

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

2/2021

Dyskurs Prawniczy i Administracyjny

2/2021

REDAKTORZY NAUKOWI NUMERU
Justyna Michalska, Ewa Żołnierczyk

Zielona Góra 2021

RADA NAUKOWA

Andrzej Bisztyga (*przewodniczący*, Uniwersytet Zielonogórski), Rainer Arnold (Uniwersytet w Ratybonie, Niemcy), Eduard Barany (Słowacka Akademia Nauk), Ewelina Cała - Wacinkiewicz (Uniwersytet Szczeciński), Emilio Castorina (Uniwersytet w Katanii, Włochy), Jerzy Ciapała (Uniwersytet Szczeciński), Anna Chodorowska (Uniwersytet Zielonogórski), Katarzyna Dudka (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej), Krzysztof Eckhardt (Rzeszowska Szkoła Prawa), Andrzej Gorgol (Uniwersytet Zielonogórski), Sabina Grabowska (Uniwersytet Rzeszowski), Stefan Haack (Uniwersytet Viadrina), Jerzy Jaskiernia (Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach), Jiri Jirasek (Uniwersytet w Ołomuńcu, Czechy), Julia Klauer (Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Prawa w Berlinie, Niemcy), Martyna Łaszewska-Hellriegel (*wiceprzewodnicząca*, Uniwersytet Zielonogórski), Gabriella Mangione (Uniwersytet Insubria Varese-Como, Włochy), Małgorzata Masternak-Kubiak (Uniwersytet Wrocławski), Tomasz Milej (Uniwersytet Kenyatta w Nairobi, Kenia), Bernadetta Nitschke-Szram (Uniwersytet Zielonogórski), Hanna Paluszkievicz (Uniwersytet Zielonogórski), Ivan Pankevych (Uniwersytet Zielonogórski), Sławomir Patyra (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej), Ryszard Piotrowski (Uniwersytet Warszawski), Maria Rogacka-Rzewnicka (Uniwersytet Warszawski), Krzysztof Skotnicki (Uniwersytet Łódzki), Tadeusz Stanisławski (*wiceprzewodniczący*, Uniwersytet Zielonogórski), Ewa Szewczyk (Uniwersytet Zielonogórski), Bogdan Ślusarz (Uniwersytet Zielonogórski), Miruna Tudorascu (Uniwersytet 1 grudnia 1918 w Alba Iulia, Rumunia), Murat Tumay (Istanbul Medeniyet University), Valeriy Tsybalyuk (Uniwersytet Gospodarki Wodnej i Zarządzania Zasobami Naturalnymi w Równem, Ukraina), Krystyna Wojtczak (Uniwersytet Adama Mickiewicza), Arkadiusz Wudarski (Uniwersytet Zielonogórski)



KOLEGIUM REDAKCYJNE

Justyna Michalska (*redaktor naczelny*), Anna Chodorowska (*sekretarz*), Anna Feja-Paszkievicz, Joanna Markiewicz-Stanny, Magdalena Skibińska, Olaf Włodkowski

RECENZJE NUMERU

<http://www.dyskurs.inp.uz.zgora.pl>

REDAKCJA

Aldona Reich

REDAKCJA TECHNICZNA

Arkadiusz Sroka

PROJEKT OKŁADKI

Marta Surudo

© Copyright by Uniwersytet Zielonogórski,
Zielona Góra 2021

ISSN 2657-926X

Ofcyna Wydawnicza Uniwersytetu Zielonogórskiego
65-246 Zielona Góra, ul. Podgórna 50, tel. (68) 328 78 64
www.ow.uz.zgora.pl, sekretariat@ow.uz.zgora.pl

Spis treści

Anna Chodorowska, Anna Trylińska The Concept of the Principle of Non-Refoulement in Refugee Law.....	7
Anna Feja-Pasziewicz Wymóg szczegółowego określenia proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa w pytaniu w referendum lokalnym	25
Piotr Kapusta Przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego osobie mającej ustalone prawo do emerytury.....	47
Ewaryst Kowalczyk Zakres zastosowania zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych	61
Beata Kozicka W kwestii pominięcia przez sąd administracyjny niekonstytucyjnych przepisów ustawy	77
Paweł Kuczma (Nie)samodzielność Gibraltaru na tle Konstytucji z 14 grudnia 2006 r.....	93
Justyna Michalska The Protective Function of Labour Law with regard to the Rights of Foreign Nationals.....	103
Andrzej Michór Postępowanie cywilne w sprawach gospodarczych – powrót do przeszłości czy nowa jakość?.....	115
Łukasz Prus Zwalczanie niezgodnych z prawem składowisk lub magazynów odpadów	133
Andra Puran Brief Considerations On The Fundamental Right To Vote In Romania.....	149
Michal Smejkal, Jan Horecký Specifics of business trips (official journeys) under Czech legislation	159

Klaudia Stelmaszyk-Borszowska

Upoważnienie do dokonywania wydatków – problemy definicyjne w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych 173

Olaf Włodkowski

Kodeks karny skarbowy w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (w okresie od 1999 do 2020)..... 189

Renata Cybulska

Zakres uprawnień rady gminy przy uchwalaniu statutu jednostki pomocniczej. Glosa krytyczna do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 13 sierpnia 2020 r. (III SA/G1 373/20)..... 203

Anna Chodorowska

Uniwersytet Zielonogórski
ORCID 0000-0002-9660-4049
a.chodorowska@wpa.uz.zgora.pl

Anna Trylińska

Uniwersytet Zielonogórski
trylinska.anna@gmail.com

The Concept of the Principle of *Non-Refoulement* in Refugee Law

Keywords: refugee protection, the principle of non-refoulement, international refugee law, human rights

Summary. This article concerns a fundamental principle of the prohibition of refoulement in international refugee law, in reference also to European law and national regulations. In general, the principle of non-refoulement forbids expulsion of foreign nationals beyond borders of a state in which they are seeking protection on humanitarian grounds, and it is a fundamental standard of protection of refugees. The article presents how this principle functions as a standard for international protection, including its functions of guaranteeing comprehensive refugee protection. In the methodological aspect, a legal dogmatic method, a comparative legal method as well as the system analysis and the content analysis of legal texts, have been used. This article presents in an innovative way the approach to the principle of non-refoulement, not only as a standard of protection, but also, through the presentation of its function, by raising some questions concerning the modification of the form of refugee protection in favour of humanitarian protection on the basis of this principle. This issue is the main thesis of this article. This is of particular importance for the future development of refugee law as well as a migration and asylum policy.

Pojęcie zasady *non-refoulement* w prawie uchodźczym

Słowa kluczowe: ochrona uchodźców, zasada non-refoulement, międzynarodowe prawo uchodźcze, prawa człowieka

Streszczenie. Artykuł dotyczy fundamentalnej zasady zakazu *refoulement* w międzynarodowym prawie uchodźczym. Zasada *non-refoulement*, dotycząca najogólniej zakazu wydalania z przyczyn humanitarnych cudzoziemca poza granice państwa, w którym osoba ta poszukuje ochrony, stanowi fundamentalny standard ochrony uchodźców. Artykuł dotyczy ukazania istoty tej zasady w oparciu o przedstawienie celów jej ustanowienia w odniesieniu do jej genezy i ewolucji w międzynarodowym prawie uchodźczym. W artykule przedstawiono funkcjonowanie tej zasady jako standardu ochrony międzynarodowej, w tym jej funkcje w zagwarantowaniu kompleksowej ochrony uchodźczej.

Introductory Remarks

The principle of non-refoulement, which was established under Article 33 of the Convention of 1951 relating to the status of refugees, forms the basis of the international legal system, which was created to protect refugees¹. It constitutes, therefore, an essential part in the protection of refugees.

From being a treaty standard, the principle of non-refoulement became a customary rule of international law of common nature² and “became a cornerstone for the protection of refugees”³, which, generally speaking, imposes a ban on any form of forcible return of refugees to the countries other than those in which they are seeking protection⁴. The term *non-refoulement* derives from the French word *refouler*, which means to drive back or to repel. In the context of immigration control, the term *refoulement* refers, in particular, to the immediate return of persons, who have illegally entered the territory of a state, to the frontiers of that territory, and the refusal of entry of persons without the required documents⁵. This means that there is a prohibition of a direct and indirect return of refugees and persons who are seeking protection to a country in which their life or health would be in danger. However, a refugee may be expelled or returned if they are a threat to national security or if they have been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, and are regarded as a danger to the security of that country (Article 33 paragraph 2 of the Geneva Convention). In refugee law, as provided in the Article 33 paragraph 2 of the Geneva Convention, this rule is subject to restrictions with regard to safety and public order of a particular country⁶. Both the principle of non-refoulement and the exception to this principle concern not only recognised refugees, but also persons applying to be recognised as refugees. It should be emphasized that even if there is a departure from the principle of non-refoulement, which is possible under the three circumstances which are narrowly

¹ Article 33 paragraph 1 of the Geneva Convention relating to the status of refugees of 28 July 1951 (Dz. U. 1991 no. 119; *item*, 515).

² H. Nieć, *Prawa cudzoziemców prawami człowieka*, [in:] *Wybrane aspekty prawne obywatelstwa i problematyki imigracyjnej*, eds. A. Kiedrzyń, M. Madej, H. Nieć, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”, MLXXI, „Prace Polonijne”, 117, Kraków 1993, p. 30.

³ *Ibidem*, p. 29.

⁴ P. Mahon, O. Bigler, *Les aspects constitutionnels et conventionnels du principe de non-refoulement en relation avec la migration*, [in:] *Le principe de non-refoulement. Fondaments et enjeux pratique*, ed. C. Amarelle, Bern 2010, pp. 16-17; J. Hathaway, T. Gammeltoft-Hansen, *Non-refoulement in the World of Cooperative Deterrence*, “Columbia Journal of Transnational Law”, no. 2, 2015, p. 237.

⁵ See G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd ed., Oxford 1996, p. 117.

⁶ Article 33 of the Geneva Convention provides that the principle of non-refoulement does not apply to the refugee in respect of whom there are grounds for believing that the person may be a threat to national security of that country or that the person, who has been convicted for committing a particularly serious crime, is a danger to society of that country.

defined in Article 33 paragraph 2, the Convention does not allow for the revocation of refugee status in the event where it has already been granted⁷.

Furthermore, apart from the above-mentioned Convention from 1951, this principle is also addressed by other instruments and regulations of international law and human rights – both at extraterritorial and regional level – as well as by those which have a binding or soft law character⁸, and, at times, also by the constitutional norms of some countries.⁹

One of the instruments at the regional level is the European Convention on Human Rights. The convention does not directly protect against non-refoulement. Pursuant to art. 2 and art. 3, the return of a person whose right to life has been violated or who could be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment is prohibited. In practice, these provisions of the Convention extend protection against refoulement to those who wish to apply for international protection or whose applications have been rejected.

The Principle of *Non-Refoulement* – Objectives and Functions

Humanitarian asylum is underpinning the protection of refugees and the application of the principle of non-refoulement. In the humanitarian approach, the fundamental question is whether a person needs protection, whereas the very causes and the responsibility of a state are less important¹⁰. Given the above, according to J. Hathaway, granting asylum has from the humanitarian point of view a palliative objective¹¹. Therefore, a ban on return of persons to a country in which their life or health could be in danger and, possibly, offering them adequate protection can be treated as an act of protection, that is humanitarian asylum. Against this background, it is revealed that there is a two-pronged approach to the refugee issue.

⁷ <https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/12/Danger-to-the-security-of-the-state-which-granted-refugee-status-PL.pdf> [access: 20.08.2020].

⁸ Read more G.S. Goodwin-Gill, J. McAdam, *The refugee in International Refugee Law*, Oxford University Press 2007; O. Łachacz, *Zasada non-refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – zwyczaj międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. 2017, p. 134.

⁹ Article 25 paragraph 2 of the Constitution of the Swiss Confederation stipulates that “refugees may not be deported or extradited to a state in which they will be persecuted”. And, according to paragraph 3, “nobody may be removed by force to a state where they are threatened by torture or other means of cruel and inhuman treatment or punishment”. Z. Czeszejko-Sochacki, *System konstytucyjny Szwajcarii*, Warszawa 2002, p. 28.

¹⁰ M.E. Price, *Rethinking Asylum. History, Purpose and Limits*, Cambridge University Press, 2009, p. 7.

¹¹ J.C. Hathaway, *Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection*, “Journal of Refugee Studies” 1991, no. 4, p. 113.

On the one hand, there are the matters relating to policies and the security of the receiving states, on the other hand, the attention needs to be focused on ensuring protection for those who are seeking refuge¹².

The legal character in the doctrine of international refugee law is perceived in different ways. K. Hailbronner thinks that it is not possible to assume that there is no general or specific right of each individual to invoke this principle, except where the life or freedom of persons seeking protection would be in likely “danger of persecution based on race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”¹³, as specified in Article 33 paragraph 1 of the 1951 Geneva Convention, because state practice (*opinio iuris*) in this regard is not uniform and is fragmented¹⁴. Against the background of national and European case law, and also given the fact that this principle is being introduced to the ever-larger number of conventions and national regulations, it has attained the characteristics of a “hard” international law.

Article 33 paragraph 1 of the Convention provides that “no Contracting State shall expel or return a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion”¹⁵. According to international law, the principle of non-refoulement has a broader meaning which goes beyond the content of the above-mentioned Article 33 paragraph 1 of the Geneva Convention¹⁶.

Particularly, Article 3 of the 1984 Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, as well as other general norms and international law doctrine will be applicable in this respect¹⁷. The principle of non-refoulement is related to the principle of complementarity, which refers to a cumulative application of the provisions of international law, human rights law, humanitarian law and refugee law for the protection of refugees. The protection

¹² A. Florczak, *Uchodźcy w Polsce: między humanitaryzmem a pragmatyzmem*, Toruń 2003, p. 9. About the subject of political and humanitarian concept of asylum in: M.E. Price, *Persecution Complex: Justifying Asylum Law's Preference for Persecuted People*, “Harvard International Law Journal”, vol. 47, no. 2, 2006, pp. 413-466.

¹³ Article 33 paragraph 1 of the 1951 Geneva Convention.

¹⁴ K. Hailbronner, *Non-Refoulement and „Humanitarian” Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, [in:] *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980. The Ninth Sokol Colloquium on International Law*, ed. D.A. Martin, vol. II, Springer Netherlands, Dordrecht, Boston, London 1988, p. 144 and J. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, p. 364.

¹⁵ Article 33 paragraph 1 of the 1951 Geneva Convention.

¹⁶ See more on the historical development and evaluation of this principle in T. Molnar, *The Principle of Non-Refoulement Under International Law: Its Inception and Evolution in a Nutshell*, “Corvinus Journal Of International Affairs”, vol. 1, 2016, pp. 51-62.

¹⁷ See UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007.

offered by non-refoulement should therefore be of a complementary character and should be in addition to the protection of refugees stipulated in the 1951 Geneva Convention. It constitutes what can be called a complementary protection of refugees¹⁸.

The principle of non-refoulement sets the framework for refugee protection by prohibiting expulsion of persons who are seeking protection. The prohibition on refoulement refers to persons who do not yet have a refugee status or who have lost their refugee status, and it protects them against persecution or serious harm¹⁹.

Article 33 paragraph 1 of the Geneva Convention, which includes the principle of non-refoulement²⁰, may be treated as a norm that imposes on states unambiguous and clearly defined obligation and the right of an individual which they can invoke before state authorities²¹. In practice, though, in spite of the established international rules of interpretation of the Convention, these regulations are applied in various ways²².

For example the Article 25 para 2 and 3 of the Federal Constitution of the Swiss Confederation²³ provides for the protection against expulsion, extradition or forced return to the frontiers²⁴. The principle of non-refoulement expressed in the Swiss Constitution²⁵ has the characteristics of the *ius cogens* norm²⁶, that is, it has an absolutely binding nature²⁷ and it corresponds to specific provisions of international

¹⁸ J. Pobjoy, *Treating like alike: The principle of non-discrimination as a tool to mandate the equal treatment of refugees and beneficiaries of complementary protection*, Melbourne University Law Review, vol. 34, 2010, p. 181. Read more in: J. McAdam, *Complementary protection in International Refugee Law*, "Oxford Monographs in International Law", Oxford University Press, Oxford–New York 2007.

¹⁹ For example: absolute prohibition on refoulement in cases of a risk of torture – ECtHR, Appl. No. 37201/06, *Saadi v. Italy*, 28.02.2008, <http://hudoc.echr.coe.int> [access: 07.08.2020].

²⁰ About the legal nature of the principle of non-refoulement, see J. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, p. 364; J. Allain, *The ius cogens nature of non-refoulement*, "International Journal of Refugee Law", vol. 13, 2001, pp. 533–558 and C. Lewis, *UNHCR and International Refugee Law: From Treaties to Innovation*, Routledge, New York 2012, p. 124; G. Goodwin-Gill, J. McAdam, *op. cit.*, pp. 201–267; E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement*, [in:] *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, eds. E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, Cambridge University Press, Cambridge 2003, pp. 78–177.

²¹ See O. Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. De la consecration a la contestation*, Bruxelles 2011.

²² J. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, *op. cit.*, pp. 364–365.

²³ The Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 December 1998 came into force on 1 January 2000.

²⁴ Article 25 para 2 and 3 of the Swiss Constitution.

²⁵ The principle of non-refoulement is also expressed in Article 5 of the Swiss Asylum Act of 1998.

²⁶ P. Mahon, J.F. Aubert, *Petit commentaire de la Constitution federale de la Confederation Suisse*, art. 25, no. 7, Zurich, Bern, Genève 2003.

²⁷ *Wielka Encyklopedia Prawa*, ed. B. Hołyst, vol. IV; *Prawo międzynarodowe publiczne*, eds. J. Symonides, D. Pyć, Warszawa 2014, pp. 132–134. The term *ius cogens* refers to preemptory norms –

law, i.e. Article 33 of the 1951 Geneva Convention, Article 3 of the ECHR, and Article 7 and Article 10 (3) of the Convention against Torture²⁸.

The principle of non-refoulement which, at the time of the adoption of the Geneva Convention, was merely a contractual norm in its character, and was binding only on the states parties concerned, has transformed over the years into a customary norm of international law which has a common character. The issues which determine the form of this principle are questionable, though. Firstly, it regards the subjective scope of this principle. Article 33 of the Geneva Convention uses the term *refugee*. As a rule, the prohibition of refoulement applies to the refugees within the definition of Article 1A of the Geneva Convention²⁹. The declarative character of the act of determination as to whether an individual can be considered a refugee means that these individuals, who are still applying for a refugee status, and are, therefore, still to be officially designated as refugees, also fall under the prohibition of being refouled.

In a broader sense, the principle of non-refoulement also concerns those individuals who are seeking international protection, but who fall under the definition of the Convention refugee. This refers to refugees of war, also being called *de facto* refugees. Putting these persons under the ban of expulsion is of fundamental importance, especially in the situations characterized by a mass influx of displaced persons who are seeking protection³⁰. It is not only its normative, but also its axiological aspect that should be considered in this regard, recommending “a realistic assessment of its use, taking into account the need to accommodate to the changing reality which presents new challenges to the international refugee law”³¹. This is particularly important when it comes to the observance of this principle, as well as in the context of the mechanisms of raising the level of states’ responsibility for non-compliance with international refugee law³².

Moreover, while interpreting the Geneva Convention, it was assumed that this principle should be applied to specific jurisdictions, which means to those areas

immutable and absolutely binding on all states, from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm having the same character – see Article 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

²⁸ See P. Mahon, F. Matthey, *La procédure d’asile II (conditions de la procédure accélérée, notamment les notions de pays tiers et pays d’origine sûrs)*, [in:] *Droit d’asile suisse, normes de l’UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative*, ed. UNHCR – Schweizerische Flüchtlingshilfe, Berne 2009, p. 309.

²⁹ Article 1A of the 1951 Geneva Convention.

³⁰ See M. Kowalski, *Pomiędzy uznaniowością a zobowiązaniem: podstawy prawnomiędzynarodowej ochrony uchodźców*, „Politeja”, no. 1(5), 2006, p. 442.

³¹ O. Łachacz, *op. cit.*, p. 134.

³² See Article 38 of the Geneva Convention which provides for the resolution of conflicts as to the interpretation or application of the provisions of the Convention before the International Court of Justice, but only if such conflicts cannot be resolved in any other way.

where an individual falls under the effective control of state authorities, including the situations in which they would be apprehended by the military or border patrol, even if it happened to be in the open sea³³.

With reference to the axiological justification of the principle of non-refoulement, it should be emphasized that the prohibition of refoulement is recognised as a catalogue of norms, with the protection of certain fundamental freedoms for the international community as its main objective³⁴. Therefore, by protecting certain interests, such as life, health, freedom and security, this principle serves a protective function. As emphasised in the doctrine, this principle also sets a standard of behaviour as well as commitments of different states towards refugees and persons who are seeking international protection. Therefore, the prohibition of refoulement also has a priority character when it comes to new developments in law.

Furthermore, this principle serves a preventive function, as it protects against potential violation of human rights, which could happen in future as a result of returning a foreign national to a country where they could be in danger of persecution and thus it also protects against the risk of finding oneself in this kind of situation. A violation of this prohibition is an indication of state responsibility, irrespective of whether or not human rights have been violated as a result of return of foreign nationals while protecting their specific interests³⁵.

The interpretation of this principle has therefore evolved toward a broadening of the standards of protection³⁶.

What is more, it is currently emphasised that the objective of refugee protection, including the principle of non-refoulement, is the provision of protection first and foremost to those individuals who are weaker and particularly vulnerable to the danger, and who need greater protection [so-called particularly vulnerable refugees], i.e. children without parental care, elderly people and people with disabilities³⁷. The guarantee function consists in the provision of protection to persons seeking international protection who find themselves in specific circumstances,

³³ M. Grześkowiak, *Transpozycja zasady non-refoulement do polskiego systemu ochrony uchodźców*, „Acta Iuridica”, vol. 76, 2018, p. 202. See S. Trevisanut, *The Principle of Non-Refoulement And the De-Territorialization of Border Control at Sea*, “Leiden Journal of International Law”, is. 3, vol.7,2014, pp. 661-675.

³⁴ O. Łachacz, *op. cit.*, p. 140.

³⁵ *Ibidem*, pp. 140-141.

³⁶ B. Mikołajczyk, *Osoby ubiegające się o status uchodźcy. Ich prawa i standardy traktowania*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice, 2004, p. 111, T. Molnar, *op. cit.*, p. 52.

³⁷ See Raport UNHCR, *Response to Vulnerability in Asylum, 2013*. These regulations are allowed under French asylum law – Article L 723 -3 of the French code of entry and residence of foreigners and right of asylum, as well as Swiss legislation which provides for the protection of particularly vulnerable persons by protecting them on humanitarian grounds and prohibiting their expulsion – Art. 44 of the Swiss Asylum Act and Art. 83 and art. 84 of the Swiss Federal Act on Foreign Nationals and Integration.

often without documents or means of livelihood. The implementation of this type of construct is important insofar as any persons seeking international protection find themselves in a specific legal position and they may be viewed as a group of particularly vulnerable people, who require special treatment and protection³⁸. The link between refugee protection standards and human rights is important as it allows to fully define states' obligations and influence the practice of different states with regard to refugees and persons seeking protection. Despite the fact that the ECHR is not focused on the protection of refugees, it forms a basis for the fundamental standards of international protection³⁹ by supplementing it⁴⁰. This does not, though, offset all kinds of problems concerning the protection of refugees. It is true that by linking refugee law to human rights, its range becomes broader, but, as it is rightly stressed in the doctrine⁴¹, it is basically focused on the principle of non-refoulement and the prohibition of return of foreign nationals to the states where their life, health or freedoms would be threatened, while ignoring, at the same time, the concept of the very rights of refugees⁴².

Undoubtedly, the evolution of the principle of non-refoulement has been influenced by the standards set forth in international human rights law and in case law. For in human rights regime, this principle refers to foreigners in general, including cases of extradition or expulsion⁴³. In the case of the international protection of human rights, the principle of non-refoulement results from Article 3 of the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading

³⁸ This refers to persons requiring special attention, e.g. unaccompanied minor aliens or lone parents, women, persons with disabilities, elderly or sick persons. See the UNHCR Report, *Response to Vulnerability in Asylum*, December 2013, available at <http://www.unhcr-centraleurope.org> [access: 01.09.2016].

³⁹ See, *inter alia*, ECtHR judgments: *Amuur v. France* of 25 June 1996 (M. Bossuyt, *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruylant, Bruxelles 2010, pp. 52-53), *M.S.S. v. Greece and Belgium* of 21 January 2011 (*idem*, Belgium condemned for inhuman or degrading treatment due to violations by Greece of EU asylum law: *MSS v. Belgium and Greece*, Case Analysis, "European Human Rights Law Review", no. 5, 2011, pp. 582-597).

⁴⁰ See J. McAdam, *Complementary protection in International Refugee Law*, "Oxford Monographs in International Law", Oxford University Press, Oxford–New York 2007; J. Hathaway, *The Rights Of Refugees...*, *op. cit.*, pp. 34-37.

⁴¹ See, *inter alia*, J. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, *op. cit.*, pp. 2-3. Linking human rights to refugee law means essentially invoking Article 31, 32 and 33 of the 1951 Geneva Convention. See also V. Chetail, *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning on the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, [in:] *Human Rights and Immigration*, ed. R. R. Marin, "Collected Courses of the Academy of European Law", Oxford University Press, Oxford 2014.

⁴² See N. Oudejans, *Asylum – A Philosophical Inquiry into the International Protection of Refugees*, [b.m.], 2011, doctoral dissertation, Tilburg University 28.09.2011, pp. 2-3.

⁴³ O. Łachacz, *Zasada...*, *op. cit.*, p. 136. L. Garlicki, *Komentarz do art. 3, nb 9*, [in:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Warszawa 2010; A. Bisztyga, *Oddziaływanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na wewnętrzny porządek prawny Zjednoczonego Królestwa*, Katowice 2008, pp. 145-146 and comments on the ECtHR judgment in the case of *Soering v. United Kingdom*.

Treatment or Punishment, Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 3 of the European Convention on Human Rights, and it has an absolute character. Incorporated into human rights, this principle differs from the one expressed in refugee law – not only in terms of its source, but also in terms of individuals who are covered by this principle and its range of protection. The protection against refoulement is described in literature as a so-called “ricochet effect”⁴⁴ of the provision of the European Convention⁴⁵, because in well-established case law of the ECtHR, this law results from Article 3 of the Convention, which provides that no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment⁴⁶. Especially, when given the fact that the current evolutionary interpretation has broadened the scope of the application of Article 3⁴⁷. A foreign national cannot be removed from the country in which they could be in danger of treatment in violation of Article 3, or to the country where such risk does not exist, but where due to the ineffectiveness of its asylum system and/or the lack of codified laws, they may be expelled to the third country in which they face a real risk of the prescribed ill-treatment (*indirect refoulement*)⁴⁸. The concept of the direct or indirect violation of the principle of non-refoulement refers to the prohibition of removal of a refugee both to the country of their origin, from which they escaped (*direct refoulement*), and to a different country, which does not guarantee that the refugee will not be expelled to the country in which they would be at risk of losing their life or health (*indirect refoulement*)⁴⁹. The European Court of Human Rights has examined a number of applications regarding violations of the principle of non-refoulement⁵⁰, stating in its case law that the removal of a re-

⁴⁴ A. Pijnenburg, *Containment Instead of Refoulement: Shifting State Responsibility in the Age of Cooperative Migration Control*, “Human Rights Law Review”, vol. 20, 2020, pp. 306-332. It is referred also as “chain” refoulement. T. Molnar, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁵ M.A. Nowicki, I. Rzeplińska, *Ochrona praw cudzoziemców w orzecznictwie organów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Palestra”, no. 9-10, 1998, p. 101.

⁴⁶ Article 3 of the European Convention on Human Rights. See more in: J. Wojnarowska-Radzińska, *Ochrona wydalanych cudzoziemców na podstawie art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, „Studia Europejskie-Studies in European Affairs”, is.1, 2013, pp.101-112.

⁴⁷ On the subject of the review of applications of refugees under Article 3, see A. Pūraitė, *Right to Asylum: Short Overview of the Case-Law of the European Court of Human Rights*, “Internal Security”, July-December 2012, no. 2, vol. 4, 2012, p. 50.

⁴⁸ ECtHR Judgment of 7 March 2000, Appl. No. 43844/98, in the case of T.I. v. United Kingdom and Judgment of 21 January 2011, Appl. No. 30696/09, in the case of M.M.S. v. Belgium and Greece and M. Bossuyt, Belgium Condemned for Inhuman Or Degrading Treatment Due to Violations by Greece of EU Asylum Law: M.S.S. v. Belgium and Greece, Grand Chamber, European Court of Human Rights, January 21, 2011, “European Human Rights Law Review” 2011, no. 5, pp. 582-597.

⁴⁹ N. Coleman, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, Boston 2009, p. 235; J. Hathaway, *The Rights of Refugees...*, *op. cit.*, p. 326. See F. Cherubini, *Asylum Law in the European Union*, London, New York 2014.

⁵⁰ M. Grześkowiak, *op. cit.*, p. 206.

fugee from the country in the territory of which they are present to the first safe country must be allowed only if the country of destination can guarantee that it will apply necessary procedures which will prevent their expulsion to their country of origin where they would be in danger of losing their life or health⁵¹. In recent years, which was certainly influenced by the existence of the migration crisis, we have been able to observe an upward trend in the number of ECtHR judgments concerning the violation of the principle of non-refoulement consisting in returning foreign nationals to the seemingly safe countries, but not necessarily having any effective asylum systems or systems that would maintain appropriate standards of refugee protection and the observance of human rights⁵².

It is therefore very important to adopt an asylum policy that guarantees adequate standards of refugee protection and ensures that the principle of non-refoulement⁵³ is fulfilled, and that the fundamental rights of refugees are observed. Generally speaking, the principle of non-refoulement constitutes a ban on expulsion or return of a person to the territory where they would be persecuted and, as a result, their life and/or freedom would be threatened⁵⁴. Hence, the European Union and its Member States have a fundamental responsibility to provide the appropriate international protection⁵⁵, and, at the same time, commit themselves to securing their borders and preventing illegal immigration.

Because of the European migration crisis, the problems that come to the fore are related to the sealing of borders and preventing illegal border crossing⁵⁶. There is no doubt that this has a powerful effect on the asylum and migration policies of particular states. Furthermore, in many societies there is an increase of anti-immigrant resentment and behaviour. It results in the redefinition of the essence and the objectives of law and the refugee policy, which instead of providing the most effective protection of refugees, is concentrated on building border walls.

⁵¹ J. Hathaway, M. Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge University Press 2014, p. 350.

⁵² Compare ECtHR Judgment in the case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*.

⁵³ Article 78 (1) of the TFEU. The principle of non-refoulement referred to in Article 33 of the Geneva Convention of 28.07.1951 relating to the status of refugees (Dz. U. 1991, no. 119, *item*, 515).

⁵⁴ More on this principle in B. Wierzbicki, *Uchodźcy w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1993, pp. 75-92; V. Chetail, *Le principe de non-refoulement en droit international*, Genewa 1997 (master's thesis, unpublished, typescript); E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion* www.unhcr.org [access: 29.06.2020]; A. Duffy, *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, "International Journal of Refugee Law", no. 3, vol. 20, 2008, pp. 373-390 and J. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press 2005, pp. 307-335, and also Judgments of the European Court of Human Rights in the cases of *Jabari v. Turkey*, Appl. No. 40035/98, of 11.07.2000 or *Hirsi Jamaa v. Italy*, Appl. No. 27765/09, of 23.02.2012.

⁵⁵ In respect of the state responsible for providing protection, the TSEU Judgment of 21.12.2011, in the case of *N.S. (C-411/10)*, www.curia.europa.eu [access: 10.07.2020].

⁵⁶ See K. Szymielewicz, J. Białas, A. Walkowiak, *Uchodźcy pod szczególnym nadzorem*, Warszawa 2016.

The ongoing securitization of the asylum and migration policies occurs at the expense of a humanitarian approach to the issue of refugees.

Amended in 2011, the Directive on the qualification of refugees⁵⁷, has introduced into European Union law a set of common standards for the qualification of persons as refugees or persons in need of international protection. It includes the rights and obligations relating to this protection, the key element of which is the principle of non-refoulement under Article 33 of the 1951 Geneva Convention. Neither Article 33 of the Convention, nor Articles 17 and 21 of the Directive on the qualification of persons seeking international protection prohibit such refoulement. The above-mentioned regulations permit expulsion of refugees only in exceptional circumstances, that is when a person poses a threat to security or public order⁵⁸.

However, the question arises whether the principle of non-refoulement could become something more than just one of the most prominent of the many rights of refugees and other individuals at risk of ill treatment⁵⁹. There are opinions in the doctrine about the possibility of recognition the principle of non-refoulement as a form of international protection, in addition to the refugee status and subsidiary protection, to which the regulations resulting from the European Qualification Directive contribute⁶⁰.

Article 18 of the European Union Charter of Fundamental Rights guarantees the right to asylum, which includes the observance of the principle of non-refoulement. Article 19 of the Charter provides that no one may be removed, expelled or extradited to a State where there is a serious risk that they would be subjected to the death penalty, torture or other inhuman or degrading treatment or punishment. In the explanations relating to the Charter, it is provided that Article 19 incorporates the relevant case law of the European Court of Human Rights with regard to Article 3 of the ECHR⁶¹. As a result, according to EU law, every form of expulsion under the Return Directive must be compatible with the right to asylum and the principle of non-refoulement. This also applies to the transfer of a person to another European Union Member State under the Regulation (EU) No 604/2013 of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for interna-

⁵⁷ Directive 2011/95/EU, OJ L 337, 2011.

⁵⁸ *The Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, Luxembourg 2014, p. 9 and p. 68.

⁵⁹ T. Messineo, *Non-Refoulement Obligations in Public International Law: Towards a New Protection Status?*, [in:] *The Ashgate Research Companion To Migration Law, Theory And Policy*, ed. S.S. Juss, London–New York 2013, pp. 129–155.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 68. See also The EU Charter of Fundamental Rights (2007/C 303/02) and the ECtHR Judgments: *Ahmed v. Austria*, Appl. No. 25964/94 of 17 December 1996 or *Soering v. United Kingdom*, Appl. No. 14038/88 of 7 July 1989.

tional protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person.

When considering the way refugee law functions, we can observe that there is a securitization tendency in that law and regarding the observance of the standards concerning the prohibition of refoulement in order to protect one's own national interests and on the basis of the principle of sovereignty narrowing refugee protection through misinterpretation or inconsideration of the criteria defined in international and European law, as well as in the case law related to the protection of refugees. When considering the protective function of migration law, the countries focus their attention on border control and protection and on return of persons who are seeking international protection, who are often treated as those who are posing a threat to the citizens of their own countries.

The solutions concerning the protection of refugees should be based on the principle of solidarity and a fair sharing of responsibility. This is related, according to Max Weber, to the so-called ethic of responsibility in politics, where personal and moral responsibility of politicians and their paying attention to the results of their decisions is of particular importance. This political responsibility must not be disclaimed. This is particularly difficult in the face of the ongoing migration crisis. Unfortunately, it should be assumed that in times of a massive influx of immigrants and the ensuing European crisis, which is also caused by the pandemic, countries will more likely move towards limiting of their obligations to take in persons who are seeking international protection at the expense of international refugee law and human rights⁶². It is clearly reflected in the way the principle of non-refoulement is perceived and in the way it functions in international refugee law, resulting in the increased border control and movement of people, the provision of national security or in fighting cross-border crime.

In the context of the Polish legal order⁶³, it should be noted that the principle of non-refoulement is realized in the Polish legal order through the system of subsidiary protection⁶⁴. This protection is provided to persons faced with the risk of serious harm. The form of the institution of subsidiary protection is predominantly the result of the interaction of two systems of refugee protection with Polish law, namely the universal system, formed mainly by the Geneva Convention, as well as a number of treaties, which, in a way, compliment the standard of protection and cause its extension, and the European Union system, which by tightening up and refining international law, leaves Member States with some margin of their own

⁶² O. Łachacz, *op. cit.*, p. 141.

⁶³ See Act of 12 December 2013 on foreigners (Dz. U. 2013, *item*, 1650) and Act of 13 June 2003 on granting protection to aliens within the territory of the Republic of Poland (Dz. U. 2003, *item*, 1176).

⁶⁴ M. Grześkowiak, *op. cit.*, p. 215.

competence with regard to the formation of the practical implementation of the prohibition of refoulement⁶⁵.

In the situation where a foreign national does not meet the criteria of the refugee, the subsidiary protection applies. In cases where this institution cannot be applied, there are certain proceedings instituted to oblige a foreigner to return⁶⁶. However, the principle of non-refoulement should be taken into account. In order to minimize the risk of violating this principle, the Polish asylum system provides a possibility to grant permission to stay on humanitarian grounds⁶⁷ and the “tolerated” stay⁶⁸. The objective of the system that is built in this particular way is to minimize the risk of breaching the prohibition of refoulement by respective authorities. However, this translates into an arduous nature of the procedure which requires providing more details and eliminating the existing ambiguities. The Polish system of international protection does not seem to offer sufficient guarantee against return to a transitional country, from which refugees could be subjected to the so-called ricochet expulsion, that is sent to their country of origin⁶⁹.

However, it should be recognized that the Polish system of refugee protection, although in principle providing protection against refoulement, is not without flaws, which in some isolated cases may open up the field for potential violation by Poland of its international commitments⁷⁰, including principles of non-refoulement. It is worth recalling the precedent judgment of the ECtHR in the case of *M.K. and others v. Poland*⁷¹. Thirteen citizens of Russia (of Chechen origin) lodged three complaints with the ECtHR. The complaints were joined into one case because of the identity of the facts.

The applicants tried to ask for an international protection at the crossing border (The Polish-Belarusian) - Terespol. Each time they appeared at the border crossing, the Border Guard refused to accept the application for international protection, claiming that they did not submit the application and that they could not enter Poland without the documents allowing them to enter Poland (valid visa or residence card). The officers did not issue them a decision to refuse entry. One of the applicants - M.K. travelled the Polish-Belarusian border crossing at Terespol on approximately thirty times in the period from July 2016 until 8 June 2017. Each time when he appeared at the crossing border, he had expressly stated a wish to

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*, pp.212-213.

⁶⁷ Art. 348, the Act on Foreigners of 12 December 2013 (Dz. U. 2013, *item*, 1650 as amended).

⁶⁸ Art.351, the Act on Foreigners.

⁶⁹ M. Grześkowiak, *op. cit.*, pp. 212-213. See more about expulsion by transit States: A. Pijnenburg, *op. cit.*, pp. 306-332.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 215.

⁷¹ ECtHR judgment *M.K. and others v. Poland* of 23 July 2020.

lodge an application for international protection; on at least several of those occasions, he had presented that application in written form.

The ECtHR found that the Art. 3 The European Convention on Human Rights ordering protection against torture and inhuman or degrading treatment was violated. The applicants were in risk to be deported by the Belarusian authorities to the Russian authorities and thus the possibility of their further transfer to Chechnya (*indirect refoulement*), from where the applicants had left for fear of torture. The Polish Border Guard repeatedly refused to accept international protection applications which led to led to inhuman treatment. The court accepted the claim in the terms of violation of art. 4 of Protocol No. 4, which prohibits the collective expulsion of foreigners. The Border Guard ignored individual reasons to seek protection and did not examine each situation separately. That's why it was illegal to send them back to Belarus. The Court indicated this practice was part of a broader state policy. The ECtHR found the art. 13 in connection with art. 4 of Protocol No. 4 and Art. 3 of the Convention, i.e. failure to provide an effective remedy was violated. As the court explained the decision to refuse entry is executed immediately, which means that the appeal lodged against it with the Commander-in-Chief of the Border Guard does not suspend its execution and leads to the immediate return of the foreigner from the Polish border. The Court agreed as well there was a violation of art. 34 of the Convention in connection with art. 39 of the Rules of Court, i.e. the Polish authorities ignoring the interim measure issued by the Court prohibiting the return of the applicants to Belarus and the acceptance of the applicants' applications for international protection.

Summary

The principle of non-refoulement is one of the most important institutions of international law acting for the protection of people who escape persecution. This principle is of crucial importance in international refugee law. It provides that persons who have been denied refugee status may not be deported to a country where they could be in danger of losing their life, health or freedom. If this is the case, a state should offer such persons another form of protection⁷². It should be emphasized that the principle of non-refoulement encompasses all forms of international protection, not merely the status of refugees regulated by the Geneva

⁷² J.-Y. Carlier, *Existe-t-il un droit à la migration? La cigogne et la Maison*, [in:] *Les migrations internationales contemporaines. Une dynamique complexe au coeur de la globalisation*, dir. F. Crepeau, D. Nakache, I. Atak, Montreal 2009, pp. 392-393. More on this principle in V. Chetail, *Le principe...*, *op. cit.*; Zimmermann A. (ed.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

Convention⁷³. It constitutes a standard of international refugee protection, the objective of which is to guarantee rights and provide protection of individuals against refoulement. It creates the standards of conduct towards migrants as part of refugee law, the effective *erga omnes*⁷⁴ and firms up specific commitments by influencing the effectiveness of international protection. Despite the fact that this principle is commonly accepted, in reality, though, states are currently likely to violate it in the name of securing their own interests and for the purpose of securitization of their migration policies. The functioning of this principle is a complex issue and it is a multifaceted problem, which requires a balance between refugee law, human rights and humanitarian law, as well as some vested interests of particular states and other subjects of international law⁷⁵.

Moreover, the protection of the rights of refugees and the principle of non-refoulement constitutes a system of universal values of international community which is treated as the common good.

The principle of non-refoulement has become more than the cornerstone and prominent rule of international refugee protection, since, having grown beyond this, it has been reinforced also as a human rights requirement⁷⁶.

References

- Allain J., *The ius cogens nature of non-refoulement*, "International Journal of Refugee Law" 2001, vol.13.
- Biszytyga A., *Oddziaływanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na wewnętrzny porządek prawny Zjednoczonego Królestwa*, Katowice 2008.
- Bossuyt M., *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruylant, Bruxelles 2010.
- Bossuyt M., *Belgium condemned for inhuman or degrading treatment due to violations by Greece of EU asylum law: MSS v Belgium and Greece. Case Analysis*, "European Human Rights Law Review" 2011, no. 5.
- Carlier J-Y., *Existe-t-il un droit à la migration? La cigogne et la Maison*, [in:] *Les migrations internationales contemporaines. Une dynamique complexe au coeur de la globalisation*, eds. F. Crepeau, D. Nakache, I. Atak, Montreal 2009.
- Cherubini F., *Asylum Law in the European Union*, London, New York 2014.
- Chetail V., *Le principe de non-refoulement en droit international*, Genewa 1997 (master's thesis, unpublished typescript).
- Chetail V., *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning on the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, [in:] *Human Rights and Immigration*, ed. R. R. Marin, "Collected Courses of the Academy of European Law", Oxford: Oxford University Press 2014.
- Coleman N., *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden, Boston 2009.
- Czeszejko-Sochacki Z., *System konstytucyjny Szwajcarii*, Warszawa 2002.
- Delas O., *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. De la consecration a la contestation*, Bruxelles 2011.

⁷³ S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd ed., Oxford University Press 2011, p. 304.

⁷⁴ See O. Łachacz, *op. cit.*, p. 141.

⁷⁵ Similarly: O. Łachacz, *op. cit.*, p. 141 oraz M. Grześkowiak, *op. cit.*, pp. 215-216.

⁷⁶ T. Molner, *op. cit.*, p.56.

- Duffy A., *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, "International Journal of Refugee Law" 2008, no. 3, vol. 20.
- Florczak A., *Uchodźcy w Polsce: między humanitaryzmem a pragmatyzmem*, Toruń 2003.
- Garlicki L., Hofmański P., Wróbel A. (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Goodwin-Gill G.S., McAdam J., *The Refugee in International Refugee Law*, Oxford University Press, Oxford 2007.
- Goodwin-Gill G.S., *The refugee in International Law*, 2nd eds., Oxford University Press, Oxford 1996.
- Grześkowiak M., *Transpozycja zasady non-refoulement do polskiego systemu ochrony uchodźców*, „Acta Iuridica” 2018, vol. 76.
- Hailbronner K., *Non-Refoulement and „Humanitarian” Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?*, [in:] *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980. The Ninth Sokol Colloquium on International Law*, ed. D.A. Martin, vol. II, Springer Netherlands, Dordrecht, Boston, London 1988.
- Hathaway J., *Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection*, “Journal of Refugee Studies” 1991, no. 4.
- Hathaway J., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- Hathaway J., Foster M., *The Law of Refugee Status*, Cambridge University Press 2014.
- Hathaway J., Gammeltoft-Hansen T., *Non-refoulement in the World of Cooperative Deterrence*, “Columbia Journal of Transnational Law” 2015, no. 2.
- Kowalski M., *Pomiędzy uznaniowością a zobowiązaniem: podstawy prawnomiędzynarodowej ochrony uchodźców*, „Politeja” 2006, no.1(5).
- Lauterpacht E., Bethlehem D., *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement*, [in:] *Refugee Protection in International Law. UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, eds. E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Lewis C., *UNHCR and International Refugee Law: From Treaties to Innovation*, Routledge, New York 2012.
- Łachacz O., *Zasada non-refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – zwyczaj międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, vol.15.
- Mahon P., J.F. Aubert, *Petit commentaire de la Constitution federale de la Confederation Suisse, art. 25, nr 7*, Zurich, Bern, Genève 2003.
- Mahon P., F. Matthey, *La procédure d’asile II (conditions de la procédure accélérée, notamment les notions de pays tiers et pays d’origine sûrs)*, [in:] *Droit d’asile suisse, normes de l’UE et droit international des réfugiés. Une étude comparative*, ed. UNHCR – Schweizerische Flüchtlingshilfe, Berne 2009.
- Mahon P., Bigler O., *Les aspects constitutionnels et conventionnels du principe de non-refoulement en relation avec la migration*, [in:] *Le principe de non-refoulement. Fondaments et enjeux pratique*, ed. C. Amarelle, Berne 2010.
- McAdam J., *Complementary protection in International Refugee Law*, “Oxford Monographs in International Law”, Oxford University Press, Oxford–New York 2007.
- Messineo F., *Non-Refoulement Obligations in Public International Law: Towards a New Protection Status?*, [in:] *The Ashgate Research Companion To Migration Law, Theory And Policy*, ed. S.S. Juss, Ashgate, London–New York 2013.
- Mikołajczyk B., *Osoby ubiegające się o status uchodźcy. Ich prawa i standardy traktowania*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2004.
- Molnar T., *The Principle of Non-Refoulement Under International Law: Its Inception and Evolution in a Nutshell*, “Corvinus Journal Of International Affairs” 2016, vol.1.
- Nieć H., *Prawa cudzoziemców prawami człowieka*, [in:] *Wybrane aspekty prawne obywatelstwa i problematyki imigracyjnej*, eds. A. Kiedrzyń, M. Madej, H. Nieć, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”, MLXXI, „Prace Polonijne”, is. 17, 1993.
- Nowicki M.A., Rzeplińska I., *Ochrona praw cudzoziemców w orzecznictwie organów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Palestra”, 1998, no.9-10.

- Oudejans N., *Asylum – A philosophical Inquiry into the International Protection of Refugees*, [np], 2011, doctoral dissertation, Tilburg University 28.09.2011.
- Peers S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd ed., Oxford University Press 2011.
- Pijnenburg A., *Containment Instead of Refoulement: Shifting State Responsibility in the Age of Cooperative Migration Control*, "Human Rights Law Review" 2020, vol. 20.
- Pobjoy J., *Treating like alike: The principle of non-discrimination as a tool to mandate the equal treatment of refugees and beneficiaries of complementary protection*, "Melbourne University Law Review" 2010, vol. 34.
- Prawo międzynarodowe publiczne*, ed. J. Symonides, D. Pyć, Warszawa 2014.
- Price M.E., *Persecution Complex: Justifying Asylum Law's Preference for Persecuted People*, "Harvard International Law Journal" 2006, no. 2, vol. 47.
- Price M.E., *Rethinking Asylum. History, Purpose and Limits*, Cambridge University Press 2009.
- Pûraité A., *Right to Asylum: Short Overview of the Case-Law of the European Court of Human Rights*, "Internal Security", July-December 2012, no. 2, vol. 4.
- Symonides J., Pyć D. (eds.), *Prawo międzynarodowe publiczne*, [w:] Wielka Encyklopedia Prawa, ed. B. Hołyst, vol. IV, Warszawa 2014.
- Szymielewicz K., Białas J., Walkowiak A., *Uchodźcy pod szczególnym nadzorem*, Warszawa 2016.
- The Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration, Luxembourg 2014
- Trevisanut S., *The Principle of Non-Refoulement And the De-Territorialization of Border Control at Sea*, "Leiden Journal of International Law" 2014, vol. 7 (3).
- UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2007.
- Wierzbicki B., *Uchodźcy w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1993.
- Wojnarowska-Radzińska J., *Ochrona wydalaných cudzoziemców na podstawie art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, „Studia Europejskie – Studies in European Affairs” 2013, is. 1.
- Zimmermann A. (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2011.

Anna Feja-Paszkwicz

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0003-3823-6775

a.feja-paszkwicz@wpa.uz.zgora.pl

Wymóg szczegółowego określenia proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa w pytaniu w referendum lokalnym

Słowa kluczowe: referendum lokalne, zmiana granic gminy, pytanie w referendum lokalnym

Streszczenie. W odniesieniu do pytania w referendum lokalnym w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy ustawodawca, oprócz wymogów, które musi spełnić „każde” pytanie referendalne, wprowadził szczególny wymóg, w myśl którego pytanie zawarte we wniosku mieszkańców o przeprowadzenie przedmiotowego referendum powinno określać szczegółowo proponowane zmiany w podziale terytorialnym państwa. Jednocześnie ustawodawca nie doprecyzował, w jaki sposób tę „szczegółowość” określenia proponowanych zmian należy rozumieć. W opracowaniu przedstawiono postrzeganie tego szczególnego wymogu w nauce prawa i, przede wszystkim, w orzecznictwie sądowoadministracyjnym. W oparciu o orzecznictwo ustalono w szczególności, które elementy takie pytanie musi zawierać, a w przypadku których ich ujęcie w pytaniu zależy od woli inicjatora referendum, a także z udziałem jakich podmiotów i według jakich kryteriów przebiega ocena pytania referendalnego w analizowanym przypadku.

Requirement of a detailed specification of the proposed changes to the territorial division of the state in the question in the local referendum

Keywords: local referendum, changing the communes' border, question in a local referendum

Summary. In relation to the question in a local referendum on the creation, merger, division and removing a commune and establishment of the commune's borders, the legislator, next to the requirements, which must be met by “every” referendum question, introduced a specific requirement. According to the requirement the referendum question contained in the inhabitants' application for the referendum should specify in detail the proposed changes in the territorial division of the state. At the same time, the legislator did not specify how this “detailed” definition of the proposed changes should be understood. The article presents how this particular requirement is perceived in the legal doctrine and, above all, in the jurisprudence of administrative courts. Based on the jurisprudence, it was determined in particular which elements such a question must contain, and for which the inclusion in the question depends on the will of the referendum initiator, as well as with the participation of and according to which criteria the referendum question is assessed in the analyzed case.

Wprowadzenie

Obligatoryjnym elementem procedury zmiany granic gmin¹, uregulowanej w ustawie z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym², jest udział w tej procedurze mieszkańców gminy objętej planowaną zmianą granic, który może przybrać formę referendum lokalnego³. Możliwość przeprowadzenia tego rodzaju referendum ustawodawca przewidział w art. 4c ust. 1 u.s.g. stanowiąc, że w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy może być przeprowadzone referendum lokalne z inicjatywy mieszkańców⁴. Przepisy przewidujące przedmiotowe referendum ujęto również w ustawie z 15.09.2000 r. o referendum lokalnym⁵, w której uregulowano procedurę przeprowadzenia referendum lokalnego⁶.

Podstawą przeprowadzenia przedmiotowego referendum jest uchwała rady gminy w sprawie przeprowadzenia referendum lokalnego (gminnego⁷) w sprawie – odpowiednio – utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy⁸. Podjęcie takiej uchwały jest obwarowane wymogami, których spełnienie przez inicjatora referendum ma gwarantować pozytywną ocenę wniosku mieszkańców i przeprowadzenie referendum.

Wniosek mieszkańców musi zawierać prawidłowo (tzn. zgodnie z prawem) sformułowane pytanie referendalne. Inicjator referendum w sprawie zmiany granic gminy jest zobowiązany spełnić wymogi stawiane „wszystkim” pytaniom referendalnym oraz szczególnie wymóg ujęty – co ciekawe – poza przepisami ustawy

¹ Ścisłej należałoby tu mówić o zmianie granic podstawowych jednostek samorządu terytorialnego, głównie z uwagi na zróżnicowanie występujące pomiędzy tymi jednostkami. Dokonując tu pewnego skrótu i uogólnienia, w opracowaniu posługuję się zasadniczo pojęciem „gmina”. Na temat wspomnianej procedury zob. A. Feja-Paszkiewicz, *Ustalenie i zmiana granic gmin w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2010, t. LXXXIII, s. 28 i n.

² Dz. U. z 2021 r., poz. 1372, dalej: u.s.g.

³ Zgodnie z przepisami ustawy o samorządzie gminnym alternatywną formą udziału mieszkańców w tej procedurze są konsultacje z mieszkańcami.

⁴ Można spotkać się ze słusznym poglądem, że ustawowe wykluczenie inicjatywy rady nie jest racjonalne, jeśli rada dąży do uzyskania reprezentatywnej opinii mieszkańców wyrażonej w referendum, legitymizującej jej późniejszą własną opinię, a nie pojawi się inicjatywa mieszkańców, zob. E. Olejniczak-Szałowska, *Przedmiot referendum lokalnego z perspektywy 30 lat doświadczeń*, „Samorząd Terytorialny” 2020, nr 4, s. 60. W orzecznictwie wyraźnie potwierdza się jednak, że w tym przypadku inicjatorem może być tylko grupa mieszkańców, zob. wyrok WSA w Lublinie z 28.11.2013 r., III SA/Lu 807/13; wyrok WSA w Warszawie z 28.09.2017 r., II SA/Wa 703/17, CBOSA.

⁵ Dz. U. z 2019 r., poz. 741, dalej: u.r.l.

⁶ Dalej także: referendum.

⁷ Stosownie do podziału wprowadzonego w art. 6 u.r.l. referendum lokalne na poziomie gminy jest referendum gminnym.

⁸ Skrótowo referendum to określam mianem referendum lokalnego w sprawie zmiany granic gminy.

o referendum lokalnym, dotyczący bezpośrednio pytania w tego rodzaju referendum (jego treści, jak i sposobu wyrażenia, ujęcia, sformułowania), zakodowany w art. 4c ust. 5 u.s.g., w myśl którego w przypadku przeprowadzania z inicjatywy mieszkańców referendum, o którym mowa w ust. 1, pytanie zawarte we wniosku, o którym mowa w art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym, powinno określać szczegółowo proponowane zmiany w podziale terytorialnym państwa.

Celem opracowania jest ustalenie, w jaki sposób należy postrzegać wymóg zakodowany w art. 4c ust. 5 u.s.g. w odniesieniu do pytania w referendum lokalnym w sprawie zmiany granic gminy. Mówiąc inaczej, w jaki sposób powinno zostać ono sformułowane, jaka powinna być treść pytania w referendum lokalnym, by w ocenie organu stanowiącego gminy mogło ono zostać ocenione pozytywnie, tzn. jako realizujące wymóg szczegółowego określenia proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa. Wskazany cel ma zostać osiągnięty przez analizę regulacji prawnych dotyczących przedmiotowego zagadnienia oraz ustaleń poczynionych w tym zakresie w nauce prawa i orzecznictwie sądownoadministracyjnym, ze szczególnym wskazaniem na to ostatnie, ze względu na wagę wypowiedzi sądów administracyjnych dla praktyki stosowania tychże przepisów i, w szerszym kontekście, dla instytucji referendum lokalnego.

1. Ocena pytania referendalnego na tle oceny wniosku mieszkańców o przeprowadzenie referendum lokalnego

Pytanie referendalne, jako element wniosku mieszkańców o przeprowadzenie referendum lokalnego, podlega ocenie w ramach procedury przewidzianej w ustawie o referendum lokalnym, przy czym tego, że pytanie referendalne jest obligatoryjnym elementem takiego wniosku, dowodzi art. 15 ust. 2 u.r.l.⁹

Zasadnicze kryteria, według których oceniany jest wniosek mieszkańców zawarto w art. 17 ust. 1 u.r.l., zgodnie z którym musi on spełniać wymogi ustawy¹⁰ oraz

⁹ Zgodnie z nim wniosek o przeprowadzenie referendum powinien zawierać pytanie lub pytania referendum albo warianty zaproponowane do wyboru, a jeżeli wniosek dotyczy referendum w sprawie samoopodatkowania – cel lub cele oraz zasady samoopodatkowania.

¹⁰ A. Kisielewicz przyjmuje, że niespełnienie wymogów ustawy to niezgodność wniosku z ustawą o referendum lokalnym i innym, do których ta odsyła, tzn. ustawami o: samorządzie gminnym, powiatowym, województwa, ordynacją samorządową (aktualnie Kodeksem wyborczym – A. F.-P.), zob. A. Kisielewicz, [w:] K.W. Czaplicki, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, *Ustawa o referendum lokalnym, Komentarz*, ABC a Wolters Kluwer business, Warszawa 2007, s. 96 - 97.

nie prowadzić do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem¹¹. Za doktryną¹² i orzecznictwem¹³ należy powtórzyć, że ustalenie istnienia tylko jednej z wymienionych wad wniosku o przeprowadzenie referendum lokalnego daje dostateczną podstawę do jego odrzucenia. Warto podkreślić, że w przypadku referendum lokalnego w sprawie zmiany granic gminy ustawodawca wprowadził w art. 4c ust. 3 u.s.g. szczególne kryterium (tzn. obowiązek dokonania przez właściwego wojewodę analizy dotyczącej skutków finansowych i demograficznych projektowanej zmiany granic), które występuje tylko w tego rodzaju referendum i bezpośrednio przekłada się na ocenę wniosku¹⁴.

Na tle ogólnie ujętych kryteriów oceny wniosku o przeprowadzenie referendum wypracowano szereg poglądów dotyczących samego pytania referendalnego, zgodnie z którymi musi ono: rozstrzygać sprawę dotyczącą tej wspólnoty, mieszczącą się w zakresie zadań i kompetencji organów danej jednostki albo obejmować inne istotne sprawy, dotyczące społecznych, gospodarczych lub kulturowych więzi łączących tę wspólnotę¹⁵; zawierać pełne i rzetelne informacje w sprawie¹⁶; być sformułowane jasno, w sposób zrozumiały i nie wprowadzać w błąd co do charakteru rozstrzygnięcia¹⁷, gdyż warunkiem przeprowadzenia referendum lokalnego jest prawidłowo sformułowana treść pytania poddanego pod głosowanie, z którego jednoznacznie musi wynikać, w jakiej sprawie mają zdecydować mieszkańcy¹⁸;

¹¹ Referendum nie może powodować skutków, które byłyby sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym, czyli wykraczałyby poza materię przekazaną do zakresu działania samorządu terytorialnego i prowadziłyby do sprzeczności z aktami wyższego rzędu. Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r., II SA/Bk 360/12, CBOSA. Sprzeczność z prawem może oznaczać sprzeczność z przepisami prawa materialnego lub proceduralnego. Chodzi o prawo powszechnie obowiązujące, co obejmuje również przepisy prawa miejscowego. Ocena wniosku obejmuje nie tylko treść wniosku, ale także istotne naruszenia proceduralne, które zaistniały w postępowaniu poprzedzającym złożenie wniosku, zob. A. Kisielewicz, *op. cit.*, s. 96-97.

¹² *Ibidem*.

¹³ Zob. wyrok WSA w Lublinie z 29.12.2011 r., III SA/Lu 750/11 (orzeczenie nieprawomocne); wyrok NSA z 24.04.2012 r., II OSK 357/12; wyrok WSA we Wrocławiu z 19.07.2012, III SA/Wr 209/12; wyrok WSA w Krakowie z 4.12.2012 r., III SA/Kr 1652/12; wyrok NSA z 7.08.2013 r., II OSK 1371/13; wyrok WSA w Białymstoku z 3.12.2013 r., II SA/Bk 1060/13, wyrok NSA z 21.06.2016 r., II OSK 1236/16, CBOSA.

¹⁴ Zob. M. Masternak-Kubiak, *Rola sądu administracyjnego w procesie zarządzania referendum lokalnego*, [w:] red. B. Tokaj, A. Feja-Paszkiwicz, B. Banaszak, *Aktualne problemy referendum*, Warszawa 2016, s. 348 i n.; A. Feja-Paszkiwicz, *Przesłanki warunkujące przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy*, [w:] *Aktualne...*, red. B. Tokaj, A. Feja-Paszkiwicz, B. Banaszak, s. 329 i n. oraz orzecznictwo powołane w tych pozycjach.

¹⁵ Zob. art. 2 ust. 1 pkt 2 i 3 u.r.l.

¹⁶ Zob. wyrok NSA z 14.01.2014 r., II OSK 2988/13, CBOSA.

¹⁷ Zob. wyrok NSA z 24.04.2012 r., II OSK 357/12, CBOSA, w którym przyjęto, że jeżeli referendum nie ma mieć charakteru wiążącego, lecz tylko opiniodawcze (konsultacyjne), to wymagałoby ono takiego sformułowania pytania, aby w sposób przejrzysty i komunikatywny informowało uczestników referendum o jego charakterze a więc o wiążących się z nim skutkach.

¹⁸ Zob. wyrok NSA z 17.06.2014 r., II OSK 825/14, CBOSA.

odzwierciedlać wolę inicjatora referendum, ponieważ organ stanowiący gminy jest związany treścią wniosku, a więc i zawartym w nim pytaniem i nie może zmieniać (modyfikować) sformułowania pytania referendalnego¹⁹. Nie można też przeprowadzać referendum, które prowadziłyby do frustracji wyborców (tak w momencie głosowania, jak i w realizacji woli mieszkańców przez organy samorządowe), dlatego że postawione pytanie nie jest jednoznaczne (co do charakteru referendum, przedmiotu lub skutków), a w konsekwencji wyrażona w referendum lokalnym wola mieszkańców nie może być zrealizowana z powodu bezprawności lub nieprecyzyjności pytania²⁰.

Warto zwrócić uwagę na wypowiedzi Elżbiety Olejniczak-Szałowskiej, zdaniem której to od sformułowania pytania referendalnego zależy, czy referendum lokalne spełni konstytucyjnie i ustawowo określoną funkcję, dającą wynik będący autentycznym, a nie zafałszowanym wyrazem preferencji członków wspólnoty samorządowej, samo zaś pytanie referendalne powinno być tak zredagowane, by umożliwiała głosującemu swobodne wyrażenie woli odnośnie kwestii przedstawionych pod referendum²¹. Z kolei Marcin Rulka trafnie stwierdza, że pytanie referendalne musi być zrozumiałe dla uczestników referendum, wymóg jasności i precyzyjności dotyczy zarówno poszczególnych sformułowań ujętych w pytaniu, jak również jego pełnego brzmienia, a w treści pytania nie powinny pojawiać się pojęcia, których znaczenie jest znane ograniczonej grupie osób²².

Ocenie podlega pytanie referendalne będące elementem wniosku i, jak przyjuje Andrzej Kisielewicz, jest to ocena merytoryczna pytania, która dotyczy jego treści, jak i sposobu sformułowania²³. Ocenie podlega również obecność i kształt

¹⁹ Zob. wyrok NSA z 24.04.2012 r., II OSK 357/12; wyrok WSA w Krakowie z 10.02.2012 r., III SA/Kr 121/12; wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r., II SA/Bk 360/12, CBOSA.

²⁰ Zob. wyrok NSA z 2.02.2016 r., II OSK 2851/15, CBOSA.

²¹ Zob. E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo do udziału w referendum lokalnym. Rozważania na tle ustawodawstwa polskiego*, Łódź 2002, s. 198-201. Swobodzie tej nie służy praktyka tzw. blokowania pytań, czyli łączenie w jednym pytaniu różnych kwestii, czego celem jest zwykle przeforsowanie rozwiązań mających mniejsze poparcie mieszkańców.

²² Zob. M. Rulka, *Sformułowanie pytania w referendum lokalnym w świetle orzecznictwa*, „Samorząd Terytorialny” 2018, nr 7-8, s. 120-121. Zdaniem autora przed pytaniem nie powinien znajdować się wstęp, który stanowiłby wytłumaczenie znaczenia pytania, ponieważ to rolą kampanii referendalnej jest przedstawienie mieszkańcom istoty rozstrzyganych problemów, treści pytań i wariantów odpowiedzi. Nie podzielam jednak w pełni jego poglądu, że w treści pytania referendalnego nie powinno się wprowadzać pojęć języka prawnego, które znajdują swoje wyjaśnienia ustawowe i nie muszą być znane przeciętnemu głosującemu. Precyzyjne sięgnięcie do terminologii użytej przez ustawodawcę może być uzasadnione doprowadzeniem do przeprowadzenia referendum i uniknięciem późniejszych wątpliwości związanych z realizacją wyniku referendum; zob. wyrok WSA we Wrocławiu z 19.07.2012 r., III SA/Wr 209/12, CBOSA.

²³ Zob. A. Kisielewicz, *op. cit.*, s. 96 - 97. Zob. też wyrok WSA we Wrocławiu z 19.07.2012, III SA/Wr 209/12, CBOSA.

pytania na wcześniejszych etapach procedury referendalnej²⁴. W konsekwencji należy przyjąć, że ocena pytania referendalnego – tak jak ocena całego wniosku – obejmuje kwestie merytoryczne i kwestie proceduralne (pojawiające się w związku z inicjowaniem i zarządzaniem referendum lokalnego).

Podmiotem dokonującym oceny, czy pytanie referendalne zawarte we wniosku mieszkańców spełnia przedstawione wyżej wymogi, jest rada gminy. Jednak wcześniej, w węższym zakresie, pytanie referendalne bada komisja powoływana ze składu rady do sprawdzenia, czy wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum odpowiada przepisom ustawy (art. 16 ust. 2 u.r.l.). Komisja ta nie może domniemywać rzeczywistych intencji inicjatora referendum ani zmieniać, odpowiednio do tych intencji, sformułowania pytania referendalnego²⁵.

W art. 16 ust. 4 u.r.l., tzn. na etapie sprawdzenia wniosku przez komisję, przewidziano instytucję usunięcia uchybień we wniosku. Moim zdaniem usunięcie uchybień na etapie sprawdzenia wniosku przez komisję nie obejmuje korekty treści lub sformułowania pytania referendalnego²⁶, przede wszystkim z tego względu, że pod pytaniem o konkretnym kształcie i treści, na kartach poparcia, swoje podpisy złożyli mieszkańcy. Karty poparcia w orzecznictwie sądownoadministracyjnym są utożsamiane z wnioskiem referendalnym (a mówiąc ściślej wniosek w sprawie referendum obligatoryjnie obejmuje karty poparcia), dlatego niedopuszczalne są zmiany w zakresie treści i brzmienia pytania, które zostało już zaaprobowane przez mieszkańców²⁷. Nie można przecież mieć pewności, że mieszkańcy wyraziliby swoje poparcie, gdyby pytanie miało inną treść lub zostało odmiennie sformułowane. Jeżeli komisja stwierdzi uchybienia w zakresie treści lub sformułowania pytania

²⁴ Zwłaszcza chodzi tu o etap zbierania podpisów mieszkańców pod kartami poparcia i wymóg dochowania tożsamości pytania na kartach poparcia i przedstawionego radzie gminy do oceny w ramach oceny wniosku; zob. wyrok WSA w Białymstoku z 3.12.2013 r., II SA/Bk 1060/13, wyrok NSA z 17.06.2014 r., II OSK 825/14, CBOSA. Zagadnienie to zostało tu jedynie zasygnalizowane, a jego wyczerpujące przedstawienie wymagałoby odrębnego opracowania.

²⁵ Zob. wyrok NSA z 24.04.2012 r., II OSK 357/12, CBOSA. Podobnie nie może tego czynić rada gdyż, jak już zauważyłam, rada jest związana treścią wniosku.

²⁶ Jediną dopuszczalną zmianą w zakresie pytania referendalnego na tym etapie procedury referendalnej wydaje się korekta tzw. oczywistej omyłki pisarskiej, ale i w tym przypadku nie wiadomo, czy takie działanie spotkałoby się z akceptacją sądu administracyjnego. Warto powołać pogląd M. Rulki, zdaniem którego należałoby rozważyć przyznanie organom samorządowym uprawnienia do korygowania oczywistych niejasności oraz błędów w treści pytania referendalnego oraz odpowiedzi/wariantów, pod warunkiem akceptacji zmian przez inicjatorów referendum; zob. M. Rulka, *op. cit.*, s.129-130.

²⁷ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 10.02.2012 r., III SA/Kr 121/12, CBOSA, zob. też orzecznictwo w przypisie nr 25.

referendalnego, powinna to zaznaczyć w swojej opinii²⁸. Stanowisko (opinia) komisji odnośnie wniosku nie wiąże rady gminy, która ocenia wniosek samodzielnie²⁹.

Skutkiem oceny dokonanej przez radę gminy ma być podjęcie uchwały o przeprowadzeniu referendum lokalnego³⁰ albo uchwały odrzucającej wniosek mieszkańców (art. 18 u.r.l.)³¹. Rada nie może nie ustosunkować się do wniosku mieszkańców lub podjąć uchwałę odrzucającą wniosek, uzasadniając to niemożnością powołania komisji, gdyż w takiej sytuacji oceny powinna dokonać samodzielnie rada. Komisja nie ma uprawnień władczych i to rada gminy jest tym organem, który może dokonać oceny wniosku jako całości³². Stanowisko to poparł NSA, zdaniem którego organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego nie może odmówić oceny wniosku i następnie odrzucić go z tej przyczyny, że oceny nie dokonano, w przeciwnym razie bowiem obstrukcja radnych byłaby „nagradzana” odrzuceniem wniosku, który odpowiada przepisom ustawy³³.

Rada nie może też podjąć uchwały odrzucającej wniosek mieszkańców kierując się względami pozanormatywnymi, W szczególności rada nie może odrzucić wniosku, który spełnia wymogi ustawy i nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem, ale – zdaniem rady – ujęta w nim propozycja zmiany granic gminy jest niepotrzebna, niecelowa, źle oceniana itp.³⁴. Podobnie komisja sprawdzając wniosek musi kierować się wyłącznie kryterium ustawowym, a nie innym względami, np.

²⁸ Zob. art. 16 ust. 5 u. r. l. i wyrok NSA z 17.06.2014 r., II OSK 825/14, CBOSA.

²⁹ Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r., II SA/Bk 360/12; wyrok WSA w Lublinie z 29.12.2011 r., III SA/Lu 750/11 (orzeczenie nieprawomocne), CBOSA.

³⁰ Podkreśla się, że organ stanowiący jest niejako podwójnie związany wnioskiem o przeprowadzenie referendum, ponieważ nie może go we własnym zakresie modyfikować, a dostrzeżone wadliwości pytania nie mogą być wyeliminowane w trybie usunięcia braków formalnych wniosku. Nie może też uzależnić podjęcia uchwały o przeprowadzeniu referendum od jakiegokolwiek zmiany wniosku przez inicjatora. Nie może jednak odrzucić wniosku, jeżeli nie dopatry się wad wymienionych w art. 17 ust. 1 u.r.l.; zob. A. Kisielewicz, *op. cit.*, s. 98.

³¹ Ustawodawca w art. 18 u.r.l. posługuje się spójnikiem „lub”, jednak w artykule tym zakodowany jest wybór alternatywny. Rada gminy, w zależności od wyniku dokonanej przez siebie oceny, może podjąć tylko jedną z wymienionych uchwał.

