

Wrocław, 16 października 2016 r.

OPINIA PRAWNA

w sprawie zgodności § 1 punkt 2 lit. a) - d) Rozporządzenia Rady Ministrów z 19 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany nazwy gminy (ogłoszonego w Dz. U. 2016, poz. 1134 z dnia 28 lipca 2016 r.) z:

- a) art. 5 ust. 2 ustawy z 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2015, poz. 573 ze zm.),**
- b) art. 16 Konwencji Ramowej Rady Europy o ochronie mniejszości narodowych z 1 lutego 1995 r. (Dz.U. 2002 nr 22 poz. 209)**

w kontekście rozpowszechnianych przez przeciwników powiększenia Opola zarzutów naruszenia praw mniejszości niemieckiej oraz wniosków o zbadanie ww. Rozporządzenia w trybie art. 191 ust. 1 punkt 3 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.

Opinia sporządzona przez dra hab. Michała Bernaczyka według stanu prawnego i faktycznego na 14 października 2016 r.

Wykaz skrótów

BIP – Biuletyn Informacji Publicznej

IPOTK - Internetowy Portal Orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego
(<http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Szukaj?cid=1>)

Konstytucja RP - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78 poz. 483 ze zm.)

KRRE - Konwencja Ramowa Rady Europy o ochronie mniejszości narodowych z 1 lutego 1995 r. (Dz.U. 2002 nr 22 poz. 209)

Ustawa MNEiJR - ustawa z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 573, ze zm.)

"Rozporządzenie" lub " Rozporządzenie z 19 lipca 2016 r." - Rozporządzenie Rady Ministrów z 19 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany nazwy gminy (Dz. U. 2016, poz. 1134 z dnia 28 lipca 2016 r.)

USG - Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym [gminnym] (tekst jednolity - Dz. U. 2016 poz. 446)

TK - Trybunał Konstytucyjny

I. Przedmiot opinii

Niniejsza opinia została sporządzona w celu oceny zgodności § 1 pkt 2 lit. a) Rozporządzenia Rady Ministrów z 19 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany nazwy gminy (Dz. U. 2016, poz. 1134 z dnia 28 lipca 2016 r.) z:

- a) art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2015, poz. 573 ze zm.),
- b) art. 16 Konwencji Ramowej Rady Europy o ochronie mniejszości narodowych z 1 lutego 1995 r. (Dz. U. 2002 nr 22 poz. 209)

z uwzględnieniem zarzutów formułowanych w opiniach prywatnych i dokumentach urzędowych dotyczących naruszenia ww. przepisów prawa.

II. Rozstrzygnięcie merytoryczne

Po przeanalizowaniu obowiązującego stanu prawnego stwierdzam, że § 1 pkt 2 lit. a) - d) Rozporządzenia Rady Ministrów z 19 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany nazwy gminy (Dz. U. 2016, poz. 1134 z dnia 28 lipca 2016 r.)

- a) nie jest niezgodny z art. 5 ust. 2 ustawy z 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz. U. z 2015, poz. 573 ze zm.).
- b) nie jest niezgodny z art. 16 Konwencji Ramowej Rady Europy o ochronie mniejszości narodowych z 1 lutego 1995 r. (Dz. U. 2002 nr 22 poz. 209).

III. Szczegółowe uzasadnienie rozstrzygnięcia merytorycznego

1. Rozporządzenie Rady Ministrów wydane na podstawie art. 4 ust. 1-5 USG jako przedmiot zaskarżenia do Trybunału Konstytucyjnego

Opiniowane zagadnienie problemowe powstało wskutek wydania przez Radę Ministrów rozporządzenia w sprawie włączenia do miasta na prawach powiatu Opole określonych w Rozporządzeniu terytoriów gminy Dobrzeń Wielki (§ 1 pkt 2 lit. "a" Rozporządzenia), gminy Komprachcice (§ 1 pkt 2 lit. "b" Rozporządzenia), gminy Prószków (§ 1 pkt 2 lit. "c" Rozporządzenia), gminy Dąbrowa (§ 1 pkt 2 lit. "d" Rozporządzenia). Powołane rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2017 r., ale wywołuje ono już istotne skutki na płaszczyźnie organizacyjnej, ponieważ nie ulega większych wątpliwości ich okres

spoczywania opiniowanego aktu prawnego nakłada na władze publiczne (Miasto Opole) obowiązek dostosowania się do zwiększonego zakresu obowiązków. Aktualne działania Miasta Opole należy traktować jako realizację obowiązku wynikającego z zasady efektywności władz publicznych i skonkretyzowanego władczą kompetencją Rady Ministrów. Działania Miasta Opole nie mogą ograniczyć się do "zapoznania się" z aktem prawnym, ale wymagają pewnych wyraźnych działań w okresie spoczywania aktu. Tak pojmowane - z uwzględnieniem specyfiki samorządu terytorialnego¹ - dostosowywanie się do nowego reżimu prawnego musi przejawiać się w aktywnej postawie opartej na zasadzie współdziałania władz publicznych, tj. wszystkich organów Gminy Dobrzeń Wielki, Gminy Komprachcice, Gminy Prószków, gminy Dąbrowa oraz Miasta Opole. Należy przypomnieć, że współdziałanie władz publicznych jest jedną z podstawowych wartości zawartych w preambule do Konstytucji RP. Nie służą mu lakonicznie uzasadnione, a jednocześnie bardzo ciężkie zarzuty naruszenia międzynarodowego prawa publicznego formułowane pod adresem Rozporządzenia², w szczególności zarzuty naruszenia klauzul ochrony praw mniejszości (skądinąd bardzo silnie eksponowanych w art. 35 ust. 1 i 2 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP). Wątek ten nie ma bezpośredniego związku z opiniowanym zagadnieniem, ale należy zwrócić uwagę, że ewentualna ingerencja w rozporządzenie wynikająca z pozamerytorycznej eskalacji sporu może doprowadzić do uszczerbku w majątku publicznym Gminy Opole, w zakresie w jakim został on przeznaczony na wykonanie przepisów Rozporządzenia w okresie *vacatio legis*. Może się to wiązać z uruchomieniem właściwych procedur zmierzającym do wyrównania tych strat przez Skarb Państwa, co w ostatecznym rozrachunku jest ciężarem przerzuconym na wszystkich podatników. Jest zatem konieczne, aby zaistniała sytuacja konfliktowa oparła się przede wszystkim na argumentach prawnych popartych uznanymi metodami wykładni prawa i praktyką Trybunału Konstytucyjnego, a nie emocjonalnymi przejawami myślenia życzeniowego. Niniejsza opinia zmierza zatem do analizy spornych wątków w oparciu o kryteria ściśle prawne, co w gruncie rzeczy można ująć w następujące pytania problemowe:

- 1) jaki charakter ma sporne Rozporządzenie i czy w obowiązującym stanie prawnym podlega w ogóle kontroli pod względem zgodności z prawem?
- 2) jakie normy (nakazu, zakazu, dozwoleń) można wywieść z przepisów art. 5 ust. 2 Ustawa MNEiJR oraz art. 16 Konwencji Ramowej? Ewentualnie, czy normy te są w ogóle adekwatnym wzorcem kontroli dla spornego Rozporządzenia?

¹ Por. pkt III.5 wyroku TK z 19 marca 2001 r., sygn. K 32/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 50, opubl. także w IPOTK.

