednich dziedzin medycyny (art. 12 u.z.f). Komisja wydaje orzeczenie w przedmiocie niezdolności fizjoterapeuty do wykonywania zawodu. Fizjoterapeuta, którego sprawa dotyczy, jest obowiązany do stawienia się przed komisją. Krajowa Rada Fizjoterapeutów na podstawie orzeczenia komisji podejmuje uchwałę o zawieszeniu prawa wykonywania zawodu na okres trwania niezdolności do wykonywania zawodu albo o ograniczeniu wykonywania określonych czynności zawodowych na okres trwania niezdolności do wykonywania zawodu.

Ustawa o zawodzie fizjoterapeuty przewiduje jeszcze specyficzny mechanizm kontroli pracy fizjoterapeutów. Zgodnie z art. 8 przedmiotowej ustawy, jeżeli osoba wykonująca zawód medyczny stwierdziła naruszenie zasad wykonywania zawodu fizjoterapeuty, jest obowiązana niezwłocznie przekazać swoje uwagi osobie naruszającej zasady wykonywania zawodu. W przypadku gdy powyższe działanie okaże się nieskuteczne, a dalsze naruszanie zasad wykonywania zawodu fizjoterapeuty może prowadzić do zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta, osoba wykonująca zawód medyczny niezwłocznie zawiadamia o tym bezpośredniego przełożonego oraz rzecznika dyscyplinarnego.

Organizacja samorządu fizjoterapeutów jest wzorowana na innych samorządach zawodów medycznych w Polsce. Samorząd powinien wpłynąć pozytywnie na profesjonalizację zawodu fizjoterapeuty, a tym samym na bezpieczeństwo pacjentów.

Wnioski

Polscy fizjoterapeuci po wielu latach starań doczekali się własnej ustawy – pragmatyki zawodowej. Do instrumentów prawnych zawartych w u.z.f. wpływających na zmniejszenie ryzyka dla zdrowia i zwiększenie

bezpieczeństwa zdrowotnego pacjentów korzystających z usług fizjoterapeutów należą:

- bezwzględny wymóg posiadania prawa wykonywania zawodu (PWZF) przez osoby udzielające świadczeń rehabilitacji leczniczej (w rezultacie nastąpi uporządkowanie rynku świadczeniodawców z zakresu rehabilitacji leczniczej) od 1 czerwca 2018 r.,
- wprowadzenie nowego modelu kształcenia fizjoterapeutów (5-letnie studia magisterskie, praktyka zawodowa i egzamin państwowy) od 1 października 2017 r.,
- określenie normatywne zakresu czynności zawodowych fizjoterapeuty (ogólne w u.z.f., szczegółowe w rozporządzeniu wykonawczym),
- wprowadzenie obowiązków (ustawowych standardów wykonywania zawodu) wobec pacjenta (określono bezpośrednio obowiązki w zakresie przestrzegania i realizacji praw pacjenta),
- ustanowienie możliwości legalnej odmowy wykonania zlecenia lekarskiego (ma to istotne znaczenie dla bezpieczeństwa zdrowotnego pacjenta w przypadku przeciwwskazań do zabiegu nieuwzględnionych przez lekarza zlecającego zabieg),
- nadzór samorządu zawodowego (KIF) nad wykonywaniem zawodu, w tym możliwość kontroli fizjoterapeutów,
- ustanowienie możliwości ponoszenia odpowiedzialności zawodowej przez fizjoterapeutów (ustawowe określenie przesłanek i trybu postępowania w sprawie odpowiedzialności zawodowej, a także sankcji za przewinienia zawodowe).

Instrumentami wzmacniającymi ochronę pacjentów są także przepisy karne zawarte w ustawie o zawodzie fizjoterapeuty. Przed wszystkim zgodnie z art. 136 u.z.f., kto bez wymaganych uprawnień udziela świadczeń z zakresu fizjoterapii, podlega grzywnie, ponadto na podstawie art. 138 podlega karze grzywny także ten, kto bez wymaganych uprawnień posługuje się tytułem zawodowym fizjoterapeuty. Poza tym art. 139 u.z.f. stanowi, że ten, kto dopuszcza do udzielania świadczeń z zakresu fizjoterapii osobę nieposiadającą prawa wykonywania zawodu wymaganego do udzielania tych świadczeń, podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny.

Ustawowe uregulowanie wykonywania zawodu fizjoterapeuty należy uznać za bardzo potrzebne i ocenić pozytywnie. Przede wszystkim ustawa ureguje rynek usług rehabilitacyjnych w sektorze prywatnym oraz wprowadza korzystne dla pacjentów standardy prawne wykonywania zawodu (obowiązki). Wskazane w artykule regulacje ustawowe mają charakter ochronny i ograniczają ryzyko zdarzeń niepożądanych dla pacjentów korzystających z fizjoterapii.

Wejście w życie ustawy o zawodzie fizjoterapeuty w istotny sposób wpływa na poprawę jakości usług i bezpieczeństwa zdrowotnego pacjentów, w szczególności poprzez profesjonalizację zawodu fizjoterapeuty, w tym obowiązek posiadania PWZF oraz wprowadzenie standardów jego wykonywania, a także kontrolę samorządu zawodowego. Ryzyka dla pacjentów przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych nie można całkowicie wyeliminować, ale można za pomocą instrumentów prawnych je ograniczyć.

Bibliografia

Dega W. i in., *Ortopedia i rehabilitacja*, t. 1, PZWL, Warszawa 1983.

Kwolek A., *Rehabilitacja medyczna*, Elsevier Urban & Partner, Wrocław 2004.

Paszkowska M., *Prawo dla fizjoterapeutów*, Difin, Warszawa 2016.

Akty prawne

Ustawa z 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej (tekst jedn. DzU 2007, nr 226, poz.1675).

Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (DzU 1997, nr 88, poz. 553, ze zm.).

Ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1318).

Ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. DzU 2018, poz. 160).

Ustawa z 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (tekst jedn. DzU 2015, poz. 345).

Ustawa z 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (DzU 2015, poz. 1994 ze zm.).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 6 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu rehabilitacji leczniczej (DzU 2013, poz.1522 ze zm.).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 9 listopada 2015 roku w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (DzU 2015, poz. 2069).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 27 czerwca 2018 r. w sprawie szczegółowego wykazu czynności zawodowych fizjoterapeuty (DzU 2018, poz. 1319).

Mgr Sylwia Banaś-Mazur
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie

Mechanizmy regulacji cywilizacyjnych zjawisk zdrowotnych na przykładzie ustawy o zdrowiu publicznym

Abstrakt

Postęp cywilizacyjny powoduje pojawianie się coraz większego ryzyka zdrowotnego, a zadaniem państwa jest tworzenie sprawnych mechanizmów regulujących to ryzyko. W 2015 roku została uchwalona ustawa o zdrowiu publicznym, która miała na celu systemowe uregulowanie tej kwestii. Ustawa uregulowała zakres zadań zdrowia publicznego, wskazała organy i instytucje, które są odpowiedzialne za ich realizację, oraz dała podstawy prawne do powstania dokumentu strategicznego – Narodowego Programu Zdrowia. Artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, czy cel przyświecający ustawodawcy został zrealizowany.

Słowa kluczowe: zdrowie publiczne, polityka zdrowotna, ryzyko zdrowotne

Wprowadzenie

Ryzyko zdrowotne towarzyszy każdemu człowiekowi i całej populacji. Wraz z rozwojem cywilizacyjnym rośnie obciążenie chorobami cywilizacyjnymi, które są spowodowane głównie niewłaściwym stylem życia. Prawo do ochrony zdrowia to podstawowe prawo każdego człowieka i obywatela. We współczesnym świecie szczególny obowiązek został nałożony na instytucje państwowe w zakresie stworzenia sprawnego systemu zdrowotnego. System ten musi odpowiadać na potrzeby zdrowotne jednostki oraz całego społeczeństwa. Zdrowie społeczeństwa jako całości to zdrowie publiczne. Jako element polityki zdrowotnej ochrona zdrowia publicznego ma za zadanie przeniesienie ciężaru z medycyny leczniczej i rehabilitacyjnej w kierunku medycyny prewencyjnej, promocji zdrowia i edukacji zdrowotnej. Taki też jest cel ustawy o zdrowiu publicznym, której szerszy kontekst zostanie przeanalizowany w niniejszym opracowaniu. Ustawa „stawia sobie za cel stworzenie systemu prowadzenia spójnej polityki zdrowia publicznego”. Postaram się odpowiedzieć na pytanie czy cel ten został zrealizowany. W uzasadnieniu ustawy znajduje się również opis rezultatów jej wprowadzenia oraz związanego z nią Narodowego Programu Zdrowia. Są to cele długookresowe, dotyczące zmian w zdrowiu społeczeństwa, trudne w tym momencie do oceny, w związku z czym w artykule nie będzie dokonywana ich analiza ani ocena.

1. Istota zdrowia publicznego

1.1. Zdrowie i jego uwarunkowania

Już w starożytności podkreślano wagę zdrowia, które poza dobrem pacjenta stanowiło wyznacznik właściwego modelu opieki zdrowotnej. Zgodnie z definicją Światowej Organizacji Zdrowia (*World Health Organization*, WHO) zdrowie to „stan zupełnej pomyślności fizycznej, psychicznej i społecznej, a nie jedynie brak choroby lub ułomności”¹. Definicja ta ujmuje zdrowie w sposób holistyczny – całościowy, w związku z czym jego ochrona musi być wieloaspektowa, powinna obejmować nie tylko leczenie, lecz także wdrażanie działań profilaktycznych², promocję zdrowia³ oraz edukację zdrowotną⁴. Należy podkreślić, że jest to definicja pozytywna, gdyż definiuje zdrowie, a nie chorobę. Stanowi wyraz globalnego i kompleksowego pojmowania zdrowia. Fakt ten skłania do szukania bardziej precyzyjnej definicji zdrowia. W opracowaniach z zakresu zdrowia publicznego można znaleźć różne pozytywne definicje zdrowia. Między innymi takie jak:

- „zdolność do normalnego funkcjonowania organizmu, mająca na względzie wszystkie jego organy i funkcje,
- zdolność do adaptacji w zmieniającym się środowisku,
- pewien potencjał fizyczny i psychiczny, dający możliwość roz-

1 Treść definicji według oficjalnego tłumaczenia Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia (DzU 1948, nr 61, poz. 477).

2 Profilaktyka (prewencja) są to różnorodne działania, których celem jest zapobieganie konkretnym chorobom i zaburzeniom oraz ich skutkom. Profilaktyka stanowi jeden z filarów współczesnej medycyny, gdyż poza zapobieganiem chorobom dąży również do ich wykrywania we wczesnych stadiach przez przeprowadzanie masowych badań profilaktycznych (J. Bulska, *Zagrożenia zdrowia chorobami cywilizacyjnymi*, Impuls, Kraków 2008, s. 160).

3 Promocja zdrowia w szerszym ujęciu jest procesem skierowanym do osób zdrowych. W jej skład wchodzi działania podnoszące i umacniające zdrowie, prewencja pierwotna. Jej główny cel stanowi zapobieganie chorobom. W takim kontekście promocja zdrowia obejmuje dwa rodzaje zachowań ukierunkowanych na cele zdrowotne: zachowania promujące zdrowie oraz zachowania ochraniające zdrowie (A. Litwiejko, *Podstawy zdrowia publicznego w aspekcie prawno-społecznym*, Atut, Wrocław 2010, s. 26–29).

4 Edukację zdrowotną możemy charakteryzować, jako proces, w trakcie, którego ludzie uczą się dbać o zdrowie własne i innych ludzi. Sprowadza się ona do świadomego uczenia się, jak dokonać pozytywnych zmian w swoim zachowaniu. Dążeniem edukacji zdrowotnej jest poprawa i ochrona zdrowia w: A. Litwiejko, *Podstawy zdrowia publicznego...*, s. 29–30.

- wijania aktywności,
- wyraz równowagi i harmonii możliwości fizycznych, psychicznych i społecznych osoby ludzkiej”⁵.

Zdrowie jest determinowane przez wiele czynników różnorodnej natury. W latach siedemdziesiątych XX wieku kanadyjski minister zdrowia Marc Lalonde rozpowszechnił koncepcję tzw. pól zdrowia. Jego zdaniem, całokształt aktywności społecznej na rzecz ochrony zdrowia da się sprowadzić do czterech sfer, jakimi są czynniki genetyczne, środowiskowe, zachowania jednostki, czyli styl życia, oraz system opieki zdrowotnej⁶. W badaniach nie określono wprost, jaki jest udział danego czynnika w kształtowaniu zdrowia Kanadyjczyków. Kolejni badacze starali się oszacować wpływ poszczególnych czynników na redukcję umieralności, m.in. Bernhard Badura przyjął, że możliwa do redukcji umieralność jest w 20% efektem biologii człowieka, 20% środowiska, 50% stylu życia, a tylko w 10% zależy od opieki zdrowotnej⁷. W raporcie dotyczącym zdrowia przygotowanym przez Bank Światowy podkreślono, iż stan zdrowia stanowi wypadkową dwóch głównych czynników – stanu zamożności i wykształcenia⁸. Styl życia zależy w 100% od człowieka, jednocześnie aspekt ten ma największy wpływ na jego zdrowie. Rodzi to potrzebę odpowiedzialności każdego człowieka za własne zdrowie⁹. Warto podkreślić jednak, że największe nakłady finansowe przekazywane są na medycynę naprawczą, na leczenie i rehabilitację. Niestety nie są one adekwatne do ich potencjalnego wpływu na rzeczywisty stan zdrowia populacji. Coraz większą uwagę należy zwracać na kształtowanie prozdrowotnych i proekologicznych stylów życia. Profilaktyka, edukacja zdrowotna i promocja zdrowia pochłaniają

5 C. Włodarczyk, S. Poździuch, *Pojęcie i zakres zdrowia publicznego*, [w:] A. Czupryna, S. Poździuch, A. Ryś, W.C. Włodarczyk (red.), *Zdrowie publiczne wybrane zagadnienia*, t. 1, Vesalius, Kraków 2000, s. 16.

6 M. Lalonde, *A new perspective on the Health of Canadians – a working document*, Ministry of Supply and Services, Ottawa 1974, s. 31.

7 M.J. Wysocki, M. Miller, *Nowe zdrowie publiczne w perspektywie ostatnich 30 lat*, „Zdrowie Publiczne” 113/2003, nr 1-2, s. 4 [za:] B. Badura, *What is and what determines Health*, [w:] U. Iasser U.E. de Leeuw, Ch. Stock (red.), *Scientific Foundations for Public Health Policy in Europe*, Juventa Verlag, Monachium 1995.

8 C. Włodarczyk, S. Poździuch, *Pojęcie i zakres zdrowia publicznego*, [w:] A. Czupryna, S. Poździuch, A. Ryś, W.C. Włodarczyk (red.), *Zdrowie publiczne...*, s. 18–19. [Za:] *World Development Report 1993. Investing in Health*, Published for World Bank, Oxford University Press, Oxford 1998.

9 C. Włodarczyk, S. Poździuch, *Pojęcie i zakres zdrowia publicznego...*, s. 18.

zdecydowanie mniejsze nakłady finansowe, a ich wpływ na realną poprawę stanu zdrowia jest znacznie większy.

Ryzyko to pojęcie wieloznaczne i złożone, dlatego trudno podać jedną jego definicję. Jest ono zjawiskiem stale towarzyszącym ludzkim działaniom, głównie innowacyjnym. Ryzyko determinuje sytuacje korzystne oraz niepożądane, a jego skutki mają wymierny wpływ na rezultat naszych działań. Wszyscy jesteśmy na nie stale narażeni. Potrafimy rozpoznawać potencjalne zagrożenia oraz ich unikać, czyli minimalizować ryzyko. Nie jesteśmy jednak w stanie całkowicie go wyeliminować. Często obok pojęcia ryzyka spotykamy pojęcie niepewności. Niepewność wiąże się z brakiem pewności, względnie brakiem bezpieczeństwa¹⁰. Kenneth Joseph Arrow zwrócił uwagę, że podstawową cechą ochrony zdrowia jest niepewność i ryzyko związane zarówno z częstością oraz stopniem zachorowania, jak i efektywnością leczenia. Pacjenci nie postępują w taki sam sposób jak konsumenci innych dóbr, a lekarze nie zachowują się jak przedsiębiorcy. Jako pacjenci nie jesteśmy w stanie przewidzieć naszych potrzeb w zakresie korzystania z opieki zdrowotnej ani tego, jakie poniesiemy koszty¹¹. Rozwój cywilizacji jest uważany za zjawisko pozytywne, wraz z nim zwiększa się długość życia oraz rośnie jego jakość. Pociąga on również za sobą skutki niekorzystnie oddziaływujące na zdrowie. Wydaje się, że postęp, głównie naukowy, powinien minimalizować ryzyko, niestety jednak, szczególnie w obszarze zdrowia, może powodować jego wzrost.

Choroby cywilizacyjne są schorzeniami, które zaczęły się pojawiać w okresie intensywnego uprzemysławiania i urbanizacji. W wyniku tych procesów znacząco poprawiły się warunki bytu i odżywianie. Choroby cywilizacyjne mają związek ze zmianami w życiu społecznym oraz przekształcaniem struktury demograficznej (starzenie się społeczeństwa). „Zgodnie z obliczeniami WHO, są one przyczyną 70–80% zgonów w krajach gospodarczo rozwiniętych oraz 40–50% zgonów w krajach rozwijających się”¹². Do najczęstszych chorób cywilizacyjnych należą choroby układu sercowo-naczyniowego, nowotwory, choroby układu oddechowego, cukrzyca oraz choroby psychiczne. Na ich pojawienie się wpływają różne

10 *Słownik języka polskiego*, (red.) M. Szymczak, t. 2, PWN, Warszawa 1988, s. 347.

11 K.J. Arrow, *Lecznictwo z punktu widzenia niepewności i ekonomii dobrobytu*, [w:] *Eseje z teorii ryzyka*, PWN, Warszawa 1979, s. 181–215.

12 A. Stefanowicz, *Profilaktyka chorób cywilizacyjnych i społecznych*, [w:] T.B. Kulik, A. Pacian, *Zdrowie publiczne*, PZWL, Warszawa 2014, s. 123–124.

czynniki ryzyka: palenie wyrobów tytoniowych, nadmierne spożycie alkoholu, nieprawidłowa dieta i związana z nią nadwaga i otyłość oraz niewystarczająca aktywność fizyczna¹³. Koszty chorób cywilizacyjnych wynoszą miliardy złotych rocznie, co znacznie przekracza wydatki przeznaczane na ich zapobieganie¹⁴. W celu zapobiegania tym chorobom konieczne jest wdrażanie działań mających na celu zmniejszenie skali występowania głównych czynników ryzyka, wczesne ich wykrywanie oraz kształtowanie właściwych zachowań prozdrowotnych. Problem polskiego systemu opieki zdrowotnej stanowi niska świadomość zdrowotna społeczeństwa oraz niska wykrywalność chorób w zaawansowanych stadiach rozwojowych, co zmniejsza szanse na ich skuteczne wyleczenie¹⁵. Dlatego tak ważne jest ukierunkowanie działań w stronę profilaktyki i promocji zdrowia.

1.2. Zdrowie publiczne

Definicja przyjęta przez Światową Organizację Zdrowia stanowi, iż zdrowie publiczne to „nauka i sztuka zapobiegania chorobom, przedłużania życia i promocji zdrowia poprzez zorganizowany wysiłek społeczeństwa”¹⁶. Możemy wyróżnić zdrowie jednostkowe (dotyczące konkretnej

13 W raporcie WHO dotyczącym chorób niezakaźnych (*noncommunicable diseases*, NCD) stwierdzono, iż na świecie w 2014 r. główną przyczyną zgonów wywołanych tymi chorobami były choroby sercowo-naczyniowe (17,5 mln osób, czyli 46,2% zgonów NCD), nowotwory (8,2 mln, czyli 21,7% zgonów NCD), choroby układu oddechowego, w tym astma i przełknięta obturacyjna choroba płuc, (4,0 mln, czyli 10,7% zgonów NCD) oraz cukrzyca (1,5 mln, czyli 4% zgonów NCD). Te cztery grupy schorzeń są odpowiedzialne za 82% zgonów w wyniku chorób niezakaźnych (*Global status report on noncommunicable diseases 2014*, „Światowa Organizacja Zdrowia” 2014, s. 9).

