

Leszek Murat

Najwyższa Izba Kontroli

ORCID: [0000-0002-5149-2055](https://orcid.org/0000-0002-5149-2055)

Nieprawidłowości jako byty prawne

Transgressions of law as legal beings

Streszczenie

Stwierdzanie nieprawidłowości stanowi ważną część kontroli. Choć intuicyjnie wydaje się oczywiste, że nieprawidłowości istnieją obiektywnie, to bliższa analiza ich natury nie pozwala na taką konkluzję. Autor analizuje *nieprawidłowości* w kategoriach bytu prawnego, skupiając się na trzech elementach konstytutywnych: wzorcu kontroli, zachowaniu podmiotu kontrolowanego oraz niezgodności pomiędzy wzorcem a zachowaniem. Okazuje się, że każda nieprawidłowość jest bytem odrębnym od zdarzenia i kluczowe znaczenie dla jej istnienia ma „akt wypowiedzenia”, jako że nieprawidłowości stają się poprzez formalne ich wypowiedzenie.

Słowa kluczowe

kontrola, nieprawidłowości, wypowiedzi performatywne, teoria kontroli, nauka o kontroli, ontologia kontroli, filozofia kontroli

Abstract

One of goals of the audit is to reveal irregularities. Usually, audit reports inform about violations of law as if they objectively exist. The author of the article examines these irregularities from the ontological perspective and focuses on three constitutive elements: legal norms, behavior of the auditees, and the incompatibility of norms and behavior. The article reveals – contrary to common belief – that irregularities as legal beings exist independently from actual behavior. The “formal declaration” of irregularities is the key factor as the act of declaration calls them into being. The relevance of the audit findings to reality, though desired, is not decisive and even necessary to cause irregularities to start existing.

Keywords

audit, misconduct, irregularities, theory of audit, philosophy of audit, ontology of audit

Wstęp¹

W 2015 r. Zespół Orzekający Komisji Rozstrzygającej NIK wydał uchwałę, w której napisał, że „nieprawidłowości nieopisane w wystąpieniu pokontrolnym nie istnieją”². Myśl ta wydała mi się intrygująca i warta głębszego zbadania. Potraktowałem ją jako przyczynek do rozważań szerszych aniżeli kontekst, w jakim użyli tego stwierdzenia rozstrzygający zastrzeżenia. Problematyka istnienia nieprawidłowości dotyka bowiem spraw fundamentalnych, kierując refleksję na zagadnienia leżące u samych podstaw kontroli jako zjawiska prawnego. Choć zarówno doktryna, jak i orzecznictwo NIK piszą o nieprawidłowościach w kategorii „istnienia”³, trudno znaleźć w literaturze opracowania poświęcone nieprawidłowościom jako bytom prawnym.

Tymczasem z licznych wypowiedzi, że nieprawidłowości „istnieją”, można wysnuwać wnioski, że są to byty. Każdy byt składa się z istoty, to znaczy z tego, czym ten byt jest. Rzetelne rozpoznanie owego metafizycznego tematu wymaga więc ustalenia sensu nieprawidłowości, tj. udzielenia odpowiedzi na pytanie, czym one są. Nawet bez głębszych przemyśleń zgodzimy się, że nie są to typowe byty materialne, które nas otaczają, takie jak skały, rośliny czy zwierzęta. Ich *essentia* jest zgoła odmienna, albowiem funkcjonują w przestrzeni normatywnej. Jako do pewnego stopnia abstrakcyjne i niematerialne, nieprawidłowości wymykają się intuicyjnemu postrzeganiu istnienia i domagają się własnego opisu dostosowanego do ich specyfiki. Z powodów *stricte* pragmatycznych rozważania odnoszę do Najwyższej Izby Kontroli, niemniej jednak większość z nich znajduje zastosowanie do pozostałych podmiotów systemu kontroli.

1. Nieprawidłowość – definicja

Trudno znaleźć w literaturze poświęconej kontroli uniwersalną definicję nieprawidłowości. Kwestię jej wyjaśnienia pominięto w tak znaczących monografiach jak: *Leksykon kontroli*⁴, *Teoretyczne podstawy kontroli*⁵, czy *Kontrola administracji publicznej*⁶. Z kolei publikacja *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli*

¹ Niektóre zawarte w artykule informacje są chronione tajemnicą kontrolerską; z obowiązku jej zachowania na potrzeby publikacji naukowych zostałem zwolniony przez Prezesa NIK 17.01.2019 r. (nr sprawy BOE-BOI.0172.008.2019).

² Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 24.08.2015, KPK-KPO.443.118.2015 (materiał niepublikowany), s. 29.

³ Na przykład Elżbieta Jarzęcka-Siwik i Bogdan Skwarka posłużyli się zwrotem „stwierdzono istnienie nieprawidłowości”, E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2011, s. 152.

⁴ S. Kałużny, *Leksykon kontroli*, Wydawnictwo Dosko, Warszawa 2002.

⁵ Z. Dobrowolski, *Teoretyczne podstawy kontroli*, Wydawnictwo Organon, Zielona Góra 2003.

⁶ J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Lexis Nexis, Warszawa 2007.

państwowej⁷ odwołuje się do *Podręcznika kontrolera* (NIK), gdzie nieprawidłowość wyjaśniono jako „zachowanie polegające na działaniu lub zaniechaniu, które z punktu widzenia kryteriów oceny należy uznać za nielegalne, niegospodarne, niecelowe lub nierzetelne”⁸. Definicja ta zawiera jednak mankamenty. Jednym z nich jest zagadkowy przeskok ku aksjologii polegający na przyrównywaniu zachowań do „kryteriów oceny”.

Wobec tego rozpocznę od kwestii podstawowych. W nauce o kontroli przez pojęcie „kontroli” rozumie się zespół działań polegających na: 1) ustaleniu stanu rzeczywistego (wykonań), 2) określeniu stanu obowiązującego (wzorców kontroli/wyznaczeń/standardów), 3) porównaniu wykonań z wzorcami kontroli⁹. Tak więc *ex definitione*, aby w ogóle można mówić o kontroli, musi istnieć jakiś wzorec, którego przestrzeganie jest jej przedmiotem. Wzorce stanowią integralną część nieprawidłowości. Drugi element konstytutywny nieprawidłowości to zachowanie podmiotu kontrolowanego, które może polegać na działaniu lub zaniechaniu (tj. na braku działania, bezczynności)¹⁰. Trzeci element konstytutywny nieprawidłowości to niezgodność (rozbieżność) pomiędzy wzorcem a wykonaniem. Wynikiem dokonanej przez podmiot kontrolujący subsumpcji stanu rzeczywistego i stanu pożądanego (powinnego) jest stwierdzenie, że są one zgodne lub też że odbiegają od siebie. Zachodzenie zgodności albo niezgodności ma przymiot podziału dychotomicznego¹¹, a nieprawidłowości to ten drugi typ relacji.

W teorii prawa przyjęto, że jeżeli adresat normy realizuje nakazy albo zakazy określonego postępowania, wówczas *realizuje* normę prawną, natomiast jeśli tego nie czyni, wówczas ją *przekracza* (narusza)¹². W literaturze poświęconej kontroli przekroczenie wzorca kontroli bywa różnorako nazywane: niezgodność między stanem rzeczywistym a zamierzonym¹³, brak prawidłowości¹⁴, niezgodność faktu lub zjawiska z przepisami, normami i prawidłami¹⁵. Najbardziej rozpowszechnionym określeniem jest jednak „nieprawidłowość”, które należy do języka prawnego¹⁶ i w przypadku NIK, jako jedyne tego rodza-

⁷ E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona, *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, Wydawnictwo NIK, Warszawa 2018, s. 217.

⁸ *Podręcznik kontrolera, B.10. Nieprawidłowości*, NIK, 2003 (materiał niepublikowany), s. 4.