² Wskazuję tu w szczególności na opinię pt. "Opinia w sprawie zmian administracyjnych Opole określonych § 1 pkt 2 lit. a) Rozporządzenia Rady Ministrów z 19 lipca 2016 r. w sprawie ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany nazwy gminy (Dz. U. 2016, poz. 1134 z dnia 28 lipca 2016 r.) w świetle ustawodawstwa krajowego i wiążących RP zobowiązań międzynarodowych w zakresie praw mniejszości narodowych" sygnowaną przez Pana Prof. Grzegorza Janusza wraz z afiliacją ("Zakład Praw Człowieka. Lublin") datowaną na 14 sierpnia 2016 r. i udostępnianą w Internecie pod adresem URL <http://skgd.pl/wp-content/uploads/2016/08/Opinia-prof.-Janusz-Podpis.pdf> [dostęp: 14.10.2016].

W tym celu rozpocznę od zwięzłej charakterystyki rozporządzeń wydawanych na podstawie art. 4 USG.

1.1. Rozporządzenia Rady Ministrów wydawane na podstawie art. 4 ustawy o samorządzie gminnym w świetle art. 92 Konstytucji RP

Zgodnie z brzmieniem art. 4 ustawy o samorządzie gminnym:

"1. Rada Ministrów, w drodze rozporządzenia:

1) tworzy, łączy, dzieli i znosi gminy oraz ustala ich granice;

2) nadaje gminie lub miejscowości status miasta i ustala jego granice;

3) ustala i zmienia nazwy gmin oraz siedziby ich władz.

2. Rozporządzenie, o którym mowa w ust. 1, może być wydane także na wniosek zainteresowanej rady gminy.

3. Ustalenie i zmiana granic gmin dokonywane są w sposób zapewniający gminie terytorium możliwie jednorodne ze względu na układ osadniczy i przestrzenny, uwzględniający więzi społeczne, gospodarcze i kulturowe oraz zapewniający zdolność wykonywania zadań publicznych.

4. Nadanie gminie lub miejscowości statusu miasta, ustalenie jego granic i ich zmiana dokonywane są w sposób uwzględniający infrastrukturę społeczną i techniczną oraz układ urbanistyczny i charakter zabudowy.

5. Zmiany, o których mowa w ust. 1, następują z dniem 1 stycznia".

Cytowany przepis stanowi "szczegółowe" ustawowe upoważnienie do wydania rozporządzenia, o którym mowa w art. 92 Konstytucji RP. W przeciwieństwie do innych aktów o randze podustawowej (por. art. 93 i 94 Konstytucji RP), przepisy konstytucji mocną eksponują obowiązek precyzyjnego sformułowania ustawowej podstawy do wydania tego rodzaju aktu wykonawczego. Zgodnie dyspozycją art. 92 ust. 1 Konstytucji RP obowiązkiem ustawodawcy konstruującego upoważnienie jest spełnienie trzech podstawowych wymogów:

- 1) szczególności w aspekcie podmiotowym, tj. udzielenie upoważnienia konkretnemu podmiotowi wskazanemu taksatywnie w Konstytucji RP ("*Upoważnienie powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia*"); ten wymóg został spełniony poprzez wskazanie Rady Ministrów w art. 4 ust. 1 USG *ab initio*.
- 2) szczególności w aspekcie przedmiotowym, tzn. poprzez wskazanie materii, która ma zostać uregulowana w rozporządzeniu ("*Upoważnienie powinno określać (...) zakres*

spraw przekazanych do uregulowania"); ten wymóg został zrealizowany w art. 4 ust. 1 punkty 1-3, art. 4 ust. 5 USG.

- 3) określenia wytycznych co do treści powierzanych do uregulowania w rozporządzeniu ("*Upoważnienie powinno określać (...) wytyczne dotyczące treści aktu*"), ten wymóg został zrealizowany art. 4 ust. 2-4 USG, a także - od strony negatywnej - w art. 4d USG.

Hierarchiczne podporządkowanie ustawie (a także Konstytucji RP, ratyfikowanym umowom międzynarodowym, prawu stanowionemu przez organizacje międzynarodową w przypadku, o którym mowa w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP) powoduje, że pod adresem rozporządzenia (ale i samego organu wydającego rozporządzeniem) można (teoretycznie) formułować trzy zasadnicze zarzuty:

- 1) pierwszy wiąże się ściśle z ustawowym upoważnieniem do wydania rozporządzeń i polega na przekroczeniu delegacji ustawowej do wydania rozporządzenia, tj. naruszeniu art. 4 USG na którejś z trzech ww. płaszczyzn (podmiotowej, przedmiotowej lub wskutek nieuwzględnienia wytycznych co do treści); zważywszy na fakt, że delegację uzyskała Rada Ministrów (zgodnie z ogólną koncepcją zakresu władzy wykonawczej zawartej w art. 146 ust. 1 i 2 w zw. z art. 10 ust. 2 Konstytucji RP), za całkowicie zbyteczne uważam podejmowanie wątku podmiotowego. Nie mamy tu bowiem organu monokratycznego o spornym zakresie kompetencji (co mogłoby mieć miejsce np. w przypadku braku precyzji ustawodawcy w opisie działań administracji rządowej), ani procedur uzgodnieniowych, opiniodawczych charakterystycznych dla delegacji udzielanej współpracującym ministrom "resortowym" (kierującym działami administracji rządowej). W praktyce zarzuty sprowadzają się do błędnej interpretacji zakresu powierzonych spraw lub zlekceważeniu wytycznych co do treści.
- 2) druga grupa zarzutów wiąże się z naruszeniem hierarchicznej struktury źródeł prawa (art. 8 ust. 1 i art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP) i zmusza do oceny rozporządzeń nie tylko w odniesieniu do ich upoważnienia ustawowego, ale i względem pozostałych źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Rozporządzenie musi więc zachować zgodność z przepisami prawa materialnego i formalnego zawartych w Konstytucji RP, ustawie i ratyfikowanej umowie międzynarodowej. Nie może ograniczać się wyłącznie do zapewnienia treściowej koherencji z przepisami ustanawiającymi ustawową delegację. Ten rodzaj zarzutów został sformułowany m.in. w uchwale nr XXII/144/16 Rady Powiatu Opolskiego z dnia 18 sierpnia 2016 r. w sprawie wystąpienia z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego, która zarzuca spornemu Rozporządzeniu naruszenie m.in. art. 2, 15, 32, 35 Konstytucji RP, a także art. 5 ust. 2 MNEiJR.

3) trzecia grupa zarzutów może odnosić się do wadliwej konstrukcji upoważnienia do wydania rozporządzenia, a więc nie dotyka bezpośrednio treści samego aktu wykonawczego. W istocie zmierza jednak do jego derogacji poprzez usunięcie z systemu prawa wadliwej podstawy rozporządzenia. Tego rodzaju zarzuty opierają się na bezpośrednim związku ustawy i rozporządzenia wyrażonym zasadą art. 92 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji RP ("*Rozporządzenia są wydawane na podstawie ustaw i w celu ich wykonania*"). Powołany przepis nadaje rozporządzeniu utrwaloną, niekwestionowaną w doktrynie i orzecznictwie cechę swoistą tzn. niesamoistność i służebność względem ustawy³. Utrata mocy obowiązującej ustawy pociąga za sobą utratę mocy obowiązującej rozporządzeń wykonawczych. Formułowanie tego rodzaju zarzutu wobec art. 4 ust. 1, art. 4 ust. 3 jednak wysoce wątpliwe ze względu na swoiście rozumianą zasadę *ne bis in idem* (zob. orzeczenie z 8 listopada 1994 r., P 1/94⁴ oraz postanowienie TK z 3 października 2001 r., SK 3/01⁵). Należy podkreślić, że delegacja zawarta w art. 4 ust. 1 USG podlegała już wielokrotnie ocenie⁶ w postępowaniach przed Trybunałem Konstytucyjnym zarówno w odniesieniu do Konstytucji RP jak i Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego (sporządzonej w Strasburgu dnia 15 października 1985 r.)⁷.

