

Wrocław 08 października 2018 r.

Prof. zw. dr hab. Mariusz Jabłoński  
Wrocław

## Opinia prawna w przedmiocie ustalenia:

"Czy art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych i art. 11 § 2 pkt 1 ustawy – Kodeks wyborczy, w brzmieniu obowiązującym na dzień 27 września 2018 r., należy interpretować jako oznaczające, że osoba skazana prawomocnym wyrokiem na karę grzywny za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego może kandydować na urząd prezydenta miasta, a także w razie uzyskania mandatu może pełnić tę funkcję oraz otrzymywać wynagrodzenie prezydenta miasta?"

### 1. Stan prawny

W myśl art. 11 § 2 pkt 1 ustawy z 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (Dz. U. t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 754, 1000, 1349), dotyczącego wszystkich procedur wyborczych, prawa wybieralności w wyborach nie ma osoba skazana prawomocnym wyrokiem na karę pozbawienia wolności za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe. Zatem by mówić o zaistnieniu negatywnej przesłanki biernego prawa wyborczego w sferze związanej z niekaralnością kandydata na prezydenta miasta (wójta, burmistrza) nie może dojść do kumulatywnego spełnienia czterech warunków, tj. 1) skazania, 2) prawomocnym wyrokiem, 3) na karę pozbawienia wolności, 4) za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe. Jak się zatem słusznie podkreśla w doktrynie „spełnienie trzech czy dwóch ze wskazanych warunków nie spowoduje utraty biernego prawa wyborczego w wyborach na wójta (prawa wybieralności)” (A.Rzetecka-Gil, *Konsekwencje ukarania karą grzywny za przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego z perspektywy możliwości pełnienia funkcji wójta, burmistrza, prezydenta miasta*, MOP 2018, Nr 18, Legalis). Bez wątplenia zatem osoba skazana prawomocnym wyrokiem na karę pozbawienia wolności za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe nie może kandydować w wyborach na prezydenta miasta (wójta, burmistrza). W świetle orzecznictwa sądów administracyjnych taki skutek pociąga za sobą

zarówno wyrok skazujący na bezwzględną karę pozbawienia wolności, jak i zawieszający jej wykonanie na okres próby (por. np. wyrok WSA w Gliwicach z 10 czerwca 2016 r., IV SA/GI 343/16 czy wyrok WSA w Poznaniu z 19 czerwca 2018, IV SA/Po 315/18).

Natomiast skazanie prawomocnie na karę pozbawienia wolności za nieumyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe bądź na karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub przestępstwo skarbowe wyrokiem nieprawomocnym nie powoduje utraty prawa wybieralności. W tym drugim przypadku jednak skutek ten nastąpi w chwilę uprawomocnienia się wyroku sądu, zaś po wyborach jego konsekwencją byłoby wygaśnięcie mandatu. W świetle tak sformułowanego przepisu art. 11 § 2 pkt 1 ustawy - Kodeks wyborczy również skazanie prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe na karę inną niż kara pozbawienia wolności, w tym w szczególności na karę grzywny (a także karę ograniczenia wolności), nie stanowi przesłanki negatywnej kandydowania w wyborach na prezydenta miasta (wójta, burmistrza) i skutecznego nabycia i objęcia mandatu w wyniku wygranej w tych wyborach.

Tymczasem art. 6 ust. 2 ustawy z 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych wśród wymogów stawianych pracownikom samorządowym (t.j. Dz. U. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1260 i 1669) stanowi, że pracownikiem samorządowym zatrudnionym na podstawie wyboru lub powołania może być osoba, która spełnia wymagania określone w ust. 1 w tym przepisie oraz nie była skazana prawomocnym wyrokiem sądu za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe. Z wyraźnego brzmienia art. 4 ust. 1 pkt 1c tej ustawy wynika natomiast, że prezydent miasta (wójt, burmistrz) zatrudniani są w urzędzie gminy na podstawie wyboru.

Przesłanka negatywna, o której mowa w powyższym przepisie składa się zatem - w przeciwieństwie do art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego - „z trzech elementów (warunków), których tylko łączne (kumulatywne) spełnienie spowoduje, że będziemy mieli do czynienia ze spełnieniem się negatywnego warunku zatrudnienia z wyboru wójta” (A.Rzetecka-Gil, *Konsekwencje ukarania..., op. cit.*). Są to mianowicie: 1) skazanie, 2) prawomocnym wyrokiem, 3) za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe. Podobnie jak w przypadku art. 11 § 2 pkt 1 ustawy - Kodeks wyborczy wystąpienie jednego lub dwóch ze wskazanych elementów będzie obojętne z perspektywy ziszczenia się negatywnego warunku biernego prawa wyborczego.

Nie ma także wątpliwości, że „nie jest przeszkodą do nawiązania i pozostawania w stosunku pracy na podstawie wyboru lub powołania skazanie za: umyślne przestępstwo ścigane

z oskarżenia prywatnego (np. znieważenie - art. 216 k.k., naruszenie nietykalności cielesnej - art. 217 k.k.), przestępstwo nieumyślne, wykroczenie i wykroczenie skarbowe (port. M. Rycak, A. Rycka, J. Stelina, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 48). Należy zauważyć, że przepis art. 6 ust. 2 obowiązywał od momentu wejścia w życie ustawy o pracownikach samorządowych. Początkowo jednak prawomocne skazanie za jakiegokolwiek przestępstwo umyślne - zarówno ścigane z urzędu, jak i z oskarżenia prywatnego - miało skutkować niemożnością zatrudnienia na stanowisku urzędniczym (A. Piskorz-Ryń, I. Ślęczkowska, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Wrocław 2009, s. 48). Bez znaczenia była zatem okoliczność, czy popełnione przestępstwo miało charakter ściganego z oskarżenia publicznego, czy prywatnego (A. Rzetecka-Gil, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 68). Później istotnie zawężono katalog przestępstw (tylko do ściganych z oskarżenia publicznego), których skutkiem jest zakaz pełnienia funkcji z wyboru lub powołania.

## 2. Analiza merytoryczna

W świetle powyższego, pomimo istnienia pomiędzy analizowanymi przepisami punktów stycznych „w postaci tych samych (identycznych) trzech warunków definiujących karalność – wprowadzony przez ustawodawcę w KodeksWyb dodatkowy wymóg co do skazania „na karę pozbawienia wolności”, przy braku takiego wymogu w PracSamU, powoduje, że zakres tych uregulowań jest inny. A ściślej: inny jest zakres warunku niekaralności zdefiniowany w tych unormowaniach” (A.Rzetecka-Gil, *Konsekwencje ukarania..., op. cit.*). Oznacza to, że literalna wykładnia obu przepisów, przeprowadzona bez uwzględnienia innych metod wykładni, a więc wykładni systemowej i funkcjonalnej (w tym aksjologicznej) doprowadzić może do wniosku, że „osoba, która spełni warunek niekaralności z KodeksWyb, może być osobą karaną w rozumieniu PracSamU (ale nigdy odwrotnie). Wystarczy, że dojdzie do sytuacji prawomocnego skazania – za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe – na inną karę niż pozbawienie wolności. Tym samym ustawodawca warunek niekaralności w KodeksWyb zdefiniował w sposób węższy (a w konsekwencji łagodniejszy) niż w PracSamU (*ibidem*).

