



2

Kwartalnik

Prawo
Społeczeństwo
Ekonomia

NR 02/2015

**KWARTALNIK PRAWO-
SPOŁECZEŃSTWO-EKONOMIA**

2/2015

Kwartalnik Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia

NR 2/2015

ISSN 2392-1838

Czasopismo stanowi kontynuację Przeglądu Prawniczego, Ekonomicznego i Społecznego (ISSN 2084-0403)

Redaktor naczelny
Mikołaj Kondej

Z-cy redaktora naczelnego:
Katarzyna Mroczek, Anna Wilińska-Zelek, Juliusz Iwanicki

Redakcja:
Maria Jędrzejczak, Beata Krystkowiak, Sylwia Chudy, Norbert Delestowicz

Projekt okładki:
Stanisław Wiertelak

Redakcja:
Redakcja Kwartalnika Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia
Zakręt 10/1
60-351 Poznań

Wydawca:
Stowarzyszenie Mage.pl
Zakręt 10/1
60-351 Poznań

Druk i oprawa:
CONTACT
60-801 Poznań, ul. Marcelińska 18
tel. +48 61 861 57 99

© Copyright by Stowarzyszenie Mage.pl
Poznań 2015

Spis treści

I. Artykuły

Marta Drozdowska

Uzasadnianie wyroków w procesie karnym 4

Anna Drwal

Efforts of native Americans to make the consumption of peyote for religious purposes legal in the United States of America 15

Marcin Hotel, Aleksandra Rychlewska

Analogia jako metoda prawnicza 31

Lucyna Łuczak-Noworolnik

Elektroniczne postępowanie administracyjne w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego – studium przypadków 46

Mariusz Maziarz

Sposoby poznania relacji przyczynowych w ekonomii. Argument na rzecz sceptycyzmu 59

Andrzej Michalik

Elastyczne formy zatrudnienia zagrożeniem dla rozwoju spółdzielni socjalnych w Polsce 82

Krzysztof Tapek

Czy menedżerskie opcje na akcje mogą być efektywnym instrumentem minimalizującym koszty agencji w spółkach akcyjnych? 92

Diana Walawender

„Wojna bab-ńska na pióra” – spór o kult Marszałka Józefa Piłsudskiego Marii Jehanne Wielopolskiej i Kazimierzy Iłakowiczówny i jego oddźwięk w ówczesnej prasie 105

Tymoteusz Zych

Problem przewlekłości postępowania sądowego a zróżnicowane zarządzanie przepływem spraw sądowych 117

Uzasadnianie wyroków w procesie karnym

Marta Drozdowska

Wymiar sprawiedliwości sądy sprawują nie tylko przez wydawanie wyroków, które to są najważniejszym aktem stosowania prawa, ale także przez ich uzasadnianie¹. Uzasadnianie wyroków jest regulowane przez przepisy k.p.k., nie jest to także zagadnienie obce doktrynie prawa karnego proceduralnego, która wraz z orzecznictwem kompleksowo uzupełnia nie zawsze precyzyjne przepisy ustawy. Uzasadnienie wyroku to procesowy dokument sprawozdawczy, który przedstawia przebieg dochodzenia sądu do ustaleń faktycznych oraz rozstrzygnięć co do winy i kary². Co za tym idzie, uzasadnienie pozwala na ocenę poprawności czynności decyzyjnych sądu, a to zaś na kontrolę zaskarżonego orzeczenia przez sąd wyższej instancji.

Treść niniejszego artykułu, w związku ze zmianami, uchylającymi rozdział 51 k.p.k. dotyczący postępowania uproszczonego, które niesie nowelizacja k.p.k. wchodząca w życie 15 lipca 2015 r., nie będzie obejmować kwestii uzasadnień w postępowaniach szczególnych³. Omówione zostaną zagadnienia dotyczące uzasadniania wyroków w postępowaniu przed sądem pierwszej i drugiej instancji w świetle k.p.k. wraz z nadchodzącymi zmianami. Ponadto przedstawiony będzie także podział rodzajowy uzasadnień oraz funkcje, jakie spełniają, a także sprawy natury techniczno-merytorycznej dotyczące sporządzania uzasadnień, takie jak forma, język etc.

Uzasadnienie wyroku oraz jego funkcje

Uzasadnienie jest jednostronną czynnością procesową organu procesowego stanowiącą oświadczenie wiedzy w postaci argumentacji⁴. Uzasadnienie pomimo, iż nie jest w świetle obecnych przepisów procedury karnej integralną częścią wyroku jak było to uregulowane w k.p.k. z 1969 roku, gdy wyrok obejmował sentencję i uzasadnienie⁵, to musi ono pozostawać spójne z wyrokiem, a to oznacza, że ani wyrok ani uzasadnienie nie mogą być względem siebie sprzeczne. Nawet sprzeczności

¹ R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2014, s. 15.

² E. Samborski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2013, s. 495.

³ ustawa z dn. 27 września 2013 r. - o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, (Dz. U., poz. 1247).

⁴ T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 384-385.

⁵ K. Marszał, *Proces Karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 261.

występujące w treści samego uzasadnienia mogą być podstawą do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozstrzygnięcia⁶.

Wagę uzasadnień wyroków podkreślił TK stwierdzając w uzasadnieniu postanowienia z 11 kwietnia 2005 r., że „Uzasadnianie orzeczeń sądowych jest decydującym komponentem prawa do rzetelnego procesu jako konstytucyjnie chronionego prawa jednostki”⁷. Uzasadnienie wyroku według P. Hofmańskiego i S. Zabłockiego⁸ spełnia następujące funkcje:

- 1) funkcje samokontroli organu orzekającego;
- 2) funkcję kontrolną zewnętrzną, która umożliwia ocenę wyroku przez organy wyższej instancji;
- 3) funkcję indywidualnej akceptacji orzeczenia - umacnia poczucie zaufania społecznego i demokratycznej kontroli nad wymiarem sprawiedliwości;
- 4) funkcję wyjaśniająco-interpretacyjną, w tym dokumentacyjną, ułatwiającą realizację orzeczenia po jego uprawomocnieniu się.

R. Broniecka⁹ w obrębie funkcji kontrolnej zewnętrznej rozróżnia kontrolę *sensu largo* i funkcję legitymizacyjną oraz kontrolę *sensu stricte*. Autorka ta posługuje się także pojęciem funkcji perswazyjnej w odniesieniu do wyżej wymienionej funkcji indywidualnej akceptacji. Wyróżnienie takich, a nie innych funkcji pokrywa się z uzasadnieniem postanowienia TK z dnia 11 kwietnia 2005 r.¹⁰, gdzie wprost funkcje te zostały wymienione jako zakorzenione w wartościach i zasadach konstytucyjnych.

Funkcja samokontroli wymusza samokontrolę organu orzekającego, który to musi wykazać, że orzeczenie jest materialnie i formalnie prawidłowe¹¹. Funkcja ta pozostaje w związku ze swobodną oceną dowodów, gdyż zapobiega ona sędziowskiej samowoli, w taki sposób, że motywacja w przyjęciu rozstrzygnięcia musi być zgodna z powszechnie przyjętymi i uznanymi zasadami logicznego sposobu myślenia i dedukcji. Funkcja wyjaśniająco-interpretacyjna jak już zostało wspomniane w przyjętej definicji uzasadnienia, pełni rolę sprawozdawczą, a to ze względu, że uzasadnienie przedstawia proces dochodzenia do podjętej decyzji¹². Podkreśla to SN stwierdzając w postanowieniu z 15 czerwca 2005 r., że: „[...]konstrukcja uzasadnienia jako jedynego dokumentu sprawozdawczego pozwalającego na odczytanie czym kierował się sąd wybierając konkretne rozstrzygnięcie wymaga szczególnej precyzji w formułowaniu myśli w obrocie prawnym, bowiem

⁶ Wyrok SN z 20.09.1975 r., V KR 90/75, Legalis nr 18998.

⁷ Postanowienie TK z 11.04.2005 r., SK 48/04, Legalis nr 69005.

⁸ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2001, s. 271.

⁹ R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku*, s. 53.

¹⁰ Postanowienie TK z dnia 11.04.2005 r., SK 48/04, Legalis nr 69005.

¹¹ R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku*, s. 54.

¹² Tamże, s. 61.

funkcjonuje to, co sąd napisał, a nie co zamierzał napisać”¹³. Także SA w Katowicach wypowiedział się na temat uzasadnienia, które jest według niego odzwierciedleniem sędziowskiej narady nad rozstrzygnięciem i powinno wskazywać logiczny proces, który doprowadził skład orzekający do takich, a nie innych wniosków w przedmiocie winy jej zakresu i kary¹⁴. Kolejna funkcja - kontroli zewnętrznej w wymiarze *sensu stricte* powiązana jest z oceną dokonywaną przez organy odwoławcze¹⁵. Kontrola ta skupia się wokół analizy tego, co sąd pierwszej instancji zawarł w uzasadnieniu, Chodzi tutaj o ocenę racjonalności zewnętrznej działań organu pierwszej instancji. Działania te są racjonalne zewnętrznie, gdy są racjonalne z perspektywy sądu odwoławczego analizującego uzasadnienie, jak i z perspektywy organu sporządzającego uzasadnienie¹⁶. W wymiarze *sensu largo* funkcja kontroli zewnętrznej oraz legitymizacji polega na umacnianiu poczucia zaufania publicznego i demokratycznej kontroli nad wymiarem sprawiedliwości¹⁷. Ma ona eksponować zgodność z prawem podjętego rozstrzygnięcia. Jak podkreślił SN: „Uzasadnienie pełni nie tylko funkcję procesową, lecz także buduje autorytet wymiaru sprawiedliwości i kształtuje zewnętrzne przekonanie o sprawiedliwości orzeczenia[...]”¹⁸. Kontrola zewnętrzna sprawowana jest przez doktrynę, opinię publiczną¹⁹. Funkcja ta jest skierowana na zewnątrz, realizacja jej przejawia się w dostępności do wymiaru sprawiedliwości oraz w jego jawności. Przykładami realizacji tej funkcji są chociażby wszelkie bazy orzeczeń dostępne w Internecie. Funkcja perswazyjna (racjonalizacyjna) ma za zadanie przekonać o poprawności procesu i słuszności wyroku adresatów uzasadnienia, a także o racjonalności systemu prawa²⁰. Uzasadnienie, aby spełniało tę funkcję powinno być oparte na powszechnie uznanych dyrektywach wykładni prawa oraz praktykach stosowania prawa, ponadto powinno być rzetelne, jasne, zsynchronizowane z sentencją.

Tryb i forma sporządzania uzasadnienia

W myśl art. 99 k.p.k. tryb i formę uzasadnienia określają przepisy szczególne, mowa tu o art. 422, 423, 449a i 457 § 1 i 2, 672 k.p.k. - odnośnie trybu sporządzenia uzasadnienia oraz art. 424, 457 § 3 k.p.k. - odnośnie formy, treści²¹. Podchodząc do tej kwestii nieco szerzej, uzasadnienia można podzielić na ustne, pisemne, obligatoryjne, fakultatywne, a także można wyróżnić jeszcze

¹³ Postanowienie SN z 15.06.2006 r., III KK 225/04, Legalis nr 72639.

¹⁴ Wyrok SA w Katowicach z 12.01.2006, II AKa 448/05, Legalis nr 75684.

¹⁵ R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku*, s. 75.

¹⁶ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 266-267.

¹⁷ R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku*, s. 84.

¹⁸ Wyrok SN z 4.11.2003r., V KK74/03, Legalis nr 61935.

¹⁹ R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku*, s. 86.

²⁰ Postanowienie SA w Krakowie z 27.11.2013 r., II AKa 464/13, Legalis nr 981728.

²¹ A. Sakowicz [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Warszawa 2014, s. 229.

uzasadnienie częściowe²². Uzasadnienie ustne to inaczej podanie ustnie najważniejszych powodów wyroku (art. 418 § 3 k.p.k.). Ustawodawca nakłada obowiązek ustnego uzasadnienia wyroku w każdej sytuacji podejmowania rozstrzygnięć publicznie, także w przypadku sądu odwoławczego (art. 458 zw. z 418 § 3 k.p.k.)²³. Jeżeli rozprawa była prowadzona z wyłączeniem jawności to na czas podania najważniejszych motywów rozstrzygnięcia jawność także może być wyłączona²⁴. Poza podanym przypadkiem przewidzianym w § 2 art. 364 k.p.k. nie ma przepisów dopuszczających wyjątki od zasady publicznego ogłaszania wyroków. Takie ustne uzasadnienie ma miejsce bezpośrednio po ogłoszeniu wyroku, co nie znaczy, że nie mogą być zapisane przez podającego, jednak zwraca się uwagę, iż nie mogą być czytane²⁵. W przypadku sprawy zawilej sąd może odroczyć publikację wyroku²⁶. Ustne uzasadnienie powinno zawierać podstawę faktyczną i prawną ograniczoną do „najważniejszych powodów”, a motywy te rozwinięte mogą być w uzasadnieniu pisemnym²⁷. Ustne uzasadnienie powinno być zrozumiałe dla stron jak i dla obecnych na sali rozpraw. Ustne powody rozstrzygnięcia podczas publikacji nie są protokołowane²⁸. W wypadku zgłoszenia zdania odrębnego przewodniczący lub członek składu orzekającego podaje ten fakt do wiadomości, a jeśli ten kto je złożył wyrazi na to zgodę również jego nazwisko, nie podaje się natomiast treści zdania odrębnego (art. 418 § 2)²⁹.

Uzasadnienie pisemne w myśl art. 422 k.p.k., co do zasady sporządzane jest na wniosek uprawnionego podmiotu o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku³⁰. Termin na złożenie wniosku o uzasadnienie jest siedmiodniowym terminem zawitym, biegnącym od daty ogłoszenia wyroku. W przypadku oskarżonego pozbawionego wolności, który nie miał obrońcy i nie był obecny podczas ogłoszenia wyroku termin ten biegnie od daty doręczenia mu tego wyroku (art. 422 § 2).

Przepisy k.p.k. przewidują obligatoryjnie uzasadnianie wyroków na piśmie przez sąd pierwszej instancji w takich przypadkach jak:

- 1) na złożony w terminie wniosek strony; gdy osoba uprawniona do zaskarżenia wyroku wniosła apelację w terminie (art. 445 § 2 k.p.k.);

²² R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku*, s. 162.

²³ Tamże, s. 163.

²⁴ T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1-467*, Warszawa 2014, s. 1381.

²⁵ E. Samborski, *Zarys metodyki*, s. 499.

²⁶ R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku*, s. 167.

²⁷ T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania*, s. 1381

²⁸ A. Ważny, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Warszawa 2014, s. 728.

²⁹ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 549.

³⁰ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania*, s. 553.

2) w terminie 7 dni od ogłoszenia wyroku w każdym przypadku, gdy od ogłoszonego wyroku zostało zgłoszone *votum separatum* (art. 114 § 3 k.p.k.);

3) co do zasady gdy wyrok wydaje sąd wojskowy pierwszej instancji (art. 672 k.p.k.);

jeżeli osoba uprawniona do zaskarżenia wyroku, w ciągu 7 dni od jego ogłoszenia wniesie apelację nie poprzedzając jej złożeniem wniosku o uzasadnienie (art. 445 § 2 k.p.k.)³¹.

W nowym brzmieniu po 15 lipca 2015 r. podmiotami uprawnionymi z art. 422 k.p.k. do złożenia tego wniosku są strona, w przypadku wyroku warunkowo umarzającego postępowanie wydany na posiedzeniu – pokrzywdzony³². Pomija się oskarżonego, wprowadzając konstrukcję opartą o doręczenia wyroku z urzędu, gdy ustawa tak stanowi, zatem w nowym brzmieniu art. 422 k.p.k. tam gdzie ustawa przewiduje doręczenie wyroku, termin na złożenie wniosku biegnie od jego doręczenia. Uprzednio uprawnionym do złożenia tego wniosku był także podmiot określony w art. 416 k.p.k., czyli podmiot, który uzyskał korzyść w związku z przestępstwem. Prezes sądu odmawia przyjęcia wniosku o uzasadnienie wyroku gdy ten pochodzi od osoby nieuprawnionej lub jest złożony po terminie. Na postanowienie takie przysługuje zażalenie³³. Od 15 lipca 2015 r. postanowienie o odmowie przyjęcia wniosku wydać będzie mógł także referendarz sądowy. Przy uzasadnieniach z urzędu istotne pozostaje, że podmiot uprawniony, aby otrzymać uzasadnienie musi wnieść o jego doręczenie. Przedmiotowy wniosek musi być sporządzony na piśmie, nie wystarczy zgłoszenie do protokołu. Wniosek ten ponieważ jest oświadczeniem woli w związku z wydanym wyrokiem, więc złożenie go przed ogłoszeniem wyroku jest prawnie nieskuteczne³⁴.

Czas na sporządzenie uzasadnienia w myśl art. 423 k.p.k. to 14 dni od daty złożenia wniosku, zaś w przypadku, gdy uzasadnienie sporządza się z urzędu jest to 14 dni od ogłoszenia wyroku. W sprawie zawilej termin ten może być wydłużony przez prezesa sądu na czas oznaczony³⁵. Tylko zawilość sprawy jest przesłanką wydłużenia czasu sporządzenia uzasadnienia. Najwłaściwszym jest, aby uzasadnienie z racji zawodności ludzkiej pamięci sporządzać jak najszybciej. Mimo, iż niesporządzenie uzasadnienia wyroku terminie 14 dni nie powoduje skutków procesowych sędzia może ponieść w związku z tym odpowiedzialność. Mianowicie, na mocy art. 107 § 1 ustawy - p.u.s.p., sędzia za przewinienie służbowe, w tym za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa i uchybienie godności urzędu sędzia może odpowiadać dyscyplinarnie³⁶. Jeśli takie uchybienie naraża na szwank prawa i istotne interesy dóbr osób biorących udział w postępowaniu lub powoduje szkodę to można

³¹ Z. Świda, *Postępowanie karne. Część szczególna*, Warszawa 2011, s. 225-226.

³² T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania*, s. 1391.

³³ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania*, s. 554-553.

³⁴ post. SN z 11.10.2002 r., WA 53/02, Legalis nr 55932.

³⁵ A. Ważny, [w:] *Kodeks postępowania*, s. 736.

³⁶ wyr. SN z 12.11.2003 r., SNO 71/03, Legalis nr 465164.

mówić o rażącej obrazie w przypadku art. 423 § 1 k.p.k. SN w wyroku z 7 listopada 2002 r., wypowiedział się, że: „Permanentne i rażące naruszanie terminów sporządzania uzasadnień orzeczeń karnych prowadzące do oczywiście nieuzasadnionej przewlekłości postępowania może uzasadniać zastosowanie wobec sędziego, winnego znacznej ilości tego rodzaju deliktów dyscyplinarnych surowego rodzaju sankcji dyscyplinarnej”³⁷. SN za znaczne uchybienie terminowi do sporządzenia uzasadnienia uznał okres od 55 do 100 dni³⁸. SA w Lublinie w postanowieniu z 24 października 2012 r.³⁹ stwierdził, iż niewłaściwą praktyką w ramach rzetelnego procesu jest brak obowiązku informowania uprawnionego, który złożył w terminie wnioszek o konkretnym terminie zrealizowania tej czynności. Czas sporządzenia uzasadnienia jest istotny nie tylko z perspektywy składania środków odwoławczych, ale szczególnie z perspektywy osób pozbawionych wolności, znany jest przypadek, gdzie czas sporządzenia uzasadnienia przekroczył rok, a oskarżony przebywał w areszcie, co spowodowało interwencję Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka⁴⁰.

Uzasadnienie sporządza przewodniczący lub sędzia sprawozdawca⁴¹. Jeśli przewodniczący lub sprawozdawca nie mogą sporządzić uzasadnienia robi to ławnik przy pomocy sędziego wyznaczonego przez przewodniczącego wydziału⁴². Sędzia, który zgłosił zdanie odrębne nie musi sporządzać uzasadnienia wyroku, chyba, że jest przewodniczącym orzekającym w składzie z dwoma ławnikami i żaden ławnik nie podejmie się tej czynności, wtedy takie uzasadnienie przewodniczący sporządzić musi, dokładając należytej staranności⁴³. Zdanie odrębne można także zgłosić co do samego uzasadnienia. Podkreślić należy, że o ile sędzia zdanie odrębne musi w ciągu 7 dni uzasadnić na piśmie, ławnik nie musi tego robić⁴⁴. Siedmiodniowy termin na uzasadnienie zdania odrębnego płynie od daty sporządzenia uzasadnienia. Złożenie zdania odrębnego powoduje konieczność podpisania uzasadnienia przez wszystkich członków składu orzekającego, przy podpisie tego, który je zgłosił czyni się o tym fakcie wzmiankę. Niepodpisanie uzasadnienia sprawia, że nie wywołuje ono skutków procesowych, ponieważ niepodpisane uzasadnienie jest jedynie projektem⁴⁵.

Uzasadnienie doręcza się temu, kto złożył wniosek na podstawie art. 422 k.p.k. (tak w nowym brzmieniu art. 423 §2 k.p.k.)⁴⁶. W dotychczas obowiązującej treści art. 423 § 3 k.p.k. jest mowa tylko o stronie i podmiocie z art. 416 k.p.k., jednak oczywiste, że przepis ten dotyczy też pokrzywdzonego

³⁷ Wyrok SN z 7.11.2002 r., SNO 40/02, Legalis nr 518115.

³⁸ Wyrok SA z 21.01.2003 r., SNO 57/02, Legalis nr 511636.

³⁹ Postanowienie SA w Lublinie z 24.11.2012 r., II S 21/12.

⁴⁰ [za:] R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku*, s. 178.

⁴¹ A. Ważny, [w:] *Kodeks postępowania*, s. 736.

⁴² E. Samborski, *Zarys metodyki*, s. 503.

⁴³ A. Ważny, [w:] *Kodeks postępowania*, s. 736.

⁴⁴ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki*, s. 275-276.

⁴⁵ Tamże, s. 276-277.

⁴⁶ Ustawa z dn. 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U., poz. 1247)

w przypadku wyroku warunkowo umarzającego wydanego na posiedzeniu, o czym mowa w art. 422 § 1 k.p.k.⁴⁷. Gdy występuje wielość pełnomocników to uzasadnienie doręcza się tylko temu, który złożył wniosek, chyba, że z wniosku wynika inaczej, że powinno ono być doręczone także oskarżonemu, wyłącznie oskarżonemu albo innemu obrońcy albo wystąpią inne okoliczności takie jak śmierć wnioskodawcy czy rozwiązanie stosunku obrończego⁴⁸. Jednak jeśli strona złoży wniosek to zgodnie z art. 140 k.p.k. uzasadnienie należy doręczyć także obrońcy, pełnomocnikowi, przedstawicielowi ustawowemu⁴⁹. Jeśli sprawa była rozpoznawana z wyłączeniem jawności przez wzgląd na ważny interes państwa to zamiast uzasadnienia doręcza się zawiadomienie o jego sporządzeniu.

Prawodawca na mocy przepisu gwarancyjnego art. 425 § 2 k.p.k. umożliwił zaskarżenie samego uzasadnienia⁵⁰. Kodeks nie reguluje tego szczegółowiej, zatem nie jest wiadome czy można kwestionować ustalenia faktyczne czy tylko styl, w doktrynie podnosi się, iż zaskarżanie uzasadnienia ma sens jeżeli narusza ono lub szkodzi interesom prawnym skarżącego. Uzasadnienie uzewnętrznione jest nieodwołalne w jakikolwiek inny sposób niż w trybie odwoławczym⁵¹.

Układ treściowy uzasadnienia zgodnie z art. 424 k.p.k. na przykładzie wyroku skazującego to:

- 1) dokładne ustalenie podstawy faktycznej;
- 2) wskazanie dowodów uznanych za podstawę ustaleń i przesłankę ich oceny;
- 3) wskazanie dowodów przeciwnych, których sąd nie uznał;
- 4) podstawa prawna;
- 5) przytoczenie okoliczności, które sąd miał na względzie przy wymiarze kary, a zwłaszcza przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia, złagodzenia kary, środków karnych itp.;
- 6) wyjaśnienie podstaw orzeczeń dodatkowych⁵².

Ustalenie podstawy faktycznej to zawarcie w uzasadnieniu faktów, które mają znaczenie dla ustalenia odpowiedzialności oskarżonego⁵³. Muszą być tu zawarte fakty, które były przedmiotem rozważań sądu, powinien być tu także poruszony problem faktów i okoliczności wpływających na sędziowską ocenę dotychczasowych losów życiowych oskarżonego, mające znaczenie w perspektywie popełnionego przez niego czynu. Nie wolno w uzasadnieniu powoływać się na okoliczności o których

⁴⁷ T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania*, s. 1393.

⁴⁸ Uchwała SN z 9.06.2006 r., I KZP 10/06, Legalis nr 74995.

⁴⁹ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania*, s. 555.

⁵⁰ K.T. Boratyńska [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Warszawa 2014, s. 744.

⁵¹ R. Broniecka, *Uzasadnienie wyroku*, s. 27.

⁵² E. Samborski, *Zarys metodyki*, s. 504.

⁵³ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki*, s. 283.

sąd wie spoza rozprawy, wolno opierać się tylko a dowodach które ujawniono na rozprawie głównej⁵⁴. Jak zauważył SA we Wrocławiu w wyroku z 28 stycznia 2014 r.⁵⁵ uzasadnienie podstawy prawnej nie może ograniczać się do jej podania, musi to być wyjaśnienie sposobu interpretacji tych przepisów w świetle przyjętej wykładni i zastosowania.

Nowelizacja k.p.k. zmienia § 1a oraz dodaje § 3 do art. 424 k.p.k. odnoszącym się do treści uzasadnienia⁵⁶. W §1 dodany został przymiotnik „zwięzłe”, w nowym brzmieniu uzasadnienie powinno zawierać zwięzłe ustalenia faktyczne i wyjaśnienie podstawy prawnej, zmiany mają charakter upraszczający⁵⁷. Dodany § 3 dotyczy uzasadnień wyroków wydanych w trybie konsensualnym (art. 343 k.p.k. – skazanie bez rozprawy, 343a k.p.k. – dobrowolne poddanie się karze), sąd będzie mógł ograniczyć zakres uzasadnienia do podstawy prawnej i wymiaru kary.

Co do języka uzasadnienia, powinna to być poprawna polszczyzna, bez nadużywania obcych zwrotów, tak aby język ten był dla stron zrozumiały, argumentacja także powinna być zrozumiała⁵⁸. Niedopuszczalne są zwroty o zabarwieniu subiektywnym, nie powinno ono brzmieć patetycznie, moralizatorsko. Pod względem technicznym oczywiście jest, że nie powinno zawierać błędów oraz jego estetyka powinna zostać zachowana. Innymi słowy uzasadnienie musi być sporządzone w taki sposób, aby w swoim brzmieniu było zrozumiałe nie tylko dla organów procesowych i fachowców, ale przede wszystkim dla stron, które nie miały wcześniej styczności z wymiarem sprawiedliwości. Twierdzenia wypowiedziane w wyroku powinny być stanowcze, nie mogą wzbudzać wątpliwości lub pozostawiać domysłom pewnych kwestii, nie powinno w nich być zwrotów typu „możliwe, że[...]”, „prawdopodobnie”. W uzasadnieniu nie ma także miejsca na pytania retoryczne, jak zauważył SA w Krakowie w wyroku z 11 grudnia 2013 r.⁵⁹. Zwroty ustawowe powinny być przełożone na argumenty wynikłe z ujawnionych okoliczności, a nie pozostawiać pustymi w brzmieniu odrębnymi od faktów twierdzeniami prawnymi⁶⁰. Jeśli rozprawa dotyczy kilku oskarżonych to nie powinno się w uzasadnieniu odnosić do nich w sposób zbiorczy, uzasadnienie co do czynu oraz osoby każdego z oskarżonych powinno przyjąć postać osobnego wyводу. Uzasadnienie powinno rozpoczynać się od słów „Na podstawie dowodów zebranych na rozprawie sąd ustalił[...]”. Wskazane jest umiarkowane podpieranie się orzecznictwem SN oraz przytaczanie w niektórych przypadkach stanowiska doktryny. Uzasadnienie nie powinno być streszczeniem, a zawierać oceny i wnioski⁶¹.

⁵⁴ Wyrok SA w Gdańsku z 4.07.2013 r., II AKa 202/13, Legalis nr 746506.

⁵⁵ Wyrok SA we Wrocławiu z 28.01.2014 r., II AKa 431/13, Legalis nr 776115.

⁵⁶ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania*, 1394-1395.

⁵⁷ Tamże, s. 1398.

⁵⁸ E. Samborski, *Zarys metodyki*, s. 496

⁵⁹ Wyrok SA w Krakowie z 11.12.2013 r., II AKa 185/13, Legalis nr 981720.

⁶⁰ E. Samborski, *Zarys metodyki*, s. 497-498.

⁶¹ Wyrok SA we Wrocławiu z 21.12.2012 r., II AKa 333/12, Legalis nr 745755.

W przypadku II instancji sąd uzasadnia wyrok z urzędu w ciągu 14 dni (art. 457 k.p.k.), w uzasadnieniu podając czym się kierował wydając wyrok i dlaczego wnioski apelacji uznał za zasadne lub niezasadne⁶². Oznacza to, że sąd apelacyjny w uzasadnieniu musi ustosunkować się do każdego z zarzutów poniesionego w apelacji, odpowiadając tym samym na pytanie dlaczego zarzuty i argumenty zasługują lub nie zasługują na ich uwzględnienie⁶³. W dotychczasowym stanie prawnym na mocy art. 457 k.p.k. sąd odwoławczy zwolniony jest z uzasadniania *ex officio* w przypadku uznania apelacji za „oczywiście bezzasadną”⁶⁴. Każdy inny wyrok obliguje do jego uzasadnienia. W nowym brzmieniu k.p.k. § 2 art. 457 ustawodawca zrezygnował z konstrukcji „apelacji oczywiście bezzasadnej”, uznając, że praktyka wykazuje częste instrumentalne używanie tej konstrukcji. Każde utrzymanie w mocy zaskarżonego wyroku, czy apelacja była bezzasadna czy też oczywiście bezzasadna zwalniać będzie sąd po 15 lipca 2015 r. od obowiązku sporządzania uzasadnienia z urzędu, będzie to czynność dokonywana na wniosek strony. Mimo wszystko przy zgłoszeniu zdania odrębnego zastosowanie mają przepisy dotyczące sądu pierwszej instancji, zatem sąd drugiej instancji sporządza uzasadnienie wyroku w każdym wypadku gdy zostało złożone zdanie odrębne z urzędu. Należy zwrócić uwagę, że brak obowiązku sporządzania uzasadnienia nie jest równoznaczny z zakazem jego sporządzenia⁶⁵. W efekcie wyróżnić można uzasadnienia fakultatywne, gdy sąd sporządza uzasadnienie mimo że nie jest do tego zobligowany.

Ostatnim typem uzasadnienia jest uzasadnienie częściowe. Uzasadnienie może ograniczać się w swojej treści zgodnie z wnioskiem tylko do niektórych części wyroku, gdy tak wskazano, ale tylko podmiotowo⁶⁶. Zależy to od wniosku stron (art. 422 § 1 oraz art. 423 § 1a k.p.k.). Jeżeli strona wniesie wniosek w którym wniesie o uzasadnienie wyroku w części odnoszącej się do niektórych oskarżonych to sąd może swoje uzasadnienie do tego ograniczyć⁶⁷. Ograniczenie to może być tylko podmiotowe, a więc okoliczności i wszelkie kwestie natury przedmiotowej i mieszanej muszą w stosunku do wskazanego podmiotu zostać wyczerpująco uzasadnione. Koresponduje z tym art. 449a k.p.k., upoważniający sąd odwoławczy do zwrócenia sprawy do sądu pierwszej instancji w celu sporządzenia uzasadnienia wyroku, jeśli ma to zapewnić prawidłowość postępowania w sprawie⁶⁸. Dzieje się tak w przypadku, gdy sporządzone uzasadnienie było zgodnie z wnioskiem ograniczone (art. 423 § 1a

⁶² T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania*, s. 1562.

⁶³ Wyrok SN z 6.06.2006 r., V KK 413/05, Legalis nr 75623.

⁶⁴ T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania*, s. 1562-1563.

⁶⁵ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki*, s. 253.

⁶⁶ Tamże, s. 253.

⁶⁷ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do artykułów 297-467*, Warszawa 2011, s. 694.

⁶⁸ T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania*, s. 1536.

k.p.k.). Na mocy art. 424 § 3 k.p.k., który to będzie obowiązywał od 15 lipca 2015 r., sąd zawęzi uzasadnienie wyroku wydanego w trybie konsensualnym.

Podsumowując, uzasadnienie wyroku spełnia ważną rolę w procesie karnym, ponieważ ma za zadanie przekonać o słuszność rozstrzygnięcia zawartego w wyroku, w ten sposób, aby spełnić zadanie wychowawcze⁶⁹. Przekonywujące uzasadnienie może sprawić, iż strony zrezygnują z wnoszenia środków odwoławczych⁷⁰. W uzasadnieniu musi się zawierać odpowiedź na zasadnicze pytanie dlaczego taki właśnie wyrok został wydany. Uzasadnienie ma świadczyć o dokonaniu wyczerpującej i wielostronnej analizy okoliczności sprawy, wyjaśnieniu wszelkich wątpliwości, sprzeczności, potwierdzeniu prawdziwości ustaleń przez sąd⁷¹. SA w Szczecinie podkreślił, mimo tego, że uzasadnienie jest odrębną od wyroku czynnością procesową, to stanowi integralną część orzeczenia i jest istotnym źródłem informacji⁷².

Zauważalne różnice są pomiędzy treścią uzasadnień sądu pierwszej instancji, tzw. sądu faktu, a uzasadnień sądu odwoławczego, zwanego sądem prawa⁷³. W uzasadnieniu sądu pierwszej instancji niezwykle istotne są ustalenia faktyczne, natomiast sąd drugiej instancji bada jedynie pod kątem zgodności z prawem proces ich gromadzenia i dokonanej oceny. Dysonans ten uwidacznia się w specyfice treści uzasadnienia obu instancji. Uzasadnienie pisemne względem ustnego pełni rolę uzupełniającą, różnią się one względem siebie stosowanym językiem, kręgiem adresatów do, których są kierowane oraz obszernością⁷⁴.

Przepisy dotyczące uzasadnienia - poza sprawiającym kłopot art. 425 § 2 k.p.k. umożliwiającym odwoływanie się od samego uzasadnienia - są dość klarowne. Wchodzące z dniem 15 lipca 2015 r. zmiany nie wprowadzają doniosłych zmiany w kwestii przepisów dotyczących uzasadnień wyroków. Ocenic je można jako upraszczające obecny stan, szczególnie przepisy o uzasadnieniu częściowym oraz rezygnacji z obligatoryjnego uzasadniania wyroków przez sąd odwoławczy w przypadku rozstrzygnięcia innego niż uznanie apelacji za oczywiście bezzasadną [taki zapis sugeruje że przy apelacji oczywiście bezzasadnej będzie konieczność sporządzenia z urzędu uzasadnienia]. niesprawiedliwym wydaje się - w obliczu wszelkich postulatów wprowadzania do k.p.k. filozofii sprawiedliwości naprawczej - pominięcie poszkodowanego, nie biorącego udziału w postępowaniu jako strona, w kręgu osób uprawnionych do składania wniosku o uzasadnienie.

⁶⁹ K. Marszał, *Proces Karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 261.

⁷⁰ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki*, s. 271.

⁷¹ E. Samborski, *Zarys metodyki*, s. 496.

⁷² Wyrok SA w Szczecinie z 11.11.2012 r., II AKa 165/12, Legalis nr 743214.

⁷³ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki*, s. 254.

⁷⁴ Tamże, s. 255.

O autorze

Marta Drozdowska jest studentką Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku na kierunku administracja oraz na kierunku prawo. Należy do Europejskiego Stowarzyszenia Studentów Prawa ELSA Białystok. Zainteresowania naukowe: prawo karne procesowe, sprawiedliwość naprawcza, filozofia prawa.

Streszczenie

Artykuł kompleksowo traktuje kwestię uzasadniania wyroków w procesie karnym. Jego treść ma na celu przybliżenie roli uzasadniania wyroków w procesie karnym, zatem przedstawiono w nim różne typy uzasadnień, funkcje jakie pełni uzasadnienie wyroku, opisany został tryb i sposób sporządzania uzasadnień wyroków, a także krąg uprawnionych do ubiegania się o sporządzenie uzasadnienia. Analizie została także poddana treść uzasadnienia. Artykuł poparty jest bogatym orzecnictwem wypracowanym przez polskie sądy. Przedstawione zostały także zmiany przepisów kodeksu postępowania karnego jakie wejdą w życie z dniem 15 lipca 2015 r. odnośnie uzasadniania wyroków.

Summary

The article treats issue of justifying judgements in a criminal trial comprehensively. The article's contents intends to make closer the role of justifying judgements in a criminal trial, so the article shows different types of justifications, features, which fulfill justify judgement, procedure and method of preparing justifications judgements and also the circle of persons entitled to request justification. Contents of justification has been analyzed. The article is supported by jurisdiction of polish courts. There are shown the changes in the criminal process law that will come in the July 15, 2015 which connect with justifying judgements.

Efforts of native Americans to make the consumption of peyote for religious purposes legal in the United States of America

Anna Drwal

Introduction

The encounter of indigenous people of North America with the Europeans in the XV century had without any doubt a huge impact on their lives. This has led to large and very rapid changes with which Indians did not always cope initially. They had to develop a new way of living, often find new goals and values.

It seems that religion, which is called peyotism, has become one of the remedies for this situation. It is a combination of the Indian tradition and white Americans civilization. However, the natives had to fight for the possibility of its full and unfettered practice. This was due to the fact that the plant, which is the main component of this cult, began to be perceived by US authorities as a drug. American courts were faced with the task of deciding what is more important in this situation - the culture of specific community, or the uniformity of law and its effectiveness in the fight against drug market.

There is an additional aspect here which is the freedom of religion, one of the most basic human rights. However, in certain situations, there has to be impose legal restrictions on this right, which paradoxically allow the real existence of freedom of religion, especially in a country such as the United States, which seems to be one of the biggest cultural mosaic of the world. Without any intervention the complete freedom could be used by religious groups against one another. But the difficulties arise while determining where this limit should be impose. Lack of the cultural and religious uniformity in the United States makes the situation incredibly difficult.

This article is an attempt to show how the indigenous Americans defend their own tradition which has to change in some aspects to meet U.S. legal requirements and thus to strengthen its position.

Peyotism

Peyotism is a religious cult, especially widespread among North American Indians centered around peyote (botanical name - *Lophophora williamsii*), which is a plant from the cactus family. What is the most important about this cactus is the fact that it has hallucinogenic properties.

The origins and causes of the spread of that religion in North America are not easy to clearly determine what is caused mainly by the lack of information, especially about the centuries before the conquest. Most likely, the cult of the peyote appeared south of the Rio Grande, where cactus is still growing in large quantities⁷⁵. Then, at the end of the XIX century began to spread on North American lands to reach in the end the southern part of present Canada⁷⁶.

There are many reasons why this cult became so popular and successful. To present them, it is crucial to trace what was happening with the Indian society in the XIX century. Most of the tribes were forced to change their natural environment under the legal act, enacted in 1830, concerning resettlement of Indians to the reserves, where lands were mostly dry and barren, where the governmental control was stretched over them, where often previously hostile tribes were forced to live together⁷⁷. It was done under the slogans of alleged protection of their biological extinction⁷⁸. These displacements of Indian population have led to the collapse of traditional culture in which a clear sense of belonging to one group, and on the other hand a sense of separateness from others were present⁷⁹.

In the reserves every Indian family was given a piece of land as their own property which was something completely new to these people, who had previously always treated the land and any other thing as a common property of the whole tribe. This has for example contributed to the collapse of the authority of tribal elders. People who were used to living in a group with very strong relationships and dependencies were forced to the more individualistic way of living, which was the European value. Indians children were sent to boarding schools far from their families to separate them from their culture and tradition. What is more, bison, the main animal on which Natives were hunting, almost completely extinct.⁸⁰

Indians were deprived of their, once almost unlimited, freedom. Many of their values, ideals and goals lost their meaning after the Europeans dominated the continent. After 1890 the majority of

⁷⁵ La Barre, *The peyote cult*, Yale 1938, s.110; after: M. Posern-Zielińska, *Peyotyzm: Religia Indian Ameryki Północnej*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1972, pp. 85.

⁷⁶ P. Yuen, *The Peyote Religion Among The American Indians*, pp.1 [on-line:] <http://www.scribd.com/doc/3485672/The-Peyote-Religion-Among-the-American-Indians> [16.06.2012].

⁷⁷ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp.96-97.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ R. Shonle, *Peyote, the giver of visions*, "American Anthropologist", v. 27, 1925, pp. 57.

⁸⁰ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp.101.

the indigenous population was already closed in the reserves, where conditions were most often so outrageous that many Indians have died of starvation and epidemics. The white defender of this population compared them to prisons in the form of pens for cattle. From this hopelessness, the sense of unity and solidarity among the entire race, and not only within one tribe, began to slowly emerge.⁸¹

Peyotism was one of the responses to the culture shock, stress, problems in adjusting to a new situation and despair which gripped the indigenous people of North America in the XIXth century. Following the Swedish researcher Åke Hultkrantz, peyotism could be called the "crisis religion"⁸².

This religion supports pan-indian movement and shows the path which Indians should follow to survive and achieve happiness after death (so called The Peyote Path). It gives them a sense of self-worth by putting their culture at least on a par with the culture of the white man and often even above it. It filled the void left by the traditional indigenous cults that lost their importance due to the changing conditions of life. That is why peyotism was firstly adapted by the Indians from the Plains. They were nomadic hunters who had to become sedentary farmers and because of that they probably experienced the biggest shock⁸³.

The literature of the subject often mentions two other cults who were supposed to facilitate the assimilation of peyotism on the lands of the United States. The first one occurred on the Plains and was called the cult of the "mescal bean"⁸⁴. The so-called bean contains a toxic substance which has hallucinogenic properties and its intake can lead to nausea, convulsions, and even death⁸⁵. It is believed that the familiarity with the "mescal bean" could accelerate the spread of the cult of peyote because the effects that it induces were not unknown to the population of those areas⁸⁶. The probable reasons of why *Lophophora williamsii* eliminated the "mescal bean" is that narcotic substance contained in the second plant is five times stronger and because this cult was closed so only few people could participate in it. While peyotism is open to almost all with few exceptions concerning participation of women in the most important parts of the peyote ceremony⁸⁷.

The second cult was a religious movement called "Dance of the Spirits" which appeared in California in the 70s of the XIX century⁸⁸. It was a millenarianism movement which preached the

⁸¹ Ibidem, pp.99.

⁸² Å. Hultkrantz, *The Attraction of Peyote. An Inquiry into the Basic Conditions for the Diffusion of the Peyote Religion in North America*, Acta Universitatis Stockholmiensis, Stockholm studies in comparative religion, Stockholm 1997, pp.84, [on-line:] <http://www.scribd.com/doc/4809735/15/The-Peyote-Religion-as-a-Crisis-Religion> [30.05.2015].

⁸³ M. Posern-Zielińska, *op.cit.*, pp.96-97.

⁸⁴ J. H. Howard, *The Mescal Bean Cult of the Central and Southern Plains: An Ancestor of the Peyote Cult?*, "American Anthropologist", v.59, 1957, pp.75-76.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ M. Posern-Zielińska, *op.cit.*, pp.69.

⁸⁷ Å. Hultkrantz, *op.cit.*, pp.113.

⁸⁸ E. Nowicka, I. Rusinowa, *Wigwamy, rezerwaty, slumsy: z dziejów Indian w Stanach Zjednoczonych*, Warszawa 1988, pp. 232.

imminent cosmic catastrophe which could be accelerated by the dance from which the movement took its name⁸⁹. Some similarities to the Christian religion may be noticed here (for example the vision of a happy land to which Indians would go after the disaster is very similar to the Christian vision of heaven) which should not surprise considering the fact that the initiator of this cult Wovoka, who later became one of the main authorities of peyotism⁹⁰, grew up in a family of the colonizers where the Bible was always read out loud⁹¹. The idea of pan-indianism is also present here, as well as the postulate of not harming others and peaceful settlement of conflicts (also with white people)⁹². They even organized events which were supposed to unite Indians from different tribes in one dance and around common ideas⁹³.

This cult began to lose its significance when the end of the world did not occur in the alleged dates to finally incur a defeat in 1891. In this year the massacre at Wounded Knee took place where many of the Sioux lost their lives despite wearing their "holy ghost shirt" that supposed to bounce the bullets. That was the last armed resistance of the Native Americans. Henceforth, Indians adopted an entirely passive attitude and the peyote hallucinations became a form of escape of the surrounding reality.⁹⁴

Peyotism is a monotheistic religion with a strong syncretic nature where the elements of North American indigenous cults are intertwined with some ideas from Christianity and also some components from the original peyote complex⁹⁵ still possible to observe in Huichol tribe living in Mexico in the mountains Sierra Madre. Huichols at least once a year set off on a hunting for peyote to find it in the sacred land of Wirikuta and to go on a spiritual path to the country of their predecessors⁹⁶. Elements of Christianity appeared when the cult began to be popular north from the Rio Grande river⁹⁷. What is the easiest to notice is the identification of the traditional Great Spirit with the God, protective spirits with angels and peyote with Jesus, the Holy Spirit or the sacramental bread⁹⁸. Jesus is also sometimes identified with the Peyote Woman⁹⁹ (in traditional myths quite often she is the one who first had found the cactus and brought it to Indians). When it comes to traditional beliefs of Indians the most popular was shamanism and the faith in all kinds of guardian spirits¹⁰⁰.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ E. Nowicka, *Bunt i ucieczka: zderzenie kultur i ruchy społeczne*, Warszawa 1972, pp. 116.

⁹¹ M. Posern-Zielińska, op. cit., pp. 137-139.

⁹² Ibidem, pp. 140-143.

⁹³ E. Nowicka, I. Rusinowa, *Wigwamy, rezerwaty...*, op. cit., pp. 233.

⁹⁴ M. Posern-Zielińska, op. cit., pp. 144-148.

⁹⁵ Ibidem, pp. 93-94.

⁹⁶ B. G. Myerhoff, *Pejotlowe Łowy: Sakralna podróż Indian Huicholi*, Kraków 1997, pp. 19.

⁹⁷ Å. Hultkrantz, op. cit., pp. 40.

⁹⁸ E. Nowicka, *Bunt i ucieczka...*, op. cit., pp. 91.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ M. Eliade, *Szamanizm i archaiczne techniki ekstazy*, Warszawa 1994, pp. 297.

Shaman was the only person capable of entering the supernatural world sufficiently deep during his ecstatic journeys, however the achievement of visions was possible for every member of the tribe¹⁰¹. Shaman possess healing powers especially when it came to the so-called "diseases of the soul" which could be healed only during special sessions in which shaman goes to the world of visions¹⁰². It is clear that the desire to experience hallucinations remained in peyotism with this change that here everyone has the opportunity to achieve a deeper understanding. It seems that the important position of the drum in peyote rituals and the fact that these ceremonies take place at night are also what is left of the old tribal religions. The drum has a major role in shamanic rituals because it allows him to float in the air to call the spirits and to focus due to its sound¹⁰³. The therapeutic shamanic session takes place at night accompanied by chants and ritual smoking of the pipe¹⁰⁴. Those elements take also place during the meetings of the peyotism followers.

Code of ethics (called The Path of Peyote) is a blend of Christian values and the needs of Indian society. The desirable qualities are honesty, charity, gentleness, self-control, diligence, thriftiness. What is encouraged is the care for the family, loyalty, and above all total prohibition on drinking alcohol (which most likely is the result of extraordinary vulnerability of the Indian population to the alcohol). The goal of this religion is to increase the self-esteem of Indians so shaken after their encounter with Europeans. White people are criticized for their greed, materialism and their desire to dominate Native Americans¹⁰⁵.

Initially this religion was very poorly organized, developing mainly on a local scale and consisted primarily of volunteers¹⁰⁶. However, it was very quickly noted that in the current reality the religious activity, for its effective development, has to be based on an institutionalized system that could be legalized by the American authorities¹⁰⁷. Christianity served as a model. They began to build churches, which firstly were covering only small areas, until the 10th of October 1918 when the Native American Church was constituted in El Reno, Oklahoma which main aim was to integrate all members, regardless of their tribe¹⁰⁸. Subsequently an international union was created under the name Native American Church of North America which aim is to gather all the peyote churches (including those present in Canada)¹⁰⁹. The number of people belonging to the church is estimated at 250,000

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem, pp.174-175.

¹⁰⁴ Ibidem, pp.301-304.

¹⁰⁵ D. F. Aberle, *Peyote religion among the Navaho*, Viking Fund Publication in Anthropology, n. 42, New York 1966, pp.181; after: E. Nowicka, *Bunt i uciezka...*, op.cit., pp.98.

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 123.

¹⁰⁷ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp.213.

¹⁰⁸ La Barre, *The peyote cult*, Yale 1938, pp.170; after: Ibidem, pp. 218.

¹⁰⁹ J. S. Slotkin, *The Peyote way*, in: *Reader In comparative religions*, New York 1962, pp. 483; after: Ibidem.

which is about half of the Indian population in the United States¹¹⁰. However, these data are from the book published in 1972 and unfortunately I could not find more recent estimation.