1.2. Rozporządzenie Rady Ministrów wydane na podstawie art. 4 USG jako przedmiot zaskarżenia w rozumieniu art. 188 punkt 3 Konstytucji RP

Nie ulega najmniejszych wątpliwości, że rozporządzenia zostały zaliczone do źródeł prawa powszechnie obowiązującego (art. 87 ust. 1 Konstytucji RP). Konstrukcja (zamkniętego) systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego została powiązana z mechanizmem sądowej kontroli rozporządzeń sprawowanej (co do zasady) przez Trybunał Konstytucyjny.

Zgodnie z treścią art. 188 punkt 3 Konstytucji RP Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach "*zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami*". Należy zwrócić uwagę, że określenie przedmiotu kontroli (i zaskarżenia) jako "przepisy prawa" nie ma charakteru czysto nominalnego. W doktrynie relatywnie wcześniej zwrócono uwagę, że dekretacja wniosków inicjujących postępowanie w odniesieniu do "przepisów prawa" (rozporządzeń) "wydawanych przez centralne organy państwowe" (Rada Ministrów)

³ S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle Konstytucji i praktyki* (w:) A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005, s. 72.

⁴ Opubl. w OTK w 1994 r., cz. II, poz. 37, s. 68 oraz w IPOTK.

⁵ OTK ZU nr 7/2001, poz. 218

⁶ Co podkreśla się zresztą w literaturze przedmiotu, zob. B. Dolnicki, teza nr 4 w komentarzu do art. 4-4b USG (w:) B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2016 oraz orzecznictwo TK tam powołane.

⁷ Dz. U. 1994 nr 124 poz. 607.

doprowadziła do węższego rozumienia, aniżeli mogłoby wynikać z językowej otwartości "przepisów prawa". Leszek Garlicki zwrócił uwagę, że samoocena właściwości TK podejmowana na gruncie art. 188 pkt 3 Konstytucji RP doprowadziła w praktyce do oceny aktów podustawowych (w tym rozporządzeń Rady Ministrów) wedle kryterium "normatywności": "Przy ustalaniu kryterium normatywności, Trybunał zdecydowanie nawiązuje do przedkonstytucyjnego orzecznictwa, zwłaszcza do **kryteriów abstrakcyjności, generalności i powtarzalności** [podkreślenie własne - M.B.] (...). Można też mówić o <<swobodnym domniemaniu normatywności aktów prawnych, których skutki, niekoniecznie prawne, prowadzić mogą do naruszenia **sfery praw i wolności jednostki** [podkreślenie własne - M.B.] >>⁸. W mojej ocenie nie jest kwestią przypadku, że w wyroku TK z dnia 18 lipca 2006 r. (U 5/04) poddano kontroli § 1 pkt 4a rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 lipca 2004 r. w sprawie ustalenia granic, zmiany nazw i siedzib władz niektórych gmin i miast oraz nadania miejscowości statusu miasta⁹, ponieważ w okolicznościach sprawy stawiano zarzut naruszenia ustawowego obowiązku przeprowadzenia konsultacji społecznych (zob. punkt III.5 uzasadnienia wyroku TK w sprawie U5/04¹⁰). Oczywiście można prowadzić w tym miejscu polemikę, czy kontrola abstrakcyjna wszczęta na podstawie 188 punkt 3 Konstytucji RP służy ochronie szeroko pojętego statusu jednostki, a w jakim stopniu powinna ograniczyć się do "konstytucyjnych" publicznych praw podmiotowych. Pamiętajmy, że Konstytucja RP nie przewidziała instytucji konsultacji społecznych, stąd deficyt procedur partycypacyjnych jest wyrównywany przez ustawodawstwo "zwykłe". Ponadto można też zasadnie pytać, czy obowiązek prowadzenia konsultacji nałożony na władze publiczne jest tożsamy z "publicznym prawem podmiotowym do konsultacji", a nie korzystną sytuacją prawną członków wspólnoty samorządowej objętych zmianami podziału terytorialnego. Z tego samego powodu nie zgadzam się ze stanowiskiem Profesora Marka Szydło o rzekomej "pełnej akceptacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego"¹¹ [kontroli rozporządzeń skutkujących zmianami podziału terytorialnego na podstawie art. 7 i 92 ust. 1 zdanie 1 Konstytucji RP - przyp. M.B.]. Stoję na stanowisku, że Autor dokonuje pewnej

⁸ L. Garlicki, uwaga nr 17 (s. 22) w komentarzu do art. 188 pkt 3 Konstytucji RP z powołaniem na wyrok TK z 12 lipca 2001 r., sygn. SK 1/01 opubl. w OTK ZU 2001, nr 5, poz. 127, s. 742 (w:) L. Garlicki (red.), Konstytucja RP. Komentarz, tom. V Warszawa 2007.

⁹ Dz. U. Nr 169, poz. 1767.

¹⁰ "Trybunał Konstytucyjny w swoim dotychczasowym orzecznictwie stwierdził już, że ocena spełnienia przez Radę Ministrów elementu proceduralnego stanowienia rozporządzenia, który polega na przeprowadzeniu konsultacji z mieszkańcami łączy się w większym stopniu z oceną faktów, aniżeli z oceną obowiązujących norm. Niemniej jednak także i na tej płaszczyźnie konieczna jest analiza przestrzegania przez prawodawcę obowiązujących przepisów ustawowych, co podlega kognicji Trybunału Konstytucyjnego (zobacz wyroki TK sygn. U 3/00 i sygn. U 10/01). Chodzi w szczególności o rozstrzygnięcie relacji zachodzącej między treścią art. 4a u.s.g. (i odpowiednio 3a u.s.p.) ustanawiającego wymóg przeprowadzenia konsultacji z mieszkańcami, a dyspozycją art. 5a tej ustawy, który przewiduje w ust. 2 właściwość rady gminy do określenia zasad i trybu przeprowadzenia konsultacji z jej mieszkańcami", tamże.

¹¹ Zob. uwagi na s. 39 opinii r. pr. Prof. dr hab. M. Szydło pt. "Opinia prawna na złożonego przez Prezydenta Miasta Opola pisma (wniosku) o dokonanie zmiany granic miasta Opola oraz granic gmin sąsiednich" udostępniona 22.04.2016 r. w BIP Starostwa Powiatowego w Opolu pod adresem URL <http://bip.powiatopolski.pl/3014/5064/opinia-prawna-na-temat-zlozonego-przez-prezydenta-miasta-opola-pisma-wniosku-o-dokonanie-zmiany-granic-miasta-opola-oraz-gmin-sasiednich.html> [dostęp: 14.10.2016].

nadinterpretacji, ponieważ odnosi konkluzje TK w sprawie U 5/04 o odmiennym stanie faktycznym do kwestii relacji (organ uchwałodawczy - organ wykonawczy Miasta Opole) oraz pomija orzecznictwo trybunalskie poświęcone ocenie charakteru prawnego norm zwartych w rozporządzeniu. Tymczasem późniejsze (i najnowsze) orzecznictwo TK - co wskazuję wyraźnie w dalszej części opinii - jest pod tym względem znacznie bardziej powściągliwe (aby nie powiedzieć "restrykcyjne").