14 W Polsce w 2010 r. łączne koszty schorzeń w wyniosły 149,54 mld zł, z czego 62% (92,89 mld zł) stanowiły koszty utraconej produktywności (pośrednie), a 38% (56,64 mld zł) koszty świadczeń zdrowotnych (bezpośrednie). Łączny koszt utraconej produktywności z powodu najczęściej występujących chorób cywilizacyjnych wynosił w 2010 r. prawie 50 mld zł (*Krajowe ramy strategiczne. Policy paper dla ochrony zdrowia na lata 2014–2020*, Ministerstwo Zdrowia, Warszawa 2015, s. 16).

15 *Krajowe ramy strategiczne...*, s. 39.

16 “Public Health: an organized effort by society, primarily through its public institutions, to improve, promote, protect and restore the health of the population through collective action. It includes services such as health situation analysis, health surveillance, health promotion, prevention, infectious disease control, environmental protection and sanitation, disaster and health emergency preparedness and response, and occupational health, among others” (http://www.who.int/healthsystems/hss_glossary/en/index8.html (dostęp: 17.10.2016)).

osoby) oraz zdrowie zbiorowości (grupy, wspólnoty, narodu). Rozróżnienie tych terminów ma istotne znaczenie w rozróżnieniu działań nakierowanych na zdrowie jednostki, którym zajmuje się m.in. medycyna lecznicza, a zdrowiem publicznym, które oscyluje wokół działań na rzecz zdrowia całego społeczeństwa. Ta dwoistość działania wzajemnie się dopełnia. Widać również postępujące zmiany proporcji między tymi dwoma aspektami zdrowia¹⁷.

Klasyczna definicja zdrowia publicznego została sformułowana w 1920 r. przez profesora zdrowia publicznego na Uniwersytecie Yale Charles-Edward Amory Winslowa. Termin ten w swojej pierwotnej wersji brzmiał następująco: „Zdrowie publiczne jest nauką i sztuką zapobiegania chorobom, przedłużania życia i promocji zdrowia przez zorganizowane wysiłki społeczeństwa wyrażające się w działaniach na rzecz higieny środowiska, zwalczania chorób zakaźnych, nauczania zasad higieny indywidualnej, organizację służb medycznych i pielęgniarских ukierunkowanych na wczesne rozpoznawanie chorób i skuteczne zapobieganie ich rozwojowi oraz utrwalanie mechanizmów społecznych zapewniających każdemu poziom bytowania umożliwiający utrzymanie zdrowia i długotrwałe życie”¹⁸. Zdrowie publiczne można podzielić na trzy obszary. Pierwszy z nich reprezentuje część wiedzy biomedycznej, która może być wykorzystywana przez indywidualnych lekarzy, w celu identyfikacji czynników ryzyka utraty zdrowia i rozpatrywaniu potrzeb zdrowotnych indywidualnych pacjentów. Drugi obszar wiedzy biomedycznej stanowią zagadnienia, które są stosowane w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb zdrowotnych społeczeństwa przez lekarzy zajmujących się zdrowiem publicznym. Zaliczyć można do nich działania związane ze sprawnym funkcjonowaniem nadzoru epidemiologicznego i szczepienia ochronne. Trzeci obszar obejmuje tę część wiedzy, która rozwinęła się w zakresie innych dyscyplin naukowych, zaczynając od nauk biologicznych poprzez nauki techniczne, na społecznych kończąc. Obszary te są wykorzystywane w celu poprawy warunków zdrowotnych ogółu społeczeństwa. Przez termin „warunki zdrowotne” należy rozumieć sprawy obejmujące wykształcenie, zatrudnienie, warunki mieszka-

17 C. Włodarczyk, S. Poździoch, *Pojęcie i zakres zdrowia publicznego*, [w:] A. Czupryna, S. Poździoch, A. Ryś, W.C. Włodarczyk (red.), *Zdrowie publiczne...*, s. 13–14.

18 M.J. Wysocki, M. Miller, *Nowe zdrowie publiczne w perspektywie ostatnich 30 lat*, „Zdrowie Publiczne” 113/2003, nr 1-2, s. 3-7. [Za:] T.H. Tulchinsky, E.A. Varavikova, *The new public health*, Academic Press, New York 2000.

niowe, transport i komunikację, wypoczynek i rozrywki, ubezpieczenia społeczne i swobody obywatelskie. Jest to poza lekarski system działań na rzecz zdrowia ogółu ludności¹⁹.

Ochrona zdrowia w zakresie zdrowia publicznego powinna przejawiać się w urzeczywistnianiu zintegrowanych działań obejmujących określenie, pomiar i analizę problemów zdrowotnych, następnie określenie priorytetów oraz ewaluację podejmowanych aktywności. Strategia taka wymaga zaangażowania indywidualnego i wysiłku zespołowego, wsparcia na różnych płaszczyznach – w sferze socjalnej, edukacyjnej, ekonomicznej, politycznej i prawnej. Ochrona zdrowia obejmuje różne aspekty zdrowia zarówno jednostki, jak i zbiorowości. W zakresie zdrowia publicznego dotyczy działań podtrzymujących i promujących zdrowie, rozwiązywanie problemów i trudności z zakresu chorób, inwalidztwa czy niepełnosprawności. Ochrona zdrowia stanowi integralny element polityki społeczno-ekonomicznej państwa²⁰. Z powyższych rozważań wynika jednoznacznie, że w ramach systemu ochrony zdrowia muszą funkcjonować dwa działy. Pierwszy, dotyczący indywidualnej opieki zdrowotnej, jest zadaniem służb medycznych, drugi, dotyczący zbiorowej ochrony zdrowia – służb zdrowia publicznego²¹.

2. Prawo ochrony zdrowia w Rzeczypospolitej Polskiej

Na znaczenie prawa do ochrony zdrowia wskazuje umieszczenie tego zagadnienia w normach rangi konstytucyjnej. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.²² jako ustawa zasadnicza jest punktem wyjścia do wprowadzania rozważań ustawowych składających się na system opieki zdrowotnej²³. Konstytucja zapewnia prawną ochronę życia i zdro-

19 J. Leowski, *Polityka zdrowotna a zdrowie publiczne*, CeDeWu, Warszawa 2008, s. 17–18.

20 C. Włodarczyk, S. Poździoch, *Pojęcie i zakres zdrowia publicznego*, [w:] A. Czupryna, S. Poździoch, A. Ryś, W.C. Włodarczyk (red.), *Zdrowie publiczne...*, s. 20.

21 A. Litwiejko, *Podstawy zdrowia publicznego...*, s. 68.

22 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (DzU 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

23 J. Jończyk, *Publiczna opieka zdrowotna*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 1, s. 13.

wia²⁴. W przepisach zawartych w Konstytucji termin „ochrona zdrowia” zawiera w sobie różnorodne zadania władz publicznych dotyczące zapewnienia opieki zdrowotnej, promocji zdrowia, zwalczania chorób epidemicznych oraz zapobiegania degradacji środowiska²⁵. Podstawowym przepisem regulującym ochronę zdrowia w Polsce jest art. 68 Konstytucji. Przepis ten łączy się bezpośrednio z art. 30 i art. 38 Konstytucji. Jest to często podkreślane w orzecznictwie i doktrynie. W uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7 stycznia 2004 roku stwierdzono: „Ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka. Prawo do ochrony zdrowia to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone”²⁶.

Zapisy konstytucyjne dotyczące zdrowia można podzielić na dwie sfery. Pierwsza z nich dotyczy wąskiego rozumienia ochrony zdrowia jako instytucjonalno-organizacyjnej sfery działań profesjonalistów medycznych i odnosi się głównie do zdrowia jednostkowego (sektorowa opieka zdrowotna)²⁷. W odniesieniu do tej sfery ustawodawca zobowiązuje władze publiczne do stworzenia sprawnego systemu ochrony zdrowia²⁸ oraz otoczenia szczególną opieką pewnych grup ludności²⁹. Druga sfera dotyczy szerszej kategorii zdrowia publicznego, z jego wielosektorowością i rozporzonymi kompetencjami (wielosektorowe zdrowie publiczne). Odnosi się do zdrowia w kategoriach populacyjnych, chociaż poszczególne działania mogą dotyczyć jednostek. Z oczywistych względów sfery te mogą się wzajemnie przenikać i krzyżować³⁰. W Konstytucji znalazły się w tym zakresie postanowienia dotyczące zdrowia w kategoriach epidemiologicznych oraz środowiskowych³¹, jak również związanych z promocją zdrowia i rozwojem kultury fizycznej³². W znaczeniu całościowym ochrona zdrowia

24 W. Skrzydło, *Polskie prawo konstytucyjne*, Verba, Lublin 2003, s. 23.

25 A. Wojtczak, *Zdrowie publiczne wyzwaniem dla systemów zdrowia XXI wieku*, PZWL, Warszawa 2009, s. 68.

26 Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7 stycznia 2004 r., K 14/03, „OTK” 2004, nr 1A, poz. 1.

27 A. Mokrzycka, *Prawo do ochrony zdrowia. Konstytucyjny priorytet czy źródło dylematów w ochronie zdrowia?*, Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2014, s. 39.

28 Art. 68, ust. 2 Konstytucji.

29 Art. 68, ust. 3 Konstytucji; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 15–16.

30 A. Mokrzycka, *Prawo do ochrony...*, s. 39

31 Art. 68, ust. 4 Konstytucji.

32 Art. 68, ust. 5 Konstytucji.

to działanie na rzecz zdrowia, realizowane zarówno przez wyspecjalizowane służby zdrowia publicznego, służby medyczne, jak i inne sektory życia społeczno-gospodarczego odpowiedzialne za stworzenie społeczeństwu właściwych warunków zdrowotnych³³.

Zofia Duniewska wymieniła zdrowie publiczne wśród desygnatów pojęcia „dobro wspólne”³⁴. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 9 sierpnia 2009 r., zdrowie publiczne należy postrzegać w szerokim wymiarze, m.in. „jako obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by usuwać zarówno zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (np. zwalczanie chorób zakaźnych, pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych, opieka medyczna), jak i eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia”³⁵. W polskim ustawodawstwie definicja zdrowia publicznego została zawarta w ustawie o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Według niej „zdrowie publiczne jest to stan zdrowotny całego społeczeństwa lub jego części, określane na podstawie wskaźników epidemiologicznych i demograficznych”³⁶. Definicję tę stosuje się na potrzeby przedmiotowej ustawy. W ustawie o Państwowej Inspekcji Sanitarnej³⁷ w art. 1 wskazano zadania tej instytucji z zakresu zdrowia publicznego, które są wykonywane w szczególności poprzez sprawowanie nadzoru nad warunkami:

- higieny środowiska,
- higieny pracy w zakładach pracy,
- higieny radiacyjnej,
- higieny procesów nauczania i wychowania,
- higieny wypoczynku i rekreacji,
- zdrowotnymi żywności, żywienia i przedmiotów użytku,

33 J. Leowski, *Rola i miejsce państwa w systemie ochrony zdrowia*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6/7, s. 22.

34 Z. Duniewska, *Wartości – dobra, potrzeby i zagrożenia jako czynniki wyznaczające zakres regulacji prawa administracyjnego materialnego*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *System prawa administracyjnego. Prawo administracyjne materialne*, t. 7, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 145.

35 Wyrok TK z 9 sierpnia 2009 r., SK 48/05, „OTK-A” 2009, nr 7, poz. 108.

36 Art. 2, pkt 35 ustawy z 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (DzU 2018, poz. 151).

37 Art. 1 ustawy z 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (DzU 2017. poz. 1261 ze zm.).

- higieniczno-sanitarnymi, jakie powinien spełniać personel medyczny, sprzęt oraz pomieszczenia, w których są udzielane świadczenia zdrowotne – w celu ochrony zdrowia ludzkiego przed niekorzystnym wpływem szkodliwości i uciążliwości środowiskowych, zapobiegania powstawaniu chorób, w tym chorób zakaźnych i zawodowych.

Ustawy te regulują znaczny obszar zadań realizowanych na rzecz zdrowia publicznego. Zdrowie publiczne stanowi dodatkowo przedmiot specjalizacji lekarzy i lekarzy dentyków³⁸ oraz diagnostów laboratoryjnych³⁹. Prawo zdrowia publicznego możemy rozpatrywać w wymiarze międzynarodowym⁴⁰ oraz krajowym. Według Stefana Poździocha⁴¹, zakres dziedziny krajowego prawa zdrowia publicznego zawiera w sobie następujące elementy: prawo o zawodach medycznych i samorządach zawodowych⁴², prawo dotyczące podmiotów leczniczych⁴³, prawo farmaceutyczne⁴⁴ oraz prawo o zdrowotności publicznej⁴⁵. Ten przykładowy wykaz ma

38 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 2 stycznia 2013 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy dentyków (DzU 2013, poz. 26) – załącznik nr 1.

39 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 22 listopada 2016 r. w sprawie specjalizacji i uzyskiwania tytułu specjalisty przez diagnostów laboratoryjnych (DzU 2016, poz. 1950) § 2 ust 1, pkt 13.

40 Prawo to na szczeblu uniwersalnym tworzą Organizacja Narodów Zjednoczonych (Rada Bezpieczeństwa, Zgromadzenie Ogólne, Rada Gospodarcza i Społeczna), Światowa Organizacja Zdrowia, Światowa Organizacja Handlu, Organizacja Narodów Zjednoczonych ds. Wyżywienia i Rolnictwa, Międzynarodowa Organizacja Pracy, na szczeblu regionalnym – Rada Europy, Unia Europejska, Organizacja Państw Amerykańskich, Unia Afrykańska. Szerzej zob. J. Barcik, *Międzynarodowe prawo zdrowia publicznego*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 156–184.

41 S. Poździoch, *Prawo zdrowia publicznego. Zarys problematyki*, „Zdrowie i Zarządzanie” 2004, Kraków, s. 19–33.

42 M.in. ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (DzU 2018, poz. 617 ze zm.), ustawa z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (DzU 2018, poz. 168) oraz analogiczne ustawy dotyczące pielęgniarek i położnych, farmaceutów, diagnostów laboratoryjnych, fizjoterapeutów i innych.

43 M.in. ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (DzU 2018, poz. 160 ze zm.), ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (DzU 2017, poz. 1938 ze zm.), ustawa z 8 września 2006 roku o Państwowym Ratownictwie Medycznym (DzU 2017, poz. 2195 ze zm.), ustawa z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (DzU 2017, poz. 1000).

44 M.in. Ustawa z 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (DzU 2017, poz. 2211 ze zm.), ustawa z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (DzU 2017, poz. 211 ze zm.), ustawa z 9 października 2015 r. o produktach biobójczych (DzU 2018, poz. 122 ze zm.).

na celu wskazanie, jak rozległy jest zakres dziedziny prawa zdrowia publicznego. Dodatkowo warto wspomnieć, iż wiele zadań z zakresu zdrowia publicznego wykonują organy administracji publicznej, samorządowej i rządowej, fundacje, stowarzyszenia, pracodawcy, szkoły oraz podmioty prywatne. Prawo zdrowia publicznego stanowi części prawa administracyjnego, czyli należy do prawa publicznego, którego istotą jest nierówność stron stosunku prawnego. Prawo zdrowia publicznego wykazuje również silny związek z zakresem prawa medycznego⁴⁶.

3. Ustawa o zdrowiu publicznym

3.1. Główne założenia ustawy o zdrowiu publicznym

W dniu 11 września 2015 roku Sejm uchwalił ustawę o zdrowiu publicznym⁴⁷ (dalej: u.z.p.), która z pewnymi wyjątkami weszła w życie 3 grudnia 2015 roku. Została uchwalona w bardzo szybkim tempie – projekt rządowy został wniesiony 15 lipca 2015 roku (druk nr 3675 Sejmu VII kadencji). Ustawa ta stanowi odpowiedź na oczekiwania środowiska medycznego, które od ponad 10 lat wnioskowało o wprowadzenie regulacji mającej na celu poprawę stanu zdrowia publicznego. Ustawa „stawia sobie za cel stworzenie systemu prowadzenia spójnej polityki zdrowia publicznego, mając na uwadze wyzwania, jakim kraj rozwinięty musi sprostać w XXI wieku”⁴⁸. W uzasadnieniu czytamy dodatkowo, iż „podstawowym

45 M.in. ustawa z 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (DzU 2018, poz. 151), ustawa z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (DzU 2017, poz. 882 ze zm.), ustawa z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (DzU 2018, poz. 1030), ustawa z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (DzU 2016, poz. 487 ze zm.), ustawa z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (DzU 2017, poz. 149 ze zm.) oraz wiele dalszych.

46 Szerzej zob. S. Poździech, *Prawo zdrowia...*, s. 30–35.

47 Ustawa z 11 września 2015 r. o zdrowiu publicznym (DzU 2015, poz. 1916).

48 Uzasadnienie do projektu ustawy o zdrowiu publicznym, druk sejmowy nr 3675, s. 3. W uzasadnieniu dodatkowo wskazano następujące cele długookresowe: „Realizacja zadań z zakresu zdrowia publicznego przewidzianych w ustawie i Narodowym Programie Zdrowia przyczyni się do wielu korzystnych zmian zdrowotnych. Podstawowe z nich obejmą:

założeniem projektowanej ustawy jest praktyczna implementacja generalnej zasady polityki Unii Europejskiej i Światowej Organizacji Zdrowia, stanowiącej, że zdrowie powinno być obecne we wszystkich politykach, a nie stanowić wyłącznie wyodrębniony element polityki zdrowotnej Ministra Zdrowia⁴⁹. W zamyśle ustawodawcy regulacja ma na celu utworzenie struktur odpowiedzialnych za koordynację i monitorowanie działalności władz publicznych wpływających na zmianę stanu zdrowia populacji, zapewnienie stabilnych mechanizmów finansowania oraz usystematyzowanie zadań z zakresu zdrowia publicznego realizowanych obecnie, zapewnienie ich ciągłości, adekwatności i kompleksowości, co w konsekwencji ma doprowadzić do minimalizacji ryzyka zdrowotnego w całej populacji.

W art. 1 u.z.p. został wskazany zakres regulacji obejmujący zadania z zakresu zdrowia publicznego, podmioty uczestniczące w realizacji tych zadań oraz zasady ich finansowania. Ustęp drugi wskazuje, iż przez zdrowie publiczne rozumie się zadania określone w art. 2. Do zadań tych należy: monitorowanie i ocena stanu zdrowia społeczeństwa, edukacja zdrowotna, promocja zdrowia, profilaktyka chorób, działania w celu rozpoznawania, eliminowania lub ograniczania zagrożeń dla zdrowia w środowisku zamieszkania, nauki, pracy i rekreacji, analiza adekwatności i efektywności udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej, inicjowanie i prowadzenie badań naukowych oraz współpracy międzynarodowej w tej dziedzinie, rozwój kadr uczestniczących w realizacji zadań z zakresu zdrowia publicznego, ograniczanie nierówności w zdrowiu wynikających z uwarunkowań społeczno-ekonomicznych oraz działania w obszarze aktywności fizycznej. Zadania te zostały określone w sposób ogólny, bez odwołania do ustaw, które normują je w sposób bardziej szczegółowy.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 zadania z zakresu zdrowia publicznego realizują, współdziałając ze sobą, organy administracji rządowej, państwo-

-
- zmniejszenie odsetka palących o 2% do 2020 r.;
 - zatrzymanie wzrostu otyłości i cukrzycy do 2025 r.;
 - zmniejszenie odsetka osób nieuprawiających aktywności fizycznej o 10% do 2025 roku;
 - zmniejszenie liczby osób pijących szkodliwie alkohol o 10% do 2025 roku;
 - długofalowym efektem będzie wydłużenie trwania życia do 78 lat (mężczyźni) i 84 lat (kobiety) w 2030 r. oraz zmniejszenie różnicy w przeciętnej długości życia między kobietami a mężczyznami z 8 lat do 6 lat⁴⁹ (Uzasadnienie do projektu ustawy o zdrowiu publicznym, druk sejmowy nr 3675, s. 9).

49 Uzasadnienie do projektu ustawy o zdrowiu publicznym, druk sejmowy nr 3675, s. 8 (oraz przypisy tam zawarte).

we jednostki organizacyjne, w tym agencje wykonawcze, oraz jednostki samorządu terytorialnego, które mają także własne zadania polegające na promocji lub ochronie zdrowia. Obowiązki wynikające z ustawy koordynuje minister właściwy do spraw zdrowia (art. 4 u.z.p.). W art. 4 ust 2 zostały określone jego zadania.