Słusznie zatem wskazuje się na brak „elementarnej synchronizacji” powołanych przepisów ustaw, który jest „szczególnie rażący, jako że dotyczy materii związanej z prawem wyborczym, a w konsekwencji realizacji przez obywateli praw chronionych przez Konstytucję RP” (*ibidem*). Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że taki stan rzeczy jest znany ustawodawcy od dawna. Na niespójność, czy wręcz sprzeczność art. 11 § 2 pkt 1 ustawy –

Kodeks wyborczy oraz art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych w 2016 r. zwracał uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich w wystąpieniu do Przewodniczącego Państwowej Komisji Wyborczej Wojciecha Hermelińskiego (wystąpienie z 1 czerwca 2016 r., VII.602.61.2014.JZ). Również wcześniej wielokrotnie wskazywano na patologiczną sytuację, do której powstania dopuścił ustawodawca, i którą toleruje od kilku lat. Ujawniła się ona zresztą już przy okazji wyborów samorządowych z 2014 r., które były pierwszymi wyborami zorganizowanymi na podstawie przepisów Kodeksu wyborczego z 2011 r. (*Kłopot z wyborem skazanego wójta*, „Rzeczpospolita” 6 listopada 2014 r., J. Gortyński, *Nie trzeba odbywać kary więzienia, aby stracić mandat*, SAS 1 / 2016,

<http://www.doradcasamorządu.pl/komunikaty/92-sas1-2016/2475-nie-trzeba-odbywa%C4%87-kary-wi%C4%99zienia,-aby-straci%C4%87-mandat.html>, *Czy przestępca może zostać wójtem?*, [https://samorząd.infor.pl/sektor/organizacja/ustroj\\_i\\_jednostki/1534381,Czy-przestepca-moze-zostac-wojtem.html](https://samorząd.infor.pl/sektor/organizacja/ustroj_i_jednostki/1534381,Czy-przestepca-moze-zostac-wojtem.html)).

Jak wskazano w odpowiedzi na problem podniesiony przez RPO, „Państwowej Komisji Wyborczej znana jest przedstawiona przez Pana Rzecznika kwestia dotycząca braku spójności pomiędzy art. 6 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych oraz art. 11 § 2 pkt 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy. Należy jednak zwrócić uwagę, że kwestie związane z przestrzeganiem powołanej ustawy wyżej ustawy o pracownikach samorządowych, w tym sprawy dotyczące zatrudniania pracowników samorządowych na podstawie wyboru, a zatem wójtów (burmistrzów, prezydentów miast), nie należą do kompetencji Państwowej Komisji Wyborczej. [...]. Jednak Państwowa Komisja Wyborcza wyraża pogląd, że kwestia braku spójności przepisów ustawy o pracownikach samorządowych i Kodeksu wyborczego powinna być poddana pod rozagę ustawodawcy, który z kolei powinien dążyć do usunięcia ewentualnych niespójności i rozbieżności”.

W konsekwencji stanowiska przewodniczącego PKW Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Przewodniczącego Komisji Samorządu Terytorialnego i Polityki Regionalnej Sejmu o rozważanie dokonania koniecznych zmian w prawie. Pomimo tego do dnia dzisiejszego nie powstał - jak wiadomo - żaden projekt ustawy, który miałby na celu usunięcie konfliktu (sprzeczności) przepisów kodeksu wyborczego i ustawy o pracownikach samorządowych. Jest to tym bardziej zaskakujące, że inny zakres warunku niekaralności zawartego w analizowanych przepisach rodzi i zapewne będzie rodził w przyszłości poważne problemy w procesie stosowania prawa. Na potrzebę - dotąd niezrealizowaną - zainicjowania działań legislacyjnych w obrębie praw wyborczych w omawianej tutaj materii, wypracowanych

poprzez współdziałanie właściwej komisji parlamentarnej z przedstawicielami Państwowej Komisji Wyborczej wskazywano w odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji na interpelację nr 9704 w sprawie nowelizacji ustawy - Kodeks wyborczy z 7 marca 2017 r.).

Problem ten nie był także do tej pory szczególnie rozważany w doktrynie, w tym zwłaszcza w opracowaniach komentarzowych. Sprowadza się on do odpowiedzi na pytanie, czy konflikt przepisów art. 11 § 2 pkt 1 ustawy – Kodeks wyborczy oraz art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych można rozwiązać w drodze wykładni poprzez zastosowanie znanych w prawoznawstwie reguł kolizyjnych, czy też należy uznać, że nie mają one zastosowania z uwagi na odmienną materię regulowaną w powyższych przepisach. W takim przypadku ewentualnego usunięcia wspomnianego braku „synchronizacji”, czy niespójności (sprzeczności) między nimi mógłby dokonać jedynie ustawodawca. Zatem do tego czasu należałoby je interpretować i stosować odrębnie jako przepisy o innych zakresach podmiotowych i przedmiotowych.

Pierwszy wariant oznaczałaby możliwość zastosowania reguł kolizyjnych: *lex specialis derogat legi generali* oraz *lex posteriori derogat legi priori*. Należy zauważyć, że do kwestii rozwiązania tzw. poziomej sprzeczności w prawie odniósł się TK w wyroku K 8/07, w którym ocenił konstytucyjność regulacji przewidującej wygaśnięcie mandatu wskutek nieterminowego złożenia oświadczenia majątkowego. Zwrócił uwagę, że kwestionowana regulacja (utrata mandatu za niezłożenie oświadczeń majątkowych w ustawowo określonych terminach) współistniała równolegle z regulacją wcześniejszą, która tak daleko idącej sankcji nie przewidywała. Podzielił ocenę wnioskodawców, iż współistnienie tych przepisów może być źródłem rozbieżności interpretacyjnych i trudności aplikacyjnych”. Niemniej uznał, że TK „kontrolując konstytucyjność zaskarżonych norm, nie obejmuje swoją kognicją rozwiązywania kwestii poziomej niespójności przepisów ustawowych” (por. też tam powołane wcześniejsze orzecznictwo TK). Jak wskazał: „Sprzeczność, o której mowa, nie ma takiego charakteru, który uniemożliwiałby jej usunięcie za pomocą dopuszczalnych reguł wykładni prawa. Kwestie wykładni należą zaś (jeśli chodzi o wykładnię operacyjną) do organów stosujących prawo, nie zaś do Trybunału Konstytucyjnego”. Jak podkreślił: „Istnienie niespójności poziomych w systemie prawa - niepożądanych z punktu widzenia jakości i operacyjnej sprawności systemu - wymaga przede wszystkim zastosowania odpowiednich reguł kolizyjnych (usuwających rzeczywiste i pozorne zbiegi norm), w ramach wykładni prawa. Jest to domena sądów orzekających o stosowaniu prawa, w tym także sądów administracyjnych (...)”. W kontekście podnoszonych w rozważanej tutaj kwestii argumentów, że jedynym wyjściem z „patowej”

sytuacji jest oczekiwanie na reakcję ustawodawcy, istotne jest stwierdzenie TK wyrażone w wyroku K 8/07, że „w wypadku niejednoznaczności przepisów lub wewnętrznych sprzeczności występujących w systemie prawa (pozioma sprzeczność przepisów) organy stosujące prawo (stające wobec dylematu, który z kolidujących przepisów zastosować) muszą w drodze interpretacji same usunąć istniejące kolizje. O ile Trybunał Konstytucyjny orzeka tylko w wypadku kolizji pionowych (sprzeczność z aktem wyższej rangi), o tyle sądy i organy bezpośrednio stosujące prawo są zobowiązane - w wypadku dostrzeżenia sprzeczności horyzontalnej, niejednoznaczności, interferencji normowania - doprowadzić w drodze interpretacji do ładu legislacyjnego i usunięcia sprzeczności w drodze interpretacji. Zauważyć też należy, że wykładnia językowa zawodzi wówczas, gdy problem interpretacyjny pojawia się na tle interferencji norm, wtedy nawet jasność wniosku co do odczytania przepisu nie usuwa kolizji. Sens przepisów daje się bowiem odczytać jasno, jednak nie usuwa to wątpliwości wynikających z istnienia kilku odczytań. (...) W takim wypadku z oczywistych względów nie można poprzestać na gramatycznym brzmieniu jednego z przepisów, lecz należy użyć wykładni systemowej, z wykorzystaniem reguł interferencyjnych wynikających z hierarchii źródeł prawa (czasowej - *lex posterior derogat legi anteriori* - ta zasada interpretacyjna wymaga istnienia przepisów w pełni tożsamy zakresowo; przedmiotowej - *lex specialis derogat legi generali* - przy pełnej tożsamości hipotez; hierarchicznej - *lex superior derogat legi inferiori*)”.