³² Zob. wyrok WSA w Lublinie z 28.11.2013 r., III SA/Lu 807/13, CBOSA. Rada gminy argumentowała, że nie była zdolna do powołania komisji do oceny wniosku, gdyż nie powiodły się próby powołania komisji; pierwsza z powodu braku chętnych do pracy w komisji, druga – z powodu braku *quorum* wymaganego do podejmowania uchwał.

³³ Zob. wyrok NSA z 28.03.2014 r., II OSK 433/14, CBOSA.

³⁴ Zob. wyrok WSA w Lublinie z 29.12.2011 r., III SA/Lu 750/11, CBOSA (orzeczenie nieprawomocne), w którym przytoczono, że wniosek spełniał wymogi i zawierał prawidłowo postawione pytanie: „Czy jest Pan/Pani za podziałem Gminy K. poprzez wydzielenie z Gminy K. nowej gminy – Gminy M. S., obejmującej obszary miejscowości M.N., M.S., R., S. L., N. L., K., C.-M., G., Z.?” Jednak rada odrzuciła wniosek kierując się względami pozanormatywnymi: wójt gminy K. stwierdził, iż jej podział nie leży w interesie mieszkańców jako całości, a radny H. M. podniósł, że mieszkańcy, którzy złożyli wniosek, wykazali się niewdzięcznością, gdyż w miejscowościach, w których mieszkają, gmina poczyniła znaczne inwestycje. Podniesiono też, że przedmiotowa uchwała stanowi sumę decyzji poszczególnych radnych, którzy głosują zgodnie z własnym sumieniem.

protestami części mieszkańców³⁵. Rada gminy nie może odrzucić wniosku o przeprowadzenie referendum kierując się wyłącznie tym, że w jej ocenie głosowanie za przeprowadzeniem referendum byłoby niezgodne ze złożonym ślubowaniem radnego, w szczególności naruszałoby interesy gminy i jej mieszkańców³⁶. Podobnie rada nie może podjąć uchwały odrzucającej wniosek mieszkańców twierdząc, że jej zdaniem proponowana zmiana granic narusza art. 4 ust. 3 u.s.g., gdyż adresem wyrażonych tam kryteriów, według których dokonywane są ustalenie i zmiana granic gmin, jest Rada Ministrów, a nie organ stanowiący gminy³⁷.

Uchwała rady, stosownie do art. 91 ust. 1-5 u.s.g., podlega nadzorowi wojewody, co łączy się z oceną przez ten organ pytania referendalnego. Kontrola sprawowana przez sąd administracyjny³⁸ również ściśle łączy się z oceną pytania, przy czym należy mieć na względzie, że rolą sądu administracyjnego jest wyeliminowanie tych aktów, które istotnie naruszają prawo. W efekcie ma miejsce, co do zasady, negatywna ocena pytania referendalnego, tzn. eliminowanie tych pytań, które są sprzeczne z prawem. Jak podkreślił WSA w Białymstoku na tle rozstrzyganej sprawy, nie jest rzeczą sądu wskazywanie właściwej i pożądaney w zaistniałej sytuacji treści pytania referendalnego³⁹.

2. Szczegółowe określenie proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa (terytorium, podmioty, procedura)

Ustawodawca stanowiąc, że pytanie zawarte we wniosku o przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie zmiany granic gminy powinno określać szczegółowo

³⁵ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 4.12.2012 r., III SA/Kr 1652/12; wyrok NSA z 7.08.2013 r., II OSK 1371/13, CBOSA, w którym zaznaczono, że komisja po analizie dokumentacji oraz wysłuchaniu przedstawicieli inicjatora jednogłośnie stwierdziła, że wniosek o przeprowadzenie referendum nie zawiera uchybień prawnych, jednakże – z uwagi na protesty w miejscowości Zasadne oraz gminie Kamienica – wnioskowała o odrzucenie wniosku.

³⁶ Zob. wyrok WSA w Lublinie z 10.10.2012 r., III SA/Lu 689/12; CBOSA.

³⁷ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 4.12.2012 r., III SA/Kr 1652/12; wyrok NSA z 7.08.2013 r., II OSK 1371/13, CBOSA.

³⁸ W oparciu o art. 20 ust. 1 u.r.l. uchwała organu stanowiącego odrzucająca wniosek mieszkańców w sprawie przeprowadzenia referendum, a także niedotrzymanie przez ten organ terminu określonego w art. 18 podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego. Uchwała odrzucająca wniosek powinna mieć uzasadnienie pozwalające poznać i ocenić prawidłowość motywów, które kierowały organem; zob. wyrok WSA w Lublinie z 29.12.2011 r., III SA/Lu 750/11 (orzeczenie nieprawomocne), CBOSA. Ponadto skarga złożona na podstawie art. 20 ust. 1 u.r.l. nie jest skargą na bezczynność organu, jak mogłoby wynikać z dosłownego brzmienia przepisu; zob. wyrok NSA z 6.03.2018 r., II OSK 3262/17, CBOSA.

³⁹ Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r., II SA/Bk 360/12, CBOSA. Nie oznacza to jednak, że w wypowiedziach sądów administracyjnych nie można odnaleźć i takich, w oparciu o które można ustalić prawidłowy kształt i treść pytania referendalnego.

proponowane zmiany w podziale terytorialnym państwa, jednocześnie nie określił, na czym wskazana „szczegółowość” ma polegać.

Moim zdaniem należy założyć⁴⁰, że wymóg określony w art. 4c ust. 5 u.s.g. w stosunku do pytania referendalnego należy rozumieć jako precyzyjne, niebudzące wątpliwości określenie: 1) części terytorium gminy (lub terytorium gminy), której przynależność proponuje się zmienić; 2) określenie rodzaju (charakteru) zmiany; 3) określenie jednostek samorządu terytorialnego, których dotyczą proponowane (planowane) zmiany. W pytaniu zawsze musi znaleźć się też zwrot umożliwiający udzielenie pozytywnej lub negatywnej odpowiedzi na postawione pytanie lub pytania w zakresie spraw określonych w ust. 1 i 2 albo na dokonaniu wyboru pomiędzy zaproponowanymi wariantami (art. 2 ust. 3 u.r.l.)⁴¹.

W pytaniu referendalnym mogą zostać ujęte także w inne kwestie, np. organ gminy, który zostanie zobowiązany do określonych działań; elementy procedury, w której dokonywana jest zmiana granic; konsekwencje rozstrzygnięcia podjętego w referendum – o ile taka będzie wola inicjatora referendum. Jednak, jeśli zostaną one ujęte w pytaniu, również i w tym przypadku musi zostać dochowany wymóg ich szczegółowości⁴². Wymóg ten obowiązuje także, jeżeli we wniosku sformułowano więcej niż jedno pytanie⁴³ lub gdy pytania przybrały postać wariantów do wyboru. W efekcie można przyjąć, że inicjator referendum formułując pytanie referendalne z jednej strony musi ująć w nim pewne, stanowiące minimum elementy, a z drugiej strony dysponuje swobodą co do tego, jak sformułowane (zredagowane) i które treści umieści w pytaniu referendalnym. W tego rodzaju referendum, podobnie jak w innych, niedopuszczalne jest formułowanie pytań otwartych, tzn. takich, w których uczestnik referendum samodzielnie określałby tę część terytorium gminy, która ma zmienić przynależność. Zakaz taki jest konsekwencją konstrukcji referendum przyjętej w art. 2 ust. 3 u.r.l.⁴⁴

⁴⁰ Do przyjęcia takiego założenia skłoniła mnie przede wszystkim analiza całości orzecznictwa powołanego w opracowaniu.

⁴¹ Z reguły używane są zwroty: Czy jesteś za...?; Czy jest Pan/Pani za...?; Czy popierasz...?; Czy wyrażasz zgodę na...?

⁴² Zob. wyrok NSA z 17.06.2014 r., II OSK 825/14; wyrok NSA z 2 .02.2016 r., II OSK 2851/15, CBOSA.

⁴³ Można przyjąć, że dopuszczalne jest i takie zredagowanie pytań, w którym relacja pomiędzy nimi jest złożona; zob. wyrok WSA w Rzeszowie z 5.04.2016 r., II SA/Rz 200/16, CBOSA, w którym przyjęto, że „pomiędzy pytaniem pierwszym a drugim zachodzi stosunek nadrzędności, co oznacza, że pozytywna i wiążąca odpowiedź na pierwsze i drugie pytanie spowoduje, że realizacji będzie podlegał wynik wynikający z pierwszego pytania jako szerszy. Z kolei pozytywna i wiążąca odpowiedź na pierwsze pytanie oraz negatywna i wiążąca odpowiedź na pytanie drugie spowoduje, że rada gminy wystąpi jedynie o połączenie z Miastem [...] wszystkich sołectw Gminy [...] poza sołectwem [...]”.

⁴⁴ Podobnie uważa M. Rulka, przyjmując, że niedopuszczalne byłoby pytanie, w którym mieszkańcy mogliby samodzielnie wskazać obszar podlegający wyłączeniu z granic gminy; zob. M. Rulka, *op. cit.*, s. 121.

Część terytorium gminy⁴⁵, której przynależność planuje się zmienić, z reguły jest ujęta w pytaniu referendalnym w sposób, który można określić jako opisowo-mieszany, tzn. wymieniane są nazwy miejscowości (wsi, sołectw, przysiółków itp.)⁴⁶ oraz przyporządkowane im numery obrębów ewidencyjnych (geodezyjnych)⁴⁷ i/lub działek ewidencyjnych (geodezyjnych)⁴⁸, których dotyczy planowana zmiana⁴⁹. Można napotkać pytania, w których inicjator referendum posługuje się wyłącznie nazwami jednostek pomocniczych gminy⁵⁰ – zakładając zapewne, że obszar, który obejmuje dana jednostka pomocnicza, jest znany mieszkańcom lub pytania⁵¹, w których inicjator referendum określając przebieg planowanej granicy gminy stosuje wspomniany sposób opisowo-mieszany, ale pomocniczo odwołuje

⁴⁵ Możliwa jest też zmiana przynależności całej gminy, zasadniczo związana z jej zniesieniem i przyłączeniem całego jej terytorium do sąsiedniej jednostki. Z reguły w pytaniu inicjator posługuje się wówczas nazwą (całej) gminy.

⁴⁶ Są to elementy pytania znane mieszkańcom i łatwe do skojarzenia z konkretnym terenem.

⁴⁷ Jest to nomenklatura zaczerpnięta z rozporządzeń wydawanych w oparciu o ustawę z 17.05.1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne, Dz. U. z 2020 r., poz. 2052 ze zm. Aktualnie Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 27.07.2021 r. w sprawie ewidencji gruntów i budynków, Dz. U. z 2021 r., poz. 1390, stanowi m.in., że jednostkami powierzchniowymi podziału kraju dla celów ewidencji są: 1) jednostka ewidencyjna; 2) obręb ewidencyjny; 3) działka ewidencyjna. Jednostkę ewidencyjną stanowi obszar gminy, którą określa nazwa własna oraz identyfikator wynikający z podziału administracyjnego kraju. Jednostka ewidencyjna dzieli się na obręby ewidencyjne (oznaczone nazwą i numerem, które są unikalne w jednostce ewidencyjnej). W statystyce publicznej obręb ewidencyjny jest tożsamy z obrębem geodezyjnym i określany jako jednostka powierzchniowa podziału kraju wyodrębniona dla celów ewidencji gruntów i budynków. Granice obrębów wiejskich powinny być zgodne z granicami wsi i sołectw, a na obszarach miast z granicami dzielnic i w miarę możliwości pokrywać się z granicami osiedli i zespołów urbanistycznych oraz naturalnymi granicami wyznaczonymi w szczególności przez cieki, linie kolejowe i inne obiekty fizjograficzne; zob. *Pojęcia stosowane w statystyce publicznej*, <https://stat.gov.pl/metainformacje/slownik-pojec/pojecie-stosowane-w-statystyce-publicznej/1738,pojecie.html> [dostęp: 18.06.2021]

⁴⁸ Powołane wyżej Rozporządzenie przewiduje, że działkę ewidencyjną stanowi ciągi obszar gruntu, położony w granicach jednego obrębu ewidencyjnego, jednorodny pod względem prawnym, wydzielony z otoczenia za pomocą granic działek ewidencyjnych.

⁴⁹ W odniesieniu do tego elementu pytania (numerów obrębów, numerów działek) trudno oczekiwać, że będzie on znany mieszkańcom, ale jego wymienienie gwarantuje dochowanie „szczegółowości” w określeniu terenów będących przedmiotem planowanych zmian.

⁵⁰ Przykładowo: „Czy jest Pan/Pani za zmianą granic Miasta Opola polegającą na włączeniu do terytorium miasta Opola części obszarów sąsiednich gmin, tj.: 1. Z gminy Dąbrowa: części obszarów sołectwa Karczów, obszaru sołectwa Sławice, obszaru sołectwa Wrzoski? [...]”; za: <https://bip.um.opole.pl/download/Og%C5%82oszenie%20o%20zamiarze%20przeprowadzenia%20referendum%20lokalnego.pdf> [dostęp: 28.06.2021]. O ile można zaakceptować odwołanie się do całego obszaru sołectwa, o tyle posłużenie się określeniem „części obszarów sołectwa” bez doprecyzowania, o które konkretnie obszary chodzi, nie może zostać uznane za prawidłowe.

⁵¹ Pytanie referendalne, które łączy w sobie wymienione elementy i zostało zaaprobowane przez NSA o treści: „Czy jesteś za podziałem Gminy Kamienica i utworzeniem z części jej terytorium Gminy Szczawa obejmującej obręb ewidencyjny Szczawa oraz działki ewidencyjne nr [...] wchodzące w skład obrębu ewidencyjnego Kamienica i działki ewidencyjne nr [...] wchodzące w skład obrębu ewidencyjnego Zasadne (tereny przyległe do obrębu Szczawa wzdłuż doliny rzeki Kamienica w kierunku Turbacza)?”, można odnaleźć w wyroku NSA z 7.08.2013 r., II OSK 1371/13, CBOSA. Treść innych, przykładowych pytań przytaczam w całym opracowaniu.

się np. do biegu rzek, nazw obiektów fizjograficznych, ulic, numerów domów, budynków czy przebiegu granicy działki ewidencyjnej⁵².

Warto w tym miejscu odnotować postulat Marcina Rulki, z którym się zgadzam, że kierując się koniecznością wskazania obszaru objętego zmianą w sposób najbardziej czytelny dla uczestnika referendum, należałoby również załączyć mapę obrazującą proponowaną zmianę⁵³. Chcę jednak dodać, że w aktualnym stanie prawnym jego spełnienie jest problematyczne, jeśli zauważy się, że art. 53 ust. 1-5 u.r.l. określa elementy, które zawiera karta do głosowania. Rada gminy określając wzór karty do głosowania jest tymi regulacjami związana i nie może swobodnie, wbrew regulacji ustawowej, kształtować wzoru karty. Dlatego należałoby przyjąć, że mapa obrazująca planowaną zmianę granic gminy powinna zostać przedstawiona w ramach realizacji obowiązku podania do wiadomości mieszkańców informacji o zamierzonym referendum. Jednocześnie, w świetle art. 13 ust. 1-3 u.r.l., który precyzuje, w jaki sposób inicjator ma zrealizować obowiązek informacyjny, nie można uznać, że nieprzedstawienie mieszkańcom takiej mapy istotnie narusza prawo.

Prawidłowość sposobu określenia części terytorium gminy w pytaniu referendalnym, której przynależność ma być przedmiotem referendum, rozważano w orzecznictwie sądownoadministracyjnym. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie uznał, że skoro przepis wyraźnie nakłada obowiązek w sposób szczegółowy podania w pytaniu referendalnym proponowanych zmian w podziale terytorialnym, to dane te mają obejmować numery działek lub precyzyjnie określone granice nowo tworzonej gminy; inicjator referendum nie może pewnych działek oznaczyć numerami, a inne wskazać jedynie opisowo, w sposób, który może budzić wątpliwości, np. określające je ogólnie jako działki, na których zlokalizowano oczyszczalnię ścieków⁵⁴.

Inicjator referendum nie może również na poszczególnych etapach procedury referendalnej dokonywać zmian polegających na tym, że inne numery działek

⁵² Powołane rozporządzenie definiuje granicę działki ewidencyjnej jako linię łamaną albo odcinek, wspólną dla dwóch sąsiadujących ze sobą działek ewidencyjnych albo wspólną dla działki ewidencyjnej i granicy państwa – w przypadku działek ewidencyjnych przylegających do granicy państwa.

⁵³ Zob. M. Rulka, *op. cit.*, s. 120.

⁵⁴ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 10.02.2012 r., III SA/Kr 121/12, CBOSA, w którym podkreślono, że „ta część pytania referendalnego, która zawiera określenie «[...] oraz działki w sołectwie K, na których zlokalizowano oczyszczalnię ścieków dla sieci kanalizacji sanitarnej w S [...]» nie jest precyzyjne. Nie wiadomo, co to są działki, na których zlokalizowano oczyszczalnię ścieków i jakie są to działki. Czy dotyczy to tylko działek, na których istnieją budowle oczyszczalni ścieków, czy też strefa ochronna dla oczyszczalni, czy także np. droga dojazdowa do oczyszczalni? Pytanie dotyczące podziału gminy na dwie odrębne gminy nie powinno pozostawiać żadnych wątpliwości którejkolwiek ze stron, jaki obszar ma być wyłączony z terenu jednej gminy. [...] brak dokładnego określenia granicy (zmian terytorialnych) jednostki samorządu może stanowić źródło przyszłych konfliktów między organami obu gmin i ich społecznościami”.

(obróbów) zostaną umieszczone w informacji o zamierzonym referendum, inne na kartach poparcia, a jeszcze inne w pytaniu referendalnym – w tym zakresie musi istnieć tożsamość⁵⁵. Wyjątkiem może być sytuacja, gdy organy gminy w czasie trwającej już procedury zmierzającej do przeprowadzenia referendum zmienią numerację działek, np. większą działkę podzielą na kilka mniejszych, w efekcie czego pojawi się rozbieżność pomiędzy ich numerami. Taka sytuacja nie może zostać oceniona jako niespełnienie przez inicjatora referendum ustawowego wymogu, w myśl którego pytanie referendalne ma szczegółowo określać proponowane zmiany w podziale terytorialnym państwa i nie może być podstawą do odrzucenia wniosku mieszkańców⁵⁶.

Podzielał to stanowisko i chcę zauważyć, że przyjęcie stanowiska przeciwnego oznaczałoby, iż organy gminy przeprowadzając procedurę zmiany numeracji działek objętych wnioskiem o przeprowadzenie referendum (ich podziału, scalenia) dysponują skutecznym mechanizmem, który pozwala na „zablokowanie” referendum lokalnego w sprawie zmiany granic gminy i niweczy wysiłki inicjatora zmierzające do przeprowadzenia referendum. Tym samym zagwarantowane konstytucyjnie prawo członków wspólnoty samorządowej do decydowania, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty – rozumiane jako obowiązek zarządzenia przez radę gminy referendum lokalnego w sytuacji, gdy wniosek mieszkańców spełnia wymogi ustawy i nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem – czyni w takim przypadku pozornym.

W efekcie wydaje się, że ewentualna zmiana numeracji działek dokonana przez radę gminy w trakcie procedury referendalnej to jedyny przypadek, gdy numery działek, które pojawiły się na wcześniejszych etapach procedury referendalnej, mogłyby różnić się od przedstawionych mieszkańcom w samym referendumi. Jednak wobec ugruntowanego stanowiska, według którego ani komisja, ani rada nie mogą modyfikować wniosku mieszkańców, w tym dokonywać zmian pytania referendalnego, skłaniam się do przyjęcia, że w przedstawionej sytuacji (tzn. zmiany numeracji działek lub obrębów skutkującej tym, że ich numery ujęte we wniosku lub na wcześniejszych etapach procedury różnią się od tych, które przypisane są im aktualnie), treść pytania przedstawionego w samym referendumi w zakresie numeracji działek powinna pozostać identyczna z tą, która wcześniej zyskała aprobatę mieszkańców na kartach poparcia. Takie rozwiązanie pozwala uniknąć wątpliwości związanych z tym, kto i w jaki sposób powinien w przedstawionej sytuacji dokonać zmiany numeracji działek w treści pytania.

⁵⁵ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 10.02.2012 r., III SA/Kr 121/12; wyrok WSA w Białymstoku z 3.12.2013 r., II SA/Bk 1060/13; wyrok NSA z 17.06.2014 r., II OSK 825/14, CBOSA.

⁵⁶ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 10.02.2012 r., III SA/Kr 121/12, CBOSA.

W orzecznictwie sądownoadministracyjnym wyrażono również pogląd o braku zachowania przesłanki szczegółowego określenia proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa w sytuacji, gdy w pytaniu referendalnym w sposób wybiórczy, niedokładny wymieniono nazwy miejscowości, których przynależność planuje się zmienić. Organ stanowiący gminy działał zgodnie z prawem podejmując uchwałę odrzucającą wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum w sprawie utworzenia nowej gminy (wiejskiej) z wybranych wsi, ponieważ w pytaniu referendalnym nie ujęto nazw wszystkich miejscowości, których przynależność terytorialna miała zostać zmieniona⁵⁷. Pytanie referendalne, w którym inicjator referendum ograniczył się do podania obrębów geodezyjnych, bez wymienienia wszystkich nazw miejscowości znajdujących się na ich terenie, a które mają wejść w skład planowanej, nowej gminy, uznano za zbyt ogólne, nieprecyzyjne i, potencjalnie, wprowadzające w błąd.

W świetle orzecznictwa sądownoadministracyjnego, należy przyjąć, że inicjator referendum ma obowiązek posługiwać się precyzyjną nomenklaturą w pytaniu referendalnym w stosunku do gminy, organów gminy, a także innych podmiotów biorących udział w procedurze zmiany granic gminy oraz w stosunku do samej procedury, a wymóg ten również jest konsekwencją brzmienia art. 4c ust. 5 u.s.g.

Do takiego wniosku prowadzi w szczególności uznanie, że niedopuszczalne są błędy w nazewnictwie organów jednostek samorządu terytorialnego objętych procedurą zmiany granic ujęte w pytaniu referendalnym, np. posłużenie się określeniem „rada gminy” w sytuacji, gdy organem stanowiącym danej jednostki jest rada miejska. Zdaniem NSA tego rodzaju błędne oznaczenie organu (zdaniem autora skargi kasacyjnej była to niezamierzona omyłka pisarska) nie podlega sprostowaniu przez organ gminy w toku prowadzonej weryfikacji wniosku o przeprowadzenie referendum i jest podstawą do odrzucenia wniosku mieszkańców⁵⁸.

Według NSA podstawą do odrzucenia wniosku mieszkańców jest również błędne, nieściśle oznaczenie organu, do którego rada gminy występuje z wnioskiem o dokonanie zmiany granic w tzw. trybie wnioskowym. Jest to wynikiem tego, że

⁵⁷ Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r., II SA/Bk 360/12, CBOSA. Zdaniem sądu pytanie referendalne we wniosku „w sposób bardzo ogólny i mylny określa nowy podział administracyjny, gdyż stanowi, że nowa gmina miałaby się składać z miejscowości G., [...] w ich obrębach geodezyjnych. Taki zaś sposób wskazania podziału geodezyjnego nie spełnia kryterium szczególności, przez co może wprowadzać w błąd osoby biorące udział w głosowaniu co do właściwej przynależności części miejscowości – do nowotworzonej gminy czy też dotychczasowej gminy S. Wskazano, że w ramach obwodów geodezyjnych wymienionych w pytaniu referendalnym znajdują się również inne miejscowości, np. w ramach obrębu geodezyjnego H., oprócz H. mieści się miejscowość D. [...] Pytanie referendalne nie wymienia ich natomiast w swojej treści”.

⁵⁸ Zob. wyrok NSA z 17.06.2014 r., II OSK 825/14, CBOSA. I w tym przypadku NSA odwołał się do poglądu, że rada (a wcześniej komisja) nie może zmieniać pytania przedłożonego we wniosku o przeprowadzenie referendum.

skoro rada gminy występuje ze stosownym wnioskiem do ministra właściwego do spraw administracji publicznej za pośrednictwem wojewody⁵⁹, to sformułowanie zawarte w pytaniu referendalnym, w którym inicjator referendum zawarł stwierdzenie o wystąpieniu przez radę gminy z wnioskiem (bezpośrednio) do Rady Ministrów, jest sprzeczne z prawem⁶⁰. Naczelny Sąd Administracyjny, podobnie jak wcześniej WSA w Białymstoku⁶¹, stwierdził, że błędy w pytaniu w zakresie oznaczenia organu stanowiącego gminy, jak i podmiotu, do którego miał on wystąpić z wnioskiem, mogą prowadzić do tego, że gdyby takie referendum się odbyło, a byłoby ono ważne i rozstrzygające, oznaczałoby „zobowiązanie organu, który nie istnieje, do podjęcia działań, które nie znajdują oparcia w przepisach ustawy. Innymi słowy, tak zainicjowane referendum prowadziłyby do rozstrzygnięcia, którego wynik byłby nie do pogodzenia z powszechnie obowiązującym prawem”⁶².

Opowiadając się, co do zasady, za koniecznością dochowania precyzji w zakresie nazewnictwa jednostek samorządu terytorialnego, ich organów i innych podmiotów ujętych w pytaniu referendalnym uważam, że nie można przyjąć, iż każdy błąd w tym zakresie powinien „automatycznie” skutkować odrzuceniem wniosku mieszkańców. Podobnie przyjmuje Marcin Rulka, zdaniem którego błędna nazwa organu, poza oczywistymi sytuacjami, jak wpisanie rady powiatu zamiast rady gminy, nie powinna stanowić podstawy do odrzucenia inicjatywy referendalnej⁶³. Pośrednio za takim stanowiskiem przemawiają też argumenty przedstawione przez WSA w Gliwicach w wyroku, w którym sąd ustosunkowując się do pytania na tle referendum w sprawie odwołania prezydenta miasta, nie dopatrywał się istotnego naruszenia prawa w posłużeniu się w treści pytania określeniem „Prezydent Bytomia” zamiast „Prezydent Miasta Bytomia”⁶⁴. Uważam, że analogiczna nieścisłość terminologiczna nie powinna zostać oceniona jako podstawa do odrzucenia wniosku mieszkańców w sprawach związanych ze zmianami granic gmin wówczas, gdy wiąże się z użyciem określenia (nazwy) nie w pełni prawidłowego, ale

⁵⁹ Zgodnie z art. 4b ust. 3 u.s.g.

⁶⁰ Zob. wyrok NSA z 17.06.2014 r., II OSK 825/14, CBOSA.

⁶¹ Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 3.12.2013 r., II SA/Bk 1060/13, CBOSA.

⁶² Wyrok NSA z 17.06.2014 r., II OSK 825/14, CBOSA.

⁶³ Zob. M. Rulka, *op. cit.*, s. 121.

⁶⁴ Zob. wyrok WSA w Gliwicach z 8.03.2018 r., IV SA/GI 1062/17, CBOSA, w którym zauważono, że „treść pytania referendalnego sformułowanego w uchwale nie budzi żadnych wątpliwości. Jednoznacznie wskazuje ono osobę, której dotyczy referendum w sprawie odwołania z konkretnej funkcji oraz samą funkcję – Prezydenta Bytomia. Pominięcie w tym ostatnim zwrocie słowa „Miasta” może być najwyżej potraktowane jako zupełnie nieistotne naruszenie prawa, z powodu niedokładnego użycia nomenklatury ustawowej. Jednakowoż w okolicznościach sprawy to uchybienie terminologiczne nie mogło wyrzec zakładanego w skardze skutku. W Polsce jest bowiem tylko jedno miasto o nazwie Bytom, w dodatku posiadające organ wykonawczy z tytułem prezydenta. W powiązaniu z personaliami osoby piastującej tę funkcję oraz pozostałymi danymi zawartymi w uchwale, nie zachodzi jakakolwiek możliwość pomyłki w rozumieniu jej treści i samego pytania. Zauważyć można również, że użyta nazwa organu funkcjonuje w powszechnym obiegu”.

jasnego, zrozumiałego i niewprowadzającego w błąd⁶⁵. Jednocześnie dostrzegam, że w świetle przedstawionych wyroków dotyczących referendów w sprawie zmian granic gmin jest to bardziej postulat niż stanowisko znajdujące oparcie w orzecznictwie sądowoadministracyjnym.

3. Określenie rodzaju (charakteru) zmiany przynależności części terytorium gminy w pytaniu referendalnym

Prima facie uzasadnione jest założenie, że określenie rodzaju (charakteru) proponowanej zmiany przynależności części lub całego terytorium gminy wraz z określeniem, czy uczestnicy referendum zmianę tę popierają, czy są jej przeciwni, to obligatoryjny element pytania referendalnego. Wynika to z art. 4 ust. 1 u.s.g., który stanowi, że w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy może być przeprowadzone referendum lokalne z inicjatywy mieszkańców w związku z art. 2 ust. 3 u.r.l. – nakreślających zakres przedmiotowy takiego referendum oraz wspomniany już sposób wypowiedzenia się mieszkańców. Nie można zapominać, że możliwość przeprowadzenia referendum lokalnego w ujętych powyżej sprawach znajduje zakotwiczenie w art. 170 Konstytucji, który – jak uznał Trybunał Konstytucyjny⁶⁶ – nie pozwala przyjąć, że zgodne z Konstytucją jest ograniczenie przepisem ustawy zwykłej zakresu przedmiotowego referendum lokalnego w taki sposób, iż wykluczone są z niego sprawy tworzenia, łączenia, podziału, znoszenia, ustalenia i zmian granic gmin (a szerzej: jednostek samorządu terytorialnego⁶⁷).

Jednak w orzecznictwie sądowoadministracyjnym można spotkać wypowiedzi, w których wprawdzie nie kwestionowano możliwości przeprowadzenia referendum lokalnego we wskazanych wyżej sprawach, ale poddawano w wątpliwość możliwość posłużenia się prostymi, co do zasady – w mojej ocenie – zrozumiałymi określeniami opisującymi charakter (rodzaj) zmiany przynależności terytorium, jak też czytelnymi zwrotami wyrażającymi aprobatę albo dezaprobatę dla proponowanych zmian. Do tej grupy można zaliczyć wypowiedzi, w których dowodzono, że tego rodzaju sformułowania użyte w pytaniu referendalnym wprowadzają w błąd

⁶⁵ Przykładowo inicjator referendum może użyć określenia „zmiana granic Wrocławia”, jak też „zmiana granic miasta Wrocław”.

⁶⁶ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26.02.2003 r., K 30/02, OTK ZU A 2003, nr 2, poz. 16.

⁶⁷ Wydaje się, że w aktualnym stanie prawnym ustawodawca nie w pełni zrealizował powołany wyżej wyrok TK, gdyż brak regulacji, która wprost przewidywałaby referendum w tożsamych sprawach co najmniej w odniesieniu do powiatów, a być może i województw; zob. A. Feja-Paszkiwicz, *Dopuszczalność przeprowadzenia referendum lokalnego w sprawie zmiany granic powiatu i zmiany granic województwa*, [w:] *Samodzielność ustrojowa samorządu terytorialnego w Polsce*, pod. red. K. Skotnickiego, Łódź 2020, s. 225 i n.

(sugerują, że dokonanie zmiany granic gminy jest kompetencją rady gminy) czy wypowiedzi, w których przyjmowano, że wyrażony w art. 4c ust. 5 u.s.g. w stosunku do pytania referendalnego wymóg szczegółowego określenia proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa należy rozumieć szerzej, w sposób bardziej skomplikowany i „wymagający” niż wynikałoby to z brzmienia regulacji ustawowych, w szczególności z art. 4c ust. 1-5 u.s.g. Zdaniem części sądów administracyjnych inicjator referendum jest bowiem zobowiązany wyjaśnić w pytaniu referendalnym, jakie są miejsce i rola referendum lokalnego w procedurze zmiany granic, jaki charakter ma wynik tego referendum oraz jaki wpływ będzie miało referendum na wynik całej, przewidzianej prawem, procedury zmiany granic gmin.

Na poparcie powyższych uwag można powołać wypowiedzi zawarte w wyroku WSA w Białymstoku, w którym uznano, że niedopuszczalne jest pytanie referendalne o treści: „Czy jesteś za utworzeniem nowej gminy wiejskiej ze wsi: G., H., S., S., Z. w granicach ich obrębów geodezyjnych?”, gdyż wykracza ono poza zakres ustawowych zadań i kompetencji rady gminy⁶⁸. Zdaniem WSA, skoro zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 u.s.g. tworzenie, łączenie, dzielenie i znoszenie gmin oraz ustalanie ich granic następuje w drodze rozporządzenia Rady Ministrów, to sprawy tworzenia gminy nie należą do ustawowych zadań gminy, a tylko w zakresie takich zadań rada gminy może decydować o ważnych dla gminy sprawach, podczas gdy sposób sformułowania pytania referendalnego sugeruje, że rozstrzygnięcie kwestii utworzenia nowej gminy należy do rady gminy⁶⁹.

Podobnie przyjął WSA w Rzeszowie, twierdząc, że pytanie „Czy jesteś za połączeniem gminy K. z gminą Miasto R.?” jest niezgodne z prawem, ponieważ zostało sformułowane w sposób niepełny i może wprowadzić w błąd uczestników referendum lokalnego co do jego rzeczywistych skutków⁷⁰. Sugeruje ono, że jeżeli referendum zakończy się wynikiem rozstrzygającym, to dojdzie do połączenia gmin, tymczasem do tego konieczne jest wydanie rozporządzenia przez Radę Ministrów. Z pytania postawionego w referendum w sprawie połączenia gmin powinno wynikać, że rozstrzygający wynik referendum nie spowoduje zmiany granic gmin i nie może ono w najmniejszym stopniu sugerować, że wynik rozstrzygający referendum samodzielnie będzie decydować o połączeniu gmin⁷¹.

⁶⁸ Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r., II SA/Bk 360/12, CBOSA.

⁶⁹ *Ibidem*. Należy jednak zgodzić się z tymże wyrokiem WSA z uwagi na inne wady prawne, w szczególności brak wymienienia w pytaniu referendalnym nazw wszystkich miejscowości, których przynależność do określonej gminy miała zostać zmieniona w wyniku planowanej zmiany i utworzenia nowej gminy.

⁷⁰ Zob. wyrok z 19.10.2017 r., II SAB/Rz 129/17 (orzeczenie nieprawomocne), CBOSA. Ustalenia zawarte w nim przytaczam za wyrokiem NSA z 6.03.2018 r., II OSK 3262/17; wyrokiem WSA w Rzeszowie z 15.05.2018 r., II SA/Rz 488/18, CBOSA.

⁷¹ Zob. wyrok z 19.10.2017 r., II SAB/Rz 129/17 (orzeczenie nieprawomocne), CBOSA.

Co więcej, WSA w Rzeszowie w stosunku do pytania referendalnego sformułowanego przez mieszkańców jako inicjatora referendum – co trzeba w tym kontekście zaakcentować – przyjął nie tylko, że wymóg określony w art. 4c ust. 5 u.s.g. ma charakter bezwzględny i dotyczy wszystkich modyfikacji granic wewnętrznego podziału terytorialnego państwa⁷², ale oznacza również, że szczegółowe określenie proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa powinno mieć miejsce przy uwzględnieniu przepisów ustawy z 24.07.1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa⁷³, przy czym nie wyjaśnił, w jaki sposób w pytaniu referendalnym należałoby uwzględnić przepisy tej ustawy. Wskazał jednak cel, któremu ma to służyć, a mianowicie: „mieszkaniec biorący udział w referendum ma prawo uzyskać wiedzę o tym jak połączenie Gminy [...] z Gminą Miasto [...], odbije się na dotychczasowym podziale terytorialnym państwa, a w szczególności jakie szczegółowe skutki przyniesie projektowane połączenie dla istnienia tej gminy, w której aktualnie zamieszkuje”⁷⁴. Ponadto sama treść pytania referendalnego musi też w sposób jednoznaczny wskazywać na charakter wyniku referendum lokalnego w sprawie zmiany granic gminy⁷⁵, a przy tak sformułowanym pytaniu nie można mieć pewności, czy planowane referendum ma mieć charakter opiniodawczy, czy wiążący dla rady gminy⁷⁶.

Przedstawione wyżej wypowiedzi sądów administracyjnych w stosunku do pytania referendalnego na tle wniosku o przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie zmiany granic gminy nie mogą zostać uznane za prawidłowe. Kluczowe znaczenie dla wypracowania zgodnego z wolą ustawodawcy – w mojej ocenie – spojrzenia na analizowane zagadnienie należy przypisać wyrokowi WSA w Rzeszowie⁷⁷ i wyrokowi NSA⁷⁸.

W pierwszym z nich, stwierdzając nieważność uchwały rady gminy odrzucającej wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum lokalnego, w którym mieszkańcy mieli odpowiedzieć na pytania: „Czy jesteś za dobrowolnym połączeniem Gminy [...] z Miastem [...]?” oraz „Czy jesteś za przyłączeniem sołectwa [...] do [...]?”⁷⁹, WSA nie zgodził się z argumentacją, że takie sformułowanie pytań oznacza, iż w razie rozstrzygającego wyniku referendum dojdzie do wkroczenia w kompetencje Rady Ministrów do wydania rozporządzenia w sprawach, o któ-

⁷² Z którymi to twierdzeniami należy się zgodzić.

⁷³ Dz. U. Nr 96, poz. 603.

⁷⁴ Zob. wyrok z 19.10.2017 r., II SAB/Rz 129/17 (orzeczenie nieprawomocne), CBOSA.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*. WSA w Rzeszowie powołał art. 65 u.r.l., ale jednocześnie uznał, że nie jest wiadomo, jak rada gminy miałaby zrealizować wynik referendum.

⁷⁷ Zob. wyrok WSA w Rzeszowie z 5.04.2016 r., II SA/Rz 200/16, CBOSA.

⁷⁸ Zob. wyrok NSA z 21.06.2016 r., II OSK 1236/16, CBOSA. Poglądy wyrażone w tych wyrokach znalazły odzwierciedlenie również w wyroku NSA z 6.03.2018 r., II OŚK 3262/17; wyroku WSA w Rzeszowie z 15.05.2018 r., II SA/Rz 488/18; CBOSA.

rych mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 u.s.g. Przyjął bowiem, że konsekwencją takiego referendum (ważnego i rozstrzygającego) będzie obowiązek wystąpienia przez radę gminy o wydanie rozporządzenia uwzględniającego wynik referendum. Zgodne z prawem jest też posłużenie się w pytaniu słowem „dobrowolne”, gdyż nie deformuje ono rzeczywistych skutków referendum, a stanowi w tej sytuacji dookreślenie charakteru aktu woli mieszkańców „jako przedstawicieli wspólnoty samorządowej będącej związkiem publicznoprawnym”⁷⁹. Zdaniem WSA pogląd gminy o niedopuszczalności formułowania we wniosku pytań w odniesieniu do stanowiska mieszkańców gminy co do połączenia gmin jest oczywiście błędny, a zaskarżoną uchwałą „pośrednio naruszono art. 170 Konstytucji RP poprzez uniemożliwienie członkom wspólnoty samorządowej realizacji uprawnienia do decydowania w drodze referendum w sprawach dotyczących tej wspólnoty. Rada Gminy odrzucając wniosek referendalny mieszkańców gminy pomimo braku realizacji ustawowych podstaw jego odrzucenia (określonych w art. 17 ust. 1 u.r.l.) niewątpliwie podważyła konstytucyjną zasadę prawa członków wspólnoty samorządowej do samodzielnego i bezpośredniego decydowania w drodze referendum o sprawach dotyczących tej wspólnoty, w tym o sprawach łączenia i podziału gminy”⁸⁰.

Prawidłowość powyższych ustaleń zasadniczo potwierdził NSA, który, rozważając ustalenia zawarte w wyroku sądu I instancji, zbadał treść pytań referendalnych i uznał, że zostały one sformułowane zgodnie z prawem⁸¹. Nie można twierdzić, że pytania te wprowadzają w błąd czy sugerują, że rozstrzygnięcie w tych sprawach należy do rady gminy. Z zaproponowanych pytań referendalnych wynika jednoznacznie, w jakiej sprawie mają zdecydować mieszkańcy, nie prowadzą one do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem, nie dają również podstaw do swobodnej interpretacji. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że w obecnym stanie prawnym nie ulega wątpliwości, że przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy jest dopuszczalne. Referendum lokalne znajduje podstawy w przepisach Konstytucji, w szczególności w jej art. 62 ust. 1 i art. 170, a prawo do udziału w referendum lokalnym jest prawem podmiotowym, które obejmuje m.in. uprawnienie członków wspólnoty samorządowej do zainicjowania tego referendum⁸².

W świetle powyższego należy uznać za zgodne z prawem te pytania referendalne, w których inicjator posługuje się utartymi, by nie rzecz prostymi zwrotami zmierzającymi do pozyskania stanowiska mieszkańców oraz określeniami ustawowymi opisującymi rodzaj (charakter) planowanej zmiany (art. 4 ust. 1 u.s.g.), bez

⁷⁹ Zob. wyrok WSA w Rzeszowie z 5.04.2016 r., II SA/Rz 200/16, CBOSA.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Zob. wyrok NSA z 21.06.2016 r., II OSK 1236/16, CBOSA.

⁸² *Ibidem*.

dotatkowego „nadbudowywania” pytania o treści dookreślające charakter wyniku referendum, elementy procedury zmiany granic gmin itp. Można też zauważyć, że akceptowane są i te pytania referendalne, w których inicjator dokonuje pewnych modyfikacji określeń ustawowych⁸³, kierując się, jak można sądzić, chęcią jak najpełniejszego oddania charakteru i specyfiki planowanej zmiany przynależności części terytorium gminy albo, czego nie można wykluczyć, przedstawienia proponowanych zmian w pozytywnym świetle. Ta ostatnia praktyka, choć nie zasługuje na aprobatę, może zostać oceniona jako niesprzeczna z prawem wówczas, gdy nie skutkuje wprowadzeniem uczestników referendum w błąd⁸⁴.

Warto dodać, że stanowisko zaprezentowane w powyższych wyrokach jest istotne także z tego względu, iż przypomina szczególnie, złożony charakter wyniku tego rodzaju referendum. Ważne i rozstrzygające referendum w sprawie zmiany granic gminy obliguje radę gminy do określonych działań (np. wystąpienia z wnioskiem do ministra właściwego do spraw administracji publicznej za pośrednictwem wojewody o dokonanie przez Radę Ministrów zmiany przynależności części terytorium gminy, stosownie do woli mieszkańców wyrażonej w referendum), a jednocześnie wynik ten nie wiąże Rady Ministrów. Mieszkańcy udzielając odpowiedzi na pytanie referendalne nie przesądzają np. o utworzeniu nowej gminy, a jedynie wyrażają swoją wolę, czy są za taką zmianą, czy są jej przeciwni. Szczególny walor referendum w takiej sprawie (ważnego i rozstrzygającego) polega na tym, iż organy gminy muszą podjąć określone działania (złożyć wniosek albo wydać opinię zgodną z wolą mieszkańców) także wówczas, gdy same są przeciwne proponowanym zmianom. W tym przypadku, jak zauważył NSA, wola mieszkańców wyrażona w referendum ma pierwszeństwo przed wolą rady gminy, gdyż to „ustawowa procedura referendalna, a nie konsultacyjna (regulowana w drodze aktu prawa miejscowego) gwarantuje w istocie pełną instytucjonalną realizację normatywnego celu określonego w art. 170 Konstytucji RP, art. 2 u.r.l. i art. 4c u.s.g., czyli zapewnienie

⁸³ Chodzi o użycie w pytaniu określeń takich, jak np.: likwidacja (zamiast obecne w ustawie zniesienie), przyłączenie, połączenie, dołączenie, wyłączenie, wydzielenie. Przykładowo, w referendum przeprowadzonym 9.12.2018 r. pytanie brzmiało: „Czy jest Pan/Pani za połączeniem Gminy Krasne z Gminą Miasto Rzeszów?”.

⁸⁴ Przykładowo, w pytaniu w referendum przeprowadzonym 18.05.2014 r. inicjator posłużył się określeniem „połączenie” (pytanie brzmiało: „Czy jest Pan/Pani za połączeniem dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra – na prawach powiatu, w wyniku czego powstanie jedna jednostka samorządu terytorialnego – Miasto Zielona Góra – na prawach powiatu, obejmujące swym zasięgiem granice administracyjne obu połączonych jednostek samorządu terytorialnego?”; za: <http://referendumlokalne.pl/w-gminie-zielona-gora-wiekszosc-za-przylaczeniem-do-miasta/> [dostęp: 16.06.2021]), jednak efektem planowanej zmiany była likwidacja (zniesienie) gminy wiejskiej. Jednocześnie pytanie było na tyle precyzyjne i wyczerpujące – wprost wskazywało, która jednostka powstanie, jako efekt zmiany – że dochowany został wymóg ustawowej szczegółowości.

członkom wspólnoty samorządowej warunków do wyrażenia ich rzeczywistej woli w sprawie połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy”⁸⁵.

Szczególny, można powiedzieć złożony, charakter wyniku przedmiotowego referendum dostrzeżono także w nauce prawa przyjmując, że w istocie to referendum nie ma charakteru stanowczego, gdyż jego wynik nie jest wiążący co do sposobu załatwienia sprawy dla organu mającego status decydenta – Rady Ministrów – i z tego punktu widzenia jest to referendum konsultacyjne, natomiast wynik referendum wiąże radę gminy, która w świetle art. 65 u.r.l. ma obowiązek przedstawić opinię zgodną z wolą mieszkańców i w tym sensie referendum jest wiążące⁸⁶.

Podsumowanie

Podsumowując warto podkreślić, że ocena pytania referendalnego, także tego określającego szczegółowo proponowane zmiany w podziale terytorialnym państwa, stanowi obligatoryjny element oceny wniosku mieszkańców o przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie – odpowiednio – utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy. Ocena ta ma opierać się na wskazanych przez ustawodawcę kryteriach normatywnych; wykluczone jest działanie uznaniowe, odwoływanie się do kryteriów pozanormatywnych, co ma stanowić gwarancję realizacji normy zakodowanej w art. 170 Konstytucji. Jednak dokonanie tej oceny nie jest łatwe.

Sformułowanie pytania w tego rodzaju referendum należy do inicjatora referendum, będącego określoną ustawowo grupą mieszkańców dysponująca względną swobodą co do tego, które treści i w jaki sposób ujmie w pytaniu referendalnym. Nadrzędną dyrektywą, która powinna towarzyszyć formułowaniu pytania w tego rodzaju referendum, jest konieczność zapewnienia uczestnikom referendum pełnej i wyczerpującej informacji odnośnie części terytorium gminy, której przynależność proponuje się zmienić, charakteru samej zmiany i objętych nimi jednostek samorządu terytorialnego. Inicjator referendum w pytaniu, w zależności od swojej woli, może ująć też inne kwestie, a określając je także musi zachować wymóg szczególności. W efekcie i one muszą zostać określone jasno i precyzyjnie, w sposób nie-

⁸⁵ Zob. wyrok NSA z 21.06.2016 r., II OSK 1236/16, CBOSA.

⁸⁶ Zob. E. Olejniczak-Szałowska, *Przedmiot referendum...*, s. 59–60. Podobnie na temat charakteru i znaczenia wyniku tego rodzaju referendum zob. A. Feja-Paszkwicz, *Przełanki warunkujące...*, s. 328–329. Odmienne przyjmuje P. Uziębło, *30 lat partycypacji mieszkańców w sprawowaniu władzy w gminie*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2020, nr 1, s. 42, zdaniem którego z uwagi na to, że Rada Ministrów nie jest związana w tym przypadku wynikiem referendum, *de facto* mamy tu do czynienia nie z referendum, lecz z powszechnymi konsultacjami ludowymi. Por. też A. Olechno, *Uwagi na temat referendum lokalnego jako formy konsultacji przy zmianie granic gminy (na przykładzie Gminy Supraśl)*, PPK 2019, nr 2, s. 73 i n.

budzący wątpliwości; jako istotnie naruszające prawo należy ocenić pytanie referendalne, którego brzmienie może wprowadzić uczestników referendum w błąd.

Warto także zaakcentować, że stanowisko sądów administracyjnych w analizowanym obszarze badawczym przeszło ewolucję. Rozpoczął ją wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 30/02, następnie kontynuowały ją – w błędnym kierunku – te wypowiedzi sądów administracyjnych, w których paternalistycznie twierdzono, że mieszkańcy biorący udział w referendum, np. w sprawie połączenia jednej gminy z inną albo w sprawie utworzenia gminy, nie mogą udzielić odpowiedzi na pytanie, czy są za takim rozwiązaniem, czy są mu przeciwni, ponieważ w samym pytaniu referendalnym nie uświadomiono im roli, którą w procedurze zmiany granic jednostek samorządu terytorialnego zajmuje Rada Ministrów. Wreszcie, w pozytywny sposób, ewolucję tę zakończyły dopiero orzeczenia sądów administracyjnych z 2016 r.⁸⁷, w których dostrzeżono, że brak zgody na posłużenie się w pytaniu referendalnym prostymi, utartymi zwrotami, zrozumiałymi dla mieszkańców i zmierzającymi do pozyskania ich stanowiska oraz określeniami opisującymi rodzaj (charakter) proponowanej zmiany przynależności części terytorium gminy, w istocie oznacza działanie wbrew wyraźnie wyartykułowanej woli ustawodawcy i niweczy ustalenia, które w wyroku w sprawie K 30/02 w stosunku do konstytucyjnej konstrukcji referendum lokalnego poczynił Trybunał Konstytucyjny.

Literatura

- Feja-Paszkiwicz A., *Ustalenie i zmiana granic gmin w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2010, t. LXXXIII.
- Feja-Paszkiwicz A., *Przesłanki warunkujące przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy*, [w:] *Aktualne problemy referendum*, red. B. Tokaj, A. Feja-Paszkiwicz, B. Banaszak, Warszawa 2016.
- Feja-Paszkiwicz A., *Dopuszczalność przeprowadzenia referendum lokalnego w sprawie zmiany granic powiatu i zmiany granic województwa*, [w:] *Samodzielność ustrojowa samorządu terytorialnego w Polsce*, pod. red. K. Skotnickiego, Łódź 2020.
- Kisielewicz A., [w:] K. W. Czaplicki, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, *Ustawa o referendum lokalnym, Komentarz*, ABC a Wolters Kluwer business, Warszawa 2007.
- Masternak-Kubiak M., *Rola sądu administracyjnego w procesie zarządzania referendum lokalnego*, [w:] *Aktualne problemy referendum*, red. B. Tokaj, A. Feja-Paszkiwicz, B. Banaszak, Warszawa 2016.
- Olechno A., *Uwagi na temat referendum lokalnego jako formy konsultacji przy zmianie granic gminy (na przykładzie Gminy Supraśl)*, PPK 2019, nr 2.
- Olejniczak-Szałowska E., *Prawo do udziału w referendum lokalnym. Rozważania na tle ustawodawstwa polskiego*, Łódź 2002.
- Olejniczak-Szałowska E., *Przedmiot referendum lokalnego z perspektywy 30 lat doświadczeń*, „Samorząd Terytorialny” 2020, nr 4.
- Rulka M., *Sformułowanie pytania w referendum lokalnym w świetle orzecznictwa*, „Samorząd Terytorialny” 2018, nr 7-8.
- Uziębło P., *30 lat partycypacji mieszkańców w sprawowaniu władzy w gminie*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2020, nr 1.

⁸⁷ Zob. przypis nr 78 i 79.

Piotr Kapusta

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0003-2002-5419

p.kapusta@wpa.uz.zgora.pl

Przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego osobie mającej ustalone prawo do emerytury

Słowa kluczowe: świadczenie pielęgnacyjne, emerytura, zabezpieczenie społeczne, równość

Streszczenie: Przepis, zgodnie z którym świadczenie pielęgnacyjne nie przysługuje, jeżeli osoba sprawująca opiekę ma ustalone prawo do emerytury, stał się podstawą wykształcenia się w praktyce trzech odmiennych linii orzeczniczych. Dwie z nich zarzucają jednoznaczny wynik wykładni językowej i w swych motywach dążą do wykazania możliwości przyznania prawa do świadczenia osobie mającej ustalone prawo do emerytury, której kwota jest niższa od kwoty świadczenia. Jednocześnie przyjmuje się, że odmiennie podejście stanowiłoby naruszenie konstytucyjnej zasady równości. Ustawodawca posługując się jednoznacznym sformułowaniem przesłanki negatywnej przyznania prawa do świadczenia wyłącza z grona beneficjentów wszystkie osoby z ustalonym prawem do emerytury – bez względu na jej wysokość. Wprowadzanie w tym zakresie wyjątków przez organy administracji publicznej i sądownictwo administracyjne stanowi wkroczenie w materię ustawową. Z kolei stwierdzenie, że art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. 1 ustawy o świadczeniach rodzinnych wyłączający z grona osób uprawnionych osoby z ustalonym prawem do emerytury, której wysokość jest niższa niż świadczenia pielęgnacyjnego, narusza konstytucyjną zasadę równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), ingeruje w wyłączną kompetencję Trybunału Konstytucyjnego. W obowiązującym stanie prawnym nie ma możliwości przyznania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego osobie mającej ustalone prawo do emerytury – i to bez względu na jej wysokość.

Granting a nursing benefit to a person with an established right to an old-age pension

Key words: nursing benefit, retirement pension, social security, equality

Summary: The provision, according to which the nursing benefit is not due if the caregiver has an established right to an old-age pension, has become the basis for the development of three different lines of jurisprudence in practice. Two of them criticize the unequivocal result of a linguistic interpretation and, in their motives, seek to demonstrate the possibility of granting the right to a benefit to a person who has an established right to an old-age pension, the amount of which is lower than the amount of the benefit. At the same time, it is assumed that a different approach would violate the constitutional principle of equality. The legislator, using an unambiguous formulation of the negative condition for granting the right to a benefit, excludes from the group of beneficiaries all persons with the established right to a retirement pension – regardless of its amount. The introduction of exceptions in this respect by public administration bodies and administrative judiciary is an interference with the statutory matter. On the other hand, stating that Art. 17 sec. 5 point 1 lit. 1 of the Act on family benefits, excluding from the group of eligible persons with an established right to an old-age

pension, the amount of which is lower than the nursing benefit, violates the constitutional principle of equality (Article 32 (1) of the Polish Constitution), interferes with the exclusive competence of the Constitutional Tribunal. Under the applicable law, it is not possible to grant the right to a nursing benefit to a person with an established right to an old-age pension – regardless of its amount.

Wprowadzenie

Prawna regulacja świadczeń rodzinnych wymaga pilnej interwencji ustawodawcy. Stosowanie przepisów ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych¹ budzi w praktyce liczne wątpliwości. Wskazać można m.in. na kwestie dotyczące przyznawania zasiłku rodzinnego czy relacji specjalnego zasiłku opiekuńczego do świadczenia pielęgnacyjnego. Nie można jednocześnie tracić z pola widzenia wciąż niewykonanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2014 r. (K 38/13), którym orzeczono, że art. 17 ust. 1b u.ś.r. w zakresie, w jakim różnicuje prawo do świadczenia pielęgnacyjnego osób sprawujących opiekę nad osobą niepełnosprawną po ukończeniu przez nią wieku określonego w tym przepisie ze względu na moment powstania niepełnosprawności, jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Realizacja przywołanej tezy w indywidualnych sprawach następuje w większości przypadków dopiero w drugiej instancji postępowania administracyjnego i to tylko dzięki temu, że wyrok TK jest orzeczeniem zakresowym², którego skutkiem jest „zmiana zakresu zastosowania przepisu art. 17 ust. 1b u.ś.r. w zakresie treści w nim ujętej, będącego przepisem szczególnym w odniesieniu do art. 17 ust. 1 u.ś.r., który określa ogólne przesłanki prawa do świadczenia pielęgnacyjnego. Zakresowe wyeliminowanie ograniczeń o charakterze podmiotowym (wieku powstania niepełnosprawności podopiecznych) nie powoduje dysfunkcyjności ustawy, gdyż, jak zasadnie wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy w wyroku z dnia 1 czerwca 2015 r. (sygn. akt II SA/Bd 366/15), możliwe jest odnalezienie w treści art. 17 u.ś.r. i przepisów z nim skorelowanych wszystkich elementów podmiotowych, przedmiotowych i czasowych, koniecznych dla zrekonstruowania normy (norm) prawnej określającej prawo do świadczenia pielęgnacyjnego. Nie jest to zatem przypadek tzw. pominięcia prawodawczego, które polega na wskazaniu przez Trybunał braku pewnych treści normatywnych w kontrolo-

¹ T.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 111 ze zm.; dalej: u.ś.r.

² Wyrok zakresowy to taki, „którym Trybunał Konstytucyjny stwierdza zgodność albo niezgodność z Konstytucją przepisu prawnego w określonym (podmiotowym, przedmiotowym lub czasowym) zakresie jego zastosowania. W konsekwencji atrybut konstytucyjności albo niekonstytucyjności nie jest przypisywany całemu aktowi prawnemu albo jego jednostce redakcyjnej (przepisowi), lecz jego fragmentowi, a ściślej rzecz biorąc jakiejś normie (normom) wywiezionej z tego przepisu. Wyrok zakresowy rozstrzyga o przepisie, którego rozumienie nie jest sporne, lecz zarzut niekonstytucyjności odnosi się do wyraźnego zakresu zastosowania tego przepisu (por. M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006, s. 104)” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 26 listopada 2019 r., II SA/Rz 1101/19).

wanym przepisie (por. A. Kustra, *Wyroki zakresowe Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Sejmowy nr 4/2011, s. 60). Trybunał Konstytucyjny derogował bowiem fragment pełnego i jednoznacznego pod względem zakresowym przepisu, realizując tym samym klasyczną i niebudzącą kontrowersji funkcję „negatywnego prawodawcy” (por. S. Wronkowska, *Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”*, „Państwo i Prawo” nr 10/2008)³. Niewykonanym wciąż pozostaje także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2019 r. (SK 2/17).

Mając na uwadze wyznaczony tytułem przedmiot opracowania, w ocenie Autora, koncepcje teoretycznoprawne oraz wykładnia prokonstytucyjna nie powinny być powoływane dla pozytywnego dla strony załatwiania sprawy o przyznanie prawa do świadczenia pielęgnacyjnego, o które ubiega się osoba mająca ustalone prawo do emerytury. Dla dalszych rozważań należy mieć na uwadze przepis art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r., który stanowi, że świadczenie pielęgnacyjne nie przysługuje, jeżeli osoba sprawująca opiekę ma ustalone prawo do emerytury. Na gruncie przywołanej treści regulacji powstało bogate, ale, niestety, skrajnie rozbieżne orzecznictwo administracyjne i sądownoadministracyjne. Wypracowano odmienne propozycje załatwiania tej kategorii spraw, które wykazują nie tylko ewolucję w czasie, ale charakteryzują się różnym podejściem w poszczególnych wojewódzkich sądach administracyjnych, a nawet w zależności od obsady składu orzekającego. Niejednokrotnie proponowane sposoby załatwiania tej kategorii spraw stoją w sprzeczności z jasnym i niebudzącym wątpliwości wynikiem wykładni przepisów u.ś.r.

W dalszej części opracowania zostaną przedstawione prezentowane koncepcje załatwiania spraw o przyznanie prawa do świadczenia pielęgnacyjnego osobie mającej ustalone prawo do emerytury, której wysokość jest niższa niż wysokość świadczenia pielęgnacyjnego. Analiza motywów wydawanych orzeczeń pozwoli w efekcie wskazać na zalecane podejście w załatwianiu tej kategorii spraw. Wykorzystane przy tym zostaną metody dogmatycznoprawne – wykładni językowej przy uwzględnieniu wyników wykładni systemowej i celowościowej z odniesieniem się do wnioskowań prawniczych.

1. Stanowiska dopuszczające możliwość ustalenia emerytowi prawa do świadczenia pielęgnacyjnego

Prezentowana w tej części podgrupa poglądów wydaje się być obecnie najbardziej rozpowszechniona i z tego względu jest analizowana w pierwszej kolejności. Stanowiska dopuszczające możliwość przyznania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego osobie mającej ustalone prawo do emerytury są konsekwencją zapatrywa-

³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 9 maja 2019 r., III SA/Gd 184/19.

nia, że brak jest „przekonujących argumentów uzasadniających zróżnicowanie sytuacji opiekunów osób niepełnosprawnych polegające na wyłączeniu w całości prawa do świadczenia pielęgnacyjnego tych opiekunów, którzy mają ustalone prawo do jednego ze świadczeń wymienionych w art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.s.r. w sytuacji gdy to świadczenie jest niższe niż świadczenie pielęgnacyjne”⁴. W ocenie części sądów administracyjnych „za zróżnicowaniem sytuacji opiekunów osób niepełnosprawnych, polegającym na pozbawieniu świadczenia pielęgnacyjnego tych z nich, którzy otrzymują świadczenia niższe, wymienione w art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.s.r. nie przemawia stan finansów państwa. Świadczy o tym wprowadzenie w ostatnich latach nowych programów przynajmniej w dużej skali świadczenia socjalne (świadczenie wychowawcze, świadczenia z tytułu rozpoczęcia roku szkolnego) oraz zapowiedzi daleko idącego rozszerzenia takich programów w najbliższym czasie”⁵. W efekcie przyjmuje się, że „narusza zasadę równości taka wykładnia art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.s.r., która pozbawia w całości prawa do świadczenia pielęgnacyjnego osoby mające ustalone prawo do emerytury (renty) w wysokości niższej niż to świadczenie. Wszak zgodnie z tą zasadą wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. Jeżeli zatem prawodawca różnicuje podmioty prawa, które charakteryzują się wspólną cechą istotną, to wprowadza odstępstwo od zasady równości”⁶. W konsekwencji zaś dochodzi do odchodzenia od jednoznacznego wyniku wykładni językowej i wskazuje się na konieczność stosowania wykładni funkcjonalnej i prokonstytucyjnej, jak też powoływania się na bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP⁷. Jak słusznie się jednak zauważa, „orzecznictwo to jest jednak zróżnicowane w zakresie dotyczącym rozwiązania problemu zależności pomiędzy uprawnieniem do świadczenia pielęgnacyjnego i uprawnieniem do świadczenia emerytalnego oraz sposobu realizacji tych świadczeń”⁸.

⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 16 października 2019 r., II SA/Rz 828/19. Tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z dnia 19 grudnia 2019 r., II SA/Go 774/19.

⁵ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 8 lipca 2021 r., III SA/Kr 273/21.

⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 czerwca 2019 r., I OSK 757/19. Tak również m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gorzowie Wielkopolskim w wyroku z dnia 30 listopada 2018 r., II SA/Go 1045/18 oraz Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 11 kwietnia 2019 r., III SA/Kr 137/19.

⁷ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 maja 2020 r., I OSK 2375/19; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 czerwca 2020 r., I OSK 254/20; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 sierpnia 2020 r., I OSK 764/20; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 25 listopada 2019 r., II SA/Gl 970/19.

⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 8 lipca 2021 r., III SA/Kr 273/21.

1.1. Przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego w kwocie różnicy wysokości świadczeń

Dostrzegając postępujące w czasie zwiększenie kwoty świadczenia pielęgnacyjnego nie uszło uwadze sądów administracyjnych, że różnica między tym świadczeniem a kwotą emerytur osób o nie się ubiegających bywa znacząca. Z tej też przyczyny w praktyce prezentowane są poglądy o możliwości wypłacania emerytowi świadczenia pielęgnacyjnego właśnie w kwocie tej różnicy, kiedy emerytura jest niższa od świadczenia pielęgnacyjnego.

Jak wyjaśnia się w orzecznictwie, sytuacja strony „nie będzie [...] wówczas korzystniejsza niż osoby nieposiadającej prawa do emerytury ani też mniej korzystna niż osoby otrzymującej wyłącznie emeryturę znacznie niższą niż świadczenie pielęgnacyjne. Osoba taka będzie potraktowana także sprawiedliwie, gdyż w lepszej sytuacji znalazłby się opiekun, który nie podjąłby nigdy pracy zarobkowej w swoim życiu. Takie podejście do skarżącej będzie równoznaczne z realizacją przez państwo reprezentowane w tej sytuacji przez administrację obowiązku udzielenia jej szczególnej pomocy w związku z jej trudną sytuacją materialną i społeczną związaną ze sprawowaniem opieki nad niepełnosprawnym członkiem rodziny”⁹. Uzasadnienie dla ustalenia emerytowi prawa do świadczenia pielęgnacyjnego w kwocie różnicy świadczeń odwołuje się także do względów celowościowych. „Jeżeli chodzi o cel świadczenia pielęgnacyjnego, nie budzi wątpliwości, że jest nim rekompensowanie braku dochodów z pracy zarobkowej z powodu sprawowania opieki nad niepełnosprawnym członkiem rodziny. Pozbawienie prawa do całości świadczenia pielęgnacyjnego osób pobierających emeryturę w niższej wysokości niż to świadczenie powoduje, że ten cel nie jest w stosunku do tej grupy opiekunów realizowany, mimo że sprawując opiekę po uzyskaniu prawa do emerytury opiekun nie może podjąć pracy zarobkowej”¹⁰.

Powyższe zapatrywanie nie może się ostać. Jest ono sprzeczne z obowiązującym prawem z dwóch względów. Po pierwsze, negatywną przesłanką przyznania prawa do świadczenia jest posiadanie przez stronę ustalonego prawa do emerytury. Akceptacja proponowanego podejście w żaden sposób nie modyfikuje sytuacji faktycznej strony na etapie postępowania wyjaśniającego. Jak w chwili składania wniosku strona ma ustalone prawo do emerytury i je pobiera, tak nadal w wyniku załatwienia sprawy strona będzie mieć ustalone prawo do emerytury i będzie pobierać świadczenie z ubezpieczenia społecznego.

⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 stycznia 2020 r., I OSK 2392/19. Por. także wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 czerwca 2019 r., I OSK 757/19 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 kwietnia 2020 r., I OSK 1546/19.

¹⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 24 października 2019 r., II SA/Po 810/19.

Po drugie, ustawodawca w odniesieniu do świadczenia pielęgnacyjnego nie ustanowił możliwości przyznania go w kwocie innej niż określona obowiązującymi przepisami mając na uwadze obowiązujące obwieszczenie¹¹ i zgodnie z art. 17 ust. 3 w zw. z art. 17 ust. 3d u.ś.r. kwota świadczenia pielęgnacyjnego przysługuje w wysokości 1971,00 zł. Obowiązujące regulacje są jednoznaczne i przyjęcie w orzecznictwie za dopuszczalne przyznania świadczenia pielęgnacyjnego w kwocie innej (różnica kwoty świadczenia pielęgnacyjnego i otrzymywanej przez stronę emerytury) jest sprzeczne z prawem. Gdyby ustawodawca dopuszczał możliwość indywidualnego kształtowania wysokości świadczenia pielęgnacyjnego, to przewidziałby ją wprost – tak jak czyni to m.in. w odniesieniu do zasiłku rodzinnego (art. 5 ust. 3a u.ś.r.). W ramach tej samej ustawy powyższy mechanizm (tzw. złotówka za złotówkę) jest znany, jednak na podstawie decyzji ustawodawcy jego skutków nie rozszerzono na świadczenie pielęgnacyjne. W tym kontekście słusznie zwraca się uwagę na dalsze problemy. „Praktyka taka, niezależnie od trudności co do ustalenia jej podstawy prawnej, spowodowałaby dalsze wątpliwości co do zachowania zasady równości oraz komplikacje w zakresie ustalania przez organ wysokości należnej wypłaty świadczenia w sytuacji otrzymania np. trzynastej emerytury czy też w zakresie odprowadzania składek na ubezpieczenie zdrowotne i ubezpieczenie emerytalno-rentowe”¹².

Po trzecie, stwierdzenie, że świadczenie pielęgnacyjne może być ustalone w kwocie innej niż wynikającej z art. 17 ust. 3 u.ś.r. lub określonej obwieszczeniem wydanym na podstawie art. 17 ust. 3d u.ś.r. jest wyrazem ustanowienia przez orzecznictwo kryterium nieznanego ustawie. Zgodzić należy się z poglądem, że „wysokość świadczenia emerytalnego nie może stanowić dodatkowego kryterium przyznania świadczenia pielęgnacyjnego, a orzecznictwo sądów administracyjnych nie może zastępować ustawodawcy”¹³.

1.2. Przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego po zawieszeniu pobierania emerytury

Pogląd dopuszczający możliwość przyznania świadczenia pielęgnacyjnego po zawieszeniu pobierania emerytury wynika z przyjęcia założenia, że „istota ogranicze-

¹¹ Obwieszczenie Ministra Rodziny i Polityki Społecznej z dnia 4 listopada 2020 r. w sprawie wysokości świadczenia pielęgnacyjnego w roku 2021 (M.P. z 2020 r. poz. 1031).

¹² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 24 czerwca 2021 r., III SA/Gd 168/21. Por. także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 13 stycznia 2020 r., IV SA/Po 824/19 oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 20 lutego 2020 r., II SA/Rz 1265/19.

¹³ Stanowisko organu II instancji wyrażone w odpowiedzi na skargę w sprawie zakończonej wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 14 października 2020 r., II SA/Łd 105/20.

nia prawa do zasiłku pielęgnacyjnego dla emeryta, wynikająca z art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a ustawy, musi być interpretowana jako wiążąca się nie z samym prawem do emerytury, lecz z jego realizacją w postaci wypłaty świadczenia¹⁴. W orzecznictwie dostrzega się wypływający z przyjętego zapatrywania problem polegający na tym, że emerytura jest prawem niezbywalnym. Powyższe oznacza, że ustalonego prawa do emerytury nie można się zrzec. Z tego też względu, opowiadając się za możliwością ustalania świadczenia pielęgnacyjnego emerytom, należało wypracować dalsze teoretyczne wyjaśnienie dla uzasadnienia przyjętego stanowiska. I tak też wskazuje się, że „emerytura jest prawem niezbywalnym, ale uznać należy, że zawieszenie tego prawa eliminuje negatywną przesłankę z art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r., w postaci posiadania prawa do emerytury. Istota ograniczenia prawa do zasiłku pielęgnacyjnego dla emeryta, wynikająca z art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r., musi być interpretowana jako wiążąca się nie z samym prawem do emerytury, lecz z jego realizacją w postaci wypłaty świadczenia. Skoro zawieszenie prawa do emerytury skutkuje wstrzymaniem jej wypłaty, to uznać należy, że eliminuje się w ten sposób negatywną przesłankę wyłączającą nabycie prawa do świadczenia pielęgnacyjnego”¹⁵.

Powyższe zapatrywanie zostało zaaprobowane w literaturze, w której wyjaśnia się, że „zważając na niebagatelne argumenty powoływane w orzeczeniach opowiadających się za odejściem od ścisłej wykładni językowej art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r., a także mając na uwadze pośrednio potwierdzone przez Trybunał Konstytucyjny istotne wątpliwości co do zgodności wyrażonego tam wyłączenia z konstytucyjną zasadą równości, wypada opowiedzieć się za stanowiskiem pozwalającym przyznać opiekunowi świadczenie pielęgnacyjne w pełnej wysokości przewidzianej w art. 17 ust. 3 u.ś.r. Decyzję pozytywną dla wnioskodawcy należałoby jednak oprzeć na dostrzeżonej przez część sądów ustawowej możliwości zawieszenia emerytury na wniosek uprawnionego opiekuna osoby niepełnosprawnej”¹⁶.

Co oczywiste, powyższy pogląd przekłada się jednocześnie na ocenę sposobu działania organów administracji publicznej. Przy założeniu, że prawo do świadczenia pielęgnacyjnego może być ustalone emerytowi, który pobieranie emerytury w kwocie niższej zawiesi, przyjmuje się, że „o ile [...] jedyną przyczyną odmowy przyznania świadczenia pielęgnacyjnego jest fakt pobierania emerytury, to organ

¹⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 maja 2020 r., I OSK 2375/19.

