



# AKTUALNE PROBLEMY REFERENDUM

REDAKCJA:

BEATA TOKAJ  
ANNA FEJA-PASZKIEWICZ  
BOGUSŁAW BANASZAK



UNIWERSYTET  
ZIELONOGÓRSKI

ISBN 978-83-939674-6-9

# **AKTUALNE PROBLEMY REFERENDUM**

Redakcja:

Beata Tokaj, Anna Feja-Paszkiwicz, Bogusław Banaszak

Warszawa 2016

Recenzenci

Michał Bernaczyk, Jan Wiktor Tkaczyński

Fotografie – z zasobów własnych autorów artykułów

ISBN 978-83-939674-6-9

Projekt graficzny i skład

BPROG SP. Z O.O.

Wydawca: Krajowe Biuro Wyborcze

00-902 Warszawa, ul. Wiejska 10

tel. 22 695 25 44; fax 22 622 35 71

## Spis treści

Wstęp.....	7
------------	---

### I. Ogólne problemy referendum i referendum ogólnokrajowe

<b>Tomasz Adam</b> Fasadowość instytucji referendum ogólnokrajowego – wybrane zagadnienia ..	9
<b>Bogusław Banaszak</b> Możliwość uchylecia lub zmiany postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego .....	23
<b>Mariusz Jabłoński</b> Efektywność referendum ogólnokrajowego w sprawie o szczególnym znaczeniu dla państwa – analiza konstytucyjnoprawnego modelu instytucji .....	31
<b>Piotr Kapusta</b> Członkowie komisji do spraw referendum i ich status.....	49
<b>Justyna Michalska</b> Rola Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych w procesie przeprowadzania referendum .....	61
<b>Costanza Nicolosi</b> Were the U.S. Framers Right in Rejecting Direct Democracy? Evidence from Europe .....	73
<b>Anna Rytel-Warzochoa, Piotr Uziębło</b> Kilka uwag o referendum ogólnokrajowym (wnioski <i>de lege ferenda</i> w oparciu o doświadczenia referendum z 2015 r.) .....	81
<b>Herbert Schambeck</b> Das Volksbegehren und seine Bedeutung für die Staatslehre und das Staatsrecht.....	97
<b>Beata Tokaj</b> Rola Państwowej Komisji Wyborczej i Krajowego Biura Wyborczego w edukacji wyborczej i referendalnej .....	107
<b>Marcin Michał Wiszowaty</b> Referenda dla obywateli – rekomendacje dotyczące zmian w polskiej regulacji prawnej instytucji referendów zaproponowane przez organizacje społeczne skupione wokół Instytutu Spraw Obywatelskich .....	115
<b>Zbigniew Witkowski, Maciej Serwaniec</b> Klasa polityczna wobec instytucji referendum ogólnokrajowego w Polsce .....	133

### II. Referendum za granicą

<b>Emilio Castorina</b> The Law-Repealing Referendum in Italy in the Light of the Constitutional “Renzi-Boschi” Reform .....	145
<b>Eugen Chelaru, Andra Puran</b> Procedural rules for the organization of the referendum for the resignation of romanian president.....	153
<b>Mircea Criste</b> The referendum and the Romanian constitutional system.....	163
<b>Ramona Duminica, Andra Puran</b> Consultative referendum debates on the referendum held in Romania in 2009 .....	175

<b>Izabela Gawłowicz, Joanna Osiejewicz</b> Referendum ogólnokrymskie jako instrument manipulowania prawem międzynarodowym.....	185
<b>Maria Cristina Hermida del Llano</b> The consequences of the united kingdom's referendum on leaving the European Union .....	203
<b>Jerzy Jaskiernia</b> Referendum jako forma demokracji bezpośredniej w systemie aksjologicznym Rady Europy .....	213
<b>Volodymyr Kampo</b> Referendum democracy in Ukraine: history and development prospects ....	235
<b>Heribert Franz Koeck</b> From rational through plebiscitary to irrational democracy .....	243
<b>Agnieszka Malicka</b> Referendum w systemie prawa niemieckiego.....	255
<b>Gabriella Mangione</b> Referendum in Italy. Recent issues and development .....	273
<b>Piotr Mikuli, Natalie Fox</b> Instytucja referendum w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej – uwagi wokół ogólnokrajowego referendum z dnia 23 czerwca 2016 r. ....	287
<b>Pasquale Policastro</b> The referendum in United Kingdom on the BREXIT and European Union: a matter of fundamental principles.....	295
<b>Jacek Sobczak, Ksenia Kakareko</b> Referenda na Białorusi .....	301

### III. Referendum lokalne

<b>Anna Feja-Paszkiewicz</b> Przesłanki warunkujące przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy .	317
<b>Małgorzata Masternak-Kubiak</b> Rola sądu administracyjnego w procesie zarządzania referendum lokalnego.....	339
<b>Nina Leśniak-Niedbalec</b> Kontrakt zielonogórski – dokument wpływający na połączenie drogą konsensusu społecznego jednostek samorządów terytorialnych miasta Zielona Góra i gminy Zielona Góra.....	355
<b>Bogusław Przywora</b> Referendum z inicjatywy organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego – uwagi na kanwie referendum lokalnego w istotnych sprawach dotyczących mieszkańców Krakowa z 2014 roku.....	365
<b>Miłosz Woźniński</b> Referendum lokalne w sprawie połączenia jednostek samorządu terytorialnego w praktyce na przykładzie referendum w ramach procesu połączenia Miasta i Gminy Zielona Góra przeprowadzonego w dniu 18 maja 2014 roku w Gminie Zielona Góra..	381

## Contents

Preface .....	7
---------------	---

### I. General problems of referendum and nationwide referendum

<b>Tomasz Adam</b> Façade-character of the institution of nationwide referendum - selected issues .....	9
<b>Bogusław Banaszak</b> The Possibility to Repeal or Amend the Regulation of the President on Ordering a Nationwide Referendum .....	23
<b>Mariusz Jabłoński</b> The efficiency of a nationwide referendum on the of special importance for the Member States – analysis of the constitutional model of the institution .....	31
<b>Piotr Kapusta</b> The members of the commission for the referendum and their status .....	49
<b>Justyna Michalska</b> The role of the Supreme Court and courts of law in the process of conducting referendum .....	61
<b>Costanza Nicolosi</b> Were the U.S. Framers Right in Rejecting Direct Democracy? Evidence from Europe .....	73
<b>Anna Rytel-Warzocha, Piotr Uziębło</b> Few Remarks on the Nationwide Referendum (De Lege Ferenda Conclusions Based on the Experience of the Referendum of 2015 .....	81
<b>Herbert Schambeck</b> The referendum and its importance for the State and constitutional law.....	97
<b>Beata Tokaj</b> The role of the National Electoral Commission and the National Electoral Office in electoral and referendum education .....	107
<b>Marcin Michał Wiszowaty</b> Referendums for citizens - recommendations for changes in the Polish legal regulation of the institution of referendums proposed by social organizations centered around the Institute of Civil Affairs .....	115
<b>Zbigniew Witkowski, Maciej Serowaniec</b> The political class and the institution of a nationwide referendum in Poland .....	133

### II. Referendum abroad

<b>Emilio Castorina</b> The Law–Repealing Referendum in Italy in the Light of the Constitutional “Renzi–Boschi” Reform .....	145
<b>Eugen Chelaru, Andra Puran</b> Procedural rules for the organization of the referendum for the resignation of romanian president.....	153
<b>Mircea Criste</b> The referendum and the Romanian constitutional system.....	163
<b>Ramona Duminica, Andra Puran</b> Consultative referendum debates on the referendum held in Romania in 2009 .....	175

<b>Izabela Gawłowicz, Joanna Osiejewicz</b> The Crimean Referendum as an Instrument for Manipulation of International Law .....	185
<b>Maria Cristina Hermida del Llano</b> The consequences of the united kingdom's referendum on leaving the European Union .....	203
<b>Jerzy Jaskiernia</b> Referendum as an Instrument of Direct Democracy in the Council of Europe's Axiology System .....	213
<b>Volodymyr Kampo</b> Referendum democracy in Ukraine: history and development prospects ....	235
<b>Heribert Franz Koeck</b> rational through plebiscitary to irrational democracy .....	243
<b>Agnieszka Malicka</b> Referendum in the German legal system .....	255
<b>Gabriella Mangione</b> Referendum in Italy. Recent issues and development .....	273
<b>Piotr Mikuli, Natalie Fox</b> The Institution of Referendum in the UK – Remarks Around the Nation-wide Referendum of 23rd June 2016 .....	287
<b>Pasquale Policastro</b> The referendum in United Kingdom on the BREXIT and European Union: a matter of fundamental principles.....	295
<b>Jacek Sobczak, Ksenia Kakareko</b> Referendums in Belarus.....	301

### III. Local Referendum

<b>Anna Feja-Paszkiewicz</b> Conditions to conduct local referendum on the creation, connection, division and removing the commune and establishment of the commune's borders .....	317
<b>Małgorzata Masternak-Kubiak</b> The role of the administrative court in the process of conducting local referendum .....	339
<b>Nina Leśniak-Niedbalec</b> Zielonagóra's Contract - document affecting the merging through consensus of local governments of city Zielona Góra community and Zielonagóra's country community .....	355
<b>Bogusław Przywora</b> Referendum conducted as an initiative of an organ constituting self-government units - remarks based on the local referendum of 2014 in matters of major importance concerning residents of Cracow .....	365
<b>Miłosz Woziński</b> Communal referendum on local government units merger in practice on the example of the communal referendum within the merger procedure of The Zielona Góra Urban Commune and The Zielona Góra Rural Commune undertaken on May 18th, 2014 in The Zielona Góra Rural Commune .....	381



## Wstęp

Od kilkudziesięciu lat obserwuje się w państwach demokratycznych wyraźną tendencję do ożywienia instytucji referendum i przekazywania suwerenowi możliwości decydowania nie tylko o zmianie konstytucji czy ratyfikacji najbardziej istotnych traktatów, ale także o przeprowadzaniu istotnych reform ustrojowych lub rozstrzygnięciu najważniejszych spraw ze społecznego punktu widzenia.

Dyskusja towarzysząca referendum ogólnokrajowemu z 2015 r. stymulowała wzrost zainteresowania tą instytucją w Polsce nie tylko w naukach prawnych, ale również w politologii oraz wśród osób uważnie obserwujących życie publiczne. Prawnicy musieli podjąć próbę rozwiązania problemów, które pojawiły się w praktyce referendalnej. Wszystko to nie pozostało bez wpływu również na intensyfikację badań nad referendum zarówno w płaszczyźnie wewnętrznej, jak i komparatystycznej.

Uwagą szeroko pojętej opinii publicznej cieszy się nie tylko referendum ogólnokrajowe, ale również lokalne. Przyczynia się do tego stosunkowo częste w ostatnich latach w Polsce korzystanie z tej instytucji demokracji bezpośredniej i podejmowanie dzięki temu istotnych rozstrzygnięć dla społeczności lokalnych.

W niniejszym tomie zebrane zostały prace dotyczące zarówno referendum ogólnokrajowego, jak i lokalnego. Rozważania poszczególnych Autorów obejmują nie tylko istotne zagadnienia legislacji i praktyki referendalnej w Polsce, ale poruszają też płaszczyznę porównawczą. Mieszczą się w niej zarówno kraje o ustabilizowanym systemie demokratycznym, jak i – co może być szczególnie ciekawe dla Czytelnika polskiego – państwa, w których demokracja została przywrócona po 1989 r. lub te, w których proces transformacji nadal trwa. Omówione zostały także zadania organów władzy publicznej w przeprowadzaniu referendum.

Mamy nadzieję, że wszystkie opracowania zgromadzone w tej książce dostarczą materiału do pogłębionych refleksji nad współczesną istotą referendum i jego znaczeniem w praktyce ustrojowej państw demokratycznych.

*Beata Tokaj, Anna Feja-Paszkiewicz, Bogusław Banaszak*



**Tomasz Adam**

Uniwersytet Warszawski

Wydział Prawa i Administracji

## **Fasadowość instytucji referendum ogólnokrajowego – wybrane zagadnienia**

Instytucja referendum ogólnokrajowego doczekała się w polskiej literaturze szeregu opracowań, jednakże ubiegłoroczne doświadczenia polityczne sprawiły, iż ten temat wymaga nowego spojrzenia i debaty nad dalszym rozwojem tej instytucji demokracji bezpośredniej.

Celem tego artykułu jest zaprezentowanie najważniejszych, zdaniem autora, problemów uniemożliwiających prawidłowe działanie instytucji referendum oraz wskazanie zmian, które mogą przekształcić to głosowanie powszechne w pełnoprawne narzędzie demokracji bezpośredniej.

### **1. Problem „progu frekwencyjnego” w kontekście zainteresowania życiem politycznym Polaków**

Pierwszym zagadnieniem, które jest niezwykle istotne w ocenie funkcjonowania instytucji referendum ogólnokrajowego, jest zagadnienie „progu frekwencyjnego”. W polskim systemie prawnym funkcjonuje on odnośnie referendum w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa oraz referendum w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej. Obecnie uregulowany jest w art. 125 ust. 3 Konstytucji RP, który stwierdza, iż *„jeżeli w referendum ogólnokrajowym wzięło udział więcej niż połowa uprawnionych do głosowania, wynik referendum jest wiążący”*.

Regulacja ta powinna zostać osadzona w kontekście zaangażowania Polaków w życie polityczne i w procesy sprawowania władzy. Takie spojrzenie pokazuje, iż zdefiniowany przez ustawodawcę „próg” nie przystaje do obecnych warunków politycznych i społecznych.

**Tabela 1. Frekwencja wyborcza lub referendalna w głosowaniach w latach 1989–2015.**

<b>Głosowanie</b>	<b>Osiągnięta frekwencja</b>
<b>Wybory do Sejmu i Senatu PRL w 1989 r. – I tura</b>	<b>62,5%</b>
Wybory do Sejmu i Senatu PRL w 1989 r. – II tura	25,1%
Wybory samorządowe w 1990 r.	42,3%
<b>Wybory prezydenckie w Polsce w 1990 r. – I tura</b>	<b>60,6%</b>
<b>Wybory prezydenckie w Polsce w 1990 r. – II tura</b>	<b>53,4%</b>
Wybory do Sejmu i Senatu RP w 1991 r.	43,2%
<b>Wybory do Sejmu i Senatu RP w 1993 r.</b>	<b>52,1%</b>
Wybory samorządowe w 1994 r.	33,8%
<b>Wybory prezydenckie w Polsce w 1995 r. – I tura</b>	<b>64,7%</b>

<b>Wybory prezydenckie w Polsce w 1995 r. – II tura</b>	<b>68,2%</b>
Referendum ogólnokrajowe „uwłaszczeniowe” w 1996 r.	32,4%
Referendum ogólnokrajowe „prywatyzacyjne” w 1996 r.	32,4%
Referendum ogólnokrajowe „konstytucyjne” w 1997 r.	42,8%
Wybory do Sejmu i Senatu RP w 1997 r.	47,9%
Wybory samorządowe w 1998 r.	Ok. 46%
<b>Wybory prezydenckie w Polsce 2000 r.</b>	<b>61,1%</b>
Wybory do Sejmu i Senatu RP w 2001 r.	46,3%
Wybory samorządowe w 2002 r. – I tura	44,23%
Wybory samorządowe w 2002 r. – II tura	35,02%
<b>Referendum ogólnokrajowe „akcesyjne” w 2003 r.</b>	<b>58,85%</b>
Wybory do Parlamentu Europejskiego 2004 r.	20,42%
Wybory do Sejmu i Senatu 2005 r.	40,57%
Wybory prezydenckie w 2005 r. – I tura	49,74%
<b>Wybory prezydenckie w 2005 r. – II tura</b>	<b>50,99%</b>
Wybory samorządowe w 2006 r. – I tura	45,99%
Wybory samorządowe w 2006 r. – II tura	39,56%
<b>Wybory do Sejmu i Senatu 2007 r.</b>	<b>53,88%</b>
Wybory do Parlamentu Europejskiego 2009 r.	24,43%
<b>Wybory prezydenckie w 2010 r. – I tura</b>	<b>54,94%</b>
<b>Wybory prezydenckie w 2010 r. – II tura</b>	<b>55,31%</b>
Wybory samorządowe w 2010 r. – I tura	47,32%
Wybory samorządowe w 2010 r. – II tura	35,31%
Wybory do Sejmu i Senatu 2011 r.	48,92%
Wybory do Parlamentu Europejskiego 2014 r.	23,83%
Wybory samorządowe w 2014 r. – I tura	47,40%
Wybory samorządowe w 2014 r. – II tura	39,97%
Wybory prezydenckie w 2015 r. – I tura	48,96%
<b>Wybory prezydenckie w 2015 r. – II tura</b>	<b>55,34%</b>
Referendum ogólnokrajowe 2015 r.	7,80%
<b>Wybory do Sejmu i Senatu 2015 r.</b>	<b>50,92%</b>

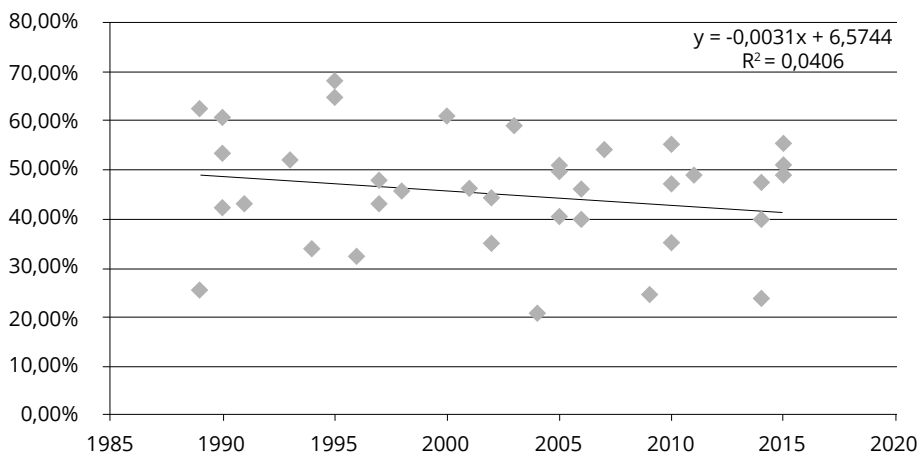
Wyróżniono głosowania, w których frekwencja przekroczyła 50 proc. Źródło: Magdalena Musiał-Karg, *Metody zwiększania frekwencji wyborczej. Polska a doświadczenia innych*

państw [w:] *Środkowoeuropejskie Studia Polityczne*, 2011, nr 2 s. 86 oraz opracowanie własne na podstawie danych Państwowej Komisji Wyborczej.

Analiza dotychczasowej frekwencji we wszystkich ogólnopolskich głosowaniach<sup>1</sup> poczynając od 1989 r. kreśli negatywny obraz zaangażowania Polaków w życie polityczne. Wśród dotychczasowych czterdziestu głosowań w jedynie czternastu uczestniczyło więcej niż połowa uprawnionych, co stanowi 35 proc. wszystkich głosowań.

Wyłączając z tych głosowań wybory prezydenckie, okazałoby się, iż jedynie w pięciu spośród dwudziestu dziewięciu głosowań przekroczone 50 proc. frekwencję, tj. w ok. 17 proc. głosowań. Zabieg wyłączenia wyborów prezydenckich jest uzasadniony, ponieważ jak stwierdził Piotr Winczorek podczas prac komisji sejmowej nad projektem obecnie obowiązującej ustawy o referendum ogólnokrajowym, odnosząc się do badań angielskich autorów: „jednym z ciekawszych wyników tych badań było stwierdzenie, iż ze zdumiewającą regularnością we wszystkich głosowaniach personalnych frekwencja była wyższa o kilkanaście procent, niż w referendalnych. Ludzie są bardziej zainteresowani wybieraniem ludzi, niż rozwiązywaniem spraw.”<sup>2</sup> Polacy w ciągu ostatnich dwudziestu siedmiu lat nie wykazywali szczególnego zainteresowania życiem politycznym. Co więcej, analizując powyższe dane można zaobserwować negatywny trend zmniejszającej się frekwencji w głosowaniach ogólnokrajowych. Ten sam trend można zaobserwować w państwach Europy Środkowej i Wschodniej<sup>3</sup>. Z drugiej strony współczynnik determinacji  $R^2$  wskazuje, iż wyniki nie wykazują korelacji. Tak więc wyniki te należy traktować jedynie w charakterze wskazówki, nie zaś wykazanej korelacji.

**Wykres 1. Frekwencje wyborcze i referendalne od 1989 roku w Polsce.**



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych PKW

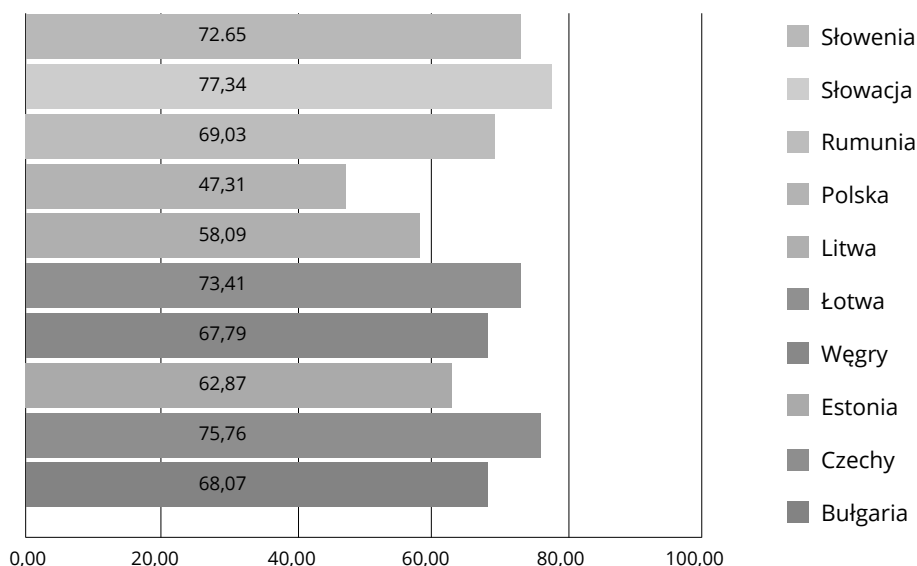
<sup>1</sup> Wybory samorządowe również zostały zaliczone do głosowań ogólnokrajowych, ze względu na fakt, iż odbywają się one w tym samym dniu w całej Polsce i poprzedzone są zazwyczaj ogólnopolską kampanią wyborczą.

<sup>2</sup> Biuletyn Komisji Ustawodawczej nr 1380/IV, Sejmu IV Kadencji, druk sejmowy nr 962, Sejmu IV kadencji, s. 11.

<sup>3</sup> Mikołaj Cześniak, *Partycypacja wyborcza Polaków*, Fundacja Instytut Spraw Publicznych, Warszawa, 2009, s. 7.

Zaangażowanie Polaków w życie polityczne mierzone udziałem w kolejnych wyborach, odniesione do zaangażowania narodów naszego regionu, po raz kolejny ukazuje Polaków w złym świetle. Analiza uczestnictwa wyborczego w latach 1989–2008 w państwach Europy Środkowej i Wschodniej wykazała, iż „Polska jest zdecydowanym outsiderem rankingu”<sup>4</sup>.

**Wykres 2. Średnia frekwencja wyborcza (parlamentarna) w krajach postkomunistycznych**



Źródło: Mikołaj Cześniak, *Partycypacja wyborcza Polaków*, Fundacja Instytut Spraw Publicznych, Warszawa, 2009, s. 6

Polska jest jedynym krajem w tym regionie, który nie osiągnął średniej frekwencji na poziomie 50 proc. podczas gdy w innych badanych krajach poziom ten oscyluje wokół 69 proc.

W takich uwarunkowaniach politycznych ciągle funkcjonuje w Polsce 50 proc. „próg frekwencyjny”, który został wprowadzony do polskiego systemu prawnego przez ustawę konstytucyjną z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym<sup>5</sup>. Ustrojodawca w roku 1992 mógł mieć uzasadnione nadzieje na to, iż Polacy regularnie będą uczestniczyć w życiu politycznym w liczbie przekraczającej połowę uprawnień.

Do dnia uchwalenia „Małej Konstytucji” odbyło się sześć ogólnopolskich głosowań i w aż połowie z nich frekwencja przekroczyła połowę uprawnień do głosowania. Dodatkowo można było sądzić, iż Polacy po odzyskaniu suwerenności po prawie połowie wieku będą chcieli masowo partycypować w sprawowaniu władzy.

<sup>4</sup> *Ibidem*, s. 6.

<sup>5</sup> Ustawa konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym, Dziennik Ustaw, Nr 84, poz. 426.

Dzisiaj widać jednak, że tak się nie stało. Stąd też najważniejszą zmianą, którą należy wprowadzić w konstrukcji referendum ogólnokrajowego zarządzanego na podstawie art. 90 lub art. 125 Konstytucji RP jest nowe ustanowienie „progu frekwencyjnego”.

Co do zasady słuszny jest argument doktryny, iż nie powinno się całkowicie zrezygnować z wymogu udziału określonej liczby osób uprawnionych do głosowania, ponieważ byłoby to równoznaczne z powierzeniem kompetencji do rozstrzygania istotnych spraw dotyczących całości społeczeństwa i państwa zbyt małej części obywateli<sup>6</sup>. Jednakże arbitralne określenie „progu frekwencyjnego” w stosunku do ogółu osób uprawnionych do głosowania jest trudne.

Rozwiązaniem powyższego problemu może być powiązanie „progu frekwencyjnego” z poprzednią frekwencją wyborczą. Polski system prawny zna taką konstrukcję. Przewiduje ją art. 55 ust. 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym<sup>7</sup>. Zgodnie z jego treścią *„referendum w sprawie odwołania organu jednostki samorządu terytorialnego pochodzącego z wyborów bezpośrednich jest ważne w przypadku, gdy udział w nim wzięło nie mniej niż 3/5 liczby biorących udział w wyborze odwoływanego organu”*.

Podobna konstrukcja działająca w skali całego kraju funkcjonuje na Łotwie. Artykuły 74 oraz 79 Konstytucji Łotwy normują „próg frekwencyjny” na poziomie co najmniej połowy liczby uczestniczących w poprzedzającym głosowanie referendalne wyborach do *Saeima*<sup>8</sup>. Takie rozwiązanie powinno zostać wprowadzone do art. 125 Konstytucji RP.

Zaletą takiego rozwiązania jest fakt, iż zmniejszone zostają bodźce do nawoływania do bojkotu referendum przez środowiska opozycyjne w stosunku do zarządzających to głosowanie powszechne. Przy założeniu, iż scena polityczna nie zmieniła się w istotny sposób od czasu ostatnich wyborów do czasu referendum, tak unormowany „próg wyborczy” stworzyłby możliwość zmobilizowania wymaganej liczby osób, aby referendum było wiążące, dla zarówno środowiska popierającego rządzących, jak i opozycji. Taki system *„nie prowadzi do powstania pozanormalnego sposobu negacji referendum”*<sup>9</sup>, który wytwarzałby się w sytuacji wrzucania czystych kart do głosowania w skali statystycznie istotnej lub też w przypadku innej formy bojkotu głosowania powszechnego.

## **2. Problem odpowiedzialności za realizowanie rozstrzygnięcia wiążącego referendum**

Kolejnym problemem sprawiającym, iż referendum ogólnokrajowe w Polsce to instytucja fasadowa, to kwestia odpowiedzialności organów państwowych za

<sup>6</sup> Por. Piotr Winczorek, *Kilka uwag o polskich referendach*, [w:] *Ruch prawniczy ekonomiczny i socjologiczny*, Zeszyt drugi, Poznań 2014, s.159.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000r. o referendum lokalnym, tekst jednolity Dziennik Ustaw 2016, poz. 400.

<sup>8</sup> Por. art. 74 oraz art. 79 Konstytucji Łotwy za stroną: <http://www.saeima.lv/en/legislation/constitution> data wejścia 07.07.2016r.

<sup>9</sup> Mariusz Jabłoński, *Polskie referendum akcesyjne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław, 2007, s. 127.

realizację wiążącego rozstrzygnięcia referendum. Problem ten związany jest z dwoma zagadnieniami. Pierwszym z nich jest ustalenie, które organy państwowe są na gruncie art. 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym zobowiązane do działania w celu realizacji rozstrzygnięcia referendum. Drugim zagadnieniem jest kwestia braku określenia sankcji za niezrealizowanie powyższego obowiązku. Jak wskazuje Mariusz Jabłoński „ustawa o referendum ani inne akty prawne nie konkretyzują bowiem, jaki organ jest tym właściwym”<sup>10</sup>. Wspomniany przepis nie wskazuje nawet, na którą z władz ustawodawca nałożył ten obowiązek. Następną wątpliwość budzi brak jednoznacznego określenia czy organ zobowiązany do realizacji wyniku referendum jest tożsamy z organem, który zarządził referendum.

Jedynie co wydaje się pewne to fakt, iż ustrojodawca nie zaliczył do organów państwowych zobowiązanych do realizacji rozstrzygnięcia organów władzy sądowniczej. Piotr Winczorek podkreślał iż „wobec zasady niezależności sądów i niezawisłości sędziów (por. art. 173 i art. 178 ust 1. Konstytucji RP) trudno sobie wyobrazić aby wynik referendum mógł wprost nałożyć na organy władzy sądowniczej jakieś zobowiązania. Pośrednio takie zobowiązania mogłyby wprowadzać decyzje ustawodawcze podjęte jako rezultat przeprowadzonego referendum.”<sup>11</sup> Konstytucja RP uprawnia władzę ustawodawczą i wykonawczą do tworzenia lub inicjowania zmian w aktach normatywnych, którym później podlegają sędziowie.

Obowiązek realizacji wyniku referendum nie spoczywa również na wszystkich podmiotach posiadających inicjatywę ustawodawczą. Wśród tej grupy na pewno tym obowiązkiem nie obciążono grupy obywateli, którzy mogliby skorzystać z tzw. inicjatywy ludowej. Grupa obywateli nie mieści się w pojęciu „organu państwowego”, o których mowa w art. 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym. Co więcej, jak przekonuje Piotr Winczorek, „trudno bowiem wymagać od amorficznej, niezorganizowanej zbiorowości osób fizycznych, aby realizowała tego typu obowiązek”<sup>12</sup>.

Powyższe stwierdzenie można również zastosować do grupy posłów, którym Konstytucja przyznaje inicjatywę ustawodawczą oraz Senatowi Rzeczypospolitej. Ponadto Senat bierze udział w każdym procesie legislacyjnym, ale jako izba wyższa polskiego parlamentu nie jest on organem odpowiedzialnym za rozpoczynanie procesów legislacyjnych. Wykluczenie grupy posłów oraz Senatu spośród powyższego katalogu opiera się również na kolejnych argumentach. Ustrojodawca nie zastrzegł odpowiedzialności karnej ani politycznej za zaniechanie podjęcia działalności ustawodawczej. Jedyną sankcją, na jaką narażeni są parlamentarzyści w związku z brakiem działania w procesach legislacyjnych, to niekorzystna ocena wyborców w następnych wyborach. W przypadku Senatu warto dodać, iż nigdy nie jest on inicjatorem referendum, co również może wskazywać, iż to nie na senatorach spoczywa obowiązek realizacji rozstrzygnięcia referendum.

<sup>10</sup> Mariusz Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław, 2001, s.103.

<sup>11</sup> Piotr Winczorek, *Projekt ustawy o referendach ogólnokrajowych [w:] Państwo i Prawo, Zeszyt nr 12 (682)*, Warszawa, 2002, s. 28.

<sup>12</sup> Piotr Winczorek, *Kilka...*, s. 154.



Jednym z organów państwowych odpowiedzialnych za realizację wyniku referendum wskazywanych przez doktrynę jest Prezydent RP. Jak przekonuje Piotr Winczorek „projekt ustawy realizującej ten wynik powinien być wniesiony przez ten przede wszystkim podmiot, do którego konstytucyjnych zadań i kompetencji należy podejmowanie w sposób prawem przewidziany danego rodzaju spraw.”<sup>13</sup> Oznacza to, iż Prezydent jest zobowiązany do wniesienia projektu ustawy realizującego wynik referendum, o ile wiążące rozstrzygnięcie leży w kompetencjach głowy państwa określonych w artykule 126 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Ponadto wskazuje się, iż Prezydent RP powinien przedstawić projekt ustawy, jeżeli sam był inicjatorem głosowania, w którym zapadło wiążące rozstrzygnięcie.<sup>14</sup> W przeciwnym razie Prezydent musi się liczyć z odpowiedzialnością konstytucyjną przed Trybunałem Stanu<sup>15</sup>. Taka sankcja grozi głowie państwa, jeżeli rozstrzygnięcie referendum pozostawało w ramach *konstytucyjnych zadań i kompetencji* Prezydenta, a w sposób świadomy i zamierzony nie dołożył on odpowiednich starań, by je zrealizować

Wykładnia art. 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym prowadzi do wniosku, iż podstawowym organem państwowym odpowiedzialnym za podjęcie niezwłocznych czynności jest Rada Ministrów. W przypadku, gdy Konstytucja nie przyznaje kompetencji konkretnemu organowi, należy przyjąć, iż zgodnie z art. 146 ust. 2 Konstytucji RP, w którym wyrażona jest zasada domniemania kompetencji Rady Ministrów, to ten organ będzie zobowiązany do zrealizowania rozstrzygnięcia wynikającego z głosowania referendalnego<sup>16</sup>.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za przyjęciem, iż to Rada Ministrów jest zasadniczym organem państwowym jest fakt, iż polskie prawo konstytucyjne przewiduje szereg instrumentów prawnych, które mogą służyć do politycznego nacisku na Radę Ministrów. Pierwszym z nich jest możliwość przegłosowania wotum nieufności wobec konkretnego członka Rady Ministrów. Drugim z nich jest instytucja konstruktywnego wotum nieufności, która mimo tego, iż jest trudna w zastosowaniu, może stanowić skuteczny środek nacisku na Radę Ministrów. Ponadto, Prezes Rady Ministrów oraz członkowie Rady Ministrów ponoszą odpowiedzialność prawną. Podobnie jak Prezydent, gdy wykazane zostaną im zaniedbania i przypisana zostanie im wina<sup>17</sup>, odpowiadają przed Trybunałem Stanu.

Powyższe rozważania jednoznacznie wskazują, iż ustawa o referendum ogólnokrajowym nie jest precyzyjna jeżeli chodzi o określenie organów państwowych odpowiedzialnych za realizację rozstrzygnięcia wiążącego referendum. Takie unormowania pozwalają potencjalnie oddalić od siebie odpowiedzialność za brak wykonania obowiązku nałożonego na nich przez suwerena.

Rozwiązaniem tego problemu jest wprowadzenie do ustawy o referendum

<sup>13</sup> *Ibidem*, s. 154.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 155.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 155.

<sup>16</sup> Por. Anna Rytel-Warzocho, *Referendum ogólnokrajowe w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, 2011, s.153.

<sup>17</sup> Piotr Winczorek, *Kilka...*, s. 155.

ogólnokrajowym normy ustalającej jednoznacznie w jaki sposób ustawodawca rozumie „odpowiednie organy państwowe”. Racjonalnym wydaje się postulat, aby organem co do zasady odpowiedzialnym za realizację wyniku referendalnego była Rada Ministrów, natomiast w przypadku, w którym referendum byłoby zarządzane przez Prezydenta RP, to on ponosiłby odpowiedzialność za realizację woli suwerena. Odpowiedzialność realizować się powinna poprzez inicjowanie postępowań legistacyjnych.

### 3. Problem sposobu realizacji woli suwerena wyrażonej w referendum ogólnokrajowym

Kontynuując badania dotyczące art. 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym należy stwierdzić, iż nie konkretyzuje on sposobu realizacji wiążącego wyniku referendum w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa.

Przyjmuje się, iż przez „podjęcie niezwłocznych czynności” rozumie się przedstawienie inicjatywy ustawodawczej w terminie zastrzeżonym przez ustawę. Z drugiej strony samo przedstawienie projektu aktu normatywnego nie jest jednoznaczne ze spełnieniem woli suwerena. Jak zauważa Mariusz Jabłoński *„konkretyzacja wyników referendum powinna zakończyć się uchwaleniem ustawy, której postanowienia nawiązywać będą do kierunkowych założeń przedstawionych w pytaniach lub wariantach rozwiązań poddanych głosowaniu”*<sup>18</sup>. Następnie odpowiedzialność przechodzi na Sejm oraz Senat.

Jednakże największą przeszkodę w realizacji rozstrzygnięcia referendalnego może stanowić konstrukcja pytań referendalnych. Jeżeli mają one *„charakter bardzo ogólny, czy wręcz ogólnikowy, to nawet w przypadku »rozstrzygającego« wyniku głosowania jego wpływ na treść przyszłego ustawodawstwa byłby dość luźny. W ten sposób różnica między wiążącym prawnie czy konsultatywnym charakterem referendum ulegałaby w praktyce zatarciu.”*<sup>19</sup> Wiąże się to z dwoma zagadnieniami. Pierwszym są kryteria, służące zbadaniu czy rozstrzygnięcie referendalne zostało zrealizowane. W przypadku ogólnikowych pytań utrudnione jest realizowanie woli suwerena oraz rozliczenie z tego obowiązku odpowiednich organów państwowych. Następnym problemem jest fakt, iż ustawa o referendum ogólnokrajowym nie wskazuje sposobu realizacji negatywnej odpowiedzi wiążącej. Jeżeli przedmiotem referendum było wyrażenie zgody na przygotowany projekt ustawy, oznaczałoby to, iż organy państwowe powinny powstrzymać się od jego wprowadzenia. Jednakże *„jeżeli wbrew niemu”*<sup>20</sup> – *wcześniej czy później – uruchomione procedury prowadzące do podjęcia decyzji niezgodnej z tym wynikiem, odpowiedzialność za taki stan rzeczy może się nigdy nie urzeczywistnić, a decyzja ta zostać podjęta”*<sup>21</sup>. Ustawodawca nie zdefiniował czy istnieje jakiś okres, w trakcie którego organy stanowiące prawo nie mogą ponownie próbować dokonywać

<sup>18</sup> Mariusz Jabłoński, *Referendum...*, s.103.

<sup>19</sup> Zdzisław Jarosz, *Instytucja referendum w procesie stanowienia ustaw* [w:] *Postępowanie ustawodawcze w prawie konstytucyjnym*, pod red. Janusza Trzcieskiego, Warszawa 1994, s. 275.

<sup>20</sup> Wiążącemu wynikowi referendum

<sup>21</sup> Piotr Winczorek, *Kilka...*, s. 155–156.

zmian w kwestiach już raz rozstrzygniętych przez obywateli. Stąd też potrzebne jest wskazanie, jak długo organy państwowe związane są rozstrzygnięciem referendum, przykładowo przez okres czterech lat, chyba, że pojawią się nowe szczególne okoliczności. Uzależnienie wprowadzenia zmian od wyniku kolejnego referendum ogólnokrajowego w tym samym przedmiocie byłoby rozwiązaniem zbyt kosztownym i skomplikowanym.

Analogiczne wątpliwości pojawiają się w sytuacji, w której rozstrzygnięcie referendalne jest negatywne, co oznacza, że suweren opowiedział się za określoną deregulacją lub derogacją określonych norm prawnych z systemu prawnego. Jak przekonuje P. Winczorek „*negatywny, wiążący wynik referendum może również oznaczać konieczność podjęcia przedsięwzięć legislacyjnych*”<sup>22</sup>. Per analogiam powinno się unormować kwestię ponownego wprowadzania do systemu prawnego norm usuniętych z niego w skutek realizacji rozstrzygnięcia referendalnego.

Kolejną wątpliwością jest kwestia ograniczenia ingerencji przez Sejm i Senat w treść projektu przedstawionego przez odpowiedni organ państwowy tj. przez Radę Ministrów czy też Prezydenta RP<sup>23</sup>. Kolejną kwestią jest możliwość zastosowania tzw. *weta* prezydenckiego<sup>24</sup> wobec ustaw realizujących rozstrzygnięcia referendalne. Ustawa milczy i nie wiadomo, czy Prezydent byłby uprawniony do skierowania ustawy do ponownego rozpatrzenia, szczególnie w przypadku, kiedy to Rada Ministrów byłaby odpowiedzialna za realizację rozstrzygnięcia referendum<sup>25</sup>. Dalej, czy Prezydent mógłby wykorzystać to uprawnienie, w sytuacji, w której w jego przekonaniu Sejm i Senat dokonały zbyt daleko idących poprawek w projekcie, który złożył Prezydent będąc organem odpowiedzialnym w rozumieniu art. 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym. Analogicznie należy rozważyć problem kompetencji Prezydenta do wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie niezgodności ustawy realizującej rozstrzygnięcie referendalne z Konstytucją RP<sup>26</sup>. Ustawodawca nie określił również czy Trybunał Konstytucyjny mógłby orzekać o niezgodności takiej ustawy z Konstytucją RP. Ponadto ustawodawca nie wskazał, czy powyższe czynności wpływałyby na odpowiedzialność konstytucyjną Prezydenta RP.

Artykuł 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym jest przepisem źle skonstruowanym, stwarzającym więcej pytań niż odpowiedzi. Wyprowadzenie z niego normy prawnej, która byłaby oczywista zarówno dla przedstawicieli doktryny jak i przeciętnego obywatela wydaje się niemożliwe. Podkreśla to Piotr Winczorek: „*jak wskazywano już w literaturze, konstytucyjne i ustawowe przepisy dotyczące referendum*

<sup>22</sup> Piotr Winczorek, *Kilka...*, s. 157.

<sup>23</sup> Mariusz Jabłoński, *Prawo do udziału w referendum [w:] Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym, pod red. Mariusza Jabłońskiego*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, 2014, s.410.

<sup>24</sup> Piotr Winczorek, *Kilka...*, s. 157.

<sup>25</sup> W sytuacji, w której referendum dotyczyłoby spraw pozostających poza kompetencjami zastrzeżonymi dla Prezydenta RP.

<sup>26</sup> Mariusz Jabłoński, *Prawo ...*, s. 410.

ogólnokrajowego z art. 125 Konstytucji RP noszą wyraźne znamiona *leges imperfectae*<sup>27</sup>.

Sięgając do genezy art. 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym widać, iż został on w zasadzie przeniesiony z poprzednio obowiązującej ustawy o referendum<sup>28</sup> z drobnymi redakcyjnymi korektami. Wskazane wyżej wątpliwości zostały dostrzeżone przez posłów Komisji Ustawodawczej oraz w trakcie posiedzeń plenarnych w trakcie prac nad ustawą z 1995 roku<sup>29</sup>. Zastrzeżenia dotyczyły m.in. nieprecyzyjnego określenia organów<sup>30</sup>, możliwości opracowania przemyślanego projektu ustawy realizującej rozstrzygnięcie referendalne w terminie 60 dni od dnia ogłoszenia ważności referendum<sup>31</sup>, zagadnienia „weta prezydenckiego” w kontekście realizacji woli suwerena<sup>32</sup>, czy też nieokreślenia odpowiedzialności organów realizujących rozstrzygnięcie referendalne za brak niezwłocznych działań<sup>33</sup>. Niektórzy wskazywali na konieczność wykreślenia tego artykułu z projektu ustawy<sup>34</sup>. W trakcie prac nad obecnie obowiązującą ustawą o referendum ogólnokrajowym Komisja Sejmowa nie miała żadnych z powyższych zastrzeżeń<sup>35</sup>. Wskazywano jedynie na problem realizacji negatywnego rozstrzygnięcia referendalnego<sup>36</sup>. W ten sposób ponownie przyjęto tę niedokładną i budzącą wiele zastrzeżeń konstrukcję.

Rozwiązaniami na powyższe problemy musi być jasne określenie roli Sejmu, Senatu oraz Prezydenta w procesie legislacyjnym następującym po wiążącym referendum. Konieczne jest określenie kompetencji Prezydenta w stosunku do korzystania ze swoich konstytucyjnych uprawnień. Potrzebne jest również wskazanie terminu, w jakim organy nie mogą powracać do zagadnień rozstrzygniętych przez negatywną odpowiedź w referendum. Dodatkowo konieczne jest precyzyjne określenie terminu realizacji wyniku referendum. Po pierwsze, przekroczenie obecnego terminu powinno rodzić sankcje dla organów państwowych, które nie przygotują w odpowiednim czasie projektu ustawy. Po drugie, należy wprowadzić jeden wyjątek od ustanowionego

<sup>27</sup> Piotr Winczorek, *Kilka...*, s. 157.

<sup>28</sup> Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 o referendum, Dziennik Ustaw 1995 Nr 99 poz. 487.

<sup>29</sup> Druki sejmowe 489 i 517 Sejmu II Kadencji rozpatrywane łącznie.

<sup>30</sup> Poseł Włodzimierz Nieporęt z SLD, Poseł Jerzy Ciemniowski z UW, Poseł Krzysztof Kamiński z KPN, Poseł Stanisław Rogowski z UP, Ekspert Komisji Janusz Mordwiłko Biuletyn nr 1528/II, Komisji Sprawiedliwości, /nr 83/ oraz Komisji Ustawodawczej /nr 388/; Wypowiedź Posła Sprawozdawcy Stanisława Rogowskiego z UP, II czytanie projektu, Posiedzenie 51 Sejmu II Kadencji, Pierwsza i druga wypowiedź; Wypowiedź Posła Krzysztofa Kamińskiego z KPN, II czytanie projektu, Posiedzenie 51 Sejmu II Kadencji [w:] Druk sejmowy nr 517 oraz 489, Sejmu II kadencji, rozpatrywane łącznie

<sup>31</sup> Poseł Marek Mazurkiewicz z SLD, Biuletyn nr 1528/II, Komisji Sprawiedliwości, /nr 83/ oraz Komisji Ustawodawczej /nr 388/; Wypowiedź Posła Krzysztofa Kamińskiego z KPN, II czytanie projektu, Posiedzenie 51 Sejmu II Kadencji [w:] Druk sejmowy nr 517 oraz 489, Sejmu II kadencji, rozpatrywane łącznie.

<sup>32</sup> Wypowiedź Posła Krzysztofa Kamińskiego z KPN, II czytanie projektu, Posiedzenie 51 Sejmu II Kadencji [w:] Druk sejmowy nr 517 oraz 489, Sejmu II kadencji, rozpatrywane łącznie.

<sup>33</sup> Poseł Stanisław Rogowski z UP Biuletyn nr 1528/II, Komisji Sprawiedliwości, /nr 83/ oraz Komisji Ustawodawczej /nr 388/ [w:] Druk sejmowy nr 517 oraz 489, Sejmu II kadencji, rozpatrywane łącznie.

<sup>34</sup> Treść przepisu znajdowała się wówczas w artykule 11, Poseł Jerzy Ciemniowski z UW, Poseł Krzysztof Kamiński z KPN, Biuletyn nr 1528/II, Komisji Sprawiedliwości, /nr 83/ oraz Komisji Ustawodawczej /nr 388/ [w:] Druk sejmowy nr 517 oraz 489, Sejmu II kadencji, rozpatrywane łącznie.

<sup>35</sup> Druk sejmowy 962 Sejmu IV Kadencji, przepis w projekcie ustawy skierowanym do Sejmu mieścił się w jednostce redakcyjnej nr 57.

<sup>36</sup> Biuletyn Komisji Ustawodawczej nr 1364/IV, Sejmu IV Kadencji, uwagi dot. art. 57. [w:] Druk sejmowy 962 Sejmu IV Kadencji.

terminu. Jeżeli projekt ustawy miałby wpłynąć do Sejmu i Senatu na mniej niż pół roku przed końcem kadencji, to ów termin powinien rozpocząć bieg z rozpoczęciem kadencji kolejnego Sejmu. Dodatkowo, w ustawie powinien znaleźć się przepis nakładający obowiązek zakończenia procesu legislacyjnego do czasu zakończenia kadencji Sejmu.

#### 4. Problem konstytucyjności pytań referendalnych na przykładzie referendum ogólnokrajowego z 2015 roku

Rok 2015 przyniósł pierwsze od 2003 roku referendum ogólnokrajowe. Inicjatorem głosowania był Prezydent Bronisław Komorowski<sup>37</sup>. Zaproponowane pytania referendalne dotyczyły wprowadzenia zmiany ordynacji wyborczej w wyborach do Sejmu RP, utrzymania istniejącego systemu finansowania partii politycznych z budżetu państwa oraz wprowadzenia zasady rozstrzygania wątpliwości co do wykładni przepisów prawa podatkowego na korzyść podatnika.

Powyższe pytania uwypukliły kolejny problem konstrukcji referendum ogólnokrajowego w Polsce tj. brak kontroli konstytucyjności pytań.

Projekt postanowienia o zarządzeniu referendum zawierał dołączone opinie prawne uznanych autorytetów w dziedzinie prawa. Spośród pięciu opinii jedynie dwie bezwarunkowo deklarowały zgodność z konstytucją wszystkich pytań referendalnych<sup>38</sup>, pozostałe wskazywały na wady prawne przedstawionych pytań. Pierwsze pytanie zostało poddane krytyce ze względu na potencjalne następstwa pozytywnej, wiążącej odpowiedzi. Wprowadzenie jednomandatowych okręgów wyborczych do Sejmu wymagałoby zmiany Konstytucji. Oznacza to, że to głosowanie powszechne mogło nosić znamiona próby utworzenia po stronie suwerena uprawnienia do występowania z inicjatywą zmiany ustawy zasadniczej, czego Konstytucja RP nie przewiduje<sup>39</sup>. Ponadto, zarządzenie referendum, którego rozstrzygnięcie pozostaje w sprzeczności z normami konstytucyjnymi, jest niedopuszczalne<sup>40</sup>. Jedynym rozwiązaniem tej sytuacji byłoby uznanie, iż rozstrzygnięcie referendalne jedynie obliguje Prezydenta RP do złożenia projektu ustawy zmieniającego Konstytucję. Jednakże Prezydent skierował już do Sejmu projekt ustawy o zmianie ustawy zasadniczej<sup>41</sup>, który odpowiadałby treścią normatywną pozytywnemu rozstrzygnięciu planowanego referendum.

Niektóre opinie prawne zawarte w druku senackim nr 899 Senatu VIII kadencji zawierały następujące stwierdzenia: „*dla zarządzenia takiego referendum po wystąpieniu*

<sup>37</sup> <http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1618975,2,dogrywka-przed-ii-tura-sztaby-wyborcze-wypominaja-sobie-wpadki-i-manipulacje.read> data wejścia 18.07.2016

<sup>38</sup> Por. opinie prawne do Druku senackiego nr 899 Senatu RP VIII kadencji, tj. Opinia prof. Wojciecha Orłowskiego (Opinia nr 5) oraz prof. Marka Chmaja (Opinia nr 2).

<sup>39</sup> Marcin Michał Wiszowaty, *Opinia prawna dotycząca oceny zgodności z Konstytucją materii pytań zawartych w projekcie postanowienia Prezydenta RP o zarządzeniu ogólnokrajowego referendum (druk senacki nr 899)*, druk senacki nr 899 Senatu VIII kadencji, s.10.

<sup>40</sup> Marcin Michał Wiszowaty, *Opinia...*, s.10.

<sup>41</sup> Bogusław Banaszak, *Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją materii pytań zawartych w projekcie postanowienia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zarządzeniu krajowego referendum (druk senacki nr 899)*, druk senacki nr 899 Senatu VIII kadencji, s. 5.

przez Prezydenta z inicjatywą ustawodawczą mającą na celu uchwalenie ustawy o zmianie konstytucji brak jest w Konstytucji normy kompetencyjnej<sup>42</sup> oraz „skoro Prezydent uruchomił postępowanie ustrojodawcze wnosząc projekt ustawy o zmianie Konstytucji 12 maja 2015 r., to tym samym zamknął drogę do legalnego referendum związanego z tą zmianą<sup>43</sup>. Marcin Michał Wiszowaty przekonywał w swojej opinii, iż to pytanie jest wadliwe z jeszcze jednego powodu. Wskazywał, iż w przypadku, gdy pytanie referendalne odpowiada swoim przedmiotem ustawie będącej przedmiotem prac legislacyjnych, to jest to przykład „niedopuszczalnego nacisku ze strony władzy wykonawczej na władzę ustawodawczą z instrumentalnym wykorzystaniem instytucji referendum w celu osiągnięcia pożądanego rezultatu w dziedzinie, która nie należy do uprawnień władzy wykonawczej (konkretna zmiana ustawy, konkretna zmiana Konstytucji).”<sup>44</sup>

Drugie proponowane pytanie zostało skrytykowane ze względu na brak precyzji pytania<sup>45</sup>. Ponadto, w tym samym czasie w Senacie trwał proces ustawodawczy dotyczący nowelizacji przepisów o finansowaniu partii politycznych<sup>46</sup>, tak więc można to było odczytać jako drugą próbę władzy wykonawczej ingerencji w proces zastrzeżony do wyłącznej kompetencji parlamentu. Ostatnie pytanie referendalne zostało skrytykowane jako nie mające „szczególnego znaczenia dla państwa”, czyli nie spełniające wymogu *sine qua non* przewidzianego przez art. 125 Konstytucji RP. Marcin Michał Wiszowaty zwrócił uwagę, iż poddana referendum zasada *in dubio pro tributario*, była już jedną z zasad polskiego prawa podatkowego<sup>47</sup>. Co więcej, także to pytanie referendalne było tożsame z przedmiotem postępowania ustawodawczego w Sejmie<sup>48</sup>. Również Biuro Analiz Sejmowych ostrzegało, że skodyfikowanie tej zasady może prowadzić do niezgodności z Konstytucją<sup>49</sup>.

Przy ocenie tych pytań referendalnych należy również uwzględnić wypowiedź ministra w KPRP Henryka Wujca. W dniu 20 sierpnia 2015 roku w jednym z programów polskiego radia stwierdził on w kontekście zarzutów o nieprecyzyjności pytania o sposób finansowania partii politycznych „to było w nocy robione, tak że rano się wszyscy dowiedzieli”<sup>50</sup>. Taka wypowiedź jednoznacznie wskazuje, iż instytucja referendum ogólnokrajowego została instrumentalnie wykorzystana, aby osiągnąć krótkoterminową korzyść polityczną. Warto również zwrócić uwagę, iż polski system prawny nie jest w żaden sposób zabezpieczony przed takim nadużyciem. Jedyną

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 5.

<sup>43</sup> Ryszard Piotrowski, *Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją materii pytań zawartych w projekcie postanowienia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zarządzeniu krajowego referendum (druk senacki nr 899)*, druk senacki nr 899 Senatu VIII kadencji s. 4.

<sup>44</sup> Marcin Michał Wiszowaty, *Opinia...*, s.13.

<sup>45</sup> Por. wyżej cytowane

<sup>46</sup> Druki sejmowe nr 1382, 1648 oraz 1649, 1756 Sejmu VII kadencji.

<sup>47</sup> Marcin Michał Wiszowaty, *Opinia...*, s.21.

<sup>48</sup> Por. Druk sejmowy nr 3018, VII kadencji.

<sup>49</sup> Por. Henryk Dzwonkowski: *Opinia prawna w sprawie oceny zgodności z Konstytucją RP przedstawionego przez Prezydenta RP projektu ustawy o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, sporządzona 7 kwietnia 2015 r.* [w:] Druk sejmowy nr 3018, Sejmu VII kadencji.

<sup>50</sup> <http://www.polskieradio.pl/7/473/Artykul/1491614,Henryk-Wujec-o-referendum-decyzja-zostala-podjeta-w-ferworze-walki-politycznej> por. nagranie około 7:00 minuty wywiadu. Data wejścia 13.06.2016

zaporą jest Senat, który może nie wyrazić zgody na zarządzenie referendum w sytuacji wątpliwości konstytucyjnych. Jednakże w 2015 r. okazało się, iż w obliczu nadchodzących wyborów, potencjalne korzyści polityczne mogą przesłaniać potencjalne wady prawne.

Rozwiązaniem tego problemu jest wnioskowana już w literaturze przedmiotu konieczność wprowadzenia do procesu zarządzania referendum kontroli Trybunału Konstytucyjnego<sup>51</sup>. Udział Trybunału Konstytucyjnego w procedurze zarządzania referendum miałyby szereg zalet. Ograniczałby bodźce do instrumentalnego korzystania z referendum bez uprzedniego przygotowania pytań referendalnych. Co więcej, Trybunał badałby czy pytania referendalne w referendum zarządzanym na podstawie art. 125 Konstytucji RP *de facto* dotyczą spraw o szczególnym znaczeniu dla państwa. Wreszcie, w przypadku przeprowadzenia referendum na wniosek określonej grupy obywateli, badanie przez Trybunał Konstytucyjnego stałoby na straży konstytucyjności pytań.

## Streszczenie

Niniejszy artykuł został napisany, aby przedstawić kluczowe problemy konstrukcji instytucji referendum ogólnokrajowego. Przedstawione zagadnienia prawne sprawiają, iż można przyjąć, że instytucja referendum ogólnokrajowego w Polsce ma charakter jedynie fasadowy. Najważniejszymi wadami konstrukcji tej instytucji są za wysoko ustanowiony „próg frekwencyjny”, brak precyzyjnego wskazania organów odpowiedzialnych za realizowanie wyniku referendalnego, brak wskazania odpowiedzialności za niewywiązanie się z obowiązku zrealizowania rozstrzygnięcia referendalnego oraz problem braku kontroli konstytucyjności pytań referendalnych. Artykuł wskazuje również proponowane kierunki zmian ustawodawstwa, tak aby referendum ogólnokrajowe stało się efektywnym narzędziem demokracji bezpośredniej w Polsce.

## Słowa kluczowe:

referendum ogólnokrajowe, fasadowość

## Façade-character of the institution of nationwide referendum – selected issues

### Summary

This paper was written to present significant problems of the institution of nationwide referendum. Presented legal issues lead to the façade-character of this institution in Poland. The most crucial flaws in the legal construction of this institution

<sup>51</sup> Por. Bogusław Banaszak, *Zgodność z Konstytucją pytań zawartych w postanowieniu o zarządzeniu referendum ogólnokrajowego [w:] 25 lat Demokratycznego prawa wyborczego i organów wyborczych w Polsce* pod red. Wojciech Hermeliński, Beata Tokaj, Krajowe Biuro Wyborcze, Tom I, Warszawa, 2016, s.11.

are too strict frequency requirements, lack of accurate indication of the competent bodies liable for the completion of the referendum's outcome, lack of the accurate indication of the liability for not completing the referendum's outcome by competent bodies and problem of lack of constitutional control of the referendum's questions. The paper indicates on the proposed amendments, which aim at varying the nationwide referendum into an effective mechanism of direct democracy in Poland.

**Keywords:**

nationwide referendum, Façade-character

**Tomasz Adam** – magister prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, gdzie obronił pracę napisaną pod kierunkiem prof. UW dr hab. Jana Majchrowskiego. Absolwent kierunków: finanse i rachunkowość oraz ekonomiczna analiza prawa Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie. Zainteresowania: prawo konstytucyjne, prawo podatkowe oraz prawo administracyjne.





**Bogusław Banaszak**

Uniwersytet Zielonogórski

Wydział Prawa i Administracji

## **Możliwość uchylecia lub zmiany postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego**

### **1. Wprowadzenie**

Kontrowersje towarzyszące zgodności pytań referendalnych w zarządzonym przez Prezydenta RP w maju 2015 r. referendum ogólnokrajowym oraz późniejsza zmiana piastuna tego organu stymulowały pytania dotyczące z jednej strony możliwości zmiany postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego polegającej na nadaniu niektórym pytaniom innej treści lub uzupełnieniu listy pytań referendalnych. Z drugiej strony niektórzy publicyści i politycy zastanawiali się nawet nad możliwością uchylecia tego postanowienia na skutek zmiany na stanowisku Prezydenta. Niniejsze rozważania nawiązują do problemów ujawnionych w toku ówczesnej debaty.