W świetle przywołanego stanowiska TK i poglądów doktryny warunkiem zastosowania zasady *lex specialis derogat legi generali* (przepis szczególny uchyla przepis ogólny) „jest istnienie takiej samej klasy faktów prawnych (takiej samej sytuacji prawnej), z tą różnicą, że z jednej strony, będziemy mieli do czynienia z daną klasą faktów rozumianą całościowo, zaś z drugiej – jako jej wycinek” (A. Rzetecka-Gil, *Konsekwencje ukarania...*, *op. cit.*). W konsekwencji, w kwestii możliwości zastosowania tej reguły kolizyjnej do rozstrzygnięcia poziomej sprzeczności między art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego oraz art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych w doktrynie zdania są podzielone.

Według pierwszego, o ile można było ewentualnie uznać, że *lex specialis* względem ustawy o pracownikach samorządowych stanowiła ustawa z 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza, prezydenta miasta (będących pracownikami samorządowymi), o tyle takiego charakteru nie ma ustawa - kodeks wyborczy, ponieważ reguluje ona zasady wyboru nie tylko wójtów, burmistrzów czy prezydentów miast, ale także radnych, posłów, senatorów czy deputowanych do Parlamentu Europejskiego, którzy bez wątpienia nie są pracownikami samorządowymi (S. Płażek, za: M. Cyrankiewicz, *Praca w samorządzie: wójt może być kryminalistą*, <https://www.rp.pl/Urzednicy/307129970-Praca-w-samorzadzcie-wojt-moze-byc-kryminalista>).

kryminalista.html , 12.07.2016). Wedle tego poglądu zatem ustawy te normują różną materię. Kodeks wyborczy reguluje kwestie biernego prawa wyborczego kandydata na prezydenta miasta (wójta, burmistrza), natomiast ustawa o pracownikach samorządowych kwalifikacje urzędnicze osoby, która ma być zatrudniona na stanowisku prezydenta miasta (wójta, burmistrza) - tak też A. Rzetecka-Gil, *Konsekwencje ukarania...*, *op. cit.*). W konsekwencji - jak się podkreśla - są to dwie odrębne regulacje prawne, w których ustawodawca unormował zupełnie inne sytuacje prawne. Oznaczałoby to, że nie ma podstaw, by w konsekwencji zastosowania reguł kolizyjnych (*lex specialis derogat legi generali i lex posterior derogat legi anteriori*) nie zastosować któregośkolwiek z pozostających w sprzeczności przepisów, a zwłaszcza by uznać, że art. 11 § 2 kodeksu wyborczego uchyla art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych.

Taki pogląd oznaczałby przyjęcie bardzo dyskusyjnego wyniku określenia wzajemnej relacji przepisów obu ustaw, wedle którego skazanie za przestępstwo umyślne ścigane oskarżenia publicznego na karę inną niż kara pozbawienia wolności (w tym karę grzywny) pozwalałaby na kandydowanie w wyborach na prezydenta miasta (wójta, burmistrza) i objęcie mandatu, natomiast uniemożliwiałoby nawiązanie stosunku pracy z osobą wybraną przez społeczność lokalną w legalnie przeprowadzonych wyborach powszechnych. Nie ma oczywiście żadnych wątpliwości, że wskazaną kolizję przepisów ustawodawca powinien jak najszybciej usunąć. Nie oznacza to jednak, że w chwili obecnej jedynym wyjściem jest interwencja ustawodawcy, prowadząca do odpowiedniej modyfikacji warunku niekaralności wyrażonego w art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych (tak A. Rzetecka-Gil, *Konsekwencje ukarania...*, *op. cit.*). Tym bardziej, że - jak wspomniano - ustawodawca od lat nie wykazuje woli działania w tym zakresie. W takiej sytuacji - jak podkreślił także TK w wyroku K 8/07 - problemem poziomej sprzeczności przepisów obu ustaw będą musiały w razie ewentualnych sporów zająć się sądy. Rozstrzygając ten problem należy, w moim przekonaniu, uwzględnić drugi z prezentowanych w doktrynie poglądów, zakładający możliwość usunięcia omawianej kolizji (sprzeczności) przepisów w drodze wykładni. Pogląd ten zakłada, że ustawodawca w art. 11 § 2 pkt 1 ustawy - kodeks wyborczy świadomie ograniczył wymagania kwalifikacyjne stawiane kandydatom na prezydenta miasta (wójta, burmistrza) jako pracownikom samorządowym (tak A. Szewc, za: M. Cyrankiewicz, *Praca w samorządzie...*, *op. cit.*).

Należy w tym kontekście zwrócić uwagę na fakt, iż przepis art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego określając tzw. negatywne przesłanki biernego prawa wyborczego, jednakowe dla wszystkich kandydatów biorących udział w wyborach niezależnie od ich rodzaju, istotnie

złagodził wymagania dla kandydatów na wójtów, burmistrzów i prezydentów miast oraz radnych. Poprzednio obowiązujące ustawy wyborcze (Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw oraz ustawa o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza, prezydenta miasta) formułowały bowiem bezwzględny wymóg niekaralności. Kandydatem w wyborach samorządowych nie mogła być osoba karana za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego (niezależnie od rodzaju orzeczonej kary), a także osoba, wobec której sąd orzekł o warunkowym umorzeniu postępowania karnego w sprawie popełnienia przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego. Jak się podkreśla: „Oczywiście ustawodawca uchwalając Kodeks wyborczy mógł postąpić odwrotnie i zamiast złagodzić wymagania stawiane osobom ubiegającym się o mandat do sprawowania władzy w jednostkach samorządu terytorialnego, mógł wymagania te zaostrzyć wobec kandydatów na posłów, senatorów, europarlamentarzystów, czy prezydenta RP. Taka operacja wymagałaby jednak zmiany konstytucji” (J. Gortyński, *Nie trzeba odbywać kary więzienia...*, *op. cit.*), a mianowicie art. 99 i art. 127 Konstytucji, zgodnie z którymi osobą wybraną do Sejmu i Senatu, a także na Prezydenta RP, nie może być osoba skazana prawomocnym wyrokiem na karę pozbawienia wolności za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego.

Należy zatem uznać, że zmiana wprowadzona kodeksem wyborczym była świadoma i zamierzona przez ustawodawcę, a jej celem było ujednoclenie wymogu niekaralności we wszystkich procedurach wyborczych. Przyjmując argument o racjonalności ustawodawcy należy założyć, że uchwalając w dniu 5 stycznia 2011 r. ustawę - Kodeks wyborczy znał treść art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych z 2008 r. i świadomie dopuścił możliwość kandydowania na prezydenta miasta (wójta, burmistrza) osoby prawomocnie skazanej za przestępstwo umyślne na karę grzywny.

To prawda, że zakresem przedmiotowym uregulowania art. 11 § 2 kodeksu wyborczego objęte są wybory do Sejmu i Senatu, do Parlamentu Europejskiego, wybory Prezydenta RP, do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego oraz wójta (burmistrza, prezydenta miasta). Natomiast art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych odnosi się wyłącznie do jednej kategorii, a więc wójtów, burmistrzów, prezydentów miast. Niemniej, nie budzi wątpliwości, że zakresy tych przepisów się krzyżują.