Ustawa powstała w celu poprawy stanu zdrowia społeczeństwa. W osiągnięciu tego celu mają pomóc ciała doradcze i koordynacyjne, które zostały powołane na jej podstawie. Pierwszym z nich jest Rada do spraw Zdrowia Publicznego⁵⁰, pełniąca funkcję opiniotwórczo-doradczą dla Ministra Zdrowia, który wyznacza przewodniczącego Rady. W jej skład wchodzi m.in. przedstawiciele prezydenta, administracji publicznej, Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego, pracodawców i organizacji pozarządowych, Naczelnej Rady Lekarskiej, Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych oraz innych samorządów, Narodowego Funduszu Zdrowia (NFZ), Głównego Inspektora Sanitarnego oraz konsultanci krajowi (art. 6, 7, 8).

Drugim organem jest Komitet Sterujący Narodowego Programu Zdrowia, który sprawuje bieżącą koordynację działań i rozwiązuje problemy z realizacją Narodowego Programu Zdrowia (NPZ). Przewodniczącym Komitetu jest minister zdrowia. W skład tego ciała wchodzi przedstawiciele ministerstw odpowiedzialnych za realizację NPZ (art. 10). W ustawie przewidziano także możliwość powołania pełnomocnika rządu do spraw zdrowia publicznego. Podmioty realizujące zadania z zakresu zdrowia publicznego mają obowiązek przekazywać ministrowi zdrowia roczną informację dotyczącą realizacji tych zadań. Zadania z zakresu zdrowia publicznego są finansowane ze środków pozostających w dyspozycji Ministra Zdrowia, innych ministrów realizujących te zadania i centralnych organów administracji rządowej (w tym ze środków państwowych funduszy celowych), agencji wykonawczych, innych państwowych jednostek organizacyjnych (w tym NFZ) oraz jednostek samorządu terytorialnego (art. 13).

50 Rada funkcjonuje od lutego 2016 r. Realizuje ona swoje zadania m.in. poprzez zespoły robocze, które analizują i proponują rozwiązania złożonych i różnorodnych problemów zdrowia publicznego. Dotychczas powołano cztery zespoły robocze do spraw: prewencji samobójstw i depresji (sierpień 2016 r.), suplementów diety (styczeń 2017 r.), rozwoju zdrowia publicznego (listopad 2017 r.) oraz wpływu zanieczyszczenia powietrza na zdrowie (kwiecień 2018 r.).

3.2. Identyfikacja i omówienie głównych problemów oraz kwestii spornych

Ustawa od samego początku prac nad nią wzbudziła wiele kontrowersji. Jest to regulacja oczekiwana przez środowisko od wielu lat, niestety pojawiło się wiele problemów związanych z jej powstawaniem oraz wejściem w życie. W czasie konsultacji społecznych i opiniowania zwrócono uwagę, że ustawa nie zawiera definicji zdrowia publicznego⁵¹. Ministerstwo Zdrowia stwierdziło jednak, iż definicja ta nie budzi wątpliwości interpretacyjnych i znalazła się już w wspomnianej ustawie z 1985 roku o Państwowej Inspekcji Sanitarnej⁵². Definicje takie są również rozproszone w innych regulacjach. Ustawa regulująca zdrowie publiczne powinna jednak zawierać jego definicję legalną, która pozwoliłaby ujednoczyć interpretacje i nadać jej charakter systemowy. Naczelna Rada Lekarska podniosła również bardzo ważną kwestię, a mianowicie to, że ustawa o zdrowiu publicznym powinna regulować tę dziedzinę w sposób kompleksowy i obejmować cały system zdrowia, czego ustawa w ostatecznym kształcie nie robi. Ustawa nie normuje kompleksowo zagadnienia zdrowia publicznego, skupia się w głównej mierze na stworzeniu nowych podmiotów i określeniu ich kompetencji w realizacji zadań z zakresu zdrowia publicznego. Świadczy to o niedostosowaniu tytułu ustawy do jej treści. Podobnie w kontekście art. 3 ust. 1 stwierdził Hubert Izdebski, który zauważył, że artykuł mówiący o realizacji zadań z zakresu zdrowia publicznego jest nieściśły. Wynika to stąd, że zadania państwowych jednostek organizacyjnych, w tym agencji wykonawczych, nie są określone w ustawie

51 Opinia taka została wyrażona w ramach konsultacji publicznych m.in. przez Naczelną Radę Lekarską, Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, Niezależny Samorządowy Związek Zawodowy Solidarność oraz wiele innych podmiotów (Raport z konsultacji publicznych i opiniowania dot. projektu ustawy o zdrowiu publicznym, cz. 1 i cz. 2, – KRM-10-58-15.pdf, s. 3, 161, 182,

<http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12270850/katalog/12281779#12281779>
(dostęp: 17.10.2016).

52 Ministerstwo Zdrowia wielokrotnie podkreślało to w odpowiedzi na uwagi wysunięte przez różne podmioty w ramach konsultacji publicznych (Raport z konsultacji publicznych i opiniowania dot. projektu ustawy o zdrowiu publicznym, cz. 1 i cz. 2, – KRM-10-58-15.pdf, s. 3, 161, 182,

<http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12270850/katalog/12281779#12281779>, s. 3, 8, 66 i następane (dostęp: 17.10.2016).

o działach administracji rządowej, lecz w odpowiednich ustawach powołujących te jednostki. Przekładami takich podmiotów są: Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, Państwowa Inspekcja Sanitarna, Państwowa Inspekcja Farmaceutyczna, Inspekcja Ochrony Środowiska, płatnicy publicznych świadczeń opieki zdrowotnej i zdrowia publicznego (NFZ, ZUS, KRUS, PFRON) oraz wiele innych. „Wyliczenie to w zestawieniu z ilością ustaw, których punktowych zmian dokonuje się na mocy niniejszej ustawy, wskazuje na jej mało systemowy charakter – a przez to na wskazaną już nieadekwatność jej tytułu”⁵³.

Ustawa nakłada na Ministra Zdrowia obowiązek zapewnienia sprawnego i harmonijnego wykonywania zadań w obszarze zdrowia publicznego. W założeniu koordynacja taka powinna oznaczać możliwość oddziaływania na organy, instytucje i podmioty wskazane w u.z.p., które doprowadzi do zharmonizowania działań tych organów z założeniami Ministra Zdrowia oraz celami zawartymi w Narodowym Programie Zdrowia. Minister nie uzyskał jednak nowych praw wobec podmiotów wskazanych w ustawie. Jak wskazuje Maciej Derecz „z regulacji art. 4 ust. 2 można wysnuć taki wniosek, że w zakresie praktycznego stosowania zapisów tej ustawy minister właściwy ds. zdrowia ma tylko pozorny wpływ na zadania zdrowia publicznego – bowiem właściwie oprócz koordynacji nie wynika z niej żadna inna pozytywna i sprawcza aktywność tego ministra”⁵⁴. Ustawa wskazuje, iż w celu realizacji zadań z zakresu zdrowia publicznego należy powołać kilka nowych podmiotów. Pociąga ona za sobą również konieczność wzrostu zatrudnienia w szeroko pojętej administracji realizującej te zadania. Oznacza to, iż konieczny będzie wzrost nakładów finansowych na ten cel, co przy obecnym niedofinansowaniu ochrony zdrowia nie jest sytuacją pożądaną. Maciej Derecz w sposób krytyczny odniósł się do powołania Rady do spraw Zdrowia Publicznego: „Ustawodawca uznał, że samo stworzenie kolejnej rady opiniodawczo-doradczej jest najlepszym i w zasadzie jedynym w niniejszej ustawie instrumentem sprawczym do stosowania w Polsce systemu zdrowia publicznego”⁵⁵. Dodatkowo zadania powierzone Komitetowi Sterującemu Narodowy Program Zdrowia stanowią powielenie zadań nałożonych na Ministra Zdrowia. Może to w konsekwen-

53 H. Izdebski, *Komentarz do art. 3 w: M. Derecz (red.), Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 34–35.

54 M. Derecz, *Komentarz do art. 4 w: ibidem*, s. 38–41.

55 Idem, *Komentarz do art. 6 w: ibidem*, s. 53.

cji doprowadzić do dublowania się aktywności merytorycznej i spowolnić proces decyzyjny⁵⁶. W ustawie nie zostały w sposób dostateczny określone funkcje nadzorcze i kontrolne. Za główne zastrzeżenie należy uznać to, że nie przeciwstawia się ona „jednej z głównych przyczyn dysfunkcji organizacji zadań z zakresu zdrowia publicznego, jaką jest brak systemowej spójności oraz brak efektywnej koordynacji działań między głównymi jego uczestnikami”⁵⁷.

3.3. Narodowy Program Zdrowia

Głównym instrumentem prawnym pozwalającym Polakom pozostać w dobrym zdrowiu ma być dokument strategiczny w postaci Narodowego Programu Zdrowia. Uchwalony przez Radę Ministrów w formie rozporządzenia obejmuje lata 2016–2020. NPZ ma wyznaczać kierunki i cele działań oraz konkretne narzędzia ich realizacji w zakresie zdrowia publicznego. Środki finansowe na ich realizację ma zapewniać budżet⁵⁸, NFZ⁵⁹ oraz budżety jednostek samorządu terytorialnego.

NPZ nie jest dokumentem nowym (a tak wynika z uzasadnienia⁶⁰ i przekazu medialnego⁶¹). Jego kolejne edycje funkcjonują już od 1996

56 Idem, *Komentarz do art. 10 w: ibidem*, s. 65–67.

57 Idem (red.), *Ustawa o zdrowiu publicznym...*, s. 12–13.

58 Na rok 2016 zarezerwowano w budżecie państwa 140 mln zł.

59 Planuje się przeznaczenie kwoty nie mniejszej niż 1,5% kosztów świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych przez NFZ na zadania związane z promocją zdrowia oraz profilaktyką chorób. Art. 22. W ustawie z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (DzU 2015, poz. 581, ze zm.) wprowadza się następujące zmiany: w art. 117 w ust. 1 pkt 1 otrzymuje brzmienie: „1) koszty świadczeń opieki zdrowotnej, uwzględniające koszty promocji zdrowia i profilaktyki chorób w wysokości nie mniejszej niż 1,5% kosztów świadczeń opieki zdrowotnej, w tym dofinansowanie programów polityki zdrowotnej na podstawie art. 48d”.

60 W uzasadnieniu do ustawy nie znalazła się informacja, iż nie jest to pierwszy taki dokument. Stwierdzono jednak, że „NPZ będzie ustanawiany na czas nie krótszy niż okresy pięcioletnie (...). Dzięki zmianom będącym efektem ustawy, a także przyjęciu NPZ, będzie możliwe wzmocnienie działań na rzecz zapobiegania chorobom i podnoszenia potencjału zdrowia” (Uzasadnienie do projektu ustawy o zdrowiu publicznym, druk sejmowy nr 3675, s. 11).

61 „Ustawa o zdrowiu publicznym weszła w życie w czwartek. Ma ona poprawić koordynację działań podejmowanych w tej dziedzinie, kładąc nacisk na profilaktykę, edukację i promocję zdrowotną. Podstawą jej działań będzie Narodowy Program Zdrowia (NPZ). Większość uregulowań dotyczących utworzenia NPZ oraz związanych z jego funk-

roku. Wcześniej był wydawany w formie załącznika do Uchwały Rady Ministrów. Obecnie wydano go na podstawie rozporządzenia. Pierwszy NPZ na lata 1996–2005 był narzędziem służącym systematyzacji i wspieraniu kierunku polskiej polityki zdrowotnej, zakładał wielosektorowość działań na rzecz zdrowia populacji Polski. Utworzono Międzyresortowy Zespół Koordynacyjny kierowany początkowo przez Ministra Zdrowia. W skład tego ciała weszli przedstawiciele wszystkich resortów. W Ministerstwie Zdrowia utworzono komórkę organizacyjną zajmującą się monitorowaniem realizacji NPZ, która tworzyła coroczne raporty z wykonywania zadań, kierowane do Sejmowej Komisji Zdrowia. We wszystkich województwach powołano pełnomocników wojewodów do spraw realizacji NPZ. W PZH działa Biuro ds. Monitorowania Efektów Realizacji NPZ⁶². Druga edycja NPZ na lata 2007–2015⁶³ formułowała kierunki działań mających poprawić stan zdrowia społeczeństwa. Celem głównym była poprawa zdrowia i związanej z nim jakości życia ludności oraz zmniejszenie nierówności w zdrowiu. Cel ten miał zostać osiągnięty przez 8 strategicznych i 15 operacyjnych celów zdrowotnych⁶⁴.

Nowy Narodowy Program Zdrowia został uchwalony 4 sierpnia 2016 r.⁶⁵ Cel strategiczny NPZ to wydłużenie życia Polaków w zdrowiu, poprawa jakości życia związanej ze zdrowiem oraz ograniczenie społecznych nierówności w zdrowiu. Cele operacyjne NPZ obejmują następujące obszary: poprawę sposobu żywienia, stanu odżywienia oraz aktywności fizycznej społeczeństwa, profilaktykę i rozwiązywanie problemów związanych z uzależnieniami od substancji psychoaktywnych i uzależnieniami behawioralnymi, poprawę dobrostanu psychicznego społeczeństwa, poprawę zdrowia prokreacyjnego, ograniczenie ryzyka zdrowotnego wynikającego z zagrożeń fizycznych, chemicznych i biologicznych w środowisku zewnętrznym, miejscu pracy, zamieszkania, rekreacji oraz nauki, promocję

cjonowaniem znacznie obowiązywać od 1 stycznia 2016 roku. Pierwszy NPZ ma objąć lata 2016–2020. Na jego realizację w 2016 roku z budżetu państwa zostanie przeznaczony ok. 140 mln zł” <http://www.parlamentarny.pl/spoleczenstwo/obowiazuje-nowe-prawo-zdrowotne-narodowy-program-zdrowia,2953.html> (dostęp: 17.10.2016).

62 M. Sygit, *Zdrowie publiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 42.

63 Uchwała nr 90/2007 Rady Ministrów z 15 maja 2007 r. w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2007–2015.

64 E. Joć, *Założenia Narodowego Programu Zdrowia*, [w:] T.B. Kulik, A. Pacian, *Zdrowie...*, s. 227–232.

65 Rozporządzenie Rady Ministrów z 4 sierpnia 2016 r. w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016–2020 (DzU 2016, poz. 1492).

zdrowego i aktywnego starzenia się. Istotne w założeniach Programu jest to, iż możemy zauważyć próbę odejścia od resortowego ujęcia rozwiązywania problemów zdrowotnych na rzecz współpracy z innymi ministerialnymi resortami odpowiedzialnymi za wdrażanie zadań określonych w NPZ. Program poprzez określenie celów strategicznych i operacyjnych oraz wskazanie najistotniejszych zadań do realizacji na rzecz poprawy zdrowia i związanej z nim jakości życia społeczeństwa jako dokument planistyczny dotyczący zadań władzy publicznej względem ochrony zdrowia może stanowić przykład aktu planowania strategicznego. Jego sprawna realizacja jest istotnym elementem procesu redukcji ryzyka zdrowotnego, które może być osiągnięte poprzez wdrażanie powiązanych z NPZ innych aktów planowania w szczegółowych obszarach ochrony zdrowia, tj. programów profilaktycznych. NPZ został ogłoszony z kilkumiesięcznym opóźnieniem. Od początku prac nad nim wzbudzał wiele kontrowersji, a na skutki jego wejścia w życie należy jeszcze poczekać. Bardziej szczegółowa analiza Programu przekracza jednak zakres tego opracowania.

Wnioski

Podsumowując, należy stwierdzić, iż powstanie ustawy niejako spełnia oczekiwania środowiska medycznego, pragnącego usprawnienia systemu zdrowia publicznego. Ustawa poprzez stworzenie spójnego systemu polityki zdrowotnej miała się przyczynić do rozwiązania aktualnych problemów w zakresie zdrowia publicznego i doprowadzić tym samym do zmniejszenia ryzyka zdrowotnego w całej populacji. Regulacja ta pomimo wielkiej doniosłości społecznej w obecnym kształcie zawiera wiele braków. Ustawa o zdrowiu publicznym powinna w założeniu utworzyć wewnątrznie spójny i efektywny system ochrony zdrowia publicznego. Niestety reguluje ona tylko fragment tego systemu, a właściwie skupia się na utworzeniu podmiotów będących jego elementami, a jej zapisy są zbyt ogólne. Na etapie projektowania regulacji zabrakło diagnozy stanu obecnego w odniesieniu do finansowania programów zdrowotnych już realizowanych przez Ministra Zdrowia, innych ministrów i jednostki samorządu terytorialnego

(czy np. podmioty niepubliczne)⁶⁶. Zabrakło również gruntownej analizy wcześniejszych narodowych programów zdrowia. Tak ważna regulacja powinna być poprzedzona dogłębną analizą danych statystycznych, epidemiologicznych i ekonomicznych, której nie przeprowadzono. Wynika to zapewne z tempa pracy nad ustawą. Ustawę można określić jako ustawę wyborczą, gdyż jej uchwalenie nastąpiło niespełna dwa miesiące przed wyborami parlamentarnymi. Niewątpliwie pozytywnym aspektem ustawy jest zagwarantowanie środków finansowych z budżetu państwa na realizację NPZ oraz 1,5% środków NFZ, które muszą zostać przekazane na promocję zdrowia. Regulacja ta jest dobrym punktem wyjścia do stworzenia systemowych rozwiązań prawno-organizacyjnych w obszarze zdrowia publicznego. Jak podkreśla jednak Maciej Derecz, „jeżeli ustawa miałaby pozostać w niezmienionej wersji, organizacja procesu realizacji zadań z zakresu zdrowia publicznego będzie nadal mało efektywna i dysfunkcjonalna”⁶⁷. W związku z licznymi brakami omawianej regulacji należy stwierdzić, iż ustawa ta nie spełnia celu, w jakim została przygotowana i w obecnym kształcie nie tworzy systemu prowadzenia spójnej polityki zdrowia publicznego, a tylko faktyczna ponadsektorowa koordynacja działań wszystkich instytucji mających wpływ na zdrowie Polaków dałaby w efekcie realny wpływ na zmniejszenie ryzyka zdrowotnego.

66 Ministerstwo Zdrowia finansuje wiele programów ukierunkowanych na promocję zdrowia, jednostki samorządu terytorialnego realizują niemal 3 tys. programów zdrowotnych, inni ministrowie inicjują i podejmują programy rządowe, przyczyniając się kreowania środowisk prozdrowotnych.

67 M. Derecz (red.), *Ustawa o zdrowiu publicznym...*, s. 14.

Bibliografia

Arrow K.J., *Lecznictwo z punktu widzenia niepewności i ekonomii dobrobytu*, [w:] *Eseje z teorii ryzyka*, PWN, Warszawa 1979.

Barcik J., *Międzynarodowe prawo zdrowia publicznego*, C.H. Beck, Warszawa 2013.

Bulska J., *Zagrożenia zdrowia chorobami cywilizacyjnymi*, Impuls, Kraków 2008.

Derecz M. (red.), *Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

Duniewska Z., *Wartości – dobra, potrzeby i zagrożenia jako czynniki wyznaczające zakres regulacji prawa administracyjnego materialnego*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, *System prawa administracyjnego, Prawo administracyjne materialne*, t. 7, C.H. Beck, Warszawa 2012.

Global status report on noncommunicable diseases 2014, „Światowa Organizacja Zdrowia”, 2014.

Izdebski H., *Komentarz do art. 3*, [w:] M. Derecz (red.), *Ustawa o zdrowiu publicznym. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

Joć E., *Założenia Narodowego Programu Zdrowia*, [w:] T.B. Kulik, A. Pacian, *Zdrowie publiczne*, PZWL, Warszawa 2014.

Jończyk J., *Publiczna opieka zdrowotna*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 1.

Krajowe ramy strategiczne. Policy paper dla ochrony zdrowia na lata 2014–2020, Ministerstwo Zdrowia, Warszawa 2015.

Kubiak R., *Prawo medyczne*, C.H. Beck, Warszawa 2014.

Lalonde M., *A new perspective on the Health of Canadians – a working document*, Ministry of Supply and Services, Ottawa 1974.

Leowski J., *Polityka zdrowotna a zdrowie publiczne*, CeDeWu, Warszawa 2008.

Leowski J., *Rola i miejsce państwa w systemie ochrony zdrowia*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6/7.

Litwiejko A., *Podstawy zdrowia publicznego w aspekcie prawno-społecznym*, Atut, Wrocław 2010.

Mokrzycka A., *Prawo do ochrony zdrowia. Konstytucyjny priorytet czy źródło dylematów w ochronie zdrowia?*, Wyd. Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2014.

Poździoch S., *Prawo zdrowia publicznego. Zarys problematyki*, „Zdrowie i Zarządzanie” 2004, Kraków 2004.