When it comes to rituals associated with this religion the most important is the ceremony which takes place every Saturday after sunset and lasts for the entire night¹¹¹. Those meetings are mostly held in tents but may also occur in other places, even on the open air¹¹². The Leader takes care of the preparation for the ceremony by bringing required items (drums, feather fan, rattle, stick of the Leader, whistle¹¹³) and by building the altar which is a mound of earth in the shape of crescent¹¹⁴. Participants of the ceremony enter the tent in a specified order. First one is the Leader, then Main Drummer, then the Guardian of the Cedar Incense¹¹⁵. After them the men can enter, later women and children and the last one is the Guardian of the Fire who is responsible for the fire to burn during the whole ceremony¹¹⁶. On entering the faithful move along the walls according to the clockwise direction and occupy places indicated by the Leader. Then the Leader puts on the altar the peyote and furrow a shallow groove in the ground, which is a symbol of the peyote path through which the God sends visions to people and people send their requests to God¹¹⁷. At the beginning the Leader preaches and later everyone smoke a ritual tobacco¹¹⁸. After that there comes a time for the first intake of the peyote (occurs several times during the night) which is happening in a complete silence and concentration¹¹⁹. Then they begin to sing at a constant accompaniment of a drum which along with other ritual objects wanders between the believers¹²⁰. At midnight a woman initiates the "ceremony of water" and everyone is drinking water from one vessel¹²¹. The consumption of water is a symbol of unity and solidarity of all the believers and what is more water is supposed to have extraordinary power for example to cure a disease¹²². Prayers are mostly individual and improvised¹²³. Participants under the influence of peyote are falling into a state of contemplation, spiritual elation and sometimes are experiencing some visions¹²⁴. In the morning women are responsible for preparing breakfast for all believers¹²⁵. Most often they all stay together, relaxing and talking, until Sunday evening¹²⁶.

¹¹⁰ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp.220.

¹¹¹ E. Nowicka, *Bunt i ucieczka...*, op.cit., pp. 100.

¹¹² M. Posern-Zielińska, op.cit., pp. 185-187.

¹¹³ E. Nowicka, *Bunt i ucieczka...*, op.cit., pp. 100-101.

¹¹⁴ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp. 187-188.

¹¹⁵ E. Nowicka, *Bunt i ucieczka...*, op.cit., pp. 101.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp.190.

¹¹⁸ E. Nowicka, *Bunt i ucieczka...*, op.cit., pp.101-102.

¹¹⁹ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp.191-192.

¹²⁰ Ibidem, pp.192-193.

¹²¹ Ibidem, pp.193.

¹²² E. Nowicka, *Bunt i ucieczka...*, op.cit., pp.104.

¹²³ Ibidem, pp.106.

¹²⁴ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp. 195.

¹²⁵ Ibidem, pp.198.

Properties of peyote

Peyote is a small cactus which after ingestion causes many colorful hallucinations¹²⁷. Bernardino de Sahagun (Spanish chronicler and priest) was writing about this plant in 1560 while he was describing Aztecs¹²⁸. Without any doubt, one can therefore conclude that the history and tradition of the use of peyote dates back to the times before the arrival of the Spaniards on the newly discovered continent. The origins of this phenomenon should be then seek on the lands of today's Mexico.

The effects caused by the consumption of this plant can be divided into two phases. The first one is a bit unpleasant because there are such ailments as headaches, nausea and salivation¹²⁹. During the second phase, which occurs after a few hours, there appears an arousal of the body, impaired perception and what is the most important - the colorful visions¹³⁰. What is special about this plant is that under its influence the person does not lose the sense of awareness or control over its body, mind and behavior¹³¹. In the literature of the subject appears also different descriptions of the phases. For example Ruth Shonle wrote that initially revival and joy appear and later visions and lethargy¹³².

Hallucinogenic properties of peyote are caused by the presence of 14 classified alkaloids (there can be more) in its chemical composition¹³³. Some of them can stimulate, others soothe while the basic of them - mescaline - is attacking the parts of the brain responsible for vision causes hallucinations¹³⁴.

In science, there are two main views on the question - why peyote was so attractive to the indigenous population of the United States? The first emphasizes the hallucinogenic properties that without any doubt always play an important part of Indian culture in North America and on the Plains became virtually irreplaceable¹³⁵. Indians were trying to achieve visions on every possible occasion such as bereavement, war and initiation which led sometimes to the complete elimination of the Shamans¹³⁶. The only exception is the culture of Indians Pueblo where this form of experience has

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ R. Shonle, *op.cit.*, pp. 53.

¹²⁸ W.E. Safford, *Narcotic Plants and Stimulants of the Ancient Americans*, Annual Report of the Smithsonian Institute 1916, pp. 404-405; after: *Ibidem*, pp. 70.

¹²⁹ M. Posern-Zielińska, *op.cit.*, pp. 41.

¹³⁰ Ibidem, pp. 42.

¹³¹ R. E. Schultes, *The appeal of peyote (Lophophora williamsii) as a medicine*, "American Anthropologist", v.40, 1938, pp. 702.

¹³² R. Shonle, *op.cit.*, pp.73.

¹³³ M. Posern-Zielińska, *op.cit.*, pp.47.

¹³⁴ Ibidem, pp.47-49.

¹³⁵ R. Shonle, *op.cit.*, pp. 59.

¹³⁶ Ibidem.

never been popular¹³⁷. Hallucinations allowed to obtain personal guardian spirit which gave its worshiper grace and power¹³⁸. This led to a situation in which people even mutilated themselves to induce visions¹³⁹. The emergence of *Lophophora williamsii* made it easier to obtain the desired visual hallucinations without using drastic measures which contributed to such a huge interest in peyote among Indians¹⁴⁰. The indigenous people of these land has always ascribed supernatural origins to the hallucinations so the cactus became in their eyes a plant with a special powers which led to its recognition as sacred¹⁴¹.

The second position emphasizes the therapeutic and healing effects of peyote as a fundamental for its popularity¹⁴². Indians believe that there is virtually no disease that this plant could not heal and it does not matter whether it is a disease of the body or of the soul¹⁴³. It is believed that medicinal plants are related to the supernatural powers, they are filled with them, which makes them sacred plants¹⁴⁴. The therapeutic effects of peyote has not been proved and probably Indians assign it such properties because they experience a relief during the ecstatic states caused by the intake of the cactus¹⁴⁵. Probably there were situations when the belief in a supernatural ability of *Lophophora williamsii* was so strong that it resulted in the so-called placebo effect and thereby affirmed Indians in their conviction about the healing properties of it. To summarize, it is difficult to separate from each other these two uses (medicinal and hallucinatory) of peyote because very often they occur together - to cure the disease by causes well-being which is associated with the emergence of visions¹⁴⁶.

Peyote is without a doubt the center and the holiest part of peyotism. It embodies the power of God, his will or spirit so the believers pray to this plant during ceremonies¹⁴⁷. It is also thought to be a teacher and tutor for Indians and a supernatural power and a cure for all problems and diseases¹⁴⁸. The followers of this religion believe that it is a gift from God. in which the God included some of his power, designated specially for Indians to save them from their suffering¹⁴⁹.

The opinions in science are divided as to whether the peyote can be considered a drug or not. Voices opposing used as the main argument the fact that *Lophophora williamsii* does not cause any

¹³⁷ Mirosława Posern-Zielińska, op.cit., pp. 66.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ R. E. Schultes, op.cit., pp. 703.

¹⁴⁰ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp. 67.

¹⁴¹ Rochard Evans Schultes, op.cit., pp.703.

¹⁴² Ibidem, pp.704.

¹⁴³ Ibidem, s.706.

¹⁴⁴ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp.72.

¹⁴⁵ Ibidem, pp.73.

¹⁴⁶ Rochard Evans Schultes, op.cit., pp.704.

¹⁴⁷ Åke Hultkrantz, op.cit., pp.60.

¹⁴⁸ Omer C. Stewart, *Washo – Northern Paiute peyotism, a study in acculturation*, Berkley, Los Angeles 1944, pp. 81; after: Ewa Nowicka, *Bunt i ucieczka...*, op.cit., pp. 92.

¹⁴⁹ E. Nowicka, *Bunt i ucieczka...*, op.cit., pp. 92-93.

addiction¹⁵⁰. However, there are definitions of the drug that do not recognize, as the most important criterion, the fact that the substance is causing addiction or not¹⁵¹. This could eliminate from the group of drugs cocaine because addiction often is determined here by the personality of a person not by the chemical composition¹⁵². Researchers representing the second position seem to doubt the addictive properties of peyote, however do not exclude that if it would be used in different circumstances (not controlled by the Native American Church) it could become a detrimental substance for humans and society¹⁵³. It seems that only on the legal level it is possible to clearly determine what is a drug and what is not by the creation of enumerative list of substances which are considered harmful to the human body¹⁵⁴.

Indian culture and tradition in the face of American Law

To begin the story about the conflict between the use of peyote and the U.S. law we have to go back to the 15th of December 1791 when the first amendment to the American Constitution came into force introducing the freedom of religion and a right to practice it¹⁵⁵. This law is one of the most important foundations of American democracy and one of the most important human rights.

The main reason for the reluctance towards peyotism was the fact of the consumption of peyote by Indians because this plant was identified by white Americans as a drug¹⁵⁶. It should be noted here that in the U.S.A. in the early twentieth century, after years of admiration for stimulants such as opium and cocaine, Americans began to associate drugs primarily with immigrants and their organized crimes. For this reason, many opponents of the peyotism religion, associated mostly with the Christian church or simply having a negative opinion about Indians, began to use the argument that peyote is detrimental to human health (although, there is no doubt that it was their secondary concern) and therefore its use should be prohibited¹⁵⁷. What is more, for many white Americans Indians form of religion in which they are remain in the state of intoxication to receive visions was frightening and difficult to understand which resulted in their desire to suppress it¹⁵⁸. Bureau of Indian

¹⁵⁰ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp. 52.

¹⁵¹ Carrol G. Barber, *Peyote and the Definition of Narcotic*, "American Anthropologist", v.61, 1959, pp. 642-643.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ Ibidem, pp.643.

¹⁵⁴ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp. 53.

¹⁵⁵ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances. " I Amendment to the Constitution of United States of America, 1791, [on-line] https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment [25.05.2015].

¹⁵⁶ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp. 53.

¹⁵⁷ Ibidem, pp. 53-59.

¹⁵⁸ Stewart Omer C., *Efforts to Pass a Federal Law, w: Peyote Religion: A history*, pp.213-239, [on:line] <http://nativeamericanchurches.org/peyote-religion-efforts-to-pass-a-federal-law/> [30.05.2015].

Affairs was also one of the opponents of this plant but they were in general against the whole Indian society which has changed in the 30s when John Collier became a commissioner. He believed that white people can learn a lot from Indians but that did not win him many friends¹⁵⁹.

Of course there were also defenders of this plant who do not necessarily have to be Indians. They focused primarily on a huge cultural and social significance of the cactus for the Indians, its rootedness in their tradition. They pointed out that its prohibition can lead to the collapse of the entire religion. They also stressed out its beneficial impact on the plague of alcoholism so devastating for indigenous Americans¹⁶⁰.

At the beginning of the twentieth century occurred firsts arrests and court cases against holders of the cactus. They were based on the prohibition of spreading intoxicating liquors among the natives however, those cases were mostly won by Indians because of difficulties to include peyote under this ban. Those events led to many responses from the Indian tribes for example they sent a petition in 1915 to the Commissioner of Indian Affairs in which they were writing: *"It has been seven years since I joined them [the Peyote Society]. Since then I have spent no money for whiskey. I believe this Peyote is good. . . .", "When we are in a meeting we eat peyote which gives us the spirit of comfort and we would sit there and pray to God and his son Jesus. It would make me think about God, Jesus. . . Here I am I don't understand the Bible, still I believe in it."*¹⁶¹

Despite these initial successes the Indians began to realize that if they want their religion to be seen on a par with Catholicism or Protestantism they have to organize, establish rules and create a structure. They understand that their religion has to dress up in the American form in order to have better chances in defending its rights, traditions or to be able to fight for permitted consumption of peyote¹⁶². That is why Native American Church was established.

The emergence of the new Church does not silence the opponent of peyotism who were not able to prohibit completely the use of peyote on the federal law level however, they achieved it in some states such as Utah, Colorado, Nevada, Kansas (later in Arizona, Montana, North and South Dakota, Iowa, New Mexico, Idaho) which automatically resulted in the arrest of natives who did not comply with the new legal rules¹⁶³. However, from the practical point of view those prohibitions little have changed in peyote ceremonies which were held in the reserves where the state law had no jurisdiction, the state authorities could only have some impact on the transport of the plant¹⁶⁴. In

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

addition, adversity with which the Indians met led to the creation of more Churches in different states¹⁶⁵.

On the 26th of July 1960 in Flagstaff, Arizona took place a precedential case. It all began with the arrest of Mary Attakai (Indian) because of the suspicion that she was in possession of a prohibited cactus. The evidence gathered in this case were really impressive. Many experts were appointed (also the President of the Native American Church) and many photographs from the peyote ceremonies were presented during the case. The cultural aspect of this plant was really taken into account here. All the judicial experts recognized it as an inseparable part of peyotism. They were also against identifying peyote as a narcotic. Indian woman was freed from all charges and the judge upheld the opinion of the defense which appealed to the First Amendment guaranteeing the freedom of religion and raised the argument of the violation of the Fourteenth Amendment to the US Constitution which guarantees equal protection of rights for each staying in the United States and a prohibition to restrict the rights and freedoms of American citizens (since 1924 the Indians were considered to be US citizens). The justification of the judgment, drawn up by the judge Yale McFate, was extremely important. He considered peyotism as a fully-fledged religion and admitted Indians full and free right to profess it. Peyote has been considered by him as irreplaceable part of this religion (as important as Bible to Christians). In addition, the judge concluded that there are no grounds to consider this plant to be a drug because it does not cause any undesirable effects. The importance of this judgment is enormous, especially considering that American law is the law of precedents. It completely changed the direction of policy in Arizona and even the mindset of the people residing there. The consumption of peyote became legal in this state¹⁶⁶.

Another important case (*People vs. Woody*) took place in California in 1962 - 1964. In this state Indians from the Navaho tribe were meeting in the desert in order to celebrate a religious rite with the use of peyote. They were caught by the police and accused of violating the California Health and Safety Code which prohibits unregistered possessions of *Lophophora williamsii*. The defense in this case relied primarily on the fact that the prohibition of the religious consumption of peyote is a violation of the First Amendment to the Constitution because it strikes at those who want to follow the orders of peyotism. What is more, it was pointed out that it is the embodiment of the Holy Spirit, the object of worship, teacher, protector, the main element of this religion and that due to its consumption Indians can come into direct contact with God. It was emphasized that the nonreligious consumption is considered a sacrilege by Indians. However, the problem was in the fact that according to First Amendment prohibition against infringement of faith is absolute, but when it comes to practices

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ M. Posern-Zielińska, op.cit., pp. 59-60.

related to religion it is less rigid. State law may limit it if in a given situation the interest of the state clearly exceeds the interest of followers or if the practices may cause any serious violations or danger. According to the State authorities the main reason for the prohibition of peyote is its detrimental effect on the entire Indian community. What is more, the permission of its legal use would hinder the fight against drugs since it would be difficult to determine the reasons for which the person possesses it. Moreover, it was believed that it threatens young children who may already become addicted at a young age. It was also feared that the use of peyote may trigger in the future the desire to try other, more powerful narcotics. To those arguments the defense replied that there is no evidence that the Indians who consume peyote were more likely to try stronger drugs than those who do not and that children never, and teenagers rarely, use peyote. What is more, the members of the Native American Church characterized by a higher moral level in oppose to those who are outside it. Eventually, the court agreed with the defendants arguing that the prohibition of consuming peyote violates the fundamental right to religion because the cactus is the essence of that religion. The interest of the state was declared to be weaker here especially as no one pointed out any particular threat to the effectiveness of the law of California. At the end it was stressed that in the mass society it is incredibly important to protect the right to self expression and that the protection of the religious right of Indian to intake peyote is the protection of higher value.¹⁶⁷

On the 11th of August 1978 the Congress passed the American Indian Religious Freedom Act which stated that the mission of the United States is to protect the inherent right of Indians to freedom of religion and its practice through various ceremonies and what is more, this act admits Indians the right to possess and use their sacred objects¹⁶⁸. It is not an ideal act because it does not point any practical ways to implement these rights. However, it is important because it affirms the religious rights of the Indians at the federal level.

The most important case in the fight for legal consumption of peyote for religious purposes is the case: *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon Vs. Smith* which took place in 1990 before the Supreme Court of the United States. Two Indians, Alfred Smith and Galen Black, were fired from a private rehab clinic because they had consumed peyote (they did it during religious ceremony of Native American Church) which was prohibited by the laws of the Oregon¹⁶⁹. When they reported for the unemployment benefits they were denied it because state law does not

¹⁶⁷ *People v. Woody*, [on-line:] <http://law.justia.com/cases/california/cal2d/61/716.html> [25.05.2015].

¹⁶⁸ *American Indian Freedom Religious Act*, 1978, [on-line:] http://www.blm.gov/style/medialib/blm/wo/Planning_and_Renewable_Resources/coop_agencies/cr_publications.Par.77059.File.dat/78airfa.pdf [24.05.2015].

¹⁶⁹ *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, [on-line:] <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/empdiv.html> [24.05.2015].

grant benefits for those fired because of "misconduct"¹⁷⁰. The Supreme Court ruled that the State authorities were entitled to such a decision and did not violate First Amendment because the amendment prohibits the adoption of the law which would directly impact the freedom of religion and religious practices ("Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise religious ... ¹⁷¹")¹⁷². In this situation the consumption of peyote was prohibited for every citizen and was not directed against any religion¹⁷³.

In other words, if the intake of this cactus was banned because it applies to religious practices or if its consumption occurred only for religious purposes and no one ever ate it outside religious rites then such a prohibition introduced by the State would be incompatible with First Amendment. The Supreme Court pointed out that no one can be above the law laid down for everyone because it would lead to a complete chaos and to deprivation of the state law from any real power¹⁷⁴. The individual faith cannot be an excuse for non-compliance with the prohibitions and injunctions imposed by the state authorities¹⁷⁵. In this case, the Supreme Court narrowed the understanding of the First Amendment, it did not even wondered whose interest is "heavier" in this situation and whether the consumption of peyote for religious purposes in any way threaten the efficiency of the state law.

This trend leading to a narrower understanding of the right to freedom of religion alarmed not only Congress but also public opinion. This resulted in the enactment of the Religious Freedom Restoration Act in 1993 which aim was to strengthen the protection of the freedom to practice religion. The idea was to to restore by this act the practice of testing in every case, even indirectly liable to undermine the freedom of religion, whose interest is more important in the case - interests of the state or of the followers of particular religion¹⁷⁶. In 1997 the Supreme Court ruled that this law is actually incompatible with the U.S. Constitution¹⁷⁷.

Another consequence of the judgment from the case *Employment Division vs. Smith* was the adoption in 1994 of the amendment to the American Indian Religious Freedom Act which directly refers to the case of peyote. It is stated there that the sacramental intake of this plant for many years

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *I Amendment to the Constitution of United States of America op.cit.*

¹⁷² This amendment is used also to state law despite its literal meaning that it should be apply only to federal law. It is stated in the XIV amendment that the State cannot limit the rights and freedoms of th U.C. citizens. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, op.cit.*

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Religious Freedom Restoration Act, 1993, [on:line] <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-21B> [25.05.2015].*

¹⁷⁷ *Ibidem*.

was an integral part of Indian life¹⁷⁸ and that the latest judgment of the Supreme Court brought uncertainty about the legality and protection of the religious consumption of the peyote which increases the risk that the Indians will be the subjects of the discriminatory practices of the state authorities¹⁷⁹. This amendment provides that the use, possession or transportation of peyote by Indians - in good faith, for ceremonial purposes related to traditional Indian religion - is legal and should not be prohibited by the government of the United States or by any state government¹⁸⁰.

Currently, peyote is on the list of controlled substances by the U.S.A. (Controlled Substances Act) in Group I in which there are substances with a high potential of abuse and non-official medical recognition¹⁸¹. However, there is an exception that the use of peyote, in good faith, for the purposes of religious ceremonies is legal for the members of the Native American Church¹⁸². It could be noted in the end that this exception is not included in the Controlled Substances Act but in the Code of Federal Regulation Section 1307.31.

Conclusions

There are no doubts that the peyotism religion emerged from the crisis, the need of finding a new sense of life by the Indians who had been lost on their own land after the appearance of Europeans. From the proud people with unlimited freedom they became locked in reserves and considered as a second-class human beings. They had no real chance against Europeans which could only lead to a deep frustration, bitterness, hopelessness. From that kind of feelings developed religion which has achieved unparalleled success considering the fact that previously each tribe had its own beliefs. Of course there were similarities between them but there never was any systematized doctrine.

It should be noted that the formal establishment of peyote religion and its current structure resulted mainly from the legal requirements. The Native American Church was established to increase

¹⁷⁸ "1.for many Indian people, the traditional ceremonial use of the peyote cactus as a religious sacrament has for centuries been integral to a way of life, and significant in perpetuating Indian tribes and cultures". *American Indian Religious Freedom Act Amendments of 1994*, [on:line] <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/1996> [25.05.2015].

¹⁷⁹ "4.the Supreme Court of the United States, in the case of *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), held that the First Amendment does not protect Indian practitioners who use peyote in Indian religious ceremonies, and also raised uncertainty whether this religious practice would be protected under the compelling State interest standard; and 5.the lack of adequate and clear legal protection for the religious use of peyote by Indians may serve to stigmatize and marginalize Indian tribes and cultures, and increase the risk that they will be exposed to discriminatory treatment.". *Ibidem*.

¹⁸⁰ "Notwithstanding any other provision of law, the use, possession, or transportation of peyote by an Indian for bona fide traditional ceremonial purposes in connection with the practice of a traditional Indian religion is lawful, and shall not be prohibited by the United States or any State. No Indian shall be penalized or discriminated against on the basis of such use, possession or transportation, including, but not limited to, denial of otherwise applicable benefits under public assistance programs.". *Ibidem*.

¹⁸¹ *Controlled Substances Act*, [on:line] <http://www.fda.gov/regulatoryinformation/legislation/ucm148726.htm> [25.05.2015].

¹⁸² *Code of Federal Regulation - section. 1307.31*, [on:line] <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2004-title21-vol9/pdf/CFR-2004-title21-vol9-sec1307-31.pdf> [25.05.2015].

the chances of Indians is their fights for their rights before the US courts. We might be even tempted to go a bit farther and say that the idea of pan-indianism would never emerged if not the actions of Europeans and later of US authorities. They did not notice the differences between the tribes and brought their existence into the same conditions. In the legislation all the tribes were always treated collectively and were described either with the words "Indian" or "indigenous people". By reducing their land and by the settling them all together the U.S. authorities led to the intensification of interactions between the tribes. On the example of the development of peyotism we can observe how the culture transforms, adapts to the new, imposed requirements and dresses up in a new form in order to survive.

Even more interesting is the struggle to make the consumption of peyote legal. It is an example of cultural defense which in the end resulted in the legalization of the use of cactus for the religious purposes. Those kind of issues are one of the most difficult to resolve. It is not easy to assess whether a specific group should be allowed to something only because of its culture/religion even though other citizens are not. The problem grows even stronger if the considered actions are contrary to the system of values of the dominant group. It seems to me that in the end this case was not that controversial as it can sometimes be in similar matters. At least some consensus has been achieved.

The right to freedom of religion seems to remains intact. The long-standing tradition and culture of Native Americans had gone through some changes but survived. The new thing is the requirement to formally belong to the Church to be able to freely use peyote. In addition, the cactus is still classified by U.S. law as a drug and it is strictly prohibited in other situations. Also people who supply the Native American Church have to annually register and meet other legal requirements. Because of that I would say that the effectiveness of the U.S. anti-drug legislation was not significantly affected.

O autorze

Anna Drwal jest studentką socjologii (I rok SUM) w ramach MISHu na Uniwersytecie Jagiellońskim. Rok temu ukończyła studia prawnicze ze stopniem magistra na Uniwersytecie Jagiellońskim.

Streszczenie

Artykuł jest poświęcony sytuacji, jaka wynikła z nagłego zetknięcia się ze sobą dwóch, całkowicie odmiennych, kultur - kultury rdzennych mieszkańców Ameryki Północnej oraz kultury przybyszów z Europy. Opisuje przede wszystkim przemiany, jakie zaszły w życiu Indian, problemy, z jakimi musieli się zmierzyć, oraz nową jakość, jaka wyłoniła się ze styku tych dwóch cywilizacji. Problem ten jest ukazany na przykładzie rozwoju nowej religii wśród tubylców, peyotyzmu, oraz wysiłków wyznawców starających się o pełną swobodę wyznawania, a głównie o możliwość spożywania przez nich peyotlu, który jest najważniejszym składnikiem tej religii. Roślina ta, przez swoje halucynogenne właściwości, wzbudziła wiele kontrowersji. Bardzo szybko zaczęto uważać ją za narkotyk, co skutkowało wprowadzeniem prawnych zakazów jej spożywania oraz posiadania. W konsekwencji doprowadziło to do wielu spraw sądowych w Stanach Zjednoczonych (których część jest w tej pracy omówiona), a ostatecznie do zalegalizowania użycia peyotlu w celach religijnych.

Summary

The article is focused on the situation which resulted from the sudden encounter of two completely different cultures – the culture of the native inhabitants of North America and the culture of the newcomers from Europe. It mainly describes the changes that occurred in the Indians' lives, problems they had to face and a new cultural quality which emerged from the junction of the two civilizations. As an example, the development of a new Indian religion - Peyotism is considered, along with the efforts of its adherents to achieve full religious freedom which meant among other things, being free to consume peyote, a main element of this religion. Because of its hallucinogenic properties, this plant has aroused many controversies. It quickly started to be seen as a narcotic which resulted in the introduction of legislative bans on its consumption and possession. In consequence, there were many lawsuits in the United States (some of which are described in this article) which finally led to the legalization of the use of peyote for religious purposes.

Analogia jako metoda prawnicza

Marcin Hotel, Aleksandra Rychlewska

1. Uwagi ogólne

Przez pojęcie wykładni (interpretacji) prawa rozumieć należy bądź proces mający na celu ustalenie treści wzorów zachowań (znaczenie pragmatyczne), bądź rezultat owego procesu (znaczenie apragmatyczne)¹⁸³. Mówiąc o wykładni w znaczeniu pragmatycznym zwykło się zarazem rozróżniać tzw. wykładnię *sensu stricto* – nakierowaną na ustalanie znaczenia wyrażen zawartych w tekście prawnym, oraz wykładnię *sensu largo*, do której zalicza się ogół czynności interpretacyjnych obejmujących również te, związane z wyprowadzaniem z norm, które zostały już odtworzone z tekstu prawnego, innych norm (wnioskowanie prawnicze)¹⁸⁴. Zastrzec tym niemniej trzeba, że rozróżnienie to jest zasadne jedynie z perspektywy formalizmu prawniczego – wysuwającego na piedestał wykładnię językową i literalne znaczenie normy. Problem związania treścią obowiązującej ustawy (przepisu prawnego) – utożsamianej z pojęciem prawa – występuje w zasadzie tylko w tym przypadku¹⁸⁵. *A contrario*, stojąc na stanowisku antyformalistycznym, rozróżnienie pomiędzy wykładnią *sensu stricto* i wykładnią *sensu largo* traci na znaczeniu, ponieważ wyjście poza znaczenie tekstu prawnego i uwzględnienie przy jego interpretacji czynników zewnętrznych jest czymś pożądanym¹⁸⁶. Tymczasem, z punktu widzenia praktyki stosowania prawa za kluczowy uznać należy właśnie etap wykładni, bowiem określenie treści poszukiwanej dla danego przypadku normy prawnej stanowi warunek *sine qua non* rozstrzygnięcia każdej sprawy¹⁸⁷.

¹⁸³ M. Zieliński: *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2006, s. 45.

¹⁸⁴ Tak T. Spyra: *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Warszawa-Kraków 2006, s. 102-103. Norma prawna nie jest tu utożsamiana z przepisem prawnym – jest tu z niego (jednego, bądź kilku) odczytywana. Por. M. Zieliński: *Wykładnia prawa...*, jw., s. 46.

¹⁸⁵ Por. F. Schauer: *Formalism*, The Yale Law Journal, Vol. 97, Nr 4/1988, s. 509-548 (<http://www.jstor.org/stable/796369>; data wejścia 08.12.2014), gdzie autor (uznawany za jednego z przedstawicieli tzw. nowego formalizmu) wskazuje na reguły języka jako ograniczające osobę stosującą prawo przy podejmowaniu decyzji.

¹⁸⁶ Por. M. Matczak: *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 54, gdzie autor poprzez wymienienie zarzutów stawianych formalizmowi prawniczemu, pośrednio wskazuje poglądy antyformalistów.

¹⁸⁷ R. Sarkowicz, J. Stelmach: *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 94. W pracy niniejszej odrzuca się zasadę *clara non sunt interpretanda*, przyjmując, że samo odczytanie normy prawnej, poprzez przypisanie znaczenia użytym w niej pojęciom, wymaga wykładni prawa (*omnia sunt interpretanda*). Por. M. Zieliński: *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*, „Palestra” nr 3-4/2011, s. 20 i n. Na temat „mitu” jednoznaczności zob. także M. Smolak: *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012, s. 73 i n.

Praca niniejsza zmierzać będzie do ustalenia istoty analogii jako odrębnej metody prawniczej. W pierwszej kolejności wyjaśnione zostanie, czym jest wnioskowanie *per analogiam* oraz jakimi założeniami jest obwarowane. Następnie, przedstawiona zostanie istota tej metody, czyli jak owo wnioskowanie przebiega. To pozwoli udzielić odpowiedzi na pytanie, czy mamy tu do czynienia z metodą interpretacji prawa, czy też z metodą jego stosowania. W dalszej części omówiony zostanie problem granic analogii, który z jednej strony sprowadza się do pytania o możliwość rozgraniczenia subsumpcji prawa opierającej się o wykładnię *sensu stricto* od wnioskowania *per analogiam* (wykładnia *sensu largo*), a z drugiej strony do rozgraniczenia tych przypadków prawem nieuregulowanym, które można objąć analogią, od tych, które już wykraczają poza te ramy. Na koniec, w ramach podsumowania poczynionych rozważań, dokonana zostanie ocena stosowania analogii w praktyce.

2. Analogia jako metoda interpretacyjna

Mówiąc o analogii w prawie ma się zazwyczaj na myśli stosowanie prawa na zasadzie analogii, a konkretnie – wnioskowanie *per analogiam* o obowiązywaniu danej normy prawnej z przepisu prawnego (*analogia legis*), tudzież z prawa w ogóle (*analogia iuris*)¹⁸⁸. W teorii prawa zwykło się bowiem rozróżniać dwie „odmiany” owej analogii, przy czym obie one zmierzać mają do objęcia regulacją prawną stanów faktycznych nieunormowanych bezpośrednio przez ustawodawcę. Pierwsza, *analogia legis*, opiera się na stwierdzeniu podobieństwa między unormowanym w przepisie ustawy faktem (stanem faktycznym) A oraz nieunormowanym faktem B, które przesądzać ma w ostateczności o przypisaniu do faktu B takich samych konsekwencji prawnych, jakie wiążane są przez prawo z faktem A¹⁸⁹. Istota tzw. *argumentum a simili* sprowadzać się ma przeto do przypisania wyinterpretowanej normie dotyczącej faktu „podobnego” takiego samego uzasadnienia aksjologicznego jakie nadane zostało normie istniejącej. Tymczasem, o ile *analogia iuris* nie odwołuje się do konkretnego przepisu prawnego, lecz do ich szeregu, jak również do ogólnych zasad prawa, także tutaj następuje odwołanie do założenia o konsekwencji ocen prawodawcy¹⁹⁰. Innymi słowy, o ile w pierwszym przypadku legitymacja dla „nowej” normy znajduje się w konkretnym przepisie, to w drugim, należy jej się doszukiwać w aksjologii całego systemu (przy czym z uwagi na założenie spójności systemu prawa odwołanie to byłoby aktualne także przy *analogia legis*).

¹⁸⁸ Por. J. Nowacki: *Analogia legis*, Warszawa 1966, s. 70-71. Także T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek: *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2011, s. 248.

¹⁸⁹ Z. Ziemiński: *Logika ...*, jw., s. 243.

¹⁹⁰ Tamże, s. 251-252, gdzie autor wnioskowanie z analogii prawa zalicza właśnie do wyodrębnionej grupy wnioskowań opartych na założeniu konsekwencji ocen „prawodawcy”. Wskazuje się zarazem, iż metoda ta ze swej natury wymaga pewnych założeń o charakterze wartościującym. Tak J. Nowacki, Z. Tobor: *Wstęp do prawoznawstwa*, Kraków 2000, s. 209.

Analizując kwestię szczegółowo, w literaturze przedmiotu wnioskowanie *per analogiam* postrzegane jest w sposób niejednoznaczny¹⁹¹. Po pierwsze, analogia może być rozumiana jako wnioskowanie z podobieństwa faktów o podobieństwie ich skutków prawnych. Chodzi o sytuację, gdy między faktem unormowanym, a nieunormowanym zachodzi takie podobieństwo, iż dla tego drugiego możliwe jest (z uwagi na wskazaną wyżej konsekwencję ocen prawodawcy) zastosowanie skutków prawnych przewidzianych dla faktu pierwszego¹⁹². Pierwszym etapem byłoby tu ustalenie, że jakiś fakt jest objęty unormowaniem przez postanowienia prawa, drugim – ustalenie podobieństwa między owym faktem, a jakimś innym faktem podobnym do niego, a nieunormowanym przez żaden przepis prawa. Trzeci etap polegałby na ustaleniu – w oparciu o stwierdzone podobieństwo – takich samych, czy też podobnych konsekwencji prawnych dla faktu porównywanego, jakie są przewidziane przez prawo dla faktu unormowanego. *Meritum* sprowadzać się ma do punktu drugiego – stwierdzenia podobieństwa obu stanów faktycznych. Ustalenie, co prawo reguluje ma być „oczywistością”, powiązanie tymczasem konsekwencji prawnych – prostym wnioskiem, nieomal automatycznie wypływającym właśnie z owego podobieństwa¹⁹³.

Po drugie, stosowanie prawa na zasadzie analogii można postrzegać jako rozciągnięcie zasad wyprowadzonych z ustawy na te stany faktyczne, które od tych objętych unormowaniem różnią się elementami nieistotnymi¹⁹⁴. Punktem wyjścia jest tu odnośny przepis prawa, którego postanowienia stanowić mają podstawę do ustalenia jego myśli przewodniej, a to w ten sposób, iż nieistotne elementy jego treści mają być wyeliminowane (pominięte)¹⁹⁵. Wiąże się to z założeniem, iż fakt uregulowania prawem jakiegoś przypadku jest jedynie niekompletnym i przykładowym odzwierciedleniem bardziej ogólnego punktu widzenia. W odróżnieniu zatem od pierwszego poglądu, podobieństwo obejmować ma nie tylko dwa fakty – unormowany i nieunormowany, ale także tzw.

¹⁹¹J. Nowacki, jw., s. 14 oraz J. Nowacki, Z. Tobor, jw., s. 207-209. Zob. także B. Brożek, *Rationality and discourse. Towards a normative model of applying law*, Warszawa 2007, s. 144-157.

¹⁹² Por. uchwała SN z 25 IV 1963, VI KO 3/63, OSNPG nr 7/1963, poz. 108, gdzie stwierdzone zostało podobieństwo pozwalające na zastosowanie analogii między kwalifikacjami zawodowymi lekarza i biegłego. O konieczności stosowania *per analogiam* przepisu art. 359 k.p.k. dotyczącego rozpraw także do posiedzeń sądowych, art. 357 k.p.k. także do posiedzeń jawnych dla publiczności, czy art. 370 § 4 k.p.k. także do przesłuchań mających miejsce poza rozprawą por. P. Hofmański, S. Zabłocki: *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa-Kraków 2011, *passim*.

¹⁹³ Zob. J. S. Mill: *System logiki dedukcyjnej i indukcyjnej*, t. 2, Warszawa 1962, s. 119, gdzie czytamy, „[...] bardziej zwyczajną na ogół jest rzeczą rozciągać nazwę dowodu przez analogię na argumenty, które opierają się na jakimkolwiek rodzaju podobieństwa, pod warunkiem, że one nie doprowadzają do indukcji zupełnej. [...] Rozumowanie na podstawie analogii w tym znaczeniu można sprowadzić do następującej formuły: jakieś dwie rzeczy są podobne do siebie pod jednym względem lub pod wieloma względami; pewne określone twierdzenie jest prawdziwe, co się tyczy drugiej” (fragment ten nie powinien być rozumiany jakoby prawnicy w drodze analogii przypisywać mieli także prawdziwość wniosków).

¹⁹⁴ Por. J. Nowacki: jw., s. 21, i przytaczana tam literatura.

ratio legis odnośnego przepisu¹⁹⁶. Jeśli racja wprowadzenia tegoż do ustawy przemawia za „unormowaniem” w ten sam sposób przypadku *ad casum* (przypisania mu takich samych skutków prawnych), wówczas można sięgnąć po *analogia legis*. Naczelną jest tu maksyma *ubi eadem legis ratio, eadem legis dispositio* – przy takim samym celu ustawy, takie same postanowienia (dyspozycje) ustawy. Tym samym, wnioskowanie *per analogiam* składać by się tu miało z następujących etapów: ustalenie przepisu prawa pozytywnego, regulującego przypadki zbliżone do sprawy *ad casum*, następnie – ustalenie w oparciu o postanowienia tegoż przepisu „myśli przewodniej”, której wyrazem jest ów przepis, a która nie została przez ustawodawcę wypowiedziana, ani sformułowana w sposób ogólny, a wreszcie – subsumpcja „analogicznego” stanu faktycznego pod postanowienia nowo-sformułowanej zasady (obejmującej również przypadki podobne do tych unormowanych)¹⁹⁷. Co istotne, rozszerzenie zakresu zastosowania danego przepisu prawa miałyby tu iść tylko w jednym kierunku – zgodnym z ustaloną racją (zasadą), a nie byłoby całkowicie dowolne¹⁹⁸.

Po trzecie, godzi się przedstawić pogląd B. Brożka, który wnioskowanie *per analogiam* – sytuacji, w której do nieunormowanego stanu faktycznego konkurują dwa podobne przypadki – przyrównuje do modelu ważenia zidentyfikowanych zasad prawnych¹⁹⁹. Pierwszym etapem wnioskowania jest tutaj ustalenie, że dany stan faktyczny nie jest wprost regulowany przez istniejące przepisy, jednakże – na etapie drugim – znaleźć można reguły dotyczące przypadków podobnych. Podobieństwo jest tu wyznaczone przez pryzmat pytania prawnego, na które szukamy odpowiedzi²⁰⁰. Następnym krokiem jest zidentyfikowanie zasady prawnej leżącej u podstaw istniejących przepisów i sformułowanie argumentów przemawiających za użyciem jednej bądź drugiej²⁰¹. Dysponując dwoma argumentami prowadzącymi do przeciwnych konkluzji, przejść należy do etapu czwartego – ważenia zasad leżących u ich podstaw. Wreszcie, etap piąty to przypisanie do faktu nieunormowanego konsekwencji właściwych dla „zwycięskiego” argumentu. *Notabene*, na co zwraca uwagę sam autor, zaletą zaproponowanej koncepcji jest przede wszystkim to, że problem określenia, który z unormowanych faktów jest bardziej podobny do tego *ad casum*, przeformułowany tutaj został do problemu ważenia zasad prawnych. Jeśli chodzi o wariant, w którym do nieunormowanego stanu

¹⁹⁶ J. Nowacki: jw., s. 26-28. Owa myśl przewodnia poszukiwane ma być bądź to wśród przyczyn, tudzież motywów ustanowienia danego przepisu prawnego (ustawy), bądź celów, którym przepis ten ma służyć. Z punktu widzenia logiki, Z. Ziemiński wskazuje, iż „podstawą tego rodzaju wnioskowań [z analogii] jest przypuszczenie, że między cechami, o których mowa, zachodzi jakiś związek rzeczowy”. Por. Z. Ziemiński: *Logika ...*, jw., s. 191-192 i podany tam przykład.

¹⁹⁷ Por. J. Nowacki: jw., s. 31-32. Subsumcja ta ma przybrać wówczas taką samą postać jak ma to miejsce w tzw. sylogizmie prawniczym.

¹⁹⁸ Tamże, s. 33.

¹⁹⁹ B. Brożek: jw., s. 147 i n.

²⁰⁰ Przykład podany przez autora to pytanie, czy motocykl może wjechać na teren parku, gdzie podobnymi regułami – odnoszącymi się do podobnych sytuacji – są (1) zakaz wjazdu samochodów i (2) dopuszczalność wjazdu rowerów.

²⁰¹ Autor podaje alternatywną wersję wnioskowania, gdzie formułowane są nie argumenty, ale nowe reguły prawne. Zob. Tamże, s. 149-151.

faktycznego zastosowanie znajdował jedynie jeden podobny przepis, to schemat wnioskowania przedstawiony przez autora kończy się na etapie trzecim – sformułowaniu argumentu przemawiającego za zastosowaniem zidentyfikowanej zasady prawnej, która będzie rozstrzygać sprawę *ad casum*²⁰².

Jednym z fundamentalnych założeń leżącym u podstaw wnioskowania *per analogiam* jest to, że służyć ma ono wypełnianiu tzw. luk w prawie. Przyjmuje się, że dopóki do danego stanu faktycznego da się wprost zastosować istniejącą regulację (o czym będzie jeszcze mowa – choćby w drodze wykładni rozszerzającej), to nie aktualizują się warunki sięgnięcia po analogię²⁰³. Warto jednak zwrócić uwagę na jeden z przykładów stosowania analogii przytoczony przez B. Brożka, a to przypadek konfliktu reguły wysłownionej w jednym przepisie prawnym z zasadą leżącą u podstaw drugiego przepisu²⁰⁴. Mianowicie, analizując dwa przepisy prawne wysławiające reguły (1) pojazdom zabrania się wjazdu na teren parku oraz (2) karetka pogotowia jest uprawniona do wjazdu na teren parku, autor rozważa przypadek samochodu osobowego wiozącego osobę ciężko ranną. O ile mamy do czynienia z faktem normowanym przez pierwszy przepis (samochód osobowy jest pojazdem i winien go obowiązywać zakaz), tak z uwagi na uzasadnienie aksjologiczne do pomyślenia jest zastosowanie w podanym przypadku przepisu drugiego w drodze analogii. Jako przykład wnioskowania *per analogiam* mimo braku luki w prawie wskazać również można stosowanie w prawie karnym analogii na korzyść oskarżonego. Mając na uwadze, że wskazana dziedzina prawa ma charakter zupełny (zamknięty), to znaczy – brak regulacji uważa się za regulację negatywną (co nie jest zakazane jest dozwolone)²⁰⁵, z teoretycznego punktu widzenia stosowanie regulacji w drodze analogii, choćby na korzyść, byłoby nieuzasadnione. Z uwagi jednak na racje, jakie przemawiają za odstąpieniem od ścisłego trzymania się litery ustawy, przypadki te uznać należy od wyjątki od ogólnej zasady.

Jednocześnie, ze wskazanego powyżej warunku „luki w prawie”, wynika, że wnioskowanie *per analogiam* ma charakter *extra legem*. Jego rezultat wykracza bowiem poza prawo pozytywne. Co znamienne, odnosi się to także do wyszczególnionych „wyjątkowych” sytuacji sięgnięcia po analogię, ponieważ przypisane w danej sprawie konsekwencje prawne nie znajdują wprost oparcia w ustawie. Wskazać jednak należy na obecne w literaturze przedmiotu poglądy, zgodnie z którymi wyróżnianie odrębnej metody wnioskowania *per analogiam* jest o tyle niezasadne, iż stanowi ono część

²⁰² Tamże, s. 151.

²⁰³ Por. Z. Ziemiński: *Logika ...*, jw., s. 243. Odnośnie granicy między wykładnią rozszerzającą zob. D. Canale, G. Tuzet: *Analogical reasoning and extensive interpretation* [w:] *Analogy and exemplary reasoning*, ed. H. Kaptein, (<http://unibocconi.academia.edu/DamianoCanale>; data wejścia 08.12.2014).

²⁰⁴ B. Brożek: jw., s. 142, 151-152.

²⁰⁵ Por. P. Hofmański, S. Zabłocki: jw., s. 237, czy R. Mastalski: *Interpretacja prawa podatkowego. Źródła prawa podatkowego i jego wykładania*, Wrocław 1989, s. 115.

rozumowania prawniczego w ogóle. Z tej perspektywy etap wnioskowania *per analogiam* polegałby na powiązaniu stanu faktycznego ze wzorcem ustawowym, czyli na wyprowadzaniu wniosków w oparciu o stosunek podobieństwa (gdzie podobieństwo, a nie tożsamość byłoby podstawą sylogizmu prawniczego)²⁰⁶. Osiągnięty rezultat nie wykraczałby tym samym poza ramy prawa – miałby charakter *intra legem*, ponieważ analogia służyłaby tutaj ustalaniu znaczenia odnośnych przepisów prawa. Jako przykład podać tu można teorię A. Kaufmanna, wyrosłą na gruncie prawa karnego i zasady *nullum crimen sine lege*. Niemiecki dogmatyk neguje sens rozróżniania pojęć wykładni prawa i analogii, wskazując, że każda wykładnia ma *de facto* charakter analogiczny, a polega na „braniu w odpowiedniość” (*in die Entsprechung bringen*) abstrakcyjnej normy prawnej i konkretnego stanu faktycznego. Wszystkie pojęcia ustawowe (z wyjątkiem pojęć numerycznych) mają mieć charakter analogiczny lub inaczej – typologiczny²⁰⁷, a ich zastosowanie wymaga wykazania podobieństwa stanu faktycznego do stanu opisanego w normie. Co znamienne, granica wykładni *sensu stricto* może być w związku z tym wyłącznie granicą w obrębie analogii, bowiem „kiedy mówi się, że wykładnia kończy się na granicy możliwego znaczenia językowego, to jest się już w środku analogii, ponieważ owe możliwe znaczenie może mieć jedynie charakter analogiczny”²⁰⁸.

Wreszcie, kluczowym niejako założeniem wnioskowania *per analogiam* jest to, że ma ona miejsce tylko w tych sytuacjach, gdy ustalone zostało podobieństwo pomiędzy oboma (regulowanym i nieregulowanym) przypadkami. Wnioskowanie to będzie o tyle dopuszczalne, o ile podobieństwo mamy do czynienia z podobieństwem, ponieważ element ten stanowić będzie uzasadnienie dla zastosowania analogii *in concreto* (stąd też określenie „wnioskowanie z podobieństwa”). Pod samym zaś pojęciem podobieństwa obu spraw rozumieć się powinno – w przeciwieństwie do pojęć jak tożsamość, identyczność, czy różność – częściową tożsamość posiadanych przezeń cech²⁰⁹.

W pracy niniejszej przyjęta została perspektywa analogii jako metody o rezultatach *extra legem*, ponieważ bliższa jest ona intuicji interpretacyjnej, iż istnieje różnica pomiędzy tożsamością a podobieństwem danych rzeczy (ustawowych predykatów i odpowiadających im w rzeczywistości desygnatów). Tym niemniej, nie można tracić z pola widzenia, iż podstawowy warunek leżący u jej

²⁰⁶ Co znamienne, stosowanie precedensów w systemie *common law* częstokroć utożsamia się z tzw. *reasoning by analogy* (tak np. K. S. Gallant: *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge 2009, s. 27, czy B.A. Spellman: *Reflections of a recovering lawyer: How becoming a cognitive psychologist - and (in particular) studying analogical and causal reasoning - changed my views about the field of psychology and law*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 79, nr 3/2004, s. 1190), niemniej spotkać można rozróżnienie obu wnioskowań oparte właśnie na tezie, że po analogię sięgnąć można wówczas, gdy do danego stanu faktycznego nie da się wprost zastosować *ratio* istniejącego procedensu (tak G. Lamond, *Precedent and analogy in legal reasoning*, Stanford encyclopedia of philosophy 2006, ed. N. Zalta, <http://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>; data wejścia 08.12.2014), a istnieć musi luka w systemie prawa.

²⁰⁷ Co przywołuje na myśl tzw. radialną teorię znaczenia, sprowadzającą się do rozróżnienia bardziej (podkategoria centralna) i mniej typowych przykładów danej kategorii semantycznej (podkategoria peryferyjna).

²⁰⁸ Omówienie koncepcji A. Kaufmanna (przedstawionej w *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe 1965) w: T. Spyra: *jw.*, s. 60-61.

²⁰⁹ J. Nowacki: *jw.*, s. 11-13.

podstaw jest zgoła iluzoryczny – mówiąc przecież o „luce w prawie” ma się na myśli lukę aksjologiczną, zależną od subiektywnego spojrzenia interpretatora na to, jak dana regulacja winna wyglądać. Ponadto, w dalszej części tekstu mowa będzie o *analogia legis* jako tej odmianie analogii, którą trudniej odróżnić od wykładni prawa *sensu stricto* z uwagi na fakt, iż jej punktem wyjściowym jest również przepis prawa.

Konstatując tę część wypowiedzi analogię umiejscowić należy – mimo wszystko – wśród metod interpretacyjnych. Pogląd ten zdaje się nie budzić wątpliwości w świetle drugiego z przytoczonych stanowisk. Wyszczególniony etap wnioskowania o obowiązywaniu danej normy prawnej z istniejącego przepisu prawnego i znajdującej zastosowanie do przypadku analogicznego jest tu bowiem niczym innym jak interpretacją istniejącego prawa. Z konkretnego przepisu ustawy wykładana jest zakorzeniona weń zasada prawa, którą następnie obejmuje się przypadki podobne do tego, który wprost został opisany przez ustawodawcę. Odwołując się dla porównania do sylogizmu prawniczego, norma indywidualna (wniosek) ustalona zostaje w wyniku subsumpcji nieunormowanego stanu faktycznego (przesłanka mniejsza) pod nowo-sformułowaną zasadę, będącą normą ogólną (przesłanka większa). Tymczasem, sytuacja zdaje się wyglądać odmiennie gdy analizuje się pierwsze stanowisko. Analogia służyć ma tutaj nie wyinterpretowaniu ogólnej zasady prawa, a określeniu konsekwencji prawnych konkretnego stanu faktycznego. Innymi słowy, dyspozycja istniejącego przepisu prawnego zostaje w drodze analogii zastosowana do przypadku niemieszczącego się w jego hipotezie, a jedynie doń podobnego. W tej perspektywie analogia byłaby odrębną metodą stosowania prawa, pozwalającą wysnuć wniosek o zastosowaniu normy ogólnej do stanu faktycznego jedynie podobnego do tego, który został unormowany (a to mimo braku spełnienia przesłanki mniejszej sylogizmu).