W poprzednim stanie prawnym kwestia relacji wymogu niekaralności kandydatów na prezydenta miasta (wójta, burmistrza) określonego w ustawach wyborczych oraz w ustawie o pracownikach samorządowych rozpatrywana była w orzecznictwie sądów administracyjnych w kontekście relacji art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych oraz wspomnianego wyżej art. 7 ust. 2 pkt 2 ustawy z 1998 r. Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i

sejmików województw, stwierdzającego, że prawa wybieralności (biernego prawa wyborczego) nie miały osoby, wobec których wydano prawomocny wyrok warunkowo umarzający postępowanie w sprawie popełnienia przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego<sup>1</sup>. W tym kontekście w orzecznictwie sądów administracyjnych przyjęto pogląd, że „ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych ma charakter generalny, zawierając ogólne zasady kształtujące status między innymi wójta/burmistrza/prezydenta jako pracownika samorządowego. Charakter *lex specialis* mają natomiast w tym kontekście przepisy ustawy z dnia 16 lipca 1998 r. Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw w związku z art. 3 ust. 2 oraz art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta, które dotyczą mandatu uprawniającego do sprawowania władzy, a nie statusu pracownika samorządowego”.

Prawdą jest jednak, iż sądy przyjmowały, że „nie dochodzi tu do kolizji regulacji prawnych, dotyczą one bowiem dwóch różnych zagadnień: statusu pracownika oraz statusu organu wyposażonego w mandat do sprawowania władzy. Przepisy ustawy o pracownikach samorządowych nie wykluczają zatem ustawy wcześniejszej szczególnej i nie stoją na przeszkodzie wydania zarządzenia zastępczego w przedmiocie wygaśnięcia mandatu wójta (burmistrza, prezydenta miasta) wskutek wydania prawomocnego wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne w sprawie popełnienia przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 21 stycznia 2010 r., III SA/Kr 580/10, LEX nr 1686548, a także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 21 stycznia 2010 r., III SA/Kr 580/09, LEX nr 601596 oraz podtrzymujący ten pogląd wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 21 grudnia 2010 r., II OSK 1526/10, LEX nr 1251824).

Powołane wyroki nie dotyczą jednak kwestii analogicznej do rozpatrywanej w niniejszej opinii. Zgodzić się należy ze stanowiskiem sądów, iż trudno przyjąć żeby w kontekście dopuszczalności wydania zarządzenia zastępczego o wygaśnięciu mandatu prezydenta miasta (wójta, burmistrza) nie miał zastosowania ówczesny art. 7 ust. 2 pkt 2 ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw, a zastosowanie miał art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych, nie przewidujący okoliczności

---

<sup>1</sup> W obecnym stanie prawnym "Kodeks wyborczy nie przewiduje (...) utraty biernego prawa wyborczego przez osoby, wobec których wydano prawomocny wyrok warunkowo umarzający postępowanie karne w sprawie popełnienia przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego" (wyrok WSA w Łodzi z 13 grudnia 2012 r., II SA/Łd 945/12, Legalis).

warunkowego umorzenia postępowania karnego jako przeszkody prawnej do pełnienia funkcji burmistrza. Sądy odrzuciły argument, że właśnie ten przepis powinien mieć zastosowanie do sytuacji prawnej burmistrza również z uwagi na to, że jest to tzw. ustawa późniejsza. Nie budzi bowiem wątpliwości, że kwestię przesłanek biernego prawa wyborczego regulował powyższy przepis art. 7 ordynacji wyborczej wyczerpująco, a nie art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych jako korzystniejszy w tym przypadku dla kandydatów.

Tymczasem w analizowanej tutaj sprawie sytuacja jest odwrotna, to znaczy łagodniejsze wymagania niekaralności stawia przepis art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego jako aktu regulującego wyczerpująco przesłanki biernego prawa wyborczego i stanowiący podstawę do ewentualnego stwierdzenia wygaśnięcia mandatu w razie zaistnienia następczej utraty biernego prawa wyborczego lub uniemożliwiający w ogóle kandydowanie. Wymogi te zastrza natomiast przepis, który nie dotyka bezpośrednio kwestii prawa wyborczego. Otwiera to, moim zdaniem, w pełni zasadne pytanie, czy restrykcyjna wykładnia art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych, abstrahująca od treści art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego nie godzi w istotę biernego prawa wyborczego, a przynajmniej czyni to w sposób naruszający zasadę proporcjonalności ingerencji w konstytucyjne prawa podmiotowe.

Niezależnie bowiem, czy uznać dopuszczalność zastosowania reguły *lex specialis derogat legi generali* wobec braku pełnej tożsamości hipotez analizowanych przepisów (jakkolwiek ich zakresy bez wątpienia się krzyżują), w pełni aktualny jest wymóg stosowania w tym przypadku wykładni prokonstytucyjnej art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych. Jak podkreślił TK w cytowanym wyżej wyroku w sprawie K 8/07: „Jeżeli jednak wyniki pewnej metody interpretacji prowadzą do konsekwencji nie do przyjęcia (z punktu widzenia konstytucyjnego), organ orzekający musi się uciec do innych zasad wykładni systemowej, i to zawsze pamiętając o nadrzędnym miejscu Konstytucji i wynikających z niej reguł wyboru metody i wyniku wykładni. Należy zaznaczyć, że w ramach wykonywania funkcji judykacyjnych (rozstrzygnięcie konkretnej sprawy i związana z nim konieczność dokonywania operacyjnej wykładni prawa) sądy krajowe mają obowiązek uwzględniania argumentów konstytucyjnych przy badaniu zasadności wniosku (por. wyrok ETPC w sprawie Pronina przeciw Ukrainie z 18 lipca 2006 r., skarga 63566/00)”.

Oznacza to zatem, że poziomą sprzeczność analizowanych przepisów obu ustaw należy rozstrzygać uwzględniając zarówno przepisy konstytucyjne (art. 4, 62 i 99, 127 Konstytucji RP), a także art. 3 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Konstytucja RP daje wyraźną podstawę do pełnienia przez ratyfikowane umowy międzynarodowe roli wskazówki interpretacyjnej przy podejmowaniu rozstrzygnięć na podstawie prawa

wewnętrzny. W przypadku, gdy norma ustawowa budzi wątpliwości interpretacyjne sąd powinien wybrać taki wynik wykładni, który uwzględnia pierwszeństwo umowy ratyfikowanej za zgodą ustawy przed ustawą i w najwyższym możliwym stopniu realizuje postanowienia Konstytucji oraz umowy międzynarodowej (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 461). Jak podkreślono wyraźnie w uchwale składu siedmiu sędziów SN z 30 listopada 2010 r., III CZP 16/10 „odmiennie niż w wypadku klasycznych umów międzynarodowych, Konwencja nie rodzi wyłącznie zobowiązań międzypaństwowych, lecz ustanawia też negatywne i pozytywne obowiązki umawiających się państw wobec podlegających ich jurysdykcji podmiotów. Inaczej mówiąc, sądy są zobligowane do dokonywania wykładni prawa krajowego zgodnie przepisami tej konwencji”.

Najmocniejszym argumentem na rzecz przyjęcia takiej wykładni obu rozważanych tutaj przepisów, wedle której art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych należy interpretować przez pryzmat treści art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego, a zatem dopuszczającej zatrudnienie na stanowisku prezydenta miasta osoby skazanej na karę grzywny za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego, są konstytucyjnie określone przesłanki ingerencji w podmiotowe prawo konstytucyjne, jakim bez wątpienia jest bierne prawo wyborcze. Trzeba jednak zwrócić uwagę także na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 28 kwietnia 2010 r., II OSK 560/10, LEX nr 597691, w którym znalazło się stwierdzenie, że „wygaśnięcie mandatu Wójta Gminy (stwierdzone uchwałą rady gminy lub zarządzeniem zastępczym wojewody) nie musi równoznaczne z rozwiązaniem stosunku pracy dotychczasowego wójta”. *A contrario* należałoby zatem przyjąć, że również skazanie na karę grzywny za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego nie stałoby w świetle poglądu na przeszkodzie nawiązaniu stosunku pracy.