¹⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 lipca 2021 r., I OSK 702/21. Tak też Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 22 lipca 2021 r., IV SA/Wr 353/21. Podobnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 5 grudnia 2019 r., II SA/Po 865/19, w którym wskazano, że „emerytura jest prawem niezbywalnym, ale zawieszenie tego prawa i wstrzymanie jej wypłaty skutkuje odpadnięciem negatywnej przesłanki z art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r., tj. posiadania prawa do emerytury, które w tym wypadku wiązane być musi nie tylko z samym prawem, ale i z realizacją tego prawa w postaci wypłaty emerytury”.

¹⁶ P. Zaborniak, *Emerytura a prawo do świadczenia pielęgnacyjnego*, „Casus” 2020, Nr 96-97, s. 48.

winien poinformować [...] o możliwości złożenia wniosku o zawieszenie prawa do emerytur i uzależnieniu przyznania świadczenia pielęgnacyjnego od przedstawienia decyzji o wstrzymaniu ich wypłat. Jak wskazano w wyroku NSA z 18 czerwca 2020 r. (sygn. akt I OSK 254/20), taka informacja powinna być udzielona stronie wówczas, gdy postępowanie z wniosku o przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego wykaże, że zachodzą przesłanki umożliwiające uwzględnienie wniosku i jedyną przeszkodą jest pobieranie emerytury, renty itd. Wówczas, o ile strona doprowadzi do zawieszenia np. prawa do emerytury, możliwe będzie płynne przejście osoby uprawnionej z systemu świadczeń emerytalnych do systemu świadczeń rodzinnych. Konieczna jest taka organizacja działań organu przyznającego świadczenia rodzinne, w koordynacji z organem emerytalno-rentowym, by nie pozostawić osoby uprawnionej bez należnego jej (niezbędnego dla życia) świadczenia nawet przez krótki czas¹⁷.

Proponowanego rozumienia przepisów prawa materialnego, jak też procesowych obowiązków organu administracji publicznej nie należy podzielać. W odniesieniu do dopuszczalności ustalenia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego w następstwie zawieszenia prawa do emerytury wskazać należy to, co zauważono w sądownictwie administracyjnym – otóż nawet w warunkach zawieszenia prawa do emerytury wnioskodawca jest osobą posiadającą ustalone prawo do emerytury. Nie ma zatem racji w twierdzeniu, że „zawieszenie tego prawa [emerytury – przyp. Autora] eliminuje negatywną przesłankę z art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r., w postaci posiadania prawa do emerytury”. Ustawodawca nie uzależnia wszak ustalenia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego od zawieszenia przez emeryta pobierania świadczenia emerytalnego. W warunkach zawieszenia poboru świadczenia i tak strona ma ustalone prawo do świadczenia, które wyłącznie na wniosek strony nie jest realizowane. W efekcie należy stwierdzić, że osoba, która zawiesiła pobieranie emerytury, jest objęta negatywną przesłanką z art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r., ponieważ wciąż ma ustalone prawo do emerytury. Tym samym należy się zgodzić, że „bez znaczenia przy tym jest, czy ustalone świadczenie, o którym mowa w tym przepisie, jest przez osobę sprawująca opiekę realizowane. Z treści przepisu jednoznacznie wynika, że wystarczające jest ustalenie prawa do danego świadczenia. Rezygnacja z pobierania emerytury w żaden sposób nie wpłynie zatem na ocenę spełnienia [...] przesłanki określonej w 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r.”¹⁸.

Jeżeli zaś chodzi o oczekiwany sposób działania organów administracji publicznej, kiedy jedyną negatywną przesłanką przyznania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego jest zawieszenie prawa do emerytury, należy wskazać, że organy administracji publicznej nie są uprawnione do samowolnego wyłączenia z zakresu swojej działalności tych osób, które w związku z zawieszeniem prawa do emerytury nie mogą uzyskać świadczenia pielęgnacyjnego.

¹⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 13 lipca 2021 r., II SA/Ol 300/21.

¹⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 stycznia 2017 r., I SA/Wa 1818/16.

gnacyjnego miałyby być posiadanie ustalonego prawa do emerytury, to nie można oczekiwać od organów administracji publicznej informowania strony o przesłankach przyznania świadczenia w sposób sprzeczny z obowiązującym prawem. Jeżeli bowiem ustawodawca wyłącza z grona osób uprawnionych do świadczenia pielęgnacyjnego osoby z ustalonym prawem do emerytury, to informowanie, że zawieszenie pobierania emerytury pozwoli przyznać świadczenie pielęgnacyjne nie będzie odpowiadać prawu. Na uwadze należy mieć przy tym, że stawiane oczekiwania kreowane jest w warunkach jednoznacznego rozumienia językowego przepisu i chwiejnej linii orzeczniczej sądów administracyjnych. Oczekiwanie przez sądy administracyjne, że organy administracji publicznej będą informować stronę postępowania administracyjnego o wątpliwym rozumieniu obowiązującej regulacji prawnej, wskazującym na możliwość przyznania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego po zawieszeniu pobierania emerytury uznać należy za niedopuszczalne.

Uzależnienie ustalenia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego od zawieszenia wypłaty emerytury skutkować może i tak pobieraniem przez uprawnionego obu świadczeń. Należy mieć bowiem na uwadze, że zawieszenie pobierania świadczenia z ubezpieczenia społecznego następuje na wniosek. Przedłożenie przez stronę decyzji właściwego organu rentowego miałyby w efekcie pozwolić ustalić prawo do świadczenia pielęgnacyjnego. Nie można jednak wykluczyć, że strona po uzyskaniu pozytywnego dla niej załatwienia sprawy wystąpi o ponowne podjęcie wypłaty emerytury. Mając bowiem ustalone do niej prawo, strona samodzielnie podejmuje w tym zakresie decyzję. Rzecz jasna, organom administracji publicznej przysługują odpowiednie instrumenty kontrolne. Te jednak podejmowane są co do zasady *ex post* – trudno zresztą wyobrazić sobie stałe kontrolowanie przez organy administracji publicznej spełniania wszystkich przesłanek pozytywnych i niewystępowania przesłanek negatywnych prawa do świadczeń. Następcze stwierdzenie pobierania równoległe dwóch świadczeń rodzić będzie konieczność wszczęcia i prowadzenia postępowania w przedmiocie świadczeń nienależnie pobranych i ich zwrotu.

2. Odmowa przyznania świadczenia pielęgnacyjnego

Orzecznictwo wskazujące na konieczność odmowy przyznania emerytowi prawa do świadczenia pielęgnacyjnego opiera się o wynik jednoznacznej wykładni przepisu art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r. Przywołana na początku opracowania treść regulacji nie budzi bowiem żadnych wątpliwości co do jej znaczenia. Ustawodawca wprost wskazuje, że świadczenie pielęgnacyjne nie przysługuje, jeżeli osoba sprawująca opiekę ma ustalone prawo do emerytury. Powyższe oznacza, że osobie mającej ustalone prawo do emerytury świadczenie pielęgnacyjne nie przysługuje. Zgodzić należy się z poglądem, że art. 15 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r. „są ja-

sne na tyle, że nie wymagają żadnej wykładni, zgodnie z obowiązującą w systemie prawa zasadą: *clara non sunt interpretanda*. Analizowany przepis jest sformułowany w sposób niebudzący wątpliwości i co istotne – jako norma bezwzględnie obowiązująca – nie pozostawia organom administracji orzekającym w tego rodzaju sprawach żadnego luzu decyzyjnego¹⁹.

Zdaniem Autora sięganie do wykładni systemowej i funkcjonalnej jest działaniem *contra legem*. W rzeczywistości należy oceniać je jako wyjście poza działalność orzeczniczą i podjęcie tym samym aktywności prawotwórczej przez organ administracji publicznej lub sąd administracyjny. Rację ma tym samym Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu, który wyjaśnia, że „brak jakichkolwiek podstaw prawnych, by odmawiać stosowania omawianego przepisu bądź zmieniać jego treść poprzez wprowadzanie do hipotezy normy prawnej w nim zawartej elementów, które zeń nie wynikają. Wobec tego trudna sytuacja materialna strony skarżącej i pobieranie w niższej wysokości niż świadczenie pielęgnacyjne emerytury nie może przemawiać za przyznaniem świadczenia pielęgnacyjnego, zważywszy na wyraźny przepis ustawy, który takiej przesłanki nie wprowadził. Ustawodawca przyjął właśnie taki model przyznawania świadczeń rodzinnych, który wyklucza z grona beneficjentów świadczenia pielęgnacyjnego osoby pobierające zaopatrzenie emerytalne, które jest świadczeniem pewnym i stabilnym, odmiennie niż świadczenie pielęgnacyjne, stanowiące element systemu zabezpieczeń społecznych”²⁰.

Odczucia strony, organu administracji publicznej i sądów pozostają w tym względzie bez znaczenia. Odmienne podejście skutkowałoby naruszeniem zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji RP). W ślad z Bogusławem Banaszakiem zauważyć należy, że „Naczelny Sąd Administracyjny wywiódł z art. 7 Konstytucji, że implikuje on prymat wykładni językowej. Skoro organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, to – zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego – wykładnia przepisów «nie może prowadzić do nadawania im znaczenia wykraczającego poza wnioski płynące z zastosowania niebudzących wątpliwości i metodologicznie poprawnych dyrektyw interpretacyjnych. Tym bardziej nie powinna się ona łączyć z dokonywaniem uogólnień czy uproszczeń, ignorujących językowy i logiczny aspekt unormowania» (uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 kwietnia 2002 r., FPS 5/02)”²¹. Dlatego też zaaprobować należy pogląd, zgodnie z którym „pomimo tego, że skarżąca [strona – przyp. Autora] może mieć

¹⁹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 29 października 2019 r., II SA/Op 314/19. Tak samo m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi z dnia 22 września 2017, II SA/Łd 485/17 oraz Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach w wyroku z dnia 9 grudnia 2019 r., II SA/GI 969/19.

²⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 22 maja 2019 r., IV SA/Wr 105/19.

²¹ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 79.

uzasadnione poczucie krzywdy i niesprawiedliwości, przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego nie jest możliwe. Decydujące jest to, czy osoba sprawująca opiekę ma ustalone prawo do świadczenia wymienionego w powołanym wyżej przepisie, nawet jeżeli osoba ta spełnia pozostałe kryteria określone w ustawie²².

Zwrócić należy uwagę na konstrukcję art. 17 u.ś.r. – w szczególności określenie przez ustawodawcę przesłanek negatywnych. „Ustawodawca w cytowanym powyżej art. 17 ust. 5 u.ś.r. taksatywnie wymienił przypadki, w których to świadczenie nie przysługuje. Jest to katalog zamknięty i niedopuszczalne jest dokonywanie wykładni rozszerzającej. Przepis ten nie daje organom jakichkolwiek możliwości odstępstw od ustalonych zasad w nim zawartych, nawet gdyby z indywidualnego punktu widzenia wnioski strony były uzasadnione np. jej sytuacja życiową²³. Dlatego też „posiadanie prawa do jednego ze świadczeń, o których mowa w art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r. [...] wyklucza możliwość uzyskania świadczenia pielęgnacyjnego z tytułu rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w celu sprawowania opieki nad osobą niepełnosprawną. Z punktu widzenia wskazanego przepisu wykluczenie prawa do świadczenia pielęgnacyjnego obowiązuje bez względu na wysokość renty socjalnej (lub innego świadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. 1 u.ś.r.), jak i okoliczności jej przyznania i pobierania²⁴.

Prawidłowości oceny co do niemożności przyznania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego osobie posiadającej ustalone prawo do emerytury należy upatrywać także w rodzajach tych świadczeń. Choć oba należy zaliczyć do świadczeń z zabezpieczenia społecznego²⁵, to jednak emerytura jest świadczeniem z systemu ubezpieczeniowego o odmiennych elementach gwarancyjnych. W tym kontekście należy zauważyć, „że korzystniejsza, z punktu widzenia osoby uprawnionej do tego świadczenia [pielęgnacyjnego – przyp. Autora] i osoby pozostającej pod opieką, jest sytuacja, w której dana osoba, także ta opiekująca się dzieckiem niepełnosprawnym, zaspokaja potrzeby swojej rodziny z emerytury. Świadczy o tym mechanizm działania szeroko rozumianego systemu zabezpieczenia społecznego, co więcej, z emerytury nie można przejść na świadczenie pielęgnacyjne. Nie ma natomiast przeszkód prawnych, aby ze świadczenia pielęgnacyjnego przejść na emeryturę, gdy osoba uprawniona do świadczenia pielęgnacyjnego osiągnie ustawowo określony wiek emerytalny i wymagany okres ubezpieczenia, ponieważ za osobę pobierającą świadczenie pielęgnacyjne opłacane są składki na ubezpieczenia społeczne (art. 6

²² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 stycznia 2017 r., I SA/Wa 1818/16.

²³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 17 grudnia 2014 r., II SA/Go 807/14.

²⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 29 czerwca 2017 r., IV SA/GI 80/17.

²⁵ Szerzej por. G. Uścińska, *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 2021.

ust. 2a pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych). Mechanizm działa zatem w jedną stronę, stwarzając osobom opiekującym się dziećmi niepełnosprawnymi warunki do przechodzenia na docelowe świadczenie, czyli emeryturę. Takie rozwiązanie nie budzi zastrzeżeń [...], ponieważ świadczenie pielęgnacyjne ma charakter subsydiarny, częściowo rekompensujący utracony zarobek osoby aktywnej zawodowo wychodzącej z rynku pracy oraz ponoszącej zwiększone wydatki na opiekę nad niepełnosprawnym dzieckiem²⁶.

Podsumowanie

W obowiązującym stanie prawnym świadczenie pielęgnacyjne nie przysługuje, jeżeli osoba sprawująca opiekę ma ustalone prawo do emerytury. Nie ma zatem prawnej możliwości przyznania świadczenia pielęgnacyjnego z tytułu rezygnacji z zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej w celu sprawowania opieki nad osobą z niepełnosprawnością w stopniu znacznym. Wypłata świadczenia w kwocie różnicy świadczenia pielęgnacyjnego i emerytury w niższej kwocie lub zawieszenie pobierania emerytury nic w sprawie nie zmieniają – wnioskodawca nadal ma bowiem ustalone prawo do emerytury.

W ocenie Autora odejście przez organy administracji publicznej i sądy administracyjne od jednoznacznego wyniku wykładni językowej przy powoływaniu się na urzeczywistnianie w procesie wykładni norm konstytucyjnych stanowi w przypadku art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r. nieznanie polskiemu porządkowi konstytucyjnemu obalenie domniemania konstytucyjności ustawy przez podmiot inny niż Trybunał Konstytucyjny²⁷. „W literaturze przedmiotu wskazuje się, że sądy jako organy stosujące prawo nie są legitymowane do obalenia domniemania konstytucyjności ustaw²⁸, bowiem w ten sposób wkraczają w wyłączną kompetencję Trybunału Konstytucyjnego. Tylko ten organ upoważniony jest do stwierdzenia niekonstytucyjności ustawy i zarazem obalenia presumpcji. W powyższej materii konstytucja przydziela Trybunałowi monopol kompetencyjny²⁹30. „Monopol Trybunału Konstytucyjnego kontroli konstytucyjności jest bezsporny w obowiązującym stanie

²⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 9 grudnia 2019 r., II SA/GI 969/19.

²⁷ Por. stanowisko Ministerstwa Rodziny i Polityki Społecznej – *Wyjaśnienie dot. prawa do świadczenia pielęgnacyjnego w sytuacji otrzymywania emerytury* z dnia 22 marca 2019 r., <https://www.gov.pl/web/rodzina/wyjasnienie-dot-prawa-do-swadczenia-pielegnacyjnego-w-sytuacji-otrzymywania-emerytury> [dostęp: 8.08.2021].

²⁸ Por. np. Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 354.

²⁹ Por. M. Zubik, *Status prawny sądziego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 22 i 36.

³⁰ M. Dąbrowski, *Domniemanie zgodności ustaw z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Olsztyn 2017, s. 109.

prawnym³¹. Do czasu stwierdzenia niezgodności wskazanego przepisu, jego części lub określonego jego rozumienia z Konstytucją RP, korzysta on z domniemania konstytucyjności. W procesie stosowania prawa ani organy administracji publicznej, ani sądy administracyjne, ani żadne inne organy państwowe nie są uprawnione do stwierdzania w motywach swojego działania (np. uzasadnienie wyroku), że przepis prawa stanowiący podstawę rozstrzygnięcia w sprawie jest niezgodny z jakimkolwiek przepisem Konstytucji RP. Zasada domniemania konstytucyjności prawa zajmuje wysokie miejsce pośród wartości i determinantów demokratycznego państwa prawnego. Należy bowiem pamiętać, że jej poszanowanie wiąże się jednocześnie ze stabilizacją porządku prawnego i prawnością prawa w systemie ustrojowym RP³².

Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP, na które wskazuje się w przywołanym w niniejszym opracowaniu orzecznictwie, nie może oznaczać odejścia od jednoznacznego wyniku wykładni i konstruowania norm prawnych niewysłowionych w treści przepisów. Nie uzasadnia tego nawet powszechne przekonanie o naruszaniu w określonym zakresie przez art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r. przepisu art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP nie może bowiem polegać na kreowaniu przez nieuprawniony do tego organ przesłanek pozytywnych i negatywnych prawa do określonego świadczenia, podczas gdy kwestia ta należy do materii ustawowej. Przepis art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r. „nie może być zastępowany w orzecznictwie sądowym poprzez wykreowanie normy ustanawiającej w tego rodzaju sytuacji [zbiegu prawa do świadczeń – przyp. Autora] uprawnienia do wyboru świadczenia przez beneficjenta, albowiem stanowiłoby to zastrzeżone dla ustawodawcy działanie prawotwórcze³³. Jest to zresztą zjawisko, które zauważa również m.in. Monika Lewandowicz-Machnikowska, wyjaśniająca, że „sąd stara się w ten sposób naprawić skutki zaniechania ustawodawcy, wkraczając w jego rolę. Jest to element szerszego zjawiska polegającego na tym, że coraz częściej sądy, aby wydać sprawiedliwe orzeczenie, odwołują się do wykładni prokonstytucyjnej oraz funkcjonalnej i systemowej, mimo że rezultat wykładni językowej wydaje się jednoznaczny. Jest to konsekwencja zaniechania działań przez ustawodawcę, który powinien albo tworzyć bardziej elastyczne przepisy, albo stale badać rzeczywistość społeczną i dostosowywać prawo do zaobserwowanych zmian³⁴.

Przyznanie prawa do świadczenia pielęgnacyjnego osobie mającej ustalone prawo do emerytury należy również postrzegać przez pryzmat art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a.

³¹ A. Łabno, *Opinia prawna*, s. 4 dostępna na stronie: <https://www.arch.ms.gov.pl/pl/informacje/download,8072,1.html> [dostęp: 7.08.2021].

³² Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 maja 2003 r., K 11/03.

³³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 30 marca 2021 r., II SA/Po 940/20.

³⁴ M. Lewandowicz-Machnikowska, *Zbieg prawa do świadczeń opiekuńczych i świadczeń z ubezpieczenia społecznego — uwagi de lege ferenda*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2019, Nr 3944, s. 43.

W jednoznacznym brzmieniu art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r. nie zachodzą żadne wątpliwości co do tego, że świadczenie pielęgnacyjne nie przysługuje, jeżeli osoba sprawująca opiekę ma ustalone prawo do emerytury. Przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego w takiej sytuacji mogłoby stanowić przesłankę stwierdzenia nieważności decyzji.

Do czasu stwierdzenia niezgodności art. 17 ust. 5 pkt 1 lit. a u.ś.r. z Konstytucją RP (co najmniej wyrokiem zakresowym lub interpretacyjnym) lub podjęcia stosownych działań legislacyjnych nie istnieją prawne podstawy przyznania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego osobie mającej ustalone prawo do emerytury. Zastępowanie ustawodawcy i Trybunału Konstytucyjnego przez organy administracji publicznej i sądy administracyjnej jest działaniem nieuprawnionym. Pamiętać należy, że tylko „ustawodawca, na podstawie wyraźnej regulacji ustawowej, może wprowadzić normę pozwalającą na przyznawanie osobom, które mają ustalone prawo do emerytury [...] i które sprawują opiekę nad osobą legitymującą się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności, wyrównania lub uzupełnienia świadczenia emerytalnego do wysokości przewidzianej w ustawie o świadczeniach rodzinnych”³⁵ lub inne zasady pozwalające uczynić zadość żądaniu ustalenia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego.

Literatura

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Czeszejko-Sochacki Z., *Sądownictwo konstytucyjne na tle porównawczym*, Warszawa 2003.
- Dąbrowski M., *Domniemanie zgodności ustaw z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Olsztyn 2017.
- Florczak-Wątor M., *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006.
- Lewandowicz-Machnikowska M., *Zbieg prawa do świadczeń opiekuńczych i świadczeń z ubezpieczenia społecznego — uwagi de lege ferenda*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2019, Nr 3944.
- Łabno A., *Opinia prawna*, s. 4, dostępna na stronie: <https://www.arch.ms.gov.pl/pl/informacje/download,8072,1.html>.
- Uścińska G., *Prawo zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 2021.
- Zaborniak P., *Emerytura a prawo do świadczenia pielęgnacyjnego*, „Causus” 2020, Nr 96-97.
- Zubik M., *Status prawny sędziego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011.

³⁵ Stanowisko organu II instancji wyrażone w odpowiedzi na skargę w sprawie zakończonej wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 4 grudnia 2019 r., II SA/Łd 524/19.

Ewaryst Kowalczyk

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0002-9927-0574

e.kowalczyk@wpa.uz.zgora.pl

Zakres zastosowania zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych

Słowa kluczowe: zasady gospodarowania środkami publicznymi, zadania publiczne, środki publiczne, finansowanie, podmioty sektora finansów publicznych

Streszczenie. Przedmiotem badań przedstawionych w artykule jest doktrynalne znaczenie zakresu stosowania zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych. Zasada ta jest zdefiniowana w polskiej ustawie o finansach publicznych i stanowi, że wszystkie podmioty mają prawo ubiegać się o realizację zadań finansowanych ze środków publicznych. W opracowaniu przedstawiono uzasadnioną tezę, zgodnie z którą zakres stosowania zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych obejmuje nie tylko okoliczności, w których zadania są finansowane przez jednostki sektora finansów publicznych nie tylko bezpośrednio, ale także pośrednio. Oznacza to, że zasada ta jest źródłem obowiązków spoczywających również na podmiotach prywatnych dysponujących otrzymanymi środkami publicznymi, z których finansują wykonywanie określonych zadań.

The scope of application of the principle of open access to the implementation of tasks financed from public funds

Keywords: principles of managing public funds, public tasks, public funds, financing, entities of the public finance sector

Summary. The subject of the research concerns the doctrinal significance of the scope of application of the principle of open access to the implementation of tasks financed from public funds. This principle is clearly defined in the Polish Public Finance Act. It expressly provides that all entities have the right to apply for the performance of tasks financed from public funds. Analyses showed that the scope of application of the principle of open access covers the circumstances in which tasks are financed directly, but also indirectly by public finance sector entities - but for the purpose of performing public goals. This means that this principle also obliges in Poland private entities if they have public funds from which they finance public tasks.

Wprowadzenie

Zasada powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych zawarta jest w art. 43 aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

nia 2019 roku o finansach publicznych¹. Jej postać słowna odnosi się do określonej korzystnej sytuacji prawnej i wskazuje, że *prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, chyba że odrębne ustawy stanowią inaczej*.

Na wstępie należy jednak przypomnieć, że przepis, zgodnie z którym prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, po raz pierwszy pojawił się w regulacjach prawnych ponad 20 lat temu, tj. w ustawie o finansach publicznych z 1998 r. (art. 25 ust. 1). Regulacje opisujące prawo do realizacji zadań z ustawy z 1998 r. zostały powtórzone w takim samym brzemieniu w ustawie o finansach publicznych w 2005 r. (art. 33 ust. 1). Obowiązujące do tego momentu przepisy ustawy Prawo budżetowe ujmowały tę kwestię w nieco odmienny sposób, wskazując jedynie na możliwość udzielania z budżetu państwa dotacji dla różnych podmiotów gospodarczych, niezależnie od ich przynależności sektorowej (art.19 ust. 1; art. 19a ust. 1).

Odwołanie się do prawa realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych ma miejsce także w praktyce prawnej, w szczególności w kontekście ochrony tego prawa w procesie udzielania dotacji ze środków publicznych. Przykładem mogą być tu orzeczenia komisji orzekających w zakresie dyscypliny finansów publicznych², a także uchwały regionalnych izb obrachunkowych³. Wieloletnia obecność zasady kształtującej powszechny dostęp do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych w regulacjach, a także odniesienia do niej w praktyce prawnej pozwalają uznać ją za dysponującą instytucjonalnym oparciem konstrukcję prawną.⁴

Obecność regulacji prawnych dotyczących zasady (prawa) dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych odnotowała również doktryna prawa finansowego. W literaturze wspomina się wprost zarówno o prawie realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych jako przysługującemu ogółowi podmiotów, jak również o zasadzie powszechnego i równego dostępu do realizacji tych zadań⁵. Jednocześnie warto dostrzec, że zasada powszechnego dostępu nie była dotychczas przedmiotem szczegółowych analiz w literaturze. Znaczeniu zasady *równego dostępu do środków budżetowych* w gruncie zamówień publicznych więcej uwagi poświęcił jedynie Roman Szumlakowski w artykule opublikowanym

¹ T.j. z dnia 20 stycznia 2021 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 305), dalej: FinPublU.

² Zob. np. orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 26 lutego 2010 r., sygn. DB-0965/18/10.

³ Zob. np. uchwała RIO w Olsztynie z dnia 28 października 1999 r. XXVIII/246/99; Uchwała RIO w Krakowie z dnia 4 sierpnia 1999 r. KI-00571/349/99.

⁴ G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola w wykładni w orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011, s. 247.

⁵ L. Lipiec-Warzecha, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 207; Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 43, [w:] Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. Karlikowska M., Miemieć W., Ofiarski Z., Sawicka K., Wrocław 2010, s. 137.

w 2014 r.⁶. Autor ten lwiać część swoich rozważań odniósł jednak do zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych, które mogą być traktowane jako szczególne wyrazy zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych.

Celem niniejszego opracowania jest analiza normy prawnej zawartej w art. 43 FinPublU, w części dotyczącej zakresu jej zastosowania. Samo pojęcie „zakresu zastosowania” – zgodnie z przyjmowaną tradycyjnie w prawoznawstwie konwencją – odnoszone będzie do okoliczności faktycznych, w których badana norma prawna znajduje zastosowanie⁷. Rozważania służyć zatem będą odpowiedzi na pytanie, jakie podmioty są adresatami art. 43 FinPublU i w jakich warunkach aktualizują się wynikające z tej regulacji spoczywające na nich obowiązki.

Materiał normatywny analizowany będzie poprzez zastosowanie metody lingwistyczno-logicznej służącej ustaleniu treści obowiązującego prawa na potrzeby dogmatyki prawa finansowego. Interpretacja przepisów oparta będzie na podstawowych założeniach klaryfikacyjnej koncepcji wykładni i uwzględniać będzie dyrektywy wykładni językowej, systemowej oraz funkcjonalnej.

1. Zakres podmiotowy zastosowania zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych

W pierwszym rzędzie odnotować wypada, że zasada powszechnego dostępu umiejscowiona jest w FinPublU pomiędzy regulacjami, które dotyczą wyłącznie jednostek sektora finansów publicznych, a związane są z podstawami gromadzenia oraz wydatkowania przez nie środków publicznych (art. 42 oraz art. 44 FinPublU). Jednocześnie samo brzmienie przepisu określającego prawo powszechnego dostępu do realizacji zadań nie wyklucza możliwości jego szerokiego pojmowania. Na tym tle ujawnia się więc fundamentalny problem o zakres podmiotowy zastosowania zasady określonej w art. 43 FinPublU. Należy przy tym dostrzec, że w literaturze kwestia ta nie została dotychczas rozstrzygnięta. Część autorów zdaje się zakładać, że art. 43 FinPublU wyznacza obowiązki wyłącznie jednostkom sektora finansów

⁶ R. Szumlakowski, *Zasada równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2014, No 3576, Prawo, Tom 316, Nr 1, s. 177-190.

⁷ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 32.

publicznych⁸. Pozostali nie odnoszą się jednoznacznie do zakresu podmiotowego art. 43 FinPubU⁹ albo dopuszczają możliwość jego szerokiego zastosowania¹⁰.

Charakter prawny zasady równego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych, w tym jej zakres podmiotowy, należy jednak najpierw ująć przez pryzmat przynależności do szerszej kategorii, jaką są zasady gospodarowania środkami publicznymi.

Pojęcie „zasad gospodarowania środkami publicznymi” jest powszechnie stosowane w prawie i praktyce. Przede wszystkim jednak wpisane jest w tytuł Rozdziału 5. Działu I ustawy o finansach publicznych oraz stanowi trwałe element regulacji w niej zawartych. Biorąc więc pod uwagę całość przepisów o finansach publicznych oraz opinie formułowane w literaturze należałoby przyjąć, że zasady gospodarowania środkami publicznymi odnoszą się do całokształtu procesów finansowych realizowanych przez jednostki sektora finansów publicznych, a dotyczących środków publicznych oraz składających się na nie operacji finansowych podejmowanych dla realizacji celów publicznych¹¹.

Charakter zasad gospodarowania środkami publicznymi, w tym zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych, ujawnia się pełniej w zestawieniu z jednej strony z zasadami budżetowymi, a z drugiej z ogólnymi zasadami finansów publicznych. W związku z tym warto przypomnieć, że zasady budżetowe, tradycyjnie obecne w literaturze prawnofinansowej¹², pojmowane są najczęściej jako cechy budżetu państwowego lub samorządowego,

⁸ W. Misiąg, *Komentarz do art. 43*, [w:] W. Misiąg (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, red. W. Misiąg, Wyd. 3, Warszawa 2019, Legalis, Art. 43 FinPubU, pkt. 2; E. Ruśkowski, *Art. 43*, [w:] E. Ruśkowski, J.M. Salachna, *Nowa ustawa o finansach publicznych wraz z ustawą wprowadzającą. Komentarz praktyczny*, Gdańsk 2010, s. 175-176.

⁹ L. Lipiec-Warzecha, *op. cit.*, s. 206-207.

¹⁰ R. Szostak, *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2013, Nr 4, s. 33.

¹¹ E. Chojna-Duch, *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Warszawa 2017, s. 129; A. Skoczyła-Tworek, *Budżet zadaniowy jako wyzwanie dla audytorów wewnętrznych jednostek sektora finansów publicznych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2013, Nr 62, s. 196; E. Kowalczyk, *Charakter prawny zasad gospodarowania środkami publicznymi*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne aspekty prawa finansowego: problemy, koncepcje, wyzwania i rozwiązania*, red. A. Gorgol, Warszawa 2020, s. 256.

¹² E. Fojcik-Mastalska, R. Mastalski, *Prawo finansowe*, Warszawa 2013, s. 62-65; D. Cymian, [w:] *Podstawy finansów i prawa finansowego*, red. A. Drwiłło, Warszawa 2014, s. 328-332; E. Chojna-Duch, *Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2012, s. 139-151; P. Smoleń (red.), *Prawo finansów publicznych. Kompendium akademickie*, Warszawa 2012, s. 55-57; M. Bitner, E. Chojna-Duch, M. Grzybowski, E. Kornberger-Sokołowska, M. Supera-Markowska, *Prawo finansowe. Tom 1. Finanse publiczne*, Warszawa 2011, s. 83-88; A. Kozuch, P. Ucieklak-Jeż, E. Książek, *Finanse publiczne: wybrane zagadnienia*, Częstochowa 2014, s. 33-36; G. Szczodrowski, *Finanse publiczne*, Elbląg 2003, s. 277-282; T. Juja, *Finanse publiczne*, Poznań 2011, s. 58-62; E. Chojna-Duch, *Finanse publiczne i polskie prawo finansowe*, Warszawa 2000, s. 64-73.

wynikające z ich istoty albo postulaty względem prawa i praktyki dotyczącej konstruowania budżetu lub jego treści¹³. Tak rozumiane zasady mają jednak tylko pośredni związek z zasadami gospodarowania środkami publicznymi. Faktycznym adresatem zasad budżetowych jest bowiem ustawodawca albo projektodawca ustawy budżetowej. Natomiast zasady gospodarowania środkami publicznymi skierowane są zasadniczo do wszystkich jednostek sektora finansów publicznych¹⁴.

Pod pojęciem zasad ogólnych finansów publicznych rozumie się najczęściej podstawowe założenia, na jakich oparta jest gospodarka finansów publicznych¹⁵. Związek zasad ogólnych z zasadami gospodarowania środkami publicznymi wyraża się więc w tym, że te drugie stanowią konkretyzacje zasad ogólnych. Eugeniusz Ruśkowski stwierdza, że zasady gospodarowania środkami publicznymi „powtarzają, precyzują lub uzupełniają zasady ogólne, wynikające z konstytucji RP lub całego systemu prawa finansowego”¹⁶.

Z powyższego wynika, że zasadę powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych należy traktować jako jedną z zasad uszczegóławiających zasady ogólne finansów publicznych. Z drugiej – jako zasadę, która może znajdować uszczegółowienie w zasadach wykonywania budżetu. Powód wyodrębnienia w ustawie o finansach publicznych zasad gospodarowania środkami publicznymi należy więc łączyć z potrzebą odpowiedniego urządzenia gospodarki finansowej sektora finansów publicznych.

Spostrzeżenie to nie przesądza jednak kwestii podmiotowych aspektów zakresu zastosowania zasady powszechnego dostępu. Z przeprowadzonych wywodów wynika wprawdzie, że analizowana zasada – pomimo że nie wskazuje wprost podmiotów zobowiązanych do jej stosowania – adresowana jest co najmniej do jednostek sektora finansów publicznych. Wniosek ten potwierdza praktyka prawna, w tym judykatura¹⁷ i stanowiska nadzorcze regionalnych izb obrachunkowych¹⁸. Nie można

¹³ J. Szolno-Koguc, *Funkcjonowanie funduszy celowych w Polsce w świetle zasad racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi*, Lublin 2007, s. 27.

¹⁴ E. Kowalczyk, *op.cit.*, s. 256.

¹⁵ A. Pomorska, *Zasady ogólne finansów publicznych*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2002, Nr 6, s. 10; B. Brzeziński, W. Matuszewski, *Prawo finansów publicznych*, Toruń 2017, s. 55-60; A. Pomorska, *op.cit.*, s. 10; C. Kosikowski, *Polskie prawo finansowe na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 80; E. Ruśkowski, *Od prawa budżetowego do prawa finansowego sektora finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, red. E. Ruśkowski, t. II, Warszawa 2010, s. 27.

¹⁶ E. Ruśkowski, *Zasady gospodarowania środkami publicznymi w Polsce – wybrane uwagi*, [w:] *Nauka prawa finansowego po I dekadzie XXI wieku. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*, red. I. Czaja-Hliniak, Kraków 2012, s. 361.

¹⁷ Zob. np. orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Krakowie z dnia 9 marca 2021 r., sygn. I SA/Kr 696/20; orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Gliwicach z dnia 8 września 2020 r., sygn. III SA/Gl 217/20.

¹⁸ Zob. np. uchwałę nr V/17/2021KI-411/140/20 Regionalnej Izby Obrachunkowej w Bydgoszczy z dnia 3 lutego 2021 r.; uchwałę nr KI-411/140/20 Regionalnej Izby Obrachunkowej w Krakowie z dnia 13 maja 2020 r.; uchwałę nr 128/g117/D/18 Regionalnej Izby Obrachunkowej w Gdańsku

jednak wykluczyć dodatkowo możliwości, że zobowiązanymi do stosowania zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych są jednostki inne niż sektora finansów publicznych podmioty. Na ewentualność taką wskazuje chociażby art. 4 ust. 1 pkt. 2) FinPublU, który przewiduje, że przepisy ustawy stosuje się też do innych niż jednostki sektora finansów publicznych podmiotów w zakresie, w jakim wykorzystują środki publiczne lub dysponują tymi środkami. Jednak definitywnie o ewentualnym zastosowaniu analizowanej zasady wobec takich podmiotów przesądzać będą poniższe ustalenia dotyczące aspektów przedmiotowych zakresu jej zastosowania.

2. Zakres przedmiotowy zastosowania zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych

Istotnym elementem treści art. 43 FinPublU kształtującym zakres zastosowania zawartej w niej normy jest pojęcie „zadań finansowanych ze środków publicznych”. Jego składnik, czyli sam termin „zadanie” jest powszechnie stosowany w języku potocznym, ale także prawnym i prawniczym. Pod pojęciem tym można rozmieść to, co ktoś ma uczynić w dążeniu do określonego celu. W ujęciu prakseologicznym zadanie to pewna kategoria działań, które należy podjąć, bądź też pewien stan lub cel, który należy osiągnąć¹⁹. Termin ten najczęściej stosowany jest w badaniach z zakresu prawa publicznego i związany jest pojęciem „zadań publicznych” (czy „zadań administracji” albo „zadań państwa”) lub z nieco bardziej odległymi semiotycznie określeniami, jak „zakres działania” czy „właściwość”, a nawet „kompetencja”²⁰.

Warto w tym miejscu podkreślić, że samo pojęcie jednostek sektora finansów publicznych wiązane jest w literaturze właśnie z wykonywaniem przez nie zadań. Jednocześnie stwierdza się często, że zadania takich jednostek mają – z natury rzeczy – charakter zadań publicznych. Uznaje się mianowicie, że sektor finansów publicznych tworzą jednostki organizacyjne sektora publicznego spełniające co najmniej dwie cechy: powstają na podstawie ustaw oraz są powołane wyłącznie

z dnia 19 lipca 2018 r.; uchwałę nr 305/16 Regionalnej Izby Obrachunkowej w Białymstoku z dnia 18 stycznia 2016 r.

¹⁹ M. Tabernacka, *Konstrukcja prawna zadania publicznego*, [w:] *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej: w 35. rocznicę utworzenia Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo”; Wrocław 2005, nr 295, s. 409; Z. Cieślak, *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2002, s. 93.

²⁰ E. Schmidt-Aßmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku*, Warszawa 2001, s. 196; J. Blicharz, *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej*, Wrocław 2005, s. 33; J. Blicharz, *Zakres znaczeniowy pojęcia „zadania publiczne”*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, Wrocław 2005, No 2798, „Przegląd Prawa i Administracji” LXXI, s. 59.

w celu wykonywania zadań publicznych finansowanych ze środków publicznych²¹. Stwierdzenie to znajduje swój wyraz również w regulacjach prawnych. Ustawa o finansach publicznych niejednokrotnie odwołuje się do pojęcia zadań publicznych, charakteryzując działalność jednostek sektora finansów publicznych²². Elżbieta Malinowska-Misiąg oraz Wojciech Misiąg stwierdzają wprost, że „pojęcie zadań publicznych jest kluczem do finansów publicznych. [...] Gdyby nie było zadań publicznych, państwo nie potrzebowałoby środków finansowych”²³.

Stanowisko to nie budzi zastrzeżeń. Tradycyjnie w nauce prawa zadania publiczne zwykle bowiem się określać jako zadania wykonywane przez podmioty publiczne. O publicznym charakterze zadań decyduje w takim ujęciu ustawowy charakter źródeł zadań publicznych, nawiązujący do fundamentalnej reguły demokratycznego państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP, interes publiczny, któremu służą, a także publiczny status ich wykonawcy. Takie podejście tym bardziej pozwala utożsamiać jednostki sektora finansów publicznych ze sferą zadań publicznych²⁴, a w konsekwencji przyjąć, że wszystkie zadania przez nie wykonywane są zadaniami publicznymi lub zadaniami służącymi wykonaniu zadań publicznych²⁵.

Jednakże „publiczność” zadań nie jest zagadnieniem całkowicie czytelnym. W literaturze zauważa się, że określenie „zadanie publiczne” nie odnosi się do jakiegś definitywnie wykształconej konstrukcji prawnej. Nie ma ustawowej definicji tego pojęcia. Samo wskazanie uniwersalnych cech zadania publicznego zalicza się w doktrynie do zadań trudnych, a niekiedy nawet niecelowych²⁶. Dodatkowo znaczenie pojęcia „zadań publicznych” zależy od zmieniających się rozwiązań ustrojowych i prawnych, społecznych, politycznych i gospodarczych.

²¹ K. Sawicka, [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych*, Wrocław 2010, s. 37; A. Gorgol, *Formy funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych*, [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, red. A. Gorgol, A. Kuś, P. Smoleń, M. Tyrakowski, K. Wojewoda-Buraczyńska, W. Wójtowicz, Warszawa 2020, s. 43; E. Malinowska-Misiąg, W. Misiąg, *Finanse publiczne w Polsce*, Warszawa 2007, s. 32 i n.; E. Rutkowska-Tomaszewska, *Jednostki sektora finansów publicznych*, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012, s. 101.

²² Art. 9 pkt. 14; art. 18; art. 23 ust. 1 i inne.

²³ E. Malinowska-Misiąg, W. Misiąg, *Finanse publiczne w Polsce*, Warszawa 2007, s. 14.

²⁴ S. Fundowicz, *Dynamiczne rozumienia zadania publicznego*, [w:] *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 155.

²⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego dnia 27 września 1994 r.: „wszystkie zadania samorządu terytorialnego mają charakter zadań publicznych w tym znaczeniu, że służą zaspokojeniu potrzeb zbiorowych społeczności czy to lokalnych, w wypadku zadań własnych, czy zorganizowanego w państwo całego społeczeństwa, jak w wypadku zadań zleconych” (sygn. W 10/93, OTK 1994, cz. II, s. 197).

²⁶ M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego Zakopane 24-27.09.2006 r.*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007, s. 95; A. Mituś, *Istota wykonywania zadań publicznych z zakresu gospodarki komunalnej*, „Zeszyty Naukowe / Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie”, Kraków 2011, s. 125.

W najbardziej ogólnym ujęciu zaprezentowanym w literaturze zadanie publiczne to działania skierowane na osiągnięcie określonego celu publicznego²⁷. Wskazuje się przy tym dodatkowo na aspekt obowiązku jako elementu konstytuującego pojęcie zadania publicznego²⁸. Przy takim założeniu „wykonywanie zadania publicznego” pojmowane jest jako cały proces realizowania normy prawa materialnego, podjęty dla wykonania zawartych w nim powinności. Realizacja zadania stanowiłaby z kolei konkretyzację celu działania określonej jednostki sektora finansów publicznych²⁹. Normy określające zadania jednostek sektora finansów publicznych odnoszą się bowiem do celów lub przynajmniej kierunków działania, a także określonych obowiązków³⁰. Jak słusznie stwierdza Adam Błaś, zadania publiczne *z samej swej istoty* oznaczają obowiązek działania³¹.

Dodatkowo z obowiązkiem realizacji zadania publicznego ściśle skorelowane jest także uprawnienie do jego realizacji. Zadanie publiczne to wprawdzie obowiązek, ale jego realizacja jest jednocześnie przyznanym właściwemu podmiotowi prawem do działania w określonej prawie formie³². W związku z tym, w przypadku zadań publicznych mówić można także o „prawie do ich wykonywania”. Prawo takie należałoby rozumieć jako kompetencję, która przysługuje wskazanemu w przepisie podmiotowi (podmiotom), pełniąc tym samym funkcję służebną w stosunku do zadań. Jak stwierdza Magdalena Tabernacka: „prawne określenie zadania publicznego obejmuje wskazanie normatywne celu oraz określenie kompetencji (tj. wskazanie organu, określenie formy lub form działania, oraz sytuacji podjęcia danego zadania)”³³.

Powyższe oznacza, że pojmowanie zadań publicznych określonych podmiotów, w tym jednostek sektora finansów publicznych, musi dokonywać się z uwzględnieniem ich obligatoryjnego charakteru oraz legitymacji do ich wykonania. W tym zakresie aspekt powinności w zadaniach publicznych splata się nierozdzielnie z aspektem uprawnień. Zadania publiczne jednostek sektora finansów publicznych określić zatem można jako przyjęte wyłącznie przez państwo obowiązki zaspokajania zbiorowych i indywidualnych potrzeb człowieka poprzez odpowiednie go-

²⁷ J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Warszawa 2009, s. 39.

²⁸ L. Zacharko, *Prywatyzacja zadań publicznych gminy: Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000., s. 16-17; J. Filipek, *Elementy strukturalne norm prawa administracyjnego*, Kraków 1982, s. 65-67.

²⁹ J. Blicharz, *Zakres znaczeniowy...*, *op. cit.*, s. 61-62.

³⁰ J. Filipek, *op. cit.*, s. 67.

³¹ A. Błaś, *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały Konferencji Naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego*, Łódź 2000, s. 27.

³² M. Tabernacka, *op. cit.*, s. 421.

³³ *Ibidem*, s. 411.

spodarowanie środkami publicznymi w ramach posiadanych kompetencji. Z takim rozumieniem zadań publicznych łączy się również aspekt materialny i formalny³⁴.

W kontekście problematyki zadań finansowanych ze środków publicznych należy jednakże zwrócić uwagę na fakt, że termin „zadania” w prawie sektora finansów publicznych określany jest na wiele innych sposobów, niezwiązanych jedynie zadaniami publicznymi. Część z nich odpowiada wprawdzie ogólnemu pojęciu „zadań publicznych” w przedstawionym wyżej ujęciu, ale inne mają nieco odmienne znaczenie. Na gruncie ustawy o finansach publicznych zastosowanie znajdują takie określenia, jak „zadania budżetowe”³⁵, „zadania na rzecz administracji rządowej”³⁶, „zadania własne jednostki samorządu terytorialnego”³⁷, „zadania państwa”³⁸ czy „zadania państwowe”³⁹, „zadania ustawowe”⁴⁰, „zadania z zakresu administracji rządowej”⁴¹, ale także „zadania zlecone”⁴², „zadania bieżące finansowane z udziałem środków [europejskich]”⁴³, „zadania wyodrębnione”⁴⁴, „zadania z zakresu wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa”⁴⁵ i inne.

Również przegląd literatury prawa finansowego potwierdza wieloznaczność terminu „zadania”. Część zadań jednostek sektora finansów publicznych, do których odnoszą się autorzy, ma charakter zadań publicznych, tj. prawnie wyznaczonych podstawowych i stałych obowiązków przypisanych jednostkom sektora finansów publicznych. Jednakże termin „zadania” odnoszony jest w doktrynie prawa finansowego również do określonych przedsięwzięć realizowanych jedynie w określonym czasie, również przez podmioty spoza sektora finansów publicznych. Interesująca jest w tym zakresie konstatacja Barbara Woźniak, która stwierdza, że na gruncie finansów publicznych zadania można ujmować w szerszym i węższym znaczeniu. Zadanie publiczne *sensu stricto* dotyczą zadań ściśle związanych z realizacją funkcji publicznych. Natomiast zadania publiczne *sensu largo* to także inne zadania społeczne i zadania gospodarcze⁴⁶.

Szerokie rozumienie zadań finansowanych ze środków publicznych pozwala więc przyjąć, że nie muszą być w każdym przypadku traktowane jako zadania

³⁴ S. Fundowicz, *op. cit.*, s. 158.

³⁵ Np. art. 2 pkt. 30 lit. a); art. 41 ust. 3 FinPublU.

³⁶ Art. 13 ust. 1 FinPublU.

³⁷ Art. 14 FinPublU.

³⁸ Art. 18 FinPublU.

³⁹ Art. 29 ust. 2 FinPublU.

⁴⁰ Art. 21 ust. 1 pkt. 3) FinPublU.

⁴¹ Art. 59 ust. 4 FinPublU.

⁴² Art. 59 ust. 4 FinPublU.

⁴³ Art. 15 ust. 3 pkt. 2) FinPublU.

⁴⁴ Art. 24 ust. 1 pkt. 3) lit. b) FinPublU.

⁴⁵ Art. 58 ust. 1 pkt. 1a) FinPublU.

⁴⁶ B. Woźniak, *Zasady funkcjonowania i zakres publicznego systemu finansowego*, [w:] B. Pietrzak, Z. Polański, B. Woźniak, *System finansowy w Polsce 2*, Warszawa 2015, s. 25.

publiczne w ścisłym znaczeniu. Wprawdzie fakt ich publicznego finansowania każe uznać, że ich realizacja służy zawsze ostatecznie zadaniom publicznym, jednak one same mogą być traktowane jedynie jako inne zadania (przedsięwzięcia, działania, projekty etc.). Można zatem uznać, że zasada równego dostępu dotyczy zadań o zróżnicowanym znaczenia – zarówno takich, które można określić jako publiczne, jak i zadań w innym znaczeniu, ale służących w efekcie realizacji zadań publicznych.

3. Finansowanie zadań ze środków publicznych

Elementem pojęcia „zadań finansowanych ze środków publicznych” jest również zjawisko finansowania, które pozwala jeszcze dokładniej określić zakres zastosowania analizowanej zasady. Na gruncie doktryny prawa finansowego, w tym finansów publicznych, termin „finansowanie” – choć stosowany bardzo często – nie doczekał się jednak powszechnie przyjmowanej definicji. Utrwalone sposoby użycia tego terminu w opracowaniach podręcznikowych i monograficznych odwołują się zazwyczaj do takich określeń, jak np. przekazywanie środków publicznych, zaopatrywanie w środki publiczne czy transfer środków pieniężnych⁴⁷.

Próbkę kompleksowego opisu pojęcia „finansowanie” podjął w latach 70. XX w. Ryszard Ciałkowski. Z poczynionych przez tego Autora analiz wynikało, że sposoby pojmowania „finansowania” już wówczas odnoszono do związku z przeznaczeniem (ujęcie przedmiotowe) albo relacji między podmiotem finansującym a finansowanym (ujęcie podmiotowe). W ujęciu przedmiotowym akcentuje się kwestie pokrywania określonych potrzeb finansowych albo kosztów realizacji celów i zadań, natomiast w ujęciu podmiotowym nacisk kładziony jest na przekazywanie czy transfer środków pieniężnych pomiędzy stronami⁴⁸. Podobnie stwierdzał Andrzej Komar, doprecyzowując jednocześnie, że finansowanie przedmiotowe związane jest z przekazywaniem środków pieniężnych na realizację pośrednio lub bezpośrednio określonych celów społecznych, gospodarczych i innych, a podmiotowe z transferem środków na rzecz określonych podmiotów⁴⁹. Zachowując podział finansowania na przedmiotowe i podmiotowe Jan Sobiech wskazał z kolei na finansowanie polegające na zakupie przez państwo ze środków publicznych dóbr i usług publicznych oraz finansowanie podmiotowe związane z pokrywaniem kosztów działalno-

⁴⁷ T. Dębowska-Romanowska, *Wybrane zagadnienia klasyfikacji ekonomiczno-prawnej dotacji*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1989, t. XLIII, Wrocław 1989, s. 22; A. Gorgol, *Prawne aspekty publicznego finansowania partii politycznych w Polsce i na poziomie europejskim*, Lublin 2011, s. 131-132.

⁴⁸ R. Ciałkowski, *Pojęcie finansowania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1973, ser. I, 95, s. 2-3.

⁴⁹ A. Komar, *Finansowanie*, [w:] *System instytucji prawno-finansowych PRL, t. I Instytucje ogólne*, red. M. Weralski, Warszawa 1982, s. 277.

ści określonych podmiotów⁵⁰. Oczywiście kluczowym w pojęciu finansowania jest zagadnienie wydatku – łączonego zazwyczaj w doktrynie z finalnym przejawem procesów finansowych (jako „ostateczny skutek fiskalnej aktywności państwa”)⁵¹ oraz realizacją określonych celów (czyli zaspokojenia potrzeb publicznych)⁵².

Istotnym dopełnieniem pojęcia finansowania zadań jest pojęcie „środków publicznych”, które funkcjonuje zarówno w ujęciu normatywnym, jak i teoretycznym⁵³. Normatywna koncepcja środków publicznych wynikająca z FinPublU oparta jest na wyliczeniu rodzajów środków składających się na tę kategorię. Natomiast w literaturze dostrzega się również potrzebę definicji środków publicznych⁵⁴. W ujęciu teoretycznym nie budzi wątpliwości przedstawiciele doktryny to, że środkami publicznymi są wyłącznie środki pieniężne, które zostały otrzymane z określonych tytułów i źródeł przez jednostki sektora finansów publicznych lub uiszczone na rzecz budżetu publicznego⁵⁵. Środki publiczne opisuje się również jako „publiczne zasoby finansowe”, czyli „wszelkie wpływy pieniężne”, do jakich pobierania ustawowo upoważniony jest dany podmiot publiczny oraz te wpływy, które danemu podmiotowi przypadają jako dochody i pożytki z przysługujących mu praw majątkowych⁵⁶. Oznacza to, że o uzyskaniu publicznego charakteru przez środki pieniężne przesądza publiczny status podmiotu, któremu się należą lub który uzyskuje.

W doktrynie spotkać można pogląd, że środki publiczne tracą swój charakter w momencie ich przekazania jednostce spoza sektora finansów publicznych⁵⁷. Jednak już w koncepcjach posługujących się kryterium celowościowym zarówno uzyskanie, jak i utrata cechy publiczności przez środki pieniężne wiązana jest z ich przeznaczeniem. Z tej perspektywy środki zachowują charakter publicznych, o ile służą publicznemu celowi. Przykładem takiego stanowiska jest orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 5 września 2009 r.⁵⁸. Sąd, uchylając orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej⁵⁹, stwierdził, że środki publiczne nie tracą publicznego charakteru, a więc nie stają się środkami prywatnymi, gdy

⁵⁰ E. Denek, J. Sobiech, J. Wolniak, *Finanse publiczne*, Warszawa 2001, s. 113.

⁵¹ S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 233.

⁵² A. Majchrzycka-Guzowska, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1998, s. 47; T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego, t. II*, Warszawa 2010, s. 119; E. Denek, J. Sobiech, J. Wolniak, *op. cit.*, s. 103.

⁵³ S. Owsiak, *op. cit.*, s. 418.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ J.M. Salachna, *Środki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, tom II, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010, s. 85.

⁵⁶ T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne...*, *op. cit.*, s. 123.

⁵⁷ J.M. Salachna, *Środki publiczne...*, *op. cit.*, s. 85; E. Malinowska-Misiąg, W. Misiąg, *op. cit.*, s. 99; J.M. Salachna, *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Komunalne” 6/2005, s. 35-36.

⁵⁸ V SA/Wa 495/07 niepubl.

⁵⁹ DF/GKO-4900-36/49/06/965.

podmiot spoza sektora finansów publicznych otrzyma je w formie dotacji celowej. Dobitne potwierdzenie takiego punktu widzenia znajduje się w obowiązującej aktualnie ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁶⁰. Przewiduje ona wyraźnie, że odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają m.in. osoby wykonujące w imieniu podmiotu niezaliczanego do sektora finansów publicznych, któremu przekazano do wykorzystania lub dysponowania środki publiczne, czynności związane z wykorzystaniem tych środków lub dysponowaniem tymi środkami⁶¹.

W konsekwencji przeprowadzonych analiz nasuwa się więc wniosek, że samo finansowanie określonych zadań ze środków publicznych może być dokonywane nie tylko przez podmioty publiczne, ale także przez podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych. W aktualnym stanie prawnym podmioty takie mogą gospodarować przekazanymi im środkami publicznymi, a jednym z celów takiego gospodarowania może być finansowanie realizacji zadań przez inne podmioty. Przykładem może być tu instytucja wdrażająca, o której mowa w ustawie z dnia 6 grudnia 2006 o zasadach prowadzenia polityki rozwoju⁶². Może nią być podmiot publiczny lub prywatny, któremu na podstawie porozumienia lub umowy została powierzona, w ramach programu operacyjnego, realizacja zadań odnoszących się bezpośrednio do beneficjentów⁶³. Instytucja zarządzająca m.in. ogłasza konkursy w celu wyłonienia projektów do dofinansowania⁶⁴. Może też powierzyć realizację czynności technicznych związanych z obsługą swoich zadań innym podmiotom na podstawie odpowiednio porozumienia lub umowy⁶⁵.

Konkluzja

Przedstawione rozważania pozwalają na sformułowanie wniosku, że zakres zastosowania normy prawnej konstytuującej zasadę powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych obejmuje działalność wszystkich podmiotów, które dysponując środkami publicznymi wydatkują je na rzecz innych podmiotów, w związku z powierzoną im realizacją określonych zadań. Wynika z tego, że zobowiązanymi do stosowania zasady powszechnego dostępu do realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych są więc nie tylko jednostki

⁶⁰ Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. z dnia 22 stycznia 2021 r., Dz. U. z 2021 r. poz. 289).

⁶¹ Art. 4 ust. 1 pkt. 4).

⁶² T.j. z dnia 6 czerwca 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1295).

⁶³ Art. 5 pkt. 4).

⁶⁴ Art. 29 ust. 1.

⁶⁵ Art. 27 ust. 4.

sektora finansów publicznych, ale również jakiegokolwiek inne podmioty dysponujące środkami publicznymi w celu finansowania określonych zadań. Konstatacja ta ma istotne konsekwencje natury dogmatycznej, a także praktycznej. Przełamuje przekonanie, że wszystkie zasady gospodarowania środkami publicznymi zawarte w Rozdziale 5. Działu I ustawy o finansach publicznych są zaadresowane wyłącznie do jednostek sektora finansów publicznych oraz wymaga uznania, że samo ustawowe pojęcie zasad gospodarowania środkami publicznymi nie przynależy wyłącznie do sektora finansów publicznych.

W powyższej konkluzji ujawnia się również *ratio legis* analizowanej regulacji. Sprowadza się ona nie tylko to konieczności urzędzenia działalności jednostek sektora finansów publicznych, ale także właściwego prowadzenia przez jakiegokolwiek podmioty gospodarki środkami publicznymi przeznaczanymi na realizację określonych zadań doniosłych społecznie. Racja ta nabiera szczególnego znaczenia w świetle procesów wyrażających się w konsensualnych formach współpracy podmiotów publicznych z podmiotami prywatnymi, którym towarzyszy transfer środków publicznych, a dalej ich wydatkowanie na rzecz kolejnych podmiotów ubiegających się o realizację określonych zadań. Pewne przejawy takiego pojmowania zakresu zastosowania analizowanej zasady spotkać już można w orzecznictwie zapadłym w ostatnich latach⁶⁶. Wynika z niego, że tak długo, jak środki pieniężne zachowują swój publiczny charakter, sposób gospodarowania nimi poddany jest reżimowi finansów publicznych.

Ustalenia zawarte w niniejszym artykule w sposób szczególny dotyczą chociażby instytutów badawczych. Podmioty te, będąc państwowymi jednostkami organizacyjnymi, nie są jednocześnie jednostkami sektora finansów publicznych. Jednakże mogą osiągać przychody z subwencji i dotacji ze środków publicznych, w tym z dotacji celowych na finansowanie realizacji zleconych zadań, w tym zadań szczególnie ważnych dla planowania i realizacji polityki państwa, których wykonanie jest niezbędne dla zapewnienia obronności i bezpieczeństwa publicznego, działania wymiaru sprawiedliwości, ochrony dziedzictwa narodowego, rozwoju edukacji i kultury, kultury fizycznej i sportu oraz poprawy jakości życia obywateli⁶⁶. W konsekwencji wydatkowanie otrzymanych środków publicznych przez instytut wymaga uwzględnienia, że prawo ubiegania się o realizację zadań przez nie finansowanych przysługuje ogółowi podmiotów.

⁶⁶ Art. 1 ust. 1, art. 18 ust. 8, art. 21 ust. 6; art. 22 pkt. 2 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (t.j. z dnia 15 lipca 2020 r., Dz. U. z 2020 r. poz. 1383).

Literatura

- Bitner M., Chojna-Duch E., Grzybowski M., Kornberger-Sokołowska E., Supera-Markowska M., *Prawo finansowe. Tom 1. Finanse publiczne*, Warszawa 2011.
- Blicharz J., *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej*, Wrocław 2005.
- Blicharz J., *Zakres znaczeniowy pojęcia „zadania publiczne”*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, No 2798, „Przegląd Prawa i Administracji” LXXI, Wrocław 2005.
- Błaś A., *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych*, [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia. Materiały Konferencji Naukowej Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego*, Łódź 2000.
- Brzeziński B., W. Matuszewski, *Prawo finansów publicznych*, Toruń 2017.
- Ciałkowski R., *Pojęcie finansowania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego” 1973, ser. I, 95.
- Cieslak Z., *Prawo administracyjne. Część ogólna*, Warszawa 2002.
- Chojna-Duch E., *Finanse publiczne i polskie prawo finansowe*, Warszawa 2000.
- Chojna-Duch E., *Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2012.
- Chojna-Duch E., *Polskie prawo finansowe. Finanse publiczne*, Warszawa 2017.
- Cymian D., [w:] *Podstawy finansów i prawa finansowego*, red. A. Drwiłło, Warszawa 2014.
- Dębowska-Romanowska T., *Wybrane zagadnienia klasyfikacji ekonomiczno-prawnej dotacji*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, t. XLIII, Wrocław 1989.
- Dębowska-Romanowska T., *Wydatki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, t. II, Warszawa 2010.
- Denek E., Sobiech J., Wolniak J., *Finanse publiczne*, Warszawa 2001.
- Filipek J., *Elementy strukturalne norm prawa administracyjnego*, Kraków 1982.
- Fojcik-Mastalska E., Mastalski R., *Prawo finansowe*, Warszawa 2013.
- Fundowicz S., *Dynamiczne rozumienia zadania publicznego*, [w:] *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009.
- Gorgol A., *Formy funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych*, [w:] *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, A. Gorgol, A. Kuś, P. Smoleń, M. Tyrakowski, K. Wojewoda-Buraczyńska, W. Wójtowicz, red. nauk. W. Wójtowicz, Warszawa 2020.
- Gorgol A., *Prawne aspekty publicznego finansowania partii politycznych w Polsce i na poziomie europejskim*, Lublin 2011.
- Juja T., *Finanse publiczne*, Poznań 2011.
- Komar A., *Finansowanie*, [w:] *System instytucji prawno-finansowych PRL, t. I, Instytucje ogólne*, red. M. Weralski, Warszawa 1982.
- Kosikowski C., *Polskie prawo finansowe na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
- Kowalczyk E., *Charakter prawny zasad gospodarowania środkami publicznymi*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne aspekty prawa finansowego: problemy, koncepcje, wyzwania i rozwiązania*, red. A. Gorgol, Warszawa 2020.
- Kozuch A., Ucieklak-Jeż P., Książek E., *Finanse publiczne: wybrane zagadnienia*, Częstochowa 2014.
- Lipiec-Warzecha L., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Majchrzycka-Guzowska A., *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1998.
- Malinowska-Misiąg E., Misiąg W., *Finanse publiczne w Polsce*, Warszawa 2007.
- Maroń G., *Zasady prawa. Pojmowanie i typologie a rola w wykładni w orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011.
- Misiąg W., *Komentarz do art. 43*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, red. W. Misiąg, Wyd. 3, Warszawa 2019.
- Mituś A., *Isota wykonywania zadań publicznych z zakresu gospodarki komunalnej*, „Zeszyty Naukowe / Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie”, Kraków 2011.
- Ofiarski Z., *Komentarz do art. 43*, [w:] *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. M. Karlikowska, W. Miemieć, Z. Ofiarski, K. Sawicka, Wrocław 2010.

- Owsiak S., *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006.
- Pomorska A., *Zasady ogólne finansów publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2002, Nr 6.
- Rutkowska-Tomaszewska E., *Jednostki sektora finansów publicznych*, [w:] *Prawne aspekty prywatyzacji*, red. J. Blicharz, Wrocław 2012.
- Ruśkowski E., *Art. 43*, [w:] E. Ruśkowski, J. M. Salachna, *Norwa ustawa o finansach publicznych wraz z ustawą wprowadzającą. Komentarz praktyczny*, Gdańsk 2010.
- Ruśkowski E., *Od prawa budżetowego do prawa finansowego sektora finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, t. II, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010.
- Ruśkowski E., *Zasady gospodarowania środkami publicznymi w Polsce – wybrane uwagi*, [w:] *Nauka prawa finansowego po I dekadzie XXI wieku. Księga Pamiątkowa dedykowana Profesorowi Apoloniuszowi Kosteckiemu*, red. I. Czaja–Hliniak, Kraków 2012.
- Salachna J.M., *Środki publiczne, ich formy prawne oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System prawa finansowego*, tom II, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010.
- Salachna J.M., *Zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych a legalne pojęcie środków publicznych – wybrane aspekty*, „Finanse Komunalne” 2005, 6.
- Sawicka K., [w:] M. Karlikowska, W. Miemiec, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych*, Wrocław 2010.
- Schmidt–Aßmann E., *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku*, Warszawa 2001.
- Skoczyła–Tworek A., *Budżet zadaniowy jako wyzwanie dla audytorów wewnętrznych jednostek sektora finansów publicznych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2013, Nr 62.
- Smoleń P. (red.), *Prawo finansów publicznych. Compendium akademickie*, Warszawa 2012.
- Szczodrowski G., *Finanse publiczne*, Elbląg 2003.
- Szołno–Koguc J., *Funkcjonowanie funduszy celowych w Polsce w świetle zasad racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi*, Lublin 2007.
- Szostak R., *Podstawowe instrumenty administracyjne w zamówieniach publicznych*, „Kwartalnik Prawo Zamówień Publicznych” 2013, Nr 4.
- Stahl M., *Cele publiczne i zadania publiczne*, [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego Zakopane 24–27.9.2006 r.*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2007.
- Szumalakowski R., *Zasada równego dostępu do środków budżetowych jednostek samorządu terytorialnego dla wykonawców zadań publicznych*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2014, No3576, Prawo Tom 316 Nr 1.
- Tabernacka M., *Konstrukcja prawna zadania publicznego*, [w:] *Współczesne europejskie problemy prawa administracyjnego i administracji publicznej: w 35. rocznicę utworzenia Instytutu Nauk Administracyjnych Uniwersytetu Wrocławskiego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo”, nr 295, Wrocław 2005.
- Woźniak B., *Zasady funkcjonowania i zakres publicznego systemu finansowego*, [w:] *System finansowy w Polsce 2*, red. B. Pietrzak, Z. Polański, B. Woźniak, Warszawa 2015.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.
- Wyporska–Frankiewicz J., *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Warszawa 2009.
- Zacharko L., *Prywatyzacja zadań publicznych gminy. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2000.

Beata Kozicka

Uniwersytet Opolski, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu

ORCID 0000-0001-8329-1023

bkozicka@uni.opole.pl

W kwestii pominięcia przez sąd administracyjny niekonstytucyjnych przepisów ustawy

Słowa kluczowe: Konstytucja RP, kontrola sądowa, sądy, niekonstytucyjność, pytanie prawne

Streszczenie. W publikacji przedstawiono podstawy orzekania przez sąd administracyjny z pominięciem przepisu ustawy, który ten sąd ocenia jako niekonstytucyjny. Tym samym podejmuje problematykę realizacji podstawowego celu, jakim jest ukazanie roli sądownictwa administracyjnego w ostatecznym ukształtowaniu praw i obowiązków adresata działań administracji jako gwaranta ochrony praw jednostki, która mogłaby zostać pozbawiona ochrony prawnej na etapie stosowania prawa przez podmiot dysponujący władztwem administracyjnym (imperium). Rolę tę zaprezentowano w aspekcie orzekania przez sądy administracyjne w sytuacji, gdy TK uznał normy zawarte w przepisie poddanego jego kontroli aktu za niekonstytucyjne, a które w tożsamym brzmieniu bądź znaczeniu znajdują się w innym akcie prawnym tej samej rangi, bądź też ustawodawca powtórzył je (z mniejszymi lub w ogóle modyfikacjami) w regulacjach zmieniających przepis uznany za niekonstytucyjny lub zawarł je w przepisach go wprowadzających.

Regarding the omission by the administrative court of unconstitutional provisions of the act

Keywords: Constitution RP, judicial control, judicial, unconstitutionality, legal question

Summary. The publication presents the grounds for adjudication by the administrative court, disregarding the provision of the act, which the court considers unconstitutional. Thus, it takes up the issue of the implementation of the basic goal, which is to show the role of administrative judiciary, in the final shaping of the rights and obligations of the addressee of administrative activities as a guarantor of the protection of the rights of an individual, who could be deprived of legal protection at the stage of applying the law by an entity with administrative power (empire). This role was presented in the aspect of adjudication by administrative courts in a situation where the Constitutional Tribunal found the norms contained in the provision of the act under review to be unconstitutional, and which in the same wording or meaning are found in another legal act of the same rank, or the legislator repeated them (with minor or no modifications) in the regulations amending the provision deemed unconstitutional, or included them in the provisions introducing it.

*Ex iniuria ius non oritur*¹

¹ (łac.) Prawo nie rodzi się z bezprawia.

Uwagi wprowadzające

Konstytucja RP w art. 45 ust. 1² gwarantuje każdemu prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Regulacja zawarta w tym przepisie powszechnie łączona jest z konstytucyjnym prawem do sądu³. Mając na uwadze, że od samego wejścia w życie obowiązującej Konstytucji zarysował się spór na temat tego, czy sądy mogą sprawować kontrolę konstytucyjności⁴, to pomimo upływu lat nie stracił on na swej aktualności. Zasadniczo w głównej mierze dotyczy on przede wszystkim możliwości sądowej oceny zgodności z Konstytucją ustaw, gdyż w zakresie aktów podstawowych takie uprawnienie sądów raczej nie było kontestowane⁵.

W literaturze przedmiotu podnosi się przy tym, że sądownictwo administracyjne wykazuje tendencję do wykorzystywania wypowiedzi trybunalskich jako „pomostu” do zastosowania unormowań Konstytucji⁶.

Podejmowane w publikacji problemy nabierają szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy TK uznał normy zawarte w przepisie poddanego jego kontroli aktu za niekonstytucyjne, a które w tożsamym brzmieniu bądź znaczeniu, znajdują się w innym akcie prawnym tej samej rangi, bądź też ustawodawca powtórzył je (z mniejszymi lub w ogóle modyfikacjami) w regulacjach zmieniających przepis uznany za niekonstytucyjny lub zawarł je w przepisach go wprowadzających. Kwestia ma za-

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483; sprost. Dz. U. z 2001 r. nr 28, poz. 319; zm. Dz. U. z 1998 r. nr 21, poz. 94 z późn zm.).

³ L. Garlicki, M. Derlatka, M. Wiącek, *Od redaktorów naukowych*, [w:] *Na straży państwa prawa. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. L. Garlicki, M. Derlatka, M. Wiącek, Warszawa 2016, s. 17.

⁴ K. Pleszka, *Paradygmat interpretacyjny w multicentrycznym systemie prawa*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Żolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 646 i n.

⁵ L. Garlicki, *Trybunał Konstytucyjny a sądownictwo*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 1, s. 10 i n.; A. Mączyński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 5, s. 3 i n.; B. Nita, *Bezpośrednie stosowanie konstytucji a rola sądów w ochronie konstytucyjności prawa*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 9 s. 36 i n.; P. Mikuli, *W sprawie ewentualnej możliwości kontroli konstytucyjności ustaw przez sądy*, [w:] *Szkice o zasadach i instytucjach ustrojowych II i III Rzeczypospolitej*, red. M. Grzybowski, Kraków 2002, s. 185 i n.; A. Preisner, *Dookoła Wojtek. Jeszcze o bezpośrednim stosowaniu Konstytucji RP*, [w:] *Sześć lat stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Galicki, A. Szmyt, Warszawa 2003, s. 230-245.