Uzasadniając jednak pogląd, zgodnie z którym analogia jest właśnie metodą interpretacyjną, podkreślić należy, że nazywanie jej metodą stosowania prawa jest pewnym uproszczeniem. Zastosowanie przepisu *in concreto* zawsze będzie się wiązało ze stwierdzeniem podobieństwa między jego hipotezą, a analizowanym stanem faktycznym. Podobieństwo to budowane zaś będzie w oparciu o zakorzenione w systemie naczelne zasady prawa – przyjętą przez prawodawcę aksjologię. Chodzi tu zatem o wyinterpretowanie z ogólnych zasad systemu prawa normy, która winna regulować dany przypadek (w odpowiedni sposób to uargumentowując). Kwalifikując analogię jako metodę wykładni prawa winno się ją jednak zaliczyć do drugiej wskazanej grupy – wykładni *sensu largo*. Stanowiąc regułę wnioskowania prawniczego (*argumentum a simile*, wnioskowanie z podobieństwa)²¹⁰ jest

²¹⁰Z punktu widzenia logiki prawniczej rozumowanie z analogii zaliczane jest, obok wnioskowania redukcyjnego, do tzw. wnioskowań zawodnych, w przypadku których prawdziwość przesłanek nie przesądza o prawdziwości wniosku. A *contrario*, wnioskowanie dedukcyjne, oparte na związku wynikania logicznego wniosku z przesłanek ma charakter

bodaj podstawowym zabiegiem inferencyjnym prowadzącym do wyinterpretowania nowej normy prawnej znajdującej zastosowanie do przypadku, który nie został wprost uregulowany przez ustawodawcę²¹¹. Niewątpliwie nie dochodzi tutaj do zastosowania przepisu istniejącego – na nim co najwyżej wnioskowanie to może się opierać. Z tego też powodu nie można tu mówić o wykładni *sensu stricto*. Z drugiej strony, dochodzi w ten sposób do podjęcia decyzji interpretacyjnej i zastosowania prawa *in concreto*, a to na zasadzie wypełnienia zidentyfikowanej przez organ orzekający luki w prawie²¹². Jest to zatem metoda interpretacji prawa (dla indywidualnego przypadku), z tym że – właśnie – w owym szerokim znaczeniu. W nawiązaniu do niemieckiej teorii prawa, wskazać jednocześnie należy, że ową wykładnię *sensu largo*, zwłaszcza dodającą „co nieco” do istniejącego systemu prawa (tak jak analogia), winno się już rozpatrywać w kategoriach dopuszczalnej prawotwórczej działalności sądów (tzw. *Rechtsfortbildung*), nazywanej także – z uwagi na ścisły związek z wykładnią (wykładnią *sensu stricto* – *Auslegung*) – „kontynuacją wykładni”²¹³.

3. Granica wykładni

3.1. Granica „dolna”

Przechodząc do kwestii granic analogii odnieść się należy – zgodnie z powyższym – do granicy między wykładnią *sensu stricto* a wykładnią *sensu largo*, którą to winien wyznaczać tekst ustawy. Tytułem wstępu warto podać, że mówiąc o językowym znaczeniu przepisu prawnego mieć można na myśli jego dwa aspekty – punkt wyjścia wykładni oraz najdalszą jej granicę²¹⁴. Koncepcja możliwego znaczenia językowego proponowana jest jako reguła pozwalająca na ustalenie owej granicy. Uwzględniając charakter języka (w tym języka prawnego), zwłaszcza zakorzenioną weń wieloznaczność używanych pojęć (tzw. otwarta tekstowość²¹⁵, czy też cień semantyczny wyrażen²¹⁶),

niezawodny, to jest – prawdziwość przesłanek przesądza tutaj o prawdziwości wniosku. Analogia jest przeto wnioskowaniem uprawdopodobniającym, a między wnioskiem, a przesłankami brak jest stosunku wynikania. Por. Z. Ziemiński: *Logika praktyczna*, Warszawa 1994, s. 182 i n.

²¹¹ L. Morawski: *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1997, s. 155.

²¹² Tak np. Z. Ziemiński: *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, „Państwo i Prawo” nr 12/1987, s. 207.

²¹³ T. Spyra, jw., s. 104. Autor zwraca uwagę, iż ścisłe rozgraniczenie wykładni prawa i *Rechtsfortbildung* jest specyficzne dla niemieckiej nauki prawa, ponieważ w innych państwach europejskich (we Francji, czy Anglii) pojęcie wykładni ma uniwersalne znaczenie i nie czyni się tutaj dalszych dystynkcji.

²¹⁴ T. Spyra, jw., s. 36, i przytaczana tam literatura. Por także M. Cieślak: *Polskie prawo karne*, Warszawa 1994, s. 92-94, używając wszak terminu wykładnia „dosłowna”.

²¹⁵ Pogląd, iż wszystkie wyrażenia języka są przynajmniej potencjalnie wieloznaczne, a to z uwagi na specyficzną cechę wyrażen zwaną otwartą tekstowością (*open texture*). Wskazuje się, że otwarta tekstowość to możliwość zaistnienia sytuacji, w których użycie predykatu stanie się niepewne. Por. T. Gizbert-Studnicki: *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*, Kraków 1978, s. 67 i n.

²¹⁶ Cień semantyczny jako sytuacja wątpliwości co do możliwości zakwalifikowania danego stanu faktycznego do zakresu potencjalnych stanów faktycznych wyznaczonych przez tekst prawny (ani rdzeń znaczeniowy pozytywny, ani rdzeń znaczeniowy negatywny). Por. K. Pleszka: *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 94.

nakazuje ona dokonywanie wyboru wyłącznie pomiędzy jego możliwymi językowo znaczeniami²¹⁷. Pod pojęciem możliwego znaczenia językowego rozumieć z kolei należy „potencjał znaczeniowy związany z danym słowem”, czyli wszystko, co zgodnie z odnośnym (ogólnym lub specjalnym) użyciem języka może być uznane za desygnat danego wyrażenia²¹⁸. Ów „potencjał znaczeniowy” obejmować przy tym będzie nie tylko wyniki wykładni językowej bazującej na ogólnym (codziennym) znaczeniu użytych przez ustawodawcę pojęć. Relevantne będzie także to, co danemu wyrażeniu można przypisać uwzględniając jego usytuowanie w obrębie regulacji (zgodnie z wykładnią systemową), czy też funkcję jaką ma pełnić (zgodnie z wykładnią funkcjonalną). Przede wszystkim, wzgląd na spójność systemu prawa i efektywność regulacji prawnych przemawiać może za takim ukształtowaniem definicji legalnej danego zwrotu, by uwzględniała owe wartości, częstokroć abstrahując od znaczenia naturalnego²¹⁹. Co więcej, zarówno język prawniczy (zbudowany przez doktrynę), jak i język fachowy (terminologia odnośnej dziedziny nauki) wieść będą prymat przed znaczeniem ogólnym²²⁰. O ile mówić można o prymacie wykładni językowej i dyrektyw językowych, tak owa granica wykładni prawa (*sensu stricto*) uwzględniać musi możliwe znaczenia językowe, opierające się na dyrektywach pozajęzykowych – systemowych, czy funkcjonalnych. Wchodzić zatem w rachubę będzie zarówno wykładnia literalna (*interpretatio declarativa*), jak i wykładnia rozszerzająca (*interpretatio extensiva*), za którą to najpewniej przebiegać będzie granica wyznaczana przez możliwe znaczenie językowe. Konsekwentnie, o wykładni (*sensu stricto*) mówić należy wtedy, gdy decyzja interpretacyjna mieści się w ramach owego możliwego znaczenia, zaś o analogii – gdy rezultat interpretacji poza niego wykracza.

²¹⁷ T. Spyra, jw., s. 36-37. Przy czym owa językowa granica wykładni może być postrzegana także w inny sposób – jako zasada jednoznaczności (*clara non sunt interpretanda* lub *interpretatio cessat in claris*), która zakazuje sięgania po pozajęzykowe kanony wykładni, gdy dany stan faktyczny podpada jednoznacznie pod analizowaną normę. Por. np. M. Cieślak, jw., gdzie autor zaznacza właśnie, że w sytuacji, gdy uzyskane znaczenie językowe nie budzi wątpliwości, na wykładni „dosłownej” winno się zakończyć. Z uwagi, że koncepcja możliwego znaczenia językowego uwzględnia wieloznaczność językową (możliwość przypisania tej samej sytuacji różnych skutków prawnych w świetle tego samego przepisu), jest praktyczniejsza jako bardziej adekwatna do rzeczywistości. Wskazuje się, tym niemniej, iż w miejsce problemu z ustaleniem jednoznacznego brzmienia przepisu prawnego na plan pierwszy wysuwają się trudności związane z ustaleniem językowego jego znaczenia, w związku z czym i ta koncepcja nie jest wolna od wszystkich wad „zasady jednoznaczności”. Por. T. Spyra, jw., s. 40.

²¹⁸ Por. T. Spyra, jw., s. 52-53, i przytaczana tam literatura.

²¹⁹ Jako przykład warto tu podać znowelizowaną ostatnimi czasy definicję legalną pojęcia „suszy tytoniowy”, która doprecyzowuje znać „wyrobu akcyzowego” przy tzw. przestępstwach akcyzowych określonych w art. 63-73a k.k.s. O ile początkowo art. 99a ustawy z 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. nr 108/2011, poz. 626 ze zm.) wskazywał, iż suszem jest „suchy tytoń niebędący jeszcze wyrobem tytoniowym”, tak ustawa nowelizująca z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U. 2013, poz. 1645) rozszerzyła zakres znaczeniowy tegoż terminu przesądając, iż „za suszy tytoniowy uznaje się, bez względu na wilgotność, tytoń, który nie jest połączony z żywą rośliną i nie jest jeszcze wyrobem tytoniowym” (art. 7 pkt 3 lit. a ustawy nowelizującej). W języku naturalnym termin „suszy” kojarzy się niewątpliwie z czymś wysuszonym, pozbawionym właśnie wilgoci, a sam zabieg ustawodawcy – *lege artis* – zrównał wykładnię celowościową (gdzie celem regulacji jest zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa poprzez opodatkowanie podatkiem akcyzowym wszelkiej postaci tytoniu) z wykładnią językową.

²²⁰ Co przyjęte zostało także w praktyce stosowania prawa karnego. Por. P. Hofmański, S. Zabłocki, jw., s. 232.

Posiłkując się doktryną niemiecką, wzajemny stosunek wyszczególnionych wyżej metod zilustrować można za pomocą koncepcji kandydatur predykatów, sprowadzającej się do wyróżnienia pozytywnych, neutralnych i negatywnych kandydatur predykatu w przypadku jego wieloznaczności²²¹. Desygnatami tymi byłyby kolejno te, które z całą pewnością można przyporządkować predykawowi (kandydatury pozytywne), z którymi można to zrobić, ale z wątpliwościami (neutralne), oraz których z całą pewnością przyporządkować się nie da (negatywne)²²². Wykładnia rozszerzająca byłaby tu tą, przy pomocy której przypisywalibyśmy do pozytywnych kandydatur predykatu także te neutralne (będąc dalej przy możliwym znaczeniu językowym), druga zaś – analogia – tą, która „wliczałaby” również kandydatury negatywne²²³. Innymi słowy, gdy decyzja interpretacyjna jest tego typu, iż do stanu faktycznego *ad casum*, którego zakwalifikowanie do zakresu zastosowania danego przepisu prawnego budzi wątpliwości, przepis ten jednak stosujemy, a to z uwagi na zasadną ku temu argumentację, mowa będzie o wykładni rozszerzającej (w dalszym ciągu wykładni *sensu stricto*). Jeżeli jednak stan faktyczny z całą pewnością nie podpada pod ów zakres regulacji, a mimo to przypisujemy doń konsekwencje prawne przewidziane w odnośnym przepisie, wówczas wnioskujemy *per analogiam* (wykładnia *sensu largo*).

3.2. Granica „górna”

W miejscu tym przejść należy do odrębnej kwestii – „gómej” granicy analogii. Mając na uwadze, że rozstrzygnięcie zapadłe w wyniku wnioskowania *per analogiam* „odrywa” się od tego, co wynika z prawa stanowionego, konieczne jest, by konsekwencje prawne wiązane z danym, ustawowo określonym przypadkiem nie były przypisywane sytuacjom arbitralnie uznanym za doń podobne. Z tego też powodu, że kluczowym elementem wnioskowania z podobieństwa jest właśnie owo podobieństwo obu spraw, pytanie o tak rozumianą granicę jest pytaniem o sposób jego ustalania.

Zwolennicy postrzegania analogii jako „rozciągania *ratio legis*” wskazują, że ową barierą przed arbitralnym stosowaniem prawa w drodze analogii jest ustalona „myśl przewodnia” ustawodawcy. Zgodzić się należy z tym stanowiskiem, bowiem legitymacją ma tu być właśnie tożsame uzasadnienie aksjologiczne obu norm – ustawowej i nowo-sformułowanej. Zważywszy tymczasem, że owa myśl ustalana jest dla konkretnego przypadku z osobna, a to w zależności od stanu faktycznego, dla którego przychodzi nam szukać rozstrzygnięcia w prawie, granica ta będzie zawsze kreślona *in concreto*. O ile

²²¹ T. Spyra, jw., s. 106-107.

²²² Tamże, s. 106-107.

²²³ *Notabene*, posługując się koncepcją rdzenia znaczeniowego danego terminu (rzec można – równie nieostrą), zobrazować można to w ten sposób, iż ustalenie w drodze wykładni, iż przypadek *ad casum* jest regulowany przez normę poddawaną interpretacji, jednak nie należy on do tzw. rdzenia znaczeniowego (co stanowiłoby wykładnię literalną), ani do nastroczającej wątpliwości „strefy przejściowej” (wykładnia rozszerzająca), a wykracza w ogóle poza jego granice stanowiąc tzw. negatywny rdzeń znaczeniowy – oznacza stosowanie prawa na zasadzie analogii.

chodzić będzie o przypadki podobne do tego przewidzianego przez ustawodawcę, tak powstała w ten sposób norma prawna wówczas będzie uznana za dopuszczalną, jeżeli będzie można jej przypisać to samo *ratio*. Warto dodać, że jako bariera dla dowolnego określania owych „myśli” wyznaczających kierunek wnioskowania *per analogiam* służyć mogą nadrzędne zasady zakorzenione w danym systemie prawnym. Niechlubnym przykładem będzie tu tzw. „społeczne niebezpieczeństwo” znane radzieckiemu prawu karnemu²²⁴, służące za kryterium weryfikujące podobieństwo przypadków (czynów) nieopisanych w ustawie do tych, które zostały przez ustawodawcę stypizowane.

Co oczywiste, decyzja, czy w danej sytuacji winno się stosować analogię zależna jest przede wszystkim od podmiotu stosującego prawo. Twierdzić niemniej można, że owa dowolność aktualna jest także dla wyboru możliwego znaczenia językowego przy wykładni *sensu stricto*. Decyzja taka mogłaby zostać zweryfikowana pod kątem jej zasadności w realiach konkretnej sprawy. Mówiąc inaczej, dałoby się stwierdzić, iż przypadek *ad casum* jest, bądź nie jest analogiczny do tego opisanego w ustawie z uwagi na daną wartość – tą, w kierunku której rozszerzenie ustawy ma nastąpić. Przyjąć by zatem można, że taka „górna” granica analogii jest do ustalenia. Decyzji interpretacyjnych spełniających dane kryterium byłoby co prawda wiele (w tym sensie, iż wiele stanów faktycznych pretendować by mogło *in abstracto* do miana podobnego do tego ustawowego), jednak weryfikacja konkretnej sytuacji stosowania prawa w drodze analogii byłaby możliwa. Podkreślić jednak trzeba, że byłaby to granica ustalana w zasadzie *ex post* – po zastosowania prawa do konkretnego przypadku.

4. Uwagi końcowe

Stwierdzić należy w świetle powyższego, iż analogia jest odrębną metodą interpretacji prawa, a jej szczególna pozycja wynika przede wszystkim z „odrywania się” podjętej w ten sposób decyzji interpretacyjnej od spisanego tekstu ustawy. Z tego powodu budzić ona może kontrowersje, zwłaszcza w świetle zasady pewności prawa. Problem analogii rozwiązany może być w związku z tym w sposób różnoraki – albo przez wyraźny zakaz jej stosowania, albo przez wyraźne tego dopuszczenie²²⁵. Uzasadnieniem owego zakazu, bądź nakazu może być „właściwość” danej regulacji. Przyjmuje się mianowicie, że prawo karne, czy podatkowe stanowią regulacje zupełne (zamknięte) i z uwagi na brak „luki” (na co zwrócono już uwagę – brak wypowiedzi poczytywany jest za regulację negatywną) wnioskowanie *per analogiam* nie jest dopuszczalne²²⁶. Kwestia ta przedstawia się odmiennie w

²²⁴ Zob. L. Gardocki: *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 17. Hitlerowskie „zdrowe poczucie narodu” służyć może jako przykład takiego „ograniczenia” przy stosowaniu *analogia iuris*.

²²⁵ Zob. J. Nowacki, jw., s. 76 i n.

²²⁶ Por. P. Hofmański, S. Zabłocki, jw., s. 237, czy R. Mastalski: *Interpretacja prawa podatkowego. Źródła prawa podatkowego i jego wykładania*, Wrocław 1989, s. 115.

prawie cywilnym, które uznawane jest za regulację niezupełną (otwartą)²²⁷. Spotkać można także pogląd, że dopuszczalność stosowania analogii jest zasadą we wszystkich dziedzinach prawa, podlegając wszak pewnym wyjątkom, które bądź są wspólne, bądź aktualne jedynie dla danej dziedziny²²⁸. Sprowadza się to wszelako do konstatacji, że ustawodawca albo godzi się, iż przewidziane przez niego konsekwencje prawne będą wiązane dodatkowo z innymi sytuacjami, podobnymi do tych, które sam przewidział, albo się na to nie godzi²²⁹.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, że posługiwanie się obecnie wykładnią *sensu stricto* i dokonywanie wyboru między możliwymi znaczeniami językowymi częstokroć prowadzi do rezultatów, które budzić mogą wątpliwość adresata danego przepisu. Tymczasem, mimo iż powyżej wskazane koncepcje możliwego znaczenia językowego oraz kandydatów predykatów są w stanie usystematyzować problem wykładni prawa *sensu largo*, to robią to tylko na poczet teorii prawa. Wskazanemu kryterium zarzuca się brak wystarczającego obiektywizmu, bowiem nie dostarcza ono narzędzi do określenia *primo* rzeczywistego znaczenia terminu i *secundo* zbioru jego kandydatów pozytywnych, neutralnych, bądź też negatywnych²³⁰. Problem z wyznaczeniem granicy między wykładnią rozszerzającą a analogią zilustrować może kwalifikacja kradzieży energii elektrycznej jako kradzieży rzeczy. Mianowicie, o ile niemiecki Sąd Najwyższy stwierdził swego czasu, iż uznanie energii za „rzecz” w myśl przepisu penalizującego kradzież byłoby niedopuszczalnym stosowaniem analogii, tak francuski Sąd Kasacyjny rozstrzygając tę kwestię w podobnym okresie wydał odmienną decyzję, wskazując, iż mamy tu do czynienia nie z analogią, a – po prostu – z interpretacją przepisu²³¹. Na co trafnie zwraca uwagę T. Spyra to właśnie często występująca w praktyce orzeczniczej rozbieżność między deklarowanymi koncepcjami wykładni prawa, a tymi faktycznie stosowanymi²³². Zdaniem autora, sąd – z uwagi na konieczność rozstrzygnięcia danej sprawy – w sytuacji, gdy dany stan faktyczny nie mieści się w zakresie zastosowania danego przepisu prawnego, rzadko kiedy wyraźnie opowie się za przekroczeniem granicy językowej i wyjściem poza literalne

²²⁷ Por. A. Stelmachowski: *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 421–423. Tak *explicito* wyrok SN z 5 X 2006, IV CSK 132/06, OSNC nr 7-8/2007, poz. 111, gdzie czytamy: „W prawie cywilnym, ze względu na otwartość i niezupełność regulacji, przyjmuje się generalnie, że analogia jest dopuszczalna”.

²²⁸ Tak np. E. Plebanek: *Materiałne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 68.

²²⁹ J. Nowacki, jw., s. 79-80.

²³⁰ Por. L. Morawski, jw., s. 156. Także J. Nowacki, jw., s. 90 i n., i przytaczana tam literatura.

²³¹ L. Gardocki, jw., s. 17.

²³² T. Spyra, jw., s. 63-64, i przytaczana tam literatura. Nawiązując do niemieckiego orzecznictwa autor podaje jako przykłady praktycznej realizacji granicy językowej stany faktyczne jak odmowa uznania przedmiotów nieruchomości (np. ściany) za narzędzie, czy odmowa uznania naklejania plakatów za uszkodzenie rzeczy. Wskazuje on ponadto, iż także z odstępstwami odeń można się w orzecznictwie niemieckim spotkać, przykładowo w kazusie kradzieży drzewa z lasu przy pomocy samochodu - norma prawna przewidywała ostrzejszą karę za kradzież drzewa przy użyciu przykrytej furmanki (*befahrtes Fuhrwerk*) lub zwierzęcia pociągowego, sąd tymczasem stwierdził, że co prawda samochód zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu nie może być uznany za pokrytą furmankę, jednakże ze względu na cel normy powinien być tak potraktowany.

brzmienie przepisu. Znacznie częściej – jak twierdzi – argumenty sądu nakierowane będą na wykazanie, iż zapadłe w sprawie rozstrzygnięcie zgodne jest z literą ustawy²³³. Podkreślić przeto należy, iż jak sam język bywa nieostry, tak ciężko niekiedy w sposób jednoznaczny przesądzić, jakie przypadki zostały objęte przez ustawodawcę regulacją, a jakie nie.

²³³ Tamże, s. 63 i 64. Por. uchwała SN z 27 II 2007, I KZP 36/06, OSNKW nr 3-2007, poz.21, gdzie uznano, iż z tego też powodu pojęcie „środek odurzający” (na gruncie art. 178a k.k.) wykładane może być szeroko, że pogląd taki powszechnie jest przyjmowany w piśmiennictwie. Wskazano, iż zarzut naruszenia zasady legalizmu w prawie karnym o tyle jest tu nietrafny, że o analogii mówić by można w sytuacji, „gdy przy ustalonym, przyjętych metodach wykładni, zakresie przepisu stosujemy ów przepis również do sytuacji tym zakresem nieobjętych, [a] w tym wypadku byłby trafny tylko wtedy, gdybyśmy wcześniej zgodzili się ze zdaniem K. Krajewskiego, że jedyną dopuszczalną interpretacją *de lege lata* jest przyjęcie, że pojęcie środka odurzającego musi być rozumiane w taki sam sposób na gruncie kodeksu karnego, jak i ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a także wszystkich innych ustaw.”

O autorach

Marcin Hotel jest doktorantem w Katedrze Polityki Gospodarczej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Zainteresowania naukowe: ekonomia oraz efektywność prawa. Aleksandra Rychlewska jest doktorantką w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Zainteresowania naukowe: analogia oraz teoria prawa.

Streszczenie

Mówiąc o analogii w prawie ma się zazwyczaj na myśli stosowanie prawa na zasadzie analogii, a konkretnie – wnioskowanie per analogiam o obowiązywaniu danej normy prawnej z przepisu prawnego (analogia legis), tudzież z prawa w ogóle (analogia iuris). Jest to przy tym nie tyle co odrębna metoda stosowania prawa, co metoda jego interpretacji. Mówić tu należy o wykładni sensu largo – wnioskowaniu prawniczym opartym na stosunku podobieństwa, zmierzającym do sformułowania w oparciu o aksjologię systemu prawnego przesłanki większej sylogizmu prawniczego na potrzeby danej sprawy. Od wykładni sensu stricto odróżnia ją zatem rezultat w postaci decyzji interpretacyjnej „odrywającej się” od tekstu prawnego – danemu predykatowi przyporządkowywane zostają desygnaty, które nie mieszczą się w jego zakresie znaczeniowym. Z uwagi jednak na ową aksjologię rozstrzygnięcie to często okazać się właściwsze. Mając to na względzie, praca niniejsza zmierzać będzie do omówienia analogii jako odrębnej metody prawniczej, której nadać się przy tym winno status równorzędnej innym zabiegom interpretacyjnym.

Summary

Discussing analogy in law one usually thinks about using law on the base of analogy, particularly – inferring per analogiam about validity of one legal norm from the specific legal provision (analogia legis) or from the legal system as a whole (analogia iuris). However, this is not so much a separate method of law application but the method of its interpretation. It is interpretation sensu largo - legal inference based on the resemblance relationship, aiming at formulating, basing on the axiology of the legal system, major premise of the legal syllogism for the need of a case. It is distinguished from the interpretation sensu stricto by the result in the form of decision of interpretation, stemming not from the legal text – to one predicate are assigned designates, which are not in its scope of meaning. Because of the axiology, this decision will often turn out to be the right one. Bearing this in mind, this paper discusses the analogy as a separate legal method, which should be considered equal to the other methods of interpretation.

Elektroniczne postępowanie administracyjne w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego – studium przypadków

Lucyna Łuczak-Noworolnik

Zgodnie z art. 14 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego²³⁴ sprawy należy załatwiać w formie pisemnej lub w formie dokumentu elektronicznego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2013 r. poz. 235) doręczanego środkami komunikacji elektronicznej. Możliwość przeprowadzenia postępowania administracyjnego za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej została wprowadzona ustawą z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie w dniu 17 czerwca 2010 r.²³⁵ Z treści uzasadnienia do projektu wyżej wskazanej ustawy wynika, że głównym założeniem ustawodawcy było umożliwienie organom załatwiania sprawy w formie innej niż forma pisemna, tj. w postaci dokumentu elektronicznego doręczanego środkami komunikacji elektronicznej przy założeniu, że obie formy są tożsame i równoważne. Do tej pory bowiem, wobec braku wyraźnego uregulowania tej kwestii w ustawie, organy były upoważnione do wydawania decyzji i postanowień jedynie w tradycyjnej formie, tzn. papierowej.

Art. 39¹ § 1 kpa wprowadzający możliwość dokonania wyboru sposobu doręczania pism w toku postępowania administracyjnego stronie lub innemu uczestnikowi postępowania doprecyzowuje przedmiotowe zagadnienie. Według przywoływanego przepisu doręczanie pism następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422), jeżeli strona lub inny uczestnik postępowania spełni jeden z następujących warunków:

- 1) złoży podanie w formie dokumentu elektronicznego przez elektroniczną skrzynkę podawczą organu administracji publicznej;
- 2) wystąpi do organu administracji publicznej o takie doręczenie i wskaże organowi administracji publicznej adres elektroniczny;

²³⁴ Tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 267 ze zmianami - zwanej dalej „kpa”

²³⁵ Dz. U. Nr 40, poz. 230.

3) wyrazi zgodę na doręczanie pism w postępowaniu za pomocą tych środków i wskaże organowi administracji publicznej adres elektroniczny.

Coraz częściej sądy administracyjne rozstrzygają w sprawach, w których ujawniają się problemy związane z elektronicznymi doręczeniami uregulowanymi w art. 39¹ kpa. Przedmiotem mojej analizy stały się zatem rozstrzygnięcia wydane na tym tle przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku²³⁶, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie²³⁷ oraz Naczelny Sąd Administracyjny²³⁸.

Tytułem wprowadzenia należy wyjaśnić, że na przestrzeni ostatnich lat art. 39¹ kpa był kilkakrotnie nowelizowany. W pierwotnym brzmieniu przepis ten zakładał, że to organ administracji publicznej dokonuje wyboru sposobu komunikacji w trakcie postępowania administracyjnego²³⁹. Od 2010 r. obowiązuje regulacja, na podstawie której to strona lub uczestnik postępowania ma decydujący wpływ na wybór formy doręczeń²⁴⁰. W 2014 r. wprowadzono kolejną zmianę, która rozszerza katalog przesłanek, od których zależy czy doręczenie powinno odbywać się w formie elektronicznej²⁴¹. W dalszym ciągu jednak wniosek strony ma charakter wiążący dla organów administracji publicznej. Fakt, że przepis ten uległ zmianie a obecnie jego brzmienie jest nieco inne od tego które znalazło zastosowanie w omawianych przypadkach, pozostaje bez wpływu na poczynione przeze mnie rozważania, gdyż wszystkie z analizowanych rozstrzygnięć zostały wydane po 2010 r. Na gruncie stanu prawnego obowiązującego w chwili wydawania omawianych

²³⁶ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku - zwany dalej „WSA w Gdańsku”

²³⁷ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie - zwany dalej „WSA w Warszawie”

²³⁸ Naczelny Sąd Administracyjny - zwany dalej „NSA”

²³⁹ Art. 39¹ § 1 kpa w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. Nr 64, poz. 565): Doręczenie może nastąpić za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną, jeżeli strona:

- 1) wystąpiła do organu administracji publicznej o doręczenie albo
- 2) wyraziła zgodę na doręczenie jej pism za pomocą tych środków.

²⁴⁰ Art. 39¹ § 1 kpa w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 40, poz. 230): Doręczenie następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204, z późn. zm.), jeżeli strona lub inny uczestnik postępowania: 1) wystąpił do organu administracji publicznej o doręczenie albo 2) wyraził zgodę na doręczenie mu pism za pomocą tych środków.

²⁴¹ Art. 39¹ § 1 kpa w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 10 stycznia 2014 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 183): Doręczenie pism następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422), jeżeli strona lub inny uczestnik postępowania spełni jeden z następujących warunków:

- 1) złoży podanie w formie dokumentu elektronicznego przez elektroniczną skrzynkę podawczą organu administracji publicznej;
- 2) wystąpi do organu administracji publicznej o takie doręczenie i wskaże organowi administracji publicznej adres elektroniczny;
- 3) wyrazi zgodę na doręczanie pism w postępowaniu za pomocą tych środków i wskaże organowi administracji publicznej adres elektroniczny.

rozstrzygnąć to strona postępowania decydowała, o tym czy dane postępowanie ma być prowadzone z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej²⁴², czy też w formie pisemnej.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na literalną wykładnię art. 39¹ kpa oraz motywy ustawodawcy zawarte w treści uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej kpa²⁴³. Na ich podstawie można z pełnym przekonaniem stwierdzić, że to od strony postępowania bądź innego uczestnika zależy sposób doręczania pism w toku postępowania administracyjnego, a w konsekwencji przeprowadzenia całej procedury w sposób w pełni zelektronizowany. Ustawodawca w kpa nie wprowadził żadnego wyjątku, który pozwalałby organom przeprowadzającym postępowanie administracyjne na odejście od tej reguły. Z treści uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 10 stycznia 2014 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw²⁴⁴ wynika jednoznacznie, że kpa obliguje organ do przyjęcia pisma w formie dokumentu elektronicznego²⁴⁵. W sytuacji, gdy przepis prawa nie wyklucza (np. poprzez nałożenie obowiązku osobistego stawiennictwa) wnoszenia dokumentu w postaci elektronicznej, organ zobowiązany jest umożliwić obywatelowi realizację jego uprawnienia, polegającego na złożeniu tego dokumentu drogą elektroniczną.

W odniesieniu do analizowanych kwestii, w mojej ocenie na szczególną uwagę zasługują dwa orzeczenia wydane w czerwcu 2014 r. przez Izbę Ogólnoadministracyjną oraz Izbę Gospodarczą NSA. Na przestrzeni zaledwie dwóch dni podjęto bowiem zupełnie odmienne rozstrzygnięcia dotyczące zastosowania art. 39¹ kpa, w których dokonano różnej interpretacji tego przepisu.

Pierwsze z nich zostało wydane w dniu 4 czerwca 2014 r.²⁴⁶ W rozpatrywanej sprawie podmiot złożył skargę do WSA w Warszawie na postanowienie Komisji Nadzoru Audytowego²⁴⁷ w

²⁴² Środkiem komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r., poz. 1422) jest rozwiązanie techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną.

²⁴³ Jak wynika z treści uzasadnienia do projektu ustawy z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw: „Pierwszy pakiet zmian w Kodeksie postępowania administracyjnego polega na nałożeniu na organ obowiązku zastosowania do doręczeń środków komunikacji elektronicznej, jeżeli strona się o to zwróciła lub wyraziła zgodę. Użycie w obecnie obowiązującym przepisie art. 39¹ § 1 kpa zwrotu „może” pozostawia stosowanie takich środków uznaniu organu. Zmiana polega na usunięciu tego sformułowania z normy. Jednocześnie rozszerzono krąg adresatów pism doręczanych środkami komunikacji elektronicznej na innych uczestników postępowania niż strona. Z dotychczasowego brzmienia przepisu art. 39¹ § 1 Kpa wynika, że adresatem e-dokumentu może być jedynie strona postępowania.

²⁴⁴ Ustawa z dnia 10 stycznia 2014 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 183).

²⁴⁵ Zob. szerzej na temat oceny wprowadzonej nowelizacji w artykule L. Łuczak, *Problematyka prawna doręczeń elektronicznych w procedurze administracyjnej ze szczególnym uwzględnieniem skutków prawnych e-doręczeń oraz oceny propozycji zmian ustawowych*, Przegląd Prawa Publicznego 2014, nr 5, s. 65-80.

²⁴⁶ Postanowienie NSA z dnia 4 czerwca 2014 r., II GSK 1197/14, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/61705C2404>.

²⁴⁷ Komisja Nadzoru Audytowego powołana na mocy art. 63 ustawy z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym (Dz. U. Nr 77,

przedmiocie odmowy stwierdzenia nieważności postanowienia stwierdzającego niedopuszczalność zażalenia na stanowisko Krajowej Rady Biegłych Rewidentów. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy, w którym powtórzono argumentację zawartą w podaniu inicjującym postępowanie został złożony drogą elektroniczną. Powołując się na treść art. 39¹ kpa skarżący wnioskował o doręczanie korespondencji w postępowaniu za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Komisja Nadzoru Audytowego nie uwzględniła jednak złożonego przez skarżącego wniosku w zakresie sposobu komunikacji i kolejne rozstrzygnięcie doręczyła mu za pośrednictwem operatora pocztowego.

Od powyższego rozstrzygnięcia skarżący złożył skargę do WSA w Warszawie²⁴⁸ wnosząc o uchylenie obu wydanych postanowień. W skardze podniósł, że organ pominął jego wniosek o doręczanie korespondencji drogą elektroniczną i przesłał mu papierową wersję zaskarżonych rozstrzygnięć. Z uwagi na powyższe - w ocenie skarżącego - doręczenie postanowień tradycyjną drogą nie wywołało żadnych skutków prawnych.

WSA w Warszawie odrzucając skargę uwzględnił argumentację powołaną przez skarżącego. W uzasadnieniu postanowienia stwierdził, że w związku z pominięciem przez organ wniosku złożonego na podstawie art. 39¹ § 1 kpa i doręczeniem skarżącemu rozstrzygnięć wyłącznie za pośrednictwem poczty, *de facto* nie można mówić o skutecznym dokonaniu czynności, od której można byłoby liczyć termin na wniesienie środka zaskarżenia. Sąd w uzasadnieniu przywołał orzeczenie NSA z dnia 18 października 2013 r.²⁴⁹, w którym stwierdzono, że treść art. 39¹ kpa

poz. 649 ze zmianami). Zgodnie z art. 63 ust. 2 ww. ustawy Komisja Nadzoru Audytowego sprawuje nadzór publiczny nad:

- 1) wykonywaniem zawodu biegłego rewidenta;
- 2) działalnością podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych;
- 3) działalnością Krajowej Izby Biegłych Rewidentów.

²⁴⁸ Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 28 stycznia 2014 r., VI SA/Wa 1579/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/25E200F776>.

²⁴⁹ Wyrok NSA z dnia 18 października 2013 r., I OSK 1632/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C0E61D5F75>.

„W tej sytuacji wyjaśnić należy, że zgodnie z treścią art. 14 § 1 kpa (w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania zaskarżonej decyzji) sprawy należy załatwiać w formie pisemnej lub w formie dokumentu elektronicznego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 lutego 2005r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2013r. poz. 235), doręczanego środkami komunikacji elektronicznej. Oznacza to, że sprawy należy załatwiać w jednej z dwóch form przewidzianych w tym przepisie, a mianowicie w formie pisemnej lub w formie dokumentu elektronicznego. Forma dokumentu elektronicznego nie stanowi przy tym odmiany formy pisemnej, lecz jest odrębną od pisemnej formą załatwiania spraw. Zgodnie z treścią art. 39 i 39¹ kpa w postępowaniu administracyjnym pisma mogą być doręczane albo drogą tradycyjną, czyli za pokwitowaniem przez operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. Prawo pocztowe (art. 39), albo za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 18 lipca 2002r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204, ze zm.), jeżeli strona lub inny uczestnik postępowania wystąpił do organu administracji publicznej o doręczenie albo wyraził zgodę na doręczenie mu pism za pomocą tych środków (art. 39¹ kpa). Podkreślić przy tym należy, że w poprzednim stanie prawnym (art. 39¹ kpa wszedł w życie z dniem 21 listopada 2005 r., obecne brzmienie otrzymał na mocy ustawy z dnia 12 lutego 2010r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw - Dz. U. Nr 40, poz. 230) doręczenie mogło nastąpić w drodze elektronicznej („doręczenie może nastąpić”), a zatem od uznania organu administracji publicznej zależało, czy doręczać stronie korespondencję za pomocą tych środków. Obecnie zgodnie z nowym brzmieniem powołanego przepisu przyjąć należy, że wybór sposobu doręczania pism w postępowaniu administracyjnym należy do strony.”

jednoznacznie przesądza o tym, że w postępowaniu administracyjnym wybór sposobu doręczania pism należy do strony.

Komisja Nadzoru Audytowego złożyła skargę kasacyjną, w której wniosła o uchylenie wydanego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania oraz zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zdaniem NSA doręczenie dokonywane w formie elektronicznej zastępuje doręczenie „tradycyjne”, stąd niedopuszczalne jest doręczenie dokumentu równocześnie w postaci papierowej, jak i elektronicznej. Taki wniosek bowiem wynikał z treści art. 46 § 3 kpa, który przewidywał kolejność sposobów doręczania: najpierw elektroniczne, a następnie w tradycyjnej formie, jednakże tylko w przypadku braku skutecznego doręczenia elektronicznego²⁵⁰.

W mojej ocenie, w omawianym przypadku NSA słusznie wskazał, że organ administracji publicznej w rozpatrywanej sprawie był związany wnioskiem strony o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej, a kwestia ta nie zależała od jego uznania. Organ, pomimo niewątpliwego związania, nie ustosunkował się w toku postępowania do wniosku skarżącego, a w konsekwencji doręczył postanowienia za zwrotnym potwierdzeniem odbioru przez pocztę, tj. w trybie art. 39 kpa.

Mając na uwadze brzmienie rozpatrywanych przepisów NSA stwierdził, że doręczenie w tym przypadku było nieskuteczne i nie wywołało skutku prawnego w postaci rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia skargi do WSA w Warszawie. Organ mógł bowiem, w świetle art. 46 § 3 kpa dokonać doręczenia za pośrednictwem poczty dopiero w razie nieotrzymania, w terminie 7 dni od dnia wysłania postanowienia za pomocą środków komunikacji elektronicznej, potwierdzenia jej doręczenia. W aktach rozpatrywanej sprawy nie przedłożono żadnego dowodu na okoliczność podjęcia przez organ nieskutecznej próby doręczenia stronie postanowienia drogą elektroniczną. Dopiero takie działanie upoważniłoby organ do wykorzystania tradycyjnych środków, o których mowa w art. 39 kpa.

Dokonane rozważania muszą zostać nieco zmodyfikowane w stosunku do treści obecnie obowiązującej regulacji art. 46 kpa²⁵¹, zgodnie z którą w przypadku nieodebrania pisma (także pisma

²⁵⁰ Zgodnie z treścią art. 46 § 3 Kpa przed wejściem w życie nowelizacji w dniu 11 maja 2014 r.: W przypadku doręczenia pisma za pomocą środków komunikacji elektronicznej doręczenie jest skuteczne, jeżeli w terminie 7 dni od dnia wysłania pisma organ administracji publicznej otrzyma potwierdzenie doręczenia pisma. W razie nieotrzymania takiego potwierdzenia organ doręcza pismo w sposób określony w przepisach niniejszego rozdziału dla pisma w formie innej niż forma dokumentu elektronicznego.

²⁵¹ W chwili obecnej art. 46 w zakresie dotyczącym elektronicznych doręczeń stanowi, że: § 3. W przypadku doręczenia pisma za pomocą środków komunikacji elektronicznej doręczenie jest skuteczne, jeżeli adresat potwierdzi odbiór pisma w sposób, o którym mowa w § 4 pkt 3.

§ 4. W celu doręczenia pisma w formie dokumentu elektronicznego organ administracji publicznej przesyła na adres elektroniczny adresata zawiadomienie zawierające:

w formie dokumentu elektronicznego) doręczenie uważa się za dokonane po upływie czternastu dni, licząc od dnia przesłania pierwszego zawiadomienia. Ustawodawca zrównał zatem w skutkach doręczenie tradycyjne i elektroniczne poprzez wprowadzenie tzw. fikcji doręczenia także w przypadku, gdy w postępowaniu wykorzystywane są środki komunikacji elektronicznej.

Niezależnie od powyższego pewne wątpliwości budzi stwierdzenie NSA, który w analizowanej sprawie podniósł, że w aktach nie znalazł dowodu pozwalającego na przyjęcie, że organ napotkał na trudne do usunięcia problemy, które uniemożliwiały mu dostarczenie korespondencji z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej (np. długotrwała awaria systemu informatycznego, brak możliwości technicznych). Moim zdaniem takie stwierdzenie nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów postępowania administracyjnego. Kpa nie przewiduje możliwości uchylenia się przez organ administracji publicznej od doręczania korespondencji drogą elektroniczną w przypadku wystąpienia jakichkolwiek problemów technicznych. Ustawodawca uregulował jedynie sytuacje, w których taki sposób prowadzenia sprawy nie jest możliwy ze względu na konieczność osobistego stawiennictwa strony albo gdy przepis szczególny uniemożliwia realizację postulatu wyrażonego w art. 14 § kpa²⁵².

1) wskazanie, że adresat może odebrać pismo w formie dokumentu elektronicznego;

2) wskazanie adresu elektronicznego, z którego adresat może pobrać pismo i pod którym powinien dokonać potwierdzenia doręczenia pisma;

3) pouczenie dotyczące sposobu odbioru pisma, a w szczególności sposobu identyfikacji pod wskazanym adresem elektronicznym w systemie teleinformatycznym organu administracji publicznej, oraz informację o wymogu podpisania urzędowego poświadczenia odbioru w sposób wskazany w art. 20a ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

§ 5. W przypadku nieodebrania pisma w formie dokumentu elektronicznego w sposób, o którym mowa w § 4 pkt 3, organ administracji publicznej po upływie 7 dni, licząc od dnia wysłania zawiadomienia, przesyła powtórne zawiadomienie o możliwości odebrania tego pisma.

§ 6. W przypadku nieodebrania pisma doręczenie uważa się za dokonane po upływie czternastu dni, licząc od dnia przesłania pierwszego zawiadomienia.

§ 7. Zawiadomienia, o których mowa w § 4 i 5, mogą być automatycznie tworzone i przesyłane przez system teleinformatyczny organu administracji publicznej, a odbioru tych zawiadomień nie potwierdza się.

§ 8. W przypadku uznania pisma w formie dokumentu elektronicznego za doręczone na podstawie § 6 organ administracji publicznej umożliwia adresatowi pisma dostęp do treści pisma w formie dokumentu elektronicznego przez okres co najmniej 3 miesięcy od dnia uznania pisma w formie dokumentu elektronicznego za doręczone oraz do informacji o dacie uznania pisma za doręczone i datach wysłania zawiadomień, o których mowa w § 4 i 5, w swoim systemie teleinformatycznym.

²⁵² Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku, gdy przepis szczególny wymaga oryginału dokumentu, który nie może być przedłożony organowi prowadzącemu postępowanie w zdigitalizowanej formie np. w ustawie z dnia 18 marca 2008 r. zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz. U. Nr 63, poz. 394, z późn. zm.) art. 30 ust. 3 stanowi: W przypadku świadczenia usługi po raz pierwszy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz w przypadku istotnej zmiany sytuacji potwierdzonej dokumentami, właściwy organ może wymagać dołączenia do oświadczenia, o którym mowa w ust. 1, następujących dokumentów: 1) dokumentu potwierdzającego obywatelstwo usługodawcy; 2) zaświadczenia potwierdzającego, że usługodawca zgodnie z prawem wykonuje zawód lub działalność w innym państwie członkowskim oraz że w chwili składania zaświadczenia nie obowiązuje go zakaz - nawet tymczasowy, wykonywania zawodu lub działalności; 3) dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe; 4) dokumentu potwierdzającego wykonywanie przez usługodawcę danego zawodu regulowanego lub działalności przez co najmniej dwa lata w okresie ostatnich dziesięciu lat albo kształcenie regulowane - w przypadku określonym w art. 29 ust. 1; 5) zaświadczenie o niekaralności, jeżeli jest wymagane od obywateli Rzeczypospolitej Polskiej zamierzających wykonywać zawód regulowany lub działalność, związane z bezpieczeństwem publicznym.

Przechodząc do analizy kolejnego rozstrzygnięcia NSA, które zostało wydane w dniu 6 czerwca 2014 r.²⁵³ na podkreślenie zasługuje fakt, że każdy z organów biorących udział w przedmiotowym postępowaniu wyrażał odmienne stanowisko w kwestii elektronicznych doręczeń i obowiązków wynikających z treści art. 39¹ kpa.

Omawiany wyrok został wydany na tle następującego stanu faktycznego. Spółka komandytowa zgłosiła Prezydentowi Miasta Gdańska montaż tablicy reklamowej wraz z oświetleniem i przyłączeniem do istniejącej instalacji elektrycznej. Do powyższego wniosku dołączony został projekt budowlany dotyczący inwestycji, oświadczenie o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane oraz pełnomocnictwo. Prezydent Miasta Gdańska w drodze decyzji administracyjnej wniósł sprzeciw wobec zgłoszenia zamiaru wykonania wnioskowanych robót budowlanych, wskazując jako podstawę przepis art. 30 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, obligujący organ do wniesienia sprzeciwu w przypadku niezgodności zamierzenia z obowiązującym planem miejscowym.

Odwolanie od powyższej decyzji wniosła niezadowolona spółka zarzucając m.in. naruszenie przepisów kpa, a w szczególności art. 10, art. 39¹ § 1, art. 46 § 3, art. 77 i art. 107 poprzez błędne doręczenie decyzji za pośrednictwem poczty mimo zgłoszenia przez inwestora wniosku o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej, które w konsekwencji dokonanych naruszeń, nie wywołało żadnych skutków prawnych.

W ocenie organu odwoławczego, który utrzymał w mocy zaskarżoną decyzję, wobec braku w aktach sprawy wniosku inwestora o doręczenie decyzji drogą elektroniczną, organ miał prawo doręczyć decyzję za pośrednictwem poczty na adres wskazany we wniosku. Organ jednocześnie wskazał, że w załączonym do wniosku piśmie skierowanym do Urzędu Miasta w Gdańsku pełnomocnik reprezentujący spółkę zawniósł o doręczanie wszelkich pism wyłącznie drogą elektroniczną na wskazany adres e-puap²⁵⁴. Jednakże pismo to dotyczy instalacji tablicy reklamowej położonej w innym miejscu niż to, które zostało podane w otrzymanym przez organ zgłoszeniu. Zatem organ pierwszej instancji miał prawo uznać, że wniosek ten dotyczy innej nieruchomości. Ponadto organ podniósł, że w jego ocenie wnioskodawca żądając odpowiedzi w systemie ePUAP, powinien złożyć wniosek nie w formie papierowej, lecz w systemie ePUAP. Organ odwoławczy podkreślił także, że zarówno Urząd Miasta w Gdańsku, jak również Urząd Wojewódzki w Gdańsku,

²⁵³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 czerwca 2014 r., II OSK 2297/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/214D0AE378>.

²⁵⁴ Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jednolity: Dz. U. z 2014 r. poz.1114) elektroniczna platforma usług administracji publicznej (ePUAP) to system teleinformatyczny, w którym instytucje publiczne udostępniają usługi przez pojedynczy punkt dostępowy w sieci Internet.

nie mają technicznych możliwości pozwalających na dostarczanie decyzji w formie elektronicznej. Zgodnie z treścią art. 107 § 3 kpa jeżeli decyzja wydana została w formie dokumentu elektronicznego, powinna być opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, którym w tamtym czasie nie dysponował żaden z organów rozpoznających przedmiotową sprawę.