Powyższe oznacza, że koniecznym warunkiem oceny zgodności Rozporządzenia RM z 19 lipca 2016 r. z Konstytucją RP lub - co najistotniejsze w opiniowanej sprawie - ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą (art. 5 ust. 2 MNEiJR) byłoby wykazanie ich normatywnego charakteru. Znamienne, że zarówno publikowane opinie (vide: opinia Prof. G. Janusza, "*Opinia w sprawie zmian administracyjnych miasta Opole (...)*") jak i oficjalne wystąpienia Rady Powiatu Opolskiego (zob. załącznik do uchwały nr XXII/144/16 Rady Powiatu Opolskiego z dnia 18 sierpnia 2016 r.¹²) nie zawierają żadnych wywodów na okoliczność. W przypadku Rady Powiatu Opolskiego stanowi to podstawę do odmowy nadania biegu wnioskowi ze względu na ogólne wymogi płynące z zasady skargowości w postępowaniu przed TK i związany z tym ciężar dowodu na okoliczność niezgodności zaskarżonego aktu normatywnego.

Oznacza to, że ewentualna ocena zgodności z Rozporządzenia z 19 lipca 2016 r. jest możliwa tylko i wyłącznie wówczas, gdy skarżący (wnioskodawca) wykaże, iż mamy do czynienia z "*aktem normatywnym*", tzn. zidentyfikuje w treści rozporządzenia te elementy, które pozwalają na odkodowanie normy prawnej o cechach generalności i abstrakcyjności. Nie wystarczy gołostowne powołanie się na "treść normatywną" lub generalne przyporządkowanie rozporządzeń do zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego.

1.3. Rozporządzenie Rady Ministrów wydane na podstawie art. 4 USG w poglądach Trybunału Konstytucyjnego

W doktrynie prawa konstytucyjnego słusznie zwrócono uwagę, że "*wszystkie dopuszczalne konstytucyjnie źródła prawa można zaliczyć albo do zamkniętego systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego albo do zbioru źródeł prawa wewnętrznego*"¹³ przy czym cechą powszechnego obowiązywania wiąże się m.in. z istnieniem "*treści normy generalnej i abstrakcyjnej*"¹⁴. Poglądy Trybunału Konstytucyjnego zdają się nie podważać

¹² Udostępnione na stronie BIP Powiatu Opolskiego pod adresem URL <http://bip.powiatopolski.pl/2650/3015/uchwaly-rady-powiatu-opolskiego-kadencja-2014-2018.html> [dostęp: 15.10.2016 r.]

¹³ B. Skwara, *Rozporządzenie jako akt wykonawczy do ustawy w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2010, s. 69.

¹⁴ Tamże, s. 68 z powołaniem wypowiedzi eksperckiej S. Wronkowskiej złożonej do akt postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie K25/99 (rozstrzygniętej wyrokiem TK z K 25/99)

tego generalnego założenia nauki, ale mimo wszystko dokonują istotnego wyłomu w domniemaniu normatywności rozporządzenia wykonawczego. Dzieje się tak za sprawą trybunalskiej koncepcji "*rozporządzeń hybrydowych*", której źródła należy poszukiwać w dwóch zasadniczych czynnikach.

Pierwszy czynnik sprowadza się do tezy, że nazwa i forma aktu prawnego poddanego kognicji TK nie może mieć charakteru rozstrzygającego (o czym słusznie przypomina L. Garlicki z powołaniem na wyrok TK z 21 czerwca 1999 r. w sprawie U 5/98 oraz wyrok z 12 marca 2002 r., w sprawie P 9/01¹⁵), zaś najistotniejszym wątkiem staje kryterium "normatywności" zaskarżonego aktu.

Drugim czynnikiem jest specyficzna pozycja Rady Ministrów jako naczelnego organu administracji rządowej i zasadniczego organu władzy wykonawczej cieszącego się swoistym domniemaniem kompetencyjnym w sferze polityki wewnętrznej. W doktrynie zwrócono zresztą uwagę, że w obrębie rozporządzeń wydawanych przez organy administracji rządowej występuje atypowa grupa rozporządzeń wydawana na podstawie upoważnień zawartych w ustawach szczegółowych. Tę grupę nieprzypadkowo otwiera się przykładami rozporządzeń Rady Ministrów w sprawie "*tworzenia lub znoszenia powiatów, granic gmin i powiatów, siedziby ich władz, nadawania statusu miasta*", zaś "*ich związek z tradycyjnie postrzeganym modelem rozporządzenia - aktem normatywnym wydanym przez organ władzy wykonawczej na podstawie szczegółowego upoważnienia ustawowego i w celu wykonania ustawy - jest częstokroć wątpliwy*"¹⁶. Warto przytoczyć w tym miejscu wyważoną wypowiedź Mariana Grzybowskiego, której rzetelne rozważenie może doprowadzić do racjonalnej tezy o przełamaniu modelu czystego "*normatywnego*" rozporządzenia Rady Ministrów. Wynika to ze specyficznej funkcji rządu, co Autor ujął następująco: "*Konstytucyjna kwalifikacja Rady Ministrów jako <<organu władzy wykonawczej>> skłania do pytania: w jakim stopniu cecha ta ewokuje konieczność postrzegania tego organu jako li tylko kierującego procesem wykonywania ustawy (i -ewentualnie - dyspozycji organów władzy ustawodawczej), w jakim zaś Radzie Ministrów przypada rola samoistnego inicjatora i realizatora polityki państwa w sferze wewnętrznej i zagranicznej?*"¹⁷. Jeśli uwzględnić aspekt polityki państwa, to pociąga to za sobą konieczność uwzględnienia "*specjalizacji*" rządu w obszarze polityki przestrzennej, demograficznej i gospodarczej, zaś podział terytorialny traci cechy wyłącznej domeny władzy ustawodawczej¹⁸, ale i zawęża spektrum kontroli władzy sądowniczej (obowiązek działania

¹⁵ L. Garlicki, uwaga nr 17 (s. 22) w komentarzu do art. 188 pkt 3 Konstytucji RP z powołaniem na wyrok TK z 12 lipca 2001 r., sygn. SK 1/01 opubl. w OTK ZU 2001, nr 5, poz. 127, s. 742 (w:) L. Garlicki (red.), Konstytucja RP. Komentarz, tom. V Warszawa 2007.

¹⁶ B. Skwara, op.cit., s. 128.

¹⁷ M. Grzybowski, *Konstytucyjne funkcje Rady Ministrów i formy ich praktycznej realizacji (próba typologii)* (w:) M. Grzybowski (red.), *System rządów Rzeczypospolitej Polskiej. Założenia konstytucyjne a praktyka ustrojowa*, Warszawa 2006, s. 190.

¹⁸ Por. wypowiedź TK "*W opinii Trybunału Konstytucyjnego wyrażonej w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. K 27/02 nie jest racjonalne, aby parlament zajmował się szczegółowymi korektami ustanowionego już podziału terytorialnego*", III.3 uzasadnienie wyroku TK z 8 kwietnia 2009 r. (K 37/06), opubl. w IPOTK.

na zasadzie tzw. powściągliwości sędziowskiej, ilekroć prawo zezwala Radzie Ministrów na kształtowanie treści aktów prawnych według politycznych, społecznych preferencji).

Powyższy kierunek wielopłaszczyznowego pojmowania kompetencji prawotwórczych Rady Ministrów jest widoczny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, czego reprezentatywnym przykładem jest uzasadnienie wyroku TK z 8 kwietnia 2009 r. (K 37/06). W uzasadnieniu powołanego wyroku Trybunał Konstytucyjny stanowczo podkreślił, że *"podział terytorialny nie jest konstrukcją niezmienną. Podlega on procesom dostosowawczym do zmian demograficznych, społecznych i jest funkcją polityki państwa w zakresie administracji, gospodarki i kultury. Jak trafnie wskazują przedstawiciele doktryny podział nieodpowiadający zmienionym warunkom staje się hamulcem rozwoju"*¹⁹. Problem nie sprowadza się zatem do pytania, czy granice gmin mogą ulec zmianie, lecz w jaki sposób harmonizować ewentualne konflikty na tym tle lub wyrównywać sytuację prawną i faktyczną podmiotów objętych zmianami terytorialnymi.