⁶ M. Zirk-Sadowski, [w:] *System prawa administracyjnego*. Tom 4. *Wykładnia w prawie administracyjnym*, red. R. Hauser, Ż. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 404; Informacja o działalności sądów administracyjnych za rok 2006, s. 205, gdzie stwierdzono, że „analiza orzeczeń sądów administracyjnych wydanych w 2006 r. daje podstawę do tezy, że stosowanie przepisów konstytucyjnych coraz bardziej staje się zwykłą praktyką przy rozstrzyganiu konkretnych spraw sądowniczych. Co prawda, nadal podstawowe źródło obecności przepisów Konstytucji w orzecznictwie sądowym tkwi w inspiracji zewnętrznej związanej czy to z oddziaływaniem na rozstrzygnięcia sądów orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, czy też z wnioskami stron procesowych, lecz daje się zauważyć praktykę samoistnego sięgania do jej przepisów przez sądy”.

sadnicze, wręcz fundamentalne znaczenie na etapie stosowania prawa dla pomiotów znajdujących się w sytuacji prawnej normowanej nimi, zwłaszcza gdy dojdzie do wykreowania na ich podstawie stosunku prawnego, poddanego kontroli sądowej. W piśmiennictwie podnosi się, że ma ona szczególne znaczenie w państwie prawa przede wszystkim w aspekcie pewności obrotu prawnego i jego bezpieczeństwa jako wartości ważnych i wymagających respektu⁷.

W systemie prawa występują wszak, i to nierzadko, sytuacje, kiedy albo ta sama norma prawna zostanie zawarta w różnych przepisach tej samej mocy prawnej, a tylko w jednym przypadku nastąpiła kontrola jej konstytucyjności, w wyniku której uznano ją za niekonstytucyjną, albo też zostanie powtórzona w procesie stanowienia prawa. Wówczas na etapie sądowej kontroli powstaje kwestia wyboru przez sąd dalszego procedowania, czy orzekać, czy też przedstawić w trybie art. 193 Konstytucji pytanie prawne⁸. Krzysztof Pleszka zwraca uwagę, co należy w pełni zaakceptować jako stanowiące wyraz woli Ustrojodawcy, że stosujący prawo sąd ma obowiązek bezpośrednio stosować normy Konstytucji (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP)⁹. Autor obowiązek ten odnosi także do norm ratyfikowanych umów międzynarodowych obowiązujących w systemie wewnętrznym (art. 87 Konstytucji RP) oraz norm prawa unijnego i to z pierwszeństwem przed normami prawa krajowego¹⁰.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, ale także w piśmiennictwie, do którego odwołuje się Trybunał, wskazuje się, że przy ustalaniu relewantności pytania prawnego należy mieć na uwadze, że z reguły brak będzie podstaw do przyjęcia wystąpienia tej przesłanki wtedy, gdy rozstrzygnięcie sprawy jest możliwe bez uruchamiania instytucji pytań prawnych¹¹. Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że jeżeli na etapie stosowania dojdzie do jej zastosowania i tym samym działania organów na jej podstawie, to na etapie sądowej kontroli powinna być uznana przez ten sąd, że jako sprzeczna z prawem nie może funkcjonować w obrocie prawnym. Wszak doszło do usunięcia danej regulacji z systemu prawa poprzez wydanie wy-

⁷ M. Safian, *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, wystąpienie wygłoszone w Komitecie Nauk Prawnych, 6 stycznia 2013 r., <https://trybunal.gov.pl/informacja-publiczna-media/archiwum/wystapienia-bylych-prezesow-tk/marek-safjan-2/> [dostęp: 20.03.2021].

⁸ Stosownie do art. 193 Konstytucji, każdy sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem.

⁹ Zob. K. Pleszka, *Paradygmat interpretacyjny w multicytrycznym systemie prawa*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, t. 1, Warszawa 2012, s. 646 i n.

¹⁰ Tamże, s. 646 i n.

¹¹ Tak: A. Kabat, *Pytania prawne do Trybunału Konstytucyjnego*, Białystok 1995, BWP, s. 77, wskazany w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z 29 marca 2000 r., sygn. akt P 13/99, publ. OTK 2000/2/68.

roku TK, którego zgodnie z art. 190 ust. 1 Konstytucji orzeczenia mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne¹².

Publikacja stanowi próbę odpowiedzi na pytanie co do podstaw, granic i zakresu orzekania przez sąd administracyjny z pominięciem przepisu ustawy, który sąd ocenia jako niekonstytucyjny. Tym samym podejmuje problematykę realizacji podstawowego celu, jakim jest ukazanie roli sądownictwa administracyjnego w ostatecznym ukształtowaniu praw i obowiązków adresata działań administracji. Prezentowane zagadnienie ma istotne znaczenie praktyczne, albowiem – antycypując nieco wywody zawarte publikacji – można postawić tezę, że gdyby nie ta możliwość sądu, jednostka mogłaby zostać pozbawiona ochrony prawnej na etapie stosowania prawa przez podmiot dysponujący władztwem administracyjnym (imperium). Posługując się metodą dogmatycznoprawną, przeanalizuję rozwiązania prawne obowiązujące w prezentowanym zakresie.

Jednocześnie uwzględniając obszerność i złożoność tematyki ograniczyłam się do wybranych regulacji prawnych i problemów pozwalających na wskazanie podstaw do orzekania przez sąd administracyjny z pominięciem przepisu ustawy, który ten sąd ocenia jako niekonstytucyjny.

Wtórna niekonstytucyjność i oczywista sprzeczność przepisu z Konstytucją

Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że w państwie prawa przepis oceniony jako niekonstytucyjny, z którego wyinterpretowano określoną normę prawną, w obrocie prawnym nie może zostać uznany za zgodny z prawem¹³. Odróżniając relacje pomiędzy utratą mocy przepisu uznanego za niekonstytucyjny, czyli jego derogacją z porządku prawnego a jego stosowalnością należy wskazać, że art. 190 ust. 1 Konstytucji RP stanowi *explicite*, iż orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne. Sformułowanie „moc powszechnie obowiązującą” przybliżyła walor wyroków Trybunału do źródeł prawa

¹² Tamże, a także: B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 57-58; *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, red. M. Zubik, Warszawa 2008, s. 47 i n.

¹³ Zob. Wyrok NSA z 24 października 2013 r., sygn. akt II FSK 2673/11, CBOSA, wyrok WSA w Łodzi z 17 grudnia 2013 r., sygn. akt I SA/Łd 808/13, CBOSA; wyrok WSA w Gliwicach z 22 grudnia 2010 r., sygn. akt II SA/Gl 706/10, CBOSA; wyrok WSA we Wrocławiu z 9 grudnia 2010 r., sygn. akt III SA/Wr 217/10, CBOSA; wyrok WSA w Szczecinie z 6 października 2010 r., sygn. akt II SA/Sz 344/10, CBOSA; wyrok WSA w Łodzi z 5 października 2010 r., sygn. akt III SA/Łd 333/10, CBOSA; wyrok WSA w Łodzi z 13 stycznia 2010 r., sygn. akt III SA/Łd 519/09, CBOSA; oraz inne w nich wskazane, a także P. Sadowski, *Niekonstytucyjność wtórna przepisów ustawowych – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, Nr 3 (25)/2015, s. 61 i n., i orzecznictwo tam przytoczone, Google scholar.

powszechnie obowiązującego z art. 87 ust. 1 Konstytucji RP, w zakresie dotyczącym kręgu adresatów, którzy winni zapadłe judykaty respektować i dokonywać ich wdrożenia (implementacji). W orzecznictwie przyjmuje się, że akt normatywny uchylony (w całości lub w części) na skutek orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, niezależnie od odroczenia utraty jego mocy obowiązującej, traci cechę domniemania konstytucyjności. Wzruszenie tego domniemania następuje już z momentem ogłoszenia wyroku Trybunału na sali rozpraw¹⁴. Z tą też chwilą – co nie powinno budzić żadnych wątpliwości – akt taki nie spełnia standardów konstytucyjnych. Zmiana w stanie prawnym wynikająca z orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego uzasadnia konieczność przełamania zasady *tempus regit actum* i w konsekwencji rodzi potrzebę ponownego rozpoznania sprawy z pominięciem niekonstytucyjnej regulacji, nawet pomimo tego, że regulacja taka była objęta domniemaniem konstytucyjności w dniu wydania decyzji¹⁵.

Zatem nie ma żadnej wątpliwości, że orzeczenia Trybunału wiążą sądy administracyjne i mają dla ich orzecznictwa nierzadko charakter prawotwórczy¹⁶. Skutkiem, następstwem uznania za niekonstytucyjne przepisów w określonym zakresie jest obowiązek zapewnienia przez wszystkie sądy, które orzekały na podstawie niekonstytucyjnych przepisów prawa, stanu zgodnego z Konstytucją w zakresie wiążąco rozstrzygniętym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego¹⁷. Przy czym, ponieważ ani przy tym Ustrojodawca, ani też ustawodawca nie precyzuje w normie związanej sposobu związania sądów rozstrzygnięciami TK i nie narzuca reakcji sądu na taki judykat, to jednak w sytuacji, gdy norma uznana przez Trybunał za niekonstytucyjną skutkuje nową niekonstytucyjnością na etapie kontroli sądowej, stanowi możliwość orzekania z pominięciem tego przepisu ustawy, który sąd ocenia jako niekonstytucyjny¹⁸.

W literaturze przedmiotu stan taki określa się mianem wtórnej niekonstytucyjności prawa. Identyfikowana jest ona w sytuacji, gdy dokonana przez ustawodawcę lub Trybunał Konstytucyjny zmiana normatywna skutkuje nową niekonstytucyjnością, co można ustalić na podstawie stanowiska wyrażonego w orzecz-

¹⁴ Wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 27 kwietnia 2005 r. sygn. akt P 1/05, OTK-A z 2005 r. Nr 4, poz. 42; z 13 marca 2007 r. sygn. akt K 8/07, OTK-A z 2007 r. Nr 3, poz. 26; z 11 maja 2007 r. sygn. akt K 2/07, OTK-A z 2007 r. Nr 5, poz. 48.

¹⁵ Wyrok NSA z 2 kwietnia 2014 r., I OSK 2296/12, CBOSA.

¹⁶ R. Hauser, J. Trzciniński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008, s. 11.

¹⁷ Zob. uchwałę z 23 stycznia 2001 r., III ZP 30/00, OSNAPiUS z 2001 r. Nr 23, poz. 685 a także wyroki SN z 18 maja 2010 r., III UK 2/10, OSNP 2011 r. nr 21-22.

¹⁸ Poniżej kwestia ta zostanie szerzej rozwinięta.

niu TK czy też z wynikających z niego, a dotyczącego analogicznego problemu konstytucyjnego¹⁹.

Zwrócił na to uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale z 7 grudnia 2009 r., sygn. I OPS 9/09²⁰ stwierdzając w niej, że w sytuacji, w której po wniesieniu skargi kasacyjnej przez stronę TK orzekł o niezgodności z Konstytucją aktu normatywnego, na podstawie którego zostało wydane zaskarżone orzeczenie, jeżeli niekonstytucyjny przepis nie został wskazany w podstawach kasacyjnych, Naczelny Sąd Administracyjny powinien zastosować bezpośrednio przepisy art. 190 ust. 1 i 4 Konstytucji RP i uwzględnić wyrok TK nie będąc związanym treścią art. 183 § 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²¹.

Zauważenia wymaga przy tym, że sformułowanie „wtórna niekonstytucyjność” w zupełnie innym kontekście wykorzystywane jest w nauce prawa i w orzecznictwie. Przy czym, na co zwracają uwagę znawcy przedmiotu, w polskim piśmiennictwie pojawiła się definicja wtórnej niekonstytucyjności zaczerpnięta z doktryny niemieckiej, ściśle związana z obowiązkiem wykonywania orzeczeń sądu konstytucyjnego. Zgodnie z niemiecką myślą prawniczą, żeby uznać, że doszło do powtórzenia niekonstytucyjnej regulacji, muszą wystąpić łącznie dwie przesłanki: pierwsza – identyczność treściowa, czyli identyczność sposobu i obszaru regulacji, oraz druga – identyczność błędu, czyli powtórzenie poprzedniego naruszenia konstytucji²². Przy szerokim spektrum rozważań doktrynalnych w tym przedmiocie²³, zgodność stanowisk występuje w uznaniu, że wtórna niekonstytucyjność zachodzi zawsze, gdy ustawodawca uchwali normy, które powtarzają rozwiązania raz już uznane za niekonstytucyjne. Przykładem uznawania wtórnej niekonstytucyjności w orzecznictwie sądownoadministracyjnym są wyroki wydawane w następstwie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego o sygn. P 46/0743²⁴, mocą którego Trybunał derogo-

¹⁹ K. Kos, *O pojęciu wtórnej niekonstytucyjności prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, nr 2/2018, s. 11-38.

²⁰ Uchwała z 7 grudnia 2009 r., sygn. I OPS 9/09, ONSAiWSA nr 2/2010, poz. 16. Uchwała podjęta na wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich, w której przyjęto, że opisana sytuacja faktyczna (wydanie wyroku negatywnego przez TK po wniesieniu skargi kasacyjnej i upływie terminu do jej wniesienia, przy braku powołania kwestionowanego przepisu w podstawach skargi kasacyjnej) powinna być kwalifikowana jako przesłanka nieważności postępowania, o jakiej mowa w art. 183 § 2 pkt 5 p.p.s.a. i uwzględniania przez NSA przy rozstrzyganiu sprawy z urzędu.

²¹ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2019 r. poz. 2325, ze zm.), przywoływana w tekście: p.p.s.a.

²² H. Kerbusch, *Die Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, Köln 1982, s. 43, za: S. Jarosz-Żukowska, *Powtórna niekonstytucyjność prawa w Polsce – uwagi na tle praktyki i doktryny niemieckiej*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 1(114), s. 21.

²³ L. Garlicki, *Federalny Trybunał Konstytucyjny w Republice Federalnej Niemiec*, [w:] *Sądy i Trybunały w Europie, t. I, Niemcy i Austria*, Warszawa 1996, s. 147-148; P. Sadowski, *Niekonstytucyjność wtórna przepisów ustawowych – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015, nr 3(25), s. 51-67.

²⁴ Wyrok TK z 22 września 2009 r., sygn. akt P 46/07 (OTK ZU nr 8/A/2009, poz. 126).

wał z systemu prawnego art. 5 ustawy o dłużnikach alimentacyjnych²⁵, który przewidywał sankcję w postaci zatrzymania prawa jazdy za uchylenie się od obowiązku alimentacyjnego. Taka sama sankcja ustanowiona została i obowiązywała, w tym samym okresie, w art. 5 ust. 5 ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów²⁶, który to przepis nie został objęty wskazywanym wyrokiem TK.

W tym przypadku sądy administracyjne powszechnie uznały, że wystąpiła tzw. wtórna niekonstytucyjność polegająca na „powtórzeniu przez parlament rozwiązania prawnego, już uznanego przez TK za sprzeczny z aktem prawnym wyższego stopnia”²⁷.

Tak też orzekały sądy administracyjne po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7 czerwca 2016 r. (sygn. K 8/15), mocą którego Trybunał uznał niezgodność z art. 61 ust. 3 w związku z art. 31 ust. Konstytucji art. 14a ust. 1 i art. 16r ust. 12 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry (ówczesny tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 464 ze zm.) – w zakresie dostępności testów i pytań testowych z egzaminów lekarskich, które już się odbyły. Stwierdzono w nim, że ujawnienie pytań egzaminacyjnych pozwala uniknąć sytuacji, w której dobrze przygotowany lekarz ma problem ze zdaniem egzaminu z uwagi na nieznaną technikę stawiania pytań. W ocenie Trybunału znajomość pytań powinna być odbierana nie jako zagrożenie dla poziomu nauczania, a wręcz przeciwnie – jako korzystny element procesu nauczania. Ustalono ustawą z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1991 ze zm.) obecne, w czasie orzekania przez sądy administracyjne, brzmienie art. 14c ust. 5 oraz art. 16rc ust. 7 ustawy o zawodach lekarza i lekarza powtarza – na co sądy zwracały uwagę – co do zasady regulacje uznane za niekonstytucyjne. Zgodnie z art. 14c ust. 5 tej ustawy udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej podlegają wyłącznie pytania testowe wraz z poprawnymi odpowiedziami wykorzystane na potrzeby LEK albo LDEK, po upływie 5 lat od dnia przeprowadzenia tego egzaminu. W sposób analogiczny jest uregulowana kwestia dostępu do pytań (i odpowiedzi) wykorzystywanych na potrzeby egzaminu specjalizacyjnego – art. 16rc ust. 7

²⁵ Art. 5 ustawy z 22 kwietnia 2005 r. o postępowaniu wobec dłużników alimentacyjnych oraz zaliczce alimentacyjnej (Dz. U. Nr 86, poz. 732, ze zm.) stanowił: „1. Organ właściwy dłużnika, w przypadku złożenia wniosku, o którym mowa w art. 4 ust. 3, kieruje do starosty wniosek o zatrzymanie prawa jazdy dłużnika alimentacyjnego. 2. Na podstawie wniosku, o którym mowa w ust. 1, starosta wydaje decyzję o zatrzymaniu prawa jazdy. 3. Zwrot zatrzymanego prawa jazdy następuje na wniosek organu właściwego dłużnika po stwierdzeniu ustania przyczyn zatrzymania”.

²⁶ Art. 5 ust. 3 ustawy z 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (tekst jedn. Dz. U. z 2009, Nr 1, poz. 7 oraz Nr 6, poz. 33).

²⁷ Wyrok WSA w Rzeszowie z 7 września 2011 r., sygn. akt II SA/Rz 374/11; zob. podobne rozstrzygnięcia: wyrok WSA w Bydgoszczy z 6 stycznia 2010 r., sygn. akt II SA/Bd 662/09, wyrok WSA w Poznaniu z 7 lipca 2010 r., sygn. akt II SA/Po 187/10, wszystkie dostępne CBOSA.

ww. ustawy. Sądy orzekające w tym przedmiocie zasadnie podnoszą, że stwierdzona przez Trybunał niekonstytucyjność wskazanych w wyroku z 7 czerwca 2016 r. przepisów odnosi się do treści obecnego art. 14c ust. 5 oraz art. 16rc ust. 7 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Wskazane wyżej przepisy nadal bowiem pozbawiają osoby zainteresowane zapoznania się z treścią samych testów, a tym samym uzyskania bieżącej wiedzy o sprawach publicznych, w tym przede wszystkim oceny, czy aktualne działanie Państwa w zakresie dopuszczania osób do wykonywania zawodu lekarza pozwalają na uznanie, że działania związane z ochroną życia i zdrowia Polaków będą wykonywały osoby kompetentne, a system egzaminów jest transparentny. Ujawnienie pytań do egzaminów dopiero po upływie pięciu lat w istocie uniemożliwia tak pojętą kontrolę społeczną, a nadto, co szczególnie było podkreślone w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 czerwca 2016 r., faktycznie uniemożliwia osobom przygotowującym się do egzaminu – przygotowanie się do niego poprzez analizę testów i pytań testowych, które już się odbyły. Tak więc zmiana ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry dokonana ustawą z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw nie zmienia stanu niekonstytucyjności w zakresie udostępnienia testów i pytań testowych w trybie dostępu do informacji publicznej wskazanego w wyroku Sądu Konstytucyjnego z dnia 7 czerwca 2016 r., sygn. akt K 8/15, nadal bowiem uniemożliwia kontrolę społeczną przeprowadzonych egzaminów, a zainteresowanym skuteczne przygotowanie się do nowych egzaminów na podstawie ujawnionych pytań z lat poprzednich.

W ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, którą należy podzielić, sądy mają podstawę do stwierdzenia za Trybunałem Konstytucyjnym, że art. 14c ust. 5 oraz art. 16rc ust. 7 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry pozbawione są waloru konstytucyjności i dokonać jego wykładni w zgodzie z Konstytucją RP, kierując się przy tym treścią art. 178 ust. 1 Konstytucji RP²⁸.

Stanowisko to zbieżne jest nadto z tym uznawanym przez doktrynę, w której znawcy przedmiotu definiują wtórną niekonstytucyjność jako naruszenie negatywnego aspektu obowiązku wykonywania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, tj. zakazu stanowienia regulacji obarczonych wadą, z powodu której poprzednio orzeczono o niekonstytucyjności. Podobną zasadę ograniczającą swobodę ustawodawcy wskazuje również Trybunał Konstytucyjny w informacjach rocznych²⁹.

²⁸ Zob. wyroki NSA: z 25 maja 2020 r., sygn. akt I OSK 2466, ale także, w innym przedmiocie, ale z tożsamą konstatacją, z 21 maja 2020 r., sygn. akt I OSK 2466/19; z 3 kwietnia 2019 r., sygn. akt II FSK 3740/18 oraz inne tam przywołane, dostępne CBOSA.

²⁹ K. Działocha, *O pojęciu wykonywania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *W służbie dobru wspólnemu. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Januszowi Trzczańskiemu*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Warszawa 2012, s. 414; S. Jarosz-Zukrowska, *Powtórna niekonstytucyjność prawa w Polsce – uwagi na tle praktyki i doktryny niemieckiej*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 1(114), s. 21.

Z tego też względu zasadnym jest uznawanie wtórnej niekonstytucyjności jako cechy wadliwego prawa, podlegającego sanowaniu na etapie kontroli sądowej poprzez jego niezastosowanie, a nie jako efekt niezgodnego z Konstytucją działania organu państwowego. Znaczący przedmiot mają rację wskazując, że pozwoleń to w pełniejszy sposób określić relację między wyrokiem TK a niekonstytucyjnymi normami, a w dalszej kolejności znaleźć rozwiązania dla tych wszystkich sytuacji, w których stan prawny nie sprostał wymaganiom Konstytucji stwierdzonych przez Trybunał, a nie tylko dla problemu nieprawidłowego na etapie stosowania prawa ich wykonywania³⁰.

Zdaje się, że rozwiązaniem dla tych wszystkich sytuacji, w których stan prawny w ostatecznym kształcie nie sprostał tym wymaganiom jest właśnie możliwość orzekania przez sąd administracyjny z pominięciem przepisu ustawy, który sąd ocenia jako niekonstytucyjny.

Nie można bowiem pominąć w tym względzie roli sądów administracyjnych, ale także powszechnych. Zwłaszcza że Ustrojodawca w art. 193 Konstytucji ustanowił fakultatywność przedstawienia przez sąd Trybunałowi Konstytucyjnemu pytania prawnego co do zgodności aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem. Posłużenie się zwrotem „może”³¹ wprost określa uprawnienie, a nie obowiązek wystąpienia sądu z pytaniem prawnym. Zgodnie z literaturą przedmiotu „jako zasadę należy przyjąć, że skład orzekający sądu, który powziął wątpliwość co do konstytucyjności aktu normatywnego, powinien zmierzać do jej usunięcia w drodze wykładni³²”.

Mając na uwadze niejednoznaczność wykładni art. 193 Konstytucji w aspekcie fakultatywności czy obligatoryjności zachowania sądu przy zaistnieniu wątpliwości do aktu normatywnego³³ należy mieć na uwadze, że w orzecznictwie sądowoadministracyjnym dominuje – słuszny – pogląd, iż „art. 178 ust. 2 Konstytucji gwarantuje niezawisłość sędziom przede wszystkim przez to, że podlegają oni w swym orzekaniu tylko Konstytucji i ustawom. Władza ustawodawcza może wywierać wpływ na działania sądów tylko w drodze stanowienia aktów prawnych najwyższej stoją-

³⁰ K. Kos, *O pojęciu wtórnej niekonstytucyjności prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, Nr 2 (42)/2018, s. 30 i n. (ISSN 2082-1212).

³¹ Zob. L. Garlicki, *Sądowictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987, s. 265; R. Hauser, A. Kabat, *Pytania prawne jako procedura kontroli konstytucyjności prawa*, „Przegląd Sejmowy”, nr 1(42)/2001, s. 32-33; K. Kolasiński, *Zaskarżalność ustaw w drodze pytań prawnych do Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo”, nr 9/2001, s. 25; A. Wasilewski, *Pytania prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Problemy interpretacyjne na tle art. 193 Konstytucji RP*, „Przegląd Sądowy” nr 5/2000, s. 4-5.

³² R. Hauser, J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010, s. 37.

³³ Szerzej na ten temat: K. Kos, *Czy sądy w Polsce mogą nie stosować prawa wtórnie niekonstytucyjnego?*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny”, Nr 46 (1/19), s. 132 i n.

cych w ich hierarchii. Sędziowie mają prawo, a niekiedy i obowiązek wydawania wyroków z odwołaniem się regulacji zawartej w art. 8 ust. 2 Konstytucji, stanowiącej o bezpośrednim jej stosowaniu. Dzięki tej możliwości sąd może w konkretnej i indywidualnej sprawie odstąpić od stosowania przepisu ustawy, który uznaje za sprzeczny z Konstytucją, oraz pominąć akt podustawowy sprzeczny z Konstytucją i ustawą³⁴. Regulacja ta, jak wskazano na wstępie, koreluje z wyrażoną w art. 45 ust. 1 Konstytucji zasadą prawa do sądu bezstronnego i niezawisłego, tworząc przy tym jednolitą spójność.

Na etapie sądowej kontroli ochronę nadrzędności Konstytucji zapewnia bowiem art. 8 ust. 2, który wprowadza zasadę bezpośredniego jej stosowania. Przepis ten nakazuje jego adresatom wyklądać przepisy rangi ustawowej z uwzględnieniem norm konstytucyjnych, niezależnie od tego, czy ich zgodność z Konstytucją była przedmiotem rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny, czy też nie. Ma on wpływ na zmianę wykładni prawa, a w niektórych przypadkach uzasadnia nawet „uzupełnienie” o brakujące elementy treści normatywnej, zaś w wyjątkowych sytuacjach stanowi podstawę odmowy stosowania przepisu rangi ustawowej uznano za niekonstytucyjny³⁵.

W orzecznictwie sądowym, które należy w pełni podzielić, uznaje się, że sądy mogą nie zastosować normy ustawowej w przypadku, gdy zachodzi wtórna lub oczywista niekonstytucyjność³⁶. Stanowisko to jest przy z tym zbieżne z prezentowanym w doktrynie³⁷, w której akcentuje się, że formalnie kontroli Trybunału Konstytucyjnego podlega m.in. akt prawny bądź jego część, najczęściej konkretny przepis, to faktycznie przedmiotem tej kontroli są określone w nim normy prawne, które zawarte są w jego poszczególnych jednostkach redakcyjnych. To bowiem Trybunał bada, czy norma prawna ustanowiona w akcie poddanym jego kontroli konstytucyjności zawiera treści sprzeczne z aktem normatywnym wyższego rzędu. Zaś sąd administracyjny zgodnie z art. 1 § 1 i 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo

³⁴ Wyrok NSA z dnia 14 lutego 2002 r., sygn. akt I SA/Po 461/01, CBOSA.

³⁵ Szerzej na ten temat: R. Baliński, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji*, „Krajowa Rada Sądowictwa” 2016, nr 4, s. 14; J. Roszkiewicz, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez organy administracji publicznej*, „Przegląd Legislacyjny” 2015, nr 4, s. 57; a także: W. Sanetra, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Sąd Najwyższy*, „Przegląd Sądowy” 2017, nr 2, s. 5 oraz A. Szwed-Szczygieł, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w Polsce – przegląd stanowisk*, „Gubernaculum et Administratio” 2002, z. 2, s. 31–43; R. Cichórz, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez sądy (art. 8 ust. 2 Konstytucji)*, „Firma i Rynek” 2005, nr 2, s. 6; K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)*, [w:] K. Działocha (red.), *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2005, s. 21; ale także: P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 20.

³⁶ Wyroki NSA z 23 lutego 2021 r., sygn. akt III OSK 2792/21, z tego samego dnia o sygn. akt III OSK 2832/21 oraz z 29 kwietnia 2020 r., sygn. akt I OSK 3037/19, a także przywoływane poniżej.

³⁷ R. Hauser, J. Trzciniński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010, s. 266–268; M. Wiącek, *Pytanie prawne sądu do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 266–268.

o ustroju sądów administracyjnych³⁸ sprawuje wymiar sprawiedliwości poprzez kontrolę działalności administracji publicznej, przy czym kontrola ta sprawowana jest pod względem zgodności z prawem (legalności), jeżeli ustawy nie stanowią inaczej.

Trybunał kontroluje zatem, czy norma zawarta w akcie niższego rzędu urzędowania postanowienia zawarte w akcie wyższego rzędu. Z kolei sądy administracyjne, kierując się wspomnianym kryterium legalności, dokonują oceny zgodności treści zaskarżonego aktu oraz procesu jego wydania z normami prawnymi – ustrojowymi, proceduralnymi i materialnymi. Z tego też powodu w postępowaniu sądowym nie mogą być brane pod uwagę argumenty natury słusznościowej czy celowościowej. Badana jest wyłącznie legalność aktu administracyjnego, czyli prawidłowość zastosowania przepisów prawa do zaistniałego stanu faktycznego, trafność wykładni tych przepisów oraz prawidłowość zastosowania przyjętej procedury. Na podstawie art. 145 § 1 pkt 1 P.p.s.a., uwzględnienie skargi na decyzję następuje w przypadku naruszenia prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy (lit. a), naruszenia prawa dającego podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego (lit. b) lub innego naruszenia przepisów postępowania, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na wynik sprawy (lit. c). Powołane regulacje określają podstawową funkcję sądownictwa administracyjnego i toczącego się przed nim postępowania, którą jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości poprzez działalność kontrolną nad wykonywaniem administracji publicznej.

Nie można także nie dostrzegać, mając na uwadze charakter orzeczeń Trybunału, że chociaż stwierdzenie jego mocą niekonstytucyjności przepisu, z formalnego punktu widzenia, nie wywiera bezpośrednich skutków w stosunku do przepisów o tej samej bądź analogicznej treści, niebędących jednak przedmiotem jego oceny w konkretnej sprawie, to jednak zważywszy na ich moc prawną, ocena w nich dokonana odnosi się do wszystkich przepisów zarówno istniejących już w systemie prawnym, jak i ponownie do niego wprowadzonych na etapie stanowienia prawa. Zatem w sytuacji, gdy przepis tożsamy treściowo z poddanym już kontroli przez Trybunał (choć nie jest i nie był przez niego kontrolowany), na etapie kontroli sądowej zostanie poddany ocenie co do zgodności z Konstytucją normy prawnej w nim wyrażonej. Dla sądów oceniających możliwość zastosowania takiego przepisu okoliczność ta nie może pozostawać bez znaczenia³⁹. Utrata mocy obowiązującej, czy to przepisu, czy całego aktu normatywnego, ustanowionej w art. 190 ust. 3 Konstytucji RP oznacza, że akt prawny niekonstytucyjny jest derogowany

³⁸ Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 137 ze zm.), przywoływana w tekście jako: P.u.s.a.

³⁹ R. Hauser, J. Trzeciński, *Prawotwórcze znaczenie ...*, s. 266-268.

z systemu prawnego w sposób bezwzględny i bezwarunkowy, a zatem nie może być stosowany⁴⁰.

W piśmiennictwie uznaje się, zasadnie, że stwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny niekonstytucyjności przepisu ma istotne znaczenie dla oceny możliwości zastosowania przepisów o tożsamej bądź analogicznej treści. W takiej sytuacji dochodzi do wystąpienia tzw. oczywistej niekonstytucyjności. Zasadniczo sytuacja oczywistej niekonstytucyjności zachodzi wówczas, gdy porównywane przepisy ustawy i Konstytucji dotyczą regulacji tej samej materii i są ze sobą sprzeczne. Tego typu założenie występuje również w przypadku, gdy ustawodawca wprowadził regulację identyczną jak norma objęta już wyrokiem Trybunału.

Z oczywistą niekonstytucyjnością mamy do czynienia również wtedy, gdy ustawodawca zmienia, co prawda, kontrolowany przepis, ale nie usuwa stwierdzonej przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku niezgodności, stwarzając tylko pozory restytucji konstytucyjności. W literaturze fachowej akcentuje się, że z uwagi na praktykę legislacyjnego powtarzania unormowania uznanego przez Trybunał za niekonstytucyjne, istota problemu, który rozstrzygał Trybunał, pozostaje aktualna mimo wejścia w życie kolejnej nowelizacji danego przepisu⁴¹. Zatem też do nowego unormowania będą miały odpowiednie zastosowanie te same zastrzeżenia konstytucyjne, które zostały uprzednio podniesione i rozstrzygnięte w wyroku. Nawet gdyby Trybunał orzekał już w momencie obowiązywania nowego unormowania, to jednak będąc związany granicami pytania prawnego, nie mógłby wypowiedzieć się co do treści tej nowej regulacji.

W piśmiennictwie i orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, że zarówno oczywistość niezgodności przepisu z Konstytucją RP, jak i z uprzednią wypowiedzią Trybunału Konstytucyjnego stanowią wystarczające przesłanki do odmowy przez sąd zastosowania przepisów ustawy. W tak bowiem oczywistych sytuacjach trudno oczekiwać, by sądy uruchomiły procedurę kolejnych pytań prawnych⁴².

Mając to na uwadze za uzasadnione należy uznać twierdzenie, że sądy administracyjne dokonując kontroli poddanych jego kognicji działań administracji pu-

⁴⁰ Zob. szerzej: M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006, s. 72 i n.

⁴¹ Szerzej na ten temat: J. Wegner, *O stosowaniu Konstytucji przez sądy administracyjne*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa” 2008, nr 4, s. 55-61; M. Wilbrandt-Gotowicz, *Instytucja pytań prawnych w sprawach sądowoadministracyjnych*, Warszawa 2010, s. 361; a także: P. Sadowski, *Niekonstytucyjność wtórna przepisów ustawowych – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, Nr 3 (25)/2015, s. 61 i n., Google scholar.

⁴² R. Hauser, A. Kabat, *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 lutego 2002 r. sygn. akt I SA/Po 461/01*, OSP 2003/2 s. 73-75; a także: M. Wiącek, *Pytania prawne do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 269; uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 października 2006 r. sygn. akt I FPS 2/06, oraz wyroki NSA z 10 marca 2010 r. sygn. akt I OSK 1447/09 i z 24 września 2008 r. sygn. akt I OSK 1369/07, a także z 6 czerwca 2018 r., sygn. akt II FSK 1454/16 oraz z 15 lutego 2018 r., sygn. akt I FSK 1523/17.

blicznej mogą odmówić zastosowania norm niekonstytucyjnych czy też w inny sposób naruszających obowiązujący porządek prawny. Wynika to bowiem z treści przytoczonego powyżej art. 178 ust. 1 Konstytucji RP. Przy czym nie można pominąć, że o ile sądy powszechne i administracyjne są uprawnione do odmowy stosowania przepisów ustanowionych sprzecznie z prawem obowiązującym, to jednak nie skutkuje to utratą mocy obowiązującej tych przepisów.

Zakończenie

Stojąc na straży konstytucyjnie zagwarantowanych zasad demokratycznego państwa prawa i zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, to właśnie sądy na etapie jego stosowania stają się gwarantem ich realizacji⁴³. Należy w tym zakresie odwołać się do stanowiska Trybunału Konstytucyjnego podkreślającego, że zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne. Zaakcentował, że jest to niekwestionowana cecha charakterystyczna demokratycznego państwa prawnego. W tym – jak uznał – stanowi bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa, albowiem umożliwia przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych⁴⁴. Powtórzył przy tym stanowisko Trybunału wyrażone w innych wyrokach, że zasada zaufania obywatela do państwa, wywodzona najpierw z wielu postanowień konstytucji dotyczących poszczególnych instytucji, a także podstawowych praw i wolności obywateli⁴⁵.

Trudno uznać, że bezpieczeństwo to byłoby zapewnione, gdyby nie ochrona sądowa jednostki, mającej i podstawy, ale i prawo oczekiwać, że niekonstytucyjna norma prawna nie będzie funkcjonowała w obrocie prawnym. Zwłaszcza nie będzie stanowiła w ostatecznym kształcie o jej prawach i obowiązkach.

Nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości, że zasada państwa prawnego wymaga stanowienia norm nienagannych z punktu widzenia techniki legislacyjnej. Normy te powinny realizować założenia leżące u podstaw porządku konstytucyjnego w Polsce i strzec tego zespołu wartości, który wyraża Konstytucja⁴⁶.

⁴³ Zob. także: B. Kozicka, *Wpływ działalności uchwalodawczej NSA na wykładnię i stosowanie prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji”, Tom CXXII, Wrocław 2020, s. 275 i n.

⁴⁴ Wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., sygn. P 3/00, OTK 2000/5/138.

⁴⁵ Wskazywane w powyższym wyroku orzeczenie z 30 listopada 1988 r., sygn. K 1/88, OTK z 1988 r., poz. 6, s. 102, po jej nowelizacji z 29 grudnia 1989 r., z uwagą składu orzekającego, którą należy podzielić, że „jedności i konsekwentnie wywodzona jest już i wiązana z zasadą demokratycznego państwa prawnego”.

⁴⁶ Zob. szerzej: *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zagadnień związanych z procesem legislacyjnym*, Opracowanie Biura Trybunału Konstytucyjnego, współpraca w wyborze i przygotowaniu: I. Chojnacka,

Wszak, jak wskazano powyżej, powszechne związanie orzeczeniami Trybunału Konstytucyjnego powoduje, że sądy administracyjne zobowiązane są do ich respektowania jako elementów kształtujących stan prawny oceniany przez sąd. Oznacza to, że sąd administracyjny, dokonując kontroli zgodności z prawem działalności organów administracji publicznej, zobowiązany jest do uwzględniania tych orzeczeń na równi z aktami normatywnymi wymienionymi w art. 87 ust. 1 Konstytucji RP⁴⁷. Skoro zaś skutkiem wydania przez Trybunał Konstytucyjny wyroku stwierdzającego niezgodność danego przepisu z Konstytucją jest utrata domniemania jego konstytucyjności, to obowiązkiem sądu orzekającego w sprawach, w których przepis ten ma zastosowanie, jest doprowadzenie do stanu zgodnego z Konstytucją, a wynikającego z wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Skoro uznane za niezgodne z Konstytucją przepisy prawa naruszały ustawę zasadniczą już od dnia ich wejścia w życie (*ex tunc*), to nie mogą być legalną podstawą orzekania przez sądy⁴⁸.

Jednocześnie uwzględniając obszerność i złożoność tematyki ograniczyłam się do wybranych regulacji prawnych i problemów, pozwalających na wykazanie podstaw do orzekania przez sąd administracyjny z pominięciem przepisu ustawy, który ten sąd ocenia jako niekonstytucyjny, z odniesieniem się do wskazanych powyżej sytuacji, kiedy albo ta sama norma prawna zawarta jest w różnych przepisach tej samej mocy prawnej, a tylko w jednym przypadku nastąpiła kontrola jej konstytucyjności przez Trybunał Konstytucyjny, w wyniku której uznano ją za niekonstytucyjną, albo też zostanie – po tej kontroli – powtórzona w procesie stanowienia prawa. Kwestia ta jest istotna, gdyż wówczas na etapie sądowej kontroli powstaje wybór przez sąd administracyjny dalszego procedowania, czy orzekać, czy przedstawić w trybie art. 193 Konstytucji pytanie prawne.

Na kwestię tę zwrócił uwagę Michał Jackowski w publikacji *Następstwa wyroków Trybunału Konstytucyjnego w procesie sądowego stosowania prawa*, podnosząc, że sądy orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego traktują nie jak judykaty, a jak akty normatywne. Czego dowodem jest to, że dokonują ich wykładni, posługując się metodami wykładni prawa⁴⁹.

Warszawa 2015, s. 7 i n., tekst jest dostępny na stronie internetowej TK w katalogu Publikacje/e-publikacje, adres: <http://www.trybunal.gov.pl/publikacje/e-publikacje> [dostęp: 30.03.2021].

⁴⁷ Wyrok NSA z 17 czerwca 2009 r., sygn. akt II OŚK 1750/07, CBOSA.

⁴⁸ Wyroki SN: z 7 marca 2013 r., I UK 519/12; z 24 kwietnia 2013 r., II UK 299/12; z 25 kwietnia 2013 r., I UK 593/12; z 29 maja 2013 r., I UK 621/12; z 6 czerwca 2013 r., II UK 369/12 wskazane w wyroku WSA w Olsztynie z 11 czerwca 2019 r., sygn. akt II SA/Ol 364/19, CBOSA.

⁴⁹ M. Jackowski, *Następstwa wyroków Trybunału Konstytucyjnego w procesie sądowego stosowania prawa*, Wyd. sejmowe 2016, LEX [dostęp: 19.10.2021].

Literatura

- Balicki R., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2016, nr 4.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Cichórz R., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez sądy (art. 8 ust. 2 Konstytucji)*, „Firma i Rynek” 2005, nr 2.
- Działocha K., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)*, [w:] *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. K. Działocha, Warszawa 2005.
- Działocha K., *O pojęciu wykonywania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *W służbie dobru wspólnemu. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Januszowi Trzczińskiemu*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Warszawa 2012.
- Florczak-Wątor M., *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006.
- Garlicki L., *Trybunał Konstytucyjny a sądownictwo*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 1 A.
- Garlicki L., *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987.
- Garlicki L., *Federalny Trybunał Konstytucyjny w Republice Federalnej Niemiec*, [w:] *Sądy i Trybunały w Europie, t. I, Niemcy i Austria*, Warszawa 1996.
- Garlicki L., Derlatka M., Wiącek M., *Od redaktorów naukowych*, [w:] *Na straży państwa prawa. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. L. Garlicki, M. Derlatka, M. Wiącek, Warszawa 2016
- Hauser R., Trzcziński J., *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2008.
- Hauser R., Trzcziński J., *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010.
- Hauser R., Kabat A., *Pytania prawne jako procedura kontroli konstytucyjności prawa*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 1(42).
- Hauser R., Kabat A., *Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 lutego 2002 r. sygn. akt I SA/Po 461/01*, OSP 2003/2.
- Jackowski M., *Następstwa wyroków Trybunału Konstytucyjnego w procesie sądowego stosowania prawa*, Wyd. sejmowe 2016, LEX [dostęp: 19.10.2021].
- Jarosz-Żukrowska S., *Powtórna niekonstytucyjność prawa w Polsce – uwagi na tle praktyki i doktryny niemieckiej*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 1(114).
- Kabat A., *Pytania prawne do Trybunału Konstytucyjnego*, Białystok 1995, BWP, s. 77, wskazany w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z 29 marca 2000 r., sygn. akt P 13/99, publ. OTK 2000/2/68.
- Kerbusch H., *Die Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, Köln 1982.
- Kolasiński J., *Zaskarżalność ustaw w drodze pytań prawnych do Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 9.
- Kos K., *O pojęciu wtórnej niekonstytucyjności prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2018, nr 2(42).
- Kos K., *Czy sądy w Polsce mogą nie stosować prawa wtórnie niekonstytucyjnego?*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2019, nr 46 .
- Kozicka B., *Wpływ działalności uchwałodawczej NSA na wykładnię i stosowanie prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji”, CXXII, Wrocław 2020.
- Mączyński A., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 5.
- Mikuli P., *W sprawie ewentualnej możliwości kontroli konstytucyjności ustaw przez sądy*, [w:] *Szkice o zasadach i instytucjach ustrojowych II i III Rzeczypospolitej*, red. M. Grzybowski, Kraków 2002.
- Nita B., *Bezpośrednie stosowanie konstytucji a rola sądów w ochronie konstytucyjności prawa*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 9.
- Płeszka K., *Paradygmat interpretacyjny w multicentrycznym systemie prawa*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.
- Preisner A., *Dookoła Wojtek. Jeszcze o bezpośrednim stosowaniu Konstytucji RP*, [w:] *Sześć lat stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szymt, Warszawa 2003.

- Roszkiewicz J., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez organy administracji publicznej*, „Przegląd Legislacyjny” 2015, nr 4.
- Sadowski P., *Niekonstytucyjność wtórna przepisów ustawowych – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015, nr 3(25).
- Safjan M., *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, wystąpienie wygłoszone w Komitecie Nauk Prawnych, 6 stycznia 2013 r.*, <https://trybunal.gov.pl/informacja-publiczna-media/archiwum/wystapienia-bylych-prezesow-tk/marek-safjan-2/> [27.03.2021].
- Sanetra W., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Sąd Najwyższy*, „Przegląd Sądowy” 2017.
- Szwed-Szczygieł A., *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji w Polsce – przegląd stanowisk*, „Gubernaculum et Administratio” 2002, z. 2.
- Wasilewski A., *Pytania prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Problemy interpretacyjne na tle art. 193 Konstytucji RP*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 5.
- Wiącek M., *Pytania prawne sądu do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011.
- Wegner J., *O stosowaniu Konstytucji przez sądy administracyjne*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa” 2008, nr 4.
- Wilbrandt-Gotowicz M., *Instytucja pytań prawnych w sprawach sądownoadministracyjnych*, Warszawa 2010.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000.
- Zirk-Sadowski M., [w:] *System prawa administracyjnego*, Tom 4, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012.
- Zubik M. (red.), *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, Warszawa 2008.

Paweł Kuczma

Uniwersytet Zielonogórski
ORCID 0000-0003-1443-4742
p.kuczma@wpa.uz.zgora.pl

(Nie)samodzielność Gibraltaru na tle Konstytucji z 14 grudnia 2006 r.

Słowa kluczowe: samodzielność, konstytucja, ustrój, Gubernator, parlament

Streszczenie. Przedmiotem rozważań jest przybliżenie wybranych rozwiązań, głównie ustrojowych, zawartych w Konstytucji Gibraltaru z 14 grudnia 2006 r. i zwrócenie uwagi na liczne powiązania prawne tego obszaru z Koroną Brytyjską, a następnie próba ustalenia charakteru prawnego tego terytorium. Gibraltar stanowi terytorium zamorskie Zjednoczonego Królestwa, ale przez Unię Europejską traktowany jest jako kolonia brytyjska. Z tego też względu konieczna jest refleksja dotycząca jego samodzielności. Status Gibraltaru jest bowiem skomplikowany.

Gibraltar's (in) independence under the Constitution of December 14, 2006

Key words: independence, Constitution, political system, Governor, parliament

Summary. The subject of the considerations is the presentation of selected solutions, mainly political ones, contained in the Gibraltar Constitution of December 14, 2006, and drawing attention to the numerous legal ties of this area with the British Crown, and then an attempt to establish the legal nature of this territory. Gibraltar is an overseas territory of the United Kingdom, but is treated by the European Union as a British colony. For this reason, it is necessary to reflect on its independence. Gibraltar's status is complicated.

Wprowadzenie

Gibraltar jest terytorium, którego przynależność państwowa wciąż budzi spór pomiędzy dwoma królestwami: Hiszpanii i Wielkiej Brytanii. Niedawno, bo 18 lutego 2019 r., miał miejsce ostatni z wielu incydentów międzynarodowych pomiędzy oboma królestwami, kiedy to hiszpański okręt wojenny zażądał od komercyjnych statków pod brytyjską banderą opuszczenia wód w okolicy Gibraltaru. Zakotwiczone brytyjskie jednostki nie wykonały polecenia, a z Cieśniny Gibraltarskiej napłynęły z pomocą statki wysłane przez marynarkę Wielkiej Brytanii. W konsekwencji

Hiszpanie odpłynęli, ale podczas odwrotu płynęli powoli z odsłoniętymi i obstawionymi załogą działami pokładowymi w celu zmanifestowania swej siły¹.

Ten niewielki skrawek lądu o powierzchni 6,55 km² należy od Wielkiej Brytanii od 13 lipca 1713 na mocy Traktatu Utrechckiego. Hiszpanie, chociaż utracili panowanie nad tym terytorium w 1704 r. podczas wojny o sukcesję hiszpańską, do dziś nie rezygnują z odzyskania władztwa nad „Skałą”².

Ostatnie próby uzyskania władztwa nad półwyspem przybrały postać referendum. Podczas pierwszego z nich, które odbyło się w 1967 r. na skutek nacisków Hiszpanii, ONZ wydała rezolucję Nr 2070, której przedmiotem była decyzja w sprawie przynależności państwowej Gibraltaru. Za pozostaniem pod panowaniem brytyjskim opowiedziało się 99,64% mieszkańców, a frekwencja wyniosła 95,67%. Referendum to miało szczególne znaczenie, gdyż podczas niego mieszkańcy „Skały” zgłosili chęć uzyskania własnych instytucji państwowych i samorządowych. Niedługo później, bo w 1967 r., brytyjska Tajna Rada wydała *Order in Council*, nazywany *Gibraltar Constitution Order 1969*, stając się w zasadzie pierwszą gibraltarską konstytucją. Na skutek kolejnych nacisków hiszpańskich w Gibraltarze odbyło się kolejne referendum. W 2002 r. zapytano w nim mieszkańców, czy wyrażają zgodę na podział władzy zwierzchniej nad ich terytorium pomiędzy Wielką Brytanię i Hiszpanię. Pozytywna odpowiedź na pytanie referendalne miała umożliwić Hiszpanii rządy nad półwyspem w ramach kondominium. W dniu 7 listopada 2002 roku Gibraltarczyki odrzucili jednak tę propozycję – 98,48% głosów było przeciw (przy frekwencji na poziomie 87,9%)³.

Hiszpański rząd nie ustaje jednak w roszczeniach dotyczących przynależności państwowej Gibraltaru. Kwestię tę podnosił wielokrotnie w trakcie negocjacji warunków wyjścia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej wykorzystując fakt, że w referendum z 2016 r. dotyczącego wyjścia Zjednoczonego Królestwa z UE aż 96 proc. mieszkańców Gibraltaru opowiedziało się za pozostaniem w Unii⁴.

Przedmiotem rozważań w niniejszym artykule będzie przybliżenie wybranych rozwiązań, głównie ustrojowych, zawartych w Konstytucji Gibraltaru z 14 grudnia 2006 r. i zwrócenie uwagi na liczne powiązania prawne tego obszaru z Koroną

¹ *Incydent koło Gibraltaru. Brytyjska flota przegoniła hiszpański okręt wojenny*, „Wprost” z 18 lutego 2019 r., <https://www.wprost.pl/swiat/10192156/incydent-kolo-gibraltaru-brytyjska-flota-przegonila-hiszpański-okręt-wojenny.html> [dostęp: 31.10.2020].

² M. Kaniewska, *Wiele hałasu o Skałę, czyli gdzie dwóch się bije tam wszyscy tracą*, 31 sierpnia 2013 r., <https://blogcim.wordpress.com/2013/08/31/wiele-halasu-o-skale-czyli-gdzie-dwoch-sie-bije-tam-wszyscy-traca/> [dostęp: 31.10.2020].

³ P. Sopoćko, *Gibraltar. Jakie ma miejsce w Zjednoczonym Królestwie?*, 10 września 2013 r., <https://blogcim.wordpress.com/2013/09/10/gibraltar2/> [dostęp: 1.11.2020].

⁴ (nm), *Jest porozumienie ws. Gibraltaru. Premier Hiszpanii potwierdza*, 24 listopada 2018 r., <https://www.rm24.pl/fakty/swiat/news-jest-porozumienie-ws-gibraltaru-premier-hiszpanii-potwierdza,nId,2694551> [dostęp: 1.11.2020].

brytyjską; kontrowersje, jakie wywołuje przynależność państwowa tego obszaru, jak również próba ustalenia charakteru prawnego tego terytorium i zwrócenie uwagi na jego specyfikę.

1. Konstytucyjne powiązania Gibraltaru z Koroną brytyjską

Gibraltar stanowi terytorium zamorskie Zjednoczonego Królestwa. Posiada jednak własną konstytucję i własny, niezależny od Korony system prawny. Związek Gibraltaru z Wielką Brytanią został potwierdzony w Konstytucji z 14 grudnia 2006 r. Dokument został zatwierdzony przez mieszkańców półwyspu w referendum, które odbyło się 30 listopada 2006 r. W preambule podkreślono, że Miasto Gibraltar jest częścią dominium Zjednoczonego Królestwa. Zwrócono też uwagę, że ludność zamieszkująca to terytorium ma prawo do zadecydowania w sposób samodzielny i demokratyczny o swojej przyszłości państwowej, a do tego czasu Zjednoczone Królestwo pozostaje odpowiedzialne za stosunki zewnętrzne Gibraltaru. Taka wyraźna deklaracja teoretycznie oznaczać może, że status Gibraltaru ma charakter przejściowy, a Korona Brytyjska nie będzie przeciwstawiać się zmianie ewentualnej przynależności państwowej tego terytorium czy nawet uzyskaniu samodzielności (państwowości) w wymiarze międzynarodowym. Do zasady samostanowienia narodów nawiązuje również preambuła rozdziału I Konstytucji poprzez wyraźne wskazanie, że na mocy tego prawa naród może swobodnie określać swój status polityczny i swobodnie prowadzić działalność gospodarczą, społeczną i rozwój kulturowy. Bardziej realne wydaje się jednak, że status Gibraltaru w najbliższym okresie nie ulegnie zasadniczej zmianie, chociaż „wentyle konstytucyjne” nawiązują bezpośrednio do samostanowienia i umożliwiają przeprowadzenie w przyszłości działań ukierunkowanych na uzyskanie pełnej niepodległości.

Konstytucja Gibraltaru składa się z 9 rozdziałów. Jej układ (systematyka) nie odbiega od współczesnych standardów konstytucji państw demokratycznych, część merytoryczną otwiera bowiem rozdział I zatytułowany „Ochrona podstawowych praw i wolności”. Umiejscowienie problematyki wolności i praw na czoło konstytucyjnych rozważań stanowi imperatyw wykładniczy, aby interpretacji dokonywać w sposób umożliwiający realizację gwarantowanych praw i wolności w najszerszym wymiarze⁵. Odejście od „zasady przychylności” interpretacyjnej wobec tych praw i wolności bez wyraźnego oparcia w normach konstytucyjnych należy w związku z tym uznać za naruszenie konstytucji⁶.

⁵ P. Kuczma, *Prawa człowieka w zarysie*, Polkowice 2011, s. 24.

⁶ L. Garlicki, *Rozdział II*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Tom III*, Warszawa 2003, s. 1.

Konstytucja wprowadza podział na wolności i prawa niederogowane i derogowalne. Wolnościom i prawom niederogowanym przyznano szerszy zakres ochrony niż pozostałym, ponieważ muszą być szczególnie zabezpieczone z uwagi na konieczność zapewnienia właściwej egzystencji jednostki. Do wolności i praw niederogowanych należy w związku z tym zaliczyć: a) prawo do życia, wolności, bezpieczeństwa osobistego, korzystania z majątku i ochronę prawa; b) wolność sumienia, słowa, zgromadzeń i zrzeszania się oraz wolność zakładania szkół; c) prawo do ochrony prywatności, prywatności domu i mienia oraz do ochrony przed utratą majątku bez odpowiedniego odszkodowania (art. 1).

Prawo do życia ma w Gibraltarze szczególne znaczenie. Po pierwsze dlatego, że zajmuje w systematyce konstytucji pierwszoplanowe miejsce (art. 2). Po drugie, że w Gibraltarze pozbawienie życia możliwe jest jedynie w wypadkach konkretnie wskazanych w konstytucji, tj. w obronie przed zamachem osoby trzeciej, w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania, zapobieżenia ucieczce osoby zatrzymanej lub w przypadku tłumienia zamieszek, powstania lub buntu albo śmierci na podstawie aktu wydanego w czasie wojny. W tym zakresie regulacja ta nawiązuje do art. 2 ust. Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁷, w której znajduje się podobne uregulowanie. Aborcja nie jest w Gibraltarze dozwolona, a za jej przeprowadzenie grozi nawet kara dożywotniego pozbawienia wolności. Tak surowe prawo i zasadniczo odmienne od prawa brytyjskiego wynika przede wszystkim z faktu, że 72,1% ludności zamieszkującej to terytorium stanowią katolicy⁸. Dla porządku należy jednak zauważyć, że parlament przegłosował nowelizację prawa zezwalającą na aborcję do 12. tygodnia ciąży w przypadku stwierdzenia zagrożenia psychicznego lub umysłowego zdrowia kobiety, ale jego wprowadzenie w życie uzależniono od wyników zaplanowanego na dzień 19 marca 2020 r. referendum w tej sprawie (przełożonego ze względu na COVID-19). Jako ciekawostkę należy wskazać, że obniżono próg dla głosujących, dopuszczając do wzięcia udziału w referendum osoby, które ukończyły 16 lat⁹.

Konstytucja do podstawowych praw i wolności zalicza i reguluje: prawo do życia (art.2), prawo do wolności osobistej (art. 3), ochronę przed niewolnictwem i pracą przymusową lub obowiązkową (art. 4), ochronę przed nieludzkim trakto-

⁷ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 2824).

⁸ RoM, *Gibraltar: mieszkańcy podejmą decyzję w sprawie ochrony życia*, <https://www.pch24.pl/gibraltar--mieszkancy-podejma-decyzje-w-sprawie-ochrony-zycia,74077,i.html#ixzz6colRQzn-thttps://www.pch24.pl/gibraltar--mieszkancy-podejma-decyzje-w-sprawie-ochrony-zycia,74077,i.html#ixzz6cohw3CeI> [dostęp: 4.11.2020].

⁹ mjend, *Na Gibraltarze zabijać narodzonych nie wolno – jednak wkrótce może to ulec zmianie*, <https://www.pch24.pl/na-gibraltarze-zabijac-narodzonych-nie-wolno---jednak-wkrotce-moze-to-ulec-zmianie,73902,i.html#ixzz6coo4izeE> [dostęp: 4.11.2020].

waniem (art. 5), ochronę przed pozbawieniem mienia (art. 6), ochronę prywatności domu i mienia (art. 7), prawo do obrony i domniemanie niewinności, prawo do sądu (art. 8), wolność sumienia (art. 9), wolność wypowiedzi (art. 10), wolność zgromadzeń i wolność zrzeszania się (art. 11), wolność zakładania szkół (art. 12), wolność przemieszczania się (art. 13), zakaz dyskryminacji (art. 14), prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny (art. 15), prawo do odszkodowania za naruszenie praw jednostki i ochrony prawnej (art. 16).

Formalnie na czele Gibraltaru stoi brytyjski monarcha. Faktycznie jednak monarcha działa przez swojego przedstawiciela, który jest jednocześnie głównodowodzącym, a mianowicie przez Gubernatora (art. 19). Do uprawnień Gubernatora należy korzystanie z prerogatyw przysługujących monarsze, a także z korzystanie z uprawnień nadanym mu konstytucją. Gubernator nie jest organem w pełni niezależnym, bowiem monarcha brytyjski może do niego kierować instrukcje. Ocena, czy Gubernator zastosował się do instrukcji królewskich, nie podlega, zgodnie z konstytucją, ocenie sądu. Przed objęciem stanowiska osoba powołana na Gubernatora składa przysięgę wierności Elżbiecie II i jej następcom oraz spadkobiercom. Przysięga może zostać złożona z dodaniem wyrażenia „Tak mi dopomóż Bóg” (*So help me God*). W przypadku, gdy Gubernator nie może wykonywać swoich funkcji: 1) ze względu na usprawiedliwioną, krótkotrwałą nieobecność w Gibraltarze lub 2) przemijającą chorobę (krótkotrwałą), może on pisemnie wskazać inną osobę, która w jego zastępstwie będzie wykonywać jego obowiązki przez okres wskazany w treści upoważnienia. Powołanie zastępcy nie ma wpływu na zakres władzy Gubernatora ani na czas trwania powołania. W treści upoważnienia Gubernator może również zawrzeć instrukcje dla swojego zastępcy, którymi zastępca jest związany. Zastępca może zostać odwołany w każdym czasie przez monarchę na wniosek Gubernatora lub Sekretarza Stanu.

Władzę ustawodawczą Gibraltaru stanowi monarcha Wielkiej Brytanii oraz Parlament Gibraltarski. Organ ten został powołany dopiero w Konstytucji z 2006 r. na skutek przekształcenia dotychczasowej Izby Zgromadzenia w Parlament Gibraltaru¹⁰, który jest jednoizbowy i składa się z przewodniczącego oraz 17 członków. Ważność wyborów do Parlamentu stwierdza Sąd Najwyższy. Przed objęciem urzędu posłowie składają przysięgę. Przewodniczący (*Speaker*) jest wybierany przez członków Parlamentu spoza swego składu, a do jego zadań należy przewodniczenie obradom Parlamentu. W przypadku jego nieobecności posiedzeniu przewodniczy jeden z posłów wybrany w tym celu przez Parlament. Ponadto kandydat na przewodniczącego musi posiadać obywatelstwo brytyjskie albo obywatelstwo brytyjskiego terytorium zamorskiego, mieć ukończone 18 lat i nie może być osobą zdyskwalifikowaną do zajmowania tego stanowiska na mocy art. 28 Konstytucji.

¹⁰ <https://www.parliament.gi/> [dostęp: 4.11.2020].

Wakat na stanowisku przewodniczącego następuje: 1) wobec przyjęcia przeciwko przewodniczącemu wotum nieufności większością głosów w obecności 2/3 liczby posłów; 2) gdy utraci prawo wybieralności do Parlamentu; 3) jeżeli uzyskał mandat posła lub 4) gdy dojdzie do rozwiązania Parlamentu.

Parlament uchwała ustawy, które są następnie zatwierdzane przez monarchę lub działającego w jego imieniu Gubernatora. W pewnych sytuacjach, np. gdy ustawa jest niezgodna z zobowiązaniami międzynarodowymi, Gubernator ma prawo odmówić jej zatwierdzenia. Parlament może też zastrzec, że ustawa ma być podpisana przez monarchę. Zatem nawet podczas procedury ustawodawczej dostrzegalne są związki z Koroną Brytyjską, gdyż monarcha może zostać bezpośrednio zaangażowany w procedurę ustawodawczą. Warunkiem wejścia w życie aktu prawnego jest jego publikacja w dzienniku urzędowym (art. 33 Konstytucji). Gubernator może również w pewnych okolicznościach skorzystać ze specjalnych uprawnień, które przyznaje mu w tej procedurze Konstytucja. Mianowicie, w przypadku uznania, że uchwalenie ustawy jest konieczne lub pożądane, Gubernator może w każdej sprawie, za którą jest odpowiedzialny zgodnie z art. 47 ust. 1 Konstytucji, doprowadzić do przyjęcia aktu prawnego z pominięciem Parlamentu i zarządzić jego ogłoszenie w dzienniku urzędowym (art. 34). To uprawnienie stanowi również emanację władzy królewskiej, gdyż Gubernator jest przedstawicielem monarchy w Gibraltarze.

Kworum wynosi 30% składu Parlamentu, a do jego ustalenia nie wlicza się przewodniczącego lub zastępującego go posła. Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w Konstytucji lub innych regulacjach, sprawy stanowiące przedmiot rozstrzygnięcia Parlamentu uchwalane są większością głosów. Przewodniczący nie ma głosu decydującego. Oznacza to, że w razie równego rozkładu głosów, wniosek uznaje się za przegrany.

Parlament Gibraltaru niejako z założenia prowadzi ograniczoną aktywność legislacyjną, Konstytucja bowiem wymaga, aby w ciągu roku kalendarzowego odbyły się co najmniej trzy posiedzenia, a w roku wyborczym – co najmniej dwa (art. 37).

Nawiązaniem do praktyki i prawodawstwa brytyjskiego jest przepis odnoszący się do przywilejów i immunitetów poselskich. Konstytucja regulację tych kwestii pozostawia ustawodawcy (odesłanie), zaznaczając jednak wyraźnie, że przywileje, immunitety i uprawnienia nie mogą przekraczać swym zakresem tych, z których korzystają członkowie Izby Gmin (art. 36).

Gubernator obligatoryjnie rozwiązuje Parlament po upływie czterech lat od daty jego pierwszego posiedzenia, a ponadto, działając zgodnie z radą premiera (skrócenie kadencji), może w każdym czasie zarządzić rozwiązanie Parlamentu.

Odniesienie do związków Gibraltaru z Wielką Brytanią odnaleźć można także w Konstytucji poprzez wyraźne związanie egzekutywy gibraltarskiej z Koroną. W art. 44 Konstytucji wskazano, że władza wykonawcza przysługuje monarsze (*The*

executive authority of Gibraltar shall vest in Her Majesty) i jest sprawowana przez rząd Gibraltaru. W praktyce w Gibraltarze mamy do czynienia z dwoma mocno powiązаныmi ze sobą personalnie kolegialnymi organami władzy wykonawczej: z Radą Ministrów i Rządem Gibraltaru. Rada Ministrów składa się z Prezesa Rady Ministrów oraz co najmniej czterech ministrów. Natomiast Rada Ministrów wraz z monarchą reprezentowanym przez Gubernatora stanowią Rząd Gibraltaru.

Gubernator, działając zgodnie ze wskazaniem Prezesa Rady Ministrów, powierza ministrom określony zakres spraw należących do kompetencji danego ministra. Ministrowie ponoszą kolegialną odpowiedzialność za realizację powierzonych im spraw.

Należy zauważyć, że do Gubernatora należy prowadzenie spraw odnoszących się do polityki zagranicznej, obrony oraz bezpieczeństwa wewnętrznego, w tym kwestii policji oraz sprawy dotyczące polityki nominacyjnej na urzędy, które wyraźnie powierza mu Konstytucja. W zakresie prowadzenia polityki zagranicznej Gubernator powinien jednak, w miarę możliwości, działać w porozumieniu z Prezesem Rady Ministrów. Wykonywanie przez Gubernatora polityki zagranicznej oraz obronności nie ma wpływu na to, że w zasadzie to monarcha odpowiada za tę formę działalności Miasta Gibraltar. Innymi słowy, w gestii Rządu Gibraltaru pozostają wszelkie sprawy z wyjątkiem obronności i polityki zagranicznej¹¹.

2. Kontrowersyjny status Gibraltaru

Kontrowersje związane z przynależnością państwową Gibraltaru dostrzeżono na poziomie Unii Europejskiej. W 2006 roku Trybunał Sprawiedliwości UE orzekł, że „Gibraltar jest obecnie Kolonią Brytyjskiej Korony. Nie stanowi części Wielkiej Brytanii”. Określenie „kolonia” pojawiło się także w bardziej współczesnych dokumentach unijnych, wzbudzając sprzeciw Wielkiej Brytanii, która podnosi, że Gibraltar jest pełnoprawnym członkiem brytyjskiej rodziny, a od 2002 r. Wielka Brytania traktuje go jako „brytyjskie terytorium zamorskie”. W dokumencie zawierającym przepisy, które pozwolą Brytyjczykom na ruch bezwizowy do krajów UE po brexicie, Gibraltar został określony jako „kolonia Korony Brytyjskiej”. Przypomniano w nim również, że „istnieje kontrowersja pomiędzy Hiszpanią i Wielką Brytanią dotycząca suwerenności nad Gibraltar¹²”.

¹¹ B. Niedziński, *Brytyjski rząd nie zgadza się na wejście Gibraltaru do strefy Schengen*, 20.01.2020, <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Brytyjski-rzad-nie-zgadza-sie-na-wejscie-Gibraltaru-do-strefy-Schengen-7806725.html> [dostęp: 7.11.2020].

¹² (arb), *UE nazywa Gibraltar „kolonią”. Londyn protestuje, „Rzeczpospolita” z 1 lutego 2019 r.*, <https://www.rp.pl/Brexit/190209937-UE-nazywa-Gibraltar-kolonia-Londyn-protestuje.html> [dostęp: 1.11.2020].

Rozstrzygnięcie, czy dane terytorium jest niesamodzielne, czy też stanowi integralną część innego państwa jest o tyle utrudnione, że nie występują obiektywne i powszechnie akceptowane kryteria pozwalające na przeprowadzenie takiego podziału. Na gruncie Karty NZ za obszary nierządzące się samodzielnie uznano takie, „których ludność nie dojrzała jeszcze do pełnego stopnia samorządu” (art. 73). Społeczność międzynarodowa powinna wspomagać mieszkańców terytoriów nierządzących się samodzielnie poprzez rozwijanie samorządu i aspiracji politycznych tych ludów oraz pomaganie im w stopniowym rozwoju ich wolnych instytucji politycznych.

Gibraltar został określony jako terytorium niesamodzielne także w prawodawstwie polskim, a dokładnie w „Urzędowym wykazie nazw państw i terytoriów niesamodzielnych”¹³. Dokument ten został utworzony na podstawie listy terytoriów niesamodzielnych przygotowanej przez ONZ, na której figuruje Gibraltar. Określenie „terytorium niesamodzielne” nawiązuje zatem do tytułu rozdziału XI Karty Narodów Zjednoczonych, który odnosi się do „obszarów nierządzących się samodzielnie” i stanowi jego synonim. Utrzymywanie na tej liście Gibraltaru może rodzić pewne wątpliwości i kontrowersje¹⁴.

Zakończenie

Ustalenie charakteru prawnego Gibraltaru nie jest łatwe i wymykać się może próbom klasyfikacyjnym, chociaż te należy oczywiście podejmować. Status tego obszaru jest specyficzny i dlatego należy badać to zagadnienie przez pryzmat odmienności, które mu towarzyszą. Należy pamiętać, że Gibraltar korzysta w sposób swobodny z instytucji demokracji bezpośredniej, jaką jest możliwość przeprowadzania referendum w różnych sprawach, zarówno dotyczących spraw wewnętrznych (np. praw człowieka), jak i kwestii związanych z ustrojem. Referendum zostało zresztą wykorzystane już dwukrotnie, w sposób suwerenny, w celu rozstrzygnięcia o statusie politycznym i prawnym tego obszaru. Szczególne znaczenie miało zwłaszcza referendum z 1967 r., które było związane z procesem dekolonizacji. W referendach tych mieszkańcy Gibraltaru zadecydowali zatem o zachowaniu silnych

¹³ Urzędowy wykaz nazw państw i terytoriów niesamodzielnych przygotowany przez Komisję standaryzacji nazw geograficznych poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej przy Głównym Geodecie Kraju, Warszawa 2011, s. 50.

¹⁴ Sytuacja Gibraltaru jest w pewnym stopniu podobna do sytuacji Tokelau. Rząd tego terytorium wystosował nawet oficjalne pismo do ONZ, w którym wskazywał na chęć pozostania częścią Nowej Zelandii, a ludność tego obszaru dwukrotnie odrzuciła w referendum projekt zwiększenia autonomii. Pomimo tych zabiegów Tokelau wciąż pozostaje na liście terytoriów niesamodzielnych ONZ.

związków z Wielką Brytanią. Ta łączność z Koroną jest szczególnie zauważana na gruncie Konstytucji z 14 grudnia 2006 r. Głową państwa jest bowiem Elżbieta II, która została silnie włączona w mechanizm sprawowania władzy na tym terytorium poprzez powoływanie Gubernatora zależnego od monarchini oraz uczynienie z królowej jednym z elementów władzy ustawodawczej (obok Parlamentu). Królowej powierzono również część istotnych kompetencji, za pomocą których może poważnie ingerować w proces sprawowania władzy. Gibraltar nie prowadzi również samodzielnie polityki zagranicznej i obronnej, zdając się w tym zakresie na Koronę. Okoliczności te świadczą jednoznacznie o tym, że chociaż formalnie Gibraltar jest terytorium niesamodzielnym, to jego mieszkańcy w sposób samodzielny i suwerenny podjęli taką decyzję, co paradoksalnie może jednak świadczyć o samodzielności tego obszaru.