WSA w Gdańsku pomimo oddalenia skargi wniesionej przez spółkę stwierdził, że zasadny jest jej zarzut nieuwzględnienia przez organy wniosku pełnomocnika o doręczenie wszelkiej korespondencji, w tym wydawanych rozstrzygnięć, drogą elektroniczną. Jednakże zdaniem WSA naruszenie w tym zakresie przepisów postępowania nie miało wpływu na wynik sprawy. Sąd podniósł, że co prawda zgłoszenie zawierało na stronie tytułowej wskazanie formy organizacyjnej i adres siedziby spółki, nie mniej jednak z załączonego do zgłoszenia dokumentu dotyczącego inwestycji objętej toczącym się postępowaniem jednoznacznie wynikało, że spółka „wnosiła o doręczanie wszelkich e-pism wyłącznie drogą elektroniczną na wskazany adres e-puap (...)”. WSA stwierdził, że ustalenia organu drugiej instancji, z których wynikało, że wniosek o doręczanie wszelkich pism wyłącznie drogą elektroniczną na wskazany adres e-puap, w odniesieniu do tablicy reklamowej nieobjętej toczącym się postępowaniem nie był prawidłowy. W dalszej kolejności WSA wskazał, że w przypadku gdy podmiot podał dwa różne adresy do doręczeń, obowiązkiem organu było wyjaśnienie na jaki adres należy doręczyć wydane w sprawie rozstrzygnięcie. Zaniechanie organu nie miało jednak wpływu na treść decyzji i nie ograniczyło prawa do skutecznego jej zakwestionowania. Skarżąca odebrała bowiem decyzję organu pierwszej instancji we własnej siedzibie, a następnie w terminie wniosła odwołanie, a to oznacza, że wysłana w ten sposób decyzja skutecznie dotarła do adresata.

Pełnomocnik spółki wniósł skargę kasacyjną od powyższego wyroku, w której podniósł, że organ w toku postępowania administracyjnego jest związany wnioskiem strony co do wyboru formy doręczeń. W związku z powyższym skuteczne doręczenie decyzji mogło nastąpić tylko i wyłącznie z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej. Odebranie w siedzibie spółki przez uprawnionego przedstawiciela decyzji nadanej za pośrednictwem operatora pocztowego, a następnie wniesienie w terminie odwołania, nie ma żadnego znaczenia dla oceny skuteczności takiego doręczenia. W skardze kasacyjnej podniesiono także, że WSA nie ustosunkował się do twierdzenia organu, że Urząd Miasta Gdańska i Urząd Wojewódzki w Gdańsku nie mają możliwości technicznych pozwalających na dostarczenie decyzji w formie elektronicznej. Powyższe w ocenie spółki prowadzi do wniosku, że decyzja organu pierwszej instancji doręczona za pośrednictwem poczty nie wywołała żadnych skutków. W konsekwencji wniesione odwołanie powinno zostać uznane przez Wojewodę za

niedopuszczalne, a jego merytoryczne rozpoznanie skutkuje wydaniem decyzji z rażącym naruszeniem przepisu art. 138 § 1 pkt 1 kpa w związku z art. 39¹ § 1 kpa.

NSA nie tylko nie podzielił stanowiska spółki prezentowanego w skardze kasacyjnej, ale również nie zgodził się z argumentacją WSA w Gdańsku. NSA wyraził odmienny pogląd co do obowiązku prowadzenia przez organ administracji publicznej korespondencji drogą elektroniczną, w przypadku gdy z takim żądaniem wystąpi strona postępowania. Zdaniem NSA przyjąć należy, iż w opisanej sytuacji nie mamy do czynienia z naruszeniem prawa. Sąd powołując się na brzmienie art. 14 § 1, art. 39, art. 39¹ § 1, 107 § 1, 109 § 1 kpa oraz art. 3 pkt 2 ustawy o podpisie elektronicznym²⁵⁵ stwierdził, że ustawodawca wyznaczył ściśle ramy wykorzystania przez organ administracji środków komunikacji elektronicznej do doręczania stronom pism (w tym także decyzji administracyjnych) w formie dokumentów elektronicznych. Jednocześnie podkreślił, że skorzystanie z takiego rodzaju doręczeń jest uzależnione od możliwości technicznych posiadanych przez organ administracji. Zatem organ administracji, który nie posiada możliwości technicznych pozwalających na skuteczne doręczenie decyzji w formie dokumentu elektronicznego, stosownie do art. 109 § 1 kpa, zobowiązany jest do doręczenia decyzji na piśmie. W związku z tym należało pozytywnie ocenić działanie organu, który w omawianej sytuacji skorzystał z takiej możliwości i przesłał korespondencję drogą pocztową. Ponadto umieszczenie przez spółkę w zgłoszeniu obok adresu poczty elektronicznej, również tradycyjnego adresu umożliwiało dokonanie doręczenia decyzji za pokwitowaniem przez operatora pocztowego.

Ustosunkowując się do rozważań poczynionych w omawianym przypadku przez NSA, w mojej ocenie brzmienie art. 109 § 1 kpa, zgodnie z którym decyzje doręcza się stronom na piśmie lub za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w żaden sposób nie pozwala na przyjęcie prezentowanego stanowiska. Wykładnia przywołanego przepisu nie przemawia bowiem za słuszością tezy o możliwości pominięcia wniosku strony o doręczanie korespondencji za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Taki wniosek jest wiążący i niezależny od technicznych możliwości organów administracji publicznej.

Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniem, że samo zgłoszenie przez stronę żądania doręczenia decyzji w formie dokumentu elektronicznego nie uzasadnia przyjęcia, że tylko w takiej formie dopuszczalne było doręczenie decyzji o sprzeciwie. Ponadto nie znajduje uzasadnienia

²⁵⁵ Zgodnie z 3 pkt 2 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2013 r., poz. 262, z późn. zm.) bezpieczny podpis elektroniczny to podpis elektroniczny, który spełnia następujące warunki: a) jest przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej ten podpis, b) jest sporządzany za pomocą bezpiecznych urządzeń i danych służących do składania podpisu elektronicznego, podlegających wyłącznej kontroli osoby składającej podpis elektroniczny, c) jest powiązany z danymi, do których został dołączony, w taki sposób, że jakakolwiek późniejsza zmiana tych danych jest rozpoznawalna.

argumentacja NSA zgodnie, z którą w przypadku gdy organ administracji nie posiadał możliwości technicznych pozwalających na realizację takiego wniosku, doręczenie decyzji drogą pocztową było jedyną prawnie dopuszczalną formą.

Na pełną aprobatę zasługuje natomiast stanowisko NSA w odniesieniu do zarzutów spółki w których wskazano, iż nawet jeżeli organy obu instancji uznały, że doręczenie pism w drodze elektronicznej jest niemożliwe, to powinny wydać w tej kwestii postanowienie. Takie rozstrzygnięcie - w ocenie spółki - miało czynić zadość dyrektywie zawartej w art. 9 kpa i zapewnić należyte i wyczerpujące poinformowanie o okolicznościach faktycznych i prawnych sprawy. NSA ustosunkowując się do podniesionych przez spółkę zarzutów jednoznacznie stwierdził, że nie ma podstawy prawnej pozwalającej na wydanie postanowienia o niemożności doręczenia decyzji w formie elektronicznej.

Na marginesie należy wskazać na odmienne stanowisko wyrażone przez P. Wajda, który powołując się na R. Kędziórę podaje, że: „organ odmawia doręczenia pism w sposób określony w art. 39¹ kpa wyłącznie wówczas, gdy wystąpią obiektywne okoliczności uniemożliwiające mu doręczenie za pomocą środków komunikacji elektronicznej. W sytuacji, gdy organ uznaje, iż doręczenie pism drogą elektroniczną w danej sprawie nie jest możliwe, powinien orzec w tej kwestii w drodze postanowienia, na które nie służy zażalenie”²⁵⁶. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że wyżej przywołany pogląd R. Kędziory został wyrażony na tle poprzedniego stanu prawnego, tj. przed wejściem w życie nowelizacji z 2010 r. Wówczas od organu administracji publicznej zależało, w jaki sposób będzie prowadzona korespondencja w danej sprawie. Dyspozycja art. 39¹ kpa jednoznacznie przesądzała o tym, że organ nie miał obowiązku zastosować się do wniosku strony w zakresie formy komunikacji. Obecnie ustawodawca odmiennie uregulował tę kwestię wprowadzając obligatoryjność uwzględnienia takiego żądania. W świetle przytoczonych rozważań nie ma obecnie podstaw do wydania postanowienia w przedmiocie odmowy prowadzenia korespondencji za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

W związku z powyższym, w mojej ocenie wskazane stanowisko NSA nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego. Nie sposób zgodzić się z przedstawioną argumentacją zakładającą, że w przypadku zawnioskowania przez stronę lub uczestnika postępowania o doręczanie korespondencji drogą elektroniczną - zgłoszone w sprawie wszczętej po nowelizacji kpa z 2010 r. - organ może taki wniosek pominąć powołując się na brak możliwości technicznych.

²⁵⁶ P. Wajda, *Komentarz do art. 39¹ Kodeksu postępowania administracyjnego*, w: *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, pod red. M. Wierzbowski, wyd. 13, Legalis, Warszawa 2014 oraz P. Wajda, *Komentarz do art. 39¹ Kodeksu postępowania administracyjnego*, w: *Kodeks postępowania administracyjnego, Komentarz*, pod red. R. Hauser, wyd. 1, Legalis, Warszawa 2014.

Niemniej jednak należałoby zastanowić się nad skutkami prawnymi doręczenia w przypadku, gdy strona co prawda w prawidłowy sposób wnioskuję o doręczanie korespondencji drogą elektroniczną, ale odbiera korespondencję od organu, który nie uwzględnił jej wniosku i dokonuje doręczenia drogą tradycyjną.

W ocenie G. Sibiga decyzja zostaje skutecznie doręczona, pomimo niezgodności z żądaniem strony, jednakże jedynie pod warunkiem, że strona sama takie pismo przyjmie²⁵⁷. Podobną argumentację zaprezentował WSA w Gdańsku w drugiej z analizowanych spraw. Zupełnie odmiennie wypowiedział się natomiast NSA, który w pierwszym z omawianych rozstrzygnięć odrzucił w takiej sytuacji skargę kasacyjną stwierdzając, że doręczenie było nieskuteczne i nie wywołało skutku prawnego w postaci rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia skargi do WSA w Warszawie.

Odnosząc się do powyższej argumentacji uważam, że podmioty które wnioskują o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej powinny w przypadku dokonania obioru przesyłki dostarczonej w tradycyjnej formie (zgodnie z art. 39 kpa) złożyć tzw. środek zwalczania bezczynności przysługujący im na podstawie art. 37 kpa tj. zażalenie albo wezwanie do usunięcia naruszenia prawa w zależności od organu, który nie uwzględnił złożonego żądania. Postulat ten znajduje uzasadnienie w treści wyroku wydanego przez WSA w Poznaniu, który stwierdził, że to na organie administracji publicznej (w tym przypadku Wójt Gminy i Miasta w C.) spoczywa obowiązek zapewnienia prawidłowego funkcjonowania narzędzi technicznych umożliwiających prowadzenie korespondencji z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej. W przypadku jakiegokolwiek zaniedbania ze strony organu, w tym zakresie strona ma prawo wnieść jeden z przysługujących jej środków, o których mowa w art. 37 kpa²⁵⁸.

Podsumowując rozważania dotyczące problematyki tzw. elektronicznego postępowania administracyjnego należy podkreślić, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów kpa organy administracji publicznej są zobligowane uwzględnić wniosek o doręczanie korespondencji z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej składany przez strony i uczestników postępowania administracyjnego. Analizowany przeze mnie przepis art. 39¹ § 1 pkt 2 kpa wprowadza regułę, na podstawie której doręczanie pism następuje za pomocą środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, jeżeli strona lub inny uczestnik postępowania m. in. wystąpi do organu administracji publicznej o takie doręczenie i wskaże

²⁵⁷G. Sibiga [cyt. w: M. Gardziński, *Wadliwie doręczoną decyzję wolno zaskarżyć*], <http://prawo.rp.pl/artukul/933182.html>

²⁵⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 9 października 2014 r., <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7AF357C3B0>. W jego uzasadnieniu stwierdzono: „Fakt nieprawidłowości w działaniu platformy nie może prowadzić do uznania, że wniosek wpłynął do organu w innym dniu. To obowiązkiem organu, a nie obywatela jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania skrzynki odbiorczej. Fakt wygenerowania Urzędowego Poświadczenia Odbioru jest potwierdzeniem skuteczności doręczenia korespondencji do organu. Natomiast dalsze losy tej korespondencji obciążają organ, a nie obywatela”.

organowi administracji publicznej adres elektroniczny. Takie wystąpienie, jak wynika jednoznacznie z treści przywołanego przepisu, ma charakter wiążący i to bez względu na możliwości techniczne organu, do którego został skierowany. Przyjęta wykładnia znajduje także swoje odzwierciedlenie w podstawowych zasadach postępowania administracyjnego, tj. w szczególności w zasadzie legalności działania organów administracji publicznej oraz zasadzie pogłębionego zaufania obywateli do organów administracji publicznej. Także mając na uwadze tendencje europejskie należy podkreślić, że jednym z głównych zamierzeń organów Unii Europejskiej jest stworzenie możliwości przeprowadzenia postępowań administracyjnych w poszczególnych państwach członkowskich UE z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej. Wyrazem tego dążenia jest w szczególności dyrektywa 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym²⁵⁹.

Wnioski płynące z analizy przedstawionych przeze mnie rozstrzygnięć sądów administracyjnych pozwalają na stwierdzenie, że tematyka elektronicznych doręczeń staje się coraz częściej przedmiotem zainteresowania nie tylko ze strony organów administracji publicznej, ale także organów wymiaru sprawiedliwości. W przypadku wydania przez NSA kolejnych odmiennych rozstrzygnięć w zakresie dotyczącym skutków prawnych doręczeń dokonanych przez organy administracji publicznej w formie tradycyjnej z pominięciem wniosku o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej, jak również możliwości nieuwzględniania przez organy tego rodzaju wniosków z powołaniem się na przeszkody techniczne, zasadnym wydaje się wówczas podjęcie przez NSA stosownej uchwały wyjaśniającej analizowane przeze mnie przepisy prawa, których stosownie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych.

²⁵⁹ Zgodnie z motywem 52 dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym stworzenie, w stosunkowo nieodległej przyszłości, elektronicznych sposobów dopełniania procedur i formalności będzie niezmiernie ważne dla uproszczenia procedur administracyjnych w zakresie działalności usługowej, z korzyścią dla usługodawców, usługobiorców oraz właściwych organów. W celu wypełnienia tego obowiązku, konieczna może być zmiana ustawodawstwa krajowego i innych przepisów mających zastosowanie do usług. Obowiązek ten nie powinien wykluczać udostępniania przez państwa członkowskie innych, obok wykorzystania środków elektronicznych, sposobów dopełniania tych procedur i formalności. Fakt, że należy umożliwić dopełnienie takich procedur i formalności na odległość oznacza przede wszystkim, że państwa członkowskie muszą zapewnić możliwości ich przeprowadzenia między państwami. Ten obowiązek nie obejmuje procedur lub formalności, które ze względu na ich charakter nie mogą zostać przeprowadzone na odległość. Ponadto nie narusza to przepisów państw członkowskich dotyczących stosowania języków. Dz. U. UE. L. 376 z 27 grudnia 2006 r., str. 36

O autorze

Lucyna Łuczak-Noworolnik jest doktorantką w Katedrze Postępowania Administracyjnego i Sądowoadministracyjnego na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Jej zainteresowania naukowe obejmują e-administrację, e-wymiar sprawiedliwości oraz e-zdrowie ze szczególnym uwzględnieniem informatyzacji postępowania administracyjnego i sądowoadministracyjnego. Od 2014 r. wykonuje zawód radcy prawnego.

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki elektronicznej postępowania administracyjnego ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień związanych z elektronicznymi doręczeniami. W związku z wprowadzeniem zmian do Kodeksu postępowania administracyjnego umożliwiających wszczęcie i przeprowadzenie postępowania administracyjnego drogą elektroniczną coraz częściej pod rozstrzygnięcie Naczelnego Sądu Administracyjnego, poddawane są sprawy dotyczące analizowanej tematyki. W artykule przedstawiono dwa orzeczenia wydane przez NSA, w których dokonano zupełnie odmiennej wykładni przepisów K.p.a. dotyczących problematyki e-doręczeń.

Summary

The article concerns the problems of computerization of administrative procedure, with particular emphasis on issues related to electronic doręczeniami. In connection with the introduction of amendments to the Code of Administrative Procedure which allow the initiation and conduct of administrative proceedings electronically, more often the judgements of the Supreme Administrative Court concerning analyzed issues. The article presents two rulings issued by the Supreme Administrative Court, which made a completely different interpretation of provisions of the Code of Administrative Procedure relating to e-delivery.

Sposoby poznania relacji przyczynowych w ekonomii. Argument na rzecz sceptycyzmu

Mariusz Maziarz

Jednym z problemów, którym współcześnie zajmują się filozofowie ekonomii, jest określenie czy przedmiotem poznania ekonomii powinno być wyłącznie badanie relacji przyczynowych, tj. wyjaśnianie zjawisk gospodarczych w kategoriach praw nauki, czy raczej rozumienie i rekonstrukcja motywów działania aktorów społecznych. W artykule próbuję odpowiedzieć na pytanie, czy pierwszy z powyższych sposobów badania i poznania zjawisk gospodarczych jest możliwy. Analizuję trzy podstawowe sposoby inferencji praw przyczynowych: eksperymenty, modele oraz metody statystyczne, dochodząc do wniosku, iż jedynie wykorzystanie wyników wszystkich metod może prowadzić do prawdopodobnych teorii opisujących zależności przyczynowe pomiędzy zjawiskami ekonomicznymi. Jednakże, ze względu na fallibilizm każdej z powyższych metod, pewna doza sceptycyzmu jest niezbędna.

Przyczynowość jest jedną z podstawowych kategorii nauki. Już Arystoteles²⁶⁰ ponad dwa tysiące lat temu pisał: „Wszystko co się porusza, jest poruszone przez coś.” To zdanie jest prawdziwe na dwa sposoby, mając na myśli dwa rodzaje przyczyn: celowe oraz sprawcze. Pomimo poglądów Karola Marksa, który uważał, iż ekonomiści powinni analizować przyczyny celowe, współczesne nauki ściśle, do jakiego miana ekonomia aspiruje, zajmują się badaniem przyczyn sprawczych.

Dzisiejsze podejście nauk do przyczynowości zawdzięczamy Galileuszowi. Jak podaje Jessica Wilson²⁶¹ (2005) w tekście poświęconym historii postrzegania przyczynowości: *Teoria fizyczna Galileusza dotycząca spadających ciał zapoczątkowała inne podejście do naukowego rozumienia na czym polega determinacja, jak pewne mierzalne wartości są skorelowane funkcjonalnie ('jak' rzeczy lub kinematyka), są przyczynkiem do determinowania mechanizmu przyczynowego odpowiedzialnego za te korelacje ('dlaczego' rzeczy lub dynamika).*^{*} To właśnie naukowcowi z Pizy zawdzięczamy ujęcie przyczynowości w formie matematycznej oraz innowacyjny - w stosunku do jemu

²⁶⁰ Arystoteles, *Introductory Reading*, tłum. Irwin T. I., Fine G., Cambridge 2009, s. 5.

²⁶¹ J. Wilson, 2005, *Causality* [w:] *The Philosophy of Science: An Encyclopedia*. Routledge.

^{*} Ang. *Galileo's account of the physics of falling bodies initiated a different approach to scientific understanding, on which this was a matter of determining how certain measurable quantities are functionally correlated (the "how" of things, or the kinematics), as purposed to determining the causal mechanisms responsible for these correlations (the "why" of things, or the dynamics).*

współczesnych - pogląd, iż twierdzenia formułowane odnośnie przyczynowości mogą mieć charakter naukowy.

Niestety, współczesna ekonomia, ze względu na cechy przedmiotu badania, nie może tak owocnie jak Galileusz stosować doświadczeń. Tym problemem zajmuję się w pierwszej części pracy. Następnie rozważam sposoby poznania relacji pomiędzy przyczyną i skutkiem poprzez analizę modeli teoretycznych. W przypadku badania zjawisk, które nie są wystarczająco dobrze rozumiane i opisane przez teorie, ekonomiści posługują się metodami ekonometrycznymi, które pozwalają na inferencję relacji przyczynowych bez odwoływania się do teorii, na podstawie analizy związków pomiędzy zmiennymi opisującymi badany fenomen. Również ten sposób poznania przyczynowego nie jest wolny od wad i często prowadzi do kuriozalnych lub sprzecznych wyników, co ilustruję analizą dwóch przypadków. W zakończeniu podsumowuję przedstawioną argumentację oraz formułuję wnioski.

O niemożliwości przeprowadzania eksperymentów (makro-) ekonomicznych

Kevin Hoover²⁶² określa doświadczenie jako poszukiwanie przyczyn - kolejne przybliżenia umożliwiają stwierdzenie, które relacje są istotne, lub – które elementy oddziałują między sobą. Podstawową cechą wyróżniającą eksperyment od obserwacji jest działanie naukowca, który izoluje badane zjawisko od wpływu czynników zewnętrznych²⁶³.

Ekonomia - lub szerzej: wszystkie nauki społeczne - znajdują się w znacznie gorszym położeniu niż – dla przykładu – fizyka, chemia i biologia, których przedmiotem badań jest materia, gdyż – po pierwsze – wiele z przypuszczalnych determinant jest informacją, nie czymś fizycznym. Po drugie, ludzkie zachowania są często kierowane emocjami, przez co wykazują pewną dozę niezdeterminowania. Dla przykładu, ta sama osoba może zachować się w inny sposób w dokładnie takiej samej sytuacji w zależności od nastroju. Rzeczywistość gospodarcza rodzi problemy w próbach empirycznej weryfikacji zależności postulowanych przez teorie. Doświadczenia fizyczne opierają swój sukces na możliwości izolacji wybranych czynników, natomiast odseparowanie tych informacji, które prawdopodobnie wpływają na decyzje aktorów ekonomicznych, jest utrudnione lub niemożliwe.

Spośród niewielu teorii ekonomicznych, które powstały poprzez generalizację wyników doświadczeń, największy sukces odniosła teoria perspektywy. Zgodnie z uzyskanymi wynikami, w przeciwieństwie do twierdzeń hipotezy racjonalnych oczekiwań, ludzie, podejmując decyzje w sytuacji ryzyka, nie opierają się na wartości oczekiwanej, lecz wartościach możliwych strat i

²⁶² K. Hoover, *Economic Theory and Causal Inference* [w:] U. Maki, *Philosophy of Economics*, Oxford 2012, str. 89-113.

²⁶³ Z. Roskal, *Eksperyment MacDougalla w epistemicznym układzie odniesienia naturalizmu*, P. Bylica, K. Kiljan, R. Piotrowski, D. Sagan, *Filozofia – nauka – religia*, Zielona Góra, 2015, s. 165-172.

zysków²⁶⁴. Ryzyko w teorii ekonomii jest definiowane jako losowość o znanym rozkładzie prawdopodobieństwa i znanych wypłatach, co przypomina gry w kasynie. Sytuacje prawdziwego życia – gdzie generator losowości jest nieznany – lepiej oddaje pojęcie niepewności, które Frank Knight wyjaśnił w następujący sposób²⁶⁵: *Praktyczna różnica między dwiema kategoriami – ryzykiem i niepewnością, jest taka, że w pierwszym przypadku dystrybucja wyników w grupie możliwych wyborów jest znana (...), kiedy to w przypadku niepewności powyższe nie jest prawdziwe.**

Wyniki ankiet i badań symulacyjnych prowadzonych przez psychologa z Princeton i pioniera kognitywistyki na studentach doprowadziły do wniosku, iż ludzie nie zachowują się w sposób postulowany przez *Homo oeconomicus* - przynajmniej w sytuacjach braku pewności. Wnioski z badań są interesujące z dwóch powodów: po pierwsze doświadczenia empirycznie weryfikują ludzką racjonalność w sytuacji ryzyka, oraz, co bardziej interesujące z punktu widzenia problemu poznania zależności przyczynowych, teoria perspektywy to jedna z nielicznych teorii ekonomicznych, która swój początek ma w danych empirycznych, nie zaś aksjomatach. Zastosowanie w teorii perspektywy wnioskowania indukcyjnego powoduje, iż konkluzje nie mogą zostać wyrażone językiem wyższej matematyki, jak w przypadku teorii makroekonomicznych, co jest częstym zarzutem wobec teorii opisującej niewłaściwe postrzeganie ryzyka przez ludzi.

Badacze zależności makroekonomicznych znajdują się w gorszym położeniu pod względem możliwości przeprowadzania doświadczeń niż naukowcy zajmujący się wyborami podejmowanymi przez pojedynczych aktorów ekonomicznych. Ze względu na posługiwanie się wartościami zagregowanymi dla całej gospodarki, makroekonomiści nie mają możliwości empirycznego dochowania warunku *ceteris paribus*. Nie istnieje praktyczny sposób, by móc wyizolować wpływ na gospodarkę, jaki wywrze *wyłącznie* - dla przykładu - zwiększenie podaży pieniądza, lub wzrost cen ropy naftowej, lub zwiększenie skłonności do oszczędzania itd..

Pomimo braku możliwości izolacji wpływu pojedynczego czynnika na działanie gospodarki, politycy gospodarczy wielokrotnie testowali hipotezy wysuwane na podstawie teorii makroekonomicznych na żywym organizmie ekonomii. Zwykle takie doświadczenia były przeprowadzane w chwilach recesji, gdy wiara w samoregulację rynków słabła nawet u neoklasyków. Jednym z pierwszych w historii eksperymentów był interwencjonizm związany z myślą Keynesa, który pomógł uporać się ze skutkami Wielkiego Kryzysu. Podobne osłabienie wiary w niewidzialną rękę rynku miało miejsce w czasie globalnej recesji spowodowanej pęknięciem bańki spekulacyjnej

²⁶⁴ D. Kahneman, A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, „Econometrica”, tom 47, nr 2, str. 263-292.

²⁶⁵ F. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, New York 1921 (2005), s. 233.

* Ang.: *The practical difference between two categories, risk and uncertainty, is that in the former the distribution of the outcome in a group of instances is known (...), while in the case of uncertainty this is not true.*

na rynku nieruchomości w Stanach Zjednoczonych, kiedy to banki centralne i rządy rozwiniętych państw zdecydowały się na zwiększenie bazy monetarnej w celu pobudzenia popytu. Powyższe działania rządów, z punktu widzenia epistemologii, są dobrą implementacją definicji przyczynowości rozumianej przez Jamesa Woodwarda²⁶⁶ - profesora historii i filozofa nauki na Uniwersytecie w Pittsburghu - jako możliwość wpływania na pewne obiekty przez zmiany wartości innych czynników, ang. *manipulability account of causality*.

Zgodnie z teoriami manipulacjonistycznymi (ang. Manipulationist Theories of Causation), za przyczynę zdarzenia X można uznać ten czynnik, którego zmiana spowodowała wystąpienie X²⁶⁷. Powyższe rozumienie przyczynowości jest skutecznie wykorzystywane w medycynie. Lekarze często muszą odpowiedzieć na pytanie, czy pewna terapia jest skuteczna lub nie. Jak sformułował to amerykański ekonomista i matematyk, laureat nagrody im. A. Nobla w dziedzinie ekonomii - James Heckman²⁶⁸: *Przykładem może być stan zdrowia związany z braniem lub nie pewnego leku. Przyczynowe porównanie wymaga, by różnice w możliwych stanach zostały zdefiniowane tak, że wyłącznie obecność lub nieobecność leku różnicuje wyniki. Osoba otrzymująca lek jest taka sama jak osoba, która go nie dostaje, z wyjątkiem statusu leczenia i – być może – wyniku połączonego z leczeniem. Problem inferencji przyczynowej to ocena czy manipulacja leczeniem, przy wszystkich pozostałych czynnikach stałych, wpływa na wyniki.**

Powyższy przykład badania wpływu przyjmowania leku na stan zdrowia przypomina często stosowane w ekonomii zastrzeżenie, iż prawo obowiązuje *przy innych warunkach niezmiennych (ceteris paribus)*. Jak ujął to Alfred Marshall, jeden z ojców ekonomii i twórca podejścia marginalistycznego²⁶⁹: *Efekt przyczynowy jest zmianą ceteris paribus wyników dla agenta pomiędzy stanami s i s'.*** Niestety, w ekonomii (a zwłaszcza w makroekonomii) nie ma możliwości prowadzenia powtarzalnych eksperymentów, gdzie zmieniałby się tylko jeden czynnik, ponieważ izolacja badanych zjawisk jest niemożliwa.

²⁶⁶ J. Woodward, *Making Things Happen*, Oxford 2003.

²⁶⁷ J. Pearl, *Causality: Models, Reasoning and Inference*, „Economic Theory”, nr 19, str. 675-685.

²⁶⁸ J. Heckman, *Econometric Causality*, „NBER Working Paper”, nr 13934, New York 2008.

* Ang.: *An example would be the health outcomes for a person associated with taking or not taking a drug. Causal comparisons entail contrasts between outcomes in possible states defined so that only the presence or absence of the drug varies across the states. The person receiving the drug is the same as the person who does not, except for treatment status and, possibly, the outcome associated with treatment status. The problem of causal inference is to assess whether manipulation of the treatment, holding all other factor constant, affects outcomes.*

²⁶⁹ A. Marshall, *Principles of Economy*, 1890, <http://www.econlib.org/library/Marshall/marP.html>, 14.04.2013.

** Ang. The causal effect is the ceteris paribus change of outcomes for an agent across states s and s'.

Modele teoretyczne

W związku z takimi trudnościami, naukowcy muszą posługiwać się obrazami rzeczywistości. Są nimi modele - konstrukty umysłowe, które umożliwiają *deduktywne manipulowanie*²⁷⁰ rzeczywistością. Jak zauważa Nancy Cartwright²⁷¹: Intencją modeli jest opisywać zależności przyczynowe lub mechanizmy operujące w rzeczywistym świecie²⁷². Naukowcy tworzą modele w celu przedstawienia zależności pomiędzy zmiennymi. Ze względu na brak możliwości bezpośredniej - zmysłowej lub zdroworozsądkowej - analizy zależności przyczynowych w badanym, izolowanym fragmencie świata, wykorzystywane są modele, nazwane przez Roberta Lucasa²⁷³ sztucznymi systemami ekonomicznymi oraz laboratoriami, które umożliwiają przeprowadzanie doświadczeń, izolację wpływu poszczególnych determinant, co ma na celu opracowanie teorii o prawach rządzących fragmentem rzeczywistości. Uskali Maki²⁷⁴ ujął cel modelowania w następujący sposób: Epistemiczny punkt takiej aktywności jest taki, że cechy takich substytutów lub surogatywnych systemów są bezpośrednio sprawdzalne w celu zdobycia pośredniej wiedzy o cechach systemów, które reprezentują.*

Zgodnie z poglądem helsińskiego profesora filozofii, można zrównać ze sobą wnioski płynące z eksperymentów przeprowadzanych w laboratoriach oraz tych istniejących jedynie w umyśle. Zgodnie z argumentacją zawartą w *Modele to eksperymenty, eksperymenty to modele*²⁷⁵, zalety eksperymentów myślowych: możliwość nieograniczonej izolacji na podstawie aksjomatów, niesprzeczność z wartościami etycznymi (np. badania medyczne mogłyby wymagać doświadczeń na zwierzętach), niższe koszty oraz funkcjonalność epistemiczna (przyczynowość w rzeczywistych systemach nie jest poznawalna bezpośrednio) powodują, iż są one lepszym laboratorium dla nauki niż te rzeczywiste. Ponadto modelowanie umożliwia zwykle lepszą kontrolę warunków przeprowadzania eksperymentu - lepszą izolację wybranych czynników, co teoretycznie może przybliżać poznanie przyczyn rządzących wybranym aspektem rzeczywistości.

Ostatnia z zalet eksperymentów myślowych nad materialnymi (rzeczywistymi) jest szczególnie podkreślana przez ekonomistów. Autor argumentu przemawiającego za brakiem możliwości przewidywania w ekonomii - nazwanego później krytyką Lucasa - podkreśla, że jest

²⁷⁰ F. Massoud i in. *Principles and philosophy of modeling in biomedical research*, „FASEB J”, tom 12, nr 3, 1998, str. 275-285.

²⁷¹ N. Cartwright, *In favour of laws that are not ceteris paribus after all*, „Erkenntnis”, tom 57, nr 3, str. 425-439.

²⁷² Ang. *Models are intended to describe causal processes or mechanisms operating in the real world*.

²⁷³ R. Lucas, *Methods and problems in business cycle theory*, „Journal of Money, Credit and Banking”, tom 12, 1980, str. 685-703.

²⁷⁴ U. Maki, *Models are experiments, experiments are models*, „Journal of Economic Methodology”, tom 12, nr 2, 2005, str. 303-315.

* Ang. *The epistemic point of such activity is that that the properties and of such substitute or surrogate systems are directly examined in order to indirectly acquire information about the properties of the systems they represents*.

²⁷⁵ Ibid.

szczególnie istotne, by sztuczna, modelowa ekonomia była *odróżniona najostrzej jak to tylko możliwe od rzeczywistej gospodarki*²⁷⁶. Dodaje on, iż gdyby model reagował na zmiany w polityce gospodarczej dokładnie tak, jak prawdziwe rynki, teoria nie byłaby używana efektywnie w celu określenia, które zależności są prawdziwe. Podobny punkt widzenia prezentuje Allan Gibbard i Hal Varian²⁷⁷ (1978): Celem rozważań przyczynowych jest wytłumaczenie aspektów - lub związków - świata, które mogą być zauważone; bez technik pomiarów. W niektórych przypadkach, jeden z aspektów świata (...) jest zauważony i pewne aspekty mikro-sytuacji są uznawane za eksplanans; model jest więc konstruowany by dostarczać wyjaśnienia.* Zgodnie z ich poglądem, modele ekonomiczne, tworzone w celu przedstawienia lub odkrycia zależności przyczynowych, nie muszą być tak wierne rzeczywistości jak estymowane modele ekonometryczne, których celem jest przewidywanie lub opisywanie działania rzeczywistych rynków.

Z wykorzystaniem modeli teoretycznych (w odróżnieniu od estymowanych metodami ekonometrycznymi modeli empirycznych) wiąże się problem realistyczności aksjomatów oraz stopnia generalizacji. Należy zwrócić uwagę na dychotomię pomiędzy wiernością odwzorowania konkretnej sytuacji a możliwością generalizacji wyników. Z jednej strony optuje się za jak najwierniejszym oddaniem rzeczywistości, argumentując, iż gdyby ekonomiści tworzyli teorie o węższym zasięgu, mogliby używać aksjomatów bliższych rzeczywistości. Oponenci, między innymi cytowani powyżej Gibbard i Varian, wyrażają pogląd, iż każdy model jest w jakimś stopniu fałszywy, co nie umniejsza jego użyteczności. Ponadto zbytnia specyficzność powoduje dezaktualizację zaobserwowanych zależności ze względu na częściową zmienność rzeczywistości ekonomicznej. Jednym z warunków uznania zależności za przyczynową jest stałość. To właśnie ta cecha ma odróżniać ją od przypadkowej zależności korelacyjnej. Oznacza to, iż teorie, które się dezaktualizują, nie opisywały rzeczywistego świata. Dla przykładu, pozycje planet obliczone na podstawie teorii Ptolemeusza coraz bardziej różniły się od faktycznych pomiarów, co świadczy o tym, iż model matematyczny leżący u jej podstaw różnił się od rzeczywistego mechanizmu astronomicznego lub stosujący go naukowiec nie wziął pod uwagę wszystkich istotnych determinant.

Historia myśli ekonomicznej dostarcza wielu przykładów na poparcie tezy o niestałości zależności przyczynowych. Interwencjonizm Keynes'a, mimo iż sprawdził się w okresie po Wielkiej Depresji, w drugiej połowie XX wieku przyczynił się do rozwoju inflacji, nie zwiększając produktu

²⁷⁶ R. Lucas, *Methods and problems in business cycle theory*, „Journal of Money, Credit and Banking”, tom 12, 1980, str.685-703.

²⁷⁷ A. Gibbard, H. Varian, *Economic Models*, „The Journal of Philosophy”, tom 75, nr 11, 1978, 664-677.

* Ang. *The goal of casual application is to explain aspects of the world that can be noticed or conjectured without explicit techniques of measurement. In some cases, an aspect of the world (...) is noticed, and certain aspects of the micro-situation are thought perhaps to explain it; a model is then constructed to provide the explanation.*

krajowego. Również doktryny liberalne (lub neoklasyczne) miały swoje lepsze i gorsze okresy. Ilościowa teoria pieniądza, wiążąca popyt na pieniądz z kilkoma zmiennymi makroekonomicznymi, mimo triumfów na przestrzeni kilkudziesięciu lat, zaczęła być kwestionowana, gdy Japonia znalazła się w trwałej deflacji w latach 90. Wciąż zmieniające się zależności ekonomiczne dobrze podsumowuje Nancy Cartwright²⁷⁸: *Zależności wciąż się zmieniają, tak jak otoczenie modelowanej sytuacji. Mało rzeczy jest stałych tak długo, by umożliwić indukcję na podstawie trwałej zależności.**

Interesujący jest podział na modele pierwszorzędne (ang. primary) i drugorzędne (ang. secondary), który zaproponował Patrick Suppes²⁷⁹ z Uniwersytetu Stanforda. Pierwsze z nich - modelujące rzeczywistość - zgodnie z poglądem amerykańskiego filozofa nauki - nie istnieją. W nauce mamy jedynie do czynienia z modelami drugiego typu, które modelują eksperyment, wycinek rzeczywistości. Prawdziwość takiego założenia czyniłaby niemożliwą weryfikację modeli. Nie byłoby możliwe sprawdzenie ich zgodności z rzeczywistością. Taki pogląd jest wynikiem obserwacji, iż żadna z części świata nie jest tak prosta, by mogła być analizowana bez posłużenia się abstrakcją. Podobnie uważał twórca krytycznego realizmu, dominującego obecnie paradygmatu w filozofii ekonomii: teorie są jedynie idealizacjami pewnych aspektów rzeczywistości i mogą być empirycznie weryfikowane jedynie poprzez eksperyment, nie zaś obserwację rzeczywistego świata, ponieważ jego otwartość (nieskończona liczba czynników wpływających na obserwowane zjawisko) powoduje niemożność weryfikacji hipotezy o istnieniu relacji przyczynowej²⁸⁰.

Implikacją poglądu Suppes'a oraz przyjęcia realizmu naukowego jest zdanie, iż przyczynowość może być badana jedynie w środowisku laboratoryjnym, gdzie przeprowadzany jest eksperyment lub jako własność dedukcyjna modelu. Podobny pogląd zdaje się wyrażać Fritz Machlup²⁸¹: *By zdefiniować to zdanie w inny sposób: jakkolwiek model zaprojektowany by prezentować (przedstawiać) zależność przyczynową między niezależną a zależną zmienną pod pewnymi warunkami, które muszą zawierać fundamentalne hipotezy i zestaw mniej fundamentalnych aksjomatów na różnych poziomach generalizacji lub specyficzności - muszą przedstawiać zmienną zależną jako logiczną konsekwencję wszystkich założeń zawartych w modelu. W związku z implikowaniem konkluzji przez owe założenia, nie można wahać się, rozważając całkowite zdeterminowanie wyników. Oczywiście, czy ten cały aparat z wejściami i zdeterminowanymi wyjściami*

²⁷⁸ N. Cartwright, *Ceteris Paribus Laws and Socio-economic machines*, „The Monist”, tom 78, nr 3, 1995, str. 276-294.

* Ang. *The mix is continually changing, so too is the background environment. Little is in place long enough for a regular pattern of associations to emerge that we could use as the basis for induction.*

²⁷⁹ P. Suppes, *A comparison of the meaning and uses of models in mathematics and the empirical sciences*, P. Suppes *Studies in the Methodology and Foundation of Science*, Reidel Publishing, 1969, str. 10-23.

²⁸⁰ R. Bhaskar, *A Realist Theory of Science*, London 2008.

²⁸¹ F. Machlup, *Situational Determinism in Economics*, „The British Journal for the Philosophy of Science”, tom 23, nr 3, 1974, str. 275-289.

może zostać zaaplikowany do wielu sytuacji w rzeczywistym świecie, czy też tylko do kilku lub żadnej, jest inną sprawą.

*Determinacja jest tylko teoretyczną konkluzją dedukowaną z aksjomatów. Nikt, mimo to, nie może być pewny, czy aparat, zmienne niezależne i wyjściowe będą dopasowane do czegokolwiek w rzeczywistym świecie i w związku z tym satysfakcjonująco wytłumaczą i w przybliżeniu przewidzą obserwowalne wyniki koniunkcji zdarzeń i warunków występujących w rzeczywistości. Więc możliwość aplikacji modelu z jego zdeterminowanymi konkluzjami jest zawsze otwartym pytaniem; nigdy nie jest pewna.**

Wiedeński ekonomista w powyższym fragmencie zdaje się przekonywać, iż należy odróżnić badanie zależności przyczynowych postulowanych przez model od rozważań na temat zgodności intelektualnego laboratorium z rzeczywistym światem. Podobnie jak istnieje możliwość przeprowadzenia doświadczenia w warunkach, które nie odpowiadają zdroworozsądkowej rzeczywistości, tak zależności przyczynowe są jedynie zdaniem dedukowanymi z aksjomatów na podstawie praw logiki. Aplikowalność tych wniosków, zgodność rozumu z rzeczywistością, jest odrębnym problemem.

Istnieją dwie możliwe interpretacje problemu określenia stosunku modelu do rzeczywistości. Pierwsza możliwość to interpretacja - nazwijmy ją - subiektywna, postulująca zależność formy modelu od naukowca oraz utożsamiająca model z eksperymentem myślowym²⁸²: Model to inwencja, nie odkrycie. Można jedynie udowodnić, że to właściwy opis^{**}.

Subiektywizm, niemożność weryfikacji w postrzeganiu problemu stosunku rozumu do rzeczywistości wydaje się być bliski ekonomistom²⁸³. Należy zwrócić uwagę, iż taka, postmodernistyczna, antyrealistyczna (w sensie postulowania wiedzy o zewnętrznym świecie) interpretacja „co by się stało, gdyby to i to było prawdziwe”, odmawia wiedzy o rzeczywistym

* Ang. *To put this statement in a slightly different form, any model designed to present (exhibit) a causal connection between an independent variable and a dependent variable under given conditions-conditions which may include fundamental hypotheses and a set of less fundamental assumptions on various levels of generality or specificity-must display the dependent variable as a logical consequence of all the premises in the model. Since these premises imply the conclusion, there can be no doubt about the complete determinateness of the result. Of course, whether this whole apparatus with its input and its determinate output applies to many situations of the real world, or to only a few, or to none at all, is a different matter. Determinate is only the theoretical conclusion inferred from the premises. Nobody, however, can be certain whether the apparatus, the input, and the output will fit anything in the real world and will thus satisfactorily explain and approximately predict some observable outcome of the conjunction of an observed event with actual conditions prevailing in reality. Thus, the applicability of the model with its determinate conclusion is always open to question; it is never certain (...).*

²⁸² L. Fregel, *Biotechnology: Concepts and Applications*, Englewood Cliffs 1963.

^{**} Ang. *Model is an invention, not a discovery. It may be prove to be a valid description.*

²⁸³ A. Gibbard, H. Varian, *Economic Models*, „The Journal of Philosophy”, tom 75, nr 11, 1978, 664-677; R. Lucas, *Methods and problems in business cycle theory*, „Journal of Money, Credit and Banking”, tom 12, 1980, str.685-703; F. Machlup, *Situational Determinism in Economics*, „The British Journal for the Philosophy of Science”, tom 23, nr 3, 1974, str. 275-289.

świecie. Uskali Maki²⁸⁴ określił ją pytaniem: *Czy ekonomia jest darzoną respektem i użyteczną dyscypliną zorientowaną na rzeczywistość, czy tylko wyimaginowanymi modelami - zabawkami?**

Drugą interpretację zależności między modelem i rzeczywistością proponuje m. in. Jamie Pringle²⁸⁵. Może zostać ona określona jako zgodność z (rzeczywistym, laboratoryjnym) eksperymentem. Oznacza to, iż takie same warunki początkowe w laboratorium oraz wartości zmiennych egzogenicznych (determinant), powinny prowadzić do identycznych (lub podobnych w przypadku jedynie prawdopodobienia modelu) wyników. Definiowanie prawdziwości modelu przez analogię, pomimo że przypomina klasyczną definicję prawdy - jako odwzorowania rzeczywistości - jest jednak bardziej owocna. Filozofowie przez ponad dwa millenia rozważali w jaki sposób zdanie: „Śnieg pada.” odwzorowuje w umyśle owy stan pogody, który istnieje w rzeczywistości - poza umysłem, jak również za oknem.

Mimo iż dyskusja wciąż jest otwarta, można stwierdzić, że kwestia odwzorowywania rzeczywistości przez pojedyncze zdania jest trudna do wytłumaczenia. W przypadku definiowania prawdziwości modeli przez odwzorowanie rzeczywistości w intelekcie, zgodność z intelektem - jak nazywał tę relację Akwinata²⁸⁶, jest łatwiejsza do stwierdzenia i uzasadnienia. Zasadne jest twierdzić, iż modele matematyczne, których struktury są podobne do zależności przyczynowych istniejących w rzeczywistości, będą dawać takie same wyniki w przypadku takich samych zmiennych egzogenicznych. W przypadku wzorów matematycznych, które odzwierciedlają strukturę przyczynową rzeczywistego fragmentu świata, można oczekiwać takich samych przekształceń wartości zmiennych egzogenicznych. Podobieństwo struktur algebraicznych lub językowych do tego, co dzieje się w laboratorium zostało ujęte następująco:²⁸⁷ *Główna myśl analogii może być zdefiniowana w następujący sposób: jeśli dwa różne fenomeny A i B zostały opisane przez te same wzory matematyczne, takie same konkluzje mogą zostać wyciągnięte o fenomenie A, na podstawie studiowania fenomenu B.**

Mimo iż proces modelowania jest subiektywny - jak stwierdził Karl Popper²⁸⁸ (2012) – nie istnieje jednoznaczna droga od danych do modelu - porównanie wyników generowanych przez

²⁸⁴ U. Maki, *Preface*, [w:] U. Maki (red.) *Fact and Fiction in Economics: Models, Realism and Social Construction*, Cambridge 2002, str. XV-XVI.

* Ang. *Is economics a respectable and useful reality oriented discipline or just an imaginary toy models?*

²⁸⁵ J. Pringle, *Models of muscle*, „Models and Analogues in Biology. Symposium of the Society for Experimental Biology”, nr 14, str. 41-68, Academic Press, Nowy Jork.

²⁸⁶ Tomasz z Akwinu, *Kwestie dyskutowane o prawdzie*, A. Aduszkiewicz, J. Ruszczyński, L. Kuczyński (tłum.), Warszawa 1998.

²⁸⁷ F. Massoud i in. *Principles and philosophy of modeling in biomedical research*, „FASEB J”, tom 12, nr 3, 1998, str. 275-285.

* Ang.: *The eye of an analogy can be defined as follows: if two different phenomena A and B are described by the same mathematical formulas, the same conclusions can be drawn about the phenomena A by studying the phenomena B.*

²⁸⁸ K. Popper, *Wiedza obiektywna: ewolucyjna teoria epistemologiczna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2012.

wycinek rzeczywistości oraz model powinno umożliwić stwierdzenie istnienia relacji podobieństwa, tj. takiej samej struktury matematycznej, która, jeśli zachodzi, uprawomocnia do rozszerzenia wiarygodności wniosków dedukcyjnych z modelu na rzeczywistość. Oznacza to, że analiza zależności przyczynowych w ekonomii mogłaby zostać ograniczona do dedukcji opartych na modelach, które swoją strukturą odwzorowują realne doświadczenie. Takie same wyniki mogą być otrzymane przez podobne struktury matematyczne lub przyczynowe. Można to zilustrować problemem modelowania zależności funkcyjnej przy użyciu sieci neuronowej, która pod jednym względem przypomina rzeczywistość ekonomiczną. Mianowicie ma ona nieznaną strukturę czarnej skrzynki (ang. black box). W tym przypadku, po utworzeniu zbioru uczącego składającego się z argumentów i wartości funkcji: $(x, f(x))$ i optymalizacji modelu sieci neuronowej, otrzymane wyniki będą podobne. Pozwala to przypuszczać, iż przekształcenie na x , dające $f(x)$, realizowane przez sieć neuronową, jest zbliżone do tego wyrażonego bezpośrednio w języku matematyki.

Utożsamienie teorii ekonomicznych z wirtualnym eksperymentem na organizmie gospodarczym rodzi problem relacji rzeczywistości do modelu. Pesymiści odnośnie relacji przyczynowych powiedzieliby, że rzeczywistość ekonomiczna ciągle ewoluuje, co uniemożliwia stworzenie odpowiadającego jej modelu. Zakładając niezmiennosc praw przyczynowych (co postulował m. in. Herbert Simon), można wnioskować, iż trafne predykcje na podstawie pewnego modelu przemawiają za prawdziwością zależności przyczynowych w nim zawartych.

Z drugiej strony, biorąc pod uwagę postulowany przez Roy'a Bhaskara²⁸⁹ (2008) realizm naukowy, aktualnie wiodący paradygmat filozofii ekonomii, takie kryterium prawdziwości nie może być stosowane w praktyce. W przypadku gdy model nie zawiera wszystkich determinant badanego zjawiska, nawet w przypadku właściwego modelowania eksperymentu, użycie go do rzeczywistej sytuacji otwartego świata może przyczynić się do uzyskania prognoz niezgodnych z rzeczywistością. Zgodnie z poglądami głoszonymi przez powyższego profesora Uniwersytetu londyńskiego, model aplikowany nie do przewidzenia wyniku eksperymentu, lecz do rzeczywistego zjawiska, nie może dawać właściwych predykcji, ponieważ w otwartym świecie występuje zbyt wiele czynników zakłócających.

Naukowcy, pomimo ciągłej otwartości dyskusji filozoficznej o przyczynowości, budując swoje teorie, starają się zrozumieć właśnie związki przyczynowe, nie akcydentalne. Jednak nawet posiadanie modelu, który dobrze tłumaczy pewne zjawisko, czego przykładem może być II prawo Newtona, tj. z odpowiednim dla codziennego doświadczenia przybliżeniem opisuje zależność pomiędzy siłą, masą i przyspieszeniem, nie wystarcza do zrozumienia co jest przyczyną a co skutkiem.