### **2. Możliwość uchylecia postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego.**

Podmioty, które mogą zarządzić referendum ogólnokrajowe w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa oraz tryb zarządzania referendum określa Konstytucja RP w art. 125 ust. 2. Nie zawiera ona zaś regulacji określającej przesłanki oraz ewentualny tryb uchylecia zarządzenia referendum przez te podmioty lub przez inne organy władzy publicznej. W tej sytuacji „zawsze pozostaje kwestia, czy podmiot, który ma kompetencje do określonego działania, może to swoje działanie odwołać”.<sup>1</sup> Koresponduje z tym stanowisko głoszące, że „Możliwa jest zmiana lub uchylecie postanowienia prezydenta w sprawie referendum ogólnokrajowego. Wynika to z faktu, że: — obowiązujące prawo nie zawiera norm zabraniających prezydentowi zmiany decyzji w sprawie zarządzenia referendum; — sama decyzja co do zarządzenia referendum ogólnokrajowego należy do uprawnień władczych prezydenta (tzw. prerogatyw), których istotą jest dyskreccjonalność władztwa wynikająca z konkretnego ustrojowego umocowania prezydenta w konstytucji; — mimo literalnej niejasności (prezydent wydaje akt urzędowy polegający na „zarządzeniu referendum ogólnokrajowego), treść tej prerogatywy (art. 144 ust. 3 pkt 5) obejmuje pełną sferę decyzyjną, tj. możliwość zarządzenia, rezygnację z zarządzenia na każdym etapie, ewentualnie zmiany w jego zakresie przedmiotowym; — swoboda decyzyjna prezydenta jest jednak ograniczona w kilku punktach proceduralnych na rzecz Senatu (zgoda na ogłoszenie w konkretnej formule obejmującej dwie kwestie: treść pytań i termin referendum). Literalne ograniczenie to jest jednak skutkujące

<sup>1</sup> Sformułował to w wywiadzie dla PAP konstytucjonalista R. Balicki – cyt za: <http://stooq.pl/n/?f=968428&c=2&p=0>

jednokierunkowo (działa w płaszczyźnie zgody na zarządzenie referendum, dokonywania zmiany, ale już nie na odwołanie). Nie blokuje też samej decyzji przez prezydenta w sensie władczym w aspekcie zmiany lub uchylenia postanowienia.”<sup>2</sup>

Brak wyraźnie przyznanej kompetencji należałoby jednak potraktować jako wykluczenie możliwości uchylenia zarządzenia referendum. W orzecznictwie i nauce prawa utrwaliło się stanowisko głoszące, że „z konstytucyjnej zasady legalności jak również z zasady demokratycznego państwa prawa wynika jednoznaczny wniosek, że w przypadku, gdy normy prawne nie przewidują wyraźnie kompetencji organu państwowego, kompetencji tej nie wolno domniemywać i w oparciu o inną rodzajowo kompetencję przypisywać ustawodawcy zamiaru, którego nie wyraził.”<sup>3</sup> Oznacza to, że kompetencja do podjęcia określonych działań – np. powołania piastuna organu władzy publicznej, wydania aktu prawnego itp. – nie zawiera w sobie *implicite* kompetencji przeciwnej – np. odwołania piastuna organu władzy publicznej, uchylenia aktu prawnego itp. Dla takiej kompetencji przeciwnej należy zawsze znaleźć podstawę prawną. Jeżeli nie zawiera jej norma udzielająca kompetencji pozytywnej, to wówczas kompetencję negatywną można wywieść z innych norm w danym systemie prawnym.

Dla omawianego przypadku istotnym jest, że Konstytucja nie reguluje niezwykle ważnej kwestii – badania konstytucyjności pytań referendalnych oraz badania zgodności zarządzenia referendum z ustawą zasadniczą. „Obowiązek czuwania nad zapewnieniem zgodności referendum z konstytucją spoczywa przede wszystkim na organach je zarządzających. Np. nie ulega wątpliwości, że Senat miałby obowiązek odmowy zgody na zarządzenie referendum przez prezydenta, gdyby mogło to doprowadzić do rozstrzygnięcia sprzecznego z konstytucją. Wskazuje się jednak, że powinno się także ustanowić prewencyjne procedury kontroli zewnętrznej i – wzorem np. Włoch – powierzyć odpowiednie rozstrzygnięcia Trybunałowi Konstytucyjnemu”<sup>4</sup>. Uwaga ta zgłoszona kilkanaście lat temu nie doczekała się jednak do dzisiaj realizacji. Tak więc brak procedur kontroli konstytucyjności pytań referendalnych nie daje Prezydentowi, ani żadnemu innemu organowi władzy publicznej, możliwości uzyskania rozstrzygnięcia organu władzy sądowniczej w przedmiocie zgodności pytań referendalnych z ustawą zasadniczą w trybie szczególnie pilnym – tzn. w okresie od zarządzenia referendum do jego przeprowadzenia.

W przypadku referendum zarządzanego przez Prezydenta należy jeszcze uznać, że aprobująca projekt postanowienia Prezydenta o zarządzeniu referendum „uchwała Senatu ma charakter jednorazowy i ostateczny. Oznacza to, że uchwała o wyrażeniu zgody nie może już być cofnięta, co jest o tyle oczywiste, że jej podjęcie uruchamia ciąg czynności proceduralnych związanych z przeprowadzeniem referendum”<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> M. Muszyński, Opinia w sprawie możliwości uchylenia lub zmiany postanowienia prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego; <http://wpolityce.pl/polityka/257489-tylko-u-nas-ujawniamy-ekspertyze-prawna-ktora-jasno-stwierdza-mozliwa-jest-zmiana-postanowienia-prezydenta-w-sprawie-referendum-na-kazdym-etapie?strona=2>

<sup>3</sup> Uchwała TK z 10.5.1994 r., W 7/94. OTK 1986-1995, t. 5, cz. 1, poz. 23.

<sup>4</sup> Ibidem, s. 10.

<sup>5</sup> L. Garlicki, omówienie art. 125 s. 9 w: L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 1999 (wyd. ciągłe);

To samo można powiedzieć o uchwale nie wyrażającej zgody. Implikuje to brak możliwości powtórnej kontroli przez Senat konstytucyjności pytań referendalnych lub postanowienia Prezydenta, gdyby już po wydaniu postanowienia przez Prezydenta pojawiły się okoliczności faktyczne budzące wątpliwości co do tej konstytucyjności lub okoliczności wskazujące na to, że referendum w całości lub w części będzie bezprzedmiotowe. W omawianym przypadku okolicznością taką jest uchwalenie ustawy rozstrzygającej kwestie poruszone w pytaniu 3.

W tym miejscu powstaje pytanie czy brak procedur kontroli konstytucyjności pytań referendalnych nie daje Prezydentowi w oparciu o art. 126 ust. 2 Konstytucji („Prezydent RP czuwa nad przestrzeganiem Konstytucji”) kompetencji do uchylenia postanowienia referendalnego, gdy stwierdzi niekonstytucyjność pytań? Chodzi tu o każdego piastuna urzędu Prezydenta. Prezydentowi, który wydał stosowne postanowienie umożliwia się w ten sposób naprawienie błędów pod wpływem różnych argumentów prawnych oraz reakcję na ewentualne zmiany stanu prawnego, a nowourzędującej głowie państwa umożliwia się w ten sposób naprawienie błędów poprzednika i uwzględnienie nowych okoliczności. Chodzić tu też może o sytuację, w której już po wydaniu postanowienia przez Prezydenta pojawiły się okoliczności faktyczne budzące wątpliwości co do konstytucyjności pytań lub okoliczności wskazujące na to, że referendum w całości lub w części będzie bezprzedmiotowe.

W tym kontekście warto zwrócić uwagę na to, że ewentualne działania podjęte przez Prezydenta w celu nie dopuszczenia do przeprowadzenia referendum zawierającego niekonstytucyjne pytania miałyby charakter prewencyjny. Zapobiegałyby niekonstytucyjnemu referendum i wydaniu na nie pieniędzy publicznych. Sąd Najwyższy mógłby podjąć się rozstrzygnięcia o konstytucyjności referendum dopiero po jego przeprowadzeniu stwierdzając o ważności referendum<sup>6</sup>.

W tym miejscu warto dla porównania zwrócić uwagę na istotę tzw. kontroli prewencyjnej wprowadzonej art. 122 ust. 3 Konstytucji. Polega ona z jednej strony na niedopuszczeniu do zobowiązania Prezydenta do podpisania ustawy sprzecznej z Konstytucją, a tym samym zapobieżeniu jej wejścia w życie. Wyłączne prawo inicjatywy wystąpienia do TK z wnioskiem w sprawie zgodności ustawy z Konstytucją jeszcze przed podpisaniem ustawy należy do Prezydenta i tylko od jego uznania zależy, czy zainicjuje postępowanie kontrolne przed TK. Przez fakultatywność tej kompetencji – zdaniem TK – „nie można rozumieć całkowitej dowolności w zakresie możliwości korzystania z tej procedury. (...) Prezydent ma «czuwać nad przestrzeganiem Konstytucji» więc realizacja tej funkcji obliguje go do każdorazowego korzystania z tej procedury w wypadku wątpliwości co do konstytucyjności ustawy”<sup>7</sup>.

Nawiązując do tego logicznym byłoby działanie Prezydenta w ramach czuwania nad przestrzeganiem Konstytucji także w przypadku stwierdzenia niekonstytucyjności pytań referendalnych. Tymbardziej, że gdyby referendum przeprowadzone na podstawie art. 125 Konstytucji okazało się wiążące, to wszystkie organy państwowe

<sup>6</sup> Por. ibidem, s. 11.

<sup>7</sup> Post. z 7.3.1995 r., K 3/95, OTK 1995, Nr 1, poz. 5.

odpowiedzialne za legislację musiałyby podjąć odpowiednie prace nad aktami normatywnymi rozwijającymi rozstrzygnięcia referendalne lub też podjąć inne decyzje, działania w celu realizacji tych rozstrzygnięć. Prace te prowadzone być powinny w kierunku wskazanym przez suwerena w referendum i stanowić przełożenie jego woli na język norm prawnych. Mówiąc o wszystkich organach państwowych odpowiedzialnych za legislację nie wyklucza się takiej możliwości, w której inny organ zarządzi referendum, a inny rozpocznie prace nad projektem ustaw rozwijających rozstrzygnięcia referendalne. Zawsze jednak, gdyby organ zarządzający referendum nie został uprzedzony w zainicjowaniu stosownych prac, to on powinien wykonywać wolę suwerena. Przemawiają za tym elementarne zasady logiki. Jeżeli organ decyduje się na zapytanie suwerena w kwestii uznanej przez siebie za doniosłą i uzyskuje wiążący wyraz woli suwerena, to po to, aby uczynić z tego pożytek przewidziany w sposób dorozumiany konstytucyjnie – tzn. wszcząć procedurę realizacji rozstrzygnięć referendalnych. Chociaż w literaturze prawniczej można spotkać pogląd, że nie istnieją żadne konsekwencje związane z niepodjęciem przez owe organy działań w kierunku realizacji rozstrzygnięcia referendalnego<sup>8</sup>, to nie jest on powszechnie akceptowany. Można uznać, że mimo iż ani Konstytucja, ani ustawa o referendum ogólnokrajowym nie normują tej sytuacji to „wyborcy będą mogli [...] zastosować odpowiedzialność polityczną wobec swoich przedstawicieli przy okazji następnych wyborów, a w przypadku Prezydenta RP należałoby zastosować odpowiedzialność przed TS za naruszenie art. 125 ust. 3 Konstytucji. Prezydent ponosi, [...] odpowiedzialność przed TS bez względu na to, kto zarządził referendum. Na mocy art. 126 ust. 2 Konstytucji czuwa on nad jej przestrzeganiem. Jeżeli stwierdzi, że art. 125 ust. 3 Konstytucji nie jest przestrzegany i mimo wiążącego charakteru referendum parlamentarzysty nie wszczęły procedury zmiany ustawy zasadniczej to powinien to sam uczynić, w kierunku nakreślonym przez suwerena”.<sup>9</sup>

Za wywiedzeniem kompetencji Prezydenta do uchylenia postanowienia o zarządzeniu referendum w sytuacji, gdy uznałby on to zarządzenie lub pytania referendalne za niekonstytucyjne przemawia także następujące stanowisko Trybunału Konstytucyjnego: „Prezydent Rzeczypospolitej w sferze urzeczywistniania przypisanych mu przez prawo funkcji oraz zadań działa niezależnie od Rady Ministrów i ‘na własny rachunek’. [...] Prezydent Rzeczypospolitej, czuwając nad przestrzeganiem Konstytucji (art. 126 ust. 2), samodzielnie interpretuje i stosuje jej postanowienia w ramach i przy wykonywaniu zadań własnych, określonych konstytucyjnie lub ustawowo”.<sup>10</sup>

W omawianym przypadku uchylenie postanowienia o zarządzeniu referendum stanowiłoby bez wątpienia realizację wskazanej w orzeczeniu TK funkcji samodzielnej interpretacji i stosowania postanowień Konstytucji. Zachowaniu tej samodzielności przeczyłaby konieczność otrzymania zgody Senatu na uchylenie postanowienia uznanego zresztą pierwotnie przez Senat za zgodne z Konstytucją. Prezydent tylko

<sup>8</sup> P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 273.

<sup>9</sup> B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 727.

<sup>10</sup> Post. z 20.5.2009 r., Kpt 02/08, OTK-A 2009, Nr 5, poz. 78.

działając niezależnie od innych organów władzy publicznej może wypełnić powierzone mu przez ustrojodawcę zadanie czuwania nad przestrzeganiem Konstytucji.

Podsumowując tę część rozważań należy stwierdzić, że możliwość uchylecia postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego istnieje w ramach czuwania nad przestrzeganiem Konstytucji (art. 126 ust. 2) tylko w przypadku stwierdzenia przez niego niekonstytucyjności pytań referendalnych lub samego postanowienia o zarządzeniu referendum ogólnokrajowego.

### **3. Możliwość zmiany postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego, szczególnie w zakresie uzupełnienia już ustalonego referendum o dodatkowe pytania dotyczące kluczowych z punktu widzenia obywateli spraw**

Do uzupełniania pytań referendalnych wzywały w 2015 r. różne partie polityczne w referendum mającym się odbyć 6 września 2015 r. W tej sytuacji sam postulat uzupełnienia pytań lub przeprowadzenia kolejnego referendum nad zagadnieniami ujętymi w pytaniach proponowanych do uzupełnienia można było odczytywać jako warunek poparcia przez partie biorące udział w danej kampanii referendalnej dla samej idei referendum lub dla jego bojkotu. Tym samym partie polityczne domagające się referendum nad innymi pytaniami niż już zgłoszone dawały wyraz swojemu stanowisku, które można w skrócie odczytać następująco: albo wzywamy do bojkotu tego referendum, albo uzyskamy gwarancję od Prezydenta i/lub parlamentu, że również zgłoszone przez nas pytania poddane zostaną pod referendum. Takie stanowisko, występujące w praktyce ustrojowej zarówno w 1995 r. jak i w 2015 r., dotyczyło na pewno konkretnego referendum (o którego ewentualny bojkot chodzi), ale trudno je uznać za związane ściśle ze sprawami poddanymi pod to referendum. Gdyby spełniony został jednak warunek poparcia przez daną partię idei referendum, to wówczas wyborca będący jej sympatykiem zachęcony zostałby do wzięcia w nim udziału i przyczyniłby się przez to do nadania referendum charakteru wiążącego.

Ani Konstytucja ani ustawa o referendum ogólnokrajowym nie przewiduje wprost możliwości zmiany postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego poprzez dodanie nowych pytań do już sformułowanych. Jedyny w praktyce ustrojowej przypadek uzupełnienia katalogu pytań zawartych w postanowieniu Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego miał miejsce w 1995 r. Było to jeszcze przed wejściem w życie obowiązującej Konstytucji, ale w bardzo podobnym stanie prawnym. Wówczas po wydaniu zarządzenia Prezydenta RP z 29.11.1995 r. w sprawie przeprowadzenia referendum o powszechnym uwłaszczeniu obywateli (Dz.U. z 1995 r. Nr 138, poz. 685) Sejm zdecydował się na podjęcie uchwały z 21.12.1995 r. w sprawie przeprowadzenia referendum o niektórych kierunkach wykorzystania majątku państwowego (Dz.U. z 1995 r. Nr 154, poz. 795). Odbyły się wówczas w tym samym czasie dwa referenda w podobnych sprawach zarządzane przez różne podmioty. Chociaż pozornie

występowałyby tu uzupełnienie katalogu pytań sformułowanych przez Prezydenta, to formalnie były przeprowadzone dwa odrębne referenda.

W obowiązującym stanie prawnym nic nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu analogicznego rozwiązania opartego na dwu przewidzianych przez Konstytucję w art. 125 ust. 2 trybach zarządzania referendum ogólnokrajowego<sup>11</sup>.

Powstaje jednak pytanie, czy Prezydent RP może sam zmienić wydane przez siebie lub przez poprzednika postanowienie zarządzające ogólnokrajowe referendum na podstawie art. 125 ust. 2 Konstytucji. Postanowienie takie wydane jest po uzyskaniu zgody Senatu i ta okoliczność jest istotna dla odpowiedzi na wyżej postawione pytanie. Gdyby nie ona można by stwierdzić, że organ w którego kompetencjach leży wydawanie określonych aktów prawnych może je zmieniać wskutek zmiany okoliczności sprawy dotyczącej regulowanej materii. Można wskazać wiele przykładów zmiany postanowień Prezydenta RP, ale opartych na innej podstawie niż art. 125 ust. 2.<sup>12</sup>

Dla wydania postanowienia Prezydenta RP konieczna jest zgoda Senatu jako istotny element określonego przez Konstytucję w art. 125 ust. 2 trybu legislacyjnego dla wydawania postanowień Prezydenta RP zarządzających referendum ogólnokrajowe. Jak stwierdzono już wyżej zgoda Senatu jest ostateczna i nie podlega zmianom. Tym samym dla zmiany postanowienia polegającego na zmianie treści pytań referendalnych, dodaniu nowych pytań lub zmianie terminu referendum potrzebna byłaby zgoda Senatu<sup>13</sup>, gdyż już wyrażona zgoda nie obejmuje materii podlegających zmianom. Gdyby jednak taka zgoda dla postanowienia o zmienionej treści została udzielona nic nie stoi na przeszkodzie aby postanowienie zmienione objęło zmiany, na które została ona udzielona. Może w grę wchodzić nowy katalog pytań przy niezmienionej dacie referendum lub zmiana samej daty albo równoczesna zmiana obu tych materii. Na marginesie należy dodać, że nowe pytania muszą spełniać wymóg określony w art. 125 ust. 1 Konstytucji – tzn. dotyczyć spraw o szczególnym znaczeniu dla państwa.

Zgoda Senatu byłaby też potrzebna, gdyby zmiana polegać miała na wycofaniu niektórych pytań. Skoro Senat udzielił zgody na zarządzenie referendum obejmującego pewien katalog pytań, to jego umniejszenie zmieniałoby całą koncepcję referendum i wymagało ponownego zatwierdzenia.

Konkludując tę część rozważań należy stwierdzić, że pod warunkiem przestrzegania właściwego trybu legislacyjnego istnieje możliwość zmiany postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego, szczególnie w zakresie uzupełnienia już ustalonego referendum o dodatkowe pytania dotyczące kluczowych z punktu widzenia obywateli spraw.

<sup>11</sup> Na podobnym stanowisku stoi także P. Uziębło, który stwierdza: „teoretycznie można by zorganizować drugie referendum tego samego dnia. – Musiałby je zarządzić Sejm” – cyt. za: [http://www.tokfm.pl/Tokfm/1,145400,18265180,Pis\\_chce\\_dodac\\_pytania\\_do\\_referendum\\_\\_Przedstawia.html](http://www.tokfm.pl/Tokfm/1,145400,18265180,Pis_chce_dodac_pytania_do_referendum__Przedstawia.html)

<sup>12</sup> Np. postanowienie Prezydenta RP z dnia 24 stycznia 2012 r. w sprawie odwołania Ambasadora Rzeczypospolitej Polskiej (M. P. poz. 258) zmienione postanowieniem Prezydenta RP z dnia 26 marca 2012 r. o zmianie postanowienia Prezydenta RP w sprawie odwołania Ambasadora Rzeczypospolitej Polskiej (M. P. poz. 259); postanowienie Prezydenta RP z dnia 11 marca 2015 r. o zmianie postanowienia o nadaniu orderów i odznaczeń (M. P. poz. 438).

<sup>13</sup> Na podobnym stanowisku stoi także M. Muszyński – zob. opinia powołana w przypisie 3.

## Streszczenie

Kontrowersje towarzyszące zgodności pytań referendalnych w zarządzonym przez Prezydenta RP w maju 2015 r. referendum ogólnokrajowym oraz późniejsza zmiana piastuna tego organu stymulowały pytania dotyczące z jednej strony możliwości zmiany postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego polegającej na nadaniu niektórym pytaniom innej treści lub uzupełnieniu listy pytań referendalnych. Z drugiej strony niektórzy publicyści i politycy zastanawiali się nawet nad możliwością uchylecia tego postanowienia na skutek zmiany na stanowisku Prezydenta. Niniejsze rozważania nawiązują do problemów ujawnionych w toku ówczesnej debaty.

Należy stwierdzić, że możliwość uchylecia postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego istnieje w ramach czuwania nad przestrzeganiem Konstytucji (art. 126 ust. 2) tylko w przypadku stwierdzenia przez niego niekonstytucyjności pytań referendalnych lub samego postanowienia o zarządzeniu referendum ogólnokrajowego.

Pod warunkiem przestrzegania właściwego trybu legislacyjnego istnieje możliwość zmiany postanowienia Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego, szczególnie w zakresie uzupełnienia już ustalonego referendum o dodatkowe pytania dotyczące kluczowych z punktu widzenia obywateli spraw.

### Słowa kluczowe:

referendum ogólnokrajowe, postanowienie Prezydenta w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego

## The Possibility to Repeal or Amend the Regulation of the President on Ordering a Nationwide Referendum

### Summary

The controversy associated with the compliance of questions raised by the nationwide referendum that was ordered by the President of the Republic of Poland in May 2015, and the subsequent change of the holder of this office stimulated questions referring to, on the one hand, the possibility to amend the Regulation of the President on ordering a nationwide referendum by changes in the content of some questions or completion of the list of questions raised by the referendum. On the other hand, some journalists and politicians wondered even about the possibility to repeal this regulation due to the change in the position of the President. These considerations relate to the problems that were identified in the course of the contemporary debate.

It should be noted that the possibility to repeal the Regulation of the President on ordering a nationwide referendum exists in the framework of ensuring the observance

of the Constitution (art. 126, para. 2) only in the event of the unconstitutionality of the questions raised by the referendum or of the Regulation on ordering a nationwide referendum itself.

Subject to compliance with the relevant legislative mode, it is possible to amend the Regulation of the President on ordering a nationwide referendum, in particular to complete the already established referendum with additional questions about issues that are crucial for citizens.

**Keywords:**

national referendum, regulation of the President on ordering a Nationwide referendum

**Bogusław Banaszak** – Prof. dr hab. dr h.c. multi, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego, prof. PWSZ im. Witelona w Legnicy, członek Komisji Weneckiej, członek Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, członek Komitetu Nauk Prawnych PAN, członek korespondent hiszpańskiej Królewskiej Akademii Nauk Moralnych i Politycznych oraz Europejskiej Akademii Nauki, Sztuki i Literatury w Paryżu. Doktor honoris causa 4 uniwersytetów europejskich, w latach 2006–2010 przewodniczący Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, w latach 1988–2008 profesor Europejskiego Uniwersytetu Viadrina we Frankfurcie nad Odrą.





**Mariusz Jabłoński**

Uniwersytet Wrocławski

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

## **Efektywność referendum ogólnokrajowego w sprawie o szczególnym znaczeniu dla państwa – analiza konstytucyjnoprawnego modelu instytucji**

### **1. Zagadnienia wstępne**

Bardzo często możemy spotkać się z poglądem, że instytucja referendum ogólnokrajowego jest najlepszym remedium pozwalającym przewyciężyć szereg mankamentów sprawowania władzy przez wyłonionych w drodze wyborów powszechnych przedstawicieli<sup>1</sup>. Podkreśla się przy tym, że bezpośrednie sprawowanie władzy przez obywateli stanowi dowód istnienia w konkretnym państwie pełnej demokracji, jak również że wola wyrażana przez nich bezpośrednio ma charakter pierwotnej legitymizacji, która nie może być podważana przez inne organy państwowe (w tym ciała przedstawicielskie)<sup>2</sup>. Jednocześnie podnosi się, że współczesna konstrukcja referendum ogólnokrajowego stwarza możliwość prawidłowego rozwoju społeczeństwa obywatelskiego<sup>3</sup>, wiążąc się z zapewnieniem obywatelom niezbędnych warunków do:

- uczestnictwa w ogólnonarodowej dyskusji w zakresie identyfikacji sprawy o szczególnym znaczeniu dla państwa;
- zainicjowania postępowania, którego efektem stanie się przeprowadzenie głosowania referendalnego;
- zrozumienia wszystkich potencjalnych skutków opowiedzenia się za konkretnym rozwiązaniem;
- odstąpienia – przy wysokim stopniu zrozumienia rozstrzyganych spraw przez społeczeństwo – od realizacji doraźnych interesów partyjnych;

---

<sup>1</sup> J.J. Rousseau, *Umowa społeczna*, Łódź 1948; R. Carré de Malberg, *Considérations théoriques sur la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, t. XLVIII, 1931, s. 228 i n.; E. Zieliński, *Referendum w państwie demokratycznym*, [w:] *Referendum w świecie współczesnym*, pod red. D. Waniek i M.T. Staszewskiego, Warszawa 1995; T. Fuks, *Referendum – bezpośrednia forma uczestnictwa obywateli w kierowaniu sprawami publicznymi*, [w:] *Prawo człowieka do uczestniczenia w kierowaniu sprawami publicznymi, (Standardy międzynarodowe i ich realizacja w Polsce)*, Wrocław-Warszawa-Kraków, 1995, s. 10–11.

<sup>2</sup> Jak wskazywał A. Esmain rzeczywistym podmiotem sprawującym władzę jest suweren. Zgodnie z istotą zasady zwierzchnictwa narodu władza, „spoczywa w nim samym i nie może spoczywać gdzie indziej” – A. Esmain, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1921, s. 211; dalej zaś podkreślał: „Ilekoć w tej lub owej formie odbywa się głosowanie nad jakimś aktem władzy zwierzchniej – to za wyraz woli narodu uchodzi większość głosów, podanych za jednym wnioskiem. I to bynajmniej nie dlatego, że jak twierdzili stronnicy umowy społecznej, ludzie, zakładając społeczeństwo jednomyślnie przyjęli to za przyszły warunek swego zjednoczenia, lecz dlatego, że zasada taka jest naturalną i konieczną, albowiem daje jedyne pokojowe i możliwe do przyjęcia przez wszystkich rozwiązanie kwestii”, tamże, s. 233; zob. też: Jean-Claude Cabanne, *Référendum et légitimité*, [w:] *Référendum et démocratie sous la direction du doyen Rousillon, (Secondes assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel (Ier et 2 avril 1996 à Toulouse))*, Toulouse 1998, s. 63–77.

<sup>3</sup> W Polsce Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „społeczeństwo obywatelskie”, to „społeczeństwo wolnych, świadomych, aktywnych i zaangażowanych w sprawy publiczne obywateli”, wyraźnie też podkreślając, że obywatele ci nie mają przeszkód formalnych w zakresie organizowania się w „różnych strukturach formalnych” – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27 maja 2003 r. OTK ZU nr 5/A/2003, poz. 43. Zob. też: A. Antoszewski, *Społeczeństwo obywatelskie a proces konsolidacji demokracji*, Studia z Teorii Polityki, t. III, Acta Universitatis Wratislaviensis No 2266, Wrocław 2000, s. 9–21 i cytowana tam literatura

- zapoznania się ze złożoną problematyką podejmowania decyzji państwowych i towarzyszącym im procesom;
- przyjęcia współodpowiedzialności za funkcjonowanie państwa<sup>4</sup>;
- a w szczególności: zapewnienia im możliwości faktycznego sprawowania władzy<sup>5</sup>.

W swym podstawowym (modelowym) założeniu instytucja referendum ogólnokrajowego może być więc identyfikowana z procedurą, która nie tylko pozostaje w ścisłym związku z konstytucyjną zasadą, zgodnie z którą Rzeczpospolita Polska to dobro wspólne (art. 1 Konstytucji RP)<sup>6</sup>, ale zapewniając obywatelom możliwość swobodnego wyrażenia woli, której skutkiem (jako element składowy sumy oddanych głosów), staje się podjęcie konkretnego rozstrzygnięcia (współrzędzenie), wiążącego, co do zasady<sup>7</sup>, wszystkie organy i instytucje państwowe<sup>8</sup>, potwierdza normatywny charakter zasady zwierzchnictwa narodu (art. 4 Konstytucji RP)<sup>9</sup>.

Uwzględniając specyfikę i charakter referendum musimy zdawać sobie sprawę, że nawet najlepiej przygotowana i ostatecznie opracowana regulacja prawna, która ma w założeniu konkretyzować zasady i tryb jego przeprowadzenia, nie jest w stanie zastąpić rzeczywistego zainteresowania uprawnionych osobistym udziałem w procesie rozstrzygania konkretnych spraw publicznych. To zainteresowanie przejawiać się musi nie tylko w zrozumieniu tego, iż wyrażona wola ma istotne znaczenie dla dobra ogółu, ale powinna ponadto wiązać się z poczuciem tego, iż wola ta przekłada się na podjęcie rozstrzygnięcia konkretnej sprawy publicznej. Elementami niezbędnymi takiego przekonania wydają się więc być z jednej strony: świadomość obywatelska i chęć osobistego uczestnictwa w procesach decyzyjnych (szeroko rozumianych procesach sprawowania władzy), realizowanych tak w drodze głosowania referendalnego,

<sup>4</sup> A. Rost, Ł. Zawartowski, *W sprawach form demokracji bezpośredniej*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1973, nr 1, s. 3 i n.

<sup>5</sup> Zob. E. Kuzelewska, *Referendum w procesie integracji europejskiej*, Warszawa 2006, s. 13 i n.; M. Jabłoński, *Polskie referendum akcesyjne*, Wrocław 2007, s. 34 – 35 i cytowana tam literatura. Mamy tu bowiem do czynienia z zagwarantowaniem bezpośredniego (osobistego) i równego (w sensie formalnym i materialnym) udziału w głosowaniu, którego wynik co do zasady uzyskuje charakter wiążący i rozstrzygający. W odniesieniu do wiążącego wyniku głosowania referendalnego chodzi o ustalenie ogółu uprawnionych, a potem matematyczne obliczenie wymaganej liczby wyborców, którzy muszą wziąć udział w referendum. Przekroczenie tak ustalonej liczby, co do zasady skutkuje spełnieniem wymogu frekwencji, który może, ale nie musi być prawnie wprowadzony.

<sup>6</sup> Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

<sup>7</sup> Oczywiście musimy pamiętać o tym, że głosowanie będzie odbywało się w ramach referendum konsultacyjnego. W takim przypadku jego wyniki nie są wiążące.

<sup>8</sup> W tym zakresie pełni więc szereg funkcji – zob. szerzej: R. Stawicki, *Zarys instytucji referendum jako formy demokracji bezpośredniej. Referendum ogólnokrajowe w Polsce*, [w:] *Zarys instytucji referendum jako formy demokracji bezpośredniej. Referendum ogólnokrajowe w Polsce. Opracowania tematyczne*, OT-620 Kancelaria Senatu Biuro Studiów i Analiz, maj 2013, s. 3 z powołaniem się na opracowanie A. Rytel-Warzochoy, *Referendum ogólnokrajowe w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Warszawa 2011.

<sup>9</sup> We wstępie do Konstytucji RP, potwierdza się, że pod pojęciem Narodu rozumie się „(...) Naród Polski – wszyscy obywatele Rzeczypospolitej”. W tym znaczeniu chodzi więc raczej o wskazanie, że podmiotem władzy, o którym mowa jest w art. 4 ust. 1 Konstytucji jest wspólnota obywateli Rzeczypospolitej Polskiej. Jego konkretyzacja następuje w ustępie 2 art. 4 i pozostałych przepisach Konstytucji określających formy sprawowania władzy, również w treści art. 62, w którym definiuje się przesłanki decydujące o możliwości korzystania z czynnego prawa wyborczego, właśnie przez obywateli polskich. Rozwiązania te, szczególnie w związku z treścią art. 11 (wolność tworzenia partii politycznych); 60 (dostęp do służby publicznej) nawiązują do koncepcji politycznego rozumienia Narodu (wspólnoty politycznej obywateli).

jak i innych instytucji demokracji bezpośredniej<sup>10</sup>, z drugiej natomiast istnienie sformalizowanych na gruncie obowiązujących przepisów prawnych procedur, służących konkretyzacji przedmiotu głosowania oraz precyzujących charakter skutków jego przeprowadzenia (ważne, wiążące, rozstrzygające).

Warto pamiętać o tym, że referendum (podobnie jak i inne instytucje demokracji bezpośredniej) wielokrotnie może być wykorzystane jako narzędzie manipulacji społecznej i politycznej. Jak wskazuje się w literaturze manipulacja ta może przybierać różne formy, od zastraszania, celowego wprowadzania w błąd, do zwykłej dezinformacji w zakresie identyfikacji treści istoty pytań zadanych w referendum, a także skutków jego przeprowadzenia<sup>11</sup>.

Pytaniem zasadniczym, które pojawia się w kontekście często podnoszonego postulatu odwoływania się do referendum jest ustalenie czy rzeczywiście istniejąca w danym porządku prawnym konstrukcja tej instytucji zapewnia możliwość rządzenia przez obywateli<sup>12</sup>, (tu: decydowania przez obywateli posiadających prawo do udziału w głosowaniu referendalnym), a jeszcze bardziej dosadnie – rozstrzygania o konkretnych sprawach publicznych przez suwerena; czy też jest jedynie pewnego rodzaju procedurą wtórnej legitymacji wcześniej podjętych decyzji przez różnego rodzaju organy państwowe albo jeszcze inaczej – swoistego rodzaju legitymowaniem blankietowym, które w różny sposób może zostać wykorzystane przez aktualnie rządzącą większość parlamentarną<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Na temat instytucji demokracji bezpośredniej zob. P. Uziębło, *Demokracja partycypacyjna*, Gdańsk 2009, s. 39 i n.

<sup>11</sup> H. Roussillon podkreśla, że w czasie głosowania w referendum, wyborcy nie kierują się racjonalizmem. Wręcz przeciwnie czynnikiem decydującym jest szeroko pojmowana demagogia i to ta najgorsza – demagogia ulicy, która wolna jest od jakichkolwiek przesłanek racjonalności. Negując zasadność przeprowadzania referendum w sprawach ogólnonarodowych (s. 50 – 53) podkreśla, że referendum jest istotnym zagrożeniem dla państwa prawa (s. 47), podnosząc w szczególności brak prewencyjnej weryfikacji zagadnień referendalnych (s. 49). *Les dangers du référendum*, [w:] *Référendum et démocratie ...*; Z. Niewiadomski, *Podstawowe instytucje demokracji bezpośredniej w Szwajcarii*, [w:] *Informacje, ekspertyzy-proponycje, Administracja na świecie*, Warszawa 1985, s. 30.

<sup>12</sup> Pojęcie suwerenności narodu ma charakter złożony, na który składa się wiele elementów. W ślad za M. Sobolewskim możemy jednak wyróżnić trzy podstawowe:

- „realizacja przez władzę państwową dobra (interesów) narodu;
- bezpośrednie podejmowanie decyzji w kwestiach polityki przez Naród;
- wybór reprezentantów powołanych do rządu w imieniu suwerena”.

M. Sobolewski, *Zasady demokracji burżuazyjnej i ich zastosowanie*, Warszawa 1969, s. 109

<sup>13</sup> W praktyce przedmiotem głosowania referendalnego na płaszczyźnie praktyki wielu państw były kwestie nie tylko dotyczące ustawodawstwa, ale również podejmowania różnych innych decyzji, także z zakresu należącego do kompetencji władzy wykonawczej (najczęściej rządu), m.in.:

- sprawy niepodległego bytu (przywrócenie niepodległości, dekolonizacja);
- uregulowanie naczelnych zasad ustroju państwa (odnoszących się do formy państwa, unitarnego bądź federacyjnego charakteru państwa, podziału władz)
- przyjęcie lub odrzucenie umowy międzynarodowej (np.: związanych z przystąpieniem lub wystąpieniem z określonej organizacji – np. EU);
- aprobata funkcji głowy państwa (przedłużenie kadencji lub odwołania z pełnionego urzędu);
- zmian terytorialnych;
- problemy dotyczące moralnych zachowań człowieka (sprawy rozwodu, przerywanie ciąży, eutanazji, prawo do rozwodu itd.);
- przyzwolenia na stosowanie nowoczesnej techniki (elektrownie atomowe);
- decyzji o charakterze gospodarczym (np. problem prywatyzacji, uwłaszczenia);

rozstrzygnięciu o istotnych sprawach dotyczących państwa oraz życia publicznego, np.: wycofanie obcych wojsk z terytorium państwa, por.: E. Zieliński, *Referendum w państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, [w:] *Referendum konstytucyjne w Polsce*, red. M.T. Staszewski, Warszawa 1997, 205–213; J. Kuciński, *Z zagadnień współczesnej demokracji politycznej*, Warszawa 2005, s. 211–215; F. Mendes, M. Mendes, V. Triga, *Referendums and the European Union, A Comparative Inquiry*, Cambridge University Press, 2014, s. 7 i n.; *Referendums Around the World. The Continued Growth of Direct Democracy*, red. M. Qvortrup, 2014, s. 17 i n.

Udzielenie odpowiedzi na to pytanie jest możliwe dopiero po analizie istniejących rozwiązań konstytucyjnych i ustawowych. Zagadnienie to w immanentny sposób wiąże się z koniecznością ustalenia tzw. efektywności referendum ogólnokrajowego, które to pojęcie utożsamiać będą ze zdefiniowaniem rzeczywistego zakresu spraw, które mogą być rozstrzygane w referendum, jak i ostatecznych efektów głosowania referendalnego. Mam tu na myśli ustalenie tego, czy wykorzystanie procedury referendalnej stwarza odpowiednie gwarancje sprawności i skuteczności przełożenia woli wyrażonej w głosowaniu na konkretne rozstrzygnięcia prawne. W praktyce więc chodzi o ustalenie czy referendum należy traktować jako sposób bezpośredniego decydowania w głosowaniu, przez ogół uprawnionych obywateli o ważnych sprawach życia państwa, czy raczej jest to swoistego rodzaju procedura sondażowa, która może być wykorzystywana w sposób doraźnie polityczny, a nie formalnie-prawny.

## 2. Kwestia przedmiotu głosowania referendalnego

Pierwsze zagadnienie wiąże się ze zdefiniowaniem zakresu przedmiotu referendum ogólnokrajowego. Ocena efektywności referendum ogólnokrajowego wymaga ustalenia, czy przedmiotem głosowania referendalnego może być każda sprawa związana z funkcjonowaniem państwa<sup>14</sup> (w tym przede wszystkim sprawy należące do tzw. materii ustawodawczej, a więc tej, która należy do kompetencji organów przedstawicielskich)<sup>15</sup>, czy jedynie pewna kategoria spraw. W sytuacji, w której dochodzi do limitowania zakresu przedmiotowego referendum ogólnokrajowego mamy do czynienia z ograniczeniem prawa do podejmowania rozstrzygnięć przez bezpośrednio działającego suwerena<sup>16</sup>.

Przyjąć należy, że analiza charakteru i zasad takiego ograniczenia powinna uwzględniać dwojaki ich charakter. Pierwszy będzie wiązał się z ustaleniem, czy na gruncie przepisów konstytucyjnych istnieją konkretne wyłączenia zakresu przedmiotowego referendum ogólnokrajowego. Konstytucyjny charakter ewentualnych wyłączeń, należy uznać za w pełni uzasadniony, szczególnie wtedy, gdy przyjęcie obowiązującej ustawy zasadniczej następuje w drodze referendum. Wtedy też mamy do czynienia z pierwotnym i tożsamym źródłem legitymizującym tzw. samoograniczenie się obywateli, którzy przyjmując konstytucję świadomie decydują się na wyłączenie prawa do decydowania o pewnej kategorii spraw. W przypadku

<sup>14</sup> Jak wskazuje M. Pietrzak „Władze państwowe nie mogą zasłaniać się przepisami określającymi kompetencje poszczególnych organów państwowych, gdy obywatele w dowolnej formie chcą się ustosunkować do działalności tych organów”, M. Pietrzak, *Demokracja reprezentacyjna i bezpośrednia w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Referendum konstytucyjne w Polsce* pod. Red. M. T. Staszewskiego, Warszawa 1997, s. 21.

<sup>15</sup> Podkreślić jednocześnie należy zasadność wyłączenia z zakresu przedmiotowego głosowania referendalnego spraw rozstrzyganych przez organy wymiaru sprawiedliwości oraz tych, które w szerszym ujęciu wiążą się z rozstrzyganiem konkretnych spraw przez organy władzy sądowniczej. Aktualna pozostaje teza, zgodnie z którą „wobec zasady niezależności sądów i niezawisłości sędziów (...) trudno sobie wyobrazić, aby wynik referendum mógł wprost nałożyć na organy władzy sądowniczej jakieś zobowiązania. Pośrednio takie zobowiązania mogłyby wprowadzić decyzje ustawodawcze podjęte jako rezultat przeprowadzonego referendum, za: P. Winczorek, *Projekt ustawy o referendach ogólnokrajowych*, Państwo i Prawo nr 11, 2003, s. 28.

<sup>16</sup> Aktualne do tej pory pozostają w tej kwestii rozważania E. Zielińskiego, *Referendum w świecie współczesnym*, Wrocław-Warszawa-Kraków 1968, s. 80 i n.

istnienia takiego ograniczenia dopiero następcza zmiana postanowień konstytucji, z formalnego względu, pozwalałaby na przeprowadzenie głosowania referendalnego w każdej ze spraw. Drugi dotyczy ustalenia, czy w razie braku konstytucyjnych wyłączeń (ograniczeń) dopuszczalne jest ustawowe wyłączenie określonego rodzaju spraw z zakresu przedmiotowego referendum.

Nie budzi wątpliwości, że Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 roku nie zawiera w swej treści wprost zdefiniowanego wyłączenia określonych spraw, które nie mogą być poddane pod głosowanie referendalne. W art. 4 potwierdza się, że Naród sprawuje władzę poprzez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio, co zasadniczo może być interpretowane jako wskazanie dwóch równorzędnych form sprawowania władzy. Oczywiście, jak wskazuje się w literaturze kolejność wymienienia każdej z tych form ma znaczenie w tym sensie, że jako pierwsza zostaje wymieniona ta, która ma charakter podstawowy<sup>17</sup>, ale nie oznacza to samo przez się, że dochodzi do ograniczenia przedmiotowego zakresu bezpośredniej formy sprawowania władzy. Władza zwierzchnia i jej atrybuty muszą pozostawać tożsame niezależnie od formy jej sprawowania, w przeciwnym bowiem razie zaprzeczalibyśmy racjonalności postanowień ustrojodawcy, jak również modelowemu ujęciu władzy zwierzchniej należącej do suwerena (Narodu).

Mając powyższe na względzie, konieczne staje się zweryfikowanie pozostałych postanowień konstytucyjnych pod kątem konkretyzacji przedmiotowego zakresu sprawowania władzy bezpośrednio przez Naród, co przecież podkreślone zostaje w jednej z pierwszych konstytucyjnie potwierdzonych zasad ustrojowych (wspomnianej już wcześniej zasadzie zwierzchnictwa narodu).

W Konstytucji RP mowa jest tylko o dwóch instytucjach demokracji bezpośredniej: referendum i obywatelskiej inicjatywie ustawodawczej<sup>18</sup>. Uwzględniając istotę konstrukcji referendum, pozwalającej na poddanie pod głosowanie w zasadzie każdej sprawy, w rozważaniach swych pominię szersze omówienie instytucji obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej, choć również w tym zakresie zastanawiające musi być ustawowe – daleko idące – ograniczenie możliwości przedstawiania przez obywateli projektów ustaw. Pewnego rodzaju uzasadnieniem takiego stanu rzeczy jest bardzo ogólnikowe – na poziomie Konstytucji (art. 118 ust. 2) potwierdzenie prawa grupy obywateli polskich do wniesienia projektu ustawy z jednoczesnym odesłaniem do ustawy (grupa 100 tys. obywateli polskich posiadających czynne prawo wyborcze do Sejmu). Jednocześnie jednak zauważyć trzeba, że ustawa ta ma określać wyłącznie tryb postępowania w sprawie obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej. Odesłanie nie

<sup>17</sup> L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 1999, s. 150.

<sup>18</sup> W literaturze prawniczej pojęcie inicjatywy ludowej jest w miarę jednolicie rozumiane. Jest to uprawnienie określonej prawnie liczby członków zbiorowego podmiotu suwerenności (ludu, narodu) do wszczęcia postępowania ustawodawczego. Inicjatywa ludowa "pozwala obywatelom żądać od swoich przedstawicieli w parlamencie opracowania, zmiany lub uchylecia konkretnych ustaw", zob. szerzej: M. Rybicki, *Szwajcaria. Uwagi wstępne* [w:] *Konstytucje Wielkiej Brytanii, Stanów Zjednoczonych, Belgii, Szwajcarii*, pod red. A. Burdy, M. Rybickiego, Ossolineum 1970, s. 216. W państwach demokratycznych, w których instytucja ta występuje przywiązuje się do niej dużą rolę i np. w Szwajcarii nazywa się ją "perłą" konstytucji – Z. Czeszejko-Sochacki, *Referendum i inicjatywa ludowa w systemie politycznym Konfederacji Szwajcarskiej*, Studia Prawnicze nr. 2–3, 1989.

obejmuje więc zasad, a w szczególności zakresu przedmiotowego takiej inicjatywy<sup>19</sup>. W praktyce natomiast obowiązująca regulacja ustawowa dotyczy nie tylko samego aspektu proceduralnego, ale w istotny sposób limituje zakres prawa, w szczególności wyłączając pewne materie ustawowe, które nie mogą stać się przedmiotem obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej (projektu ustawy). Mając na względzie istotę tego prawa, jak również skutek jego realizacji – tu jest nim tylko możliwość przygotowania projektu i jego wniesienia do Sejmu – ograniczenie takie musi budzić uzasadnione wątpliwości z punktu widzenia konstytucyjnego ujęcia form sprawowania władzy. Sama treść Konstytucji nie dostarcza argumentów pozwalających na tak daleko idące zróżnicowanie tego zakresu, szczególnie jeżeli weźmiemy pod uwagę fakt jednoznacznie zdefiniowanych kompetencji parlamentu w pozostałych przepisach konstytucyjnych<sup>20</sup>.

W przypadku referendum ogólnokrajowego konstytucyjnych odwołań do tej instytucji jest więcej, choć w porównaniu do regulacji poświęconych innym organom oraz instytucjom, stosunkowo niewiele.

Zasadnicza regulacja została umiejscowiona w rozdziale IV Konstytucji RP (art. 125), a więc w rozdziale poświęconym władzy ustawodawczej. Nie powinno więc budzić wątpliwości, że z punktu widzenia projektodawców instytucja ta łączy się z procesem stanowienia prawa (szerzej kompetencjami władzy ustawodawczej), w innym bowiem przypadku należałoby ją usytuować w odrębnej części postanowień konstytucyjnych. Powiązanie instytucji referendum ogólnokrajowego z władzą ustawodawczą jest logicznym następstwem potwierdzenia, że bezpośrednio działający obywatele mogą podejmować takie rozstrzygnięcia, które dotyczą prawa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że powinni móc dokonywać zmian w istniejącym prawie lub akceptować w drodze głosowania referendalnego nowe rozwiązania (tożsamość i równorzędność form sprawowania władzy: przedstawicielskiej i bezpośredniej). Jednocześnie założenie to nie przeczy możliwości, że instytucja referendum może być wykorzystywana w sprawie rozstrzygnięcia innych spraw istotnych (ważnych) dla państwa. W każdym bowiem przypadku rozstrzygnięcie takie musi wywoływać określone (konkretne) skutki prawne, o ile związane z nim głosowanie ma charakter wiążący i jest ważne.

Analiza treści art. 125 ust. 1 Konstytucji RP wydaje się powyższe założenia

<sup>19</sup> Warto wskazać, że w podobnym przypadku regulacji – art. 61 ust. 4 Konstytucji RP Trybunał wskazał: „W świetle art. 61 Konstytucji zagadnienia zakresu materialnego i granic prawa do informacji z jednej strony, zaś trybu udzielania informacji z drugiej nie są tożsame. Prawo do informacji oraz jego zakres wyznaczają bowiem bezpośrednio same przepisy art. 61 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji oraz ustawy zwykle doprecyzowujące te treści, a także ustawy o których mowa jest w art. 61 ust. 3 Konstytucji, a które wprowadzić mogą ograniczenia prawa do informacji w zakresie tam określonym. Skoro zatem ustawy zwykle mogą nawet, w zakresie wskazanym w art. 61 ust. 3 Konstytucji, zawęzić zakres określonego bezpośrednio w Konstytucji prawa do informacji publicznej, to oznacza to, że współwyznaczają one zakres tego prawa.”, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 września 2002 r., K 38/01.

<sup>20</sup> Za uzasadnione należy uznać ograniczenia wynikające z odrębnych postanowień konstytucyjnych, zob. szerzej: K. Eckhardt, *Instytucja obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucyjne podstawy budowania i rozwoju społeczeństwa obywatelskiego w Polsce i na Ukrainie – dobre praktyki*, t. I, red. W. Skrzydło, W. Szapował, K. Eckhardt, P. Steciuk, Rzeszów 2013, s. 114 i n.; M. Zieliński, *Obywatelskie prawo inicjatywy ustawodawczej*, [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 489 – 490.

potwierdzać. Interpretując zwrot „w sprawach o szczególnym znaczeniu”, jakim posłużył się ustrojodawca nie można *a priori* wykluczać, że przedmiotem tym może być sprawa związana ze stanowieniem prawa powszechnie obowiązującego np. uchwalonych już ustaw (Albo akceptacji pewnych rozwiązań przyjętych w konkretnym akcie). Istotne przy tym jest wzięcie po uwagę, że prawem do zarządzenia referendum ogólnokrajowego w „sprawie o szczególnym znaczeniu dla państwa” dysponuje wyłącznie Sejm i prezydent RP, działający za zgodą Senatu. Wyłączenie obywatelskiego prawa zarządzania referendum (określonej grupy obywateli występującej z odpowiednio przygotowanym wnioskiem) jest niewątpliwym osłabieniem efektywności demokracji bezpośredniej. Instytucja ta sprowadza się bowiem do głosowania w sprawach uznanych za ważne przez aktualną większość parlamentarną (polityczną), a nie przez samych obywateli. Modelowo więc wykorzystywana musi być incydentalnie i raczej w celu poszukiwania poparcia politycznego lub wyeliminowania przeszkody w postaci braku możliwości uzyskania kwalifikowanej większości głosów niezbędnej do uchwalenia ustawy o wyrażeniu zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej, w drodze której następuje przekazanie na rzecz organizacji międzynarodowej (lub organu międzynarodowego) kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach (art. 90 ust. 3 Konstytucji RP)<sup>21</sup>, aniżeli do rzeczywistego rozstrzygnięcia spraw, które nie będą „pożyteczne” (aktualnie lub w przyszłości np. w kontekście zbliżających się wyborów) dla rządzących. To konstytucyjne uprzywilejowanie istniejącej większości parlamentarnej powinno skłaniać do wniosku, że każde inne dodatkowe (ustawowe) ograniczenie przedmiotowego zakresu decyzyjnego obywateli nie powinno być dopuszczalne albo inaczej – możliwe do uzasadnienia z punktu widzenia rozwiązań konstytucyjnych<sup>22</sup>. Jeżeli bowiem przedstawiciele zasiadający w Sejmie ostatecznie decydują o zarządzeniu referendum, to w każdym przypadku mogą zablokować inicjatywę obywatelską, niezależnie od jej przedmiotu i charakteru.

Obowiązująca regulacja ustawowa wydaje się jednak podążać w zupełnie innym kierunku. Jedynie bowiem w odniesieniu do obywatelskiej inicjatywy w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego wprowadza dodatkowe ograniczenia, wskazując, że przedmiot takiego referendum nie może dotyczyć:

- wydatków i dochodów, w szczególności podatków oraz innych danin publicznych;
- obronności państwa;
- amnestii (art. 63 ust. 2 ustawy o referendum ogólnokrajowym)<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Przedmiotem tego referendum nie jest sprawa samoistnie konkretyzowana w uchwale Sejmu (lub postanowienia prezydenta RP), lecz ściśle sprecyzowana kwestia wyrażenia zgody odnoszącej się do akceptacji treści istniejącej już umowy, która to akceptacja warunkuje możliwość jej ratyfikacji przez głowę państwa. Udzielenie zgody na ratyfikację umowy przez prezydenta RP nie ma więc charakteru „kierunkowego”, lecz jest (lub przynajmniej powinno być) ściśle sprecyzowane. Ta „precyzja” ma związek z faktem istnienia gotowego aktu (umowy międzynarodowej) regulującego wszystkie płaszczyzny wzajemnej współpracy, do kontynuacji której zobowiązuje się również państwo polskie, aprobując ogół istniejących w jej ramach, zasad i ustaleń (z wyjątkiem tych, które mogły zostać wyłączone lub zmodyfikowane wobec państwa przystępującego), zob. szerzej: M. Jabłoński, *Referendum akcesyjne...*, s. 171 i n.

<sup>22</sup> W literaturze podkreśla się, że nie może być przedmiotem referendum sprawa lub sprawy, które zastrzeżone są przez samą konstytucję lub ustawy jako wyłączna kompetencja właściwych organów, por. L. Garlicki, *Polskie prawo ...*, s. 150

<sup>23</sup> Ustawa z 14 marca 2003 r., tj. z dnia 20 lutego 2015 r., Dz. U. z 2015, poz. 318.

Pozostałe podmioty uprawnione do wniesienia takiego wniosku nie podlegają takiemu ograniczeniu, co dodatkowo pogłębia przekonanie, że obywateli nie traktuje się podmiotowo, przyjmując na gruncie istniejących rozwiązań, że nie są oni kompetentni do podejmowania inicjatywy w zakresie wskazanej kategorii spraw. Rozwiązanie takie wyłącza więc nawet możliwość, która sprowadzałaby się do konieczności wykazania przez organy dysponujące prawem zarządzania referendum, że nie jest to sprawa „o szczególnym znaczeniu dla państwa” i że rzeczywiście nie ma potrzeby przeprowadzenia w konkretnym przypadku referendum ogólnokrajowego. W aktualnym stanie prawnym wystarczające jest bowiem powołanie się na treść art. 63 ust. 2 ustawy o referendum ogólnokrajowym, aby wykazać niemożność wystąpienia przez obywateli z tego rodzaju inicjatywą.

Obywatele pozbawieni są w ogóle możliwości wystąpienia z wnioskiem o przeprowadzenie referendum w sprawie przyjęcia ustawy o zmianie Konstytucji RP. Rozwiązanie takie jest jednak w tym przypadku wynikiem analizy postanowień art. 235 Konstytucji, gdzie enumeratywnie wskazuje się uprawnionych do zainicjowania takiego postępowania. Przyjąć więc trzeba, że obywatele zaakceptowali tego rodzaju ograniczenie w trakcie głosowania referendalnego w sprawie przyjęcia konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku, uchwalonej przez Zgromadzenie Narodowe.

W przypadku tego ostatniego referendum jego przedmiotem jest przyjęcie (lub odrzucenie) uchwalonej przez Sejm i Senat w odrębnej procedurze ustawy o zmianie Konstytucji RP. Do kategorii podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku w sprawie jego zarządzenia należą: grupa co najmniej 1/5 ustawowej liczby posłów, prezydent RP i Senat. Wniosek taki może być złożony w terminie 45 dni od dnia uchwalenia ustawy w Senacie. Przepisy ustawy o referendum ogólnokrajowym definiują natomiast treść pytania referendalnego, jak również wszystkie niezbędne elementy procedury związanej z organizacją i skutkami referendum, którego przedmiotem jest przyjęcie ustawy o zmianie Konstytucji RP (por. art. 77 – 79 ustawy o referendum ogólnokrajowym).

Nie budzi wątpliwości, że przedmiotem tego referendum może być tylko taka ustawa, która jest ustawą konstytucyjną, to znaczy została uchwalona zgodnie z procedurą określoną w art. 235 Konstytucji RP, regulaminie Sejmu i Senatu. Ponadto postanowienia takiej ustawy (lub choćby jedno z postanowień) muszą dotyczyć przepisów obowiązującego rozdziału I, II oraz XII, a ponadto z wnioskiem złożonym w konkretnym terminie wystąpić musi choćby jeden z uprawnionych wskazanych w treści art. 235 ust. 1 Konstytucji RP. Jeżeli wszystkie te przesłanki zaistnieją – konieczne stanie się zarządzenie referendum ogólnokrajowego przez Marszałka Sejmu. Referendum w sprawie przyjęcia ustawy o zmianie Konstytucji RP ma więc również charakter zupełnie incydentalny<sup>24</sup>, ponadto jest to referendum fakultatywne,

<sup>24</sup> Do tej pory nie przeprowadzono żadnego referendum w sprawie przyjęcia ustawy o zmianie Konstytucji RP, choć realnie istniała taka możliwość. Referendum takie mogło zostać zarządzane w związku ze zmianą treści art. 55 Konstytucji RP w następstwie wcześniejszego wyroku TK z 27 kwietnia 2005 r., P 1/05, w którym stwierdzono niekonstytucyjność art. 607t par. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – kodeks postępowania karnego Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm. dodanego w drodze nowelizacji z dnia 18 marca 2004 Dz. U. Nr 69, poz. 626. Zmiana Konstytucji RP dokonana ustawą z dnia 8 września 2006 roku o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej



tn. nie ma obowiązku jego przeprowadzania nawet wtedy, gdy zmiana (zmiany) dotyczy materii regulowanej w treści wskazanych wyżej rozdziałów Konstytucji RP.

W ustaleniu znaczenia pojęcia „sprawy o szczególnym znaczeniu” głos zabrał Trybunał Konstytucyjny. Uznał, że przedmiotem takiego głosowania powszechnego jest jednostkowa, ważna sprawa o szczególnie istotnym charakterze, wywołująca tym samym żywe zainteresowanie społeczne<sup>25</sup>.

Stanowisko to nie wyjaśnia jednak w pełni możliwości poddania pod głosowanie referendalne każdej sprawy, a w szczególności przepisów uchwalonej już ustawy, bądź procedowanego w parlamencie projektu. Doktryna stoi na stanowisku, że w aktualnym stanie prawnym przedmiotem referendum ogólnokrajowego mogą stać się jedynie sprawy o charakterze ogólnym, „kierunkowym”<sup>26</sup>, konkretyzujące cele działania właściwych organów państwa (kierunki przyszłych rozwiązań, bądź decyzji). Podkreśla się jednocześnie, że na gruncie obowiązujących przepisów konstytucyjnych wyłączna kompetencja do stanowienia ustaw zastrzeżona została na rzecz Sejmu i Senatu, co prowadzi do jednoznacznie sformułowanego wniosku, iż obowiązujące przepisy Konstytucji „nie potwierdzają woli ustrojodawcy do ustanowienia pozaparlamentarnego sposobu stanowienia ustaw (...)”<sup>27</sup>. Wola taka musiałaby być wyrażona przede wszystkim poprzez wyraźne postanowienia konstytucyjne, które definiowałyby odpowiednie procedury, służące realizacji potencjalnych uprawnień przyznanych bezpośrednio działającym obywatelom.

Ten wydawałoby się ugruntowany pogląd nie stanął jednak na przeszkodzie organom uprawnionym do zarządzania referendum w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa, którego przedmiot dotyczył nie tylko materii konstytucyjnej (a więc *de facto* stawał się głosowaniem w ramach tzw. referendum przedkonstytucyjnego), ale ponadto dotyczył kwestii, które wprost dotyczyły nie tylko propozycji, ale już istniejących rozwiązań ustawowych, które zostały przyjęte niejako równoległe do inicjatywy referendalnej. Uchwała Senatu w sprawie zarządzania referendum w 2015 r<sup>28</sup> jest dowodem, że zgodne z Konstytucją RP było referendum, w którym poddano pod rozstrzygnięcie trzy kwestie:

- „Czy jest Pani/Pan za wprowadzeniem jednomandatowych okręgów wyborczych w wyborach do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej?”.
- „Czy jest Pani/Pan za utrzymaniem dotychczasowego sposobu finansowania partii politycznych z budżetu państwa?”.

Polskiej, Dz. U. z 2006 r. Nr 200, poz. 1471. Zmiana weszła w życie z dniem 7 listopada 2006 r.

<sup>25</sup> Z uzasadnienia wyroku TK z 27 maja 2003 r., K11/03.

<sup>26</sup> L. Garlicki, *Komentarz do art. 125 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, s. 6; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 164; J. Repel, *Komentarz do art. 125 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997*, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 206.

<sup>27</sup> Tamże.

<sup>28</sup> Uchwała Senatu RP z dnia 21 maja 2015 r. w sprawie wyrażenia zgody na zarządzanie przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej ogólnokrajowego referendum. Postanowienie prezydenta RP z dnia 17 czerwca 2015 r. o zarządzaniu ogólnokrajowego referendum, Dz. U. z 2015, poz. 852; Zob. też: Postanowienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 3 sierpnia 2015 r. zmieniające postanowienie o zarządzaniu ogólnokrajowego referendum – Dz. U. z 2015 r. poz. 1134.