Literatura

- (arb), *UE nazywa Gibraltar „kolonią”*. *Londyn protestuje*, „Rzeczpospolita” z 1 lutego 2019 r., <https://www.rp.pl/Brexit/190209937-UE-nazywa-Gibraltar-kolonia-Londyn-protestuje.html>
- Garlicki L., *Rozdział II*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Tom III*, Warszawa 2003.
- Incydent koło Gibraltaru. Brytyjska flota przegoniła hiszpański okręt wojenny*, „Wprost” z 18 lutego 2019 r., <https://www.wprost.pl/swiat/10192156/incydent-kolo-gibraltaru-brytyjska-flota-przegonila-hiszpański-okret-wojenny.html>.
- Kaniewska M., *Wiele hałasu o Skalę, czyli gdzie dwóch się bije tam wszyscy tracą*, 31 sierpnia 2013 r., <https://blogcim.wordpress.com/2013/08/31/wiele-halasu-o-skale-czyli-gdzie-dwoch-sie-bije-tam-wszyscy-traca/>.
- Kuczma P., *Prawa człowieka w zarzysie*, Polkowice 2011.
- mjend, *Na Gibraltarze zabijac narodzonych nie wolno - jednak wkrótce może to ulec zmianie*, <https://www.pch24.pl/na-gibraltarze-zabijac-narodzonych-nie-wolno---jednak-wkrotce-moze-to-ulec-zmianie,73902,i.html#ixzz6coo4izeE>.
- Niedziński B., *Brytyjski rząd nie zgadza się na wejście Gibraltaru do strefy Schengen*, 20.01.2020, <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Brytyjski-rzad-nie-zgadza-sie-na-wejscie-Gibraltaru-do-strefy-Schengen-7806725.html> [dostęp: 7.11.2020].
- (nm), *Jest porozumienie ws. Gibraltaru. Premier Hiszpanii potwierdza*, 24 listopada 2018 r., <https://www.rm24.pl/fakty/swiat/news-jest-porozumienie-ws-gibraltaru-premier-hiszpanii-potwierdza,nId,2694551>.
- RoM, *Gibraltar: mieszkańcy podejmą decyzję w sprawie ochrony życia*, <https://www.pch24.pl/gibraltar-mieszkanicy-podejma-decyzje-w-sprawie-ochrony-zycia,74077,i.html#ixzz6colRQznthttps://www.pch24.pl/gibraltar--mieszkanicy-podejma-decyzje-w-sprawie-ochrony-zycia,74077,i.html#ixzz6cohw3Cei>.
- Sopoćko P., *Gibraltar. Jakie ma miejsce w Zjednoczonym Królestwie?*, 10 września 2013 r., <https://blogcim.wordpress.com/2013/09/10/gibraltar2/>.

Justyna Michalska

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0001-6680-6785

j.michalska@wpa.uz.zgora.pl

The Protective Function of Labour Law with regard to the Rights of Foreign Nationals

Keywords: Function of Labour Law, Protective Function of Labour Law, employment of foreign nationals

Summary. The subject of this article is the analysis of the protective function of labour law with regard to the foreigners' rights and their position on the labour market. This article shows the essence of the protective function of the law in order to guarantee the fundamental human rights and freedoms, including first and foremost the protective role of labour law. The author has mainly used the legal-dogmatic method.

The research also used the research required for work, support in the work supporting Polish and EU law in the field of labor law regulations, and thus in assessing the effectiveness of the protective function of employment of foreigners. The publication also includes a deductive method – assessments and judgments developed by means of deduction in combination with the normative material subject to the regulation, indicating the flaws and imperfections of contemporary legal regulations. The main thesis of the research is: the protective function of labor law in relation to foreigners has an impact on the implementation of the principle of non-discrimination and is a guarantee of freedom of movement between countries for gainful purposes. The protective function is limited to the status of employed persons, and indifferent to jobseekers who do not have the status of an unemployed person.

Funkcja ochronna prawa pracy w prawie cudzoziemców

Słowa kluczowe: funkcja ochronna prawa, prawo pracy, funkcja ochronna prawa pracy, prawo cudzoziemców

Streszczenie. Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza funkcji ochronnej prawa pracy w odniesieniu do praw cudzoziemców i pozycji ich zatrudnienia na rynku pracy. Niewątpliwie funkcja ochronna prawa odgrywa fundamentalną rolę w zakresie praw pracowników, którzy posiadają słabszą pozycję w stosunku pracy. Jawi się ona tym bardziej jako niezmiernie istotna, jeśli weźmie się pod uwagę zatrudnienie cudzoziemców. Prawo pracy chroni bowiem nie tylko obywatele Rzeczypospolitej Polskiej przed wyzyskiem ze strony pracodawców. W artykule podjęto próbę systematyzacji przepisów prawa, które gwarantują cudzoziemcom równość w dostępie do instytucji rynku pracy na terytorium Polski. Wstęp do rozważań w powyższym przedmiocie poprzedzony został analizą funkcji ochronnej prawa pracy, z uwzględnieniem głosów literatury i orzecznictwa na temat jej kształtu i funkcjonowania w polskim systemie prawa.

Introductory Remarks

The considerations of the protective function of labour law should begin with a statement that it manifests itself in various aspects of people's work life. In essence, this function is meant to protect the employee against broadly defined exploitation¹. In the colloquial use of the term, it is common to define exploitation as "the abuse of another person being in a forced position in order to receive a benefit whose value at the time of signing a contract significantly exceeds the value of one's own work"². This function, as being protective against labour exploitation, is expressed in the occupational health and safety regulations (in particular, to the extent in which they refer to the protection of the life and health of employees)³, working hours (especially, the right to rest and leisure guaranteed by the Constitution)⁴, the protection of female workers or young workers⁵, or the protection of wages⁶. It is stressed in the literature, that the realization of the protective function of la-

¹ M. Gersdorf, *Pojęcie, przedmiot i właściwości prawa pracy*, [in:] *Prawo pracy w pytaniach i odpowiedziach*, red. M. Gersdorf, K. Rączka, Warszawa 2004, p. 60.

² Słownik Języka Polskiego PWN, *Wyzysk*, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/wyzysk.html> [access as on: 20.08.2020].

³ When it comes to legal protection of the employee with respect to compliance with the occupational health and safety regulations, we may also refer to the provisions of the Penal Code, in particular, to Article 220, which says that whoever, being responsible for occupational safety and hygiene, does not fulfil his duties and by doing so exposes an employee to an immediate danger of loss of life or a serious detriment to his health, shall be subject to criminal liability. Also, the Labor Code provides for the punishment for anyone who does not observe the occupational health and safety regulations (see Article 283 of the Labor Code). More information about the liability arising from the breach of occupational health and safety can be found in: D. Habrat, *Prawnokarna ochrona praw pracownika związana z bezpieczeństwem i higieną pracy*, [in:] *Funkcja ochronna prawa pracy a wyzwania współczesności*, red. M. Bosak, Warszawa 2014, pp. 189-199.

⁴ The protective function of labor law with regard to employees' time off is an issue which could definitely be the subject of a separate analysis. A broad range of literature can be cited with reference to this issue. See in particular T. Nycz, *Ochronny charakter przepisów o czasie pracy – wybrane zagadnienia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999, no. 3, p. 2; A. Drozd, *Wykładnia w zgodzie z Konstytucją w dziedzinie prawa pracy*, „Przegląd Sądowy” 2010, no. 2, pp. 5-32; Z. Góral, *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2011, no. 12, pp. 41-43; W. Dyląg, *Prawo do odpoczynku jako przejaw funkcji ochronnej prawa pracy*, [in:] *Funkcja ochronna prawa pracy...*, pp. 27-38; A. Zwolińska, *Prawo do odpoczynku a zatrudnienie cywilnoprawne*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2019, no. 1, pp. 54-65; E. Tkaczyk, *Bezpieczne i higieniczne warunki pracy jako prawo każdego człowieka służące ochronie życia i zdrowia ludzkiego przed szkodliwym oddziaływaniem czynników pracy*, „Studia Prawnicze i Administracyjne 2019”, no. 2, pp. 39-48; A. Wiącek-Burmańczyk, *Konstytucyjne prawo do wypoczynku*, „Przegląd Sejmowy” 2017, no. 5, pp. 109-124.

⁵ See in particular I.A. Wieleba, *Szczególna ochrona zdrowia pracowników młodocianych – zagadnienia wybrane*, [in:] *Funkcja ochronna prawa pracy...*, pp. 71-84; R. Golat, *Zasady zatrudniania dzieci do lat 16*, „Słownik Pracowniczy” 2013, no. 3, pp. 1-4.

⁶ A. Kwecko-Podświadek, *Rys historyczny prawa pracownika do wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych w prawie polskim*, [in:] *Prawo pracownika do wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych*, Wolters Kluwer Polska, LEX/el. 2020.

bour law is also safeguarded by carrying out inspections of the National Labour Inspectorate, which are aimed at ensuring compliance with the rules for hiring employees. However, as practice shows, the legal standards in the Polish legal system do not give the inspectors full authority to perform certain acts that would ensure proper protection of employees⁷. Also, labour courts, as having the power to ensure legal protection, should be able to secure compliance with labour law, which, too, has the protective function⁸.

In order to gain an in-depth understanding of the concept of the protective function of labour law with regard to the foreigners' rights, we must refer to the very essence of this concept. This task may seem fairly problematic because the protective function, as being strictly related to labour law, is defined in a general and, at the same time, broad sense. Consequently, there might be some difficulties when it comes to the proper understanding of this function⁹. It is worth pointing out, though, that it is the basic, and also the most important function concerning the employment relationship¹⁰. Its importance can be confirmed by the mere fact that the protective function prevails in the labour law doctrine¹¹.

According to T. Zieliński, the protective function consists in general in “[...] the labour law standards acting as a mechanism to protect the interests of employees”¹². Since it is the employer who is in a more privileged position in the employment relationship, the provisions of labour law should allow creating such standards which would prevent inequality and improve the legal position of the weaker party to the employment relationship¹³.

Michał Skąpski has made the following distinction within the protective function between three of its elements into “subsidiary functions”:

- equalizing function,
- safeguarding function,
- promotional function¹⁴.

⁷ M. Jarota, *Funkcja ochronna prawa pracy na przykładach wybranych regulacji państw europejskich*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Lublin 2015, Nr LXII, Sekcja G, p. 68.

⁸ W. Baran, *Procesowe prawo pracy. Wzory pism*, Warszawa 2013, pp. 37–38.

⁹ A. Sobczyk, *Różnicowanie praw (ochrony) zatrudnionych – wybrane kryteria i ich ocena*, [in:] *Funkcja ochronna prawa pracy a wyzwania współczesności*, M. Bosak, Warszawa 2014, p. 1.

¹⁰ T. Liszcz, *Ogólna charakterystyka prawa pracy*, [in:] *Zarys prawa pracy*, red. R. Borek-Buchajczuk, Lublin 2005, p. 22; W. Jaśkiewicz, C. Jackowiak, W. Piotrowski, *Prawo pracy w zarysie*, PWN, Warszawa 1980; Z. Salwa, *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, LexisNexis, Warszawa 2007.

¹¹ W. Osowski, *Ochronna funkcja prawa pracy wobec upadłościowej restrukturyzacji zatrudnienia*, *Studia Ekonomiczne / Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach*, 2014 nr 200, p. 96

¹² T. Zieliński, *Prawo pracy. Zarys systemu. Cz. I Ogólna*, PWN, Warszawa-Kraków 1986, p. 39.

¹³ M. Skąpski, *Ochronna funkcja prawa pracy w gospodarce rynkowej*, Zakamycze, Kraków 2006, p. 82; U. Jackowiak (red.), *Prawo pracy – podręcznik dla studentów prawa*, Kraków 2003, p. 39.

¹⁴ M. Skąpski, *Ochronna funkcja prawa pracy w gospodarce rynkowej*, Zakamycze, Kraków 2006, p. 104–105.

The objective of the first subsidiary function, as its name suggests, is to equalize the position of the employee against the more privileged position of the employer. The safeguarding function serves as an extension of the first subsidiary function, which is focused on the protection of people who require special employment conditions that are necessary because of their less favourable employment-related predispositions than in the case of standard employees (e.g. pregnant women, pre-retirement workers). When it comes to the promotional function, this subsidiary function concerns in most part individuals who are seeking employment (it relates, among other things, to those standards aimed at fighting unemployment, the rules for appointment for certain positions, the ways and forms of seeking employment)¹⁵.

What is more, the protective function can be understood as a dichotomy in a formal and material approach.

The formal aspect of this function imposes a ban on the entities performing acts concerning labour law to depart from the regulations that are to the detriment of the employee. It is about the guarantee of the minimum employee rights and, at the same time, it sets an upper limit for the employee obligations¹⁶. There is no doubt that such understanding of the protective function is in some way related to the principle of the employee favouritism described in Article 18 of the Labour Code, which says that any provisions of the contracts and acts on the basis of which an employment relationship is established may not disadvantage an employee more than the provisions of labour law¹⁷.

The material approach of the protective function refers to those law which restrict work duties, extend powers, enhance sustainable employment relationships and guarantee the observance of human rights and their personal data protection¹⁸.

The view of Jakub Stelina seems very accurate which is based on the idea that the privileged position of the employer “[...] takes various forms and exists because of various mechanisms. [...] not every labour standard is there to protect the interests of the employee. We can decode the protective function from certain regularities resulting from the key provisions of labour law, not from all regulations without exceptions. That is why among the key factors, which are the sign of the

¹⁵ W. Osowski, *op. cit.*, p. 98.

¹⁶ Cf. G. Goździewicz, *Funkcje prawa pracy w nowym ustroju pracy w Polsce*, [in:] *Prawo pracy, ubezpieczenia społeczne. Wybrane zagadnienia* red. B.M. Cwiertniak, Opole 1998. Cf. Z. Salwa, *Ochronna funkcja prawa pracy*, [in:] K.W. Baran (red.), *Zarys systemu prawa pracy*, Warszawa 2010, p. 179 et al.

¹⁷ The subsequent paragraph of Article 18 of the Labor Code provides that any acts that are less favorable to an employee than the provisions of labor law are invalid. The appropriate provisions of labor law will apply instead, and if there are no such provisions, then the appropriate provisions of a non-discriminatory character will apply instead.

¹⁸ M. Barzycka-Banaszczyk, *Prawo pracy*, Warszawa 2008, p. 30 et al.

protective nature of labour law, special mention should be made of the mechanism which limits the freedom to shape the content of the employment relationship (called the employee privilege principle) according to which employees and employers may not by way of legal procedures diminish the level of power of the employed individuals below the minimum set out in the regulations, restrict freedom to terminate employment relationships by employers (a general and specific protection of the sustainable employment relationships), pay guarantees, including the establishing of the minimum wage, a mandatory vacation, maternity protection, protection of young workers, or health and safety at work regulations”¹⁹.

From an axiological perspective, the protective function is determined by an absolute objective, i.e. the protection of employees. This recital justifies the acceptance of every legal institution, on condition, though, that it will allow to grant certain powers to employees²⁰. As a side note, it seems worthwhile to refer to the Declaration of Philadelphia which recognizes the fact that labour is not a commodity²¹. This provision remains an effective counterargument to any proposal for the reduction of the protective standards²². If we assume that labour is not a commodity, then it is not possible to use such terms as “the labour market”²³.

1. Definition of a Foreigner

In order to transpose the above considerations onto the area of the protective function with regard to the rights of foreigners, we must begin with the systematization of terminology. In particular, the term “foreigner” or “foreign person” needs clarification.

The legal definition of a foreign person can be found in the provisions of the Act on Employment Promotion and Labour Market Institutions²⁴. According to its Article 2 paragraph 1 subparagraph 7, a foreign person is a person having no Polish citizenship. This is a rather laconic provision because this term can mean

¹⁹ J. Stelina, *Prawo pracy*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2016, p. 40.

²⁰ A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2013, p. 4 et al.

²¹ The Declaration of Philadelphia – Declaration concerning the aims and purposes of the International Labor Organization, The General Conference of the International Labor Organization, meeting in its Twenty-sixth Session in Philadelphia, hereby adopts, this tenth day of May in the year nineteen hundred and forty-four, the present Declaration of the aims and purposes of the International Labor Organization and of the principles which should inspire the policy of its Members, item I, the text is available at: http://www.mop.pl/html/miedzynarodowe_standardy/deklaracja_filadelfijska.html [access as of: 20.08.2020].

²² A. Sobczyk, *Prawo pracy...*, p. 4.

²³ W. Sanetra, *Czy istnieje rynek pracy?*, PiZS 2011, sentence 9, pp.8-9

²⁴ The Act of 20 April 2004 on Employment Promotion and Labor Market Institutions, Dz. U. of 2020; *item*, 1409

that stateless persons may also be considered foreigners²⁵. The protective function with regard to the rights of foreigners is expressed in particular by the principles of the legality of employment of persons having no Polish citizenship.

2. Employment of European Union citizens

In its Article 45, the Treaty on the Functioning of the European Union²⁶ secures freedom of movement for workers. According to this provision, freedom of movement for workers shall be secured within the Union. Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work. The freedom of movement within the EU/EEA applies to foreign persons who are the citizens of:

- The EU Member States (i.e. Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Greece, Spain, the Netherlands, Ireland, Luxemburg, Germany, Portugal, Sweden, the United Kingdom, Northern Ireland, Italy, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Lithuania, Latvia, Malta, Slovakia, Slovenia, Hungary, Romania, Bulgaria and Croatia);
- The European Economic Area;
- Switzerland²⁷.

It is noted in the literature that the “classical freedom of movement for workers (Article 45 of the TFEU) is based on the idea that migrant workers shall enjoy equality of treatment with nationals of the receiving State”²⁸.

The conditions for taking up employment by foreign persons in Poland are specified in Article 87, para 1 of the Act on Employment Promotion and Labour Market Institutions. Among the prerequisites to taking up employment by foreigners, the legislator listed, among other things, the requirement of having a refugee status, providing them with subsidiary protection within the Republic of Poland, having a permanent residence status or a permission to stay for humanitarian reasons. At the same time, as of 17 January 2007, foreigners were no longer required

²⁵ The Convention relating to the Status of Stateless Persons defines a stateless person as someone who is not recognized as a national by any state under the operation of its law. See the UN General Assembly, the Convention relating to the Status of Stateless Persons, 28 September 1954, UN Treaty Collection, vol. 360, p. 117, the text is available at: <https://www.refworld.org/docid/3a-e6b3840.html> [access as of: 20.08.2020].

²⁶ The Treaty on the Functioning of the European Union, Rome 1957, Dz.U.2004.90.864/2.

²⁷ J. Cichoń, *Legalność zatrudnienia cudzoziemców. Informator dla pracodawców*, „Państwowa Inspekcja Pracy”, Warszawa 2019, p. 4.

²⁸ L. Mitrus, *Charakter prawny delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2018, no. 6, pp. 4-11.

to obtain a work permit who have these type of permission. In practice, the new powers conferred on foreign nationals to allow them to work without a permit were granted to the following states: Austria, Belgium, Denmark, France, the Netherlands, Lichtenstein, Luxemburg, Germany, Norway and Switzerland. In other cases, this entitlement was acquired earlier, on the basis of reciprocity rules²⁹.

The protective function with regard to the employment of foreign nationals also affects their families. First, it should be noted that Article 87 paragraph 1 subparagraph 10 of the Act on Employment Promotion and Labour Market Institutions provides for the possibility of employment of family members of the foreign persons. The definition of a family member is provided in the Act on Entering the Territory of the Republic of Poland³⁰. According to Article 2 paragraph 4 of this Act, a family member of a foreign person should be understood as:

- the spouse of an EU citizen,
- a direct descendant of an EU citizen or their spouse, to the age of 21 years or a dependent of an EU citizen or their spouse,
- a direct ascendant of an EU citizen or their spouse, a dependent of an EU citizen or their spouse.

As far as the family matters are concerned, the family, as the basic unit of society, is defined in the Charter of Fundamental Rights³¹. According to Article 9 of the Charter: “The right to marry and the right to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights”.

The provisions of the regulations on the employment of foreign nationals do not state that the Member States have an obligation to allow family members of the foreign persons to access its territory. However, it is emphasized that these countries have an obligation to facilitate residence of such persons in the State concerned³². It is no exaggeration to offer an argument that the actions taken by the Republic of Poland in order to facilitate entrance to the country by family members of foreign nationals and their employment will be an expression of the protective function of labour law. These people surely find themselves in a worse position than the Polish citizens, and this is why the EU legislator decided to give them special protection.

²⁹ A. Drabek, *Warunki wykonywania pracy przez cudzoziemca*, [in:] *The Act on Employment Promotion and Labor Market Institutions. Komentarz*, red. Z. Góral, Wyd. II, WK 2016.

³⁰ The Act of 14 July 2006 on Entering the Territory of the Republic of Poland, Residence and Departure from this Territory of Nationals of Member States of the European Union and their Family Members, Dz. U. of 2019, *item*, 293.

³¹ The EU Charter of Fundamental Rights, “Official Journal of the European Union” C.2007.303.1.

³² D.E. Harasimiuk, *Skuteczne korzystanie z prawa pobytu przez obywateli UE i członków ich rodzin*, „Ius Novum” 2016, no. 1, pp. 63-78.

According to Joanna Osiejewicz, “family must be afforded special protection by the EU’s secondary legislation on free movement and family reunification in the situation where a person who is the resident of a Member State wants their family members, who were left behind when they migrated, to join them”³³.

The protective function with regard to the rights of foreigners is also expressed in the provisions of the Act on State Assistance in Upbringing of Children³⁴. According to its Article 1 paragraph 2 subparagraph 2, foreign persons are entitled to childcare benefits. The entitlement is conditional only upon whether a foreign national is eligible to work in Poland. The eligibility to work may result, for instance, from the regulations that release foreign nationals from the obligation to obtain a work permit³⁵.

3. Non-discrimination clause

The principle of equal treatment as regards access to employment, which is directly related to the prohibition of discrimination, is a special form of protection of foreigners referred to in labour law.

This principle is presented in Article 11² of the Labour Code, which reads that employees have equal rights in respect of the same performance of the same duties; this applies in particular to the equal treatment of men and women in employment. This principle is supplemented with the content of Article 11³ of the Labour Code, which reads that any discrimination in employment, direct or indirect, in particular in respect of gender, age, disability, race, religion, nationality, political views, trade union membership, ethnic origin, creed, sexual orientation or in respect of the conditions of employment for a definite or an indefinite period of time or full or part time, are prohibited.

The principle of non-discrimination prohibits, therefore, unequal treatment of certain employees on the basis of some discriminatory factors (e.g. nationality). As a rule, this “unequal treatment” is characterized by putting an employee in a worse position than the position of others³⁶.

Following these principles is the cornerstone of human rights in employment. Because the legal standards have been formulated in this particular way, foreign

³³ J. Osiejewicz, *Członek rodziny w prawie Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2015, no. 6, pp. 24-30.

³⁴ The Act of 11 February 2016 on State Assistance in Upbringing of Children, Dz. U. of 2019, *item*, 2407.

³⁵ The Voivodeship Administrative Court in Łódź Judgment of 20 April 2017, Court File No. II SA/Łd 23/17, LEX nr 2277501.

³⁶ M. Lewandowski, *Ochrona pracownika przed dyskryminacją w polskim prawie pracy*, „Palestra” 2014, no. 3-4, pp. 137-153.

nationals may assert their rights if they have been treated worse than other employees who are citizens. We should not overlook the fact that there are some legal consequences that will follow from a breach of the obligations of equal treatment in employment.

Having the above principles in mind, Lech Kaczyński presented the following argument: “the basic sanction with regard to crossing the border of freedom to shape the content of a contract used in labour law is still the sanction of nullity, which is related to the so-called legal automation. Besides this sanction, there may also be the sanction of absolute nullity concerning the entire employment contract or its part. It occurs when there is conflict between the law and the type of work, and also conflict between the contract (or its part) and the principle of social interaction. The sanction of nullity may also apply to a contract that is contrary to Article 112 or Article 113 of the Labour Code. And last but not least, if there is conflict between the contract and the features of the employment relationship, it is possible that the sanction of nullity is applicable to the entire legal transaction or a situation in which it creates legal effects, but under civil law, not labour law”³⁷.

The prohibition of discrimination concerns to a large degree the employer, as it is the employer who has a decisive voice when it comes to the position of the particular employees within the internal structure of their company³⁸.

In the event of the discrimination of employees, the protective function is also reflected in situations where there is a dispute in court and the employee, who has been discriminated against, is trying to assert their rights. In particular, it can be noted that the burden of proof that the employer has followed some objective reasoning lies with the employer, not with the employee who has been discriminated against. The latter must only present the facts in support of their claim that the act of discrimination has actually occurred³⁹.

The issue of discrimination in employment has been the subject of numerous considerations with regard to case law. As an example, in one of its rulings, the Supreme Court indicated that “a discrepancy in the amount of remuneration based on the criterion of citizenship is an act of direct discrimination, and keeping this criterion in force by the employer, who is maintaining higher remuneration for the employees who were hired earlier under such conditions, is an act of “partial” discrimination (Article 113 of the Labour Code). [...] The absence of action aimed at equalizing pay and, to the contrary, the maintenance of higher remuneration for

³⁷ L. Kaczyński, *Zasada swobody umów w prawie pracy po nowelizacji kodeksu pracy*, „Państwo i Prawo”, 1997, no. 3, pp. 8-21.

³⁸ L. Florek, *Zakaz dyskryminacji w stosunkach pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1997, no. 1, p. 2.

³⁹ K. Wójcik, *Sędziowie nie znajdują prawa*, „Rzeczpospolita” 2013, no. 1, p. 30.

the recognized employees, may be indicative of discrimination, especially if this status quo has persisted for many years”⁴⁰.

4. Penal regulations

To conclude, the considerations which refer to the protective function of the law point to the fact that it is directly correlated to other areas of law. A particularly interesting approach is presented in the substantive criminal law. Given the vastness of the subject, only some brief comments of theoretical nature will be made for the purpose of the clarity of this article. These comments are intended to only point to the rules for the protection of foreign nationals in this area of the law. It is important to begin with a statement that the protective function of criminal law is the result of the guarantee function which, in turn, generally boils down to the assertion of rights of an individual to be protected from unauthorized interference by a public authority with the matters relating to human rights and freedoms⁴¹. The protection referred to above, is expressed in the rights of foreign nationals, in particular, through the introduction of special rules to the Code in order to hold foreigners accountable under the Polish law. In particular, reference should be made to the regulation of Chapter XIII of the Penal Code, entitled “Liability for Offences Committed Abroad”.

According to Article 110 of the Penal Code, the Polish penal law shall be applied to aliens who have committed abroad an offence against the interests of the Republic of Poland, a Polish citizen, a Polish legal person or a Polish organisational unit not having the status of a legal person, and to aliens who have committed abroad a terrorist offence. The Polish penal law shall be applied to aliens in the case of the commission abroad of an offence other than listed in § 1, if, under the Polish penal law, such an offence is subject to a penalty exceeding 2 years of deprivation of liberty, and the perpetrator remains within the territory of the Republic of Poland, and where no decision on his extradition has been taken.

By analysing the content of this law, it can be assumed that foreign nationals are hold criminally liable as stipulated in the Polish law only in the presence of certain preconditions.

⁴⁰ The Supreme Court Judgment of 7 May 2019, Court File No. II PK 31/18, OSNP 2020/5/40.

⁴¹ A. Zoll (red.), *Kodeks karny: część ogólna. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, vol. I, Kraków 2004, p. 43.

5. Closing Remarks

To summarise, the protective function of the law plays an important role for guarantees of fundamental human rights and freedoms, whereas, as a rule, labour law performs, to a large extent, the protective function. There is no doubt that the protective function of the law serves a key role at the level of the rights of employees who have a relatively weaker position in the employment relationship. It also plays a crucial role in the law regarding the employment of foreigners because labour law protects not only Polish citizens, but also foreign nationals.

Furthermore, when it comes to labour law, there is no denying that because of general directives pertaining to the realization of the protective function, all employees, including foreigners, have equal opportunities in employment and can freely move within the European Union Member States for the purpose of seeking employment, and they may not be discriminated against. This kind of protective function is undoubtedly a useful tool in combating unemployment and it provides support for improving the social situation of those who are not Polish citizens.

Nevertheless, it should be heeded that for some time now the postulates that the law does not keep up with the changing structure of employment in Poland have been heard more and more. More and more foreigners are migrating to Poland for work purposes, and they are mainly citizens of the former USSR countries (Ukraine and Belarus), but also from Asia (Vietnam). Employment of foreigners is difficult because it requires obtaining appropriate work permits, the obtaining of which is associated with a long wait, a large number of documents and costs for employers. Work is currently underway to amend the law on foreigners, which has been announced by the government for some time. At the current stage of legislative work and the proposed changes, there is no visible “revolution” that would facilitate the employment of foreigners and significantly shorten the waiting time for work permits or temporary residence and work.

References

- Baran K.W., *Procesowe prawo pracy. Wzory pism*, Warszawa 2013.
- Barzycka-Banaszczyk M., *Prawo pracy*, Warszawa 2008.
- Cichoń J., *Legalność zatrudnienia cudzoziemców. Informator dla pracodawców*, „Państwowa Inspekcja Pracy”, Warszawa 2019.
- Drabek A., *Warunki wykonywania pracy przez cudzoziemca*, [in:] *The Act on Employment Promotion and Labour Market Institutions. Komentarz*, red. Z. Góral, Wyd. II, WK 2016.
- Drozd A., *Wykładnia w zgodzie z Konstytucją w dziedzinie prawa pracy*, „Przegląd Sądowy” 2010, no. 2.
- Dyląg W., *Prawo do odpoczynku jako przejaw funkcji ochronnej prawa pracy*, [in:] *Funkcja ochronna prawa pracy a wyzwania współczesności*, red. M. Bosak, Warszawa 2014.
- Florek L., *Zakaz dyskryminacji w stosunkach pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1997, no. 1.

- Gersdorf M., *Pojęcie, przedmiot i właściwości prawa pracy*, [in:] *Prawo pracy w pytaniach i odpowiedziach*, red. M. Gersdorf, K. Rączka, Warszawa 2004.
- Golań R., *Zasady zatrudniania dzieci do lat 16*, „Słownik Pracowniczy” 2013, no. 3.
- Goździewicz G., *Funkcje prawa pracy w nowym ustroju pracy w Polsce*, [in:] *Prawo pracy, ubezpieczenia społeczne. Wybrane zagadnienia*, red. B.M. Cwiertniak, Opole 1998.
- Góral Z., *O kodeksowym katalogu zasad indywidualnego prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2011, no. 12.
- Habrak D., *Prawnokarna ochrona praw pracownika związana z bezpieczeństwem i higieną pracy*, [in:] *Funkcja ochronna prawa pracy a wyzwania współczesności*, red. M. Bosak, Warszawa 2014.
- Harasimiuk D.E., *Skuteczne korzystanie z prawa pobytu przez obywateli UE i członków ich rodzin*, „Ius Novum” 2016, no. 1.
- Jackowiak U. (red.), *Prawo pracy – podręcznik dla studentów prawa*, Kraków 2003.
- Jarota M., *Funkcja ochronna prawa pracy na przykładach wybranych regulacji państw europejskich*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Lublin 2015, No. LXII, Section G.
- Jaskiewicz W., Jackowiak C., Piotrowski W., *Prawo pracy w zarysie*, PWN, Warszawa 1980.
- Kaczyński L., *Zasada swobody umów w prawie pracy po nowelizacji kodeksu pracy*, „Państwo i Prawo”, 1997, no. 3.
- Kwecko-Podświadek A., *Rys historyczny prawa pracownika do wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych w prawie polskim*, [in:] *Prawo pracownika do wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych*, Wolters Kluwer Polska, LEX/el. 2020.
- Lewandowski M., *Ochrona pracownika przed dyskryminacją w polskim prawie pracy*, „Palestra” 2014, no. 3-4.
- Liszczyński T., *Ogólna charakterystyka prawa pracy*, [in:] *Zarys prawa pracy*, red. R. Borek-Buchajczuk, Lublin 2005.
- Mitrus L., *Charakter prawny delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, no. 6.
- Nycz T., *Ochronny charakter przepisów o czasie pracy – wybrane zagadnienia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999, no. 3.
- Osiejewicz J., *Członek rodziny w prawie Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015, no. 6.
- Osowski W., *Ochronna funkcja prawa pracy wobec upadłościowej restrukturyzacji zatrudnienia*, *Studia Ekonomiczne / Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach*, 2014 nr 200.
- Salwa Z., *Ochronna funkcja prawa pracy*, [in:] *Zarys systemu prawa pracy*, red. K.W. Baran, Warszawa 2010.
- Salwa Z., *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, LexisNexis, Warszawa 2007.
- Sanetra W., *Czy istnieje rynek pracy?*, „Praca i Zabezpieczenia Społeczne” 2011, no.8.
- Skąpski M., *Ochronna funkcja prawa pracy w gospodarce rynkowej*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Sobczyk A., *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2013.
- Sobczyk A., *Różnicowanie praw (ochrony) zatrudnionych – wybrane kryteria i ich ocena*, [in:] *Funkcja ochronna prawa pracy a wyzwania współczesności*, red. M. Bosak, Warszawa 2014.
- Stelina J., *Prawo pracy*, Warszawa 2016.
- Tkaczyk E., *Bezpieczne i higieniczne warunki pracy jako prawo każdego człowieka służące ochronie życia i zdrowia ludzkiego przed szkodliwym oddziaływaniem czynników pracy*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2019, no. 2.
- Wiącek-Burmańczyk A., *Konstytucyjne prawo do wypoczynku*, „Przegląd Sejmowy” 2017, no. 5.
- Wieleba I.A., *Szczególna ochrona zdrowia pracowników młodocianych – zagadnienia wybrane*, [in:] *Funkcja ochronna prawa pracy a wyzwania współczesności*, red. M. Bosak, Warszawa 2014.
- Wójcik K., *Sędziowie nie znajdują prawa*, „Rzeczpospolita” 2013, no. 1.
- Zieliński T., *Prawo pracy. Zarys systemu. Cz. I Ogólna*, PWN, Warszawa-Kraków 1986.
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny: część ogólna. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, vol. I, Kraków 2004.
- Zwolińska A., *Prawo do odpoczynku a zatrudnienie cywilnoprawne*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2019, no. 1.

Andrzej Michór

Uniwersytet Opolski

ORCID 0000-0002-4236-0667

amichor@uni.opole.pl

Postępowanie cywilne w sprawach gospodarczych – powrót do przeszłości czy nowa jakość?

Słowa kluczowe: sprawy gospodarcze, postępowanie cywilne

Streszczenie. Celem artykułu jest omówienie wybranych instytucji postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych. Nowe przepisy po części recypują regulacje obowiązujące do 1 maja 2012 r. Przepisy te w znacznym stopniu stanowią także nowe rozwiązania. Głównym celem unormowania postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych jest przyspieszenie tych postępowań.

Civil proceedings in commercial matters - a return to the past or a new quality?

Keywords: commercial matters, civil proceedings

Summary. The aim of the article is to discuss selected institutions of separate proceedings in commercial cases. The new regulations partly follow the regulations in force until May 1, 2012. These regulations, to a large extent, also constitute new solutions. The main purpose of regulating separate proceedings in commercial cases is to speed up these proceedings.

Wstęp

Postępowanie odrębne w sprawach gospodarczych ponownie pojawiło się w polskiej procedurze cywilnej na mocy ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹, która weszła w życie z dniem 7 listopada 2019 r. Nowe unormowania po części recypują regulacje obowiązujące do 1 maja 2012 r. (dawne art. 479¹ i n. k.p.c.), jednak w znacznym stopniu stanowią nowe rozwiązania, dotychczas nieznanne w polskiej procedurze (np. umowy dowodowe – art. 458⁹ k.p.c.). Głównym celem ponownego szczególnego unormowania postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych jest przyspieszenie tych postępowań. Służy temu przede wszystkim zasada koncentracji materiału dowodowego. Towarzyszy temu uprzywilejowanie dowodu z dokumentu

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1469.

(art. 458¹¹ k.p.c.), ograniczenie dopuszczalności dowodu z zeznań świadków (art. 458¹⁰ k.p.c.) oraz ograniczenie przedmiotowych i podmiotowych zmian w procesie (art. 458⁸ k.p.c.)². Zauważyć też trzeba, że nowe przepisy mające na celu koncentrację materiału dowodowego zawarto nie tylko w nowych unormowaniach procedury gospodarczej, ale również w ogólnej regulacji postępowania cywilnego. W konsekwencji unormowania postępowania w sprawach gospodarczych uzupełniają ogólne rygory procedury cywilnej.

Celem opracowania jest omówienie kluczowych rozwiązań przedmiotowych regulacji, wskazanie ich stosunku do ogólnych unormowań procedury cywilnej oraz ich odniesienie do praktyki orzeczniczej. To bowiem, jak przepisy art. 458¹ i n. k.p.c. rzeczywiście wpłyną na koncentrację materiału dowodowego oraz szybkość procedowania, zależy będzie w znacznej mierze od sposobu stosowania tych rozwiązań przez sądy gospodarcze. Nie sposób nie zauważyć, że przepisy postępowania cywilnego wyposażyły sędziego w znaczny zakres władzy dyskrecyjnej, której stosowanie wprost przekłada się na efektywność nowej procedury gospodarczej. Nadto część z nowych rozwiązań, mimo tego, że w założeniu mają służyć przyspieszeniu postępowania, w praktyce może skutkować przedłużeniem postępowań. Tak będzie np. w przypadku niedopuszczalności powództwa wzajemnego ustanowionego w nowym art. 458⁸ § 3 k.p.c., skutkiem tego unormowania jest bowiem prowadzenie dodatkowego procesu w przedmiocie powództwa wzajemnego – czy to na skutek wyłączenia takiego powództwa do odrębnego rozpoznania, czy wytaczania przez pozwanego powództwa, które nadawałoby się do rozpoznania w ramach powództwa wzajemnego. Skutkuje nie tylko to koniecznością prowadzenia dwóch postępowań, przy czym – stosunkowo często – prowadzenia dwukrotnie tego samego postępowania dowodowego, w tym w zakresie dowodu z zeznań świadków.

1. Wskazanie adresu poczty elektronicznej

Pierwszym z rozwiązań, które mają usprawnić postępowanie cywilne, a nieznanych dawnej procedurze, jest nałożony na strony w art. 458³ k.p.c. obowiązek wskazania adresu poczty elektronicznej powoda albo oświadczenia strony, że nie posiada takiego adresu. Obowiązek ten spoczywa na powodzie – przy złożeniu pozwu, a na pozwanym – przy złożeniu pierwszego pisma procesowego. Niespełnienie tego wymogu uznaje się za brak formalny pisma uniemożliwiający nadanie mu prawidłowego biegu.

Rozwiązanie to, co prawda, wprost nie odnosi się do postępowania dowodowego, jednak ma na celu przyspieszenie wymiany korespondencji między stronami

² Zob. M. Muliński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I B. Komentarz. Art. 425-729*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020, Wprowadzenie do działu IIa, tezy 1-2.

oraz między stronami a sądem. Jest przydatne zwłaszcza przy wyznaczaniu terminów rozpraw oraz kierowaniu zobowiązań do stron mających na celu usprawnienie postępowania. W dobie epidemii nie bez znaczenia jest również zwiększenie bezpieczeństwa wymiany korespondencji.

W tym miejscu należy zauważyć, że o powyższym obowiązku sąd poucza pozwanego, doręczając mu odpis pozwu. Skutkiem wystąpienia braku formalnego będzie natomiast zastosowanie art. 130 k.p.c. lub art. 130^{1a} k.p.c.

W praktyce orzeczniczej pojawił się problem, czy sąd jest umocowany do kontroli oświadczenia strony o nieposiadaniu adresu mailowego. Wydaje się, że możliwość taką należy dopuścić, zwłaszcza gdy strona wskazuje swego e-maila w KRS bądź na stronie www, zaś unika jego podania w postępowaniu cywilnym, składając nieprawdziwe oświadczenie o nieposiadaniu e-maila. Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby do fikcyjności regulacji art. 458³ k.p.c. oraz tolerowania niewłaściwych zachowań stron, które mają na celu przedłużenie postępowania oraz utrudnianie obrotu prawnego.

W tym miejscu należy zauważyć, że ustawodawca wprowadził szczególne rozwiązania obowiązujące w okresie epidemii Covid-19 we wszystkich postępowaniach cywilnych, w tym w sprawach gospodarczych. Zgodnie z art. 15zszs⁹ ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych z dnia 2 marca 2020 r. (tekst jedn. z 2020 r., poz. 1842 z późn. zm.) w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich, w sprawach prowadzonych w sposób określony w art. 15zszs¹, w pierwszym piśmie procesowym wnoszonym przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej podaje się adres poczty elektronicznej i numer telefonu przeznaczone do kontaktu z sądem. Niewykonanie tego obowiązku stanowi brak formalny pisma. Podanie tych informacji ma istotne znaczenia dla sprawności postępowania, zwłaszcza przy prowadzeniu rozpraw w formie wideokonferencji. Umożliwia sprawne wyznaczenie rozprawy i uzgodnienie terminu z pełnomocnikami, zwłaszcza przy konieczności wyznaczenia szybkiego terminu, a w toku samej rozprawy umożliwia kontakt z pełnomocnikami w przypadku problemów technicznych. Co więcej, często prosi się świadków w wezwaniach na wideokonferencję o wskazanie numeru kontaktowego celem umożliwienia kontaktu w przypadku zakłóceń oraz podanie maila do wysłania linka do telekonferencji – aby uniknąć czasochłonnego i obciążonego ryzykiem błędu przepisywania dość skomplikowanego wydrukowanego linku. Rozwiązania te są zatem potrzebne i mają wpływ na sprawność postępowania.

2. Obowiązek pouczenia

Daleko idący rygoryzm postępowania gospodarczego nie może prowadzić do naruszenia jego rzetelności oraz pozbawienia strony ochrony jej praw. Z uwagi na powyższe ustawodawca nałożył na sąd obowiązek pouczenia strony niezastępowanej przez adwokata, radcę prawnego, rzeczownika patentowego lub Prokuratorię Generalną RP o treści art. 458⁵ § 1 i 4, art. 458⁶, art. 458¹⁰ oraz art. 458¹¹ k.p.c. (art. 458⁴ § 1 k.p.c.)³. Pouczeń tych udziela się stronie niezwłocznie po złożeniu pierwszego pisma procesowego, a jeżeli było ono dotknięte brakami - po ich usunięciu. Doręczenie pouczeń następuje na piśmie oraz na wskazany przez stronę adres poczty elektronicznej. Pouczenia doręcza się także pełnomocnikowi, chyba że pełnomocnikiem tym jest adwokat, radca prawny lub rzeczownik patentowy lub za stronę działa Prokuratoria Generalna RP. Stronie takiej, która dodatkowo nie jest przedsiębiorcą lub jest przedsiębiorcą będącym osobą fizyczną, udziela się pouczeń, o których mowa w § 1, także przy pierwszej czynności sądu, na którą strona się stawiła (art. 458⁴ § 2-3 k.p.c.).

Konsekwencją braku pouczeń określonych w art. 458⁴ § 1-2 k.p.c. jest uznanie strony za pozbawioną możliwości obrony swych praw, chyba że nieudzielenie pouczeń nie miało wpływu na zachowanie tej strony w toku postępowania.

W praktyce orzeczniczej pewne problemy pojawiają wówczas, gdy pouczenia dokonano jedynie na piśmie lub jedynie na wskazany przez stronę adres poczty elektronicznej. Jeżeli pouczenie takie do strony dotarło, brak jest podstaw, aby uznać, że pouczenie takie było wadliwe, w szczególności w sytuacji dokonania pouczenia na piśmie odebranego przez stronę. Przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłoby bowiem do absurdalnych sytuacji, w których strona w postępowaniu gospodarczym chroniona jest w wyższym stopniu niż ta, która rygorami tego postępowania nie jest objęta.

Za stronę postępowania w rozumieniu powyższego przepisu należy uznać także interwenienta ubocznego⁴, prokuratora, inny organ działający w postępowaniu

³ Obejmuje ono zatem pouczenie o konieczności powołania wszystkich twierdzeń i dowodów w pierwszym piśmie procesowym pod rygorem ich pominięcia (art. 458⁵ § 1 i 4), subsydiarnym charakterze dowodu z zeznań świadków (art. 458¹⁰), konieczności udowodnienia za pomocą dokumentu, iż złożyła oświadczenie określonej treści (art. 458¹¹), uprawnieniu do złożenia wniosku o rozpoznanie sprawy z pominięciem przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych (art. 458⁶) kierowane tylko do przedsiębiorców będących osobami fizycznymi oraz do stron niebędących przedsiębiorcami, bowiem innym stronom niezastępowanym przez profesjonalnego pełnomocnika prawo do złożenia tego wniosku nie przysługuje (art. 458⁶ § 1).

⁴ Zob. wyrok SN z 11.10.2000 r., II UKN 33/00, OSNP 2002, Nr 10, poz. 251.

za zasadach takich, jak prokurator (np. Rzecznik Praw Obywatelskich) oraz organizacje pozarządowe⁵.

W piśmiennictwie wskazuje się, że „sąd powinien dostosować sposób udzielenia pouczeń do zdolności percepcyjnych strony, determinowanych w szczególności jej wiekiem, stanem zdrowia oraz wykształceniem. Przez pouczenie o treści wymienionych przepisów należy rozumieć, biorąc przede wszystkim pod uwagę osobę adresata takiego pouczenia, wyjaśnienie tej treści, a nie jej tylko zwykłe przytoczenie. Istotne jest więc, aby adresat pouczenia rozumiał wymienione regulacje, a nie odczytał jedynie ich brzmienie”⁶. O ile sama teza jest prawidłowa, to jednak na tym tle istnieje problem zweryfikowania owej zrozumiałości, zwłaszcza w kontekście zawodowego prowadzenia działalności gospodarczej. Problem dokonania ewentualnego dodatkowego pouczenia – poza pisemnym – może pojawić się w sytuacji, gdy strona osobiście pojawi się na rozprawie, a sędzia stwierdzi, że istotnie potrzebuje ona dostosowania pouczenia do swojej sytuacji. Zauważyć trzeba, że będzie to miało miejsce zasadniczo w przypadkach, gdy stroną postępowania gospodarczego nie jest przedsiębiorca, zwłaszcza w procesach związanych z umowami o roboty budowlane oraz ze związanymi z procesem budowlanym umów służących wykonaniu robót budowlanych (art. 458² § 1 pkt 5 k.p.c.), które przekazano sądom gospodarczej mimo tego, że często jedna ze stron nigdy przedsiębiorcą nie była.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na pewną niekonsekwencję ustawodawcy. Zgodnie bowiem z art. 458⁶ § 1 k.p.c. na wniosek strony, która nie jest przedsiębiorcą lub jest przedsiębiorcą będącym osobą fizyczną, sąd rozpoznaje sprawę z pominięciem przepisów niniejszego działu. W myśl art. 458⁶ § 2 k.p.c. wniosek, o którym mowa w § 1, strona może złożyć w terminie tygodnia od dnia doręczenia jej na piśmie pouczeń, o których mowa w art. 458⁴ § 1 k.p.c., a jeżeli doręczenie pouczeń nie było wymagane – w pozwie albo pierwszym piśmie procesowym pozwanego. Tymczasem zgodnie z art. 458⁴ § 3 k.p.c. stronie niezastępowanej przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej, która nie jest przedsiębiorcą lub jest przedsiębiorcą będącym osobą fizyczną, udziela się pouczeń, o których mowa w § 1, także przy pierwszej czynności sądu, na którą strona się stawiła. W mojej ocenie brak podstaw, aby uznać, że dokonanie pouczenia w trybie art. 458⁴ § 3 k.p.c. skutkowało przedłużeniem terminu z art. 458⁶ § 2 k.p.c., ten bowiem jest jednoznaczny i odnosi się do pouczenia pisemnego. Wydaje się, że pouczenie ustne na rozprawie sprowadzać się będzie w odniesieniu do powyższego terminu do wskazania, że

⁵ R. Kulski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Tom III. Komentarz. Art. 425–729*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020, teza 2 do art. 458⁴.

⁶ R. Kulski, *Kodeks...*, teza 4 do art. 458⁴.

stronie upłynął już termin do złożenia wniosku o rozpoznanie sprawę z pominięciem przepisów działu II A.

3. Powołanie twierdzeń i dowodów

Stosownie do art. 458⁵ § 1 k.p.c. powód jest obowiązany powołać wszystkie twierdzenia i dowody w pozwie, a pozwany – w odpowiedzi na pozew⁷. Wedle art. 458⁵ § 2 k.p.c. doręczając pouczenia, o których mowa w art. 458⁴ § 1 k.p.c., przewodniczący wzywa stronę, by w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż tydzień, powołała wszystkie twierdzenia i dowody. Zgodnie z art. 458⁵ § 3 k.p.c. stosownie do okoliczności sprawy przewodniczący może przy tym określić inny termin do powołania przez stronę twierdzeń i dowodów. W regulacji art. 458⁵ § 1 k.p.c. przewidziano zatem system prekluzji dowodowej, w 458⁵ § 2 k.p.c. – system władzy dyskrecjonalnej sędziego. Natomiast unormowanie art. 458⁵ § 3 k.p.c. ma charakter uniwersalny. Znajduje zastosowanie niezależnie od tego, czy strona działa w postępowaniu w sprawach gospodarczych samodzielnie, czy przez profesjonalnego pełnomocnika. W piśmiennictwie wskazuje się, że jest to termin dodatkowy⁸.

Unormowanie art. 458⁵ k.p.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do wprowadzonego równocześnie art. 205¹² § 2 k.p.c., przewidującego możliwość przytaczania twierdzeń i dowodów aż do zamknięcia rozprawy, jeżeli nie zarządzono przeprowadzenia posiedzenia przygotowawczego⁹.

Konsekwencją późniejszego powołania twierdzeń i dowodów jest ich pominięcie, chyba że strona uprawdopodobni, że ich powołanie nie było możliwe albo że potrzeba ich powołania wynikała później. W takim przypadku dalsze twierdzenia i dowody na ich poparcie powinny być powołane w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym ich powołanie stało się możliwe lub wynikała potrzeba ich powołania (art. 458⁵ § 4 k.p.c.). Należy zauważyć, że rygiem pominięcia objęte są zarówno twierdzenia, jak i dowody. W konsekwencji zaprezentowanie przez stronę twierdzeń co do okoliczności faktycznych bez jednoczesnego powołania dowodów na ich poparcie powoduje, że późniejsze sformułowanie wniosków dowodowych mających wykazać prawdziwość tych twierdzeń będzie późnione. W piśmiennictwie trafnie wskazuje się przy tym, że rygiem pominięcia nie zostały objęte

⁷ Regulacja ta jest w pewnym stopniu zbieżna z dawnym przepisem art. 479¹² k.p.c., jednak wprowadza dotychczas nieznaną rozbieżność, zwłaszcza w zakresie nowego art. 458⁵ § 3 k.p.c.

⁸ R. Kułski, *Kodeks...*, tezy 2-3 do art. 458⁵. D. Rutkowski stwierdził, że powyższe uprawnienie przewodniczącego nie jest dyskrecjonalne, gdyż za wyznaczeniem innego niż tydzień terminu na powołanie twierdzeń i dowodów (czyli praktycznie jego wydłużeniem) muszą przemawiać okoliczności sprawy. D. Rutkowski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, red. O.M. Piaskowska, Warszawa 2020, teza 4 do art. 458⁵.

⁹ Zob. M. Muliński, *Kodeks...*, teza 1 do art. 458⁵.

wprost zarzuty ani materialne, ani procesowe, z wyjątkiem tych zarzutów procesowych, które należy zgłosić pod rygorem ich utraty przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy)¹⁰.

Twierdzenia i dowody zgłoszone w toku postępowania z naruszeniem przepisów art. 458⁵ § 1-3 sąd ma obowiązek pominąć. Dotyczy to wszystkich spóźnionych twierdzeń i dowodów, bez względu na ich znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy¹¹. Prekluzję dowodową sąd uwzględnia z urzędu. Dochodzi do niej z mocy prawa. W konsekwencji trafnie podnosi się, że strona przeciwna może tylko zajmować stanowisko według reguł ogólnych. Bezprzedmiotowa jest również jej ewentualna zgoda na przeprowadzenie dowodów pomimo prekluzji¹².

Regulacja przepisów art. 458⁵ § 1 i 4 k.p.c., chociaż jej celem jest pobudzenie aktywności stron w procesie i tym samym wzmocnienie zasady koncentracji materiału dowodowego oraz zapewnienie należytej sprawności postępowania, nie pozwoli częstokroć na rozstrzygnięcie sprawy zgodne z zasadą prawdy materialnej. W piśmiennictwie wskazuje się, że również ogólne przepisy kodeksu postępowania cywilnego nie nakładają na sąd obowiązku szczególnej dbałości o wykrycie w sprawach gospodarczych rzeczywistego stanu rzeczy, a także obowiązku dopuszczania w tym celu dowodów z urzędu¹³.

Jacek Gudowski zauważa, że obecny powrót do prekluzji dowodowej w takiej postaci – po jej wcześniejszych nieudanych testach – należy uznać za szkodliwą i niesłużącą sprawiedliwemu osądzeniu spraw¹⁴. Zauważyć należy, że przepis art. 458⁵ § 1 k.p.c. służąc realizacji postulatu efektywności i szybkości postępowania jest wyrazem kierowanego do przedsiębiorców oczekiwania podwyższonej staranności w zakresie prowadzonej przez nich działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (art. 355 § 2 k.c.). Nie powinien on jednak

¹⁰ M. Manowska, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1-477(16)*, red. M. Manowska, Warszawa 2021, teza 2 do art. 458⁵.

¹¹ Zob. T. Wiśniewski, *Kodeks...*, teza 8 do art. 458⁵. Zob. także wyrok SN z 19.01.2005 r., I CK 410/04, OSNC 2006, Nr 1, poz. 7 oraz uchwała SN z 17.02.2004 r., III CZP 115/03, OSNC 2005, Nr 5, poz. 77.

¹² T. Wiśniewski, *Kodeks...*, teza 10 do art. 458⁵.

¹³ T. Wiśniewski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom. II. Artykuły 367-505(39)*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, teza 7 do art. 458⁵.

¹⁴ J. Gudowski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II*, red. T. Zembruski, Warszawa 2020, teza 1 do art. 458⁵. Autor zauważył, że „w pewnym zakresie, w imię sprawności postępowania i realizacji postulatu szybkiego oraz trwałego rozwiązania sporu między przedsiębiorcami, z pożytkiem dla obrotu gospodarczego, może dojść – przez wydanie orzeczenia umocowanego na prowizorycznie odtworzonym stanie faktycznym – do naruszenia sprawiedliwości i osłabienia jej społecznego poczucia. Treść wydawanych wyroków może również zależeć od przypadku albo splotu okoliczności, a nie – jak powinno być – od racji prawnych i aksjologicznych”.

stanowią przeszkody w wyjaśnieniu okoliczności koniecznych do prawidłowego rozstrzygnięcia sporu¹⁵.

System ten jest jednak w pewnym stopniu elastyczny, co pozwala łagodzić jego rygoryzm. Elastyczność ta, w połączeniu z prekluzją, może być jednak źródłem niepewności co do skutków działań i zaniechań strony, tak na etapie postępowania przed sądem pierwszej instancji, jak i sądem odwoławczym. Należy ją jednak, co do zasady, ocenić pozytywnie, pozwala bowiem na zapewnienie rzetelności procesu i uniknięcie pułapki zupełnego odejścia od zasady prawdy materialnej (obiektywnej) na rzecz prawdy tzw. formalnej. Nie sposób nie zauważyć, że to, jak faktycznie stosowne będą przedmiotowe regulacje, w istocie zależy od sędziów i kształtowania się praktyki orzeczniczej.

Po pierwsze, wywoływane *ex lege* drastyczne skutki działania systemu prekluzji, ustawodawca uzupełnił elementami dyskrecjonalnej władzy sędziowskiej¹⁶. Jak wskazano wyżej, twierdzenia i dowody zostaną przez sąd uwzględnione, jeżeli strona uprawdopodobni, że ich powołanie wcześniej nie było możliwe albo że potrzeba ich powołania wynika później¹⁷. Po drugie, skutki prekluzji nie mają charakteru bezwzględnego, gdyż dotyczą tylko konkretnej strony i tylko konkretnych twierdzeń i dowodów. Oznacza to, że twierdzenie bądź dowód sprekludowany dla jednej strony może być podniesiony przez drugą stronę¹⁸. Sąd może także skorzystać z art. 458⁵ § 3 k.p.c.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., III CSK 65/08¹⁹ wskazał, że o tym, czy zaistniała potrzeba późniejszego zgłoszenia wniosków dowodowych, decydują okoliczności i uwarunkowania związane z tokiem konkretnej sprawy, a przepisy o prekluzji dowodowej nie mogą być stosowane w sposób formalistyczny kosztem możliwości merytorycznego rozpoznania sprawy. Sąd powinien zatem dokonać pogłębionej analizy dowodów zgłoszonych w pozwie w powiązaniu z treścią zgłoszonego żądania i dopiero na jej podstawie skonsta-

¹⁵ Zob. R. Kulski, *Kodeks...*, teza 1 oraz 4 do art. 458⁵.

¹⁶ T. Wiśniewski, *Kodeks...*, teza 10 do art. 458⁵.

¹⁷ W piśmiennictwie podnosi się, że strona, wnosząc o rozpoznanie materiału procesowego niezgłoszonego w terminie prekluzyjnym, musi uprawdopodobnić, że ani ona, ani jej pełnomocnik nie ponoszą winy za to opóźnienie. Trafnie zauważa się, że w przypadku profesjonalnego pełnomocnika należy stosować wyższy standard postępowania, uwzględniający jego fachowość. Przyczyny, które uniemożliwiły stronie powołanie faktów i dowodów we właściwym terminie, mogą być różne, a ich zasadność podlega każdorazowej, indywidualnej ocenie sądu, uwzględniającej realia konkretnego przypadku. M. Manowska, *Kodeks...*, teza 3 do art. 458⁵. SN w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 stycznia 2008 r., II CSK 381/07 (Lex 497663, Legalis 491901), wskazał, że niemożność powołania w pozwie wszystkich twierdzeń i dowodów, o której mowa w art. 479¹² § 1 k.p.c. ma charakter obiektywny, nie zaś zależny od staranności powoda w pozyskaniu określonej wiedzy.

¹⁸ Zob. uzasadnienie wyroku SN z 22.02.2006 r., III CK 341/05, OSNC 2006 nr 10, poz. 174. Zob. także J. Gudowski, *Kodeks...*, teza 4 do art. 458⁵.

¹⁹ LEX nr 448045.

tować, czy później zgłoszone dowody zostały zaofiarowane przynajmniej *implicite* w określonym przez ustawę terminie prekluzyjnym.

W kontekście powyższego niezbędne jest także rozważenie, jak winna kształtować się aktywność Sądu w postępowaniu gospodarczym. O ile zasadne jest wyłączenie w tym przypadku automatyzmu w pomijaniu dowodów, to jednak zbyt szeroki zakres działania z urzędu wypacza ideę art. 458⁵ k.p.c. Zauważyć przy tym trzeba, że działanie sądu z urzędu w postępowaniu w sprawach gospodarczych nie jest ani wyjątkowe, ani marginalne. Co więcej, stosunkowo często aktywność ta wynika z wytycznych sądów odwoławczych (zwłaszcza sądów apelacyjnych) uchylających wyroki do ponownego rozpoznania z zaleceniem przeprowadzenia postępowania dowodowego z urzędu i to nawet wówczas, gdy strony były reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników. Najczęściej takim dowodem będzie dowód z opinii biegłego. Sytuacje takie powinny być wyjątkowe, bowiem wypaczają ideę postępowania w sprawach gospodarczych, jak też wpływają na taktykę procesową stron, które nie mogą być pewne, jakie będą skutki ich działań czy zaniechań, choćby niezłożenia wniosków dowodowych przez jedną ze stron z uwagi na brak aktywności przeciwnika procesowego. Orzecznictwo sądów odwoławczych z oczywistych względów przekłada się na praktykę orzecniczą sądów pierwszoinstancyjnych, wpływając na faktyczny sposób stosowania omawianych przepisów. Jest to zatem dość istotny problem, co przekłada się na konieczność pogłębionej refleksji.

Zauważyć trzeba, że w postępowaniu gospodarczym nie jest wyłączone skorzystanie przez strony z możliwości wynikającej z art. 232 zd. 2 k.p.c., a więc dopuszczenia dowodu niewskazanego przez strony (z urzędu), jak również wskazanego przez stronę, ale oddalonego przez sąd z uwagi na prekluzję dowodową²⁰. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 stycznia 2007 r., V CSK 377/06, Legalis 93284, wskazał, że „dopuszczenie dowodu z urzędu należy do dyskrecjonalnej władzy sądu, niekiedy – zważywszy na interes publiczny – przeradza się ono w obowiązek, natomiast w sprawach, w których mają zastosowanie zasady prekluzji dowodowej, podjęcie przez sąd inicjatywy dowodowej powinno być usprawiedliwione szczególnymi okolicznościami”. Dalej SN stwierdził, że adresatem reguł prekluzji dowodowej są strony, nie jest nim zaś sąd rozpoznający sprawę. SN zauważył wszakże, że „to trafne spostrzeżenie należy uzupełnić stwierdzeniem, że w sprawach, w których obowiązują reguły prekluzji dowodowej, skorzystanie z przyznanej sądowi dyskrecjonalnej władzy w zakresie dopuszczenia dowodu powinno być szczególnie rozważne i podejmowane z umiarem. Dopuszczenie przez sąd z urzędu dowodu, który dla strony uległ sprekludowaniu, powinno znajdować usprawiedliwienie w konkretnych okolicznościach sprawy, w przeciwnym bowiem

²⁰ Zob. postanowienie SN z dnia 15 grudnia 2004 r., V CK 453/04, Legalis nr 305347. Zob. także T. Wiśniewski, *Kodeks...*, teza 13 do art. 458⁵.

razie sąd naraża się na zarzut naruszenia prawa do bezstronnego sądu i odpowiadającego mu obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania stron (art. 32 ust. 1 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP)". W uzasadnieniu cytowanego wyżej wyroku z 22.02.2006 r., III CK 341/05, Sąd Najwyższy zauważył, że „sąd powinien korzystać z możliwości działania *ex officio* ostrożnie, trudno jednak, bez narażenia się na zarzut co najmniej wykładni *preater legem*, obronić generalną tezę, że rola art. 232 zdanie drugie k.p.c. sprowadza się obecnie – jak przyjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20.12.2005 r., III CK 121/05 (nie publ.) – tylko do wypadków wyjątkowych, takich jak podejrzenie prowadzenia procesu fikcyjnego, zamiar stron obejścia prawa albo rażąca nieporadność jednej ze stron”. Dodał, że „można sądowi zarzucać niedopuszczenie jakiegoś dowodu z urzędu, mimo że zachodziły ku temu powody, nie można natomiast wytykać mu, że jakiś dowód dopuścił, czyli że skorzystał z przyznanej mu dyskrejonalnie władzy”. Zauważyć należy, że SN podkreślił przy tym, iż dowód taki może być dopuszczony przez sąd, jeżeli korzysta on z kompetencji określonej w art. 232 zd. 2 k.p.c. W takim wypadku – aby nie narażać się na zarzut naruszenia przepisów o prekluzji dowodowej – sąd musi jednak zademonstrować, że dopuszcza dowód na tej właśnie podstawie. Jest to o tyle istotne, że Sąd drugiej instancji, rozpoznając apelację, pomija dowód przeprowadzony przez sąd pierwszej instancji z naruszeniem art. 479¹² § 1 k.p.c.²¹, a dowody zgłoszone i przeprowadzone z naruszeniem zasad określonych w tym przepisie nie mogą stanowić podstawy ustaleń faktycznych niezbędnych do oceny przez sąd drugiej instancji zarzutów apelacji²².

Dopuszczenie dowodu z urzędu stanowi środek wchodzący w rachubę, gdy nie ma możliwości innego przeciwstawienia się niebezpieczeństwu rażąco niesprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy, gdy dopuszczenie znanego sądowi dowodu stanowiłoby naruszenie elementarnej zasady sprawiedliwości, podważając w ten sposób zaufanie obywatela do władzy publicznej. Nie ogranicza się tylko do wypadków absolutnie wyjątkowych²³. Skorzystanie z tego środka musi wynikać z opartego na obiektywnych przesłankach przekonania sądu o konieczności przeprowadzenia dowodu z urzędu. Podnosi się, że „powinno to następować tylko wtedy, gdy wiadomość o konkretnych środkach dowodowych, istotnych dla poczynienia ustaleń, sąd poweźmie drogą urzędową, np. z oświadczeń stron lub z akt danej sprawy, nigdy zaś w drodze pozaprocessowej. Nie byłoby też właściwą praktyką poszukiwanie

²¹ Zob. wyrok SN z dnia 23.03.2006 r., IV CSK 123/05, OSP 2007 nr 4, poz. 48, s. 286, Legalis 74990.

²² Zob. wyrok SN z dnia 25.01.2007 r., V CSK 420/06, OSNC – Zb. dodatkowy 2008 nr A, poz. 17, s. 99, Legalis 95816.

²³ Zob. M. Manowska, *Kodeks...*, tezy 16 do art. 458⁵; uzasadnienie wyroku SN z dnia 11.12.2014 r., IV CA 1/14, OSNC 2015, nr 12, poz. 149.

z urzędu określonego dowodu²⁴. Co do zasady należy zgodzić się z tą tezą. Nie sposób jednak nie zauważyć, że w pewnych przypadkach zasadne będzie pozyskanie określonych dowodów niezbędnych do należytego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, np. w sytuacji konieczności pozyskania informacji z akt rejestrowych czy akt wieczystoksięgowych, bądź dopuszczenia dowodu z opinii biegłego sądowego. Zdarzają się także przypadki dopuszczenia z urzędu dowodu z dokumentów, zwłaszcza orzeczeń mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, znajdujących się w innych aktach sądowych w sytuacjach, gdy między stronami toczy się wiele sporów, występują one w sekwencjach i są ze sobą powiązane. Najczęściej będzie to miało miejsce w sytuacji zaskarżania serii uchwał w spółkach prawa handlowego.

Należy zgodzić się z tezą, że działanie według uznania sędziowskiego w tym przypadku nie oznacza oczywiście przy tym działania dowolnego. Powinno ono każdorazowo poddawać się kontroli instancyjnej, dlatego też ma być oparte na wymiernych kryteriach²⁵.

4. Umowa dowodowa

Nową instytucją postępowania gospodarczego jest umowa dowodowa (art. 458⁹ k.p.c.). Wprowadzenie powyższego rozwiązania do kodeksu postępowania cywilnego budzi wątpliwości. Wskazuje się, że rozwiązanie to, mające z założenia prowadzić do szybszego i prostszego rozpoznania sprawy gospodarczej, może wywoływać określone komplikacje procesowe, w szczególności związane z kwestionowaniem przez jedną ze stron ważności zawartej umowy czy nawet kwestionowaniem faktu jej zawarcia. Trafnie podnosi się, że nie można też wykluczyć, iż strona, której wniosek dowodowy odrzucono ze względu na wyłączenie określonego środka dowodowego w kwestionowanej przez nią umowie dowodowej, podniesie zarzut nieważności postępowania wynikającej z pozbawienia jej możliwości obrony swoich praw (art. 379 pkt 5 k.p.c.). Tymczasem zarzut ten może stanowić podstawę nadzwyczajnego środka zaskarżenia, czyli skargi kasacyjnej, skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia oraz skargi o wznowienie postępowania²⁶. Rozwiązania wprowadzone w art. 458⁹ k.p.c. nie są dość precyzyjne. W piśmiennictwie wskazuje się na istotne mankamenty powyższych rozwiązań, o czym niżej. W połączeniu z rozbieżnościami w orzecznictwie sądów odwoławczych daje to dość niebezpieczne pole do kwestionowania orzeczeń w oparciu o instytucję, która w założeniu miała przyspieszać postępowanie.

²⁴ Zob. T. Wiśniewski, *Kodeks...*, teza 16 do art. 458⁵. Zob. także M. Manowska, *Kodeks...*, tezy 15 do art. 458⁵.

²⁵ T. Wiśniewski, *Kodeks...*, teza 17 do art. 458⁵.

²⁶ Zob. M. Muliński, *Kodeks...*, teza 1 do art. 458⁹.

Zgodnie regulacją 458⁹ § 1-5 k.p.c. strony mogą się umówić o wyłączenie określonych dowodów w postępowaniu w sprawie z określonego stosunku prawnego powstałego na podstawie umowy. Umowę dowodową zawiera się na piśmie pod rygorem nieważności albo ustnie przed sądem. W przypadku wątpliwości uważa się, że umowa późniejsza utrzymuje w mocy te postanowienia umowy wcześniejszej, które da się z nią pogodzić. Umowa dowodowa zawarta pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu jest nieważna. Zarzut nieważności lub bezskuteczności umowy dowodowej można podnieść najpóźniej na posiedzeniu, na którym powołano się na tę umowę, a jeśli uczyniono to w piśmie procesowym – najpóźniej w następnym piśmie procesowym albo na najbliższym posiedzeniu. Objęcie umową dowodową dowodu przeprowadzonego przed sądem przed jej zawarciem nie pozbawia go mocy dowodowej. Co istotne, w myśl art. 458⁹ § 6 k.p.c. Sąd nie dopuści z urzędu dowodu wyłączzonego umową dowodową²⁷. Jednocześnie ustawodawca w art. 458⁹ § 7 k.p.c. wskazał, że fakty, które miałyby zostać wykazane dowodami wyłączonymi przez umowę dowodową, sąd może ustalić na podstawie twierdzeń stron, biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności sprawy. Jeżeli ustalenia wymaga rozmiar należnego świadczenia, przepis art. 322 k.p.c. stosuje się odpowiednio.

Zmniejszenie przez umowę dowodową liczby dopuszczalnych w toku postępowania w sprawach gospodarczych środków dowodowych jest możliwe jedynie w sprawie z określonego stosunku prawnego powstałego na podstawie umowy. Wyłączone jest zatem umawianie się stron co do środków dowodowych w postępowaniu w sprawach gospodarczych o roszczenia wynikające z czynów niedozwolonych²⁸. Umowa dowodowa może przy tym zostać zawarta, zanim dane postępowanie w sprawie gospodarczej zostanie wszczęte bądź dopiero w toku postępowania przed sądem²⁹.

W piśmiennictwie wskazuje się, że na podstawie art. 458⁹ k.p.c. strony zawężają możliwość dowodzenia poprzez wyłączenie dopuszczalności określonych dowodów, np. dowodu z zeznań świadka (świadców) lub dowodu z opinii biegłego³⁰. Zauważa

²⁷ D. Chrapoński wskazuje, że skutkiem zawarcia umowy dowodowej jest niedopuszczalność przeprowadzenia dowodu ze środka dowodowego, który został przez strony wyłączony, co wiąże sąd, uniemożliwiając przeprowadzenie takiego dowodu nawet z urzędu. W tym zakresie art. 458⁹ § 6 k.p.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 232 zdanie drugie k.p.c. W konsekwencji wyłączenie możliwości skorzystania z określonych środków procesowych oznacza, że strona procesu, która chce wykazać określone fakty, powinna skorzystać z innych dopuszczalnych dowodów. D. Chrapoński, *Odrębne postępowanie w sprawach gospodarczych – zarys regulacji*, „Palestra” 2019, nr 11-12, s. 113 i n.

²⁸ Zob. R. Kulski, *Kodeks...*, teza 2 oraz 4 do art. 458⁹; K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2019, teza 2 do art. 458⁹.

²⁹ Zob. R. Kulski, *Kodeks...*, teza 4 do art. 458⁹; Ł. Błaszczak, *Umowa dowodowa jako przykład nowej instytucji w Kodeksie postępowania cywilnego (art. 458(9) k.p.c.)*, „Palestra” 2019, nr 11-12, s. 128 i n.