⁹ Niekiedy dodaje się także aspekt czwarty: stwierdzenie przyczyn ewentualnych kolizji pomiędzy wzorcami kontroli a wykonaniami. Więcej na ten temat J. Szymanek, *O kontroli państwowej – teoretycznie*, „Kontrola Państwowa” 2006, nr 5, s. 20–21.

¹⁰ Przez „działanie” rozumiem tutaj takie postępowanie, które polegać może też na bezczynności.

¹¹ Zob. R. Padrak, *Postępowanie kontrolne NIK. Komentarz*, Presscom, Wrocław 2012, s. 192.

¹² S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Ars Boni et Aequi, Poznań 1997, s. 197.

¹³ J. Gnoiński, *Zasady organizacji i funkcjonowania systemu kontroli w resorcie komunikacji*, Ośrodek Badawczy Ekonomiki Transportu, Warszawa 1967, s. 50–51.

¹⁴ R. Padrak, *op. cit.*, s. 193.

¹⁵ R. Padrak, *op. cit.*, s. 193. W *Podręczniku Kontrolera* stosuje się też wyrażenie „odchylenie od stanu oczekiwanego”, *Podręcznik Kontrolera, B.10. Nieprawidłowości...*, s. 5.

¹⁶ Według aktów prawnych znajdujących się w bazie Lex słowo „nieprawidłowość” występuje w 875 ustawach i rozporządzeniach obowiązujących na 1 stycznia 2020 r.

ju pojęcie, odnosi się do sytuacji niezgodności między wykonaniem a wyznaczeniem¹⁷. Tak więc możemy powiedzieć, że w odniesieniu do kontroli **nieprawidłowość to stwierdzona przez uprawniony podmiot kontrolujący niezgodność pomiędzy nakazem postępowania sformułowanym we wzorcu kontroli a ustalonym zachowaniem podmiotu kontrolowanego**. Omówię teraz po kolei każdy z elementów tej definicji.

2. Wzorce kontroli – płaszczyzna formalna

Bogdan Skwarka zauważył, że do stwierdzenia wystąpienia nieprawidłowości konieczne jest przyjęcie odpowiedniego wyznacznika, który będzie wskazywał, że dane działanie lub zaniechanie jest nieprawidłowe¹⁸. W rzeczy samej, w kontroli przeprowadzanej z punktu widzenia legalności, instytucja kontrolująca musi najpierw zrekonstruować treść generalnej i abstrakcyjnej normy prawnej pochodzącej z aktu normatywnego (*ius scripta*), tj. dokonać wykładni prawa¹⁹. Dopiero w wyniku tej rekonstrukcji powstaje *wzorzec kontroli*. W przypadku kontroli przeprowadzanej na podstawie kryteriów pozaprawnych (rzetelności, celowości i gospodarności), wzorce kontroli powstają w wyniku ważenia wartości chronionych prawem. Dla podejmowanych tu rozważań nie jest jednak istotne źródło pochodzenia wzorców. Interesuje mnie natomiast moment, w którym powstają. Nieprawidłowość nie może bowiem zaistnieć przed zaistnieniem wzorca.

Powstawanie wzorca kontroli to zjawisko złożone. Musimy rozróżnić dwie płaszczyzny: a) sformułowanie treści wzorca (aspekt merytoryczny) oraz b) wprowadzenie go do systemu prawa (aspekt formalny).

W ujęciu formalnym wzorce pojawiają się dopiero w momencie włączenia do systemu prawa wypowiedzi podmiotu uprawnionego do sformułowania owych norm. Konstytutywne znaczenie dla tak rozumianego bytu prawnego wzorców ma wypełnienie przez kontrolującego określonych wymogów proceduralnych, tj. reguł wprowadzania do systemu kontroli wyniku rozstrzygnięć co do prawa. Zazwyczaj wzorzec kontroli pojawia się równocześnie z nieprawidłowością, jako jej integralna część. Na przykład NIK stwierdza określoną nieprawidłowość w wystąpieniu pokontrolnym, które staje się „nie-

¹⁷ Do 1995 r. NIK mogła też stwierdzać uchybienia. Więcej na ich temat pisałem w artykule L. Murat, *Pojęcie «uchybienia» w praktyce kontrolerskiej*, „Kontrola Państwowa” 2020, nr 3.

¹⁸ E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona, *op. cit.*, s. 217.

¹⁹ Za Sławomirą Wronkowską przyjmuję, że akty normatywne nie zawierają w pełni rozwiniętych norm postępowania i normy te trzeba na ich podstawie odtwarzać, S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Ars Boni Et Aequi, Poznań 2005, s. 76. Nieistotny jest przy tym rodzaj aktu normatywnego. Na przykład w przypadku kontroli odnoszących się do decyzji administracyjnych wzorzec ma charakter indywidualny i konkretny.

wzruszalne” z dniem 30 czerwca 2019 r.²⁰ Wzorzec z tej nieprawidłowości – w ujęciu formalnym – istnieje dopiero od tego dnia.

Z drugiej strony, nieprawidłowość nie może istnieć dłużej aniżeli wyznaczenie. Innymi słowy, byt wzorca ustaje z momentem wyłączenia go z systemu kontroli. Różne są formy usuwania wyznaczeń. Typową jest kontrola sądowa, która jednak nie odnosi się do NIK. W przypadku innych instytucji kontrolnych sprawa ma charakter wielowątkowy, lecz z powodu złożoności nie będę jej tutaj omawiał.

3. Wzorce kontroli – podejście materialne

Aspekt materialny wzorców kontroli związany jest z ich zawartością merytoryczną. Mam tu na myśli określenie przez podmiot kontrolujący zarówno cech przysługujących adresatowi, jak i okoliczności, w których aktualizuje się jego obowiązek, a także tego, co stanowi przedmiot powinnego zachowania. Kontrolujący rekonstruuje treść generalnej i abstrakcyjnej normy prawnej, a następnie przechodzi od normy odnoszącej się do pewnej kategorii adresatów i pewnej kategorii okoliczności do normy odnoszącej się do indywidualnego adresata i konkretnych okoliczności. Określenie treści konkretnego i indywidualnego wzorca kontroli wymaga ustalenia okoliczności, w jakich znalazł się podmiot kontrolowany, a więc poznania stanu faktycznego. Są to zabiegi nierozdzielnie ze sobą związane. Właśnie z tego powodu sformułowanie treści wzorca często następuje wraz z ustaleniem stanu faktycznego w procesie rozłożonym w czasie.

Różnicę pomiędzy płaszczyzną formalną a materialną ukażę na podanym wcześniej przykładzie. Jak pamiętamy, kontrolujący 30 czerwca 2019 r. wypowiedział się oficjalnie, że stwierdził nieprawidłowość polegającą na naruszeniu normy prawnej. W opisie nieprawidłowości określił, do jakiego okresu odnosi się wzorzec, wskazując na początek (np. 1 marca 2018 r.) i koniec (np. 30 kwietnia 2018 r.)²¹. W aspekcie formalnym wzorzec (i nieprawidłowość) pojawił się 30 czerwca 2019 r., natomiast w aspekcie materialnym odnosił się do okresu od 1 marca 2018 r. do 30 kwietnia 2018 r. Widzimy więc, że **byt formalny wzorca jest warunkiem jego bytu materialnego**.

4. Wzorce nieostateczne

Niektóre wzorce kontroli pojawiają się jeszcze przed samą kontrolą, na etapie przygotowawczym, lub w jej trakcie. Chodzi mi o wzorce rozumiane jako przyjętą „roboczą”

²⁰ Poprzez „niewzruszalność” rozumiem brak możliwości zmiany treści wystąpienia pokontrolnego na przykład po wyczerpaniu trybu zastrzeżeniowego. Wyjątkiem jest możliwość sprostowania oczywistych omyłek.

²¹ Często następuje to w sposób dorozumiany.

interpretację przepisu będącego przedmiotem kontroli. Do czasu „uprawomocnienia się wystąpienia pokontrolnego” (tj. upłynięcia terminu na złożenie zastrzeżeń lub wydania rozstrzygnięcia w ich sprawie) treść sformułowanych wzorców kontroli pozostaje niepewna. Formalne włączenie wzorca do systemu prawa następuje bowiem z chwilą, gdy jego treść staje się niewzruszalną, oficjalną wypowiedzią uprawnionej do tego instytucji kontrolującej.