W każdym razie sytuację, w której w wyniku dochowania konstytucyjnych i ustawowych przesłanek pozytywnych i braku negatywnych (art. 62 Konstytucji i art. 11 kodeksu wyborczego) osoba kandydująca w wyborach na urząd prezydenta miasta (wójta, burmistrza) mogłaby zostać wybrana i objąć mandat, a jednocześnie nie mogłaby zostać zatrudniona w charakterze pracownika samorządowego z uwagi na restrykcyjną i oderwaną od wymagań art. 11 § 2 ustawy - kodeks wyborczy wykładnię art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych należałoby uznać za niedopuszczalną ingerencję w konstytucyjne prawo podmiotowe. W świetle orzecznictwa TK nie budzi bowiem wątpliwości, że: "Prawo bierne obejmuje sobą uprawnienie do bycia wybranym, a także do sprawowania mandatu uzyskanego w wyniku niewadliwie przeprowadzonych wyborów" (wyrok K 8/07). Z jednej strony istotą biernego prawa wyborczego jest przede wszystkim możliwość kandydowania. Niemniej bierne

prawo wyborcze determinuje także możliwość sprawowania mandatu, stąd utrata biernego prawa wyborczego na skutek zajścia którejkolwiek z negatywnych przesłanek biernego prawa wyborczego oznacza nie tylko utratę zdolności do kandydowania, ale także utratę zdolności do objęcia i sprawowania mandatu (A.Rzetecka-Gil, *Konsekwencje ukarania...*, *op. cit.*). Z drugiej jednak strony odmowa zatrudnienia wybranego w wyniku niewadliwie przeprowadzonych wyborów prezydenta miasta (wójta, burmistrza) stanowiłaby niewątpliwie przeszkodę do sprawowania takiego mandatu, a w konsekwencji ingerencję w samą istotę biernego prawa wyborczego.

Wprawdzie w orzecznictwie TK (wyrok z 24 listopada 2008 r., K 66/07) podkreśla się, że „prawa wyborcze nie są prawami absolutnymi. Bierne prawo wyborcze może podlegać koniecznym społecznie ograniczeniom i może być poddane bardziej surowym wymaganiom, niż czynne prawo wyborcze”. Nie eliminuje to jednak - jak wskazuje TK - konieczności każdorazowej oceny konstytucyjności ingerencji w bierne prawo wyborcze (także czynne) zarówno w postaci wygaśnięcia mandatu wskutek następczego (po wyborach) zaistnienia sytuacji braku spełnienia którejs z przesłanek pozytywnych lub wystąpienia przesłanki negatywnej posiadania biernego prawa wyborczego, jak i w postaci niemożności sprawowania funkcji publicznej, dla pełnienia której niezbędne jest kandydowanie w wyborach bezpośrednich i uzyskanie oraz objęcie mandatu z tych wyborów pochodzącego. Ten ostatni skutek miałby miejsce w sytuacji literalnej (oderwanej od art. 11 § 2 kodeksu wyborczego) wykładni art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych.

Powoduje to, że aktualne jest w szczególności rozpatrywanie takiej wykładni kolidujących ze sobą przepisów prawnych pod kątem ewentualnego naruszenia art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jak podkreśla się w orzecznictwie TK, zarzut braku proporcjonalności może opierać się także „na naruszeniu tylko art. 2 Konstytucji (zarzut nierzetelnego, niezrozumiale intensywnego działania ustawodawcy, korzystającego ze swej swobody regulacyjnej), jednak wtedy będzie oceniany bez nawiązania do wkroczenia w podmiotowe prawo konstytucyjne” (wyrok K 8/07). W rozważanej tutaj kwestii mamy do czynienia z obiema sytuacjami.

Nie budzi wątpliwości, że - jak podkreślał TK - zarówno czynne prawo wyborcze jako „prawo wybierania”, o którym mowa w art. 62, jak i bierne prawo wyborcze, należy do konstytucyjnych praw podmiotowych. Za uznaniem podmiotowego charakteru biernego prawa wyborczego, a co za tym idzie koniecznością stosowania do jego ograniczeń przesłanek określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, w tym zwłaszcza zasady proporcjonalności, a także zakazu naruszania istoty danego prawa, przemawia także treść art. 3 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Do pewnych

kontrowersji co do charakteru tej gwarancji (biernego i czynnego prawa podmiotowego) nawiązał także TK w wyroku K 8/07. Te wątpliwości w wyraźny sposób rozstrzygnęło orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. „W orzeczeniu Mathieu-Mohin i Clerfayt przeciw Belgii z 2 marca 1987 r. sprzeciwiono się restryktywnemu ujęciu tego przepisu, wyprowadzonemu z jego dosłownego brzmienia, jako rzekomo regulującemu tylko obowiązki państw, a nie prawa indywidualne (w zakresie zarówno czynnego, jak i biernego prawa wyborczego) - za wyrokiem K 8/07.

Należy także podkreślić, że podobnie jak w kwestii rozpatrywanej w wyroku K 8/07 (wygaśnięcie mandatu, będące skutkiem niezłożenia oświadczenia majątkowego w terminie), przyjęcie, iż wybrany w legalnych wyborach prezydent miasta (wójt, burmistrz) nie mógłby w istocie, ze względu na literalną (gramatyczną) wykładnię art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych, sprawować urzędu z uwagi na niemożność zatrudnienia go w charakterze pracownika samorządowego, dotyka nie tylko biernego, ale także czynnego prawa wyborczego. Aktualny jest tutaj *mutatis mutandis* pogląd wyrażony w wyroku K 8/07, iż w takiej sytuacji „wyniki przeprowadzonych wyborów, a więc praktycznej realizacji zasady ludowładztwa, przewidzianej w art. 4 Konstytucji, ulegają tu przekreśleniu, w ich aspekcie czynnym i biernym. Tym samym ulega przekreśleniu zasada trwałości mandatu pochodzącego z wyborów bezpośrednich. Ani czynne, ani bierne prawo wyborcze nie wyczerpuje się w samym akcie głosowania. Prawo bierne obejmuje sobą uprawnienie do bycia wybranym, a także do sprawowania mandatu uzyskanego w wyniku niewadliwie przeprowadzonych wyborów”. W powołanym wyroku K 8/07 TK akcentował bowiem genezę biernego prawa wyborczego w ustrojowej zasadzie ludowładztwa, zgodnie z którą Naród sprawuje władzę przez swych przedstawicieli lub bezpośrednio (art. 4 ust. 2 Konstytucji). „Bierne prawo wyborcze jest więc - na poziomie konstytucyjnym - genetycznie umocowane w tej właśnie zasadzie”. Podobnie czyni także ETPCz wskazując że „czynne i bierne prawo wyborcze nie mogą być traktowane w sposób oderwany, bo wspólnie tworzą decydujące składniki gwarantujące istotę omawianego przepisu (art. 3 Protokołu nr 1 - dop.), mianowicie swobodę wyrażania opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego. Inaczej mówić zachodzi między nimi wzajemne powiązanie” (A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, tom II, Komentarz do artykułów 19-59 oraz Protokołów dodatkowych*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2011, s. 570).

Prawdą jest oczywiście, że: „Wybór danej osoby nie sanuje braku biernego prawa wyborczego, jeżeli brak ten stwierdzony zostanie już po dokonaniu tego wyboru” (B. Banaszak, *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis). Jak podkreślono w orzecznictwie



sądowoadministracyjnym: "Bez znaczenia, z punktu widzenia biernego prawa wyborczego, jest także kwestia zaufania, jakim obdarzyli radnego (...) wyborcy w akcie głosowania, gdyż nawet największe zaufanie, jakim można obdarzyć osobę bez biernego prawa wyborczego, nie legitymizuje takiego wyboru" (wyrok NSA z 9 kwietnia 2013 r., II OSK 479/13). W analizowanej tutaj kwestii nie mamy jednak z taką sytuacją do czynienia, ponieważ w świetle wyraźnego brzmienia art. 11 § 2 ustawy-kodeks wyborczy skazanie prawomocnym wyrokiem na karę grzywny za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego nie stanowi - jak podkreślono wyżej - w żadnym wypadku przeszkody ani do kandydowania ani do skutecznego objęcia mandatu przez wybranego niewadliwie prezydenta miasta (wójta, burmistrza).