³⁰ Zob. R. Kulski, *Kodeks...*, teza 2 do art. 458⁹.

się wszakże, że sformułowanie „określone dowody” nie jest jednoznaczne, może być interpretowane zarówno jako wyłączenie określonego rodzaju środka dowodowego (np. dowodu z zeznań świadków) albo też jako wyłączenie konkretnego dowodu (np. zeznań osoby wskazanej z imienia i nazwiska). Trafnie podnosi się, że kolejna wątpliwość wiąże się z okolicznością, iż w komentowanym przepisie nie przewidziano jakichkolwiek ograniczeń co do rodzajów wyłączanych dowodów. W konsekwencji może dojść do sytuacji, gdy strony mocą umowy dowodowej wyłączą dowód z dokumentu, co znacząco może utrudnić sądowi zweryfikowanie prawdziwości faktów wskazywanych przez strony w toku procesu. Wówczas, zgodnie z art. 458⁹ § 7 k.p.c., sąd może ustalić fakty na podstawie twierdzeń stron, biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności sprawy. Sąd może też miarkować wysokość należnego świadczenia, stosując odpowiednio art. 322 k.p.c. Prowadzi to do zwiększenia uznaniowości sądu i raczej służy pewności obrotu prawnego³¹.

5. Środki dowodowe

Ustawodawca zdecydował się na ograniczenie roli dowodu z zeznań świadków w postępowaniu gospodarczym, co jest nowością w stosunku do dawnej procedury gospodarczej. Zgodnie bowiem z art. 458¹⁰k.p.c. dowód z zeznań świadków sąd może dopuścić jedynie wtedy, gdy po wyczerpaniu innych środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Wskazuje się, że w sprawach gospodarczych objętych postępowaniem odrębnym zagadnienie to kształtuje się swoiście, gdyż zasadniczo obie strony uczestniczą w obrocie gospodarczym, a ten wymusza – ze względów przede wszystkim prawnych, ale także pragmatycznych – dokumentowanie w znacznym zakresie czynności prawnych i faktycznych. W postępowaniu gospodarczym ustanowiony został prymat dowodu z dokumentu³². Przeprowadzenie w postępowaniu w sprawach gospodarczych dowodu z zeznań świadków należałoby zatem traktować jedynie jako ewentualne, w zależności od okoliczności, uzupełnienie zebranego wcześniej materiału dowodowego. W piśmiennictwie wskazuje się, że ten środek dowodowy może być powołany dopiero po wyczerpaniu innych środków dowodowych lub w ich braku, jeżeli pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, przy czym niewyjaśnienie może odnosić się do wielu okoliczności faktycznych, ale również tylko wyłącznie do jednej³³.

Tomasz Szanciło zauważa, że o ile w „zwykłym” postępowaniu cywilnym dowód ten sąd powinien dopuścić na takich samych zasadach, jak każdy inny zmierzający

³¹ Zob. M. Muliński, *Kodeks...*, teza 2 do art. 458⁹.

³² T. Wiśniewski, *Kodeks...*, teza 1 do art. 458¹⁰.

³³ R. Kulski, *Kodeks...*, teza 1 do art. 458¹⁰.

do rozstrzygnięcia meritum sprawy, uwzględniając uregulowania szczególne przewidziane dla określonego dowodu (jak wymóg wiadomości specjalnych dla dowodu z opinii biegłego sądowego), a jego znaczenie jest (w założeniu) takie same, jak każdego innego dowodu, tj. podlega on ocenie zgodnie z art. 233 § 1 k.p.c., to w postępowaniu gospodarczym, w niektórych sytuacjach, dowód z zeznań świadka traci na znaczeniu na rzecz innych dowodów, szczególnie dowodu z dokumentu czy dowodu z opinii biegłego sądowego (w niektórych kategoriach spraw). Trafnie przy tym podnosi, że chociaż przepisy postępowania cywilnego nie przewidują hierarchizacji dowodów, to oczywiście jest w praktyce, że do zeznań stron sąd powinien podejść z dużą dozą ostrożności. W wypadku zeznań świadków, szczególnie tych niepowiązanych w żaden sposób ze stronami, walor dowodowy jest jednak inny, przy czym oczywiście w każdym wypadku wszystkie dowody podlegają ocenie w oparciu o art. 233 § 1 k.p.c. Należy zgodzić się z T. Szanciło, że przepisy postępowania nie powinny mieć na celu jedynie jak najszybszego zakończenia sprawy, ale również umożliwić sądowi właściwe jej rozpoznanie, celem wydania sprawiedliwego orzeczenia³⁴.

Unormowanie art. 458¹⁰k.p.c. ma ograniczyć sytuacje, w których długotrwałe postępowanie dowodowe prowadzi do znaczącego opóźnienia przy rozstrzygnięciu spraw gospodarczych³⁵. Istotnie, często strony powołują świadków dla zwłoki. Jak już wskazano wyżej, stosowanie tego przepisu zależy jednak w znacznej mierze od praktyki orzeczniczej, zwłaszcza kształtowanej pod wpływem orzecznictwa sądów odwoławczych. Ewentualne oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków, które przecież może skutkować w ramach kontroli instancyjnej uchynieniem wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania, jest stosowane z dużą dozą ostrożności. W praktyce dowód ze świadków powoływany jest przez strony, w miarę możliwości już przy pierwszych czynnościach procesowych z uwagi na regulację art. 458⁵ k.p.c. Dodatkowo należy mieć na względzie fakt, że w przypadku wniosku o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków połączonego z wnioskiem o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, w praktyce dowód z zeznań świadków poprzedzi dowód z opinii biegłego.

W piśmiennictwie trafnie zauważa się, że przepisy dotyczące postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych nie wyłączyły stosowania art. 232 zd. 2 k.p.c., co oznacza, że z braku innych środków dowodowych, dowód z zeznań świadków może być również dopuszczony przez sąd z urzędu, co powinno być jednak czynione w wyjątkowych okolicznościach³⁶.

³⁴ T. Szanciło, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1-505*³⁹. Tom I, red. T. Szanciło, Warszawa 2019, teza 1 do art. 458¹⁰.

³⁵ M. Muliński, *Kodeks...*, teza 1 do art. 458¹⁰.

³⁶ K. Flaga-Gieruszyńska, [w:] *Postępowanie w sprawach gospodarczych. Komentarz do wybranych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego*, red. K. Flaga-Gieruszyńska Warszawa 2021, teza 2 do art. 458¹⁰.

Powyższa regulacja funkcjonalnie połączona jest z unormowaniem art. 458¹¹k.p.c. Zgodnie z tym przepisem czynność strony, w szczególności oświadczenie woli lub wiedzy, z którą prawo łączy nabycie, utratę lub zmianę uprawnienia strony w zakresie danego stosunku prawnego, może być wykazana tylko dokumentem, o którym mowa w art. 77³k.c., chyba że strona wykáže, że nie może przedstawić dokumentu z przyczyn od niej niezależnych. Przepis ten wynika z przyjęcia założenia, że profesjonalizm przedsiębiorcy będącego stroną postępowania w sprawach gospodarczych obejmuje również dokumentowanie faktów w celu ewentualnego wykorzystania dokumentów w przypadku prowadzenia sporu. Zauważyć przy tym należy, że powyższe ograniczenie ma charakter wyłącznie procesowy i nie zmienia zasad prawa materialnego dotyczących formy czynności prawnych³⁷. Powyższe unormowanie nakłada zatem na stronę obowiązek dokumentowania (co najmniej w formie elektronicznej) czynności dokonywanych poza procesem, jeśli chce się na nie powołać w postępowaniu sądowym³⁸.

W piśmiennictwie trafnie zauważa się, odwołując się do regulacji art. 773 k.c., że pojęcia dokumentu z art. 458¹¹ k.p.c. nie należy zawęzać do tekstu ani pisma, lecz traktować je możliwie najszerszej. Dokumentem jest zatem nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią³⁹. Nośnik jest zatem neutralny technologicznie – może być nim papier oraz np. nośniki informatyczne, takie jak np. twardy dysk komputera, serwer, płyty CD, DVD, dysk przenośny, pendrive. Informacja zawarta w dokumencie może stanowić przy tym oświadczenie woli bądź wiedzy. Informacja może być utrwalona przy pomocy tekstu, ale również z użyciem innych znaków, dźwięku lub obrazu⁴⁰.

6. Ograniczenia procesowe

Szybkości postępowania w sprawach gospodarczych służyć mają także ograniczenia zawarte w unormowaniu art. 458⁸ k.p.c. Zgodnie z tą regulacją w toku postępowania nie można występować z nowymi roszczeniami zamiast lub obok dotychczasowych. Jednakże w przypadku zmiany okoliczności powód może żądać, zamiast pierwotnego przedmiotu sporu, jego równowartości lub innego przedmiotu, a w sprawach o świadczenie powtarzające się może nadto rozszerzyć powództwo o świadczenia za kolejne okresy (§ 1). Przepisów art. 177 § 1 pkt 5, art. 194-196, art. 198 oraz art. 205 k.p.c. nie stosuje się (§ 2). Powództwo wzajemne jest nie-

³⁷ R. Kulski, *Kodeks...*, teza 1 do art. 458¹¹.

³⁸ M. Dziurda, M. Szrajter, *Postępowanie gospodarcze według nowych przepisów*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2020, nr 1, s. 12 i n.

³⁹ Zob. R. Kulski, *Kodeks...*, teza 2 do art. 458¹¹; M. Muliński, *Kodeks...*, teza 1 do art. 458¹¹.

⁴⁰ K. Flaga-Gieruszyńska, *Kodeks...*, teza 2 do art. 458¹¹.

dopuszczalne (§ 3)⁴¹. Przewodniczący i sędziowie są obowiązani podejmować czynności tak, by rozstrzygnięcie w sprawie zapadło nie później niż sześć miesięcy od dnia złożenia odpowiedzi na pozew. Jeżeli odpowiedź ta była dotknięta brakami, termin ten biegnie od dnia usunięcia tych braków, a jeżeli jej nie złożono – od dnia upływu terminu do jej złożenia (§ 4).

W piśmiennictwie wskazuje się, że w postępowaniu w sprawach gospodarczych niedopuszczalna jest przedmiotowa zmiana powództwa zarówno o charakterze ilościowym (np. powód, opierając się na tej samej podstawie faktycznej, żąda więcej niż pierwotnie), jak i o charakterze jakościowym (np. powód żąda zasądzenia identycznego świadczenia, ale na innej podstawie faktycznej). W konsekwencji w razie niedopuszczalnego rozszerzenia żądania pozwu, sąd powinien potraktować nowe roszczenie jako sprawę oddzielną i rozpoznać ją we właściwym dla niej trybie⁴². Bez przeszkód dopuszczalne jest natomiast dokonywanie zmian ilościowych ograniczających roszczenie przy zachowaniu rygorów określonych w art. 203 k.p.c.⁴³

Dość dyskusyjna jest niedopuszczalność powództwa wzajemnego. Jak wskazano wyżej, skutkiem tego unormowania jest bowiem prowadzenie dodatkowego procesu w przedmiocie powództwa wzajemnego – czy to na skutek wyłączenia takiego powództwa do odrębnego rozpoznania⁴⁴, czy wytaczania przez pozwanego powództwa, które nadawałoby się do rozpoznania w ramach powództwa wzajemnego. Skutkuje nie tylko to koniecznością prowadzenia dwóch postępowań, przy czym – stosunkowo często – prowadzenia dwukrotnie tego samego postępowania dowodowego, w tym w zakresie dowodu z zeznań świadków. Jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, radykalne ograniczenie przedmiotowych i podmiotowych zmian powództwa może w wielu wypadkach wiązać się z potrzebą wytoczenia kolejnego powództwa, a w konsekwencji w takiej sytuacji korzyść wynikająca z szybszego zakończenia postępowania staje się korzyścią pozorną⁴⁵. Problem ten był zauważony już na etapie opiniowania projektu ustawy. Zwracano uwagę na to, że powództwo wzajemne nie tylko pozwala pozwanemu na obronę jego praw w tym postępowaniu, lecz także usprawnia pracę sądu, który zamiast rozstrzygać w dwóch odrębnych sprawach, będzie mógł zrobić to w ramach jednego toczącego się już

⁴¹ Unormowanie to w przeważającej części odpowiada dawnemu art. 479¹ § 2-3 k.p.c. Regulacja ta wyłączała nadto zastosowanie przepisów art. 178, art. 212 zd. 2 i 3, art. 492¹ § 1, art. 499 pkt 4 i art. 502¹ § 1 k.p.c.

⁴² R. Kułski, *Kodeks...*, teza 2 do art. 458⁸.

⁴³ M. Manowska, *Kodeks...*, teza 2 do art. 458⁸.

⁴⁴ Niedopuszczalność powództwa wzajemnego skutkuje tym, że należy traktować takie pismo procesowe jako odrębny pozew, który można rozpoznać w oddzielnej sprawie. K. Flaga-Gieruszyńska, *Postępowanie...*, teza 6 do art. 458⁸.

⁴⁵ M. Muliński, *Kodeks...*, teza 1 do art. 458⁸.

postępowania, co jest sprzeczne z zasadą ekonomii procesowej i niecelowe choćby z racji zmiany wprowadzonej w art. 204 § 1 k.p.c.⁴⁶

Wypada przy tym zauważyć, że zakaz przewidziany w powyższym przepisie nie oznacza zakazu stosowania art. 219 k.p.c. Tym samym nie ma zatem przeszkód, aby sąd gospodarczy – po wydzieleniu powództwa wzajemnego do rozpoznania w osobnej sprawie – zarządził powiązanie ich do łącznego rozpoznania⁴⁷. Skutkiem takiego rozwiązania będzie zatem jedynie mnożenie dodatkowych czynności związanych bądź z prowadzeniem odrębnych postępowań, bądź z rejestrowaniem nowych spraw, kopiowaniem dokumentacji (gdy pozew wzajemny złożono wraz ze sprzeciwem od nakazu zapłaty lub w odpowiedzi na pozew – zob. art. 204 § 1 k.p.c.). Wydaje się, że bardziej zasadne byłoby pozostawienie tej kwestii do uznania sądu i umożliwienie wniesienia przez pozwanego powództwa wzajemnego z zastrzeżeniem, że sąd może wyłączyć je do odrębnego rozpoznania. Pozwoliłoby to na umożliwienie sądowi dyscyplinowania stron, a jednocześnie uniknięcie zbędnego dublowania czynności procesowych.

Podsumowanie

Postępowanie odrębne w sprawach gospodarczych niewątpliwie jest potrzebne. Uzyskanie przez przedsiębiorców ochrony prawnej szybkiej i opartej na podwyższonych wymogach staranności uczestników obrotu gospodarczego stanowi istotny element gospodarki rynkowej. Nowe przepisy stanowią w znacznej mierze powtórzenie dawnych unormowań, jednak wprowadzają też nowe rozwiązania, które mogą być pomocne w sprawnym prowadzeniu postępowań sądowych. Oczywiście wiele z nich jest dyskusyjnych. Nie zmienia to jednak zasadniczo pozytywnej oceny tych przepisów.

To, jak omawiane regulacje wpłyną na prowadzenie spraw przez sądy gospodarcze, zależy przy tym w znacznej mierze od praktyki orzeczniczej sądów odwoławczych oraz Sądu Najwyższego, które z uwagi na kształtowanie linii orzeczniczej wywierają znaczący wpływ na praktykę sądów pierwszoinstancyjnych. Pewną bolączką tego systemu jest likwidacja odrębnych wydziałów gospodarczych w części sądów apelacyjnych, skutkiem czego sprawy gospodarcze rozpoznawane są wraz z innymi sprawami cywilnymi – często na tych samych wokandach są sprawy gospodarcze, rozwody itd. Należałoby postulować rozważenie przywrócenia dawnych rozwiązań w tym zakresie, co niewątpliwie pozwalałoby na zwiększenie specjalizacji sędziów w tego typu sprawach.

⁴⁶ A. Arkuszewska, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2019, teza 8 do art. 458⁸.

⁴⁷ R. Kulski, *Kodeks...*, teza 4 do art. 458⁸; T. Wiśniewski, *Kodeks...*, teza 2 do art. 458⁸.

Literatura

- Błaszczak Ł., *Umowa dowodowa jako przykład nowej instytucji w Kodeksie postępowania cywilnego (art. 458(9) k.p.c.)*, „Palestra” 2019, nr 11-12.
- Chrapoński D., *Odrębne postępowanie w sprawach gospodarczych – zarys regulacji*, „Palestra” 2019, nr 11-12.
- Dziurda M., Szrajter M., *Postępowanie gospodarcze według nowych przepisów*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2020, nr 1.
- Flaga-Gieruszyńska K., Zieliński A., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2019.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1-505³⁹. Tom I*, red. T. Szanciło, Warszawa 2019.
- Kodeks postępowania cywilnego. Tom I B. Komentarz. Art. 425-729*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Warszawa 2020.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1-477(16)*, red. M. Manowska, Warszawa 2021.
- Kodeks postępowania cywilnego. Tom III. Komentarz. Art. 425—729*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020.
- Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, red. O.M. Piaskowska, Warszawa 2020.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom. II. Artykuły 367-505(39)*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021.
- Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II*, red. T. Zembrzuski, Warszawa 2020.
- Postępowanie w sprawach gospodarczych. Komentarz do wybranych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2021.

Łukasz Prus

Uniwersytet Wrocławski

ORCID 0000-0002-0990-3666

lukasz.prus@uwr.edu.pl

Zwalczanie niezgodnych z prawem składowisk lub magazynów odpadów

Słowa kluczowe: gospodarka odpadami, niezgodne z prawem składowiska odpadów, cofnięcie zezwolenia na zbieranie lub magazynowanie odpadów, nakaz usunięcia odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do składowania lub magazynowania odpadów, szkody w środowisku, kary administracyjne za odpady

Streszczenie. W ostatnich latach problem nielegalnych składowisk narastał. Temu jednemu zjawisku odpowiada wielość regulacji prawnych. Różnorodność procedur często prowadzi do sporów pomiędzy różnymi organami. Przedmiotem artykułu jest zatem analiza, czy porządek prawny w tym zakresie tworzy chaos czy komplementarny system. Ponadto przedmiotem artykułu jest pytanie, czy istnieją jakieś reguły kolizyjne pozwalające na efektywne przeciwdziałanie nielegalnym składowiskom odpadów.

Counteracting fly-tipping or illegal waste storage facilities

Keywords: waste management, fly tipping, revocation of the permit to gathering waste, order removing waste from places not reserved for gathering waste, environmental damage, administrative fines for waste

Summary. In recent years, the problem of fly tipping has increased. This one phenomenon corresponds to the numerous legal regulations. The diversity of procedures often cause disputes between different authorities. The subject of the paper is therefore to analyze whether the legal order in this field creates chaos or a complementary system. Furthermore, the subject of the paper is the question whether there are any conflict-of-law regimes allowing for effective prevention of illegal landfills.

Uwagi wstępne

Sprzeczne z prawem składowiska odpadów to istotny problem społeczno-gospodarczy. Temu jednemu zjawisku odpowiada wielość regulacji prawnych. Nie jest to różnorodność środków w ramach jednej dyscypliny prawa. Ustawodawca przewidział szereg środków na gruncie prawa karnego, administracyjnego i cywilnego. W ramach każdej z nich występuje mnogość instrumentów. Jednakże ze względu na ograniczenia edytorskie, przedmiotem dalszych rozważań będą tylko normy administracyjnoprawne, które do środków zwalczania niezgodnych z prawem skła-

dowisk lub magazynów odpadów zaliczają: cofnięcie zezwolenia na zbieranie lub przetwarzanie odpadów (art. 47 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. dalej jako „u.o.”¹), obowiązek niezwłocznego usunięcia odpadów ze względu na zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzi lub środowiska (art. 26a u.o.), obowiązek usunięcia odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania lub magazynowania (art. 26 u.o.), działania zapobiegawcze lub naprawcze (art. 16 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r.o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie dalej jako „ustawa szkodowa”²), ograniczenie oddziaływania na środowisko lub przywrócenie środowiska do stanu właściwego (art. 362 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska dalej jako „p.o.ś.”³) oraz wstrzymanie działalności powodującej pogorszenie stanu środowiska w znacznych rozmiarach lub zagrażającą życiu lub zdrowiu ludzi (art. 364 p.o.ś), a także kary administracyjne (art. 194 u.o. oraz art. 293 p.o.ś.). Struktura dalszych rozważań będzie lustrzanym odbiciem tej enumeracji.

Mając na względzie różnorodność tych środków powstaje pytanie, po pierwsze, czy taki stan tworzy komplementarny system czy raczej chaos prawny. Po drugie, czy z obowiązujących regulacji można wyprowadzić reguły kolizyjne lub gradacje, które usystematyzują rozwiązanie tych problemów. Wszystkie te wątpliwości będą przedmiotem dalszych rozważań.

W artykule zastosowano przede wszystkim metodę systemową, która ma szczególne znaczenie w badaniu prawa gospodarki odpadami⁴. Przedmiotem analizy są bowiem współdziałające środki prawne całej struktury systemu ochrony środowiska, które są uregulowane w różnych ustawach⁵. Dlatego należy zaznaczyć, że metodą badawczą w niniejszej publikacji jest również metoda dogmatyczna, ponieważ badane jest prawo obowiązujące i jego interpretacja, jaka ujawnia się w procesie jego stosowania.

1. Cofnięcie zezwolenia na zbieranie lub magazynowanie odpadów

Zgodnie z art. 41 ust. 1 u.o. „prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia”. Stosowanie zaś do treści art. 47 ust. 1-1 a u.o. jeżeli posiadacz odpadów, który uzyskał zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów:

1) narusza przepisy ustawy w zakresie działalności objętej zezwoleniem,

¹ Dz.U. 2021 poz. 779 t.j.

² Dz.U.2020 poz. 2187 t.j.

³ Dz.U.2020 poz. 1219 t.j.

⁴ P. Korzeniowski, *Model prawny systemu gospodarki odpadami. Studium administracyjno-prawne*, Łódź 2014, s. 152.

⁵ Tamże, s. 153, s. 157.

- 2) w sposób istotny narusza wymagania dotyczące ochrony przeciwpożarowej lub
- 3) działa niezgodnie z wydanym zezwoleniem,
- 4) zakład recyklingu statków nie spełnia wymagań, o których mowa w art. 13 ust. 1 i 2 rozporządzenia 1257/2013,

to właściwy organ będzie obowiązany wszcząć z urzędu postępowanie w celu jego cofnięcia i wezwać do zaprzestania naruszeń (art. 47 ust. 2 u.o.). Takim organem jest ten, który wydał zezwolenie (art. 41 ust. 3 u.o. w zw. z art. 47 u.o.). Zasadniczo wszczęcie takiego postępowania nie zależy od stopnia naruszenia ustawy, rozporządzenia UE lub zezwolenia. Innymi słowy, każde nawet najmniejsze uchybienie w tym zakresie skutkuje obowiązkiem wszczęcia postępowania. Od tej zasady jest jednak jeden wyjątek. Ustawa o odpadach wymaga, aby naruszenie wymogów dotyczących ochrony przeciwpożarowej było istotne. Nie wystarczy zatem jakiegokolwiek uchybienie w tym względzie. Mimo że ustawodawca nie wyjaśnił na czym polega istotne naruszenie obowiązków ochrony przeciwpożarowej, to mając na względzie *ratio legis* przepisów o ochronie środowiska oraz wykładnię systemową (art. 183 § 1 kk), to do tej kategorii należy zaliczyć sprowadzenie stanu, który może spowodować zagrożenie dla życia lub zdrowia człowieka lub spowodować obniżenie jakości wody, powietrza lub powierzchni ziemi albo zniszczenie w świecie roślinnym bądź zwierzęcym.

W przypadku ziszczenia się przytoczonych przesłanek organ musi wezwać do usunięcia stwierdzonych uchybień i nie może pominąć tego etapu, gdyż cofnięcie zezwolenia jest możliwe dopiero po wcześniejszym wezwaniu do zaniechania naruszeń⁶. Wezwanie powinno być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym, którego przedmiotem będzie podejrzenie istnienia naruszeń, o których była mowa powyżej. Tego rodzaju wstępne postępowanie dowodowe ma na celu właściwe sformułowanie wezwania do zaniechania naruszeń⁷. Przepis art. 47 ust. 1 *in fine* u.o. wymaga, aby organ w wezwaniu wskazał termin zaprzestania naruszeń, jednak pozostawia swobodę organowi co do określenia długości tego okresu. Zakreślając czas wykonania wezwania organ powinien mieć na względzie z jednej strony ochronę zdrowia lub życia ludzkiego bądź środowiska, a z drugiej strony możliwości organizacyjne i techniczne usunięcia odpadów⁸. Strona może wnioskować o przedłużenie tego terminu, jednak organ nie jest związany takim wnioskiem.

Przepis nie precyzuje także formy i treści wezwania. Co się tyczy formy, to wezwanie merytorycznie nie rozstrzyga o prawach i obowiązkach strony. A zatem nie stanowi decyzji, lecz jest po prostu incydentalnym pismem organu, od które-

⁶ Wyrok WSA w Łodzi z dnia 21.09.2011 r. II SA/Łd 774/11.

⁷ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 19.05.2014 r. III SA/Gl 1521/13.

⁸ Ł. Prus, *Wielopostaciowość postępowań związanych z niezgodnym z prawem składowaniem lub magazynowaniem odpadów*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2018, nr XVI/1(4), s. 10.

go nie przysługuje odwołanie⁹. Treść wezwania musi być na tyle precyzyjne, aby jego adresat bez żadnych wątpliwości odczytał, jakie jego działania przywrócą stan zgodny z prawem.

Upływ określonego terminu zobowiązuje organ do zbadania, czy zobowiązanie zostało wykonane. Możliwe są trzy sytuacje. Po pierwsze, jeżeli posiadacz odpadów wykonał wezwanie, nawet po terminie, to postępowanie powinno być umorzone jako bezprzedmiotowe. Po drugie, jeżeli posiadacz naprawi uchybienia stwierdzone w wezwaniu, jednak organ ustali, że w sprawie zachodzi podejrzenie innych naruszeń, to powinien wezwać stronę do usunięcia nowo ustalonych naruszeń. Po trzecie w końcu, jeżeli posiadacz odpadów nie usunął wskazanych naruszeń, to organ jest obowiązany cofnąć zezwolenie. Jest to decyzja związana, gdyż ustawodawca nie dopuszcza w tym zakresie żadnej uznaniowości¹⁰. Cofnięcie ma charakter konstytutywny i działa na przyszłość (*ex nunc*).

Zgodnie z art. 47 ust. 4 u.o. organ może takiej decyzji nadać rygor natychmiastowej wykonalności. A zatem decyzja o cofnięciu zezwolenia ma charakter związany, a nadanie jej rygoru natychmiastowej odbywa się w ramach uznania administracyjnego. Jednakże nie oznacza dowolności. Postępowanie dotyczące gospodarowania odpadami rządzi się szczególnymi wymogami związanymi z ochroną środowiska. Dlatego ustalenie w konkretnej sprawie, że naruszenie posiadacza odpadów prowadzi do stanu zagrożenia dla środowiska albo życia lub zdrowia człowieka, powinno skutkować nadaniem rygoru natychmiastowej wykonalności¹¹.

Decyzja o cofnięciu zezwolenia wywołuje *ex lege* trzy skutki. Po pierwsze, cofnięcie zezwolenia prowadzi do zakończenia działalności uprzednio nim objętej (art. 47 ust. 3 u.o.). Po drugie, posiadacz odpadów musi w terminie określonym w decyzji (art. 47 ust. 2 *in fine* u.o.) usunąć na własny koszt odpady oraz negatywne skutki w środowisku lub szkody w nim wyrządzone (art. 47 ust. 5 u.o.). Po trzecie, w okresie następnych 10 lat po uzyskaniu przymiotu ostateczności decyzji, jej adresat nie może uzyskać nowego zezwolenia (art. 47 ust. 7 u.o.)¹². Jako obowiązki wynikające z mocy prawa o charakterze niepieniężnym podlegają one egzekucji na podstawie ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹³. Każdy z tych skutków występuje z mocy prawa i brak jest podstaw prawnych do ich dublowania poprzez podejmowanie odrębnego postępowania w celu wydania decyzji np. o zakończeniu działalności lub nakazanie usunięcia odpadów. Potwierdza to zresz-

⁹ Wyrok NSA z dnia 10.03.2020 r., II OSK 1171/18.

¹⁰ Tamże.

¹¹ Zob. wyrok NSA z dnia 8.12.2016 r., II OSK 1911/16; Ł. Prus, *Wielopostaciowość...*, s. 11-12.

¹² Czasem do tych skutków zalicza się również kary administracyjne nakładane wobec osób, które zbierają odpady bez zezwolenia (art. 194 ust. 5 u.o.). Jednak nie jest to obowiązek powstający z mocy prawa; zob. W. Radecki, *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 265; K. Korkowska-Krokos, [w:] *Prawo o odpadach. Wybrane problemy*, red. B. Rakoczy, Warszawa 2019, s. 259-260.

¹³ Postanowienie NSA z 29 stycznia 2014 r., II OW 134/13.

tą norma kolizyjna przewidziana w art. 26 ust. 2 *in fine* u.o.¹⁴. Przepis ten stanowi, że jeżeli obowiązek usunięcia odpadów wynika z decyzji o cofnięciu zezwolenia, to nie wydaje się odrębnej decyzji o usunięciu odpadów. W takiej sytuacji nie ma zatem kolizji pomiędzy procedurami z art. 26 i art. 47 u.o.¹⁵.

Obowiązek usunięcia odpadów z art. 47 ust. 5 u.o. dotyczy usunięcia odpadów zgromadzonych przed wydaniem decyzji o cofnięciu zezwolenia w terminie wskazanym w tej decyzji. Nie jest jednak jasne, czy zakres zastosowania tego przepisu dotyczy sytuacji, w której posiadacz odpadów pomimo cofnięcia zezwolenia wciąż gromadzi „nowe” odpady na terenie uprzednio objętym zezwoleniem. Czy wobec tych ostatnich należy wszcząć odrębne postępowanie, jako że ich nie dotyczyło postępowanie o cofnięcie zezwolenia? Odpowiedzi należy szukać w treści art. 47 ust. 3 u.o. Skutkiem cofnięcia zezwolenia jest przecież zakończenie działalności objętej zezwoleniem, a zatem związanej ze zbieraniem lub przetwarzaniem odpadów. Ten obowiązek nie oznacza formalnego zakończenia działalności gospodarczej, wykreślenia z rejestrów przedsiębiorców, rozwiązania lub zlikwidowania spółki. *Ratio legis* przepisu art. 47 ust. 3 u.o. jest zakończenie działalności związanej ze zbieraniem lub przetwarzaniem odpadów¹⁶. Ten przepis nakłada na posiadacza odpadów obowiązek rzeczywistego zaprzestania ich gromadzenia. Zatem posiadacz odpadów *ex lege* traci prawo do ich zbierania lub przetwarzania. Jeżeli jednak po cofnięciu zezwolenia wciąż gromadzi odpady, to ma obowiązek je usunąć (art. 47 ust. 3 w zw. z art. 47 ust. 5 u.o.), bez konieczności wydania odrębnej decyzji nakazującej usunięcie¹⁷.

Co istotne, w 2019 r. ustawodawca opisane skutki rozszerzył na inne sytuacje niż tylko cofnięcie zezwolenia, tj. na stwierdzenie nieważności, uchylecia lub wygaśnięcia zezwolenia¹⁸. A zatem, stwierdzając nieważność lub uchylając zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, właściwy organ powinien określić termin ich usunięcia. Na skutek takich decyzji lub wygaśnięcia zezwolenia w przypad-

¹⁴ Zob. B. Rakoczy, *Właściwość organów w sprawach o nakazanie usunięcia odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania lub magazynowania*, „Przegląd prawa ochrony środowiska” 2016, nr 4, s. 15-16.

¹⁵ Ł. Prus, *Wielopostaciowość...*, s. 12-13.

¹⁶ Jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy w doktrynie podkreślano, że „konsekwencja cofnięcia wydaje się oczywista, dalej prowadzić działalności, na którą taka decyzja pozwalała, nie wolno. Z tego punktu widzenia przepis zawarty w ust. 3 nie wydaje się potrzebny. Uzasadnieniem dla niego byłoby jedynie uznanie, iż celem było wskazanie momentu wstrzymania działalności, którym byłby moment wydania decyzji (a właściwie doręczenia), a nie moment uzyskania przez nią przymiotu ostateczności”; M. Górski, *Komentarz do art. 30 [w:] Ustawa o odpadach. Komentarz*, red. J. Jerzemański, LEX [dostęp: 30.06.2021]. Przepis art. 30 ust. 3 dawnej ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach stanowił, że „cofnięcie zezwolenia, o którym mowa w ust. 1, powoduje wstrzymanie działalności objętej tym zezwoleniem”.

¹⁷ Ł. Prus, *Wielopostaciowość...*, s. 13.

¹⁸ Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2019poz. 1579.

kach określonych w art. 48 u.o. posiadacz odpadów z mocy prawa musi zakończyć działalność, na którą poprzednio pozwalało mu zezwolenie, także musi usunąć na własny koszt odpady oraz negatywne skutki w środowisku lub szkody w środowisku w terminie wskazanym w decyzji. Te obowiązki będą podlegały egzekucji, bez konieczności inicjowania odrębnych postępowań o nakazanie usunięcia odpadów z tych terenów.

Pozytywnie należy ocenić przepis art. 48a u.o., który został dodany do ustawy w 2018 r. Przepis ten nałożył obowiązek ustanowienia przez adresatów zezwolenia zabezpieczania majątkowego roszczeń, jakie mogą powstać na skutek egzekucji obowiązków wynikających z cofnięcia tych zezwoleń, w szczególności wykonania zastępczego, o czym była mowa powyżej.

Jeżeli posiadacz odpadów nigdy nie posiadał zezwolenia na zbieranie odpadów na nieruchomości, na której je gromadzi, w sprawie zastosowanie może mieć procedura z art. 26 u.o., o czym będzie mowa w kolejnej części artykułu

2. Zakaz składowania lub magazynowania odpadów w miejscu do tego nieprzeznaczonym

Jeżeli posiadacz odpadów nie posiada tytułu prawnego do ich gospodarowania, to jest obowiązany niezwłocznie usunąć odpady z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania lub magazynowania, nawet bez obowiązku wzywania go do tego¹⁹. Jeżeli posiadacz odpadów niezwłocznie nie usunie odpadów, to wójt, burmistrz lub prezydent miasta bądź regionalny dyrektor ochrony środowiska musi wszcząć postępowanie zmierzające do wydania decyzji, o której mowa w art. 26 ust. 2 u.o. Jednakże ustawa przewiduje również przesłanki negatywne wyłączające wydanie takiej decyzji. Przepisy zawierają dwie normy kolizyjne – przesłanki negatywne wydania decyzji z art. 26 ust. 2 u.o. Po pierwsze, decyzji o nakazaniu usunięcia odpadów nie wydaje się, jeżeli zachodzi konieczność niezwłocznego usunięcia odpadów zagrażających życiu lub zdrowiu ludzi bądź środowisku, o czym mowa w art. 26a u.o. Po drugie, takiej decyzji nie wydaje się, jeżeli obowiązek usunięcia odpadów jest skutkiem uprzednio wydanej decyzji o cofnięciu decyzji związanej z gospodarką odpadami, stwierdzeniem nieważności, uchylecia lub wygaśnięcia decyzji związanej z gospodarką odpadami (art. 26 ust. 2 *in fine* u.o.). Dopiero w sytuacji, gdy nie występuje żaden z tych przypadków i posiadacz odpadów niezwłocznie sam ich nie usunie, to właściwy organ w drodze decyzji z urzędu nakazuje usunięcie odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania lub magazynowania. Mając na względzie powyższe należy przyjąć następujący sposób działania. W pierwszej

¹⁹ M.G. Krzyżanowska, *Wykonywanie obowiązku usunięcia odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania lub magazynowania*, [w:] *Prawo o odpadach...*, s. 172-173.

kolejności organ powinien ustalić, czy zachodzi konieczność niezwłocznego usunięcia odpadów zagrażających życiu lub zdrowiu ludzi bądź środowisku, a jeżeli tak, to postępowanie z art. 26 u.o. należy umorzyć i przekazać sprawę według właściwości lub samodzielnie wszcząć postępowanie z art. 26a u.o. W drugiej kolejności należy zbadać, czy posiadacz odpadów legitymuje się ważnym zezwoleniem wydanym w trybie art. 41 u.o. Jeżeli tak, to postępowanie wszczęte w trybie art. 26 u.o. jest bezprzedmiotowe i jako takie powinno podlegać umorzeniu²⁰. W takiej sytuacji organ, który wydał zezwolenie powinien rozważyć wszczęcie procedury cofnięcia zezwolenia, o ile zachodzą ku temu stosowne warunki (art. 47 u.o.). Następnie należy zbadać, czy zezwolenie wcześniej zostało cofnięte: jeżeli tak, to postępowania z art. 26 u.o. nie wszczyna się, a wszczęte umarza się. W takiej sytuacji organ, który cofnął zezwolenie obowiązany jest wyegzekwować obowiązek wynikający *ex lege* z art. 47 ust. 3 i 5 u.o. W końcu, jeżeli posiadacz odpadów nigdy nie posiadał zezwolenia, o którym mowa w art. 41 u.o., i gromadzi odpady w miejscu nieprzeznaczonym do tego, to w takiej sytuacji należy przeprowadzić postępowanie w trybie art. 26 u.o.

Organem właściwym jest wójt, burmistrz lub prezydent bądź regionalny dyrektor ochrony środowiska. Właściwość tego ostatniego zależy od łącznego spełnienia trzech przesłanek, a mianowicie: jeżeli odpady a) są położone na terenach zamkniętych, b) są położone na nieruchomości, którymi gmina włada jako władający powierzchnią ziemi, c) odpady nie są w posiadaniu innego podmiotu. Brak spełnienia jednej z tych przesłanek oznacza, że właściwy jest wójt, burmistrz lub prezydent.

Adresatem decyzji z art. 26 ust. 2 u.o. jest posiadacz odpadów. Definicja legalna tego podmiotu została zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 19 u.o., który stanowi, że posiadaczem odpadów jest jego wytwórca lub osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, będąca w posiadaniu odpadów; domniemywa się, że władający powierzchnią ziemi jest posiadaczem odpadów znajdujących się na nieruchomości. Cytowana definicja składa się z dwóch części. W pierwszej ustawodawca przewidział definicję legalną *sensu stricto* (art. 3 ust. 1 pkt 19 *in principio* u.o.), a w drugiej uregulował domniemanie prawne (art. 3 ust. 1 pkt 19 *in fine* u.o.). A zatem organ w pierwszej kolejności powinien ustalić, kto jest wytwórcą (art. 3 ust. 1 pkt 32 u.o.) lub kto aktualnie faktycznie posiada odpady. Nie chodzi jednak o to, aby każdy wytwórca odpadów był zobowiązany do uprzętnienia nielegalnego składowiska odpadów, nawet jeżeli utracił władztwo nad nimi. Byłoby to sprzeczne z *ratio legis* art. 26 u.o. W art. 3 ust. 1 pkt 19 *in principio* u.o. chodzi więc o takiego wytwórcę, który nie wyzbył się jeszcze odpadów. Jeżeli zaś to zrobił, to organ powinien ustalić, kto jest w rzeczywistym posiadaniu od-

²⁰ Umorzenie może być częściowe, jeżeli posiadacz ma ważne zezwolenie tylko co do części odpadów, podczas gdy np. na sąsiedniej nieruchomości nie uzyskał takiego zezwolenia.

padów. Ustawodawca sankcjonuje w tym przepisie określony stan faktyczny, czyli władztwo nad rzeczą²¹. Pojęcie posiadania należy zatem rozumieć możliwie szeroko. Mając na względzie cel tego przepisu, tj. ochronę środowiska, trzeba uznać, że posiadacz odpadu może wejść w posiadanie nawet w sposób niezgodny z prawem. Dopiero jeżeli okaże się niemożliwe ustalenie wytwórcy lub podmiotu posiadającego odpad, wówczas należy zastosować domniemanie prawne²². Nie można zatem do końca zgodzić się z podnoszoną w orzecznictwie tezą, że domniemanie prawne z art. 3 ust. 1 pkt 19 *in fine* u.o. zwalnia organy z obowiązku ustalenia, kto faktycznie jest posiadaczem odpadów²³. Wprawdzie za taką tezą przemawia cel ochrony środowiska, niemniej jednak, jeżeli ustawodawca chciałby odwrócić ciężar dowodu, to nie definiowałby posiadacza odpadu w pierwszej kolejności jako wytwórcę lub osobę, która w rzeczywistości posiada odpad, lecz pozostawiłby jedynie domniemanie prawne. Dlatego w toku postępowania właściwy organ w pierwszej kolejności powinien podjąć działania zmierzające do ustalenia wytwórcy odpadów, a następnie – komu zostały one przekazane²⁴. Jeżeli dowodzenie w tym zakresie nie powiedzie się, to w drugiej kolejności organ będzie uprawniony do zastosowania domniemania prawnego. *Ratio legis* tej konstrukcji ma na celu uniknięcie sytuacji niemożności ustalenia faktycznego posiadacza odpadów²⁵.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 19 *in fine* u.o. domniemywa się, że władający powierzchnią ziemi jest posiadaczem odpadów znajdujących się na tej nieruchomości. Przepis ten trzeba interpretować w powiązaniu z inną definicją legalną z art. 3 pkt 44 p.o.ś., w myśl której władającym powierzchnią ziemi jest właściciel nieruchomości lub podmiot ujawniony jako władający w ewidencji gruntów i budynków, wpisany na podstawie ustawy – Prawo geodezyjne i kartograficzne. A zatem, w przypadku niemożności ustalenia osoby, która rzeczywiście posiada odpady, organ zastosuje domniemanie, że posiadaczem jest właściciel nieruchomości lub podmiot ujawniony jako władający w ewidencji gruntów i budynków. Najemca lub dzierżawca zostanie więc uznany za władającego ziemią, jeżeli umowa jest wpisana do ewidencji gruntów i budynków. Jeżeli nie, to należy domniemywać, że posiadaczem jest właściciel nieruchomości. Jednakże domniemanie z art. 3 ust. 19 u.o. ma charakter wzruszalny. W takiej sytuacji to właściciel musi udowodnić, że odpady znajdują się w posiadaniu innej osoby, np. najemcy nieruchomości. Obalenie tego

²¹ A. Kunicki, [w:] *System Prawa Cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, red. J. Ignatowicz, t. II, Wrocław 1977, s. 839.

²² P. Korzeniowski, *Model prawny systemu gospodarki odpadami...*, s. 264.

²³ Wyrok NSA z dnia 26.05.2020 r., II OSK 3271/19.

²⁴ Zob. K. Gruszecki, *Odpowiedzialność administracyjna za odpady. Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 15.06.2004 r. (IV SA 2710/03)*, „Prawo Gospodarcze w Orzecznictwie i Komentarzach” 2005, nr 3, s. 141 i 143.

²⁵ M.G. Krzyżanowska, *Wykonywanie obowiązku usunięcia odpadów z miejsca nieprzeznaczonego...*, s. 171; Ł. Prus, *Wielopostaciowość...*, s. 15.

domniemania może nastąpić za pomocą każdego środka dowodowego, w szczególności poprzez przedstawienie wyroku skazującego za czyn z art. 181-183 kk, decyzji o nałożeniu kary administracyjnej w trybie art. 194 u.o., faktur, kart ewidencji odpadów itd. Niewystarczające jest jednak samo oświadczenie właściciela, że kto inny jest posiadaczem odpadów²⁶.

Zgodnie z art. 26 ust. 6 u.o. w takiej decyzji określa się w szczególności termin usunięcia odpadów, rodzaj odpadów oraz sposób usunięcia odpadów. Można jej przy tym nadać rygor natychmiastowej wykonalności na podstawie art. 108 § 1 kpa, jeżeli jest to niezbędne ze względu na ochronę życia lub zdrowia ludzi bądź inny interes społeczny²⁷. Nakaz usunięcia odpadów wydaje się w stosunku do wszystkich posiadaczy odpowiedzialnych za ich gospodarowanie. Z mocy ustawy za wykonanie obowiązków wskazanych w decyzji posiadacze odpadów odpowiedzialni są solidarnie. Jeżeli zaś po wydaniu ostatecznej decyzji właściwy organ stwierdzi, że za gospodarowanie odpadami odpowiedzialny jest także inny posiadacz, może wówczas wydać decyzję o nałożeniu obowiązku wykonania ostatecznej decyzji na tego nowo ustalonego posiadacza odpadów. Ostateczna decyzja o nakazie usunięcia odpadów jako obowiązek o charakterze niepieniężnym podlega egzekucji w administracji, w ramach której można stosować grzywnę lub wykonanie zastępcze²⁸. Jednakże egzekucja tych obowiązków zawsze stwarza istotne problemy finansowe dla jednostek samorządu terytorialnego, które są odpowiedzialne za ich wykonanie zastępcze. Z reguły są to bardzo wysokie koszty, które mocno ingerują w budżet tych jednostek. W tym zakresie mogą liczyć na wsparcie Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, które w praktyce często nie jest wystarczające.

Mechanizm z art. 26 u.o. od lat jest przedmiotem krytyki i często okazywał się niewystarczającym środkiem prawnym. Dlatego też wiele nadziei wzbudził nowy instrument wprowadzony do systemu w 2019 r. na mocy art. 26a u.o., który z założenia miał dotyczyć sytuacji wymagających natychmiastowego działania. Omówienie tego środka będzie przedmiotem dalszej części opracowania.

3. Niezwłoczne usunięcie odpadów zagrażających życiu lub zdrowiu ludzi bądź środowisku

W art. 26a u.o. ustawodawca uregulował nadzwyczajny tryb usunięcia odpadów dotyczący kwalifikowanej sytuacji. Ma on zastosowanie, jeżeli odpady zagrażają życiu lub zdrowiu ludzi bądź środowisku. W takim przypadku nie ma znacze-

²⁶ Tamże, s. 15-16.

²⁷ W. Radecki, *Ustawa o odpadach...*, s. 170-171.

²⁸ Ł. Prus, *Wielopostaciowość...*, s. 16.

nia, czy ich posiadacz legitymuje się zezwoleniem na ich zbieranie, czy też nie²⁹. Przesłanką pozytywną wydania decyzji z art. 26a u.o. jest ustalenie, że usunięcie odpadów jest konieczne z uwagi na stan zagrożenia życia lub zdrowia ludzi bądź środowiska. Ocena tego stanu wymaga wystąpienia o opinię w przedmiocie konieczności niezwłocznego usunięcia odpadów do:

- 1) wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska;
- 2) odpowiedniego organu Państwowej Inspekcji Sanitarnej albo organu Wojskowej Inspekcji Sanitarnej stosownie do ich właściwości miejscowej w odniesieniu do:
 - a) oceny występowania znaczącego zagrożenia dla zdrowia i życia ludzi w związku z obecnością tych odpadów,
 - b) zanieczyszczenia w ujęciach wody przeznaczonej do spożycia w związku z obecnością tych odpadów.

Ponadto właściwy organ musi wystąpić o opinię do regionalnego dyrektora ochrony środowiska, z wyjątkiem przypadku gdy decyzję wydaje ten organ, oraz do komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej.

Przepis z art. 26a ust. 11 u.o. reguluje przesłanki negatywne wydania decyzji w trybie nadzwyczajnym, w związku z czym decyzji o natychmiastowym uprzątnięciu odpadów zagrażających ludziom lub środowisku nie wydaje się, jeżeli:

- 1) odpady są składowane:
 - a) na eksploatowanym lub zamkniętym składowisku odpadów,
 - b) w miejscu, w którym przed dniem 1 października 2001 r. były składowane odpady;
- 2) odpady są zgodnie z prawem przemieszczane na podstawie przepisów o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów;
- 3) organ ochrony środowiska podjął działania zapobiegawcze lub naprawcze, o których mowa w art. 16 pkt 2 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie.

Tym samym, jeżeli odpady, które zagrażają życiu lub zdrowiu ludzi bądź środowisku, są składowane na terenie, wobec którego została wydana decyzja o zamknięciu składowiska w trybie art. 147 u.o., to nie można zastosować trybu nadzwyczajnego z art. 26a u.o. W takiej sytuacji w sprawie będzie miał zastosowanie art. 47 u.o. lub art. 26 u.o. w zależności od jej okoliczności. Nie jest jednak zrozumiałe, że brak możliwości wydania decyzji z art. 26a u.o., jeżeli zagrażające odpady są składowane na eksploatowanym składowisku. W ten sposób ustawodawca wyłącza możliwość zastosowania trybu nadzwyczajnego w większości sytuacji, tym samym czyniąc go w gruncie rzeczy iluzorycznym.

²⁹ Nadzwyczajny tryb z art. 26a u.o. znajduje zastosowanie także w sytuacji, kiedy posiadacz odpadów legitymuje się ważnym zezwoleniem, podczas gdy tryb z art. 26 u.o. dotyczy tylko miejsc nieobjętych takim indywidualnym aktem administracyjnym.

Jeżeli jednak w sprawie nie wystąpią przesłanki negatywne, to właściwy organ wyda decyzję. Przepis art. 26a ust. 2 u.o. wprowadza swoistą gradację w procesie ustalenia organu właściwego do wydania decyzji z art. 26a ust. 1 u.o. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy postępowanie dotyczy terenów zamkniętych oraz nieruchomości, którymi włada gmina – jeżeli tak, to właściwym jest regionalny dyrektor ochrony środowiska. Jeżeli zaś sprawa nie dotyczy terenów zamkniętych oraz nieruchomości, którymi włada gmina, to w drugiej kolejności należy ustalić, czy w sprawie została wydana decyzja o cofnięciu decyzji związanej z gospodarką odpadami, stwierdzenie nieważności, uchylenie lub wygaśnięcie decyzji związanej z gospodarką odpadami. Jeżeli została wydana jedna z tych decyzji, to właściwym jest organ, który ją wydał. W końcu, jeżeli nie została wydana np. decyzja o cofnięciu zezwolenia, to dopiero w trzeciej kolejności właściwym będzie wójt (burmistrz lub prezydent). Innymi słowy, wójt jest właściwy „na samym końcu” – jeżeli w sprawie np. nie została wydana decyzja o cofnięciu decyzji związanej z gospodarką odpadami. Nawet jeżeli posiadacz odpadów ma ważne zezwolenie, to właściwy będzie wójt, burmistrz lub prezydent, a nie organ, który je wydał.

Zgodnie z art. 26a ust. 3 u.o. w celu niezwłocznego usunięcia odpadów zagrażających ludziom lub środowisku, właściwy organ określa, w drodze decyzji skierowanej do władającego powierzchnią ziemi:

- 1) zakres i termin udostępnienia przez niego powierzchni ziemi, obiektów lub innych miejsc, w których znajdują się odpady;
- 2) zakres i sposób przeprowadzenia działań mających na celu usunięcie odpadów przez ten organ;
- 3) termin rozpoczęcia i zakończenia tych działań.

Treścią decyzji z art. 26a ust. 1 u.o. są nakazy usunięcia odpadów i ich zagospodarowania. Chodzi zatem nie tylko o uprzątnięcie terenu, ale także o transport i utylizację odpadów. Nie jest jednak jasne, kto ma obowiązek wykonania tych zadań. Innymi słowy, czy powinien to zrobić posiadacz odpadów? Odpowiedź powinna być negatywna. Po pierwsze, przepisy art. 26a ust. 1 i 12 u.o. stanowią, że w przypadku ziszczenia się przesłanek pozytywnych i przy jednoczesnym braku przesłanek negatywnych właściwy organ podejmuje działania własne polegające na usunięciu odpadów. Po drugie, zgodnie z art. 26a ust. 3 u.o., w celu wykonania tych obowiązków, właściwy organ określa w drodze decyzji skierowanej do władającego powierzchnią ziemi: 1) zakres i termin udostępnienia przez niego powierzchni ziemi, obiektów lub innych miejsc, w których znajdują się odpady; 2) zakres i sposób przeprowadzenia działań mających na celu usunięcie odpadów przez ten organ; 3) termin rozpoczęcia i zakończenia tych działań. Po trzecie, stosownie do treści art. 26a ust. 6-11 u.o., właściwy organ żąda od posiadacza odpadów zwrotu poniesionych przez siebie kosztów działań polegających na usunięciu odpadów i gospo-

darowaniu nimi, przy czym może od tego odstąpić lub wydać decyzję o przeznaczeniu środków z tego zabezpieczenia na pokrycie kosztów itd. A zatem, wszystkie obowiązki związane z usunięciem odpadów wykonuje organ lub wskazane przez niego podmioty. Niemniej jednak władający powierzchnią ziemi jest adresatem tej decyzji i może korzystać z prawa do odwołania, a następnie skargi do sądu administracyjnego, gdyż w tym zakresie posiada interes prawny.

Zgodnie z art. 26a ust. 4 u.o. taka decyzja *ex lege* podlega natychmiastowemu wykonaniu. Ponadto z mocy tego przepisu strona nie może skorzystać z prawa wniosku o wstrzymaniu wykonania w całości lub w części zaskarżonej decyzji. Innymi słowy ustawodawca zakłada, że jeżeli składowisko odpadów zagraża ludziom lub środowisku, to nie ma możliwości wstrzymania decyzji o ich usunięciu. Tego rodzaju rozwiązanie jest w pełni uzasadnione, jednakże tego rodzaju sytuacje będą raczej rzadkością ze względu na sposób uregulowania przesłanek negatywnych decyzji z art. 26a u.o., o czym była mowa wyżej.

4. Zapobieganie szkodom w środowisku

W zwalczaniu niezgodnych z prawem składowisk pomocne mogą okazać się przepisy ustawy szkodowej. Stosownie do treści jej art. 3 ust. 1 pkt 3 do działalności stwarzającej ryzyko szkody w środowisku zalicza się zbieranie lub przetwarzanie odpadów wymagające uzyskania zezwolenia oraz działalność wymagającą uzyskania wpisu do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. a i b u.o. W tym zakresie interesujące jest rozwiązanie z art. 16 ustawy szkodowej, który stanowi, że organ ochrony środowiska obowiązkowo podejmuje działania zapobiegawcze lub naprawcze, jeżeli podmiot korzystający ze środowiska nie może być zidentyfikowany lub nie można wszcząć wobec niego postępowania egzekucyjnego lub egzekucja okazała się bezskuteczna. Alternatywnie, jeżeli z uwagi na zagrożenie dla zdrowia ludzi lub możliwość zaistnienia nieodwracalnych szkód w środowisku, konieczne jest niezwłoczne podjęcie tych działań. Przepis ma więc potencjał w sprawach, w których bezskuteczna okazała się egzekucja np. decyzji o usunięciu odpadów nieprzeznaczonych do ich gromadzenia. W takiej sytuacji, na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy szkodowej, organ ochrony środowiska, uznając za uzasadnione zgłoszenie musi wszcząć postępowanie w sprawie lub podejmuje działania zapobiegawcze lub naprawcze. Jednakże zgodnie z art. 24a ust. 1 ustawy szkodowej organ zawiesza takie postępowanie do czasu usunięcia odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania lub magazynowania. A zatem, z jednej strony przepisy dają szansę podjęcia stosownych działań zapobiegawczych lub naprawczych, jeżeli np. wykonanie zastępcze polegające na usunięciu odpadów jest bezskuteczne. Z drugiej zaś strony ta sama ustawa stanowi, że tego rodzaju

postępowanie będzie zawieszono do czasu usunięcia odpadów. Analizowane przepisy są zatem wewnętrznie sprzeczne i mało przydatne w zwalczaniu zjawiska niezgodnych z prawem składowisk odpadów. Dlatego też należy poszukiwać innych środków, które będą przedmiotem analizy kolejnej części artykułu.

5. Ograniczenie oddziaływania na środowisko lub przywrócenie go do stanu właściwego oraz wstrzymanie działalności zagrażającej środowisku

W przypadku niezgodnych z prawem składowisk odpadów mogą znaleźć zastosowanie przepisy p.o.ś. I tak, art. 362 p.o.ś. wprowadza mechanizm polegający na zobowiązaniu do ograniczenia oddziaływania na środowisko jego zagrożenia lub ograniczenia oddziaływania na środowisko. Nie ma jednak kolizji pomiędzy tym przepisem a omówionymi procedurami z ustawy o odpadach. W orzecznictwie przyjmuje się, że przepis z art. 362 p.o.ś. ma charakter ogólny i subsydiarny, gdyż powinien być stosowany tylko wtedy, gdy przepisy szczególne nie przewidują innych rozwiązań³⁰. W tym przypadku regulacją szczegółową są przepisy ustawy o odpadach. Innymi słowy, pomiędzy regulacjami z art. 362 p.o.ś., a art. 26, art. 26a lub art. 47 u.o. zachodzi relacja *lex specialis derogat legi generali*³¹.

Zgodnie z art. 364 p.o.ś., jeżeli działalność prowadzona przez podmiot korzystający ze środowiska albo osobę fizyczną powoduje pogorszenie stanu środowiska w znacznych rozmiarach lub zagraża życiu lub zdrowiu ludzi, wojewódzki inspektor ochrony środowiska wyda decyzję o wstrzymaniu tej działalności w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla zapobieżenia pogarszaniu stanu środowiska. W tym względzie z jednej strony można przyjąć, że przepis ten ma także charakter ogólny i ustąpi pierwszeństwa szczegółowym regulacjom z ustawy o odpadach. Z drugiej jednak strony można przyjąć, że przepis art. 364 p.o.ś. dotyczy kwalifikowanej sytuacji, w której działalność podmiotu korzystającego powoduje pogorszenie stanu środowiska w znacznych rozmiarach lub zagraża życiu lub zdrowiu ludzi. Zatem ten przepis może wchodzić w kolizję z art. 26a u.o. Jednakże trzeba przypomnieć, że zgodnie z art. 26a ust. 12 u.o., jeżeli zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzi bądź środowiska wymaga niezwłocznego usunięcia odpadów, jednak np. są one składowane na eksploatowanym składowisku, to właściwy organ nie może wydać decyzji z art. 26a ust. 3 u.o. Jeżeli więc w konkretnej sprawie dojdzie do wyłączenia możliwości zastosowania tego przepisu na zasadzie art. 26 ust. 12 u.o., to w jego miejsce może wejść regulacja z art. 364 p.o.ś. i wojewódzki inspektor ochrony środowiska

³⁰ Wyrok NSAz dnia 23.04.2020 r., II OSK 636/19.

³¹ Ł. Prus, *Wielopostaciowość...*, s. 14.

wyda decyzję o wstrzymaniu działalności w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla zapobieżenia pogarszaniu stanu środowiska.

Kolejnym instrumentem zwalczania nielegalnych składowisk odpadów są kary administracyjne za gospodarowanie odpadami, które będą przedmiotem analizy następnego części opracowania.

6. Kary administracyjne za gospodarowanie odpadami

Zgodnie z art. 194 ust. 1 i 4 u.o. administracyjne kary pieniężne wymierza się w enumeratywnie wymienionych tam sytuacjach. Jednakże na mocy art. 194 ust. 2 u.o. kar z art. 194 ust. 1 i 4 u.o. nie nakłada się, jeżeli za konkretny delikt administracyjny może być ustalona opłata podwyższona z art. 293 p.o.ś. Innymi słowy, w sytuacji, gdy jeden czyn wypełnia znamiona deliktu administracyjnego (art. 194 ust. 1 i 4 u.o.) i jednocześnie daje podstawy do wymierzenia opłaty art. 293 p.o.ś., to ustawodawca daje pierwszeństwo tej ostatniej. W takiej sytuacji podmiot korzystający ze środowiska sam ustala wysokość opłaty i płaci ją na rachunek właściwego urzędu marszałkowskiego (art. 284 p.o.ś.). Jeżeli zaś tego nie zrobi oraz nie przedłoży w ustawowym terminie wykazu danych niezbędnych do obliczenia tej opłaty, to marszałek województwa wymierzy w drodze decyzji opłatę (art. 288 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 286 p.o.ś.).

Opisany mechanizm nie odnosi się jednak do deliktu gospodarowaniu odpadami w sposób niezgodny z zezwoleniem (art. 194 ust. 5 u.o.). Reguła kolizyjna z art. 194 ust. 2 u.o. dająca pierwszeństwo opłatom dodatkowym z art. 293 p.o.ś. nie ma zastosowania do gospodarowania odpadami w sposób niezgodny z zezwoleniem. Może przy tym zdarzyć się tak, że posiadacz odpadów będzie nimi gospodarował sprzecznie z zezwoleniem (art. 194 ust. 5 u.o.) i jednocześnie będzie je składował w miejscu na ten cel nieprzeznaczonym (art. 293 ust. 3 p.o.ś.). Powstaje zatem pytanie, czy w takiej sytuacji dojdzie do kumulacji kary administracyjnej z opłatą dodatkową, czy eliminacji lub zaliczenia jednej z nich w poczet drugiej. Aby udzielić odpowiedzi, w pierwszej kolejności należy ustalić charakter opłaty dodatkowej wymierzanej przez marszałka województwa. W najnowszym orzecznictwie europejskim przyjmuje się, że wymierzenie dodatkowej opłaty w postępowaniu administracyjnym należy kwalifikować jako sankcję o charakterze karnym³². Podobnie w orzecznictwie polskich sądów administracyjnych uznawano, że opłata podwyższona za zanieczyszczenie powietrza jest sankcją o charakterze represyjnym, zbliżoną do kary³³, zatem opłata dodatkowa z art. 293 w zw. z art. 288 p.o.ś.

³² Wyrok ETPCz z 27.11.2014, *Lucky Dev v. Szwecji*, skarga nr 73356/10, pkt 51.

³³ Uchwała NSA z dnia 21.12.1998 r., OPS 13/98.

ma charakter kary administracyjnej³⁴. Dlatego zastosowanie może znaleźć przepis art. 189f § 1 ust. 2 kpa, który stanowi, że organ obligatoryjnie odstępuje od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestaje na pouczeniu, jeżeli za to samo zachowanie ostateczną decyzją na stronę została uprzednio nałożona administracyjna kara pieniężna przez inny uprawniony organ administracji publicznej. W ten sposób dochodzi o koordynacji sankcji i uniknięcia naruszenia zasady *ne bis in idem*.

Uwagi końcowe

Na pierwszy rzut oka z przytoczonych przepisów wynika chaos prawny. Jednak z tych regulacji można wyprowadzić określone reguły kolizyjne, które mogą uporządkować postępowanie w przypadku sprzecznych z prawem składowisk odpadów. W takiej sytuacji w pierwszej kolejności należy zbadać, czy zachodzi konieczność niezwłocznego usunięcia odpadów zagrażających życiu lub zdrowiu bądź środowisku. Jeżeli tak, to właściwe będzie nadzwyczajne postępowanie z art. 26a u.o. Jeżeli nie zachodzi stan zagrożenia dla ludzi lub środowiska lub wprawdzie on występuje, ale jednocześnie spełnione są przesłanki negatywne, o których mowa w art. 26a ust. 11 u.o., w szczególności odpady są składowane na eksploatowanym lub zamkniętym składowisku odpadów, to postępowania z art. 26a u.o. nie wszczyna się, a wszczęte umarza i należy przejść do kolejnej reguły kolizyjnej. W takiej sytuacji w drugiej kolejności należy ustalić, czy posiadacz odpadów legitymuje się aktualnym i ważnym zezwoleniem wydanym w trybie art. 41 u.o. Jeżeli tak, to należy wszcząć postępowanie w przedmiocie jego cofnięcia, o ile spełniona jest co najmniej jedna z przesłanek ku temu. W trzeciej kolejności, jeżeli posiadacz nie legitymuje się takim dokumentem trzeba ustalić, czy zezwolenie wcześniej zostało cofnięte, a jeżeli tak, to trzeba wszcząć egzekucje obowiązków wynikających z mocy art. 47 u.o. W ostatniej kolejności, jeżeli posiadacz odpadów nigdy nie posiadał zezwolenia z art. 41 u.o. i gromadzi odpady w miejscu do tego nieprzeznaczonym, to należy przeprowadzić postępowanie w trybie art. 26 u.o. Opisana gradacja pozwoli uniknąć sporów o właściwość lub kompetencyjnych.

Jednakże wciąż nierozwiązany przez ustawodawcę problemem jest finansowanie wykonania zastępczego usunięcia odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania lub magazynowania. Dlatego też zasadniczym postulatem *de lege ferenda* jest konieczność przyjęcia takich regulacji, które zabezpieczą wykonanie zastępcze, a tym samym zagwarantują realną ochronę środowiska. Z przeprowadzonych badań można wyprowadzić także postulat uszczelnienia systemu zwalczania nielegalnych składowisk odpadów, szczególnie wówczas, gdy odpady zagrażają

³⁴ Zob. K. Kwaśnicka, *Odpowiedzialność administracyjna w prawie ochrony środowiska*, Lex [dostęp: 30.06.2021].

życiu lub zdrowiu ludzi bądź środowisku. W aktualnym stanie prawnym w takiej sytuacji organ nie będzie mógł skorzystać z nadzwyczajnego środka z art. 26a u.o., o ile takie odpady są składowane na eksploatowanym składowisku. Należy więc zmodyfikować ten środek w taki sposób, aby organ mógł go niezwłocznie zastosować w sytuacji, gdy odpady stanowiące zagrożenie dla ludzi i środowiska są składowane na eksploatowanym składowisku.

Literatura

- Gruszecki K., *Odpowiedzialność administracyjna za odpady. Glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 15.06.2004 r. (IV SA 2710/03)*, „Prawo Gospodarcze w Orzecznictwie i Komentarzach” 2005.
- Górski M., *Komentarz do art. 30*, [w:] *Ustawa o odpadach. Komentarz*, red. J. Jerzemański, LEX.
- K. Korkowska-Krokos, *Zezwolenie i pozwolenie na prowadzenie gospodarki odpadami*, [w:] *Prawo o odpadach. Wybrane problemy*, red. B. Rakoczy, Warszawa 2019.
- Korzeniowski P., *Model prawny systemu gospodarki odpadami. Studium administracyjno-prawne*, Łódź 2014.
- Krzyżanowska M.G., *Wykonywanie obowiązku usunięcia odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania lub magazynowania*, [w:] *Prawo o odpadach. Wybrane problemy*, red. B. Rakoczy, Warszawa 2019.
- Kunicki A., [w:] *System Prawa Cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, red. J. Ignatowicz, t. II, Wrocław 1977.
- Kwaśnicka K., *Odpowiedzialność administracyjna w prawie ochrony środowiska*, LEX.
- Prus Ł., *Wielopostaciowość postępowań związanych z niezgodnym z prawem składowaniem lub magazynowaniem odpadów*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2018.
- Radecki W., *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Rakoczy B., *Właściwość organów w sprawach o nakazanie usunięcia odpadów z miejsca nieprzeznaczonego do ich składowania lub magazynowania*, „Przegląd prawa ochrony środowiska” 2016, nr 4.

Andra Puran

University of Pitesti, Romania
ORCID 0000-0002-8773-1548
andradascalu@yahoo.com

Brief Considerations On The Fundamental Right To Vote In Romania

Keywords: rights and fundamental freedoms, human rights, right to vote

Summary. The rights and fundamental freedoms of humans and citizens are a constitutional reality, with deep implications in the existence of every person, in his relations with the state. It also represents an existential reality of every person, of the society as an ensemble and a dimension of democracy. A category of the rights and fundamental freedoms is represented by the exclusively political rights. These fundamental rights refer only to Romanian citizens and have as object the participation of citizens in the management of the state and in governance. The Romanian Constitution refers to two of them (the right to vote and the right to be elected), which represent human rights, essence of constitutionality and proclaimed by the first documents with constitutional value, but also to a third right, newly inserted by the revision of 2003: the right to choose and be elected in the European Parliament. These are the means by which the people, as owner of the sovereignty, participates in the exercise of power in the state.

Przyczynek do rozważań na temat czynnego prawa wyborczego w Rumunii

Słowa kluczowe: prawa i podstawowe wolności, prawa człowieka, prawo do głosowania

Streszczenie. Prawa i podstawowe wolności człowieka i obywatela są rzeczywistością konstytucyjną, mającą głębokie implikacje w egzystencji każdego człowieka, w jego relacjach z państwem. Reprezentuje również egzystencjalną rzeczywistość każdego człowieka, społeczeństwa jako zespołu i wymiar demokracji. Kategorię praw i podstawowych wolności reprezentują wyłącznie prawa polityczne. Te prawa podstawowe odnoszą się wyłącznie do obywateli rumuńskich i mają na celu udział obywateli w zarządzaniu państwem i sprawowaniu rządów. Konstytucja rumuńska odwołuje się do dwóch z nich (prawo do głosowania i prawo do bycia wybranym), które reprezentują prawa człowieka, istotę konstytucyjności i są ogłoszone przez pierwsze dokumenty o wartości konstytucyjnej, ale także do trzeciego prawa, nowo wprowadzonego przez zmianę konstytucji z 2003 r.: prawo do wyboru i bycia wybranym w Parlamencie Europejskim. W ten sposób naród, jako suweren, uczestniczy w sprawowaniu władzy w państwie.

Introduction

The Romanian Constitution employs in article 36 the term the right to vote, but other constitutions employ the term the right to choose. However, there are certain differences between the two concepts. Thus, the term choose is used when members of public bodies are elected, and the term vote is used when citizens decide for or against a rule or decision. One can, therefore, conclude the terms voting and referendum are synonymous.

The right to vote is an exclusively political right because it is used in order to allow the participation in governance of the people through the elected representatives, and second of all, this right belongs exclusively, in accordance with the Constitution, to Romanian citizens fulfilling the legal requirements. The right to vote is a complex electoral right, because it is both stated by the constitutional provisions, as well as by certain special laws, thus comprising in its content both constitutional elements, as well as the elements established by normative acts with legal force inferior to the Constitution¹.

According to academic literature in the field “the right to vote is the acknowledged rights, in accordance with legal provisions of the citizens of a state to express freely, directly or indirectly their electoral option for a particular political party or for a candidate proposed by a political group or an independent candidate”².

The Romanian Constitution states the right to vote, as any right recognized to Romanian citizens, in tight corroboration with the international treaties and covenants to which Romania is part, thus complying with the supremacy of the international provisions and the principle stated by Art 20 of the fundamental law. In this meaning, it is stated that “the constitutional provisions concerning the citizens’ rights and liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration of Human Rights, with the covenants and other treaties Romania is a party to. Where any inconsistencies exist between the covenants and treaties on the fundamental human rights Romania is a party to, and the national laws, the international regulations shall take precedence”.

The fundamental law adds to the recognition of this right and provisions regarding its exercise in concrete terms, thus taking into account the categorization of the right to vote as an exclusively political fundamental right.

To exercise the right to vote, the Romanian Constitution establishes in article 36 certain requirements which must be met by citizens who wish to exercise this right.

¹ M. Andreescu, A. Puran, *Drept constituțional. Teoria generală și instituții constituționale. Jurisprudență constituțională*, 3rd Edition, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest 2018, p. 293.

² C. Gilia, *Sistemeși proceduri electorale*, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2007, p.29.

Therefore, according to the provisions of Art36 of the Romanian Constitution³, the right to vote is limited to citizens who have turned eighteen up to or on the election day and have a Romanian citizenship, irrespective of the place where they reside, with the exception of the mentally deficient or alienated persons, laid under interdiction, as well as the persons disenfranchised by a final decision of the court.

In Romania, the right to vote, including the right to consultation by referendum belongs not just to Romanian citizens domiciling within the country, but also to Romanian citizens residing abroad. This fact results from Art 23 of the Law No 208/2015, which states that “polling stations for the voters domiciled or residing abroad shall be set up with the diplomatic missions and consular offices, consular sections, if they operate in different locations and with the cultural institutes abroad. Polling stations can also be set up in other locations than at the premises of the diplomatic missions or consular offices, with the assent of the authorities in the respective country”. In the same sense, Law no. 3/2000 on the law on the organization and conduct of the referendum but also Law no. 370/2004 regarding the election of the President of Romania are pronounced.

All persons fulfilling the legal conditions to vote represent the electoral body.

The presentation of the seat of the matter and of the content of the right to vote allows to emphasize its importance in the set of fundamental rights and freedoms recognized to the Romanian citizens. If the people hold the power, then the right to vote grants power to the citizen. The power to decide who and when will exercise state functions; the power to sanction the mistakes of its elected officials and to propel to government a certain political party whose doctrine should reflect its aspirations.