Raport z konsultacji publicznych i opiniowania dot. projektu ustawy o zdrowiu publicznym, cz. 1 i 2, KRM-10-58-15.pdf, s. 3, 161, 182, <http://legislacja.rcl.gov.pl/>

projekt/12270850/katalog/12281779#12281779 (dostęp: 17.10.2016).

Skrzydło W., *Polskie prawo konstytucyjne*, Verba, Lublin 2003.

Słownik języka polskiego, (red.) M. Szymczak, t. 2, PWN, Warszawa 1988.

Stefanowicz A., *Profilaktyka chorób cywilizacyjnych i społecznych*, [w:] T.B.

Kulik, A. Pacian, *Zdrowie publiczne*, PZWL, Warszawa 2014.

Sygit M., *Zdrowie publiczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

Włodarczyk C., Poździoch S., *Pojęcie i zakres zdrowia publicznego*, [w:] A. Czupryna, S. Poździoch, A. Ryś, W.C. Włodarczyk (red.), *Zdrowie publiczne wybrane zagadnienia*, t. 1, Vesalius, Kraków 2000.

Włodarczyk C., Poździoch S., *Pojęcie i zakres zdrowia publicznego*, [w:] A. Czupryna, S. Poździoch, A. Ryś, W.C. Włodarczyk (red.), *Zdrowie publiczne wybrane zagadnienia*, t. 1, Vesalius, Kraków 2000. [Za:] *Word Development Report 1993. Investing in Health, Published for World Bank*, Oxford University Press, Oxford 1998.

Wojtczak A., *Zdrowie publiczne wyzwaniem dla systemów zdrowia XXI wieku*, PZWL, Warszawa 2009.

Wysocki M.J., Miller M., *Nowe zdrowie publiczne w perspektywie ostatnich 30 lat*, „Zdrowie Publiczne” 113/2003, nr 1-2. [Za:] B. Badura, *What is and what determines Health*, [w:] U. Iasser, E. de Leeuw, Ch. Stock (red.), *Scientific Foundations for Public Health Policy in Europe*, Juventa Verlag, Monachium 1995.

Wysocki M.J., Miller M., *Nowe Zdrowie Publiczne w perspektywie ostatnich 30 lat*, „Zdrowie Publiczne” 113/2003, nr 1-2. [Za:] T.H. Tulchinsky, E.A. Varavikova, *The new public health*, Academic Press, New York 2000.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (DzU 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

Ustawa z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (DzU 2016, poz. 487 ze zm.).

Ustawa z 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (DzU 2017, poz. 1261 ze zm.).

Ustawa z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (DzU 2017, poz. 882 ze zm.).

Ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (DzU 2018, poz. 617 ze zm.).

Ustawa z 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (DzU 2017, poz. 2211 ze zm.).

Ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (DzU 2017, poz. 1938 ze zm.).

Ustawa z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu ko-

mórek, tkanek i narządów (DzU 2017, poz. 1000).

Ustawa z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (DzU 2018, poz. 1030).

Ustawa z 25 sierpnia 2006 roku o bezpieczeństwie żywności i żywienia (DzU 2017, poz. 149 ze zm.).

Ustawa z 8 września 2006 roku o Państwowym Ratownictwie Medycznym (DzU 2017, poz. 2195 ze zm.).

Ustawa z 5 grudnia 2008 roku o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (DzU 2018, poz. 151).

Ustawa z 2 grudnia 2009 roku o izbach lekarskich (DzU 2018, poz. 168).

Ustawa z 20 maja 2010 roku o wyrobach medycznych (DzU 2017, poz. 211 ze zm.).

Ustawa z 15 kwietnia 2011 roku o działalności leczniczej (DzU 2018, poz. 160 ze zm.).

Ustawa z 11 września 2015 roku o zdrowiu publicznym (DzU 2015, poz. 1916).

Ustawa z 9 października 2015 roku o produktach biobójczych (DzU 2018, poz. 122 ze zm.).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 2 stycznia 2013 roku w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy dentystów (DzU 2013, poz. 26) – załącznik nr 1.

Rozporządzenie Rady Ministrów z 4 sierpnia 2016 r. w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016–2020 (DzU 2016, poz. 1492).

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 22 listopada 2016 r. w sprawie specjalizacji i uzyskiwania tytułu specjalisty przez diagnostów laboratoryjnych (DzU 2016, poz. 1950).

Uchwała nr 90/2007 Rady Ministrów z 15 maja 2007 r. w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2007–2015.

Uzasadnienie do projektu ustawy o zdrowiu publicznym, druk sejmowy nr 3675.

Orzecznictwo

Wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK 2004, nr 1A, poz. 1.

Wyrok TK z 9 sierpnia 2009 r., SK 48/05, OTK-A 2009, nr 7, poz. 108.

Dr Katarzyna Sypnicka
radca prawny

Ryzyko degradacji krajobrazu związane z intensywnością procesu inwestycyjno-budowlanego. Zagadnienia prawno-administracyjne

Abstrakt

Krajobraz jest częścią dziedzictwa przyrodniczego i kulturowego naszego kraju, niezwykle istotna jest więc jego odpowiednia ochrona oraz rozsądne planowanie. Ustawodawca uznał krajobraz za jeden z elementów środowiska, ale sama ochrona krajobrazu jest realizowana przez instrumenty znajdujące się w wielu ustawach materialnego prawa administracyjnego. Brak jednolitych spójnych przepisów prawnych oraz organów wyspecjalizowanych, a także chaos terminologiczny prowadzą do małej skuteczności wskazanych regulacji. Dodatkowo każde ograniczenie procesu inwestycyjnego ze względu na ochronę krajobrazu jest często postrzegane negatywnie, jako próba spowolnienia rozwoju gospodarczego.

Słowa kluczowe: krajobraz, krajobraz kulturowy, ochrona środowiska, proces inwestycyjno-budowlany

Wprowadzenie

Krajobraz to istotny aspekt jakości życia każdego człowieka, podnosi wrażenia estetyczne miejsc, w których przebywamy, jest świadectwem kultury społeczeństwa oraz przyczynia się do rozwoju gospodarczego państwa. Niestety, najczęściej aspekty ekonomiczne i chęć zysku przeważają nad ochroną przyrodniczych i kulturowych obszarów będących wspólnym dziedzictwem. Bez wątpienia działania ułatwiające rozwój gospodarczy i powstawanie nowych przedsięwzięć zasługują na pochwałę, ale wszechobecna szpecąca reklama i wykorzystywanie pod inwestycje terenów cennych krajobrazowo prowadzą do degradacji polskiego krajobrazu. W niniejszej pracy analizie poddane zostaną regulacje prawne z zakresu ochrony krajobrazu oraz ich skuteczność.

1. Proces inwestycyjno-budowlany

Proces inwestycyjny można uznać za całokształt działalności związanej z podjęciem decyzji, a następnie z czynnościami poprzedzającymi rozpoczęcie robót budowlanych, jego realizację oraz oddanie do użytkowania i rozpoczęcie docelowych prac określonego przedsięwzięcia¹. Działalność inwestycyjna jest niezwykle istotna nie tylko dlatego, że stanowi obszar zainteresowania profesjonalnych przedsiębiorstw, ale przede wszystkim ze względu na fakt, iż prowadzą ją osoby indywidualne. System prawnych regulacji procesu inwestycyjno-budowlanego w Polsce to liczne ustawy oraz wydane na ich podstawie akty wykonawcze². Prawo inwestycyjno-budowlane w Polsce wzbudza jednak uzasadnioną krytykę. Sfera ta podlega

1 T. Biliński, *Struktura i uwarunkowania współczesnego procesu inwestycyjno-budowlanego*, „Przegląd Budowlany” 2010, z. 11, s. 46.

2 Na przykład ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (DzU 2018, poz.1202 ze zm), ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (DzU 2017, poz.1073 ze zm., dalej: u.p.z.p.), ustawa z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (DzU 2016, poz.1688 ze zm.), rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (DzU 2016, poz. 124).

nieustannym zmianom, co wpływa na poczucie braku stabilności prawa. Nadmierna liczba rozbudowanych przepisów prawa i co z tym związane postępująca inflacja prawa, powoduje, iż regulacje te cechują się słabą techniką legislacyjną i wobec tego stanowią wręcz hamulec rozwoju nowych przedsięwzięć i rozwoju gospodarczego³. Tym samym, przedsiębiorca zniechęca się wielością koniecznych do uzyskania decyzji i zezwoleń. Dodatkowo należy mieć na uwadze związane z ochroną środowiska, przyrody oraz dziedzictwa kulturowego liczne regulacje, które wprowadzają ograniczenia praw konstytucyjnych: prawa własności i swobody działalności gospodarczej. Cel publiczny związany np. z ochroną środowiska będzie więc niejednokrotnie zrealizowany poprzez poświęcenie w pewnym zakresie interesów indywidualnych, czyli konkretnego przedsięwzięcia planowanego w określonym miejscu.

W związku z powyższym, często zapewnienie bezpieczeństwa inwestycyjnego staje się priorytetem bez zauważania ich możliwego szkodliwego oddziaływania na inne istotne sfery. Należy zauważyć, iż postępujący rozwój inwestycji wraz z niekontrolowaną zabudową wpływa destrukcyjnie na krajobraz, który wymaga nowych skutecznych mechanizmów ochrony.

2. Pojęcie krajobrazu

Krajobraz to część dziedzictwa przyrodniczego i kulturowego naszego kraju, która kształtuje jakość życia ludzi i jako nieodłączny element ich otoczenia, przyczynia się do rozwoju działalności gospodarczej, w tym turystyki. Niezwykle ważna jest więc jego odpowiednia ochrona oraz rozsądne kształtowanie i planowanie, aby polski krajobraz nie ulegał coraz poważniejszemu zniszczeniu⁴.

3 Z. Niewiadomski, *Prawna regulacja procesu inwestycyjno-budowlanego w Polsce. Diagnoza stanu i kierunki zmian*, „Przegląd Budowlany” 2013, z. 6, s. 15.

4 Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu, druk nr 1525, s. 3–4, <http://www.prezydent.pl/archiwum-bronislawa-komorowskiego/legislacja/ustawy/zgloszone/art,15,projekt-ustawy-o-wzmocnieniu-narzedzi-ochrony-krajobrazu.html> (dostęp: 15.01.2018).

Warto na początku wyjaśnić, jak rozumiany jest krajobraz w polskim porządku prawnym. Przede wszystkim trzeba zaznaczyć, iż dla zrozumienia tego terminu zasadne wydaje się przytoczenie ustawowego pojęcia „środowisko”. Zgodnie z art. 3 pkt 39 ustawy z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska⁵, jest to ogół elementów przyrodniczych, w tym także przekształconych w wyniku działalności człowieka, w szczególności powierzchnia ziemi, kopaliny, wody, powietrze, krajobraz, klimat oraz pozostałe elementy różnorodności biologicznej, a także wzajemne oddziaływania pomiędzy tymi elementami. Z powyższego można wyprowadzić wniosek, iż ustawodawca uznał krajobraz za jeden z elementów środowiska. Powoduje to dalece idące konsekwencje. Przede wszystkim ochrona krajobrazu uzyskała dzięki temu rangę konstytucyjną. Konstytucja⁶ reguluje kwestie związane z ochroną środowiska w art. 5, art. 68 ust. 4, art. 74 i art. 86. Co więcej, zawiera także przepisy ważne dla sposobu ochrony środowiska, m.in. art. 31 ust. 3 Konstytucji, wprowadzający możliwość ograniczenia korzystania z konstytucyjnych praw i wolności m.in. z uwagi na ochronę środowiska. Stosownie do art. 5 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju”. Przytoczona regulacja wymienia więc ochronę środowiska wśród fundamentalnych wartości stanowiących o ustroju państwa⁷, natomiast zasada zrównoważonego rozwoju jest w Konstytucji jedną z naczelnych zasad porządku prawnego w naszym kraju⁸. Zrównoważony rozwój to idea, która wskazuje na potrzebę integracji rozwoju człowieka oraz rozwoju gospodarczego z uwzględnieniem dobra środowiska przyrodnicze-

5 Ustawa z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (DzU 2016, poz. 1688 ze zm.).

6 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (DzU 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.).

7 J. Jendrośka, M. Bar, *Prawo ochrony środowiska. Podręcznik*, Centrum Prawa Ekologicznego, Wrocław 2005, s. 526.

8 B. Rakoczy, *Ograniczenie praw i wolności jednostki ze względu na ochronę środowiska w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Dom Organizatora, Toruń 2006, s. 81. Zasada zrównoważonego rozwoju stanowi dyrektywę wykładni, którą musi uwzględnić ustawodawca oraz organy administracji publicznej w procesie stanowienia prawa w razie pojawienia się wątpliwości co do zakresu i realizacji obowiązków, gdy konieczne jest rozwiązanie konfliktów między wartościami ze sobą konkurującymi i wyważenie rozwiązań korzystniejszych (Wyrok NSA z 6 czerwca 2013 roku, II OSK 306/12, publ. CBOSA).

go, do tego koncentruje się na jakości życia człowieka i jego zdrowiu.⁹ Warto więc zaznaczyć, iż ochrona krajobrazu jako części środowiska również powinna odbywać się w zgodzie z zasadą zrównoważonego rozwoju i tym samym uwzględniać nie tylko troskę o aspekty przyrodnicze i kulturowe krajobrazu, lecz także brać pod uwagę rozwój gospodarczy i wiele innych czynników oraz procesów zachodzących w społeczeństwie. Obecne podejście do zagadnienia ochrony krajobrazu można więc interpretować szeroko, analogicznie jak w przypadku ochrony środowiska.

Stosownie do postanowień art. 74 ust. 2 Konstytucji ochrona środowiska jest obowiązkiem władz publicznych, a ust. 4 przytoczonej regulacji wskazuje, że władze publiczne wspierają działania obywateli na rzecz ochrony i poprawy stanu środowiska. Art. 86 Konstytucji określa zaś, że każdy jest obowiązany do dbałości o stan środowiska i ponosi odpowiedzialność za spowodowane przez siebie jego pogorszenie. Skoro więc krajobraz stanowi część składową środowiska, korzystanie z krajobrazu oraz jego wartości, także jako zaspokojenie estetycznych i psychicznych potrzeb człowieka, będzie zawierało się w konstytucyjnie przyznanym prawie do korzystania ze środowiska¹⁰. Konkludując, prawo do krajobrazu zawiera się w szerszym prawie do środowiska, ochrona krajobrazu jako części środowiska ma zatem rangę konstytucyjną, a organy państwa są zobowiązane do wdrażania rozwiązań zapewniających realizację tego ochrony.

Jeszcze do niedawna regulacje prawne z zakresu ochrony krajobrazu były szczątkowe. Nie istniała nawet legalna definicja wskazująca, czym jest krajobraz. Kuriozalne wydaje się, aby skutecznie chronić coś, co nie zostało zdefiniowane. W polskim ustawodawstwie utrzymywały się odrębne systemy ochrony krajobrazu: osobno krajobrazu przyrodniczego (który chronił twory natury poprzez istnienie form ochrony przyrody, takich jak parki narodowe czy obszary chronionego krajobrazu) i krajobrazu kulturowego (powstającego przez współdziałanie człowieka z przyrodą i otrzymującego ochronę w regulacjach ochrony zabytków). To fragmentaryczne ujęcie krajobrazu, a także rozdzielenie kompetencji pomiędzy organy ochrony

9 P. Trzepacz, *Geneza i istota koncepcji rozwoju zrównoważonego*, [w:] P. Trzepacz (red.), *Zrównoważony rozwój – wyzwania globalne. Podręcznik dla uczestników studiów doktorskich*, Instytut Geografii i Gospodarki Przestrzennej UJ, Kraków 2012, s. 19.

10 H. Olbrycht, *Prawo człowieka do krajobrazu*, [w:] J. Sommer (red.), *Prawo człowieka do środowiska naturalnego*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987, s. 116.

przyrody i organy ochrony zabytków wręcz uniemożliwiało jego skuteczną ochronę¹¹.

Pewien przełom w zakresie ochrony krajobrazu nastąpił w 2015 roku, kiedy to 20 marca 2015 roku uchwalono ustawę o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu¹². Akt ten wprowadził do polskiego porządku prawnego definicję krajobrazu oraz wiele innych instrumentów mających umożliwić jego ochronę, co w konsekwencji miało stanowić uporządkowanie i uzupełnienie przepisów w tej materii.

Stosownie do art. 2 ust. 16e u.p.z.p., krajobraz należy rozumieć jako „postrzeganą przez ludzi przestrzeń zawierającą elementy przyrodnicze lub wytwory cywilizacji ukształtowaną w wyniku działania czynników naturalnych lub działalności człowieka”. Ustawodawca, tworząc przytoczoną definicję, wzorował się na postanowieniach Europejskiej Konwencji Krajobrazowej¹³ będącej jedynym aktem rangi międzynarodowej w całości regulującym aspekty związane z ochroną, kształtowaniem i planowaniem krajobrazu. Jednocześnie należy wspomnieć, iż w definicji tej zawarto informację, że na krajobraz składają się zarówno elementy natury (przyrody), jak i składniki przestrzeni powstałe w wyniku działalności człowieka. To jednoznaczne brzmienie przywoływanej regulacji przesądziło o tym, że prawne rozumienie krajobrazu musi być odmienne od potocznego, w którym kojarzy się zazwyczaj z pięknym widokiem przyrody. Warto również zauważyć, iż użycie spójnika „lub” wyrażającego alternatywę łączną dopuszcza sytuację, w której krajobrazem mogą być tylko elementy przyrodnicze, np. lasy, wzgórze, tylko elementy powstałe w wyniku działania czynników antropogenicznych, np. zabytkowa architektura starego miasta, bądź połą-

11 A. Fogel, *Uwarunkowania prawnoustrojowe ochrony i kształtowania krajobrazu*, „Samorząd Terytorialny” 2014, z. 12, s. 46.

12 Ustawa z 24 kwietnia 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu (DzU 2015, poz. 774 ze zm.) - (dalej: ustawa krajobrazowa).

13 Europejska Konwencja Krajobrazowa (DzU 2006. Nr 14, poz. 98) – (dalej: Europejska Konwencja Krajobrazowa). W art. 1 pkt. a Europejskiej Konwencji Krajobrazowej krajobraz został uznany za „obszar, postrzegany przez ludzi, którego charakter jest wynikiem działania i interakcji czynników przyrodniczych i/lub ludzkich”. W Europejskiej Konwencji Krajobrazowej krajobraz jest więc rozumiany kompleksowo, jako połączenie elementów przyrodniczych i kulturowych, dodatkowo jej zapisy odnoszą się do wszelkich rodzajów krajobrazów, nie tylko wartościowych i unikalnych, lecz także do krajobrazów pospolitych czy zdegradowanych (A. Majchrowska, *Realizacja zapisów Europejskiej Konwencji Krajobrazowej*, „Czasopismo Techniczne” 2007, z. 7A, s. 180).

czenie obu elementów, np. w zespołach pałacowo-ogrodowych. Rozwiązanie dotychczasowych problemów związanych z interpretacją tego pojęcia może zapoczątkować realną ochronę i kształtowanie krajobrazu w Polsce. Niemniej jednak liczne regulacje ustawy krajobrazowej budzą uzasadnione wątpliwości. Pomimo wprowadzenia definicji krajobrazu zastanawia, iż pozostawiono i w dodatku zmodyfikowano istniejącą w ustawie z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami¹⁴ definicję krajobrazu kulturowego, który na mocy art. 3 pkt 14 należy rozumieć jako „postrzeganą przez ludzi przestrzeń zawierająca elementy przyrodnicze i wytwory cywilizacji historycznie ukształtowaną w wyniku działania czynników naturalnych i działalności człowieka”. Wydaje się, że jedynym elementem odróżniającym krajobraz kulturowy od krajobrazu jest historyczne ukształtowanie przestrzeni, którą obejmuje, a ustawodawca chciał w ten sposób zwrócić większą uwagę i objąć większą ochroną historyczne twory człowieka, takie jak zabytki.

Przytoczone definicje nie są jedynymi z zakresu ochrony krajobrazu, istnieje także krajobraz priorytetowy, czyli „krajobraz szczególnie cenny dla społeczeństwa ze względu na swoje wartości przyrodnicze, kulturowe, historyczne, architektoniczne, urbanistyczne, ruralistyczne lub estetyczno-widokowe i jako taki wymagający zachowania lub określenia zasad i warunków jego kształtowania”, którego definicję zawiera art. 2 pkt.16f u.p.z.p. Art. 5 pkt. 23 ustawy z 16 kwietnia 2004 roku o ochronie przyrody¹⁵ definiuje walory krajobrazowe jako „wartości przyrodnicze, kulturowe, historyczne, estetyczno-widokowe obszaru oraz związane z nimi rzeźbę terenu, twory i składniki przyrody oraz elementy cywilizacyjne ukształtowane przez siły przyrody lub działalność człowieka”. Wielość definicji wprowadza chaos terminologiczny, zwłaszcza że znajdują się one w różnych ustawach materialnego prawa administracyjnego. Takie rozproszenie bez wątpienia wpływa niekorzystnie na sposób ochrony krajobrazu.