W żargonie kontrolerskim słowo „nieprawidłowość” używane bywa również w znaczeniu „podejrzenia” wystąpienia stanu nieprawidłowego. Pierwszym przykładem jest stosowanie przez NIK tzw. *kart nieprawidłowości*. Są to dokumenty wewnętrzne, w których kontroler przeprowadzający kontrolę umieszcza m.in. „wskazanie wyznacznika” i opis stanu wskazującego na wystąpienie nieprawidłowości²². Karty zawierają sformułowane w trakcie kontroli robocze, albowiem niedefinitywne (i nieoficjalne), wzorce kontroli. Analogiczne cechy posiadają opisane tam „nieprawidłowości”. Mogą być one swobodniej modyfikowane, zwłaszcza jeżeli ich treści nie przesądza program kontroli. Drugi przykład dotyczy tzw. analizy ryzyka – obligatoryjnego elementu planowania kontroli i samych programów kontroli. Ryzyko odnosi się do możliwości zaistnienia nieprawidłowości, względnie zaistnienia takich okoliczności, które mogły przyczynić się do powstania nieprawidłowości. Nasuwa się wobec tego konstatacja, że określanie wzorców musi być uprzednie w stosunku do formułowania ryzyk. Wynik analizy ryzyka bowiem to rezultat ekstrapolacji kontrolującego co do wykonań względem tych wzorców. Ryzykiem jest prawdopodobieństwo stwierdzenia nieprawidłowości (Bogdan Skwarka nazywa je „nieprawidłowościami hipotetycznymi”)²³. Ewolucja typowego wzorca kontroli oraz nieprawidłowości w toku kontroli przedstawia się wobec tego następująco:

określanie ryzyka → karta nieprawidłowości → wystąpienie „nieprawomocne” → wystąpienie „prawomocne”;

hipotetyczny wzorzec kontroli → niedefinitywny wzorzec kontroli → warunkowy wzorzec kontroli → ostateczny wzorzec kontroli;

nieprawidłowość hipotetyczna → nieprawidłowość niedefinitywna → nieprawidłowość warunkowa → nieprawidłowość ostateczna.

Treść wyznaczenia powstałego w trakcie przygotowania kontroli wiąże kontrolerów i może zostać zmieniona poprzez odpowiedni aneks do programu kontroli. Natomiast pomiędzy przekazaniem wystąpienia pokontrolnego kierownikowi jednostki kontrolowanej a jego „uprawomocnieniem” mamy do czynienia z „wzorcem warunkowym”

²² Karty nieprawidłowości służą do weryfikacji ustaleń w toku kontroli przez nadzorujących postępowanie kontrolne, § 1 pkt 8 zarządzenia Prezesa NIK nr 9/2012 z 29.03.2012 r. w sprawie szczegółowych zasad przygotowywania kontroli, zadań kontrolerów oraz zasad sporządzania informacji o wynikach kontroli.

²³ E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona, *op. cit.*, s. 217.

i – analogicznie – z „nieprawidłowością warunkową”. W tym okresie NIK nie może już dokonać modyfikacji wzorca z własnej inicjatywy (za wyjątkiem sprostowania oczywistych omyłek), zaś jego wprowadzenie do systemu prawa w sytuacji braku zastrzeżeń następuje w zasadzie automatycznie²⁴.

5. Wykonania

Drugim elementem konstytuującym nieprawidłowość jest postępowanie podmiotu kontrolowanego. Często w potocznym rozumieniu nieprawidłowość wręcz utożsamiana bywa z określonym postępowaniem. Zazwyczaj bowiem konceptualizując sobie to pojęcie, skupiamy się na jakimś zachowaniu, uważając je za obiektywnie nieprawidłowe, wręcz sprowadzając do nieprawidłowości. Przykładem jest przejście na czerwonym świetle.

Nauka o kontroli domaga się jednak bardziej wszechstronnego zbadania sprawy, albowiem intuicja bywa myląca. Ustalenie kontrolerskie składa się z dwóch zasadniczych elementów: a) odkrycia (poznania) rzeczywistości o zachowaniu oraz b) sformułowania na podstawie tego odkrycia wypowiedzi opisującej tę rzeczywistość. Samo poznawanie prawdy jest złożone, o czym napisałem odrębny artykuł²⁵. Doszedłem w nim do wniosku, że odkrywanie prawdy wiąże się z pewnego rodzaju kreacją rzeczywistości, którą nazwałem – analogicznie do prawdy sądowej – *prawdą kontrolerską*. Choć pretenduje do odzwierciedlania prawdy, to z natury rzeczy jest niedoskonałym opisem często skomplikowanych zjawisk. Aktowi subsumpcji, czyli porównaniu z wzorcem kontroli, nie podlega konkretne, materialne zachowanie kontrolowanego, lecz zachowanie ustalone przez kontrolującego, a więc takie, które zostało odtworzone i opisane w trybie procedury kontrolerskiej. Można nawet powiedzieć, że pod wzorzec kontroli podciąga się określone „wyobrażenie” kontrolowanego o zaistniałym stanie rzeczy, innymi słowy – jego przeświadczenie o tym, jak było (względnie: jak jest, a niekiedy: jak będzie). Okoliczność ta ma duże przełożenie nie tylko na treść nieprawidłowości, ale wręcz na ich zaistnienie.

Wyjdźmy od generalnego rozróżnienia między zdarzeniem a jego uświadomieniem sobie przez kontrolowanego. Zdarzenie ma charakter obiektywny, zaś jego ustalenie – subiektywny²⁶. W prawidłowej sytuacji zdarzenie stanowi substrat jego pozna-

²⁴ Mogą istnieć od tego wyjątki, np. sądowy zakaz podawania do publicznej wiadomości wystąpienia pokontrolnego NIK na czas trwania postępowania o ochronę dóbr osobistych, por. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 września 2011 r., IV C 837/11.

²⁵ L. Murat, *Prawda kontrolerska*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 2020, t. 92.

²⁶ Piotr Łukowski zauważa, że wszystkie wypowiediane przez nas zdania, które orzekają o rzeczywistości, są zdaniami wyrażającymi pewien jej obraz. Na ten obraz wpływ mają: postrzeganie przyczynowo-skutkowe świata materialnego; język, którym mówimy o świecie; logika, którą stosujemy, formułując myśli

nia i opisu. Niemniej jednak wcale tak być nie musi. Dla stwierdzenia nieprawidłowości wcale nie jest konieczna materialna zgodność ustalonego zachowania z rzeczywistością. Za przykład podam nieprawidłowość stwierdzoną podczas jednej z kontroli NIK polegającą na niezamieszczeniu informacji w Biuletynie Informacji Publicznej (BIP) kontrolowanego urzędu. W zastrzeżeniach kierownik jednostki przedstawił dowody wskazujące na zamieszczenie w BIP informacji, co doprowadziło do uwzględnienia zastrzeżenia²⁷. Gdyby jednak – z przyczyn czysto formalnych – zastrzeżenia te nie były rozpatrywane (np. złożono by je po terminie), wówczas nawet przekonywające dowody na inną rzeczywistość nie miałyby mocy derogującej nieprawidłowość. Błędnie ustalony stan faktyczny przesądziłby o utrzymaniu stwierdzonej nieprawidłowości i jej zaistnieniu w systemie prawa. Dokonanie ustaleń na podstawie złudnych wyobrażeń o faktach może więc prowadzić do powstania „nieprawidłowości iluzorycznej”, tj. takiej, która odnosi się do zdarzenia, które nie miało miejsca w rzeczywistości. Pomimo niezgodności z rzeczywistością byłaby ona równoważna wszystkim innym nieprawidłowościom. Dzieje się tak dlatego, że dla stwierdzenia nieprawidłowości stan faktyczny musi być poprawny formalnie, a nie materialnie (merytorycznie), choć – co oczywiste – najlepiej byłoby, gdyby był zarówno formalnie, jak i materialnie bez zarzutu²⁸. Nie zmienia to tego, że podstawę dokonania subsumpcji stanowi właściwie pod względem proceduralnym ustalony stan faktyczny, zwłaszcza że zachodzi w stosunku do niego domniemanie zgodności z rzeczywistością, podlegające wzruszeniu jedynie w ściśle określony sposób.