W ten sposób dochodzimy do konstatacji, że formułowane publicznie zarzuty pod adresem Rozporządzenia z 19 lipca 2016 r. nie są w istocie poparte analizą rzekomych treści normatywnych zawartych w tym akcie, ale kwestionują rządową ocenę konsultacji społecznych, *"nieuzasadnioną czynnikami obiektywnymi zmianę proporcji narodowościowych"*²⁰ lub zgodność z prawem procedur decyzyjnych organów gminy Opole. W szczególności formułowanie tych ostatnich zarzutów rozmija się z istotą kontroli konstytucyjności prawa w Polsce, ponieważ prowadzi do ukrytej kontroli aktów prawnych lub czynności materialno-technicznych jednostek samorządu terytorialnego sytuujących się obszarze aktów stosowania prawa²¹. Należy przypomnieć, że zarówno indywidualna, jak i abstrakcyjna kontrola konstytucyjności prawa opiera się na zasadniczym założeniu „*skargi na przepis*” (źródło norm generalnych i abstrakcyjnych), a nie na jego konkretne, wadliwe zastosowanie, nawet jeśli prowadziło do niekonstytucyjnego skutku²².

Na konieczność rozdzielenia sfery faktów od kwestii walidacyjnych zaskarżanych rozporządzeń Rady Ministrów zwrócił uwagę Trybunał Konstytucyjny w punkcie III.8 uzasadnienia wyroku w sprawie K 37/08. Wypowiedź Trybunału - oceniającą jednocześnie

¹⁹ Zob. punkt III.3 uzasadnienia wyroku K 37/06 z powołaniem na: K. Byjoch, J. Sulimierski, J. Tarno, *Samorząd terytorialny po reformie ustrojowej państwa*, Warszawa 2000, s. 22.

²⁰ Tak też G. Janusz, op.cit., s. 11. Autor nie wyjaśnia jednak, co należy rozumieć pod pojęciem "czynników obiektywnych". Takim pojęciem nie posługuje się Raport Wyjaśniający do art. 16 KRRE, a tym bardziej nie wskazuje on mechanizmów rozstrzygania kolidujących interesów i poza jednym przykładem (o znamionach "subiektywnych", ponieważ budowa tamy również jest elementem polityki) nie wskazuje katalogu usprawiedliwionych przesłanek ograniczeń.

²¹ Tak właśnie uczyniono na s. 9-19 uzasadnienia wniosku umieszczonego w załączniku do uchwały nr XXII/144/16 Rady Powiatu Opolskiego z dnia 18 sierpnia 2016 r.

²² *"Może więc tak się zdarzyć, że w sprawie występuje naruszenie prawa konstytucyjnego, lecz wiąże się ono nie z treścią kontrolowanego przepisu, lecz praktycznym jego zastosowaniem (interpretacja przepisów, subsumpcja, rozumowania zastosowane przez orzekający sąd itd). W takich wypadkach Trybunał Konstytucyjny nie ma podstaw do dokonania kontroli konstytucyjności zgodnie z treścią skargi (zob. wyrok z 1 lipca 2008 r., sygn. SK 40/07)"*, zob. postanowienie TK z dnia 13 października 2008 roku (sygn. akt SK 20/08).

charakter prawny tych rozporządzeń - wypada przytoczyć *in extenso*: "Rozporządzenia dokonujące zmian granic jednostek samorządu terytorialnego kwestionowane w niniejszej sprawie mają szczególny charakter. **W odniesieniu do tych rozporządzeń ocena konstytucyjności łączy się w większym stopniu z oceną faktów, aniżeli z oceną obowiązujących norm (...). Niezbędne jest zatem zachowanie w tej mierze koniecznej powściągliwości sędziowskiej** [podkreślenie własne - M.B.]. Mamy w tym przypadku do czynienia z rozporządzeniami określanymi w doktrynie jako <<rozporządzenia>> różniące się od rozporządzeń <<klasycznych>>, przewidzianych w art. 87 i art. 92 Konstytucji. Owe <<rozporządzenia>>, stanowiące przedmiot orzekania, różnią się od rozporządzeń <<klasycznych>> tym, że sensem ich wydania nie jest ustanowienie norm generalnych i abstrakcyjnych; nie mają więc one charakteru prawotwórczego, nie kreują norm prawnych i nie są podstawą ich obowiązywania, a przez ich wydanie dokonuje się czynności konwencjonalnej (zob. S. Wronkowska, Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki, [w:] Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce, red. A. Szmyt, Warszawa 2005, s. 87 i n.). Zarazem jednak rozporządzenia te opierają się na Konstytucji i ustawach w sposób, który nie pozwala uznać, że są pozbawione właściwości aktu normatywnego. Przeciwnie, pierwiastki normatywne tych rozporządzeń wynikają z normatywności ustaw, których konkretyzacji służą. **Mają więc owe rozporządzenia hybrydowy charakter** [podkreślenie własne - M.B.], co nie pozostaje bez konsekwencji dla orzekania o ich zgodności z aktami wyższego rzędu w hierarchii źródeł prawa. **Aby rozstrzygnąć niniejszą sprawę konieczne jest odróżnienie oceny praktyki, co nie należy do Trybunału Konstytucyjnego, od oceny pierwiastka normatywnego, których konkretyzacja są zaskarżone rozporządzenia** [podkreślenie własne - M.B.]. Skoro w niniejszej sprawie konstytucyjność odpowiednich norm ustaw samorządowych wyznaczających normatywność tych rozporządzeń nie została skutecznie zakwestionowana, to okoliczność ta nie jest bez znaczenia dla ostatecznej oceny owych rozporządzeń"²³.

Cytowane uzasadnienie może być interpretowane jako aprobata dla mieszanego (hybrydowego) charakteru rozporządzeń, ewoluujących w stronę aktów przesądzających indywidualnie i konkretnie o konsekwencjach obowiązywania normy generalnej i abstrakcyjnej. Zwraca też uwagę na konieczność oddzielenia stosowania art. 4a-4c USG od wykonania delegacji zawartej w art. 4 ust. 1-5 USG. Stanowisko jest też bardzo konsekwentnie podtrzymywane w orzecznictwie Trybunału (por. postanowienia TK z 5 listopada 2009 r., U9/07 o umorzeniu postępowania²⁴, z dnia 4 listopada 2010 r., Tw 29/10²⁵), natomiast obszerniejsze rozwinięcie (czego nie należy mylić z rozstrzygającym i jednoznacznym stanowiskiem) co do aspektu normatywnego pojawiło się w punkcie 2 uzasadnienia postanowienia sygnalizacyjnego z 12 maja 2009 r. (S 3/09)²⁶: "W istocie tego rodzaju rozporządzenie ma formę hybrydową: zawiera element decyzji Rady Ministrów oraz

²³ Opubl. w IPOTK.

²⁴ OTK ZU nr 10/A/2009, poz. 152.

²⁵ Opubl. w IPOTK.