Jak podkreślono w adekwatnym w niniejszej sprawie wyroku K 8/07 „wyniki wyborów mogą zostać podważone (w tym znaczeniu czynne prawo wyborcze nie może być traktowane jako prawo o absolutnym charakterze), jednakże ranga wspomnianej zasady wymaga zawsze istnienia dostatecznie ważnej przyczyny decydującej o jej przełamaniu. Nakaz zachowania proporcjonalności normowania powoduje, że przyczyna decydująca o wygaśnięciu mandatu musi być na tyle poważna, aby zniweczenie wyników wyborów (akt demokracji bezpośredniej) było usprawiedliwione w świetle tego właśnie standardu konstytucyjnego”. Tym bardziej dotyczy to sytuacji, w której w świetle przepisów obowiązującego prawa wyborczego brak jest podstaw do wygaśnięcia mandatu. Zgodzić się należy w tym kontekście z TK, że: „Naruszenie podmiotowego prawa konstytucyjnego może polegać zarówno na jego pozbawieniu, jak i jego ograniczeniu - w warunkach nieprawidłowości tego pozbawienia lub ograniczenia. Ten ostatni wypadek zachodzi w sytuacji nieprawidłowego konstytucyjnie pozbawienia mandatu. Gdy tak się stanie i gdy dochodzi do zerwania związku między regulacją przesłanek wygaśnięcia mandatu a biernym prawem wyborczym, może to prowadzić do faktycznego ograniczenia tego prawa bądź nawet pozbawienia go realnej treści (...) Tak więc kwestia przesłanek wygaśnięcia mandatu w perspektywie konstytucyjnej rysuje się jako problem oceny w kategoriach proporcjonalności wobec chronionego konstytucyjnie prawa (wyborczego). Regulacje prawne, które prowadzą do tego, że prawa konstytucyjne stają się teoretyczne i iluzoryczne, a przestają być konkretne i skuteczne, naruszają konstytucyjny standard proporcjonalności”.

Podobnie stwierdza ETPCz, wskazując, że prawo kandydowania „kryje w sobie także prawo do wykonywania mandatu. Skoro bowiem Konwencja wymaga, by gwarantowane przez nią prawa miały „charakter realny i efektywny” (...) to decyzje wyborcze muszą być szanowane przez cały okres kadencji” (wyrok z 11 lutego 2002 r. w sprawie Sadak i inni przeciwko Turcji, za: A. Wróbel, *op. cit.*, s. 589).

Stwierdzenie to jest także w pełni aktualne w rozważanej tutaj kwestii. Należy w związku z tym podkreślić, że zasada proporcjonalności jako podstawowa przesłanka oceny konstytucyjności ingerencji w prawa podmiotowe jednostki powinna być odnoszona zarówno do sfery stanowienia prawa (adresowana do ustawodawcy), jak i sfery stosowania prawa. W tej ostatniej płaszczyźnie wymóg proporcjonalności ingerencji winien być uwzględniany także przy okazji wykładni prawa przez organy je stosujące, w tym zwłaszcza przez sądy. Dotyczy to także wykładni art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych w związku z art. 11 § 2 pkt 1 ustawy- kodeks wyborczy.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, „(...) z zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny wyprowadza trzy powiązane między sobą obowiązki prawodawcy: 1) przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest związana, 2) nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków (celów), 3) warunek zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami, względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli. Zasada ta kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu oznacza to, że „spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu” (wyrok z 14 czerwca 2004 r., SK 21/03 czy wcześniejsze wyroki z 26 marca 2002 r., SK 2/01 oraz wyrok z 27 kwietnia 1999 r., P 7/98).

Gdy idzie o wymóg konieczności ograniczeń konstytucyjnych wolności lub praw w orzecznictwie TK podkreślano, że „[Z] jednej strony stawia ona każdorazowo przed prawodawcą wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w konkretnym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś – winna być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, czyli rzeczywiście służące realizacji zamierzonych celów. Ponadto chodzi tutaj o środki niezbędne w tym sensie, że chronić będą określone wartości w sposób, albo w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to także skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa i wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi zatem pozostawać w racjonalnej i właściwej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie (orzeczenie z 22 maja 2007 r., SK 36/06, czy wyrok z 12 stycznia 1999 r., P. 2/98).

W świetle tego, co zostało napisane należy rozważyć zatem *ratio legis* art. 11 § 2 pkt 1 ustawy-kodeks wyborczy oraz art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych w kontekście kryterium przydatności jako decydującego o proporcjonalności normowania.

Jak się podkreśla „uzasadnieniem dla potraktowania skazania karą pozbawienia wolności za przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego jako przesłanki utraty biernego prawa wyborczego było zapewnienie właściwego doboru kandydatów na stanowiska publiczne, związane ze sprawowaniem władzy, wiążące się z zaufaniem społecznym – poprzez eliminowanie osób skazanych za przestępstwo, które dopuszczając się czynu karalnego stają się niegodne takiego zaufania (tzw. niegodność wyborcza)” (A.Rzetecka-Gil, *Konsekwencje ukarania...*, *op. cit.*). Należy jednak zwrócić uwagę, że „niegodność wyborcza, w postaci skazania za przestępstwo, została ograniczona do przypadków skazania na karę pozbawienia wolności za określone przestępstwa. Oznacza to więc, że ustawodawca kładzie nacisk na rodzaj wymierzonej kary, nie zaś na sam czyn przestępczy. W konsekwencji niegodność wyborcza stanowi konsekwencję polityki karania, a nie społecznego odbioru i oceny społecznej” (*ibidem*).

Z kolei art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych, określając warunki zatrudnienia pracownika samorządowego poprzez sformułowanie specyficznych wymagań koniecznych do spełnienia przez osoby ubiegające się o zatrudnienie w tym charakterze „stanowi o szczególnym znaczeniu i wielkiej wadze, jaką ustawodawca przywiązuje do zadań, które ci pracownicy wypełniają, zaś taka reglamentacja prawna oznacza konieczność dochowania przez pracowników samorządowych prawem przewidzianych przesłanek i standardów” (*ibidem*).

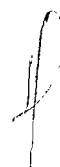
O ile zatem można byłoby uznać, że sposób sformułowania warunków zatrudnienia na stanowisku pracownika samorządowego w art. 6 ust. 2 omawianej ustawy spełnia wymogi przydatności dla realizacji wskazanych wyżej celów, to nie może on niweczyć (naruszać istoty) biernego, a pośrednio także czynnego, prawa wyborczego jako konstytucyjnego prawa podmiotowego.

Jak podkreślono w wyroku K 8/07, zasadą jest, że „im bardziej drastyczne (co do przedmiotu, zakresu, sposobu czy skutków) jest wkroczenie władzy w materię konstytucyjnie chronionych praw podstawowych, tym bardziej rygorystycznym przesłankom powinna podlegać procedura, stanowiąca gwarancję tego wkroczenia” (i tam powołana literatura i wyroki TK). Jak się wskazuje w orzecznictwie ETPCz, wprowadzie „margines oceny” państw-stron Konwencji (a więc zakres swobody regulacyjnej) jest szerszy w przypadku biernego prawa wyborczego aniżeli czynnego, to jednak akcentuje on w przypadku tego pierwszego

znaczenie gwarancji formalnych. Oznacza to, że „regulacje biernego prawa wyborczego muszą czynić zadość wymaganiom jakościowym (zwłaszcza, gdy chodzi o zasadę określoności), istnieć też muszą gwarancje proceduralne chroniące przed arbitralnością i nadużyciami w stosowaniu przepisów wyborczych (por. np. wyrok z 9 kwietnia 2002 r. w sprawie Podkolzina przeciwko Łotwie, za: A. Wróbel, *op. cit.*, s. 584-585).