- „Czy jest Pani/Pan za wprowadzeniem zasady ogólnej rozstrzygania wątpliwości co do wykładni przepisów prawa podatkowego na korzyść podatnika?”.

Analiza tych pytań, bardzo szeroko omówiona została w opiniach prawnych przygotowanych w trakcie procedury podejmowania przez Senat przedmiotowej uchwały<sup>29</sup>. Pomimo formułowanych w ich treści zastrzeżeń konstytucyjnych nie przeszkodziło to w jej ostatecznym podjęciu przez Senat. W praktyce uchwała ta jest dowodem potwierdzającym istnienie kompetencji organów dysponujących prawem zarządzania referendum do nieskrępowanego definiowania przedmiotu głosowania referendalnego. Okazało się bowiem, że może to być kwestia bezpośrednio wiążąca się ze zmianą obowiązującej regulacji konstytucyjnej (zmiana zasad wyborczych – zastąpienie zasady proporcjonalności zasadą głosowania większościowego); jak również akceptacji sprawy już uregulowanej w ustawie (rozstrzygania wątpliwości), czy *de facto* sformalizowania dopuszczalności negacji istniejących rozwiązań ustawowych (finansowanie partii politycznych). Co więcej, można przyjąć, że pośrednio lub bezpośrednio (finansowanie partii politycznych) przedmiot tego głosowania referendalnego wiąże się z wydatkami oraz dochodami państwa. Nie inaczej przecież należy ocenić kwestię tego, czy, jak i w jakim zakresie finansować działalność partii politycznych, w sytuacji, w której dotychczasowe rozwiązania bazują na jej finansowaniu z budżetu państwa.

Oczywiście można się zastanawiać czy brak wyraźnie sformalizowanych wyłączeń ma charakter pozytywny, czy raczej negatywny. Na pewno jest wynikiem braku czytelnie zdefiniowanej kompetencji Trybunału Konstytucyjnego w zakresie kontroli konstytucyjności treści uchwały Sejmu (w sprawie zarządzenia referendum ogólnokrajowego) lub Senatu (wyrażenie zgody)<sup>30</sup>. Jeżeli przyjmujemy, że kompetencji takiej Trybunał nie posiada<sup>31</sup>, co w zasadzie sam już wcześniej potwierdził przy okazji badania konstytucyjności Traktatu akcesyjnego (oraz Aktów stanowiących

<sup>29</sup> B. Banaszak, *Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją materii pytań zawartych w projekcie postanowienia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zarządzeniu krajowego referendum (druk senacki nr 899) – w szczególności pytania dotyczące jednomandatowych okręgów wyborczych z odniesieniem się do bieżących głosów konstytucjonalistów w tej kwestii*, [w:] s. 3 – 6; M. Chmaj, *Dopuszczalność zarządzenia przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej ogólnokrajowego Referendum w sprawie, m.in. jednomandatowych okręgów wyborczych, w trybie art. 125 Konstytucji*, s. 7 – 12; W. Orłowski, *Opinia prawna na temat zgodności z Konstytucją materii pytań zawartych w projekcie postanowienia Prezydenta RP o zarządzeniu krajowego referendum (druk senacki nr 899), w szczególności pytania dotyczące jednomandatowych okręgów wyborczych z odniesieniem się do bieżących głosów konstytucjonalistów w tej kwestii*, s. 13–17; R. Piotrowski, *Opinia na temat zgodności z Konstytucją RP przekazanego przez Prezydenta RP postanowienia o zarządzeniu ogólnokrajowego referendum (druk senacki nr 899)*, s. 18 – 22; M. Wiszowaty, *Opinia prawna dotycząca oceny zgodności z Konstytucją materii pytań zawartych w projekcie postanowienia Prezydenta RP o zarządzeniu ogólnokrajowego referendum (druk senacki nr 899) – w szczególności pytania dotyczące jednomandatowych okręgów wyborczych – z odniesieniem się do bieżących głosów konstytucjonalistów w tej kwestii*, s. 23–40, wszystkie zamieszczone w: *Projekt postanowienia Prezydenta RP o zarządzeniu ogólnokrajowego referendum – opinie prawne*, Opinie i Ekspertyzy Prawne, OE 234, Kancelaria Senatu, maj 2015.

<sup>30</sup> Oczywiście można uznać, że jest to wynikiem przyjęcia zasady, zgodnie z którą: ustawa uchwalona w drodze referendum jest wyrazem suwerenności narodu. Mając ją na względzie francuska Rada Konstytucyjna odmówiła badania zgodności z konstytucją takiego aktu prawnego, zob. W. Skrzydło, *Ustrój polityczny Francji*, Warszawa 1992, s. 163.

<sup>31</sup> O próbach wprowadzenia takiej kompetencji do postanowień wcześniej obowiązującej ustawy o referendum zob. J. Repel, *Trybunał Konstytucyjny a instytucja referendum*, [w:] *Studia nad prawem konstytucyjnym*, pod red. J. Trzcieskiego i B. Banaszaka, Acta Universitatis Wratislaviensis No 1963 Prawo CCLVII, Wrocław 1997, s. 206–207.

jego integralne elementy), ratyfikowanego przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z upoważnienia wyrażonego przez Naród w referendum przeprowadzonym 7–8 czerwca 2003 r.<sup>32</sup>, to w zasadzie potwierdzamy nieograniczoność prawa do zarządzenia referendum ogólnokrajowego przez większość parlamentarną. Wydaje się też, że mimo zastrzeżenia prawa do zarządzenia referendum ogólnokrajowego wyłącznie na rzecz Sejmu i prezydenta RP (działającego za zgodą Senatu) rozwiązanie takie – swoboda definiowania przedmiotu głosowania referendalnego – należy uznać za właściwe z punktu widzenia treści art. 4 Konstytucji RP. Oczywiście nie można wykluczyć, że praktyka sięgania do tej instytucji w dalszym ciągu będzie miała na celu realizację konkretnego (i doraźnego) interesu politycznego<sup>33</sup>, ale w państwie demokratycznym, w którym obywatele swobodnie wyrażać mogą swoje opinie i poglądy, analizować wady i zalety konkretnego rozstrzygnięcia, i w konsekwencji prowadzić rzeczową dyskusję – trudne do wyobrażenia jest przyjęcie założenia, że dojdzie do masowego wykorzystania nieświadomych jednostek, które nie będą w stanie zrozumieć istoty rozstrzyganej sprawy, zagłosują niejako wbrew własnej woli. W dobie społeczeństwa obywatelskiego każda procedura referendalna musi stać się płaszczyzną pozyskiwania doświadczeń w zakresie edukacji obywatelskiej, istotnej z punktu widzenia kształtowania się świadomej swoich praw i potrzeb społeczności, której członkowie działają nie tylko w celu realizacji wyłącznie swoich interesów, ale mają również na względzie dobro wspólne. Mając na względzie fakt, że niezbędnym wymogiem wiążącego charakteru referendum jest wzięcie w nim udziału więcej niż połowy uprawnionych (art. 125 ust. 3 Konstytucji RP) należy raczej przyjąć, że w sytuacji, gdy referendum jest wykorzystywane w celu realizacji doraźnych interesów politycznych obywatele po prostu nie wezmą w nim udziału, negując tym samym zasadność wykorzystania tej instytucji, w ramach której uprzedmiotowiano by ich rolę oraz wyrażoną wolę.

Wydaje się, że gwarantem odpolitycznienia (choć współcześnie jest to mało prawdopodobne) referendum byłoby wskazanie wprost w treści konstytucji tych kwestii, które musiałyby zostać poddane pod głosowanie referendalne.

<sup>32</sup> „Właściwość Trybunału Konstytucyjnego (określona w art. 188 Konstytucji) nie odnosi się do wskazanych tu czynności prawnych poprzedzających ratyfikację (...). Kontrolą konstytucyjności może być natomiast objęta treść umowy o przekazaniu kompetencji („w niektórych sprawach” – art. 90 ust. 1 Konstytucji)”. (...) „Tę kontrolę należy odróżniać od kontroli ważności (w tym: legalności) referendum (właściwy jest tu Sąd Najwyższy), jak również od kontroli konstytucyjności trybu uzyskania zgody na ratyfikację takiej umowy” – Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 49/5/A/2005; Por. też glosy do wyroku Trybunału Konstytucyjnego 11.5.2005 r. (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04, autorstwa: J. Barcza, s. 169–184; S. Biernata, s. 185–206; W. Czaplińskiego, s. 207–222; A. Wyrozumska, s. 230, która uznaje, że Trybunał uznał się za niewłaściwy do badania konstytucyjności uchwał Sejmu dotyczących wyboru trybu i zarządzenia referendum, [w:] *Kwartalnik Prawa Publicznego*, Warszawa – Toruń, nr 4, 2005.

<sup>33</sup> Taki też charakter miała inicjatywa prezydenta RP z 21 sierpnia 2015 roku (prezydenta RP A. Dudy), który wystąpił do Senatu o wyrażenia zgody na przeprowadzenie referendum w trzech kwestiach:

- Czy jest Pani/Pan za obniżeniem wieku emerytalnego i powiązaniem uprawnień emerytalnych ze stażem pracy?
- Czy jest Pani/Pan za utrzymaniem dotychczasowego systemu funkcjonowania Państwowego Gospodarstwa Leśnego Państwowe?
- Czy jest Pani/Pan za zniesieniem powszechnego ustawowego obowiązku szkolnego sześciolatków i przywróceniem powszechnego ustawowego obowiązku szkolnego od siódmego roku życia?

Istotną przy tym miała być data jego przeprowadzenia – 25 października 2015 roku, a więc data wyborów parlamentarnych. Senat nie wyraził zgody na przeprowadzenie tego referendum (uchwałą z 4 września 2015 r.).

Instytucja referendum obligatoryjnego np. w sprawie zmian konstytucji; zasada prawa wyborczego, wyrażenia zgody na ratyfikację przez prezydenta RP umowy międzynarodowej, w drodze której następuje przekazanie na rzecz organizacji międzynarodowej (lub organu międzynarodowego) kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach, stałaby się swoistego rodzaju gwarantem braku możliwości politycznego poszukiwania rozwiązań pożądaných z punktu widzenia aktualnej większości parlamentarnej. Wprowadzenie takich zmian musiałoby się najpierw wiązać z uchwaleniem odpowiednich regulacji (bądź przedstawieniem postanowień umowy międzynarodowej) i dopiero po przeprowadzeniu odpowiedniej kampanii referendalnej – przedmiotem rozstrzygnięcia bezpośrednio przez obywateli.

Aktualny brak takich rozwiązań jest wynikiem wyraźnej – w czasie kształtowania treści postanowień Konstytucji RP z 2 kwietnia – tendencji charakteryzującej się dążeniem do zmarginalizowania roli i znaczenia tej instytucji w polskim porządku prawnym. W zasadzie więc referendum traktowane jest z jednej strony jako istotny element demokracji, z drugiej zaś jako potencjalne zagrożenie dla państwa prawa, a w szczególności dla władzy przedstawicielskiej. Trudno też uznać, że ostateczne (konstytucyjne) ukształtowanie tej instytucji miało na celu podkreślenie realnego związku między demokracją a referendum, czy też raczej podkreślenie woli większości parlamentarnej decydującej się na ograniczenie własnych kompetencji w następstwie odwołania się do tej instytucji demokracji bezpośredniej.

### 3. Skuteczność głosowania referendalnego

Konstrukcja wiążącego charakteru głosowania referendalnego została określona w art. 125 ust. 3. Zgodnie z jego treścią w referendum musi wziąć udział więcej niż połowa uprawnionych do głosowania. Jeżeli ten warunek zostanie spełniony, to mamy do czynienia z wiążącym jego wynikiem. W literaturze przedmiotu przesłanka pozytywna, od której spełnienia warunkuje się przyznanie wynikom wiążącego charakteru nazywana jest wymogiem uzyskania odpowiedniej frekwencji w trakcie głosowania. Utożsamia się ją również ze spełnieniem innego wymogu, który identyfikuje się z uzyskaniem odpowiedniego stopnia legitymizacji podjętego rozstrzygnięcia. Wymóg taki przez niektórych jest krytykowany jako przejaw nadmiernego gloryfikowania woli większości lub inaczej akceptacji biernej postawy uprawnionych do głosowania. W praktyce okazać się bowiem może, że dochodzi do tzw. „głosowania nogami” w sensie masowego powstrzymania się od oddania swojego głosu<sup>34</sup>.

W chwili obecnej obowiązująca regulacja konstytucyjna nie pozostawia jednak wątpliwości, że w przypadku referendum, którego przedmiotem jest „sprawa o szczególnym znaczeniu dla państwa” (art. 125 ust. 1) oraz wyrażenia zgody na

<sup>34</sup> Pogląd taki prezentowany był w trakcie prac nad prezydenckim projektem ustawy o referendum zob. Biuletyn Komisji Ustawodawczej nr 81 z dnia 8. 01 2003, zamieszczony na stronie [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl). Warto też zwrócić uwagę na uzasadnienie P. Winczorka, które zdecydowanie sprzeciwiał się takiemu sposobowi wpływania na charakter i wynik referendum.

ratyfikację umowy międzynarodowej (art. 90 ust. 4)<sup>35</sup> konieczne jest dla wiążącego skutku głosowania spełnienie wymogu frekwencji (art. 125 ust. 3). W praktyce konieczne jest więc ustalenie ogółu uprawnionych, a potem matematyczne obliczenie wymaganej liczby wyborców, którzy muszą wziąć udział w referendum. Przekroczenie tak ustalonej liczby, co do zasady skutkuje spełnieniem konstytucyjnego wymogu. Zastrzeżenie „co do zasady” wynika z istnienia zróżnicowanych kryteriów decydowania o tym, czy do sumy biorących udział w głosowaniu zalicza się te karty do głosowania, które zawierają ważnie oddany głos. Możliwe są bowiem odmienne rozwiązania. Pierwsze zakłada, że ustalenie sumy biorących udział w referendum następuje przez zliczenie ważnych kart do głosowania, na których znajdują się ważnie oddane głosy – pozostałe natomiast wrzucone do urny, lecz nie zawierające de facto głosu uprawnionego (np. bez skreśleń lub skreślone dwie wykluczające się odpowiedzi) nie mogą być brane pod uwagę. Według drugiego, fakt oddania głosu nieważnego nie ma znaczenia ponieważ należy odróżnić nieważność głosowania od wzięcia udziału w głosowaniu. Zdecydowanie bardziej rozsądnym wydaje się to ostatnie rozwiązanie. Skutkuje bowiem wyeliminowaniem tylko kart nieważnych, tym samym nie prowadząc do powstania pozanormalnego sposobu negacji głosowania powszechnego. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w razie masowego wrzucania „czystych” kart lub wzajemnie negujących się skreśleń odpowiedzi lub zaproponowanych wariantów rozwiązań.

Za modelowe należy uznać założenie, iż fakt wrzucenia urzędowej karty do urny jest wzięciem udziału w referendum. Niewątpliwie jest też wyrażeniem woli, choćby nie przybierała ona postaci złożenia odpowiedniego skreślenia przez uprawnionego obywatela<sup>36</sup>.

Nie poprawia oceny efektywności przyjętego w Polsce modelu referendum w sprawie o szczególnym znaczeniu dla państwa rozwiązanie konkretyzujące mechanizm realizacji wyników referendum. Zgodnie z treścią art. 67 ustawy o referendum „Właściwe organy państwowe podejmują niezwłocznie czynności w celu realizacji wiążącego wyniku referendum zgodnie z jego rozstrzygnięciem przez wydanie aktów normatywnych bądź podjęcie innych decyzji, nie później jednak niż w terminie 60 dni od dnia ogłoszenia uchwały Sądu Najwyższego o ważności referendum w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej”.

W sytuacji, w której przeprowadzenie referendum ma na celu uzyskanie od suwerena odpowiedzi na postawione pytania lub przedstawione warianty przyszłych rozwiązań następstwem uzyskania ważnego, wiążącego i rozstrzygającego wyniku (pozytywnego lub negatywnego) jest powstanie dopiero obowiązku podjęcia właściwych działań zmierzających do prawnej konkretyzacji przedmiotu referendum. Odpowiedź pozytywną należy więc traktować jako nałożenie obowiązku stworzenia

<sup>35</sup> Na temat tego referendum zob. szerzej: M. Jabłoński, *Polskie referendum...*, s. 178 i n.

<sup>36</sup> Bardzo ciekawa dyskusja odnosząca się do tego zagadnienia miała miejsce podczas ustalania treści ustawy o referendum ogólnokrajowym. Ustalono tam, że o ile sam podpis na spisie wyborców – składany przy odbiorze karty do głosowania – nie może być traktowany jako wyrażenie woli, to już wrzucenie karty do urny spełnia taki charakter – por. Biuletyn Komisji Ustawodawczej nr 75, s. 15–19.

gotowego – odpowiadającego istocie i treści poddanych pod głosowanie zagadnień i rozważań – projektu aktu prawnego bądź podjęcia konkretnych aktów lub działań (np. aktu ratyfikacji, rozpoczęcie procedury wystąpienia z konkretnej organizacji itd.), wszczęcia odpowiedniej procedury i doprowadzenie do jej zakończenia, co w przypadku aktu prawnego wiązać się musi z wprowadzeniem go do porządku prawnego<sup>37</sup>. Wynik referendum ma stać się więc szczególnego rodzaju podstawą z jednej strony legitymizującą, a z drugiej zobowiązującą właściwy organ do podjęcia działania w zgodzie z wyrażoną wolą.

Niewątpliwie istotnym mankamentem jest to, że w polskim porządku prawnym brak jest sformalizowanych procedur służących weryfikacji wywiązania się właściwych organów z obowiązku określonego w treści art. 67 ustawy o referendum. Możemy tu jedynie mówić o odpowiedzialności politycznej egzekwowanej wobec przedstawicieli w trakcie najbliższych wyborów parlamentarnych.

Zakładając, że referendum z 6 września 2015 roku byłoby ważne, wiążące i rozstrzygające (przy założeniu, że większość opowiedziała się za), mielibyśmy do czynienia z ciekawą z punktu widzenia ustrojowego sytuacją. W przypadku pierwszego pytania, jeżeli większość głosujących opowiedziałaby się za wprowadzeniem jednomandatowych okręgów wyborczych w wyborach do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej konieczne byłoby przygotowanie projektu zmiany Konstytucji RP i co do zasady – kierując się treścią art. 67 ustawy o referendum – „wydanie aktu normatywnego”, a więc uchwalenie odpowiedniej ustawy w terminie 60 dni od dnia ogłoszenia uchwały Sądu Najwyższego<sup>38</sup>. W praktyce oznaczałoby to, że ustawa taka miałaby zostać uchwalona już przez Sejm i Senat kolejnej kadencji (uchwała SN została opublikowana 19 listopada 2015 r.), a więc przez większość parlamentarną inną niż ta, która wyraziła zgodę na przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego.

Nie budzi wątpliwości, że gdyby wynik tego referendum miał zostać zrealizowany przez właściwe organy powstałoby wiele wątpliwości interpretacyjnych. Po pierwsze, konieczne byłoby stwierdzenie, czy wprowadzenie okręgów jednomandatowych dotyczy całego terytorium RP (wszystkich możliwych do zdobycia mandatów), czy tylko części (np. połowy, a pozostałych zdobywanych np. przy zastosowaniu systemu proporcjonalnego). Pytanie zostało bowiem sformułowane w taki sposób, że nie jest do końca pewne, jaki kształt mogłaby przyjąć propozycja zgłoszona w ramach projektu ustawy o zmianie konstytucji. Po drugie, nie wiadomo, jak wyglądałaby konstrukcja owych okręgów jednomandatowych, co wymagałoby zmiany przepisów Kodeksu wyborczego, a więc postanowień fundamentalnych z punktu widzenia tzw. geografii wyborczej (konieczne więc byłoby jednoczesne przedstawienie projektu zmiany tej regulacji ustawowej). Po trzecie, trudno byłoby jednoznacznie odpowiedzieć, czy zasada dyskontynuacji prac Sejmu miałaby zastosowanie względem wyniku

<sup>37</sup> M. B.M.P. Urbano, *O referendo, perfil histórico-evolutivo do instituto. Configuração jurídica do referendo em Portugal*, *Studia Iuridica* nr 30, 1998, s. 89; zob. też: J. Rohr, *Le référendum en Suisse*, [w:] G. Conac, D. Maus, *Le référendum quel avenir?*, Paris 1989, s. 47–48.

<sup>38</sup> Uchwała SN z dnia 4 listopada 2015 r. w sprawie ważności referendum ogólnokrajowego przeprowadzonego w dniu 6 września 2015 r., sygn. akt III SW 89/15, opublikowana w Dz. U. z 19 listopada 2015 r., poz. 1920.

referendum ogólnokrajowego, którego realizacja staje się obowiązkiem nowego Sejmu i Senatu. Po czwarte, trudno uzasadnić tezę, że obowiązek przygotowania projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP ciąży na prezydencie RP (jako organie inicjującym) i to nie tylko dlatego, że w międzyczasie odbyły się wybory prezydenckie i zmienił się piastun tego organu, ale dlatego, że z obowiązujących przepisów obowiązek taki *in concreto* nie wynika. Po piąte, co już jest pewne, gdyby doszło do uchwalenia takiej ustawy i dotyczyłaby ona wyłącznie głosowania do Sejmu (rozdział IV Konstytucji RP), nie byłoby możliwości zarządzenia referendum w sprawie przyjęcia ustawy o zmianie Konstytucji RP.

W przypadku drugiego pytania, rozstrzygający wynik referendum (opowiadający się za zmianą finansowania) w praktyce rzeczywiście ma charakter kierunkowy, choć jak wskazywałem już wcześniej sprowadzający się do negacji (abrogacji) obowiązującego modelu finansowania partii politycznych<sup>39</sup>. Głosujący nie mogą jednak być bowiem pewni jak kształtować się będą ostateczne regulacje, które najpierw muszą zostać przygotowane w następstwie głosowania referendalnego. Nie budzi też wątpliwości, że termin, o którym mowa w art. 67 ustawy o referendum należy traktować jako termin o charakterze instrukcyjnym, a więc taki, którego uchybienie przez organy konstytucyjne nie prowadzi do możliwości wyciągnięcia jakichkolwiek sankcji prawnych (w zakresie odpowiedzialności prawnej; z wyjątkiem – jak się wydaje – pociągnięcia do odpowiedzialności konstytucyjnej przed Trybunałem Stanu, której zainicjowanie będzie uzależnione od większości sejmowej, np. większości wyłonionej w wyborach do następnej kadencji lub w sumie posłów i senatorów w przypadku podejmowania uchwały przez Zgromadzenie Narodowe).

Jeszcze ciekawsza sytuacja dotyczyła trzeciej kwestii, czyli wprowadzenia zasady *in dubio pro tributario*. Otóż przed datą referendum ogólnokrajowego – 5 sierpnia 2015 roku Sejm przyjął ustawę, na mocy której do Ordynacji podatkowej wprowadzono art. 2a, potwierdzający właśnie zasadę ogólną rozstrzygnięcia wątpliwości co do wykładni przepisów prawa podatkowego na korzyść podatnika<sup>40</sup>. W praktyce więc rozstrzygający wynik referendum, w którym większość wypowiedziałaby się przeciwko takiej zasadzie oznaczałoby konieczność zmiany przedmiotowego przepisu. Oczywiście głosowanie przeciw prowokowałoby również do podnoszenia kolejnych wątpliwości np. dotyczących tego, czy taki przepis ustawowy mógłby w ogóle – wobec woli wyrażonej bezpośrednio przez obywateli – wejść w życie (jeżeli wyniki znane byłyby przed planowaną datą wejścia w życie takiej ustawy); czy gdyby zaczął formalnie obowiązywać właściwe organy stosujące prawo, powołując się na wynik referendum, mogłyby odmawiać jego stosowania itd.

Warto też zauważyć, że w przypadku tego rodzaju sprawy (trzeciego pytania)

<sup>39</sup> Szerzej na temat istniejących rozwiązań i ich pozytywów oraz ewentualnych zmian zob.: J. Zbieranek, *Finansowanie partii politycznych – czy i jakie zmiany?* Opracowanie (dostęp 20 lipca 2016 r.) zamieszczone na stronie: [http://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Finansowanie-partii-politycznych\\_streszczenie.pdf](http://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Finansowanie-partii-politycznych_streszczenie.pdf)

<sup>40</sup> Szerzej na ten temat: K. Tetlak, *Referendum a wprowadzenie zasady in dubio pro tributario*, opracowanie (dostęp 20 lipca 2016 r.) zamieszczone na stronie: [http://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Rozstrzygnięcie%20wątpliwości%20na%20rzecz%20podatnika\\_policy\\_paper.pdf](http://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Rozstrzygnięcie%20wątpliwości%20na%20rzecz%20podatnika_policy_paper.pdf)

mamy *de facto* do czynienia z referendum zatwierdzającym<sup>41</sup>, którego przedmiot jest w pełni zdefiniowany, jasny czytelny i dający się empirycznie zweryfikować. Z punktu widzenia obywatela wyrażającego swoją wolę daje więc pewność (oczywiście po uwzględnieniu praktyki stosowania zasady *in dubio pro tributario*), że opowiedzenie się za takim rozwiązaniem prowadzić będzie do pożądaných przez niego skutków. Głosowanie dotyczące tego zagadnienia w związku z równoczesnym uchwaleniem ustawy przez parlament potwierdza równocześnie, że przedmiotem głosowania może być konkretne rozwiązanie ustawowe i to jeszcze przed jego wejściem w życie<sup>42</sup>.

#### 4. Podsumowanie

Najlepszym rozwiązaniem ustrojowym jest takie, w którym referendum ogólnokrajowe, to nie tylko władza aprobowania lub dezaprobowania (władza pasywna) pomysłów pochodzących od organów, które z takim swoistym apelem występują. Mówiąc inaczej referendum powinno być instytucją umożliwiającą sprawowanie władzy aktywnej, co wiązałoby się z posiadaniem przez obywateli kompetencji w zakresie decydowania o przedmiocie głosowania i wiążącym jego inicjowaniu. W chwili obecnej, mając na względzie obowiązujące przepisy Konstytucji RP oraz ustawy o referendum ogólnokrajowym jest oczywiste że referendum w sprawie o szczególnym znaczeniu dla państwa pozostaje procedurą marginalną, ponieważ jest tylko pewnego rodzaju obietnicą współudziału obywateli w rządzeniu.

Ponadto, wobec braku konstytucyjnie sprecyzowanego katalogu spraw o szczególnym znaczeniu dla państwa, które musiały zawsze stać się przedmiotem głosowania referendalnego (referendum obligatoryjnego) trudno w zasadzie mówić o apolityczności tej instytucji demokracji bezpośredniej.

Ze względu na dalece subiektywny charakter sposobu identyfikacji sprawy o szczególnym znaczeniu dla państwa trudno również zweryfikować efektywność referendum ogólnokrajowego w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa. Doświadczenia ostatnich kilkunastu miesięcy zdawałyby się raczej wskazywać, że jest to swoistego rodzaju „zabawka” w rękach większości parlamentarnej oraz prezydenta RP, a nie realna instytucja sprawowania władzy bezpośrednio przez obywateli Rzeczypospolitej Polskiej. Pomimo tych negatywnych spostrzeżeń nie umniejszałbym roli i znaczenia tej instytucji, niezależnie od konstytucyjnego i ustawowego minimalizowania jej ustrojowego znaczenia. Nawet przy istniejących ograniczeniach (raczej związanych z prawem zarządzenia referendum, aniżeli dotyczących jego zakresu przedmiotowego) jest to bowiem instytucja, która może być wykorzystywana do sprawowania władzy bezpośrednio przez obywateli.

W chwili obecnej dla urzeczywistnienia bezpośredniego rządzenia (przy wykorzystaniu referendum) przez obywateli konieczne jest ziszczenie się kilku warunków. Pierwszym jest samoograniczenie się większości parlamentarnej,

<sup>41</sup> Zob. na temat klasyfikacji P. Uziębło, *Demokracja...*, s. 53–54.

<sup>42</sup> Art. 2a Ordynacji podatkowej w wersji nadanej przez ustawę z 5 sierpnia 2015 ro. Wszedł w życie 1 stycznia 2016 roku



wyrażające się w podjęciu stosownej uchwały przez właściwy organ (Sejm lub zgoda w przypadku Senatu na zarządzenie referendum przez prezydenta RP). Drugim jest realizacja postulatu podmiotowego traktowania obywateli przez właściwe organy w ramach następczych działań, których efektem jest przyjęcie ostatecznych rozwiązań prawnych, rzeczywiście odpowiadających ich woli pierwotnie wyrażonej w głosowaniu referendalnym. Wreszcie po trzecie, konieczne jest istnienie odpowiedniej kultury politycznej i związanej z nią odpowiedzialności decydentów za odwołanie się do instytucji demokracji bezpośredniej. Kultura ta i odpowiedzialność musi wiązać się z przekonaniem o konieczności zapewnienia realizacji woli wyrażonej w głosowaniu referendalnym nawet, jeżeli pozostaje ona wbrew aktualnym celom większości sprawującej władzę.

### **Streszczenie**

Zasadniczym problemem poruszonym w opracowaniu jest ustalenie czy istniejąca w polskim porządku prawnym konstrukcja referendum ogólnokrajowego w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa (Art. 125 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku) zapewnia możliwość rządzenia przez obywateli (rozstrzygania o konkretnych sprawach publicznych przez suwerena), czy też jest jedynie pewnego rodzaju procedurą wtórnej legitymacji wcześniej podjętych decyzji przez różnego rodzaju organy państwowe albo jeszcze inaczej – swoistego rodzaju legitymowaniem blankietowym, które w różny sposób może zostać wykorzystane przez aktualnie rządzącą większość parlamentarną. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie wiąże się z koniecznością przeprowadzenia analizy istniejących rozwiązań konstytucyjnych i ustawowych.

### **Słowa kluczowe:**

Referendum, referendum ogólnokrajowe, zasada zwierzchnictwa Narodu, sprawa o szczególnym znaczeniu dla państwa, przedmiot referendum, frekwencja, ważność głosowania, rozstrzygnięcie referendalne.

## **The efficiency of a nationwide referendum on the of special importance for the Member States – analysis of the constitutional model of the institution**

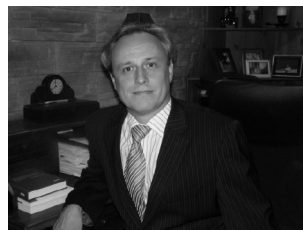
### **Summary**

The fundamental issue raised in this elaboration is to establish whether the existing in Polish legal order construction of nation-wide referendum concerning particularly important matters for the state (Art. 125 RP Constitution 2<sup>nd</sup> April, 1997) provides citizens the ability of governing, (particular issues to be solved by sovereign), or is it just some kind of derivative legalization procedure concerning decisions which has been made earlier by different national authorities or otherwise – some characteristic kind of blank form authorization which can be used in varied ways by currently governing parliamentary majority. Answering that question is linked to a need of carrying out an analyze of existing constitutional and statutory solutions

### **Keywords:**

The referendum, the referendum nationwide on Poland, the principle of the sovereignty of the nation, a matter of special importance for the Member States, the subject of the referendum, the validity of the vote, the decision.

**Mariusz Jabłoński** – Prof. dr hab. Kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Autor i współautor ponad 250 opracowań naukowych, w których porusza zagadnienia współczesnego prawa konstytucyjnego ze szczególnym uwzględnieniem instytucji demokracji bezpośredniej, i ochrony wolności oraz praw jednostki. Prowadzi badania nad praktyczną realizacją prawa dostępu do informacji publicznej oraz ochrony danych osobowych.



## **Piotr Kapusta**

Uniwersytet Zielonogórski

Wydział Prawa i Administracji

### **Członkowie komisji do spraw referendum i ich status**

#### **1. Organy przeprowadzające referendum**

Referendum ogólnokrajowe przeprowadzają Państwowa Komisja Wyborcza (dalej: PKW), komisarze wyborczy i obwodowe komisje do spraw referendum, zwane komisjami obwodowymi (art. 10 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym; dalej: u.r.o.). Z kolei referendum lokalne przeprowadzają i ustalają jego wynik powołane w tym celu właściwe terytorialne (wojewódzka, powiatowa, gminna) komisje do spraw referendum i obwodowe komisje do spraw referendum, zwane odpowiednio terytorialnymi komisjami i obwodowymi komisjami (art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym; dalej: u.r.l.).

W referendum ogólnokrajowym komisję obwodową powołuje wójt lub burmistrz (prezydent miasta) spośród osób uprawnionych do udziału w referendum, stale zamieszkałych na obszarze danej gminy, z zastrzeżeniem przepisów art. 14, najpóźniej w 21 dniu przed dniem referendum. W skład komisji obwodowej powołuje się od 4 do 8 osób, a jeżeli termin głosowania w referendum został wyznaczony na dwa kolejne dni – od 6 do 10 osób, spośród kandydatów zgłoszonych przez podmioty uprawnione, o których mowa w art. 48, albo upoważnione przez nie osoby. Podmioty uprawnione do udziału w referendum mogą zgłosić po jednym kandydacie. Powołuje się również jedną osobę wskazaną przez wójta lub burmistrza (prezydenta miasta) w przypadku: stałych obwodów głosowania – spośród pracowników samorządowych gminy lub gminnych jednostek organizacyjnych; obwodów w szpitalach i zakładach pomocy społecznej – spośród pracowników tych szpitali lub zakładów; obwodów w zakładach karnych i aresztach śledczych – spośród pracowników tych zakładów lub aresztów a obwodów w domach studenckich – spośród pracowników tych domów studenckich. W przypadku zgłoszenia więcej niż 8 kandydatów lub – gdy termin głosowania w referendum został wyznaczony na dwa kolejne dni – więcej niż 10, skład osobowy komisji obwodowej ustala się w drodze publicznego losowania przeprowadzonego przez wójta lub burmistrza (prezydenta miasta). Jeżeli liczba kandydatów zgłoszonych w trybie, o którym mowa w ust. 3, jest mniejsza niż 4 lub – gdy termin głosowania w referendum został wyznaczony na dwa kolejne dni – mniejsza niż 6, uzupełnienia składu komisji obwodowej do jej minimalnego składu dokonuje wójt lub burmistrz (prezydent miasta) spośród osób stale zamieszkałych na obszarze tej gminy. Wskazanie do składu komisji obwodowej następuje po uzyskaniu zgody osoby, której ma dotyczyć. Pierwsze posiedzenie komisji obwodowej organizuje wójt lub burmistrz (prezydent miasta). Komisja obwodowa na pierwszym posiedzeniu wybiera spośród swego składu osobowego przewodniczącego i jego zastępcę. Skład komisji obwodowej podaje się do wiadomości publicznej w sposób zwyczajowo przyjęty. Do działalności komisji obwodowych oraz do zmian w składzie komisji stosuje się odpowiednio

przepisy Kodeksu wyborczego. Do uprawnień członków komisji obwodowych stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu wyborczego dotyczące obwodowych komisji wyborczych. Minister właściwy do spraw administracji publicznej, po porozumieniu z Państwową Komisją Wyborczą, określi, w drodze rozporządzenia, wysokość oraz szczegółowe zasady, na podstawie których przysługują członkom komisji obwodowych diety, zryczałtowane diety oraz zwrot kosztów podróży i noclegów, a także tryb udzielania im dni wolnych od pracy.

W przypadku referendum lokalnego w sprawie odwołania organu jednostki samorządu terytorialnego przed upływem kadencji terytorialną komisję powołuje, najpóźniej na 25 dni przed dniem referendum komisarz wyborczy. Ten najpóźniej na 21 dni przed dniem referendum powołuje również obwodowe komisje. W pozostałych sprawach obowiązek powołania terytorialnej komisji wyborczej wykonuje organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego. Wówczas terytorialne komisje wyborcze powoływane są przez terytorialną komisję wyborczą. Komisarz wyborczy powołuje w skład terytorialnej i obwodowych komisji do przeprowadzenia referendum w sprawie odwołania organu jednostki samorządu terytorialnego, w równej liczbie, osoby pisemnie wskazane przez organ wykonawczy tej jednostki oraz inicjatora referendum. W skład komisji nie mogą wchodzić radni, osoby wchodzące w skład albo pełniące funkcję organu wykonawczego danej jednostki samorządu terytorialnego, a także inicjator referendum oraz jego pełnomocnik. W skład terytorialnej komisji wchodzi od 6 do 16 osób; w skład obwodowej komisji wchodzi od 6 do 10 osób. Komisje, o których mowa w ust. 1, na swoich pierwszych posiedzeniach wybierają ze swojego składu przewodniczącego i jego zastępcę. Składy komisji podaje się niezwłocznie do publicznej wiadomości przy odpowiednim zastosowaniu art. 13 ust. 1. Zmiany i uzupełnienia w składach komisji następują w szczególnie uzasadnionych sytuacjach, a zwłaszcza na skutek zrzeczenia się członkostwa lub śmierci członka komisji, na zasadach i w trybie określonych w przepisach o ich powołaniu.

## **2. Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu wyborczego**

Zarówno u.r.o., jak i u.r.l. odsyłają do odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu wyborczego. Obie ustawy tak czynią, choć w nieco odmienny sposób, również względem uprawnień członków komisji do spraw referendum. W przypadku referendum ogólnokrajowego ustawodawca stwierdza, że do uprawnień członków komisji obwodowych stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu wyborczego dotyczące obwodowych komisji wyborczych. Natomiast na gruncie u.r.l. postanawia się, że do zasad działalności terytorialnych komisji i obwodowych komisji stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu wyborczego dotyczące terytorialnych i obwodowych komisji wyborczych.

Jak widać sposób sformułowania odesłań, z których korzysta ustawodawca w ustawach referendalnych, różni się od siebie. W przypadku referendum ogólnokrajowego nie ulega wątpliwości, że odesłanie dotyczy uprawnień członków

komisji obwodowych. Jeżeli zaś chodzi o referendum lokalne, to ustawodawca postępuje się sformułowaniem „zasady działalności terytorialnych komisji i obwodowych komisji”. Można sobie zadać pytanie, czy odesłanie to obejmuje również uprawnienia członków tych komisji. Bez cienia wątpliwości należy odpowiedzieć, że tak. Zasady działalności komisji zawierają w sobie uprawnienia, o których wprost mowa w przepisie art. 16 ust. 1 u.r.o. Pogląd taki znajduje również uzasadnienie w doktrynie. Sformułowanie z przepisu art. 49 ust. 6 u.r.l. „należy rozumieć jako zbiór określonych procedur i zachowań w pracy tych komisji od chwili ich powołania aż do ich rozwiązania”<sup>1</sup>. B. Dauter stwierdza, że odesłanie kieruje również do uprawnień przysługujących członkom komisji<sup>2</sup>.

Jak już wcześniej wspomniano przepisy art. 16 ust. 1 u.r.o. i art. 49 ust. 6 u.r.l. stanowią przykłady przepisów odsyłających. „W niemal każdej gałęzi prawa znaleźć można przepisy, które w miejsce wyczerpującego unormowania określonej materii zawierają nakaz stosowania do niej innych przepisów prawa albo reguł nienależących do systemu prawnego”<sup>3</sup>. Przepisy odsyłające stanowią grupę przepisów prawnych „zawierających zwrot odsyłający do innych przepisów aktualnie obowiązujących. Treścią tego zwrotu jest nakaz zrobienia użytku z przepisu, do którego przepis odsyła”<sup>4</sup>. Posługiwanie się nimi, jeżeli tylko jest prawidłowe, uznać należy za właściwe. „Jest zrozumiałe, że zawsze musi tutaj chodzić o stosunki: 1) które prawodawca chce w ten sam czy w podobny sposób rozstrzygać; 2) które w ogóle mogą być normowane przy pomocy tych samych przepisów prawa; i 3) które tym samym w jakimś przynajmniej stopniu wykazują podobieństwo. Ustawodawca jednakowoż dodaje tutaj, że wymienione przezeń przepisy mają być stosowane <<odpowiednio>>”<sup>5</sup>. Samo odpowiednie stosowanie przepisów nie ma jednolitego charakteru. W procesie stosowania przepisów prawa może bowiem dojść do stosowania przepisu wprost – bez żadnych modyfikacji. Znacznie jednak częściej stosowanie odnośnego przepisu wymagać będzie modyfikacji – dostosowania przepisu stosowanego do zakresu odniesienia. Odpowiedniość stosowania może jednak również oznaczać niemożność zastosowania przepisu, do którego w procesie stosowania prawa odsyła ustawodawca.

Oba analizowane przepisy, z uwagi na brak stosownych uregulowań w ustawach referendalnych uprawnień członków komisji (zakres odniesienia), pozwalają przez odesłanie do Kodeksu wyborczego określić rodzaj i zakres tych uprawnień. Na gruncie Kodeksu wyborczego ten obszar zagadnień regulowany jest przepisami art. 154 § 1, art. 154 § 4, art. 154 § 5 i art. 154 § 6 tego Kodeksu (przepisy stosowane). Przepisy te powinny być stosowane wprost do członków komisji do spraw referendum.

<sup>1</sup> B. Dauter, *Artykuł 49*, [w:] K. Czaplicki (red.), *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, [online]. ABC, 2016-07-03 03:01 [dostęp: 2016-07-20 14:49]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/komentarz/587231843/29283>.

<sup>2</sup> B. Dauter, *Artykuł 49*, [w:] K. Czaplicki (red.), *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, [online]. ABC, 2016-07-03 03:01 [dostęp: 2016-07-20 14:49]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/komentarz/587231843/29283>.

<sup>3</sup> A. Błachnio-Parzych, *Przepisy odsyłające systemowo (wybrane zagadnienia)*, PiP 2003, z. 1, s. 43.

<sup>4</sup> S. Kaźmierczyk, *Przepisy odsyłające*, [w:] A. Bator, W. Gromski, A. Kozak, S. Kaźmierczyk, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, Warszawa 2006, s. 182.

<sup>5</sup> J. Nowacki, „Odpowiednie” stosowanie przepisów prawa, PiP 1964, z. 3, s. 368.

### 3. Ochrona i odpowiedzialność członków komisji do spraw referendum

Osoby wchodzące w skład komisji do spraw referendum korzystają z ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych i ponoszą odpowiedzialność jak funkcjonariusze publiczni. Jak wynika z brzmienia przepisu art. 154 § 5 Kodeksu wyborczego w zw. z art. 16 ust. 1 u.r.o. i art. 49 ust. 6 u.r.l. osoby wchodzące w skład komisji nie są funkcjonariuszami publicznymi. Niemniej z uwagi na wykonywane przez nie zadania ustawodawca zdecydował się przyznać tym osobom ochronę jak funkcjonariuszom publicznym. Równocześnie z tych samych względów członkowie komisji ponoszą odpowiedzialność jak funkcjonariusze publiczni. Przepisy o ochronie i odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych należy stąd stosować wprost do członków komisji do spraw referendum.

W zakresie ochrony członków komisji do spraw referendum odesłać należy do regulacji karnoprawnej. Ustawodawca w rozdziale XXIX Kodeksu karnego (Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego) wymienia przestępstwa względem funkcjonariuszy publicznych. Określa przy tym zakres udzielanej funkcjonariuszom publicznym ochrony prawnej. Po pierwsze, wskazać należy na przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego regulowane przepisem art. 222 § 1 k.k. Przestępstwo to stanowi kwalifikowany typ czynu zabronionego, o którym mowa w art. 217 k.k. Słusznie przyjmują w tym zakresie R. Hałas i M. Mozgawa, którzy twierdzą, że „nietykalność cielesna stanowi tu jednak tylko uboczny przedmiot ochrony (...). Zasadniczym jest powaga instytucji reprezentowanej przez funkcjonariusza”<sup>6</sup>. Po drugie, ustawodawca udziela ochrony prawnej funkcjonariuszom publicznym poprzez penalizację czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego, o której mowa w art. 223 k.k. Podobnie jak w poprzednim przypadku, w pierwszej kolejności przedmiot ochrony stanowi prawidłowość prowadzonych przez funkcjonariusza publicznego czynności i powaga jego urzędu, a dopiero jako uboczny przedmiot ochrony wypada wskazać na życie i zdrowie funkcjonariusza lub osoby przybranej<sup>7</sup>. Również przepisem art. 224 § 2 k.k. udziela się ochrony funkcjonariuszowi publicznemu poprzez przyjęcie, że podlega karze, kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną w celu zmuszenia funkcjonariusza publicznego albo osoby do pomocy mu przybranej do przedsięwzięcia lub zaniechania prawnej czynności służbowej. Na uwagę zasługuje, że „czynność sprawcza wymaga tu zastosowania przemocy lub groźby bezprawnej. Nie musi to być przemoc wobec osoby. Dlatego zastosowanie przemocy nakierowanej na przedmiot może być uznane za wypełniające znamiona tego czynu”<sup>8</sup>. Wreszcie wskazać należy na czyn z art. 226 § 1 k.k., w którym równorzędny przedmiot ochrony stanowią godność i powaga

<sup>6</sup> M. Kulik. *Artykuł 222*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, [online]. Wolters Kluwer, 2016-07-05 00:33 [dostęp: 2016-07-16 16:34]. Dostępny w Internecie: <http://sip.lex.pl/#komentarz/587231271/486935>.

<sup>7</sup> Por. Zoll (w:) Zoll, 1999, s. 709.

<sup>8</sup> M. Kulik. *Artykuł 222*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, [online]. Wolters Kluwer, 2016-07-05 00:33 [dostęp: 2016-07-16 16:34]. Dostępny w Internecie: <http://sip.lex.pl/#komentarz/587231273/486937>.

funkcjonariusza publicznego, jak też powaga reprezentowanego przez niego organu<sup>9</sup>. W zakresie znieważenia przepis ten stanowi przepis szczególny do art. 216 k.k.

Przepisy prawa karnego służą nie tylko udzieleniu ochrony funkcjonariuszom publicznym, a poprzez przepis art. 154 § 5 Kodeksu wyborczego w związku z art. 16 ust. 1 u.r.o. i art. 49 ust. 6 u.r.l. także członkom komisji do spraw referendum, ale również – jako przepisy o charakterze represyjnym – realizują funkcje w zakresie ponoszenia odpowiedzialności przez wymienione wyżej kategorie podmiotów. W tym obszarze członkowie komisji referendalnej ponosić mogą odpowiedzialność zarówno na podstawie części przepisów penalizujących czyny zabronione, których mogą dopuścić się jedynie funkcjonariusze publiczni, jak też przepisów zawartych w rozdziale XXXI k.k. (Przestępstwa przeciwko wyborom i referendum). Pośród przestępstw, których mogą dopuścić się wyłącznie funkcjonariusze publiczni, a poprzez odesłanie również członkowie komisji do spraw referendum, wskazać wypada w pierwszej kolejności na nadużycie uprawnień, o którym mowa w art. 231 k.k. Do grupy tej należy przepis art. 266 § 1 k.k. Co do zasady przestępstwa skatalogowane w rozdziale XXXI będą miały charakter powszechny, niemniej jednak części z nich przypisać należy charakter indywidualny co do czynu. Do tej ostatniej grupy zaliczyć należy w pierwszej kolejności czyny z art. 248 pkt 1, 4, 5 i 6 k.k., które co prawda „popęłnić (...) może w zasadzie każdy, ale tylko wówczas, gdy pełni funkcje umożliwiające mu realizację znamion ustawowych”<sup>10</sup>. Również w przypadku czynu z art. 250 k.k., gdy dochodzi do nadużycia stosunku zależności, jak też sprzedajności wyborczej mamy do czynienia z czynem indywidualnym co do czynu.

Wobecnie obowiązującym stanie prawnym przewiduje się również ponoszenie przez funkcjonariuszy publicznych odpowiedzialności cywilnej. Rację ma jednak K. Czaplicki, że „osoby wchodzące w skład komisji wyborczych nie ponoszą odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności wyborczych”<sup>11</sup>. W pierwszej kolejności należy mieć w tym zakresie przepis art. 417 § 1 k.c., zgodnie z którym za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa.

#### **4. Członkostwo w komisji do spraw referendum i jego oddziaływanie na sferę zatrudnienia. Wynagradzanie członków komisji**

Poprzez przepisy odsyłające do przepisów art. 16 ust. 1 u.r.o. i art. 49 ust. 6 u.r.l. w odniesieniu do członków komisji do spraw referendum zastosowanie znajduje art.

<sup>9</sup> Inaczej O. Górniok, której zdaniem ochrona powagi organu stanowi jedynie uzupełniający przedmiot ochrony (Górniok (w:) Wąsek II, s. 39). Odmiennie też Lachowski, którego jednak zdaniem to godność osobista funkcjonariusza jest ubocznym przedmiotem ochrony z art. 116 § 1 k.k. (por. Lachowski (w:) Królikowski, Zawłocki, *Szczególna II*, s. 72).

<sup>10</sup> M. Budyn-Kulik, *Artykuł 248*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, [online]. Wolters Kluwer, 2016-07-05 00:33 [dostęp: 2016-07-16 18:17]. Dostępny w Internecie: <http://sip.lex.pl/#/komentarz/587231300/486970>.

<sup>11</sup> A. Kisielewicz, *Artykuł 154*, [w:] K. Czaplicki, *Kodeks wyborczy. Komentarz* [online]. LEX, 2016-07-03 03:31 [dostęp: 2016-07-20 14:53]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/komentarz/587376838/174278>.

154 § 4 Kodeksu wyborczego. Stąd też w związku z wykonywaniem zadań przysługuje im do 5 dni zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do świadczeń z ubezpieczenia społecznego oraz uprawnień ze stosunku pracy, z wyjątkiem prawa do wynagrodzenia. „Członek komisji ma niewątpliwie prawo do zwolnienia od pracy, co oznacza, że pracodawca nie może odmówić mu udzielenia zwolnienia. Okres takiego zwolnienia należy traktować jako okres usprawiedliwionej nieobecności pracownika w pracy, z konsekwencjami wynikającymi na przykład z art. 41 k.p. (zakaz wypowiedzenia w tym czasie umowy o pracę)”<sup>12</sup>.

#### a) Referendum ogólnokrajowe

Odmienne w obu ustawach ustawodawca odnosi się do określenia wysokości i szczegółowych zasad na podstawie których przysługują członkom komisji do spraw referendum diety, zryczałtowane diety oraz zwrot kosztów podróży i noclegów, a także tryb udzielania im dni wolnych od pracy. W przypadku referendum ogólnokrajowego, na podstawie art. 16 ust. 2 u.r.o., właściwym w tym zakresie jest minister właściwy do spraw administracji publicznej, który po porozumieniu z PKW ma określić w drodze rozporządzenia wskazane wyżej kwestie. Upoważnienie ustawowe wykonane zostało rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 30 kwietnia 2003 r. w sprawie należności pieniężnych przysługujących członkom obwodowych komisji do spraw referendum w referendum ogólnokrajowym oraz trybu udzielania im dni wolnych od pracy<sup>13</sup>. Członkom komisji obwodowych przysługują, w związku z udziałem w pracach tych komisji, diety oraz zwrot kosztów podróży i noclegów na zasadach określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 77<sup>5</sup> § 2 Kodeksu pracy, z uwzględnieniem zmian wynikających z rozporządzenia. Dieta dla członków komisji obwodowej w obwodach głosowania utworzonych w kraju – wynosi półtorej diety ustalonej na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej<sup>14</sup> dotyczących podróży krajowej, zaś za granicą – wynosi półtorej diety ustalonej na podstawie przepisów tegoż rozporządzenia dotyczących podróży zagranicznej. W ten sposób ustalona dieta nie przysługuje za czas związany z przeprowadzeniem głosowania i ustaleniem wyników głosowania. W rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji potwierdza się również, że członkom komisji obwodowej przysługuje zwrot kosztów przejazdu publicznymi środkami

<sup>12</sup> A. Kisielewicz, *Artykuł 154*, [w:] K. Czaplicki, *Kodeks wyborczy. Komentarz* [online]. LEX, 2016-07-03 03:31 [dostęp: 2016-07-20 14:53]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/komentarz/587376838/174278>.

<sup>13</sup> Dz. U. Nr 75, poz. 676 z późn. zm. Rozporządzenie zmieniane było dotychczas dwukrotnie – rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 września 2004 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie należności pieniężnych przysługujących członkom obwodowych komisji do spraw referendum w referendum ogólnokrajowym oraz trybu udzielania im dni wolnych od pracy (Dz. U. Nr 202, poz. 2077) oraz rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 27 lipca 2015 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie należności pieniężnych przysługujących członkom obwodowych komisji do spraw referendum w referendum ogólnokrajowym oraz trybu udzielania im dni wolnych od pracy (Dz. U. poz. 1068).

<sup>14</sup> Dz. U. poz. 167.



komunikacji. W uzasadnionych przypadkach, związanych w szczególności z brakiem możliwości dojazdu publicznymi środkami komunikacji, członkom komisji obwodowej zamieszkałym poza miejscowością stanowiącą siedzibę komisji obwodowej przysługuje, za zgodą przewodniczącego komisji obwodowej, zwrot kosztów przejazdu własnym samochodem osobowym, motocyklem lub motorowerem według stawek określonych w przepisach wydanych na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym. Wydanie takiej zgody wymaga uzgodnienia z dyrektorem właściwej miejscowo delegatury Krajowego Biura Wyborczego.

Członkom komisji obwodowych za czas związany z przeprowadzeniem głosowania oraz ustaleniem wyników głosowania przysługuje zryczałtowana dieta. W przypadku gdy głosowanie w referendum ma być przeprowadzone w ciągu dwóch dni dla przewodniczących komisji obwodowych stawka wynosi 260 zł, dla zastępców przewodniczących komisji obwodowych – 230 zł, natomiast dla członków komisji obwodowych – 210 zł. W przypadku gdy głosowanie w referendum ma być przeprowadzone w ciągu jednego dnia dla przewodniczących komisji obwodowych przewidziano 180 zł, dla zastępców przewodniczących komisji obwodowych – 160 zł, zaś dla członków komisji obwodowych – 140 zł. W przypadku gdy głosowanie w referendum jest przeprowadzone w ciągu dwóch dni, a osoba wchodząca w skład komisji obwodowej nie uczestniczyła w czynnościach w jednym z tych dni z przyczyn losowych, zryczałtowana dieta przysługuje w wysokości 1/2 diety. Zryczałtowana dieta jest wypłacana na podstawie pisma potwierdzającego udział w czynnościach podpisanego przez przewodniczącego albo, z jego upoważnienia, przez zastępcę przewodniczącego komisji obwodowej. Należności z tytułu diet należnych w związku z udziałem w pracach tych komisji oraz zwrot kosztów podróży i noclegów wypłaca osobom wchodzącym w skład komisji obwodowych właściwy wójt (burmistrz, prezydent miasta) albo konsul. Należności za czas związany z przeprowadzeniem głosowania oraz ustaleniem wyników głosowania osobom wchodzącym w skład komisji obwodowych na polskich statkach morskich wypłaca dyrektor delegatury Krajowego Biura Wyborczego właściwej dla siedziby armatora statku, za pośrednictwem armatora.

Członkowie komisji obwodowych, chcący skorzystać ze zwolnienia od pracy, o którym mowa w art. 154 § 4 Kodeksu wyborczego, są obowiązani na co najmniej 3 dni przed przewidywanym terminem nieobecności w pracy uprzedzić na piśmie pracodawcę o przyczynie i przewidywanym okresie nieobecności w pracy, a następnie, nie później niż następnego dnia po ustaniu zwolnienia od pracy, dostarczyć pracodawcy zaświadczenie usprawiedliwiające nieobecność w pracy wykonywaniem zadań w komisji obwodowej. Zaświadczenie takie zawiera imię i nazwisko osoby wchodzącej w skład komisji obwodowej, wskazanie podstawy prawnej zwolnienia od pracy, jak też przyczynę i czas nieobecności w pracy. Zaświadczenie opatrzone pieczęcią komisji obwodowej podpisuje przewodniczący komisji obwodowej, a zaświadczenie dla przewodniczącego komisji obwodowej podpisuje jego zastępca. Zaświadczenie jest sporządzane w dwóch egzemplarzach. Jeden egzemplarz otrzymuje członek

komisji obwodowej korzystający ze zwolnienia od pracy, drugi pozostaje w komisji obwodowej.

## **b) Referendum lokalne**

Ustawodawca odmienny sposób regulacji przyjął w przypadku określenia opisywanej tematyki w przypadku referendum lokalnego. Bo choć przecież przepis art. 49 ust. 6 u.r.l. niewątpliwie odsyła do przepisu art. 154 § 4 Kodeksu wyborczego, to jednak w przepisach u.r.l. ustawodawca nie upoważnia żadnego z organów do określenia należności pieniężnych przysługujących członkom komisji referendalnych w referendum lokalnym oraz trybu udzielania im dni wolnych od pracy. Niemniej brzmienie art. 49 ust. 6 u.r.l. pozwala na ustalenia poprzez odpowiednie zastosowanie uregulowań dotyczących terytorialnych i obwodowych komisji wyborczych, czyli uchwały Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 28 lipca 2014 r. w sprawie należności pieniężnych przysługujących członkom komisji wyborczych i osobom powołanym w skład inspekcji w wyborach do organów jednostek samorządu terytorialnego<sup>15</sup>. Uwagi poczynione w tym zakresie jeszcze przed wejściem w życie Kodeksu wyborczego pozostają aktualne<sup>16</sup>.

Członkom komisji, w związku z udziałem w pracach komisji, i komisarzom wyborczym przysługują diety oraz zwrot kosztów podróży i noclegów, na zasadach określonych w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej, z uwzględnieniem zmian wynikających z uchwały. Dieta dla członków komisji wynosi półtorej diety ustalonej na podstawie przepisów wspomnianego rozporządzenia. Członkom komisji, w związku z udziałem w pracach tych komisji, przysługuje zwrot kosztów przejazdów lub dojazdu publicznymi środkami komunikacji. Analogicznie jak w przypadku referendum ogólnokrajowego, w uzasadnionych przypadkach, związanych w szczególności z brakiem możliwości przejazdu lub dojazdu publicznymi środkami komunikacji, członkom komisji przysługuje zwrot kosztów przejazdu innymi środkami transportu zbiorowego lub, za zgodą przewodniczącego komisji, własnym samochodem osobowym, motocyklem lub motorowerem według stawek określonych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy<sup>17</sup>.

Członkom terytorialnych komisji za czas związany z wykonywaniem zadań

<sup>15</sup> M.P. poz. 651 z późn. zm. Uchwała została zmieniona uchwałą Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 22 grudnia 2014 r. zmieniającą uchwałę w sprawie należności pieniężnych przysługujących członkom komisji wyborczych i osobom powołanym w skład inspekcji w wyborach do organów jednostek samorządu terytorialnego (M.P. z 2015 r. poz. 39).

<sup>16</sup> Por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 11 marca 2010 r., IV SA/GI 58/10, niepubl., LEX nr 605995.

<sup>17</sup> Dz. U. Nr 27, poz. 271, z późn. zm.

członka komisji a członkom obwodowych komisji wyborczych za czas związany z przeprowadzeniem głosowania oraz ustaleniem wyników głosowania przysługuje zryczałtowana dieta. Dla przewodniczących terytorialnych komisji wyborczych dietę tę określono na kwotę 650 zł, dla zastępców przewodniczących terytorialnych komisji wyborczych – 600 zł, dla członków terytorialnych komisji wyborczych – 550 zł, dla przewodniczących obwodowych komisji wyborczych – 380 zł, dla zastępców przewodniczących obwodowych komisji wyborczych – 330 zł, a dla członków obwodowych komisji wyborczych – 300 zł. Prawo do zryczałtowanej diety wyłączone w przypadkach, gdy członek komisji wyborczej nie uczestniczył w czynnościach, z których wykonywaniem powiązано prawo do wypłaty diety. W przypadku gdy członek terytorialnej komisji wyborczej nie uczestniczył w wykonywaniu części zadań danej komisji, a w szczególności nie uczestniczył w posiedzeniu lub posiedzeniach danej komisji, wysokość zryczałtowanej diety jest obniżana proporcjonalnie do liczby odbytych posiedzeń komisji. Wysokość takiej diety oblicza się przez podzielenie kwoty przez liczbę wszystkich odbytych przez komisję posiedzeń, a następnie mnoży się otrzymany iloraz przez liczbę posiedzeń komisji, w których dany członek komisji uczestniczył. Podstawą wypłaty i ustalenia wysokości zryczałtowanej diety jest pisemne potwierdzenie udziału w czynnościach wystawione przez przewodniczącego albo, z jego upoważnienia, przez zastępcę przewodniczącego właściwej komisji.