*

Niezależnie od problematyki materialnej zgodności z rzeczywistością poznanego stanu faktycznego warto zauważyć, że aby ustalenie mogło w ogóle stanowić podstawę nieprawidłowości, musi spełniać warunki niezbędne dla dokonania subsumpcji. Mówiąc językiem Jerzego Wróblewskiego, zachowania muszą być „porównywalne ze standardami kontroli”²⁹. I tak, każde takie ustalenie powinno dostarczać wyczerpujących informacji o trzech elementach, które wynikają z natury normy prawnej, tj.:

i rozumując; pojęcia nadające strukturę siatce czasoprzestrzennej; obowiązujące prawo i obyczaj, P. Łukowski, *Logika praktyczna z elementami wiedzy o manipulacji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 136.

²⁷ Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 7.10.2015, KPK-KPO.443.172.2015 (materiał niepublikowany), s. 3.

²⁸ Zwłaszcza że – jak stwierdził Maciej Zieliński – „tylko [...] adekwatne rozpoznanie stanu faktycznego pozwala organowi stosującemu prawo ustanowić normę indywidualną, do której ustanowienia był rzeczywiście kompetentny [...]”, M. Zieliński, *Obiektywność ustalania faktów jako element praworządności stosowania prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1979, nr 41, s. 35.

²⁹ J. Wróblewski, *Kontrola w państwie i jej aksjologia*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 1981, nr 6, s. 110.

- a) określać właściwości podmiotu – czy podmiot posiada właściwości adresata normy?
- b) określać okoliczności podmiotu – czy podmiot znalazł się w okolicznościach określonych w normie?
- c) określać postępowanie podmiotu – jak podmiot postąpił w kontekście dyspozycji normy?

Ad a) Każda norma prawna będąca przedmiotem kontroli ma jakiegoś adresata. Kontrolujący ma za zadanie ustalić, czy cechy, które posiada podmiot kontrolowany, odpowiadają właściwościom adresata wzorca kontroli. Adresaci norm mogą być przy tym określani indywidualnie lub generalnie. W pierwszym przypadku, gdy adresatem jest np. Jan Kowalski, kontrolujący winien wykazać, że kontrolowany to ta konkretna osoba. Natomiast gdy adresat jest wskazany generalnie (np. kierowca pojazdu), na kontrolującym ciąży obowiązek wykazania, że dana osoba posiada właściwości kierowcy pojazdu³⁰. Niekiedy ustalanie adresata jest trudne. Przyjmijmy na przykład, że zgodnie z definicją legalną pojęcie „kierowca pojazdu” oznacza osobę, która prowadzi pojazd. Taki stan prawny wymaga od kontrolującego poznania, czy dana osoba objęta kontrolą prowadziła pojazd, co w przypadku odległej przeszłości może stanowić poważne wyzwanie.

Ad b) Każda norma prawna aktualizuje się w pewnych okolicznościach, które mogą być wskazane indywidualnie (np. konkretny czas: 18 listopada 2021 r.) lub generalnie (tzn. okoliczności są potencjalnie powtarzalne)³¹. Tak czy inaczej każdorazowo konieczne staje się, aby kontrolujący ustalił, czy zaszło zdarzenie należące do klasy sytuacji, w których dana norma znajduje zastosowanie, tj. czy zdarzenie mieści się w zakresie jej zastosowania³². W praktyce kontrolerskiej poznanie okoliczności bywa kłopotliwe. Mam na myśli trudności w zrekonstruowaniu rzeczywistości, które opisałem w artykule o prawdzie kontrolerskiej³³, jak również problemy z odczytaniem intencji prawodawcy względem zakresu zastosowania normy.

Ad c) Ustalenie zachowania powinno być na tyle wyczerpujące, aby można było rozstrzygnąć, czy nakaz lub zakaz został zrealizowany, tj. czy podmiot kontrolowany postąpił tak, jak chciał tego prawodawca. Przez pojęcie „wyczerpującego ustalenia” mam na myśli poznanie wszystkich faktów relewantnych względem treści normy prawnej. Odrębnym zagadnieniem jest natomiast omówiona wcześniej poprawność tego usta-

³⁰ Cechy charakteryzujące adresata normy uznawane mogą być za element zespołu okoliczności, zob. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, PWN, Warszawa 2000, s. 116. Z punktu widzenia podejmowanych tutaj rozważań nie ma to jednak znaczenia.

³¹ Więcej na ten temat: S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 26–27.

³² Klasa sytuacji (tj. zespołu powstających okoliczności), w których dana norma znajduje zastosowanie nazywana jest zakresem zastosowania tej normy, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 116.

³³ L. Murat, *Prawda...*

lenia, a także pewność, jaką posiada kontrolujący, że zrekonstruowana przez niego rzeczywistość odpowiada prawdzie.

6. Subsumpcja

Trzecim elementem konstytuującym nieprawidłowość jest subsumpcja. Najogólniej rzecz ujmując, subsumpcja polega na przyporządkowaniu (podciągnięciu) stanu faktycznego pod ogólną normę prawną. W wyniku subsumpcji następuje decyzyjne ustalenie relacji pomiędzy stanem faktycznym a normą prawną. Relacja może polegać na relewantności adresata i okoliczności oraz – w przypadku takiego stwierdzenia – na zgodności albo na niezgodności zachowania wyznaczonego i wykonanego³⁴. Nieprawidłowość wyznacza ten drugi typ relacji, polegający na jednoczesnej zgodności co do adresata i okoliczności oraz niezgodności postępowania pomiędzy dyspozycją normy a zachowaniem. Z tego powodu zdecydowałem się, aby w definicji nieprawidłowości precyzyjnie wskazać, że niezgodność następuje pomiędzy nakazem postępowania sformułowanym we wzorcu kontroli a ustalonym zachowaniem podmiotu kontrolowanego, nie zaś pomiędzy „całym” wzorcem a wykonaniem.

W nauce prawa przyjmuje się, że subsumpcja to operacja myślowa o charakterze logicznym, w której „nie można się dopatrywać jakiegokolwiek zakresu swobody pozo-
stawionego dla stosującego prawo organu”³⁵. Tak samo jest z podmiotami kontrolującymi. Ustalone wykonania i wyznaczenia podlegają (przynajmniej w teorii) automatycznemu porównaniu. Ściśle rzecz ujmując, subsumpcja obejmuje przeświadczenia kontrolującego o normach i faktach, ujęte w postaci zdań sformułowanych w trybie odpowiedniej procedury. Zdania powinny być zdaniami stwierdzającymi, że jest tak a tak. Stają się one przesłankami dla wnioskowania o zgodności lub niezgodności postępowania z nakazem lub zakazem.

Dokonywanie subsumpcji jest w swojej istocie przejawem stosowania prawa. Działalność tę trudno jednak jednoznacznie zakwalifikować do któregoś trzech typów stosowania prawa wyróżnionych w nauce prawa: sądowego, kierowniczego i administracyj-

³⁴ Jerzy Wróblewski uważał, że w przypadku stwierdzenia stosunku indyferencji pomiędzy zachowaniem a standardem do kontroli w ogóle nie dochodzi, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 106. Więcej o rozumowaniach subsumpcyjnych zob. np. L. Nowak, *O prawomocności prawnych rozumowań subsumpcyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, nr 2.