²⁸⁹ R. Bhaskar, *A Realist Theory of Science*, London 2008.

Dla przykładu, poniższe równania są tożsamościami, istnieje możliwość przejścia od pierwszej formy zależności między siłą, masą a przyspieszeniem do drugiej wyłącznie za pomocą przekształceń algebraicznych:

$$(1) \quad a=f/m$$

$$(2) \quad f=ma$$

Świat fizyczny nie daje wskazówek, która z form równania jest właściwsza. Nie wiemy, czy to iloraz siły i masy determinuje przyspieszenie lub iloczyn przyspieszenia i masy wpływa na siłę. Bertrand Russel²⁹⁰ napisał, iż: *Przyczynowość jest reliktem ery, która przeminęła. Rzeczywistość nie preferuje jednego porządku relacji nad inny.**

Herbert Simon²⁹¹, który w pracy naukowej zajmował się teorią organizacji oraz ograniczoną racjonalnością podejmowanych decyzji, zaproponował rozwiązanie powyższego problemu przez użycie terminu „równania kierunkowe”, gdzie znak ‘=’ jest zastąpiony kierunkowym ‘<=’ znakiem implikacji logicznej, która oznacza tu: wpływa na, determinuje. Powyższa zasada została wprowadzona, by umożliwić analizę przyczynowości występujących w ekonomii na podstawie modeli strukturalnych. Interpretując drugą zasadę dynamiki Newtona w świetle propozycji Simona, można zapisać równania w taki sposób:

$$(3) \quad a<=f/m$$

$$(4) \quad f<=ma$$

Zgodnie z definicją równań kierunkowych zaproponowaną przez Herberta Simona, tylko jedna z równości może być prawdziwa, jednak na podstawie zarówno postaci równań jak też struktury rzeczywistości nie istnieje możliwość racjonalnego wyboru pomiędzy postacią (3) i (4). Problem tego rodzaju istnieje również w ekonomii, Kevin Hoover²⁹² (2001) porównuje równania (5) i (6) i stwierdza: (...) *Dane nie wydają się preferować jednego porządku przyczynowego nad innym.*

$$(5) \quad y=ax+Ex$$

$$(6) \quad x=(1/a)y+Ey$$

Rozważania o możliwości zrozumienia zależności przyczynowych na podstawie modeli strukturalnych, tj. gdy znamy postać matematyczną zależności między zmiennymi, nie jest zadaniem prostym. Zostało ono dobrze opisane przez Trygre Haavelmo - norweskiego ekonomistę i ekonometryka: poznanie zależności między wysokością pedału i prędkością samochodu, mimo iż ma

²⁹⁰ B. Ryssel, *The Problems of Philosophy*, 1912, opublikowane na <http://www.ditext.com/russell/russell.html> przez Andrew Chrucky w 1998, dostęp: 10.04.2013.

* Ang. Causality is a relic of era, that passes by. Reality does not prefer one casual order over another.

²⁹¹ H. Simon i in., *Essays On The Structure Of Social Science Models*, Cambridge 1963.

²⁹² K. Hoover, *Causality in Economics and Econometrics*, [w:] L. Blume, S. Durlauf (red.), *New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave MacMillan 2006, t. 2, str. 285-291.

charakter przyczynowy, nie będzie użyteczne w zrozumieniu działania silnika; jednak przyda się, gdy zechcemy jechać szybciej.

Arnold Zellner²⁹³, statystyk i ekonomista specjalizujący się w ekonometrii baysowskiej rozumiał przyczynowość podobnie do filozofa należącego do Koła Wiedeńskiego - Herberta Feigla²⁹⁴, który zdefiniował ją: w *charakterze przewidywalności zgodnie z prawami (lub, bardziej adekwatnie, zgodnie ze zbiorem praw)*.*

Zgodnie z rozumowaniem cytowanego empirysty logicznego, zależności przyczynowe można wydedukować z modelu poprzez porównywanie przewidywanych wartości zmiennych endogenicznych z rzeczywistością. Utożsamiając model z eksperymentem, zmiany warunków wejściowych w kolejnych powtórzeniach eksperymentu pozwalają zidentyfikować zależności przyczynowe, czyli wpływ pewnych manipulowalnych czynników na wynik doświadczenia. Interpretacja ekonomii jako nauki praktycznej - polityki gospodarczej - pozwala uniknąć problemu identyfikacji kierunku zależności przyczynowej, ponieważ - podobnie jak w eksperymencie - wynik nie może powodować warunków wstępnych.

David Fair²⁹⁵ sugeruje inne rozwiązanie powyższego problemu, poprzez odwołanie się do mechanizmów opisywanych przez równania matematyczne. Codzienne doświadczenie drugiej zasady dynamiki może zostać zredukowane do procesów fizycznych, których zrozumienie pozwoli osiągnąć wiedzę o relacjach kazualnych. Redukcja ontologiczna, czyli dążenie do zrozumienia tego, co Uskali Maki nazwał *głębokimi strukturami rzeczywistości*, a Tony Lawson *głębokimi czynnikami sprawczymi* umożliwia określenie co jest przyczyną, a co skutkiem w interesującym badacza zjawisku²⁹⁶.

Taka interpretacja problemu rzeczywiście pozwala uzyskać wiedzę o kierunku prawdziwej relacji przyczynowości, lecz jest bezużyteczna w przypadku, gdy operuje się na granicy tego, co znane. Niestety, wiele aspektów życia ekonomicznego nie jest zbadanych w wystarczającym stopniu, by, w celu poznania co jest przyczyną a co skutkiem, odwołać się do wiedzy o głębszych poziomach rzeczywistości, jak ma to miejsce w przypadku chemii, gdzie – dla przykładu – właściwości pierwiastków wynikające z ich pozycji w tablicy Mendelejewa można wyjaśnić, odwołując się do masy i struktury ich jąder atomowych.

²⁹³ A. Zellner, *Causality in Econometrics*, [w:] K. Brunner, A. Meltzer, *Three Aspects of Policy Making: Knowledge, Data and institutions*, North Holland 1979, str. 9-54.

²⁹⁴ H. Feigl, *Notes on Causality*, [w:] *Readings in the Philosophy of Science*, Appleton-Century-Crofts, 1953, str. 408-418.

* Ang. in terms of predictability according to law (Or more adequately, according to a set of laws).

²⁹⁵ D. Fair, *Causation and the Flow of Energy*, *Erkenntnis*, tom 14, nr 3, 1979, str. 219-250.

²⁹⁶ Ł. Hardt, *Studia z realistycznej filozofii ekonomii*, Warszawa 2013, str. 51.

Empiryczne metody inferowania zależności przyczynowych

W przypadku, gdy ekonomista, do zrozumienia badanego zjawiska w sensie przyczynowym, nie może posłużyć się wyjaśniającymi je teoriami, korzysta on z metod ekonometrycznych pozwalających na oszacowanie za pomocą metod statystycznych siły i kierunku relacji pomiędzy przyczyną a skutkiem. Najbardziej popularna wśród metod empirycznych, testowanie Granger-przyczynowości, czerpie intelektualne inspiracje z prac Davida Hume'a²⁹⁷.

Urodzony w Edynburgu historyk był pierwszym nowożytnym filozofem, który zastanawiał się nad zależnościami przyczynowymi. Poza wnioskami na temat niepewności indukcji, Hume w swych wczesnych pracach uważał, że nie ma możliwości dowiedzenia się czegokolwiek na temat ontologii przyczynowości, definiowanej przez niego następująco: A powoduje B, jeżeli A i B wciąż występują razem, w tym samym miejscu i A wyprzedza B w czasie. W późniejszym okresie życia, Hume zmienił punkt widzenia na skrajnie sceptyczny²⁹⁸, uznając, że *nic nie wiemy o przyczynowości*.²⁹⁹ Dodał ponadto, iż źródłem widzianych w świecie zależności przyczynowych jest jedynie błądzący, ludzki umysł.

Czy David Hume nie posunął się zbyt daleko w zwątpieniu? Nawet ojciec filozofii sceptycznej - Sextus Empiryk³⁰⁰ - napisał: *To, że przyczyna istnieje, wydaje się wiarygodnym. Jakżeż bowiem byłoby możliwe powiększanie i pomniejszanie, powstawanie, zanikanie i w ogóle ruch, każdy ze skutków tak fizycznych, jak i psychicznych, rządny ład całego świata i wszystkie inne rzeczy, jeśli nie za sprawą jakiejś przyczyny?*

Wnioski, do jakich doszli empiryści logiczni, są następstwem wczesnych poglądów Hume'a odnośnie braku możliwości poznania ontologii przyczynowości. Odmawiali oni istnienia analizowanemu pojęciu, zajmując pozycję nominalistyczną, według której przyczynowość to jedynie nazwa dla osobliwości występowania po sobie określonych zjawisk; to wyjaśnienie. Pomimo ciągle podnoszonych głosów sceptycznych, wciąż podejmuje się próby ponownego zdefiniowania pojęcia przyczynowości. Zgodnie z deduktywno-nomologicznym modelem wyjaśnienia naukowego³⁰¹: *zdarzenie C tłumaczy zdarzenie E tylko w przypadku zdania wyrażającego prawdziwość uniwersalnej*

²⁹⁷ M. Maziarz, *A review of the Granger-causality fallacy*, „The Journal of Philosophical Economics. Reflections of Economic and Social Issues, tom VIII, nr 2, str. 2-21.

²⁹⁸ K. Hoover, *Causality in Economics and Econometrics*, [w:] L. Blume, S. Durlauf (red.), *New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave MacMillan 2006, t. 2, str. 285-291.

²⁹⁹ K. Hoover, *Causality in Macroeconomics*, Cambridge 2010.

³⁰⁰ S. Empiryk, *Zarysy Pirrońskie*, AKME 1998, str. 128.

³⁰¹ S. Sarkar, J. Pfeifer, *The Philosophy of Science: A-M*, Taylor and Francis, 2006, str. 95.

generalizacji efektu, tj. zdarzenia typu *C* są łączone ze zdarzeniami typu *E* i drugie z nich wyraża fakt, że *C* się pojawiło.*

Przyczynowość rozumiana w świetle modelu deduktywno-nomologicznego jest deterministyczna, co oznacza, iż do jej zauważenia przez naukowca potrzebny jest model całkowity - zawierający pełny obraz rzeczywistości. *Hempel zaproponował model induktywno-statystyczny (I-S), w którym zdarzenie C wyjaśnia zdarzenie E, jeśli C pojawia się i istnieje empirycznie uzasadnione prawo, że prawdopodobieństwo zdarzenia E przy danym prawdopodobieństwie zdarzenia C jest duże* **.³⁰²

Ze względu na skomplikowanie przedmiotu badań ekonomii lub jej wczesne stadium rozwoju, modele i teorie mają często charakter praw statystycznych. Pomysł Carla Hempela - wykładowcy na Uniwersytecie w Princeton urodzonego w Niemczech - zdaje się być bardziej przydatnym w ekonomii i ekonometrii. Nie wymaga on pełnego determinizmu, co umożliwia nazwanie związku korelacyjnego terminem przyczynowego.

Rozwój empirycznego testowania zależności przyczynowych jest ściśle związany z rozwojem metod ekonometrycznych - działu ekonomii, który wykorzystuje narzędzia statystyki i wyższej matematyki, lecz głównym wyróżnikiem tej subdyscypliny jest metodologia. Modele ekonometryczne, w przeciwieństwie do dedukcyjnych układów równań ekonomii *sensu stricte*, opierają się na epistemologii empirycznej, na estymacji parametrów regresji na podstawie danych empirycznych. Podejście *od danych do teorii* (ang. bottom-up) pozwala na analizę złożonych systemów, których mechanizmy nie są jeszcze poznane, na zrozumienie zależności przyczynowych na granicy tego, co jest znane.

Z drugiej strony, modele ekonometryczne często przedstawiają zależności jedynie w przybliżonej formie, sugerując, iż wiedza o analizowanym systemie nie jest całkowita. Może to wynikać zarówno ze względów epistemologicznych, z braku możliwości zgromadzenia wiedzy o wszystkich determinantach pewnej sytuacji jak i zawierającego się w analizowanym systemie indeterminizmu. Z pierwszym przypadkiem mamy do czynienia m. in. w sytuacji przewidywania pogody lub położenia planet układu słonecznego w dalekiej przyszłości. Niezdeteminowanie epistemologiczne jest związane ze stopniem skomplikowania układu, lecz w przypadku Nieskończonego Umysłu, który byłby w stanie wziąć pod uwagę bardzo dużą liczbę powiązanych

* Ang. D–N (Deductive–Nomological) model of scientific explanation, event *c* explains event *e* just in case a statement expressing the occurrence of *e* is the conclusion of an argument with premises, one of which expresses the holding of a universal generalization to the effect that events of *c*'s type are associated with events of *e*'s type, and another of which expresses the fact that *c* occurred.

** Ang. Hempel proposed an inductive-statistical (I–S) model, in which event *c* explains event *e* if *c* occurs and it is an inductively grounded law that the probability of an event of type *E* given an event of type *C* is high

³⁰² J. Wilson, Causality, [w:] *The Philosophy of Science, An Encyclopedia*, Routledge, str. 82-85.

elementów, możliwe jest tworzenie prognoz pewnych, co jest tożsame z poznawalnością zasad przyczynowych, mechanizmu działania takich systemów. Najlepszym przykładem indeterminizmu obiektywnego jest kopenhaska interpretacja kwantowej teorii pola, która zakłada, iż Bóg gra w kości. Oznacza to, że nawet wiedza o położeniu wszystkich atomów we wszechświecie nie pozwala stwierdzić, czy kot Schrödingera żyje, przed otwarciem pojemnika.

Rozstrzygnięcie, czy zależności ekonomiczne podlegają prawom stochastycznym, czy są niezdeterminowane, nie jest konieczne, gdyż - poza postulowaniem ciągłego ulepszania teorii w przypadku interpretacji alternatywnej w stosunku do metafizyki kopenhaskiej - nie niesie ono przesłanek szczegółowych odnośnie analizowanej tutaj zależności przyczynowej. W celu lepszego zrozumienia koncepcji przyczynowości zaproponowanej przez Grangera, analizę najlepiej zacząć od rozważenia podejścia probabilistycznego. Zgodnie z nim, o istnieniu zależności przyczynowej między zdarzeniami A i B decyduje ewentualny wzrost prawdopodobieństwa warunkowego $P(B|A) \geq P(B)$. Oznacza to, iż przyczyną (probabilistyczną) B jest A, jeśli prawdopodobieństwo wystąpienia B jest większe, gdy znamy stan zdarzenia A. Jeżeli A oznacza, iż wynikiem rzutu kostką jest liczba parzysta a B to szóstka, wtedy: $P(A)=1/2$; $P(B)=1/6$; natomiast prawdopodobieństwo, że kostka upadła na VI, gdy wiemy, że wynikiem jest liczba parzysta (tj. zdarzenie A jest prawdziwe), to: $P(B|A)=1/3$. Taki wynik oznacza, iż pomiędzy zdarzeniami A i B istnieje zależność przyczynowa. Należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z probabilistyczną definicją przyczynowości, jest to relacja symetryczna, ponieważ $P(B|A) > P(B) \Rightarrow P(A|B) > P(A)$.

Clive Granger³⁰³, (1969) wychodząc od interpretacji probabilistycznej oraz spostrzeżeń Hume'a, iż przyczynowość jest związana z poprzedzaniem w czasie, uznał, iż A powoduje B, jeżeli $P(B|B_{hist} \wedge A_{hist}) \neq P(B|B_{hist})$. Oznacza to, iż zmienna A determinuje zmienną B, wtedy i tylko wtedy gdy prawdopodobieństwo przyjęcia przez nią określonego stanu - przy wiedzy na temat wartości historycznych A i B - jest inne, niż przy przewidywaniu tej wartości tylko na podstawie przeszłych wartości B (tj. na podstawie autokorelacji jej opóźnionych wartości).

Definicja przyczynowości zaproponowana przez Grangera może być łatwo aplikowana do analiz statystycznych, jednak charakteryzuje się istotnymi wadami. Po pierwsze, w przypadku, gdy zmienne A i B są skorelowane w związku ze wspólnymi przyczynami, lecz jedna ze zmiennych reaguje szybciej na szoki egzogeniczne, test na przyczynowość Grangera wykaże istotność zależności przyczynowej.

Drugi argument przeciw Granger-przyczynowości opiera się na postulowanym przez niektóre nurty ekonomii neoklasycznej założeniu o racjonalnych oczekiwaniach. W przypadku, gdy agenci

³⁰³ C. Granger, *Investigating causal relations by econometric models and cross-spectral methods*, „Econometrica”, tom 37, nr 3, str. 424-438.

ekonomiczni antycypowaliby wartości pewnej zmiennej ekonomicznej na jeden okres do przodu (dla przykładu średnio bezbłędnie przewidywaliby wielkość przyszłorocznych dochodów) i dostosowywali do niej aktualne decyzje (np. bieżącą konsumpcję), wynik uzyskany na podstawie testu przyczynowości Grangera postulowałby odwrotną zależność niż ta rzeczywista, co Kevin Hoover³⁰⁴ (2005) ujął następująco: *Załóżmy, że ceteris paribus im wyższa podaż pieniądza lub mniejszy popyt na pieniądź, tym wyższy poziom cen. Dodatkowo założmy, że popyt na pieniądź będzie niższy, kiedy ludzie antycypują inflację (tj. wyższe ceny w przyszłości niż aktualnie). Jeśli ludzie wiedzą, że podaż pieniądza wzrośnie w przyszłości, to ceny wzrosną w przyszłości, co implikuje wyższą stopę inflacji i dzisiejszy niższy poziom popytu na pieniądź. W takim przypadku ceny wzrosną częściowo dziś, jako że stała wielkość podaży pieniądza przewyższy niższy popyt. W tym wypadku, jeśli ludzie lepiej przewidują przyszłe zmiany na rynku pieniądza niż ekonometrycy, to ekonometrycy zauważą, iż dzisiejsze ceny pomagają w przewidywaniach przyszłej podaży pieniądza. Oznacza to, że ceny Granger-powodują pieniądź, mimo iż to pieniądź strukturalnie ex hypothesi powoduje ceny.**

Trzecim argumentem przemawiającym za błędnym ujęciem przyczynowości przez Cliva Grangera jest sytuacja, gdy działania rządu, który zwykle zwiększa wydatki w recesji i redukuje je podczas okresu prosperity (a przynajmniej tak powinien się zachowywać), przyczynią się do całkowitego usunięcia wahań produktu krajowego. W takim przypadku korelacja pomiędzy wydatkami rządowymi a stałą wielkością produkcji gospodarczej wyniesie 0, co zostanie zinterpretowane jako brak przyczynowości.

Ponadto w zależności od wyboru częstości próbkowania analizowanych szeregów czasowych (tj. decyzji, czy – dla przykładu – testuje się zależność przyczynową pomiędzy dziennymi lub miesięcznymi danymi) można uzyskać sprzeczne wyniki. Również wybór alternatywnych testów Granger-przyczynowości może prowadzić do sprzeczności otrzymanych rezultatów³⁰⁵.

Przyczynowość Grangera najczęściej bada się przy pomocy modeli VAR - wektorów autoregresyjnych. W przypadku badania zależności przyczynowej zmiennych X i Y, estymuje się dwa modele regresji, (por. Równanie (7) i (8)) a następnie stosuje test statystyczny pozwalający określić istotność przyczynowości w sensie Grangera.

³⁰⁴ K. Hoover, *Automatic Inference of the Contemporaneous Causal Order of a System of Equations*, „Econometric Theory”, tom 21, nr 1, 2005, str. 69-77.

* Ang. *Suppose that ceteris paribus the higher the stock of money or the lower the demand for money, the higher the price level. Further suppose that the demand for money will be lower when people anticipate inflation (i.e., prices higher in future than today). If people know that the money stock will rise in future, then prices will rise in future, so that inflation is higher and the demand for money is lower today. In that case, prices will rise somewhat today as a fixed supply of money would otherwise exceed the lower demand. Now if people are better able to predict the future course of money than are econometricians, then the econometricians will find that prices today help to predict the future stock of money. In this case, prices Granger-cause money, even though money structurally causes prices ex hypothesi.*

³⁰⁵ M. Maziarz, *A review of the Granger-causality fallacy*, „The Journal of Philosophical Economics. Reflections of Economic and Social Issues”, tom 8, nr 2, 2015, str. 2-21.

$$(7) \quad X = \alpha_1 X_{t-1} + \alpha_2 X_{t-2} + \dots + \alpha_3 Y_{t-1} + \alpha_4 Y_{t-2} + \dots$$

$$(8) \quad Y = \alpha_1 Y_{t-1} + \alpha_2 Y_{t-2} + \dots + \alpha_3 X_{t-1} + \alpha_4 X_{t-2} + \dots$$

Metody ekonometrycznego testowania istnienia zależności przyczynowej pomiędzy zmiennymi, m. in. testy Granger-przyczynowości są wykorzystywane w sytuacjach, gdy wiedza teoretyczna na temat badanych zjawisk jest niewystarczająca. Okazuje się, że w takich sytuacjach wnioski wyciągnięte z wyników testów przyczynowości w sensie Grangera są niepewne. W związku z opisanymi powyżej źródłami błędów, każdy wynik (tj. uzyskanie jednokierunkowej zależności przyczynowej, uzyskanie dwukierunkowej zależności przyczynowej, brak istotnej statystycznie zależności) można zasadnie interpretować na więcej niż jeden sposób, co powoduje, że *wyciąganie pewnych wniosków o istnieniu zależności przyczynowej pomiędzy badanymi zmiennymi i określenie jej kierunku jest możliwe wtedy i tylko wtedy gdy teoretyczna wiedza o mechanizmach łączących szeregi czasowe jest dostępna*.³⁰⁶

Współcześnie istnieje wiele innych metod empirycznej inferencji zależności przyczynowych. Jedną z nich jest zaimplementowane do modeli regresji wektorowej podejście grafowo-teoretyczne (ang. graph-theoretic approach). Metoda ta opiera się na porównaniu warunkowych rozkładów prawdopodobieństwa wszystkich zmiennych w modelu na podstawie obliczeń z użyciem z-statystyki Fishera. Jak zauważają autorzy badania po przeprowadzeniu symulacji zastosowania metody na sztucznie spreparowanych danych³⁰⁷: *Na każdym sensownym poziomie siły sygnału, algorytm osiąga dobre wyniki w odkrywaniu siatki przyczynowej.*^{**} Warto zwrócić uwagę, iż także inne metody poznawania relacji przyczynowych w oparciu o analizę ekonometryczną mogą być podatne na błędy podobne do tych, do jakich prowadzi zastosowanie testów Granger-przyczynowości w sytuacji, gdy nie ma się żadnej wiedzy na temat mechanizmów łączących zmienne. Nowsze metody statystycznej inferencji relacji przyczynowych nie zostały jeszcze zbadane w wystarczającym stopniu, by stwierdzić ich odporność na błędy związane z cechami szeregów czasowych takimi jak nieliniowość danych, częstotliwość próbkowania lub skointegrowanie.

Ważną zaletą statystycznej inferencji zależności przyczynowych jest możliwość zastosowania takich technik do zbioru danych bez konieczności czynienia jakichkolwiek założeń teoretycznych o strukturze matematycznej modelu. Jednakże żadna z metod nie jest optymalna, jak zauważa

* Ang. *Drawing conclusions whether a causal relation exists between investigated time series and about its direction is possible only if theoretical knowledge of mechanisms connecting the time series is accessible.*

³⁰⁶ M. Maziarz, *A review of the Granger-causality fallacy*, „The Journal of Philosophical Economics. Reflections of Economic and Social Issues”, tom 8, nr 2, 2015, str. 2-21.

³⁰⁷ S. Demiralp, K. Hoover, *Searching for the Causal Structure of a Vector Autoregression*, „Oxford Bulletin of Economics and Statistics”, tom 65, nr 1, 2003, str. 745-767.

^{**} Ang. *At any reasonable signal strength, the algorithm performs well at recovering the skeleton.*

Hoover³⁰⁸: *Problemem takiego podejścia jest to, że czasem równie przekonujące historie mogą być opowiedziane o konkurujących relacjach przyczynowych. Nie tylko opowiadanie takich historii nie inspirowe do pokładania większego zaufania w porządku przyczynowym, jest ironią, że metoda powstała jako rozwiązanie problemu niemożności identyfikacji restrykcji, tak mocno polega na posiadaniu wiarygodniejszej historii, by zidentyfikować korespondujący porządek przyczynowy.**

Metody empirycznej inferencji zależności przyczynowych są podatne na tzw. zjawisko szperania w danych. W przypadku testowania hipotezy o występowaniu zależności pomiędzy dwoma szeregami czasowymi zakłada się, iż przyjmuje się za prawdziwą wyłącznie zależność o mniejszym niż – dla przykładu – 5% prawdopodobieństwie uzyskania takiego wyniku korelacji w przypadku, gdy obie zmienne nie byłyby w żaden sposób powiązane. Oznacza to, iż mniej niż 1/20 wykrytych zależności okaże się przypadkowymi korelacjami. Jednakże w przypadku analizy zależności przyczynowych pomiędzy każdą z par grupy szeregów czasowych prawdopodobieństwo przyjęcia za prawdziwą zależność, która de facto jest fałszywa, jest znacznie większe. Zgodnie z cytowanym powyżej poglądem oxfordzkiego filozofa ekonomii, oparcie badań nad przyczynami wyłącznie o metody ekonometryczne może prowadzić do błędnego wzięcia przypadkowo wykrytych zależności za rzeczywiste oraz szukanie wytłumaczenia, które uzasadniałoby zaobserwowany związek.

Przykładem takiego działania może być artykuł ekonomistek z Uniwersytetu w Toruniu - Małgorzaty Madrak-Grochowskiej i Mirosławy Żurek³⁰⁹. Ich badania dotyczyły poszukiwania zależności przyczynowych pomiędzy wariancją stóp zwrotu indeksów kilkunastu giełd. Po przeprowadzeniu testów przyczynowości, ekonomistki poszukują uzasadnienia dla każdego otrzymanego wyniku. Dla przykładu, istotny statystycznie wynik, wskazujący, iż zmienność kursów akcji na nowojorskiej giełdzie Granger-powoduje zmienność wycen spółek notowanych na wiedeńskim parkiecie, ekonomistki uzasadniają w następujący sposób: *Zaobserwowany kierunek zależności przyczynowej wydaje się być zgodny z rzeczywistością, gdyż pozagiełdowy, regulowany rynek akcji w Stanach Zjednoczonych jest liderem w skali światowej, zaś giełda w Wiedniu - tylko w środkowo-wschodniej części Europy.*³¹⁰

Z drugiej strony, autorki nie uzasadniają uzyskania istotnego statystycznie wyniku na istnienie przyczynowości w sensie Grangera między giełdą w Warszawie i Tokio (tj. wariancja indeksu

³⁰⁸ S. Demiralp, K. Hoover, *Searching for the Causal Structure of a Vector Autoregression*, „Oxford Bulletin of Economics and Statistics”, tom 65, nr 1, 2003, str. 745-767.

* Ang. *The problem with this approach is that sometimes equally plausible stories can be told for competing causal orderings. Not only does such story telling not inspire much confidence, it is ironic that a method originated as a way of getting away from incapable identifying restrictions relies so heavily on having more credible stories to identify corresponding causal ordering.*

³⁰⁹ M. Madrak-Grochowska, M. Żurek, *Testowanie przyczynowości w wariancji między wybranymi indeksami rynków akcji na świecie*, „Oeconomia Copernicana”, nr 4, 2011, str. 5-25.

³¹⁰ Ibidem.

warszawskiej giełdy Granger-powoduje zmiany na giełdzie tokijskiej): *Niestety obserwacja rzeczywistych rynków kapitałowych w Tokio i Warszawie nie pozwala autorkom pracy na znalezienie logicznych argumentów tłumaczących otrzymane w tym przypadku rezultaty.*³¹¹ Jednocześnie w artykule nie rozważa się innych hipotez wyjaśniających otrzymane rezultaty. Dla przykładu, giełdy mogą z różnym opóźnieniem reagować na zmiany sytuacji makroekonomicznej, publikacje danych finansowych spółek itd., co – jeżeli taka hipoteza okazałaby się prawdziwa, wskazywałoby na popełnienie błędu wspólnej przyczyny (ang.: common-cause fallacy).

Powyższy przykład pokazuje, że próba stwierdzenia czy pomiędzy analizowanymi zmiennymi istnieje zależność przyczynowa oraz określenia kierunku takiej zależności wyłącznie na podstawie wyniku testu statystycznego i przekonania w historię opowiedzianą o mechanizmach łączących zmienne (bez przeprowadzenia odpowiednich badań mających na celu weryfikację wyjaśnienia) może prowadzić do pomylenia przypadkowej korelacji z zależnością przyczynową, co jest najczęściej popełnianym przez statystyków grzechem, który – dzięki popularności – doczekał się wpisu do Encyklopedii Wikipedia^{*.312}

Z wykorzystaniem metod ekonometrycznych bez analizy teoretycznej wiąże się również inny, istotny problem. Mianowicie, często arbitralny wybór metody (np. jednego z testów Granger-przyczynowości, które charakteryzują się inną mocą³¹³ oraz próby (długości szeregów czasowych oraz sposobu mierzenia zmiennych) w niektórych przypadkach decyduje o wyniku analizy. Dobrym przykładem takich problemów jest głośna sprawa artykułu *Growth in a Time of Debt*³¹⁴, w którym autorzy dowodzili tezy, iż wzrost gospodarczy znacznie zwalnia, gdy stosunek wielkości długu publicznego do PKB przekroczy 90%. Ich oponenti, Herndon, Ash i Pollin³¹⁵ przekonywali o nieistnieniu progu, powyżej którego rozwój ekonomiczny istotnie spowalnia.

Mimo iż w codziennej prasie (oraz przez niektórych ekonomistów) krytyka badań Carmen Reinharta i Kennetha Rogoffa była przedstawiana wyłącznie w świetle wytkniętych im błędów, warto zwrócić uwagę, iż ich oponenti – Thomas Herndon, Michael Ash i Robert Pollin³¹⁶ – uzyskali odmienne wyniki również z powodu wyboru innej metody obliczania średniej oraz ograniczenia się

³¹¹ Ibidem.

* *Correlation does not imply causation* (korelacja nie implikuje przyczynowości), http://en.wikipedia.org/wiki/Correlation_does_not_imply_causation.

³¹² D. Stern, *From correlation to Granger causality*, „Crawford School Research Paper, nr 13, 2011, str. 1-36.

³¹³ R. Conway i in., *The impossibility of causality testing*, „Agricultural Economics Research”, tom 46, nr 3, 1984, str. 1-19; J. Geweke i in., *Comparing alternative tests of causality in temporal systems. Analytic results and experimental evidence*, „Journal of Econometrics”, tom 21, nr 2, str. 161-194.

³¹⁴ C. Reinhart, K. Rogoff, *Growth in a Time of Debt*, „NBER Working Paper”, nr 15639, 2010.

³¹⁵ Th. Herndon, M. Ash, R. Pollin, *Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff*, „Cambridge Journal of Economics”, tom 38, nr 2, 2014, str. 257-279.

³¹⁶ Ibidem.

do jednej, krótszej próby³¹⁷. Dokładniejsza analiza uzyskanych wyników pokazuje, że błąd polegający na niebraniu pod uwagę Australii, Kanady i Danii przy obliczaniu wartości średniego tempa rozwoju gospodarczego w czterech wyróżnionych ze względu na poziom relacji długu publicznego do PKB grupach krajów zaniżył średnie tempo rozwoju gospodarczego w latach, gdy poziom stosunku długu do PKB wynosił ponad 90% o 0,3 punktu procentowego (z 0 do 0,3%).

Jednocześnie włączenie do próby Nowej Zelandii, którą Reinhart i Rogoff pominęli w związku z istnieniem dwóch, znacznie odbiegających od siebie szacunków tempa rozwoju tego kraju w latach pięćdziesiątych, zwiększało wartość średniego tempa rozwoju gospodarczego w analizowanej grupie charakteryzującej się najwyższym współczynnikiem długu publicznego do PKB aż o 1,7 punktu procentowego³¹⁸. Jednakże, największy wpływ na obliczoną średnią wartość tempa rozwoju gospodarczego w poszczególnych krajach ma wybór metody obliczania średniej.

Reinhart i Rogoff³¹⁹ zastosowali dwa kroki. Najpierw policzyli średni wzrost gospodarczy dla każdego kraju znajdującego się w jednej z czterech grup (o stosunku długu publicznego do PKB wynoszącym:

- a) poniżej 30%;
- b) 30 – 60%;
- c) 60 – 90%;
- d) powyżej 90%.

Następnie ekonomiści obliczyli wartość średnią dla każdej grupy. Uzasadnieniem takiej metodologii jest chęć uniknięcia sytuacji, gdy pojedyncze kraje istotnie zawyżają lub zaniżają wartość średniej jednej z czterech grup. Krytycy ich badania zastosowali średnią ważoną, biorąc pod uwagę ile lat każdy kraj został zaliczony do konkretnej grupy. Różnica pomiędzy otrzymanymi wynikami wynosi 2 punkty procentowe (-0,1% w stosunku do 1,9%)³²⁰.

Celem artykułu z oczywistych względów nie jest rozstrzygnięcie która z metod obliczania średniej prowadzi do właściwszych wyników, a jedynie pokazanie na przykładzie badań na temat relacji pomiędzy wielkością długu publicznego a tempem rozwoju ekonomicznego, iż metody empiryczne, które abstrahują od analizy mechanizmów łączących analizowane zjawiska, mogą prowadzić do błędnych wniosków, a wynik analizy przyczynowej zależy od arbitralnych decyzji dotyczących wyboru jednej z alternatywnych metod obliczeniowych oraz liczby instancji zawartych w próbie i analizowanego okresu.

³¹⁷ M. Maziarz, *Being Good (an Econometrician) is not Enough*, „Studia Ekonomiczne”, w prasie.

³¹⁸ C. Reinhart, K. Rogoff, *Growth in a Time of Debt*, „NBER Working Paper”, nr 15639, 2010.

³¹⁹ Ibidem.

³²⁰ Th. Herndon, M. Ash, R. Pollin, *Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff*, „Cambridge Journal of Economics”, tom 38, nr 2, 2014, str. 257-279.

Zakończenie

Współczesna ekonomia wydaje się być daleka od wypracowania właściwej drogi badania zależności przyczynowych. Zgodnie z rozumieniem zależności przyczynowej przez Alfreda Marshalla³²¹, do poznania siły powiązań kauzalnych wystarczająca jest dedukcja na podstawie modelu marginalnego wpływu zmiany każdej z determinant. Postęp ekonomii przez stulecie od ukazania się *Zasad ekonomii* dobitnie pokazał, iż teoretycznie proste zadanie jest bardziej skomplikowane, niż wydawało się twórcom podejścia marginalistycznego.

Ekonomiści badają relacje przyczynowe w gospodarce za pomocą trzech sposobów. W ograniczonym stopniu wykorzystuje się metody doświadczalne. Jednym z sukcesów tej metody jest opracowana przez dwóch psychologów behawioralnych teoria perspektywy, która pozwala zrozumieć jak ludzie reagują w sytuacji ryzyka. Niestety, przeprowadzanie doświadczeń w makroekonomii jest zwykle bardzo trudne lub niemożliwe w związku z brakiem możliwości wyizolowania całej gospodarki.

W związku z trudnościami w przeprowadzaniu rzeczywistych eksperymentów oraz wraz z rozwojem ekonomii matematycznej, coraz bardziej popularne staje się badanie relacji przyczynowych poprzez studiowanie modeli. Obecnie dominujący paradygmat filozofii ekonomii – krytyczny realizm – sugeruje, w celu odkrycia zależności przyczynowych, posłużenie się tzw. redukcją ontologiczną, czyli dedukcją co jest przyczyną a co skutkiem na podstawie wiedzy o mechanizmach oddziaływań pomiędzy obiektami istniejącymi na głębszym poziomie rzeczywistości³²². Metoda dedukcyjna daje pewne rezultaty i pozwala określić co jest przyczyną a co skutkiem w modelu, natomiast problemem staje się określenie, czy analizowany model odpowiada wyizolowanemu fragmentowi rzeczywistości (który zachowywałby się zgodnie z teorią w przypadku przeprowadzania eksperymentu), czy raczej jest on eksperymentem myślowym, pomagającym odpowiedzieć na pytanie „co by było, gdyby...?”.

Wraz z rozwojem metod ekonometrycznych oraz coraz większymi zbiorami danych statystycznych opracowano metody ekonometryczne umożliwiające testowanie istnienia stochastycznej zależności przyczynowej pomiędzy dwoma szeregami czasowymi. Przykładem takich metod jest, omówiona powyżej, Granger-przyczynowość, która może prowadzić do niewłaściwych wniosków o istnieniu i kierunku zależności przyczynowej w związku z zastosowaniem testu do niewłaściwych szeregów czasowych (np. takich, które mają wspólną przyczynę). Ponadto wynik testu zależy od kilku arbitralnych wyborów (jednego z testów ekonometrycznych, które stosowane do tego samego problemu dają różne wyniki, doboru próby, ewentualnego przekształcenia szeregu czasowego itd.).

³²¹ A. Marshall, *Principles of Economy*, 1980, <http://www.econlib.org/library/Marshall/marP.html>, 14.04.2013, str. 465.

³²² R. Bhaskar, *A Realist Theory of Science*, London 2008.

Opisany przykład głośnych niedawno badań dotyczących związku pomiędzy stosunkiem wielkości długu publicznego do PKB a tempem rozwoju ekonomicznego egzemplifikuje tezę, że wynik analizy przyczynowej opartej o metody ekonometryczne jest zależny od dokonania przez badacza arbitralnych wyborów. Biorąc pod uwagę siłę oddziaływania (później równie głośno krytykowanych) wyników badań Reinharta i Rogoffa³²³, które cytowano w propozycji budżetu Partii Republikańskiej na rok 2012 oraz które zostały nazwane najbardziej wpływową analizą ekonomiczną ostatnich lat³²⁴, przyczyniając się do prowadzenia polityki zaciskania pasa przez m. in. Manuela Barroso i Angelę Merkel³²⁵, można dojść do wniosku, iż opieranie decyzji z zakresu polityki ekonomicznej wyłącznie o badania empiryczne, bez odwoływania się do teorii opisujących mechanizmy przyczynowe stanowi przykład zbyt daleko idącej wiary w ekonometrię i statystykę.

Żadna z obecnie stosowanych przez ekonomistów metod poznania co jest przyczyną a co skutkiem nie jest pozbawiona wad. Wyniki uzyskane za pomocą każdej z powyższych metod osobno powinny być uznawane za niepewne i wykorzystywane praktycznie z pewną dozą sceptycyzmu. W świetle przedstawionych argumentów i przykładów badań wydaje się być zasadne stwierdzenie, iż najbardziej uprawdopodobnione wyniki można uzyskać, wykorzystując do analizy przyczynowej wszystkie trzy metody. Eksperymenty mogą być pomocne w zrozumieniu ludzkich zachowań i motywacji oraz sformułowaniu aksjomatów, na podstawie których dedukuje się modele i tworzy teorie. Analiza teorii opisujących różne poziomy rzeczywistości pozwoli zrozumieć mechanizmy łączące zdarzenia i obiekty badanego zjawiska. Natomiast ekonometryczne metody inferencji zależności przyczynowych z danych powinny być używane wyłącznie do testowania hipotez sformułowanych na podstawie badań teoretycznych, nie – jak ma to obecnie miejsce – jako samodzielna metoda. Takie działanie pozwoli uchronić się przed wyciągnięciem niewłaściwych wniosków z wyniku statystycznego testu przyczynowości a zarazem zweryfikować, czy relacje wydedukowane z modeli są na tyle silne, by można je było zaobserwować w otwartym świecie, gdzie na badane zjawisko wpływa szereg innych czynników.

³²³ C. Reinhart, K. Rogoff, *Growth in a Time of Debt*, „NBER Working Paper”, nr 15639, 2010.

³²⁴ P. Krugman, *The Excel Depression*, The New York Times, http://www.nytimes.com/2013/04/19/opinion/krugman-the-excel-depression.html?_r=1, 18. kwietnia 2013, (dostęp: 4.03.2015).

³²⁵ J. Smith, *From Reinhart&Rogoff's own data: UK GDP increased fastest when debt-to-GDP ratio was highest – and the debt ratio came down*, „Prime Economics”, <http://www.primeeconomics.org/articles/1785>, 20. kwietnia 2013 (dostęp: 4.03.2015).

O Autorze

Mariusz Maziarz jest studentem Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie. Zainteresowania naukowe obejmują filozofię ekonomii, metodologię ekonometrii oraz epistemologię przyczynowości.

Streszczenie

Współczesna ekonomia wykorzystuje trzy sposoby poznania zależności przyczynowych. W ograniczonym (ze względu na trudności epistemologiczne w izolowaniu oraz koszty) stopniu wykorzystuje się metodę doświadczalną. Z powodu występujących trudności, ekonomiści posługują się teoretycznymi, apriorycznymi modelami, które odpowiadają eksperymentom myślowym. Rozwój metod ekonometrycznych doprowadził do stworzenia testów przyczynowości. Wyniki uzyskane za pomocą każdej z metod są niepewne. Przegląd literatury z zakresu filozofii ekonomii oraz analiza niedawnych badań ekonomicznych prowadzi do wniosku, iż należy zachować pewną dozę sceptycyzmu do wniosków o przyczynowości. W celu uprawdopodobnienia wiedzy o przyczynie i skutku proponuje się wykorzystanie trzech metod: doświadczeń do określenia aksjomatów budowanych teorii, dedukcji relacji przyczynowych na podstawie modeli z zastosowaniem redukcji ontologicznej oraz ekonometrycznych testów przyczynowości do weryfikacji wyciągniętych wniosków.

Summary

There are three epistemic ways of discovering causality in the contemporary economics. Experiments are applied in a limited number of cases due to the problem of isolation and their costs. Because of these obstacles, economists use theoretical models (i. e. thought experiments). The development of econometrics led to construction of causality-testing methods. Findings based on any of these methods are uncertain. The literature review and case studies of recent economic researches show that scepticism is necessary in causal analysis of an economic phenomenon. In order to make knowledge on what is a cause and what is an effect more justified, one should apply all three methods. Experiments should be used to discover good axioms for theories. Causes and effects should be deduced from theories and models. Then, hypotheses are to be econometrically tested.

Elastyczne formy zatrudnienia zagrożeniem dla rozwoju spółdzielni socjalnych w Polsce

Andrzej Michalik

Wstęp

Spółdzielnia socjalna jest specyficznym typem przedsiębiorcy realizującym poza działalnością gospodarczą także cele społeczne. Skupia ona przede wszystkim osoby wykluczone, których szanse na otwartym rynku pracy są często niewielkie. Tym samym wszelkie formy zatrudnienia spółdzielcy powinny być realizowane w oparciu o umowę, która powinna spełniać takie właśnie wymogi. Tymczasem zgodnie z art. 201 Prawa spółdzielczego³²⁶ w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy o spółdzielniach socjalnych³²⁷ możliwe staje się zatrudnianie jej członków nie tylko w oparciu o spółdzielczą umowę o pracę, ale także i na podstawie umowy zlecenia czy umowy o dzieło. Dzięki temu spółdzielnia może obniżyć koszty swojego funkcjonowania i stać się bardziej konkurencyjnym podmiotem przypominającym innych komercyjnych przedsiębiorców działających na lokalnym rynku³²⁸. Celem tego artykułu będzie wskazanie, iż zastosowanie tych sposobów zatrudnienia pracownika w przypadku spółdzielni socjalnych nie tylko nie zda swojej roli, ale także rodzić będzie poważne zagrożenia w związku z bezpieczeństwem ekonomicznym i socjalnym członków takiej spółdzielni, którzy mogą w niej znaleźć szansę na realny powrót na rynek pracy jako pełnoprawni przedsiębiorcy. Ocena zastosowania do zatrudnienia osób pracujących w spółdzielni socjalnej posiadających status członków umowy zlecenia jako formy alternatywnej wobec spółdzielczej umowy o pracę oraz umowy o dzieło w zakresie ochrony interesów samej spółdzielni jak również jej członków leży u podstaw powstania tego artykułu.

I. Weryfikacja skuteczności umowy zlecenia jako sposobu wsparcia rozwoju podmiotów spółdzielczości socjalnej

Umowa zlecenia będąca umową działania, mimo pewnych korzyści wynikających z obniżenie kosztów działania podmiotu nie jest odpowiednią formą zatrudniania członków spółdzielni

³²⁶ Ustawa z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze Dz.U. t.j. z 2003 r., Nr 188, poz. 1848 ze zm.

³²⁷ Ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych .U. z 2006 r., Nr 94, poz. 651 ze zm.

³²⁸ A. Patulski, *Nietypowe formy zatrudnienia. Elastyczność czy stabilizacja? Część 2*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 3, Warszawa 2008, s. 126.

socjalnej³²⁹. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż spółdzielnia socjalna, jako miejsce realizacji pracy zawodowej powinna zapewniać swoim członkom pełną stabilizację zawodową i ochronę socjalną. Umowa cywilnoprawna przenosi całą odpowiedzialność za wykonanie danego zlecenia na zleceniobiorcę³³⁰. W przypadku osób defaworyzowanych jako członków spółdzielni socjalnej do których zalicza się osoby niepełnosprawne, długotrwale bezrobotne czy opuszczające zakłady karne takie ryzyko jest niedopuszczalne. Zwłaszcza dlatego, iż oni dopiero uczą się wykonywania określonych zadań, a dodatkowe obciążenie ich takim ryzykiem może znacząco obniżyć ich gotowość do dalszego rozwoju zawodowego oraz zwiększyć obciążenia finansowe.

Większość komercyjnych przedsiębiorców decyduje się na zastosowanie umowy zlecenia także na etapie stabilizacji zatrudnienia w podmiocie. Takie rozwiązanie nie może być powielone w przypadku spółdzielni socjalnej. Wynika to z tego, iż podmiot ten buduje swoją kadrę przede wszystkim w oparciu o członków spółdzielni, którzy powinni się z nią w pełni identyfikować. Zastosowanie zaś umowy zlecenia sprawia, iż wytworzenie takiej więzi nie jest możliwe, co w konsekwencji ogranicza zaangażowanie pracownika w realizację powierzonych mu obowiązków oraz efektywność wykonywanej pracy, od której w przypadku spółdzielni socjalnej zależy istnienie podmiotu na lokalnym rynku³³¹.

Spółdzielnia socjalna jak każdy przedsiębiorca musi korzystać również z obsługi księgowej i doradczej. Podmioty komercyjne w tym przypadku stosują umowę zlecenia. W przypadku takiego typu spółdzielczego przedsiębiorcy zastosowanie takiego rozwiązania należy ocenić negatywnie. Jest to związane zwłaszcza z tym, iż w skład członków spółdzielni mogą wchodzić również osoby pełnosprawne dysponujące odpowiednimi kompetencjami, którzy na etapie tworzenia takiej spółdzielni poprzez właściwą selekcję kandydatów przez organizacje pozarządowe często włączane są do takiego zespołu. Wskazać jednak należy, iż brak takich osób w grupie uniemożliwiłoby powstanie spółdzielni. W takiej sytuacji nieoceniona jest rola organizacji pozarządowych, które mogą wesprzeć takie grupy swoją wiedzą i doświadczeniem poprzez właściwe szkolenia. Tym samym mogą oni dzięki temu wykorzystać swoją wiedzę dla dobra spółdzielni w ramach spółdzielczego stosunku pracy bez konieczności przeznaczania środków finansowych na usługi zewnętrzne, które mogą posłużyć

³²⁹ Zob. Wyrok SA w Lublinie z dnia 27 września 2012 r., III AUa 447/12, Legalis nr 733875, Wyrok SA w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2013 r., III AUa 959/12, Legalis nr 734813 oraz SN: Postanowienie SN z dnia 29 maja 2013 r., II UK 61/13, Legalis nr 768550, Postanowienie SN z dnia 7 stycznia 2013 r., II UK 338/12, Legalis nr 710430.

³³⁰ K. Leszczyńska, *Umowa o pracę a podstawowe umowy prawa cywilnego*, „Edukacja Prawnicza”, nr 5, Warszawa 2012, s. 39

³³¹ K. Sochacka, *Skuteczne rozwiązywanie stosunku pracy z pracownikiem*, Warszawa 2012, s. 15.

choćby realizacji celów związanych z reintegracją społeczną i zawodową do których właśnie została między innymi powołana spółdzielnia socjalna³³².

Doradztwo ekonomiczne sprzyjające podnoszeniu konkurencyjności podmiotu realizowane przez organizacje zewnętrzne również nie ma spójnego charakteru. Idealnym rozwiązaniem w tym zakresie wydaje się być zastosowanie umowy zlecenia jako formuły łączącej przedsiębiorcę z podmiotem zewnętrznym. W przypadku spółdzielni socjalnych takie rozwiązanie powinno być jednak stosowane sporadycznie. Wynika to z faktu, iż wsparcie w tej dziedzinie mogą realizować podmioty spółdzielcze skupione w związkach rewizyjnych spółdzielni socjalnych, które dzięki wzajemnej wymianie doświadczeń mogą się od siebie uczyć. Taki przepływ informacji może nie tylko dotyczyć podnoszenia kompetencji pracowników, ale także rozwijania dobrych praktyk współpracy z komercyjnymi przedsiębiorcami i administracją lokalną. Tym samym wydaje się zbędne stosowanie umów zlecenia łączących takie podmioty zwłaszcza, gdy rozszerzeniem narzędzi wsparcia w zakresie rozwijaniu efektywności ekonomicznej podmiotu mogą stać się finansowane z funduszy unijnych na lata 2014-2020 lokalne punkty wsparcia ekonomii społecznej skierowane bezpośrednio do spółdzielni socjalnych, a prowadzone nie tylko przez organizacje pozarządowe czy inne spółdzielnie socjalne, ale także przez komercyjnych przedsiębiorców. Będą oni otrzymywać środki bezpośrednio z instytucji pośredniczącej nie będąc jednocześnie związane umową zlecenia ze spółdzielczym przedsiębiorcą na rzecz, którego realizowaliby wsparcie, gdyż ta pomoc będzie wówczas dla niego całkowicie bezpłatna. Można jednak stwierdzić, iż ze względu na krótki okres działania spółdzielni na rynku mogą sobie one nie poradzić z takim wyzwaniem. W takim przypadku mogą one liczyć na działalność Krajowej Rady Spółdzielczej, która posiada bogate doświadczenie we wspieraniu integracji spółdzielni na lokalnym i regionalnym rynku.