Członkowie terytorialnych i obwodowych komisji wyborczych, w razie zamiaru skorzystania ze zwolnienia od pracy, o którym mowa w art. 154 § 4 Kodeksu wyborczego, są obowiązani, co najmniej na 3 dni przed przewidywanym terminem nieobecności w pracy, uprzedzić, w formie pisemnej, pracodawcę o przyczynie i przewidywanym okresie nieobecności w pracy, a następnie, nie później niż następnego dnia po upływie okresu nieobecności w pracy, dostarczyć pracodawcy zaświadczenie usprawiedliwiające nieobecność w pracy wykonywaniem zadań komisji. Zaświadczenie powinno zawierać imię i nazwisko osoby wchodzącej w skład danej komisji, wskazanie podstawy prawnej zwolnienia od pracy oraz przyczynę i czas nieobecności w pracy. Zaświadczenie opatrzone pieczęcią obwodowej komisji wyborczej podpisuje przewodniczący danej komisji, a dla przewodniczącego komisji – jego zastępca. Zaświadczenie jest sporządzane w dwóch egzemplarzach, z których jeden otrzymuje zainteresowany członek komisji, a drugi pozostaje w dokumentacji komisji. Należności, o których mowa w uchwale PKW, wypłacają członkom wojewódzkich komisji wyborczych – marszałek województwa, członkom powiatowych komisji wyborczych – starosta, zaś członkom miejskich, gminnych i obwodowych komisji wyborczych – wójt (burmistrz, prezydent miasta).

### **c) Zaopatrzenie w razie wypadków lub chorób zawodowych**

Członkowi obwodowej lub terytorialnej komisji wyborczej w związku z wykonywaniem zadań przysługuje do 5 dni zwolnienia od pracy z zachowaniem prawa do świadczeń z ubezpieczenia społecznego oraz uprawnień ze stosunku

pracy, z wyjątkiem – jak już wcześniej wskazano – prawa do wynagrodzenia. Poprzez odesłanie do przepisów Kodeksu wyborczego względem członków komisji referendalnych zastosowanie znajdzie również przepis art. 154 § 6 Kodeksu. Na jego podstawie członkom komisji przysługuje na podstawie przepisów ustawy z dnia 30 października 2002 r. o zaopatrzeniu z tytułu wypadków lub chorób zawodowych powstałych w szczególnych okolicznościach<sup>18</sup> zaopatrzenie z tytułu wypadku przy wykonywaniu zadań tych komisji. Mając na uwadze art. 2 ust. 2 wskazanej ustawy względem członków komisji referendalnych nie znajdzie zastosowania regulacja dotycząca chorób zawodowych. Za chorobę zawodową uprawniającą do świadczeń przewidzianych w ustawie uważa się chorobę określoną w art. 235<sup>1</sup> Kodeksu pracy, powstałą przy wykonywaniu zajęć lub pracy, o których mowa wyłącznie w art. 2 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy. Inaczej jest jednak z wypadkiem, gdyż za ten uważa się m.in. nagłe zdarzenie wywołane przyczyną zewnętrzną, powodujące uraz lub śmierć, które nastąpiło przy wykonywaniu funkcji członka komisji powołanej przez organ państwowy lub organ samorządu terytorialnego do przeprowadzenia wyborów lub referendum (art. 2 ust. 1 pkt 11 ustawy).

Osobom, które stały się niezdolne do pracy wskutek wypadku we wskazanych okolicznościach przysługuje renta z tytułu niezdolności do pracy, jednorazowe odszkodowanie oraz świadczenia opieki zdrowotnej określone w przepisach o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie niezbędnym do leczenia następstw wypadku lub choroby zawodowej, pod warunkiem że osoby te nie są objęte ubezpieczeniem zdrowotnym. Natomiast osobie, która poniosła koszty pogrzebu osoby poszkodowanej wskutek wypadku lub choroby zawodowej albo osoby pobierającej rentę na podstawie ustawy, przysługuje zasiłek pogrzebowy. Członkom rodziny<sup>19</sup> osób, które zmarły wskutek wypadków przysługuje renta rodzinna i jednorazowe odszkodowanie.

## 5. Podsumowanie

Przeprowadzenie referendum – bez względu na jego rodzaj – wymaga nie tylko zaangażowania środków finansowych. Niezbędnym elementem w całym procesie jest czynnik ludzki. Oprócz organów działających stale, posiadających wymaganą obsadę kadrową, dla przeprowadzenia referendum rekrutowani są obywatele wchodzący w skład referendalnych komisji obwodowych i terytorialnych.

Udział w pracach komisji stanowi wyraz zainteresowania sprawami państwowymi. Można w nim także upatrywać realizację troski o dobro wspólne – Rzeczpospolitą. Z tej też przyczyny należy udzielić zainteresowanym obywatelom zachęty, aby chcieli włączyć się w pomoc w przeprowadzeniu referendum. Przyjęte rozwiązania

<sup>18</sup> Dz. U. Nr 199, poz. 1674, z późn. zm.

<sup>19</sup> Członkami rodziny są małżonek, dzieci własne, dzieci drugiego małżonka, dzieci przysposobione, przyjęte na wychowanie i utrzymanie przed osiągnięciem pełnoletności wnuki, rodzeństwo i inne dzieci, w tym również w ramach rodziny zastępczej, rodzice, osoby przysposabiające, ojczym i macocha, jeżeli spełniają warunki do uzyskania renty rodzinnej w myśl przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 153, poz. 1227, z późn. zm.).

normatywne są w tym zakresie słuszne. W pierwszym względzie wskazać należy na udzielenie członkom komisji referendalnych ochrony takiej jak funkcjonariuszom publicznym. Członków komisji traktuje się, choć nimi nie są, jak funkcjonariuszy publicznych. Uregulowanie takie sprawia, że obywatel nie boi się podjąć trudu wykonywania obowiązków członka komisji. Niemniej musi on liczyć się z ewentualnym ponoszeniem odpowiedzialności tak jak funkcjonariusz publiczny. Członkostwo w komisji jest zadaniem odpowiedzialnym, wymagającym zachowania najwyższych standardów. W ten też sposób chronione są dobra i interesy zbiorowe związane z przeprowadzaniem referendum. Określenie zasad odpowiedzialności sprawia także, że pozostali obywatele uczestniczący w akcie referendalnym mają zaufanie co do prawidłowości jego przebiegu.

Właściwym jest również uregulowanie zagadnień dotyczących zwolnień z obowiązku pracy i kwestii dotyczących obszaru zabezpieczenia społecznego członków komisji. Choć w okresie przysługującego w związku z udziałem w pracach komisji zwolnienia od pracy członek komisji będący pracownikiem nie zachowuje prawa do wynagrodzenia, to jednak za udział w pracach komisji przysługują mu stosowne, wymienione wyżej najczęściej zryczałtowane rekompensaty. Wprawdzie prawa do wynagrodzenia pracownicy nie zachowują, to jednak w okresie ustawowo określonego zwolnienia od pracy z zachowują prawo do świadczeń z ubezpieczenia społecznego oraz innych uprawnień ze stosunku pracy. Należałoby się zastanowić nad przyznaniem wskazanych uprawnień innym kategoriom zatrudnionych, które podobnie jak pracownicy świadczą pracę za wynagrodzeniem celem uzyskania środków na utrzymanie siebie i rodziny. Nie można w tej kwestii zgodzić się z poglądem, że uregulowanie to ma dotyczyć tylko pracowników. Regulację tę „należałoby (...) jednak interpretować szerzej, pozwalając na oderwanie od pracy członkowi komisji wykonującemu pracę zawodową również na innej podstawie niż stosunek pracy (np. na podstawie stosunku służbowego lub umowy cywilno prawnej)”<sup>20</sup>. Interpretacja taka pozwala również na pełniejszą realizację celów stawianych przed przyjętą regulacją.

## Streszczenie

Opracowanie ma na celu przybliżenie regulacji wpływającej na zakres uprawnień i obowiązków obywatela będącego członkiem komisji referendalnej. Różni się ona od statusu codziennego statusu jednostki w państwie z uwagi na związane z pracą w komisji obowiązki. Z jednej strony członek komisji otaczany jest szczególną opieką – traktuje się go jak funkcjonariusza publicznego, z drugiej zaś ponosi on szczególnego rodzaju odpowiedzialność. Celem zagwarantowania rzeczywistej możliwości w pracach komisji ustawodawca wprowadza rozwiązania z zakresu prawa pracy i prawa zabezpieczenia społecznego, które pozytywnie wpływają na zachęcanie obywateli do czynnego udziału w pracach komisji.

<sup>20</sup> A. Kisielewicz, *Artykuł 154*, [w:] K. Czaplicki, *Kodeks wyborczy. Komentarz* [online]. LEX, 2016-07-03 03:31 [dostęp: 2016-07-20 14:53]. Dostępny w Internecie: <https://sip.lex.pl/#/komentarz/587376838/174278>.

**Słowa kluczowe:**

członek komisji referendalnej, referendum, referendum lokalne, referendum ogólnopolskie, zwolnienie z obowiązku świadczenia pracy, dieta

**The members of the commission for the referendum and their status****Summary**

This elaboration aims at introducing regulation affecting the powers and duties of a citizen being a member of the referendum commission. It differs from the everyday status of the individual in the country due to work-related responsibilities of the committee. On one hand, a member of the commission is surrounded with special care – he is treated as a public officer, and on the other hand he carries a special kind of responsibility. In order to ensure real possibilities of work in the commissions, the legislator introduces a solution in the labor law and social security law, which improve and encourage citizens to participate actively in the work of the commission.

**Keywords:**

member of the referendum commission, referendum, local referendum, national referendum, exemption from the obligation to work, allowance

**Piotr Kapusta** – doktor nauk prawnych (specjalność: prawo konstytucyjne); radca prawny; magister filologii germańskiej; absolwent *Schule des Deutschen Rechts* na Uniwersytecie Humboldtów w Berlinie; ukończył aplikację adwokacką przy ORA we Wrocławiu; specjalista w zakresie prawa konstytucyjnego, praw człowieka oraz prawa pracy i ubezpieczeń społecznych; wieloletni współpracownik kancelarii prawnej.



**Justyna Michalska**

Uniwersytet Zielonogórski

Wydział Prawa i Administracji

## **Rola Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych w procesie przeprowadzania referendum**

Referendum, czyli głosowanie ludowe, jest jedną z form demokracji bezpośredniej. Polega ona na wypowiedaniu się przez wyborców w formie głosowania o sprawach będących przedmiotem tego właśnie głosowania, które dotyczy całego państwa lub też określonej jego części. Referendum przybiera formę głosowania i przebiega zgodnie z przyjętymi zasadami prawa wyborczego.

Regulacje prawne dotyczące referendum znajdują się w art. 21 ust. 1 i 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, który stanowi, że: „Każdy człowiek ma prawo do uczestniczenia w rządzeniu swoim krajem bezpośrednio lub poprzez swobodnie wybranych przedstawicieli[...]. Wola jest podstawą władzy rządu[...]”. Polska regulacja referendum została umieszczona w art. 125 Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r.<sup>1</sup>, który stanowi, że: „W sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa może być przeprowadzone referendum ogólnokrajowe”.

### **1. Sąd Najwyższy**

Rola Sądu Najwyższego w procesie przeprowadzania referendum ogólnokrajowego została wskazana już w Konstytucji, gdzie w art. 125 ust. 4 ustanowiono, że: „Ważność referendum ogólnokrajowego oraz referendum, o którym mowa w art. 235 ust. 6 [referendum dotyczące zmiany przepisów rozdziału I, II i XII Konstytucji– przyp. autora], stwierdza Sąd Najwyższy”. Przepis ten już na poziomie konstytucyjnym wprowadza sądową kontrolę ważności referendum ogólnokrajowego. Do przeprowadzenia tej kontroli został wskazany Sąd Najwyższy. Odpowiednie unormowanie zawiera art. 101 ust. 1 Konstytucji RP, który wprowadza sądową kontrolę wyborów do Sejmu i Senatu (w tym przypadku również Sąd Najwyższy stwierdza ważność wyborów do obu izb), a także art. 129 ust. 1 Konstytucji RP, gdzie Sąd Najwyższy stwierdza ważność wyboru Prezydenta RP. Świadczy to o uniwersalności sądowej kontroli wyborów, jak i referendum. Stwierdzenie ważności referendum przez Sąd Najwyższy jest niezbędne w procesie referendalnym i musi nastąpić, bez względu na to czy tę ważność oprotestowano<sup>2</sup>. Posłużenie się przez ustrojodawcę sformułowaniem „stwierdza” wskazuje, że Sąd Najwyższy działa z urzędu i do jego obowiązków należy sprawdzenie ważności referendum, również gdy nie zostały wniesione żadne protesty<sup>3</sup>.

Warto zaznaczyć, że inaczej niż w przypadku art. 101 ust. 2 i art. 129 ust. 2 Konstytucji RP, ustrojodawca nie przewiduje weryfikacji ważności referendum poprzez wniesienie

<sup>1</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 78 poz. 483.

<sup>2</sup> L. Garlicki, *Komentarz do art. 125 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, L. Garlicki (red.), t. II, Warszawa 2001, s. 11.

<sup>3</sup> B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 728.

protestu wyborczego<sup>4</sup>. Nie można jednak twierdzić, że milczenie ustrojodawcy w tym przypadku, uprawnia do zastosowania „argumentacji a contrario i formułowania tezy, że konstytucja wyklucza odniesienie procedury protestu do referendum”<sup>5</sup>. W szczególności, że instytucja protestu wyborczego jest istotnym elementem licznych głosowań powszechnych<sup>6</sup>. Pomimo, że brak konstytucyjnego uregulowania protestu, instytucja ta została uregulowana w ustawie na podstawie odesłania z art. 125 ust. 5, który stanowi, że „zasady i tryb przeprowadzania referendum określa ustawa”. Zgodnie z tym przepisem ustawodawca zwykły został zobowiązany do określenia procedury organizacyjnej referendum, w tym m.in. sposobu liczenia głosów czy sposobu ustalania wyników.

Zgodnie z art. 29 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym<sup>7</sup> (dalej: u.r.o) Państwowa Komisja Wyborcza po otrzymaniu protokołów od komisarzy wyborczych dokonuje sprawdzenia prawidłowości ustalenia przez nich wyników głosowania. W przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w ustaleniu wyników głosowania PKW zarządza, w drodze uchwały, ponowne ustalenie przez komisarza wyborczego tych wyników. PKW po ustaleniu wyników głosowania i wyniku referendum oraz sporządzeniu protokołu o wyniku referendum przekazuje protokół wraz ze sprawozdaniem z przebiegu referendum Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej, Marszałkowi Sejmu, Marszałkowi Senatu, Prezesowi Rady Ministrów oraz Sądowi Najwyższemu. Następnie PKW podaje niezwłocznie wynik referendum do wiadomości publicznej oraz ogłasza, w formie obwieszczenia, w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z art. 33 u.r.o. przeciwko ważności referendum może być wniesiony protest ze względu na zarzut dopuszczenia się przestępstwa przeciwko referendum lub naruszenia przepisów u.r.o. dotyczących głosowania, ustalenia wyników głosowania lub wyników referendum. Ponadto jeżeli podstawę protestu stanowi zarzut popełnienia przestępstwa przeciwko referendum lub naruszenia przez Państwową Komisję Wyborczą przepisów u.r.o. dotyczących głosowania lub wyniku referendum, protest może wnieść każda osoba uprawniona do udziału w referendum. Na podstawie ust. 3 omawianego artykułu protest przeciwko ważności referendum z powodu naruszenia przepisów u.r.o. dotyczących głosowania, ustalenia wyników głosowania w obwodzie lub przez komisarza wyborczego może wnieść osoba, której nazwisko w dniu głosowania było umieszczone w spisie osób uprawnionych do udziału w referendum odpowiednio w tym obwodzie głosowania lub na obszarze objętym właściwością komisarza wyborczego. Dodatkowo prawo wniesienia protestu przysługuje również przewodniczącemu komisji obwodowej, podmiotowi uprawnionemu, o którym mowa w art. 48 u.r.o. [partia polityczna, klub poselski, klub senatorski oraz klub parlamentarny, stowarzyszenie lub inna organizacja społeczna, fundacja, pełnomocnik- po spełnieniu warunków wskazanych w art. 48],

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> L. Garlicki, *Komentarz do art. 125 Konstytucji RP...*, s. 11.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Dz. U. 2015 Nr 57 poz. 507.



lub upoważnionej przez niego osobie.

Jak stanowi art. 34 u.r.o. protest wnosi się do Sądu Najwyższego na piśmie w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia wyniku referendum przez Państwową Komisję Wyborczą w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. Znajdzie tu zastosowanie ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy<sup>8</sup>, którego przepisy będą stosowane odpowiednio do warunków i trybu wnoszenia protestu oraz sposobu jego rozpatrywania i trybu podejmowania uchwały w tej sprawie przez Sąd Najwyższy.

O ważności referendum rozstrzyga Sąd Najwyższy w składzie całej Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych. Uchwałę w tej sprawie Sąd Najwyższy podejmuje nie później niż w 60 dniu od ogłoszenia wyniku referendum. Uchwałę o ważności referendum przedstawia się niezwłocznie Prezydentowi Rzeczypospolitej, Marszałkowi Sejmu, Marszałkowi Senatu i Prezesowi Rady Ministrów, ogłasza się w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej oraz przesyła Państwowej Komisji Wyborczej.

W przypadku, gdy Sąd Najwyższy podejmie uchwałę o unieważnieniu głosowania w obwodzie lub obwodach, jeżeli unieważnienie głosowania nie wpływa na wynik referendum, Państwowa Komisja Wyborcza, w drodze uchwały, koryguje wynik głosowania. Wówczas przy ustalaniu wyniku referendum nie uwzględnia się liczby osób uprawnionych do głosowania oraz wyników głosowania w tym obwodzie lub obwodach. Następnie skorygowany wynik Państwowa Komisja Wyborcza podaje niezwłocznie do wiadomości publicznej oraz ogłasza, w formie obwieszczenia, w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. Z kolei w przypadku, jeżeli unieważnienie głosowania w obwodzie lub w obwodach wpływa na wynik referendum, Sąd Najwyższy w uchwale postanawia o przeprowadzeniu ponownego głosowania w tym obwodzie lub obwodach albo wskazuje czynność, od której należy ponowić postępowanie. Jeżeli Sąd Najwyższy podejmie uchwałę, o której mowa powyżej, Państwowa Komisja Wyborcza, również w drodze uchwały, niezwłocznie zarządza przeprowadzenie ponownego głosowania w obwodzie lub w obwodach na dzień wolny od pracy przypadający w terminie 20 dni od dnia ogłoszenia uchwały Sądu Najwyższego albo zarządza podjęcie wskazanych czynności, od których należy ponowić postępowanie. Uchwałę PKW podaje się do wiadomości publicznej i ogłasza w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. W myśl ust. 4 art. 36 u.r.o. ponowne głosowanie w obwodzie lub obwodach przeprowadza się na podstawie tych samych spisów osób uprawnionych do udziału w referendum i przez te same komisje obwodowe, chyba że podstawą unieważnienia głosowania były zarzuty odnoszące się do komisji lub nieprawidłowości w spisie. Jeśli mamy do czynienia z takim przypadkiem, wówczas powołuje się nowe komisje lub sporządza się nowe spisy. Następnie, po ustaleniu wyników ponownego głosowania, w obwodzie lub obwodach komisarz wyborczy koryguje wyniki głosowania w obszarze swojej właściwości, a Państwowa Komisja Wyborcza, w drodze uchwały, ustala skorygowane wyniki głosowania i wynik referendum. Uchwałę PKW podaje się do wiadomości publicznej i ogłasza w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy, Dz. U. 2011 Nr 21 poz. 112 ze zm.

O wynikach referendum [zarówno skorygowanych przez PKW (art. 36 ust. 1), jak i po ponownym głosowaniu (art. 36 ust. 5)] zawiadamia się Prezydenta RP, Marszałka Sejmu, Marszałka Senatu, Prezesa Rady Ministrów oraz Sąd Najwyższy.

Sąd Najwyższy rozpatruje skargę na postanowienie Państwowej Komisji Wyborczej o odmowie wydania zaświadczenia o przysługiwaniu podmiotom określonym w ust. 2 art. 48 u.r.o. [partia polityczna, klub poselski, klub senatorski oraz klub parlamentarny, stowarzyszenie lub inna organizacja społeczna, fundacja, pełnomocnik – po spełnieniu warunków wskazanych w art. 48] uprawnienia określonego w ust. 1 omawianego artykułu [uprawnienia do udziału w kampanii referendalnej w programach radiowych i telewizyjnych]. Podmiotom określonym w ust. 2 przysługuje prawo do wniesienia skargi na postawienie PKW w tej sprawie do Sądu Najwyższego w terminie 3 dni od doręczenia wnioskodawcy postanowienia o odmowie wydania zaświadczenia. Sąd Najwyższy rozpatruje skargę w postępowaniu nieprocesowym, w składzie 3 sędziów, i wydaje orzeczenie w sprawie skargi w terminie 5 dni. Od orzeczenia Sądu Najwyższego nie przysługuje środek prawny. Orzeczenie doręcza się podmiotowi, któremu PKW odmówiła wydania zaświadczenia, i Państwowej Komisji Wyborczej. Jeżeli Sąd Najwyższy uzna skargę za zasadną, PKW niezwłocznie wydaje zaświadczenie.

Na podstawie art. 63 ust. 8 u.r.o. Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę na postanowienie wydane przez Marszałka Sejmu w sprawie uzupełnienia brakującej liczby podpisów pod poddaniem określonej sprawy pod referendum z inicjatywy obywateli, oraz skargę na postanowienie Marszałka Sejmu dotyczące nieuzupełnienia podpisów pod poddaniem określonej sprawy pod referendum z inicjatywy obywateli w wyznaczonym terminie. Postanowienie takie może być przez pełnomocnika [osobę wskazaną w pisemnym oświadczeniu pierwszych 15 osób z wykazu obywateli popierających zgłoszenie] zaskarżone do Sądu Najwyższego w terminie 14 dni od dnia doręczenia. Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę w terminie 30 dni w postępowaniu nieprocesowym, w składzie 3 sędziów. Od postanowienia Sądu Najwyższego nie przysługuje środek prawny.

## **2. Sądy powszechne**

### **2.1. Referendum ogólnokrajowe**

Zgodnie z art. 44 ust. 2 u.r.o. sąd okręgowy rozpoznaje wniosek o wydanie orzeczenia zakazu rozpowszechniania nieprawdziwych informacji dotyczących referendum, przepadku materiałów zawierających takie informacje, nakazania sprostowania takich informacji, nakazania publikacji odpowiedzi na stwierdzenia naruszające dobra osobiste, nakazania przeproszenia osoby, której dobra zostały naruszone. Sąd okręgowy rozpoznaje wniosek w ciągu 24 godzin w postępowaniu nieprocesowym. Sąd może rozpoznać sprawę w przypadku nieusprawiedliwionej nieobecności wnioskodawcy [wniosek może złożyć każdy, czyjego prawa dotyczy wynik postępowania] lub uczestnika postępowania, którzy o terminie rozprawy

zostali prawidłowo powiadomieni. Postanowienie kończące postępowanie w sprawie sąd niezwłocznie doręcza, wraz z uzasadnieniem, osobie, która złożyła wniosek, i zobowiązanemu do wykonywania zobowiązania sądu. Na postanowienie sądu okręgowego przysługuje w ciągu 24 godzin zażalenie do sądu apelacyjnego, który rozpoznaje je w ciągu 24 godzin. Od postanowienia sądu apelacyjnego nie przysługuje środek prawny i podlega ono natychmiastowemu wykonaniu. Art. 44 ust. 5 u.r.o. stanowi, że przedstawienie przez zobowiązanego do publikacji sprostowania, odpowiedzi lub przeprosin następuje najpóźniej w ciągu 24 godzin od doręczenia postanowienia, na koszt zobowiązanego. W orzeczeniu sąd wskazuje prasę, w rozumieniu prawa prasowego, w której ma nastąpić publikacja. Publikacja następuje niezwłocznie. W razie odmowy lub niezamieszczenia sprostowania, odpowiedzi lub przeprosin przez zobowiązanego w sposób określony w postanowieniu sądu, sąd na wniosek osoby, która złożyła wniosek, zarządza ich publikacją na koszt zobowiązanego, w trybie postępowania egzekucyjnego.

## 2.2. Referendum lokalne

Na podstawie art. 35 ust. 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym<sup>9</sup> (dalej: u.r.l.) sąd okręgowy rozpoznaje wniosek o orzeczenie konfiskaty materiałów zawierających nieprawdziwe dane i informacje dotyczące referendum, wydanie zakazu publikowania takich materiałów, nakazanie sprostowania informacji, nakazanie przeproszenia pomówionego, nakazanie uczestnikowi postępowania wpłacenia kwoty do 10 000 złotych na rzecz instytucji charytatywnej, zasądzenie od uczestnika postępowania na rzecz wnioskodawcy kwoty do 10 000 złotych tytułem odszkodowania. Wniosek do sądu okręgowego ma prawo złożyć każdy zainteresowany, jeżeli plakaty, hasła, ulotki, wypowiedzi albo inne formy propagandy i agitacji zawierają nieprawdziwe dane i informacje [art. 35 ust. 1 u.r.l.].

Sąd okręgowy rozpoznaje taki wniosek w ciągu 24 godzin w postępowaniu nieprocesowym. Pamiętać jednak należy, że: „[...] toku postępowania sądowego regulowanego trybem wskazanym w cytowanej ustawie referendalnej obowiązują sztywne ramy czasowe na podjęcie poszczególnych działań procesowych. Sąd okręgowy rozpoznaje taki wniosek w ciągu 24 godzin od jego złożenia. W ciągu owych 24 godzin musi nie tyle rozpocząć postępowanie, a zakończyć je poprzez wydanie postanowienia. Ważne jest również to, że postępowanie może być prowadzone pod nieobecność wnioskodawcy czy też uczestnika postępowania, o ile jednak zostali oni prawidłowo powiadomieni o terminie rozprawy (z uwagi na szybkość postępowania w trybie dwudziestoczworgodzinny forma doręczenia również może być eksterdinaryjna, np. za pomocą faksu, o ile strona podała numer faksu sądowi”<sup>10</sup>. Sąd może rozpoznać sprawę w przypadku usprawiedliwionej nieobecności wnioskodawcy lub uczestnika postępowania, pod warunkiem że o terminie rozprawy zostali oni

<sup>9</sup> Dz. U. z 2000 Nr 88 poz. 985.

<sup>10</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia z dnia 19 listopada 2002 r., I ACz 2007/02, OSA 2003, nr 6, z. 23.

prawidłowo powiadomieni. Postanowienie kończące postępowanie w sprawie niezwłocznie doręcza się osobie zainteresowanej i zobowiązanemu do wykonania postanowienia. Na postanowienie sądu okręgowego, w terminie 24 godzin od jego wydania, służy zażalenie do sądu apelacyjnego. Sąd apelacyjny, w składzie trzech sędziów, rozpoznaje zażalenie w postępowaniu nieprocesowym, w trybie i terminie 24 godzin. Na postanowienie sądu apelacyjnego nie przysługuje środek zaskarżenia i podlega ono natychmiastowemu wykonaniu [art. 35 ust. 3 u.r.l.]. Postanowienia, sądu okręgowego i sądu apelacyjnego, w referendum zarządzonym przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego doręcza się właściwemu organowi wykonawczemu jednostki samorządu terytorialnego, a komisarzowi wyborczemu – w referendum przez niego zarządzonym. Postanowienia, sądu okręgowego i sądu apelacyjnego, w referendum zarządzonym w sprawie odwołania wójta (burmistrza, prezydenta miasta) doręcza się przewodniczącemu rady gminy [art. 35 ust. 4 i 5 u.r.l.].

Artykuł 36 ust. 1 u.r.l. stanowi, że nieprawdziwe informacje i dane odnoszące się do referendum i związane z kampanią referendalną opublikowane w prasie podlegają sprostowaniu w ciągu 48 godzin. Z kolei, sprostowania informacji i danych opublikowanych w prasie innej niż dziennik sąd okręgowy wskazuje dziennik, w którym sprostowanie ma być zamieszczane na koszt obowiązanego w ciągu 48 godzin [art. 36 ust. 2 u.r.l.]. W przypadku odmowy zamieszczenia sprostowania lub niezamieszczenia sprostowania przez obowiązanego w sposób kreślony w postanowieniu sądu, sąd na wniosek zainteresowanego zarządza opublikowanie sprostowania w trybie egzekucyjnym na koszt obowiązanego.

Ustawa o referendum przewiduje także instytucję protestu. Jest to możliwość oprotestowania wyniku referendum, będąca jednocześnie podstawą do stwierdzenia, że wynik referendum, o którym mowa w art. 63 ust. 1 u.r.l. podany do wiadomości publicznej przez terytorialną komisję do spraw referendum. Tym samym wynik referendum nie ma charakteru ostatecznego i nie można przypisać mu mocy wiążącej. Instytucja protestu i rozpoznanie go przez niezawisły sąd jest realizacją gwarancji demokratycznego procesu wyborczego<sup>11</sup>.

Zgodnie z art. 66 u.r.l. w terminie 7 dni od dnia podania wyników referendum do wiadomości publicznej [wojewoda niezwłocznie ogłasza w wojewódzkim dzienniku urzędowym protokół wyniku referendum otrzymany od terytorialnej komisji- art. 63 ust. 2 u.r.l.], każdy uprawniony do wzięcia w nim udziału mieszkaniec danej jednostki samorządu terytorialnego może wnieść protest, jeżeli dopuszczono się naruszenia przepisów ustawy, a naruszenie to mogło wywrzeć istotny wpływ na wynik referendum. Należy podkreślić, że protest może wnieść każdy uprawniony do głosowania, a nie tylko ta osoba co wzięła udział w referendum, a także „[...] z takimi protestami występować osoby posiadające prawo do głosowania, które nie zostały umieszczone w spisach uprawnionych do głosowania”<sup>12</sup>. Instytucja protestu jest gwarancją prawidłowego przeprowadzenia referendum. Trzeba zgodzić się z P. J.

<sup>11</sup> B. Dauter, *Protesty wyborcze a ważność wyborów organów samorządu terytorialnego*, [w:] F. Rymarz (red.), *Demokratyczne standardy prawa wyborczego Rzeczypospolitej Polskiej. Teoria i Praktyka*, Warszawa 2005, s. 67.

<sup>12</sup> P. J. Uziębło, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Oficyna 2007, Lex [dostęp:5.07.2016].

Uziębło, że: „przeciwne rozwiązanie stwarzałoby szanse na manipulowanie wynikiem referendum już w fazie tworzenia takich spisów. Warunkiem wniesienia takiego protestu staje się jednak naruszenie przepisów ustawy. Literalne brzmienie mogłoby sugerować, iż chodzi tutaj wyłącznie o możliwość naruszeń ustawy o referendum lokalnym, jednakże taka interpretacja w ewidentny sposób jest sprzeczna z celem instytucji protestu. Wobec powyższego należy uznać, że przedmiotem protestu może być naruszenie jakiegokolwiek ustawy, w tym również, a może przede wszystkim, Konstytucji”<sup>13</sup>. W orzecznictwie wskazuje się, że: „[...] Skuteczność protestu uzależniona jest zatem od spełnienia łącznie dwóch przesłanek, wnioskodawca musi mianowicie wykazać, że doszło do naruszenia przepisów ustawy oraz musi także wykazać, że gdyby do tego naruszenia nie doszło to wynik rozstrzygający mógłby być inny niż otrzymany albo referendum z uwagi na frekwencję byłoby ważne (bądź ewentualnie nieważne)” i dalej: „nie każde naruszenie przepisów skutkować będzie stwierdzeniem nieważności referendum przez sąd, a jedynie takie, które pozostawało w związku przyczynowo-skutkowym z wadliwością procesu głosowania i ustalania wyników referendum bądź z wymaganą prawem frekwencją, skutkującą wiążącym charakterem referendum”<sup>14</sup>. Ustawodawca wskazuje, że naruszenia, do których doszło mogły wywrzeć istotny wpływ na wynik referendum. Można zauważyć, że konieczne jest spełnienie się dwóch przesłanek. Pierwsza to możliwość wpływu na wynik referendum, przy czym nie jest wymagane udowodnienie, że taki wpływ wystąpił, wystarczy bowiem samo uprawdopodobnienie, że gdyby takie naruszenia nie miałyby miejsca to wynik mógłby być inny. Kolejna przesłanka to istotność takiego wpływu, która stwarza wiele wątpliwości, co do wyznaczenia zakresu samej istotności. „Odpowiedź nie powinna jednak budzić wątpliwości. Istotny wpływ na wynik referendum mogą mieć takie naruszenia, których niewystąpienie mogłoby spowodować odmienne skutki takiego głosowania. Można więc podkreślić dwa podstawowe takie przypadki. W pierwszym z nich istniałoby prawdopodobieństwo wyboru przez większość głosujących innej opcji poddanej pod głosowanie, w drugim zaś przypadku dotyczyłoby to skutku referendum, czyli osiągnięcia wymaganej prawem frekwencji, skutkującej wiążącym charakterem referendum, względnie sytuacji odwrotnej. Tylko w takich przypadkach można wszakże mówić o istotności takiego wpływu. Można zaobserwować, że sama istotność wpływu nie będzie kryterium ściśle sprecyzowanym, a będzie zależeć od ostatecznych rezultatów takiego głosowania lokalnego. Im mniejsza będzie różnica głosów pomiędzy poddanymi pod głosowania rozwiązaniami, bądź też im bliżej będzie progu koniecznego dla wiążącego skutku referendum, tym mniejsze deformacje mogą być uznawane za elementy wpływające na wynik głosowania w stopniu istotnym”<sup>15</sup>.

Termin do wniesienia protestu wynosi 7 dni od dnia ogłoszenia protokołu wyniku referendum przez wojewodę w wojewódzkim dzienniku urzędowym. Bieg terminu rozpoczyna się w dniu następującym po dniu wydania tego dziennika. Termin ten

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 10 września 2012 r., I ACz 1615/12, Lex nr 1238565.

<sup>15</sup> P. J. Uziębło, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Oficyna 2007, Lex [dostęp: 5.07.2016].

jest terminem zawitym, którego naruszenie skutkuje pozostawieniem protestu bez dalszego rozpoznania przez właściwy sąd okręgowy. Termin będzie zachowany, jeżeli nie później niż 7. dnia zostanie złożony w sądzie w godzinach jego urzędowania. Jeżeli zaś termin ten przypada na sobotę albo na dzień ustawowo wolny od pracy, termin ten upływa pierwszego dnia roboczego po tym dniu<sup>16</sup>. Przyjmuje się, że do złożenia protestu wyborczego zastosowanie będzie mieć również art. 165 § 2 KPC, stanowiący, że oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu<sup>17</sup>.

Do wnoszenia i rozpoznawania protestów oraz skutków ich uwzględnienia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu wyborczego<sup>18</sup>. Sąd okręgowy rozpatruje protest w ciągu 14 dni od dnia zgłoszenia protestu. Artykuł 66 ust. 3 u.r.l. szczegółowo określa krąg podmiotów biorących udział w postępowaniu. Jest nim co do zasady wnoszący protest i przedstawiciel właściwej terytorialnej komisji. Wnoszący protest może być reprezentowany przez ustanowionego pełnomocnika procesowego. W przypadku przedstawiciela komisji może nim być przewodniczący lub jego zastępca (co do zasady) lub inny upoważniony członek komisji. Dodatkowo każda z tych osób powinna legitymować się stosownym dokumentem identyfikującym fakt bycia przedstawicielem właściwej komisji, np. zaświadczenie o powołaniu na określoną funkcję lub upoważnienie do reprezentowania komisji w sądzie. Ponadto, jeżeli protest dotyczy referendum w sprawie odwołania organu jednostki samorządu terytorialnego, sąd okręgowy rozpoznaje ten protest również z udziałem komisarza wyborczego<sup>19</sup>.

Sąd okręgowy rozpoznaje protest referendalny w postępowaniu nieprocesowym w składzie 3 sędziów, pomimo że zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania cywilnego, rozpoznawanie spraw w tym postępowaniu następuje co do zasady w składzie jednego sędziego. Tłumaczyć to należy przede wszystkim wagą rozpoznawanej sprawy, a w szczególności skutkami, jakie orzeczenie sądu może mieć dla zaskarżonego referendum, ponieważ może dojść nawet do jego unieważnienia<sup>20</sup>. Postępowanie sądowe dotyczące rozpoznania protestu wyborczego jest wolne od kosztów sądowych.

Podkreślić należy, że w art. 66 ust. 2 u.r.l. ustawodawca błędnie odsyła do ustawy – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików wojewódzkich<sup>21</sup>. Zastosowanie winien mieć w tym przypadku Kodeks wyborczy – art. 82–83 raz art. 392–398. Błąd ten został już zauważony w literaturze przedmiotu, gdzie M. P. Gapski podnosi, że: „w obecnym stanie prawnym zaistniała luka prawna powodująca wątpliwości co do sposobu procedowania w przedmiocie protestów

<sup>16</sup> Zob. art. 66 ust. 2 u.r.l. w zw. z art. 9 Kodeksu wyborczego.

<sup>17</sup> Zob. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach V ACz 258/13, Lex 5173604.

<sup>18</sup> Art. 59–61, art. 63 ust. 1 i 2 oraz art. 64.

<sup>19</sup> Zob. K. W. Czaplicki, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, ABC 2007, Lex [dostęp: 5.07.2016].

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 16 lipca 1998 r., Dz. U. 2010 r. Nr 176 poz. 1190 ze zm.

referendalnych. Wydaje się, że do czasu koniecznych zmian ustawodawczych możliwe jest do przyjęcia tylko jedno z alternatywnych rozwiązań – stosowanie odpowiednich regulacji zawartych w derogowanej ordynacji samorządowej albo też odwołanie się do właściwych przepisów kodeksu wyborczego. Generalne odesłanie w art. 1 ust. 2 ustawy o referendum lokalnym do odpowiedniego stosowania w zakresie nieuregulowanym w ustawie referendalnej kodeksu wyborczego oraz niemożność stosowania, bez wyraźnego przepisu intertemporalnego, ustawy uchylonej nakazuje przyjąć za właściwe stosowanie w omawianym przedmiocie kodeksu. Ze względu na istotne podobieństwo, a w wielu przypadkach tożsamość, regulacji zawartej w art. 59–63 ust. 1 i 3 oraz art. 64 Ordynacji samorządowej do art. 392–395 oraz art. 397 Kodeksu wyborczego należy uznać, że obecnie w zakresie procedury wnoszenia i rozpoznawania protestów oraz skutków ich uwzględnienia prawidłowe będzie stosowanie wymienionych regulacji kodeksowych. Oczywiście przepisy te należy stosować odpowiednio, przy uwzględnieniu odmienności wynikających z ustawy referendalnej<sup>22</sup>.

Rozpoznając protesty referendalne sąd okręgowy rozstrzyga o ważności przeprowadzonego referendum oraz o jego wyniku. Orzekając o nieważności referendum lub wyników referendum sąd okręgowy postanawia o przeprowadzeniu ponownego referendum lub o podjęciu niektórych czynności referendalnych, jednocześnie wskazując tą czynność, od której należy ponowić postępowanie referendalne. Na wydane przez sąd okręgowy orzeczenie wnoszącym protest referendalny, przedstawicielowi właściwej terytorialnej komisji, a w jeżeli protest dotyczy referendum w sprawie odwołania organu jednostki samorządu terytorialnego – również komisarzowi wyborczemu, przysługuje w ciągu 7 dni od doręczenia, zażalenie do właściwego sądu apelacyjnego, który rozpoznaje sprawę w terminie 30 dni. Od postanowienia sądu nie przysługuje środek prawny, tym samym postanowienie to jest prawomocne. O zakończeniu postępowania zawiadamia się niezwłocznie wnoszącego protest, wojewodę, komisarza wyborczego i przewodniczącego terytorialnej komisji do spraw referendum<sup>23</sup>.

W myśl art. 67 ust. 5 u.r.l. w przypadku wniesienia protestu przeciwko ważności referendum do czasu rozstrzygnięcia sprawy nie zarządza się wyborów przedterminowych.

### 3. Podsumowanie

Udział sądownictwa w procesie przeprowadzania referendum sprowadza się głównie mierze do zatwierdzania wyników referendum, jak ma to miejsce w przypadku referendum ogólnokrajowego, gdzie jego ważność stwierdza Sąd Najwyższy. Regulacja ta znalazła się w Konstytucji, tym samym należy stwierdzić, że rolą jaką wykonuje Sąd

<sup>22</sup> M. P. Gapski, *Udział sądów w procedurze przeprowadzania referendum lokalnego*, Samorząd Terytorialny 2012, nr 7–8, s. 113–114.

<sup>23</sup> Szerz. A. Wierzbicka, *Referendum i wybory oraz zarządzenia i uchwały jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2014, s. 147.

Najwyższy na tym odcinku procesu referendalnego, jest niesłuchanie istotna, z uwagi nie tylko na miejsce Konstytucji w hierarchii źródeł prawa, ale także na samą jej treść. Ponadto Sąd Najwyższy rozpoznaje sprawy dotyczące protestów referendalnych. Również sądy powszechne odgrywają szczególną rolę w procesie przeprowadzania referendum ogólnokrajowego, choć ich rola jest zdecydowanie większa w przypadku referendum lokalnego, ponieważ rozpoznają sprawy dotyczące rozpowszechniania nieprawdziwych informacji i danych dotyczących referendum.

Z kolei, rola sądów powszechnych w procedurze przeprowadzania referendum lokalnego jak już zaznaczono jest znacznie większa. Sądy okręgowe i apelacyjne mają za zadanie rozpatrywanie wniosków składanych już w trakcie kampanii referendalnej, które dotyczą weryfikacji nieprawdziwych informacji i danych dotyczących referendum, które są publikowane lub wygłaszane. Ponadto sądy powszechne rozpoznają protesty referendalne, decydując tym samym o ważności referendum. Protest, który składany jest już po zakończeniu referendum ma na celu sprawdzenie zgodności z prawem przeprowadzonego referendum, a także możliwości usunięcia decyzji referendalnych podjętych w wyniku naruszenia ustawy.

Sądy są organami niezależnymi, niezawisłymi oraz apolitycznymi, których zadaniem jest utrzymanie całego procesu referendalnego w granicach prawa. Sądy rozpatrują sprawy dotyczące protestów referendalnych nie są władne weryfikować rezultatów głosowania, ponieważ ich rolą jest wyłącznie ocena legalności przeprowadzonego referendum. Powierzenie właśnie sądom tych zadań jest gwarancją, że referenda będą przebiegały nie tylko w sposób zgodny z prawem, ale także w sposób transparentny. Sądy czuwają na przestrzeganiem prawa nie tylko obywateli, ale również organów państwowych, będąc tym samym gwarantem demokratycznego procesu wyborczego.

## **Streszczenie**

Rola sądów wynika z zasady trójpodziału władzy, gdzie jest jedną z trzech władz, a jej zadanie sprowadza się do sprawowania władzy sędziowskiej. Sądy są organami niezależnymi od pozostałych władz, a sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli. Udział sądów w procesie przeprowadzania referendum sprawdza się przede wszystkim do zatwierdzenia jego wyniku. Jednak sądy jako jedno z organów stojących na straży praworządności w państwie, mają za zadanie czuwać na przeprowadzeniu referendum zgodnie z prawem. Ich zadaniem jest także rozpatrywanie protestów wyborczych, których głównym celem jest możliwość weryfikacji, nie tylko wyniku przeprowadzonego referendum, ale także weryfikacji samego procesu przeprowadzenia referendum.

## **Słowa kluczowe:**

Sąd, Sąd Najwyższy, sądy powszechne, kontrola sądowa, referendum, referendum ogólnokrajowe, referendum lokalne



## **The role of the Supreme Court and courts of law in the process of conducting referendum**

### **Summary**

The role of the courts derives from the principle of the separation of powers, which is one of the three powers, and its role comes down to the exercise of judicial power. The courts are independent from other authorities/bodies, and the judges in the exercise of their office shall be independent. The participation of the courts in the process of conducting a referendum is primarily to approve the result. However, the courts as one of the organs of upholding the rule of law in the country have the responsibility to watch the referendum being conducted in accordance with the law. Their task is also to consider election protests, whose main objective is the ability to verify not only the result of the referendum, but also the verification of the process of the referendum.

### **Keywords:**

Court, Supreme Court, court of law, judicial review, referendum, national referendum, local referendum

**Justyna Michalska** – doktor nauk prawnych (specjalność: prawo konstytucyjne), adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Zielonogórskiego; specjalistka w zakresie prawa konstytucyjnego, praw człowieka oraz ubezpieczeń społecznych.





**Costanza Nicolosi**

## **Were the U.S. Framers Right in Rejecting Direct Democracy? Evidence from Europe**

### **1. Introduction**

Looking at recent European headlines, it is impossible to overlook the spread of “referendumania”: in the 1970s, on average three referenda were held each year, nowadays the figure is up to eight (excluding Switzerland and Liechtenstein for their long-standing traditions of direct democracy).<sup>1</sup> Europeans are more and more casting the ballot on a wide range of issues: international treaties (e.g., Brexit); fiscal measures (e.g., the Greek referendum on austerity measures); human rights (e.g., the Irish referendum on same-sex marriage); social issues (e.g., the Hungarian upcoming referendum on the European refugee-sharing scheme); commercial liaisons (e.g., the Dutch referendum on the EU association agreement with Ukraine); constitutional reforms (e.g., the Italian upcoming constitutional referendum); and the list could go on. European referendumania is all the more appalling considering that European governments have taken many crucial decisions affecting national sovereignty without feeling the urge to consult the people.<sup>2</sup>

The referendumania phenomenon in general, and the Brexit aftermath in particular, has raised several questions on the proper scope of such direct-democracy tool, making many wonder what constraints, if any, ought to be imposed on referenda. In this respect, the Italian Constitution provides a remarkable example, imposing limitations on both the subject matter of the questions asked (e.g., insulating tax issues from popular referenda) and the requirement of a minimum turnout (50%).<sup>3</sup>

The referendum debate has been alive and controversial. Generally considered formidable tools of democratic legitimacy and participation, it is however undeniable that referenda feature some shortcomings. The objective of this paper is to discuss the most visible shortcomings of European referendumania borrowing the arguments that led the U.S. framers to reject direct democracy in the institutional design of the just-born U.S. federation. First and foremost, the discussion is relevant for historical reasons as the critique of direct democracy is at the foundation of the legal theories that drove the formation of the federal government of the United States with its peculiar system of checks and balances. The discussion is also relevant for comparative reasons as the U.S. framers’ critique of direct democracy in general, and referenda in particular, is still valid today and many anticipations concerning the outcomes of recourse to referenda are indeed occurring as a result of European referendumania.

---

<sup>1</sup> The Economist, *Referendumania*, May 21st 2016.

<sup>2</sup> No referenda were held either upon the creation of the European Economic Community or before establishing the currency union.

<sup>3</sup> In the Netherlands, the threshold for voter turnout is much lower, “only” 30%, but referenda demanded for by the people are not binding.

## 2. Direct Democracy in the United States, or the lack thereof

Even though the U.S. Constitution strictly confines direct–democracy tools to the states,<sup>4</sup> referenda (or initiatives) are fairly common in a few states (with the most prominent example of the state of California). At the federal level though, the U.S. Constitution prohibits popular vote on questions of federal policy and constitutional design, it also prevents citizens from directly triggering a call for a federal constitution convention and ratifying (or rejecting) federal constitutional amendments.<sup>5</sup>

Having fought a revolution against the British monarchy, the framers were committed to the principle that legitimate power must flow from the people, yet they feared unchecked popular rule and excessive concentration of power, which could derive in tyranny either by the few or the many.<sup>6</sup> Such fears were rooted in their assessment of (selfish and tyrannical) human nature, historical analyses of failed popular governments, and close observation of a post–revolutionary period marked, in their view, by democratic excess. The republican government thus emerged as the (best) trade–off between popular sovereignty and limitations on majority rule.<sup>7</sup>

Among others, J. Madison, A. Hamilton, W. Taft, H. Cabot Lodge, and E. Root provide some of the most passionate critique of direct–democracy tools. Their arguments can be summarized in five main objections: (a) direct lawmaking is inferior to representative democracy as a form of deliberation; (b) voters are not best–fit to enact complex legislation; (c) special interests can (and do) manipulate the referendum process; (d) direct lawmaking ultimately undermines representative institutions; and (e) the referendum process does not fully protect individual and minority rights. The sections below will, in turn, discuss each of these critiques as well as their relevance for European referendomania.

<sup>4</sup> Reformers (e.g., W.J. Bryan; R. Nader) have tried to introduce direct democracy at the national–federal level, but the strict requirements for federal constitutional amendment make their efforts unlike to succeed. See, T. E. Cronin, *Direct Democracy, The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*, Harvard University Press, 1989. Confining some forms of direct democracy to the states may be seen as one example of social and political experiments allowed (and often promoted) by the U.S. dual constitutional system. As Supreme Court Justice L. Brandeis stated in a exceedingly famous passage: “[i]t is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the country”; *New State Ice Co. v. Liebman*, 285 U.S. 262, 311 (1932). The object of the passage was policy experimentation, but the rationale can be extended to institutional design (within the limits set out by the Constitution).

<sup>5</sup> Nearly half of the U.S. states now allow for some form of direct democracy (e.g., the statewide initiative process), each with its own rules, thus developing an array of hybrid state constitutional systems with different mixtures of representative and direct democracy. See generally, K. P. Miller, *Direct Democracy and the Courts*, Cambridge University Press, 2009.

<sup>6</sup> B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press 1967.

<sup>7</sup> J. Madison in particular believed that the Constitution had to constraint human propensities for selfishness and mutual animosity by placing checks on excessive concentration of authority, including by the people themselves. See generally, R.A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago University Press, 2006. The system therefore, was meant to match each delegation of power with a counter–power, in an equilibrated system of checks and balances, pairing off different elements so that “ambition [would] counteract ambition”, J. Madison, *The Federalist n. 51*.

### **a) Direct lawmaking is inferior to representative democracy as a form of deliberation**

Popular referenda are often argued to be a direct check on the government as well as an empowering instrument at the disposal of the people to make their voice heard and participate in the lawmaking and decision-making process. True as it is, the critique going back to the framers argues though that citizens do not need direct democracy to control the government or express their will. Mobilization indeed, similarly forces representatives to comply with the majority will.

But there is more to the critique than the “mere” similarity of the end pursued. Indeed, not only will representative governments achieve the same result of direct democracies, the very mediation process provides a comparative advantage, as the (sometimes long) law-making process guarantees that the deliberation is well thought and reaches the most balanced trade-offs among the interests of all the parties involved (whereas referenda pose questions as stand-alone issues). According to the critique, the very mediation process and search for a political compromise guarantee that the policies finally adopted are superior to the deliberations obtained through referenda. In Taft’s words, although pursuing change through legislatures may be “*somewhat more slow in its results*”, it ensures wiser policies, especially in the details, because the legislative process will have included greater deliberation. “*Great reforms should not be brought about overnight*”, Taft argued, “*they need time. They should be marked by careful consideration*”.<sup>8</sup>

Similarly, U.S. Senator Root argued that the direct-democracy instruments provide inadequate opportunities for deliberation and refinement of proposals, especially on complex issues. Root believed that the advocates of referenda had mistaken what he called the “*true difficulty*” of creating wise laws, which was “*not to determine what ought to be accomplished but to determine how to accomplish it*”. Proposed laws can have perfectly good intentions, but do harm if they are poorly written. Whereas the legislative process is designed to improve the quality of laws through “*full discussion, comparison of views, modification and amendment ... in the light of discussion and the contribution and conflict of many minds*”, direct-democracy tools are incapable of achieving the same quality of deliberation.<sup>9</sup>

Undoubtedly the traditional law-making process too has its own shortcomings (e.g., it is often slow, susceptible to be captured by well-organized – and well-funded – interest groups, and mostly producing ambiguous results). However, the old critique exalting the mediation process over popular referenda has some strength, especially considering cases in which people are asked to cast the ballot on issues, which may represent an abrupt break with the past without giving any indication on how to go about the change. For instance, this was the case of the economic and financial aftermath of Brexit, a referendum, which marked a dramatic discontinuation with

<sup>8</sup> W.H. Taft, *Popular Government: its essence, its permanence and its perils*, 1901.

<sup>9</sup> E. Root, *Experiments in Government and the Essentials of the Constitution*, 1913.

the past and derived in widespread political uncertainty. As an influential magazine recently stated: "...the bigger point is that plebiscites are a worse form of democracy than representative government. James Madison was right when he wrote that democracies in which citizens voted directly on laws would be torn apart by factions.<sup>10</sup> The founders of democratic states created parliaments for a reason".<sup>11</sup>

## **b) Voters are not best-fit to enact complex legislation**

Generally, voters will not and cannot possibly dedicate to the (usually complex) referendum question(s) the time, attention, and knowledge required to determine whether their vote would truly accomplish its intended goal.<sup>12</sup> As Senator Cabot Lodge argued, "*The mass of voters (and I include myself) are unable to legislate by a 'Yes' or 'No' vote at the polls. I do not believe that you can get good legislation in that way. It is a good deal easier to get a good representative than it is to pass a complicated law which very few people can understand unless they have given it particular attention*".<sup>13</sup>

Moreover, referenda are inevitably entangled in national politics, up to the point that citizens and parties tend to see referenda as a vote more on the government than on the issue on the ballot. Current referenda indeed reflect widespread alienation from politics and anger at their governing class.<sup>14</sup> This was arguably the case of France's rejection of the European Constitution, a vote that could be construed as a rejection of former President J. Chirac.

Finally, national governments will often be unable to implement the policies that the people voted for (or believed to have voted for) in referenda. This is for example the case of the Greek referendum on additional austerity measures called for by A. Tsipras in summer 2015. It is debatable whether the people truly appreciated that the very permanence of Greece in the European Union (as well as the possibility of the country's default) depended on the austerity measures they were voting for, given that the referendum presented the issue as a stand-alone choice. Similarly, it is uncertain what actual policies the British people were truly asking its government to deliver when they voted for Brexit. Equally uncertain is whether they will approve of the practical reforms that leaving the European Union will necessarily bring about. Finally, lack of both scrupulous attention on the wording of referendum questions and appreciation of the practical trade-offs necessary for implementing the people's choice are general phenomena occurring even without European boundaries. This is for example the case of the U.S. state of California, where people have often voted for referenda calling for both less tax and higher spending, leaving the government in a conundrum as to how implement both!

<sup>10</sup> See *infra*, section (e).

<sup>11</sup> The Economist, *Let the people fail to decide*, May 21st 2016.

<sup>12</sup> E. Root, *Experiments in Government and the Essentials of the Constitution*, 1913.

<sup>13</sup> Henry Cabot Lodge, Letter to Theodore Roosevelt, as cited in K.P. Miller, *Direct Democracy and the Courts*, Cambridge University Press, 2009.

<sup>14</sup> The Economist, *Referendumania*, May 21st 2016.

### c) Special interests can (and do) manipulate the referendum process

As the framers anticipated, direct–democracy instruments and referendum mobilization does not insulate the government from interest groups' influence, rather the machine looks prone to the same chances of manipulation operating in representative democracies.<sup>15</sup> Again, the state of California provides a good example of the magnitude of interests (and money) dancing around referenda. Indeed, California developed an “initiative industry”, consisting in a sophisticated network of professionals assisting the initiative proponents. The industry comprises an “initiative bar” of attorneys advising clients, drafting texts of the proposed measures (e.g., the wording of the ballot title), negotiating or litigating pre–election questions, and defending the measures in court, if necessary. Experienced political consultants also provide a wide range of services, e.g.: polling; voter targeting, direct mail, and media relations. Finally, several companies are available to provide (for a fee) the necessary number of petition signatures to qualify an initiative.<sup>16</sup>

On a related note, it is also worth to notice that referenda are very expensive business for governments and therefore, ultimately for taxpayers. Italy's recent referendum on whether offshore oil rigs should continue operating failed to reach the 50% turnout required, but still cost €300 million.<sup>17</sup> Similarly, a recent PricewaterhouseCoopers study estimates that the cost of calling for a referendum on same–sex marriage in Australia would cost about \$525 million.<sup>18</sup>

### d) Direct lawmaking ultimately undermines representative institutions

Referenda look like the ultimate democratic tool, giving people a direct say on a wide range of issues, allowing them to re–engage with the political process, and giving governments a popular mandate for decisions requiring a broad consensus. However, the framers lamented that recourse to direct–democracy tools would “*minimize [the legislature's] power, to take away its courage and independence of action, to destroy its sense of responsibility, and to hold it up as unworthy of confidence. Nothing would more certainly destroy the character of a lawmaking body*”.<sup>19</sup>

Current referendumania is pushed by European mainstream politicians as well as by rising populist parties. The former recur to popular vote as a way to fend off pressure from rising populist parties (as in the case of Brexit). Populist leaders advance

<sup>15</sup> “[I]f we had another system, [special interests would] address themselves to its weaknesses and bring about a result quite as disheartening”, W.H. Taft, *Popular Government: its essence, its permanence and its perils*, 1901.

<sup>16</sup> For analyses of the petition industry, see R.J. Ellis, *Signature Gathering in the Initiative Process: How Democratic Is It?*, Montana Law Review 2003; for further discussion of California's initiative industry, see e.g., D. McCuan, S. Bowler, T. Donovan, and K. Fernandez, *California's Political Warriors: Campaign Professionals and the Initiative Process*, in S. Bowler, T. Donovan, and C.J. Tolbert, eds, *Citizens as Legislators: Direct Democracy in the United States*, Ohio University Press, 1998.

<sup>17</sup> The Economist, *Referendumania*, May 21st 2016.

<sup>18</sup> PwC, *Marriage equality in Australia The cost of holding a plebiscite*, available at, [www.pwc.com/au/publications/pdf/marriage-equality-plebiscite-report-march-2016.pdf](http://www.pwc.com/au/publications/pdf/marriage-equality-plebiscite-report-march-2016.pdf).

<sup>19</sup> W.H. Taft, *Popular Government: its essence, its permanence and its perils*, 1901.

referenda on EU policies they dislike to consolidate their electoral base and spreading popular anger and insecurity, which in turn derive in higher approval rate for their parties (these are arguably the cases of the upcoming Hungarian referendum and the Dutch vote on the association with Ukraine). Ultra-nationalist and populist parties and leaders are indeed gaining momentum pretty much all over Europe.

The rise of ultra-nationalistic and populist parties is not confined to European countries as we are reminded by the nomination of D.J. Trump as the republican candidate in the upcoming U.S. presidential election, as well as the recent election of R. Duterte as president of the Philippines. However in Europe the phenomenon features the peculiarity of being, at the same time, cause and consequence, of the people's disappointment in the European Union's process and policies. Indeed the European integration process has failed to deliver the promises of economic growth and social cohesion that inspired its initial establishment as well as its enlargement to former soviet countries. Moreover, recent crisis are further undermining Europeans' already-low trust for "Brussels bureaucrats", perceived far and detached from the member states' troubles (often exacerbated by the very European policies). Among the most recent European failed tests (actually or presumptively so) are the Union's response to the financial crisis (almost unanimously considered ameliorable, at best) and the inability to implement effective social policies to fight high unemployment rates (especially among the youngsters). Europeans' malaise is not confined to Brussels bureaucracy, but also comprises national politics and political establishments, generally deemed rent-seeking opportunists either uninterested in the well being of their electors, or "bullied" by the European institutions, or both.

Calling referenda on European issues does not seem to be the best way to overcome European shortcomings and re-launch the idea of further integration among disillusioned Europeans, as they have a solid track record of voting against "more Europe".<sup>20</sup> If referenda are used as the medicine to the European malaise, chances are high that the cure will ultimately prove worse than the illness.

### **e) The referendum process does not fully protect individual and minority rights**

The U.S. framers were also concerned that referenda would threaten individual rights, as direct amendments of constitutions could lead to the casual destruction of fundamental rights.<sup>21</sup> In this respect, perhaps the most troubling aspect of popular referenda is that they may be used to call the people to decide on the existence and the scope of fundamental rights. As the people give, they can take away. This traditional

<sup>20</sup> Ireland initially rejected the Treaties of Nice (2001) and Lisbon (2008). Denmark initially rejected the Treaty of Maastricht (1992). France and the Netherlands rejected the EU Constitution (2005). Great Britain voted for Brexit (2016).

<sup>21</sup> Taft was particularly concerned that direct democracy would threaten property rights, in part because he believed that many reformers were driven by socialist impulses. However, he warned that direct democracy could also threaten other rights. W.H. Taft, *Popular Government: its essence, its permanence and its perils*, 1901.



tyranny-of-the-majority scenario is troublesome as it subjects fundamental rights to the (sometimes whimsy) will of the people who can take away as easily as they concede and moreover, expose the system to the potential tyranny of the majority (or of the minority, considering how effectively fringe groups or vested interests use referenda to exercise outsize influence<sup>22</sup>). Stretching the argument even further, it is fair to consider that referenda can (and do) affect other countries beyond the one in which the vote took place, raising questions on the scope of a country's citizens' right to take decisions that have actual consequences on the citizens of other countries as well (arguably, as in the Brexit case).