³⁵ M. Jędrzejczyk, *Elementy dyskrecjonalności organu administracyjnego na poszczególnych etapach stosowania prawa*, „Przegląd Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny” 2013, nr 2, s. 14. Według Jerzego Wróblewskiego stwierdzenie zgodności lub niezgodności, względnie „stopnia zgodności”, które nazywa „zwrotem stosunkowym”, jest zdaniem w sensie logicznym lub oceną w zależności od stopnia spełniania różnych warunków, w szczególności od sposobu sformułowania standardu, J. Wróblewski, *op. cit.*, s. 106. Jacek Jagielski subsumpcję (tj. konfrontację stanu rzeczywistego i „założeń wyjściowych”) uznaje za ocenę, J. Jagielski, *op. cit.*, s. 15.

nego³⁶. Stosunkowo najbliższej jej do typu sądowego, niemniej jednak nie jest sprawowana przez judykaturę ani organy *quasi-sądowe*³⁷. Być może dla kontroli sprawowanej przez NIK i niektóre inne instytucje systemu kontroli należałoby wyodrębnić **kontrolerski typ stosowania prawa**³⁸. Tak czy inaczej, stosowanie prawa przez instytucje kontrolne polega na ustalaniu skutków prawnych poznanego stanu faktycznego w drodze czynności konwencjonalnej³⁹. Tym skutkiem są stwierdzone prawidłowości oraz nieprawidłowości. Natomiast inne możliwe konsekwencje, takie jak na przykład wymierzenie kary, należą do czwartego etapu stosowania prawa⁴⁰ i nie będę ich tutaj szczegółowo omawiał.

7. Błąd subsumpcji

Subsumpcja jest procesem logicznym i może być przeprowadzona poprawnie lub niepoprawnie. Judykatura i doktryna posługują się nawet pojęciem „błędu subsumpcji” dla określenia „wadliwego uznania, że ustalony w sprawie stan faktyczny odpowiada hipotezie określonej normy prawnej”⁴¹. Błąd taki polega na niepoprawnym przyjęciu lub zaprzeczeniu związku, jaki zachodzi między ustalonym faktem a normą prawną⁴².

Jak już wiemy, nieprawidłowości polegają na niezgodności pomiędzy wykonaniem a określonym we wzorcu obowiązkiem. Dla swojego istnienia wymagają więc decyzji rozstrzygającej o zachodzącej relacji konkretnego typu – niezgodności. Może się przy tym zdarzyć, że wnioskowanie subsumpcyjne zostanie przeprowadzone niepoprawnie, lub też że w ogóle nie zostanie przeprowadzone:

- a) **Niepoprawne wnioskowanie.** Wyobraźmy sobie, że pomimo jednoznacznego ustalenia stanu faktycznego i prawnego, kontrolujący błędnie rozstrzygnie o zrealizowaniu normy. Na przykład ustali, że podmiot kontrolowany miał obowiązek

³⁶ Por. analizę typów stosowania prawa przeprowadzoną przez Adama Szota, *Swoboda decyzyjna w stosowaniu prawa przez administrację publiczną*, Wyd. Episteme, Lublin 2016, s. 49–54.

³⁷ Warunek ten wymienia Adam Szot, *op. cit.*, s. 53. Podział przedstawiony przez Sławomirę Wronkowską i Zygmunta Ziemińskiego jest neutralny względem typu organu, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 218.

³⁸ W stosunku do administracyjnego typu stosowania prawa kontrola sprawowana przez NIK i niektóre inne instytucje systemu kontroli nie posiada następujących cech: 1) podejmowania i prowadzenia przez podmiot administrujący, 2) bezpośredniego zainteresowania treścią podejmowanej decyzji, 3) podejmowania decyzji w warunkach operacyjnego kierowania rzeczywistością, 4) kontroli zewnętrznej sprawowanej przez niezależne sądy. Cechy te wymienił Adam Szot, *op. cit.*, s. 55–56.

³⁹ Ogólnie na temat rozumienia czynności konwencjonalnych np. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 30–31.

⁴⁰ Zob. M. Jędrzejczyk, *op. cit.*, s. 14–15.

⁴¹ Wyrok NSA z dnia 31 maja 2004 r., sygn. FSK 103/04.

⁴² Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. I ACa 554/15.

działania (x) i że postąpił w nakazany sposób (x), a następnie stwierdzi niezgodność pomiędzy wyznaczeniem a wykonaniem⁴³.

- b) **Brak wnioskowania.** Wyobraźmy sobie, że pomimo ustalenia stanu faktycznego i prawnego, kontrolujący w ogóle nie sformułował wniosku co do zgodności/niezgodności pomiędzy wyznaczeniem a wykonaniem.

Choć przyczyn niepoprawnego wnioskowania może być wiele, skupię się tutaj na dwóch. Pierwsza z nich nosi znamiona omyłki⁴⁴. Oto podmiot kontrolujący, mając intencję sformułowania wniosku o zgodności, błędnie go zapisał (na przykład zamiast wyrażenia: „tj. zgodnie z art. 24 ustawy” sformułował wyrażenie „tj. niezgodnie z art. 24 ustawy”). Jeżeli oczywistość tej omyłki jest bezsporna (np. brak wpisania do sekcji „stwierdzone nieprawidłowości”, brak wniosku pokontrolnego, pozytywna ocena), wówczas nieprawidłowość można by uznawać „w zasadzie” za nieistniejącą. Przez „nieistnienie” rozumiem tutaj sytuację, w której podmioty systemu prawa (w tym systemu kontroli, włącznie z instytucją przeprowadzającą tę kontrolę) nie uznają jej za obowiązującą lub jest wysokie prawdopodobieństwo tegoż. Kłopot jednak w tym, że niekiedy mogą pojawić się wątpliwości co do intencji kontrolującego, które przekładają się na niepewność co do bytu nieprawidłowości. Niekiedy niejasności stają się zbyt duże, aby jednoznacznie orzec o omyłce. Gdy bowiem opis przyjął więcej znamion typowej nieprawidłowości (np. skutkowało sformułowaniem wniosku pokontrolnego), wówczas byt nieprawidłowości stałby się niepewny.

Kłopotliwy może być także brak formalnego wnioskowania stwierdzającego nieprawidłowość. Wyobraźmy sobie tekst składający się ze zdań: (1) „Norma nakazuje x” oraz (2) „Podmiot kontrolowany postąpił w sposób ~x”. Zdania te, sąsiadując ze sobą, wskazują na to, że kontrolujący stwierdza nieprawidłowość w sposób dorozumiany, poprzez takie właśnie zestawienie opisów. Gorzej, gdyby zdania te były położone z dala od siebie i rozdzielone tekstem o dwuznacznym znaczeniu. Aby rozwiązać ewentualne wątpliwości, w NIK przyjęto, że nieprawidłowość stwierdza się w wystąpieniu pokontrolnym w sekcji „ustalone nieprawidłowości”⁴⁵. Już samo położenie tekstu w tejże sekcji wskazuje, że kontrolujący stwierdził niezgodność między stanem pożądanym a faktycznym. Natomiast wypowiedzanie się NIK o niezgodności pomiędzy wykonaniem a wyznaczeniem przyjmuje różne postaci. Najczęściej wykorzystywane są konstrukcje:

⁴³ Może być też odwrotnie: kontrolujący ustali, że podmiot kontrolowany miał obowiązek działania x oraz że postąpił w sposób ~x, a następnie stwierdzi zgodność pomiędzy wyznaczeniem a wykonaniem.

⁴⁴ W przypadku NIK skorygowanie omyłki pisarskiej następuje w oparciu o art. 35c ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. z 2019 r., poz. 489 ze zm.).

⁴⁵ Zgodnie z pismem okólnym nr 3/2018 Prezesa NIK z 1.06.2018 w sprawie wzoru wystąpienia pokontrolnego wraz z załącznikiem.