²⁶ OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 75.

element aktu normatywnego. Akt ten jako rozporządzenie może podlegać kontroli konstytucyjności. Nadanie decyzji Rady Ministrów formy aktu normatywnego prowadzi do zatarcia granicy między stosowaniem prawa a jego tworzeniem". Znamienne, że zarówno w cyt. postanowieniu sygnalizacyjnym, jak i poprzedzającym je wyroku w sprawie K37/06 nie wskazano metodyki pozwalającej na odnalezienie wspomnianych pierwiastków normatywnych lub pogłębionej charakterystyki elementów decyzyjnych, indywidualnych. Dominujące elementy z tej ostatniej sfery zdają się skłaniać Trybunał Konstytucyjny do postulatu *de lege ferenda*, aby nadać "rozstrzygnięciom o zmianach podziału terytorialnego postaci aktów wydawanych przez wojewodów. Akty te mogłyby stanowić przedmiot kontroli sprawowanej przez sądy administracyjne, a jednocześnie Rada Ministrów nie byłaby pozbawiona możliwości wpływania na te rozstrzygnięcia. Zastępuje także na rozważenie poddanie kontroli sądu administracyjnego procesu opiniowania zmian podziału terytorialnego przed wydaniem rozporządzenia przez Radę Ministrów"²⁷.

Podsumowując, należy stwierdzić, że Rozporządzenie z dnia 19 lipca 2016 r. nie może stanowić przedmiotu oceny Trybunału Konstytucyjnego, o ile wnioskodawcy nie wykażą jego elementów normatywnych, co do tej pory nie miało miejsca. Natomiast w przypadku spełnienia tego wymogu nie można poddać Rozporządzenia ocenie pod kątem zgodności z przepisami art. 5 MNiEJR oraz art. 16 KRRE, ponieważ treść spornego Rozporządzenia nie odnosi się do wolności i praw jednostki określonych w przepisach omawianych w kolejnym punkcie.

2. Klauzule zakazu zmian proporcji narodowościowych (art. 16 Konwencji Ramowej Rady Europy o ochronie mniejszości narodowych oraz art. 5 ust. 2 ustawy o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz języku regionalnym)

Zgodnie z art. 16 KRRE "Strony powstrzymają się od stosowania środków zmieniających proporcje narodowościowe ludności w rejonach zamieszkałych przez osoby należące do mniejszości narodowych i mających na celu ograniczenie praw i wolności wynikających z zasad zawartych w niniejszej konwencji ramowej".

Z kolei art. 5 MNiEJR stanowi, że:

"1. Zabrania się stosowania środków mających na celu asymilację osób należących do mniejszości, jeżeli środki te są stosowane wbrew ich woli.

2. Zabrania się stosowania środków mających na celu zmianę proporcji narodowościowych lub etnicznych na obszarach zamieszkałych przez mniejszości".

Nie ulega najmniejszych wątpliwości, że cyt. przepis art. 16 KRRE zawarty w ratyfikowanej umowie międzynarodowej - stanowi część systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce. Konwencja ma charakter multilateralnej umowy międzynarodowej, została przez Polskę ratyfikowana oraz ogłoszona w Dzienniku Ustaw z

²⁷ pkt. 4 uzasadnienia postanowienia sygnalizacyjnego z 12 maja 2009 r. (S 3/09).opubl. w IPOTK.

2002 r., nr 22 poz. 209. W literaturze trudno zetknąć się z jakąkolwiek jednoznaczną wypowiedzią, czy KRRE spełnia warunki bezpośredniej stosowalności określone w art. 91 ust. 1 Konstytucji RP ("*Ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i **jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy***" [podkreślenie własne - M.B.]). Pojęcie "*bezpośredniego stosowania*" jest najczęściej "*konsekwencją obowiązywania umów [międzynarodowych - M.B.] dla organów państwowych. Organy państwowe mają obowiązek opierać swoje działanie na normach prawa międzynarodowego*"²⁸. Z pojęciem bezpośredniego stosowania wiąże się pojęcie "*samowykonalności*". Norma samowykonalna, to "*norma na tyle jasna i konkretna, że można z niej wywieść prawo lub obowiązek, której stosowanie nie jest uzależnione od spełnienia warunku jakiegokolwiek natury i na tyle kompletna, że nie wymaga dla swego wykonania wydania odpowiednich przepisów*"²⁹. Literatura specjalistyczna odnosząca się bezpośrednio do KRRE i statusu mniejszości niemieckiej pomija ocenę "*samowykonalności*" KRRE, wskazując chętniej na przepisy Traktatu między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, podpisanego w Bonn dnia 17 czerwca 1991 r.³⁰ Również w literaturze komentarzowej można zetknąć się z opiniami o "*słabości*" ochrony mniejszości w systemie Rady Europy kompensowanej systemem traktatów dwustronnych³¹

Zaryzykuję również stwierdzeniem, że ogólność art. 16 KRRE nie jest sama przez się argumentem przeciwko bezpośredniej stosowalności (w rozumieniu art. 91 ust. 1 Konstytucji RP), ale jego budowa sugeruje raczej, że tak sformułowany zakaz można ująć również od strony pozytywnej jako pewien nakaz optymalizacyjny poszukiwania i tworzenia takich instrumentów polityki wewnętrznej państwa, które zaburzają "*proporcje narodowościowe*" w najmniejszym stopniu. Rzecz jednak w tym, że argumenty podnoszone przeciwko Rozporządzeniu z 19 lipca 2016 r. nie dają powodów do tezy o zmianie proporcji narodowościowych w konwencyjnym i doktrynalnym rozumieniu tego przepisu (zob. dalsze uwagi na temat znaczenia przepisów KRRE). Zwracam też uwagę, że uchwalenie (tuż po związaniu się KRRE) art. 5 ust. 2 MNiEJR w 2005 r. ("*Zabrania się stosowania środków mających na celu zmianę proporcji narodowościowych lub etnicznych na obszarach zamieszkałych przez mniejszości*") może sugerować, że ustawodawca zinterpretował art. 16 KRRE jako umowę podlegającą wykonaniu (tzn. niesamowykonalną) m.in. w drodze ustawy, a MNiEJR została uznana za instrument implementacyjny KRRE³². Artykuł 5 ust. 2 MNiEJR nie wnosi nowej jakości pod względem stopnia precyzji, natomiast wywołuje supozycję o chęci włączenia przez ustawodawcę do krajowego porządku prawnego desygnatów

²⁸ A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2006, s. 535.

²⁹ A. Wyrozumska, *op.cit.*, s. 536.

³⁰ Zob. M. Masternak, Kubiak, *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*, Wrocław 2013, s. 131.

³¹ Zob. L. Garlicki, uwaga nr 3 (pkt 3) w komentarzu do art. 35 Konstytucji RP, s. 3 i powołana tam literatura (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, tom. III, Warszawa 2003.

³² Por. uwagi K. Działochoy dot. niedostatecznej klarowności i precyzji umów międzynarodowych jako przesłance uchwalenia ustawy, uwaga nr 3 w komentarzu do art. 91 Konstytucji RP, s. 3 (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, tom. I, Warszawa 1999.

charakterystycznych dla porządku międzynarodowego³³. Nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że impulsem do uchwalenia MNiEJR było wykonanie zobowiązań międzynarodowych oraz Zaleceń Komitetu Praw Człowieka oraz Komitetu Doradczego ds. Konwencji ramowej³⁴. Jeśli więc racjonalizować działania polskiego ustawodawcy, to sens niemal dosłownego powielenia w ustawie zakazów należy odczytywać następująco: tam gdzie reżim konwencyjny pozostawiał polskiemu ustawodawcy margines swobody, dokonano możliwie precyzyjnego rozwinięcia ustawowego, natomiast tam, gdzie ustawodawca aprobował swoiste rozumienie klauzul w porządku międzynarodowym, nawiązano do standardu konwencyjnego (przy założeniu jego ewolucyjnego charakteru i klauzuli pierwszeństwa z art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, gdyby krajowe prawotwórstwo i stosowanie prawa doprowadziły do utrwalenia się rozumienia normy odbiegającej znaczeniowo od normy art. 16 KRRE). Takie potraktowanie funkcji art. 5 ust. 2 MNiEJR wydaje mi się zgodne z ogólną zasadą art. 9 Konstytucji RP zawierającego nakaz wykładni podkonstytucyjnych źródeł prawa w sposób przychylny (przyjazny) wiążącemu prawu międzynarodowemu. Ten kierunek wynika również wyraźnie z interpretacji Trybunału Konstytucyjnego³⁵. Warto dodać, że w krajowej literaturze dość ostrożnie podchodzi się do wyjaśnienia sensu zdań normatywnych zawartych art. 5 ust. 2 MNiEJR. Ogranicza się przy tym do stwierdzenia, że jest to zakaz "*ingerencji w strukturę ludności wpływającą na zmiany narodowościowe*", zaś w pozostałym zakresie stosuje się repetycję klauzuli zakazu z art. 5 i 6 ustawy bez wskazywania przykładów ewentualnych naruszeń³⁶.