### 3. Conclusions

Referendumania is spreading across Europe. In the last four decades the number of referenda in Europe (excluding Switzerland and Liechtenstein) has more than doubled and the trend is not slowing. The phenomenon is raising questions on referenda's scope, their appropriateness, objective, and optimal design. The paper discussed the most visible shortcomings of European referendumania, starting from the critiques advanced by the U.S. founding fathers that ultimately rejected referenda at the federal level (limiting direct-democracy instruments to the single states). The critique is articulated in five main lines of objection: (a) direct lawmaking is inferior to representative democracy as a form of deliberation; (b) voters are not best-fit to enact complex legislation; (c) special interests can (and do) manipulate the referendum process; (d) direct lawmaking ultimately undermines representative institutions; and (e) the referendum process does not fully protect individual and minority rights. The discussion is relevant for historical reasons as it ultimately derived in the institutional design of the federal government of the United States, with its peculiar system of checks and balances. The discussion is also relevant for comparative reasons as the U.S. framers' critique of direct democracy in general, and referenda in particular, is still valid today as evidenced by European referendumania.

**Dott.ssa Costanza Nicolosi** – She graduated summa cum laude in economics from Bocconi University in Milan and also earned a Juris Doctor degree from Northwestern University School of Law in Chicago. She worked in the antitrust department of several international law firms both in Italy and abroad. She also has a solid experience of Latin America where she studied and worked. She is currently pursuing a Ph.D. in constitutional law at University of Catania school of law.



<sup>22</sup> The danger of the tyranny of the minority is particularly exacerbated if few signatures are needed to call a referendum and voter turnout is slow. *The Economist*, *Let the people fail to decide*, May 21st 2016.



**Anna Rytel-Warzocha**

**Piotr Uziębło**

Uniwersytet Gdański

Wydział Prawa i Administracji

### **Kilka uwag o referendum ogólnokrajowym (wnioski *de lege ferenda* w oparciu o doświadczenia referendum z 2015 r.)**

Niepowodzenie referendum z dnia 6 września 2015 r.<sup>1</sup>, a także nieudana próba zarządzania kolejnego referendum w sprawie o szczególnym znaczeniu dla państwa przez Prezydenta<sup>2</sup>, skłaniają do postawienia pytań związanych z zasadnością obecnego kształtu regulacji tej instytucji. Dotyczy to zarówno rozwiązań konstytucyjnych, jak również rozwiązań ustawowych. Oczywiście z racji ograniczonej objętości niniejszego tekstu uwagi w nim zawarte nie będą miały charakteru kompleksowego, lecz odnosić będą się przede wszystkim do tych obszarów, w których obecna regulacja nie sprawdziła się w praktyce ustrojowej, a ich modyfikacja jest niezbędna – w naszej ocenie – do zapewnienia realnej możliwości wykorzystywania głosowania ludowego w porządku ustrojowym. Jest to tym bardziej istotne, że po wspomnianym referendum z 2015 r. można było usłyszeć głosy o rozważeniu sensu istnienia tego mechanizmu partycypacji w polskim systemie konstytucyjnym<sup>3</sup>. W efekcie doprowadzenie do sytuacji, w której referendum ogólnokrajowe stanie się możliwym do wykorzystania w praktyce instrumentem demokracji bezpośredniej, pozwalającym zbiorowemu podmiotowi suwerenności na przyjmowania wiążących rozstrzygnięć.

Jednym z podstawowych problemów, jakie pojawiają się w odniesieniu do referendum w sprawie o szczególnym znaczeniu dla państwa jest jego problemowy charakter. Oznacza to, że głosujący mogą jedynie rozstrzygać kierunek podjęcia określonych działań, głosując w sposób pozytywny lub negatywny, względnie wybierać spośród wariantów przedstawionych przez podmiot zarządzający referendum. Nie ma natomiast możliwości uchwalania w ten sposób żadnych aktów normatywnych, w szczególności ustaw<sup>4</sup>. Konsekwencją takiego rozwiązania jest konieczność przyjęcia przez właściwe organy państwowe określonych aktów normatywnych, które będą realizowały wyniki referendum. Akty te nie zawsze muszą w pełni oddawać rzeczywistą wolę osób głosujących. Co prawda, można wskazać argumenty, które będą odwoływać się do społecznego odbioru referendum, przede wszystkim do tego, że wyborcy i tak z reguły nie zapoznawaliby się

<sup>1</sup> Wiązało się to z najniższą frekwencją w historii głosowań po 1989 r. (7,8% uprawnionych do głosowania); [http://referendum2015.pkw.gov.pl/341\\_Polska](http://referendum2015.pkw.gov.pl/341_Polska) [01.07.2016].

<sup>2</sup> Senat odmówił wyrażenia zgody na zarządzanie takiego referendum, zob. Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 4 września 2015 r. w sprawie wyrażenia zgody na zarządzanie przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej ogólnokrajowego referendum (<http://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatuchwaly/2031/plik/899.pdf>) [01.07.2016].

<sup>3</sup> Zob. np. wypowiedzi B. Biskupa, E. Marciniak czy A. Smolara, <http://wiadomosci.wp.pl/kat,1017099,title,Referendum-w-Polsce-Politolog-stracilismy-jako-Polska-i-demokracja,wid,17828978,wiadomosc.html?tid=11764f> [01.07.2016], <http://www.tokfm.pl/Tokfm/1,130517,18723592,smolar-referendum-skompromitowalo-idee-demokracji-bezposredniej.html> [01.07.2016].

<sup>4</sup> L. Garlicki, *Uwaga 7 do art. 125*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. II*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2001, s. 7; M. Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym*, Wrocław 2001, s. 71.

z dokładną treścią potencjalnych aktów normatywnych, które mogłyby być uchwalane w drodze referendum. Argumenty te nie zmieniają jednak faktu, że w takiej sytuacji dokonany wybór, bez względu na to na ile świadomy, dotyczył wprowadzenia konkretnych rozwiązań wynikających z treści przedłożonych suwerenowi projektów<sup>5</sup>.

Klasyczne referendum ustawodawcze, choć nie występuje powszechnie, to można spotkać w części państw, tak europejskich, jak również pozaeuropejskich. Gotowy projekt ustawy może być przedmiotem głosowania ludowego np. we Francji<sup>6</sup> czy na Litwie<sup>7</sup>, choć w tym pierwszym przypadku w praktyce referendum wykorzystywane jest jedynie incydentalnie<sup>8</sup>, a do tego ma ono jedynie odgórny charakter. Niemniej stworzenie zbiorowemu podmiotowi suwerenności możliwości przyjmowania ustaw w sposób bezpośredni w znaczący sposób wzmocniłoby jego pozycję. Także trudno byłoby uznać, o ile nie zmieniłaby się procedura zarządzenia referendum, że ustawodawstwo takie stanowiłoby istotną konkurencję dla podstawowego podmiotu władzy ustawodawczej jakim jest przecież parlament, a w szczególności Sejm.

Zapewnienie możliwości uchwalania ustaw w referendum prowadziłoby do potrzeby rozwiązania kolejnej kwestii, jaką jest konieczność przygotowania takiego projektu. W naszej ocenie problem z tym związany nie jest szczególnie skomplikowany. Utrzymanie rozwiązania odnoszącego się do inicjowania procedury referendalnej zmieniłoby jedynie tyle, że zamiast propozycji pytań lub wariantów podmiot realizujący inicjatywę referendalną musiałby przygotować gotowy projekt ustawy zgodny z wymogami stawianymi mu przez konstytucję oraz regulamin Sejmu. Dodać trzeba też, że w zasadzie wszystkie podmioty, które dysponują taką inicjatywą mają prawo do wykonywania inicjatywy ustawodawczej, która przecież wiąże się z koniecznością przedłożenia marszałkowi Sejmu projektu wraz z uzasadnieniem. Również nic nie stoi na przeszkodzie, aby utrzymać rozwiązania przewidziane w obecnym prawodawstwie, że Sejm może modyfikować treść propozycji referendalnej, nie zmieniając jednak jej meritum. Tym samym potencjalną zaletą referendum ustawodawczego byłoby więc wyeliminowanie władzy parlamentu związanej z modyfikacjami treści projektu, a potem ustawy w toku prac parlamentarnych i pozostawienie decyzji o ich kształcie obywatelom uczestniczącym w referendum. To także oni stawaliby się podmiotem odpowiedzialnym za przyjęcie określonych rozwiązań prawnych, bez konieczności dekodowania woli suwerena przez inny organ.

Właśnie owo dekodowanie woli suwerena w praktyce może stanowić daleko idącą trudność w przypadku występowania referendum problemowego. Dobitnie świadczy o tym właśnie sposób konstrukcji pytań w referendum z 6 września 2015 r., głównie dwóch pierwszych z nich. Zresztą sposób formułowania pytań referendalnych został w zasadzie pominięty przez ustawodawcę. Przepis art. 2 ust. 2 w związku z art. 62

<sup>5</sup> Por. M. Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe ...*, s. 82.

<sup>6</sup> *Konstytucja Republiki Francuskiej* (art. 11), tł. W. Skrzydło, [w:] *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, W. Staśkiewicz (red.), Warszawa 2011.

<sup>7</sup> *Konstytucja Republiki Łotewskiej* (art. 78), tł. L. Gołubiec, I. Jaroszkiewicz, [w:] *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, W. Staśkiewicz (red.), Warszawa 2011.

<sup>8</sup> Ł. Jakubiak, *Referendum jako narzędzie polityki. Francuskie doświadczenia ustrojowe*, Kraków 2012, s. 161–164.

ust. 1 ustawy o referendum ogólnokrajowym<sup>9</sup> wskazuje jedynie, że pytania powinny umożliwić odpowiedź pozytywną oraz negatywną lub też mogą one polegać na wyborze pomiędzy przedstawionymi wariantami<sup>10</sup>. W efekcie to, czy pytania będą precyzyjnie sformułowane zależy od podmiotu zarządzającego referendum. Szczególne zagrożenie wiąże się z przedstawieniem do wyboru określonych wariantów rozwiązań, gdyż tutaj, poprzez zwiększenie liczby wariantów do siebie zbliżonych, może dojść do sytuacji, w której wybrane zostanie rozwiązanie popierane jedynie przez mniejszość głosujących. Taka konstrukcja referendum stwarza więc możliwość manipulowania wynikami głosowania już na etapie konstrukcji poszczególnych wariantów<sup>11</sup>.

Wracając do pytań z 2015 r. to co prawda pytanie o wprowadzenie systemu większościowego opartego o jednomandatowe okręgi wyborcze w wyborach do Sejmu (Czy jest Pani/Pan za wprowadzeniem jednomandatowych okręgów wyborczych w wyborach do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej?) było jednoznaczne w wymiarze konieczności zastąpienia obecnego systemu przez system oparty na jednej z metod większościowych, to jednak konkretna metoda podziału mandatów została zostawiona do rozstrzygnięcia władzy ustawodawczej. Nie można przyjąć domniemania, że w pytaniu tym chodzi o system *first past the post*, o którym najwięcej mówiono w toku kampanii referendalnej, gdyż w żadnym wypadku taka interpretacja nie ma podstaw w treści zadanego pytania. W konsekwencji może to prowadzić do sytuacji, w której ten ostatni zdecyduje się na wprowadzenie metody, która nie byłaby zgodna z wolą wyborców. W mojej ocenie trudno natomiast w oparciu o powyższe pytanie uznać, że możliwe do wprowadzenia są warianty systemu wyborczego, w których oprócz okręgów jednomandatowych występowałyby okręgi wielomandatowe<sup>12</sup>.

Jeszcze mniej jednoznaczne było pytanie drugie dotyczące utrzymania obecnego systemu finansowania partii politycznych (Czy jest Pani/Pan za utrzymaniem dotychczasowego sposobu finansowania partii politycznych z budżetu państwa?). Odpowiedź za jego zmianą mogła być bowiem motywowana nie tylko chęcią odejścia od budżetowego finansowania partii politycznych, ale również za wprowadzeniem jakichś zmian do tego systemu, których dekodowanie przez ustawodawcę praktycznie nie byłoby możliwe<sup>13</sup>. Konsekwencją tego będzie jedynie legitymizowanie legislatywy do dokonania zmian, których nawet kierunek nie został wyznaczony w głosowaniu ludowym. Mogą one polegać na wprowadzeniu innego sposobu finansowania partii

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 14 marca 2003 r. o referendum ogólnokrajowym (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 318).

<sup>10</sup> Por. B. Banaszak, *Zgodność z Konstytucją pytań zawartych w postanowieniu o zarządzaniu referendum ogólnokrajowego*, [w:] *25 lat demokratycznego prawa wyborczego i organów wyborczych w Polsce (1991–2016)*, W. Hermeliński, B. Tokaj (red.), Warszawa 2016, s. 15.

<sup>11</sup> W praktyce ustrojowej referendum „wariantowe” nie miało jeszcze nigdy miejsca.

<sup>12</sup> Takie stanowisko prezentowali np. B. Michalak czy J. Flis, zob. <http://www.parlamentarny.pl/spoleczenstwo/eksperci-oceniaja-pytania-z-referendum-sa-nieprecyzyjne,263.html> [14.07.2016].

<sup>13</sup> Podobnie R. Piotrowski, *Opinia na temat zgodności z Konstytucją RP przekazanego przez Prezydenta RP postanowienia o zarządzaniu ogólnokrajowego referendum*, [w:] *Projekt postanowienia Prezydenta RP o zarządzaniu ogólnokrajowego referendum – opinie prawne, „Opinie i Ekspertyzy” 2015, nr 234, s. 21*; M. Wiszowaty, *Opinia prawna dotycząca oceny zgodności z Konstytucją materii pytań zawartych w projekcie postanowienia Prezydenta RP o zarządzaniu ogólnokrajowego referendum (druk senacki nr 899) – w szczególności pytania dotyczącego jednomandatowych okręgów wyborczych – z odniesieniem się do bieżących głosów konstytucjonalistów w tej kwestii*, [w:] *Projekt postanowienia Prezydenta RP o zarządzaniu ogólnokrajowego referendum – opinie prawne, „Opinie i Ekspertyzy” 2015, nr 234, s. 37*.

politycznych z budżetu (np. poprzez obniżenie progu wyborczego uprawniającego do otrzymania subwencji) czy też na zniesieniu lub ograniczeniu finansowania budżetowego. Dlatego też uważamy, że sens zadawania tak sformułowanych pytań jest szkodliwy dla samej idei wykorzystywania referendum w procesie sprawowania władzy. Wynik referendum musi bowiem w sposób jednoznaczny wyznaczać kierunek zmian akceptowanych przez społeczeństwo<sup>14</sup>.

Z powyższymi kwestiami skorelowane jest kolejne zagadnienie, jakie uwidocznilo się na tle praktyki związanej w instytucją referendum z 2015 r., dotyczące kontroli konstytucyjności referendum, w tym przede wszystkim jego przedmiotu skonkretyzowanego w pytaniach referendalnych. Jak wskazuje się w doktrynie, „jednym z istotnych problemów jakie napotykać twórcy przepisów o referendum, gdy pragną wbudować tę instytucję w mechanizm państwa prawnego jest to, czy decyzje związane z przeprowadzeniem referendum oraz decyzje będące jego następstwem podlegają kontroli pod względem zgodności z konstytucją”<sup>15</sup>. Zapewnienie skutecznej kontroli konstytucyjności referendum jest niewątpliwie rozwiązaniem bardzo pożądanym, które gwarantuje prawidłowe funkcjonowanie tej instytucji. Kontrola taka powinna być obligatoryjna i mieć charakter prewencyjny.

W Polsce wprowadzenie kontroli konstytucyjności referendum szeroko dyskutowane było w ramach debaty nad projektem ustawy o referendum ostatecznie uchwalonej w 1995 r. Dyskusja dotyczyła przede wszystkim wzajemnej relacji pomiędzy „zasadą konstytucjonalizmu” i „zasadą demokracji”. Zwolennicy wprowadzenia kontroli konstytucyjności referendum wskazywali, iż demokracja, nawet demokracja bezpośrednia, musi się mieścić w granicach obowiązującego prawa. Suweren jest również związany konstytucją, w związku z czym w państwie prawa powinna funkcjonować kontrola konstytucyjności decyzji bezpośrednio podejmowanych przez naród na zasadach podobnych do tych, na jakich opiera się kontrola konstytucyjności normatywnych decyzji parlamentu. Posłowie wnioskodawcy jako argument uzasadniający wprowadzenie obligatoryjnej kontroli konstytucyjności uchwały Sejmu lub postanowienia prezydenta w przedmiocie zarządzenia referendum, a tym samym zawartego w tych aktach pytania referendalnego, podawali m.in., iż brak takiej kontroli może doprowadzić do sytuacji, w której decyzje podjęte w referendum będą niezgodne z ustawą zasadniczą, czy też z międzynarodowymi zobowiązaniami państwa. Z drugiej strony, przeciwnicy wprowadzenia kontroli konstytucyjności referendum wskazywali, iż suweren nie jest związany postanowieniami konstytucji, w związku z czym zawsze może je zmienić, jeżeli tylko decyzja w tej sprawie zostanie podjęta odpowiednią większością głosów przy zachowaniu przewidzianych prawem procedur. Przeciwnicy zgłoszonej propozycji wskazywali ponadto, iż rozszerzenia

<sup>14</sup> Analizę treści trzeciego pytania (Czy jest Pani/Pan za wprowadzeniem zasady ogólnej rozstrzygnięcia wątpliwości co do wykładni przepisów prawa podatkowego na korzyść podatnika?) można pominąć, bo wyznacza ono ów kierunek, choć z punktu widzenia orzecznictwa sądowego i tak zasada taka była akceptowana w orzecznictwie (K. Tetlak, *Co zmienia zasada rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść podatnika?*, Warszawa 2015, s. 3–5, [www.batory.org.pl](http://www.batory.org.pl)). Można jedynie mieć wątpliwość dotyczącą semantyki, a więc tego, czy właściwym było tu użycie słowa „wprowadzenie”.

<sup>15</sup> P. Winczorek, *Dyskusje konstytucyjne*, Warszawa 1996, s. 40.

kognicji Trybunału Konstytucyjnego nie można dokonać wyłącznie poprzez nowelizację ustawy, gdyż jest to materia konstytucyjna, a więc przede wszystkim odpowiednią zmianę trzeba wprowadzić do przepisów ustawy zasadniczej<sup>16</sup>. Ostatecznie, sejmowa Komisja Sprawiedliwości oraz Komisja Ustawodawcza, które rozpatrywały projekt, jako wniosek mniejszości zaproponowały wprowadzenie do projektu ustawy o referendum przepisu w brzmieniu: „1. Uchwała Sejmu lub zarządzenie Prezydenta w sprawie przeprowadzenia referendum mogą być ogłoszone dopiero po uprzednim stwierdzeniu przez Trybunał Konstytucyjny ich zgodności z konstytucją. 2. Z wnioskiem o stwierdzenie zgodności z Konstytucją uchwały Sejmu, o której mowa w ust.1, występuje Prezydium Sejmu w terminie 7 dni od jej podjęcia. 3. Z wnioskiem o stwierdzenie zgodności z Konstytucją zarządzenia, o którym mowa w ust.1, występuje Prezydent w terminie 7 dni od otrzymania uchwały Senatu o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie referendum”. Przepis ten został jednak odrzucony przez Sejm, w związku z czym kontrola konstytucyjności referendum nie została wprowadzona do polskiego porządku prawnego<sup>17</sup>.

Natomiast w pracach nad kolejną ustawą o referendum ogólnokrajowym, która ostatecznie uchwalona została w dniu 14 marca 2003 r., kwestii wprowadzenia kontroli konstytucyjności referendum właściwie nie poświęcono uwagi. Wynikało to przede wszystkim z pośpiechu, w jakim toczyły się prace legislacyjne i skupieniu się przez ustawodawcę na kwestiach dotyczących referendum w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację wskazanych w art. 90 umów międzynarodowych, które znaleźć miały zastosowanie już trzy miesiące później<sup>18</sup>. W rezultacie, obecnie obowiązująca ustawa tak jak jej poprzedniczka nie przewiduje szczególnej procedury badania zgodności przedmiotu referendum z konstytucją niezależnie od rodzaju referendum (czy jest to referendum zarządzane na podstawie art. 90 ust. 3, art. 125 czy art. 235 ust. 6 konstytucji), jak i podmiotu zarządzającego referendum, którym może być Sejm lub Prezydent RP.

Wobec braku możliwości przeprowadzenia zewnętrznej kontroli, jak wskazuje L. Garlicki, „obowiązek czuwania nad zapewnieniem zgodności referendum z konstytucją spoczywa przede wszystkim na organach je zarządzających”<sup>19</sup>. Oczywiście obowiązek taki spoczywa przede wszystkim na Sejmie, do którego wnioski referendalne – obok posłów – mogą kierować obywatele, Senat lub Rada Ministrów. W przypadku zarządzenia referendum przez Prezydenta, jak wskazuje M. Jabłoński, Senat powinien pełnić „swoistą rolę strażnika w tym sensie, że ma czuwać nad tym, aby treść projektu postanowienia Prezydenta RP nie dotyczyła sprawy, której ewentualne rozstrzygnięcie prowadziłoby do naruszenia Konstytucji RP (np. Czy wyrażasz zgodę

<sup>16</sup> Kontrola konstytucyjności referendum powierzona została sądom konstytucyjnym w takich państwach jak Włochy, Rumunia, Węgry, Słowacja, Austria, Francja czy Portugalia.

<sup>17</sup> Szerzej: J. Repel, *Trybunał Konstytucyjny a referendum*, [w:] *Studia nad prawem konstytucyjnym*, J. Trzeciński, B. Banaszak (red.), Wrocław 1997, s. 206 i n., P. Winczorek, *op. cit.*, s. 41.

<sup>18</sup> Było to też warunkowane brakiem bezpośrednich konstytucyjnych podstaw do przyznania Trybunałowi Konstytucyjnemu prawa do takich działań.

<sup>19</sup> L. Garlicki, *Uwaga 15 do art. 125*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, L. Garlicki (red.), Warszawa 2001, s. 13.

na to, aby Prezydent RP mógł wydawać rozporządzenia z mocą ustawy w każdej sprawie i w każdym czasie? Czy np. sprawy dotyczące wprost sprawowania wymiaru sprawiedliwości)<sup>20</sup>. Podobnie uważa L. Garlicki, który analogicznie stwierdza, iż „nie ulega wątpliwości że Senat miałby obowiązek odmowy zgody na zarządzenie referendum przez Prezydenta, gdyby mogło to doprowadzić do rozstrzygnięcia sprzecznego z konstytucją”<sup>21</sup>. Pogląd ten należy w pełni podzielić, aczkolwiek praktyka referendalna z 2015 r. była w tym zakresie zupełnie inna. W maju 2015 r. Senat wyraził zgodę na zarządzenie przez Prezydenta RP referendum w przedmiocie zmiany proporcjonalnego systemu wyborczego do Sejmu na system większościowy realizowany w jednomandatowych okręgach wyborczych. Ponieważ zasada proporcjonalności wyborów do Sejmu *expressis verbis* wyrażona została w art. 96 ust. 2 konstytucji, kwestia ta nie powinna stać się przedmiotem referendum, aczkolwiek Senat, jak również część ekspertów przygotowujących na jego prośbę opinie w sprawie dopuszczalności zaproponowanych przez Prezydenta pytań referendalnych, byli innego zdania<sup>22</sup>.

W kontekście kontroli konstytucyjności referendum pojawia się również problem dopuszczalności kontroli przez Trybunał Konstytucyjny uchwały Sejmu w sprawie zarządzenia referendum lub analogicznego postanowienia Prezydenta RP wraz z towarzyszącą mu uchwałą Senatu. Według M. Jabłońskiego akty te mogą zostać zaskarżone do Trybunału Konstytucyjnego, przy czym autor ten wskazuje, iż sam Trybunał w jednym ze swych orzeczeń stwierdził, że zakresem kontroli konstytucyjności mogą być objęte „czynności służące wprowadzeniu umowy międzynarodowej do polskiego porządku prawnego, a więc ocena dotyczyć może również uchwały Sejmu, podjętej w trybie określonym w art. 90 ust. 4 konstytucji oraz w jej następstwie przeprowadzenia ogólnokrajowego referendum upoważniającego do ratyfikacji”. Biorąc pod uwagę, że uchwała Sejmu, postanowienie Prezydenta RP jak i towarzysząca mu uchwała Senatu są aktami normatywnymi w rozumieniu art. 188 pkt 3 konstytucji RP, a funkcjonowanie państwa polskiego opiera się na zasadach: demokratycznego państwa prawnego (art. 2), legalizmu (art. 7) czy nadrzędności konstytucji (art. 8 ust. 1), nie ma możliwości stosowania takiej wykładni, która *de facto* prowadzi do zaprzeczenia odrębności i kompletności konstytucyjnie ustanowionych procedur, czy też do podejmowania rozstrzygnięć sprzecznych z istniejącymi rozwiązaniami prawnymi. Dlatego też badanie konstytucyjności pytania (pytań) lub wariantów

<sup>20</sup> M. Jabłoński, *Rola Senatu w procesie inicjowania i zarządzania referendum ogólnokrajowego – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Kierunki zmian pozycji ustrojowej i funkcji Senatu RP*, A. Bisztyga, P. Zientarski (red.), Warszawa 2014, s. 154.

<sup>21</sup> L. Garlicki, *Uwaga 11 do art. 125*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, L. Garlicki (red.), Warszawa 2001, s. 10.

<sup>22</sup> Za dopuszczalnością referendum w sprawie zmiany systemu wyborczego do Sejmu z proporcjonalnego na większościowy pomimo, iż pozytywna odpowiedź na to pytanie byłaby niezgodna z Konstytucją opowiedział się M. Chmaj, W. Orłowski, natomiast przeciwny pogląd przedstawili M. Wiszowaty i R. Piotrowski. B. Banaszak generalnie dopuszcza możliwość przeprowadzenia referendum w kwestiach będących materią konstytucyjną, przy czym w przedstawionej przez siebie opinii wskazał na niedopuszczalność poddania powyższego pytania pod głosowanie z uwagi na to, iż do Sejmu został wniesiony projekt zmiany konstytucji w tym zakresie; zob. *Projekt postanowienia Prezydenta RP o zarządzeniu ogólnokrajowego referendum – opinie prawne*, „Opinie i Ekspertyzy” 2015, nr 234, *passim*.



odpowiedzi określonych przez podmiot zarządzający – niezależnie od tego, czy jest to Sejm czy Prezydent RP za zgodą Senatu musi wiązać się z tą kontrolą konstytucyjności i to jeszcze przed datą przeprowadzenia referendum<sup>23</sup>.

W literaturze przedmiotu wyrażony jest jednak również pogląd odmienny. Również sam Trybunał Konstytucyjny uznał, iż nie posiada kompetencji do badania „tych aktów organów państwa, które adresowane są do indywidualnego podmiotu, dotyczą konkretnej sprawy czy sytuacji, czy też których stosowanie ma charakter «jednorazowy», w związku z czym nie mają charakteru «aktów normatywnych»”<sup>24</sup>. Takimi aktami niewątpliwie jest uchwała Sejmu lub postanowienie Prezydenta w sprawie zarządzenia konkretnego referendum, które nie tworzą nowych norm prawnych tylko są aktami stosowania prawa.

Wobec braku kontroli konstytucyjności przedmiotu referendum szczególnie trudna sytuacja powstanie w sytuacji, gdy w przypadku skutecznego referendum, jego wiążący i rozstrzygający wynik naruszałby postanowienia konstytucji<sup>25</sup>. Z jednej strony bowiem, parlament byłby w świetle art. 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym zobowiązany do zmiany konstytucji, z drugiej strony natomiast procedura zmiany konstytucji została szczegółowo określona w art. 235 Konstytucji. Zobowiązanie w drodze referendum izb parlamentu do uchwalenia zmian w Konstytucji byłoby, jak wskazuje W. Sokolewicz, „jawnym uszczupleniem ich konstytucyjnej kompetencji”<sup>26</sup>. Są jednak w doktrynie również głosy, które wskazują, iż referendum w sprawie materii konstytucyjnej jest dopuszczalne a wiążący jego wynik nakłada na właściwe organy państwa obowiązek wykonania odpowiedniej inicjatywy ustrojodawczej.

Pozostając przy skutkach referendum, w kontekście głosowania ludowego z dnia 6 września 2015 r. trzeba zastanawiać się nad nimi w przypadku, w którym wynik głosowania byłby wiążący. Rozważania te mogą mieć oczywiście czysto teoretyczny charakter, gdyż frekwencja w głosowaniu wyniosła zaledwie 7,8 %, osiągając tym samym najniższy w polskiej historii ustrojowej poziom, a tym samym nie spełniając określonego w art. 125 Konstytucji minimum warunkującego wiążący charakter referendum.

W praktyce ustrojowej państw związanej z referendum, aby wynik wiążącego głosowania powszechnego stał się obowiązującym prawem zazwyczaj musi zostać implementowany do porządku prawnego przez właściwy organ państwa. W związku z tym, precyzyjne określenie obowiązków organów państwowych w tym zakresie może znacząco wpływać na to, czy wola obywateli wyrażona w wiążącym referendum zostanie faktycznie zrealizowana.

Zgodnie z art. 125 Konstytucji, jeżeli frekwencja w głosowaniu wyniesie ponad

<sup>23</sup> M. Jabłoński, *Rola Senatu ...*, s. 155 i n.

<sup>24</sup> Zob. Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt U 8/15 i wcześniejsze orzeczenia Trybunału cytowane w uzasadnieniu do tego postanowienia.

<sup>25</sup> Z sytuacją taką mielibyśmy do czynienia, gdyby frekwencja w referendum z dnia 6 września 2015 r. przekroczyła 50% wszystkich uprawnionych.

<sup>26</sup> W. Sokolewicz, *Opinia dotycząca wniosku obywatelskiego o podjęcie przez Sejm uchwały przeprowadzenia referendum ogólnokrajowego w sprawie zmian w ustroju Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 3, s. 109; Podobne stanowisko zajął . in. P. Winczorek, P. Sarnecki, M. Wiszowaty, L. Garlicki.

50% wszystkich uprawnionych do głosowania, referendum jest wiążące, tzn. wywołuje skutki prawne. Ustrojodawca nie określił jednak, jaki charakter prawny ma wynik wiążącego referendum oraz w jaki sposób powinien on zostać zrealizowany.

Do kwestii tej odniósł się ustawodawca, wskazując w art. 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym, iż „właściwe organy państwowe podejmują niezwłocznie czynności w celu realizacji wiążącego wyniku referendum zgodnie z jego rozstrzygnięciem przez wydanie aktów normatywnych bądź podjęcie innych decyzji, nie później jednak niż w terminie 60 dni od dnia ogłoszenia uchwały Sądu Najwyższego o ważności referendum w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej”. Należy zauważyć, iż art. 67 obecnej ustawy o referendum stanowi właściwie dosłowne powtórzenie art. 10 poprzedniej ustawy o referendum ogólnokrajowym z 1995 r.

W świetle powyższych regulacji należy zgodzić się z L. Garlickim, iż „rolą referendum jest (...) rozstrzygnięcie o kierunku decyzji państwowych, ale nie zastępowanie organów w podejmowaniu decyzji konkretnych”<sup>27</sup>. W podobnym duchu wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny twierdząc, iż konsekwencją osiągnięcia odpowiedniej frekwencji w referendum nie jest „wiążące rozstrzygnięcie”, ale „rozstrzygający wynik” referendum<sup>28</sup>. Wynik referendum bezpośrednio nie zmienia zatem postanowień obowiązujących ustaw czy konstytucji ani ich nie zastępuje<sup>29</sup>.

Jak wskazuje M. Jabłoński, z punktu widzenia władzy ustawodawczej wynik referendum ma się stać „szczególnego rodzaju podstawą z jednej strony legitymizującą, a z drugiej strony obowiązującą do podjęcia odpowiednich działań legislacyjnych. W zakresie spraw należących do kompetencji innych władz (organów) wynik referendum obliguje właściwy organ do podjęcia działania w zgodzie z wyrażoną wolą. W tym znaczeniu ma być dopiero podstawą przyszłych (potencjalnych) działań podejmowanych w ramach kompetencji właściwego organu państwa”<sup>30</sup>.

Jak dotąd, żadne z przeprowadzonych w Polsce referendów problemowych nie miało charakteru wiążącego z powodu zbyt niskiej frekwencji, więc problem skutecznej realizacji woli obywateli bezpośrednio wyrażonej w referendum rozważać można czysto teoretycznie. Wydaje się jednak, iż obecny kształt prawnych gwarancji realizacji wyniku referendum nie stanowi silnego zabezpieczenia, iż wola obywateli faktycznie zostanie zrealizowana. Ustawodawca zobowiązał jedynie właściwe organy państwa do podjęcia czynności „zmierzających” do realizacji wyniku referendum, w związku z czym wykonanie inicjatywy ustawodawczej w terminie 60 dni od dnia ogłoszenia wyników referendum przez właściwy organ państwa powoduje, iż właściwie obowiązek ten został spełniony.

Należy również zauważyć, że ustawodawca nie przewidział żadnych sankcji w przypadku niedopełnienia przez organy państwa obowiązku ustanowionego w art. 67 ustawy o referendum. Dochodzi wobec tego do sytuacji, w której ustawodawca nakłada na organy państwa określony obowiązek, jednocześnie jednak nie ma możliwości wyegzekwowania jego wykonania, ponieważ organy te nie ponoszą z tego

<sup>27</sup> L. Garlicki, *Uwaga 7...*, s. 6–7.

<sup>28</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 maja 2003 r., sygn. K 11/03.

<sup>29</sup> Co jest konsekwencją wspomnianego już braku ustaw referendalnych w polskim porządku prawnym.

<sup>30</sup> M. Jabłoński, *Rola Senatu ...*, s. 152.

tytułu żadnej odpowiedzialności<sup>31</sup>.

Słabością regulacji dotyczącej skuteczności referendum w Polsce jest również to, że prawo nie przewiduje terminu, w którym wola wyborców powinna zostać ostatecznie zrealizowana. Takie rozwiązanie stosowane jest w regulacjach państw obcych. Przykładowo parlament Słowenii zobowiązany jest uchwalić ustawę realizującą wynik referendum w terminie jednego roku. Dla skutecznej realizacji wyniku referendum istotne znaczenie ma jednak nie tylko wyznaczenie organom państwa temporalnych granic określających w sposób pozytywny termin, w którym wynik referendum powinien zostać przełożony na język prawny, ale również wprowadzenie środków prawnych umożliwiających obywatelom skuteczne egzekwowanie podjęcia takich działań od organów państwa<sup>32</sup>. W Polsce nie przewidziano żadnych procedur prawnych pozwalających reagować na bezczynność organów. Nie określono również odpowiedzialności organów państwa za niewykonanie obowiązku wynikającego z art. 67 ustawy o referendum ogólnokrajowym. Zdania na ten temat są podzielone. Jak wskazuje K. Skotnicki, organami państwa zobowiązanymi do niezwłocznego wykonania wiążącego wyniku referendum są Sejm, Senat i Prezydent, przy czym dwa pierwsze za niewykonanie obowiązku ponosić będą odpowiedzialność wyłącznie przed wyborcami podczas najbliższych wyborów, natomiast Prezydent ponosi odpowiedzialność konstytucyjną<sup>33</sup>. W tym kontekście należy zgodzić się jednak z poglądem, iż „stwierdzenie, iż nieuchwalenie ustawy dostosowującej przepisy prawa do wyniku referendum może powodować odpowiedzialność polityczną (w postaci niewybrania parlamentarzystów na następną kadencję)” jest jednak nieuzasadnione, ponieważ „niewybranie inkumbentów (osób dotychczas sprawujących mandat) nie może być traktowane jako forma odpowiedzialności, ponieważ może to nastąpić i następuje z różnorodnych przyczyn: wyborcy nie są w tym zakresie ograniczeni jakimikolwiek przesłankami wynikającymi z zachowania dotychczasowych parlamentarzystów”<sup>34</sup>. W świetle obowiązującego w Polsce prawa, nie ma również podstaw prawnych, które pozwoliłyby na pociągnięcie Prezydenta RP do odpowiedzialności konstytucyjnej przed Trybunałem Stanu za niezrealizowanie woli obywateli wyrażonej w wiążącym referendum.

Ponadto, ustawa o referendum ogólnokrajowym nie odnosi się do realizacji wyniku referendum w sytuacji, gdy dojdzie do końca kadencji Sejmu, nie przewidując w tej sytuacji na przykład wyjątku od działania zasady dyskontynuacji prac parlamentu. Zasada dyskontynuacji obejmuje zatem również ustawy będące konsekwencją wykonanego obowiązku realizacji rozstrzygnięcia referendalnego<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Por. W. Sokolewicz, *Opinia dotycząca ...*, s. 109.

<sup>32</sup> Por. A. Rytel-Warzocho, *Referendum ogólnokrajowe w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Warszawa 2011, s. 292.

<sup>33</sup> K. Skotnicki, *Opinia dotycząca wniosku obywatelskiego o podjęcie przez Sejm uchwały przeprowadzenia referendum ogólnokrajowego w sprawie zmian w ustroju Rzeczypospolitej Polskiej*, Przegląd Sejmowy 2005, Nr 3, s. 117; podobne stanowisko zajął M. Jabłoński, S. Grabowska, P. Radziejewicz, B. Banaszak.

<sup>34</sup> M. Jarentowski, K. Konieczko, *Opinia w sprawie projektu postanowienia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zarządzeniu ogólnokrajowego referendum (Senat RP: druk nr 899)*, Warszawa 19 maj 2015, s. 14.

<sup>35</sup> Zasada dyskontynuacji znajduje również zastosowanie w odniesieniu do złożonych w Sejmie ale nierozpatrzonych wniosków referendalnych, zob. szerzej: W. Odrowąż-Sypniewski, *Zastosowanie zasady dyskontynuacji prac parlamentarnych w odniesieniu do obywatelskiego wniosku o przeprowadzenie referendum*

Problem skuteczności referendum bezpośrednio wynikać też może z problemu prawidłowego sformułowania pytań referendalnych, o czym już była wcześniej mowa. Ich nieprecyzyjność może bowiem stanowić przeszkodę w realizacji rozstrzygnięcia zapadłego podczas głosowania ludowego.

Kilka słów poświęcić warto także kampanii instytucjonalnej i jej przebiegowi<sup>36</sup>. Co prawda, kampania taka nie została w sposób wyraźny nazwana w ustawie o referendum ogólnokrajowym, to jednak została ona tam uregulowana, choć w sposób niezwykle ogólny, poprzez wyłączenie pewnych kategorii aktywności z zaliczania ich do kampanii referendalnej. W efekcie interpretacja treści art. 58 powyższej ustawy prowadzi do wniosku, że kampanię instytucjonalną stanowi „przekazywanie przez organy państwowe, w tym organ zarządzający referendum, informacji mających na celu przedstawianie i wyjaśnianie treści pytań lub zaproponowanych wariantów rozwiązań oraz udzielanie odpowiedzi na pytania obywateli dotyczące referendum”. W konsekwencji każdy organ państwowy staje się uprawniony do podejmowania działań, które będą polegały na realizacji wskazanych uprawnień, choć oczywiście szczególna rola w tym zakresie należy do organów wyborczych, szczególnie w sferze odpowiadania na pytania zgłaszane przez obywateli.

Owa regulacja musi budzić uzasadnione wątpliwości przede wszystkim ze względu na jej nieprecyzyjność. Dotyczy to przede wszystkim wyjaśniania treści pytań oraz prezentowanych wariantów rozwiązań. Ustawodawca nie zaznaczył w sposób wyraźny obowiązku obiektywizmu organów państwowych w sferze przekazu informacji o takiej treści. Niesie to ze sobą ryzyko, że organy nie poprzestaną na „suchej” prezentacji znaczenia i konsekwencji poszczególnych pytań lub wariantów rozwiązań, lecz będą one prezentować je w sposób subiektywny<sup>37</sup>. Szczególne ryzyko wiąże się tu z działaniami organów o politycznym charakterze, których stanowisko może być po prostu prezentacją poglądów ugrupowań politycznych, z których piastuni takich mandatów się wywodzą. Można więc uznać, że tak szerokie rozumienie kampanii instytucjonalnej stwarza możliwości prowadzenia *de facto* kampanii referendalnej pod przykrywką działań instytucjonalnych. Dodatkowy problem pojawia się też w przypadku organów jednoosobowych, w przypadku których trudno jest oddzielić działania takiego podmiotu jako organu państwowego oraz jako osoby fizycznej<sup>38</sup>.

Powyższe obawy trudno ocenić w oparciu o doświadczenia z referendum z 2015 r., gdyż wspomniana kampania instytucjonalna nie była prowadzona na szerszą skalę. Przede wszystkim dotyczy to wyjaśniania treści pytań referendalnych. Prawdopodobnie było to wynikiem ich nieprecyzyjności, co w znacznej mierze mogło utrudniać dokonania ich precyzyjnej interpretacji. W zasadzie jedynym organem,

*ogólnokrajowego*, Zeszyty Prawnicze Biura Studiów i Ekspertyz, rok II, nr 4(8) 2005, s. 17–19.

<sup>36</sup> Nazwa ta używana jest przede wszystkim przez doktrynę zachodnioeuropejską i południowoamerykańską. M. Jabłoński określa ją jako „urzędowe wyjaśnianie”, M. Jabłoński, *Polskie referendum akcesyjne*, Wrocław 2007, s. 202.

<sup>37</sup> Zob. więcej P. Uziębło, *Prawna regulacja instytucji referendum ogólnokrajowego w Polsce (wybrane zagadnienia)*, „Studia Europejskie WSMGiP” 2004, t. XIII, s. 218

<sup>38</sup> Było to szczególnie widoczne w czasie kampanii referendalnej w 2003 r., kiedy to Prezydent RP prowadził jednoznaczne działania popierające akcesję do UE, zob. M. Marczewska-Rytko, *Kampania przed referendum akcesyjnym polski do UE w kontekście doradztwa politycznego*, „Roczniki Nauk Społecznych” 2014, nr 1, s. 84–85.

który podjął się tego zadania był organ inicjujący, a więc Prezydent RP, jednak nie czynił on tego na większą skalę, ograniczając się przede wszystkim do organizowania dyskusji eksperckich o znaczeniu rzeczonych pytań i konsekwencji pozytywnych lub negatywnych odpowiedzi na nie. Zresztą informacje o tej sferze aktywności nie były przedmiotem oficjalnych stanowisk głowy państwa, a nawet nie były szerzej prezentowane w głównych mediach<sup>39</sup>.

Osobnym przypadkiem jest aktywność Państwowej Komisji Wyborczej koncentrująca się na wyjaśnieniu technicznych aspektów głosowania. Aktywność tę ocenić jednak trzeba jako niezadowolającą, gdyż co prawda sam sposób głosowania nie był specjalnie skomplikowany, ale jednak kampania prowadzona przez PKW nie była prowadzona na szerszą skalę. Przygotowane na potrzeby tego referendum krótkie filmy<sup>40</sup> nie były szczególnie eksponowane w mediach, w tym w mediach publicznych, co w pewnym stopniu również mogło przyczynić się do wyjątkowo niskiej frekwencji, choć z pewnością nie było głównym jej determinantem.

Mając powyższe na względzie warto zastanowić się nad potrzebą nowelizacji ustawy o referendum w tym obszarze. Przede wszystkim chodzi tu o wyraźne określenie ram kampanii instytucjonalnej w taki sposób, aby w jej ramach nie była prowadzona faktycznie agitacja referendalna. Mimo, że nie opowiadamy się za wprowadzaniem kazuistyki do polskiego ustawodawstwa, to w tym wypadku wskazanie enumeratywnego katalogu działań, które mieszczą się w ramach kampanii instytucjonalnej byłoby ze wszech miar wskazane. Ponadto konieczne staje się nałożenie dalej idących obowiązków na telewizję i radiofonie publiczną związanych z szerszym zakresem informowania potencjalnych głosujących o sposobie przeprowadzania referendum i jego konsekwencjach. W kontekście głosowania ludowego jest szczególnie ważne, że dla jego wiążącego charakteru wymagane jest osiągnięcie frekwencji przekraczającej 50 % uprawnionych, co w polskiej perspektywie i tak stanowi wymóg znaczący. Stąd też warto zastanowić się, czy jednak nie powrócić do pomysłu indywidualnego informowania wyborców o miejscu i czasie, w którym mogą oddać swój głos<sup>41</sup>. O ile pomysł ten nie przekonuje nas w odniesieniu do wyborów, o tyle specyfika referendum może uzasadniać takie działania.

Oprócz kampanii instytucjonalnej na uwagę zasługuje też kampania referendalna. Sposób jej regulacji posiada wiele wad, jednakże w kontekście referendum z 2015 r. (a także referendum akcesyjnego z 2003 r.) największe kontrowersje budzić musi sposób uregulowania prowadzenia kampanii w mediach publicznych. Zgodnie z treścią art. 48 ust. 1 w związku z art. 49 ust. 1 i 2 prawo do nieodpłatnego rozpowszechniania audycji referendalnych w programach radiowych i telewizyjnych nadawców publicznych posiadają partie polityczne, które w ostatnich wyborach do Sejmu tworząc własny komitet wyborczy uzyskały, w skali kraju, co najmniej 3% ważnie

<sup>39</sup> W mojej ocenie właśnie brak debat, w tym debat eksperckich w mediach publicznych jest słabością regulacji referendalnej.

<sup>40</sup> Zob. [http://referendum2015.pkw.gov.pl/aktualnosci/6\\_Multimedia](http://referendum2015.pkw.gov.pl/aktualnosci/6_Multimedia) [07.07.2016].

<sup>41</sup> Postulat taki zgłaszała A. Sokala, *Należy indywidualnie zawiadamiać wyborców o wyborach*, „Analizy i Opinie ISP” 2005, nr 37, s. 4.

oddanych głosów albo wchodziły w skład koalicji, której komitet uzyskał, w skali kraju, co najmniej 6% takich głosów, klubom poselskim, senatorskim lub parlamentarnym, które na rok przed dniem ogłoszenia uchwały lub postanowienia o zarządzeniu referendum zrzęsały posłów lub senatorów wybranych z list komitetu wyborczego wyborców, a parlamentarzyści ci stanowili więcej niż połowę składu klubu, pełnomocnikami obywateli będących wnioskodawcą referendum, a także fundacjom, stowarzyszeniom i innym organizacjom społecznym zarejestrowanym lub zgłoszonym nie później niż na rok przed dniem ogłoszenia aktu o zarządzeniu referendum, prowadzącym działalność związaną z przedmiotem referendum, która mieści się w zakresie ich celów statutowych (stowarzyszenia lub inne organizacje społeczne muszą też mieć obszar działania obejmujący całe terytorium RP). Warunkiem skorzystania z czasu antenowego jest zgłoszenie takiego zamiaru do PKW najpóźniej w 40 dniu przed dniem referendum.

Tak szeroki katalog podmiotów uprawnionych do korzystania z bezpłatnego czasu antenowego powoduje, że korzystają z niego bardzo liczne organizacje, często w żaden sposób nie mogące być uznanymi za reprezentatywne. Z czasu antenowego nie mogą bowiem korzystać partie polityczne nie spełniające powyżej wskazanych wymogów<sup>42</sup>, a które uzyskały poparcie nawet kilkuset tysięcy głosów<sup>43</sup>, zaś prawo takie przysługuje stowarzyszeniom zwykłym, skupiającym co najmniej trzech członków, często dbającym jedynie o partykularne interesy takich osób<sup>44</sup>. W 2015 r. zamiar skorzystania z tego prawa zgłosiło aż 157 podmiotów, z czego tylko 24 organizacje zostały uznane za nieuprawnione. W efekcie z bezpłatnego czasu antenowego skorzystały aż 133 podmioty, w tym 5 partii politycznych, 34 fundacje i 94 stowarzyszenia<sup>45</sup>. O przyznaniu tego uprawnienia decydowały oczywiście względy formalne, jednak niekiedy już sama nazwa pozwala mieć wątpliwości np. co do ogólnopolskiego charakteru stowarzyszenia<sup>46</sup>. Do podobnych wniosków prowadzi zresztą także treść audycji referendalnych prezentowanych przez niektóre podmioty, która nie miała istotnego związku z tematyką referendum. Ponadto też wiele z takich podmiotów prezentowało jeden materiał, przygotowany przez osobny podmiot. Wreszcie, co również wzmacnia krytyczną ocenę obecnego unormowania, liczne podmioty po prostu nie dostarczyły do mediów swoich audycji referendalnych<sup>47</sup>. W konsekwencji nie można mieć wątpliwości, że potrzebne jest dokonanie nowelizacji ustawy o referendum ogólnokrajowym w tym zakresie.

Pożądaną kształt owej nowelizacji powinien prowadzić do ograniczenia dostępu do

<sup>42</sup> Rodzi się pytanie, czy nie mogą one być uznane za organizacje społeczne, a tym samym dopuszczone do udziału w kampanii, jeśli spełniają kryteria przewidziane dla takich organizacji, zob. P. Uziębło, *op. cit.*, s. 221.

<sup>43</sup> W wyborach do Sejmu w 2015 r. osiągnięcie progu 3% wymagało poparcia ponad 456 tysięcy wyborców.

<sup>44</sup> Nie przekonuje argumentacja M. Jabłońskiego, że „ustawodawca miał na względzie zapewnienie jak najszerzej, a z drugiej strony jak najbardziej reprezentatywnej grupy podmiotów, które czynnie i rzeczowo mogą wziąć udział w kampanii”, M. Jabłoński, *Polskie referendum...*, s. 198.

<sup>45</sup> Zob. [http://referendum2015.pkw.gov.pl/328\\_Podmioty\\_uprawnione](http://referendum2015.pkw.gov.pl/328_Podmioty_uprawnione) [11.07.2016].

<sup>46</sup> Np. Stowarzyszenie Rozwoju Miejscowości Zajac, Gminy Liw i Okolic „LEPUS”, Stowarzyszenie na Rzecz Rozwoju Wsi Wietrzno “Wiatr” czy Stowarzyszenie “Porozumienie Samorządowe Ziemi Kościańskiej”.

<sup>47</sup> W. Beczek, Przykładowa audycja referendalna w TVP? Ponad 7 minut, 3 identyczne klipy i 13 plansz “nie dostarczył audycji”, <http://www.tokfm.pl/Tokfm/1,130517,18626397,przykladowa-audycja-referendalna-w-tpv-ponad-7-minut-3-identyczne.html> [12.07.2016].

mediów publicznych dla podmiotów, które posiadają realne znaczenie. Teoretycznie w przypadku stowarzyszeń i innych organizacji społecznych mogłoby to być kryterium ich liczebności, a także skupianie członków, którzy zamieszkują w różnych regionach kraju<sup>48</sup>. Niemniej jednak byłoby to trudno weryfikowalne i mogłoby prowadzić do nadużyć. Większy problem byłby natomiast z fundacjami, które opierają się na substracie majątkowym, a nie osobowym. Dlatego też godnym rozważenia byłoby dzielenie czasu antenowego po równo pomiędzy podmioty opowiadające się za lub przeciw proponowanemu w referendum rozwiązaniu, przy jednoczesnej zmianie formuły audycji referendalnych. Postulowałbym zastąpienie własnych audycji referendalnych poszczególnych podmiotów przez debaty z ich udziałem. Efektem tego byłoby nie tylko wyeliminowanie „spotów” niemerytorycznych, promujących jedynie określony podmiot, ale także wprowadzenie elementu edukacyjnego, który dawałby odbiorcom możliwość konfrontacji argumentów zwolenników i przeciwników proponowanego rozwiązania. Przy takiej formule można byłoby nawet utrzymać lub lekko zmodyfikować aktualną regulację odnoszącą się do podmiotów uprawnionych do udziału w takich programach, a uczestników poszczególnych debat wyłaniać np. w drodze losowania.

Na zakończenie przebieg i efekt referendum z dnia 6 września 2015 r. skłania do jeszcze jednej refleksji. Rodzi się bowiem pytanie czy instytucja referendum jest najlepszym sposobem rozstrzygnięcia kwestii, których wymiar jest wyjątkowo złożony. Oddanie głosu przez wyborcę może tu być warunkowane różnymi czynnikami, głównie związanymi z popieraniem lub też opozycją do określonych ugrupowań, a nie czynnikami merytorycznymi. Ponadto też niezrozumienie tematyki może powodować znaczącą absencję w głosowaniu, co przekłada się na niewiążący skutek takiego głosowania ludowego. W tym kontekście godzi się zauważyć, że wielu badaczy generalnie popierających idee wzmocnienia partycypacji społecznej postuluje zastępowanie referendum mechanizmami demokracji deliberatywnej, jakim jest chociażby panel obywatelski<sup>49</sup>. Byłaby to szansa na zwiększenie świadomości obywateli dokonujących wyboru określonego rozwiązania, a ponadto byłoby rozwiązaniem znacznie tańszym i nie rodzącym ryzyka fiaska, jak w przypadku wspomnianej zbyt niskiej frekwencji. Ponadto wreszcie nie stwarzałyby to możliwości taktycznej absencji tylko po to, aby zablokować rozwiązanie popierające przez większość zainteresowanych rozstrzyganą kwestię<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Przykładowo członkowie tacy mogliby zamieszkiwać w ponad połowie województw.

<sup>49</sup> Są pomysły, aby właśnie w ten sposób prowadzić prace nad reformą prawa wyborczego w Kanadzie, zob. <https://www.thestar.com/news/canada/2016/03/11/ndp-calls-for-citizens-input-on-reforming-canadas-electoral-system.html> [15.07.2016]

<sup>50</sup> N. Crosby, J.M. Kelly, P. Schaefer, *Citizens Panel. A New Approach to Citizen Participation*, [w:] *The Age of Direct Citizen Participation*, N.C. Roberts (ed.), New York 2015, s. 274–276, M. Gerwin, *Brexit: Referendum, które skompromitowało referenda*, <http://www.krytykapolityczna.pl/artykuly/ue/20160627/brexit-referendum-ktore-skompromitowalo-referenda> [15.07.2016].

## Streszczenie

Niepowodzenie referendum ogólnokrajowego, które odbyło się w dniu 6 września 2015 r., jak również nieudana próba zarządzania kolejnego referendum w tym samym roku przez Prezydenta Andrzeja Dudę, wywołały dyskusję dotyczącą obecnego kształtu prawnego tej instytucji w Polsce. Niniejszy artykuł poświęcony został istotnym aspektom instytucji referendum ogólnokrajowego, które w praktyce wywołały najwięcej kontrowersji i rozbieżności interpretacyjnych. Przede wszystkim, autorzy skupili się na takich kwestiach, jak materia referendum problemowego, zarządzanego na podstawie art. 125 Konstytucji, w tym problematyka referendum ustawodawczego, odpowiednie sformułowanie pytań referendalnych, kampania instytucjonalna poprzedzająca referendum, kontrola konstytucyjności referendum oraz jego skuteczność. Dokonanie niezbędnych nowelizacji w tym zakresie jest niezbędne dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania w Polsce najistotniejszej instytucji demokracji bezpośredniej jaką jest referendum. Autorzy kończą swoje rozważania przedstawieniem wniosków *de lege ferenda*, podkreślając jednocześnie, iż mając na uwadze, że po nieudanym referendum w 2015 r. pojawiały się głosy kwestionujące potrzebę utrzymywania mechanizmów demokracji bezpośredniej w polskim porządku prawnym, podjęcie dyskusji na ten temat jest szczególnie istotne.

## Słowa kluczowe:

referendum ogólnokrajowe, kontrola referendum, kampania instytucjonalna, skuteczność referendum, pytania referendalne

### **Few Remarks on the Nationwide Referendum (De Lege Ferenda Conclusions Based on the Experience of the Referendum of 2015)**

## Summary

The failure of the referendum of 6 September 2015, as well as an unsuccessful attempt to call another referendum on matters of special importance to the State by the President of Poland, led to questions concerning the current shape of the constitutional and statutory regulation of this institution. The article has been devoted to the most important referendum aspects which did not work properly in practice. The authors primarily focused on such issues as the problematic nature of referendum ordered under art. 125 of the Constitution, including legislative referendum, the appropriate wording of referendum questions, the institutional campaign and its course, the constitutional review of referendum and its effectiveness. In all of these areas some modifications are required in order to ensure the real use of popular voting in Polish political system. That justifies the analysis of these issues and the



presentation of *de lege ferenda* conclusions, which are even more important in view of the fact that after the referendum conducted in 2015 there were voices questioning the sense of the existence of mechanism concerning the direct participation of citizens in the Polish constitutional system.

**Keywords:**

national referendum, constitutional review, institutional campaign, effectiveness of referendum, referendum questions

**Anna Rytel-Warzocha** – doktor nauk prawnych, adiunkt Uniwersytetu Gdańskiego w Katedrze Prawa Konstytucyjnego i Instytucji Politycznych na Wydziale Prawa i Administracji UG. Autorka kilkudziesięciu publikacji. Współpracuje z licznymi organizacjami pozarządowymi (m.in. Instytutem Spraw Publicznych, INSPRO czy Mehr Demokratie). Jest też członkiem założycielem organizacji Democracy International.



**Piotr Uziębło** – doktor habilitowany, profesor Uniwersytetu Gdańskiego w Katedrze Prawa Konstytucyjnego i Instytucji Politycznych na Wydziale Prawa i Administracji UG. Autor i współautor kilkudziesięciu publikacji naukowych. W swojej pracy badawczej koncentruje się przede wszystkim na problematyce demokracji partycypacyjnej, wyborów oraz prawa parlamentarnego. Członek komitetów redakcyjnych oraz rad naukowych czasopism naukowych (Przegląd Prawa Konstytucyjnego, Gdańskie Studia Prawnicze–Przegląd Orzecznictwa, Przegląd Naukowy Disputatio).





**Herbert Schambeck**

Universität Linz

## **Das Volksbegehren und seine Bedeutung für die Staatslehre und das Staatsrecht**

Der Staat als der dem Einzelnen und der Gesellschaft übergeordnete Herrschaftsverband, der die Höchstfunktion der Begründung und Sicherung der Ordnung zu erfüllen hat, wird vor allem von drei Elementen geprägt, dem territorialen Element des Staatsgebietes, dem imperialen Element der Staatsgewalt sowie dem personalen Element des Staatsvolkes.

Das personale und imperiale Element des Staates verbinden sich in der Demokratie als Herrschaft des Volkes. Die Demokratie wird nach dem Verantwortungsdenken des Einzelnen und der Gesellschaft sowie des von diesem geprägten Geschichtsbewusstsein, ihrer Gegenwartsverantwortung und Zukunftserwartung in jedem Staat ihre eigene Prägung haben.

Mannigfaltig sind die Formen der Demokratie im Staat. Zwei Formen haben sich dabei besonders herausgebildet: die Selbstherrschaft des Volkes in der plebiszitären Form der direkten Demokratie einerseits und die Beauftragung durch das Wahlrecht des Volkes in der repräsentativen Form der parlamentarischen Demokratie andererseits.

**1.** Die demokratische Idee<sup>1</sup> wurde vor allem bestimmt durch die im 18. Jahrhundert von JEAN JACQUES ROUSSEAU<sup>2</sup> geprägte Lehre der Identität von Herrscher und Beherrschten, einer Theorie, die konsequent und radikal der direkten Demokratie das Wort gesprochen hat. Es ist daher nicht verwunderlich, dass immer dann, wenn ein demokratisches System eine neue Phase seiner Entwicklung durchmacht und diese gar ein bestimmtes Maß an Radikalität besitzt, plebiszitäre Formen des politischen Denkens deutlich werden. Dabei darf aber nicht, was meistens der Fall ist, übersehen werden, dass ROUSSEAU nach seinen eigenen Worten<sup>3</sup> seine Lehre nur für ein Gemeinwesen von der Größe Korsikas und nicht für den von uns heute zu bewältigenden Flächenstaat und seine uns aufgetragene Massengesellschaft entwickelt hat. ROUSSEAU kannte die plebiszitäre Form der Demokratie nicht als eine Alternative neben ihrer repräsentativen Prägung, sondern vielmehr als die einzig wahre legitime Form der Demokratie.

Da ROUSSEAU das englische Parlament als Machtmittel der Klassenherrschaft und nicht als Volksvertretung ansah, weil es mit dem Volk nicht kooperierte, sondern sich isolierte, lehnte er jedes souveräne Repräsentationsorgan ab und erkannte nur den gemeinschaftsbezogenen Volkswillen an, in dem der Einzelwille fügenlos

---

<sup>1</sup> \*Dr.jur., Dr. h.c.mult., em.o.Univ.-Prof. für öffentliches Recht, politische Wissenschaften und Rechtsphilosophie an der Universität Linz, Präsident des Bundesrates der Republik Österreich i.R., Wien.  
Max Imboden, Rousseau und die Demokratie, Recht und Staat, Heft 267, Tübingen 1963, S. 5: „In Ablehnung oder Zustimmung, niemals aber in Indifferenz zum Contrat Social, hat sich das Staatsdenken der letzten zwei Jahrhunderte fortentwickelt“.