Podsumowując widać więc wyraźnie, iż umowa zlecenia nie zapewnia skutecznego wsparcia w zakresie rozwoju spółdzielni socjalnej. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż jej wykorzystanie stanowi ryzyko dla samego spółdzielczego przedsiębiorcy jak również dla osób zatrudnionych w jej oparciu nie tylko w zakresie organizacyjnym, ale także i ekonomicznym.

II. Zagrożenia ekonomiczne i społeczne stosowania umowy zlecenia jako sposobu zatrudnienia członków spółdzielni socjalnej

Umowa zlecenia znacząco obniża koszty pracy w przypadku komercyjnych przedsiębiorców. Niestety w przypadku spółdzielni socjalnych zastosowanie takiego rozwiązania nie można uznać za korzystne. Wskazać należy, iż spółdzielnia powinna stanowić bezpieczne miejsce pracy dla

³³² A. Olejniczak, R. Barański, *Standardy i procedury w organizacjach pozarządowych. Dokumentacja stanowiąca narzędzie skutecznej i zgodnej z prawem działalności*, Warszawa 2013, s. 10.

szczególno typu pracowników do których należy zaliczyć przede wszystkim osoby wykluczone. Tym samym nie mogą oni skorzystać chociażby z umowy zlecenia jako podstawowej formy zatrudnienia, gdyż nie gwarantuje ona tak szerokiej ochrony socjalnej jak umowy kodeksowe czy spółdzielcza umowa o pracę³³³.

Przytaczaną bardzo często zaletą umów zlecenia jest możliwość obniżenia kosztów pracy o składki chorobowe przez osoby posiadające już świadczenie emerytalne lub rentowe. Niestety członkowie spółdzielni socjalnych nie dysponują najczęściej prawem do tego typu świadczeń, gdyż jako osoby objęte pomocą państwa lub wsparciem socjalnym dopiero wychodzą na prostą i tym samym to spółdzielnia socjalna jest dla nich miejscem dla zdobywania nowych doświadczeń oraz budowania kapitału składkowego na przyszłą emeryturę. Tym samym każde zatrudnienie w spółdzielni socjalnej osoby posiadającej już świadczenie emerytalno-rentowe jest odebraniem miejsca dla innych wykluczonych potrzebujących wsparcia. Dodatkowo zatrudnienie osoby w wieku przedemerytalnym nie zabezpieczy jej prawa do przejścia na wcześniejszą emeryturę³³⁴ co należy wziąć pod uwagę przy kwalifikacji osób do zatrudnienia w oparciu o umowę zlecenia³³⁵.

Wskazać także należy, iż umowa zlecenia nie gwarantuje stabilizacji w zakresie ubezpieczenia chorobowego. Jest ono w pełni dobrowolne, co w przypadku członków spółdzielni socjalnej może rodzić negatywne konsekwencje. Dążąc bowiem do obniżenia kosztów pracy oraz zwiększenia wpływów z wykonywanych zadań członkowie spółdzielni mogą decydować się na rezygnację z tej formy ochrony swoich interesów. Tym samym w razie wystąpienia choroby nie mogliby oni liczyć na odpowiednie świadczenie³³⁶.

Zupełnie inaczej jest w przypadku uprawnień wynikających z ubezpieczenia wypadkowego, które nawet w umowach zlecenia mają charakter obowiązkowy³³⁷. W takim przypadku ochrona jest zdecydowanie szersza.

Ważnym z punktu widzenia osób wykluczonych elementem ochrony ich stosunku zatrudnienia jest przysługujące w przypadku spółdzielczej umowy o pracę prawo do okresu wypowiedzenia. Daje ono szansę znalezienia innej pracy, co na lokalnym rynku jest niezwykle trudne. W przypadku zatrudnienia członka w oparciu o umowę zlecenia takie zabezpieczenie nie występuje, co także należy

³³³ P. Prusinowski, *Obowiązek zapłaty składek a definicja pracownika w prawie ubezpieczeń społecznych*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 6, Warszawa 2011, s. 291.

³³⁴ Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, Dz.U. t.j. z 2013 r, poz. 1440 ze zm, art. 29 i art. 32.

³³⁵ R. Sadlik, *Szczególne przywileje pracowników w zakresie prawa do wcześniejszej emerytury*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 2, Warszawa 2010, s. 78.

³³⁶ I. Sierocka, *Ubezpieczenie chorobowe agentów, zleceniobiorców i osób z nimi współpracujących*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 11, Warszawa 2006, s. 576.

³³⁷ S. Graboń, *Składka na społeczne ubezpieczenie wypadkowe – cz. I*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 4, Warszawa 2012, s. 194.

ocenić negatywnie w zakresie ochrony interesów uprawnień pracowniczych jednostki³³⁸. Owa umowa cywilnoprawna nie daje także żadnej ochrony w przypadku wypowiedzeń w ramach zwolnień grupowych, co natomiast obejmuje spółdzielcza umowa o pracę³³⁹.

Z punktu widzenia ochrony socjalnej członków spółdzielni socjalnej najbardziej jednak istotne znaczenie ma prawo do urlopu przysługujące osobom zatrudnionym w oparciu o spółdzielczą umowę o pracę. W umowach zlecenia wobec członków spółdzielni socjalnej zatrudnionych na tej podstawie nie sporządza się planów urlopów jak również nie realizuje się innych czynności prawnych w tym zakresie. W konsekwencji osoby defaworyzowane nie mogą wypocząć, ani zregenerować sił, aby bardziej efektywnie realizować powierzone im obowiązki. Ma to niezwykle istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku osób niepełnosprawnych, a brak takiej możliwości w przypadku umowy zlecenia należy ocenić negatywnie³⁴⁰. Za pewną próbą rekompensaty w zakresie zabezpieczenia socjalnego można uznać prawo do skorzystania z zasiłku macierzyńskiego i opiekuńczego oraz wynikających z tego tytułu zwolnień od wykonywania pracy pod warunkiem korzystania z ubezpieczenia chorobowego, które jednak jak należy przypomnieć w tym przypadku ma charakter nieobowiązkowy³⁴¹.

Wskazać więc należy, iż umowa zlecenia nie powinna być stosowana do zatrudniania osób wykluczonych ze względu na ograniczenia wynikające z ochrony uprawnień socjalnych oraz ekonomicznych. Są one związane chociażby z brakiem uprawnień w zakresie prawa do urlopu macierzyńskiego czy świadczeń wypadkowych, co w przypadku osób wykluczonych ma nader istotne znaczenie.

III. Umowa o dzieło zagrożeniem dla budowania kadr spółdzielni socjalnej

O ile w przypadku umowy zlecenia występują chociaż minimalne formy ochrony uprawnień członków spółdzielni o tyle zastosowanie umowy o dzieło do zatrudniania spółdzielców jest wypaczeniem idei spółdzielczości. Przede wszystkim umowa ta nie ma terminowego czy bezterminowego charakteru. W oparciu o taką formę zatrudnienia nie można budować stabilnych relacji pomiędzy członkami spółdzielni, ani tym bardziej tworzyć kadry dla ruchu spółdzielczego³⁴².

³³⁸ R. Sadlik, *Dopuszczalność wcześniejszego rozwiązania umowy o zakazie konkurencji po ustaniu zatrudnienia*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 3, Warszawa 2014, s. 134.

³³⁹ K. Baran, *Uprawnienia pracowników w ramach zwolnień grupowych*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 5, Warszawa 2006, s. 225.

³⁴⁰ G. Orłowski, *Umowa zlecenia a „miękkie domniemanie stosunku pracy*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 3, Warszawa 2006, s. 135.

³⁴¹ M. Frączek, A. Konarska, *Pracownicze urlopy związane z rodzicielstwem - nowe uprawnienia i obowiązki stron stosunku pracy*, Warszawa 2013, s. 2.

³⁴² A. Patulski: *Nietypowe formy zatrudnienia. Elastyczność czy stabilizacja*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 3, Warszawa 2008, s. 55.

Działalność spółdzielni socjalnej oparta jest o osobistą pracę jej członków podczas gdy w przypadku zastosowania umowy o dzieło nad wykonaniem dzieła może pracować nie tylko osoba będąca stroną takiej umowy, ale także i podmiot zewnętrzny. W takiej sytuacji następuje całkowite wypaczenie ideałów spółdzielczości gdzie to sami członkowie budują pozycję swojej spółdzielni na lokalnym rynku nie zaś wynajmują do tego podmioty z zewnątrz³⁴³.

Ważnym aspektem w zakresie ochrony ekonomicznej członka spółdzielni socjalnej są również prawa do ubezpieczenia zdrowotnego i emerytalno-rentowego. Nie ma obowiązku odprowadzania składek celem zapewnienia sobie właściwej ochrony. Tym samym spółdzielca pozbawiony jest całkowitej ochrony w związku z tym, iż zazwyczaj nie decyduje się dobrowolnie na opłacenie odpowiednich składek³⁴⁴.

Wskazać należy, iż członkowie spółdzielni socjalnej to najczęściej osoby borykające się z różnymi problemami zdrowotnymi posiadający także bardzo często stosowne orzeczenia o stopniu niepełnosprawności. Otrzymują je oni najczęściej w wyniku występowania u nich chorób przewlekłych lub współistnienia kilku typów niepełnosprawności. Tym samym zatrudnienie ich w oparciu o umowę, która w praktyce ogranicza im możliwości skorzystania z powszechnego systemu ochrony zdrowia, a w konsekwencji obniża ich efektywność w wykonywaniu powierzonych im obowiązków jest z lekka ujmując pewnym niezrozumieniem ich sytuacji ze strony ustawodawcy wprowadzającego takie regulacje³⁴⁵. Ważna jest tutaj szczególnie rola właściwych organów administracji publicznej, które w toku prowadzonej działalności mogą przekonywać spółdzielczych przedsiębiorców do konieczności stosowania tego typu rozwiązań i objęcia odpowiednim ubezpieczeniem tego typu.

Członkostwo w spółdzielni socjalnej ma szczególnie istotne znaczenie dla osób wchodzących na rynek pracy po długotrwałej przerwie. Wykluczeni korzystający przez wiele lat z pomocy społecznej, wychodzący z uzależnienia czy bezdomności, długotrwale bezrobotni muszą mieć szansę na budowanie swojej przyszłości socjalnej w tym także prawa do zabezpieczenia emerytalnego czy rentowego. Bez stabilnej spółdzielczej umowy o pracę nie mogą być oni rzeczywistymi członkami spółdzielni socjalnej, którzy uwierzą w powodzenie tego typu projektu zwłaszcza, gdy stosowane wobec nich dotychczas inne formy wsparcia okazały się bezskuteczne.

Umowy o dzieło nie mogą być powszechnie stosowane w spółdzielniach socjalnych. Wynika to z faktu idei leżących u podstaw funkcjonowania spółdzielni socjalnych, które powinny gwarantować stabilizację nawet w sytuacji, gdy współpraca z danym członkiem będzie miała jedynie

³⁴³ E. Bąk, *Nietypowe formy zatrudnienia na rynku pracy*, Warszawa 2008, s. 77.

³⁴⁴ P. Wąż: *Dodatkowe zatrudnienie u tego samego pracodawcy*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 5, Warszawa 2011, s. 56.

³⁴⁵ P. Prusikowski: *Obowiązek zapłaty składek a definicja pracownika w prawie ubezpieczeń społecznych*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 6, Warszawa 2011, s. 291-292

krótkotrwały charakter. Nie można na takiej podstawie budować stabilnej spółdzielni, gdyż w takiej sytuacji członkowie nie czują nie tylko więzi organizacyjnej z podmiotem, ale także nie są w pełni zintegrowania z jego strukturami oraz ideałami ruchu spółdzielczego.

Członkowie spółdzielni socjalnej realizują w jej ramach różne zadania. Są one przydzielane bezpośrednio przez Zarząd spółdzielni i nie dotyczą jedynie aktywności ekonomicznej. Przywołując cele stawiane przez ustawodawcę spółdzielniom socjalnym przypomnieć należy, iż poza działalnością gospodarczą podmioty te zobowiązane są także realizować zadania w zakresie reintegracji społecznej i zawodowej swoich członków³⁴⁶. Stanowią one podstawę budowania ich umiejętności oraz tworzenia stabilnych relacji z lokalną społecznością. Także tutaj wykorzystanie umów o dzieło jako formy zatrudnienia innych poza członkami spółdzielni osób nie wydaje się być pozytywnym rozwiązaniem. Przede wszystkim wynika to z faktu, iż w tego typu projektach spółdzielnie socjalne współpracują nie tylko z innymi spółdzielniami, ale przede wszystkim organizacjami pozarządowymi wspierającymi osoby defaworyzowane. Mogą mieć one różną formę od stowarzyszeń po fundacje. Zdarzają się także coraz częstsze przypadki zaangażowania w taką działalność spółek non-profit, które realizują zadania na rzecz lokalnej społeczności, których współpraca ze spółdzielniami w tym zakresie nie ma jedynie charakteru incydentalnego. Tym samym stosowanie w takich warunkach umowy o dzieło niekorzystnie wpływa na postawy osób współpracujących ze spółdzielniami pochodzącymi z tych organizacji. W związku z tym, iż najczęściej są to także osoby wykluczone spółdzielnia socjalna przedstawia się im nie jako wiarygodne i stabilne miejsce pracy, ale jako kolejny komercyjny przedsiębiorca, który chce wykorzystać ich umiejętności dla własnych celów³⁴⁷.

Projekty społeczne opisane powyżej nie mają charakteru jednorazowego lecz długotrwały i są finansowane ze znacznym udziałem środków zewnętrznych. Wskazać tutaj należy zwłaszcza na fundusze wspólnotowe, które wspierają walkę z defaworyzacją społeczną i rozwijanie umiejętności interpersonalnych. W ramach nowego okresu programowania 2014-2020 dążyć się będzie do stabilizacji zatrudnienia osób uczestniczących w takich projektach. Tym bardziej umowa o dzieło nie powinna być stosowana w tym przypadku. Może być ona zastąpiona typową umową o pracę chociażby na czas określony, która jest zdecydowanie bardziej stabilna w zakresie bezpieczeństwa socjalnego i ekonomicznego. Takie rozwiązanie umożliwiają przywołane wcześniej przepisy prawa spółdzielczego, które należy powszechnie stosować zamiast umów cywilnoprawnych³⁴⁸.

Podsumowując wskazać więc należy, iż na kształtowanie kompetencji kadr spółdzielni socjalnej mają wpływ umiejętności zdobywane zarówno podczas działalności ekonomicznej jak i

³⁴⁶ Ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych Dz.U. z 2006 r., Nr 94, poz. 651 ze zm. art. 2.

³⁴⁷ B. Godlewska-Bujok, C. Miżejewski, *Ustawa o spółdzielniach socjalnych. Komentarz*. Warszawa 2012, s. 19.

³⁴⁸ Ustawa z dnia 16 września 1982 r. Prawo spółdzielcze Dz.U. t.j. z 2003 r., Nr 188, poz. 1848 ze zm., art. 201.

społecznej. Zastosowanie jednak w obu przypadkach umowy o dzieło może działać destrukcyjnie na ich rozwój. Wynika to przede wszystkim z braku możliwości ochrony przed ryzykiem wypadkowym i chorobowym oraz prawem możliwości skorzystania z zabezpieczenia emerytalnego lub rentowego co ma istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku osób niepełnosprawnych lub zagrożonych wykluczeniem. Również ogranicza to także pozytywny wizerunek spółdzielni socjalnej jako podmiotu stabilizującego zatrudnienie w oparciu o spółdzielczą umowę o pracę. Każdy członek przystępujący do spółdzielni socjalnej wymaga zastosowania tej właśnie umowy jako osoba wymagająca szczególnego wsparcia wobec, której inne narzędzia w zakresie reintegracji zawodowej nie przyniosły odpowiedniej skuteczności. Tym samym umowa o dzieło rzeczywiście wpływa na destabilizację kadr spółdzielni i jako taka nie powinna być stosowana.

Zakończenie

Umowy cywilnoprawne w postaci umowy zlecenia oraz umowy o dzieło należą do elastycznych form zatrudnienia pracowników. Są one powszechnie stosowane w przypadku komercyjnych przedsiębiorców prowadząc do obniżenia kosztów zatrudnienia. Z tej samej przyczyny ustawodawca wprowadził takie rozwiązania również w przypadku spółdzielni socjalnych, co jednak należy ocenić negatywnie.

Zastosowanie umowy o dzieło nie gwarantuje członkom spółdzielni socjalnej stabilizacji socjalnej związanej z prawem do urlopu wypoczynkowego czy wypowiedzenia. Również jako osoby wykluczone nie mogą oni także skorzystać z prawa do bezpłatnej służby zdrowia, co w przypadku tej kategorii osób ma szczególne znaczenie. Spółdzielcy są najczęściej osobami obciążonymi licznymi chorobami somatycznymi, co przekłada się także na spadek ich efektywności, a bez właściwej opieki medycznej może prowadzić do jeszcze dłuższego ich wykluczenia z rynku pracy. Nie mogą oni także skorzystać z prawa do zasiłku dla bezrobotnych po zakończeniu zatrudnienia w przeciwieństwie do tych zatrudnionych w oparciu o umowę zlecenia. Również samo wynagrodzenie jest zdecydowanie niższe niż w przypadku umów kodeksowych.

Wskazać jednak należy, iż obydwie elastyczne formy zatrudnienia nie chronią w sposób całościowy jak spółdzielcza umowa o pracę. Tylko poprzez jej zastosowanie możliwa jest pełna ochrona praw członków spółdzielni zarówno w wymiarze ekonomicznym jak i socjalnym. Tym samym negatywnie należy ocenić wolę ustawodawcy, aby taką formę zatrudnienia stosować wobec spółdzielców tej kategorii spółdzielni ze względu na zadania stojące przed spółdzielnią socjalną. Nie wyklucza to jednak stosowania elastycznych form zatrudnienia w innych spółdzielniach gdzie członkowie nie są obciążeni takim bagażem doświadczeń i to właśnie taki zapis o różnicowaniu

podmiotów wobec, których stosowane są elastyczne formy zatrudnienia winien się znaleźć w nowelizacji treści artykułu 201 ustawy Prawo spółdzielcze lub w nowej ustawie nad którą obecnie trwają prace. Takiemu rozwiązaniu można jednak zarzucić ograniczenia konkurencyjności. Wskazać jednak należy, iż w przypadku spółdzielni socjalnych oraz stawianych przed nią zadań w zakresie reintegracji zawodowej i społecznej musi ona wobec swoich członków stosować określoną stabilną formę zatrudnienia jej członków ze wsparciem ustawodawcy.

O autorze

Andrzej Michalik jest doktorem nauk prawnych zatrudnionym na stanowisku adiunkta w Instytucie Ekonomicznym Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Elblągu. Absolwent wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego oraz wydziału Zarządzania i Ekonomii Politechniki Gdańskiej.

Streszczenie

Elastyczne formy zatrudnienia są podstawą zatrudnienia pracowników w wielu podmiotach komercyjnych. Ustawodawca celem zmniejszenia kosztów pracy umożliwił zastosowanie takiego rozwiązania również w przypadku spółdzielni. Takie rozwiązanie może być korzystne w przypadku wielu form spółdzielni poza spółdzielniami socjalnymi, które realizują zadania związane z reintegracją społeczną i zawodową swoich członków. Jako takie winny gwarantować stabilizację zatrudnienia oraz bezpieczeństwo ekonomiczne i socjalne czego niestety nie są w stanie zapewnić umowa zlecenia i umowa o dzieło. Tym samym dążyć należy do ich ograniczenia i prawnego zakazu stosowania tego typu umów w spółdzielniach socjalnych w stosownej noweli właściwych przepisów.

Summary

The flexible forms of work are one of the most important methods of employment in many commercial enterprises. A Polish Legislator prepared an identical solution also for cooperatives. It maybe useful for different types of cooperatives but not for social cooperatives which have specific influence for its members and local community. The main aim of social cooperatives is a social and vocational reintegration. They should build stable workplaces and social safety so management board have to use cooperative employment contract instead of a contract of mandate or specific task contract. As a result members of social cooperatives movement need to plan conclusions for Legislator in which they contain a ban of use flexible forms of employment in social cooperatives.

Czy menedżerskie opcje na akcje mogą być efektywnym instrumentem minimalizującym koszty agencji w spółkach akcyjnych?

Krzysztof Tapek

I. Źródła kosztów agencji w spółkach akcyjnych

Rozpowszechniona zarówno w polskiej, jak i zagranicznej literaturze teoria agencji może znaleźć zastosowanie we wszelkich jednostkach organizacyjnych, gdzie następuje podział pracy oraz rozbieżność celów zaangażowanych w korporację podmiotów. Fundamentalna definicja sformułowana przez M. C. Jensena i W. H. Mecklinga zakłada, że relacja agencji jest to kontrakt, w którym jedna lub więcej osób (*the principal(s)*) angażuje inną osobę (*the agent*) do działania w swoim interesie. Zaangażowanie to wiąże się z delegacją na agenta kompetencji do podejmowania decyzji dotyczących sfery majątkowej pryncypała³⁴⁹. W ten sposób dochodzi do rozdziału kapitału (osób spełniających funkcję finansujących i kontrolnych - pryncypałów) od zarządzania (osób spełniających funkcje decyzyjne - agentów). Obu stronom tej umowy przyświecają odmienne cele, w związku z czym dochodzi do tak zwanych „konfliktów agencyjnych”. Mogą one występować na różnych płaszczyznach, którymi w przypadku spółki akcyjnej są:

- a) akcjonariusze – menedżer,
- b) akcjonariusze – wierzyciel,
- c) akcjonariusz dominujący – akcjonariusze mniejszościowi,
- d) akcjonariusze aktualni – akcjonariusze potencjalni³⁵⁰.

Każda ze stron konfliktu agencyjnego dąży, w większym lub mniejszym stopniu, do maksymalizacji własnej korzyści. W zakresie stanowiącym przedmiot niniejszego opracowania (czyli na płaszczyźnie akcjonariusze - menedżer) akcjonariusze, będący właścicielami spółki (w znaczeniu ekonomicznym, ale nie prawnym) dążą do zwiększania własnej użyteczności poprzez wypłatę dywidendy, ryzykowne inwestycje, które jednakże mogą przynieść znacznie większą stopę zwrotu niż inwestycje „bezpieczne”. Z kolei celami menedżerów będą m. in. do:

- maksymalizacji własnych korzyści (zarówno majątkowych, jak i niemajątkowych),

³⁴⁹ M. C. Jensen, W. H. Meckling, *Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, <http://ssrn.com/abstract=94043>, s. 5

³⁵⁰ E. Rychłowska – Musiał, *Miary kosztów agencji w spółkach akcyjnych*, Poznań 2011, s. 14

- tezauryzacja zysku w spółce a następnie jego inwestowanie celem budowania „imperium”, co z kolei wpływało będzie na wzrost prestiżu menedżera w środowisku,
- bezpieczne inwestycje, które co prawda nie mają szans przynieść ponadprzeciętnych stóp zwrotu, jednak zapewniają menedżerom stabilizację i minimalizują niebezpieczeństwo bankructwa pracodawcy,
- zwiększenie wydatków reprezentacyjnych oraz kosztów „obsługi menedżerów” (utrzymania samochodów, samolotów, inne).

Z powyższych względów tylko spółka, w której nie nastąpił rozdział kapitału od zarządzania, czyli gdzie menedżer posiada 100% akcji, może podejmować decyzje biznesowe optymalne i w pełni efektywne. W takiej spółce występują zerowe koszty agencji. Innymi słowy każda wydana przez menedżera złotówka stanowi dla niego koszt jednej złotówki i przynosi mu ona 100% korzyści. Jeśli manager zbędzie część (α) akcji w spółce, czyli zbędzie część roszczeń rezydualnych, to wciąż będzie konsumował 100% korzyści poza pieniężnych (np. koszty obsługi menedżerów), natomiast w zysku spółki (korzyściach pieniężnych) będzie uczestniczył w części $1-\alpha$. Tym samym każda wydana przez menedżera złotówka będzie dla niego kosztem $1-\alpha$ i uzyska z niej korzyść pieniężną na poziomie $1-\alpha$. To będzie motywowało menedżera do zwiększania konsumpcji korzyści poza pieniężnych i zwiększania wydatków na te cele kosztem korzyści pieniężnych, które odnoszą wszyscy akcjonariusze.³⁵¹

W przypadku rozdziału kapitału od zarządzania mamy do czynienia z konfliktem agencyjnym, spowodowanym przede wszystkim asymetrią informacyjną między akcjonariuszami a menedżerami. Asymetria przejawia się w przewadze, jaką mają menedżerowie w dostępie do informacji oraz w ograniczonej zdolności akcjonariuszy do weryfikacji sprawozdań i raportów sporządzonych przez menedżerów³⁵². Aby zniwelować skutki konfliktu konieczne jest ponoszenie kosztów agencyjnych. Stanowią one sumę:

- a) kosztów monitoringu działań menedżerów (*monitoring expenditures* - to wszelkie koszty, jakie ponosi pryncypał w celu wymuszenia na agencie określonych zachowań, np. koszty funkcjonowania rady nadzorczej, koszty motywacyjnych systemów wynagrodzeń, polityki premiowej),
- b) kosztów ponoszonych przez agenta celem zapewnienia realizacji interesów mocodawcy (*bonding costs* - koszty te ponosi agent z tytułu wejścia w relację zobowiązującą go do wykonania pracy na rzecz podmiotu zlecającego, np. nabycie akcji zarządzanej spółki, koszty polisy od odpowiedzialności za ewentualne szkody wyrządzone spółce),

³⁵¹ M. C. Jensen, W. H. Meckling, *Theory...*, op. cit., s. 10-11.

³⁵² K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. 17.

- c) straty rezydualnej (*residual loss* – to różnica pomiędzy wartością rezultatu, który byłby optymalny z punktu widzenia pryncypałów, czyli rezultatu osiągniętego w przypadku braku rozdziału kapitału i zarządzania, a wartością, która została osiągnięta pomimo poniesienia pozostałych kosztów agencyjnych; innymi słowy to wyrażone wartościowo obniżenie wartości spółki będące efektem oportunistycznych zachowań menedżera)³⁵³.

Koszty agencyjne stały się przedmiotem wielu analiz oraz badań. Na przełomie XX i XXI wieku badania empiryczne wśród małych i średnich przedsiębiorstw na amerykańskim rynku przeprowadzili J. S. Ang, R. A. Cole oraz J. W. Lin³⁵⁴. Z uzyskanych przez nich wyników wypływają następujące wnioski: po pierwsze koszty agencji są wyższe, gdy spółką zarządza menedżer – *outsider* (o średnio 3,4% - 5% - w zależności od przyjętej metody kalkulacji kosztów agencji), po drugie koszty agencji są odwrotnie proporcjonalne w stosunku do ilości akcji (udziałów) posiadanych w spółce przez menedżera, po trzecie koszty agencji wzrastają wraz z ilością udziałowców (akcjonariuszy) niebędących menedżerami.

II. Narzędzia ograniczania kosztów agencji

Znając źródła kosztów agencji warto dokonać przeglądu sposobów ich minimalizacji. Można tu wyróżnić dwie grupy instytucji, które przyczyniają się do redukcji powyższych kosztów. Są to instytucje ustawowe (przewidziane przede wszystkim w KSH) oraz mechanizmy pozaustawowe.

a) Mechanizmy ustawowe

Podstawowym ustawowym uprawnieniem akcjonariuszy, mającym na celu mobilizację menedżerów do działania w ich interesie, jest możliwość odwołania każdego członka zarządu w dowolnym czasie przez walne zgromadzenie. Kompetencja ta została też (obok uprawnienia do powoływania członków zarządu) przyznana reprezentantom akcjonariuszy, czyli radzie nadzorczej, który to organ został w modelu dualistycznym (funkcjonującym na gruncie KSH) wyposażony w kompetencje kontrolne i nadzorcze. Mimo generowania kosztów związanych z jej działaniem, rada nadzorcza sprawnie redukuje straty rezydualne³⁵⁵.

Zarządcy spółki muszą również, w przypadkach wskazanych w KSH (ewentualnie w statucie), uzyskiwać zgody walnego zgromadzenia, tudzież rady nadzorczej. Jako przykłady można wymienić:

³⁵³ M. C. Jensen, W. H. Meckling, *Theory...*, op. cit., s. 6-7.

³⁵⁴ J. S. Ang, R. A. Cole, J. W. Lin, *Agency costs and ownership structure*, <http://ssrn.com/abstract=981268>.

³⁵⁵ Badania empiryczne na próbie spółek notowanych na GPW w latach 2010-2011 prowadził L. Bohdanowicz (*Funkcja kontrolna rady nadzorczej a redukcja kosztów agencji* [w:] *Prace i Materiały Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Gdańskiego*, 2012, numer 4, s. 53-69), który wykazał, że odpowiednie ukształtowanie struktury organów menedżerskich oraz aktywność rady nadzorczej wpływa na redukcję kosztów agencji w spółkach.

zbycie i wydierżawienie przedsiębiorstwa, nabycie i zbycie nieruchomości, emisja obligacji zamiennych i z prawem pierwszeństwa, emisja warrantów subskrypcyjnych, zawarcie umowy holdingowej (art. 7 KSH), zawarcie niektórych umów z członkami zarządu. Mimo dość ograniczonego kręgu spraw oddanych bezpośrednio pryncypałom do zatwierdzenia, można stwierdzić, że dotyczy on spraw ważkich dla spółki. Dlatego instrument ten może być skutecznym sposobem redukcji kosztów agencji *ex ante*.

W spółce akcyjnej istnieje również obowiązek sporządzania rocznych sprawozdań finansowych, badanych przez biegłego rewidenta, a następnie zatwierdzanych przez walne zgromadzenie. Zwyczajne walne zgromadzenie udziela także absolutorium poszczególnym członkom zarządu ze sprawowania ich funkcji w poprzednim roku obrotowym. Są to jednak instrumenty oceny zachowań menedżerów *ex post*, a zatem ich efektywność jest mocno ograniczona.

Kolejnym ustawowym instrumentem *corporate governance*, wpływającym na zachowania menedżerów, są powództwa przeciwko zarządom, przewidziane w art. 483 KSH. Jednak z uwagi na przyjmowaną w orzecznictwie, restrykcyjną wykładnię przesłanek odpowiedzialności zarządców pociągnięcie ich do odpowiedzialności jest bardzo trudne. Oprócz niedołożenia należytej staranności (co jest jedynie przesłanką winy zarządcy), powód musi dowieść działania lub zaniechanie sprzeczne z prawem lub statutem oraz szkodę wyrządzoną spółce³⁵⁶. Polska regulacja (a w zasadzie sposób jej odczytania przez sądy) sprawia, że uzyskanie odszkodowania od członków zarządu jest możliwe jedynie w przypadku udowodnienia naruszenia ustawy lub statutu. Zarządcy nie ponoszą odpowiedzialności za błędne decyzje biznesowe ani za naruszenie obowiązku lojalności. Dla porównania, z badań empirycznych prowadzonych w stanie Delaware w latach 1999-2000, na próbie 1280 spraw sądowych (dotyczących spraw korporacyjnych) wynika, że 1003 sprawy (78%) zostały wniesione właśnie z powodu błędnych decyzji biznesowych (*breach of business judgement rule*, co może być dokonane przez naruszenie jednego z trzech obowiązków: lojalności, dobrej wiary lub działania z należytą starannością)³⁵⁷, 261 spraw (20%) dotyczyło naruszenia ustaw, natomiast pozostała część (16 spraw, to jest 2%) dotyczyła innych spraw³⁵⁸.

Trzeba pamiętać, że samo wytoczenie powództwa odszkodowawczego również wiąże się z wydatkami (opłata sądowa, obsługa prawna), które stanowiąc będą koszty agencji. Z drugiej strony większa popularność powództw odszkodowawczych zwiększy ryzyko zawodowe menedżerów i

³⁵⁶ K. Oplustil, *Instrumenty...*, op. cit., s. 784-790, tak również SN w wyroku z dnia 9 lutego 2006 roku, sygn. akt V CSK 128/05, Lexis.pl nr 401516.

³⁵⁷ C. W. Furlow, *Good Faith, Fiduciary Duties, And The Business Judgment Rule In Delaware*, <http://epubs.utah.edu/index.php/ulr/article/viewfile/249/221>, s. 1065-1066.

³⁵⁸ R. B. Thompson, R. S. Thomas, *Shareholder Litigation: Reexamining The Balance Between Litigation Agency Costs and Management Agency Costs*, http://ssrn.com/abstract_id=336162, s. 24-31.

skłoni ich do zaopatrywania się w polisy ubezpieczeniowe od odpowiedzialności za szkody związane z zarządzaniem spółką (*Directors' & Officers' Liability Insurance*). W rezultacie spółka, której będzie zależało na zaangażowaniu konkretnego menedżera, najprawdopodobniej pokryje koszty polisy i tym samym jej koszty agencji wzrosną. Co więcej, pokrycie przez spółkę kosztów polisy osłabi funkcję prewencyjną odpowiedzialności odszkodowawczej. Menedżer nie będzie ponosił konsekwencji swoich zachowań ani nawet kosztów polisy. W ten sposób u menedżera pojawi się „pokusa nadużycia”³⁵⁹, w rezultacie czego będzie on podejmował decyzje bardzo ryzykowne i często nieuzasadnione biznesowo, co doprowadzi do strat spółki i zwiększy straty rezydualne³⁶⁰.

Ze wszystkich powyższych względów odpowiedzialność odszkodowawcza zarządców powinna być bardzo starannie uregulowana, dla uzyskania optymalizacji kosztów agencji (gdyż *de facto* redukcja tych kosztów stanowi podstawowy jej cel).

Przy omawianiu reducentów konfliktów agencyjnych nie można pominąć instrumentów mających na celu minimalizację asymetrii informacyjnej. W najpełniejszej formie występują one w spółkach publicznych. Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, przewiduje szereg obowiązków informacyjnych dla spółek giełdowych związanych z przekazywaniem informacji poufnych, bieżących i okresowych podmiotowi prowadzącemu rynek regulowany oraz do publicznej wiadomości za pomocą wybranej agencji informacyjnej. Ustawa ta przewiduje surowe sankcje administracyjno-karne za naruszenie tych obowiązków.

W spółkach, które nie są notowane na giełdzie, uprawnienia informacyjne akcjonariuszy są bardzo ograniczone. W zasadzie przewidują je jedynie art. 428 i 429 KSH, a zatem w mniejszych spółkach, w których akcjonariat nie jest aż tak rozdrobniony jak w spółkach publicznych, dysproporcja informacyjna jest większa.

b) Mechanizmy pozaustawowe

Po pierwsze, jeśli przyjąć założenie sformułowane przez M. C. Jensena³⁶¹, że konflikt agencyjny powstaje między właścicielami a menedżerami w zakresie podziału wolnych środków finansowych, można wyprowadzić dwa sposoby minimalizacji kosztów agencji: zadłużenie spółki oraz wypłata dywidendy akcjonariuszom³⁶². W pierwszym przypadku im większe jest zadłużenie

³⁵⁹ „Pokusa nadużycia”, nazywana też „ryzykiem moralnym” (*moral hazard*) polega na tym, że ochrona ubezpieczeniowa zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia zjawiska, przeciwko któremu się ubezpieczono.

³⁶⁰ K. Oplustil, *Instrumenty...*, op. cit., s. 755-760.

³⁶¹ M. C. Jensen, *Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers*, <http://papers.ssrn.com/abstract=99580>.

³⁶² E. Rychłowska – Musiał, *Miary...*, op. cit., s. 195-196.

spółki, tym mniejsze są koszty agencji, gdyż dłuża zmniejsza ilość wolnych środków w spółce. W drugim przypadku wzrost udziału dywidendy w wytworzonej nadwyżce finansowej obniża koszty agencji (im mniejszy strumień wolnej gotówki posiada spółka, tym mniejsze koszty agencji).

W nawiązaniu do powyższych wniosków, można stwierdzić, że spółki silnie wzrostowe, nastawione na inwestycje nie wykazują kosztów agencji (lub wykazują je na minimalnym poziomie), gdyż cele zarządu oraz akcjonariuszy są zbieżne³⁶³.

Po drugie, istnieje możliwość spisania z menedżerem umowy o zarządzanie, w której niejako *ex ante* zostaną przewidziane przykładowe sytuacje oraz zachowania, jakie menedżer jest zobowiązany podjąć, w razie ich zaistnienia. Jednak należy mieć na uwadze, że nie jest możliwe skonstruowanie „kompletnego kontraktu”, który przewidziałby wszystkie możliwe stany faktyczne, gdyż rzeczywistość gospodarcza jest zbyt skomplikowana³⁶⁴. W zasadzie, gdyby było możliwym skonstruowanie kompletnej umowy, zadania menedżerów sprowadzałyby się jedynie do reprezentacji spółki, nie byłoby już konieczne podejmowanie decyzji dotyczących prowadzenia spraw spółki, a koszty agencji wynosiłyby zero.

Dlatego bardziej efektywnym rozwiązaniem jest zawarcie z członkiem zarządu stosunku zobowiązaniowego, na podstawie którego jego cele staną się tożsame z celami pryncypałów. Są to tak zwane „kontrakty bodźcowe” (*incentive contracts*). Opierają się one na założeniu, że powiązanie wynagrodzenia menedżera z celami akcjonariuszy, którymi w szczególności są maksymalizacja wartości przedsiębiorstwa oraz ich bezpośrednich dochodów, jest skutecznym instrumentem redukcji konfliktu agencyjnego³⁶⁵. „Kontrakty bodźcowe” mogą zawierać następujące zachęty dla menedżerów³⁶⁶:

- określenie warunków zwolnienia menedżera, gdy spółka nie osiąga dochodów na zakładanym poziomie,
- przyznanie menedżerowi części akcji przedsiębiorstwa,
- przyznanie menedżerowi opcji na zakup akcji przedsiębiorstwa.

III. Opcje menedżerskie jako instrument ograniczania kosztów agencji

Opcje menedżerskie na akcje największą popularność zdobyły w latach 90-tych w krajach Europy Zachodniej. W USA 95% spółek o dochodach przekraczających 3 miliardy dolarów posiadało

³⁶³ *Ibidem*, s. 196.

³⁶⁴ A. Shleifer, R. W. Vishny, A Survey of Corporate Governance, <http://ssrn.com/abstract=10182>, s. 7.

³⁶⁵ E. Fama, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, [http://business.illinois.edu/josephm/BA549_Fall%202010/Session%205/Fama%20\(1980\).pdf](http://business.illinois.edu/josephm/BA549_Fall%202010/Session%205/Fama%20(1980).pdf), s. 297.

³⁶⁶ Cz. Mojżesz, *Kontrakty niekompletne jako teoretyczna podstawa nadzoru korporacyjnego* [w:] *Strategiczne obszary nadzoru zewnętrznego i wewnętrznego*, [red:] S. Rudolf, Łódź 2002, s. 63.

programy opcyjne, w Wielkiej Brytanii 93%, natomiast w Europie kontynentalnej 63%³⁶⁷. Instrumenty te popularność zdobywały stopniowo – począwszy od lat 70-tych. Analizując ich udział w wynagrodzeniach menedżerów spółek amerykańskiego indeksu S&P 500 można dojść do wniosku, że początkowo stanowiły one niewielki ułamek wynagrodzeń, by po roku 1985 osiągnąć wskaźnik ok. 50%. W roku 2000 korzyści osiągane z opcji stanowiły 480% wynagrodzenia zasadniczego menedżerów. Po roku 2000 udział ten spadł³⁶⁸, jednak nadal jest on znaczący, a opcje menedżerskie na akcje wciąż cieszą się popularnością, choć coraz częściej wypierane zostają przez inne instrumenty bodźcowe.

W Polsce trend jest odwrotny, gdyż rynek opcji menedżerskich wciąż rośnie. Dla porównania w 2001 roku wśród spółek notowanych na GPW funkcjonowało 20 programów motywacyjnych, w 2007 roku znajdowały one zastosowanie w 29% spółek publicznych, natomiast na koniec czerwca 2012 roku na rynku głównym GPW notowanych było 434 spółki, z których 43,5% uchwaliło w latach 2003-2012 programy opcji menedżerskich. Największą popularność programy opcyjne zdobyły wśród spółek z sektora media i telekomunikacja (funkcjonują w 100% spółek z indeksu WIG-TELEKOM oraz 92% spółek indeksu WIG-MEDIA), natomiast najmniej programów działających w oparciu o płatności akcjami własnymi funkcjonuje w sektorze energetycznym (11,11%)³⁶⁹.

Opcja na akcje daje właścicielowi (uprawniony z opcji) prawo, lecz nie obowiązek, do zakupu (w przypadku opcji *call*) lub sprzedaży (w przypadku opcji *put*) określonego instrumentu bazowego po z góry określonej cenie (*strike price*, *exercise price*). Druga strona transakcji, czyli zobowiązany z opcji, ma obowiązek spełnić żądanie właściciela opcji. Przy zawieraniu umowy nabywca opcji płaci zbywcy (późniejszemu zobowiązanemu) premię (*premium*), co stanowi dla niego koszt zawarcia umowy. Za premię uprawniony nabywa możliwość późniejszego wyboru między realizacją opcji lub brakiem jej realizacji, co determinowane jest ceną rynkową instrumentu bazowego w określonym czasie.

Wśród opcji można wyróżnić dwa "style" - europejski i amerykański. Opcja europejska może być wykonana jedynie w określonym dniu (*maturity date*, *expiration date*), natomiast opcja amerykańska w dowolnym czasie między dniem zawarcia umowy opcji a dniem jej wygaśnięcia. Inną klasyfikacją jest podział na opcje *in-the-money* (ITM) i *out-of-the-money* (OTM). Opcje *in-the-money* dla opcji *call*, to opcje, których cena wykonania jest niższa niż wartość rynkowa instrumentu bazowego, natomiast dla opcji *put* oznacza to, że *strike price* jest wyższa od wartości rynkowej

³⁶⁷ D. Podedworna-Tarnowska, *Opcyjne programy motywacyjne w systemach wynagradzania menedżerów wyższego szczebla*, Zeszyty Naukowe, Szkoła Główna Handlowa. Kolegium Gospodarki Światowej, 2012, nr 33, s. 277.

³⁶⁸ M. C. Jensen, K. J. Murphy, *Remuneration: Where we've been, how we got to here, what are the problems, and how to fix them*, <http://ssrn.com/abstract=561305>, s. 25.

³⁶⁹ Trio Management, *Raport: Rynek opcji menedżerskich w Polsce. IV edycja*, s. 3.

instrumentu bazowego. Opcje *out-of-the-money* dla opcji *call*, to opcje, których *exercise price* jest wyższa niż wartość rynkowa instrumentu bazowego, natomiast dla opcji *put* cena wykonania jest niższa od wartości rynkowej instrumentu. Obok powyższych opcji można również wyróżnić opcje *at-the-money* (ATM), dla których cena rynkowa instrumentu jest równa lub bardzo zbliżona do *strike price*.

Programy opcji menedżerskich na akcje polegają na przyznaniu menedżerom opcji nabycia akcji po określonej cenie (najczęściej jest to cena akcji z daty przyznania opcji). Opcje są przyznawane najczęściej na dłuższe okresy czasu (w USA jest to ok. 10 lat, natomiast w Wielkiej Brytanii między 7 a 10 lat). Opcje mogą być wykonane po upływie określonego w umowie czasu, a niekiedy konieczne jest również spełnienie innych warunków, jak np. wzrost zysku, wzrost wartości rynkowej przedsiębiorstwa i inne. W USA najczęściej stosowany jest jedynie warunek upływu czasu, natomiast w Polsce realizacja opcji najczęściej jest uzależniona od efektywności menedżerów. Nabyte na podstawie umowy opcji instrumenty bazowe najczęściej nie mogą być zbyte przez określony czas. W momencie opuszczania spółki przez menedżera lub zakończenia trwania programu opcyjnego, menedżer może zatrzymać akcje nabyte, natomiast traci opcje niezrealizowane.

Wobec konfliktu agencyjnego istniejącego w spółkach akcyjnych, przyznanie menedżerom opcji na akcje wydawało się skutecznym i dość intuicyjnym sposobem na obniżenie kosztów agencji. Menedżer posiadający opcje będzie osobiście zainteresowany wzrostem wartości przedsiębiorstwa, sam stanie się akcjonariuszem, a zatem jego pobudki proporcjonalnie do ilości przyznanych mu opcji będą tożsame z pobudkami pryncypałów. Jednak programy opcyjne stały się źródłem wielu patologii w spółkach, co w szczególności uwidoczniło się w USA – kraju, gdzie były one najbardziej powszechne. Tam też w ostatnich latach pogląd o niezawodności opcji menedżerskich na akcje jako skutecznego instrumentu *corporate governance* został zrewidowany. Poniżej zostanie zaprezentowana argumentacja kwestionująca przydatność opcji menedżerskich jako instrumentu minimalizacji kosztów agencji.

Po pierwsze, opcje menedżerskie na akcje mogą zaburzać politykę dywidendową spółki. Menedżerowie posiadający opcje mają osobiste powody za minimalizowania wypłacanych dywidend. Dywidendy zmniejszają wartość przedsiębiorstwa, a więc po wypłaceniu dywidendy agentowi ciężiej jest uzyskać określony w umowie opcji cel, po którego osiągnięciu może zrealizować opcje (zakupić określoną ilość akcji po ustalonej cenie). Choć teoretycznie możliwe jest skonstruowanie kontraktu menedżerskiego przewidującego opcje na akcje, niezaburzającego polityki dywidendowej, w praktyce

jest to bardzo skomplikowane. Badania empiryczne prowadzone w latach 1992-2009³⁷⁰ wskazują, że istnieje negatywna zależność między opcjami menedżerskimi na akcje a wysokością dywidendy wypłacanej akcjonariuszom, przy czym zależność ta jest mniejsza w spółkach, które są systematycznymi płatnikami dywidendy, natomiast większa w przypadku spółek, które wypłacają dywidendę niesystematycznie.

Po drugie, koszt opcji na akcje dla spółki jest wyższy niż wartość tej opcji dla menedżera. Koszt opcji jest równy wartości rynkowej akcji, na które umowa opcji opiewa w momencie jej wykonania (ponieważ tyle za akcję jest gotowy zapłacić zewnętrzny inwestor). Z kolei dla menedżera opcja ta jest mniej warta, gdyż najczęściej nie może on akcji sprzedać, czy dokonywać krótkiej sprzedaży (dla dywersyfikacji swojego ryzyka inwestycyjnego). Dlatego opcje są relatywnie drogim instrumentem motywacyjnym (choć w wielu spółkach są one postrzegane jako instrument *de facto* darmowy)³⁷¹.

Po trzecie, przyznanie opcji menedżerom zwiększa ryzyko przewartościowania spółek. W spółce przewartościowanej wartość rynkowa wszystkich jej akcji jest o 100% lub więcej wyższa od faktycznej wartości spółki. Z tego powodu spółka nie jest w stanie osiągnąć takiej efektywności, jakiej spodziewają się po niej uczestnicy rynku oceniając jej możliwości na podstawie wartości rynkowej akcji (gdyż to właśnie wartość akcji jest głównym źródłem informacji dla zewnętrznego inwestora). Z czasem staje coraz trudniejsze utrzymanie wyników spółki, które usprawiedliwiałyby wyniki giełdowe. Jeśli zarząd w porę nie „zresetuje” wartości spółki – grozi jej bankructwo³⁷². Opcje na akcje stanowią kolejną (obok zagrożenia, że inwestorzy niewłaściwie odczytają komunikat zarządców, zagrożenia ze strony konkurencji, zagrożenia utraty prestiżu firmy) pobudkę dla menedżerów, aby nie podejmować żadnych działań mających na celu ustabilizowanie sytuacji spółki. Jeśli „zresetują” oni wartość spółki ich akcje drastycznie stracą na wartości lub nie będą mogli swoich opcji w ogóle zrealizować, gdyż zmienią się one w bezwartościowe opcje *out-of-the-money*.

Po czwarte, programy opcji menedżerskich na akcje sprzyjają manipulacjom ceną akcji przez menedżerów. Wśród opcji menedżerskich możemy wyróżnić opcje regularne – przyznawane w określonej dacie każdego roku (*scheduled options*) i opcje nieregularne – przyznawane w różnych datach, zgodnie z uznaniem przyznających (*irregular options*). Badania empiryczne prowadzone w amerykańskich spółkach z indeksu S&P 1500, na próbie 2800 spółek w latach 1998 do 2011 wskazują, że skumulowana anormalna stopa zwrotu (*cumulative abnormal stock return - CAR*) jest znacząco niższa w okresie 30 dni przed datą grantu, a znacząco wyższa po tej dacie (średnia różnica

³⁷⁰ A. Carrion, M. Kolay, *Do Managerial Stock Options Distort Dividend Policy?*, <http://home.utah.edu/~u0519018/Working%20Paper%20-%20DoOptionsDistortDividends%20-%2020110916.pdf>.

³⁷¹ M. C. Jensen, K. J. Murphy, *Remuneration...*, s. 38-39.