Pod adresem Rozporządzenia z 19 lipca 2016 r. formułuje się zarzut naruszenia artykułu 16 KRMN poprzez zmianę sytuacji członków mniejszości niemieckiej. W niniejszej opinii nie podejmuję kwestii dyskusji o trudnościach ze sformułowaniem definicji mniejszości narodowej w prawie międzynarodowym. Ograniczę się do stwierdzenia, że KRRE uznaje swobodę sygnatariuszy w kwestii nadania statusu grup zamieszkujących ich terytorium, co przekłada się na określenie w porządku krajowym zasad i trybu uznawania (i odmowy uznania) danej grupy ludności za mniejszość narodową lub etniczną. W literaturze słusznie wskazuje się, że "*tak wypracowany kompromis w pewnej mierze działa przeciw zasadniczej funkcji Konwencji, gdyż państwo nie nadając statusu mniejszościowego danej grupie narodowej czy etnicznej może odmawiać jej słusznie należnych praw*"³⁷. Problem ten nie dotyczy jednak w ogóle mniejszości niemieckiej, która została ustawowo, wprost uznana za

³³ A. Wyrozumska wyjaśnia: "*Norma międzynarodowa, bez względu na to czy jest prawnie wiążąca, czy nie, samowymagalna lub niesamowymagalna, może być stosowana również pośrednio, tj. dla celów interpretacji prawa krajowego, i to nie tylko prawa przyjętego dla jej wykonania. Jest to najczęstszy sposób stosowania norm międzynarodowych w prawie krajowym*", A. Wyrozumska, op.cit., s. 536.

³⁴ Z. Kędzia, *Pojęcie mniejszości narodowych a ich ochrona* (w:) Z. Kędzia, A. Rost (red.), *Współczesne wyzwania wobec praw człowieka w świetle polskiego prawa konstytucyjnego*, Poznań 2009, s. 179.

³⁵ Zob. punkt III.2.2. uzasadnienia wyroku TK z dnia 11 maja 2005 r. w sprawie K18/04, opubl. w IPOTK.

³⁶ J. Wilk, *Mniejszości narodowe - 5.2. Zakres regulacji* (w:) M. Miemieć (red.), *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2013, s. 84.

³⁷ A. Krasnowolski, *Prawa mniejszości narodowych i mniejszości etnicznych w prawie międzynarodowym i polskim*, Opracowanie Tematyczne Biura Analiz i Dokumentacji Kancelarii Senatu RP nr OT599, Warszawa 2011, s. 9.

mniejszość narodową w Polsce (zob. art. 4 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 4 ust. 1 MNEiJR). Podniosłem ten wątek wyłącznie z jednego zasadniczego powodu: wykonanie KRRE oraz art. 35 Konstytucji RP zaowocowało uchwaleniem MNEiJR ustalającej **element obywatelstwa polskiego jako cechę konstytucyjną mniejszości narodowej** (art. 35 ust. 1 Konstytucji RP mówi zresztą wprost o obywatelstwie polskim). Oznacza to, że pozycja mniejszości narodowej w życiu społecznym, politycznym jest wyznaczana m.in. skalą praw politycznych należnych każdemu obywatelowi polskiemu³⁸, z czynnym i biernym prawem wyborczym wyłącznie (art. 62 Konstytucji RP zastrzega to uprawnienie wyłącznie obywatelom polskim). Trudno jest zatem twierdzić, że zmiany w podziale terytorialnym wynikające z Rozporządzenia z dnia 19 lipca br. powodują *per se* dyskryminujące ograniczenie prawa członków mniejszości niemieckiej do uczestnictwa w życiu politycznym i społecznym. W nauce prawa zwrócono uwagę na praktykę Komitetu Doradczego ds. Konwencji ramowej podkreślającego, że *"implementacja Konwencji nie może stanowić arbitralnego i nieusprawiedliwionego zróżnicowania"*, czego nie należy pod żadnym pozorem utożsamiać ze stałym lub przejściowym zrównaniem sytuacji prawnej obywateli polskich należących do mniejszości narodowej z innymi obywatelami polskimi. Z tego powodu należy odrzucić argumentację Rady Powiatu Opolskiego, która:

- 1) bezzasadnie uznaje się za "nosiela" konstytucyjnych wolności praw jednostki (podmiotu prywatnego) określonych w art. 32 i art. 35 ust. 1 i 2 Konstytucji RP (zob. analogicznie m.in. punkt 4.2. postanowienia TK z 9 czerwca 2011 r. Tw 31/10, opub. w IPOTK), co pozostaje w rażącej sprzeczności z
 - publicznoprawnym charakterem powiatu,
 - zasadniczą funkcją Rozdziału II Konstytucji RP polegającą na dookreśleniu relacji jednostka-państwo,
 - utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (zob. postanowienie TK z 8 lipca 2008 r., K 40/06, opubl. w OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 113 i powołane tam orzeczenia TK) uzależniającym legitymację organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego od ściśle interpretowanego związku ze *"sprawami objętymi ich zakresem działania"* (art. 191 ust. 2 *in fine* Konstytucji RP).
- 2) uznaje zaskarżone Rozporządzenie jako sprzeczne z art. 32, art. 35 ust. 1 2 16 KRRE oraz art. 5 ust. 2 MNEiJR za przejaw zakazanej konstytucyjnie dyskryminacji negatywnej obywateli polskich należących do mniejszości niemieckiej, w sytuacji w której:

³⁸ Podobnie L. Garlicki, uwaga nr 9 w komentarzu do art. 35 Konstytucji RP, s. 9 i powołana tam literatura (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, tom. III, Warszawa 2003. Autor posłużył się pojęciem *"dookreślenia ogólnej zasady równości"* i postuluje rozpatrywania praw mniejszości w powiązaniu z katalogiem praw i wolności jednostki zawartym w Konstytucji RP (tamże, s. 9).

- nie określa precyzyjnie normy-wzorca wywiedzionej z "zakazu zmiany proporcji" zawartego w art. 16 KRRE i art. 5 ust. 2 MNEiJR;
- nie analizuje koherencji treściowej § 1 pkt 2 zaskarżonego Rozporządzenia z ww. wzorcami kontroli i powołując się *de facto* na treść praw podmiotowych zawartych w odrębnych (i niezakwestionowanych) regulacjach prawnych³⁹.