Closely related to the right to vote is the electoral system used for the distribution of mandates obtained by each political formation or candidate as a result of the vote exercised by citizens. The electoral system shall provide equal opportunities for citizens to influence the policy promoted by the government. If until 2008, Romania had an electoral system based on list voting, after this moment, the electoral laws changed, moving to uninominal voting, each of the two systems presenting both advantages and disadvantages. What is certain is that the electoral system must provide the citizen with the right to vote the possibility to participate in the government through its representatives or by referendum⁴.

³ Art. 36 of the Romanian Constitution: “(1) Every citizen having turned eighteen up to or on the election day shall have the right to vote. (2) The mentally deficient or alienated persons laid under interdiction, as well as the persons disenfranchised by a final decision of the court cannot vote”.

⁴ For developments on the referendum, see R. Dumitru (Duminică), *Rezultatele referendumului din 2009 – fundament al unei viitoare revizuirii a Constituției?* (*The results of the 2009 referendum – the basis for a future revision of the Constitution?*), [in:] „Revista de Științe Juridice” (Journal of Juridical

1. The features of the right to vote

As in the case of any fundamental right, the right to vote has certain characteristics. These are borne out of both Constitutional provisions as well as of those of the special laws in the field. Therefore, the features of voting in Romania are the following⁵:

A) The universality of the vote

The universal character of the vote does not automatically imply the acknowledgment of the right to vote of all Romanian citizens from birth, as this right, as already mentioned does not belong in the category of natural rights. In what regards this right, it is universal when it is granted to all citizens, beyond the legal imposition of certain minimal requirements, objective and justified, which may refer to age, citizenship, nationality or the exercise of civil and citizenship rights. In this respect, the Romanian Constitution excludes from exercising this right, stateless individuals, minors, people who are either incapable or do not have the moral ability to vote, being disenfranchised from exercising electoral rights as a result of a final sentence of the court.

It should be noted that persons arrested on remand are not excluded from the exercise of the right to vote, because they do not have a court conviction for committing an offence that could lead to the loss of electoral rights. Moreover, it is well known that, according to the constitutional provisions, these persons enjoy the presumption of innocence.

The universality, as a feature of the right to vote, has undergone a specific evolution, systematized in three stages, namely⁶:

- the masculine universal vote;
- women's access to electorate;
- decrease of the minimum age.

It is thus noticed that in certain epochs, the constitutional and electoral regulations provided unjustified incapacities on criteria that could be considered true violations of the principle of non-discrimination and universal suffrage, such as: exclusion of women from voting (in Romania this exclusion is eliminated in 1923) or of persons who did not have a certain wealth or a certain social status or did not have a certain degree of professional training (Constitution of 1938). These inca-

Sciences), no. 1/2011, „Referendumul și democrația” (Referendum and democracy), Universul Juridic Publ.-house, Bucharest, pp. 119-131.

⁵ See also A. Puran, A. Drăghici, *Drept electoral*, University of Pitești Press, Pitești 2016, pp. 24-27

⁶ .I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, 12th Edition, 2nd Volume, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest 2006, p. 90.

pacities could not be justified by any argument, as they were rightly considered to be true limitations on the exercise of civil rights and freedoms.

B) The equality of the vote

The Constitution introduces a second characteristic of the right to vote, namely the equality of the vote, establishing in art. 4 and art. 16, in accordance with international regulations, the principle of full equality among citizens without any discrimination on account of race, nationality, ethnic origin, language, religion, sex, opinion, political adherence, property or social origin. The equality of the vote reveals two important dimensions: on one hand the fact that a citizen cannot possess more than one vote for the election of the same public body and on the other hand the fact that polling stations are divided proportionally among the number of inhabitants. For the electoral circumscriptions to be proportional with the number of population and to reflect the demographic evolution of a society, a deep analysis in this meaning it is necessary and the performance of a correct census. Equality of the vote implies the elimination of certain procedures meant to alter this feature, such as: electoral geography⁷, multiple voting⁸, first election, electoral colleges, plural voting. The equality of vote thus implies that it is forbidden for a citizen to vote more than once for the designation of the same state authority and it is also forbidden to put more than one ballot paper for each public authority in the ballot box. Moreover, these actions are considered to be crimes and are punished as such.

C) The direct character of the vot.

Romanian citizens express in a direct and personal manner and not through intermediaries or representatives their option regarding the proposed candidates or the bill put forth in the referendum. As the vote reflects and individual's opinion and thinking, receiving, therefore a personal character, it cannot be exercised through a representative.

There is also indirect voting, which means that more voters appoint more representatives who, in turn, will elect a public authority. For instance, the G.E.O No 57/2019 regarding the Administrative Code⁹ states in Art 129 Para 3 as one of the attributions of the local council, the election, by secret voting with

⁷ Electoral geography is the process of establishing unequal constituencies as the number of inhabitants for the election of the same state body. It is a procedure used to disadvantage cities where there are opponents of the ruling party or parties. In this meaning, I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 91.

⁸ It was also used in our country, when according to the Constitution of 1923, a university professor is given up to 4-5 votes.

⁹ Published in the "Official Gazette of Romania" No 555/5 July 2019, with subsequent modifications and amendments.

absolute majority, of the deputy-mayor(s) among the local counselors, at the proposal of the mayor or of the local counselors. The vote cannot be exercised by proxy even in the case of the election of the President of Romania, even if in this case the expression of the vote is not conditioned by a certain electoral constituency. In this case, citizens can go to the polls directly by voting on special electoral lists, if they are not at home. The same will apply to persons in hospital or detention who are serving a sentence that does not result in an electoral incapacity.

D) **The secret feature of the vote** expresses the possibility of the citizens to freely manifest their will, without this manifestation to be known to others. Also, it represents an important guarantee of the fairness for the election of representatives, but also a fundamental aspect of a democratic and social rule of law.

In order to ensure the secrecy of voting, the electoral law states a series of guarantees, such as: the absence of distinctive marks, reason for which the ballot paper shall be marked with only the absolutely necessary symbols; equipping polling stations with booths that allow the confidentiality of the vote cast and where only one person can enter. Thus, Law No 208/2015 states that “the presence of any person other than the voter inside the polling booth is forbidden”¹⁰. Opposed to the secret vote is the public vote which has the disadvantage that the voters may very easily be influenced to vote with a certain candidate aiming to occupy a certain place.

E) **The freely expressed vote** refers to the ability of the citizen to take part or not in elections, and in the first situation to ensure his consent is not vitiated, so that he is forced to vote differently from how he wanted to. In Romania, voting is not compulsory, therefore any type of coercion exercised over the citizen to force him to exercise his right to participate in voting is a vitiation of his consent.

Law No 208/2015 states as guarantee of the prevention of constraints which may be exercised against a voter’s consent the fact that “besides the members of the electoral bureau of the polling station, the candidates, the delegates and accredited observers, no other person may dwell in the public places in the voting room or inside the voting premises for a period of time longer than the time needed to vote”. Also, the same law states that “the voter who, for well-founded reasons, ascertained by the president of the electoral bureau of the polling station, cannot vote on his/her own shall be entitled to call an attendant of his/her choosing, to help him/her in the polling booth”. It is a guarantee justified by the fact that the

¹⁰ Art 85 Para 7 of the Law No 208/2015 on the election of the Senate and the Chamber of Deputies, as well as on the organization and functioning of the Permanent Electoral Authority, published in the “Official Gazette of Romania”, No 553/2015.

members of the polling station are representatives of a political party, thus being able to influence the voter's option. There are also states in Europe where voting is mandatory, which is determined by the introduction of this citizen action in the category of legal obligations. Although a compulsory vote increases the responsibility of citizens, it would not comply with the principles of a democratic state. In most European states, the exercise of the right to vote is considered a civic duty, the law not regulating sanctions for non-compliance.

2. Brief considerations on the postal vote

One of the alternatives which could be promoted in order to combat the electoral absenteeism is the electronic vote (e-voting), namely the remote vote. Another alternative is the postal vote. The two ways differ by the action by which they are exercised. The first one refers to the use of electronic technology, while the second one implies the use of postal services.

Regarding the postal vote, it has been relatively recently stated in Romania by Law No 288/2015 on the postal vote, as well as the modification and amendment of the Law No 208/2015 on the election of the Senate and the Chamber of Deputies, as well as on the organization and functioning of the Permanent Electoral Authority and used for the first time during the parliamentary elections in December 2016. Art 1 of the Law No 288/2015 states the "exercise of the right to vote by post during the elections for Senate and Chamber of Deputies and for the President of Romania". So, this method of voting can be used only for this type of elections and only by Romanian citizens with the right to vote, having their domicile or residence abroad, according to the law [according to the definition given to the notion of "voter" by Art 2 Let a)].

The voter domiciling or residing abroad, wishing to perform their right to postal vote during the general elections for Senate and the Chamber of Deputies, shall register in the Electoral Register opting for postal vote based on a written, dated and signed request, submitted in person or sent by post, including by e-mail, to the diplomatic mission or consular office in the state of domicile or residence, to which is attached a copy of the passport mentioning the state of domicile, in the case of Romanian citizens domiciled abroad, respectively a copy of the ID card and a copy of the document proving the right of residence, issued by the foreign authorities, in the case of Romanian citizens residing abroad.

The voter choosing this option to vote shall no longer be listed on the permanent lists issued for this suffrage.

The documents necessary to exercise the right to postal vote which shall be sent to the voter, in accordance with Art 10 of the Law No 288/2015 are:

- a) an outer envelope provided with security elements to ensure its sealing, in which the inner envelope and the voter certificate will be inserted;
- b) an inner envelope provided with security elements to ensure its sealing, in which the voting option or options will be introduced, as the case may be. The inner envelope will contain a sticker with the words “VOTED”, provided with security elements established by Government decision. The voter sticks the sticker on his option from the ballot paper to be provided by mail;
- c) the voter’s certificate;
- d) instructions on the exercise of the right to vote, indicating also the term in which the voter must submit in the mailbox or at the post office the documents necessary to validate the vote, so that they are delivered to the competent electoral bureau, within the term provided by law;
- e) the ballot paper.

The National Company “Romanian Post” S.A. (Poșta Română S.A.) ensure that these documents are sent to voters no later than 30 days before the election date.

The voter shall fill in the documents and mail them so that they will reach the electoral bureau for postal voting with maximum 3 days before the date of the elections. On the day of the elections, after 9 pm, the electoral bureau for voting by mail unseals the ballot boxes one by one and unseals the inner envelopes and validates the votes that meet the legal conditions.

According to the Permanent Electoral Authority, for the parliamentary elections held in December 2016 “over 9.000 Romanians from 2.209 localities worldwide registered in the Electoral Register. For instance, Australia, with requests for postal voting from 76 localities, the United States with 99 localities or Canada with 68 localities. Citizens from European countries, but also from South Africa, South Korea, Tunisia, Mali, New Zealand, Vietnam, Cuba or China have applied for registration in the Electoral Register”.

During the presidential elections in 2019, according to <https://prezenta.bec.ro/>, 17.503 citizens voted by post.

As a conclusion, although the right to vote is a fundamental right, Romanians exercise it in smaller and smaller numbers. For instance, during the presidential elections held after the 1989 Revolution, it is noted a continuous decrease of the number of voters. Thus, the presence was of 86,19% in 1990, in 1992 – 76,29% (1st tour), 73,23% (2nd tour), in 1996 – 76,1 % (1st tour), 75,90% (2nd tour), in 2000 – 65,31% (1st tour), 57,50% (2nd tour), in 2004 – 58,51% (1st tour), 55,21% (2nd tour), in 2009 – 54,37% (1st tour), 58,02% (2nd tour), in 2014 – 53,18% (1st tour), 64,11% (2nd tour) and in 2019 – 47,66% (1st tour), 49,87 % (2nd tour)¹¹.

¹¹ <https://prezenta.bec.ro/prezidentiale> [access: 10.08.2020].

Thus, the rulers should think of optimal legislative solutions to reduce absenteeism.

References

- Andreescu M., Puran A., *Drept constituțional. Teoria general și instituții constituționale. Jurisprudență constituțională* [Constitutional Law. General theory of state. Constitutional jurisprudence], 3rd Edition, C.H. Beck Publ.-house, Buchares, 2018.
- Dumitru (Duminică) R., *Rezultatele referendumului din 2009 – fundament al unei viitoare revizuirii a Constituției?* [The results of the 2009 referendum – the basis for a future revision of the Constitution?], [in: „Revista de Științe Juridice” [Journal of Juridical Sciences] no. 1/2011, „Referendumul și democrația” [Referendum and democracy], Universul Juridic Publ.-house Bucharest.
- Gilia C., *Sisteme și proceduri electorale* [Electoral systems and procedures], C.H. Beck Publ.-house, Buchares, 2007.
- Muraru I., Tănăsescu E.S., *Drept constituțional și instituții politice* [Constitutional law and political institutions], 12th Edition, 2nd Volume, C.H. Beck Publ.-house, Buchares, 2006
- Puran A., Drăghici A., *Drept electoral* [Electoral law], University of Pitești Press, Piteșt, 2016, <https://prezentia.bec.ro/prezidentiale>.

Michal Smejkal

Masaryk University, Brno, Czech Republic

ORCID 0000-0002-1136-8607

Michal.Smejkal@law.muni.cz

Jan Horecký

Masaryk University, Brno, Czech Republic

ORCID 0000-0001-8933-6624

Jan.Horecky@law.muni.cz

Specifics of business trips (official journeys) under Czech legislation

Keywords: Business trip, employment, public service employment autonomy of will, protective function of labour law

Summary. In the submitted article, the authors deal with the Czech legal regulation of business trips (official journeys). The authors focus on the legal regulation of business trips of employees whose employment relationships are governed by the Czech Labour Code, as well as on official journeys of persons in a civil service employment, such as civil servants, members of the security forces and professional soldiers. In the article, in addition to the conditions under which these persons may be instructed to go on a business trip, the authors also examine the extent to which the protective function of labour law affects various categories of persons.

Specyfika podróży służbowych w ustawodawstwie czeskim

Słowa kluczowe: podróż służbowa, zatrudnienie, zatrudnienie w służbie publicznej, autonomia woli, funkcja ochronna prawa pracy

Streszczenie. W niniejszym artykule autorzy zajmują się czeską regulacją prawną podróży służbowych. Autorzy koncentrują się na prawnej regulacji podróży służbowych pracowników, których stosunki pracy reguluje czeski kodeks pracy, a także na podróżach służbowych osób zatrudnionych w służbie cywilnej, takich jak urzędnicy, członkowie służb bezpieczeństwa i żołnierze zawodowi. W artykule, oprócz warunków, na jakich można skierować te osoby w podróż służbową, autorzy badają również, w jakim stopniu funkcja ochronna prawa pracy dotyczy różnych kategorii osób.

Introduction

The performance of dependent work usually takes place within certain boundaries that are set in matter, place and time. These boundaries are set by the parties to the employment contract as a part of such contract by agreeing on the type of work and its breadth (material limitation), the place or places of work performance (local or territorial limitation) and finally the date of commencement of employment (time limitation). Outside these limits, the employer can only use the employee's

workforce to a limited extent. The aim of this article is to analyze aforesaid limits as well as the specifics of business trips carried out in the regime of the Labour Code. At the same time, business trips held in the regime of other Czech legal regulations will not be left out of interest.

1. Business trip

In certain cases, the employer may have the employee's workforce available even outside the limits set by the provisions in the employment contract containing its essential requirements. In particular, an agreement may be reached to change the content of the work commitment, and this bilateral legal action may be used by the parties to define the type of work or place(s) of work performance. Except for this case, when both parties show their will to change the content of the agreed obligation, the employee must perform work of a different type or in a different place than agreed in the employment contract, only in the cases specified in the Labour Code¹.

In practice, it is quite common for an employer to need an employee to perform work tasks in a different place from where he normally performs his work. If the employer needs the employee to perform such tasks in a place other than the one agreed in the employment contract, the employee must be instructed to go on a business trip.

The business trip represents one of the standardized main changes in the employment relationship foreseen by the Labour Code. Based on Section 38 (2) of the Labour Code can be concluded that it is of no importance whether the employment relationship is established by an employment contract or appointment. Provisions regulating business trips shall apply also in the case of employees who work for the employer based on one of the agreements on work outside the employment relationship (provision of Section 77 (2) of the Labour Code *a contrario*).

By instructing the employee to go on a business trip, the content of the particular contractual obligation changes, specifically in the agreement on the place of work. The mentioned fact can be understood as the first defining feature of the business trip. The other two can be considered its limitation in time (necessary period of time) and the agreement between the parties, i.e. employer and the employee.

¹ See Section 40 (2) of the Act No. 262/2006 Coll., Labour Code, as amended (here and after referred to as the "Labour Code").

2. Travel outside the place agreed in the employment contract and reimbursement of travel expenses

A business trip is to be seen as a limited period of time for which the employer instructs his employee to work away from his agreed place of work performance². Thus, by instructing the employee to go on a business trip, the employer expands the scope of his dispositional authority and at the same time the employee's obligation to fulfill work orders and work tasks even outside the agreed place of work performance which was agreed between the parties in the employment contract³. The business trip is thus tied exclusively to the agreed place of work performance, in other words there can be no business trip within the agreed place of work performance. As mentioned above, place of work performance can be arranged relatively narrowly (e. g. a specific address) or relatively broadly (e. g. the territory of a region, several regions or, for example, the territory of the entire Czech Republic). **The width of the agreed place of work performance thus determines the width of the territorial scope of the employer's dispositional authority**⁴.

During a business trip, employees incur expenses (for accommodation, fares, etc.) that they would not incur had they not been instructed to go on a business trip. The employer is obliged to reimburse these expenses to the employee (provide him with **reimbursement of travel expenses** or so-called "travel allowances"⁵), as it is inadmissible for the employee to bear the costs associated with a business trip because dependent work must be performed at the employer's expense⁶.

Reimbursement of travel expenses is then determined **by the duration of the business trip**, i. e. the time period from the moment determined for the start of the business trip to the moment which is determined as the end of the business trip. For the purposes of reimbursement of travel expenses, it is irrelevant ratio between the amount of time that the employee spends working during the business trip and the amount of time the employee spends resting. However, reimbursement of travel expenses is not only provided for business trips, but also if the employee

² See Section 42 (1) of the Labour Code.

³ J. Horecký, *Vysílání zaměstnanců na pracovní cesty*, <https://www.skolaprofi.cz/33/vysilani-zamestnancu-na-pracovni-cesty-uniqueidmRRWSbk196FNf8-jVUh4EjE7bmw5ZmxK9Pn-Ve3CP2772ZspOsA8wwA/> [access: 20.03.2020].

⁴ See J. Horecký, *Dispoziční pravomoc zaměstnavatele*. 1. Ed., Wolters Kluwer ČR, Praha 2018, p. 49-53.

⁵ See Section 152 et seq. of the Labour Code.

⁶ See Section 2 (2) of the Labour Code.

is instructed to travel outside the regular workplace⁷ and in other cases provided for in Section 155 of the Labour Code.

The legal regulation of reimbursement of travel expenses does not apply to employees who are active on the basis of one of the agreements on work performed outside the employment relationship [provisions of Section 77 (2) (i) of the Labour Code]. However, the mention fact does not mean that reimbursement of travel expenses can never be provided to these employees. The parties to such legal relationship established by one of the agreements on work performed outside the employment relationship can agree on the employee's right to reimbursement of travel expenses. However, the legislation⁸ provides that reimbursement of travel expenses to an employee who performs work on the basis of an agreement on work performed outside an employment relationship may only be granted where this right and the regular workplace have been agreed⁹.

3. Limitation in time (necessary period of time)

The period of time for which the employer can instruct the employee to go on a business trip is limited to **the necessary period of time**. Behind this vague legal concept can be hidden periods of time of various lengths, i. e. from a few minutes to several months. It always depends on the time and material demands of the work task that the employee has to fulfill at the place of posting.

Thus, it can be stated that a business trip is conceptually a **short-term change in the content of the employment relationship**, because after the end of the necessary need (i. e. after the job task for which the employee was sent on a business trip has been completed) the business trip ends¹⁰. To ensure the longer-term need to perform work outside the agreed place of work there is another legal institute, which is the institute of transfer to another place (relocation)¹¹.

⁷ Where a regular workplace has not been agreed in the employment contract for the purposes of reimbursement of travel expenses, the place of performance of work agreed in the employment contract shall be regarded as a regular workplace. Where the place of performance has been agreed more widely than by reference to one municipality, the municipality in which the employee's business trip mostly start shall be considered as the employee's regular workplace. For the purposes of reimbursement of travel expenses, the regular workplace may not be agreed more widely than by reference to one municipality (see Section 34a of the Labour Code).

⁸ Provision of Section 155 (1) of the Labour Code.

⁹ Where under an agreement to complete a job, the employee is to fulfill a working task in a locality (town, village) which is different from that where he has home address, this employee shall have the right to reimbursement of travel expenses provided that such reimbursement has been agreed, and this shall apply even if otherwise a regular workplace has not been agreed.

¹⁰ In a place designated by the employer.

¹¹ See Section 43 of the Labour Code.

4. Agreement between employer and employee

The employee can never instruct him or herself to go on a business trip, as this is the sovereign right of the employer and can be seen as manifestation of the organizational function of labour law. It is up to the employer to manage and organize the work process and to decide when it is necessary for the employee to perform work (or tasks) outside the agreed place(s) of work performance. The employee who is on a business trip performs his work according to instructions given by the manager who has instructed him to go on the business trip.

However, the employer must also take into account the second function of labour law, namely the protective function, which is reflected in the legal rule that the employer may instruct the employee to go on a business trip only on the basis of a **mutual agreement**, in other words with the employee's consent.

For the agreement of the parties (for the hereinbefore mentioned consent) **there is no prescribed form**, i.e. the parties can choose the form of this legal action which corresponds to the Section 559 of the Civil Code¹² which provides that everyone can choose any form for legal action¹³ if they are not limited in choice of form by agreement or law (which is not the case here).

The agreement between the parties can thus be written, oral or even tacit (the employee "submits" and executes the business trip without protesting). Should the parties stipulate the written form of this agreement, its content could be changed by legal action done in another form unless the agreement of the parties precluded it¹⁴.

An agreement on the possibility of instructing an employee to go on a business trip may be part of an employment contract (or may be part of another agreement) and may cover an unlimited number of future business trips (so-called "general consent"). In such a case, the employee has undertaken to perform these trips and a change *pro futuro* is possible only in the case of a change in such an arrangement which requires the consent of both parties. Therefore, if the employee has provided the employer with such general consent, he can no longer refuse to go on a business trip (if so instructed by the employer), as by concluding an agreement on the possibility of being sent on business trips the employee has extended the employer's dispositional power and the employer's instruction for the employee to go on

¹² Act No. 89/2012 Coll., Civil Code, as amended (hereinafter referred to as the "Civil Code").

¹³ There can be no doubt that this is a legal action, as it has legal consequences, which are expressed in it, as well as legal consequences resulting from the law, good morals, customs and established practice of the parties.

¹⁴ See Section 564 of the Civil Code.

a business trip has to be seen as a binding instruction which has to be carried out by the employee regardless of his expert opinion on it¹⁵.

Even in a situation where the above-described agreement exists between the parties, it is not possible to instruct an employee specified in the provision of Section 240 of the Labor Code to go on a business trip. The groups of employees protected by the said provision are as follow:

- pregnant employees,
- female employees and male employees taking care of children of up to the age of eight years,
- single¹⁶ female employee or a single male employee taking care of a child until the child reaches the age of 15 years,
- employee who proves that he or she, mostly on his or her own, takes long-term care of a person who is considered as a person being dependent on another individual's assistance and this dependency is classified by grade II (dependency of medium seriousness), grade III (serious dependency) or grade IV (full dependency).

The said provision has an even greater effect on the protective function of labour law, as these are groups of employees that can be seen as those playing a certain social role and being more socially vulnerable. After all, this regulation is also a reflection of the protection of these groups at the constitutional level¹⁷.

In the case of groups of employees referred to in Section 240 of the Labour Code, the legislation therefore requires the employer to agree with them on each specific business trip. The form for this special agreement (employee's consent) is not prescribed. The employee concerned may thus agree in writing, orally or tacitly.

If there is an agreement between the employee to whom the regulation of Section 240 of the Labour Code applies and the employer on the possibility of sending this employee on business trips (in other words the employee gave the employer "general consent" to his posting on business trips), at the moment of fulfilling the hypotheses of the norms stated in the provision of § 240 of the Labour Code, this obligation ("general consent") is suspended and the employer cannot use it. As soon as the situation referred to in the said provision ceases to exist, the

¹⁵ See Judgment of the Supreme Court of 18 March 2014, file no. 21 Cdo 1271/2013, or Judgment of the Supreme Court of 2 September 2015, file no. 21 Cdo 3840/2014.

¹⁶ "Single persons" shall mean unmarried, widowed or divorced women, single, widowed or divorced men, and also women and men who are single for other serious reasons provided that they do not live with a common-law husband or wife or with a same-sex partner [see Section 350 (1) of the Labour Code].

¹⁷ See in particular Articles 29 and 31 of the Czech Charter of Fundamental Rights and Freedoms.

obligation is automatically renewed (“general consent”) and the employer can use this contractual arrangement again.

For example, if a female employee, a mom of a 10-year-old child, divorces, the legal force of a divorce judgment in her case activates her protection guaranteed by the provision of Section 240 of the Labour Code. This protection will last until her child reaches the age of 15, starts living with a new partner, or until the day of a new marriage.

5. Distribution of working hours

The business trip usually carries with it the need for a different schedule of working hours. The employer must consider that the business trip consists of several time periods. The employee either

- performs work during working hours (the employee has scheduled working hours and performs work), or
- does not perform work during working hours as another fact prevents him from doing so (e. g. the employee travels to the destination at this time) and thus an obstacle to work on the part of the employer in the sense of Section 210 of the Labor Code is constituted¹⁸, or
- the employee rests (rest period means any period outside working hours).

In general, working hours are scheduled by the employer and may be changed only by the employer as well¹⁹. However, even if the employee is instructed to go on a business trip, the employer must not forget the rule contained in the provision of Section 84 of the Labour Code, namely the employer shall draw up a written weekly work schedule and inform his employee of the schedule or its alteration latest two weeks before the beginning of the period over which the working hours are distributed and where it concerns a working hours account, the employer should inform his employee of the schedule latest one week before the period concerned unless the employer and the employee have agreed on another time-limit with regard to providing this information.

Therefore, if the parties do not agree on another time-limit with regard to providing this information about the change of working hours, the employer must inform the employee of the working hours at least two weeks (one week where

¹⁸ Under the mentioned obstacle, the employee’s wage or salary is not reduced, but if the employee has lost his or her wage or salary as a result of the method of remuneration, he or she is entitled to compensation for the wage or salary equal to the average earnings.

¹⁹ Unless the schedule of working hours is embodied in bilateral legal action, such as an employment contract.

working hours accounts are used) in advance and in writing. Alternation of the employee's schedule due to a business trip constitutes no exception to the said rule.

6. Adolescent employees²⁰

The Czech legal regulation does not contain any different rules in relation to instructions of adolescent employees to go on business trips (they do not fall “under the protection” of the provision of Section 240 of the Labour Code, as mentioned above). Children and adolescents are considered specific risk groups under European Union law²¹ and measures must be taken with regard to their safety and health²². It is therefore logical that even on a business trip, the employer is obliged to observe the special rules that the legislation imposes on performance of dependent work by adolescents (juveniles). These rules aim mainly at protecting adolescent employees as their position in the labour market tends to be more vulnerable position.²³

The employer must therefore pay particular attention to ensuring that his adolescent employees on a business trip

- perform only work that is appropriate to their physical and mental development,
- do not work overtime (this is forbidden to adolescents under Czech law),
- do not carry out night work, or adolescent employees who are over 16 years of age may exceptionally carry out night work not exceeding one hour where this is necessary for their vocational training and such night work is done under the supervision of an employee who is over 18 years of age if this supervision is necessary for the sake of the adolescent employee concerned,
- do not perform work on individual days for more than 8 hours,
- perform work in all basic labour relationships in the sum of a maximum of 40 hours per week,
- have a continuous rest between shifts of at least 12 hours,
- have a continuous rest of at least 48 hours a week.

The above mentioned rules are in accordance with **Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work**. It can even be

²⁰ “Adolescent employees” (or “juvenile employees”) shall mean employees under 18 years of age [see Section 350 (2) of the Labour Code].

²¹ See preamble Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work.

²² See Article 15 of Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work.

²³ The right of minors to special protection in employment and to assistance in preparing for a profession is guaranteed in Article 29 (1) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms.

stated that the Czech legislation provides adolescent employees with an even greater level of protection than required by the said directive, as it does not allow employers to reduce adolescent workers' rest periods per week to less than 48 hours, although the directive allows for technical or organizational reasons to reduce the minimum rest for up to 36 consecutive hours²⁴.

7. Civil service employments

The above-examined regulation of the business trip is contained in the Labour Code and applies to the business trips of all employees who are affected by this regulation directly (e. g. salesmen, workers, managers, etc.) or in the alternative, i. e. on the principle of subsidiarity (e. g. local government officials, teachers, academics, prosecutors, etc). However, there are also groups of employees who are not affected by the regulation of business trips contained in the Labour Code, as their employment relationships are governed by a special legal norm. This category includes different types of civil service employment namely service employment of (1) public servants, (2) members of security forces, and (3) professional soldiers (therefore in the headline collectively referred to as "civil service employments"), which are often perceived as free-standing specific legal relationships in the performance of dependent work, which are comprehensively regulated by special legislation.²⁵

Firstly, official journeys²⁶ of **civil servants** whose civil service employment relationships are governed by Civil Service Act²⁷. In the mentioned act official journey is listed as one type of changes in the civil service employment²⁸. The mentioned list of changes in the civil service employment is exhaustive and cannot be extended even through the autonomy of the will of the parties. This is a manifestation of the public law method of regulating public service employment.

It also applies to official journeys²⁹ of civil servants that the instruction is given by the employer, respectively by the relevant superior (senior public servant). A civil servant travelling on an official journey executes the service upon orders of the senior public servant who requested the official journey. When a civil serv-

²⁴ See Article 10 (2) of Council Directive 94/33 / EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work.

²⁵ J. Horecký, P. Machálek, *Právní poměry při výkonu závislé práce ve veřejné správě*, 1. Ed., Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Brno 2017, p. 24.

²⁶ The first difference lies in the designation of such trip. Hereinafter we will refer to such trip as "official journey".

²⁷ Act No. 234/2014 Coll., On Civil Service, as amended (here and after referred to as the "Civil Service Act"). The Labour Code applies to the employment of civil servants on the principle of delegation.

²⁸ See Section 44 of the Civil Service Act.

²⁹ See Sections 45 and 46 of the Civil Service Act.

ant is instructed to go on an official journey, the place of departure, the place of destination and the place of termination of the business trip, the duration and the mode of transport and accommodation shall be determined; other business travel conditions may also be specified.

However, an essential difference compared to the regulation contained in the Labour Code is that a civil servant can be sent on an official journey even **without his consent**. This legal regulation corresponds to the concept of the supreme perception of the service body and the power decision of the service body towards a civil servant. A civil servant may lodge a complaint with the service authority against an instruction to go on an official journey, but this does not release him from the obligation to comply with the instruction on and carry out the official journey, even if the competent body has not decided on his complaint by the time the official journey begins. If he did not set out on the official journey or if he did not carry it out, his action may result in a disciplinary offense, which could lead to the initiation of disciplinary proceedings against a civil servant.

This rule does not apply to a pregnant civil servant and a male or female civil servant caring for a child under the age of 8, single male or female public servant caring for a child under the of 15 and also to a public servant who proves to be to the prime provider of long-term care for a person who is considered (pursuant to another law) is considered as a person being dependent on another individual's assistance and this dependency is classified by grade II (dependency of medium seriousness), grade III (serious dependency) or grade IV (full dependency)³⁰. The legislation stipulate that these civil servants give their prior consent to being sent on the official journey. It can be noted that this group of civil servants to whom a higher standard of protection applies is the same group of persons as mentioned in Section 240 of the Labour Code, and even here the protective function of labour law is increasingly manifested.

The Civil Service Act stipulates *expressis verbis*³¹ that when sent on an official journey, the health and personal condition of the civil servant and his family circumstances must be taken in consideration. This may at first sight appear to be a rule absent from the Labour Code. However, this is not the case, as under the Labour Code the employee can decide within the autonomy of will whether to agree to being sent on business trips or not. Likewise, the abovementioned rule can

³⁰ See Section 45 (3) of the Civil Service Act.

³¹ See Section 45 (2) of the Civil Service Act.

be deduced without major difficulties from other provisions of the Labour Code, such as Section 81 (2)³² or Section § 241 (1)³³.

Another group of official journeys are those of **members of the security forces**, with the security forces being the Police of the Czech Republic, the Fire and Rescue Service of the Czech Republic, the Customs Administration of the Czech Republic, the Prison Service of the Czech Republic, the General Inspectorate of Security Forces, the Security Information Service and the Office for Foreign Relations and Information (hereinafter referred to as “members of security forces” or “members”). The employment of members of security forces is governed mainly by the Act on the Employment of Members of the Security Forces³⁴, which in its Section 37 stipulates that a member of security forces may be sent on an official journey to perform the duties arising from his or her position to a place other than the place of service, which in the territory of the Czech Republic and determined by the territory of the municipality in which the member performs the service.

The Act on the Employment of Members of the Security Forces **does not require the consent** of the member of the security forces that is being sent on an official journey. Exceptions are provided only for pregnant members, members up to the end of the ninth month after childbirth, breastfeeding members, members and carers of a child under one year of age, or single male and female members caring for a child under 3 years of age. These members of the security forces may be sent on an official journey only with their prior consent³⁵. It can be observed that the law contains only the necessary restrictions on members (in order to maintain the equal status of men and women in employment, some restrictions also apply to male members) in the performance of service, especially in cases of pregnancy and maternity, partly also in childcare³⁶, and that the group of members covered by the enhanced protection in the form of the need for their consent to be sent on each individual official journey is narrower than the group of similarly protected employees under the Labour Code or Civil Service Act.

³² In distributing working hours (*even on a business trip*), the employer shall see to it that the distribution is not contrary to safe work and does not pose risks to health.

³³ In assigning employees to shifts, the employer shall also take into consideration the needs of female employees and male employees taking care of children. In our opinion, this rule must be interpreted extensively in the sense that the employer is obliged to take abovementioned fact into account when sending an employee on a business trip.

³⁴ Act No. 361/2003 Coll., On the employment of members of the security forces, as amended (hereinafter referred to as the “Act on the Employment of Members of the Security Forces”). The Labour Code applies to the employment of the employment of members of the security forces on the principle of delegation.

³⁵ See Section 85 of the Act on the Employment of Members of the Security Forces.

³⁶ Explanatory memorandum to the Act on the Employment of Members of the Security Forces, [in:] *ASPI* [legal information system], Wolters Kluwer ČR [access: 10.07.2020].

Finally, it is necessary to mention official journey carried out of **professional soldiers** (hereinafter also referred to as “soldiers”), whose service conditions are governed primarily by the Act on Professional Soldiers³⁷. An official journey is a change of service employment, which is defined as short-termed and is limited to a necessary period of time. The rules enacted in the Act on Professional Soldiers do not require a soldier’s to consent to the official journey. The law provides increased protection only for pregnant soldiers caring for a child under the age of 8, who can be sent on an official journey outside the basic period of service only with their consent, as Article 32 of the Czech Charter of Fundamental Rights and Freedoms stipulates that a pregnant woman is guaranteed special care, protection in employment and appropriate conditions. Increased protection in the form of this consent is limited to a minimum number of female soldiers, so that it does not constitute an obstacle to the recruitment of female soldiers for service and thus creates, as far as possible, equal conditions for soldiers of both sexes³⁸.

Summary

In the presented article we, using mainly the methods of critical analysis and horizontal comparison, introduced the most important rules under Czech legal regulation of business trips and official journeys. Employees whose employment is regulated by Czech Labour Code can be instructed to go on a business trip only if they express their consent to it. In this case, the autonomy of the will is applied relatively broadly, as it is entirely up to the employee whether he wants to perform work outside the agreed place of work. The protective function of labour law is fully reflected in the special categories of employees who play a certain social role and their sending on a business trip could limit the performance of this role. As for official journeys of persons who perform dependent work in a civil service employment relationship, the superior position of the employer (e. g. the state) and the nature of the work performed are clearly manifested. The nature of the work performed can be understood as a service for the benefit of society, and for this reason the scope for the exercise of autonomy of will narrows for the person working in the service. At the same time the protective function of labour law gives way to the organizational function and to the interest in the running of society.

³⁷ Act No. 221/1999 Coll., On Professional Soldiers, as amended (hereinafter referred to as the “Professional Soldiers Act”). The Labor Code applies to the employment of professional soldiers on the principle of delegation.

³⁸ Explanatory memorandum to the Act on Professional Soldiers, [in:] *ASPI* [legal information system]. Wolters Kluwer ČR [access:10.07.2020].

References

- Horecký J., *Dispoziční pravomoc zaměstnavatele*, 1. Ed., PWolters Kluwer ČR, Praha 2018.
- Horecký J., *Vysílání zaměstnanců na pracovní cesty*, <https://www.skolaprofi.cz/33/vysilani-zamestnan-cu-na-pracovni-cesty-uniqueidmRRWSbk196FNf8-jVUh4EjE7bmw5ZmxK9PnVe3CP2772Z-spOsA8wwA/> [access: 20.03.2020].
- Horecký J., Machálek P., *Právní poměry při výkonu závislé práce ve veřejné správě*, 1. Ed., Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Brno 2017

Klaudia Stelmaszyk-Borszowska

Uniwersytet Opolski

ORCID 0000-0002-4118-3929

kstelmaszyk@uni.opole.pl

Upoważnienie do dokonywania wydatków – problemy definicyjne w zakresie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Słowa kluczowe: wydatek publiczny, finanse publiczne, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, plan finansowy

Streszczenie. Jednym z podstawowych naruszeń podlegających odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia albo z przekroczeniem upoważnienia określonego w stosownych aktach planowania finansowego. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie zawiera jednak definicji pojęć, którymi posługuje się ustawodawca przy penalizacji czynów. Odsyła w tym zakresie do określeń w znaczeniu nadanym ustawą o finansach publicznych. Taki zabieg legislacyjny w odniesieniu do zakresu odesłania, jak również trudności wynikających z możliwości ustalenia znaczenia tych pojęć w ustawie o finansach publicznych powoduje określone skutki w postaci ograniczenia skuteczności norm sankcjonujących i konsekwencji braku odpowiedzialności za naruszenia w tym obszarze.

Authorization to make expenses - definition problems in the field of liability for breach of public finance discipline

Keywords: public expenditure, public finances, responsibility for violating public finance discipline, financial plan

Summary. One of the basic violations subject to liability for violating public finance discipline is expenditure from public funds without authorization or with exceeding the authorization specified in the relevant acts of financial planning. The act on liability for violating public finance discipline does not, however, define the terms used by the legislator in penalizing acts. In this regard, it refers to terms in the meaning given by the Public Finance Act.

Such a legislative procedure with regard to the scope of the reference as well as difficulties resulting from the possibility of determining the meaning of these terms in the Public Finance Act causes certain effects in the form of limiting the effectiveness of sanctioning norms and the consequences of non-liability for violations in this area.

Wprowadzenie

Warunkiem skuteczności norm prawnofinansowych jest czytelność i jednoznaczność konstruowanych przepisów w ramach szeroko pojętego systemu prawa mającego z założenia być systemem jednolitym. Skuteczność norm stanowi element

ogólnej skuteczności działania prawa z uwagi na cel, jakiemu ma ono służyć. W takim ujęciu rozpatrywana jest jako ocena następstw działania w stosunku do zakładanych celów. Skuteczność norm prawnych determinuje przy tym osiągnięcie założonego celu bezpośredniego określonej regulacji oraz akceptowalnych celów pośrednich¹. Istotną płaszczyzną, weryfikującą w zasadzie założenia celu wprowadzenia określonych regulacji przez ustawodawcę, jest weryfikacja uwzględniająca zdolności egzegetyczne adresatów norm i skutki, do jakich ona prowadzi. Zdolność ta jest niewątpliwie związana z wykształceniem, wiedzą, doświadczeniem w stosowaniu prawa, a zatem kompetencjami adresatów norm do odbioru komunikatu wskazanego przez ustawodawcę w przepisach prawnych, jak i skutek tego zdolnością do zrealizowania normy prawnej. Niewątpliwie jednak, w tym kontekście, wpływ na skuteczność prawa ma też budowa tekstu prawnego². Należy jednak zauważyć, że o ile płaszczyzna skuteczności norm sankcjonowanych wobec adresatów bezpośrednich jest oczywiście podstawową i pierwotną, o tyle w przypadku norm sprzężonych tożsamo należy potraktować płaszczyznę norm sankcjonujących, a zatem odnoszoną do adresatów realizujących normy sankcjonujące i weryfikujących w istocie skuteczność norm sankcjonowanych. To od wykładni przepisów dokonywanych przez organy stosujące prawo zależy w istocie treść prawa³.

Niewątpliwie określone uwagi wstępne mają znaczenie przy wzajemnej relacji, którą ustawodawca wiąże z konstrukcją norm sprzężonych w przepisach prawa finansowego: sankcjonowanych i sankcjonujących.

Przepisy prawa finansowego skorelowane są co do zasady z istniejącym systemem odpowiedzialności za brak zachowań zgodnych z treścią norm wyrażonych przez ustawodawcę w ustawie z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁴ oraz w innych ustawach wyznaczających prawne granice gromadzenia, organizowania i rozdysponowywania środków publicznych⁵. Regulacje zawierające normy sank-

¹ Zob.: P. Chmielnicki, *Jak rozumieć problem efektywności prawa?*, [w:] *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2014, s. 363-366; J.M. Salachna, *Odpowiedzialność w prawie finansowym*, [w:] *System prawa finansowego*, t. I: *Teoria i nauka prawa finansowego*, red. C. Kosikowski, Warszawa 2010, s. 411-412; J. Wróblewski, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985, s. 238-250; A. Kojder, *Ograniczenia skuteczności prawa*, [w:] *Skuteczność prawa*, red. T.Giaro, Warszawa 2010, s. 43-45.

² Wydaje się, iż postulaty zawarte w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 283) pozostają, niestety, często jedynie postulatami dobrego tworzenia prawa. Brak uwzględnienia systemowego podejścia do tworzenia prawa to podstawowy problem legislatorów.

³ Zob. szerzej M. Zieliński, *Wyznaczniki reguł wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny, Socjologiczny”, Rok LX, Zeszyt 3, 4/1998.

⁴ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305.

⁵ Np. ustawa z 27.04.2010 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1973 ze zm.); ustawa z 25.10.1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 194 z późn. zm.); ustawa z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.).

cjonujące zawiera m.in. ustawa z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁶. Odpowiedzialność sytuowana we wskazanej ustawie jest odpowiedzialnością osobistą, związaną z popełnieniem czynu penalizowanego w ustawie, opartą o możliwość przypisania winy sprawcy czynu⁷. To zatem regulacje określone w cyt. ustawie, stanowiące swoistego rodzaju zagrożenie, związane z naruszeniem ładu finansów publicznych określonych w innych niż wskazana ustawa przepisach, stanowią płaszczyznę weryfikacji zgodności działań lub zaniechań adresatów norm prawnofinansowych. Stąd istotne jest właściwe określenie pojęć, do których ustawodawca odwołuje się penalizując czyny.

W przedmiotowych rozważaniach analizie zostanie poddane określenie wydatku publicznego dla celów ustalenia zakresu objęcia normą sankcjonującą, wyrażoną w art. 11 uodnp, norm sankcjonowanych związanych z prawnymi podstawami dokonywania wydatku. Analiza w szczególności dotyczy problematyki funkcjonujących planów finansowych jednostek sektora finansów publicznych, które bezpośrednio (za wyjątkiem planu finansowego jednostki budżetowej) nie odnoszą się do planu wydatków, ale do planu/zestawienia kosztów działalności/funkcjonowania. Stąd też jej wyniki powinny doprowadzić do odpowiedzi na pytanie, czy zakres panalizacji z art. 11 uodnp obejmuje swoim zakresem również te rozdysponowania środków publicznych, które wynikają bądź też nie wynikają z upoważnień zawartych w planach przychodów i kosztów (np. planu przychodów i zestawienia kosztów samorządowego zakładu budżetowego, agencji wykonawczej czy też planu instytucji gospodarki budżetowej).

1. Wydatek w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

W ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ustawodawca, penalizując czyny stanowiące naruszenie dyscypliny finansów publicznych, odnosi się również do naruszeń związanych z wydatkowaniem środków publicznych. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 1 uodnp naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków⁸.

⁶ T.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 289; dalej: uodfp.

⁷ Zob. art. 19 uodfp.

⁸ Stosownie do art. 11 ust. 2 uodnp nie stanowi naruszenia dyscypliny finansów publicznych dokonanie wydatku ze środków publicznych na podstawie wiążącej umowy.

W ujęciu przedmiotowym wydatek zatem to rozdysponowanie, alokacja środków publicznych (z kasy lub rachunku bankowego)⁹. Z kolei w ujęciu podmiotowym o wydatku możemy mówić jako o podjęciu decyzji o wydatkowaniu środków, na określony cel i w określonej wysokości¹⁰.

Pojęcie wydatku nie zostało jednak we wskazanej ustawie zdefiniowane. Ustawodawca posłużył się techniką legislacyjną odesłania wskazując w art. 2 uondfp, że „określenia zawarte w dziale II: «finanse publiczne», «środki publiczne», «jednostka sektora finansów publicznych», «budżet», «plan finansowy», «wydatek», «dotacja», «rezerwa», «sprawozdanie z wykonania procesów gromadzenia środków publicznych i ich rozdysponowania» oraz «kontrola zarządcza» mają znaczenie nadane im w ustawie z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 869, z późn. zm.)”¹¹.

W tym kontekście zwrócić należy uwagę na określony przez ustawodawcę w przepisie zakres odesłania, odnoszący się do konieczności identyfikowania określenia wydatek poprzez „znaczenie nadane w ustawie o finansach publicznych”. Zakres odesłania jest nader szeroki. Ustawodawca nie odwołuje się bowiem do określonego pojęcia, grupy przepisów, rozdziału w rozumieniu struktury wewnętrznej aktu, ale do znaczenia, które zostało nadane w ustawie. Pozwala to na stwierdzenie, iż dopiero analiza wszystkich przepisów ustawy o finansach publicznych w pełni umożliwi określenie tego znaczenia. Ustalenie zakresu odesłania ma kluczową rolę dla identyfikacji naruszeń skutkujących odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Na podstawie art. 11 ust. 1 uondfp naruszenie wiązane jest przy tym z działaniem polegającym na dokonaniu wydatku ze środków publicznych:

- 1) bez upoważnienia określonego:
 - a) ustawą budżetową,
 - b) uchwałą budżetową,
 - c) planem finansowym;
- 2) z przekroczeniem zakresu upoważnienia określonego:
 - a) ustawą budżetową,

⁹ Zob. np. orzeczenia GKO: z 23.11.2017 r., BDF1.4800.66.2017; z 26.10.2016 r., BDF1.4800.103.2015; www.mf.gov.pl

¹⁰ Czynność związaną z dokonaniem dyspozycji wydatku należy przy tym odróżnić od czynności związanej z wykonaniem dyspozycji. Jak podkreślono w orzeczeniu GKO z 10.12.2009 r., BDF1/4900/55/55/RN-9/09/1955 „dysponowanie środkami publicznymi to zdecydowanie nie to samo, co «wykonywanie dyspozycji środkami pieniężnymi», którą należy rozumieć jako czynność następną po podjęciu decyzji i polegającą na dokonaniu wypłaty środków (przelew, wypłata gotówkowa) należnych wierzycielowi. Jest to w istocie czynność kasowa (techniczna) dokonana przez głównego księgowego na podstawie zatwierdzonego do wypłaty przez kierownika (inną osobę upoważnioną) dowodu księgowego”, Legalis nr 1445564. Zob. również orzeczenie GKO z 1.09.2014 r., BDF1/4900/35/40/14, Legalis nr 1360276.

¹¹ Ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305.); dalej: u.f.p.

- b) uchwałą budżetową ,
 - c) planem finansowym;
- 3) z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków.

Naruszenia określone w pkt. 1 i 2 mogą wiązać się przy tym z jednoczesnym działaniem określonym w pkt. 3 ustawy. Na powyższy wniosek wskazuje użycie przez ustawodawcę alternatywy łącznej „lub”. Pojęcie budżetu, planu finansowego zgodnie z wytycznymi z art. 2 uondfp należy również odnosić do znaczenia nadanego w ustawie o finansach publicznych.

Przepisy ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie odwołują się przy penalizacji czynów do planów finansowych, jak już wskazano, w ujęciu planu dochodów i wydatków czy też przychodów i kosztów. Jednak należy zwrócić uwagę, iż w art. 33 ust. 1a pkt. 1 uondfp, zawierającym dyrektywy wymiaru kary dla organu orzekającego w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ustawodawca wskazuje, że wymierzając karę za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wywołujące skutki finansowe, organ orzekający bierze pod uwagę również relację wysokości skutku finansowego do wysokości kwoty wydatków albo kosztów określonej w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych. Niewątpliwie zatem brak jest podstaw do twierdzenia na tym etapie, iż jednostki sektora finansów publicznych, które działają w oparciu o plany przychodów i kosztów wyłączone są z odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, skoro wymiar kary odnosić należy przedmiotowo również do tych planów finansowych. Skutki finansowe działania czy też zaniechania działania naganne w ujęciu ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych mogą dotyczyć większości czynów penalizowanych w tej ustawie.

2. Wydatek w znaczeniu nadanym w ustawie o finansach publicznych

Ustalenie znaczenia określenia „wydatku” poprzez ustawę o finansach publicznych wymaga w pierwszej kolejności ogólnego stwierdzenia, iż pojęcie wydatku ze środków publicznych nierozzerwalnie wiąże się z realizacją zadań publicznych. Wydatek publiczny jest pieniężnym wyrazem realizacji zadań publicznych.¹² Niewątpliwie wydatek publiczny wiązać należy z pewną aktywnością (procesem), wskutek któ-

¹² E. Chojna-Duch, *Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2012, s. 385; T. Dębowska-Romanowska, *Wydatki publiczne, ich formy oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System Prawa Finansowego, Tom II Prawo Finansowe Sektora Finansów Publicznych*, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010, s.113-137.

rej zgromadzone przez jednostki sektora finansów¹³ środki publiczne ulegają pomniejszeniu, rozdysponowaniu na określony cel publiczny. Wydatkowanie środków publicznych związane jest z podjęciem zasadniczo politycznej decyzji odnoszącej się w szczególności do:

- podjęcia decyzji o realizacji określonego zadania, a zatem zaplanowania określonych wydatków publicznych;
- wskazania wysokości środków finansowych przeznaczonych na realizację zadania;
- przyjęcia formy wydatkowania środków publicznych, o ile forma nie jest zastrzeżona dla określonego rodzaju wydatku;
- wskazania odbiorcy wydatkowanych środków publicznych.

Zgromadzone środki publiczne, których katalog wymieniono w art. 5 u.f.p.¹⁴ przeznacza się – stosownie do art. 6 u.f.p. – na wydatki publiczne oraz rozchody publiczne. Z uwagi na to, że ustawodawca enumeratywnie wskazuje, jaki „wypływ” (rozdysponowanie) z określonych zasobów (środków publicznych) stanowi rozchód publiczny (art. 6 ust. 2 u.f.p.), można stwierdzić, iż wydatkiem publicznym będzie takie rozdysponowanie środków publicznych, które nie jest rozchodem publicznym.¹⁵ Tym samym otrzymujemy w istocie negatywną definicję analizowanego po-

¹³ Katalog jednostek sektora finansów publicznych zawiera art. 9 u.f.p.

¹⁴ Zgodnie z art. 5 ust. 1 Środkami publicznymi są:

- „1) dochody publiczne;
- 2) środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielanej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA);
- 2a) środki, o których mowa w art. 3b ustawy z 6.12.2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. z 2019 r. poz. 1295 i 2020 oraz z 2020 r. poz. 1378 i 2327);
- 3) środki pochodzące ze źródeł zagranicznych niepodlegające zwrotowi, inne niż wymienione w pkt 2;
- 4) przychody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych jednostek sektora finansów publicznych pochodzące:
 - a) ze sprzedaży papierów wartościowych,
 - b) z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa oraz majątku jednostek samorządu terytorialnego,
 - c) ze spłat pożyczek i kredytów udzielonych ze środków publicznych,
 - d) z otrzymanych pożyczek i kredytów,
 - e) z innych operacji finansowych;
- 5) przychody jednostek sektora finansów publicznych pochodzące z prowadzonej przez nie działalności oraz pochodzące z innych źródeł”.

1a. Do przychodów budżetu państwa, o których mowa w ust. 1 pkt 4 lit. e, zalicza się także środki przekazane z rachunków depozytowych Ministra Finansów, o których mowa w art. 83a, na inne rachunki Ministra Finansów.

¹⁵ W znaczeniu ekonomicznym alokacja rozchodów będzie wydatkiem, ale w znaczeniu prawnym w kontekście uregulowań ustawy o finansach publicznych rozchody nie będą stanowiły wydatków publicznych.

jęcia.¹⁶ Skoro ustawa o finansach publicznych zalicza do rozchodów: spłaty otrzymanych pożyczek i kredytów; wykup papierów wartościowych; udzielone pożyczki i kredyty; płatności wynikające z odrębnych ustaw, których źródłem finansowania są przychody z prywatyzacji majątku Skarbu Państwa; inne operacje finansowe związane z zarządzaniem długiem publicznym i płynnością; płatności związane z udziałami Skarbu Państwa w międzynarodowych instytucjach finansowych, tym samym każde inne rozdysponowanie środków publicznych, nie mieszczące się we wskazanej wyżej kategorii stanowić będzie wydatek publiczny.

Regulacja art. 6 u.f.p. jednoznacznie wskazuje, iż z wydatkiem publicznym będziemy mieli do czynienia w sytuacji przeznaczenia środków publicznych na określony cel. Zgodnie z kasową zasadą rejestrowania transakcji określoną w art. 40 ust. 2 pkt 1 u.f.p. wydatek zostanie zarejestrowany („odnotowany” jako dokonany) w momencie wypływu określonej wartości środków pieniężnych z rachunku bankowego.¹⁷ Powyższe nie dotyczy jednak przykładowo sytuacji, w której środki finansowe przekazywane są z rachunku podstawowego jednostki samorządu terytorialnego na rachunek jednostki budżetowej j.s.t. Z wydatkiem, z uwagi na specyfikę wskazanej jednostki organizacyjnej, będziemy mieli do czynienia dopiero wtedy, gdy środki pieniężne zostaną rozdysponowane z rachunku tejże jednostki budżetowej.

Analizując normy prawne u.f.p., związane z rozdysponowywaniem środków publicznych, można dokonać wyodrębnienia granic prawnych wydatkowania (tym samym granic upoważnień do ich dokonania), które wiązać należy z regulacjami odnoszonymi się do:

- zasad wydatkowania środków publicznych;
- przeznaczenia środków publicznych (legalnego kierunku wydatkowania tych środków);
- maksymalnych wysokości wydatków;
- prawnych form wydatkowania środków publicznych.

Prowadzona analiza powinna mieć na względzie formułowaną w art. 43 u.f.p. zasadę, na podstawie której prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, chyba że odrębne ustawy stanowią

¹⁶ Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 10 lipca 2012 r. V SA/Wa 839/12, w którym wskazano, że „Wydatek definiować należy zgodnie z ekonomicznym rozumieniem tego terminu, czyli jako rozchód środków pieniężnych z kasy lub z rachunku bankowego, tj. rzeczywisty wypływ środków z jednostki. Wydatkowanie środków publicznych oznacza ponoszenie wydatków publicznych i dokonywanie rozchodów budżetowych w oparciu o plany finansowe jednostek sektora finansów publicznych oraz w wysokości i trybie właściwym dla poszczególnych tytułów wydatków lub rozchodów, zgodnie z mechanizmem budżetowym lub pozabudżetowym. Wydatkowanie oznacza podejmowanie przez dysponenta środków publicznych decyzji o ich przeznaczeniu w określonej wysokości i na określony cel.”, CBOSA.

¹⁷ Zgodnie z dyspozycją art. 40 ust. 2 pkt 1 u.f.p. wydatki ujmuje się w terminie ich zapłaty, niezależnie od rocznego budżetu, którego dotyczą.

inaczej. W ustawie określono przy tym tryb ubiegania się o zlecenie zadania wraz ze środkami na jego realizację. Podmiot wnioskujący o przyznanie środków publicznych na realizację wyodrębnionego zadania powinien przedstawić ofertę wykonania zadania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, gwarantującą wykonanie zadania (a zatem również wydatkowanie przekazanych środków pieniężnych) w sposób efektywny, oszczędny i terminowy (art. 47 u.f.p.).

Ogólne zasady dokonywania wydatków publicznych zawiera art. 44 ust.1 u.f.p. Wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokości ustalonej w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego oraz planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych¹⁸. Istotną cechą wydatku z tej perspektywy jest również to, iż zgodnie z art. 52 ust. 1 pkt. 2 u.f.p. ujęte w budżecie państwa, budżetach jednostek samorządu terytorialnego i planach finansowych jednostek budżetowych wydatki stanowią nieprzekraczalny limit. Z kolei ujęte w rocznych planach finansowych jednostek sektora finansów publicznych koszty mogą ulec zwiększeniu, jeżeli:

- a) zrealizowano przychody wyższe od prognozowanych,
- b) zwiększenie kosztów nie spowoduje zwiększenia dotacji z budżetu lub zwiększenia planowanego stanu zobowiązań (art. 52 ust. 2 pkt 2 u.f.p.).

Bez względu na konstrukcję planu górną granicę (limit), czyli dopuszczalną wielkość wydatku ze środków publicznych stanowi wartość ujęta w odpowiednim budżecie/planie. A zatem wysokość wydatku uwarunkowana jest jego wcześniejszym/uprzednim zaplanowaniem (przed dokonaniem wydatku)¹⁹. Z powyższego unormowania należy wysunąć wniosek, iż wysokość wydatków ma charakter dyrektywny ich górnego limitu. Powyższy stosunek wydatków do kosztów jest całkowicie zrozumiałą. W innym przypadku jednostki sektora finansów publicznych dokonywałyby wydatków i oczekiwały niejako rekompensaty w związku z ich poniesieniem. Plan stanowi tym samym górną granicę upoważnienia poprzez odniesienie się bezpośrednio do wysokości upoważnienia do rozdysponowania środków publicznych. Budżet/plan jako preliminarz wydatków wyznacza jednak nie tylko górną granicę wydatkowania środków publicznych, ale też, co jest nie mniej ważne, przedział czasowy, w którym możliwe jest zrealizowanie wielkości wydatków ujętych w tym planie. Wskazane akty planowania wygasają po upływie terminu,

¹⁸ Szerzej zob. K. Stelmaszczyk, M. Tyniewicki, *Komentarz do art. 44. Zasady dokonywania wydatków publicznych*, [w:] *Komentarz do ustawy o finansach publicznych dla jednostek samorządu terytorialnego*, J.M. Salachna (red.), K. Stelmaszczyk, M. Tyniewicki, Gdańsk 2019 r., s. 104-106.

¹⁹ Dokonując wydatku należy przy tym uwzględnić zmiany budżetów/planów w trakcie roku. Ewentualna zmiana wpływająca na możliwość dokonania wydatku w określonej wysokości powinna nastąpić przed jego realizacją, rozumianą jako rozdysponowanie środków z rachunku bankowego czy też z kasy.

na które zostały ustanowione. Tym samym wygasają również wypływające z nich upoważnienia.

Przepisy u.f.p. obligują jednostki sektora finansów publicznych do dokonywania wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków (art. 44 ust. 2 u.f.p.). Analizując powyższą dyrektywę ustawodawcy rozważyć należy, czy wskazany przepis konstruuje zasadę, zgodnie z którą wydatkowanie środków publicznych możliwe (legalne) jest tylko i wyłącznie wtedy, gdy mamy do czynienia z przepisem identyfikującym poszczególny rodzaj wydatków? Z takim poglądem niewątpliwie mamy do czynienia w orzecznictwie sądów administracyjnych wskutek powielanej powszechnie w wyrokach reguły, iż w zakresie stosunków z zakresu finansów publicznych nie można stosować zasady: „co nie jest zakazane, jest dozwolone”, lecz należy stosować zasadę „dozwolone jest to, co prawo wyraźnie przewiduje”. Wskazuje się również, bez dodatkowych zastrzeżeń, że plan finansowy „nie stanowi wystarczającej podstawy do uzasadnienia wydatków, jeśli nie ma wyraźnej podstawy materialno-prawnej”²⁰.

Z powyższym, tak ogólnikowo sformułowanym poglądem nie sposób się zgodzić. A to z uwagi na to, iż jego teza opiera się na przyjęciu uproszczonego i dosyć mylnego skądinąd założenia, że każdy rodzaj wydatków publicznych realizowany przez jednostki sektora finansów publicznych posiada swoją podstawę materialno-prawną (konkretny przepis). Takie założenie doprowadziłoby w konsekwencji do zanegowania możliwości wydatkowania środków publicznych na realizację zadań, które jakkolwiek są uzasadnione z uwagi na realizację zadań publicznych, to z uwagi na brak konkretnego, rodzajowego wskazania wydatku w przepisie ustawowym nie mogłyby być dokonane. Normę wynikającą z art. 44 ust. 2 u.f.p., odnoszącą się do realizacji wydatków zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków, należy traktować nie tylko jak odesłanie do konkretnego przepisu, ale do przepisów rodzajowych składających się na systemowe przyzwolenie do dokonania określonego wydatku. Granice prawne dokonania wydatków zdeterminowane są bowiem przede wszystkim ich przeznaczeniem związanym z realizacją zadań i celów publicznych, a nie wyłącznie istnieniem konkretnych przepisów dotyczących poszczególnych rodzajów wydatków.

Zadania warunkują wydatkowanie środków publicznych, przy czym ich wysokość uzależniona jest od wielkości gromadzonych przez jednostki sektora finansów publicznych środków publicznych. Ponieważ realizacja zadań ograniczona jest posiadanymi przez te jednostki zasobami środków publicznych, jak również możliwościami ich pozyskania, ustawodawca wprowadził w art. 44 ust. 3 u.f.p. normy ostrożnościowe, stanowiące szczególnego rodzaju dyrektywy wydatkowania środków publicznych. I tak wydatki publiczne powinny być dokonywane:

²⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 4 sierpnia 2010 r., V/SA/Wa 739/10, Legalis nr 525832.

1. w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
2. w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
3. w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

W związku z pewną specyfiką zamawianych przez jednostki sektora finansów publicznych usług, dostaw oraz robót budowlanych, ustawodawca zawarł w u.f.p. odesłanie w przedmiocie zawierania przez te jednostki umów w powyższym zakresie do zasad określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej.

Zauważając podobieństwo zwrotów sformułowanych w art. 44 ust. 1 u.f.p.: „wydatki publiczne mogą być ponoszone na cele i w wysokościach ustalonych w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego, planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych” oraz w art. 44 ust. 3 pkt. 1 u.f.p.: „wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy”, podnieść należy, iż wskazane określenia nie są tożsame, tak więc należy je wyjaśnić i rozdzielić. O ile bowiem w pierwszym przypadku mamy do czynienia z ponoszeniem wydatku, zgodnie z kierunkiem wydatkowania (celem) wskazanym w określonym planie finansowym, to w drugiej sytuacji ponoszenie wydatku publicznego należy odnieść do obiektywnej celowości, słuszności jego realizacji²¹.

Oceniając charakter powyższych unormowań stwierdzić należy, że wskazane w art. 44 ust. 3 pkt. 1 u.f.p. dyrektywy, zawierające požądane przez ustawodawcę wzorce postępowania, związane z wydatkowaniem środków publicznych w sposób celowy, oszczędny i efektywny, mają w istocie bardzo ocenny charakter. To natomiast powoduje, iż trudno uznać ich dyrektywny i obiektywny charakter. Powyższa konstatacja związana jest z faktem, iż ocena dotycząca analizy celowości i oszczędności działania związanego z wydatkowaniem środków publicznych, a także z optymalnym doбором metod i środków służących osiągnięciu założonych celów w rzeczywistości jest bardzo subiektywna. Ocena wydatkowania poprzez wskazany wyżej pryzmat może zostać odmiennie dokonana, przykładowo w zależności od osoby dokonującej tej oceny, tj. jej kwalifikacji zawodowych, wykształcenia, przekonań czy też momentu czasowego związanego z dokonywaniem tej oceny (moment wydatkowania środków publicznych albo moment kontroli *ex post* związanej z wydatkowaniem tych środków). Tym samym zmiana rzeczywi-

²¹ W uzasadnieniu do rządowego projektu u.f.p. wyjaśniono m.in., że „rozszerzono zasady dokonywania wydatków publicznych o zasadę skuteczności, polegającą na optymalnym doborze metod i środków dla osiągnięcia założonych celów, przy celowym i oszczędnym dokonywaniu wydatków, będącą jednocześnie podstawową zasadą budżetu zadaniowego”; Sejm RP VI kadencji, druk Nr 1181, www.sejm.gov.pl

stości społeczno-gospodarczej będzie miała wprost proporcjonalny wpływ na odbiór wskazanych dyrektyw.

3. Wydatki publiczne a plany finansowe jednostek sektora finansów publicznych

Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, odsyła przy określeniu wydatku jak też planów finansowych do znaczenia nadanego tym określeniom w ustawie o finansach publicznych. Jak wynika z dokonanej powyżej analizy, wydatki publiczne stanowią swego rodzaju limity rozdysponowywania środków publicznych poprzez ujęcie ich w stosownych aktach/preliminarzach, jak też granice prawne rozporządzeń środków publicznych zgodnie z przepisami dotyczącymi poszczególnych rodzajów wydatków. Pojawia się zatem pytanie, czy wobec funkcjonujących w ustawie o finansach publicznych podstaw rozdysponowywania środków publicznych, a zatem planów finansowych nie tylko przychodów i wydatków (te występują w stosunku do jednostek budżetowych określonych w art. 11 u.f.p.), ale również przychodów i kosztów, podstawą upoważnień do dokonywania wydatków jest również przedmiotowo taki plan, który sam w sobie nie odnosi się w nazwie do wydatków publicznych? W tym kontekście należy w pierwszej kolejności dokonać analizy pojęcia kosztu występującego w ustawie o finansach publicznych.

Ustawa o finansach publicznych odwołuje się do pojęcia kosztu m.in. w art. 15 ust. 1 u.f.p., przedstawiając podstawy prowadzenia gospodarki finansowej przez samorządowy zakład budżetowy i odnosi się do rocznego planu finansowego obejmującego przychody i m.in. koszty oraz inne obciążenia. Wskazuje ponadto, że zakład odpłatnie wykonuje zadania, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych (art. 15 ust. 1 u.f.p.)²². W art. 21 ust. 1 pkt 3 ufp określającym roczne plany finansowe agencji wykonawczych ustawodawca odnosi się do planu zawierającego zestawienie kosztów funkcjonowania agencji wykonawczej, realizacji zadań ustawowych, z wyszczególnieniem kosztów realizacji tych zadań przez inne podmioty z wyszczególnieniem wynagrodzeń i składek od nich naliczanych, płatności odsetkowych wynikających z zaciągniętych zobowiązań oraz zakupu towarów i usług.

²² Zob. rozporządzenie Ministra Finansów w sprawie sposobu prowadzenia gospodarki finansowej jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych z 7 grudnia 2010 r. (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1718), w którym w § 40 zawarto dyspozycję, aby w planowaniu, ewidencji i sprawozdawczości samorządowy zakład budżetowy stosował dla poszczególnych rodzajów przychodów i kosztów podziałki określone w przepisach o klasyfikacji dochodów, wydatków, przychodów i rozchodów oraz środków pochodzących ze źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi. Niejako tym samym rozporządzeniem następuje zakwalifikowanie kosztów do poszczególnych grup wydatków w rozumieniu wskazanego rozporządzenia. Powyższe umożliwia wskazaną w § 36 spójność planów z uchwałą budżetową.

Podobnie został ukształtowany plan finansowy instytucji gospodarki finansowej w art. 24 ust. 2 u.f.p. W art. 31 pkt. 3 u.f.p., odnoszącym się do planów finansowych państwowych i samorządowych osób prawnych, wskazano na konieczność wyodrębnienia w planach m.in. kosztów, w tym wynagrodzenia i składki od nich naliczane, płatności odsetkowe wynikające z zaciągniętych zobowiązań, zakup towarów i usług.²³ Odrębnie należy potraktować państwowe fundusze celowe, które nie posiadają osobowości prawnej, ale funkcjonują jako wyodrębniony rachunek bankowy, którym dysponuje minister wskazany w ustawie tworzącej fundusz albo inny organ wskazany w tej ustawie (art. 29 ufp). Podstawą realizacji zadań, jak i ponoszenia kosztów jest jednak również plan finansowy.

Z powyższego zestawienia wynika, iż plany finansowe wskazanych jednostek sporządzane są w ujęciu szerszym niż tylko związanym z rozdysonowaniem środków publicznych, a mianowicie w ujęciu kosztów prowadzenia działalności. W takim ujęciu planów finansowych występujące w nich pojęcie kosztów jest z oczywistych względów pojęciem szerszym od pojęcia wydatku publicznego rozumianego, jak już wyżej wskazano, jako wyjście/alokację środków z rachunku bankowego albo z kasy.²⁴

W tym miejscu, jakkolwiek przepisy ustawy o finansach publicznych odnoszą się do planów finansowych jako planów zawierających również zestawienie m.in. kosztów i pojęcie to nie zostało wyjaśnione, korzystając z wykładni systemowej zewnętrznej należy zastanowić się, czy można posłużyć się wyjaśnieniem tego pojęcia zawartym w ustawie z 29 września 1994 r. o rachunkowości²⁵. Zgodnie z art. 3 pkt. 31 cyt. ustawy, zawierającym definicje ustawowych pojęć, przez koszty i straty rozumie się uprawdopodobnione zmniejszenia w okresie sprawozdawczym korzyści ekonomicznych, o wiarygodnie określonej wartości, w formie zmniejszenia wartości aktywów albo zwiększenia wartości zobowiązań i rezerw, które doprowadzą do zmniejszenia kapitału własnego lub zwiększenia jego niedoboru w inny sposób, niż wycofanie środków przez udziałowców lub właścicieli. Z kolei zgodnie z art. 3 pkt. 32 ustawy, jeżeli w ustawie mowa jest o pozostałych kosztach i przychodach operacyjnych rozumie się przez to koszty i przychody związane pośrednio z działalnością operacyjną jednostki, a w szczególności koszty i przychody związane:

²³ Jak podkreśliła Krystyna Sawicka, tak zbudowany plan finansowy stanowi podstawę prowadzenia gospodarki finansowej państwowych i samorządowych osób prawnych, wyznaczając nie tylko ramy, w których prowadzona jest gospodarka finansowa tych jednostek, ale również cele wydatkowania oraz wysokość środków. K. Sawicka, *Komentarz do art. 31, [w:] Ustawa o finansach publicznych*, M. Karlikowska, W. Miemieć, Z. Ofiarski, K. Sawicka, Wrocław 2010 r., s. 88.

²⁴ Zob. uwagi dotyczące wydatków i kosztów oraz momentów ich poniesienia w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego, II FSK 3487/16 z 11 grudnia 2018 r. na gruncie art. 15 ust. 4d ustawy z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, t.j. Dz. U. z 2020 r.poz. 1406 ze zm.; CBOSA.