Jak wskazywał zasadnie RPO, trudności interpretacyjne dotyczące wzajemnej relacji sprzeczność art. 11 § 2 pkt 1 ustawy – Kodeks wyborczy oraz art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych „mogą powodować stan niepewności wśród pewnej grupy kandydujących, co może wpłynąć na zamiar korzystania przez nich z biernego prawa wyborczego”. W tym kontekście należy przypomnieć, że wymóg legalności ingerencji w prawa podmiotowe nie jest traktowany w orzecznictwie strasburskim w sposób jedynie formalny, ponieważ odsyła nie tylko do prawa krajowego, ale także do zasad państwa prawnego. Dla spełnienia wymogu zgodności z prawem nie wystarczy istnienie jakiegokolwiek podstawy prawnej w prawie krajowym, ponieważ znaczenie ma także jakość przepisów prawnych mających zastosowanie w sprawie. Muszą być one „wystarczająco dostępne, precyzyjne i przewidywalne” (wyrok z 30 maja 2000 r. w sprawie Carbonara i Ventura przeciwko Włochom, skarga nr 24638/94), tak by ich adresat mógł odpowiednio pokierować swoim postępowaniem (tak już w wyroku z 26 kwietnia 1976 r. w sprawach Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii). „Przepis jest „przewidywalny“, jeżeli zapewnia ochronę przed arbitralnymi ingerencjami władz publicznych. Ponadto - co tutaj szczególnie istotne - wymóg legalności odnoszony jest w orzecznictwie strasburskim nie tylko wobec samego prawa i jego jakości, ale także jego wykładni i stosowania przez organy krajowe (wyrok w sprawie Malone przeciwko Wielkiej Brytanii z 2 sierpnia 1984 r.).

Należy także podkreślić, że w ostatnich latach w orzecznictwie ETPCz rozwija się koncepcja obowiązków pozytywnych państwa, odnoszonych - obok obowiązków negatywnych - do praw gwarantowanych Konwencją i jej protokołami dodatkowymi. Te ostatnie oznaczają zakaz naruszeń zarówno przez ustawodawcę, jak i indywidualne akty władzy, natomiast pozytywne obowiązki mają gwarantować możliwość korzystania z praw i wolności wymienionych w Konwencji i jej protokołach dodatkowych. W tym kontekście należy wskazać na kategorię obowiązków pozytywnych, polegających na „stworzeniu ram prawnych i faktycznych umożliwiających korzystanie z praw i wolności gwarantowanych w Konwencji” (M. Jankowska-Gilberg, *Zakres obowiązków pozytywnych państwa na tle aktualnego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. VII, A.D. MMIX, Numer specjalny



– *ochrona praw człowieka*, s. 40), a także mających chronić jednostkę przed niepewnością praktyk administracyjnych i sądowych. Do takiej niepewności z całą pewnością prowadzi treść art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych w związku z art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego.

W kontekście pojęcia „niegodności wyborczej” w rozumieniu art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego należy zwrócić także uwagę na fakt, iż dla pracowników zatrudnionych na podstawie wyboru i powołania ustawodawca nie wprowadził wymogu nieposzlakowanej opinii. W doktrynie, pomimo pewnych wątpliwości, wskazuje się, że „można rozważać celowość takiej regulacji wobec pracowników z wyboru, szczególnie tych wybieranych w wyborach bezpośrednich” (A. Piskorz-Ryń, I. Ślęczkowska, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Wrocław 2009, s. 46). Jak się bowiem podkreśla, pojęcie „nieposzlakowanej opinii” „jest wymogiem nieostrym, bowiem ocena tej cechy jest w pewnym stopniu arbitralna. Wymóg ten zapewnić ma wysoki poziom moralny osób wykonujących zadania publiczne w samorządzie terytorialnym, przy czym musi on siłą rzeczy odnosić się do akceptowanego w społeczeństwie systemu wartości. Osoba o nieposzlakowanej opinii to osoba przestrzegająca podstawowych zasad obyczajowych obowiązujących w danej społeczności” (M. Rycak, A. Rycka, J. Stelina, *Ustawa o pracownikach samorządowych. Komentarz*, Warszawa 2016). Niemniej w przypadku osób pochodzących z wyborów powszechnych temperatura sporu politycznego mogłaby powodować, że arbitralność oceny tego kryterium byłaby tym większa.

Oceniając restrykcyjną wykładnię art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych w kontekście wymogu konieczności ingerencji w sferę biernego prawa wyborczego należy nawiązać do argumentów natury etycznej (aksjologicznej) oraz wnioskowania *a minori ad maius* (z mniejszego na większe). Jak się bowiem wskazuje „odmienna wykładnia wymienionych przepisów doprowadziłaby do sytuacji, w której w stosunku do innych pracowników samorządowych, zatrudnianych na podstawie powołania lub umowy o pracę, stawiano by bardziej rygorystyczne wymagania w zakresie kryterium niekaralności niż w stosunku do wójta (burmistrza, prezydenta miasta)”, zatem skoro od „zwykłego” pracownika wymaga się spełniania pewnych standardów etycznych, wymogi te niewątpliwie powinien spełniać również wójt, burmistrz, prezydent miasta” (por. Odpowiedź na interpelację nr 9704 w sprawie nowelizacji ustawy - Kodeks wyborczy z 7 marca 2017 r.)

To rozumowanie (*a minori ad maius*) można jednak odwrócić, odnosząc się do regulacji art. 99 ust. 3 Konstytucji RP, w świetle którego wybraną do Sejmu lub do Senatu nie może być osoba skazana prawomocnym wyrokiem na karę pozbawienia wolności za

przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego. Jak się podkreśla w doktrynie, nowelizacja Konstytucji RP w 2009 r. i wprowadzenie do niej nowego art. 99 ust. 3 stanowiło „niewątpliwie reakcję na zjawiska źle oceniane przez opinię publiczną i podważające w jej oczach prestiż parlamentu” (B. Banaszak, *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2015, Legalis). Przyjęcie restrykcyjnej wykładni art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych (abstrahującej od treści art. 11 § 2 kodeksu wyborczego - właściwego dla wszystkich procedur wyborczych) oznaczałoby, że wyższe standardy moralne (wyznaczone przez pojęcie „niegodności wyborczej”) stawiane są osobom, które uzyskały mandat w wyborach samorządowych (prezydenta miasta, wójta lub burmistrza) aniżeli w wyborach parlamentarnych. Oznaczałoby to, że o ile w przypadku skazania kandydata na prezydenta miasta (wójta lub burmistrza) na jakąkolwiek karę za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego nie mógłby on zostać zatrudniony na stanowisku pracownika samorządowego i pobierać z tego tytułu wynagrodzenia, o tyle w przypadku posła (senatora) skazanego na inną karę niż pozbawienie wolności (np. karę grzywny) nie ma żadnych przeciwwskazań nie tylko do objęcia mandatu, ale także pobierania uposażenia poselskiego (senatorskiego).

Jak wskazywał TK w wyroku K 8/07, którego argumentacja może tutaj znaleźć zastosowanie *mutatis mutandis*: „Przeprowadzenie wyborów nie jest czynnością jednorazową, nie jest tylko aktem złożenia głosu, lecz obejmuje następstwo zdarzeń i procedur, rozpoczynające się od ogłoszenia wyborów) i kończące się w momencie zakończenia wszelkich postępowań weryfikujących wynik wyborów w danej kadencji (...)”. Wprawdzie w analizowanej tutaj sprawie nie ma „sporu o mandat” uzyskany w wyniku wyborów bezpośrednich, niemniej w ostatecznym rozrachunku kwestia skutecznego wykonywania mandatu znajduje się w tle problemu interpretacyjnego powstałego na tle brzmienia art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych.