14 Ustawa z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (DzU 2017, poz. 2187 ze zm.) - (dalej: u.o.z.).

15 Ustawa z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (DzU 2018, poz. 142) – (dalej: u.o.p.).

3. Krajobraz w ustawach materialnego prawa administracyjnego

Definicje związane z krajobrazem możemy odnaleźć w wielu ustawach, ponieważ sama ochrona krajobrazu jest realizowana przez instrumenty właściwe dla wielu dziedzin. Brak jest jednolitej spójnej regulacji oraz organów wyspecjalizowanych w tym jednym zakresie. Ochrona krajobrazu następuje po pierwsze poprzez regulacje prawne właściwe dla planowania i zagospodarowania przestrzennego (w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy, miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego oraz nowym instrumencie: audycie krajobrazowym), przepisy z zakresu ochrony przyrody (poprzez ustanowienie form ochrony przyrody skupiających się także na krajobrazie) oraz mechanizmy ochrony zabytków (utworzenie parku kulturowego). Przed ogólnym omówieniem powyższych regulacji konieczne jest wskazanie, iż stanowią one istotne ograniczenie prawa własności nieruchomości, czy prowadzenia działalności gospodarczej, co wynika z uznania konieczności ochrony krajobrazu za interes publiczny¹⁶, któremu niekiedy należy przyznać prymat nad interesem indywidualnym.

Nie istnieje jednak sztywna zasada nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym, gdyż byłoby to sprzeczne z założeniami państwa prawa¹⁷. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny¹⁸, Konstytucja nie zakłada też prymatu prawa własności w stosunku do innych praw, nie jest bowiem prawem absolutnym i dlatego może podlegać ograniczeniom. Dopuszczalne są one z zachowaniem warunków przewidzianych w art. 31 ust. 3 oraz art. 64 ust. 3 Konstytucji. Z drugiej strony, ochrona środowiska nie została ujęta w Konstytucji jako wartość nadrzędna, lecz podlega równej z innymi prawami ochronie, dlatego też możliwość ograniczeń prawa

16 „Interes publiczny (społeczny) nie ma generalnego, wszechobjęającego znaczenia opisowego; jego znaczenie opisowe jest w poważnym stopniu związane z kontekstem społecznym i politycznym. Interes społeczny wymaga ciągłej redefinicji, ciągłej analizy i nieustannie nowego wartościowania” (M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1986, s. 47).

17 Wyrok SN z 18 listopada 1993 r., III ARN 49/93, OSNCP 1994, nr 9, poz. 181.

18 Wyrok TK z 11 maja 1999 r., P 9/98, (DzU 1999, nr 044, poz. 434).

własności z uwagi na ochronę środowiska (w tym przypadku ochronę krajobrazu) nie oznacza, że ma ona automatyczne pierwszeństwo przed innymi wartościami konstytucyjnymi, nie zawsze więc żądanie ochrony krajobrazu będzie powodem ograniczenia prawa własności¹⁹.

W planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym na mocy art. 1 ust. 2 u.p.z.p. uwzględnia się wiele wymogów, m.in. prawo własności, ład przestrzenny, ochronę zdrowia oraz bezpieczeństwo ludzi i mienia, a także walory architektoniczne i krajobrazowe. W studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy²⁰ zgodnie z art. 10 ust. 1 u.p.z.p. uwzględnia się uwarunkowania wynikające m.in. z wymogów ochrony środowiska, przyrody i krajobrazu, w tym krajobrazu kulturowego. W przypadku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego rada gminy podejmuje uchwałę o przystąpieniu do jego sporządzenia w celu ustalenia przeznaczenia terenów, w tym dla inwestycji celu publicznego, oraz określenia sposobów ich zagospodarowania i zabudowy²¹. Art. 6 ust. 1 u.p.z.p. wskazuje, że ustalenia planu wraz z innymi przepisami kształtują wykonywanie prawa własności. Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest zgodnie z art. 14 ust. 8 u.p.z.p. aktem prawa miejscowego i jako taki zawiera ustalenia powszechnie wiążące na obszarze, na którym obowiązuje²². Jego treść charakteryzuje się bardzo dużą szczegółowością oraz precyzją, dlatego też poprzez ustalenie przeznaczenia terenu w sposób znaczący oddziałuje na wykonywanie prawa własności na terenach, dla których został uchwalony. Art. 15 ust. 2 u.p.z.p. określa, że w planie miej-

19 W. Radecki (red.), *Teoretyczne podstawy prawa ochrony przyrody*, Biuro Doradztwa Ekologicznego, Wrocław 2006, s. 140.

20 Wójt, burmistrz albo prezydent miasta w celu określenia polityki przestrzennej gminy, w tym lokalnych zasad zagospodarowania przestrzennego, obowiązkowo sporządza studium dla obszaru w granicach administracyjnych gminy, uchwała go natomiast rada gminy. W studium następuje określenie struktury przestrzennej gminy, a także kwalifikacja i przeznaczenie poszczególnych obszarów gminy oraz wstępna lokalizacja przestrzeni publicznych i infrastruktury publicznej (Z. Niewiadomski [red.], *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 87).

21 Jest on podstawowym narzędziem planistycznym, który w sposób wiążący ustala przeznaczenie terenu na określone cele, znajdują się w nim regulacje odnoszące się do sposobu zagospodarowania terenu objętego planem, w tym także dane dotyczące ewentualnej nowej zabudowy (T. Bąkowski, *Komentarz do art. 14*, [w:] T. Bąkowski, *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, LEX/el, Zakamycze 2004). Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego ma stanowić uszczegółowienie zapisów zawartych w studium (Wyrok WSA w Krakowie z 17.05.2013 r., II SA/Kr 261/13).

22 Wyrok WSA w Warszawie z 28.06.2007 r., IV SA/Wa 758/07.

scowym określa się obowiązkowo m.in. zasady ochrony środowiska, przyrody i krajobrazu oraz zasady kształtowania krajobrazu. Jego uchwalenie nie jest jednak obowiązkowe i zależy jedynie od woli władz lokalnych. Obecnie powstaje znikoma liczba planów miejscowych, z jednej strony z uwagi na wysokie koszty ich sporządzenia, z drugiej z uwagi na presję ze strony inwestorów, która sprawia, że uchwalane są dla niewielkich obszarów pod konkretne przedsięwzięcia, co ma przynieść korzyści ekonomiczne gminie. Z tego też powodu nie istnieje realna ochrona krajobrazu z ich udziałem.

Kolejny instrument, audyt krajobrazowy, został wprowadzony na mocy ustawy krajobrazowej i wzbudza już liczne kontrowersje. W art. 38a ust. 2 u.p.z.p. wskazano, że ma on za zadanie identyfikowanie krajobrazów występujących na całym obszarze województwa, określenie ich cech charakterystycznych oraz dokonanie oceny ich wartości. Audyt musi być sporządzany dla obszaru województwa, nie rzadziej niż co 20 lat, a zadanie to zostało przydzielone samorządowi województwa. Jego uchwalenie implikuje uwzględnienie zawartych w nim rekomendacji i wniosków w planie zagospodarowania przestrzennego województwa. Dodatkowo na mocy art. 15 ust. 2 pkt 7 u.p.z.p. granice i sposoby zagospodarowania terenów krajobrazów priorytetowych określonych w audycie krajobrazowym muszą zostać obowiązkowo zawarte w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego.

Z powyższego wynika, że ustalone w audycie założenia będą wpływać bezpośrednio na właścicieli nieruchomości położonych w każdej gminie. Co więcej, projekt audytu jest sporządzany przez zarząd województwa, czyli organ niewyspecjalizowany, nieposiadający merytorycznej wiedzy z zakresu identyfikacji i wartościowania krajobrazów, co wzbudza obawy dotyczące jakości powstałych audytów. Dodatkowo przy obecnej inflacji prawa zastanawia sens regulacji, której zadania mogłyby zostać zawarte w istniejącym studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy lub miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. Tymczasem audyty mogą okazać się nie tyle skutecznym instrumentem ochrony krajobrazu, lecz kosztownym dokumentem ograniczającym prawo własności. W myśl zapisów ustawy krajobrazowej, audyty krajobrazowe miały zostać przygotowane w terminie trzech lat od wejścia w życie ustawy, czyli do 11 września 2018 r. Obecnie wiadomo już, że termin ten nie zostanie dochowany, gdyż dopiero w styczniu 2019 roku będzie uchwalone rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie sporządzania

audytów krajobrazowych, które określi stosowaną przy sporządzaniu audytów krajobrazowych klasyfikację krajobrazów, sposób oceny krajobrazów, wskazywanie krajobrazów priorytetowych i szczegółowy zakres audytu krajobrazowego.

Ochrona krajobrazu jest dokonywana także w ustawie o ochronie przyrody poprzez ustanawianie zawartych w art. 6 u.o.p. form ochrony przyrody²³. Wraz z wyodrębnieniem zamkniętego obszaru charakteryzującego się specyficznym reżimem prawnym i zastosowaniu odpowiednich instrumentów administracyjnoprawnych zostają ograniczone lub reglamentowane prawa obywatelskie²⁴. Następstwem prawnym wyznaczenia parku narodowego czy parku krajobrazowego jest bowiem obowiązywanie na takim terenie systemu określonych zakazów i ograniczeń mogących wpływać na sposób korzystania z nieruchomości. Na przykład dla parku krajobrazowego w art. 17 i podobnie dla obszaru chronionego krajobrazu w art. 24 u.o.p. przewiduje, iż organ założycielski, w tym przypadku sejmik województwa, może wprowadzić na jego terenie wybrane zakazy, takie jak: zakaz wykonywania prac ziemnych trwale zniekształcających rzeźbę terenu, zakaz realizacji przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko lub zakaz budowania nowych obiektów budowlanych w pasie szerokości 100 m od linii brzegów rzek, jezior i innych naturalnych zbiorników wodnych. Warto podkreślić, iż podmioty wskazane przez ustawodawcę, jako odpowiedzialne za utworzenie i likwidację form ochrony przyrody, czyli sejmik województwa, rada gminy czy Rada Ministrów, nie mają z reguły specjalistycznej wiedzy z dziedziny ochrony krajobrazu. Czasem zaś organy te są wyspecjalizowane jedynie w aspekcie przyrodniczym krajobrazu, np. regionalny dyrektor ochrony środowiska. Nie wprowadzono konieczności uzyskania zgody, czy też opinii organu ochrony zabytków, właściwego z uwagi na walory kulturowe krajobrazu. Co więcej, podstawowe ryzyko związane z degradacją krajobrazu stanowi presję inwestycyjną na terenach cennych krajobrazowo. Z tego powodu nowe formy ochrony powstają bardzo rzadko, a częstą praktyką na już istniejących obszarach są zmiany zakazów na łagodniejsze lub zupełna ich eliminacja pod dyktando inwestora.

Ochrona omawianego już wcześniej krajobrazu kulturowego jest

23 Są to parki narodowe, rezerваты przyrody, parki krajobrazowe, użytki ekologiczne, zespoły przyrodniczo-krajobrazowe oraz ochrona gatunkowa roślin, zwierząt i grzybów.

24 J. Ciechanowicz-McLean (red.), *Polskie prawo ochrony przyrody*, Difin, Warszawa 2006, s. 36.

dokonywana poprzez utworzenie parku kulturowego, który stosownie do art. 7 pkt. 3 u.o.z. jest jedną z form ochrony zabytków. Utworzyć go może rada gminy na podstawie uchwały, po zasięgnięciu opinii wojewódzkiego konserwatora zabytków w celu ochrony krajobrazu kulturowego oraz zachowania terenów wyróżniających się krajobrazowo z zabytkami nieruchomymi charakterystycznymi dla miejscowej tradycji budowlanej i osadniczej.

Na uwagę zasługuje określenie sposobu ochrony parku. Ustawodawca upoważnił radę gminy do uchwalenia w uchwale o powołaniu parku kulturowego zakazów i ograniczeń wybranych spośród wyliczonych w art. 17 ust. 1 u.o.z. Zakazy i ograniczenia mogą dotyczyć: 1) prowadzenia robót budowlanych oraz działalności przemysłowej, rolniczej, hodowlanej, handlowej lub usługowej, 2) zmiany sposobu korzystania z zabytków nieruchomych, 3) umieszczania tablic, napisów, ogłoszeń reklamowych i innych znaków niezwiązanych z ochroną parku kulturowego, z wyjątkiem znaków drogowych i znaków związanych z ochroną porządku i bezpieczeństwa publicznego, z zastrzeżeniem art. 12 ust. 1 U.o.z.; 3a) zasad i warunków sytuowania obiektów małej architektury oraz 4) składowania lub magazynowania odpadów. Oznacza to, że na takim obszarze mogą zostać ustalone ograniczenia związane np. z kolorystyką budynków, zakazami umieszczania reklam czy handlu w określonych miejscach. Na przykład w Parku Kulturowym Stare Miasto w Krakowie na mocy § 4 pkt 1 uchwały w sprawie utworzenia parku kulturowego²⁵ został wprowadzony zakaz prowadzenia w odniesieniu do budynków frontowych robót budowlanych prowadzących do zmian wystroju elewacji i zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 6 „zakaz umieszczania więcej niż jednego szyldu informującego o podmiocie i prowadzonej działalności na elewacji budynku, w którym działalność jest prowadzona, oraz zakaz umieszczania takich szyldów na innych budynkach”, a pkt 7 wspomnianej regulacji dodaje zakaz „umieszczania nośników informacji wizualnej o jaskrawej kolorystyce, odbijających światło, odblaskowych, projekcji świetlnych, elementów ruchomych, neonów oraz światła o zmieniającym się natężeniu, błyskowego lub pulsującego”. Prowadzi to do licznych kontrowersji. Park kulturowy ze względu na swój reglamentacyjny

25 Uchwała Rady Miasta Krakowa nr CXV/1547/10 z 3 listopada 2010 r. w sprawie utworzenia parku kulturowego pod nazwą Park Kulturowy Stare Miasto, <https://www.bip.krakow.pl> (dostęp: 30.10.2018).

charakter z jednej strony chroni krajobraz kulturowy, uniemożliwiając jego oszpeccenie, z drugiej zaś wywołuje wątpliwości, gdyż wprowadza dotkliwe ograniczenia związane z wykonywaniem prawa własności i prowadzenia działalności gospodarczej. W Polsce ta forma ochrony nie powstaje więc zbyt często.

Ryzyko degradacji krajobrazu spowodowane działaniami inwestycyjnymi wciąż wzrasta. Wynika to z braku odpowiednich regulacji prawnych oraz, jak wskazano powyżej, niedopracowania i rozproszenia instrumentów jego ochrony. Sama ochrona krajobrazu jest trudna do zrealizowania także dlatego, że postępujący rozwój przedsięwzięć jest rozumiany jako postęp gospodarczy i każde ograniczenie procesu inwestycyjnego często bywa postrzegane jako próba spowolnienia rozwoju. Nie sposób nie zauważyć, że dla jakości i kształtowania krajobrazu podstawowe znaczenie mają indywidualne decyzje inwestora związane z gospodarowaniem estetyki własnego otoczenia. To przecież właściciele nieruchomości lub inwestorzy wybierają styl budownictwa, materiały czy kolorystykę, powinni więc mieć poczucie odpowiedzialności, jak przedsięwzięcie wpłynie na krajobraz okolicy. Wydaje się, że w związku z powyższym istotne są nie tylko odpowiednie regulacje prawne, lecz także edukacja społeczeństwa w zakresie wartości krajobrazów i potrzeby ich odpowiedniego kształtowania. Europejska Konwencja Krajobrazowa zobowiązuje państwa, by wprowadziły działania na rzecz podnoszenia świadomości społeczeństwa obywatelskiego, organizacji prywatnych i organów publicznych w zakresie wartości krajobrazów, ich roli i wprowadzanych w nich zmian, np. poprzez naukę w szkołach i na uniwersytetach oraz szkolenia specjalistów w zakresie oceny krajobrazu.

Można stwierdzić, że znaczna część obecnych inwestorów jest świadoma wymogów zrównoważonego rozwoju oraz ładu przestrzennego i walorów krajobrazowych. Odpowiednie planowanie krajobrazów oraz wyznaczenie celów i zakresu ochrony ładu przestrzennego jest zadaniem państwa, które powinno znaleźć się w jasnych i precyzyjnych normach prawnych wiążących inwestora²⁶.

26 Z. Niewiadomski, *Prawna regulacja...*, s. 15.

Wnioski

Ochrona krajobrazu jako naszego wspólnego dobra jest niezwykle istotna dla całego społeczeństwa. Odgrywa ważną rolę w dziedzinie kultury, panującego ładu przestrzennego i rozwoju działalności gospodarczej. Niestety, rozproszone i nieskuteczne regulacje prawne w zakresie ochrony krajobrazu i, co z tym związane, niekontrolowana urbanizacja oraz powstawanie inwestycji zaburzających harmonię krajobrazu przyczyniają się do jego stopniowej degradacji. Oprócz skutecznych regulacji prawnych bez wątpienia konieczna jest także odpowiednia edukacja społeczeństwa oraz szkolenie wykwalifikowanych pracowników mających odpowiednią wiedzę w tej skomplikowanej materii.

Bibliografia

Bąkowski T., *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Komentarz*, LEX/el 2004.

Biliński T., *Struktura i uwarunkowania współczesnego procesu inwestycyjno-budowlanego*, „Przegląd Budowlany” 2010, z. 11.

Ciechanowicz-McLean J. (red.), *Polskie prawo ochrony przyrody*, Difin, Warszawa 2006.

Fogel A., *Uwarunkowania prawnoustrojowe ochrony i kształtowania krajobrazu*, „Samorząd Terytorialny” 2014, z. 12.

Jendrośka J., Bar M., *Prawo ochrony środowiska. Podręcznik*, Centrum Prawa Ekologicznego, Wrocław 2005.

Majchrowska A., *Realizacja zapisów Europejskiej Konwencji Krajobrazowej*, „Czasopismo Techniczne” 2007, z. 7A.

Majchrowska A., *Realizacja zapisów Europejskiej Konwencji Krajobrazowej*, „Czasopismo Techniczne” 2007, z. 7A.

Niewiadomski Z. (red.), *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009.

Niewiadomski Z., *Prawna regulacja procesu inwestycyjno-budowlanego w Polsce. Diagnoza stanu i kierunki zmian*, „Przegląd Budowlany” 2013, z. 6.

Olbrycht H., *Prawo człowieka do krajobrazu*, [w:] *Prawo człowieka do środowiska naturalnego*, J. Sommer (red.), Ossolineum, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987.

Radecki W. (red.), *Teoretyczne podstawy prawa ochrony przyrody*, Wydawnictwo Prawo Ochrony Środowiska, Wrocław 2006.

Rakoczy B., *Ograniczenie praw i wolności jednostki ze względu na ochronę środowiska w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, TNOiK, Toruń, 2006,

Wyrzykowski M., *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1986.

Akty prawne

Europejska Konwencja Krajobrazowa, DzU 2006, nr 14, poz. 98.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., (DzU 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki morskiej z 2 marca 1999 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, (DzU 2016, poz. 124.).

Uchwała Rady Miasta Krakowa nr CXV/1547/10 z 3 listopada 2010 roku w sprawie utworzenia parku kulturowego pod nazwą „Park Kulturowy Stare Miasto”.

Ustawa z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody, (DzU 2018, poz. 142.).

Ustawa z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, (DzU 2017, poz. 2187 ze zm.).

Ustawa z 24 kwietnia 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu, (DzU 2015, poz. 774 ze zm.).

Ustawa z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, (DzU 2016, poz.1688 ze zm.).

Ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, (DzU 2017, poz.1073 ze zm.).

Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, (DzU 2018, poz.1202 ze zm.).

Uzasadnienie do projektu projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu, druk nr 1525.

Orzecznictwo

Wyrok TK z 11 maja 1999 r., P 9/98, DzU 1999, nr 044, poz. 434.

Wyrok NSA z 6 czerwca 2013 r., II OSK 306/12, publ. CBOSA.

Wyrok WSA w Warszawie z 28 czerwca 2007 r., IV SA/Wa 758/07.