²⁵ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 217.

z działalnością socjalną; ze zbyciem środków trwałych, środków trwałych w budowie, wartości niematerialnych i prawnych, a także nieruchomości oraz wartości niematerialnych i prawnych zaliczonych do inwestycji; z utrzymywaniem nieruchomości oraz wartości niematerialnych i prawnych zaliczonych do inwestycji, w tym także z aktualizacją wartości tych inwestycji, jak również z ich przekwalifikowaniem odpowiednio do środków trwałych oraz wartości niematerialnych i prawnych, jeżeli do wyceny inwestycji przyjęto cenę rynkową bądź inaczej określoną wartość godziwą; z odpisaniem należności i zobowiązań przedawnionych, umorzonych, nieściągalnych, z wyjątkiem należności i zobowiązań o charakterze publicznoprawnym nieobciążających kosztów; z utworzeniem i rozwiązaniem rezerw, z wyjątkiem rezerw związanych z operacjami finansowymi; z odpisami aktualizującymi wartość aktywów i ich korektami, z wyjątkiem odpisów obciążających koszty finansowe; z odszkodowaniami i karami; z przekazaniem lub otrzymaniem nieodpłatnie, w tym w drodze darowizny aktywów, w tym także środków pieniężnych na inne cele niż dopłaty do cen sprzedaży, nabycie lub wytworzenie środków trwałych, środków trwałych w budowie albo wartości niematerialnych i prawnych; ze zdarzeniami losowymi.

Przedmiotowy zakres definicji kosztów wskazanych w ustawie o rachunkowości wskazuje, iż koszt w rozumieniu tej ustawy jest pojęciem szerszym niż pojęcie wydatku publicznego w znaczeniu nadanym ustawą o finansach publicznych. Koszt przy tym jest niezależny od momentu dokonania wydatku publicznego. Podkreśla to w szczególności zasada memoriału wskazana w art. 6 ust. 1 ustawy o rachunkowości, zgodnie z którą w księgach rachunkowych jednostki należy ująć wszystkie osiągnięte, przypadające na jej rzecz przychody i obciążające ją koszty związane z tymi przychodami dotyczące danego roku obrotowego, niezależnie od terminu ich zapłaty. Z kolei zgodnie z zasadą współmierności z art. 6 ust. 2 ustawy, dla zapewnienia współmierności przychodów i związanych z nimi kosztów, do aktywów lub pasywów danego okresu sprawozdawczego zaliczane będą koszty lub przychody dotyczące przyszłych okresów oraz przypadające na ten okres sprawozdawczy koszty, które jeszcze nie zostały poniesione²⁶.

Pamiętać także należy, iż pojęcie kosztów w ustawie o rachunkowości odnosi się nie do pojęcia planów finansowych, ale do kosztów związanych z prowadzeniem ksiąg rachunkowych, ujmujących zapisy zdarzeń i operacji gospodarczych.

Z powyższego wynika, iż pojęcie kosztów zawarte w ustawie o rachunkowości jedynie w sposób pośredni przyczynia się do wykładni kosztów ujętych w planach finansowych jednostek sektora finansów publicznych w znaczeniu nadanym w ustawie o finansach publicznych. Powyższe, biorąc pod uwagę cel ustawy o rachun-

²⁶ Zob. W. Nowak, *Komentarz do art. 6, [w:] Ustawa o rachunkowości w jednostkach finansów publicznych*, red. W. Nowak, Warszawa 2014 r., s. 32-33.

kowości i w zasadzie inny poziom ewidencjonowania zdarzeń gospodarczych niż pierwotne do tego celu preliminarze/plany finansowe, jest całkowicie zrozumiałe.

Podsumowanie

Dotychczasowa analiza pozwoliła na ustalenie, iż określenia wydatku publicznego i zawartych w ustawie o finansach publicznych podstaw ich dokonywania, tj. planów finansowych jednostek sektora finansów publicznych wskazuje, iż wydatki publiczne należy rozumieć jako te rozdysponowania środków publicznych, które w konsekwencji ich ujęcia w ustawie budżetowej, uchwale budżetowej jednostki samorządu terytorialnego czy też w planie finansowym jednostki sektora finansów publicznych uzyskują upoważnienie do ich dokonania (co do wysokości, rodzaju itp.) i w następstwie podlegają alokacji z rachunku bankowego czy też z kasy. Plany kosztów funkcjonujące w ramach planów finansowych zawierają zatem również te koszty, które są wydatkami podlegającymi rozdysponowaniu. Na powyższe wskazują te przepisy z ustawy o finansach publicznych, które odnoszą się do tej kategorii. Koszty ujęte w planach finansowych to w istocie koszty działalności, koszty funkcjonowania, realizacji zadań ustawowych, wynagrodzenia i składki od nich naliczane, płatności odsetkowe wynikające z zaciągniętych zobowiązań, zakup towarów i usług. Tym samym wydatki, do których odnosi się art. 11 uoondfp, określone znaczeniem nadanym ustawą o finansach publicznych, to wydatki ujęte są w planach, o których mowa w art. 44 u.f.p. bez względu na zakres pojęciowy tych planów. Ustalenie istniejącego upoważnienia i jego granic na podstawie planów przychodów i kosztów będzie wymagało przeprowadzenia wnikliwej analizy przez rzeczownika dyscypliny finansów publicznych, jak też przez organy orzekające celem ustalenia, czy w jednostce sektora finansów publicznych zidentyfikowano naruszenie posiadające znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Dotychczasowe bowiem postępowania²⁷ wskazują na dosyć powierzchowne traktowanie wskazanej tematyki i w zasadzie koncentrowanie się organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych na ustaleniach dokonanych przez zawiadamiającego. W tym kontekście należy zaznaczyć, iż zawiadomienie inicjuje określone postępowanie, ale nie pozbawia możliwości prowadzenia przez organy właściwe w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych postępowania zmierzającego do ustalenia znamion naruszenia dyscypliny finansów publicznych w zakresie zarówno przedmiotowym, jak i podmiotowym. Niewątpliwie jednak skuteczność norm sankcjonujących doznaje istotnego ograniczenia w obliczu konstruowanych przez ustawodawcę norm sankcjonowanych. Powyższe jest

²⁷ Orzeczenia GKO dostępne na stronie www.mf.gov.pl.

wynikiem niekonsekwentnego (systemowego) podejścia ustawodawcy do podstawowego w istocie dla finansów publicznych aktu prawnego, tj. ustawy o finansach publicznych w odniesieniu do systematyki funkcjonujących instytucji prawnych, jak również nomenklatury wewnętrznej aktu.

Literatura

- Chmielnicki P., *Jak rozumieć problem efektywności prawa?* [w:] *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2014.
- Chojna-Duch E., *Podstawy finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2012.
- Dębowska-Romanowska T., *Wydatki publiczne, ich formy oraz zasady realizacji w sektorze finansów publicznych*, [w:] *System Prawa Finansowego, Tom II Prawo Finansowe Sektora Finansów Publicznych*, red. E. Ruśkowski, Warszawa 2010.
- Karlikowska M., Miemiec W., Ofiarski Z., Sawicka K., *Ustawa o finansach publicznych*, Wrocław 2010.
- Kojder A., *Ograniczenia skuteczności prawa*, [w:] *Skuteczność prawa*, red. T. Giaro, Warszawa 2010.
- Nowak W. (red.), *Ustawa o rachunkowości w jednostkach finansów publicznych*, Warszawa 2014.
- Salachna J.M., *Odpowiedzialność w prawie finansowym*, [w:] *System prawa finansowego*, t. I: *Teoria i nauka prawa finansowego*, red. C. Kosikowski, Warszawa 2010.
- Stelmaszczyk K., Tyniewicki M., [w:] *Komentarz do ustawy o finansach publicznych dla jednostek samorządu terytorialnego*, red. J.M. Salachna, Gdańsk 2019.
- Wróblewski J., *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Wrocław 1985.
- Zieliński M., *Wyznaczniki reguł wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny, Socjologiczny”, Rok LX, 1998, Zeszyt 3, 4.

Olaf Włodkowski

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0003-3127-6600

o.wlodkowski@wpa.uz.zgora.pl

Kodeks karny skarbowy w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (w okresie od 1999 do 2020)

Słowa kluczowe: prawo karne skarbowe, przestępstwo skarbowe, wykroczenie skarbowe, Trybunał Konstytucyjny

Streszczenie. W publikacji odniesiono się do problematyki prawa karnego skarbowego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W poddanym ocenie okresie TK wydał 14 wyroków, z czego 12 dotyczyło materialnego prawa karnego skarbowego, 2 procesowego prawa karnego skarbowego. Tylko w dwóch przypadkach TK uznał niezgodność poddanych kontroli konstytucyjnej przepisów Kodeksu karnego skarbowego z Konstytucją RP. Przeprowadzona analiza orzecznictwa prowadzi do wniosku, że zasadniczą grupę poddanych kontroli konstytucyjnej przepisów stanowią te, które dotyczą tradycyjnych i charakterystycznych dla prawa karnego skarbowego rozwiązań normatywnych. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że odmienny charakter instytucji kształtujących materialne i procesowe prawo karne skarbowe na tle prawa karnego powszechnego jest nie tylko uzasadniony, ale również niezbędny. Stanowisko TK w tym zakresie ma charakter jednolity i nie ulegało modyfikacji. Jak słusznie wskazano, Konstytucja RP nie stoi na przeszkodzie odmiennego określenia zasad odpowiedzialności i zasad karania za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe od tych, które określa Kodeks karny. Należy o tym pamiętać interpretując przepisy Kodeksu karnego skarbowego.

Fiscal Penal Code in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal (in the period from 1999 to 2020)

Keywords: penal fiscal law, fiscal offences, fiscal misdemeanor, Constitutional Court

Summary. The publication refers to the issues of penal fiscal law in the jurisprudence of the Constitutional Tribunal. In the period under review, the Constitutional Tribunal issued 14 judgments, 12 of which concerned substantive fiscal penal law, and 2 related to procedural fiscal penal law. Only in two cases the Constitutional Tribunal found that the provisions of the Fiscal Penal Code that were subject to constitutional review were inconsistent with the Polish Constitution. The conducted analysis of the jurisprudence leads to the conclusion that the main group of provisions subject to constitutional review are those which concern the traditional normative solutions typical of penal fiscal law. The Constitutional Tribunal has repeatedly emphasized that the different structure of the institutions shaping the substantive and procedural fiscal penal law against the background of common criminal law is not only justified, but also necessary. The position of the Constitutional Tribunal in this respect is uniform. It was not modified. As rightly pointed out, the Constitution of the Republic of Poland does not prevent different definition of the principles of liability and punishment for fiscal offenses and fiscal offenses from those specified in the Penal Code. This should be borne in mind when interpreting the provisions of the Fiscal Penal Code.

Upływ określonego okresu obowiązywania aktu normatywnego, w szczególności o znaczeniu podstawowym, istotnym dla danego obszaru stosunków społecznych, rodzi potrzebę dokonania jego oceny z różnych perspektyw. Ocena taka może być przeprowadzana z punktu widzenia zasadności jego dalszego utrzymywania, założeń, leżących u podstaw jego powstania, instytucji go kształtujących oraz zmian, jakie nastąpiły na przestrzeni lat, jak również zagadnień powstałych w praktyce stosowania przepisów czy zgodności rozwiązań normatywnych z Konstytucją RP¹. W przypadku Kodeksu karnego skarbowego² podstawą dla dokonania takiej oceny stanowi upływ ponad 20 lat od wejścia w życie tego aktu prawnego. W opracowaniu poddano analizie orzecznictwo TK odnoszące się do rozwiązań normatywnych kształtujących prawo karne skarbowe, wydane w okresie od wejścia w życie Kodeksu karnego skarbowego do 31 grudnia 2020 r. We wskazanym okresie przepisy tego aktu normatywnego były poddane kontroli konstytucyjnej 14 razy. W trzech przypadkach Trybunał Konstytucyjny uznał o niezgodności poddanych kontroli przepisów KKS z KRP, co skutkowało nowelizacją tych przepisów. Wymaga zaznaczenia, że nie były to nowelizacje, które doprowadziły do relewantnych zmian w obszarze prawa karnego skarbowego.

Punktem wyjścia dla dalszych rozważań jest przypomnienie, że prawo karne skarbowe jest wyspecjalizowaną dziedziną prawa karnego *sensu largo*. O potrzebie wyodrębnienia prawa karnego skarbowego zadecydowało kryterium o charakterze przedmiotowym w postaci ogólnego przedmiotu ochrony, jakim są interesy fiskalne Skarbu Państwa, aktualnie także jednostek samorządu terytorialnego i Unii Europejskiej. W uzasadnieniu do wyroku TK z 29.06.2005 r., SK 34/04³ podkreślono, że *prawo karne skarbowe jest dyscypliną z pogranicza prawa karnego, finansowego, administracyjnego i cywilnego. Stanowi ono wyspecjalizowaną dziedzinę prawa karnego, określającą swoiste zasady odpowiedzialności i środki karne. Zrębową regulacją jest kodeks karny skarbowy, stanowiący autonomiczną kodyfikację prawa materialnego, procesowego i wykonawczego. W części materialnoprawnej KKS jest regulacją samodzielną – do przestępstw skarbowych nie mają zastosowania unormowania części ogólnej kodeksu karnego, z wyjątkiem przepisów wprost powołanych (art. 20 KKS). Przedmiotem ochrony prawa karnego skarbowego jest interes fiskalny i porządek finansowy państwa – między innymi uchronienie Skarbu Państwa przed uszczupleniami w wyniku działań przestępnych*. Przewidziane w Kodeksie karnym skarbowym zasady odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe, zasady odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe oraz zasady karania za przestępstwo skarbowe i wykro-

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej jako KRP.

² Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 408 z późn. zm.), dalej jako KKS.

³ OTK 2005 nr 6, poz. 69.

czenie skarbowe nie zostały ukształtowane w sposób tożsamy z zasadami odpowiedzialności karnej za przestępstwo powszechne, zasadami odpowiedzialności za wykroczenie powszechne czy zasadami karania za przestępstwo powszechne i wykroczenie powszechne⁴. Taki stan rzeczy uzasadniony jest odmiennością przestępstwa skarbowego od przestępstwa⁵. Zwrócił na to uwagę Trybunał Konstytucyjny w szczególności w pierwszym wydanym wyroku z 16.01.2001 r., P 5/00⁶, w którym poddał kontroli konstytucyjnej zgodność przepisu art. 20 § 2 KKS z art. 173 i art. 178 ust. 1 KRP oraz art. 30 § 4 KKS z art. 2 i art. 64 ust. 3 KRP (po rozpoznaniu pytania prawnego Sądu Rejonowego dla Krakowa-Krowodrzy). W cytowanym wyroku, TK podkreślił, że: „*Nie kwestionując zwiększonego »ciężaru gatunkowego« kodyfikacji karnej względem innych uregulowań dotyczących tej gałęzi prawa, nie można wywodzić z niego zakazu adresowanego do ustawodawcy, polegającego na niedopuszczalności osobnego, a częściowo i odrębnego wobec regulacji kodeksu karnego, normowania problematyki szeroko rozumianej odpowiedzialności karnej*”. Odnosząc się do prezentowanych rozważań stwierdzić należy, że powinny one przybrać postać znacznie bardziej pogłębioną. Niestety co potwierdzają problemy konstytucje, stosujący przepisy Kodeksu karnego skarbowego zapominają o autonomicznym charakterze prawa karnego skarbowego prezentując zapatrywanie, że Kodeks karny skarbowy to to samo co Kodeks karny, a wszelkie odstępstwa czy odmienności są niezgodne z przepisami KRP.

To co jest zauważalne na tle wszystkich wyroków to, to że poddane kontroli konstytucyjnej przepisy dotyczą podstawowych rozwiązań normatywnych kształtujących prawo karne skarbowe, niekiedy o charakterze systemowym (zob. m.in. wyrok TK z 20.02.2001 r., P 2/00⁷). Zasadnicza część z tych rozwiązań normatywnych nie jest znana prawu karnemu powszechnemu i świadczy o wyspecjalizo-

⁴ Zob. także Uchwałę SN z 4.4.2005, I KZP 7/05, OSNKW 2005, nr 5, poz. 44, w której podkreślono m.in., że „istniejąca zawsze całkowita autonomiczność prawa karnego skarbowego w granicach systemu prawa karnego wynika z odmiennych rodzajowo, merytorycznych i aksjologicznych podstaw odpowiedzialności, co stało się w konsekwencji przyczyną sformalizowania tej odrębności w postaci własnej ustawy karnej i katalogiem czynów zabronionych i ich nazewnictwem”.

⁵ Jeszcze przed wejściem w życie ustawy karnej skarbowej z 2 sierpnia 1926 r. (Dz. U. 1926, Nr 105, poz. 609) Juliusz Makarewicz zauważył, że „różnice zachodzące między zasadami prawa karnego powszechnego a zasadami prawa karnego skarbowego sięgają tak głęboko, że praktyka skarbowa domaga się skodyfikowania osobnej części ogólnej dla prawa karnego skarbowego”, A. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów-Warszawa 1924, s. 5-7. Zob. także A. Mogilnicki, *Dwutorowość represji karnej przy przestępstwach zwykłych i skarbowych*, RPEiS 1937, nr 3, s. 337, gdzie Autor wskazywał, że „przestępstwo zwykłe i przestępstwo skarbowe to są dwie rzeczy zupełnie różne”. Por. L. Wilk, *W sprawie autonomii materialnego prawa karnego skarbowego*, PiP 2009, z. 8. J. Raglewski, *Relacja pojęć »przestępstwo« - »przestępstwo skarbowe« oraz »wykroczenie« - »wykroczenie skarbowe« w polskim systemie prawa karnego materialnego*, Prok. i Prawo 1998, nr 5, s. 99 - 110; G. Bogdan, *Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym*, PS 1997, nr 5, s. 83-93.

⁶ OTK 2001 nr 1, poz. 1.

⁷ OTK 2001 nr 2, poz. 32.

wanym charakterze prawa karnego skarbowego. Przykładem może tu być choćby instytucja interwencji - wyrok TK z 11.05.2010 r., SK 50/08⁸. Inne z poddanych ocenie instytucji czy rozwiązań normatywnych choć znane są prawu karnemu powszechnemu i prawu wykroczeń, to w prawie karnym skarbowym zostały ujęte w sposób odmienny. Można tu wskazać na przypadek przedmiotów (zob. m.in. wyrok TK z 16.01.2001 r., P 5/00; wyrok TK z 11.05.2010 r., SK 50/08). Zauważenia wymaga także to, że część poddanych kontroli konstytucyjnej przepisów Kodeksu karnego skarbowego dotyczy instytucji znanych prawu karnemu skarbowemu począwszy od ustawy karnej skarbowej z 1926 r. Taki charakter ma interwencja czy dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. W odniesieniu do tej ostatniej instytucji w uzasadnieniu do wyroku z 8 stycznia 2008 r., P 35/06⁹ podkreślono, że: *dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest uznawane przez doktrynę za jedną z tradycyjnych instytucji polskiego prawa karnego skarbowego. Podkreśla się, że „dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest instytucją, której prawo karne skarbowe dopracowało się samodzielnie i która nie została przejęta z powszechnego prawa karnego”*. Z kolei, na tle wyroku TK z 16.01.2001 r., P 5/00 zarysował się problem konstytucyjny dotyczący innego tradycyjnego dla prawa karnego skarbowego rozwiązania jakim jest odpowiednie stosowanie przepisów części ogólnej Kodeksu karnego do przestępstw skarbowych¹⁰ oraz autonomicznej regulacji normatywnej Kodeksu karnego skarbowego kształtującej zasady odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe i zasad karania za nie. Wyrokowi temu należałoby przyrzec się z kilku zasadniczych względów. Warto wspomnieć, że na tle poprzednio obowiązujących ustaw z obszaru prawa karnego skarbowego, Kodeks karny skarbowy znacząco ograniczył liczbę przepisów odpowiednio stosowanych do przestępstw skarbowych dążąc do możliwie samodzielnego określenia zasad odpowiedzialności karnej za przestępstwa skarbowe i zasad karania za nie¹¹. Natomiast w przypadku wykroczeń skarbowych określenie zasad odpowiedzialności i zasad karania następuje w sposób w pełni autonomiczny i kompleksowy bez potrzeby odpowiedniego stosowania przepisów części ogólnej Kodeksu karnego i Kodeksu

⁸ OTK 2005 nr 6, poz. 69. W tym przypadku przepisem poddanym kontroli konstytucyjnej był przepis art. 119 § 3 KKS w zakresie, w jakim przewidywał dwuletni termin do wytoczenia powództwa o roszczenie przewidziane w art. 119 § 2 KKS. Wyrokiem z 11.05.2010 r. (SK 50/08) TK uznał, że poddany kontroli przepis jest niezgodny z art. 64 ust. 1 KRP. Nowelizacją z dnia 15.04.2011 r. o zmianie ustawy Kodeks karny skarbowy (Dz. U. Nr 129, poz. 733) dwuletni termin został wydłużony do lat 10.

⁹ OTK 2008 nr 1, poz. 1.

¹⁰ Z. Siwik, *Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu karnego w prawie karnym skarbowym (Studium na tle systemu środków penalnych)*, PPA 1987, s. 97-99.

¹¹ Szerzej w tym zakresie zob. O. Włodkowski, *Reguła wyjątkowego (odpowiedniego) stosowania przepisów Kodeksu karnego do przestępstw skarbowych*, [w:] *Leksykon prawa karnego skarbowego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2020, s. 128-131.

wykroczeń¹². Zarzut niekonstytucyjności art. 20 § 2 KKS dotyczył nie tyle braku zgodności techniki odpowiedniego stosowania przepisów części ogólnej Kodeksu karnego do przestępstw skarbowych z przepisami KRP, ile w ocenie sądu pytającego pominięcia w katalogu z art. 20 § 2 KKS, przepisu art. 53 KK. Okazuje się, że sąd pytający nie zwrócił uwagi na kilka autonomicznych rozwiązań normatywnych kształtujących materialne prawo karne skarbowe. Po pierwsze, że jednym z podstawowych założeń jest dwupodział czynów zabronionych na przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe; po drugie, że w części ogólnej (Tytułu I) Kodeksu karnego skarbowego regulacja normatywna dotycząca przestępstw skarbowych została zlokalizowana w Rozdziale I, II, III i V, a nie tylko rozdziale III („Przestępstwa skarbowe”), wreszcie po trzecie, sąd pytający nie zwrócił także uwagi, że Kodeks karny skarbowy w sposób autonomiczny określa zasady i dyrektywy sędziowskiego wymiaru kar i środków karnych oraz wskazuje okoliczności mające wpływ na konkretny, jednostkowy wymiar kary i środków karnych w Rozdziale I „Przepisy wstępne” (zob. art. 12-13 KKS.) bez potrzeby odpowiedniego recypowania w tym zakresie przepisów części ogólnej Kodeksu karnego. Z tego względu nie było zasadnym rozszerzenie katalogu przepisów odpowiednio stosowanych do przestępstw skarbowych z art. 20 § 2 KKS (Rozdział III) o art. 53 KK¹³.

Innym podstawowym, charakterystycznym rozwiązaniem normatywnym przewidzianym w prawie karnym skarbowym jest dwupodział czynów zabronionych na przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Przy dwupodziale czynów zabronionych na przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, przepisy kształtujące zasady odpowiedzialności i zasady karania za obie kategorie typów czynów zabronionych nie zostały określone w Kodeksie karnym skarbowym w sposób tożsamy¹⁴. Dystynkcje dotyczą zasad odpowiedzialności, jak również zasad karania. Zwrócił na to uwagę TK w wyroku z 21.10.2015 r., P 32/12 wskazując, że *jedną z cech odróżniających przestępstwo skarbowe od wykroczenia skarbowego jest odmiennosc grożącej kary*. Przeprowadzona analiza orzecznictwa TK przy uwzględnieniu tego kryterium prowadzi do wniosku, że poddane kontroli konstytucyjnej przepisy dotyczyły zasadniczo przestępstw skarbowych. Jeżeli chodzi o poddane kontroli konstytucyjnej przepisy określające zasady odpowiedzialności, zasady karania oraz przebieg postępowania w sprawach o wykroczenia skarbowe, to w omawianym

¹² O. Włodkowski, *Reguła bezwzględnej autonomiczności Kodeksu karnego skarbowego względem Kodeksu wykroczeń oraz Reguła zakazu stosowania przepisów Części ogólnej Kodeksu karnego do wykroczeń skarbowych*, [w:] *Leksykon ...*, s. 125-126, 132-133.

¹³ Zob. także Z. Siwik, *Główne kierunki zmian dokonanych w Kodeksie karnym skarbowym z 1999 r. Ogólna charakterystyka*, [w:] *Kodeks karny skarbowy po dziesięciu latach obowiązywania – ocena i perspektywy zmian*, Wrocław 2010, s. 21.

¹⁴ Por. Z. Siwik, *Wspólne zasady odpowiedzialności za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe*, FK 2005, Nr 5.

zakresie wskazać należy na wyroki TK z 20.02.2001 r., P 2/00 oraz 15.04.2008 r., P 26/06¹⁵. Jeżeli chodzi o pierwszy wyrok, to problemem konstytucyjnym był sposób określenia kryterium przepoławienia wykroczenia skarbowego od przestępstwa skarbowego w postaci ustawowego progu i zrelatywizowania jego wysokości do ulegającego zmianie w czasie najniższego wynagrodzenia (obecnie minimalne wynagrodzenie). W ocenie Sądu Rejonowego w Łodzi, który wystąpił do TK z pytaniem prawnym, określenie wysokości najniższego wynagrodzenia w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej wydanego na podstawie upoważnienia zawartego w art. 77⁴ Kodeksu pracy jest sprzeczne z art. 42 ust. 1 oraz art. 2 KRP. Odnosząc się do tego rozwiązania normatywnego wymaga zauważenia, że na tle poprzednio obowiązujących aktów prawnych Kodeks karny skarbowy w sposób odmienny określił kryteria przepoławienia przestępstwa skarbowego i wykroczenia skarbowego. Dokonując rozróżnienia czynów zabronionych na polegające na uszczupleniu lub narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej oraz takich, które związane są z uszczupleniem lub narażaniem na uszczuplenie należności publicznoprawnej ustawodawca wprowadził w Kodeksie karnym skarbowym dwa kryteria przepoławienia. W przypadku pierwszej grupy kryterium przepoławienia jest ustawowy próg, w przypadku grupy drugiej – wypadek mniejszej wagi. Zauważalnym rozwiązaniem normatywnym wprowadzonym przez Kodeks karny skarbowy było także wyeliminowanie wszelkich oznaczeń kwotowych zarówno w części ogólnej, jak również w części szczególnej Kodeksu karnego skarbowego. Przyjęcie rozwiązania normatywnego opartego na powiązaniu ustawowego progu z ulegającą zmianie wysokością najniższego wynagrodzenia (obecnie minimalnego wynagrodzenia) oznaczało, że granice rozgraniczające przestępstwo skarbowe i wykroczenie skarbowe ulegają corocznie modyfikacji. Rozwiązanie to było zamierzone przez ustawodawcę. Służy uadekwatnieniu progu rozgraniczającego przestępstwo skarbowe od wykroczenia skarbowego do ulegającej zmianie sytuacji gospodarczej. Nie można także tracić z pola widzenia tego, że taka technika legislacyjna pozwala na zachowanie trwałości i stabilności aktu normatywnego, jakim jest akt prawny typu kodeks¹⁶. Dokonując oceny tego rozwiązania normatywnego TK podkreślił, że określenie wysokości najniższego miesięcznego wynagrodzenia w rozporządzeniu nie narusza wyrażonej przez art. 42 ust. 1 KRP zasady *nul-lum crimen sine lege*. W drugim ze wskazanych wyroków (to jest z 15.04.2008 r., P 26/06) kontroli konstytucyjnej poddane zostały przepisy określające dwuetapowy model nakładania sankcji za wykroczenia skarbowe. Zdaniem TK rozwiązanie

¹⁵ OTK Seria A 2008 nr 3, poz. 42.

¹⁶ Por. V. Konarska-Wrzosek, *Czy utrzymać kryteria nazwowo-parametryczne rozwarstwienia czynów karnych skarbowych w Kodeksie karnym skarbowym*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010.

normatywne stwarzające możliwość nałożenia grzywny w drodze mandatu karnego, a następnie, po uprawomocnieniu się postępowania mandatowego, orzeczenia przepadku przedmiotów tytułem środka zabezpieczającego przez sąd wobec tego samego sprawcy za ten sam czyn zabroniony typizowany jako wykroczenie skarbowe narusza konstytucyjną zasadę *ne bis in idem* określoną w art. 45 ust. 1 KRP.

Dokonując oceny całościowej wskazania wymaga, że poddane kontroli konstytucyjnej przepisy dotyczyły zasadniczo rozwiązań instytucjonalnych kształtujących materialne prawo karne skarbowe. W zakresie procesowego prawa karnego skarbowego nastąpiło wydanie dwóch wyroków. Zauważalny jest brak wyroków dotyczących wykonawczego prawa karnego skarbowego. W grupie przepisów kształtujących materialne prawo karne skarbowe poddanych kontroli konstytucyjnej pierwszoplanowe miejsce zajmują przepisy określające zasady odpowiedzialności karnej i zasady karania. Podkreślenia wymaga, że w kilku przypadkach kontroli konstytucyjnej poddane zostały przepisy określające przepadek przedmiotów (zob. m.in. wyrok TK z 16.01.2001, P 5/00; wyrok z 29.06.2005 r., SK 34/04; wyrok z 15.04.2008 r., P 26/06).

Jeżeli chodzi o przepisy części szczególnej Kodeksu karnego skarbowego, które określają zamknięty katalog przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, to poddane zostały one kontroli konstytucyjnej w trzech przypadkach (wyrok z 20.02.2001 r., P 2/00; wyrok z 12.09.2005 r., SK 13/05¹⁷, wyrok z 13.01.2005 r., P 15/02¹⁸). Trzeba mieć na uwadze, że także na tle przepisów części szczególnej Kodeksu karnego skarbowego bardzo wyraźnie zaznacza się specyfika prawa karnego skarbowego, o czym świadczy blankietowy charakter tych przepisów. Zwrócił na to uwagę TK. Przykładowo w uzasadnieniu do wyroku z 8 stycznia 2008 r., P 35/06, TK podkreślił, że „specyfiką bowiem prawa karnego skarbowego jest to, że obejmuje ono przede wszystkim normy sankcjonujące, podczas gdy normy sankcjonowane są treścią przepisów finansowo-administracyjnych”. Problem konstytucyjny, jaki zarysował się na tle wyroków z 12.09.2005 r., SK 13/05 oraz z 13.01.2005 r., P 15/02 dotyczył oceny zgodności zaskarżonych przepisów części szczególnej KKS z art. 42 ust. 1 KRP, przewidującym zasadę *nullum crimen sine lege certa*. W wyroku z 12.09.2005 r. (SK 13/05) przedmiotem oceny dokonanej przez TK było użycie przez ustawodawcę na płaszczyźnie opisu typu czynu zabronionego z art. 56 § 2 KKS zwrotu: „podaje nieprawdę”, „zataja prawdę” i pominięcie definicji tych zwrotów w rozdziale 5 „Objaśnienia wyrazów ustawowych”. Z kolei w wyroku z 13.01.2005 r. P 15/02 TK poddał kontroli art. 107 § 1 i 4 KKS z art. 42 ust. 1 KRP w związku z posłużeniem się przez ustawodawcę w opisie tego czynu zabronionego zwrotem „wygrana rzeczowa”. W obu przypadkach TK nie podzie-

¹⁷ OTK 2005 nr 8, poz. 91.

¹⁸ OTK Seria A 2005 nr 1, poz. 4.

lił stanowiska skarżących o niezgodności zaskarżonych przepisów z art. 42 ust. 1 KRP oraz art. 2 KRP.

Istotnym problemem konstytucyjnym, jaki zarysował się na tle poddanych analizie wyroków TK, jest zagadnienie dopuszczalności kumulacji wobec tej samej osoby za to samo zachowanie obok odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe lub odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe innego rodzaju dolegliwości w szczególności w postaci sankcji podatkowej¹⁹. Zagadnienie to nabiera szczególnego znaczenia, jeżeli zwróci się uwagę na relacje zachodzącą pomiędzy prawem karnym skarbowym a prawem finansowym. Rozstrzygnięcie dotyczące tego zagadnienia miało miejsce czterokrotnie (wyrok z 4.09.2007 r., P 43/06²⁰, wyrok TK z 12.04.2011 r., P 90/08²¹, wyrok TK z 21.04.2015, P 40/13²² oraz wyrok z 21.10.2015 r., P 32/12²³). Trybunał Konstytucyjny w swoich orzeczeniach wielokrotnie sygnalizował, że choć ustawodawcy przysługuje wybór rodzaju sankcji (tak m.in. wyrok TK z 21.10.2015, P 32/12), to jednak swoboda taka nie jest nieograniczona. Trafnie także wskazał w wyroku z 4.9.2007 r., P 43/06, że „ustawodawca określając sankcję za naruszenie prawa w szczególności musi respektować zasadę równości, jak również zasadę proporcjonalności własnego wkroczenia. Nie może więc stosować sankcji oczywiście nieadekwatnych lub nieracjonalnych albo też niewspółmiernie dolegliwych”. Chronologicznie, odnosząc się do pierwszego w wymienionych wyroków, TK orzekł o zgodności rozwiązania normatywnego stwarzającego możliwość stosowania wobec tej samej osoby za to samo zachowanie dodatkowego zobowiązania podatkowego określonego przez art. 109 ust. 5 i 6 ustawy o VAT oraz odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe lub odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe. Na tle tego wyroku zaistniała specyficzna sytuacja, na co zwrócił uwagę sam TK. Mianowicie wyrok ten dotyczy normy, co do której TK wcześniej orzekł o jej zakresowej niekonstytucyjności wyrokiem z 29.04.1998 r., K 19/97²⁴. Także w wyroku z 4.09.2007 r. TK uznał, że dodatkowe zobowiązanie podatkowe, o którym mowa w art. 109 ust. 5 i 6 ustawy o VAT, jest sankcją administracyjną. Zdaniem TK kumulowanie „odpowiedzialności administracyjnej i odpowiedzialności karnoskarbowej stanowi wyraz braku proporcjonalności i nadmiernego fiskalizmu. Wykracza poza granice niezbędne dla zapew-

¹⁹ Problematykę kumulacji sankcji z perspektywy Konstytucji RP prezentuje P. Cychosz, *Rozdział 3 Zakaz kumulacji odpowiedzialności represyjnej za to samo zachowanie tej samej osoby*, [w:] *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017.

²⁰ OTK 2007 nr 8, poz. 95.

²¹ OTK 2011 nr 3, poz. 21.

²² OTK 2015 nr 4, poz. 48.

²³ OTK 2015 nr 9, poz. 148.

²⁴ OTK ZU 1998 nr 3, poz. 30. Zob. L. Wilk, *Szczególne cechy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia podatkowe*, Katowice 2006, s. 531-551.

nienia ponoszenia ciężaru opodatkowania w uzasadnionych granicach osób prowadzących działalność gospodarczą – podatników podatku od towarów i usług”. Z tego względu zdaniem TK pozostaje w sprzeczności z art. 2 KRP. W kolejnym wyroku TK dokonał oceny, czy kumulacja za ten sam czyn wobec tej samej osoby odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe i odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe z art. 54 KKS z konstrukcją podwyższonej stawki podatkowej, polegająca na obciążeniu przez podatnika stawką ryczałtową 75% dochodu pochodzącego z nieujawnionych źródeł przychodu lub nieznanających pokrycia w ujawnionych źródłach (przewidzianą przez art. 30 ust. 1 pkt 7 u.p.d.o.f.) nie narusza zasady *ne bis in idem* oraz zasady proporcjonalności. W wyroku tym TK wyraził pogląd, że art. 30 ust. 1 pkt 7 u.p.d.o.f. nie przewiduje sankcji o charakterze podatkowym. Nie jest to model odpowiedzialności represyjnej w rozumieniu art. 42 ust. 1 KRP. Rozważania TK nad charakterem prawnym tej instytucji doprowadziły TK także do wniosku, że pełni funkcję odmienną od tej, która nadana została przepisowi art. 54 KKS. Z tego względu art. 30 ust. 1 pkt 7 u.p.d.o.f. nie dubluje sankcji o charakterze karnym. Jak podkreślono, przepis ten nie może być zatem oceniany jako naruszający zasadę *ne bis in idem*. Zdaniem TK „mechanizm prawny przewidujący odpowiedzialność karnoskarbową podatnika, któremu uprzednio wymierzono zryczałtowany podatek dochodowy, z zastosowaniem 75-procentowej stawki podatkowej, nie może być uznany za nieproporcjonalny, nadmiernie represyjny”. Rozwiązanie takie zdaniem TK nie pozostaje w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. W trzecim wyroku (z 21.04.2015, P 40/13) odniesiono się do oceny kumulacji wobec tej samej osoby odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe, polegające na wystawieniu faktury dokumentującej czynność niewykonaną, która uprzednio, na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, została zobowiązana do zapłaty podatku w kwocie wykazanej na tej fakturze. Wyrokiem tym TK potwierdził zgodność tego rozwiązania z art. 2, 32 ust. 1 oraz 42 ust. 1 KRP. Z kolei w wyroku z 21.10.2015 r., P 32/12 problemem konstytucyjnym była ocena dopuszczalności nałożenia kary pieniężnej określonej w art. 89 ust. 1 i 2, ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych po uprzednim prawomocnym zakończeniu postępowania w sprawie o wykroczenie skarbowe, w którym skazano sprawcę na karę grzywny określoną kwotowo. W wyroku tym TK uznając, że nie dochodzi do naruszenia konstytucyjnej zasady *ne bis in idem*, potwierdził zgodność tego rozwiązania normatywnego z wywodzoną z art. 2 KRP zasadą proporcjonalnej reakcji państwa na naruszenie obowiązku wynikającego z przepisu prawa²⁵. Także i w tym przypadku to nietrafne stanowisko TK spotkało się w literaturze przedmiotu z krytyczną oceną. Słusznie zwrócono w szczególności uwagę, że: „Trybunał nie dostrzegł, iż

²⁵ Zdanie odrębne zgłosili Teresa Liszcz oraz Wojciech Hermeliński.

restytucja podatków i należności oraz prewencja są celami stosowania kar i innych środków w kodeksie karnym skarbowym, zaś dyrektywa odpłaty również towarzyszy karom pieniężnym, skoro ten, kto urządził lub prowadził grę hazardową, ale nie osiągnął jeszcze z niej żadnych zysków, również podlega reżimowi odpowiedzialności z art. 89 ustawy o grach hazardowych”²⁶. Osobiście wyrażam przekonanie, że TK w swoich rozważaniach pominął także znaczenie prawa karnego skarbowego. Widoczny na tle ostatnich wyroków TK kierunek interpretacyjny stanowić może podporę dla podejmowania przez ustawodawcę inicjatyw legislacyjnych zmierzających do kumulowania dolegliwości o zróżnicowanym zakresie za to samo zachowanie.

Odnosząc się do wszystkich wyroków TK zauważenia wymaga fakt, że poza zakresem kontroli konstytucyjnej pozostawiona została ocena stopnia punitowności poszczególnych środków reakcji przewidzianych przez Kodeks karny skarbowy. W kontekście ostatnich nowelizacji przepisów części szczególnej Kodeksu karnego skarbowego, które skutkują zwiększeniem stopnia represyjności rozwiązań normatywnych za przestępstwa skarbowe²⁷, należy spodziewać się, że w najbliższym czasie zasadnym będzie dokonanie takiej kontroli. Przy tej okazji zwrócenia uwagi wymaga dokonana przez TK ocena niektórych przepisów określających warunki brzegowe dobrowolnego poddania się odpowiedzialności (zob. wyrok TK z 8.01.2008 r., P 35/06). Kontrola konstytucyjna dotyczyła zgodności art. 17 § 1 pkt 2 i 4 oraz art. 18 § 1 pkt 1 KKS z art. 42 ust. 1 i 3 oraz art. 2 KRP. Podniesiony zarzut przez przedstawiający pytanie prawne Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich związany był obligatoryjnością uiszczenia przez sprawcę kwoty tytułem kary grzywny (art. 17 § 1 pkt 2 KKS)²⁸ i zryczałtowanych kosztów postępowania (art. 17 § 1 pkt 4 KKS)²⁹ przez sprawcę przed wydaniem prawomocnego wyroku wyrażającego zgodę na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. W ocenie sądu przedstawiającego pytanie prawne kwestionowane przepisy KKS nie odpowiadają modelowym rozwiązaniom wymagającym, by sądowe ustalenie sprawstwa i winy danej osoby miało charakter pierwotny w stosunku do odpowiedzialności karnej za popełniony czyn zabroniony. Zdaniem sądu pytającego kwestionowane przepisy stawiają sprawcę w niekorzystnej sytuacji w stosunku do sprawcy, wobec którego nie toczy się postępowanie w sprawach o przestępstwa skarbowe w postępowaniu innym niż postępowanie o wyrażenie zgody na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności.

²⁶ G. Łabuda, [w:] P. Kardas, T. Razowski, G. Łabuda, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2017, art. 107.

²⁷ Chodzi tu o zmiany wprowadzone przez ustawę z 30 marca 2021 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2021 poz. 694.

²⁸ W tym zakresie zob. I. Zgoliński, *Uiszczenie określonej kwoty tytułem kary grzywny*, [w:] *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2011.

²⁹ Szerzej zob. I. Zgoliński, *Uiszczenie zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania*, [w:] *Dobrowolne ...*, *op. cit.*

W uzasadnieniu do wydanego wyroku TK, zwracając uwagę na konstrukcję i cechy charakteryzujące instytucje dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, podkreślił, że sam fakt złożenia wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie przesądza o winie czy sprawstwie, które nie mogą być przedmiotem negocjacji pomiędzy sprawcą a finansowym organem prowadzącym postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe i wykroczenie skarbowe. Sąd jest zobowiązany do zbadania wszystkich przesłanek aktualizujących możliwość skorzystania z dobrowolnego poddania się odpowiedzialności. Uiszczenie zryczałtowanych kosztów postępowania i kwoty tytułem kary grzywny nie może być postrzegane jako kara w ścisłym materialnoprawnym znaczeniu. Są to innego rodzaju dolegliwości³⁰. W rzeczywistości, wyrok z TKz 8.01.2008 r., P 35/06 jest kolejnym przykładem na to, że skarżący nie zauważa odmienności prawa karnego skarbowego oraz nie rozumie tego, że obecność autonomicznych rozwiązań prawa karnego skarbowego jest nie tylko zasadna, ale również i dopuszczalna. Z kolei na tle wyroku z 29.06.2005 r., SK 34/04 kontroli konstytucyjnej poddana została zgodność art. 31 § 1 KKS w związku z art. 30 § 3 KKS w zakresie, w jakim przewiduje obligatoryjność przepadku narzędzi, stanowiących własność osoby trzeciej, które służyły do popełnienia przestępstwa skarbowego z art. 2, art. 21, art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 1 i art. 64 ust. 1 i 3 KRP. Trybunał Konstytucyjny nie rozważał konstytucyjności całej instytucji przepadku przedmiotów, lecz tylko jeden z aspektów jej funkcjonowania – przepadku narzędzi, które służyłyby do popełnienia czynu zabronionego bez zgody i wiedzy ich właściciela. Orzekając o niezgodności z art. 2, art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 1 i art. 64 ust. 1 i 3 KRP omawianego rozwiązania TK podkreślił, że sąd orzekający winien mieć możliwość, ale i obowiązek ustalenia, czy właściciel narzędzi miał jakikolwiek związek z popełnionym za ich pomocą przestępstwem skarbowym przez inną osobę. Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na możliwość zaistnienia sytuacji, w których sprawca przestępstwa skarbowego celowo posługuje się przedmiotami stanowiącymi cudzą własność i czyni to za wiedzą i zgodą ich właściciela, niekiedy uzyskując w ten sposób korzyść majątkową. Zdaniem TK w takich sytuacjach obligatoryjny tryb przepadku przedmiotów jest w pełni uzasadniony. Aby jednak tak się stało, istnieć muszą określone rozwiązania normatywne. Zdaniem TK w momencie wydania wyroku KKS takich rozwiązań nie przewidywał. Skutkiem prawnym wyroku TK z 29.06.2005 r. było wprowadzenie nowego art. 31 § 1a KKS. Wbrew deklaracjom ustawodawcy nowy przepis oceniony został jako wywołujący liczne wątpliwości interpretacyjne³¹. Cytowany przepis

³⁰ Por. T. Razowski, *Sposób określenia we wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności kwoty uiszczonej przez sprawcę przestępstwa skarbowego*, PS 2004, nr 11-12.

³¹ Por. M. Błaszczuk, *Orzekanie przepadku przedmiotów niebędących własnością sprawcy*, [w:] *Przepadek w polskim prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2016.

został następnie znowelizowany ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 768).

Jeżeli chodzi o poddane kontroli konstytucyjnej przepisy kształtujące postępowanie w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, to w zakresie tej grupy przepisów wydane zostały dwa wyroki – z 9 lipca 2002 r., P 4/01³² dotyczący postępowania w stosunku do nieobecnych oraz omówiony wcześniej wyrok z 15.04.2008 r., P 26/06. Wyrok TK z 9 lipca 2002 r., P 4/01 zapadł w następstwie pytania zadanego przez Sąd Rejonowy, który podniósł zarzut niezgodności przepisów art. 173-177 KKS (postępowanie w stosunku do nieobecnych) z przepisami art. 42 ust. 2 (zasada prawa do obrony) oraz art. 45 ust. 1 KRP (zasada dostępu do sądu). W uzasadnieniu do cytowanego wyroku TK podkreślono, że zarówno przepisy Konstytucji RP, jak również przepisy Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności nie wykluczają postępowania *in absentia*. TK wielokrotnie w swoich orzeczeniach zwracał uwagę na możliwość ograniczenia prawa do sądu (zob. art. 45 ust. 1 KRP). Jak wskazano w wyroku z 9 lipca 2002 r., P 4/01: „ograniczenia te mogą zostać ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku prawnego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji)”. Trzeba przyznać, na co zresztą zwrócił uwagę TK, że przewidziana przez KKS regulacja normatywna dotycząca tego postępowania została określona w taki sposób, aby pomimo licznych modyfikacji przepisów kształtujących przebieg postępowania zachowane zostały podstawowe standardy i zasady postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe (zob. art. 174 KKS). W szczególności należy zwrócić uwagę na rozwiązania normatywne zapewniające prawo do obrony w tym postępowaniu (zob. art. 176 § 1 KKS) czy określające przesłanki tego postępowania (art. 173 KKS)³³. Nie można także, na co wskazał TK, tracić z pola widzenia założenia że „ograniczenia te mają charakter czasowy i są uzależnione wyłącznie od woli sprawcy, który w momencie poddania się ocenie wymiaru sprawiedliwości uzyskuje możliwość powtórzenia procesu karnego skarbowego na zasadach ogólnych”.

Literatura

- Błaszczyk M., *Przepadek w polskim prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2016.
Bogdan G., *Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym*, PS 1997, nr 5, s. 83-93.
Kardas P., Razowski T., Łabuda G., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2017.

³² OTK 2002 nr 4, poz. 52.

³³ Zob. J. Zagrodnik, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Prawo i proces karny skarbowy*, Warszawa 2020, s. 434-435.

- Konarska-Wrzošek V., *Czy utrzymać kryteria nazwowo-parametryczne rozwarstwienia czynów karnych skarbowych w Kodeksie karnym skarbowym*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010.
- Makarewicz J., *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów-Warszawa 1924.
- Mogilnicki A., *Dwutorowość represji karnej przy przestępstwach zwykłych i skarbowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1937, nr 3.
- Raglewski J., *Relacja pojęć „przestępstwo” - „przestępstwo skarbowe” oraz „wykroczenie” - „wykroczenie skarbowe” w polskim systemie prawa karnego materialnego*, Prok. i Prawo 1998, nr 5, s. 99 - 110
- Razowski T., *Sposób określenia we wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności kwoty uiszczonej przez sprawcę przestępstwa skarbowego*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 11-12.
- Siwik Z., *Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu karnego w prawie karnym skarbowym (Studium na tle systemu środków penalnych)*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1987, 23.
- Siwik Z., *Wspólne zasady odpowiedzialności za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe*, „Finanse Komunalne” 2005, Nr 5.
- Siwik Z., *Główne kierunki zmian dokonanych w Kodeksie karnym skarbowym z 1999 r. Ogólna charakterystyka*, [w:] *Kodeks karny skarbowy po dziesięciu latach obowiązywania – ocena i perspektywy zmian*, Wrocław 2010.
- Wilk L., *Szczególne cechy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia podatkowe*, Katowice 2006.
- Wilk L., *W sprawie autonomii materialnego prawa karnego skarbowego*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 8.
- Wilk L., Zagrodnik J., *Prawo i proces karny skarbowy*, Warszawa 2020.
- Włodkowski O., *Leksykon prawa karnego skarbowego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2020.
- Zgoliński I., *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2011.

Renata Cybulska

Uniwersytet Śląski

ORCID 0000-0002-4980-5841

renata.cybulska@gmail.com

Zakres uprawnień rady gminy przy uchwalaniu statutu jednostki pomocniczej. Glosa krytyczna do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 13 sierpnia 2020 r. (III SA/GI 373/20)

W wyroku z dnia 13 sierpnia 2020 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach stwierdził nieważność niektórych postanowień statutu jednostki pomocniczej sołectwa, wskazując, że rada gminy nie była uprawniona do ich uchwalenia. Tym samym wyrok ten dotyczył granic upoważnienia dla rady gminy przy tworzeniu statutu takiej jednostki.

Wskazany wyrok zapadł w następującym stanie faktycznym. Rada Miejska podjęła uchwałę w sprawie przyjęcia statutu sołectwa, którą zaskarżył do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach Prokurator, zarzucając naruszenie prawa poprzez:

- 1) przyjęcie możliwości odstąpienia przez zebranie wiejskie od głosowania w trybie jawnym, na wniosek $\frac{1}{4}$ uprawnionych do głosowania mieszkańców sołectwa;
- 2) wprowadzenie wymogu *quorum* dla ważności uchwały o wyborze sołtysa i rady sołectwej. Dla dokonania ważnego ich wyboru wymagana jest obecność w pierwszym terminie 100 stałych mieszkańców sołectwa uprawnionych do głosowania. Jeżeli w wyznaczonym terminie liczba uczestników zebrania nie spełnia wymogu określonego w ust. 1, zwołujący Zebranie Wiejskie może zarządzić odbycie następnego zebrania wiejskiego w tym samym dniu, po upływie 30 min.

WSA w Gliwicach uznał powyższe zarzuty, stwierdzając nieważność uchwały w przedmiotowym zakresie. Co do pierwszego zarzutu, Sąd odniósł się negatywnie do możliwości ograniczenia głosowania jawnego przez zebranie wiejskie. Powołał się przy tym na przepisy art. 11b i 14 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹, podkreślając, że wprawdzie dotyczą organów gminy, a nie sołectwa, jednakże jawność życia publicznego dotyczy również organów tworzonych przez gminę jednostek pomocniczych. Jest to więc według Sądu postanowienie, które

¹ Dz. U. t.j. z 2020 r., poz. 713.

jako wyjątek od jawności życia publicznego, zawartego również w przepisie art. 61 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej² oraz przepisach ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej³, nie ma umocowania w obowiązujących przepisach.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Sądu w tym zakresie z kilku powodów.

Na wstępie należy podkreślić, że utworzenie jednostki pomocniczej na terenie gminy nie jest obligatoryjne. Decyzja o ewentualnym jej powstaniu mieszcząca się w ramach samodzielności samorządu terytorialnego. Jest to jedna z podstawowych zasad jego funkcjonowania, ponadto jednym z jego aspektów jest także samodzielność w określaniu ustroju danej jednostki samorządu, a w przypadku gmin dodatkowo także ustroju jednostki pomocniczej. Zgodnie z przepisem art. 169 ust. 4 Konstytucji RP ustrój wewnętrzny jednostek samorządu terytorialnego określają, w granicach ustaw, ich organy stanowiące, a podstawową ustawą regulującą ustrój samorządu jest ustawa o samorządzie gminnym. Na podstawie przepisu art. 3 ust. 1 u.s.g. o ustroju gminy stanowi jej statut, a z art. 35 ust. 1 u.s.g. wynika, że organizację i zadania jednostki pomocniczej określa statut takiej jednostki. Dodatkowo, na podstawie przepisu art. 94 Konstytucji, organ samorządu podejmuje akty prawa miejscowego na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie. Statut jednostki pomocniczej stanowi taki właśnie akt prawa miejscowego. Powoduje to, że w razie stwierdzenia, że akt taki istotnie narusza prawo, sąd administracyjny może stwierdzić na podstawie przepisu art. 94 ust. 1 u.s.g. nieważność takiej uchwały w całości lub w części, nawet jeżeli od czasu podjęcia uchwały upłynął rok.

Przepis art. 11b ust. 1 u.s.g. stanowi, że działalność organów gminy jest jawna, a ograniczenia jawności mogą wynikać wyłącznie z ustaw. Natomiast z przepisu art. 14 u.s.g. wynika, że uchwały rady gminy zapadają zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowego składu rady, w głosowaniu jawnym, chyba że ustawa stanowi inaczej. Oba powołane przez Sąd przepisy dotyczą wyłącznie organów gminy. Nie ma więc podstawy do stosowania do zebrania wiejskiego przepisów dotyczących zasady jawności głosowania rady gminy. Tak wskazał też WSA w Gliwicach: „Stosownie do art. 11b ust. 1 u.s.g. działalność organów gminy jest jawna. Ograniczenia jawności mogą wynikać wyłącznie z ustaw. Stosownie zaś do art. 11a ust. 1 u.s.g. organami gminy są rada gminy i wójt (burmistrz, prezydent miasta). Treść powołanego przepisu jest jasna i ponad wszelką wątpliwość wynika z niego, że podmiotom innym niż w nim wymienione nie przysługuje przymiot organu gminy, nie dotyczą ich zatem żadne zakazy w zakresie ograniczenia jawności. Skoro ani sołtys, ani rada sołecka, ani wreszcie zebranie wiejskie nie są organami

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. 1997, Nr 78, poz. 483, zwana dalej: Konstytucja RP.

³ Dz. U. 2020 r., poz. 2176, zwana dalej: u.d.i.p.

gminy, zatem zasada ta nie odnosi się do nich”⁴. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd zasadnie podniósł, że członkowie zebrania wiejskiego to stali mieszkańcy danej jednostki pomocniczej. Tym samym są to osoby prywatne, niepiastujące funkcji publicznych, a prawo do prywatności gwarantowane jest przez art. 47 Konstytucji, co odróżnia ich od radnych, którzy są osobami pełniącymi funkcje publiczne. Sąd dodał, że „w niewielkiej społeczności, jaką jest sołectwo, wprowadzenie głosowania tajnego w niektórych sytuacjach, np. w przypadku kwestii dotyczących choćby pośrednio zagadnień personalnych, światopoglądowych czy innych kontrowersyjnych w danym środowisku, może być wręcz gwarantem swobodnego i nieskrępowanego aktu głosowania i służyć realizacji zasad demokracji, nie mówiąc już o wzmiankowanym prawie do prywatności. Ustawowym prawem mieszkańców sołectwa jest prawo do głosowania, a ponieważ obowiązek jego jawności nie wynika z ustawy, to nie można go narzucić”⁵. Na ten aspekt zwrócił również uwagę Marcin Rulka, który podkreślił, że uczestnicy zebrania wiejskiego, nie są – w przeciwieństwie do radnych – przedstawicielami mieszkańców jednostki pomocniczej. Każdy występuje bowiem we własnym imieniu⁶.

Należy też podkreślić, że już z przepisu art. 7 Konstytucji RP wynika, iż organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Gdyby więc ustawodawca chciał takie same zasady wprowadzić dla organów jednostek pomocniczych, to uczyniłby to *expressis verbis* w ustawie. Tym samym przepisy powołane przez Sąd nie mogą mieć zastosowania wobec uprawnionych do głosowania mieszkańców sołectwa, którzy są obecni na zebraniu wiejskim. Zebranie nie jest bowiem organem gminy, o którym mowa w powołanych przez Sąd podstawach prawnych. Powoduje to m.in. brak możliwości stosowania przepisów dotyczących organu gminy do innego organu jednostki pomocniczej. Brak jest też możliwości zastosowania wniosku *per analogiam*. Jednym z założeń leżących u podstaw owego wniosku jest to, że służyć ma wypełnieniu tzw. luk w prawie⁷. Może być dodatkowo stosowane tylko w szczególnych przypadkach, ponieważ konsekwencje prawne stosowania tego rodzaju wniosku nie mają podstaw w przepisach⁸. Tymczasem w omawianym zakresie nie ma luki w prawie, albowiem ustawodawca upoważnił radę gminy w przepisie art. 35 ust. 3 u.s.g. do uchwalenia statutu jednostki pomocniczej, w tym w szczególności:

⁴ Wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., III SA/G1 108/21, CBOSA.

⁵ Wyrok z dnia 28 kwietnia 2021 r., III SA/G1 108/21, CBOSA.

⁶ M. Rulka, *W sprawie prawa zebrania wiejskiego do utajnienia swojego głosowania. Glosa do wyroku WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 kwietnia 2016 r.*, II SA/Go 227/16, *OwSS 1/2017*, s. 118.

⁷ Por. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2009, s. 243.

⁸ M. Hotel, A. Rychlewska, *Analogia jako metoda prawnicza*, „Kwartalnik Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia” 2/2015, s. 35.

- 1) nazwy i obszaru jednostki pomocniczej;
- 2) zasad i trybu wyborów organów jednostki pomocniczej;
- 3) organizacji i zadań organów jednostki pomocniczej;
- 4) zakres zadań przekazywanych jednostce przez gminę oraz sposób ich realizacji;
- 5) zakres i formy kontroli oraz nadzoru organów gminy nad działalnością organów jednostki pomocniczej.

Określenie „w szczególności” powoduje, że katalog elementów statutowych jest otwarty, a rada gminy może doprecyzować zasady funkcjonowania jednostki pomocniczej również w zakresie jawności działania jej organów, zwłaszcza jeśli nie jest to określone w przepisach powszechnie obowiązujących. Powołane w art. 35 ust. 3 u.s.g. elementy statutu mają bowiem charakter obligatoryjny pozostałe zaś – charakter fakultatywny⁹. Takie stanowisko potwierdza też judykatura: „O ile użycie w nim przez ustawodawcę zwrotu «w szczególności» bezspornie wskazuje, że w zakresie przedmiotowym nie tworzy on zamkniętego katalogu elementów kształtujących treść statutu sołectwa, o tyle jednocześnie wymaga, aby statut jednostki pomocniczej gminy regulował wszystkie kwestie określone w art. 35 ust. 3 cyt. ustawy. Pominięcie przez radę gminy któregoś z wymienionych elementów statutu skutkuje brakiem pełnej realizacji upoważnienia ustawowego i ma istotny wpływ na ocenę zgodności z prawem podjętego aktu. Rada gminy obowiązana jest bowiem przestrzegać zakresu upoważnienia, udzielonego jej przez ustawę. Niewyczerpanie zakresu przedmiotowego przekazanego przez ustawodawcę do uregulowania w drodze uchwały skutkuje istotnym naruszeniem prawa”¹⁰. Tak więc rada gminy musi w statucie uwzględnić elementy obligatoryjne, a jednocześnie może uregulować materię nieobjętą regulacją art. 35 ust. 3 u.s.g. i nieujęta w przepisach powszechnie obowiązujących. Ten aspekt podkreślił również WSA w Opolu, stwierdzając, że użycie w art. 35 ust. 1 u.s.g. przez ustawodawcę zwrotu „w szczególności” wskazuje, że w zakresie przedmiotowym nie ma zamkniętego katalogu elementów kształtujących treść statutu sołectwa. Użycie wyrażenia „w szczególności” oznacza, że przepis art. 35 ust. 3 u.s.g. nie tworzy katalogu zamkniętego w zakresie tworzenia statutu jednostki pomocniczej¹¹. Co więcej, jak słusznie wskazuje A. Skoczylas, ustrój poszczególnych jednostek pomocniczych gminy może być różny, co wynika również z zasady decentralizacji ustroju terytorialnego, wynikającego z art. 15 Konstytucji RP¹². Dlatego też „statut jednostki pomocniczej powinien uwzględ-

⁹ M. Augustyniak, [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2021, s. 631.

¹⁰ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 29 listopada 2016 r., IV SA/G1 372/16, LEX nr 2176928.

¹¹ K. Rokicka-Maruszewska, [w:] *Ustawy samorządowe. Komentarz*, red. S. Gajewski i A. Jakubowski, Warszawa 2018, s. 490.

¹² A. Skoczylas, [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, Warszawa 2011, s. 406.

niać jej charakter demograficzny, terytorialny, gospodarczy”¹³. Przekroczenie przez radę upoważnienia ustawowego w tej materii miałyby miejsce wówczas, gdyby organ ten podjął uchwałę, w której postanowienia byłyby sprzeczne z przepisami powszechnie obowiązującymi, np. zmieniając nazwę organu uchwałodawczego sołectwa czy też sposób wyboru organu, który jest już uregulowany w ustawie. W pozostałym, nieregulowanym zakresie rada ma swobodę tworzenia przepisów, które pozwolą skutecznie działać organom danej jednostki pomocniczej w realizacji przekazanych im zadań. W ten zakres wchodzi także możliwość podejmowania uchwał w głosowaniu tajnym, jak i wskazanie *quorum* w przypadku wyboru sołtysa i rady sołeckiej, jako materię nieregulowaną w ustawie. Nie można zgodzić się więc ze stwierdzeniem Sądu, że dopuszczenie w statucie możliwości tajnego głosowania „stanowi więc określenie niemającego ustawowego umocowania wyjątku od zasady jawności życia publicznego i powszechnego dostępu do informacji [...]”. Jawność działania organów sołectwa nie została bowiem ograniczona. Z kolei jawność życia publicznego została zagwarantowana w art. 61 Konstytucji RP, na mocy którego obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, a zakres ten obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu. Jerzy Korczak wskazuje, że dotyczy to też obrad w innym trybie niż stacjonarnym¹⁴.

Zaskarżony statut nie zawiera ograniczeń w tym zakresie. W omawianej sprawie nie bez znaczenia też jest to, że sądy administracyjne, zgodnie z treścią art. 1 § 1 i 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁵ w związku z art. 3 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁶ sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej, przy czym kontrola ta sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej. W tym zakresie Sąd w żaden sposób nie wykazał, w jaki sposób przedmiotowa regulacja statutowa narusza prawo i to w sposób istotny. Tym samym, powoływanie się w sposób ogólnikowy i lakoniczny wyłącznie na zasadę jawności określoną w Konstytucji RP oraz u.d.i.p. nie może być uznane za wypełnienie dyspozycji tego przepisu. Przede wszystkim jednak nie znajduje uzasadnienia po-

¹³ M. Błażejczyk, A. Jurewicz, B. Kozłowska, K. Strózczyk, *Samorząd mieszkańców wsi w systemie samorządu terytorialnego*, PIP 8/1990, s. 35, za: P. Chmielnicki (red.), *Komentarz do ustawy o samorządzie gminnym*, Warszawa 2004, s. 258.

¹⁴ J. Korczak, *Zasada jawności działania organów jednostek samorządu terytorialnego*, NZS 5/14, s. 82.

¹⁵ T.j. Dz. U. 2021 r., poz. 137.

¹⁶ T.j. Dz. U. 2019 r., poz. 2325.

wołanie się na przepisy dotyczące organów gminy przy analizie zasad głosowania przez organ jednostki pomocniczej.

Odnosnie do zarzutu wprowadzenia *quorum* dla ważności uchwały o wyborze sołtysa i rady sołeckiej należy najpierw podkreślić, że rada gminy dysponuje w tym zakresie samodzielnością wynikającą wprost z art. 169 ust. 4 Konstytucji RP. Dlatego też, ustawodawca w niewielkim zakresie uregulował status prawny organów sołectwa i tryb ich działania. Doprecyzowanie pozostawił bowiem radzie gminy, która na podstawie art. 35 u.s.g. może ustalić zasady ich działania oraz zasady i tryb ich wyboru. Jednakże WSA w Gliwicach wskazał, że brak jest podstawy prawnej do przyjęcia wprowadzeniu wymogu *quorum* dla ważności uchwały o wyborze sołtysa i rady sołeckiej. Dodatkowo Sąd wskazał, że przepis art. 36 ust. 2 u.s.g., który stanowi, że sołtys oraz członkowie rady sołeckiej wybierani są w głosowaniu tajnym, bezpośrednim, spośród nieograniczonej liczby kandydatów przez stałych mieszkańców sołectwa uprawnionych do głosowania, jest przepisem kompleksowym i nie wymaga uzupełnień, np. w postaci *quorum*. Analiza przepisu art. 36 ust. 2 u.s.g. nasuwa wręcz odwrotne wnioski. Nie jest w nim bowiem określone *quorum* niezbędne dla podejmowania uchwał, a co za tym idzie, wskazana norma prawna pozostawia właśnie radzie gminy prawo do uregulowania w statucie sołectwa m.in. zasad i trybu wyborów organów jednostki pomocniczej. Określając zasady i tryb wyborów organów jednostek pomocniczych rada powinna dookreślić te sprawy, które nie są uregulowane w u.s.g.¹⁷. Oznacza to, że jako sprawa nieuregulowana w ustawie nie tylko może, ale wręcz powinna być uregulowana w statucie. „Statut jednostki pomocniczej to podstawowy jej akt ustrojowy, który określa w szczególności organizację wewnętrzną jednostki oraz tryb pracy jej organów”¹⁸. Uznać zatem należy, że w przedmiotowym statucie organ stanowiący wprowadzając kryterium *quorum* nie dokonał modyfikacji elementów zawartych w przepisie art. 36 ust. 2 u.s.g. Co więcej, jako sprawa nieuregulowana w ustawie, na mocy art. 35 ust. 2 u.s.g. została doprecyzowana właśnie w statucie, mając na względzie choćby ilość członków danego zebrania wiejskiego. Brak takiej regulacji nasuwałby wręcz pytanie o ważność takiego głosowania. Dodatkowo brak takiego postanowienia statutowego mógłby prowadzić do sytuacji, w której wyboru sołtysa dokona niewielka liczba członków zebrania wiejskiego (np. dwóch), nieodzwierciedlająca woli uprawnionych osób. Jest to więc doprecyzowanie normy prawnej, a nie jak stwierdził Sąd – jej modyfikacja. Jak słusznie bowiem wskazał WSA w Poznaniu, „określenie kworum dla «ważności» zebrania wiejskiego jest dopuszczalne i mieści się w pojęciu «organizacji organów jednostki pomocniczej» w rozumieniu art.

¹⁷ Por. K. Rokicka-Maruszewska, [w:] *Ustawy samorządowe. Komentarz*, red. S. Gajewski, A. Jakubowski, Warszawa 2018, s. 491.

¹⁸ M. Augustyniak, *Jednostki pomocnicze gminy*, Warszawa 2010, s. 164.

35 ust. 3 pkt 3 u.s.g.¹⁹. Takie stanowisko można też znaleźć w doktrynie, bowiem według Barbary Jaworskiej-Dębskiej „w statucie sołectwa powinna być określona minimalna liczba stałych mieszkańców sołectwa stanowiących zebranie wiejskie po to, aby następnie można było ocenić, czy w konkretnym przypadku Uchwały została podjęta przez organ uchwałodawczy sołectwa, czy też przez podmiot, który takiego statusu nie ma”²⁰.

Jak stwierdził WSA w Kielcach, „Nie można przyjąć, że skoro przepis art. 36 ust. 2 u.s.g. reguluje tryb wyboru sołtysa i członków rady sołeckiej, to ma on także zastosowanie do odwołania tych osób, a także do powołania i odwołania komisji. Gdyby ustawodawca zamierzał objąć ustawową regulacją także odwołanie sołtysa lub rady sołeckiej, to uczyniłby to w ustawie”²¹. Wyrok ten, odnoszący się również do zasad wyboru i odwołania sołtysa, potwierdza prezentowane w niniejszej glosie stanowisko, że rada gminy może dookreślić w statucie tę materię, której nie reguluje ustawa. Mogą być zatem uregulowane wszystkie zagadnienia związane z funkcjonowaniem danej jednostki, o ile tylko nie naruszają przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Również w doktrynie wskazuje się, że „zakres swobody rady gminy przy ustalaniu statutu jednostki pomocniczej odnosi się zatem wyłącznie do kwestii określonych w ustawie jako fakultatywne oraz do kwestii nie unormowanych ustawowo”²². Jak wskazał WSA w Gliwicach, „co prawda w sytuacji, gdy racjonalny ustawodawca przekazał radzie gminy prawo do ustalenia zasad i trybu wyborów, to nie oznacza to, że nie może ona wprowadzać niczego, co nie posiada wyraźnego odniesienia w ustawie (np. *quorum* dla ważności wyborów), bo wówczas tak ogólnie sformułowana delegacja ustawowa byłaby w istocie martwa. Przeciwnie – biorąc pod uwagę samodzielność gminy – ma prawo wprowadzać takie regulacje zasad i trybu wyborów, jakie uzna za zasadne i celowe, o ile tylko nie naruszają przepisów bezwzględnie obowiązujących”²³. Tym samym zarzut przekroczenia upoważnienia ustawowego w zakresie wprowadzenia wymogu *quorum* przy wyborze sołtysa i rady sołeckiej jest chybiony.

Wskazując na powyższe, nie powinno budzić wątpliwości, że ustawodawca dał radzie gminy szeroką możliwość uregulowania w statucie tego, czego nie obejmuje ustawa. Skoro w u.s.g. nie doprecyzowano zasad i trybu działania oraz wyboru organów jednostek pomocniczych, to musi to zrobić właśnie konkretna rada gminy w akcie prawa miejscowego, jakim jest statut, mając na względzie specyfikę gminy oraz tworzonych na jej terytorium jednostek pomocniczych. Granice upo-

¹⁹ Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 17 marca 2021 r., IV SA/po 1358/20, LEX nr 3161281.

²⁰ B. Jaworska-Dębska, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2013, LEX/el.

²¹ Wyrok z dnia 19.02.2020 r., LEX nr 2814570.

²² B. Jaworska-Dębska, [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2013, LEX/el.

²³ Wyrok z dnia 14 kwietnia 2021 r., III SA/G1 105/21, LEX nr 3176237.

ważnienia nie odnoszą się wyłączenie do obligatoryjnych elementów wskazanych w przepisie art. 35 ust. 2 u.s.g., ale uwzględniają też postanowienia fakultatywne, jakie dopuścił ustawodawca poprzez użycie sformułowania „w szczególności”, jeśli nie są uregulowane w ustawie. W przedmiotowej sprawie nie można dostrzec sprzeczności z jakimkolwiek przepisem powszechnie obowiązującym, dlatego należy uznać prezentowane stanowisko Sądu w omawianym orzeczeniu za nietrafne.

Literatura

- Augustyniak M., *Jednostki pomocnicze gminy*, Warszawa 2010.
- Błażejczyk M., Jurewicz A., Kozłowska B., Strózczyk K., *Samorząd mieszkańców wsi w systemie samorządu terytorialnego*, „Państwo i Prawo” 1990, z. 8.
- Hotel M., Rychlewska A., *Analogia jako metoda prawnicza*, „Kwartalnik Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia” 2015, 2.
- Jaworska-Dębska B., *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Korczak J., *Zasada jawności działania organów jednostek samorządu terytorialnego*, NZS 5/14.
- Rokicka-Maruszewska K., [w:] *Ustawy samorządowe. Komentarz*, red. S. Gajewski, A. Jakubowski, Warszawa 2018.
- Rulka M., *W sprawie prawa zebrania wiejskiego do utajnienia swojego głosowania. Glosa do wyroku WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 kwietnia 2016 r., II SA/Go 227/16, OwSS 1/2017*.
- Skoczylas A., [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, Warszawa 2011.
- Ziemiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 2009.