<sup>2</sup> Jean Jacques Rousseau, Du contrat social, 1762.

<sup>3</sup> Siehe Rousseau, Du contrat social, 10. Kapitel (Ausgabe H. Denhardt, Leipzig o. J.) S. 58.

in den Gemeinwillen aufzugeben habe. So öffnete ROUSSEAU mit seiner Lehre von der Volksherrschaft an Stelle des bisherigen extremen Individualismus den Weg zu einem schrankenlosen Kollektivismus.<sup>4</sup> Sehr deutlich wurde dies in der französischen Revolution. Sie führte in der plebiszitären Gestaltung aller drei Staatsfunktionen, also der Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit, zu keiner Demokratisierung, sondern zu einer Jakobinisierung, in der nicht ein einheitlich gefasster Volkswille vorhersehbar und berechenbar für alle ausgeführt wurde, sondern die von Tagesgunst geführte Willkür die Ausübung der Staatsfunktionen bestimmte. Die Folge dessen war ein Anarchismus, der nach Autorität rief. Die französische Verfassungsentwicklung von der Jakobinerverfassung 1793 über die Direktorialverfassung 1795 und Konsulatsverfassung 1799 zur Kaiserverfassung 1804 zeigt deutlich den Weg dieser Entwicklung nach der anfangs plebiszitär geprägten französischen Revolution. So faszinierend die Idee plebiszitärer Demokratie in der Spätzeit des Absolutismus war, so enttäuschend erwies sich aber ihre Realität hernach. ROUSSEAU hat nämlich auf die sich stellende Frage, wer für das vorgestellte Volk als Instanz tätig zu werden hat, keine Antwort gegeben.<sup>5</sup>

Die Idee direkter Demokratie als Ausdruck politischer Initiative des Volkes wurde in der Folge nur mehr bei Umbruchszeiten in der Phase ihrer revolutionären Entwicklung und nach ihrer Verfassungsgebung in einer rudimentären Form als plebiszitäre Einrichtungen, wie Volksabstimmung, Volksbegehren und Petitionsrecht deutlich. Von diesen Verfassungseinrichtungen kommt der Idee direkter Demokratie das Volksbegehren besonders nahe, weil das Volk nicht, wie bei der Volksabstimmung, über einen bereits gefassten parlamentarischen Beschluss im nachhinein entscheidet, sondern selbst im vorhinein richtungsgebend die Initiative ergreift, wobei der Unterschied zur Petition in der breiteren demokratischen Basis liegt.

2. Bei direkter Demokratie denkt man vor allem an die Schweiz,<sup>6</sup> von der RENÉ RHINOW und MARKUS SCHEFER feststellten: „Markantes Kennzeichen der schweizerischen Demokratie ist es, dass die Bürger und Bürgerinnen nicht nur durch ein Parlament repräsentiert werden, sondern auch in größerem Ausmaß zu Sachfragen Stellung nehmen können. Das repräsentative Element der schweizerischen Demokratie ist zwar älter als das direktdemokratische und nach wie vor von grundlegender Bedeutung. Unbestrittenermaßen üben aber die seit 1874 sukzessive eingeführten Volksrechte einen prägenden Einfluss auf das politische System und die Funktionsweise des Staates aus. Repräsentative und direkte Demokratie ergänzen sich, stehen aber auch in einem gewissen Spannungs- und Konkurrenzverhältnis zueinander“<sup>7</sup>; den Volksrechten „kommen kontrollierende, initiierte, bremsende,

<sup>4</sup> So auch Horst Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953, S. 110; dazu auch Imboden, a.a.O., S. 13: „So steht die Lehre Rousseaus zwischen schützender Umhegung des isolierten Individuums und Postulierung des absoluten Kollektivs“.

<sup>5</sup> Imboden, a.a.O., S. 17.

<sup>6</sup> Siehe René Rhinow, Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009.

<sup>7</sup> Rhinow, Schefer, a.a.O., S. 393.

legitimierende und das System prägende Funktionen zu“<sup>8</sup>

Eine andere Entwicklung hat in Deutschland Platz gegriffen. In Deutschland war zur Zeit der Weimarer Republik „das Volk eine bedeutende Kraft“ in ihrer Verfassung<sup>9</sup>. Den Stimmberechtigten wurde plebiszitäre Entscheidungen, vor allem bei der Wahl des Reichspräsidenten<sup>10</sup>, den Reichstagswahlen<sup>11</sup> sowie in Volksbegehren<sup>12</sup> und Volksentscheid<sup>13</sup> abverlangt. Betrachtet man das Ende der Weimarer Republik, kann heute festgestellt werden, dass sich das Volksbegehren nicht als eine rettende Bürgschaft politischer Freiheit bewährt hat. Es wundert daher nicht, dass 1949 diese Form direkter Demokratie für die Bundesgesetzgebung in das Bonner Grundgesetz nicht aufgenommen wurde. Es erklärt wohl für zulässig, in Landesverfassungen Volksbegehren und Volksentscheide vorzusehen – „die Länder dürfen also ‚unmittelbar demokratisch‘ sein als die Bundesrepublik“<sup>14</sup> – kennt selbst daran aber im Grundgesetz nur insofern einen Anklang, als nach Art. 29 Abs. 3 GG das Volk eines Landes nur für den Fall gebietlicher Neugliederung zu hören ist.

Das bundesdeutsche Verfassungsrecht hat den Einfluss direkter Demokratie nach dem 2. Weltkrieg zum Unterschied von der Verfassung der Weimarer Republik zurückgedrängt. So wird auch der deutsche Bundespräsident nach Art. 54 I GG anders als der ehemalige Reichspräsident nicht mehr vom Volk, sondern von der Bundesversammlung gewählt. Der Abgeordnete und spätere Bundespräsident Deutschlands Dr. THEODOR HEUSS warnte sogar davor, die künftige Demokratie mit Volksbegehren und Volksentscheid zu belasten. Er meinte, dass das Schweizer Vorbild nicht ohne weiteres auf die deutschen Verhältnisse übertragen werden könne. In der Zeit der Vermassung und Entwurzelung in der großräumigen Demokratie sei das Volksbegehren, die Volksinitiative, die in den übersehbaren Dingen mit einer staatsbürgerlichen Tradition wohlütig sei, die Prämie für Demagogen, die zu einer dauernden Erschütterung des mühsam erkämpften und noch zu erkämpfenden Ansehens der Gesetzgebungskörper führen.<sup>15</sup> Auf diese Weise wurde in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland 1949 „in bewusster Entscheidung das plebiszitäre Element praktisch ausgeschaltet“.<sup>16</sup>

**3.** Kontinuierlicher verlief hingegen die Entwicklung des Volksbegehrens in Österreich<sup>17</sup>. Gleich der Weimarer Republik, an die sich die neugeschaffene Republik

<sup>8</sup> Rhinow, Schefer, a.a.O., S. 392; siehe Art. 136 ff. der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1919.

<sup>9</sup> Werner Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., Berlin 1970, S. 19.

<sup>10</sup> Art. 41 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (WRV).

<sup>11</sup> Art. 22 WRV.

<sup>12</sup> Art. 73 und 76 WRV.

<sup>13</sup> Art. 73 und 76 WRV. Siehe dazu Carl Schmitt, Volksentscheid und Volksbegehren – Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie, Berlin und Leipzig 1927.

<sup>14</sup> Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 16. Aufl., München 1968, S. 316.

<sup>15</sup> Parlamentarischer Rat, Stenographischer Bericht, S. 43, 818.

<sup>16</sup> Ulrich Scheuner, Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 235.

<sup>17</sup> Siehe Reinhard Rack, Die rechtliche Entwicklung von Volksbegehren und Volksabstimmung in Österreich, Österreichisches Verwaltungsarchiv 1969, S. 149 ff.

Deutsch-Österreich gerne angeschlossen hätte<sup>18</sup>, bestand auch in Österreich nach 1918 eine starke Tendenz zu Formen direkter Demokratie. Dies lässt sich aus der 1918 erfolgten Abkehr von der monarchischen Staatsform und dem jahrzehntelangen Streben nach Ausbau der Demokratie erklären. Die Volksinitiative in der Verfassungseinrichtung des Volksbegehrens wurde im Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920<sup>19</sup> im Art. 41 Abs. 2 verankert, nachdem bereits in den verschiedenen Verfassungsentwürfen Formen direkter Demokratie vorgeschlagen waren.

In Österreich sind Volksbegehren nach Art. 41 Abs. 2 B-VG ins österreichische Staatsrecht möglich. Auf Grund dieser Verfassungsbestimmung ist das Volksbegehrensgesetz 1963 (BGBl.Nr. 197/1963) und das Bundesgesetz 1973, mit dem das Volksbegehrensgesetz geändert wird (BGBl.Nr. 120/1973) erlassen worden.

Jeder von 100 000 Stimmberechtigten oder von je einem Sechstel der Stimmberechtigten dreier Bundesländer gestellte Volksbegehrensantrag ist von der Bundeswahlbehörde dem Nationalrat zur Behandlung vorzulegen.

Stimmberechtigt bei diesem Volksbegehren ist, wer am letzten Tag des Eintragungszeitraumes das Wahlrecht zum Nationalrat besitzt und in einer Gemeinde des Bundesgebietes den Hauptwohnsitz hat. Das Volksbegehren muss eine durch Bundesgesetz zu regelnde Angelegenheit betreffen und kann in Form eines Gesetzesantrags gestellt werden.

Ein Volksbegehren begründet eine rechtliche Verpflichtung des Nationalrates, einen solchen Gesetzesantrag in Behandlung zu nehmen, jedoch nicht auch eine entsprechende gesetzliche Regelung zu treffen.

Nach dem Volksbegehrensgesetz ist das Verfahren eines Volksbegehrens in drei Abschnitte gegliedert, nämlich in das Einleitungsverfahren, zu dessen Durchführung der Bundesminister für Inneres zuständig ist, das Eintragungsverfahren, das von den Gemeinden als Eintragungsbehörden im übertragenen Wirkungsbereich durchzuführen ist sowie das Ermittlungsverfahren, an dessen Durchführung die Eintragungsbehörden, die Bezirkswahlbehörden und die Bundeswahlbehörde beteiligt sind.<sup>20</sup> Es soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass Österreich in einigen Landesverfassungen Volksbegehren<sup>21</sup> vorgesehen hat.

**4.** Betrachtet man die Ergebnisse dieses Verfassungsvergleiches nach der Stellung des Volksbegehrens in der schweizerischen, deutschen und österreichischen Rechtsordnung, so zeichnet sich darin sehr deutlich die Entwicklung von

<sup>18</sup> Beachte Friedrich F.G. Kleinwächter und Heinz von Paller, Die Anschlussfrage, Wien–Leipzig 1930; Walter Goldinger, Der geschichtliche Ablauf der Ereignisse in Österreich von 1918–1945, in Geschichte der Republik Österreich, hrsg. von Heinrich Benedikt, Wien 1954, S. 94 ff. und Erich Zöllner, Geschichte Österreichs. Von den Anfängen bis zur Gegenwart, Wien 1966, S. 492 ff.

<sup>19</sup> Gesetz vom 1. Oktober 1920, StGBI.Nr. 450, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz).

<sup>20</sup> Siehe näher Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl., Wien 2015, S. 237 ff.

<sup>21</sup> Beachte Friedrich Koja, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer, Wien–New York 1967, S. 145 f.

Wesenszügen der modernen Demokratie ab. Die Eidgenossenschaft ist durch eine jahrhundertewährende Entwicklung der Demokratie<sup>22</sup> von ihren plebisitären Anfängen in den Urkantonen an – übrigens Jahrhunderte vor ROUSSEAUS Lehre vom Gesellschaftsvertrag – gekennzeichnet und ihre Verfassungsentwicklung erweist sich insofern als eine Vervollkommnung und Zeitanpassung ihrer jahrhundertalten Demokratie. Anders ist dies in Deutschland und Österreich; hier sind die Verfassungen und die Demokratie in Auseinandersetzung mit der monarchischen Staatsform und ihren lange absolutistisch denkenden Repräsentanten entstanden.<sup>23</sup> Schrittweise wurden die Anliegen der Demokratie zuerst in den Verfassungen der Monarchie vertreten und nach Ausrufung der Republik in Deutschland und Österreich weiterentwickelt, wobei sich das Verfassungsrecht in den Staaten teils als neues auf die republikanische Staatsform hin entwickeltes Rechtsgut, teils als Reaktion auf die vorangegangene monarchische Staatsform und ihre Verfassungen und teils als Weiterentwicklung des aus der Monarchie übernommenen Verfassungsrechtes erwies.

Die Ausgangssituation, von der aus die Entwicklung der Demokratie erfolgte, war in der Schweiz anders als in Deutschland und Österreich. In der Schweiz war das Volk Träger der Staatsgewalt und bemühte sich im Rahmen seiner Selbstverwirklichung um die entsprechende Volksvertretung. Anders in Deutschland und Österreich, wo sich das Volk in politischen ideologie- und weltanschauungsorientierten Parteien vor 1918 um die entsprechende Repräsentation, vor allem gegenüber dem Monarchen, bemühte und nach 1918 neben den Aufgaben der Repräsentation des Volkes gegenüber sich selbst auch besorgt hatte. Während in der Schweiz das plebisitäre Element ein Teil des angestammten altherwürdigen demokratischen Staatsbewusstseins und des Lebensstils der einzelnen Eidgenossen war, ist es in Deutschland und Österreich Teil der Republikanisierung im Staat geworden, wobei die Bundesrepublik Deutschland 1949 in ihrer neuen Verfassungsgebung auf Grund ihrer in der Zwischenkriegszeit gemachten Erfahrungen auf das plebisitäre Element seiner Verfassung verzichtet, während Österreich dadurch, dass es 1945 auf das Bundes-Verfassungsgesetz 1920 zurückgreift<sup>24</sup>, dieses beibehält. Nach dem B-VG steht daher in Österreich neben den politischen Parteien auch dem Volk das Gesetzesinitiativrecht zu.

Die Frage nach Sinn und Zweck des Volksbegehrens ist nicht allein eine Frage nach heute noch gegebenen Elementen direkter Demokratie, sondern auch nach der Bedeutung der öffentlichen Meinung in der Demokratie.

<sup>22</sup> Beachte etwa den Einleitungssatz zur Verfassung des Kantons Uri vom 6. Mai 1888: „Das Volk des Kantons Uri gibt sich, nach dem mehr als halbttausendjährigen Selbstbestimmungsrecht seiner Vorfahren, nachstehende Kantonsverfassung ...“ sowie Hans Huber, Die schweizerische Demokratie, in: Die Demokratie im Wandel der Gesellschaft, hrsg. von Richard Löwenthal, Berlin 1963, S. 90 ff.

<sup>23</sup> Siehe dazu grundsätzlich Hans Spanner, Die Rolle der Verfassung im gegenwärtigen politischen und sozialen Leben, Österr. Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. VII, N.F., 1955, S. 16 ff.

<sup>24</sup> Verfassungs-Überleitungsgesetz 1945, StGBI. Nr. 4, Art. 1.

5. Die öffentliche Meinung<sup>25</sup> ist ein für Recht und Politik relevanter Begriff, der seit dem Vordringen des Konstitutionalismus und des Demokratismus proportional zur zunehmenden Beteiligung des Einzelnen an der staatlichen Willensbildung wachsend an Bedeutung gewonnen hat. Ja, wir können sogar von einem direkten Zusammenhang zwischen der Herausbildung des demokratischen Rechtsstaates und der Funktion der öffentlichen Meinung sprechen. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der Entwicklung der Grundrechte, die in einem beträchtlichen Maße gerade die Erleichterung der freien Meinungsbildung zum Ziel haben. Heute ist der Begriff „öffentliche Meinung“ ein fester Bestandteil der Verfassungswirklichkeit. Man denke nur an die Bedeutung der öffentlichen Meinung für die Wahlen. In dem Maße, in dem die Kommunikationsmittel im öffentlichen Leben an Bedeutung zugenommen haben, haben auch diese, wie etwa die Presse, der Hörfunk und das Fernsehen, einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung geleistet, die für Wahlgänge, aber auch innerhalb von Legislaturperioden allgemeiner Vertretungskörper und während der Funktionsperioden einzelner Organwalter von entscheidender Bedeutung für die politischen Entscheidungen sind.

Aus der Sicht dieser Realität kommt dem Volksbegehren eine besondere Bedeutung zu. Setzt es doch für eine bestimmte geäußerte öffentliche Meinung eine gewisse Qualität in Form seiner Ausrichtung auf ein gegebenes sachliches Problem und seine Lösung voraus. Gleichzeitig kommt aber im Volksbegehren auch die Quantität zum Tragen, weil eine bestimmte – und zwar nicht unerhebliche – Zahl von Personen das Volksbegehren durch Abgabe einer Unterschrift unterstützen muss, um der darin geäußerten Meinung qualifizierte Bedeutung zu geben.

Gerade in einer Zeit, in welcher der Staat über den Bereich des Rechts- und Machtzweckes hinaus immer mehr auch im Dienste des Kultur- und Wohlfahrtszweckes<sup>26</sup> tätig wird und als Kultur-, Sozial- und Wirtschaftsstaat stets unter dem Rechtsstaatsgebot stehend vorhersehbar und berechenbar auch langfristig planen muss, kommt dem Volksbegehren<sup>27</sup> als plebiszitäre Konsultation wachsende Bedeutung zu. Es stellt sich allerdings die abschließend zu beantwortende Frage, in welcher Weise plebiszitäre und repräsentative Momente nebeneinander im demokratischen Verfassungsstaat bestehen können und welche Möglichkeiten und Grenzen zu beachten sind.

6. Die Tatsache der Verbundenheit einer Vielzahl von Grundsätzen in der Verfassung, der rechtlichen Grundordnung des Staates<sup>28</sup>, lässt sich aus der Mehrzahl der Staatsfunktionen und der Staatszwecke erklären. Die Verwirklichung dieser

<sup>25</sup> Siehe Herbert Schambeck, Staat, Öffentlichkeit und öffentliche Meinung, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden, Band 17, Berlin 1992.

<sup>26</sup> Siehe Herbert Schambeck, Die Staatszwecke der Republik Österreich, in: Die Republik Österreich – Gestalt und Funktion ihrer Verfassung, hrsg. von Hans R. Klecatsky, Wien 1968, S. 243 ff.

<sup>27</sup> Dazu Herbert Schambeck, Das Volksbegehren, Recht und Staat, Heft 400/401, Tübingen 1971, Neudruck in: derselbe, Der Staat und seine Ordnung, ausgewählte Beiträge zur Staatslehre und zum Staatsrecht, Wien 2002, S. 305 ff.

<sup>28</sup> Dazu Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates – Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Zürich 1945.



Vielzahl von Verfassungsgrundsätze verlangt ihre nuancierte Ausführung. Man denke etwa an den Zusammenhang von Wahlrechtsordnung und Regierungssystem oder an die Beziehungen von liberalen, demokratischen und sozialen Grundrechten<sup>29</sup>, die je nach den Rechtsformen, in welchen sie positiviert werden<sup>30</sup>, sich mehr oder weniger reiben<sup>31</sup> oder ergänzen werden. Es kommt dabei darauf an, die verschiedenen Sachbereiche des politischen Lebens und die Verfassungsgrundsätze einander anzupassen.

Die Geschichte des Rechts und der Politik lehrt uns aber, dass diese Anpassung der Faktizität der Politik an die Normativität der Verfassung nicht allein eine aufeinander abgestimmte Anwendung der verschiedenen in der Verfassung kombinierten Baugesetze, wie es etwa das liberale und demokratische Baugesetz sind, verlangt, sondern ebenso eine auf die Faktizität der Politik selbst abgestufte Anwendung ein und desselben Baugesetzes. Das bedeutet in Bezug auf das demokratische Baugesetz, dass es im Hinblick auf eine bestimmte Stufe der Entwicklung der Gesellschaft und des Staates sowie mit Rücksicht auf bestimmte jeweils zu beachtende Sachzusammenhänge in der Politik angebracht sein kann, die Demokratie nur plebiszitär, ein andermal ausschließlich repräsentativ und schließlich aber auch in einer Kombination von plebiszitären und repräsentativen Elementen zu verwirklichen.

Die Gründe für eine derartige Kombination von plebiszitären und repräsentativen Elementen der Demokratie können von Land zu Land verschieden sein. Betrachten wir rückblickend auf das eingangs Gesagte die Entwicklung der Schweiz, Deutschlands und Österreichs, so kann die Kombination von plebiszitären und repräsentativen Elementen der Demokratie in der Eidgenossenschaft als eine mehr oder weniger kontinuierliche Weiterentwicklung der demokratischen Lebenshaltung der Eidgenossen aufgefasst werden, die je nach der Größe ihres Lebensraumes und Staatsgebietes auf Gemeinde-, Kantons- und Bundesebene verschieden ausgeführt wird. Anders in Deutschland, und Österreich, wo die demokratisch-republikanischen Verfassungseinrichtungen teils in Reaktion auf die vorherigen Einrichtungen einer anfangs absoluten und später konstitutionellen Monarchie, teils in ihrer Fortentwicklung entstanden sind. Sehr deutlich zeigt sich dies in Österreich und Deutschland bei der Entwicklung des Parlaments, das sich in beiden Staaten von einer Ständeversammlung zu einer Volksvertretung entwickelt hat, während eine Demokratie der Urkantone die Urquelle der Eidgenossenschaft gewesen ist. Es ist daher auch verständlich, dass eine Einrichtung der direkten Demokratie, wie dem Volksbegehren, in der Schweiz eine andere Bedeutung in Staat und Politik als in Deutschland und Österreich zukommt.

Das Volksbegehren ist in der Schweiz mit Ausdruck einer gleichsam angeborenen Lebensform, in Deutschland und Österreich ist es hingegen nach Ausrufung der

<sup>29</sup> Siehe Herbert Schambeck, Grundrechte und Sozialordnung, Berlin 1969.

<sup>30</sup> Beachte Theodor Tomandl, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, Recht und Staat, Heft 337/338, Tübingen 1967.

<sup>31</sup> Vgl. Gerhard Müller, Die Drittwirkung der Grundrecht und das Sozialstaatsprinzip, in: Im Dienste der Sozialreform, Festschrift für Karl Kummer, Wien 1965, S. 369 ff.

Republik eine Reaktion auf die Monarchie im Streben nach einer Demokratisierung des öffentlichen Lebens gewesen, das sich aber in Deutschland der Zwischenkriegszeit nicht bewährte, daher auch in das Bonner Grundgesetz nicht übernommen wurde. Im österreichischen Verfassungsrecht hingegen blieb diese Einrichtung durch das Zurückkehren zum Bundes-Verfassungsgesetz 1920 auch nach 1945 bestehen. Die Aufgaben des Volkes scheinen den vom Volk periodisch zu wählenden Parteien übertragen worden zu sein, ihnen ist auch in ihrem Aufbau eine demokratische Organisation von Grundgesetz vorgeschrieben worden.

Ist nach diesen Feststellungen dem Volksbegehren als Einrichtung plebiszitärer Demokratie neben den Einrichtungen repräsentativen Charakters eine Bedeutung beizumessen oder nicht? Die Frage ist zu bejahen.

7. Dem Volksbegehren kommt auch im heutigen Parteienstaat eine Bedeutung für die Verwirklichung der Demokratie zu, da es dem Volk in einer direkten, weil plebiszitären Form ermöglicht, durch vorgebrachte eigene Vorstellungen und Wünsche das freie Mandat der Abgeordneten zu ergänzen und so den Anstoß zur Regelung von Sachfragen zu geben, zu welchen die Parteien aus eigenem Vermögen und Wollen nicht immer imstande sind, weil sie entweder kein Interesse an einem bestimmten Problem haben oder zu seiner Lösung keine Einigung zustande bringen. So hat HANS KELSEN schon 1925 in seiner Schrift „Das Problem des Parlamentarismus“ erklärt: „Wenn schon die Wählerschaft ihren Vertrauensmännern im Parlament keine bindenden Instruktionen geben darf, dann muss doch zumindest die Möglichkeit bestehen, dass aus dem Schoße des Volkes Anregungen laut werden, nach denen das Parlament die Richtung seiner gesetzgebenden Tätigkeit bestimmen kann.“<sup>32</sup>

Das Volk kann daher in konstruktiver Weise die Tätigkeit der Parteien und des Parlaments kontrollieren. Dies setzt allerdings voraus, dass das Volksbegehren nicht nur als Gesetzesentwurf, sondern auch als allgemeine sachlich begründete Anregung eingebracht werden kann. Die Voraussetzung eines ausgearbeiteten Gesetzesentwurfes stellt ein großes Erschwernis für das Zustandekommen eines Volksbegehrens dar, weil den Initianten eines solchen oft kein legislativer Dienst zur Verfügung steht. Diese allgemeine Anregung könnte dann die Bundesregierung etwa durch das vom Volksbegehren sachlich angesprochene kompetente Bundesministerium oder durch den Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes in jene Form der Gesetzesinitiative gleichsam „umgießen“, die für die Einbringung als Regierungsvorlage im Nationalrat erforderlich ist.

Selbst KELSEN hat schon gefordert, dass die Durchführung des Volksbegehrens technisch möglichst zu erleichtern wäre, „indem der Initiativantrag nicht schon einen ausgearbeiteten Gesetzesentwurf, sondern auch nur allgemeine Direktiven zu enthalten braucht“.<sup>33</sup>

Diese für einen demokratischen Verfassungsstaat gegebene Bedeutung des

<sup>32</sup> Hans Kelsen, Das Problem des Parlamentarismus, Soziologie und Sozialphilosophie, Heft III, Wien und Leipzig 1925, Neudruck in: Die Wiener rechtstheoretische Schule, Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl und Alfred Verdross, hrsg. von Hans Klecatsky, René Marcic+, Herbert Schambeck, Wien 2010, Band 2, S. 1366.

<sup>33</sup> Neudruck in: Die Wiener rechtstheoretische Schule, S. 1366.

Volksbegehrens als plebiszitäre Verfassungseinrichtung soll nicht deren Grenzen übersehen lassen. Zunächst muss man sich stets bewusst sein, dass ein Volksbegehren nicht ein Begehren des Volkes, sondern aus dem Volke ist, weil es fast nie ein Begehren des Volkes, sondern aus dem Volke ist, weil es fast nie ein Begehren des ganzen Volkes, sondern meist nur von Teilen desselben ist. Die demokratische Legitimation des Volksbegehrens mag originärer sein als die des Parlaments, die derivativ von der Wahl durch das Volk abgeleitet ist, dafür ist aber die Legitimation des Parlaments durch die Breite ihrer Volksvertretung repräsentativer. Bisweilen entsteht auch die Gefahr, dass sich Interessengruppen des Volksbegehrens als Manipulationsinstrument zum Vorbringen ihrer oft einseitigen Anliegen bedienen und es dann Aufgabe des Parlaments als Volksvertretung ist, eine auf das Wohl aller bedachte Lösung herbeizuführen. Das Parlament wird auch deshalb eine unersetzbare Aufgabe zu erfüllen haben, da es zusammen mit der der Regierung unterstehenden Verwaltung über einen Apparat verfügt, der über die legislatischen Fähigkeiten und Sacheinsichten verfügt, die für einen im modernen Vielzweckestaat erforderlichen Gesetzesentwurf notwendig sind. Außerdem hat in einer parlamentarischen Republik das Parlament die Verantwortung für die staatliche Führung zu tragen, die ihr durch keine noch so plebiszitäre Verfassungseinrichtung, auch durch keine Volksbefragung oder andere Meinungsumfrage abgenommen werden kann.

Diese Feststellung über die Verantwortung des Parlaments sei im Zusammenhang mit der Bedeutung des Volksbegehrens und der möglichen Kombination von plebiszitären und repräsentativen Komponenten im demokratischen Verfassungsstaat abschließend deshalb getroffen, weil nie übersehen werden darf, dass der demokratische Verfassungsstaat nur dann auf Dauer bestehen kann, wenn die Anliegen der Demokratie immer im Hinblick auf die Forderungen des Rechtsstaates verwirklicht werden.

**Herbert Schambeck** – Dr.jur, Dr. h.c.mult, em.o.Univ.-Prof. für öffentliches Recht, politische Wissenschaften und Rechtsphilosophie an der Universität Linz, Präsident des Bundesrates der Republik Österreich i.R., Wien.



**Beata Tokaj**

Państwowa Komisja Wyborcza  
Krajowe Biuro Wyborcze

### **Rola Państwowej Komisji Wyborczej i Krajowego Biura Wyborczego w edukacji wyborczej i referendalnej<sup>1</sup>**

Problematyka kampanii informacyjnej i edukacyjnej jest zagadnieniem niezwykle ważnym dla wszelkiego rodzaju rozwiązań prawnych, politycznych czy społecznych.

Znajomość przez obywateli zasad prawa wyborczego, w tym sposobu wybierania przedstawicieli władzy jest potrzebą bezsporną i stanowi ważne zadanie wszystkich uczestników procesu wyborczego. Poszczególne podmioty mają oczywiście różne ku temu przesłanki i cele oraz środki działania. Np. partie polityczne i komitety zgłaszające kandydatów – promowanie swojej roli i racji oraz osób zgłoszonych na listach kandydatów, zachęcanie do głosowania na swoje listy i kandydatów. Działania tych podmiotów mają charakter agitacyjny za programem i kandydatami, a są prowadzone przeważnie na spotkaniach z wyborcami, poprzez plakaty i ulotki wyborcze, czy za pośrednictwem mediów. Na takiej też płaszczyźnie zostaje przez te podmioty przekazywana wiedza o wyborach i głosowaniu.

Zadania edukacyjne i informacyjne organów wyborczych i administracji wyborczej są znacznie szersze. Określa je Kodeks wyborczy w szczególności w art. 160 § 1 pkt 9 i § 2, generalnie jako prowadzenie i wspieranie działań informacyjnych zwiększających wiedzę obywateli o prawie wyborczym, a zwłaszcza o zasadach głosowania. Ustawa wskazuje również podstawowe formy realizacji tych zadań, uznając między innymi, że jest to prowadzenie internetowego portalu informacyjnego, publikacje informacyjne oraz audycje informacyjne rozpowszechniane w programach publicznej telewizji polskiej i polskiego radia w ramach prowadzenia kampanii wyborczych. Wskazuje ponadto współdziałanie na rzecz realizacji tej funkcji z organizacjami pozarządowymi. Prowadzenie działalności informacyjno-edukacyjnej należy także w zasięgu terytorialnym do komisarzy wyborczych.

Wszystkie wymienione zadania są przez Państwową Komisję Wyborczą, Krajowe Biuro Wyborcze i komisarzy wyborczych podejmowane, realizowane, a w miarę rozwoju nowych możliwości technologicznych rozwijane i wzbogacane.

Prowadzona przez Komisję i Biuro kampania edukacyjno-informacyjna ma na celu wyjaśnić, kto może głosować, co wyborca powinien zrobić, aby wziąć udział w wyborach, gdzie znajduje się właściwy dla tego wyborcy lokal wyborczy, w jakich godzinach odbywa się głosowanie, jak prawidłowo oddać głos.

Kampania służyć ma również upowszechnianiu wiedzy o prawie wyborczym, jego instytucjach i rozwiązaniach i stanowi ważne zadanie Państwowej Komisji Wyborczej i Krajowego Biura Wyborczego przede wszystkim w czasie wyborów, ale też w okresach, w których nie odbywają się wybory powszechne.

<sup>1</sup> Artykuł jest podsumowaniem działań Państwowej Komisji Wyborczej i Krajowego Biura Wyborczego w zakresie realizacji edukacyjno-informacyjnej roli instytucji wyborczych w dziedzinie prawa wyborczego i przeprowadzanych oraz planowanych akcji wyborczych. Jest to autorska praca opisująca stan aktualny oraz plany na przyszłość w zakresie opisywanych działań, nie mająca oparcia w powstalej dotąd literaturze.

W okresach wyborczych stałą formą upowszechniania prawa wyborczego przez Państwową Komisję Wyborczą i Krajowe Biuro Wyborcze jest zapewnienie podmiotom uczestniczącym w wyborach oraz obywatelom informacji i wyjaśnień przepisów prawa wyborczego, poszczególnych czynności i terminów wyborczych oraz związanych z nimi uprawnień i obowiązków organów przeprowadzających wybory, podmiotów uczestniczących w wyborach, a także wyborców.

Dla zobrazowania wszystkich działań, o których mowa przyjmuję rok 2015, w którym odbyły się trzy ogólnopolskie akcje wyborcze: wybory Prezydenta RP, referendum ogólnokrajowe, wybory do Sejmu RP i do Senatu RP, a dodatkowo wybory uzupełniające do Senatu w okręgu wyborczym nr 59 z siedzibą Okręgowej Komisji Wyborczej w Białymstoku.

W realizacji zadania informacyjnego dużą rolę odgrywa strona internetowa Państwowej Komisji Wyborczej. Przed każdymi wyborami na portalu dostępne były informacje i wyjaśnienia Komisji:

- o tworzeniu komitetu wyborczego oraz o zasadach przyjmowania zgłoszeń i rejestracji kandydatów, w których wskazywano szczegółowo warunki i termin utworzenia i zgłoszenia komitetu wraz ze wzorami wymaganych dokumentów;
- o czynnym i biernym prawie wyborczym w danych wyborach;
- o uprawnieniach mężów zaufania;
- o warunkach udziału w głosowaniu w obwodach utworzonych w kraju, za granicą i na polskich statkach morskich;
- o sporządzaniu spisu wyborców i wpisywaniu się wyborcy do spisu;
- o uprawnieniach w wyborach wyborców niepełnosprawnych;
- o głosowaniu korespondencyjnym;
- o zasadach finansowania kampanii wyborczej;
- dotyczące udziału w pracach obwodowych komisji wyborczych.

Prowadzony serwis informacyjny Komisji przypominał o wszystkich, ważnych dla wyborcy, terminach wykonania poszczególnych czynności wyborczych i związanych z nimi zadań i wymogów (np. termin o dopisywaniu się do spisów wyborców, termin na pobranie zaświadczenia o prawie do głosowania). W czasie trwania kampanii wyborczych systematycznie były udzielane informacje i odpowiedzi na zgłaszane na piśmie, telefonicznie i e-mailem pytania w sprawach dotyczących wyborów i referendum.

W wyborach Prezydenta RP w 2015 r. pisemnie zgłoszono takich pytań ponad 1500, w wyborach do Sejmu RP i do Senatu RP blisko 5000, a w referendum ogólnokrajowym 500. Krajowe Biuro Wyborcze udzielało odpowiedzi na setki telefonów dziennie dotyczących poszczególnych czynności wyborczych czy finansowania wyborów.

W ramach przybliżenia informacji o poszczególnych wyborach Krajowe Biuro Wyborcze wspólnie z firmą medialną przygotowało 11 spotów informacyjnych, z tłumaczeniem na polski język migowy, poświęconych w szczególności sposobom głosowania, ważności oddanego głosu, ułatwieniom dla osób niepełnosprawnych

czy godzinom głosowania. Spoty były prezentowane na antenach TVP1, TVP2, TVP Polonia, TVP INFO, TVP Regionalna (pasma wspólne), TVP Historia, TVP Seriale, TVP HD, TVP Rozrywka oraz na antenach telewizyjnych 16 Oddziałów Terenowych – łącznie 11.963 emisje. Spoty dostępne były (i są) na stronie internetowej Państwowej Komisji Wyborczej.

We współpracy z Ministerstwem Spraw Zagranicznych na stronach internetowych ambasad i konsulatów zostały umieszczone odnośniki i banery z informacjami dla Polaków przebywających za granicą.

Stosownie do oczekiwań wyborców korzystających głównie z internetowej formy komunikacji społecznej Państwowa Komisja Wyborcza korzystała i korzysta również z serwisu YouTube oraz z medium społecznościowego Facebook.

Prowadzone były szerokie akcje informacyjne także za pośrednictwem delegatur Krajowego Biura Wyborczego, mediów lokalnych oraz urzędów gmin. I tak, spoty i informacje o technice głosowania były emitowane przez lokalne rozgłoszenie radiowe i telewizyjne, portale internetowe, lokalne internetowe rozgłoszenie radiowe i telewizyjne, a także na stronach internetowych gmin, wyświetlano je na billboardach świetlnych będących w zarządzie gmin i na portalach społecznościowych gmin. Spoty i informacje były zamieszczane w komunikacji miejskiej – na ekranach w autobusach i tramwajach, na ekranach multimedialnych w biurach obsługi klienta. Plakaty informujące o technice głosowania prezentowano w miejscach ogólnodostępnych między innymi świetlicach, sołectwach, sklepach, ośrodkach kultury, bankach, na przystankach autobusowych, gminnych bibliotekach, placówkach służby zdrowia czy też na budynkach urzędów.

Korzystając z Gminnego Systemu Powiadamiania wysyłano do mieszkańców powiadomienia sms o sposobie głosowania. Ponadto, chcąc dotrzeć do jak najszerszej liczby osób, sporządzono 250 tys. ulotek informacyjnych o technice głosowania, które we współdziałaniu ze Stowarzyszeniem Prasy Lokalnej zostały zamieszczone w 42 tygodnikach lokalnych i dotarły tą drogą do wyborców.

Ze strony internetowej Państwowej Komisji Wyborczej w 2015 r. korzystało ponad 3 miliony użytkowników (zanotowano ponad 34 miliony wyświetleń). Na kanale YouTube Komisji zanotowano około 1 miliona wyświetleń spotów informacyjnych i konferencji Komisji, a w medium społecznościowym Facebook – Komisja odnotowała blisko 3 tysiące polubień.

Ważnym elementem działalności informacyjnej była codzienna współpraca z mediami. W trakcie kampanii wyborczej współpracowano systematycznie z dziennikarzami największych rozgłośni telewizyjnych, radiowych i gazet, biuro prasowe Komisji obsługiwało dziennie szereg telefonów i e-maili od przedstawicieli mediów z całej Polski, odpowiadało na liczne pytania, organizowało wywiady z członkami Państwowej Komisji Wyborczej i ekspertami Krajowego Biura Wyborczego. Dziennikarze stale zajmujący się tematyką wyborów, we współpracy z biurem prasowym realizowali cykliczne audycje radiowe i artykuły Prasowe, np. Sygnały Dnia – cykliczna audycja wyborcza, IAR stała audycja wyborcza, PAP stały dział wyborczy.

W Akademii Telewizyjnej odbyło się szkolenie z zakresu tematyki wyborczej dla

dziennikarzy z całej Polski, które prowadził jeden z członków Państwowej Komisji Wyborczej.

Formą kontaktu z wyborcami były także konferencje prasowe Komisji, w których brali udział dziennikarze reprezentujący wszystkie największe stacje radiowe i telewizyjne, wydawnictwa, a także portale internetowe.

Państwowa Komisja Wyborcza i Krajowe Biuro Wyborcze funkcje informacyjno-edukacyjne realizuje także w czasie pomiędzy wyborami powszechnymi choć należy podkreślić, że wybory lub referenda odbywają się w zasadzie w każdą niedzielę. Od początku kadencji rad gmin, rad powiatów i sejmików województw oraz wyborów wójtów, burmistrzów, prezydentów miast przeprowadzono 642 wybory i 17 referendów.

Stałe forum działań edukacyjnych stanowi Światowy Dzień Wyborów, który od 2015 r. obchodzony jest w każdy pierwszy czwartek lutego. Ustanowiono go podczas Konferencji Światowych Organizacji Wyborczych jako symbol prawa obywateli do udziału w wyborach i kształtowaniu demokracji. Organizatorami corocznych obchodów jest Państwowa Komisja Wyborcza i Centra Studiów Wyborczych Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu i Uniwersytetu Łódzkiego, podczas których organizowane są wykłady z zakresu prawa wyborczego. W obchodach uczestniczą pracownicy naukowcy wyższych uczelni w Polsce, a często również z państw sąsiednich, przedstawiciele Stowarzyszenia Urzędników Wyborczych, pracownicy administracji wyborczej, przedstawiciele samorządu terytorialnego. Wokół obchodów Światowego Dnia Wyborów skupia się działalność studentów i młodzieży szkół średnich. Działa m.in. Studenckie Koło Naukowe Prawa Wyborczego „Elektor” w Toruniu, odbywają się warsztaty poświęcone problematyce prawa wyborczego, spotkania z ekspertami, dyskusje, konkursy – np. na plakat wyborczy i hasło promujące świadomy i aktywny udział w wyborach. Państwowa Komisja Wyborcza patronowała inicjatywie „Platforma edukacyjna dla młodych wyborców” realizowanej przez Uniwersytet Mikołaja Kopernika i Koło Naukowe „Elektor”. Centrum Studiów Wyborczych w Toruniu i Łodzi Komisja przyznała medal okolicznościowy „*ludices electionis custodes*” za działalność prowadzoną na rzecz upowszechniania prawa wyborczego i rozwijania aktywności młodzieży w tym obszarze.

Państwowa Komisja Wyborcza promuje i wspiera Centrum Studiów Wyborczych Uniwersytetu Łódzkiego w zakresie wydawnictwa *Studia Wyborcze*, prezentującego prace naukowe, artykuły i publikacje na tematy prawa i doświadczeń wyborczych.

Ważnym zadaniem dla Państwowej Komisji Wyborczej i Krajowego Biura Wyborczego jest upewnienie się, że procedura głosowania jest znana i rozumiana przez wszystkich uprawnionych, a wstrzymanie się od głosowania nie jest spowodowane niewiedzą, dlatego też Komisja i Biuro współdziała z organizacjami pozarządowymi szukając najlepszych sposobów dotarcia do wyborców w zakresie informowania o wyborach, wyjaśnianiu alternatywnych sposobów głosowania, ułatwieniach dla wyborców niepełnosprawnych.

Zdaniem przedstawicieli Fundacji im. Stefana Batorego, Fundacji „Integracja” i Fundacji Instytut Spraw Publicznych, z którymi Krajowe Biuro Wyborcze współpracuje,



inicjatywy i działania na rzecz rozwijania wiedzy obywateli i instytucji o prawach wyborczych są coraz szersze i prowadzone w różnych sferach organizacji wyborów. Jednakże edukacja wyborcza jest potrzebna na stałe i współdziałanie w tym obszarze powinno być rozwijane i umacniane między organami wyborczymi i organizacjami. Efektem wspólnych działań był wydany i przekazany obwodowym komisjom wyborczym dla ułatwienia ich pracy „Poradnik dla obwodowych komisji wyborczych”, w którym omówione zostały rola i zadania tych organów przed głosowaniem, w dniu głosowania i po zakończeniu głosowania – w zakresie ustalania jego wyników, sporządzenia protokołów i postępowania z dokumentami wyborczymi.

Ważnym elementem edukacyjnym są rozwijające się różne formy upowszechniania wiedzy o prawie wyborczym prowadzone przez komisarzy wyborczych i delegatury Krajowego Biura Wyborczego.

W Zamościu np. od 2012 r. organizowane są lokalnie uroczyste obchody Światowego Dnia Wyborów. W odbywających się z tej okazji konferencjach i spotkaniach uczestniczą przedstawiciele Państwowej Komisji Wyborczej, starostowie, wójtowie i burmistrzowie, sędziowie pełniący funkcje w organach wyborczych i orzekający w sprawach wyborczych, urzędnicy wyborczy, nauczyciele, studenci, młodzież szkół średnich. Obchody odbywają się z udziałem lokalnej telewizji, prasy oraz mediów elektronicznych, a wydarzenie jest obszernie relacjonowane w mediach.

Od 2015 r. organizowany jest także konkurs skierowany do młodzieży szkół ponadgimnazjalnych, stanowiący formę edukacji wyborczej przez sztukę. Odbyły się dotąd dwie edycje konkursu, pierwsza pod hasłem: „W 2015 roku Polacy wybiorą Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej oraz posłów i senatorów”, druga pod hasłem: „25 lat demokratycznych wyborów w Polsce”. Prace konkursowe oceniane były przez profesjonalną komisję, składającą się z artystów malarzy – pedagogów zamojskiego środowiska artystycznego. Nagrodzone prace nadesłane na konkurs stały się załącznikiem kolekcji plakatu wyborczego, prezentowanej w czasie różnych wydarzeń związanych z wyborami.

Od 2012 r. realizowany jest program systematycznej edukacji młodzieży i studentów. Pierwsze spotkanie ze studentami odbyło się w Zamościu w październiku 2012r. z okazji inauguracji roku akademickiego 2012/2013 w Państwowej Wyższej Szkole Zawodowej im. Szymona Szymonowica. Uczestnicy wysłuchali wykładu na temat roli organów wyborczych w demokratycznym państwie prawnym. W ramach współpracy z tą uczelnią w latach 2013–2016 podjęte zostały kolejne inicjatywy: Komisarz Wyborczy odbyła spotkanie ze studentami na temat funkcjonowania organów wyborczych w Polsce i procedury wyborczej; dyrektor Delegatury Krajowego Biura Wyborczego przeprowadziła zajęcia warsztatowe ze studentami, w postaci ilustracji głosowania w lokalu wyborczym i ustaleniu wyników wyborów; przedstawiciel Delegatury uczestniczył w seminarium naukowym zorganizowanym przez Koło Naukowe Politologów przy Instytucie Nauk Społecznych tej uczelni w ramach kampanii społecznej „Masz głos, masz wybór”, na którym przedstawił informację na temat organizacji wyborów; studenci Wydziału Politologii odbyli praktyki w Delegaturze

Krajowego Biura Wyborczego w Zamościu. W uczelnianym czasopiśmie „Skafander” dla potrzeb edukacji wyborczej opublikowano kilkanaście różnego rodzaju artykułów i informacji na tematy wyborcze.

Realizowany jest program edukacyjno-informacyjny z młodzieżą szkół ponadgimnazjalnych: „Wybory pierwszy raz”. W ramach programu przeprowadzono 13 spotkań edukacyjnych z młodzieżą mającą prawo wybierania i bliską ukończenia 18 roku życia: w Liceach Ogólnokształcących i Zespołach Szkół Ponadgimnazjalnych Nr 1 w Zamościu, w Zespole Szkół Ponadgimnazjalnych w Zamościu, w Biłgoraju, w Lubyczy Królewskiej, w Szczebrzeszynie, w Tomaszowie Lubelskim.

W maju 2016 r. z okazji 25-lecia demokratycznych wyborów przygotowano wystawę „Wybory Dawniej i Dziś”, której organizatorami byli Komisarz Wyborczy w Zamościu i Delegatura Krajowego Biura Wyborczego, Archiwum Państwowe w Zamościu oraz Muzeum Zamojskie. Na otwarciu okolicznościowy referat wygłosił Przewodniczący Państwowej Komisji Wyborczej. Na wystawie prezentowane są archiwalia wyborcze z zasobów miejscowego Archiwum Państwowego, Delegatury Krajowego Biura Wyborczego i Muzeum Zamojskiego (dokumenty, obwieszczenia, druki) oraz eksponaty służące do przeprowadzania wyborów ze zbiorów prywatnych. Zaprezentowano także sposób przygotowania lokali wyborczych – lokal funkcjonujący współcześnie oraz lokal z przełomu lat 80-tych i 90-tych ubiegłego wieku a także wzory nowych urn wyborczych. W formie wystawienniczej przedstawiono informacje o prawach wyborczych obywateli, organach wyborczych, przeprowadzonych w ciągu ostatnich 25 lat wyborach i referendach oraz o osobach wybranych na określone stanowiska w wyborach powszechnych. Wystawę zwiedzili, między innymi, studenci Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Szymona Szymonowica w Zamościu oraz uczniowie Liceum Plastycznego w Zamościu. Wystawa, stanowiąca ekspozycję czasową Muzeum Zamojskiego, dostępna jest dla wycieczek szkolnych i turystów odwiedzających Zamość i Muzeum Zamojskie. Wystawa trwała do 30 czerwca 2016 r.

Edukacji wyborczej służy wydawnictwo „Zamojski Półrocznik Wyborczy”, którego założeniem jest sukcesywne przybliżanie wiedzy z zakresu instytucji prawa wyborczego i procedur wyborczych, funkcjonowania organów wyborczych, praw wyborczych obywateli, informowanie o wynikach wyborów, przybliżanie wszystkich tematycznych wydarzeń dotyczących realizacji prawa wyborczego w Polsce, ze szczególnym uwzględnieniem terytorium działania Komisarza Wyborczego w Zamościu. Stałym fragmentem publikacji jest kalendarium czynności Komisarza Wyborczego w Zamościu, kalendarz wydarzeń wyborczych oraz systematycznie aktualizowany wykaz wybranych aktów prawnych regulujących problematykę wyborów i referendów.

Działania w zakresie rozpowszechniania wiedzy o prawie wyborczym i organizacji wyborów są również podejmowane przez Komisarza Wyborczego i Delegaturę Krajowego Biura Wyborczego w Lublinie. Ważną formą był konkurs organizowany przez Radio Lublin pod hasłami: Mój pierwszy raz, myślę więc wybieram. Po raz pierwszy konkurs został zorganizowany przed wyborami samorządowymi w 2014 r. Cieszył się dużym zainteresowaniem młodzieży szkolnej i nauczycieli. Obejmował

2 etapy: wykłady na temat przepisów wyborczych oraz w drugim – prezentację praktyczną fikcyjnej kampanii wyborczej. Była urna, karty do głosowania oraz quiz – 15 pytań z zakresu wiedzy wyborczej. Ocena wiedzy młodzieży uczestniczącej w konkursie była wysoka.

Odbływały się spotkania organizowane na antenie TVP Lublin w magazynie „Polska Samorządna”. Magazyn był poświęcony problematyce związanej z wyborami do samorządu terytorialnego. Lubelska Delegatura KBW zapewniała cyklicznie niezbędne informacje z tego zakresu.

Ponadto codziennie w radiu był prezentowany tzw. „Samouczek jak głosować, by głos był ważny”.

Udział Komisarza Wyborczego we wszystkich cyklach telewizyjnych poświęconych tematyce wyborczej jest w Lublinie standardem.

Komisarz Wyborczy i Delegatura Krajowego Biura Wyborczego w Krośnie od kilku lat współdziała z Państwową Wyższą Szkołą Zawodową w Krośnie w zakresie upowszechniania wiedzy o prawie wyborczym.

Omówione formy kampanii informacyjno-edukacyjnej realizowane przez organy wyborcze i administrację wyborczą w roku 2015 będą nadal kontynuowane i rozwijane. Projektem, który Państwowa Komisja Wyborcza i Krajowe Biuro Wyborcze zamierza rozpocząć jest stworzenie programu edukacyjnego przeznaczonego dla szkół, ale także dla pozostałych wyborców. Chcąc szerzyć wiedzę i świadomość wyborców program między innymi kształtowałby poczucie obowiązku obywatelskiego, jakim jest uczestnictwo w wyborach, zachęcał do zdobywania informacji o kandydatach uczestniczących w wyborach z różnorodnych źródeł, a oprócz tego składałby się z części edukacyjnej poświęconej w głównej mierze temu – jak skutecznie uczestniczyć w wyborach. Znajomość zasad i procedur obowiązujących w określonych wyborach jest niewątpliwie ogromną pomocą dla podjęcia decyzji czy warto głosować.

Jednocześnie chcąc polepszyć dotarcie do poszczególnych grup wyborców, przed uruchomieniem kampanii informacyjnej Krajowe Biuro Wyborcze, aby upewnić się, że kampania będzie efektywna, zamierza całość materiałów informacyjnych przebadać, przy pomocy instytutów socjologicznych, pod kątem zrozumienia i klarowności przekazu. Do współpracy zostanie zaproszona także młodzież ze szkół ponadgimnazjalnych (wkrótce ponadpodstawowych) oraz studenckich kół naukowych. Wykorzystane zostaną również doświadczenia i możliwości komisarzy wyborczych, delegatur Krajowego Biura Wyborczego, organizacji pozarządowych oraz gmin.

Na społeczne postrzeganie Państwowej Komisji Wyborczej i Krajowego Biura Wyborczego jako instytucji zaufania publicznego niewątpliwie duży wpływ ma działalność informacyjna i edukacyjna o przepisach prawa wyborczego oraz wynikach poszczególnych wyborów przekazywana zarówno podmiotom bezpośrednio uczestniczącym w wyborach, jak i wyborcom. Dlatego też, między innymi poprzez działalność informacyjną i edukacyjną Państwowa Komisja Wyborcza i Krajowe Biuro Wyborcze dążą do budowania społecznie akceptowanego wizerunku demokratycznych wyborów, jak i do organów przeprowadzających wybory i referenda w Polsce.

## Streszczenie

Niniejszy artykuł jest podsumowaniem działań organów wyborczych zmierzających do jak najlepszego informowania obywateli na temat bieżących akcji wyborczych, a także podejmowanych i planowanych działań edukacyjnych, które mają na celu poszerzenie wiedzy na temat prawa wyborczego i procedur wyborczych. Działania te mają dwa podstawowe zadania – stymulację aktywności społecznej i poprawę frekwencji wyborczej w naszym kraju, a także poszerzenie wiedzy na temat prawa wyborczego, zwłaszcza wśród obywateli czynnie uczestniczących w akcjach wyborczych poprzez członkostwo w komisjach wyborczych oraz tworzących komitety wyborcze.

### Słowa kluczowe:

referendum, działalność edukacyjna, kampania informacyjna, organy wyborcze

### Summary

This article is a summary of activities of the electoral authorities aimed at keeping the citizens informed about the current electoral actions and the undertaken and planned educational activities orientated towards expanding knowledge of the electoral law and (electoral) procedures in the best optimal way. Those measures have two basic functions – stimulation of social activity and increase of the voter turnout in our country, as well as improving knowledge of electoral law, especially among citizens actively participating in electoral campaigns through membership in electoral commissions and forming electoral committees.

### Keywords:

referendum, educational activities, informative campaign, electoral authorities

**Beata Tokaj** – radca prawny, Szef Krajowego Biura Wyborczego, Sekretarz Państwowej Komisji Wyborczej



**Marcin M. Wiszowaty**

Uniwersytet Gdański

Wydział Prawa i Administracji

## **Referenda dla obywateli – rekomendacje dotyczące zmian w polskiej regulacji prawnej instytucji referendów zaproponowane przez organizacje społeczne skupione wokół Instytutu Spraw Obywatelskich**

1. Druga dekada XXI w. zapisze się w historii Europy m.in. za sprawą budzących duże zainteresowanie opinii publicznej referendów, których materia, a szczególnie rezultat wpłynęły na losy całego kontynentu. Wśród najważniejszych przykładów można wymienić referendum szwajcarskie z 2009 r. dotyczące zakazu budowy minaretów przy meczetach zakończone wynikiem pozytywnym, referendum w Szkocji z 2014 r., które zakończyło się przegraną secesjonistów, czy tzw. referendum niepodległościowe w Katalonii z 2014 r., którego legalność zakwestionował hiszpański trybunał konstytucyjny, wreszcie – tegoroczne (2016 r.) referendum w sprawie członkostwa Zjednoczonego Królestwa w Unii Europejskiej, które jak wiadomo zakończyło się zwycięstwem zwolenników opuszczenia Unii określanego popularnie jako „Brexit”.

Wyrokowanie o renesansie idei referendum w Europie byłoby nieuzasadnione, a przynajmniej przedwczesne i to z kilku powodów. Po pierwsze – nie możemy mówić o zwiększonej liczbie organizowanych w Europie referendów<sup>1</sup>. Po drugie – tezie o wyraźnym wzroście zainteresowania społecznego instytucjami demokracji bezpośredniej przeczy fakt, że większość referendów, w tym wszystkie wymienione, głośne przykłady, zostały zarządzane z inicjatywy partii politycznych, a nie w wyniku oddolnej inicjatywy obywateli. Po trzecie – wysoka frekwencja i wiążący charakter większości z tych referendów<sup>2</sup> wynikały z ich nośnej, odpowiednio nagłośnionej przez media tematyki.

Wzrost zainteresowania instytucją referendum nawet jeżeli chwilowy, jest jednak faktem. Ze zjawiskiem tym mamy do czynienia również w Polsce i to zarówno w sferze praktyki politycznej, dorobku nauki prawa konstytucyjnego<sup>3</sup>, jak i aktywności społecznej.

W 2015 r. Prezydent RP Bronisław Komorowski za zgodą Senatu zarządził pierwsze od 2003 r. referendum ogólnokrajowe. Decyzja zapadła niespodziewanie pomiędzy

---

<sup>1</sup> O ile w latach 2001–2008 odbyły się w Europie łącznie 34 referenda ogólnokrajowe, to w latach 2009–2015 już 42 (źródłowe dane statystyczne pochodzą z portalu: *Centre of Research on Direct Democracy*, [www.c2d.ch](http://www.c2d.ch)).

<sup>2</sup> Konstytucjonaliści brytyjscy podkreślają, że brytyjska koncepcja suwerenności parlamentu oznacza, że wynik referendum w Zjednoczonym Królestwie ma zawsze charakter opiniodawczy, a nie wiążący (zob. A. Renwick, *The Road to Brexit: 16 Things You Need to Know about What Will Happen If We Vote to Leave the EU*, U.K. Const. L. Blog (22.6.2016); S. Douglas-Scott, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, U.K. Const. L. Blog (28.8.2016) (<https://ukconstitutionallaw.org/>)).

<sup>3</sup> W 2011 r. wśród uznanych polskich konstytucjonalistów w ramach projektu badawczego Instytutu Spraw Publicznych w Warszawie przeprowadzono ankietę dotyczącą potrzeby, zakresu i treści zmian ustawy zasadniczej. Eksperti różnili się między sobą w opiniach, ale prawie nikt nie odrzucał kategorycznie samej idei zmian w konstytucji. Jedno z pytań brzmiało: „czy instytucje demokracji bezpośredniej uregulowane są optymalnie w obecnej Konstytucji RP? Jeżeli nie, jakich zmian wymaga ta regulacja”. Niemal wszyscy respondenci udzielając odpowiedzi wskazywali na mankamenty obecnej regulacji konstytucyjnej instytucji referendum. Część przedstawiła propozycje odpowiednich zmian (*Ankieta konstytucyjna*, red. B. Banaszaka i J. Zbieranka, Warszawa 2011).

pierwszą, a drugą turów wyborów prezydenckich. Senat wyraził zgodę na zarządzenie referendum pomimo zgłaszanych przez ekspertów zastrzeżeń dotyczących zgodności z konstytucją materii i sposobu sformułowania pytań referendalnych<sup>4</sup>. Kolejne referendum ogólnokrajowe, które w tym samym roku próbował zarządzić nowowybrany Prezydent Andrzej Duda nie doszło do skutku z powodu niezyskania obligatoryjnej zgody Senatu.

W obu przypadkach prezydenci uzasadniając swoje decyzje o zarządzeniu głosowania powszechnego twierdzili, że wychodzą naprzeciw społecznym oczekiwaniom. O ile materia pytań drugiego, nieodbytego referendum rzeczywiście nawiązywała do 3 wniosków obywatelskich dotyczących zarządzenia referendum złożonych do Sejmu w ubiegłych latach<sup>5</sup> (które zostały przez Sejm odrzucone<sup>6</sup> lub nie rozpatrzone w czasie kadencji przypadły za sprawą zasady dyskontynuacji prac Sejmu<sup>7</sup>), o tyle najniższa w polskiej historii frekwencja, która wyniosła zaledwie 7,80 % uprawnionych do głosowania<sup>8</sup>, zdaje się przeczyć twierdzeniu inicjatora pierwszego referendum.

Fiasko prezydenckiego referendum nie zniechęciło inicjatorów kolejnych głosowań powszechnych. W momencie ukończenia tego artykułu trwa akcja zbierania podpisów pod wnioskiem o przeprowadzenie ogólnokrajowego referendum pod hasłem „Stop Uchodźcom!” Pytanie zadane uczestnikom ma brzmieć „Czy jesteś za przyjęciem przez Polskę uchodźców w ramach systemu relokacji w Unii Europejskiej?”. Również to referendum nie jest oddolną inicjatywą obywatelską. Firmuje je stronnictwo polityczne Kukiz'15, które organizuje zbieranie podpisów poparcia dla wniosku w całej Polsce i zagranicą<sup>9</sup>.

**2.** Polską odmianę instytucji referendum ogólnokrajowego celnie opisuje pojęcie stworzone w zachodniej literaturze naukowej: „referendum kontrolowane”<sup>10</sup>. O tym czy referendum z inicjatywy obywateli w ogóle się odbędzie decyduje rządząca większość. Jest to decyzja uznaniowa. Dotyczy także terminu referendum. Decyzja nie podlega kontroli żadnego organu. W ten sposób zamiast służyć obywatelom

<sup>4</sup> Zob. *Projekt postanowienia Prezydenta RP o zarządzeniu ogólnokrajowego referendum – opinie prawne*, „Opinie i Ekspertyzy” (OE-239), Kancelaria Senatu. Biuro Analiz i Dokumentacji, Warszawa sierpień 2015.