Opis stanu faktycznego – „Stanowiło to naruszenie/z naruszeniem/tym samym naruszono” – przepis⁴⁶;

Opis stanu faktycznego – „wbrew” – przepis⁴⁷;

„Mimo że/wbrew” – przepis – opis stanu faktycznego⁴⁸;

Opis stanu faktycznego – „pomimo że/podczas gdy” – przepis⁴⁹;

Opis stanu faktycznego – „co było niezgodne/czym naruszono” – przepis⁵⁰;

Opis stanu faktycznego (brak działania) – „Obowiązek taki wynika z/do czego zobowiązywał” – przepis⁵¹;

„Z naruszeniem” – przepis – opis stanu faktycznego⁵²;

„Nieprawidłowość polegała na naruszeniu” – przepis – „ponieważ” – opis stanu faktycznego⁵³.

Sposób orzekania o nieprawidłowościach jest różnorodny i nietrudno napotkać na niejednoznaczne stwierdzenia. Ustandaryzowanie zapisu nieprawidłowości mogłoby znacząco przyczynić się do polepszenia komunikatywności i pewności co do prawa. Doświadczenie uczy, że pisanie tak, aby wniosek nasuwał się „sam z siebie” (a więc w sposób dorozumiany), jest często niewystarczające.

8. Performatywność wypowiedzi o nieprawidłowościach

Uważam, że kluczowe znaczenie dla bytu nieprawidłowości ma „akt wypowiedzenia”, tj. czynność konwencjonalna uprawnionego podmiotu kontrolującego, który autorytatywnie informuje uczestników systemu prawa o tym, że uznaje taką to a taką nieprawidłowość za istniejącą. Skutkiem takiej czynności jest obowiązywanie. Polega ono na tym,

⁴⁶ Np. wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Kielcach z 10.08.2017 (LKI.411.007.01.2016), s. 16; wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK we Wrocławiu z 25.05.2018 (LWR.410.003.02.2018), s. 21; wystąpienie pokontrolne Wiceprezesa NIK z 22.02.2018 (LWR.410.027.01.2017), s. 18.

⁴⁷ Np. wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Kielcach z 10.08.2017 (LKI.411.007.01.2016), s. 17.

⁴⁸ Np. wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Kielcach z 10.08.2017 (LKI.411.007.01.2016), s. 28; wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK we Wrocławiu z 6.07.2018 (LWR.410.010.01.2018), s. 8.

⁴⁹ Np. wystąpienie pokontrolne Wiceprezesa NIK z 3.04.2018 (LOL.410.001.01.2018), s. 10; wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Łodzi z 18.06.2018 (LLO.410.004.01.2018), s. 20.

⁵⁰ Np. wystąpienie pokontrolne Wiceprezesa NIK z 20.06.2018 (KAP.411.004.01.2017), s. 14; wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Rzeszowie (LRZ.411.002.01.2018), s. 11; wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK we Wrocławiu z 19.12.2017 (LWR.410.019.04.2017), s. 10.

⁵¹ Np. wystąpienie pokontrolne Departamentu Administracji Publicznej NIK z 12.02.2018 (KAP.411.004.03.2017), s. 12; wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Lublinie z 13.08.2018 (LLU.411.002.01.2018), s. 10; wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Krakowie z 14.06.2018 (LKR.410.002.05.2018), s. 4.

⁵² Np. wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Krakowie (LKR.410.027.01.2017), s. 21–23.

⁵³ Np. wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Białymstoku z 12.06.2018 (LBI.410.006.04.2018), s. 7.

że wypowiedź wiąże przynajmniej podmiot kontrolujący do czasu, aż się z niej wycofa zgodnie z odpowiednimi regułami, względnie usunie ją inny uprawniony podmiot.

Czy wypowiedzi o nieprawidłowościach mają charakter „konstytutywny” czy też „deklaratoryjny”? Czy akt stwierdzenia nieprawidłowości jest tylko potwierdzeniem jej istnienia, czy też ją w jakimś sensie stwarza? W literaturze poświęconej kontroli napotkamy różnorakie określenia odnoszące się do nieprawidłowości, co bynajmniej nie pomaga w udzieleniu odpowiedzi. Przykładem niech będzie zamieszczone w monografii *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej* zdanie, że wystąpienie pokontrolne to „decyzja organu kontroli stwierdzająca m.in. istnienie nieprawidłowości”⁵⁴ i jednocześnie odwołanie do *Standardów kontroli*, gdzie mowa jest o nieprawidłowościach jako działaniach lub zaniechaniach, które „należy uznać” za nielegalne, niegospodarne, niecelowe lub nierzetelne⁵⁵. Niestety, kluczowe pojęcie „decyzyjności” (lub „uznaniowości”) organu kontroli nie zostało tam bliżej objaśnione. W monografii tej użyto za to aż kilkunastu nazw opisujących relację kontrolującego względem nieprawidłowości. Mowa jest o: „stwierdzaniu”⁵⁶, „wykrywaniu”⁵⁷, „ujawnianiu”⁵⁸, „opisywaniu”⁵⁹, „ustalaniu”⁶⁰, „wskazywaniu”⁶¹, „wytykaniu”⁶², „sprawdzaniu wystąpienia”⁶³, a także o: „likwidacji”⁶⁴, „zniesieniu”⁶⁵, „eliminowaniu”⁶⁶, „usuwaniu”⁶⁷ i „korygowaniu”⁶⁸. W większości określenia te wskazują na obiektywność istnienia nieprawidłowości.

Na pierwszy rzut oka sprawa wydaje się oczywista. Wypowiedzi o nieprawidłowościach są z reguły tak sformułowane, aby „jedynie potwierdzać” bądź zaprzeczać naruszeniom prawa, tak jakby istniały one obiektywnie, niezależnie od kontrolującego. Niemniej jednak nie jestem przekonany, że tak się rzeczy mają. Na przeszkodzie stoją moje wcześniejsze uwagi sprowadzające się do konstatacji, że **każda nieprawidłowość opiera się na wyobrażeniach kontrolującego o stanie faktycznym i stanie prawnym**. Jest więc ona swoiście wyrażonym stanem umysłu. Dobrze to widać na przykładzie niepra-

⁵⁴ E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona, *op. cit.*, s. 223.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 217.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 14, 145.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 14, 157.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 199.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 326.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 238, 359.

⁶¹ *Ibidem*, s. 239.

⁶² *Ibidem*, s. 223, cytujące postanowienie WSA w Warszawie z dnia 29 listopada 2010 r., V SA/Wa 2517/10.

⁶³ E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona, *op. cit.*, s. 182.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 13.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 60, powołujące się na J. Jagielskiego, *op. cit.*, s. 184–196.

⁶⁶ E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona, *op. cit.*, s. 63, 136, 145.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 73, 140, 222.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 329.

widłości iluzorycznych. Brak korespondowania opisu stanu faktycznego z rzeczywistością nie stanowi okoliczności przesądzającej o bycie nieprawidłowości. Taki jest – jak się wydaje – sens cytowanej na początku artykułu uchwały, w której napisano, że „nieprawidłowości nieopisane w wystąpieniu pokontrolnym nie istnieją”. Innymi słowy, nie można uważać za nieprawidłowe jakiegoś zdarzenia, które nie zostało tak właśnie zakwalifikowane przez upoważniony do tego podmiot w określonej procedurze. Dopóki kontrolujący nie uczyni jej zadość, dopóty aktualne jest domniemanie prawidłowości działania podmiotu kontrolowanego. Z tego powodu skłaniam się ku pogładowi, że stwierdzenia nieprawidłowości to wypowiedzi performatywne, a więc takie, w których jednocześnie z wygłoszeniem dokonuje się dana czynność⁶⁹. Choć brzmi to kontrintuicyjnie, ponieważ nieprawidłowości dają silne złudzenie obiektywnego istnienia, w rzeczy samej stają się dopiero poprzez ich wypowiedzenie. Bez tego aktu mamy do czynienia co najwyżej z zachowaniem noszącym znamiona nieprawidłowego.