W świetle tego, co zostało już ustalone wykładnia tego przepisu bez uwzględnienia treści art. 11 § 2 kodeksu wyborczego prowadzi do nadmiernej ingerencji w konstytucyjnie chronione prawo podmiotowe. Jest to z jednej strony czynne prawo wyborcze, które - jak podkreśla TK - „wyraża się nie tylko w akcie głosowania, lecz także w skuteczności dokonanego wyboru” (wyrok K 8/07), a przede wszystkim bierne prawo wyborcze. Jak się wprawdzie akcentuje w orzecznictwie TK „w niektórych wypadkach, np. popełnienia przez osobę wybraną przestępstwa i skazania jej prawomocnym wyrokiem sądowym, pozbawienie jej mandatu jest działaniem odpowiadającym powadze sytuacji i chroni wyborców przed przedsięwzięciami jednostki niegodnej zaufania publicznego (por. wyrok Trybunału

Konstytucyjnego z 8 kwietnia 2002 r., sygn. SK 18/01, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 16). Tymczasem w analizowanej tutaj kwestii nie ma do tego podstaw.

Za wykładnią „przyjazną” wynikowi głosowania powszechnego przemawia także preambuła Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego z 15 października 1985 r., uznająca prawo obywateli do uczestnictwa w kierowaniu sprawami publicznymi za jedną z zasad demokratycznych, wspólnych dla wszystkich państw członkowskich Rady Europy. Z kolei art. 8 Karty nakazuje sprawować kontrolę wkraczającą w sprawy rozstrzygane przez same społeczności lokalne z zachowaniem proporcji między zakresem interwencji organu kontroli a znaczeniem interesów, które on ma chronić.

Ponadto Kodeks dobrych praktyk wyborczych (Wytyczne Komisji Weneckiej z 2002 r.) wymaga, aby regulacje i praktyki dotyczące wyborów w maksymalny sposób respektowały wolną wolę wyborców. Skoro w świetle wyraźnego brzmienia art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego tylko skazanie prawomocnym wyrokiem na karę pozbawienia wolności za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego stanowi negatywną przesłankę kandydowania lub przesłankę późniejszego wygaszania mandatu, to pominięcie woli wyborców (w założeniu świadomie głosujących) - w sytuacji restrykcyjnej wykładni art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych - będzie skutkowało zniweczeniem ich aktu wyborczego.

### **Konkluzje:**

1. Nie ma żadnych wątpliwości, że między treścią art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych i art. 11 § 2 pkt 1 ustawy – Kodeks wyborczy istnieje kolizja, którą ustawodawca powinien jak najszybciej usunąć. Do czasu takiej ingerencji - jak podkreślił TK w wyroku K 8/07 - problemem poziomej sprzeczności przepisów obu ustaw będą musiały w razie ewentualnych sporów zająć się sądy w drodze wykładni;
2. Poziomą sprzeczność analizowanych przepisów obu ustaw należy rozstrzygać uwzględniając zarówno przepisy konstytucyjne (art. 4, 62 i 99, 127 Konstytucji RP), a także art. 3 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka;

3. Sytuację, w której w wyniku dochowania konstytucyjnych i ustawowych przesłanek pozytywnych i braku negatywnych (art. 62 Konstytucji i art. 11 kodeksu wyborczego) osoba kandydująca w wyborach na urząd prezydenta miasta (wójta, burmistrza) mogłaby zostać wybrana i objąć mandat, a jednocześnie nie mogłaby zostać zatrudniona w charakterze pracownika samorządowego z uwagi na restrykcyjną i oderwaną od wymagań art. 11 § 2 ustawy - kodeks wyborczy wykładnię art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych należy uznać za niedopuszczalną ingerencję w konstytucyjne prawo podmiotowe. W świetle orzecznictwa TK nie budzi bowiem wątpliwości, że: "Prawo bierne obejmuje sobą uprawnienie do bycia wybranym, a także do sprawowania mandatu uzyskanego w wyniku niewadliwie przeprowadzonych wyborów" (wyrok K 8/07);
4. Również zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka prawo kandydowania „kryje w sobie także prawo do wykonywania mandatu. Skoro bowiem Konwencja wymaga, by gwarantowane przez nią prawa miały „charakter realny i efektywny” (...) to decyzje wyborcze muszą być szanowane przez cały okres kadencji” (wyrok z 11 lutego 2002 r. w sprawie Sadak i inni przeciwko Turcji). Wymóg legalności ingerencji prawodawcy w prawa podmiotowe nie jest traktowany w orzecznictwie strasburskim w sposób jedynie formalny, ponieważ odsyła nie tylko do prawa krajowego, ale także do zasad państwa prawnego. Dla spełnienia wymogu zgodności z prawem nie wystarczy istnienie jakiegokolwiek podstawy prawnej w prawie krajowym, ponieważ znaczenie ma także jakość przepisów prawnych mających zastosowanie w sprawie. Muszą być one „wystarczająco dostępne, precyzyjne i przewidywalne” (wyrok z 30 maja 2000 r. w sprawie Carbonara i Ventura przeciwko Włochom, skarga nr 24638/94), tak by ich adresat mógł odpowiednio pokierować swoim postępowaniem (tak już w wyroku z 26 kwietnia 1976 r. w sprawach Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii). „Przepis jest „przewidywalny“, jeżeli zapewnia ochronę przed arbitralnymi ingerencjami władz publicznych. Ponadto - co tutaj szczególnie istotne - wymóg legalności odnoszony jest w orzecznictwie strasburskim nie tylko wobec samego prawa i jego jakości, ale także jego wykładni i stosowania przez organy krajowe (wyrok w sprawie Malone przeciwko Wielkiej Brytanii z 2 sierpnia 1984 r.);
5. Przyjęcie restrykcyjnej wykładni art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych (abstrahującej od treści art. 11 § 2 kodeksu wyborczego - właściwego dla wszystkich procedur wyborczych) oznaczałoby, że wyższe standardy moralne (wyznaczone przez pojęcie „niegodności wyborczej”) stawiane są osobom, które uzyskały mandat w

wyborach samorządowych (prezydenta miasta, wójta lub burmistrza) aniżeli w wyborach parlamentarnych. Oznaczałoby to, że o ile w przypadku skazania kandydata na prezydenta miasta (wójta lub burmistrza) na jakąkolwiek karę za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego nie mógłby on zostać zatrudniony na stanowisku pracownika samorządowego i pobierać z tego tytułu wynagrodzenia, o tyle w przypadku posła (senatora) skazanego na inną karę niż pozbawienie wolności (np. karę grzywny) nie ma żadnych przeciwwskazań nie tylko do objęcia mandatu, ale także pobierania uposażenia poselskiego (senatorskiego);

6. Zastosowanie wykładni art. 6 ust. 2 ustawy o pracownikach samorządowych w związku z art. 11 § 2 pkt 1 ustawy – Kodeks wyborczy, uwzględniającej zarówno przepisy Konstytucji RP z 1997 r. (wykładnia prokonstytucyjna), jak i standardy wynikające z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w tym zwłaszcza treść art. 3 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka pozwala przyjąć, że osoba skazana prawomocnym wyrokiem na karę grzywny za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego, [Prezydent Hanna Zdanowska] może kandydować na urząd prezydenta miasta, a także w razie uzyskania mandatu może pełnić tę funkcję oraz otrzymywać wynagrodzenie prezydenta miasta.

Mariusz Jabłoński