³⁷² *Ibidem*, s. 44-48.

ceny akcji w przeciągu od 30 dni przed datą grantu do 30 dni po tej dacie wynosiła dla opcji nieregularnych 8,16%, natomiast dla opcji regularnych 4,05%). Wskazuje to, że menedżerowie na różne dostępne sposoby wpływają na cenę akcji, by nabyć opcje po niższej cenie. Z badań tych wynika również, że po wprowadzeniu ustawy Sarbanesa-Oxleya (przewidującej m. in. wymogi ujawniania informacji o programach opcyjnych) wahania cen akcji związane z datą przyznania akcji menedżerskich zostały znacząco obniżone, przy czym manipulacje zostały efektywniej ograniczone w spółkach stosujących opcje regularne, a w mniejszym stopniu w spółkach przyznających opcje nieregularne³⁷³.

Po piąte, opcje menedżerskie zwiększają skłonności menedżerów do popełniania oszustw. Badania porównawcze programów opcji menedżerskich na akcje i programów przyznających akcje spółki wskazują, że menedżerowie wynagradzani opcjami na akcje są bardziej skłonni do oszustw (fałszowania dokumentacji księgowej, ukrywania strat, redukowania nadmiernych wskaźników zadłużenia) niż menedżerowie wynagradzani w akcjach, przy następujących założeniach:

- przyznania opcji o takiej samej wartości jak wartość akcji przyznanych w drugim przypadku,
- takiej samej efektywności wymiaru sprawiedliwości,
- takich samych kosztów korupcji (łapówki, fałszywy PR, zamówione analizy nierzetelnych audytorów)
- takiej samej straty wizerunkowej menedżera

w obu rozpatrywanych przypadkach³⁷⁴.

IV. Porównanie polskich spółek giełdowych stosujących programy opcyjne oraz niestosujących tych programów.

Dla stwierdzenia czy opisywane prawidłowości zachodzą również w warunkach polskich spółek przeprowadzono badania na próbie spółek notowanych na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie (**n**). Do próby dobrano taką samą ilość spółek stosujących programy opcji menedżerskich oraz niestosujących tych programów. Spółki do próby dobierane były parami z poszczególnych sektorów (jedna spółka stosująca opcje i jedna niestosująca z sektora). W badaniu uwzględniono zmiany w cenie akcji oraz kapitalizacji spółek ($\Delta x_t = \frac{x_t - x_0}{x_0} \cdot 100\%$) w okresie od 30 czerwca 2010 roku (x_0) do 12 września 2014 roku (x_t).

Wyniki badań wskazały, że:

³⁷³ L. Liu, H. Liu, J. Yin, *Stock Option Schedules and Managerial Opportunism*, <http://ssrn.com/abstract=2409955>.

³⁷⁴ M. Chesney, R. Gibson-Asner, *Stock Options and Managers' Incentives to Cheat*, <http://ssrn.com/abstract=651207>.

- a) w badanym okresie kapitalizacja spółek stosujących opcje wzrosła średnio o 24,50%, natomiast w spółkach niestosujących opcji spadła średnio o 36,25% ($\bar{X} = \frac{\sum_{i=1}^n \Delta x_i}{n}$),
- b) w badanym okresie cena akcji spółek stosujących opcje spadła średnio o 1,10%, natomiast w spółkach niestosujących opcji spadła średnio o 34,60% ($\bar{X} = \frac{\sum_{i=1}^n \Delta x_i}{n}$),
- c) w badanym okresie mediana (wartość środkowa) wzrostu (spadku) kapitalizacji spółek stosujących opcje wyniosła 2,725%, natomiast w spółkach niestosujących opcji mediana wzrostu (spadku) kapitalizacji wyniosła -39% ($Me = \frac{\sum_{i=1}^n \Delta x_i + 1}{2}$),
- d) w badanym okresie mediana (wartość środkowa) wzrostu (spadku) ceny akcji spółek stosujących opcje wyniosła -5,4%, natomiast w spółkach niestosujących opcji mediana wzrostu (spadku) ceny akcji wyniosła -35% ($Me = \frac{\sum_{i=1}^n \Delta x_i + 1}{2}$).

Z wyników powyższych można wyciągnąć wniosek, że w realiach polskich spółek giełdowych sprawdzają się hipotezy sformułowane powyżej, a to dążenie zarządu w spółkach, w których przyznane zostały opcje, do wzrostu cen akcji oraz wzrostu kapitalizacji spółki. W rezultacie zostaje zaburzona polityka dywidendowa. Oczywiście należy rozważyć również wpływ innych czynników na powyższe wyniki. Po pierwsze dopuścić należy możliwość, że tylko spółki, o pewniejszej sytuacji finansowej będą oferować opcje menedżerom i tylko w takich spółkach opcje menedżerskie będą *de facto* efektywnym instrumentem motywacyjnym). Po drugie, badany okres przypada na nietypowy czas dla spółek giełdowych, zapoczątkowany kryzysem finansowym roku 2008. Dla porównania przywołać można fakt, że indeks cenowy³⁷⁵ WIG20 w tym samym okresie wzrósł o 9,96% (w indeksie tym w 2012 roku nasycenie programami opcyjnymi wynosiło 65%)³⁷⁶, natomiast indeks dochodowy³⁷⁷ WIG wzrósł o 37,13%. Jednak nawet przy uwzględnieniu różnych czynników ekonomicznych, niezwiązanych z opcjami, uwidocznione powyżej wyraźne dysproporcje wskazują, że istnienie programów opcyjnych nie jest irrelewantne dla wyników finansowych spółek oraz notowań na rynku regulowanym.

V. Wnioski

Obecnie konstrukcja opcji menedżerskich jest dość mocno krytykowana, zwłaszcza w krajach anglosaskich. Mimo niewątpliwych zalet, jakie instrumenty te posiadają, ich nieumiejętne stosowanie

³⁷⁵ Przy obliczaniu wartości indeksu cenowego bierze się pod uwagę jedynie ceny zawartych w nim transakcji, nie uwzględnia się zaś dochodów z akcji (dywidend, praw poboru).

³⁷⁶ Trio Management, *Raport: Rynek opcji menedżerskich w Polsce. IV edycja*, s. 3.

³⁷⁷ Przy obliczaniu wartości indeksu dochodowego oprócz kursów akcji uwzględnia również prawa poboru i dywidendy.

grozi katastrofą. Obrazują to choćby losy takich spółek jak Enron, Waste Management Inc., Worldcom. Wymienione powyżej zagrożenia dla spółek, jak przeszacowanie, przeinwestowanie, skłonności menedżerów do maksymalizacji własnej użyteczności nawet kosztem naruszenia prawa, były dodatkowo akcelerowane przez mechanizm opcji menedżerskich na akcje. Mocna asymetria informacyjna i nieefektywność organów nadzorczych doprowadziły do krytycznych sytuacji. Z drugiej strony, w pewnym zakresie mechanizm opcji menedżerskich na akcje można połączyć z kryzysem finansowym, trwającym od roku 2008. Opcje motywowały menedżerów do podejmowania ryzyka, jednak nie zapewniały już mechanizmów, które hamowałyby to ryzyko na pewnym (niebezpiecznym) poziomie. Dlatego menedżerowie, dbając o wyniki zarządzanych firm, inwestowali w instrumenty finansowe, których mechanizmów do końca nie rozumieli, kierując się w większości przypadków jedynie wskazaniem agencji ratingowych. Załamanie na amerykańskim rynku instrumentów pochodnych spowodowało reakcję łańcuchową na całym świecie, zapoczątkowując obecny kryzys gospodarczy.

Należy zatem zrewidować sposób myślenia o menedżerskich opcjach na akcje. Owszem, mogą one być instrumentem minimalizacji kosztów agencji, jednak nie można ich stosować w tak niefrasobliwy sposób, jak do tej pory. Programy motywacyjne dla menedżerów należy konstruować na zasadzie „koszyka bonusów”, w którym obok akcji, premii opartych o kryteria lojalnościowe, rynkowe (kurs akcji) i nierynkowe (zysk operacyjny, EBITDA), mogą występować również opcje na akcje. W koszyku mogą także występować opcje *put*, które zostaną wykorzystane przez spółkę w przypadku nieuczciwego zachowania menedżera. Jak widać możliwości motywowania menedżerów jest bardzo dużo, ważne jest zatem, aby mądrze z nich skorzystać.

O autorze

Krzysztof Tapek jest doktorantem w Katedrze Polityki Gospodarczej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Streszczenie

Konflikt agencyjny występuje w wielu strukturach, w których doszło do rozdziału kapitału od zarządzania. Jedną z takich struktur są spółki kapitałowe, w tym w szczególności spółki akcyjne. Dla niwelacji konfliktu agencyjnego konieczne jest ponoszenie tzw. kosztów agencji. Prezentowanych jest wiele instrumentów, które mają pomóc w minimalizacji tychże kosztów. Mają one swoje źródło zarówno w ustawach, jak i w pozaustawowych mechanizmach ekonomicznych. Jednym z najszerzej stosowanych są opcje menedżerskie na akcje -instrument, który ma ujednolicić cele menedżerów i właścicieli. W ostatnim czasie, zwłaszcza po kryzysie finansowym roku 2008 opcje menedżerskie spotkały się z krytyką, a ich stosowanie zostało uznane za jedną z przyczyn kryzysu. W artykule podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie czy menedżerskie opcje na akcje rzeczywiście stanowią efektywne narzędzie minimalizacji kosztów agencji w spółkach akcyjnych. Wnioski zostaną zestawione z badaniami empirycznymi przeprowadzonymi na próbie spółek notowanych na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie.

Summary

Agency conflict occurs in many entities, in which management is divided from capital. One of such entities are companies, in particular joint-stock companies. To minimize the agency conflict it is necessary to bear the agency costs. There are proposed various instruments aiming to minimize the agency costs. They originate from legal acts as well as from economical instruments. One of frequently used instruments are managerial stock options – the instrument aiming to unify the aims of managers and principals. Recently, especially after the financial crisis from 2008, managerial stock options are strongly criticised. Their usage was considered to be one of the crisis' causes. In current article the author will try to answer the question if managerial stock options are efficient instrument minimizing the agency costs in joint-stock companies. The conclusions will be compared with data acquired as a consequence of empirical research conducted on the joint-stock companies listed on Warsaw Stock Exchange.

„Wojna bab-ińska na pióra”³⁷⁸ – spór o kult Marszałka Józefa Piłsudskiego Marii Jehanne Wielopolskiej i Kazimierzy Hłakowiczówny i jego oddźwięk w ówczesnej prasie

Diana Walawender

Wstęp

Wraz ze śmiercią Józefa Piłsudskiego, już w 1935 roku na polskim rynku wydawniczym pojawiły się publikacje poświęcone jego osobie, ukazujące życie codzienne Marszałka, pokazując go jako człowieka „z krwi i kości”, w których głos zabrali jego współpracownicy, bądź osoby, które miały możliwość poznania go osobiście. Do książek wpisujących się w ten nurt należy zaliczyć m.in. następujące publikacje: *Piłsudski, jakim Go znałem* Leona Wasilewskiego, działacza i publicysty PPS, którego łączyła z Piłsudskim wieloletnia znajomość i współpraca, *Strzępy meldunków*³⁷⁹ Sławoj-Składkowskiego, generała dywizji Wojska Polskiego i premiera II RP, *Rozmowy z Piłsudskim* Władysława Baranowskiego, delegata RP w Stambule, czy *Józef Piłsudski w życiu codziennym* Marii Jehanne Wielopolskiej³⁸⁰ oraz fragmenty wspomnień dotyczących Józefa Piłsudskiego drukowanych w czasopiśmie i tu należy podać nazwisko jego adiutanta Mieczysława Lepeckiego. Jak dowodzi Wacław Lipiński³⁸¹:

³⁷⁸ Tego określenia na spór obu literatek dotyczący kultu Marszałka Józefa Piłsudskiego użył J. W-ski w swoim tekście *J.M. Wielopolska contra K. Hłakowiczówna*, „Głos narodu” (z dnia 2 lutego 1939 roku), nr 33, s. 7.

³⁷⁹ Kazimiera Hłakowiczówna na pytanie redakcji „Prosto z mostu” o najciekawszą książkę przeczytaną w 1935 r. odpowiedziała, że są to właśnie *Strzępy meldunków*. Uznała ją za „wyraz chrześcijańsko-rycerskiej postawy wobec wielkości”, cyt. za: A. Baranowska, *Illa [w:] Perły i potwory. Szkice o literaturze międzywojennej*, Warszawa 1986, s. 29.

³⁸⁰ Maria Jehanne Wielopolska (1882–1940), prozaik, publicystka. Po wyjściu za mąż za Konrada Wielopolskiego, urzędnika Banku Hipotecznego (bratanka margrabiego Zygmunta Wielopolskiego) przeniosła się do Lwowa. Debiutowała w 1899 r. opowiadaniem *List Jędrka* oraz *Pan Chorąży*, jednak za jej właściwy debiut uznaje się *Za późno* (Legenda na motywach skandynawskich). Przed I wojną światową związana była jako publicystka i działaczka społeczna z ruchem niepodległościowym, w latach 1913–1914 wygłaszała odczyty propagandowe na terenie Galicji. Podczas wojny pracowała w służbie sanitarnej I Brygady Legionów Polskich, następnie prowadziła szwalnię dla żołnierzy, udzielała pomocy legionistom. W 1915 roku była internowana na Węgrzech. Wiosną 1919 roku aresztowana i uwięziona przez Ukraińców. Kontynuowała działalność literacką, publikując artykuły, opowiadania i felietony w „Bluszczu”, „Dzienniku Poznańskim”, „Wiadomościach Literackich”. Brała udział w licznych polemikach prasowych w obronie marszałka Józefa Piłsudskiego i obozu sanacji. W 1935 roku została odznaczona Złotym Wawrzynem PAL. Po wybuchu II wojny światowej, we wrześniu 1939 wyjechała z Warszawy. Zmarła w 1940 roku w ZSRR (brak bliższych danych) na podstawie: *Wielopolska Maria Jehanne [w:] Współcześni polscy pisarze i badacze literatury. Słownik biobibliograficzny*, pod red. A. Czachowskiej, A. Szałagan, tom dziewiąty (W-Z), Warszawa 2004, s. 111–112.

³⁸¹ Wacław Lipiński ps. „obywatel Socha”, „Aleksander” (ur. 28 września 1896 w Łodzi, zm. 4 kwietnia 1949 w komunistycznym więzieniu we Wronkach) – dr hab. historii, podpułkownik Wojska Polskiego, działacz antykomunistycznego podziemia niepodległościowego. Przed 1918 roku był organizatorem tajnego skautingu w Łodzi (1911) oraz członkiem Polskich Drużyn Strzeleckich (1912). W latach 1914–1917 żołnierz Legionów Polskich, a później

„Wszystkie te prace spotkały się zarówno wśród ogółu społeczeństwa jak i wśród historyków z ogromnym i całkiem naturalnym zainteresowaniem. Zawsze bowiem postać wybitnej jednostki, kształtującej swą wolą losy narodu i państwa, zainteresowanie takie musi wzbudzać. U jednych dla zaspokojenia ciekawości psychologicznej czy też zwykłej i po prostu ludzkiej, u innych ze względów uczuciowych, a u innych wreszcie ze względów poznawczych lub czysto badawczych”³⁸². W związku z tym wszystkie relacje, które ukazywały postać Józefa Piłsudskiego stanowiły nieoceniony materiał „do odtworzenia cech indywidualnych Piłsudskiego, co z kolei stanowi niezbędny środek dla zrozumienia procesów historycznych, których źródło tak często tkwiło w tej właśnie indywidualności”³⁸³.

W 1937 roku na łamach 16 numeru „Wiadomości Literackich”, w rubryce *W pracowniach pisarzy polskich. Ankieta „Wiadomości Literackich”* Kazimiera Iłakowiczówna³⁸⁴ podała do wiadomości publicznej: „mam gotowy pamiętnik o Marszałku Piłsudskim”³⁸⁵. I rzeczywiście po wielu trudnościach wydawniczych opublikowała swoje wspomnienia dotyczące pracy przy Józefie Piłsudskim zatytułowane *Ścieżka obok drogi*. Książka rozeszła się błyskawicznie i jak przekonuje Agnieszka Baranowska:

„w założeniu swym skromna, zrobiła sensacyjną karierę. W wypożyczalniach odbywały się zapisy: nie trzeba dodawać, że lista oczekujących była długa. Kto zdobył rychło wydrukowane trzecie wydanie, mógł się uważać za szczęśliwca”³⁸⁶.

Polskiej Organizacji Wojskowej. Od 1918 r. żołnierz WP, uczestniczył w walkach o Lwów oraz w wojnie polsko-bolszewickiej (1919-1921). W 1932 powołany został na stanowisko sekretarza czasopisma "Niepodległość", organu Instytutu Badania Najnowszej Historii Polski, został sekretarzem generalnym tego instytutu, a w 1936 jego dyrektorem. W 1939 r. początkowo w Biurze Propagandy Naczelnego Dowództwa. W 1944 roku był więziony przez Niemców. W 1946 roku stał na czele Komitetu Porozumiewawczego Organizacji Polski Podziemnej jako przedstawiciel Stronnictwa Niezawisłości Narodowej. Na początku 1947, po rozbiciu Komitetu przez komunistyczne służby bezpieczeństwa, został aresztowany i skazany na karę śmierci, zamienioną następnie na dożywotnie więzienie. Osadzony w więzieniu we Wronkach został tam najprawdopodobniej zamordowany na polecenie władz komunistycznych, na podstawie: A. K. Kunert, *Słownik biograficzny konspiracji warszawskiej 1939-1945*, T.2, Warszawa 1987, s. 117–119.

³⁸² W. Lipiński, *Sprawozdania* [w:] „Niepodległość” 1939, T.19, z. 2, s. 314.

³⁸³ Tamże, s. 315.

³⁸⁴ Kazimiera Iłakowiczówna ur. 6 sierpnia 1888 r w Wilnie (zapis w dokumentach wskazuje na datę 19 sierpnia 1892 r.) jako nieślubna córka Klemensa Zana i Barbary Iłakowiczówny (w dokumentach jako rodzice zostali zapisani brat i bratowa matki: Jakub i Eugenia ze Stempkowskich Iłakowiczowie) wnuczka Tomasza Zana, poety. Po śmierci rodziców wychowywała się u krewnych na Witebszczyźnie, później u Zofii Plater-Zyberków Buynowej, w Stanisławowie na Łotwie oraz w Warszawie. Zadebiutowała wierszem *Jabłonie* wydrukowanym w „Tygodniku Ilustrowanym” w roku 1905. W latach 1917-1918 była korektorką w drukarni w Petersburgu. W roku 1918 powróciła do kraju i zamieszkała w Warszawie. Pracowała jako urzędniczka w Ministerstwie Spraw Zagranicznych (MSZ) a od maja 1926 do 1935 roku w Ministerstwie Spraw Wojskowych (MSW) na stanowisku osobistego sekretarza Józefa Piłsudskiego. Jednocześnie kontynuowała twórczość literacką, ogłaszając liczne wiersze i przekłady w czasopismach: „Bluszczy”, „Kurier Polski”, „Skamander”, „Słowo”, „Wiadomości Literackie”, „Polska Zbrojna”, „Kurier Poranny”. Laureatka wielu nagród. Zmarła w roku 1983, a pochowana została na Cmentarzu Powązkowskim w Warszawie, na podstawie: *Iłakowiczówna Kazimiera 1888-1983* [w:] *Współcześni polscy pisarze i badacze literatury. Słownik biobibliograficzny*, pod red. J. Czachowskiej, A. Szałagan, t. 3, G-J, Warszawa 1994, s. 294-299.

³⁸⁵ „Wiadomości Literackie” 1937, nr 16, s.7.

³⁸⁶ A. Baranowska, dz.cyt., s. 29.

Zarzuty płk Adama Borkiewicza wobec *Pamiętnika dla Krysi i Janiczki*³⁸⁷

Podpułkownik Adam Borkiewicz³⁸⁸ w swoim liście z dnia 22. V. 1937 r do Dyrektora Głównej Księgarni Wojskowej, w której to została złożona do druku *Ścieżka obok drogi* wyraził negatywną opinię dotyczącą jej wydania, przekonując, że ów pamiętnik stanowi „fantazję” autorki. Dyrektor Muzeum Belwederskiego zwrócił uwagę na fakt, że wspomniany rękopis został przedstawiony Pani Marszałkowej Aleksandrze Piłsudskiej i został oceniony ujemnie. Według niego Iłakowiczówna nie zastosowała się do otrzymanych wskazówek i uwag krytycznych. Jednocześnie wyjawia, że nie jest w stanie stwierdzić co i kiedy Józef Piłsudski mówił do Iłakowiczówny, gdyż nie było świadków tych rozmów. Podkreśla także zawodność pamięci autorki wspomnień i prostuje fakty:

„Nieprawdą jest, że Pan Marszałek nakłaniał autorkę, by raczyła przyjąć posadę kierowniczką „Sekretariatu Osobistego MSW”/ a nie Sekretarki Osobistej, jak to podaje p. Iłakowiczówna/ natomiast prawdą jest, że p. Iłakowiczówna prosiła Pana Marszałka o posadę już dawniej. To charakteryzuje Pana Marszałka, że pamiętał o swym przyrzeczeniu”³⁸⁹. Zwraca również uwagę na fragment książki, w którym poetka pisze, że nie stać ją było na ponowny przyjazd do Sulejówka na zaproszenie Piłsudskiego, mimo, że jako urzędnik VIII rangi mogła kupić bilet w obie strony za 80 gr. Borkiewicz podkreślił także swoją gotowość do „szeregu sprostowań”, które zasadniczo miały odbiegać od faktów przez nią podanych. W zakończeniu listu zaopiniował, że wydanie tejże książki „uchyliłoby kultowi, jakim otacza wojsko Swego Zwycięskiego Wodza”³⁹⁰.

W kolejnym liście z dnia 28. V. 1937 r. Borkiewicz wyraził prośbę o dołączenie do rękopisu *Pamiętnika dla Krysi i Janiczki* sprostowania dotyczącego dwóch spraw przedstawionych według

³⁸⁷ Tytuł rękopisu, *Pamiętnik dla Krysi i Janiczki* to wcześniejszy, „roboczy” tytuł *Ścieżki obok drogi*. Pierwotnej wersji tytułu użył płk A. Borkiewicz w swoim liście do Dyrektora Głównej Księgarni Wojskowej, prosząc o sprostowanie kilku fragmentów wspomnianej książki, które według jego oceny nie były zgodne z rzeczywistością. Zob.: Archiwum Akt Nowych, Muzeum Belwederskie Józefa Piłsudskiego (dalej: AAN, MBJP), sygn. 7, k. 9, Poufne pismo dyrektora Muzeum Belwederskiego płka A. Borkiewicza do dyrektora Głównej Księgarni Wojskowej z 22 V 1937 [odpis]

³⁸⁸ Adam Józef Borkiewicz- ur. 1896 w Bąkowej Górze, zm. 1958 r. W 1914 r. wstąpił w szeregi konspiracyjnej Polskiej Organizacji Wojskowej (POW), w latach 1915-1917 służył w Legionach Polskich Józefa Piłsudskiego, w których dowodził kolejno 7. i 2. kompanią piechoty. Od 1918 r. w szeregach odrodzonego Wojska Polskiego. Dwukrotnie ranny podczas wojny polsko-bolszewickiej 1920 roku. W okresie międzywojennym wieloletni pracownik Wojskowego Biura Historycznego (1925-1933). W 1933 przeniesiony do 41. pułku piechoty w składzie 29. Dywizji Piechoty; objął funkcję dowódcy baonu KOP "Suwałki". Po śmierci marszałka Piłsudskiego w 1935 r. podjął się organizacji Muzeum Józefa Piłsudskiego w Belwederze, którego dyrektorem pozostawał do 1939 r. We wrześniu 1939 r. był oficerem sztabu obrony Lwowa. Po klęsce przedostał się na Węgry skąd po pewnym czasie powrócił do okupowanej Warszawy. Od jesieni 1941 r. oficer Związku Walki Zbrojnej - Armii Krajowej. Był członkiem Komendy Głównej AK, dowodził m.in. Podokręgiem Wschodnim Obszaru Warszawskiego AK. Od 1943 r. pełnił funkcję zastępcy Inspektora Głównego Wojskowej Służby Ochrony Powstania (WSOP) w IV Oddziale (Kwatermistrzowskim) KG AK. W czerwcu 1946 r. "Komisja Likwidacyjna b. AK" powierzyła mu zadanie zebrania i opracowania materiałów do historii Armii Krajowej, przekazując w tym celu 29 tomów akt. W tym samym czasie podjął pracę w Instytucie Pamięci Narodowej jako kierownik i jedyny pracownik samodzielnego Referatu Ruchu Oporu, na podstawie: http://www.1944.pl/historia/powstancze-biogramy/Adam_Borkiewicz (odczyt 28.05. 2015 r.)

³⁸⁹ AAN, MBJP, sygn. 7, k 9, Poufne pismo dyrektora Muzeum Belwederskiego płka A. Borkiewicza do dyrektora Głównej Księgarni Wojskowej z 22 V 1937 [odpis]

³⁹⁰ Tamże.

niego w nieprawdziwy sposób³⁹¹. Czy niepoehlebne słowa Borkiewicza wpłynęły na to, że książka nie została opublikowana przez Główną Księgarnię Wojskową? Faktem jest, że *Ścieżka obok drogi* ukazała się dopiero dwa lata później w Towarzystwie Wydawniczym „Rój”. Publikacja książki i sensacja jaką wywołała spowodowały, że podniosły się negatywne głosy pod adresem Kazimierzy Iłakowiczówny. Niemal natychmiast środowisko „dziennikarskie” podzieliło się na dwa obozy- zwolenników książki Iłakowiczówny oraz tych, którzy upatrywali w niej obrazę dla kultu Marszałka Józefa Piłsudskiego. Pułkownik Borkiewicz w liście do redakcji „Polski Zbrojnej” zasugerował, że: „nie widzi potrzeby oszczędzania autorki”. Władze natomiast dały wyraz swojego zniecierpliwienia i znudzenia wrzawą wokół książki. Najprawdopodobniej podjęto próby jej wyciszenia, dlatego też Borkiewicz został poinformowany przez redaktora naczelnego- Karola Koźmińskiego, że:

„I Wiceminister nie życzy sobie byśmy raz jeszcze powracali do Iłakowiczówny wgl. do jej pojedynku z Jehanną, wychodząc z założenia, iż koło tej sprawy i tak zbyt dużo było rozgłosu”³⁹².

Walka kobiet – o zajadłym sporze Marii Jehanne Wielopolskiej i Kazimierzy Iłakowiczówny

Wspomniana książka stała się kością niezgody między dwiema literatkami – Marią Jehanne Wielopolską i Kazimierą Iłakowiczówną. Pierwsza z kobiet niemal natychmiast po ukazaniu się *Ścieżki obok drogi* wystąpiła z broszurą polemiczną (wydrukowała ją na własny koszt) *Pliszka w jaskini lwa. Rozważania nad książką Panny Iłakowiczówny „Ścieżka obok drogi”*, w której dała wyraz swojej niechęci wobec roli, jaką przypisywała sobie Iłakowiczówna przy Marszałku Piłsudskim. Kazimiera Iłakowiczówna nie pozostała dłużna i niebawem na łamach „Wiadomości Literackich” wyraziła swój pogląd na ataki Marii Jehanne Wielopolskiej i Wacława Lipińskiego:

„Zawiadamiam życzliwe osoby, od których otrzymuję liczne zapytania, jakie jest moje stanowisko wobec ogólnie znanych wystąpień pp. Lipińskiego i Wielopolskiej, ale **nie** zamierzam występować w tej sprawie, uważam bowiem, że „Ścieżka obok drogi” może bronić się sama. Uznaję jak najpełniejsze prawo tych znakomitych i zasłużonych piór do utrwalania wiedzy o Marszałku Piłsudskim według ich przekonań i talentów, tak samo jak obstaruję przy prawie **mojem** do szerzenia

³⁹¹ „...b/w innym miejscu jest wzmianka o tym, że Pan Marszałek każe podać nazwiska urzędników w MSZagr., których na podstawie dowolnej oceny Autorki chce >>>wyrzucić<< [...] b/Nigdy Pan Marszałek nie opierał się w ocenie ludzi na jednostronnym oświeceniu ich pracy, na odwrót tępił surowo takie prywatne doniesienia o ludziach zajmujących stanowiska urzędowe”, tamże, k.8, Poufne pismo dyrektora Muzeum Belwederskiego płka A. Borkiewicza do dyrektora Głównej Księgarni Wojskowej z 28 V 1937 [odpis]

³⁹² AAN, MBJP, sygn. 11, k. 594, Pismo redaktora „Polski Zbrojnej” do dyrektora Muzeum Józefa Piłsudskiego z 10 II 1939.

czci i miłości dla bohatera narodowego Polski w najszerszych kołach społeczeństwa, według najlepszej **mojej** nadziei, rozumienia i możliwości artystycznych”³⁹³

Ścieżka obok drogi to opowieść subiektywna i autoironiczna. To książka o młodej, nieświadomej politycznych zawirowań kobiecie, która trafia w centrum wydarzeń historycznych. Przede wszystkim jest to jednak relacja o poetce i Józefie Piłsudskim, o jej pracy w Ministerstwie Spraw Wojskowych. Iłakowiczówna sportretowała przywódcę państwa zwracając uwagę niemal na każdy najdrobniejszy szczegół. Nie umknęły jej słowa, gesty, sposób bycia, przyzwyczajenia. Poza osobą Józefa Piłsudskiego w lekko krzywym zwierciadle przedstawiła jego otoczenie – jest to o tyle ciekawe, gdyż poetka, mimo iż zajmowała stanowisko Sekretarza Ministra Spraw Wojskowych³⁹⁴, nie brała udziału w układach wielkiej polityki. Agnieszka Baranowska zwróciła uwagę na fakt, że:

„jej widzenie świata zawsze zawierało się między dziecięcą prostotą, a łagodną i mądrą ironią”³⁹⁵ i właśnie z takim odbiorem rzeczywistości mamy do czynienia w *Ścieżce obok drogi*.

Wacław Lipiński dał wyraz swojemu niezadowoleniu z treści książki Iłakowiczówny pisząc o niej w następujący sposób:

„Przede wszystkim autorka, jak na obdarzoną tą dozą inteligencji, która umożliwiła jej pełnienie funkcji referentki Ministerstwa Spraw Zagranicznych, zdradza niezwykłą wprost ignorancję w najbardziej elementarnych zjawiskach życia publicznego tego kraju, którego jest obywatelką. Iłakowiczówna nie wie zupełnie dlaczego Piłsudski oddalił się do swego Sulejówka, nie rozumie jego akcji politycznej prowadzonej w tym czasie, nie wie i nie rozumie o co toczy się przewrót majowy, jego konsekwencje są dla niej zagadką. Testimonium paupertatis umysłowego jest zupełnie niewiarygodna, uderzające swą pustką intelektualną, co stanowi tym większą zagadkę psychologiczną, że autorka jest niewątpliwie już wtedy zarówno kobietą dojrzałą wiekiem, jak i dojrzałą poetką”³⁹⁶.

Zupełnie inne zdanie na temat wydanej książki miał Kazimierz Czachowski, który uważał wspomnienia Iłakowiczówny za opowieść, która miała służyć dwóm celom. Po pierwsze fakty przez nią opisywane miały pokazywać Piłsudskiego w codziennym obcowaniu z człowiekiem na tle zajęć urzędowych. Drugim motywem miała być osobista relacja poetki z Marszałkiem. Jak dowodzi

³⁹³ K. Iłakowiczówna, *Ścieżka obok drogi broni się sama. Do redaktora „Wiadomości Literackich”*, „Wiadomości Literackie” z dnia 9 kwietnia 1939 r, nr 16.

³⁹⁴ Osobisty Sekretarz Józefa Piłsudskiego to nazwa stanowiska zajmowanego przy Józefie Piłsudskim, która była pomysłem samej poetki. Według Iłakowiczówny Piłsudski upierał się przy nazwie Sekretarz Ministra Spraw Wojskowych, która to nazwa nie podobała się Iłakowiczównie. Chciała być bowiem Sekretarzem Józefa Piłsudskiego, a więc konkretnej, ważnej dla siebie osoby, nie zaś sekretarzem ministra. W opracowaniach biograficznych dotyczących tego okresu życia poetki jej stanowisko określane jest jako „sekretarka osobista”, a nie „sekretarz” – również w taki sposób określiła ją A. Piłsudska, *Wspomnienia*, Warszawa 1989.

³⁹⁵ A. Baranowska, dz. cyt., s. 31.

³⁹⁶ W. Lipiński, dz. cyt., s. 316.

Czachowski w skrzyżowaniu tych aspektów piórem poetki nakreślony został portret Piłsudskiego, w sposób bardzo wyrazisty i zarazem wycieniowany z subtelnym pogłębieniem uczuciowym³⁹⁷.

Warto przyjrzeć się jednemu z fragmentów *Ścieżki obok drogi*. Iłakowiczówna wyraźnie w niej zaznacza, że propozycja pracy na stanowisku Osobistego Sekretarza totalnie ją zaskoczyła. W swoich wspomnieniach zawarła tłumaczenie, że nie nadaje się na to stanowisko, że nie lubi wojska i wolałaby pozostać przy tym co ma. I w taki właśnie sposób miała odpowiedzieć Józefowi Piłsudskiemu. Jednocześnie na kartach swojego debiutu prozatorskiego przytacza odpowiedź Piłsudskiego na tę niesubordynację:

„[...] – Minister Spraw Wojskowych nie może mieć sekretarki...

-Sekretarza, a nie sekretarki- sucho poprawił Marszałek. – Nie może? A to dobre! Minister Spraw Wojskowych, uważasz, może mieć wszystko co chce. A ja ciebie wybrałem na sekretarza, bo uważasz zaraz by tu były intrygi a protekcje, wojskowe takie, rozumiesz, intrygi. A ty jesteś obca – i kobieta, więc do tego mniej zdatna... No, jak tam sobie zresztą chcesz, ale jak ty do mnie tu nie przejdiesz, to ciebie i tak z twojego M. S. Z-etu każę wyrzucić... Ty nie myśl, że tam zostaniesz. Potem będziesz się tutaj prosiła na pomocnicę sekretarza, który będzie zamiast ciebie, a nie wezmę”³⁹⁸.

Oporów kobiety, co do podjęcia pracy w Ministerstwie Spraw Wojskowych nie rozwiązała także obietnica otrzymania służbowego mieszkania i godziwych zarobków. Iłakowiczówna zaskoczona „groźbą” Józefa Piłsudskiego postanowiła więc zasięgnąć rady kolegów w Ministerstwie, czy powinna przyjąć tę propozycję³⁹⁹:

„Wróciłam nie do domu, ale prosto do Ministerstwa Spraw Zagranicznych i zaczęłam obchodzić najpoważniejszych kolegów. Nie bardzo pewna rezultatu, z nieśmiałością, oznajmiałam moją wielką nowinę i pytałam o zdanie: „Czy mogę z czystym sumieniem przejść na tamtą służbę? Czy nie wezmą mi oni, koledzy, tego za złe, jako karierowiczostwa?” Odpowiedzi zdumiały mnie aż do osłupienia, tak były jednomyślne. Wszyscy bez wahania, uważali, że powinnam się natychmiast zgodzić. Jeden powiedział: „Ależ proszę pani, tu nie ma żadnej kwestii sumienia. Pani jest referendarzem, a stoi pani wobec ministra. Tu mowy być nie może o wahanii”⁴⁰⁰.

I tutaj pojawia się zajadła ironia Wielopolskiej, która w swojej broszurze przekonywała, że Iłakowiczówna biegała po całym urzędzie, skutkiem czego po kilku minutach wszyscy zostali poinformowani, że poetka otrzymała zaszczytną posadę u Józefa Piłsudskiego. Tę właśnie sytuację nakreśliła Wielopolska w następujący sposób:

³⁹⁷ K. Czachowski, [Iłakowiczówna Kazimiera, *Ścieżka obok drogi*, rec.] , „Nowa Książka”1939, z. III, s. 148.

³⁹⁸ K. Iłakowiczówna, *Ścieżka obok drogi*, Warszawa 1939, s. 127.

³⁹⁹ D. Walawender, *Pliszka w jaskini lwa. Kazimiera Iłakowiczówna jako Osobisty Sekretarz Józefa Piłsudskiego*, artykuł złożony do druku [w:] „Niepodległość”.

⁴⁰⁰ K. Iłakowiczówna, dz. cyt., s. 133.

„I teraz zaczęła chodzić po całym ministerstwie, z biura do biura, z piętra na piętro, z ubikacji do ubikacji, od kolegi do kolegi, od szefa do szefa i pytać: jak sądzą? może ona przyjąć posadę sekretarki w Min. Spraw Wojskowych, jak chce Marszałek? W trzy minuty całe Ministerstwo już wiedziało, aż do ostatniego windziarza, że panna Kazia jest wybraną spośród tysiąca”⁴⁰¹.

Ostatecznie stanowisko Iłakowiczówna przyjęła i już wkrótce zaczęła adaptować się w nowym środowisku. Szybko zaczęła wydawać polecenia dotyczące organizacji pracy. Swoją rolę jako sekretarza zaczęła od zakupu perkalu na nową sukienkę i wybrania jej fasonu. Nie dopuszczała do siebie myśli, by stawić się do pracy w nieodpowiednim stroju – a więc w takim, który nie sięgał kolan. Jednak krawcowa, której zlecono tę pracę, zgodziła się tylko na uszycie sukienki o 1 cm za kolano (choć ówczesna moda dopuszczała odrobinę krótsze), gdyż jak się wyraziła, nie chciała sobie psuć reputacji wśród warszawskich elegantek⁴⁰². Poetka była zmuszona poddać się tym ustaleniom, ale jednocześnie pragnęła otrzymać biurko, które umożliwiłoby jej zakrycie nóg. Ta sytuacja także stała się dla Marii Jehanne Wielopolskiej tematem do literackiej zaczepki:

„W M.S. Zecie miała zawsze tylko stolik i gołe, niczem nieprzykryte kolana, „ale felfelbłowska psychika”, środowisko wojaków, gwałcicieli i krwiopicców, to co innego. Biurko musi być szafkowe, „bo cienkie nogi zwyczajnego biurka nie przykryłyby jej nóg!!!!”⁴⁰³. W takim tonie utrzymana jest cała broszura Wielopolskiej.

Gwidon Miklaszewski w swoim artykule prasowym *Polemika i straganiarstwo* sugeruje, że zajadła przeciwniczka Iłakowiczówny:

„chętnie by była pręgierzem, pod którym ćwiczono by publicznie pannę Kazię, uczono jak nie należy szargać świętości i spalono cały nakład *Ścieżki obok drogi*”⁴⁰⁴. Autor dalej nie przebiera w słowach i podkreśla, że nawet mężczyzna chociażby był najbardziej złośliwy, to nie jest w stanie mówić o kobietach tak źle, jak one same o sobie mówią. I tu zarzuca Wielopolskiej, że chciałaby by jej polemika „była wielkim krzykiem w obronie wielkości Józefa Piłsudskiego”⁴⁰⁵. Miklaszewski wyraźnie staje po stronie Kazimierzy Iłakowiczówny, wyrażając pogląd, że jedyne, co chciała osiągnąć Wielopolska to ... krzyk, którym miałyby o sobie przypomnieć i siebie rozreklamować.

⁴⁰¹ M.J. Wielopolska, *Pliszka w jaskini lwa. Rozważania nad książką Panny Iłakowiczówny „Ścieżka obok drogi”*, Warszawa 1939, s. 23.

⁴⁰² Cyt. za: I. Kienzler, *Kazimiera Iłakowiczówna- zakochana poetka* [w:] tejże, *Kobiety w życiu Marszałka Piłsudskiego*, Warszawa 2014, s. 262.

⁴⁰³ M.J. Wielopolska, dz. cyt., s. 25.

⁴⁰⁴ G. Miklaszewski, *Polemika i straganiarstwo*, „Kurier Poznański” z dnia 11 lutego 1939, nr 71, s.6.

⁴⁰⁵ Tamże.

Oddźwięk sporu literatek w ówczesnej prasie

Niemal od samego początku zawirowaniom dotyczącym sporu obu literatek przyglądała się ówczesna prasa, informując czytelników o ich przebiegu. Prym wiódł w tym Ilustrowany Kurier Codzienny, który w kilku numerach z 1939 r. emocjonował się „wojną babińską”, a co ciekawe – przedmiot sporu zszedł na drugi plan⁴⁰⁶.

Na początku 1939 r. „Kurier Poznański” donosił, że:

„Sensacją polityczno-literacką” Warszawy jest spór dwóch pisarek związanych z obozem „sanacyjnym”. Idzie tu o Kazimierę Iłakowiczównę i M. J. Wielopolską. Pani Iłakowiczówna napisała rodzaj pamiętnika poświęconego J. Piłsudskiemu, a Wielopolska w specjalnej broszurze atakuje p. Iłakowiczównę za formę i treść pamiętnika [...] Spór pisarek jak widać z zacytowanych i bynajmniej nie najostrzejszych słów broszury p. Wielopolskiej- przybrał formy dość wyjątkowe”⁴⁰⁷.

Bardzo ciekawe z punktu widzenia psychologicznego jest podłoże tego konfliktu – bowiem obie literatki licytowały się w wielkości kultu dla Marszałka Józefa Piłsudskiego. Kazimiera Iłakowiczówna napisała po jego śmierci *Litanie*, przyjętą w katolickich kręgach ze zwyczajnym niesmakiem, ale utwór ten dowodził wielkiego kultu, szacunku, oddania dla osoby zmarłego. Wielopolska uważała jednak, że Iłakowiczówna profanuje postać Piłsudskiego. Nic więc dziwnego, że *Ścieżka obok drogi* wywołała w niej taką reakcję.

Większość publicystów zajęła stanowisko przeciw M. J. Wielopolskiej, broniąc tym samym Kazimierę Iłakowiczówny. Reakcję Wielopolskiej na ogłoszoną książkę uznano za niewłaściwą, ton jej broszury nazwano „histerycznie-agresywnym”, a treść przepełnioną inwektywami⁴⁰⁸. Czasopisma wprost prześcigały się w sensacyjnych nagłówkach dotyczących przedziwnego sporu obu literatek. Należy tu wspomnieć choćby takie tytuły jak: *Iłła i Jehanne’a, Walka kobiet, Żmija na ścieżce, J.M. Wielopolska contra K. Iłakowiczówna, Profanacja? Nie! Adoracja, Polemika i straganiarstwo, O Ścieżce obok drogi* itp.

Jerzy Koller w swoim tekście *Walka kobiet* wydrukowanym w 39 nr „Dziennika Poznańskiego” z dnia 17 lutego 1939 roku przyznaje, że mógłby się zgodzić z niektórymi zarzutami Wielopolskiej względem książki Iłakowiczówny, gdyby autorka (mowa tu o Wielopolskiej) ograniczyła się do rzetelnej i merytorycznej krytyki i ubrała ją w ramy powszechnie obowiązującej przyzwoitości literackiej. I dalej przekonuje, że *Ścieżka obok drogi* jest tylko napadem jednej kobiety

⁴⁰⁶ A. Baranowska, *Dziwny skandal krytyki polskiej*, „Tu i teraz” 1982, nr 15.

⁴⁰⁷ *Spór pisarek* [w:] „Kurier Poznański” 1939, nr 51, s. 3.

⁴⁰⁸ Cyt. za Z. Dźędzyk, *Pantarka i pliszka (Broszura pani Wielopolskiej oraz polemika wokół wspomnień Kazimierę Iłakowiczówny w zwierciadle satyry)*, „Ruch Literacki” 1990, nr 4/5, s. 328.

na drugą, ciosami zadawanymi w słabości kobiece⁴⁰⁹. Na koniec natomiast przywołuje słowa niemieckiego poety skierowane do Schillera:

„Wobec tego Wielkiego Ducha, wobec majestatu tej samotnej trumny, może zalecałaby się większa powaga, spokój, skupienie...”⁴¹⁰

Co ciekawe spór obu kobiet dał sygnał do uprawiania twórczości satyrycznej. I tak w „Głosie Narodu” (nr z 10 II 1939 r.) pojawił się wiersz *Damska polemika* autorstwa Światopełka Karpińskiego. Utwór ten został także wydrukowany w „Ilustrowanym Kurierze Codziennym” pod tytułem *Zjehanna*⁴¹¹

Cała kulturalna Polska,
Śledzi skandal wielomówny,
Jak to wpadła Wielopolska
Na ton Iłakowiczówny.
W pasji swojej nieustanna
Aż z broszurą w bój wyrusza,
I już panna jest zjehanna
Damskim piórem z kapelusza.
Prawie nikt nie daje wiary,
Czemu tyle tyle jadu
O wspomnienia, o memoiry,
O te miłe gadu-gadu...
Tona ataku lada jaki,
Więc też srogi niesmak mamy,
Gdy pochodzą te ataki
Od tak doświadczonej damy.

Innym utworem poświęconym kobiecej „walce na pióra” był wiersz *Casus Jehanne* Witolda Zechentera:

Cóż to za wrzawa!
Cała Warszawa
wstrząśnięta tym harmiderem!
Drży cała Polska!

⁴⁰⁹ Zob. J. Koller, *Walka kobiet*, „Dziennik Poznański” nr 39, z dnia 17 lutego 1939.

⁴¹⁰ Tamże.

⁴¹¹ „Ilustrowany Kurier Codzienny” 1939, nr 42.

To Wielopolska
Pokonać chce Kazimierę!
[...]
Tymczasem wszyscy
w obronie pliszki
stanęli w równym dziś rzędzie –
[...]
No i co teraz będzie?
Co? Tłum się garnie!
run na księgarnie:
wydanie już wyczerpane:
więc Iłakowicz
dzięki wysłowi
Jehanne za tę reklamę⁴¹².

W istocie wystąpienie Marii Jehanne Wielopolskiej zrobiło niesamowitą reklamę książki wydanej przez Iłakowiczównę, która doczekała się trzech wydań.

Ośmieszeniu konkretnych osób sprzyjał rysunkowy humor. W okresie owej „literackiej burzy” pojawił się tylko jeden rysunek nawiązujący do sporu obu kobiet. Jego autorem był M. Piotrowski, a przedstawia on karykaturę Marii Wielopolskiej rzucającej parasolką w kierunku domu z wizytówką na drzwiach: K. Iłakowiczówna⁴¹³.

Zakończenie

Spór Marii Jehanne Wielopolskiej i Kazimiery Iłakowiczówny o wizję kultu Marszałka Piłsudskiego istotnie przybrał zaskakującą formę. O „wojnie na pióra” rozpisywało się blisko 60 gazet, ponadto uwagę na konflikt obu kobiet zwrócono za granicą. Dyskusja na łamach prasy dotycząca *Ścieżki obok drogi* i odpowiedzi na nią – broszury Wielopolskiej trwała do lipca 1939, a więc na niedługo przed wybuchem II wojny światowej. Ostatnim tekstem dotyczącym utworu Iłakowiczówny była recenzja autorstwa Mieczysława Piszczkowskiego, wydrukowana w „Dzienniku Polskim”⁴¹⁴.

⁴¹² „Ilustrowany Kurier Codzienny” 1939, nr 44, Dod. „Kurier Literacko-Naukowy”

⁴¹³ Tamże.

⁴¹⁴ „Dziennik Polski” 1939, nr z 20 VII.

Podłożem psychologicznym tego sporu zajęła się natomiast Zofia Roszkówna, która na łamach „Kultury” opublikowała tekst *Wiele hałasu o nic*. To tam napisała w następujący sposób:

„Dominantą całej tej – całkiem niepotrzebnej – wojny babińskiej był moment uczuciowy w stosunku do Marszałka Piłsudskiego, który musiał się wyrazić w różnych akcentach psychologicznych”⁴¹⁵. Tak, jak to zwykle bywa – po ożywionej dyskusji i licznych polemikach przyszedł czas, w którym wszystko wygasło. Zbliżające się wojenne wydarzenia zatarły niedawne niesnaski literatek, szybko zapomniano o „bab-ńskiej wojnie” i o burzy, jaką wywołało odmienne spojrzenie na życie i twórczość.

⁴¹⁵ Z. Roszkówna, *Wiele hałasu o nic*, „Kultura” 1939, nr 23.

O autorze

Diana Walawender jest magistrem filologii polskiej, doktorantką na Akademii im. J. Długosza w Częstochowie, na kierunku historia i literaturoznawstwo. Autorka artykułów naukowych poświęconych sylwetkom i twórczości Marii Pawlikowskiej-Jasnorzewskiej i Kazimierzy Iłakowiczówny, a także literackim i muzycznym portretom Marszałka Józefa Piłsudskiego i Witolda Pileckiego. Publikuje także poezję i teksty krytyczne.

Streszczenie

Artykuł prezentuje literacki spór Marii Jehanne Wielopolskiej i Kazimierzy Iłakowiczówny o kult osoby Marszałka Józefa Piłsudskiego oraz jego oddźwięk w ówczesnej prasie. W pierwszej części artykułu autorka przedstawia zarzuty pułkownika Adama Borkiewicza wobec książki *Ścieżka obok drogi* skierowane do dyrektora Głównej Księgarni Wojskowej. W dalszej części artykułu przedstawiono źródła zajadłego konfliktu obu kobiet. Kolejny fragment dotyczy reakcji ówczesnych czasopism na wojnę na pióra. W zakończeniu podsumowano najważniejsze kwestie poruszone w artykule.

Summary

The article presents literary controversy Maria Jehanne Wielopolska and Kazimiera Iłakowiczówna of personality cult Marshal Jozef Pilsudski and its resonance in the contemporary press. In the first part of the article the author presents allegations against Colonel Adam Borkiewicz 'Path next to the road' book addressed to the Director of the Central Military Bookshop. The rest of this article presents the source of a fierce conflict of the two women. Another piece involves the reaction of contemporary magazines 'to war on the pen'. In conclusion summarizes the major points raised in the article.