9. Pewność nieprawidłowości

Rozsądek podpowiada, że konkretna nieprawidłowość może albo istnieć, albo nie istnieć. Założenie to opiera się na pewności bytu. Zauważmy, że pewność nieprawidłowości zależy od pewności komunikatu. Tymczasem, jak wskazałem w artykule o prawie kontrolerskiej, rzadko zdarza się, aby można było poznać stan faktyczny w sposób pewny. Na przykład nawet wielokrotne osobiste przeliczenie gotówki nie daje absolutnej pewności co do stanu kasy, albowiem banknoty mogą być nieprawdziwe – a ostatecznego potwierdzenia dokonać może jedynie wyspecjalizowany podmiot.

W praktyce kontrolerskiej z reguły formułuje się komunikaty o pełnym przekonaniu co do prawdziwości. Co jednak stałoby się, gdyby kontrolujący *expressis verbis* wyraził swój moment asercji mniejszy od 1? Wyobraźmy sobie, że w pewnej kontroli, wobec wyczerpania możliwości dowodowej, napisano że „najprawdopodobniej kontrolowany organ nie wydał wymaganego prawem dokumentu”. Spodziewam się, że większość kontrolerów będzie zdania, że nie można wówczas stwierdzić nieprawidłowości. Jeżeli tak, to pozostaje stwierdzenie prawidłowości, tyle że również niepewnej. Problem więc pozostaje, a nawet nasila się. Gdyby pewność co do niewydania dokumentu była – powiedzmy obrazowo – na poziomie 80%, zaś wydania dokumentu na poziomie 20%, to stwierdzenie prawidłowości opierałoby się na stanie faktycznym o wiele bardziej niepewnym od stanu wskazującego na nieprawidłowość. Sytuacja ta jest ze wszech miar niekomfortowa i nie znajduje łatwego rozwiązania. Jednym z możliwych rozwią-

⁶⁹ Por. opis wypowiedzi performatywnych: P. Pieprzycza, *Akt notarialny jako wypowiedź performatywna*, „Comparative Legilinguistics” 2016, vol. 25, s. 30.

zań jest unikanie kontrolowania obszarów generujących niepewność, co także wywołuje negatywne następstwa.

Nie należy stawiać bezwzględnego wymogu dokonywania absolutnie pewnych ustaleń. Czasami niemożliwe jest uzyskanie zupełnego przeświadczenia o stanie faktycznym. W kontrolerskim paradygmacie uzasadnialności formułowanych twierdzeń o rzeczywistości mieszczą się bowiem twierdzenia „dostatecznie uzasadnione”, a nie „absolutnie uzasadnione”⁷⁰. Przy ortodoksyjnym trzymaniu się zasady prawdy materialnej, podmiot kontrolujący niekiedy zmuszony byłby do uznania niepewnego stanu za prawidłowy, względnie do odstąpienia od dokonania subsumpcji. Nieprzekonanym zwrócę uwagę, że sądy orzekają o przestępstwach na podstawie dowodów pośrednich (poszlak)⁷¹. Skoro tak, to analogicznym uprawnieniem cieszą się kontrolujący: na przykład mogą wypowiadać się o rzeczywistości poznanej w drodze badania jej fragmentu na podstawie próby dobranej metodologicznie poprawnie. Jeśli w drodze takiego badania stwierdzono pięć faktów, zaś naukowa metodologia pozwala z bardzo dużym prawdopodobieństwem rozciągnąć te ustalenie na całą populację, wówczas nie widzę przeszkód, aby stwierdzić odpowiednio więcej faktów (oczywiście zaznaczając, w jaki sposób poznano tenże stan faktyczny).

10. Cechy nieprawidłowości

Nieprawidłowości cechują się istotnością, skalą i charakterem⁷², a także wartością i kontekstem⁷³. Wszystkie te atrybuty istotne są dla przyporządkowania nieprawidłowościom określonej wagi i dokonania oceny kontrolowanej działalności⁷⁴. Sformułowanie nieprawidłowości powinno spełniać standardy poprawności: bycia wolnym od wewnętrznych sprzeczności⁷⁵, bycia wystarczająco precyzyjnym⁷⁶ i bycia wystarczająco

⁷⁰ Por. stwierdzenie Macieja Zielińskiego dotyczące paradygmatu uzasadnialności w każdej dziedzinie ludzkiej działalności poznawczej, M. Zieliński, *op. cit.*, s. 35–36.

⁷¹ „Nierozzerwalny łańcuch poszlak rozpatrywanych we wzajemnym powiązaniu, winien prowadzić do nieodpartego wniosku o sprawstwie oskarżonego, pomimo braku na to dowodów bezpośrednich”: wyrok SN z dnia 14 grudnia 2016 r., III KK 152/16.

⁷² Takie cechy wymieniono w uchwale Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 17.03.2015, KPK-KPO.443.044.2015 (materiał niepublikowany), s. 7.

⁷³ E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona, *op. cit.*, s. 218, powołując się na *Standardy Kontroli NIK* zawarte w *Podręczniku kontrolera, B.6. Istotność*, Wyd. NIK, Warszawa 2003 (materiał niepublikowany), s. 5.

⁷⁴ Podział nieprawidłowości z punktu widzenia wagi przedstawiłem w artykule pt. L. Murat, *Pojęcie «uchybienia»...*

⁷⁵ Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 6.06.2016, KPK-KPO.443.092.2016, (materiał niepublikowany), s. 21.

⁷⁶ Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 21.07.2015, KPK-KPO.443.135.2015, (materiał niepublikowany), s. 3.

uzasadnionym⁷⁷. Uważam, że przymiotnik „wystarczająco” nakazuje taki opis, który przekonuje swoją logiką i dowodami, wskazując na zakres stwierdzonej niezgodności bez pozostawiania pola domysłom. Wypowiadanie nieprawidłowości to sztuka znajdowania optymalnego wyrazu tylko dla tego, co potrzeba; ani mniej, ani więcej⁷⁸. Z uwagi na dbałość o zwięzłą formę wystąpienia pokontrolnego można nawet zrezygnować z opisów charakteryzujących poszczególne przypadki naruszeń ustawy⁷⁹.

Niemniej jednak zasadniczo nieprawidłowości domagają się indywidualnego wypowiedzenia. W przytaczanym przeze mnie na początku artykułu orzeczeniu NIK poruszono właśnie ten problem. Jeżeli wystąpienie pokontrolne odsyła do nieprawidłowości w nim nieopisanych poprzez użycie takich wyrażen jak „na przykład”, „przykładowo”, „między innymi”, to takie odesłanie jest bezprzedmiotowe, ponieważ nieprawidłowości nieopisane w wystąpieniu pokontrolnym nie istnieją⁸⁰. Wyrażenie „na przykład” jest nie stosowne, ponieważ wskazuje na coś, co w systemie kontroli nie istnieje (nie może być uznawane za obowiązujące). Nieprawidłowości nie zostały bowiem indywidualnie wypowiedziane. Stwierdzenie Komisji Rozstrzygającej uważam więc za zasadne. Zwróćmy przy tym uwagę, że stanowisko to bynajmniej nie wyklucza istnienia dowodów wskazujących na te „inne” nieprawidłowości w kontrolowanym podmiocie. Jednak dowody te same z siebie nie mają mocy, aby powołać nieprawidłowości do istnienia.

11. Podsumowanie

Byt nieprawidłowości realizuje się w przestrzeni normatywnej. W odniesieniu do kontroli *nieprawidłowość* jest stwierdzoną przez uprawniony podmiot kontrolujący niezgodnością pomiędzy nakazem postępowania sformułowanym we wzorcu kontroli a ustalonym zachowaniem podmiotu kontrolowanego. Do elementów konstytutywnych nieprawidłowości należą: wzorzec kontroli, zachowanie podmiotu kontrolowanego oraz stwierdzenie niezgodności pomiędzy nakazanym lub zakazanym we wzorcu działaniem a wykonaniem.