Wyrok SN z 18 listopada 1993 r., III ARN 49/93, OSNCP 1994, nr 9, poz. 181.

Mgr Aleksandra Kędzior
Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania w Rzeszowie

Ryzyko a zasada jawności w postępowaniu administracyjnym

Abstrakt

Autorka analizuje konsekwencje zasady jawności postępowania administracyjnego w kontekście ryzyka związanego z jej stosowaniem oraz przedstawia instrumenty prawne przewidziane dla zmniejszenia tego ryzyka.

Słowa kluczowe: zasada jawności postępowania administracyjnego, ryzyko

Wstęp

Istotą zasad prawa są: ich funkcja porządkująca, zapewnianie jednolitości działań administracji oraz realizacja określonej polityki administrowania, a także ujednoczenie wyników interpretacji przepisów prawa dokonywanych przez aparat administracji. Jeśli przyjrzymy się zasadzie jawności wyrażonej w kodeksie postępowania administracyjnego¹, możemy szukać odpowiedzi na następujące pytania badawcze: 1) jakie zagrożenia bądź ryzyko pociąga za sobą jej stosowanie oraz 2) czy w porządku prawnym są obecne mechanizmy, które uwzględniają to ryzyko.

1. Pojęcie ryzyka

Glosariusz Międzynarodowych Standardów Profesjonalnej Praktyki Audytu Wewnętrznych wydanych przez Audytorów Wewnętrznych definiuje ryzyko w następujący sposób: „ryzyko – możliwość zaistnienia zdarzenia, które będzie miało wpływ na realizację założonych celów”. Podobnie definiują ryzyko wytyczne wydane na podstawie art. 69 ustawy o finansach publicznych². „Ryzyko według tych definicji oznacza cechę opisującą możliwość zaistnienia zdarzenia, które będzie miało wpływ na realizację założonych celów”. Z kolei norma ISO 31000:2018 – popularny standard zarządzania ryzykiem w organizacji³, określa, w jaki sposób organizacje mogą zintegrować podejmowanie decyzji opartych na ryzyku z administrowaniem, planowaniem, zarządzaniem, raportowaniem, polityką, wartościami i kulturą organizacji. Tak więc pojęcie ryzyka wiąże się z niepewnością związaną ze zdarzeniem lub działaniem, które wpłynie na zdolność organizacji do realizacji jej celów. Ryzyko może mieć charakter negatywnego zagrożenia lub też pozytywnej możliwości.

1 Tekst jedn. DzU 2017, poz. 1257.

2 Tekst jedn. DzU 2017, poz. 2077.

3 Norma ISO 31000 – opis w: <https://www.pkn.pl/informacje/2018/04/zarzadzanie-ryzykiem> (dostęp: 15.09.2016).

2. Rodzaje ryzyka o szczególnym znaczeniu dla administracji

Dokonując analizy możliwości wystąpienia ryzyka, zarówno w pracach organów administracji, jak i samym postępowaniu administracyjnym, które mają konkretny wpływ i mogą wystąpić w powiązaniu z zasadą jawności, trzeba zauważyć, że obejmują one 7 obszarów/kategorii. Pierwszym z nich jest obszar związany z kwestiami organizacyjnymi, a więc przygotowaniem i planowaniem prac, jakością tworzonych produktów i usług, terminowością w realizacji zadań, efektywnością procedur i struktur oraz adekwatnością czasu do zadania. Drugi obszar możliwości wystąpienia ryzyka jest powiązany z kwestiami finansowymi. Trzeci zaś obejmuje zasoby ludzkie, czyli m.in. adekwatność poszczególnych pracowników do wyznaczonego zadania, posiadanie przez nich niezbędnej wiedzy, umiejętności i doświadczenia dla realizacji zadania, stopień rotacji pracowników, obsadzanie kluczowych stanowisk, staranność pracowników oraz zachowanie procedur. Właśnie ten ostatni obszar wydaje się obciążony największym ryzykiem. Obszar czwarty – sprzęt i informacja – zawiera kwestie takie jak posiadanie podstawowych narzędzi pracy do realizacji zadania, obieg informacji w urzędzie, komunikacja między pracownikami oraz bezpieczeństwo informacji. Duże znaczenie mają też kwestie polityczne, wymienione w piątym obszarze występowania ryzyka, gdyż bez wątpienia cykl polityczny (kampania, zmiana ekipy rządzącej), ważne decyzje polityczne oraz reakcja opozycyjnych sił politycznych na prowadzone działania wpływają, a nawet generują powstawanie ryzyka w administracji. Szóstym obszarem możliwości wystąpienia ryzyka są kwestie prawne, czyli wpływ istniejących regulacji na podejmowanie działań, wpływ zapowiadanych zmian w przepisach, liczba pozwów lub spraw sądowych, jakość wydanych decyzji. Interesariusze (w tym obywatele) to siódmy obszar występowania ryzyka. W obszarze tym mieszczą się takie kwestie jak zły wizerunek urzędu, sprzeciwy obywateli wobec zamierzonych działań oraz jakość i rodzaj wsparcia interesariuszy w podejmowanych działaniach.

3. Pojęcie zasad prawa

Przez pojęcie zasady prawa należy rozumieć normy obowiązujące dla danego systemu prawa bądź jego części. O charakterze takiej normy przesądza: jej usytuowanie w hierarchicznej strukturze systemu prawa, stosunek do innych norm, rola w kształtowaniu danej instytucji prawnej oraz ocena celu, zadań i funkcji pełnionych przez normę w kontekście jej stosowania⁴ – taką definicję prezentują Kazimierz Opalek i Jerzy Wróblewski. Odmienną definicję zasad prawa stworzył Jerzy Starościak, który uważa, że „zasady ogólne prawa administracyjnego są wnioskowaniem ogólnym z przepisów prawa i ich stosowania, ale wiążąc się z innymi zasadami regulującymi zachowanie człowieka, stanowią tak ścisły stop tych różnych zasad, że stają się formacją przejściową od prawa ku normom etyki i moralności działania organów administracyjnych”⁵.

Zasady prawa mają pełnić różnego rodzaju funkcje. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż są to następujące funkcje:

- porządkująca, która ma za zadanie systematyzowanie sposobów działań administracji,
- zapewniania jednolitości działań administracji,
- zapewniania realizacji określonej polityki administrowania,
- ujednoczenia wyników interpretacji przepisów prawa dokonywanych przez aparat administracji.

4. Pojęcie jawności

Zajmując się kwestiami związanymi z jawnością postępowania administracyjnego, a także pojęciem ryzyka, rozważania te należy rozpocząć od wyjaśnienia podstawowych zagadnień, takich jak jawność.

4 K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, PWN, Warszawa 1969, s. 92 i n.

5 J. Starościak, *Źródła prawa administracyjnego*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1, Ossolineum, Wrocław 1977, s. 48.

Z jawnością mamy do czynienia wtedy, kiedy nie istnieją żadne przeszkody, aby być poinformowanym, móc informować innych oraz mieć dostęp do różnego rodzaju informacji. Jednym z pierwszych przedstawicieli prawa administracyjnego, który w polskim piśmiennictwie użył terminu „jawność” był Janusz Łętowski⁶. Pojęcie to opisywał jako dostęp do informacji, akt, dokumentów, które znajdują się w posiadaniu władzy. Termin ten ze względu na ustrój, jaki panował w Polsce w latach osiemdziesiątych, nie był terminem popularnym i możliwym do realizacji ze względu na silne przywiązanie do zachowania tajemnicy pod pretekstem interesu państwa oraz ochrony sposobu rządzenia⁷.

5. Zasada jawności w kodeksie postępowania administracyjnego – ryzyko wynikające z działań zgodnych z tą zasadą oraz próba rozwiązania problemu

Zasada jawności jest pojęciem interdyscyplinarnym. Zajmuje się nią wiele gałęzi prawa, m.in. prawo międzynarodowe, prawo konstytucyjne i prawo administracyjne. Dlatego też zagadnienia wchodzące w skład pojęcia jawności są zróżnicowane i trudne do usystematyzowania. Jako przykład można podać: jawność prawa, dostęp do dokumentów lub danych, prawo do informacji, prawo do bycia informowanym, jawność procedury administracyjnej. Zasada jawności ma również związek z prawem do wolności informacji oraz z wolnościami pokrewnymi, np. wolnością słowa, wolnością wypowiedzi czy wolnością prasy. Zasada jawności znajduje się zarówno w aktach prawa międzynarodowego, unijnego, jak i w polskim porządku prawnym. Jest o niej mowa już w samej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.⁸ Dla omawianego tu tematu najważniejsze znaczenie ma

6 J. Łętowski, *Problemy jawności działania administracji państwowej*, OMT 1985, nr 7.

7 T. Górczyńska, *Kilka słów o prawie do informacji i zasadzie jawności*, [w:] (red.) A. Łopatka, A. Wróbel, S. Kiewlicz, *Państwo prawa, administracja sądownictwa*, Zakamycze, Warszawa 1999, s. 116.

8 Ustawa z 2 kwietnia 1997 r. (DzU 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

jednak kodeks postępowania administracyjnego⁹. Choć zasada jawności nie została wyrażona w nim bezpośrednio, możemy wywieść ją z zawartego tam katalogu zasad ogólnych. Skutkuje to tym, iż zasada względnej jawności postępowania administracyjnego jest zaliczana do tzw. zasad szczególnych, które odnoszą się jedynie do określonych fragmentów postępowania.

I tak podstaw obowiązywania zasady jawności i szczególnych postaci ryzyka mogącego wystąpić w przypadku jej stosowania możemy się doszukać w następujących artykułach k.p.a.: 9, 6, 8 i 10.

Zasada wynikająca z art. 9 k.p.a. w literaturze przedmiotu występuje pod różnymi nazwami, np. jako „zasada obowiązku organów do udzielania informacji faktycznej i prawnej”, „zasada czuwania przez organy administracji nad interesem stron”, „zasada udzielania informacji stronom” oraz „zasada pomocy prawnej”. Podmiotami tej zasady są podmioty biorące udział w postępowaniu administracyjnym (organy prowadzące postępowanie, strony oraz uczestnicy postępowania). Ważne jest, aby podmiot biorący udział w postępowaniu wykazał swój interes prawny, czyli subiektywny własny pogląd na działalność administracji publicznej, wykazał, że powinna ona podjąć na jego rzecz jakieś działanie lub powstrzymać się od jakiegoś działania. Przedmiotem tej zasady jest udzielenie informacji (zbioru wszystkich wiadomości, którymi dysponuje w danej chwili organ administracji). Informacja, która stanowi przedmiot omawianej zasady, ma być udzielana „należycie” (czyli odpowiednio, dokładnie, właściwie, porządnie) i „wyczerpująco” (dogłębnie, wszechstronnie, dokładnie, gruntownie). Treścią informacji są zarówno okoliczności faktyczne, jak i prawne, które mają wpływ na ustalenie praw i obowiązków strony. Obowiązek organów administracji wynikający z art. 9 k.p.a. polega na udzielaniu informacji o okolicznościach „faktycznych i prawnych, które mogą mieć wpływ na ustalenie ich praw i obowiązków będących przedmiotem postępowania administracyjnego”.

Zasadę udzielania stronie informacji można naruszyć na trzy sposoby: poprzez odmówienie jej udzielenia, przez jej niepełne (niewyczerpujące, niedokładne) udzielenie oraz poprzez błędne jej przekazanie. Naruszenie może więc wynikać zarówno z działania organu administracji publicznej, jak i z zaniechania. Kodeks postępowania administracyjnego nie

9 Ustawa z 14 czerwca 1960 r. (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1257).

określa wyraźnie skutków prawnych naruszenia zasady udzielania informacji faktycznej i prawnej. Ryzyko wystąpienia nieprawidłowości jest spore, może ono być spowodowane głównie przez czynnik ludzki, gdy ktoś dopuści się zaniedbania bądź nie dopełni swoich obowiązków¹⁰.

Drugi obowiązek wynikający z zasady jawności to „obowiązek organów do czuwania nad tym, aby strony i inne osoby uczestniczące w postępowaniu nie poniosły szkody z powodu niezajomości prawa, i w tym celu [organy] udzielają im niezbędnych wyjaśnień” – art. 9 k.p.a. Obowiązek ten dotyczy zarówno strony postępowania, jak i jego uczestników. Organy zobowiązane są do udzielania informacji prawnej, której celem będzie ochrona obywateli przed ewentualnym poniesieniem przez nich szkód. Zgodnie z nim organ nie może jedynie ograniczyć się do wskazania obywatelowi przydatnych przepisów prawnych, powinien również udzielić mu istotnych informacji i wskazówek pozwalających na uniknięcie szkody. „Organ administracji publicznej musi poinformować stronę lub uczestnika postępowania o negatywnych skutkach podejmowanych przez nich czynności, jak też o takich skutkach bierności w określonych sytuacjach procesowych. Organ w tych sytuacjach ma obowiązek zapobiegania działaniu stron lub uczestników postępowania na własną szkodę przez udzielanie ostrzeżeń i informacji o prawidłowej formie i treści czynności, które powinny one podejmować”¹¹. Jak można zauważyć, realizacja tej zasady pociąga za sobą możliwość wystąpienia ryzyka: może to być błąd ludzki, nieumiejętne przekazanie informacji, wprowadzenie w błąd, niewykwalifikowana kadra. Wydaje się, że w tym przypadku zachodzi spore prawdopodobieństwo nieudzielenia kompletu informacji, o czym świadczy przede wszystkim to, że naruszenie art. 9 (zdanie drugie) jest częstym zarzutem skarg kierowanych do wojewódzkich sądów administracyjnych¹².

Przepis art. 6 k.p.a. formułuje zasadę praworządności (legalności), która wywodzi się z konstytucyjnej zasady praworządności wyrażonej w art. 7 Konstytucji¹³. Zasadę tę rozumie się jako przestrzeganie prawa przez organy administracji publicznej. Wpływ zasady praworządności na jawność

10 G. Łaszczycza, *Komentarz do art.9 k.p.a.*, Lex, 2012.

11 B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sędowo-administracyjne*, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 43.

12 Np. wyroki wojewódzkich sądów administracyjnych: II SA/OI 172/18, III SA/Kr 133/18; II SA/OI 71/18.

13 W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lubelskie Towarzystwo Naukowe, Lublin 1997, s. 127.

działań administracji jest znaczący. Zarówno obywatel, jak i organ administracji wie, według jakich zasad, praw, kryteriów będzie rozpatrywana jego sprawa. Znając prawo, ma również możliwość jego przestrzegania, korzystania z niego dla osiągnięcia konkretnych celów i zamierzeń. Dlatego też obie strony – obywatel i organ – mają możliwość przewidzenia rozstrzygnięć oraz sposobu postępowania każdej ze stron. Obywatel ma świadomość i pewność, że organ postępuje zgodnie z prawem, ma możliwość sprawdzenia tego postępowania, wie, że urzędnik może postępować tylko zgodnie z prawem powszechnie obowiązującym. Takie sformułowanie tej zasady w kontekście specjalistycznego języka i liczby tekstów aktów prawnych czyni pewnym ryzyko braku dostatecznej wiedzy, czy to ze strony obywatela, czy urzędu, a także obawę, iż praworządność może zostać zachwiana. W tym miejscu warto też wspomnieć o ryzyku związanym ze zjawiskiem monstrialnej inflacji prawa – które choć jawne¹⁴, jest nieprzyswajalne i nieczytelne¹⁵, a każdy błąd interpretacji przepisów prawa obciąża obywatela.

Kolejnym zagadnieniem dotyczącym zasady jawności i ryzyka związanego z jej stosowaniem jest kontekst zasady pogłębiania zaufania obywateli do organów administracji (art. 8 k.p.a.). Zasada ta stanowi, iż „organy administracji publicznej obowiązane są prowadzić postępowanie w taki sposób, aby pogłębiać zaufanie obywateli do organów państwa oraz świadomość i kulturę prawną obywateli”. Artykuł ten wskazuje sposób, w jaki organ powinien prowadzić postępowanie, a także cele, które powinny zostać osiągnięte – mianowicie cel polegający na pogłębieniu zaufania obywateli do organów państwa oraz cel polegający na oddziaływaniu organów na świadomość i kulturę prawną obywateli. Aby osiągnąć te cele, organy muszą prowadzić postępowania sprawiedliwie i zgodnie z prawem, a ich decyzje powinny wzbudzać zaufanie obywateli, nawet jeśli ich żądania nie zostaną uwzględnione. Bez wątplenia na utratę zaufania obywateli wobec organów państwa wpływa naruszenie prawa przez organ czy wydanie niesprawiedliwej decyzji¹⁶. Aby mówić, iż zasada ta jest przestrzegana, organ administracji publicznej musi dbać o zachowanie w toku czynności

14 Publikowane w dziennikach urzędowych dostępnych na www.dziennikiurzedowe.gov.pl.

15 Raporty: Grant Thornton <http://barometrprawa.pl/> – http://barometrprawa.pl/wp-content/uploads/2018/02/barometr_prawa_2018.pdf (dostęp: 10.09.2018).

16 B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowno-administracyjne*, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 39.

postępowania zasady równości w traktowaniu wszystkich uczestników postępowania, poprawnie szacować słuszność interesów jednostkowych oraz rozstrzygać wątpliwości procesowe na korzyść uczestników postępowania, zachowując w tym samym stanie prawnym i faktycznym stałość rozstrzygnięć w toku instancji administracyjnych, a zmian w stanie prawnym nie wykorzystywać do zaskakiwania obywatela. Tu również można się obawiać, że wystąpi ryzyko po stronie ludzkiej, np. gdy urzędnik swoim zachowaniem, wiedzą i kompetencjami nie przekona obywateli do swoich dobrych działań i intencji. Zawsze też istnieje ryzyko dotyczące pojmowania sprawiedliwości, a co za tym idzie, wzbudzania zaufania społecznego.

Następnych podstaw obowiązywania i stosowania zasady jawności można się doszukać w bardziej szczegółowej zasadzie czynnego udziału stron w postępowaniu (art. 10 k.p.a). Nakłada ona na organ administracji obowiązek zapewnienia stronom czynnego udziału w każdym stadium postępowania. Daje także możliwość wypowiedzenia się – do momentu wydania decyzji – co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Odstąpienie od tej zasady może nastąpić jedynie w sytuacji, kiedy załatwienie sprawy nie cierpi zwłoki ze względu na niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia ludzkiego albo ze względu na grożącą niepowetowaną szkodę materialną. Taka sytuacja musi zostać odnotowana w aktach sprawy wraz z podaniem jej przyczyn.

Celem tej zasady jest ochrona interesów strony postępowania. Strona może uznać, iż sama jej obecność w toku postępowania jest już wystarczająca bądź może aktywnie w nim uczestniczyć, zgłaszając inicjatywy procesowe. Strona nie powinna jednak zdać się wyłącznie na działanie organu i jego inicjatywę w tych czynnościach, lecz sama podejmować odpowiednie działania. Organ zaś powinien w pełni wyjaśnić stronie całość sprawy oraz informować ją o wszystkich czynnościach, w których strona może lub powinna uczestniczyć. Organ ma również prawo do podejmowania czynności procesowych mających wpływ na ustalenie stanu faktycznego i prawnego sprawy administracyjnej. Ryzyko popełnienia błędu i niezawiadomienia wszystkich stron o postępowaniu zachodzi zwłaszcza w postępowaniach wielostronnych, np. podczas ustalania kręgu stron w procesie inwestycyjno-budowlanym¹⁷. Skutkiem prawnym naruszenia zasady czynnego udziału stron w postępowaniu – kiedy strona bez własnej winy nie mo-

17 Np. wyroki WSA: SA/Go 1171/17; VII SA/Wa 472/17, II SA/Kr 1059/17.

gła w nim uczestniczyć – jest ciężka wada procesowa, która może być podstawą wznowienia postępowania administracyjnego (art. 145 k.p.a.). Należy podkreślić, że w tym zakresie ustawodawca zadbał należyście o niwelację skutków takiego zdarzenia – dzięki wspomnianej regulacji.

Zasada przekonywania stron (art. 11 k.p.a.) zobowiązuje organ administracji publicznej do ujawnienia i wyjaśnienia stronom zasadności przesłanek, którymi się kierował przy załatwieniu danej sprawy. Zadaniem organu jest skłonienie strony do dobrowolnego zastosowania się do treści decyzji poprzez stworzenie takiej sytuacji, aby w miarę możliwości doprowadzić do wykonania przez stronę decyzji bez potrzeby stosowania wobec nich środków przymusu.