<sup>5</sup> Por. Obywatelski wniosek o przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego w sprawie o szczególnym znaczeniu dla państwa i obywateli dotyczącej powszechnego wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn (druk nr 254 z 15 lutego 2012 r., Sejm VII kadencji), Obywatelski wniosek o poddanie pod referendum ogólnokrajowe sprawy o szczególnym znaczeniu dla państwa i obywateli dotyczącej systemu edukacji „Ratuj maluchy i starsze dzieci też” (druk sejmowy nr 1635 z 30 lipca 2013 r., Sejm VII kadencji), Obywatelski wniosek o poddanie pod referendum ogólnokrajowe sprawy przyszłości Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe i Polskiej Ziemi, (druk nr 2512 z 9 maja 2014 r., Sejm VII kadencji).

<sup>6</sup> Głosowania odbyły się odpowiednio: w sprawie wniosku z druku nr 254 – 30 marca 2012 r. (na podst. „Przebieg procesu legislacyjnego: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=254>), a w sprawie wniosku z druku nr 1635 – 8 listopada 2013 r. (<http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1635>) oraz

<sup>7</sup> Zob. Przebieg procesu legislacyjnego dotyczący wniosku z druku 2512: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2512>.

<sup>8</sup> Zob. Protokół Państwowej Komisji Wyborczej o wyniku referendum zarządzonego na 6 września 2015 r. [http://referendum2015.pkw.gov.pl/pliki/1441638022\\_Protokol%20o%20wyniku%20referendum.pdf](http://referendum2015.pkw.gov.pl/pliki/1441638022_Protokol%20o%20wyniku%20referendum.pdf)

<sup>9</sup> Zob. „Stop uchodźcom!”, <http://dzienreferendalny.pl>, odczyt: 20.07.2016 r.

<sup>10</sup> G. Smith, *The Functional Properties of the Referendum*, „European Journal of Political Research”, March 1976, (za:) M. Rachwał, *Prawo do zarządzania...* s. 123.

i umożliwić demokratycznemu suwerenowi podejmowanie bezpośrednio decyzji władczych, wiążących organy władzy publicznej, referendum ogólnokrajowe jest zazwyczaj wykorzystywane przez polityków w jednym z dwóch celów: po pierwsze – aby przerzucić na obywateli decyzje w ważnych i kontrowersyjnych sprawach, a przy tym uniknąć odpowiedzialności za konsekwencje ich podjęcia, po drugie – dla mobilizacji i organizowania swoich wyborców wokół konkretnych haseł, czy żądań (jest to zauważalne szczególnie w taktyce stronnictw opozycyjnych). Na poziomie lokalnym obostrzenia ustawowe dotyczące wymogów formalnych, których spełnienie jest wymagane, aby doszło do zarządzenia referendum lub, aby miało ono charakter wiążący, sprawiają, że większość inicjatyw referendalnych nie dochodzi do skutku lub nie przynosi rozstrzygnięcia.

Opisany stan rzeczy był przedmiotem krytycznych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego oraz przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego, którzy stwierdzili zgodnie, że o ile obywatele Rzeczypospolitej mają konstytucyjne prawo do udziału w referendum, to nie posiadają już prawa do referendum, tj. prawa do wiążącego zainicjowania głosowania ludowego<sup>11</sup>.

Wobec przytoczonych faktów nie dziwi nikła do tej pory aktywność społeczna w Polsce dotycząca referendów. Przyczyny rezerwy Polaków wobec tej instytucji demokracji bezpośredniej mają także historyczne podłoże. Nasze doświadczenia w tej dziedzinie sprzed 1990 r. nie zachęcały do odwoływania się do referendów w III Rzeczypospolitej<sup>12</sup>. Z badań, które przeprowadzono w lutym 1995 r., czyli w momencie kluczowym dla prac nad przygotowaniem nowej ustawy zasadniczej, wynika, że zdecydowana większość obywateli popierała wówczas ideę organizacji częściowego referendum dającego możliwość ustosunkowania się głosujących do szczegółowych rozwiązań ustrojowych. Jednocześnie zaledwie 20% respondentów uważało, że wynik referendum będzie miał realny wpływ na kształt nowej konstytucji. Na pytanie o swój potencjalny udział w przyszłym referendum zatwierdzającym treść uchwalonej przez Zgromadzenie Narodowe konstytucji pozytywnie odpowiedziało mniej niż połowa respondentów<sup>13</sup>.

W czasie prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego pojawiły się opinie przeciwne instytucji referendum jako „należącej do klasycznych metod walki z parlamentaryzmem”. Proponowano, aby Prezydent oprócz zgody parlamentu na zarządzenie referendum musiał również uzyskać kontrasygnatę Prezesa Rady Ministrów (J. Kaczyński)<sup>14</sup>. Propozycja konstytucyjnej regulacji prawa określonej grupy obywateli do zainicjowania referendum ogólnokrajowego wzbudziła zdecydowany sprzeciw wielu polityków. Wśród argumentów przeciwko temu rozwiązaniu znalazły

<sup>11</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27 maja 2003 r., sygn. K 11/03, uzasadnienie, pkt 11.5; M. Rachwał, *Referendum w opinii elit politycznych III RP*, „Środkowoeuropejskie Studia Polityczne”, 2013, nr 4, s. 191; M. Jabłoński, *Referendum i inne instytucje demokracji bezpośredniej*, „Przegląd Prawa i Administracji”, 2002, t. 51, s. 81.

<sup>12</sup> M. Musiał-Karg, *Referenda w państwach europejskich*, Toruń 2008, s. 257.

<sup>13</sup> A. Malinowski, *Instytucja referendum konstytucyjnego w odbiorze społecznym* (w:) *Referendum konstytucyjne w Polsce*, red. M. T. Staszewski, Warszawa 1997, s. 183–184.

<sup>14</sup> M. Rachwał, *Referendum w opinii elit politycznych III RP*, „Środkowoeuropejskie Studia Polityczne”, 2013, nr 4, s. 180–181.

się: obawa o pojawienie się nadmiernej liczby wniosków o przeprowadzenie referendum i niebezpieczeństwo wymuszania na Sejmie zarządzania referendum (np. przez demonstrantów). T. Mazowiecki był zdania, że „Nasza demokracja potrzebuje umocnienia jako demokracja pośrednia [...]. Są dziedziny życia, w których nie większość powinna rozstrzygać”. W efekcie w konstytucji nie znalazła się regulacja dotycząca obywatelskiej inicjatywy referendalnej. Kwestię tę uregulowano w ustawie<sup>15</sup>. Obywatelom nie przyznano także prawa inicjatywy ustrojodawczej.

Z czasem krytyczne stanowisko wobec form partycypacji obywateli w procesie decyzyjnym zaczęło ulegać złagodzeniu. Ustanowiono lub poddano regulacji prawnej takie instytucje jak: budżet obywatelski, lobbing, petycje do władz, wysłuchanie publiczne, konsultacje publiczne, czy jednostki pomocnicze gminy i ich organy. Wraz z pierwszymi krytycznymi podsumowaniami praktyki obowiązywania konstytucji z 1997 r.<sup>16</sup>, zaczęto coraz odważniej formułować propozycje nowelizacji ustawy zasadniczej. Ocena obowiązywania przyjętych rozwiązań prawnych była od początku domeną środowisk naukowych oraz przedmiotem refleksji naukowej, która przyjmowała postać postulatów *de lege ferenda* wysuwanych przez przedstawicieli nauk prawnych i politycznych, stanowiących obowiązkowy składnik podsumowań analiz dogmatycznych obowiązującego prawa. Stosunkowo nowym zjawiskiem, które jest pośrednio dowodem na ugruntowanie i wzmocnienie społeczeństwa obywatelskiego są rekomendacje zmian w obszarze społeczeństwa obywatelskiego i partycypacji społecznej pochodzące z wewnątrz środowisk obywatelskich.

**3.** Przedmiotem niniejszego opracowania jest prezentacja wyjątkowej inicjatywy organizacji społecznej bez afiliacji partyjnej. Jest to jedyny<sup>17</sup> znany mi przykład inicjatywy, która nie ograniczyła się do sformułowania na piśmie zestawu teoretycznych postulatów, ale stanowiąc efekt współpracy i wymiany doświadczeń

<sup>15</sup> M. Rachwał, *Referendum...*, s. 182–183.

<sup>16</sup> Zob. przede wszystkim: *Podstawowe problemy stosowania konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, pod red. K. Działochoy, Warszawa 2004; *Podstawowe problemy stosowania konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport końcowy z badań*, pod red. K. Działochoy, Warszawa 2006; *Ankieta konstytucyjna*, pod red. B. Banaszaka i J. Zbieranka, Warszawa 2011.

<sup>17</sup> Należy w tym miejscu wspomnieć o stowarzyszeniu „Demokracja Bezpośrednia”, które zostało zarejestrowane w 2009 r. W pierwotnej wersji jego statutu wskazano, że jednym z celów stowarzyszenia „jest doprowadzenie do sytuacji prawnej, aby obywatele RP realnie i w pełni mogli korzystać z prawa suwerena jakie daje im art. 4 Konstytucji”. Realizacja tego celu miała zgodnie ze statutem nastąpić w drugim etapie jego działalności i zmierzać do nowelizacji Konstytucji RP i umieszczenie w niej kilku charakterystycznych postanowień. Wśród nich znalazło się nadanie referendum obligatoryjnego charakteru w przypadku gdyby dotyczyło całkowitej lub częściowej zmiany Konstytucji RP, a także w sprawie ratyfikacji umowy międzynarodowej rodzącej zobowiązania lub ograniczające jej niepodległość. Stowarzyszenie zmierzało także do zmiany kształtu obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej poprzez zniesienie ograniczeń co do jej materii pod warunkiem uzyskania odpowiednio wysokiej liczby podpisów (min. 300 tys.) oraz ustanowienie możliwości przyjęcia tak zainicjowanej ustawy w drodze referendum (ustawa referendalna). Autorzy statutu proponowali także wprowadzenie w Polsce instytucji weta ustawodawczego oraz zniesienie wymogów frekwencyjnych dla wiążącego charakteru referendum (Statut Stowarzyszenia „Demokracja Bezpośrednia”, wersja z 2009 r. <http://www.iddd.de/rys/StatutSDB.doc>, dostęp: 12.07.2016). Po zmianie statutu w 2011 r. w/w propozycje poddane drobnym zmianom znalazły się w Deklaracji Programowej stowarzyszenia z 2011 r. (*Deklaracja Programowa Stowarzyszenia „Demokracja Bezpośrednia” (wersja 2.22)*, <http://docs.google.com/document/d/1AVOP26bqtvDpXyLvsBGoNNThI3MTrtN53ORXqG-Zt0Q/> edit, dostęp: 12.07.2016). Na stronie internetowej stowarzyszenia nie ma informacji dotyczących podjęcia konkretnych działań w celu realizacji celów wymienionych w przywołanych fragmentach deklaracji programowej.



podmiotów należących do sfery społeczeństwa obywatelskiego – stowarzyszeń, aktywistów miejskich, *think-tanków*, fundacji, związków zawodowych, polegała na sformułowaniu ich postulatów, popularyzacji za pośrednictwem mediów tradycyjnych i elektronicznych, przeprowadzeniu konsultacji z przedstawicielami środowisk eksperckich oraz przedstawieniu rezultatów reprezentantom ugrupowań parlamentarnych w celu wdrożenia ich realizacji poprzez odpowiednie zmiany w prawie. Był to zestaw rekomendacji i postulatów dotyczących zmian w prawie, pochodzących od podmiotów bezpośrednio zainteresowanych ich wdrożeniem w celu rozwoju i wzmocnienia społeczeństwa obywatelskiego i w interesie ogółu. Jest to zestaw propozycji zmian w regulacji prawnej instytucji referendum – zarówno lokalnego jak i ogólnokrajowego, na poziomie ustawowym i konstytucyjnym.

Organizacją, która zainicjowała, organizowała i koordynowała, a także sfinansowała wspomnianą inicjatywę jest założona w 2004 r. Fundacja Instytut Spraw Obywatelskich (INSPRO) z Łodzi. INSPRO ma na swoim koncie kilka dużych projektów o charakterze ogólnopolskim realizowanych z użyciem takich środków jak akcje promocyjno-informacyjne, konferencje naukowe, seminaria eksperckie, panele dyskusyjne, wydawnictwa i inne<sup>18</sup>. Jeden z tych projektów nosi nazwę „Obywatele decydują”. W jego ramach od 2007 r. Instytut promuje obywatelskie inicjatywy ustawodawcze, a także prowadzi działania zmierzające do nowelizacji ustawy z 24 czerwca 1999 r. o inicjatywie ustawodawczej obywateli (Dz. U. z 1999 r., nr 62, poz. 688) w celu ułatwienia obywatelom możliwości skorzystania z tej instytucji demokracji bezpośredniej<sup>19</sup>.

Na różnych etapach prac nad tą inicjatywą udział w spotkaniach poświęconych sformułowaniu założeń brali przedstawiciele następujących podmiotów i środowisk: Fundacje – Citizens Foundation (Islandia), Instytut Spraw Obywatelskich (Łódź), Instytut Aurea Libertas (Kraków), „Kocham Obciach” (Warszawa), stowarzyszenia – „Demokracja Bezpośrednia” (Wrocław), „Klub Inteligencji Polskiej” (Warszawa), „Klub Jagielloński” (Kraków), „Młodzi Bezpośredni” (Olsztyn), „Polska Społeczna” / „Warszawa Społeczna” (Warszawa), „Prawo do Miasta” (Poznań), „Sieć Obywatelska – Watchdog Polska” (Warszawa), związki zawodowe – NSZZ „Solidarność”, OPZZ oraz Forum Związków Zawodowych, Redakcja portalu „Referendumlokalne.pl”, Redakcja czasopisma „Krytyka Polityczna”, partie polityczne – „Zieloni 2004” i „Demokracja Bezpośrednia”, przedstawiciele „Klubu Ronina” i „Kongresu Ruchów Miejskich”.

10 sierpnia 2013 r. z inicjatywy INSPRO, w Łodzi odbyło się spotkanie pod hasłem „Referendum dla obywateli nie dla partii”, w którym uczestniczyło blisko 100 osób reprezentujących kilkanaście inicjatyw i organizacji społecznych, w tym przedstawiciele władz związków zawodowych<sup>20</sup>. Celem spotkania było wypracowanie obywatelskiego stanowiska w sprawie zmian w przepisach o referendach. Efektem

<sup>18</sup> Więcej informacji na stronie fundacji w zakładce „Co robimy”: <http://www.inspro.org.pl>

<sup>19</sup> *Uzasadnienie projektu nowelizacji ustawy o inicjatywie ustawodawczej obywateli*, [https://obywateledecyduja.pl/wp-content/uploads/2012/12/uzasadnienie\\_projektu\\_nowelizacji\\_obywatele\\_decyduja.pdf](https://obywateledecyduja.pl/wp-content/uploads/2012/12/uzasadnienie_projektu_nowelizacji_obywatele_decyduja.pdf), dostęp: 18.07.2016.

<sup>20</sup> *Referenda dla obywateli*, TVP Łódź, 10 sierpnia 2013 r., <http://lodz.tvp.pl/12074282/referenda-dla-obywateli>

złożonych propozycji miało być stworzenie projektu ustawy o zmianie ustaw o referendum ogólnokrajowym i lokalnym. W trakcie spotkania okazało się, że część zaproponowanych w czasie spotkania zmian dotyczyła także materii konstytucyjnej, a więc ich wdrożenie wymagałoby odpowiedniej nowelizacji ustawy zasadniczej. Wśród nich znalazły się:

- zniesienie wymogu, aby przedmiotem referendum ogólnokrajowego była wyłącznie sprawa „o szczególnym znaczeniu dla państwa”
- ustanowienie zasady, że zebranie odpowiedniej liczby podpisów pod wnioskiem obywatelskim obliguje organy władzy publicznej do zarządzenia referendum ogólnokrajowego,
- zniesienie wymogu przekroczenia progu 50% frekwencji dla uzyskania wiążącego wyniku referendum ogólnokrajowego
- wprowadzenie referendum zatwierdzającego ustawę uchwaloną przez Sejm zamiast lub obok weta prezydenckiego,
- związanie określonego wyniku referendum w niektórych sprawach z możliwością skrócenia kadencji Sejmu<sup>21</sup>.

Zmiany na poziomie ustawowym dotyczące instytucji referendum dotyczyły niemal wyłącznie jego lokalnej odmiany. Obejmowały przede wszystkim:

- utrudnienie inicjowania referendum „odwoławczego” (recall) w porównaniu z „problemowym” poprzez podwyższenie wymogów formalnych – np. poprzez zwiększenie liczby wymaganych podpisów poparcia pod wnioskiem, wprowadzenie możliwości przeprowadzenia takiego referendum tylko raz w ciągu kadencji organu jednostki samorządu terytorialnego,
- ustanowienie zakazu przeprowadzania referendów tematycznych w dniu wyborów,
- ustanowienie stałych terminów przeprowadzania referendum lokalnego – np. dwa razy w roku
- ustanowienie fakultatywnego, zatwierdzającego referendum uchwałodawczego w przypadku kontrowersyjnych uchwał, na wniosek odpowiedniej liczby mieszkańców danej jednostki samorządowej, z wyjątkiem uchwały budżetowej, absolutoryjnej i personalnych
- wprowadzenie możliwości zawieszenia realizacji decyzji podjętej w referendum gminnym przez odpowiedni organ gminy. Odmowa wykonania decyzji referendalnej oznaczałaby obowiązkową dymisję danego organu i rozpisanie przedterminowych wyborów.

W kolejnych miesiącach realizacja projektu uległa zawieszeniu. Do grona uczestników doszły w tym czasie kolejne osoby i środowiska. Podjęto decyzję o dalszym prowadzeniu prac w celu sformułowania ostatecznej propozycji zmian i podjęcie działań zmierzających do ich wdrożenia, co w przypadku zmian konstytucji wymaga znalezienia podmiotu wyposażonego w prawo inicjatywy ustrojodawczej, którego nie posiadają obywatele.

<sup>21</sup> *Referenda dla obywateli, nie dla partii – postulaty ze spotkania 10.08.2013 r.*, [https://inspro.org.pl/wp-content/uploads/2013/11/Postulaty\\_10\\_sierpnia\\_2013\\_09\\_03.pdf](https://inspro.org.pl/wp-content/uploads/2013/11/Postulaty_10_sierpnia_2013_09_03.pdf), dostęp: 2.09.2015.

Do prac powrócono na przełomie 2015 r. i 2016 r. W tym czasie na zaproszenie Instytutu Spraw Obywatelskich nawiązałem z nim współpracę w charakterze eksperta<sup>22</sup>.

Odbyło się łącznie pięć spotkań zainicjowanych zorganizowaniem seminarium eksperckiego we współpracy z Instytutem Dziennikarstwa Uniwersytetu Warszawskiego i z udziałem przedstawiciela islandzkiej fundacji Citizens Foundation zaangażowanej w prace nad opracowaniem projektu nowej ustawy zasadniczej Islandii. Następnie odbyły się dwa spotkania robocze z udziałem przedstawicieli szerokiej reprezentacji organizacji społecznych. W siedzibie Polskiej Agencji Prasowej w Warszawie zorganizowano konferencję obejmującą debatę z udziałem przedstawicieli partii parlamentarnych i zaproszonych ekspertów mającą na celu zaprezentowanie politykom wypracowanych wspólnie rekomendacji i wysondowanie szans na uzyskanie poparcia politycznego przy ich wdrażaniu. Po konferencji, w nowym roku odbyło się kolejne spotkanie robocze poświęcone głównie referendum lokalnym.

**4.** Wspomniane rekomendacje chciałbym przedstawić w ich najszerszym zakresie, z uwzględnieniem propozycji, które uzyskawszy poparcie jedynie mniejszości uczestników nie znalazły się w ostatecznej propozycji. Będzie to prezentacja z konieczności ograniczona do podstawowych postulatów bez ich szerszego komentowania, co mam nadzieję nastąpi w trakcie konferencji naukowej, na której przedstawię niniejsze opracowanie licząc na zainteresowanie uczestników i dyskusję. Wnioski chętnie przekażę inicjatorom, którzy pomimo licznych utrudnień i niepowodzeń nadal pracują nad wdrożeniem swoich postulatów.

Zakres tematyczny pierwszego zestawu rekomendacji przygotowanego w 2015 r. przez zespół INSPRO wykraczał poza zagadnienia referendum i obejmował również inne instytucje demokracji bezpośredniej, zarówno już istniejące w polskim porządku prawnym (obywatelska inicjatywa ustawodawcza), jak i te, których wprowadzenie zamierzano rekomendować (obywatelska inicjatywa ustrojodawcza, *actio popularis* – zbiorowy wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie konstytucyjności aktu normatywnego). Następnie postanowiono o ograniczeniu prac do instytucji referendum, z poszerzeniem rekomendacji o dotychczas traktowane marginalnie referenda lokalne.

Pierwotne rekomendacje INSPRO dotyczące referendum ogólnokrajowych podzielono na dwie grupy – zmiany pierwszej potrzeby oraz późniejsze. W pierwszej grupie znalazły się postulaty:

<sup>22</sup> Owocem mojej współpracy z Instytutem był m.in. raport dotyczący propozycji zmian konstytucji RP z 1997 r. mających na celu zwiększenie udziału obywateli w procesie decyzyjnym (*Propozycje zmian zwiększających wpływ obywateli na proces decyzyjny w państwie w projektach zmiany konstytucji RP z 1997 r., wypowiedziach ekspertów oraz postulatach środowisk obywatelskich*, [w:] „Konstytucja dla obywateli”, Łódź 2015, [http://issuu.com/inspro/docs/raport\\_konstytucja\\_dla\\_obywateli/3?e=6316611/33179058,s.9-30](http://issuu.com/inspro/docs/raport_konstytucja_dla_obywateli/3?e=6316611/33179058,s.9-30)), którego skróconą, ustną wersję przedstawiłem podczas seminarium w Warszawie w 2015 r., a także konsultacja merytoryczna w trakcie prac nad sformułowaniem ostatecznej wersji rekomendacji Instytutu dotyczących pożądaných zmian w prawie służących zwiększeniu przystępności referendum dla obywateli i nadanie im charakteru i formy charakter instytucji demokratycznej i obywatelskiej.

- przyznania obywatelom prawa do zwrócenia się do marszałka sejmiku o zarządzanie referendum zatwierdzającego zmiany dokonane w konstytucji, z jednoczesnym poszerzeniem jego zakresu o zatwierdzenie każdej przyjętej zmiany (nie tylko dotyczącej rozdziału I, II lub XII);
- obniżenie lub zniesienie w referendum ogólnokrajowym progu frekwencyjnego, którego przekroczenie jest warunkiem *sine qua non* uznania wyniku referendum za wiążący
- objęcie kontrolą Trybunału Konstytucyjnego pytań referendalnych oraz kwestii dopuszczalności przeprowadzenia referendum

Do grupy drugiej zaliczono:

- ustanowienie zasady obligatoryjnego zarządzania referendum na wniosek obywateli poparty odpowiednią liczbą głosów – od 500 tys. do 1 mln (do późniejszego ustalenia)
- zawarcie w konstytucji klarownego określenia skutków wiążącego referendum;
- określenie w konstytucji maksymalnego terminu realizacji przez władze publiczne woli obywateli wyrażonej w referendum, a także konsekwencji jego niedotrzymania.

Kwestii referendum dotyczyła także propozycja ustanowienia instytucji ustawy referendalnej, a więc możliwości przyjęcia ustawy w drodze referendum ogólnokrajowego – ale tylko w przypadku nieukończenia w określonym terminie prac legislacyjnych nad obywatelskim projektem ustawy (np. do końca drugiej kadencji liczonej od kadencji, w której projekt wniesiono)<sup>23</sup>.

Efektem kolejnego etapu prac był zestaw rekomendacji firmowany przez przedstawicieli środowisk społecznych z całej Polski i wypracowany przez nich podczas spotkań roboczych i wymiany korespondencji. Zestaw ten po wykreśleniu propozycji mniejszościowych został zaprojektowany politykom. Poniżej przedstawiam wersję obejmującą również propozycje odrzucone.

Pierwsza grupa rekomendacji dotyczy referendum ogólnokrajowego z inicjatywy obywateli. Zaproponowano następujące rozwiązania:

- Zarządzanie referendum ogólnokrajowego z inicjatywy obywateli nie powinno zależeć od zgody innego organu (Sejmu, Prezydenta, czy Senatu), lecz w razie wypełnienia przez obywatelski komitet referendalny, jako inicjatora referendum, formalnych przesłanek konstytucyjnych i ustawowych referendum powinno być zarządzane obligatoryjnie przez uprawniony do tego organ władzy publicznej.
- Podstawową przesłanką formalną, której spełnienie jest konieczne dla zarządzania referendum ogólnokrajowego powinien być fakt zebrania odpowiedniej liczby podpisów poparcia pod wnioskiem o przeprowadzenie referendum. Zaproponowano przy tym dwa alternatywne rozwiązania – do rozważenia i wyboru przez decydentów:
  - a) min. 1 mln podpisów złożonych przez obywateli uprawnionych do udziału w referendum. Zbieranie podpisów nie byłoby ograniczone terminem.

<sup>23</sup> Rekomendacje zmian w Konstytucji RP proponowane przez Instytut Spraw Obywatelskich, [w:] „Konstytucja dla obywateli”..., s. 47–49.

- b) min. 500 tys. podpisów obywateli uprawnionych do udziału w referendum. Proces zbierania podpisów może trwać najwyżej 6 miesięcy od zebrania pierwszego podpisu (każdy obywatel składający swój podpis zaznaczałby datę dzienną jego złożenia). Podpisy muszą spełniać wymóg tzw. regionalizacji to znaczy ich liczba musi odzwierciedlać proporcje zaludnienia w poszczególnych województwach.

Zastrzeżono, że określenie minimalnej liczby wymaganych podpisów należy zawrzeć w ustawie, a nie w konstytucji, aby łatwiej było ją zmienić

- Przedmiotem referendum z inicjatywy obywateli powinno być wyłącznie udzielenie poparcia (zatwierdzenie) dla konkretnego projektu aktu prawnego. Projekt ustawy referendalnej powinien spełniać wymogi konstytucyjne i określone w regulaminie Sejmu, a także wskazywać źródła finansowania kosztów realizacji przepisów ustawy. Materia ustawy referendalnej z inicjatywy obywateli nie mogłaby dotyczyć: wydatków i dochodów państwa, w szczególności podatków oraz innych danin publicznych; obronności państwa; amnestii.
- Wynik referendum powinien być wiążący (prowadzić do przyjęcia ustawy) bez względu na uzyskany odsetek (frekwencję) jego uczestników.
- Obywatele inicjujący referendum ogólnokrajowe powinni mieć obowiązek skonsultowania projektu ustawy referendalnej ze służbami prawnymi Kancelarii Sejmu.
- Po zebraniu 100.000 podpisów pod projektem wniosku o przeprowadzenie referendum, obywatelski projekt ustawy referendalnej powinien podlegać obligatoryjnej kontroli zgodności z konstytucją przez Trybunał Konstytucyjny. Trybunał powinien rozpatrzyć sprawę w określonym ustawowo terminie. W związku z faktem związania Trybunału granicami wniosku, z czego wynika, że wnioskodawca musi wskazać zarzuty niekonstytucyjności i wzorce kontroli konstytucyjności, możliwe są różne rozwiązania, jak np. nałożenie na Rzecznika Praw Obywatelskich obowiązku przygotowania zarzutów niekonstytucyjności w zakresie praw, wolności i obowiązków człowieka i obywatela, a służbom prawnym Sejmu opiniującym projekt – w pozostałym zakresie.
- Obywatele, którzy zebrali min. 100.000 podpisów pod wnioskiem o zarządzenie referendum ogólnokrajowego powinni mieć prawo do nieodpłatnego dostępu do publicznego radia i telewizji w celu promocji tematyki referendum i apelu o poparcie przez obywateli wniosku o jego przeprowadzenie.
- Okres kampanii referendalnej w mediach publicznych (radiu i telewizji) powinien ulec wydłużeniu do 3 miesięcy przed terminem referendum.
- Należy zakazać zarządzania referendum na dzień przypadający w okresie 3 miesięcy przed i po terminie wyborów.
- Inicjatorzy referendum powinni mieć obowiązek opracowania informacyjnej broszury referendalnej w postaci pliku w formacie PDF. Broszura powinna podlegać obowiązkowej publikacji na stronie internetowej Państwowej Komisji Wyborczej w dniu rozpoczęcia kampanii referendalnej. Broszura referendalna

powinna zawierać w szczególności: pełną treść projektu ustawy, związane streszczenie skutków przyjęcia ustawy, związłą prezentację konsekwencji głosu „za” lub „przeciw”, argumenty zwolenników i przeciwników przyjęcia ustawy.

- Referendum (referenda) z inicjatywy obywateli powinno(y) odbywać się tylko w tzw. Dniu referendalnym – np. 11 listopada. W razie zbiegu terminów wyborów i referendum i ich kampanii informacyjnych, gdy temat referendum wykluczałby możliwość odsunięcia jego terminu o rok, referendum odbywałoby się w rezerwowym dniu referendalnym, np. 3 maja.
- Skutkiem rozstrzygającego wyniku referendum (poparcia większości głosujących dla projektu ustawy) powinno być przyjęcie ustawy referendalnej o mocy prawnej równej ustawie wymienionej w art. 87 Konstytucji RP.

Druga grupa rekomendacji dotyczy referendum lokalnego organizowanego z inicjatywy obywateli:

- Z wyjątkiem odwołania wójta, burmistrza lub prezydenta miasta referendum powinno być ważne, niezależnie od tego ilu uprawnionych do głosowania wzięło w nim udział.

Odwołanie wójta (burmistrza, prezydenta miasta) pochodzącego z wyborów powszechnych powinno następować tylko jeżeli liczba głosów oddanych za odwołaniem stanowi więcej niż 3/5 ogólnej liczby głosów uzyskanych przez odwoływany organ w wyborach (w razie 2 tur – wynik z 1. tury).

- Referendum lokalne z inicjatywy obywateli, z wyjątkiem referendum w sprawie odwołania organu stanowiącego j.s.t. oraz samoopodatkowania się mieszkańców, powinno się odbyć na wniosek mieszkańców uprawnionych do udziału w referendum poparty odpowiednią liczbą ich podpisów:
  - a) w jednostkach do 20 tys. mieszkańców: min. 10% uprawnionych do głosowania mieszkańców jst;
  - b) w jednostkach od 20 do 100 tys. mieszkańców: min. 2 tysiące podpisów uprawnionych mieszkańców powiększone o 8% liczby mieszkańców przekraczającej 20 tysięcy.
  - c) W jednostkach powyżej 100 do 500 tys. mieszkańców: min. 10 tys. podpisów uprawnionych mieszkańców powiększone o 6% liczby mieszkańców przekraczającej 100 tysięcy.
  - d) W jednostkach powyżej 500 tys. mieszkańców: min. 16 tys. podpisów uprawnionych mieszkańców powiększone o 4% liczby mieszkańców przekraczającej 500 tysięcy.

Referendum z inicjatywy obywateli w sprawie odwołania organu j.s.t. lub samoopodatkowania się mieszkańców powinno się odbyć jeżeli wniosek mieszkańców uprawnionych do udziału w referendum został poparty podwójną liczbą podpisów określonych w pkt. 2 a) – d).

Ustawowy termin na zebranie podpisów obywateli popierających wniosek o przeprowadzenie referendum lokalnego należy wydłużyć do 90 dni.

- Mieszkańcy danej j.s.t. powinni mieć możliwość uchylecia w drodze referendum

akt prawa miejscowego przyjętego przez organ stanowiący danej j.s.t. (tzw. referendum abrogacyjne) na zasadach ogólnych.

- Należy znieść wymóg, zgodnie z którym inicjator obywatelskiego wniosku o przeprowadzenie referendum lokalnego na swój koszt podaje do wiadomości mieszkańców przedmiot referendum – w sposób zwyczajowo przyjęty (w gminie) czy poprzez ogłoszenie w prasie codziennej ogólnodostępnej w danej jst (w powiecie i województwie). Spełnienie tego wymogu stanowi poważną przeszkodę formalną uniemożliwiającą przeprowadzenie referendum z inicjatywy obywateli.
- Należy ustawowo określić maksymalny termin, w jakim Naczelny Sąd Administracyjny ma obowiązek rozpatrzyć skargę kasacyjną na orzeczenie sądu administracyjnego dotyczące skarg w sprawach referendum lokalnych, a także termin na rozpatrzenie sprawy przez sąd administracyjny w przypadku skierowania sprawy przez NSA do ponownego rozpatrzenia. Termin ten powinien wynosić 14 dni, analogicznie do przepisów ustawy dotyczących skarg składanych do sądów administracyjnych na uchwałę organu stanowiącego j.s.t. odrzucającą wniosek mieszkańców w sprawie przeprowadzenia referendum, a także na niedotrzymanie przez ten organ terminu do zarządzenia referendum lub odrzuceniu wniosku mieszkańców.
- Obywatelom inicjującym referendum lokalne należy umożliwić oddelegowania swoich przedstawicieli do składu terytorialnych komisji referendalnych.
- Należy wyraźnie zapisać w ustawie o referendum lokalnym, że odbywa się ono w głosowaniu tajnym. Brak takiego wyraźnego zastrzeżenia może być i był powodem nadużyć.

Reakcja polityków na przedstawione im propozycje była zróżnicowana. Najwięcej kontrowersji wzbudziła propozycja dotycząca uniezależnienia decyzji o zarządzeniu referendum od woli organów władzy publicznej. W wypowiedziach pojawił się zarzut narażenia skarbu państwa na duże wydatki spowodowane rzekomym ryzykiem pojawienia się licznych wniosków obywatelskich. Nie przyjmowano do wiadomości argumentów autorów rekomendacji, którzy zwracali uwagę na dwa istotne fakty. Po pierwsze – że dotychczas prawie żadnemu inicjatorowi w Polsce nie udało się zebrać miliona podpisów pod wnioskiem o referendum ogólnokrajowe i że proces zbierania podpisów jest żmudny i długotrwały, po drugie – że ustanowienie „dnia referendalnego” spowoduje, że koszty organizacji kilku, a nawet kilkunastu czy kilkudziesięciu referendum będą podobne, ponieważ bez względu na ewentualną liczbę referendum, wszystkie odbędą się jednego dnia. W najgorszym przypadku karta do głosowania zwiększy swoją objętość i wydłuży się nieco czas potrzebny na ustalenie wyników. Propozycje zmian dotyczących referendum lokalnego poparli w ogólnym zarysie politycy posiadający doświadczenie w działalności samorządowej lub ruchach miejskich. Przede wszystkim docenili ułatwienia w dostępie obywateli do instytucji referendum.

**5.** Z analizy rekomendacji wypracowanych i zgłoszonych przez organizacje

skupione wokół Instytutu Spraw Obywatelskich wpływa kilka wniosków, które stanowić będą podsumowanie niniejszych rozważań.

Niektóre z przedstawionych postulatów można zrealizować poprzez zmianę ustaw regulujących zasady i tryb funkcjonowania instytucji demokracji bezpośredniej. Część z nich wymaga już zmiany ustawy zasadniczej. Zmiana konstytucji, której normy powinny zachować ogólny charakter, spowoduje konieczność kolejnych zmian w ustawodawstwie, zarówno w formie nowelizacji obowiązujących aktów prawnych jak i przyjęcia nowych ustaw. Realizacja takich postulatów jak wprowadzenie na wzór szwajcarski obligatoryjnego lub fakultatywnego referendum zatwierdzającego uchwaloną przez parlament ustawę wymagałaby także zmian procedury ustawodawczej również na poziomie regulaminowym.

Wyraźnym celem rekomendacji INSPRO jest zwiększanie realnego wpływu obywateli na proces decyzyjny, a także – co widać szczególnie w przypadku postulatów dotyczących referendum lokalnych – zwiększenie dostępu obywateli do instytucji demokracji bezpośredniej, który w obecnym stanie prawnym jest utrudniony z powodu istnienia licznych, trudnych do spełnienia na poziomie małej wspólnoty samorządowej wymogów o charakterze formalnym. Za wyraz dążenia do odpolitycznienia instytucji referendum można uznać także postulat ustanowienia zakazu przeprowadzania referendum łącznie z wyborami, a także organizowania referendum w określonych terminach przed lub po wyborach.

Stanowisko polityków zdradza ich wolę utrzymania decydującej i nadrzędnej pozycji w procesie zarządzania referendum ogólnokrajowych. W projektach partii politycznych dotyczących zmian w regulacji referendum pojawiają się rozwiązania umożliwiające wykorzystywanie tej instytucji demokracji bezpośredniej w bieżącej walce politycznej<sup>24</sup>. Politycy zdają się dążyć do zachowania stanu rzeczy, w którym instytucje demokracji bezpośredniej pełnią rolę służebną wobec rządzącej większości. Tym należy tłumaczyć ich rezerwę, a nawet sprzeciw wobec postulatu odebrania im prawa decydowania o tym, czy referendum się odbędzie poprzez wprowadzenie zasady obligatoryjnego zarządzania referendum z inicjatywy obywateli w razie zebrania odpowiedniej liczby podpisów poparcia.

Propozycja transformacji referendum konstytucyjnego z fakultatywnego w obligatoryjne, a co najmniej przyznania obywatelom prawa do złożenia wniosku o przeprowadzenie referendum zatwierdzającego zmiany w ustawie zasadniczej, bez względu na to, którego rozdziału one dotyczą, zasługuje na aprobatę jako przejaw urzeczywistnienia zasady państwa demokratycznego, w którym rolę ustrojodawcy pełni naród.

Na aprobatę zasługuje postulat likwidacji wymogu kworum frekwencyjnego dla

<sup>24</sup> Tytułem przykładu można wskazać dwie propozycje zawarte w art. 103 i 105 projektu nowej konstytucji PiS z 2010 r. Prezydentowi przyznano prawa do „szczególnego weta” w postaci zarządzenia referendum w sprawie ustawy przed jej podpisaniem. Referendalne „weto” dawałoby prezydentowi absolutne prawo odmowy podpisania ustawy, a nawet skrócenia kadencji parlamentu. Pozytywna decyzja większości uczestników referendum zatwierdzającego prezydencki projekt ustawy prowadziłaby do zablokowania możliwości dokonywania zmian w tym projekcie przez większość parlamentarną (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*. Projekt Prawa i Sprawiedliwości, styczeń 2010, [http://www.pis.org.pl/download.php?g=mmedia&f=konstytucja\\_2010.pdf](http://www.pis.org.pl/download.php?g=mmedia&f=konstytucja_2010.pdf), dostęp: 4.09.2015).



ważności i wiążącego charakteru referendum ogólnokrajowego jako zmierzający do zerwania ze złą praktyką premiowania biernych obywateli. Warto dodać, że postulat likwidacji progu frekwencyjnego znalazł się w rekomendacjach Komisji Weneckiej z 2007 r. dotyczących dobrych praktyk referendalnych<sup>25</sup>.

Obowiązkowa kontrola konstytucyjności pytań referendalnych przez Trybunał Konstytucyjny jest nie tylko realizacją postulatów środowiska naukowego, ale także kolejnym przejawem ograniczania sfery uznaniowości organów władzy publicznej przy decydowaniu o tym, czy materia referendum stanowi „sprawę o istotnym znaczeniu dla państwa”. Do propozycji zasługujących na pozytywną ocenę należy także przyznanie inicjatorom referendum ogólnokrajowego prawa do skorzystania z fachowej pomocy służb prawnych Sejmu i Senatu.

Za zgodny z rekomendacjami Komisji Weneckiej z 2007 r. można także uznać postulat zawarcia w konstytucji klarownego określenia skutków wiążącego referendum dla organów władzy oraz terminu na podjęcie i ukończenie związanych z tym, potrzebnych działań<sup>26</sup>.

Propozycja, aby przedmiotem referendum z inicjatywy obywateli był wyłącznie projekt aktu prawnego wzbudziła największe wątpliwości podczas spotkań roboczych, ale jednocześnie jest jednym z najbardziej twórczych rozwiązań. Wymaga jeszcze dopracowania i doprecyzowania. Dopiero skonkretyzowanie tych propozycji pozwoli na szczegółową analizę i ocenę zalet oraz wad proponowanego rozwiązania. Jego największą zaletą jest ułatwienie realizacji woli wyrażonej przez większość biorących udział w referendum poprzez jej sformułowanie (konkretyzację) w postaci aktu prawnego jeszcze przed głosowaniem. Interesującym pomysłem jest także obowiązek opracowania i rozpowszechnienia „broszury informacyjnej”, w której inicjatorzy referendum musieliby określić nie tylko zalety, ale także potencjalne wady i koszty proponowanych, innowacyjnych rozwiązań. Ta propozycja łącznie z postulatami wydłużenia kampanii referendalnej i ułatwienia inicjatorom dostępu do mediów publicznych zmierzają do poprawy poziomu debaty publicznej. Ciekawość budzi sposób zapewnienia takim broszurom należytego poziomu merytorycznego. Wydaje się, że byłaby to szansa i dobra okazja do wykorzystania znacznych zasobów intelektualnych ośrodków naukowych w całej Polsce., zgodnie z popularnym postulatem uprzątnienia badań naukowych.

Na zakończenie chciałbym zwrócić uwagę na bardzo interesujący i nowatorski pomysł „Dnia referendalnego” zgłoszony i firmowany przez środowisko Klubu Jagiellońskiego. Jeden z autorów tej propozycji widzi w nim nawiązanie do idei mandatu imperatywnego z czasów Rzeczypospolitej szlacheckiej – w sensie mechanizmu służącego silniejszemu, bezpośredniemu powiązaniu obywateli z procesem decyzyjnym (samą reaktywację mandatu imperatywnego w dzisiejszych czasach

<sup>25</sup> *Warunki dobrej praktyki referendalnej* przyjęte przez Radę Demokratycznych Wyborów na 19. posiedzeniu (Wenecja, 16 grudnia 2006) oraz Komisję Wenecką na 70. Sesji plenarnej (Wenecja, 16–17 marca 2007), opracowanie nr 371/2006, sygn.. CDL-AD (2007) 008, s. 13.

<sup>26</sup> *Warunki dobrej praktyki referendalnej...*, s. 14.

uważa za nierelną)<sup>27</sup>. Ustanowienie „Dnia referendalnego” jest powiązane z wprowadzeniem zasady obligatoryjnego zarządzania referendum w przypadku zebrania odpowiedniej liczby podpisów poparcia pod wnioskiem. Prezydent RP przed zarządzeniem referendum dokonywałby jedynie formalnej kontroli takiego wniosku. Wszystkie kwestie i pytania referendalne zgłoszone prawidłowo przez obywateli byłyby rozstrzygane w głosowaniu powszechnym raz w roku. Oprócz wspomnianego czynnika ekonomicznego w postaci oszczędności wydatków budżetowych na organizację referendów, dzień referendalny posiada więcej zalet. Mógłby przyczynić się do tego, że obywatele chętniej sięgaliby po instytucję referendum wpływając na proces decyzyjny w państwie i przejmując odpowiedzialność za podejmowane decyzje. W rezultacie mogłoby dojść do zwiększenia liczby referendów i oswojenia społeczeństwa z ich ideą, bez wzrostu kosztów tego referendalnego i obywatelskiego ożywienia. Przekonanie obywatela, że od jego głosu zależą istotne decyzje może wpłynąć pozytywnie na stan rozwoju społeczeństwa obywatelskiego i partycypację społeczną nie tylko w sferze polityki<sup>28</sup>. Korzyści z takiego zjawiska są liczne i nie do przecenienia.

Należy mieć nadzieję, że przynajmniej część postulatów zaprezentowanych w tym opracowaniu uda się zrealizować. Każda zmiana zmierzająca w kierunku aktywizacji obywateli i zwiększenia ich udziału w procesie decyzyjnym w państwie demokratycznym jest godna uwagi i poparcia. Dotyczy to szczególnie III RP, w której poziom partycypacji społecznej jest nadal bardzo niski w porównaniu z krajami Zachodu (i wykazuje tendencję spadkową<sup>29</sup>), a instytucje demokracji bezpośredniej mają w większości fasadowy charakter.

## Srteszczenie

Druga dekada XXI w. zapisze się w historii Europy m.in. za sprawą budzących duże zainteresowanie opinii publicznej referendów, których materia, a szczególnie rezultat wpłynęły na losy całego kontynentu. Wśród najważniejszych przykładów można wymienić referendum szwajcarskie z 2009 r. dotyczące zakazu budowy minaretów przy meczetach, referendum w Szkocji z 2014 r., tzw. referendum niepodległościowe w Katalonii z 2014 r., wreszcie – referendum w sprawie członkostwa Zjednoczonego Królestwa w Unii Europejskiej z 2016 r.

Z kilku powodów wyrokowanie o renesansie idei referendum w Europie byłoby nieuzasadnione, a przynajmniej przedwczesne. Po pierwsze – nie możemy

<sup>27</sup> „Przy specyfice współczesnego państwa, trudno wyobrazić sobie funkcjonowanie podobnego, terytorialno-zależnego systemu, z dzisiejszym sejmikiem wojewódzkim wysyłającym swoich radnych na kolejne posiedzenia Sejmu” (P. Kaszczyszyn, *Jak upodmiotowić obywateli. Dzień Referendalny* <http://jagiellonski24.pl/2015/09/05/jak-upodmiotowic-obywateli-propozycja-dnia-referendalnego>, dostęp: 20.07.2016).

<sup>28</sup> J. Wyleżałek, *Bariery demokracji bezpośredniej a ograniczenia działania zespołowego – perspektywa systemowa* (w:) *Stan i perspektywy...*, s. 96.

<sup>29</sup> Jak wynika z badań przeprowadzonych przez CBOS w 2014 r. zaangażowanie w działalność społeczną deklaruje ok. 79% respondentów, ale tylko 20% z nich w ramach konkretnej organizacji. Przynależność do organizacji w 2014 r. spadła w porównaniu z rokiem 2011. Zob. *Aktywność społeczna Polaków. Komunikat z badań*, nr 60/2014, maj 2014, s. 8–9 ([http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2014/K\\_060\\_14.PDF](http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2014/K_060_14.PDF))

mówić o zwiększonej liczbie organizowanych w Europie referendów. Po drugie – tezie o wyraźnym wzroście zainteresowania społecznego instytucjami demokracji bezpośredniej przeczy fakt, że większość referendów, w tym wszystkie wymienione, głośne przykłady, zostały zarządzane z inicjatywy partii politycznych, a nie w wyniku oddolnej inicjatywy obywateli. Po trzecie – wysoka frekwencja i wiążący charakter większości z tych referendów wynikały z ich nośnej, odpowiednio nagłośnionej przez media tematyki.

Wzrost zainteresowania instytucją referendum jest faktem, nawet jeśli jest to tylko wzrost chwilowy.

Ze zjawiskiem tym mamy do czynienia również w Polsce i to zarówno w sferze praktyki politycznej, jak i aktywności społecznej.

Polską odmianę instytucji referendum ogólnokrajowego celnie opisuje pojęcie stworzone w zachodniej literaturze naukowej: „referendum kontrolowane”. O tym czy referendum z inicjatywy obywateli w ogóle się odbędzie decyduje rządząca większość. Jest to decyzja uznaniowa.

Formułowanie postulatów dotyczących zmiany konstytucji, również w odniesieniu do instytucji demokracji bezpośredniej, było przez dłuższy czas domeną środowiska naukowego. Stosunkowo nowym zjawiskiem, które jest pośrednio dowodem na ugruntowanie i wzmocnienie społeczeństwa obywatelskiego są rekomendacje zmian w obszarze społeczeństwa obywatelskiego i partycypacji społecznej pochodzące z wewnątrz środowisk obywatelskich.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest prezentacja wyjątkowej inicjatywy organizacji społecznej bez afiliacji partyjnej. Jest to jedyny dotychczas przykład inicjatywy, która nie ograniczyła się do sformułowania na piśmie zestawu teoretycznych postulatów, ale stanowiąc efekt współpracy i wymiany doświadczeń podmiotów należących do sfery społeczeństwa obywatelskiego – stowarzyszeń, aktywistów miejskich, *think-tanków*, fundacji, związków zawodowych, polegała na sformułowaniu ich postulatów, popularyzacji za pośrednictwem mediów tradycyjnych i elektronicznych, przeprowadzeniu konsultacji z przedstawicielami środowisk eksperckich oraz przedstawieniu rezultatów reprezentantom ugrupowań parlamentarnych w celu wdrożenia ich realizacji poprzez odpowiednie zmiany w prawie. Był to zestaw rekomendacji i postulatów dotyczących zmian w prawie, pochodzących od podmiotów bezpośrednio zainteresowanych ich wdrożeniem w celu rozwoju i wzmocnienia społeczeństwa obywatelskiego i w interesie ogółu. Jest to zestaw propozycji zmian w regulacji prawnej instytucji referendum – zarówno lokalnego jak i ogólnokrajowego, na poziomie ustawowym i konstytucyjnym.

### **Słowa kluczowe:**

demokracja bezpośrednia, referendum

**“Referendums for citizens – recommendations for changes in the Polish legal regulation of the institution of referendums proposed by social organizations centered around the Institute of Civil Affairs.”**

### **Summary**

The second decade of the twenty-first century will go down in the history of Europe, also because of high interest to the public referendums, the subject and a particular result of which influenced the fate of the entire continent (Swiss referendum of 2009 on the prohibition of minarets at mosques, the referendum in Scotland of 2014, so-called independence referendum in Catalonia of 2014, and a referendum on membership of the United Kingdom in the European Union in 2016).

For several reasons the statement about the renaissance of the idea of a referendum in Europe would be unjustified, or at least premature. Firstly – we can not talk about the increased number of referendums held in Europe. Secondly – thesis of a strong increase in interest in social institutions of direct democracy is weakened by the fact that the majority of referendums, including all of the above examples have been ordered on the initiative of political parties, and not as a result of a grassroots citizens' initiative. Thirdly – the high turnout and the binding nature of most of these referendums resulted from their popular subjects, publicized by the media.

Increased interest in the institution of the referendum is a fact, even if it is only a temporary increase. We are dealing with this phenomenon also in Poland, both in the sphere of political practice and in social activity.

Polish national referendum is – using the phrase created in Western literature – “the controlled referendum” The ruling majority decides whether a referendum on the initiative of citizens will take place. This is always a discretionary decision. The first proposals for the amendment of the Constitution, also with regard to the institution of direct democracy, came from the scientific community. A relatively new phenomenon, which is an indirect proof of the establishment and strengthening of civil society, are recommendations of changes in the area of civil society and social participation coming from within the communities of citizens.

The object of this study is to present a unique initiative of social organization without party affiliation. It is the only known example of an initiative which is not limited to the formulation of a written set of theoretical postulates. It is an acting effect of cooperation and exchange of experiences of entities belonging to the realm of civil society – associations, urban activists, think tanks, foundations, trade unions. The next stages of its creation included: consultation and formulation of demands, popularization through traditional and electronic media, consultation with experts and finally – presenting the results to representatives of parliamentary groups for their implementation by appropriate changes in the law. It is a set of recommendations

and demands for changes in the law derived from those directly interested in their implementation in order to develop and strengthen civil society and in the public interest. This includes primarily the change in the legal institution of the referendum – both local and national, at the level of the statutory and constitutional law.

**Keywords:**

direct democracy, referendum, think-tank

**Marcin Michał Wiszowaty** – doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego i Instytucji Politycznych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Specjalista z zakresu prawa konstytucyjnego.



**Zbigniew Witkowski**  
**Maciej Serwaniec**

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu  
Wydział Prawa i Administracji

### **Klasa polityczna wobec instytucji referendum ogólnokrajowego w Polsce**

Instytucję referendum ogólnokrajowego należy wiązać z upodmiotowieniem społeczeństwa, z pogłębieniem kultury politycznej i prawnej, zwłaszcza zaś z celem podstawowym, jakim jest demokratyczne stanowienie prawa<sup>1</sup>. Współczesne regulacje konstytucyjne nie ograniczają bowiem udziału obywateli w sprawowaniu władzy suwerennej wyłącznie do ugruntowanych i silnie zakorzenionych tradycyjnych form i mechanizmów demokracji przedstawicielskiej, lecz wyraźnie akcentują potrzebę rozszerzenia zakresu urzeczywistniania idei suwerenności narodu także poprzez instytucje demokracji bezpośredniej. Procesowi temu sprzyja obserwowana w wielu państwach niewydolność instytucji demokracji przedstawicielskiej w rozwiązywaniu kluczowych kwestii życia publicznego<sup>2</sup>. Coraz częściej obserwujemy dążenia sił politycznych do odwołania się do referendum w sytuacji, gdy tradycyjne mechanizmy demokracji przedstawicielskiej zawodzą lub są nieskuteczne z konkretnych przyczyn politycznych bądź społecznych. Instytucja referendum powinna być zatem traktowana jako swoisty środek konsensusu społecznego, który łagodzi występujące konflikty społeczne i polityczne, pozwalając tym samym na wprowadzenie do praktyki ustrojowej demokratycznych procedur w materii rozstrzygania spraw trudnych i skomplikowanych<sup>3</sup>. Trzeba jednak mieć przy tym na względzie możliwość jego instrumentalnego wykorzystania w osiąganiu celów określonych przez ośrodki władzy publicznej. Obserwując ostatnie wydarzenia, zarówno w Polsce jak i na świecie, można pokusić się o nieco ironiczne stwierdzenie, że ta jedna z podstawowych form demokracji bezpośredniej przeżywa swój renesans.

W związku z wprowadzeniem do Konstytucji RP zasady zwierzchnictwa narodu wydawało się, że referendum ogólnokrajowe będzie ważnym instrumentem wyrażania opinii i podejmowania decyzji przez suwerena. Jako forma udziału rządzących w stanowieniu o sprawach publicznych służy ono bowiem bezpośredniemu wyrażaniu przysługującej obywatelowi jego woli politycznej. W świetle art. 4 ust. Konstytucji RP naród jako suweren ma prawo ukierunkowywać politykę państwa, wyrażać opinię w przedmiocie rządzenia państwem, jak i współdecydować z organami państwa w procesie rządzenia. Jest on bowiem źródłem władzy i może pełnić rolę arbitra w sytuacjach konfliktowych między konstytucyjnymi organami państwa, ale także w sporach między podmiotami sceny politycznej, czego wyrazem może być właśnie ukierunkowanie działalności władz publicznych wyrażone w referendum<sup>4</sup>. Należy

<sup>1</sup> Por. M. Bankowicz, *Demokracja. Zasady, procedury, instytucje*, Kraków 2006, s. 185.

<sup>2</sup> Por. A. Malinowski, *Społeczne uwarunkowania referendum*, w: *Referendum w Polsce i Europie Wschodniej*, pod red. M.T. Staszewskiego i D. Waniek. Warszawa 1996, s. 91.

<sup>3</sup> Por. D. Waniek, M. T. Staszewski, *Słowo wstępne* (w:) *Referendum w Polsce współczesnej*, Warszawa 1995, s. 5.

<sup>4</sup> Por. K. Skotnicki, *Opinia dotyczące wniosku obywatelskiego o podjęcie przez Sejm uchwały przeprowadzenia referendum ogólnokrajowego w sprawie zmian w ustroju Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2005,

jednak pamiętać, że zgodnie z intencją twórców Konstytucji instytucje demokracji bezpośredniej nie powinny ograniczać dominującej pozycji parlamentu, z tego względu referendum ogólnonarodowemu nadano w Konstytucji „charakter uzupełniający” wobec działalności organów przedstawicielskich – Sejmu i Senatu<sup>5</sup>. Pogląd taki podzielił zresztą także polski Trybunał Konstytucyjny w punkcie 11.5 uzasadnienia wyroku K 11/03, z dnia 27 maja 2003 r. Pomimo, że TK odnosił się we wspomnianym wyroku do referendum znanego z art. 90 ust. 3 Konstytucji RP, jego stanowisko z powodzeniem może stanowić ilustrację podejścia Trybunału do wszelkich uregulowań referendalnych znajdujących się w polskiej ustawie zasadniczej<sup>6</sup>. Trybunał uznał tam, iż „teza o uzupełniającym charakterze demokracji bezpośredniej znajduje swoje uzasadnienie ...w charakterze prawnym referendum z punktu widzenia podmiotu uprawnionego do odwołania się (zainicjowania) do procedury referendalnej. W polskim systemie prawnym nie można mówić o obywatelskim prawie do referendum, bowiem obywatel (grupa obywateli) nie ma skutecznej prawnie możliwości zainicjowania działań, których bezpośrednim skutkiem jest zarządzenie referendum”<sup>7</sup>. Za uprawniony należy więc uznać wnioszek, w świetle którego z aktualnych polskich regulacji konstytucyjnych jednoznacznie wynika, że instytucja referendum pozornie tylko ma znaczenie ustrojowe, a w rzeczywistości w nikłym tylko stopniu stanowi dla obywateli gwarancję bezpośredniego uczestniczenia w procesach decyzyjnych dotyczących rozstrzygnięć o szczególnym znaczeniu dla państwa<sup>8</sup>.

Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. przewiduje przeprowadzenie referendum w trzech przypadkach:

- 1) w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa (art. 125);
- 2) w sprawie wyrażenia zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej, na podstawie której Polska przekazuje organizacji międzynarodowej lub organowi kompetencji organów władzy państwowej, w niektórych sprawach (art. 90 ust. 3);
- 3) w sprawie zatwierdzenia ustawy o zmianie Konstytucji, o ile jej postanowienia ingerują w treść jej rozdziału I – „Rzeczpospolita”, II – „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela” oraz XII – „Zmiana konstytucji” (art. 235 ust. 6).

W żadnym z tych przypadków nie ma jednak obowiązku jego przeprowadzenia, zawsze są one fakultatywne i dochodzą do skutku, jeżeli z wnioskiem wystąpi uprawniony do tego podmiot, a stosowną decyzję podejmą uprawnione do tego organy.

Niniejsze opracowanie ma na celu omówienie podejścia polskiej klasy politycznej wyłącznie wobec instytucji referendum ogólnokrajowego w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa, pozostawiając pozostałe tematy osobnemu opracowaniu. Referendum takie ma prawo zarządzić Sejm

nr 3(68), s. 112.

<sup>5</sup> Por. M. Pietrzak: Demokracja reprezentacyjna i bezpośrednia w Konstytucji RP, [w:] Referendum konstytucyjne w Polsce, pod red. M. T. Staszewskiego, Warszawa 1997, s. 31–32.

<sup>6</sup> Identycznie wyraża się w tej sprawie prof. M. Jabłoński w: Polskie referendum akcesyjne, Acta Universitatis Wratislaviensis No2965, Wrocław 2007, s.106, przyp.333.

<sup>7</sup> Tamże, s.106.

<sup>8</sup> Por. tamże, s.103.



bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów lub Prezydent RP za zgodą Senatu wyrażoną bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby senatorów<sup>9</sup>. Należy przy tym zaznaczyć, iż to Prezydent ustala pełną treść zarządzenia o przeprowadzeniu referendum, wyłącznie do niego należy więc dobór sprawy o szczególnym znaczeniu dla państwa, sformułowanie pytań oraz wskazanie daty, rolą Senatu jest zaś wyłącznie wyrażenie zgody, a więc podjęcie uchwały dopuszczającej lub odrzucającej przeprowadzenie referendum w ustalonym przez Prezydenta terminie i kształcie<sup>10</sup>. Kluczowe dla oceny analizowanej kategorii referendum jest także wyjaśnienie znaczenia określenia „w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa”. W doktrynie przeważa pogląd, że określenie to należy interpretować restrykcyjnie, nie może to być zatem sprawa, której znaczenie odnosi się do ograniczonego kręgu podmiotów – pewnych grup, środowisk, ograniczonego terytorium kraju. Zawsze konieczny jest bezpośredni związek „sprawy” z interesami państwa jako całości<sup>11</sup>. Ma rację M. Jabłoński, gdy zauważa, że posłużenie się tym zwrotem „nie stanowi żadnego wzorca pozwalającego na odpowiedni stopień wcześniejszej identyfikacji sprawy koniecznej do rozstrzygnięcia w trakcie głosowania referendalnego. Takie rozwiązanie może świadczyć z jednej strony o racjonalnym podejściu ustrojodawcy, w tym sensie, że trudno jest wskazać na zamknięty katalog takich spraw, a więc niedookreśloność pozwalająca będzie na uniwersalne odwołanie się do istniejącej kompetencji, z drugiej zaś, biorąc pod uwagę polityczny charakter większości podejmującej decyzję w sprawie zarządzenia referendum, należy przypuszczać, że w wielu przypadkach dochodzić będzie do *stricte* politycznej oceny propozycji przeprowadzenia głosowania”<sup>12</sup>, co wyklucza jakikolwiek wpływ o obywatelskim charakterze. Zgodnie z art. 125 ust. 3 Konstytucji, jeżeli w referendum ogólnokrajowym wzięło udział więcej niż połowa uprawnionych do głosowania, wynik referendum jest wiążący.