Nieprawidłowość nie może zaistnieć przed „zaistnieniem” wzorca, ani istnieć dłużej od niego. W ujęciu formalnym wzorce pojawiają się dopiero w momencie włączenia do systemu prawa wypowiedzi normatywnej podmiotu kontrolującego. W ujęciu mate-

⁷⁷ Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 8.04.2015, KPK-KPO.443.064. 2015, (materiał niepublikowany), s. 28.

⁷⁸ Być może w takim kontekście Jacek Jagielski napisał o ustaleniu „mniej lub bardziej szczegółowego katalogu nieprawidłowości”, J. Jagielski, *op. cit.*, s. 16.

⁷⁹ Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 14.08.2015, KPK-KPO.443.141. 2015 (materiał niepublikowany), s. 5.

⁸⁰ Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 24.08.2015, KPK-KPO.443.118. 2015 (materiał niepublikowany), s. 29.

rialnoprawnym (treściowym) każda nieprawidłowość stwierdzona w trakcie kontroli posiada swój materialny początek, którym jest moment nastąpienia niezgodności pomiędzy wzorcem a kontrolowanym postępowaniem. Byt formalny wzorca jest warunkiem jego bytu materialnego.

Nieprawidłowości bywają mylnie utożsamiane z określonym postępowaniem. Tymczasem każda nieprawidłowość opiera się na wyobrażeniach kontrolującego o stanie prawnym i stanie faktycznym. Zdarzenie ma charakter obiektywny, zaś jego ustalenie – subiektywny. Nieprawidłowość to byt odrębny od zdarzenia i dla zaistnienia wcale nie jest konieczna materialna zgodność ustalonego zachowania z rzeczywistością. Kluczowe znaczenie dla bytu nieprawidłowości ma akt wypowiedzenia. Nieprawidłowości stają się dopiero po jego dokonaniu. Dokonanie ustaleń na podstawie złudnych wyobrażeń o faktach doprowadzić może do powstania nieprawidłowości „iluzorycznej” – obowiązującej na tej samej zasadzie, co nieprawidłowość korespondująca ze stanem faktycznym.

Nieprawidłowość opisuje relację polegającą na jednoczesnej zgodności adresata i okoliczności oraz niezgodności postępowania pomiędzy dyspozycją normy a zachowaniem. Dokonywanie subsumpcji jest w swojej istocie przejawem kontrolerskiego typu stosowania prawa, zbliżonego do typu sądowego. Subsumpcja jest procesem logicznym i może być przeprowadzona poprawnie lub niepoprawnie. Co więcej, choć wydaje się, że konkretna nieprawidłowość może albo istnieć, albo nie istnieć, to pewność bytu nieprawidłowości zależy od pewności komunikatu co do norm i co do faktów oraz ich relacji. Uzyskanie absolutnej pewności jest jednak trudne, albowiem w kontrolerskim paradygmacie uzasadnialności formułowanych twierdzeń o rzeczywistości mieszczą się twierdzenia „dostatecznie uzasadnione”, a nie „absolutnie uzasadnione”.

Bibliografia

Źródła

Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 września 2011 r., IV C 837/11.

Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 29 listopada 2010 r., V SA/Wa 2517/10.

Wyrok NSA z dnia 31 maja 2004 r., FSK 103/04.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 stycznia 2016 r., I ACa 554/15.

Wyrok SN z dnia 14 grudnia 2016 r., III KK 152/16.

Literatura

Dobrowolski Z., *Teoretyczne podstawy kontroli*, Wydawnictwo Organon, Zielona Góra 2003.

Gnoiński J., *Zasady organizacji i funkcjonowania systemu kontroli w resorcie komunikacji*, Ośrodek Badawczy Ekonomiki Transportu, Warszawa 1967.

- Jagielski J., *Kontrola administracji publicznej*, Lexis Nexis, Warszawa 2007.
- Jarzęcka-Siwik E., Berek M., Skwarka B., Wrona Z., *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, Wydawnictwo NIK, Warszawa 2018.
- Jarzęcka-Siwik E., Skwarka B., *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2011.
- Jędrzejczyk M., *Elementy dyskrecjonalności organu administracyjnego na poszczególnych etapach stosowania prawa*, „Przegląd Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny” 2013, nr 2.
- Kałużny S., *Leksykon kontroli*, Wydawnictwo Dosko, Warszawa 2002.
- Łukowski P., *Logika praktyczna z elementami wiedzy o manipulacji*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Murat L., *Pojęcie «uchybień» w praktyce kontrolerskiej*, „Kontrola Państwowa” 2020, nr 3.
- Murat L., *Prawda kontrolerska*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 2020, t. 92.
- Najwyższa Izba Kontroli, *Podręcznik kontrolera, B.10. Nieprawidłowości*, Wyd. NIK, Warszawa 2003 (materiał niepublikowany).
- Najwyższa Izba Kontroli, *Podręcznik kontrolera, B.6. Istotność*, Wyd. NIK, Warszawa 2003 (materiał niepublikowany).
- Nowak L., *O prawomocności prawniczych rozumowań subsumpcyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, z. 2.
- Padrak R., *Postępowanie kontrolne NIK. Komentarz*, Presscom, Wrocław 2012.
- Pieprzycza P., *Akt notarialny jako wypowiedź performatywna*, „Comparative Legilinguistics” 2016, vol. 25.
- Szot A., *Swoboda decyzyjna w stosowaniu prawa przez administrację publiczną*, Wyd. Episteme, Lublin 2016.
- Szymanek J., *O kontroli państwowej – teoretycznie*, „Kontrola Państwowa” 2006, nr 5.
- Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Ars Boni Et Aequi, Poznań 2005.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Ars Boni et Aequi, Poznań 1997.
- Wróblewski J., *Kontrola w państwie i jej aksjologia*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 1981, nr 6.
- Zieliński M., *Obiektywność ustalania faktów jako element praworządności stosowania prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1979, nr 41.
- Ziemiński Z., *Logika praktyczna*, PWN, Warszawa 2000.

Materiały NIK

- Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 17.03.2015, KPK-KPO.443.044.2015 (materiał niepublikowany).
- Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 8.04.2015, KPK-KPO.443.064.2015, (materiał niepublikowany).
- Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 21.07.2015, KPK-KPO.443.135.2015 (materiał niepublikowany).
- Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 14.08.2015, KPK-KPO.443.141.2015 (materiał niepublikowany).
- Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 24.08.2015, KPK-KPO.443.118.2015 (materiał niepublikowany).

- Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 7.10.2015, KPK-KPO.443.172.2015 (materiał niepublikowany).
- Uchwała Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w NIK z 6.06.2016, KPK-KPO.443.092.2016 (materiał niepublikowany).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Kielcach z 10.08.2017 (LKI.411.007.01.2016).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK we Wrocławiu z 19.12.2017 (LWR.410.019.04.2017).
- Wystąpienie pokontrolne Departamentu Administracji Publicznej NIK z 12.02.2018 (KAP.411.004.03.2017).
- Wystąpienie pokontrolne Wiceprezesa NIK z 22.02.2018 (LWR.410.027.01.2017).
- Wystąpienie pokontrolne Wiceprezesa NIK z 3.04.2018 (LOL.410.001.01.2018).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK we Wrocławiu z 25.05.2018 (LWR.410.003.02.2018).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Białymstoku z 12.06.2018 (LBI.410.006.04.2018).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Krakowie z 14.06.2018 (LKR.410.002.05.2018).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Łodzi z 18.06.2018 (LLO.410.004.01.2018).
- Wystąpienie pokontrolne Wiceprezesa NIK z 20.06.2018 (KAP.411.004.01.2017).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK we Wrocławiu z 6.07.2018 (LWR.410.010.01.2018).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Lublinie z 13.08.2018 (LLU.411.002.01.2018).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Krakowie (LKR.410.027.01.2017).
- Wystąpienie pokontrolne Delegatury NIK w Rzeszowie (LRZ.411.002.01.2018).
- Zarządzenie Prezesa NIK nr 9/2012 z 29.03.2012 r. w sprawie szczegółowych zasad przygotowywania kontroli, zadań kontrolerów oraz zasad sporządzania informacji o wynikach kontroli.