Należy mieć na uwadze, że omawiana zasada powinna przyświecać działaniom organu podczas załatwiania sprawy, a nie tylko na etapie sporządzania decyzji. Organ jest obowiązany respektować ją podczas stykania się ze stronami w toku postępowania, przy prowadzeniu rozprawy i przy przeprowadzaniu dowodów¹⁸. Warto podkreślić, iż organ, aby przekonać stronę do swoich racji, powinien ustosunkować się do żądania strony w danej sprawie, a także jak najlepiej uzasadnić swoją decyzję. Nie może również pozwolić na to, aby u strony pojawiło się przeświadczenie, że jest lekceważona, a organ wykonuje swoje obowiązki niesprawiedliwie i stronniczo. Szczegółowe regulacje dotyczące sposobu ujawniania i wyjaśniania motywów rozstrzygnięć są zawarte w art. 81 i 107 k.p.a. Art. 81 stanowi o tym, że „okoliczność faktyczna może być uznana za udowodnioną, jeżeli strona miała możliwość wypowiedzenia się co do przeprowadzonych dowodów”. Brak odebrania od strony takiego oświadczenia skutkuje brakiem mocy dowodowej¹⁹. Zgodnie z art. 107 par. 3, „uzasadnienie faktyczne decyzji powinno w szczególności zawierać wskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, zaś uzasadnienie prawne – wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa”. Ryzyko pominięcia odpowiednio rozbudowanego uzasadnienia jest zredukowane przez konsekwentną linię orzeczniczą Naczelnego Sądu Administracyjnego uznającego zbyt lakoniczne

18 S. Rozmaryn, *O zasadach ogólnych kodeksu postępowania administracyjnego*, PiP, Warszawa 1961, z. 12, s. 899.

19 Np. wyrok WSA: SA/Kr 1079/87, III SA 5646/98.

uzasadnienie lub jego brak za podstawę uchylenia decyzji, co może spowodować konieczność przeprowadzenia postępowania raz jeszcze i ponownego wydania należycie uzasadnionej decyzji.

Przedstawione powyżej przepisy stanowiące zasady ogólne postępowania administracyjnego są jednocześnie podstawami prawnymi, z jakich wywodzi się zasada jawności postępowania administracyjnego. Zasada ta jest bardzo ważna, gdyż to właśnie dzięki niej możemy żądać i mieć dostęp do informacji, możemy zapoznać się z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymagać, aby organy państwowe go przestrzegały. Realizacja tej zasady pozwala nam na czynny udział w różnego rodzaju postępowaniach, a organy państwowe zobowiązuje do działania w ten sposób, aby swoimi decyzjami pogłębiały zaufanie u obywateli oraz przekonywały ich o słuszności swoich decyzji.

Warto nadmienić jeszcze inne zasady/obowiązki normatywne, z których zasada jawności wynika pośrednio. Również tu może wystąpić ryzyko.

Pierwszą z tych regulacji jest nałożony na organ obowiązek tworzenia metryczki sprawy (art. 66a k.p.a.). Regulacja ta zakłada, iż każde akta sprawy będą miały elektroniczną lub pisemną metryczkę. Zawarte w niej mają być informacje wskazujące wszystkie osoby, które uczestniczyły w podejmowaniu czynności w postępowaniu administracyjnym. Mają w niej poza tym być określone wszystkie czynności podejmowane przez te osoby wraz z odpowiednim odesłaniem do dokumentów zachowanych w formie pisemnej lub elektronicznej określających te czynności. Idea metryczki polega na tym, iż wszystkie zawarte w niej informacje są na bieżąco aktualizowane, co pozwala obserwować zarówno treść czynności postępowania, jak i osoby, które w nim uczestniczyły. Możliwość wystąpienia tutaj ryzyka jest spora, gdyż nie ma zapewnionego żadnego mechanizmu kontroli nad poprawnością jej prowadzenia, a także nad zgodnego ze stanem faktycznym jej uzupełniania. Występujący tu czynnik ludzki może powodować błędy i niezgodności, należy jednak zakładać rzetelność działania administracji. Dzięki temu rozwiązaniu (metryczce) poczucie bezpieczeństwa obywateli wzrośnie i jednocześnie ułatwia pociągnięcie do odpowiedzialności urzędników, którzy dopuścili się błędów podczas wydawania decyzji. Należy podkreślić, że spersonalizowanie i zindywidualizowanie odpowiedzialności wprowadzone przez ustawodawcę jest istotnym i skutecznym

mechanizmem redukcji ryzyka niedbałości i braku rzetelności urzędników²⁰.

Kolejna szczegółowa regulacja została zawarta w art. 73 k.p.a. dotyczy ona udostępnianie stronie akt sprawy. Regulacja ta wywodzi się z ogólnej zasady czynnego udziału stron w postępowaniu. Ma ona za zadanie budzić zaufanie wobec organów administracji. Stąd też dzięki niej możemy się zapoznać z wszelkimi informacjami zgromadzonymi w aktach naszej sprawy, chyba że zostanie im nadana klauzula tajności. Zasada ta pozwala również obywatelowi na sporządzanie notatek z akt, kopii lub odpisów. Wszelkich czynności związanych z udostępnianiem akt należy dokonywać w lokalu organu administracji publicznej w obecności pracownika tego organu. Obecność urzędnika podczas dokonywania tych czynności pozwala na minimalizację ryzyka mogącego wystąpić w sytuacji, kiedy strona ma dostęp do akt. Minimalizuje się w ten sposób ryzyko ich zniszczenia, kradzieży czy fałszerstwa. Warto podkreślić, iż prawo wglądu do akt przysługuje również stronom i uczestnikom na prawach strony, także po zakończeniu postępowania. Odmowa udostępnienia akt sprawy następuje w drodze postanowienia, do którego można złożyć zażalenie (art. 74 par. 2 k.p.a.). Otwiera to również drogę kontroli przez sąd administracyjny (art. 3 par. 2 pkt 2), co ewentualnie następczo niweluje ryzyko nieuzasadnionej odmowy udostępniania akt przez organ²¹.

Szczegółowego sposobu realizacji zasady jawności można doszukać się także w art. 107 k.p.a., który wskazuje na niezbędne elementy decyzji administracyjnej. Należą do nich: oznaczenie organu administracji publicznej, datę wydania decyzji administracyjnej, oznaczenie strony lub stron, powołanie podstawy prawnej, rozstrzygnięcie, uzasadnienie faktyczne i prawne, pouczenie oraz podpis z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania decyzji. Jeszcze jednym ważnym elementem jest pouczenie o dopuszczalności wniesienia powództwa lub skargi, które powinna zawierać decyzja, w stosunku do której może być wniesione powództwo do sądu powszechnego lub skarga do sądu administracyjnego. Naczelny Sąd Administracyjny w swoim orzeczeniu z 20 lipca 1981 r.²² wskazał elementy decyzji, które składają się

20 Ustawa z 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa (DzU 2011, nr 34, poz. 173).

21 Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Tekst jedn. DzU 2017, poz. 1369).

22 Wyrok NSA z 20 lipca 1981 r., SA 1163/81.

na jej istotę. Należą do nich: oznaczenie organu, oznaczenie strony, rozstrzygnięcie oraz podpis organu bądź osoby go reprezentującej. Ważne zatem jest wystąpienie łączne tych wszystkich elementów, gdyż niespełnienie tych warunków powoduje nieważność decyzji administracyjnej. Ustawodawca przewidział również taką możliwość, iż przepisy szczególne mogą określać także inne składniki, które powinna zawierać decyzja. Z punktu widzenia możliwości wystąpienia ryzyka istotne znaczenie ma tu kwestia związana z obowiązkiem uzasadnienia decyzji (ryzyko błędu dotyczącego podstawy prawnej rozstrzygnięcia czy błędu związanego ze złym pojmowaniem stanu faktycznego). Obowiązek ten wynika z zasady zaufania obywateli do państwa i zasady informowania strony. Warto nadmienić, że wyróżnia się dwa rodzaje uzasadnień: uzasadnienie prawne – dotyczące podstaw prawnych wydanej decyzji, oraz uzasadnienie faktyczne – odnoszące się do kwestii wskazania faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, a także przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, o czym była mowa wyżej.

Bardzo istotnym mechanizmem niwelującym skutki wystąpienia niepożądanych zdarzeń naruszających zasadę jawności jest zaskarżalność rozstrzygnięć (art. 127 k.p.a.). Dlatego też pouczenie o środkach zaskarżenia stanowi podstawowy składnik orzeczeń. Istotnym elementem decyzji jest zapisanie w niej pouczenia, które wynika z zasady informowania stron. Pouczenie to mówi o środkach odwoławczych, które przysługują stronie, a także o terminach, w których strona może skorzystać ze swych uprawnień. Błędne pouczenie w decyzji co do prawa odwołania albo wniesienia powództwa do sądu powszechnego lub skargi do sądu administracyjnego nie może szkodzić stronie, która zastosowała się do tego pouczenia. Art. 112 k.p.a. uznaje więc istnienie ryzyka w kwestii wprowadzenie strony w błąd i dlatego pozwala on na skuteczną ochronę interesów strony, stanowiąc, że nie może ona ponieść szkody z powodu zastosowania się do błędnego pouczenia zawartego w decyzji. Artykuł ten ma zastosowanie wyłącznie do postępowania w pierwszej instancji (a więc przed organem), zasada ta nie ma natomiast zastosowania w odniesieniu do błędnego pouczenia o terminie złożenia skargi do sądu administracyjnego. W takiej sytuacji, gdyby skarżący zastosował się do błędnego pouczenia, zawartego w zaskarżonej decyzji, reguła wyrażona w art. 112 k.p.a. ma jedynie pośrednie zasto-

sowanie w postępowaniu sądowo-administracyjnym²³. Strona ma możliwość zgłoszenia wniosku o przywrócenie terminu. Wniosek ten składa się do sądu za pośrednictwem organu, którego działanie lub bezczynność są przedmiotem skargi, w terminie 7 dni od czasu ustania przyczyny uchybienia terminu. Wraz z wnioskiem strona powinna dokonać czynności, której nie dokonała w terminie.

Wnioski

Istotą zasady prawa jest stworzenie dyrektywy postępowania, którą będzie można zinterpretować na podstawie tekstu danego aktu normatywnego. Dzięki temu dyrektywa ta będzie prawnie wiążąca. Zasady prawa wyrażają z reguły wartości uważane przez prawodawcę za szczególnie doniosłe, co do których chce, by były respektowane przy stosowaniu norm niebędących zasadami prawa. Dlatego też należy przyjąć, iż zasady te mają porządkować i ujednoclić system prawa, a także nakierowywać na pożądane zachowania. Wyrażona w kodeksie postępowania administracyjnego zasada jawności pozwala obywatelowi na niemalże nieograniczony dostęp do informacji. Może on zapoznawać się ze zgromadzoną dokumentacją i przedkładać dowody. Zna (dzięki pouczeniom organów) swoje prawa i obowiązki, co sprawia, że nie czuje się zagubiony ani oszukany. Organ natomiast nie jest posądzony o nieprawidłowości i manipulację. Dzięki jawności i uczestnictwu stron organ ma możliwość sprawnego działania, czasem możliwość zawarcia ugody, co skutkuje szybkością zakończenia procesu oraz zaoszczędzeniem czasu i pieniędzy.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że realizacja zasad jest obarczona różnymi rodzajami ryzyka – wynikającymi z błędu lub z zaniedbania. Jednocześnie w większości przypadków ustawodawca stwarza mechanizmy, które starają się to ryzyko wykluczyć bądź zminimalizować. Prawodawca wykazuje świadomość, iż kiedy ma do czynienia z czynnikiem ludzkim, nie może wykluczyć wystąpienia ryzyka. Dzięki takim ustawom jak ustawa

23 C. Martysz, *Komentarz do art.112 Kodeksu postępowania administracyjnego*, Lex 2012 (dostęp: 30.09.2018).

z 21 listopada 2008 r o pracownikach samorządowych²⁴, ustawa z 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych²⁵, ustawa z 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej²⁶, zawierającym regulacje o odpowiedzialności dyscyplinarnej za nierzetelne wykonywanie obowiązków, oraz ustawa z 20 stycznia 2011 r o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa²⁷, jak również konkretne poszczególne regulacje w art. 66a, 74, 81, 107, 112, 145, 156 k.p.a., art. 3 p.p.s.a., czy normy w różnego rodzaju kodeksach etyki obowiązujących w urzędach – stworzono system pozwalający na sprawne, zgodne z prawem działania administracji, który stara się niwelować lub kompensować różnego rodzaju ryzyka.

Ryzyko nieuzasadnionego i zagrażającego wyróżnionym wartościom ujawniania informacji będących w zasobach organów jest z kolei niwelowane przez wiele ustaw zabraniających ujawniania informacji, przede wszystkim przez ustawę o ochronie informacji niejawnych²⁸, rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE²⁹, oraz przez ustawy dziedzinowe, np. ustawę o systemie informacji w ochronie zdrowia³⁰.

24 Tekst jedn. DzU 2018, poz. 1260.

25 Tekst jedn. DzU 2017, poz. 2142.

26 Tekst jedn. DzU 2017, poz. 1889.

27 Tekst jedn. DzU 2016, poz. 1169.

28 Tekst jedn. DzU 2018, poz. 412.

29 DzU UE.L.2016, poz. 119.1.

30 Tekst jedn. DzU 2017, poz. 1845.

Bibliografia

Adamiak B., Borkowski J., *Postępowanie administracyjne i sądowo-administracyjne*, Lexis Nexis, Warszawa 2011.

Górczyńska T., *Kilka słów o prawie do informacji i zasadzie jawności*, [w:] *Państwo prawa, administracja sądownictwa*, (red.) A. Łopatka, A. Wróbel, S.A. Kiewlicz, Scholar, Warszawa 1999.

Grant Thornton, http://barometrprawa.pl/wpcontent/uploads/2018/02/barometr-prawa_2018.pdf.

Łaszczycza G., *Komentarz do art. 9 k.p.a.*, LEX/el, 2012.

Martysz C., *Komentarz do art. 112 Kodeksu postępowania administracyjnego*, LEX/el 2012.

Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, PWN, Warszawa 1969.

PN-ISO 31000:2018-08 *Zarządzanie ryzykiem – Wytyczne*, PKN, 2018,

Rozmaryn S., *O zasadach ogólnych kodeksu postępowania administracyjnego*, PiP, Warszawa 1961, z. 12.

Skrzydło W. (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lubelskie Towarzystwo Naukowe, Lublin 1997, s. 127.

Starościak J., *Źródła prawa administracyjnego*, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1, Ossolineum, Wrocław 1977.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (DzU 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

Ustawa z 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1257).

Ustawa z 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (tekst jedn. DzU 2017, poz. 2142).

Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1369).

Ustawa z 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (tekst jedn. DzU 2018, poz. 1260).

Ustawa z 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1889).

Ustawa z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. DzU 2017, poz. 2077).

Ustawa z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn. DzU 2018, poz. 412).

Ustawa z 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa (tekst jedn. DzU 2016, poz. 1169).

Ustawa z 20 lipca 2018 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia (tekst jedn. DzU 2017, poz. 1845).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (DzU UE.L.2016.119.1.).

Paulina Pawlak
Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

Marcin Sidor
Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

Rygor natychmiastowej wykonalności decyzji administracyjnej jako regulacja ryzyka

Abstrakt

Zasadą jest, że wykonalne są decyzje ostateczne. Kodeks postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.) przewiduje trzy wyjątki od tej zasady: rygor natychmiastowej wykonalności nadany decyzji w celu zniwelowania ryzyka narażenia na szkodę wartości chronionych przez ustawodawcę, stypizowanych w art. 108 k.p.a., sytuacja, w której decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu z mocy ustawy, oraz sytuacja przewidziana w art. 130 k.p.a, w której decyzja podlega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, jeżeli jest ona zgodna z żądaniem wszystkich stron oraz dodana nowelizacją ustawy w alternatywie łącznej okoliczność „lub jeżeli wszystkie strony zrzekły się prawa do wniesienia odwołania.” Artykuł dotyczy rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji administracyjnych, który „może być nadany” przez organ w drodze tzw. uznania administracyjnego. Taka regulacja umożliwia organom pierwszej instancji niezwłoczne wdrożenie rozstrzygnięcia decyzji w życie i podjęcie pilnych działań, co stanowi swoistą regulację ryzyka szkody wywołanej działaniem organu administracji.

Słowa kluczowe: rygor natychmiastowej wykonalności, uznanie administracyjne, szkoda, natychmiastowe wykonanie decyzji administracyjnej, wykonalność decyzji nieostatecznych

Wprowadzenie

Na wstępie wspomnieć należy, iż co do zasady wykonaniu podlega tylko decyzja ostateczna. Przepisy kodeksu postępowania administracyjnego (dalej: k.p.a.) przewidują trzy odstępstwa od tej zasady. Pierwsze to rygor natychmiastowej wykonalności, który jest przedmiotem analizy w niniejszym artykule. Drugi wyjątek od ogólnej zasady wykonalności decyzji to sytuacja, w której decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu z mocy ustawy (wynikającej z przepisów prawa materialnego – stanowiącego *lex specialis* w postępowaniu prowadzonym przez organ administracji publicznej albo inne podmioty działające na podstawie przepisów k.p.a.). Kolejne odstępstwo wskazane w art. 130 k.p.a. pojawia się w sytuacji, w której decyzja podlega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, jeżeli jest ona zgodna z żądaniem wszystkich stron oraz dodana nowelizacją ustawy w alternatywie łącznej okoliczność „lub jeżeli wszystkie strony zrezygowały z prawa do wniesienia odwołania”¹.

Za wyborem tematyki badawczej przemawiają aspekty poznawcze, społeczno-gospodarcze, praktyczne oraz teoretyczne podyktowane w dużej mierze charakterem sytuacji, w których może być nadany decyzji administracyjnej rygor natychmiastowej wykonalności w celu zniwelowania ryzyka narażenia na szkodę wartości chronionych przez ustawodawcę, skategoryzowanych w art. 108 k.p.a. w katalogu, który stanowi katalog typu *numerus clausus*.

1. Materiały i metody

By rozwiązać problem przedstawiony w niniejszym artykule, jakim jest rygor natychmiastowej wykonalności decyzji administracyjnej jako regulacja ryzyka, zastosowano metodę strukturalną (instytucjonalną), co pozwoli dążyć do ujęcia określonych instytucji prawnych jako okre-

¹ Zmiana wprowadzona art. 1 pkt 32 ustawy z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (DzU 2017, poz. 935).

ślonych struktur, które wyróżniają się sobie tylko właściwą budową wewnętrzną, poprzez dokonanie analizy przepisów, obowiązującej doktryny oraz utrwalonej linii orzecznictwa sądów administracyjnych.

2. Rezultaty

Jak zostało wyżej wspomniane, rygor natychmiastowej wykonalności stanowi jedynie modyfikację zasady wprowadzania decyzji administracyjnej do obrotu prawnego poprzez umożliwienie jej natychmiastowej wykonalności. Rygor natychmiastowej wykonalności jako modyfikator nie rozstrzyga o kształcie prawa bądź obowiązku zawartego w decyzji i wynikającego co do zasady z prawa materialnego i stanu faktycznego, lecz wiąże się jedynie ze wskazaniem takiego wymogu, podyktowanego stanem rzeczywistym, zaistnienia decyzji w obrocie, które kreuje jej wykonalność. Z tego względu nie jest istotna forma nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Może on być zawarty zarówno w decyzji, jak i ukształtowany już po wydaniu decyzji w formie postanowienia, na które strona może wnieść zażalenie, ewentualnie złożyć wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. To ostatnie rozwiązanie było odmiennie ukształtowane w pierwotnych rozwiązaniach kodeksowych – przewidywano wówczas, po wydaniu decyzji głównej, możliwość nadania rygoru natychmiastowej wykonalności w odrębnej decyzji uzupełniającej, od której można się odwołać².

Jak już wspomniano na wstępie, ustawodawca nie precyzuje w sposób jednoznaczny formy, w jakiej powinien być nadany rygor natychmiastowej wykonalności. Nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności możliwe jest zatem poprzez zawarcie w niej dodatkowego składnika w postaci klauzuli rygoru natychmiastowej wykonalności. W uzasadnieniu wydanej decyzji organ administracji publicznej jest w takiej sytuacji zobowiązany wskazać okoliczności przemawiające za natychmiastowym wykonaniem decyzji będące elementem jej rozstrzygnięcia. Organ narusza

2 E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory, formularze*, wyd. 4 zmienione i uzupełnione, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1970, s. 212.

art. 108 k.p.a. w przypadku, gdy powoła się na ten przepis, ale nie wykaże, że zachodzą podstawy do nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności³. Nadanie rygoru jest możliwe również poprzez odrębne postanowienie po wydaniu decyzji administracyjnej rozstrzygającej sprawę. Postanowienie to doręcza się stronie na piśmie lub za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 125 § 1 k.p.a.). Ustawodawca zastrzegł, iż powinno ono obligatoryjnie zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne oraz pouczenie o dopuszczalności, terminie i trybie wniesienia zażalenia (art. 124 k.p.a.).