Wreszcie należy zwrócić uwagę, że art. 16 KRRE nie ma charakteru absolutnego i dopuszcza pewne wyjątki. Zgodnie z Raportem Wyjaśniającym do KRRE *"celem tego artykułu jest ochrona przed krokami, które zmieniają proporcje populacji w obszarach zamieszkałych przez osoby należące do mniejszości narodowych i mają na celu ograniczenia praw i wolności, które wynikają z niniejszej Konwencji Ramowej. Przykładami takich działań mogą być wyłączenie, eksmisje i wydalenie lub zmiana granic administracyjnych mająca na celu ograniczenie z korzystania z takich praw i wolności (<<gerrymandering>>)"* (pkt 81 Raportu). Ponadto w punkcie 82 Raportu wyjaśniającego dodano zastrzeżenie, że klauzula *"zabrania tylko takich kroków, które są skierowane na ograniczenie praw i wolności wynikających z Konwencji Ramowej. Uznano za niemożliwe rozciągnięcie zakazu na działania, których rezultatem jest ograniczenie takich praw i wolności, ponieważ takie działania mogą być czasami całkowicie usprawiedliwione i prawnie uzasadnione. Przykładem może być przesiedlenie mieszkańców wsi w celu budowy tamy"* (pkt 82 Raportu). Nie jest zatem tak, jak twierdzi się w opiniach prywatnych, że w raporcie zredukowano dopuszczalne zmiany do "czynników obiektywnych"⁴⁰. Sens tego przepisu wyraża się w nakazie zapobiegania i powstrzymywania się działaniom wrogim wobec mniejszości narodowych, w szczególności zmierzających do przerwania związków danej populacji z określonym terytorium. Co więcej, w literaturze międzynarodowego reżimu ochrony praw człowieka zwraca się uwagę, że konstrukcja art. 16 KRRE jest zbliżona do instrumentów gwarancyjnych dot. zasady samostanowienia. Wyraża się ona zwykle w dwóch zasadniczych obowiązkach. Pierwszy zakłada poszanowanie związku ludności z określonym terytorium wyrażającego się poprzez "fizyczną" obecność, zaś drugi związany jest zachowaniem określonej liczby ludności na danym terytorium. Jeśli zaś idzie o formy naruszenia to podawane przykłady nawiązują do tak radykalnych przykładów jak wydalenie z zamieszkiwanego terytorium (lub inne działania o znamionach ludobójstwa, czystki etnicznej) lub wspieranie "obcego" (względem mniejszości narodowej i etnicznej) osadnictwa z zamiarem demograficznej manipulacji⁴¹. Takie rozumienie nakłada się treściowo na trzy uniwersalne reguły wywiedzione z art. 35 ust. 1 Konstytucji RP, rozumiane jako nałożone na władze publiczne: "1) zakaz asymilacji

³⁹ Zob. zakres zaskarżenia sformułowany na 2. stronie załącznika do uchwały nr XXII/144/16 Rady Powiatu Opolskiego z dnia 18 sierpnia 2016 r.

⁴⁰ G. Janusz, op.cit., s. 5.

⁴¹ C. J. Drew, *Self-determination, Population Transfer and The Middle East Peace Accords* (w:) S. Bowen (red.), *Human Rights, Self-Determination and Political Change in the Occupied Palestinian Territories*, Haga, Boston, Londyn 1997, s. 135 i powołane tam przykłady z literatury praw człowieka.

(rozumiany jako podejmowanie przez władze publiczne działań służących eliminacji odrębności narodowych i etnicznych); 2) zasadę równego traktowania, 3) zakaz dyskryminacji"⁴². Jest zatem dla mnie wręcz oczywiste, że sporne Rozporządzenie z 19 lipca 2016 r. nie jest przejawem ani podstawą do prowadzenia ww. zakazanych prawem działań. W szczególności nie istnieją żadne dowody na okoliczność, że wydane rozporządzenie i okoliczności towarzyszące jego wydaniu posiadają określone zabarwienie kierunkowe (tzn. zostało wydane "w celu" zaburzenia proporcji ludności lub innego pogorszenia sytuacji prawnej mniejszości niemieckiej).

Odnoszę wrażenie, że autorzy zarzutów odwołujących się do pojęcia "asymilacji mniejszości niemieckiej wbrew jej woli" i naruszenia konwencyjnego zakazu zmiany proporcji narodowościowych poszukiwali środków wzmocnienia swej argumentacji, ale niekoniecznie konfrontowali się z prawną genezą tego pojęcia. W efekcie powstaje supozycja o prowadzeniu wrogiej względem mniejszości niemieckiej działalności, ale dość płytko zanurzona w udokumentowanych faktach⁴³.

Pośród relatywnie rzeczowych argumentów podnoszonych przeciwko Rozporządzeniu z 19 lipca 2016 r. warto wskazać zarzut utraty przez członków mniejszości niemieckiej możliwości posługiwania się językiem pomocniczym⁴⁴ (ar. 9 MNiEJR) oraz możliwości posługiwania się dodatkową nazwą miejscowości lub obiektu fizjograficznego (art. 12 ust. 7 MNiEJR). Rzecz jednak w tym, że tego rodzaju zarzuty wymagałyby rozpatrzenia przepisów MNiEJR pod kątem zgodności z art. 10 ust. 2 KRRE lub art. 35 ust. 1 Konstytucji RP w nowym układzie terytorialnym po 1 stycznia 2017 r. Należy zwrócić uwagę na konstrukcję art. 9 ust. 2, która ustala próg 20% ogólnej liczby mieszkańców gminy należących do mniejszości w sposób pozbawiony wyjątków, podczas analogiczny wymóg w zakresie stosowania dodatkowej nazwy miejscowości lub obiektu fizjograficznego został złagodzony treścią art. 12 ust. 7 pkt 1 MNiEJR. Ten ostatni operuje alternatywą zwykłą umożliwiając przeprowadzenie procedury na wniosek rady gminy i rozstrzygnięcie pozytywne, jeśli za wprowadzeniem nazw opowiedziało się co najmniej "połowa mieszkańców tej miejscowości [zamieszkaney - M.B.] biorących udział w konsultacjach". Przywołanie przepisów MNiEJR dowodzi samo przez się, że kwestie języka mniejszości nie są objęte zakresem normowania określonym w Rozporządzeniu z 19 lipca 2016 r., więc tylko przepisy tego pierwszego aktu pozostają w dostatecznym związku treściowym z międzynarodowymi i krajowymi klauzulami ochrony i rozwoju języka mniejszości etnicznej. Ewentualne wątpliwości i zarzuty w tym zakresie powinny być zatem formułowane pod

⁴² Zob. L. Garlicki, uwaga nr 3 (pkt 3) w komentarzu do art. 35 Konstytucji RP, s. 3 i powołana tam literatura (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja RP. Komentarz, tom. III*, Warszawa 2003.

⁴³ Por. s. 49 uzasadnienia wniosku umieszczonego w załączniku do uchwały nr XXII/144/16 Rady Powiatu Opolskiego z dnia 18 sierpnia 2016 r. Wyrażając głębokie zaniepokojenie podniesionymi tam argumentami należy jednak stwierdzić, że zwalczanie rzekomych napaści (niesprecyzowanych i nieudokumentowanych przez wnioskodawcę), ochrona wolności zgromadzeń jest zadaniem organów ochrony porządku publicznego. Trudno jednak dociec, jaki niekonstytucyjny związek pomiędzy zmianą przebiegu granic a występowaniem postaw ksenofobicznych widzi organ wnioskujący.

⁴⁴ G. Janusz, op.cit., s. 5 i 11.

adresem ustawy, nie wpływając tym samym na moc obowiązującą i domniemanie konstytucyjności Rozporządzenia z 19 lipca 2016 r.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, stwierdzam, że przepisy art. 16 KRRE i art. 5 ust. 2 MNiEJR nie stanowią w ogóle adekwatnego wzorca dla oceny zgodności Rozporządzenia z dnia 19 lipca 2016 r.

Wrocław, 16 października 2016 r.

dr hab. Michał Bernaczyk



Michał Bernaczyk