Problem przewlekłości postępowania sądowego a zróżnicowane zarządzanie przepływem spraw sądowych

Tymoteusz Zych

Sprawiedliwość spóźniona (...) to odmowa sprawiedliwości

Martin Luther King, Jr.⁴¹⁶

1. Przewlekłość postępowań sądowych – węzłowy problem współczesnego wymiaru sprawiedliwości

Zagadnienie efektywności pracy sądu jest problemem wieloaspektowym. Szybkość postępowania sądowego uwarunkowana jest przez konstrukcję obowiązujących norm proceduralnych, stosunek liczby sędziów do liczby rozpatrywanych spraw oraz ich poziomu skomplikowania, jak i przez wewnętrzną organizację pracy sądu, w tym zarówno wymogi o charakterze sformalizowanym, jak i nieformalne metody podziału pracy.

Brak przewlekłości postępowania stanowi wymóg praworządności, który w Konstytucji RP z 1997 r. znalazł wyraz w art. 45 stanowiącym, że „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki (...)”⁴¹⁷. W Polsce przewlekłość postępowania sądowego jest wskazywana przez respondentów badań opinii społecznej jako najbardziej dolegliwy problem wymiaru sprawiedliwości⁴¹⁸. Relatywnie niska szybkość postępowań sądowych bywa

⁴¹⁶ M. Luther King Jr., *Letter from Birmingham Jail*, „The Atlantic Monthly”, t. 212 nr 2, August 1963, s. 80. Maksyma ta, przypisywana oryginalnie Williamowi Pennowi lub Williamowi Gladstone’owi, jest bardzo rozpowszechniona w amerykańskim sądownictwie.

⁴¹⁷ Art. 45 Konstytucji RP z 1997 r. (Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.).

⁴¹⁸ Por. R. Boguszewski, *O przestrzeganiu prawa i funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, s. 8; s. 18, Komunikat nr 4763, Warszawa, styczeń 2013, CBOS. Wyniki badania dostępne są pod adresem: http://cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_005_13.PDF; dostęp 23 maja 2014 r.

Przewlekłość postępowań sądowych została wskazana jako „problem związany z funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości” przez 84% respondentów i była najczęściej wskazywanym przez uczestników tego badania problemem. Drugi najczęściej wskazywany problem to „notoryczne opóźnienia rozpraw”, które to zjawisko zostało wskazane przez 72% badanych. Możliwe było zakwalifikowanie przez respondentów dowolnej liczby wymienionych w zjawisku zjawisk za problemy polskiego wymiaru sprawiedliwości (*ibidem*, s. 18). W grupie badanych, którzy mieli kontakt z wymiarem sprawiedliwości na przestrzeni ostatnich 5 lat przed przeprowadzeniem badania i negatywnie ocenili pracę sądu, aż 51% wskazało „przewlekłość postępowania, opieszałość sądu” jako przyczynę niezadowolenia. Także w tym przypadku była to najczęściej formułowana deklaracja, a żadna z pozostałych przyczyn niezadowolenia z pracy sądu nie została wymieniona przez więcej niż 14% spośród tej grupy badanych (*tamże*, s. 8).

identyfikowana jako jedna z podstawowych barier rozwoju gospodarczego Polski⁴¹⁹. Wyniki międzynarodowych badań porównawczych wskazują, że na tle innych krajów Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) w polskim sądownictwie przewlekłość postępowań jest najbardziej dotkliwa w sprawach o istotnym znaczeniu z perspektywy obrotu gospodarczego, w tym w szczególności w zakresie dochodzenia należności umownych⁴²⁰. Wskazuje się, że na przestrzeni lat 2008-2012 wzrosła liczba spraw rozpatrywanych dłużej niż przez 12 miesięcy, co spowodowane było przede wszystkim stale zwiększającą się liczbą spraw trafiających przed sądy⁴²¹. Zarazem jednak na przestrzeni lat 2008-2013 udało się w Polsce w istotnym stopniu skrócić średni czas dochodzenia należności umownych⁴²².

2. Rozwój badań dotyczących szybkości postępowania sądowego w Stanach Zjednoczonych. „Dawna” i „nowa” wiedza o przewlekłości postępowań

Stany Zjednoczone były pierwszym państwem, w którym przedmiotem systematycznych badań naukowych stała się problematyka korelacji przewlekłości postępowania sądowego oraz organizacji pracy sądu i przyjętego modelu zarządzania, w tym w szczególności zarządzania przepływem spraw sądowych. Prawo do szybkiego postępowania zostało zapisane wyraźnie w szóstej poprawce do amerykańskiej Konstytucji, która głosi, że „Przy ściganiu przestępstw przysługuje oskarżonemu prawo do szybkiego i publicznego procesu”⁴²³. Inicjatorem nowoczesnych badań nad

⁴¹⁹ Por. E. Mączyńska, *Potencjał rozwojowy Polski w kontekście hipotezy o sekularnej stagnacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego”, nr 854 (2015), s. 930. Także: *Doing Business 2014. Understanding Regulations for Small and Medium-Size Enterprises*, 11th edition, A World Bank Group Corporate Flagship, Washington, DC 2013, w szczególności s. 112-113. Raport dostępny pod adresem: <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB14-Full-Report.pdf>.

⁴²⁰ Por. *Doing Business 2014...*, dz. cyt., s. 112-113. Także: *What Makes Civil Justice Effective?*, OECD Economics Department Policy Note, No. 18, June 2013, s. 11.

⁴²¹ Podczas gdy w 2008 r. było to 7,2% wszystkich spraw, w 2012 r. było to już 8,6% ogółu spraw rozpatrywanych przez polskie sądy. W tym czasie liczba spraw wpływających przed sądy I instancji wzrosła z 11 209 552 do 14 040 616. Por. Ministerstwo Sprawiedliwości. Wydział Statystyki i Analiz Wymiaru Sprawiedliwości, *Informacja statystyczna o ewidencji spraw oraz orzecznictwie w sądach powszechnych oraz o więziennictwie, cz. 1, Analiza statystyczna działalności wymiaru sprawiedliwości w 2012 r. na tle lat ubiegłych*. Warszawa 2013, s. 9. Dane dostępne na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości: <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2012/>; dostęp 24 maja 2014 r.

⁴²² Spośród wszystkich państw uwzględnionych w rankingu Polska w badanym okresie w największym stopniu obniżyła czas dochodzenia należności umownych. W rankingu uwzględniany był czas od złożenia wniosku do zakończenia egzekucji należności. Por. *Doing Business 2014...*, dz. cyt., s. 112-113. Duże zróżnicowanie długości postępowań sądowych w różnych częściach kraju wykazał opublikowany w grudniu 2013 r. przez Fundację Forum Obywatelskiego Rozwoju ranking sądów okręgowych i apelacyjnych, w którym jedno z kryteriów stanowiła „szybkość postępowania”. Punkty w tej kategorii przyznawane były w zależności od średniego czasu postępowania w sądzie. Pozostałe uwzględnione kryteria oceny pracy sądów to „przejrzystość i dostęp do informacji publicznej” oraz „efektywność postępowania” (M. Kube, M. Karłowski, K. Kociel, M. Kulpińska, B. Trzeciak, *Sądy na wokandzie 2013. Przejrzystość i wydajność pracy*, w szczególności s. 10-11. Raport Fundacji Forum Obywatelskiego Rozwoju, Warszawa 2013, dostępny pod adresem: <http://www.for.org.pl/pl/a/2806,Analiza-17-Sady-na-wokandzie-2013>; dostęp 23 maja 2014 r.).

⁴²³ VI poprawka [w:] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, tłum. Andrzej Pułło, Warszawa 2002.

poprawą efektywności amerykańskiego sądownictwa był Roscoe Pound, który zwracał uwagę na konieczność reform struktury sądownictwa oraz potrzebę modernizacji sposobu zarządzania zasobami kadrowymi sądu, w tym aparatem administracyjnym⁴²⁴. Aż do początku lat 70. analizy problematyki szybkości postępowań sądowych koncentrowały się na kwestii adekwatności zasobów, jakimi dysponowały sądy do ilości rozpatrywanych spraw. Posługiwano się kategorią „sędziogodzin” (*judge hours*) oraz „sędziodni” (*judge days*) pracy, które niezbędne są do usunięcia przewlekłości postępowań⁴²⁵.

Tę „dawną wiedzę” (*old conventional wisdom*) o przewlekłości postępowań sądowych uzupełniono w latach 70. i 80. XX w. o „nową wiedzę” (*new conventional wisdom*)⁴²⁶. Badania, które wówczas przeprowadzono, wykazały, że liczba rozpatrywanych przez sąd spraw (*caseload*) oraz będące w dyspozycji sądu zasoby kadrowe nie są najważniejszymi okolicznościami tłumaczącymi skalę opóźnień i jej możliwe zmiany⁴²⁷. Analizy przeprowadzone przez zespół badawczy pod kierownictwem Thomasa Churcha potwierdziły, że niejednokrotnie w sądach, w których sędziowie rozpatrywali średnio wyższą liczbę spraw, rozstrzygnięcie zapadało szybciej niż w sądach o podobnej pozycji hierarchicznej, w których obciążenie liczbą spraw było niższe⁴²⁸. Zwrócono uwagę na znaczenie „lokalnych kultur prawnych” (*local legal cultures*), nieformalnych praktyk i sposobów postępowania sędziów i innych uczestników postępowań, w tym zróżnicowanych w poszczególnych sądach oczekiwań uczestników postępowań dotyczących ich przebiegu⁴²⁹.

Tekst dostępny na stronach internetowych Sejmu RP: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>; dostęp 1 czerwca 2014 r.

⁴²⁴ R. Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. Address before the Annual Convention of the American Bar Association in 1906*, „American Lawyer” nr 14 (1906), s. 445-448. Systematyczne ujęcie programu reformy sądów zostało wyrażone po raz pierwszy w sporządzonym z udziałem m.in. Louisa Brandeisa i Roscoe Pounda dokumencie opublikowanym w 1914 r., który zatytułowany został *Preliminary Report on Efficiency in the Administration of Justice*. Znalazł się w nim m.in. postulat ustanowienia w sądach zawodowych menadżerów, którzy mieli zarządzać ich pracą (L. Brandeis, C.W. Eliot, *Preliminary Report on Efficiency in the Administration of Justice*, Boston 1914). Tłem badań był rozwój nowoczesnej nauki o zarządzaniu oraz nauki o administracji (por. w szczególności W. Wilson, *The Study of Administration*, „The Political Science Quarterly”, t. 2 nr 2 (July 1887), s. 197-222; W. Taylor, *Principles of Scientific Management*, New York - London 1911, *passim*). Istotny punkt odniesienia stanowiła dla reformatorów koncepcja biurokracji Maxa Webera i jej „model idealny” (por. M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo: zarys socjologii rozumiejącej*, Warszawa 2002, s. 159).

⁴²⁵ Por. H. Zeisel, H. Kalven, B. Buchholz, *Delay in Court*, Boston 1959, s. 8-17.

⁴²⁶ C.B. Graham, Jr., *Reshaping the Courts: Traditions, Management Theories, and Political Realities* [w:] *Handbook of Court Administration and Management*, S.W. Hays, C.B. Graham, Jr. (red.), New York – Basel – Hong Kong 1993, s. 3; D.C. Steelman, *What Have We Learned About Court Delay, “Local Legal Culture” and Caserflow Management Since the Late 1970s?*, „Justice System Journal” nr 19 (1997), s. 151-155; J.P. Coolsen, *Case Management Innovation in a Large, Urban Trial Court: the Critical Importance of Legal Stakeholder Attitudes*, „The Justice System Journal”, t. 30, nr 1 (2009), s. 71-74.

⁴²⁷ Por. P. Pekkanen, *Delay Reductions in Courts of Justice – Possibilities and Challenges of Process Improvement in Professional Public Organizations*, Digipaino 2011, s. 51; J.P. Coolsen, *Case Management...*, dz. cyt., s. 71-73.

⁴²⁸ T. Church, A. Carlson, J.-L. Lee, T. Tan, *Justice Delayed – The Pace of Litigation in Urban Trial Courts*, „The State Court Journal”, t. 2 nr 4 (Fall 1978), s. 3-8.

⁴²⁹ P. Pekkanen, *Delay Reductions...*, dz. cyt., s. 51.

Węższy sens od „lokalnej kultury prawnej” miało wprowadzone w latach 90. pojęcie „kultury sądowej” (*court culture*), obejmujące model organizacji sądu⁴³⁰. Ostrom i Hanson zaproponowali klasyfikację czterech typów kultur organizacyjnych sądu występujących w amerykańskim sądownictwie z perspektywy ich efektywności. Przyjęli oni dwa podstawowe wymiary ich charakterystyki – współdziałanie (*socialability*)⁴³¹, poprzez które rozumieją oni poziom kooperacji pomiędzy uczestnikami postępowań sądowych i świadomość znaczenia kompetencji społecznych, oraz solidarność (*solidarity*), poprzez którą autorzy ci rozumieją poziom zgodności celów oraz procedur i sposobów ich realizacji, jakie przyjmują sędziowie oraz administratorzy sądów. Obie te wartości mają być pozytywnie skorelowane z efektywnością postępowania, w tym z jego szybkością⁴³².

Skutkiem tych obserwacji było podjęcie refleksji dotyczącej możliwości stworzenia mechanizmów mających na celu kształtowanie u uczestników postępowań sądowych świadomości znaczenia problemu przewlekłości działania sądu. Z pewnością nie sposób jest wskazać jedno konkretne formalne rozwiązanie, które pozwala na redukcję opóźnień w postępowaniach sądowych⁴³³. Już w latach 70. XX wieku rozwinęła się koncepcja „zarządzania przepływem spraw sądowych” (*caseflow management*)⁴³⁴, czyli zarządzania całym procesem rozpatrywania sprawy sądowej od momentu wniesienia przed sąd pism rozpoczynających postępowanie, aż do ostatecznego rozpatrzenia sprawy⁴³⁵. Wskazywano m.in. na potrzebę aktywnego monitorowania procesu rozpatrywania spraw przez sędziów⁴³⁶.

Współcześnie podnosi się, że kluczowymi czynnikami wpływającymi na przyspieszenie postępowań sądowych są, obok wprowadzenia systemu efektywnego zarządzania przepływem spraw

⁴³⁰ Por. J.P. Coolsen, *Case Management...*, dz. cyt., s. 73; G. Gallas, *Local Legal Culture – More than Court Culture*, „Court Manager”, t. 20 nr 4 (Winter 2005-2006), s. 23-28.

⁴³¹ W kontekście znaczenia, jakie przywoływani autorzy przypisują temu terminowi, tłumaczenie tego terminu jako „współdziałanie” wydaje się bardziej adekwatne niż dosłowny przekład tego pojęcia jako „towarzystwo”.

⁴³² B. Ostrom, R. Hanson, *Efficiency, Timeliness and Quality: a New Perspective from Nine State Criminal Trial Courts*, Williamsburg 1999, s. 14-23. W oparciu o rozróżnienie kultur w obu tych wymiarach autorzy ci wyróżniają: (1) kulturę wspólnotową (*communal culture*), w której występuje *consensus* co do celów działania sądu, ale sposoby ich realizacji nie są jednolite i poszczególni sędziowie przyjmują w tym zakresie zróżnicowane formuły ich realizacji; (2) kulturę sieciową (*networked culture*), w której oczekiwania dotyczące czasu trwania kolejnych etapów postępowania sądowego oparte są na wypracowanych wspólnie przez sędziów zasadach pracy (*working policy*), a Prezes Sądu popiera realizację przyjmowanych założeń; (3) kultura autonomiczna (*autonomous culture*), w której poziom odrębności sposobów prowadzenia postępowania przez poszczególnych sędziów jest wysoki, brak jest wspólnych zasad służących ich realizacji; (4) kultura hierarchiczna, której sędziowie są zobowiązani do stosowania zasad *caseflow management*, a w związku z tym przyjęte są pisemne zasady dotyczące postępowania, które mają charakter obowiązujący w sposób jednolity wobec wszystkich pracujących w danym sądzie sędziów, stosowana jest wczesna kontrola spraw (*early case control*), koordynacja rozpatrywania spraw (*case coordination*) oraz przyjmowane są sztywne daty poszczególnych etapów postępowania.

⁴³³ Por. m.in. D.C. Steelman, *What Have We Learned...*, dz. cyt., s. 153.

⁴³⁴ Sformułowanie to pojawiło się po raz pierwszy w artykule opublikowanym w 1973 r. (M. Solomon, *Caseflow Management in the Trial Court*, Chicago 1973).

⁴³⁵ P. Pekkanen, *Delay Reductions...*, dz. cyt., s. 44.

⁴³⁶ Tamże, s. 46.

sądowych, zapewnienie dobrego przepływu informacji dotyczących postępowań, w tym czasu ich trwania, oraz indywidualne zdolności zarządzania prezesów sądów⁴³⁷. Badania porównawcze sposobu działania sądów, w których udało się przyspieszyć rozpatrywanie spraw wykazują, że centralne znaczenie posiada jakość przywództwa (*leadership*) oraz świadomość celów (*goals*) zmian w wymiarze sprawiedliwości, w tym w szczególności poprawy efektywności⁴³⁸. Powiązane z nimi i wzajemnie warunkujące się czynniki, które mogą przyczynić się do przyspieszenia postępowań sądowych to mechanizmy przepływu informacji oraz komunikacja, zaangażowanie i odpowiedzialność ze strony sędziów, edukacja i szkolenie, aktywna kontrola stanu spraw, w których występują zaległości, przyjęcie mechanizmów odpowiedzialności za powstałe naruszenia efektywności, zaangażowanie personelu administracyjnego oraz wprowadzenie procedur zarządzania przepływem spraw⁴³⁹.

3. Zróżnicowane zarządzanie przepływem spraw sądowych w Stanach Zjednoczonych

Spośród czynników, które są identyfikowane jako okoliczności warunkujące przyspieszenie postępowań sądowych na szczególną uwagę w perspektywie instytucjonalnej reformy wymiaru sprawiedliwości zasługują rozwiązania wiążące się z zarządzaniem przepływem spraw sądowych. Od końca lat 80. XX wieku w amerykańskich sądach coraz częściej przyjmowany jest zespół rozwiązań określany jako „zróżnicowane zarządzanie przepływem spraw” (DCM, *Diffrentiated Case Management*)⁴⁴⁰. Jego głównym założeniem jest sformułowanie odrębnych ścieżek postępowania dla spraw posiadających różny poziom skomplikowania i odmienną specyfikę. W różnych ujęciach kryteria różnicujące sprawy stanowić mogą: liczba i znaczenie punktów spornych lub ilość czasu niezbędna do przeprowadzenia postępowania dowodowego, waga stawianych zarzutów w sprawach karnych lub wartość przedmiotu sporu w sprawach cywilnych⁴⁴¹. Poszczególne ścieżki charakteryzuje zróżnicowany porządek etapów postępowania oraz różne wymogi dotyczące czasu ich trwania. W większości sądów tworzy się od trzech do sześciu ścieżek przeznaczonych dla spraw cywilnych i podobną liczbę ścieżek dotyczących postępowań karnych. Formuła ścieżek i przyjęte wymogi

⁴³⁷ J.P. Coolsen, *Case Management...*, dz. cyt., s. 84-86; B. Ostrom, R. Hanson, *Efficiency, Timeliness and Quality...*, dz. cyt., s. 107-116; D. Steelman, M. Fabri, *Can an Italian Court use the American approach to delay reduction?*, „The Justice System Journal”, t. 29 nr 1 (2008), s. 16-19; P. Pekkanen, *Delay Reductions...*, dz. cyt., s. 46-48.

⁴³⁸ D. Steelman, J.A. Goerd, J.E. McMillan, *Caseflow Management: The Heart of Court Management in the New Millennium*, Williamsburg 2004, s. 59-71; W. Hewitt, G. Gallas, B. Mahoney, *Courts that succeed – Six profiles of successful courts*, National Center for State Courts, Williamsburg 1990, s. vi-viii.

⁴³⁹ D. Steelman, J.A. Goerd, J.E. McMillan, *Caseflow Management...*, dz. cyt., s. 59-71; W. Hewitt, G. Gallas, B. Mahoney, *Courts that Succeed...*, dz. cyt., s. vi-viii.

⁴⁴⁰ C. Cooper, M. Solomon, H. Bakke, *Differentiated Case Management: Implementation Manual*, Washington, D.C. 1993, dostępne pod adresem: <http://jpo.wrlc.org/bitstream/handle/11204/123/1952.pdf?sequence=1>; dostęp 31 maja 2014 r. Por. także J.P. Coolsen, *Case Management...*, dz. cyt., s. 74.

⁴⁴¹ C. Cooper, M. Solomon, H. Bakke, *Differentiated Case Management...*, dz. cyt., s. 3.

czasowe są jawne, a uczestnicy postępowań są informowani o przyporządkowaniu rozpatrywanej sprawy do określonej ścieżki.

Choć standardy dotyczące szybkości postępowania przyjmowane są co do zasady na poziomie stanowym lub federalnym, a wytyczne w tym zakresie formułują także organizacje prawnicze, to programy DCM wprowadzane są na poziomie konkretnych sądów. Odrębności w zakresie przyjmowanych rozwiązań umożliwia specyfika amerykańskiego postępowania cywilnego i karnego, które w dużo mniejszym stopniu niż w państwach Europy kontynentalnej zdeterminowane jest przez powszechnie obowiązujące normy prawne⁴⁴². Zastosowanie modelu zróżnicowanego zarządzania sprawami sądowymi często wiąże się z odejściem od zasady rozpatrywania spraw zgodnie z kolejnością wpływu, która ustępuje miejsca kryteriom wynikającym z wymogów efektywnego procedowania⁴⁴³.

O przyporządkowaniu sprawy do ścieżki rozstrzyga faza przedprocesowa postępowania. Ponieważ zdecydowana większość spraw wnoszonych przed amerykańskie sądy kończy się już na tym etapie w drodze ugody⁴⁴⁴ organizacja i przebieg czynności przedprocesowych mają kluczowe znaczenie z perspektywy długości prowadzonych postępowań. Podstawą przyporządkowania sprawy jest *screening*, który prowadzony jest bezpośrednio po wpłynięciu sprawy do sądu⁴⁴⁵. Dokonane przyporządkowanie rozstrzyga nie tylko o wymogach dotyczących procesu, ale także o formule postępowania przedprocesowego. W zależności od wybranej ścieżki w fazie przedprocesowej uczestniczyć może sędzia lub delegowani przezeń urzędnicy. Wskazuje się, że udział sędziego powinien być ograniczony do spraw najbardziej skomplikowanych, co pozwala na efektywną alokację jego czasu na czynnościach procesowych⁴⁴⁶.

Założeniem DCM jest stały monitoring rozpatrywanych spraw pod kątem spełnienia wymogów dotyczących czasu trwania poszczególnych etapów postępowania. Sędziowie są zobligowani do przekazywania informacji o przekroczeniu wymogów czasowych dotyczących postępowania. Naruszenie wymogów czasowych może się wiązać z formalnymi konsekwencjami, jeśli brak jest stosownego uzasadnienia. Jeżeli w toku postępowania okaże się, że pierwotne

⁴⁴² C. Wright, M. Kane, *Federal Practice and Procedure: Federal Practice Deskbook*, t. 20, St. Paul, Minnesota 2002, s. 876.

⁴⁴³ H. Bakke, M. Solomon, *Case Differentiation: an Approach to Individualized Case Management*, "Judicature", t. 73 (1989-1990), s. 18.

⁴⁴⁴ Por. T. Eisenberg, Ch. Lanvers, *What is Settlement Rate and Why Should We Care?*, "Journal of Empirical Legal Studies", t. 6 nr 1 (March 2009), s. 111-146. Autorzy wskazują, że w badanych przez nich sądach najwyższy współczynnik spraw zakończonych ugodą na etapie przedprocesowym występował w prawie deliktów (tamże, s. 111).

⁴⁴⁵ Bureau of Justice Assistance, *Differentiated Case Management*, Washington, DC 1993, s. 3; D. Steelman, J.A. Goerd, J.E. McMillan, *Caseflow Management...*, dz. cyt., s. 4-5.

⁴⁴⁶ Por. m.in. S. Flanders, *Case management and Court Management in United States District Courts*, Washington, D.C. 1977, s. ix-x;

przyporządkowanie sprawy do ścieżki nie było w pełni adekwatne do jej charakteru, przewidziane są odpowiednie procedury zmiany ścieżki⁴⁴⁷.

Z wprowadzeniem DCM wiąże się także przyjęcie zasady wyznaczania najkrótszych możliwych terminów odroczeń wystarczających na dopełnienie czynności, ze względu na które podjęto tego rodzaju decyzję⁴⁴⁸. Programy DCM łączą się też co do zasady z wprowadzeniem ścisłych uregulowań dotyczących możliwości odraczania postępowań oraz przyjęciem sztywnych terminów czynności procesowych⁴⁴⁹.

Dla skutecznego funkcjonowania systemu niezbędne jest, by u sędziów i innych pracowników sądów wykształciło się świadome oczekiwanie, że proces rozpatrywania spraw będzie następował zgodnie z wyznaczonym kalendarzem⁴⁵⁰.

Wprowadzenie instrumentów zróżnicowanego zarządzania przepływem spraw sądowych przyniosło efekty w postaci ogólnego przyspieszenia postępowań i zmniejszenia liczby spraw rozpatrywanych w sposób szczególnie przewlekły. Już programy pilotażowe przyniosły wymierne efekty w postaci znacznego zmniejszenia liczby spraw karnych rozpatrywanych w sposób przewlekły oraz zwiększenia liczby spraw, które rozpatrywane były szybciej niż w ciągu trzech miesięcy⁴⁵¹. Badania czasu trwania postępowań w sprawach z dziedziny prawa deliktów oraz zobowiązań kontraktowych potwierdziły pozytywną korelację pomiędzy wprowadzeniem DCM a zmniejszeniem liczby postępowań o szczególnie wysokim poziomie przewlekłości i obniżeniem mediany oraz średniego czasu rozpatrywania spraw⁴⁵².

Zwolennicy DCM wśród potencjalnych korzyści wiążących się z wprowadzeniem tego rozwiązania wskazują także na możliwość bardziej efektywnego wykorzystania zasobów będących w dyspozycji sądu, w tym umożliwienie efektywnej alokacji czasu sędziów, urzędników sądowych oraz stron postępowania. W konsekwencji DCM może przyczynić się do obniżenia kosztów postępowań sądowych, zarówno z perspektywy sądu, jak i uczestniczących w nich stron. W kontekście postępowań karnych zwraca się uwagę na skrócenie czasu, przez który oskarżeni przebywają w

⁴⁴⁷ J.P. Coolsen, *Case Management...*, dz. cyt., s. 74.

⁴⁴⁸ C. Cooper, M. Solomon, H. Bakke, *Differentiated Case Management...*, dz. cyt., s. 3.

⁴⁴⁹ J.P. Coolsen, *Case Management...*, dz. cyt., s. 82; D.C. Steelman, *What Have We Learned...*, dz. cyt., s. 160. Podkreślić jednak trzeba, że rozwiązania te przyjmowane były przez amerykańskie sądy już przed wprowadzeniem DCM.

⁴⁵⁰ C. Cooper, M. Solomon, H. Bakke, *Differentiated Case Management...*, dz. cyt., s. 3; H. Bakke, M. Solomon, *Case Differentiation...*, dz. cyt., s. 17.

⁴⁵¹ H. Bakke, M. Solomon, *Case Differentiation...*, dz. cyt., s. 21.

⁴⁵² Por. J.A. Goerdts, B.J. Ostrom, D.B. Rottman, R.C. LaFountain, N.B. Kauder, *Litigation Dimensions: Torts and Contracts in Large Urban Courts*, "State Court Journal" nr 19 (1995), s. 16; s. 20; D. Steelman, *What Have We Learned...*, dz. cyt., s. 155-158.

areszcie tymczasowym. Podwyższenie efektywności i przewidywalności mechanizmów działania sądu przyczynić się może do poprawy społecznej percepcji jego funkcjonowania⁴⁵³.

Wątpliwości formułowane wobec DCM wiążą się z negatywnym wpływem wymogów czasowych dotyczących szybkości postępowania na jakość podejmowanych rozstrzygnięć. W badaniach ankietowych dotyczących postępowań karnych zastrzeżenia o takim charakterze wyrażała większość spośród prawników uczestniczących w postępowaniach sądowych, przy czym występowały one u zdecydowanej większości obrońców i zaledwie u niespełna połowy sędziów⁴⁵⁴. Porównawcze badania ankietowe, w których zestawiona została szybkość postępowania oraz percepcja jakości rozstrzygnięcia przez uczestników postępowania w wybranych amerykańskich sądach nie potwierdzają jednak, że istnieje negatywna korelacja pomiędzy przyspieszeniem postępowań sądowych na skutek wprowadzenia mechanizmów zróżnicowanego zarządzania przepływem spraw sądowych oraz jakością podejmowanych rozstrzygnięć⁴⁵⁵.

Zastrzeżenia wobec DCM wiążą się także z zarzutem, że ustandaryzowane ścieżki postępowania nie oddają rzeczywistego zróżnicowania rozpatrywanych przez sądy spraw, z których każda wymaga innego podejścia i różnej ilości czasu niezbędnej do rzetelnego rozpatrzenia⁴⁵⁶. Podnosi się w szczególności, że przyjęte ścieżki nie uwzględniają w wystarczającym stopniu istotnych różnic w ramach wyróżnionych kategorii spraw. Wątpliwości mogą dotyczyć także konkretnych wyznaczanych przez sądy terminów zakończenia etapów postępowania, które nie zawsze odpowiadają rzeczywistym wymogom czasowym wobec poszczególnych kategorii spraw⁴⁵⁷. Nie ulega wątpliwości, że programy zróżnicowanego zarządzania przepływem spraw sądowych wymagają stałych korekt po wprowadzeniu ich w życie.

4. Ograniczenie przewlekłości postępowań sądowych w Polsce. Możliwość zastosowania mechanizmów zróżnicowanego zarządzania przepływem spraw sądowych.

Amerykańskie programy DCM wprowadzane są w życie w znacząco odmiennym od polskiego systemie prawnym. Spośród szeregu odrębności szczególnie istotne znaczenie mają w analizowanym kontekście różnice w zakresie sposobu kształcenia prawników, ścieżki awansu oraz stopnia zdeterminowania przebiegu postępowania przez powszechnie obowiązujące przepisy prawne.

⁴⁵³ Por. C. Cooper, M. Solomon, H. Bakke, *Differentiated Case Management...*, dz. cyt., s. 4-5. Także: H. Bakke, M. Solomon, *Case Differentiation...*, dz. cyt., s. 21.

⁴⁵⁴ J.P. Coolsen, *Case Management...*, dz. cyt., s. 83-84. Badania prowadzone były w Cook County w stanie Illinois.

⁴⁵⁵ Por. B. Ostrom, R. Hanson, *Efficiency, Timeliness and Quality...*, dz. cyt., s. xiii. Badanie dotyczyło spraw karnych. Autorzy zwracają uwagę, że w sądach, w których przestrzegano standardów dotyczących szybkości postępowania, co do zasady wyższa była także jakość dokonywanych rozstrzygnięć.

⁴⁵⁶ J.P. Coolsen, *Case Management...*, dz. cyt., s. 84.

⁴⁵⁷ Tamże, s. 84.

Sędziowie kontynentalni w większym stopniu niż anglosascy mają skłonność do opierania swoich działań na standardach o charakterze sformalizowanym, w szczególności zawartych w normach prawa stanowionego, niż na doświadczeniu⁴⁵⁸. Jakkolwiek te istotne różnice nie pozwalają na proste przeniesienie rozwiązań amerykańskich na grunt polski, istotna część doświadczeń związanych z funkcjonowaniem DCM może służyć jako punkt odniesienia dla programu reformy polskiego sądownictwa. Dotychczasowe badania prowadzone w Europie potwierdzają, że, podobnie jak w USA, zwiększenie nakładów przeznaczanych na funkcjonowanie sądów i wzrost liczby sędziów są skorelowane z przyspieszeniem postępowań sądowych w mniejszym stopniu niż reformy organizacyjne i modernizacja sposobu zarządzania przepływem spraw⁴⁵⁹.

W dużej części państw członkowskich Rady Europy albo przyjęto wytyczne dotyczące właściwego czasu trwania postępowań odnoszące się do całego systemu sądownictwa lub poszczególnych sądów, albo przynajmniej część sądów przyjęła wewnętrzne regulacje w tym zakresie o charakterze jawnym⁴⁶⁰. Na szeroką skalę programy zróżnicowanego zarządzania przepływem spraw sądowych wprowadziły dotychczas sądy w Zjednoczonym Królestwie, które są osadzone w kulturze prawnej *common law*, podobnie jak sądy amerykańskie⁴⁶¹.

Działająca w ramach struktur Rady Europy Europejska Komisja na rzecz Efektywności Wymiaru Sprawiedliwości (CEPEJ) sformułowała projekt wytycznych dotyczących przyspieszenia postępowań sądowych. Dokument ten wskazuje na potrzebę planowania czasu trwania postępowań sądowych zarówno na poziomie ogólnym, jak i w odniesieniu do konkretnych spraw. Wskazuje się także na potrzebę wyznaczenia standardów dotyczących długości trwania postępowania sądowego i poszczególnych jego etapów, monitoringu postępowań pod kątem czasu ich trwania oraz potrzebę stworzenia mechanizmów interwencji w przypadku, gdy występuje przewlekłość postępowania.

⁴⁵⁸ D. Steelman, M. Fabri, *Can an Italian Court...*, dz. cyt., s. 11-12.

⁴⁵⁹ W kontekście działania sądów greckich por. M. Mitsopoulos, T. Pelagidis, *Does staffing affect the time to dispose cases in Greek courts?*, "International review of Law and Economics", t. 27, nr 2 (2007), s. 219-244; w kontekście działania sądów włoskich por. G. DiVita, *Production of laws and delays in court decisions*, "International Review of Law and Economics", t. 30 (2010), s. 276-281.

⁴⁶⁰ M. Fabri, N. Carboni, *SATURN Guidelines for Judicial Time Management. Comments and Implementation Examples*, CEPEJ-SATURN (2013) 4, Strasbourg 2013, s. 5-11; European Commission for the Efficiency of Justice, *Time Management of Justice Systems: a Northern Europe Study*, red. J.T. Johnsen, M. Smolej, Strasbourg 2006, s. 17-22; European Commission for the Efficiency of Justice, *Compendium of the "best practices" of the time management of judicial proceedings*, Strasbourg 2006, CEPEJ (2006) 13, *passim*; European Commission for the Efficiency of Justice, *Study on Council of Europe Member States Appeal and Supreme Courts' Length of Proceedings*, CEPEJ-SATURN (2011) 3, s. 69-88.

⁴⁶¹ European Commission for the Efficiency of Justice, *SATURN guidelines for judicial time management. Comments and implementation examples*, red. M. Fabri, N. Carboni, Strasbourg 2012, s. 10; s. 12; s. 14, s. 16; s. 21; s. 22; European Commission for the Efficiency of Justice, *Reports on the implementation of the CEPEJ guidelines for judicial time in 7 pilot courts/ institutions*, CEPEJ (2011) 1, s. 7; s. 8; s. 14; European Commission for the Efficiency of Justice, *Compendium of the "best practices" ...*, dz. cyt., s. 8.

Wytyczne wskazują też, że strony postępowania powinny być informowane o przyjmowanych wymogach czasowych⁴⁶².

W polskim Kodeksie postępowania cywilnego brak jest regulacji ustanawiających wymogi dotyczące czasu trwania poszczególnych etapów procesu. Jeśli w polskich sądach przyjmowane są plany lub harmonogramy postępowania, co do zasady nie są podawane do wiadomości stron⁴⁶³. Podobna sytuacja ma miejsce w większości państw Europy Środkowo-Wschodniej⁴⁶⁴.

W polskim Kodeksie postępowania cywilnego brak jest przepisów regulujących etap przedprocesowy postępowania, który, jak zostało wykazane, posiada kluczowe znaczenie z perspektywy DCM⁴⁶⁵. Możliwość fakultatywnego wniesienia sprawy na posiedzenie przed rozprawą główną ze względu na jej zawartość lub inne okoliczności, gdy mogło to usprawnić przebieg postępowania, którą dawało prezesowi sądu obowiązujące do niedawna brzmienie art. 349 Kodeksu postępowania karnego⁴⁶⁶, była dotychczas wykorzystywana stosunkowo rzadko. Sytuacja ta może ulec zmianie w związku z wprowadzeniem nowego brzmienia tego przepisu, które obowiązuje od 1 lipca 2015 r. W nowym stanie prawnym w postępowaniu karnym prezes sądu jest zobligowany do niezwłocznego skierowania sprawy na posiedzenie, jeżeli przewidywany czas postępowania dowodowego uzasadnia przypuszczenie, że w sprawie niezbędne będzie wyznaczenie co najmniej 5 terminów rozprawy⁴⁶⁷. Przepis ten w nowym brzmieniu przyznaje również prezesowi sądu kompetencje związane z organizacją posiedzenia oraz określa szczegóły dotyczące terminu, w którym posiedzenie ma się odbyć i jego przebiegu⁴⁶⁸.

⁴⁶² M. Fabri, N. Carboni, *SATURN Guidelines...*, dz. cyt., s. 4.

⁴⁶³ Zwraca na to uwagę B. Karolczyk (*Pretrial as a Part of Judicial Case Management in Poland in Comparative Perspective*, "Comparative Law Review" nr 15 (2013), s. 155-156).

⁴⁶⁴ Por. m.in. A. Uzelac, *Survival of the Third Legal Tradition*, "Supreme Court Law Review" nr 49 (2010), s. 390. Autor wśród cech charakteryzujących funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości w tym regionie wymienia brak planowania i dyscypliny proceduralnej.

⁴⁶⁵ Szczegółowe omówienie problematyki postępowania przedprocesowego w perspektywie ograniczenia przewlekłości postępowań dalece wykracza poza ramy niniejszego artykułu. W zakresie postępowania cywilnego por. B. Karolczyk, *Pretrial as a Part of Judicial Case Management...*, dz. cyt., s. 155-157.

⁴⁶⁶ Art. 349 Kodeksu postępowania cywilnego w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r. pozwala prezesowi sądu na zwołanie posiedzenia przed rozprawą, gdy „ze względu na zawartość sprawy lub z innych ważnych powodów uzna, że może to przyczynić się do usprawnienia postępowania, a zwłaszcza należytego przygotowania i organizacji rozprawy głównej” (ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego; Dz.U. 1997 nr 89 poz. 555 ze zm.).

⁴⁶⁷ Brzmienie art. 349 § 1 k.p.k. wprowadzone ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz. 1247), które obowiązywać będzie od 1 lipca 2015 r. Po wejściu w życie nowelizacji, tak jak dotychczas, Prezes sądu będzie mógł skierować sprawę na posiedzenie, jeżeli ze względu na zawartość sprawy lub z innych ważnych powodów uzna, że może to przyczynić się do usprawnienia postępowania, a zwłaszcza należytego przygotowania i organizacji rozprawy głównej (nowe brzmienie art. 349 § 2).

⁴⁶⁸ Por. brzmienie art. 349 § 3-8 k.p.k. wprowadzone ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r. poz. 1247). W nowym stanie prawnym posiedzenie powinno się odbyć w terminie 30 dni od daty jego wyznaczenia (art. 349 § 3). Prezes sądu może uznać za obowiązkowy udział w posiedzeniu oskarżyciela publicznego, obrońcy i pełnomocników (art. 349 § 4). Prezes sądu będzie zobowiązany, by, wyznaczając posiedzenie, wezwać oskarżyciela publicznego, obrońcę i pełnomocników do przedstawienia pisemnego stanowiska dotyczącego planowanego przebiegu rozprawy głównej i jej organizacji, w tym dowodów, które powinny być przeprowadzone jako pierwsze na tych rozprawach, w terminie 7 dni od doręczenia wezwania (art. 349 § 5). W nowym

Ze względu na stopień zróżnicowania ilości czasu niezbędnej do rozstrzygnięcia różnych kategorii spraw rozpatrywanych przez sądy oraz dynamiczne przemiany stosunków społeczno-gospodarczych nie wydaje się, żeby regulacja terminów rozstrzygnięcia postępowań sądowych w akcie prawa powszechnie obowiązującego mogła stanowić trafne rozwiązanie. Dotychczasowe doświadczenia związane z funkcjonowaniem kolejnych rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości ustalających Regulamin Urzędowania Sądów Powszechnych wskazują, że w szczegółowym unormowaniu dotyczącym bieżącej pracy sądów bardzo trudno jest uwzględnić zróżnicowanie specyfiki działania sądów na terenie kraju, a szczegółowa regulacja problematyki zarządzania sądami może utrudniać wprowadzanie innowacji⁴⁶⁹.

W związku z tym, decyzja o ewentualnym wykorzystaniu metody zróżnicowanego zarządzania przepływem spraw sądowych oraz o ustaleniu jego kryteriów powinna być raczej podejmowana na poziomie poszczególnych sądów, tak jak ma to miejsce w większości amerykańskich stanów i w wielu krajach europejskich. Ponieważ praca polskich sędziów jest w bardzo wysokim stopniu zdeterminowana przez przepisy prawa stanowiącego o znacznym stopniu szczegółowości, zasadne może być formalne wskazanie organu posiadającego kompetencję do przyjęcia, podania do publicznej wiadomości oraz egzekwowania planów dotyczących czasu trwania postępowań sądowych. Upoważnienie w tym zakresie mogłoby zostać wprowadzone przez analogię do obecnych kompetencji prezesów sądów lub kolegiów sądów⁴⁷⁰. Ustalenie wytycznych dotyczących zalecanych terminów rozstrzygania sporów powinno zostać poprzedzone dokonaniem pomiaru czasu trwania różnych kategorii spraw przed poszczególnymi sądami.

stanie prawnym na posiedzeniu przewodniczący składu orzekającego, biorąc pod uwagę stanowiska w przedmiocie planowania i organizacji rozprawy głównej przedstawione przez strony, pełnomocników i obrońców, rozstrzyga w przedmiocie wniosków dowodowych i kolejności ich przeprowadzenia, przebiegu i organizacji rozprawy głównej oraz wyznacza jej terminy, a także podejmuje inne niezbędne rozstrzygnięcia (art. 349 § 7).

⁴⁶⁹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 19 listopada 1987 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. z 1987 r. nr 38 poz. 218) rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. Regulamin Urzędowania Sądów Powszechnych (Dz. U. z 2007 r. nr 38 poz. 249); Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 czerwca 2015 r. Regulamin Urzędowania Sądów Powszechnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 925, dalej Regulamin Urzędowania Sądów Powszechnych). Kolejne rozporządzenia w istotnym stopniu powtarzały przepisy obowiązujące wcześniej, zmieniając sposób ich uporządkowania. Podczas konsultacji publicznych poprzedzających wydanie przez Ministra Sprawiedliwości obowiązującego rozporządzenia zdecydowana większość zgłaszających uwagi sądów wyraziła zastrzeżenia dotyczące nadmiernej szczegółowości przepisów oraz normowania zagadnień, które nie wymagają objęcia regulacją ustawową. Zgłoszone uwagi są dostępne na stronie Rządowego Centrum Legislacji pod adresem: <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12271203/katalog/12283167#12283167>; dostęp 20 lipca 2015 r.

⁴⁷⁰ Por. art. 21, 22a, 22b, 23 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 133 z późn. zm.) oraz § 34 Regulaminu Urzędowania Sądów Powszechnych. Wprowadzony w polskim wymiarze sprawiedliwości w 2001 r. urząd dyrektora administracyjnego sądu (a w sądach rejonowych – kierownika finansowego), którego kompetencje były stopniowo poszerzane obejmuje jednak wyłącznie kompetencje administracyjne związane z zarządzaniem sądem, podczas gdy kompetencje związane z podziałem obowiązków w zakresie orzecznictwa pozostają w zakresie właściwości Prezesa Sądu. Ostatnią istotną zmianą w tym zakresie była nowelizacja ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych, uchwalona w sierpniu 2011 r. (Dz. U. z 2011 r. Nr 203 poz. 1192).

Brak jest wyczerpujących badań empirycznych stanu kadrowego polskiego sądownictwa⁴⁷¹ oraz uwarunkowań przewlekłości postępowań sądowych w zakresie organizacji pracy sędziego i sądu. Dostępne dane dowodzą dużego zróżnicowania poziomu obciążenia pracą pomiędzy sądami różnych instancji oraz wskazują na negatywną korelację pomiędzy ilością uwag i wytknięć udzielonych sędziom a obciążeniem sądów pracą⁴⁷². Występuje także duże zróżnicowanie szybkości postępowania pomiędzy poszczególnymi sądami, co można tłumaczyć m.in. różnym poziomem skomplikowania rozpatrywanych spraw⁴⁷³.

DCM nie stanowi rozwiązania, które w sposób samodzielny może przyczynić się do istotnego przyspieszenia pracy sądów. Koncepcję tę należy rozpatrywać w kontekście zespołu rozwiązań, które przyczynić się mogą do zmniejszenia przewlekłości postępowań sądowych. Do skutecznego wprowadzenia tego modelu niezbędna jest faktyczna akceptacja celów jego działania przez sędziów i uczestników postępowań sądowych oraz zwiększenie poziomu informatyzacji sądownictwa⁴⁷⁴. Dalece poza ramy niniejszego artykułu wykracza istotna problematyka reformy postępowania cywilnego oraz postępowania karnego pod kątem ograniczenia przewlekłości postępowań sądowych⁴⁷⁵. Nie ulega jednak wątpliwości, że wszelkie próby obniżenia przewlekłości postępowań poprzez rozwiązania instytucjonalne powinny wiązać się z założeniem, że ze względu na olbrzymie zróżnicowanie rozpatrywanych przez sądy spraw na różnych etapach postępowania wymagają one różnej ilości czasu.

⁴⁷¹ J. Winczorek, *Stan kadry sędziowskiej w świetle badań przeprowadzonych przez Krajową Radę Sądownictwa*, „Krajowa Rada Sądownictwa” t. 2 r. 2013, s. 26.

⁴⁷² Tamże, s. 30.

⁴⁷³ Por. M. Kube, M. Karłowski, K. Kociel, M. Kulpińska, B. Trzeciak, *Sądy na wokandzie...*, dz. cyt., s. 11-12.

⁴⁷⁴ M.in. na te problemy zwracali uwagę prelegenci podczas konferencji *Efektywność, sprawność i skuteczność w zarządzaniu sądami i sprawami – standardy europejskie w 2013 r.* Por. D. Marszałkowska. sprawozdanie z konferencji *Efektywność, sprawność i skuteczność w zarządzaniu sądami i sprawami – standardy europejskie*, Warszawa, 24-25 czerwca 2013 r., dostępne na stronie Stowarzyszenia Sędziów Polskich Iustitia: <http://www.iustitia.pl/konferencje/716-konferencja-efektywnosc-sprawnosci-i-skutecnosc-w-zarzadzaniu-sadami-i-sprawami-standardy-europejskie>; dostęp 30 maja 2014 r.

⁴⁷⁵ W kontekście postulatów reformy postępowania cywilnego w perspektywie problemu przewlekłości postępowań por. P. Osowy, *Zapobieganie przewlekłości postępowania cywilnego z uwzględnieniem znaczenia zasady koncentracji materiału procesowego (zagadnienia wybrane)*, „Rejent” nr 11/ 2002, s. 149.

O autorze

Dr Tymoteusz Zych prowadzi zajęcia na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych Politechniki Warszawskiej. Doktorat obronił z wyróżnieniem w Instytucie Nauk o Państwie i Prawie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz interdyscyplinarnych studiów międzyuniwersyteckich w Akademii Artes Liberales.

Streszczenie

Przewlekłość postępowań sądowych stanowi jedną z istotnych barier rozwoju gospodarczego Polski, a przez respondentów badań opinii społecznej wskazywana jest jako najbardziej dolegliwy problem wymiaru sprawiedliwości. W anglosaskiej literaturze przedmiotu wskazuje się, że stosunek liczby sędziów do liczby rozpatrywanych przez sąd spraw nie jest najważniejszym czynnikiem, który wpływa na efektywność pracy sądu. Szybkość postępowania sądowego uwarunkowana jest także przez konstrukcję obowiązujących norm proceduralnych, wewnętrzną organizację pracy sądu, w tym zarówno wymogi o charakterze sformalizowanym, jak i nieformalne metody podziału pracy. W perspektywie instytucjonalnych reform wymiaru sprawiedliwości szczególne znaczenie ma koncepcja zróżnicowanego zarządzania przepływem spraw sądowych, której głównym założeniem jest sformułowanie odrębnych ścieżek postępowania dla spraw posiadających różny poziom skomplikowania i odmienną specyfikę. Poszczególne ścieżki charakteryzuje zróżnicowany porządek etapów postępowania oraz różne wymogi dotyczące czasu ich trwania. Wprowadzenie metod zróżnicowanego zarządzania przepływem spraw sądowych zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Europie, przyniosło efekty w postaci ogólnego przyspieszenia postępowań i zmniejszenia liczby spraw rozpatrywanych w sposób szczególnie przewlekły.

Summary

Excessive length of judicial proceedings is one of the major barriers to the economic development of Poland. Public opinion surveys indicate that court delays are regarded as the most burdensome problem of the Polish judiciary. The Anglo-Saxon literature indicates that in terms of the efficiency of the judicial proceedings the ratio of the number of judges to the number of cases handled by the court is of relatively low importance. The speed of the judicial proceedings is also conditioned by the structure of formal norms of procedure and internal organization of the court, including both the requirements of a formal and informal methods of operation. The concept of Differentiated Case Management (DCM) is of particular importance in respect of institutional reforms of the judiciary.

DCM is based on the assumption that separate procedural tracks should be for assigned for cases with different levels of complexity and different features. Individual tracks differ in the order of stages of the proceedings and the time limits. The introduction of DCM in both the United States and in Europe, resulted in overall acceleration of judicial proceedings and reduction of the amount of cases proceeded excessively overdue.