Organ I instancji ma obowiązek wskazać przepis stanowiący podstawę prawną nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Każda decyzja organu administracji publicznej powinna zawierać wszystkie elementy, które są określone w art. 107 § 1 k.p.a. Podstawowym elementem jest podstawa prawna wydania decyzji. Posiadanie przez decyzję administracyjną wszystkich elementów wskazanych w powołanym przepisie stanowi gwarancję jej zgodności z przepisami prawa procesowego oraz daje możliwość stronie i organowi wyższej instancji zbadanie podstaw prawnych, na których podstawie została wydana decyzja. Nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności wprowadza wyjątek od zasady niewykonalności decyzji przed uzyskaniem cechy ostateczności, dlatego przesłanki nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności nie mogą być interpretowane rozszerzająco, dlatego muszą być poddawane wykładni ścisłej. W uzasadnieniu decyzji powinny być podane okoliczności wskazujące na niezbędność niezwłocznego działania i związaną z tym konieczność nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności⁴.

Prawidłowe uzasadnienie rozstrzygnięcia powinno umożliwić stronie zapoznanie się z motywami, którymi kierował się organ, a także kontrolę prawidłowości rozstrzygnięcia przez sąd administracyjny. Treść uzasadnienia powinna obrazować szczegółowy tok rozumowania organu, które doprowadziło do wydania konkretnego rozstrzygnięcia, oraz wskazywać i wyjaśniać przesłanki faktyczne, jakimi kierował się organ, podejmując konkretne rozstrzygnięcie. Konieczność taka jest związana przede wszystkim z określoną w art. 11 k.p.a. zasadą przekonywania⁵.

Organ rozpatrujący sprawę powinien jednak mieć na uwadze, że

3 Por. uzasadnienie wyroku NSA z 10 maja 1995 r., SA/Ka 486/94, ONSA 1996, nr 2, poz. 89.

4 Por. Wyrok WSA z 14 sierpnia 2007 r., VII SA/Wa 870/07.

5 Wyrok WSA 28 listopada 2018 r., II SA/Bd 525/17.

każdej z tych sytuacji zastosowanie będzie miał inny środek zaskarżenia, w przypadku decyzji – odwołanie albo wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, w przypadku postanowienia natomiast – zażalenie.

Nadanie rygoru na podstawie przepisu art.108 §1 k.p.a. wywołuje skutki wyłącznie w sferze tymczasowej wykonalności decyzji, a nie w zakresie jej ostateczności, i nie powoduje żadnych skutków dla trybu i sposobu przeprowadzenia postępowania przez organ odwoławczy na skutek wniesionego przez stronę odwołania⁶.

W doktrynie i orzecznictwie można dostrzec dwa stanowiska dotyczące rozstrzygnięcia o nadaniu decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Pierwsze wskazuje na fakultatywność nadania rygoru natychmiastowej wykonalności, drugie natomiast na jego obligatoryjność.

Zgodnie z pierwszym językowym rozumieniem zwrotu „rygor (...) może być nadany” przepis art. 108 § 1 k.p.a. określa przesłanki nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, których wystąpienie nie oznacza jednak obowiązku nadania decyzji tego rygoru. Przepis wskazuje bowiem, że decyzji „może być nadany” ten rygor, wobec tego organ poprzez tzw. uznanie administracyjne rozstrzyga o jego nadaniu.

W tym miejscu należy przypomnieć, że uznanie administracyjne oznacza przyznanie organowi administracji publicznej, przepisem prawa materialnego, pewnego luzu decyzyjnego. Taki zakres swobody decyzyjnej (władzy dyskrecjonalnej) nie dowodzi jednak przyzwolenia na nieograniczoną dowolność i arbitralność działania. Uznanie administracyjne charakteryzuje się bowiem tym, że organ administracji publicznej ma możliwość wyboru pozytywnego lub negatywnego rozstrzygnięcia dla strony. Wybór ten musi jednak poprzedzać prawidłowe ustalenie stanu faktycznego i przeprowadzenie wnioskowania opartego na zasadach logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego. Orzekanie organu korzystającego z możliwości podjęcia decyzji w ramach uznania administracyjnego ograniczają ogólne zasady postępowania administracyjnego, w szczególności określone w art. 7 k.p.a. kryterium uwzględniania interesu społecznego oraz słuszny interes obywateli. Decyzja o charakterze uznaniowym musi więc odpowiednio wyczuwać interesy przeciwstawnych stron – interesu obywatela z interesem publicznym i kierować się przy tym proporcjonalnością uwzględnienia obu rodzajów interesów.

6 Wyrok NSA w Warszawie z 12 marca 2014 r., I OSK 348/13.

W orzecznictwie przyjmuje się przy tym, że w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznie i sztywno pojmowanej nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym, jeżeli ten ostatni można uznać za słuszny interes strony. Oznacza to, że w każdym przypadku organ ma obowiązek wskazać nie tylko, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi, lecz także że jest on tak ważny i znaczący, iż bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywateli⁷. Interes strony postępowania oraz interes społeczny zostaną szerzej omówione w dalszej części artykułu.

Drugie stanowisko wskazuje natomiast, że postanowienie w kwestii nadania decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności nie jest – mimo zwrotu „rygor (...) może być nadany” – aktem uznaniowym. Niezbędne staje się w tym przypadku odstąpienie od rozumienia językowego wskazanej formuły. Istotnym czynnikiem wpływającym na zakres i charakter czynności organu jest bowiem rodzaj chronionego dobra. Trudno przyjąć, by organ mógł nadać rygor jedynie w sytuacji, gdy jest to niezbędne dla ochrony wskazanych w przepisie dóbr, w szczególności zdrowia lub życia ludzkiego czy gospodarstwa narodowego⁸. Sformułowanie „rygor (...) może być nadany” należy zatem interpretować tak, że w przypadku wystąpienia wskazanych przesłanek organ nadaje decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Ustawodawca poprzez umieszczenie w przepisie art. 108 k.p.a. sformułowania „decyzji, od której służy odwołanie” wskazuje, że pierwszym warunkiem, jaki musi być spełniony, aby móc nadać decyzji rygor natychmiastowej wykonalności, jest warunek braku jej ostateczności. W tym miejscu należy wspomnieć o ostateczności decyzji, a właściwie o wykonalności decyzji. Zgodnie z art. 16 k.p.a., decyzje, od których nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji lub wnioski o ponowne rozpatrzenie sprawy są ostateczne. Ustawodawca nie zawarł w k.p.a. słowniczka z definicją ostateczności decyzji, z uwagi jednak na jej wartość, definicję tę ustawodawca zamieścił we wspomnianym artykule.

Zgodnie z art. 130 § 1 i 2 k.p.a. decyzja organu I instancji nie podlega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, a jego wniesienie wstrzymuje jej wykonanie. Ustawodawca we wskazanym

7 Wyrok SN z 18 listopada 1993 r., III ARN 49/93, OSNCP 1994, nr 9, poz. 181.

8 G. Łaszczycza, C. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne ogólne*, C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 250.

wyżej artykule zawarł wyłączenie stosowania § 1 w postaci wskazującej, że decyzja nieostateczna będzie wykonana przed upływem terminu do wniesienia odwołania, gdy jest zgodna z żądaniem wszystkich stron (art. 130 § 4 k.p.a.), a także podlega wykonaniu w przypadku nadania jej rygoru natychmiastowej wykonalności stosownie do przepisu art. 108 k.p.a. oraz gdy na mocy przepisów ustaw odrębnych podlega natychmiastowemu wykonaniu. Przepis art. 108 k.p.a. odnosi się wobec tego tylko do jednego z przypadków natychmiastowego wykonania nieostatecznej decyzji.

Przepis art. 130 § 2 k.p.a. stanowi wprawdzie, że wniesienie w terminie odwołania od decyzji wstrzymuje jej wykonanie, przepis § 3 tego artykułu natomiast przewiduje, że normy z § 2 nie stosuje się m.in. w sytuacji, gdy decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności.

Nadanie tego rygoru może nastąpić, jeżeli jest to niezbędne ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego albo dla ochrony gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami bądź też ze względu na inny interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony⁹.

Kolejną niezbędną przesłanką wspólną nadania decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności jest niezbędność niezwłocznego wdrożenia rozstrzygnięcia decyzji w życie i podjęcie pilnych działań podyktowana stanem faktycznym, a nie prawnym. Zauważyć przy tym należy, że odwołując się do pojęcia niezbędności niezwłocznego działania, ustawodawca uznaje, że może to nastąpić w takim przypadku, w którym nie można się obejść w danym czasie i w istniejącej sytuacji bez wykonania praw lub obowiązków rozstrzyganych w decyzji, ponieważ zwłoka w ich wykonaniu zagraża dobrom chronionym określonym w art. 108 § 1 k.p.a.¹⁰ Zagrożenie to musi mieć realny charakter i nie może być tylko prawdopodobne, a okoliczność ta musi być uwidoczniiona w uzasadnieniu decyzji¹¹.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że nadanie rygoru wykonalności decyzji nieostatecznej nie narusza zasady czynnego udziału strony w postępowaniu wskazanej w art. 10 § 1 k.p.a., ponieważ zgodnie z treścią § 2, organy administracji publicznej mogą odstąpić od zasady określonej w § 1 tylko w przypadkach, gdy załatwienie sprawy nie cierpi zwłoki ze

9 Wyrok SN z 4 grudnia 2002 r., III RN 201/01, OSNP 2003, nr 24, poz. 583.

10 Wyrok NSA z 29 stycznia 2014 r. I OSK 335/13.

11 Wyrok WSA z 14 maja 2008 r. II SA/Wa 230/08.

względu na niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia ludzkiego albo ze względu na grożącą niepowetowaną szkodę materialną. Przepis art. 10 k.p.a. winien być jednak tematem odrębnego artykułu.

Przepis art. 108 k.p.a. wymienia kilka rodzajów dóbr, które – każde z osobna – podlegają ochronie przez nadanie decyzji nieostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności. Jeden rodzaj dóbr chronionych stanowi życie lub zdrowie ludzkie, a drugi – określone interesy.

Interes strony jako przesłankę nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności w art. 108 k.p.a. ustawodawca kwalifikuje przez określenie jego rangi „wyjątkowo ważny interes”. Ocena rangi interesu należy zarówno do strony, która uznaje go za wyjątkowo ważny dla niej (ocena subiektywna), jak i do organu administracyjnego, który rozstrzygając o nadaniu rygoru natychmiastowej wykonalności, poddaje ją weryfikacji. Ma przy tym na uwadze interesy innych stron oraz konsekwencje materialne i niematerialne natychmiastowego wykonania owej decyzji¹². Odmowa nadania takiego rygoru może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy organ prawidłowo ustali, że w sprawie nie wystąpiły przesłanki zawarte w art. 108 k.p.a., przy czym wyraz ustaleniom w tym zakresie organ winien dać w treści uzasadnienia postanowienia. Stwierdzić zatem należy, iż naruszeniem dyspozycji zawartej w art. 108 k.p.a. byłoby wydanie postanowienia o odmowie nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności na podstawie okoliczności będących przesłankami wymienionymi w art. 108 § 1 k.p.a.

Z uwagi na brzmienie art. 130 § 1 i 2 k.p.a. uwzględnienie wniosku o nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności może nastąpić tylko w okresie biegu terminu do wniesienia odwołania, gdy strony nie zaskarżą decyzji (bo po jego upływie decyzja podlega wykonaniu). W przypadku wniesienia odwołania może to nastąpić do wydania decyzji przez organ odwoławczy, który jest władny wstrzymać natychmiastowe wykonanie decyzji na podstawie art. 135 k.p.a.¹³

W przypadku możliwości naruszenia interesów innych stron lub osób trzecich, co dałoby podstawę do roszczeń o charakterze odszkodowawczym, organ jest uprawniony do żądania zabezpieczenia, którego formę

12 Zob. K. Frąckiewicz, *Glosa aprobująca do wyroku NSA w Warszawie z 19 lutego 1998 roku*, V SA 686/97, „Glosa” 1999, nr 5, s. 20–25.

13 Por. B. Adamiak, J. Borkowski, *Komentarz do Kodeksu postępowania administracyjnego*, C.H Beck, Warszawa 2004, wyd. 6, s. 511.

sam określi (art. 108 § 1 zd. 2 k.p.a.). Zabezpieczenie powinno być adekwatne do praw lub obowiązków wykonywanych na podstawie nieostatecznej decyzji oraz konieczności zaspokojenia roszczeń osób dotkniętych w swych prawach natychmiastowym wykonaniem tej decyzji. Zabezpieczenie to nie odnosi się jednak do wszelkich roszczeń spowodowanych wykonaniem decyzji, lecz tylko do tych, które wynikną wyłącznie z powodu działania organu w stanie nagłej konieczności administracyjnej.

Nadając rygor natychmiastowej wykonalności decyzji wyłącznie ze względu na interes społeczny, organy administracji muszą brać pod uwagę słuszny interes obywatela. Nawet najbardziej słuszny interes obywatela nie uprawnia do lekceważenia słusznego interesu społecznego¹⁴.

Na przykład Naczelny Sąd Administracyjny w swoim rozstrzygnięciu, analizując nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, wskazał, że „pozostawanie w służbie celnika, który został zawieszony w czynnościach służbowych oraz czynności tych ze wspomnianego powodu nie pełni i to przez blisko 2 lata, a zatem prawie dwukrotnie dłużej niż wynosi ustalony przez ustawodawcę maksymalny 12-miesięczny okres ochronny, stanowi nie rzekome, lecz realne i bardzo istotne zagrożenie dla interesu społecznego, gdyż w sposób oczywisty zakłóca pracę służb omawianej formacji i w znacznym stopniu wpływa na możliwość rzetelnego wywiązywanie się przez te służby z powierzonych im zadań publicznych”¹⁵.

Naczelny Sąd Administracyjny zwrócił uwagę na mogące wystąpić takie stany faktyczne sprawy w których mamy do czynienia z zachodzeniem na siebie tych dóbr – narażenie życia prowadzi również do narażenia zdrowia. „Stwierdzić (...) należy, że prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości świadczy niewątpliwie o nieodpowiedzialnym zachowaniu będącym naruszeniem porządku prawnego w sposób szczególny, bo w stanie nietrzeźwości. Tego rodzaju czyn godzi potencjalnie w życie, zdrowie lub mienie nie tylko osoby, która się go dopuszcza, ale także innych uczestników ruchu drogowego. Osoba, która po spożyciu alkoholu decyduje się na prowadzenie pojazdu, decyduje się tym samym na możliwość wystąpienia tego rodzaju skutków i wykazuje się nie odpowiedzialnością. Dlatego też przy zaistnieniu tego typu zdarzeń należy brać pod uwagę interes ogólny, przejawiający się w zapewnieniu bezpieczeństwa

14 Wyrok WSA w Warszawie z 17 maja 2006 r., I SA/Wa 1735/05.

15 Wyrok NSA z 16 maja 2012 r. I OSK 2284/11.

i porządku publicznego”.

Powyższe oznacza, że zastosowanie w decyzji cofającej uprawnienia do kierowania pojazdami rygoru natychmiastowej wykonalności było dopuszczalne jako mieszczące się w przesłance ochrony zdrowia lub życia ludzkiego, jak również w przesłance interesu społecznego¹⁶.

Wnioski

Reasumując powyższe rozważania, musimy zauważyć, iż ustawodawca konsekwentnie dąży do regulacji ryzyka, dając uprawnienie organom pierwszej instancji do nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności w celu niezwłocznego wdrożenia rozstrzygnięcia decyzji w życie i podjęcia pilnych działań. Należy jednak pamiętać, iż u podstaw instytucji nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności leży założenie poprawności i legalności tej decyzji. Rygor nie powinien być zatem co do zasady nadawany decyzji, jeżeli zachodzą wątpliwości, czy uzyska ona przymiot ostateczności i wykonalności. Ustawodawca stosując zwroty nieostre i niedookreślone, wprowadza wprawdzie elastyczność prawa, przy czym można wysunąć postulat *de lege ferenda*. Poprzez usunięcie frazy „może być nadany” z przepisu ustawodawca rozwiązałby wątpliwości dotyczące uznaniowości postępowania nadania rygoru natychmiastowej wykonalności, a zarazem podkreślił konieczność podjęcia niezbędnych działań w przypadku spełnienia przesłanek art. 108 k.p.a.

¹⁶ Wyrok NSA z 29 stycznia 2014 r., I OSK 335/13.

Bibliografia

Adamiak B., Borkowski J., *Komentarz do Kodeksu postępowania administracyjnego*, C.H Beck, Warszawa 2004.

Frąckiewicz K., *Glosa aprobująca do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 19 lutego 1998 r.*, V SA 686/97, „Glosa” 1999, nr 5.

Iserzon E., Starościak J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory, formularze*, wyd. 4 zmienione i uzupełn., Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1970.

Łaszczyca G., Martysz C., Matan A., *Postępowanie administracyjne ogólne*, C.H. Beck, Warszawa 2003.

Orzeczenia

Wyrok NSA z 10 maja 1995 r., SA/Ka 486/94, ONSA 1996, nr 2, poz. 89.

Wyrok NSA z 12 marca 2014 r., I OSK 348/13.

Wyrok NSA z 16 maja 2012 r., I OSK 2284/11.

Wyrok NSA z 29 stycznia 2014 r., I OSK 335/13.

Wyrok SN z 18 listopada 1993 r., III ARN 49/93, OSNCP 1994, nr 9, poz. 181.

Wyrok SN z 4 grudnia 2002 r., III RN 201/01, OSNP 2003, nr 24, poz. 583.

Wyrok WSA z 28 listopada 2018r., II SA/Bd 525/17.

Wyrok WSA z 14 maja 2008 r., II SA/Wa 230/08.

Wyrok WSA z 14 sierpnia 2007 r., VII SA/Wa 870/07.

Wyrok WSA z 17 maja 2006 r., I SA/Wa 1735/05.

Książka poświęcona jest problematyce regulacji różnych rodzajów ryzyka w prawie administracyjnym. Ukazuje złożoność procesu rozpoznawania i definiowania ryzyk we współczesnym świecie oraz normowania ich przy uwzględnieniu wartości, które tymi regulacjami mają być chronione. Publikacja adresowana jest do osób zajmujących się w strukturach administracji publicznej identyfikowaniem, ocenianiem i zarządzaniem ryzykiem oraz minimalizowaniem jego skutków. Zainteresuje także pracowników naukowo-dydaktycznych, doktorantów oraz studentów zajmujących się prawną regulacją współczesnych ryzyk w różnych obszarach życia społecznego.

„Recenzowana monografia pt. *Administracja publiczna i prawo administracyjne wobec współczesnych ryzyk* dotyczy regulacji zarządzania ryzykiem w administracji publicznej. Sprawne i skuteczne funkcjonowanie administracji wymaga od jej kierownictwa umiejętności identyfikacji ryzyka i wypracowywania rozwiązań mających mu zapobiegać lub ograniczać skutki jego powstania. Kwestie zarządzania ryzykiem wpisują się, więc w szerszy kontekst dobrego rządzenia w administracji publicznej (*governance*). Jest to problematyka aktualna i szeroko dyskutowana w środowiskach akademickich, organizacjach pozarządowych i w ramach administracji. Zarządzanie ryzykiem, którego wynikiem ma być podniesienie skuteczności i jakości działania administracji publicznej, to zatem kwestia kluczowa dla wszystkich jej organów. Z tego powodu pojęcie „ryzyka” coraz częściej pojawia się w tekstach aktów normatywnych, co wskazuje na rosnące znaczenie tego obszaru regulacji. Problematyka ta zasługuje z pewnością na monograficzne opracowanie. Recenzowana książka, to praca zbiorowa, która obejmuje jedenaście artykułów naukowych poświęconych całościowo regulacji ryzyka w polskim ustawodawstwie i szczegółowym obszarom regulacji ryzyka.”

Z recenzji wydawniczej
dr hab. Ingi Kawki



www.wsiz.rzeszow.pl
www.wydawnictwoivg.pl

ISBN (WSiZ) 978-83-64286-95-7 eBook
ISBN (IVG) 978-83-62062-71-3 eBook