Instytucja referendum ogólnokrajowego, jako ewentualna realna forma partycypacji ogółu uprawnionych obywateli w procesie podejmowania decyzji, powinna pełnić szereg ważnych funkcji w procesach kształtujących i umacniających standardy demokratycznego państwa prawa. W literaturze przedmiotu wskazuje się przy tym najczęściej na funkcję bezpośredniego korzystania przez naród z atrybutu suwerenności, funkcję legitymizującą (wzmocnienie poprzez głosowanie powszechne demokratycznej legitymacji narodu dla podejmowanych przez państwo określonych decyzji, funkcję artikulacyjną (obywatele mają możliwość bezpośredniego wyrażania swoich preferencji w sprawach problemowych o istotnym znaczeniu dla państwa) oraz funkcję kontrolną (dająca obywatelom możliwość wpływania na treść określonych

<sup>9</sup> Por. szerzej M. Rachwał, Prawo do zarządzania referendum ogólnokrajowego w Polsce w latach 1992–2009. Przyjęte rozwiązania i postulowane zmiany, (w:) Prawo wyborcze i wyboru. Doświadczenia dwudziestu lat procesów demokratyzacyjnych w Polsce, red. A. Stelmach, Poznań 2010, s. 115–116, 120.

<sup>10</sup> Por. L. Garlicki, Komentarz do art. 125 Konstytucji [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2001, s. 8.

<sup>11</sup> Por. M. Jabłoński, Ogólna charakterystyka instytucji referendum ogólnokrajowego po uchwaleniu nowej Konstytucji RP, Acta Universitatis Wratislaviensis No 2142, „Przegląd Prawa i Administracji” t. XLII/1999, s. 135 – 152.

<sup>12</sup> Por. M. Jabłoński, Polskie referendum..., s. 104.

decyzji podejmowanych przez organy państwa, w tym również na ich przyjęcie lub odrzucenie)<sup>13</sup>.

Wnioski jakie płyną z dotychczasowej praktyki stosowania instytucji referendum w Polsce są jednak zdecydowanie mniej optymistyczne. Od samego początku wprowadzenia tej instytucji do polskiego porządku prawnego towarzyszyły jej polityczne przetargi. W głównej mierze wynikało to z dość sceptycznego podejścia polskiej klasy politycznej do instytucji demokracji bezpośredniej. Nierzadko z ust członków Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego padały bowiem argumenty negujące zasadność bezpośredniego odwołania się do woli suwerena. W toku prac KKZN odrzucono wszelkie poprawki do projektu konstytucji, które zakładały wprowadzenie instytucji referendum obligatoryjnego (sen. P. Andrzejewski), albo proponowały możliwość zarządzenia referendum przez Sejm również z inicjatywy co najmniej 500 tys. obywateli (pos. Z. Bujak, pos. W. Borowik). Odrzucono także poprawkę dwóch ostatnich wspomnianych posłów, zakładającą tylko konstytucjonalizację wniosku obywateli o zarządzenie referendum<sup>14</sup>. W podważaniu znaczenia instytucji referendum celowali lewicowi posłowie M. Borowski i L. Pastusiak, którzy szermowali argumentem o uczynieniu w ten sposób przesłanki do zaistnienia „permanentnej republiki referendalnej” stanowiącej „bardzo niebezpieczną furtkę dla licznych inicjatyw, które będą wywoływały podziały w społeczeństwie, a także obciążały budżet państwa”, a wtórowali im w tym niektórzy przedstawiciele nauki prawa<sup>15</sup>. Wieszczono, że referendum zamiast wzmacniać demokratyczną legitymację nowego państwa będzie poręczną formą nacisku konstytucyjnego na Sejm i kreować będzie cykl napięć destabilizujących państwo, gdyby wnioski o referendum były odrzucane przez Sejm. Obawiano się, że przedmiotem referendów mogą stać się sprawy sumienia albo kwestie ze sfery prawa naturalnego<sup>16</sup>. Ostatecznie rozwiązanie dotyczące instytucji referendum w Konstytucji z 1997 r. wyraźnie pokazało, że w KKZN i potem w samym Zgromadzeniu Narodowym uchwalającym konstytucję, dominowało przekonanie, że suweren a więc ogół obywateli państwa, nie tylko nie są „w pełni przygotowani do osobistego i bezpośredniego sprawowania władzy”, ale że ponadto nikła kultura polityczna suwerena oznacza, że nie powinno się jemu stworzyć w ustawie zasadniczej realnej możliwości wpływania na inicjowanie procedur, których efektem byłoby partycypowanie w kształtowaniu najważniejszych decyzji państwowych jego (suwerena) dotyczących. Uznano, że taka partycypacja obywatelska prowadziłaby do destabilizowania i zagrożenia państwa prawa nie zaś do rozwoju demokracji obywatelskiej. I to był zasadniczy powód dla którego z referendum ogólnokrajowego uczyniono u nas jedynie element dekoracyjny i wtórny, należy powiedzieć wprost zmarginalizowano u nas referendum, nadając jemu wyłącznie walor instrumentu

<sup>13</sup> Por. szerzej A. Rytel-Warzocho, *Referendum ogólnokrajowe w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Warszawa 2011.

<sup>14</sup> Por. M. Jabłoński, *Polskie referendum...*, s.104 w tym zwłaszcza przypis 326.

<sup>15</sup> Por. tamże oraz zob. *Biuletyn KKZN XLIV*, s.151-152

<sup>16</sup> Por. tamże oraz uwagi M. Jabłońskiego, *Polskie referendum...*, s.104 i n.

uzupełniającego mechanizm rządów pośrednich, czy przedstawicielskich<sup>17</sup>. Tak więc przyjęty u nas mechanizm referendum ogólnokrajowego wprowadzie wypełnia zadania zapory przed nazbyt częstym i nie zawsze uzasadnionym posługiwaniem się nim, ale jednocześnie nie eliminuje ryzyka w pełni instrumentalnego jego doraźnego wykorzystywania przez aktualną rządzącą większość polityczną<sup>18</sup>. Najgorsze jednak jest to, że w ten sposób polska klasa polityczna dała wyraz swemu realnemu negatywnemu zapatrywaniu na potrzebę „uobywatelniania” człowieka w państwie, na konieczność stawania się przez obywatela realnym podmiotem władzy publicznej, nie zaś jedynie adresatem i obiektem–przedmiotem jej imperatywnych działań<sup>19</sup>. Ponadto w mienianiu zdecydowanej większości polityków instytucję referendum można identyfikować wyłącznie z czasochłonnym i kosztownym wotum nieufności odnoszącym się do działań podejmowanych przez demokratycznie wybranych przedstawicieli. Podkreślali także brak społecznego rozeznania w przedmiocie głosowania, zważając że każde głosowanie może przerodzić się w swoisty sondaż popularności a nie merytoryczne rozstrzygnięcie istotnej kwestii państwowej<sup>20</sup>. Zwracano także uwagę, że referendum nie jest mechanizmem pozwalającym na prowadzenie negocjacji, nie stwarza zatem możliwości wypracowania konsensusu, który byłby w stanie zaspokoić żądania wszystkich zainteresowanych. Wręcz przeciwnie, zmusza do bezwzględnego opowiedzenia się za konkretnym rozwiązaniem, co może prowadzić do ogólnospołecznych konfliktów. Niezmiennie powoływano się na powyższe argumenty świadczący niestety także o tym, że klasa polityczna nie traktuje obywateli jako równorzędnych i pełnoprawnych partnerów w procesach sprawowania władzy<sup>21</sup>.

Mimo, że referenda dają możliwość debaty i podejmowania decyzji w sprawach „ryzykownych politycznie”, to partie polityczne nieskore są do podejmowania takiego ryzyka. Co prawda w latach 1989–2015 przedłożono łącznie około 40 wniosków o przeprowadzenie referendum ogólnokrajowego w sprawach o szczególnym znaczeniu dla państwa, ale jedynie w trzech przypadkach wnioski te znalazły poparcie większości parlamentarnej. W pozostałych przypadkach, mimo przedkładania kolejnych propozycji mających na celu rozstrzygnięcie wielu istotnych problemów, takich m.in. jak kwestia dopuszczalności przerywania ciąży, struktura polskiego parlamentu, prywatyzacja i reprivatyzacja polskiego majątku państwowego, uwłaszczenie obywateli, odpłatność za szkolnictwo, podział terytorialny RP, wyrażenie zgody na sprzedaż polskiej ziemi cudzoziemcom, komercjalizacja placówek służby zdrowia czy status Lasów Państwowych, najczęściej okazywało się, że politycy

<sup>17</sup> Por. także na ten temat M. Jabłoński, *Polskie referendum...*, s.105 i n..

<sup>18</sup> Por. tamże, s.106.

<sup>19</sup> Por. D. Dudek, *Konstytucyjna aksjologia wyborów*, [w:] *Pamięć i tożsamość. Rozmowy na przełomie tysiącleci*, Kraków 2005, s.4.

<sup>20</sup> Por. M. Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe w pracach Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (1993–1997)*, *Acta Universitatis Wratislaviensis No 2341*, „Przegląd Prawa i Administracji” XLIX/2002, s. 99 – 118.

<sup>21</sup> Por. M. Jabłoński, *Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie konstytucyjnym*, *Acta Universitatis Wratislaviensis No 2331* seria „Prawo” Nr CCLXXIV, Wrocław 2001, s. 135.

instrumentalnie traktowali instytucję referendum do wysunięcia na plan pierwszy kwestii politycznych, a nie ustrojowo-prawnych. Względy te powodują, że pomimo potencjalnych korzyści politycznych, elity władzy są nader rzadko zainteresowane korzystaniem z tej instytucji.

Pierwszym referendum jakie przeprowadzono po 1989 r. było tzw. referendum uwłaszczeniowe z 18 lutego 1996 roku, które zainicjowane zostało zarządzeniem przez Prezydenta RP referendum o powszechnym uwłaszczeniu obywateli<sup>22</sup> oraz uchwałą Sejmu w sprawie przeprowadzenia referendum o niektórych kierunkach wykorzystania majątku państwowego<sup>23</sup>. Z prawnego punktu widzenia w dniu 18 lutego 1996 r. zostały zatem zarządzane dwa odrębne referenda. Frekwencja wyniosła jednak niewiele ponad 32% uprawnionych do głosowania. Tym samym okazały się one nieważne z uwagi na spełnienie ustawowego wymogu frekwencji koniecznej dla ważności referendum (udział w referendum więcej niż połowy uprawnionych do głosowania). Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu tak niska frekwencja była spowodowana przede wszystkim brakiem przedreferendalnej, merytorycznej debaty oraz skomplikowanym, niezrozumiałym dla wszystkich charakterem pytań. Po drugie wpływ na fiasko referendum mógł mieć także brak ugruntowanej w społeczeństwie tradycji uczestniczenia w referendum oraz przeświadczenia o skuteczności realnego wpływania na sprawy ogólnokrajowe<sup>24</sup>. Ostatnie, jak dotąd, referendum ogólnokrajowe odbyło się 6 września 2015 roku z inicjatywy Prezydenta RP Bronisława Komorowskiego<sup>25</sup>. W powszechnej opinii inicjatywa ta, z uwagi na charakter postawionych pytań (wprowadzenie jednomandatowych okręgów wyborczych w wyborach do Sejmu, utrzymanie dotychczasowego sposobu finansowania partii politycznych z budżetu państwa oraz interpretacji zasad prawa podatkowego w razie wątpliwości na korzyść podatnika) traktowana była jako próba przejęcia wyborców Pawła Kukiza i uratowania tym samym wyniku II tury wyborów. Jak podkreślali również komentatorzy decyzja prezydenta „nie zwiększy zaufania obywateli do demokracji, ale odwrotnie – obywatele zdystansują się od polityki, zdystansują od demokracji, wcale nie poczują się bardziej upodmiotowieni”<sup>26</sup>. Ostatecznie frekwencja wyniosła zaledwie 7,8% i była najniższą z odnotowanych we wszystkich ogólnokrajowych głosowaniach

<sup>22</sup> Zob. Zarządzenie Prezydenta RP z dnia 29 listopada 1995 r. w sprawie przeprowadzenia referendum o powszechnym uwłaszczeniu obywateli (Dz. U. Nr 138, poz. 685).

<sup>23</sup> Zob. Uchwała Sejmu RP z dnia 21 grudnia 1995 r. w sprawie przeprowadzenia referendum o niektórych kierunkach wykorzystania majątku państwowego (Dz. U. Nr 154, poz. 795). W referendum obywatele mieli odpowiedzieć na cztery pytania:

1. Czy jesteś za tym, aby zobowiązania wobec emerytów i rencistów oraz pracowników sfery budżetowej, wynikające z orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, były zaspokojone z prywatyzowanego majątku państwowego?
2. Czy jesteś za tym, aby część prywatyzowanego majątku państwowego zasiliła powszechne fundusze emerytalne?
3. Czy jesteś za tym, aby zwiększyć wartość świadectw udziałowych Narodowych Funduszy Inwestycyjnych przez objęcie tym programem dalszych przedsiębiorstw?
4. Czy jesteś za uwzględnieniem w programie uwłaszczeniowym bonów prywatyzacyjnych?

<sup>24</sup> Por. M. Jabłoński, Referendum ogólnokrajowe w polskim prawie..., s. 44–47.

<sup>25</sup> Zob. Postanowienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 czerwca 2015 r. o zarządzeniu ogólnokrajowego referendum

<sup>26</sup> Szczęśniak: referenda stały się zabawką w rękach polityków, dostęp on-line: <http://wiadomosci.onet.pl/szczesniak-referenda-staly-sie-zabawka-w-rekach-politykow/kvs33q> (15.07.2016).

przeprowadzonych w Europie po 1945 roku<sup>27</sup>. Referendum stało się zatem symboliczną porażką całej polskiej demokracji, za którą odpowiedzialność ponoszą politycy.

Przywołane przykłady potwierdzają niestety brak zdolności elit sprawujących władzę do inicjowania i racjonalnego wykorzystania tej instytucji. Jak pokazuje praktyka problemy stanowiące przedmiot głosowania nie były przez przeważającą większość społeczeństwa w ogóle rozpoznawane. Z punktu widzenia społeczeństwa zarządzane referenda nie jawiły się jako procedura bezpośredniego uczestnictwa w procesie sprawowania władzy, lecz jako wezwanie do opowiedzenia się, lub wręcz udzielenia politycznego poparcia, za konkretną osobą lub ugrupowaniem politycznym. Referendum ma, skutkiem właściwości ludzkiej psychiki, naturalną tendencję do przeobrażania się w personalny plebiscyt, w którym idzie o poparcie lub odmowę poparcia dla określonego polityka lub grupy będącej autorem projektu poddanego pod głosowanie. Względy rzeczowe, zalety i wady samego projektu schodzą zatem na plan dalszy. Jak pokazuje praktyka jest to więc najczęściej swoisty akt inwestytury, aprobaty lub dezaprobaty dla reprezentantów.

Referendum było i jest nadal traktowane powszechnie przez klasę polityczną jako element politycznej walki między poszczególnymi ugrupowaniami parlamentarnymi i pozaparlamentarnymi, posługującymi się nią w celu osiągnięcia doraźnych celów. Różne ośrodki polityczne wiążą z referendum rozmaite oczekiwania. Część polityków traktuje je wyłącznie jako test popularności własnego ugrupowania. Stąd też zazwyczaj zanoszą się, że referendum jest dla elit politycznych swoistym testem, pozwalającym zorientować się w obecnym układzie sił na scenie politycznej aniżeli wiążącym rozstrzygnięciem w kwestiach o szczególnym znaczeniu dla państwa. Referenda stały się zatem zabawką w rękach polityków, którzy wykorzystują je jako narzędzie walki wyborczej i swoisty element „gry o władzę”. Postawioną tezę zdaje się potwierdzać dotychczasowa praktyka, która sprowadza się do inicjowania akcji w sprawach zarządzania referendami wyłącznie na potrzeby prowadzenia kampanii politycznej i osiągnięcia określonych celów w niej wyznaczonych. Instytucja referendum stała się więc dla polityków kolejnym środkiem do prowadzenia zakrojonej na szeroką skalę kampanii politycznej, pozwalającej na skupianie i gromadzenie wokół siebie określonego elektoratu wyborczego, a nie rzeczywistą procedurą zapewniającą udział obywateli w bezpośrednim sprawowaniu władzy<sup>28</sup>. Nierzadko klasa polityczna w celu osiągnięcia określonego interesu wyborczego stara się wykorzystać instytucję referendum jako narzędzie zapewniające sukces polityczny. Kolejna sprawa to wykorzystanie instytucji referendum do budowania pozycji na scenie politycznej przez uczestników życia politycznego, którzy w ten sposób chcą przypomnieć wyborcom o swoim istnieniu. Z pewnością nie buduje to autorytetu tej instytucji przyczyniając się zarówno do absencji wyborczej jak również do jej stopniowej dewaluacji.

Należy zwrócić także uwagę na problem enigmatycznego formułowania przez klasę polityczną pytań lub rozwiązań będących przedmiotem referendum. Bez względu

<sup>27</sup> Por. G. Osiecki, M. Potocki, Referendum przeszło do historii, „Dziennik Gazeta Prawna”, 8 września 2015.

<sup>28</sup> Por. Z. Witkowski, Siedem grzechów głównych polskiej klasy politycznej wobec wyborców, wyborów i prawa wyborczego, Toruń 2015, s. 7.

na fakt, czy są to świadome zabiegi polityczne czy też niezamierzone niedoskonałości o charakterze legislacyjnym, takie niejasne i nieprecyzyjne sformułowanie pytań niejako od samego początku zamazuje potencjalny efekt referendum. Partie polityczne starają się bowiem przekształcić postawiony w referendum problem w swoisty plebiscyt wokół osób czy orientacji politycznych, popierających lub zwalczających dane rozwiązanie. Jak dowodzi zresztą dotychczasowa praktyka niejasna treść pytań, możliwość niejednoznacznej interpretacji odpowiedzi, słabe przygotowanie merytoryczne i organizacyjne głosowania sprawiają, że zainteresowanie referendum i udział w nim są niewielkie. Z góry można bowiem założyć, że odpowiedzi na tak niejasno sprecyzowane pytania nie będą mogły prowadzić do precyzyjnych konkluzji. Co gorsze zresztą, wynik takiego referendum niewiele rozstrzygnie, stanie się natomiast zapewne przedmiotem politycznych swarów pomiędzy formacjami rządzącymi a opozycją. W takiej atmosferze obywatele mogą ulec zniechęceniu do takiej formy udziału w procedurach stanowienia prawa. Jeśli więc decydenci zakładają, że tak zastosowaną socjotechniką polityczną osiągną zamierzony cel, to referendum najczęściej nie przynosi oczekiwanego rezultatu. Jeżeli bowiem referendum ma spełniać wiązane z nim oczekiwania to pytania powinny być sformułowane maksymalnie precyzyjnie, gdyż jedynie wówczas będzie można prawidłowo zinterpretować wynik referendum. W przeciwnym wypadku możliwe zaistnienie jest sytuacji, w której referendum przeraża się w plebiscyt popularności i niechęci, a nie formę podejmowania wiążących decyzji<sup>29</sup>.

Klasa polityczna systematycznie przegrywa także kampanie referendalne. Podmioty w niej uczestniczące powinny bowiem w sposób przystępny przedstawić i wyjaśnić ogółowi korzyści, koszty i niebezpieczeństwa płynące z poszczególnych proponowanych rozwiązań. Partie polityczne w naszym kraju nie potrafią jednak w sposób przemawiający do przeciętnego obywatela przedstawić walorów proponowanych rozwiązań. Siły polityczne traktują bowiem kampanie referendalne nie jako istotnym środkiem w debacie o ważnej dla państwa sprawie, ale jako o sposobie mobilizowania i budowania swojego elektoratu. Z badań wynika również, że akcje propagujące referendum w środkach masowego przekazu docierały do społeczeństwa w sposób bardzo ograniczony. Nie napawa optymizmem także fakt, że kampanie poprzedzające referendum są zazwyczaj popisem demagogii, a nie merytorycznej i rzeczowej debaty na argumenty<sup>30</sup>. Referendum stało się tym samym dla polityków łakomym kąskiem w walce o umocnienie swych partii, a nie o edukację wyborców. Jednak jeszcze bardziej zaskakujące jest zachowanie organu zarządzającego referendum, który jako pokazuje dotychczasowa praktyka, zazwyczaj w ogóle rezygnuje z prowadzenia zakrojonej kampanii referendalnej i zagospodarowania przysługującego mu czasu antenowego. W takiej sytuacji przedmiot referendum staje się mniej ważny, bowiem zasadniczym celem udziału w kampanii referendalnej staje się zaznaczenie swojej odrębności i wyrazistości programowej. Nie budzi zdziwienia

<sup>29</sup> Por. M. Jabłoński, Referendum ogólnokrajowe. Wybrane zagadnienia, „Palestra” nr 5–6/2003, s. 16–17.

<sup>30</sup> Por. M. Rachwał, Demokracja bezpośrednia w procesie kształtowania społeczeństwa obywatelskiego w Polsce, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 89–90.

zatem fakt, że dotychczasowe kampanie informacyjne były zazwyczaj miałki merytorycznie, chaotyczne i skupione wyłącznie na walce politycznej. Oczywisty kontekst polityczny w genezie, źle przygotowane pytania oraz brak realnej kampanii referendalnej prowadzonej przez media i największe partie przekłada się na bardzo niską frekwencję. Nie dziwi zatem przeważająca obojętność wyborców dotycząca możliwości decydowania o sprawach państwa. Stracili oni jakąkolwiek poczucie realnego wpływu na poczynania organów władzy, nie mają oni bowiem gwarancji że niezależnie od rządzących elit politycznych także będą mogli decydować o sprawach istotnych dla państwa, w szczególności dla nich samych<sup>31</sup>.

W świetle dotychczasowej praktyki referendalnej wydawać się zatem może, że w Polsce mamy do czynienia z typem referendum, które Gordon Smith sklasyfikował jako tzw. referendum kontrolowane. Charakteryzuje się ono trzema cechami: rządzący decydują czy w ogóle dojdzie do głosowania, kiedy będzie miało miejsce jak również rozstrzygają o pytaniach<sup>32</sup>.

Praktyka stosowania referendum ogólnokrajowego nie pozwoliła zatem w pełni wykorzystać szans, jakie stwarza demokracja bezpośrednia dla procesu budowy społeczeństwa obywatelskiego. Stale aktualna jest zatem ogólna refleksja, na temat tego jak wiele potencjalnych szans w zakresie funkcjonowania instytucji politycznych traci się wskutek niedostatku profesjonalizmu zarówno w procesie kształtowania odpowiednich rozwiązań prawnych, jak i ich wykorzystania w praktyce. Aby referendum mogło spełniać swoje podstawowe funkcje muszą być spełnione pewne określone wymogi. Po pierwsze muszą być jasno, precyzyjnie i przede wszystkim zrozumiale sformułowane kwestie, które mają być w nim rozstrzygnięte. Musi je też poprzedzać odpowiednio długa i wszechstronna kampania, w trakcie której społeczeństwo będzie miało szansę na zapoznanie się z różnymi stanowiskami. W ten sposób zostaje upodmiotowione i zarazem zmniejszają się możliwości manipulacji, do jakich mogą dopuścić się partie polityczne. *Last but not least* instytucja referendum może spełniać swe zadania, jeśli spotka się z uznaniem społeczeństwa i jednocześnie pozytywną wolą sił politycznych, dążących do wprowadzania demokratycznych procedur w rozstrzyganiu wszelkich ważkich spraw życia społecznego i polityczno-ustrojowego<sup>33</sup>.

## Streszczenie

Instytucję referendum ogólnokrajowego należy wiązać z upodmiotowieniem społeczeństwa, z pogłębieniem kultury politycznej i prawnej, zwłaszcza zaś z celem podstawowym, jakim jest demokratyczne stanowienie prawa. Coraz częściej obserwujemy dążenia sił politycznych do odwołania się do referendum w sytuacji, gdy tradycyjne mechanizmy demokracji przedstawicielskiej zawodzą lub są nieskuteczne z konkretnych przyczyn politycznych bądź społecznych. Trzeba jednak mieć na

<sup>31</sup> Por. M. Jabłoński, Referendum *de lege lata i de lege ferenda*, Acta Universitatis Wratislaviensis, „Przegląd Prawa i Administracji” t. XXXIX/1997, s. 84.

<sup>32</sup> Por. M. Rachwał, Demokracja bezpośrednia..., s. 210.

<sup>33</sup> Ibidem.

względnie możliwość jego instrumentalnego wykorzystania w osiąganiu celów określonych przez ośrodki władzy publicznej.

**Słowa kluczowe:**

klasa polityczna w Polsce; referendum ogólnokrajowe; referendum; proces stanowienia prawa; demokracja bezpośrednia

**The political class and the institution of a nationwide referendum in Poland**

**Summary**

The institution of the nationwide referendum should involve the subjectivation of society, with the deepening of political and legal culture, especially with the objective of the basic of democratic law-making process. Increasingly, we see the pursuit of political forces to appeal to the referendum in situations where traditional mechanisms of representative democracy fail or are ineffective with specific causes political or social. However, we need to have regard to the possibility of its instrumental use towards achieving the objectives set by public authorities.

**Keywords:**

the political class in Poland; nationwide referendum; referendum; law-making process; direct democracy

**Zbigniew Witkowski** – Prof. dr hab., profesor zwyczajny Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu i kierownik (od 1992) Katedry Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa. Dwukrotnie dziekan Wydziału Prawa (1999–2005). Po raz trzeci wybrany dziekanem Wydziału Prawa UMK na kadencję 2016–2020. Zajmuje się polskim i porównawczym prawem konstytucyjnym ze szczególnym uwzględnieniem prawa włoskiego. Doradca i sekretarz naukowy Komisji Konstytucyjnej Senatu RP I kadencji (1990–1992), doradca Szefa Kancelarii Senatu RP, członek Rady Legislacyjnej przy Prezisie Rady Ministrów RP w okresie rządów premiera J. Buzka (1999–2002), członek Rady Głównej Szkolnictwa Wyższego (2005–2008) W kadencji 2015–2018 członek Komitetu Nauk Prawnych PAN. Stypendysta Rządu Włoskiego i, Senatu Republiki Włoskiej.





**Maciej Serowaniec** – doktor nauk prawnych – specjalność: prawo konstytucyjne, adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa i Administracji UMK w Toruniu. Sekretarz naukowy redakcji Toruńskich Studiów polsko-włoskich/Studi polacco-italiani di Toruń. Autor publikacji z zakresu polskiego i porównawczego prawa konstytucyjnego. Zainteresowania badawcze koncentruje wokół zagadnień z zakresu relacji między krajowym prawem konstytucyjnym a unijnym porządkiem prawnym oraz prawie parlamentarnym polskim i obcym.





**Emilio Castorina**

University of Catania School of Law

Jean Monnet Chair

## **The Law-Repealing Referendum in Italy in Light of the Constitutional “Renzi-Boschi” Reform**

### **1. Premises**

Art. 75 of the Italian Constitution establishes the “law-repealing referendum” as an instrument of popular sovereignty to be exercised within very precise procedural and substantial “limitations” (i.e., the statutes mentioned under para. 2 of art. 75 cannot be repealed by referendum). In their intentions, the Italian Constitutional Framers defined the instrument exclusively as a tool of “direct democracy”, therefore available to civil society – as clarified by the Italian Constitutional Court – but not affecting “choices of institutional politics”. Indeed, it is outside the instrument’s scope to “propose plebiscites or popular votes of confidence towards complex and indivisible political choices by parties or by organized groups that proposed and supported the referendum initiative”. Indeed, in this latter case, the instrument would end up being used to alter the functioning of representative democracy (decision n. 16 of 1978 of the Italian Constitutional Court).

Such constraints do not mean to deny “political” meaning, in general, to the law-repealing referendum: both in the very fragmented-party context, resulting in coalition governments, and after the majoritarian evolution of the Italian political system, the referendum “drive”, notwithstanding the effective function of the instrument as evidenced by law scholarship – of either “contrast” or “control” of the choices by the representative political bodies – acted anyway as a factor stimulating innovation: both in the political field (e.g., the 1993 referendum, which abrogated the electoral system applicable to the Senate and implemented a majoritarian uninominal electoral system) and in the social field (e.g., the 2005 referendum on medically assisted procreation that failed to reach the required turnout mandated by art. 75 of the Constitution, but the constitutionality of the statute was however been taken into account by the Constitutional Court in its most recent decisions regarding law n. 1 of 2004).

### **2. Direct-democracy instruments in the context of the proposed constitutional reform of 2016**

The draft of the constitutional reform, the so-called Renzi-Boschi law, already approved by the Parliament in April 2016 and to be finally approved (or rejected) by the Italian citizens next autumn, proposes to amend the Italian Constitution through the abrogation of perfect bicameralism, the reduction of the number of representatives and the institutions’ managing costs, the abolition of the CNEL<sup>1</sup>, and the reform of Part II of Title V. The proposed reform intervenes quite strongly – unlike what it might

---

<sup>1</sup> National Council of the Economy and Work.

seem *prima facie* – also on the traditional direct–democracy instruments (popular law–making initiative, and in particular the referendum) in order to favour “citizens’ participation in the determination of public policies” (art. 11 of the Constitutional Law, published on the Italian O.J. n. 88 of April 15<sup>th</sup> 2016).

For this purpose, the text finally approved by the Parliament strengthens the protection of popular law–making initiative, established by art. 71 of the Constitution: together with an increase in the number of signatures necessary to call for the popular initiative (from 50.000 to 150.000), the text also contemplates the guarantee and certainty of a final discussion and deliberation by the Parliament, according to procedures to be later established by parliamentary standing orders (even though it would have been preferable to establish such rules in the same constitutional text, rather than postponing its determination to the parliamentary majority, which could potentially pass different procedures for the two Chambers of the Parliament).

### **3. cont.ed: the new “proposing” and “directing” referendum**

The reform proposal statute introduces a new type, at least in the Italian experience, of referendum: the “proposing” and “directing” referendum (whose exercise and related effects will later be regulated by constitutional law), which, together with additional types of consultation, including of social formations (to be also later implemented by a bi–cameral law), ought to establish a new system of “participatory democracy”.

For what concerns, in particular, the law–repealing referendum – regulated by art. 75 of the Const. – the new Constitutional–Law draft introduces an exceedingly important innovation regarding its validity requirements (art. 15). According to such requirements, the proposal, to be presented to the popular vote, is approved by the majority of the votes. The votes in question, though, are not only those of the eligible voters – as required by the current law – but also those of the majority of the voters who actually cast the ballot in the last elections for the Chamber of Deputies, provided, in the latter case, that the referendum proposal is initiated by a larger number of voters, 800.000, rather than the 500.000 otherwise required by the current art. 71 Const.

### **4. cont.ed: problematic issues regarding the law–repealing referendum introduced by the constitutional–law draft**

It is not difficult to grasp the underlying objectives of the just–outlined reform proposal: on the one hand, the intention is to overcome the merely abrogative design of the referendum, as conceived in the wording of art. 75 Const., allowing eligible voters, in the most inclusive interpretation of the reform, to participate also in the law–making process or, so to say, “positively”, even though the functioning of the proposing and directing referendum will be established in the future. On the other hand, the reform purports to give new life, so to say, to the referendum instrument

itself, aligning the required turnout to the majority of voters registered at the most recent political elections, thereby making it easier to reach the participation requirement for the referendum’s validity.

However, both objectives feature some problematic issues, which (statutory and constitutional) lawmakers will have to consider upon approval, provided that the “Renzi-Boschi” reform will be approved by popular vote according to art. 138 Const.

First of all, one might ask if the new type of referendum, outlined in the reform and extending the direct exercise of sovereignty to the formulation of “proposals” – in addition to “directions” for the representative bodies – excludes the manipulative or approving efficacy of the referendum; or rather allows, upon implementation of the reform, to stop conceiving referenda as merely negative instruments (meaning, only producing a “subtraction of normative content”: cfr. Const. Court, decision n. 36 of 1997), to use them also on the “construction of new norms” (cfr. Const. Court, decision n. 26 of 2011), as for instance is the case of the French system, in which (as established by art. 11, para. 3, of the 1958 Constitution), popular consultations can be called on to approve bills with specific subject matters.

The Italian Constitutional Court – which has always excluded any “positive” law-making power of the instrument – has produced a rich case-law on the admissibility of the law-repealing referendum (competency which it exerts, as well know, according to Const. Law n. 1 of 1953), declaring inadmissible referendum questions presenting a “manipulative character” or that were “surreptitiously propositional”, meaning referenda from which the so-called “resulting norms” (the ones remaining in place as a result of the repealing effect) lack immediate applicability, or whose wording attempts to replace the object of the referendum with another different law, foreign to the regulatory context.<sup>2</sup>

In April 1993, 77% of eligible voters participated in an important consultation on the law regulating the election of the Senate of the Republic (law of February 6<sup>th</sup> 1948, n. 29). The Constitutional Court allowed the referendum to take place, because approving the referendum question would have left untouched some self-applicable residual norms, so that, even legislative inertia would guarantee the continuous activity of the representative body; 82.7% of the voters approved of the abrogation, paving the way for a mixed electoral system, mostly majoritarian with a single turn, later regulated by Laws n. 276 of August 4<sup>th</sup> 1993 and n. 277, regarding the election of the Senate and of the Chamber of Deputies respectively (the so-called *Mattarellum*).

## **5. The crisis of the referendum instrument and the issue of the required turnout**

Even more problematic is the outcome of proposed reform, which aligns the

---

<sup>2</sup> For instance, one can recall decision n. 13 of 1999, regarding the election of the Chamber of Deputies. In that occasion, the Constitutional Court noticed that the request for a partial repeal of the law approved by the legislator, concerning the allocation of the 25% of the seats, did not result in replacement with another absolutely different regulation, foreign to the normative context, that the question and the electoral body “can neither create *ex novo*, nor construe directly”.

required turnout, for the validity of the popular consultation, to the majority of the voters registered in the last election for the Chamber of Deputies, together with an increase in the number of the signatures required to initiate the referendum itself.

For some time now in Italy, the instrument of the law-repealing referendum has experienced a profound crisis.

Even though it tends, for its very nature, to give voice to the sovereign people, citizens' mistrust towards political *élites* and representative institutions derived, among other things, in a profound disaffection towards the direct exercise of sovereignty through participatory democracy's institutions.

The first referendum consultations held in Italy easily reached the required turnout (i.e., the participation to the vote of the majority of the eligible population), registering moreover a very high participation rate: 87,7% of eligible voters took part in the referendum concerning the Fortuna-Baslini Law (n. 898 of December 1<sup>st</sup> 1970 on the "Norms concerning the dissolution of marriage") – the first in Italy's republican history, made possible by the entry into force of the implementing law of the referendum's constitutional mandate (Law n. 352 of May 25<sup>th</sup> 1970) – and 59,3% of the participants voted against the abrogation of the law that had introduced the divorce.

That was the beginning of a real "referendum season" – sponsored above all by the radical party on a wide range of political and social issues concerning, among others, public order, fundamental rights, public funding of political parties, civil liability of the judiciary or the placement of nuclear sites (for instance, in 1981, the referendum on the abrogation of life-sentencing registered a turnout of 79,4%, even though it was rejected by 77,4% of the voters; similarly, the referendum proposing the abrogation of some norms of Law n. 194 of May 22<sup>nd</sup> 1978, with the purpose of somewhat facilitating recourse to abortion, registered a turnout of 79,4% and was rejected by 88,4% of the voters).

Since 1977, we have been seeing a solid trend reversal: no less than 25 consultations – the last one was the referendum of April 27<sup>th</sup> 2016, which was proposed, for the first time, upon an initiative of at least five Regional Councils (art. 75 Const.), the abrogation of the norms extending the duration of the permits to extract oil at sea (within 12 sea miles from the coast) until the exhaustion of the useful life of the respective rigs – have not reached the required turnout, registering in the worst cases a turnout just above 23% of eligible voters, even on issues of strong relevance for democratic participation, such as the electoral system. This is the case of the referendum concerning the Law n. 270 of 2005 (so-called *Porcellum*), which introduced, for the Chamber and the Senate, an adjusted-proportional electoral system, featuring coalitions, majority premium and elections of representatives with no indication of preferences. An electoral system that the Constitutional Court recently deemed unconstitutional with regard to the majority premium and the voters' impossibility to express their preferences on the candidates (decision n. 1 of 2014).

A remarkable exception to this downward trend is given by the referendum

of 2011 concerning local public services of economic relevance, nuclear power and legitimate impediment (abrogation of the differentiated norms of legitimate impediment to attend hearings, applicable only to those in governmental offices), which notwithstanding the controversy against the government, inflamed by waste of public finances for failing to schedule the referendum together with the contemporaneous administrative elections – have just exceeded the required turnout and even obtained a result which could be considered plebiscitary in favour of the abrogation (94–95%).

It is worth remembering now that the required turnout mandated by art. 75 Const., giving validity to the law-repealing referendum, features, in line with intentions of the Constitution's Framers, an essential element for a serious proposal and, in particular, sets out the fundamentals of the functioning of "popular deliberations" in a strict analogy with the requirements mandated for "parliamentary deliberations" by art. 64 of the Const.

Indeed, such an analogy looks all the more functional to the law-repealing referendum put forward by the 1948 Constitution, which did not intend the referendum to be a "co-law making" instrument that would make the people different and autonomous holders of the legislative function – indeed, referenda cannot introduce new laws, unless such new norms, so to say, necessarily flow from the "resulting norms" – but rather, it intended referenda to be instruments of "contrary legislation" which, as such, stand as "*contrarius act*" by a "*collegium*" established with the same features contemplated for the parliamentary institution.

## 6. cont.ed: the "flexibility" of the required turnout

Now, going back to the "Renzi-Boschi" reform, it makes reaching the required turnout (i.e., the referendum's validity threshold) "flexible", by anchoring the necessary threshold to the majority of the voters registered in the last elections for the Chamber of Deputies. Such innovation goes very far from the original constitutional design of the law-repealing referendum requiring, for its own validity, the same criterion mandated for parliamentary deliberations (art. 64); the Constitutional reform instead introduces a very different criterion, the one of "politically active" citizens or the people that actually did vote.

It is also worth noticing that the proposed solution appears intrinsically contradictory. Indeed, because the reform proposal has maintained the original provision regarding the required turnout for the referendum's validity, identified in the majority of the eligible voters – evidently confirming the *ratio* of the analogy between popular vote and parliamentary deliberation – it seems unreasonable, in order to introduce an alternative to this requirement, "strengthening" the moment of the referendum initiative (requiring 800,000 signatures instead of 500,000). Indeed, if we keep the old requirement, the issue cannot be to give relevance, *ex ante*, to a certain number of proponents; but rather to decide whether to keep unchanged

or alter the analogy with the parliamentary deliberation. But this will be the choice taken later on by other law sources, which will establish whether the referendum instrument will keep a purely repealing character or rather will become a co-law making instrument.

To see the final effects, it will be necessary to wait first for the “Renzi-Boschi” referendum’s outcome and, later (if voters do indeed approve), for the law implementing the “proposal” referendum and “direction” one. But the risk still remains to manifest at the Constitutional level of the negative effects of people’s mistrust towards the functioning of the political representation; such effects cannot be positive for the existence of a democratic system (notice that in occasion of the last political elections of 2013, turnout was 75,16% for the Chamber and 75,23% for the Senate, thereby registering a decrease of 5% with respect to 2008 and of 8% with respect to 2006). The practical consequence would be to constitutionalize a more and more widespread social – and perhaps also political – trend, which deems unimportant and perhaps also useless to participate to the renovation of the legislative assemblies as a genuine “civic duty” (art. 48, para. 2, Const).

In this regard, it cannot be considered applicable the Constitutional Court’s considerations (decision n. 372 of 2004) regarding the implementation of art. 123 Const., which as well known, assigns referendum subject matters in the regional sphere to the statutory competence of the Regions, stating that it is not “unreasonable in a situation of relevant electoral abstentions, to establish a structural, not-rigid but rather flexible turnout, which would keep the pace with the different electoral turnouts, having as parameter the participation of the electoral body to the last elections for the Regional Council, whose acts constitute the subject matter of the referendum’s consultation”. Indeed, this position cannot be transposed *sic et simpliciter* into the national design, where the referendum instrument as regulated by art. 75 Const. – as discussed above – is designed as an act of “contrary legislation”; indeed, the very above-mentioned decision properly remarks that “Regions are allowed to articulate differently their own norms regarding the kinds of referenda established by the Constitution, even innovating in certain respects, because every Region can more freely choose forms, ways and criteria of popular participation to the process of democratic control over regional acts”.

## 7. Conclusions

The reform proposal, so-called Renzi-Boschi purports to modify, quite substantially, the original design of the Italian Constitution for what concerns direct-democracy instruments at the national level.

Undoubtedly, we welcome strengthening the protection of the right of popular law-making initiative. Indeed, the current constitutional set-up is unable to provide any obligation for the Parliament to express itself on the popular initiative.

On the other hand, the innovations regarding the referendum seem to strongly



affect the current design of representative democracy. The choice to “remand” to later law sources (both constitutional acts and statutes) the finalization of the design of the new final paragraph of art. 71 Const., which mentions types of “Legislative initiatives”, places “proposal” and “direction” referenda within brand new dynamics in the Italian constitutional experience, to which also the law-repealing referendum will inevitably be “attracted”.

Therefore, the implementing law will have to “rewrite” a coherent body of norms regulating a direct-democracy instrument destined to change its own identity.

**Emilio Castorina** – Full Professor of Constitutional Law. He teaches Constitutional Law and Comparative Constitutional Law at the University of Catania (Department of Law). He is holder of Jean Monnet Chair “Public Services, Fundamental Rights and European Constitutionalism” He was in charge of the Jean Monnet Module on “European Constitutional Law” (2005–2010). He is a member of the Scientific Committee Network on European and Comparative Constitutional Law – ECONET (European Constitutional Law Network). He is a member of the Scientific Committee of the Polish Constitutional Law Review *„Przegląd Prawa Konstytucyjnego”* He is member of Research Committee of the “Acta Iuris Stetinensis” – a half-annual journal of the Faculty of Law and Administration, University of Szczecin, published with a cooperation of the Court of Appeal, the Appeal Public Prosecutor’s Office and the Regional Administrative Court in Szczecin Since the 2002–2003 academic year, he teaches at the “European and Italian Law School”, established at the Faculty of Law of University of Warsaw.





Professor PhD. **Eugen Chelaru**  
Faculty of Law and Administrative Sciences,  
University of Pitesti

Lecturer PhD. **Andra Puran**  
Faculty of Law and Administrative Sciences,  
University of Pitesti

## **Procedural rules for the organization of the referendum for the resignation of romanian president**

### **1. Introductory aspects**

According to Art 2 of the Constitution, “the national sovereignty shall reside within the Romanian people, who shall exercise it by means of their representative bodies, resulting from free, periodical and fair elections, as well as by referendum”. Thus, according to the fundamental law the people perform the state power using two means: indirect, by representation, and direct, by referendum.

The word *referendum* is generally used to describe a scrutiny during which the citizens express their support or opposition regarding a measure proposed by a government or a popular initiative<sup>1</sup>.

The referendum may be defined as a democratic means of expression of the will of the people regarding the issues aiming the management of the public interests and good functioning of the state power.

Also, the doctrine<sup>2</sup> has shown that “the referendum is presented and received in the contemporary democratic systems as means of direct expression of the population and direct control of the political decision, milestones resulting from certain choices assumed even by the electorate”.

Provisions regarding the referendum are both found in the Romanian Constitution, as well as in special laws. Thus, the Romanian Constitution refers to this instrument, in its Art 2, 90, 95 and 151. The normative act stating the organization and carrying on of the referendum is the Law No 3/2000<sup>3</sup>. Also, Law No 215/2001<sup>4</sup> on local public administration refers to the local referendum.

The constitutional regulations state two types of popular consultation: one with consultative feature, and one with decisional feature. Given their specificity, the first one has a facultative feature, and the second one has a compulsory feature. Art 90 of the Constitution states about the consultation having a consultative-facultative feature, establishing that “The President of Romania may, after consultation with Parliament, ask the people of Romania to express, by referendum, their will on matters of national interest”. Art 95 and 151 of the Constitution refer to the decisional-

<sup>1</sup> Austin Ranney, *Référendum et démocratie*, in Pouvoirs no.77, Seuil Publ.-house, Paris, 1996, p. 7.

<sup>2</sup> Mircea Criste, *Reperete democratice ale referendumului*, in „Drepturile Omului” Magazine, No 1/2013, p. 18.

<sup>3</sup> Published in the Official Gazette No 84/24 February 2000 with subsequent modifications and amendments

<sup>4</sup> Republished in the Official Gazette No 123/20 February 2007 with subsequent modifications and amendments.

compulsory consultation. Thus, Art 95 Para 3 states that “If the proposal of suspension from office has been approved, a referendum shall be held within 30 days, in order to remove the President from office”, and Art 151 Para 3 that “The revision shall be final after the approval by a referendum held within 30 days of the date of passing the draft or proposal of revision”.

Therefore, Art 90 states a consultative referendum which aims matters of national interest for which is necessary the opinion of the people and not the adoption by the people of a decision. Art 95 of the Constitution states a compulsory referendum, having a decisional nature, aiming the amendment of a certain state institution.

Art 151 of the Constitution also states a compulsory referendum, this time a normative one, not an institutional one. It aims the revision of the most important normative document from the Romanian legal landscape, namely the Romanian Constitution. This type of referendum has been used twice after 1989, namely with the adoption of the Constitution in 1991 and for the second time, in 2003, for its revision.

Also, Art 2 of the Law No 3/2000 states that the national referendum represents the form and means of direct consultation and expression of the sovereign will of the Romanian people regarding: the revision of the Constitution, the dismissal of the Romanian President and matters of national interest. This normative act identifies the area of the matters causing the organization of a referendum, identifying two types of referendum: facultative and decisional. The law identifies both the national referendum, as well as the local one organized for solving extremely important matters for the administrative-territorial units.

Of special interest for the present paper is the referendum for the dismissal of the Romanian President, stated by Art 95 Para 3. Though the constitutional norms use the term of “dismissal”, which according to the Romanian Explanatory Dictionary (DEX)<sup>5</sup> has the meaning of “removing a person from a dignity, a position, to turn out of office, to fire”, we consider appropriate the opinion<sup>6</sup> according to which the notion of “revoking” is more suited for the procedure under debate. The definition of the DEX for the latter notion is of “withdrawal of the mandate given by the voters of a person to represent them within the state’s authorities”. Given the fact that the Romanian President, which is a semi-presidential republic, is chosen by the people and not appointed by another state authority, we consider that the withdrawal of his mandate by the ones who voted for him would be better emphasized by the notion of “revoking”. But, considering that the legal norms applicable in this area use the notion of “dismissal”, we shall keep this notion during our paper.

<sup>5</sup> The Romanian Explanatory Dictionary, Universul Enciclopedic Publ.-house, Bucharest, 1998.

<sup>6</sup> Ana Maria Moraru, *The revocation of the President of Romania by a referendum*, in „Revista de Științe Juridice”, No 1/2011, Universul Juridic Publ.-house, pp. 163-164.

## **2. The suspension from the position of the Romanian President – procedure prior to the organization of the referendum for the dismissal of the President**

The Romanian Constitution states in relation to the responsibility of the head of the state a political liability, as well as judicial (criminal) one, but we shall focus on the political liability, being the object of the present study.

The political liability of the Romanian President is stated by Art 95 of the Constitution: “(1) In case of having committed grave acts infringing upon constitutional provisions, the President of Romania may be suspended from office by the Chamber of Deputies and the Senate, in joint sitting, by a majority vote of Deputies and Senators, and after consultation with the Constitutional Court. The President may explain before Parliament with regard to imputations brought against him; (2) The proposal of suspension from office may be initiated by at least one third of the number of Deputies and Senators, and the President shall be immediately notified thereof; (3) If the proposal of suspension from office has been approved, a referendum shall be held within 30 days, in order to remove the President from office”.

From the analysis of the constitutional provisions it results that the political liability of the President has two cumulative phases: the liability in front of the two chambers of Parliament, reunited in joint session and the liability in front of the people, materialized by referendum. Thus, for the political liability of the President it is necessary the fulfillment of two stages: the suspension from the office and the organization of the referendum for his dismissal.

The initiative of the suspension belongs to certain qualified subjects of law, namely the senators and deputies. The Constitution requires the fulfillment of a quorum necessary for the validation of the proposal for suspension from office: at least one third of the number of senators and deputies. From the analysis of the constitutional norms it results that the quorum shall be calculated from the total number of MPs, regardless of the number of MPs present in the meeting.

Through these regulations, the Constitution leaves at the disposal of the Parliament the entailment of the political liability of the President, thus establishing a form of parliamentary control over the President. Thus, the MPs have a discretionary power in the initiation of the procedure for the dismissal of the President, being mandatory, first, his suspension from office. The MPs are the ones who decide if the actions of the President are or not serious violations of the Constitution.

Since the constitutional rules state as legal basis for the political liability of the President the commission of serious acts violating the Constitution, the President can only be politically liable for such acts. The Romanian legislation does not state the possibility of revoking from public offices or dignities for the people for non-compliance with the obligations assumed in the campaign or for non-fulfillment of the people's interests. Thereby, the Romanian President, as well as other representatives of the people elected by it, cannot be politically sanctioned by the people during their mandate for such actions. The only sanction which the people may apply is to not

entrust that person with another mandate, if the person candidates again.

Regarding the nature of the offences entailing the political liability of the President, the Constitution states that are “serious offences violating the constitutional provisions”.

For the establishment of the seriousness of the action, the Constitutional Court<sup>7</sup> has considered that “judicially, the seriousness of an offence is appreciated in relation to the value it generates, as well as with its harmful consequences, generated or possible, with the means used, with the person of the perpetrator, and, not least, with his subjective position, with the purpose for which he has committed the offence”. Also, in the same note, the Court mentions that “may be considered as serious offences of violating the constitutional provisions the decisional acts or the avoidance to fulfill certain mandatory decisional acts, by which the President of Romania would hamper the functioning of the public authorities, would suppress or limit the rights and freedoms of the citizens, would trouble the constitutional order or would pursue the modification of the constitutional order or other offences of the same nature which could or might have similar effects”.

After the initiation of the procedure for suspension by the MPs and notifying the President, the Constitutional Court must rule on the unconstitutional feature of the offences allegedly committed by the President. But, as the constitutional norms and the Law No 47/1992 on the organization and functioning of the Constitutional Court<sup>8</sup> state, the Court shall rule by an *advisory opinion*. Art 11 of the Law No 47/1992 states the acts of the Constitutional Court, showing that the only situation in which it issues advisory opinions is the proposal for suspending the President of Romania. The regulation is in accordance with the constitutional norms mentioned by Art 146 Let h) of the Constitution. As we have previously mentioned, the feature of the opinions is advisory. The opinion represents an independent judicial analysis of the proposal for suspension regarding the offences allegedly committed by the President. Therefore, though the Parliament is compelled by the Constitution to ask the opinion of the Constitutional Court regarding the suspension of the President for committing serious offences violating the constitutional provisions, the final decision on the legal nature and seriousness of the alleged offences of the President belongs to the MPs.

After receiving the opinion of the Constitutional Court, the chambers of the Parliament join in a common session to vote the proposal for suspension. The vote is secret and the result shall be communicated to the President by a decision.

The President of Romania may offer explanations, during the joint session of the two Chambers, regarding the offences. The constitutional norms state a right of the President to defend himself, and not an obligation, thus his participation in the session not being compulsory.

For the approval of the proposal for suspension it is necessary the vote of the majority of deputies and senators (at least half plus one of the total number of MPs).

<sup>7</sup> Opinion No 1/2007, published in the Official Gazette of Romania, No 258/18 April 2007.

<sup>8</sup> Republished in the Official Gazette of Romania, Part I, No 807/3 December 2010.

If the proposal for suspension does not meet this requirement, then the suspension does not generate effects. But, if the proposal for suspension is approved, two major effects shall occur<sup>9</sup>:

- *The establishment of the interim for the position as President of Romania.*

The Constitutional Court is the one that ascertains the circumstances justifying the interim for the position as President of Romania, issuing a decision in this regard.

The interim of the position as President is insured, in order, by the President of the Senate or by the President of the Chamber of Deputies<sup>10</sup>.

- *The obligation to organize the referendum for the dismissal of the Romanian President.*

### **3. The organization and carrying on the referendum for the dismissal of the President**

According to Art 95 Para 3 of the Romanian Constitution states that *"if the proposal of suspension from office has been approved, a referendum shall be held within 30 days, in order to remove the President from office"*.

Thus, the constitutional norms state a maximum term in which the referendum may be held. This term begins from the date when the proposal for suspension is approved, according to us this date being the day in which the two Chamber vote in a joint session, and not the date when the decision of the Parliament is published.

The referendum for the removal of the President from office is mandatory and shall be established by a Parliament decision, according to Art 95 of the Constitution.

The organization of the referendum is the attribution of the Government, but the object and date of the referendum shall be established by a Parliament decision.

The object and date of the referendum shall be brought to public's attention by their publication in the Official Gazette, but also through the written media, radio and television.

The citizens participating in the referendum have the right to vote by "YES" or "NO" at the following question written on the ballot: *"Do you agree to the removal of the Romanian President from office?"*

The participation in the referendum is conditioned by the right to vote, as stated by Art 36 of the Constitution. Thus, Romanian citizens aged 18 until the date of the elections including, have the right to vote. Do not have the right to vote the frail or mentally ill persons, placed under interdiction, nor the persons convicted by a definitive decision, prohibiting their electoral rights.

Regarding the validation of the referendum, the current legislation, modified after the organization of the last referendum of this type in 2012, states both conditions of quorum for the validity of the referendum, as well as conditions for the approval of the removal of the Romanian President from office.

<sup>9</sup> Ion Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și dreptul comparat*, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2006, p. 323.

<sup>10</sup> According to Art 98 Para 1 of the Romanian Constitution.

Thus, Art 5 Para 2 of the Law No 3/2000<sup>11</sup> states that the referendum is valid if at least 30% of the persons enlisted on the permanent electoral list shall participate. Prior to these modifications, this article stated that “the referendum is valid if at least half plus one of the number of persons enlisted on the permanent electoral lists”. After the experience of 2012, to which we shall refer in the next section, the Romanian legislator has understood to modify by diminution the quorum necessary for the validity of the referendum. Also, the legislator has inserted a new condition for the validity of the referendum, stating that the result of the referendum shall be validated if the options valid expressed represent at least 25% of the persons enlisted on the permanent electoral lists.

According to Art 10 of the Law No 3/2000, the removal of the Romanian President from office is approved if the proposal has fulfilled the majority of the valid votes. But this condition is not enough. All three conditions for quorum must be cumulatively fulfilled. Thus, even if the removal of the President shall be approved by the majority of the valid votes but it does not represent at least 25% of those enlisted on the permanent electoral lists, and in the referendum shall not participate at least 30% of the number of persons enlisted on the permanent electoral lists, the referendum shall not generate legal effects.

But, if the referendum fulfils both the conditions for validity, as well as the condition for the approval of the dismissal of the Romanian President, then shall be established the vacancy of the position, and the Government shall be responsible with the organization of presidential elections.

#### **4. Brief analysis of the proposals for removal of the Romanian President throughout the democratic period**

During the post-Decembrist period of the Romanian state, there have been three proposals for the suspension of the President, only two of them concluding by approval and the organization of the referendums for the removal from office.

Thus, in 1994, the proposal for suspension of the President Ion Iliescu has started from of his statements from June 1994, according to which justice must not accept the requests for claiming the nationalized houses. The Constitutional Court has ruled by a negative notification stating that the President has expressed a political option, expression of the independence of opinions established by Art 70 Para 1 of the Constitution (renumbered in Art 72 Para 1 after its revision in 2003). The proposal has been rejected by the MPs<sup>12</sup>, the suspension did not generate effects, the prior conditions for the organization of the national referendum for the dismissal of the President not being fulfilled.

The other two proposals for suspension have been initiated during the two mandates held by Traian Băsescu. Thus, the first proposal was initiated on 12 February

<sup>11</sup> As it has been modified by Law No 341/2013, published in the Official Gazette of Romania, No 787/2013.

<sup>12</sup> The Parliament has rejected the proposal with 242 votes against and 166 in favor.



2007 and had as main motivation the overcoming of the limits imposed by the law and the principle of the separation of state powers<sup>13</sup> in the relation with the Government and Parliament, the fact to have refused or neglected to organize consultations with the political parties when there have been tensed or crisis moments, which required sessions of mediation and the fact to not have consulted with the Government in important matters for the state. By the Constitutional Court Opinion No 1/2007, it stated that “in relation to the political purpose aimed, the manifestations of the President, to which the authors of the proposal refer to, may be characterized as political opinions”. Also, the Court has mentioned that “the President of Romania may, in the virtue of his prerogatives and legitimacy, express opinions and political options, to state observations and critics regarding the functioning of the public authorities and their representatives, to propose reforms or measures he considers to favor the national interest. The opinions, observations, preferences or requests of the President do not have a decisional feature and do not general legal effects, the public authorities being exclusively responsible for their appropriation, as well as for ignoring them. In any case, the performance by the President of an active role in the political and social life of the state cannot be characterized as a behavior contrary to the Constitution”. The Constitutional Court has issued a negative opinion for the suspension of the Romanian President.

The proposal for suspension from office has been approved by the Parliament with 322 votes in favor, 108 against and 10 abstentions. At the referendum on 19 May 2007, 74% of the valid votes were against the removal from office<sup>14</sup>.

The final initiative for the suspension from office of the Romanian President took place in 2012, during the second consecutive mandate of the President Traian Băsescu.

The proposal for suspension has been initiated by 154 MPs. The majority of the accusations, as well as in 2007, mainly referred to the declarations of the President and less to institutional actions. Mainly, the Constitutional Court<sup>15</sup> has maintained the same motivations, as well as the ones used in the Opinion of 2007. Also, regarding the motivations of the proposal for suspension of the President, the Court ascertains that “they do not state the elements necessary for the identification and characterization of the offences of violating the Constitution, not the evidences on which the accusations are based upon”.

The proposal for suspension has been approved by the Parliament by 256 votes in favor and 114 against.

During the referendum held for the removal of the President from office, from the total number of citizens with the right to vote (18.292.464), 46.24% were present. 87.52% (7.403.836) voted “YES”, being in favor for the suspension of the President Traian Băsescu. 11.15% (943.375) voted “NO”, being against his removal from office<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> <http://www.gandul.info>.

<sup>14</sup> Mircea Criste, *op.cit.*, p. 18.

<sup>15</sup> Opinion No 1/2012, published in the Official Gazette of Romania, No 456/6 July 2012.

<sup>16</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Romanian\\_presidential\\_impeachment\\_referendum,\\_2012](https://en.wikipedia.org/wiki/Romanian_presidential_impeachment_referendum,_2012).

The referendum in 2012 raised a series of controversies regarding its validity.

At the moment of the adoption of Parliament Decision No 33/6 July 2012 on the suspension from office of the Romanian President, Art 10 of the Law No 3/2000, as modified by Art 1 Pct. 1 of the Government Emergency Ordinance No 41/2012<sup>17</sup>, stated the following: "By derogation from Art 5 Para 2, the removal from office of the President of Romania is approved if it is fulfilled the majority of the valid votes of the citizens participating in the referendum". On 10 July, the Constitutional Court<sup>18</sup>, ruling on the constitutionality of the modifications brought to Art 10 of the Law No 3/2000, has unanimously decided that the referendum for the dismissal of the President is valid "to the extent to which it is insured the participation of at least half plus one of the number of persons enlisted on the permanent electoral lists".

Subsequent to the initiation of the procedure of the referendum, several legislative events with the nature of modifying the legislative framework in which this procedure shall occur have supervened. Thus, both the Law No 131/2012 for the modification of Art 10 of the Law No 3/2000 on the organization and carrying out of the referendum, as well as the Law No 153/2012 for the approval of the Government Emergency Ordinance No 41/2012 brought more modifications to the Law No 3/2000. Regarding these aspects, the Court has mentioned that "in the Code of good practice on referendums, adopted in 2007 the Council for Democratic Elections (the Venice Commission) has recommended the states to insure a stability regarding the legislation in this matter". Or, the stability of the law is an important element of the credibility of the electoral process, and the frequent modifications of the norms and their complex features may disorient the voter, thus it must be avoided the frequent modification or the modification made shortly before the referendum (less than 1 year) of its fundamental aspects"<sup>19</sup>.

Also, the Constitutional Court has stated that "a majority of votes for the dismissal of the Romanian President does not fulfill the conditions for representativeness in the absence of the quorum necessary for the organization of the referendum".

Thus, though the people voted with an overwhelming majority for the dismissal of the President, not being fulfilled the conditions of the quorum necessary for the organization of the referendum, the Constitutional Court<sup>20</sup> confirms the results of the national referendum of 29 July 2012 and ascertains that from the total number of 18.292.464 citizens enlisted on the permanent electoral lists, 8.459.053 persons have voted (46.24%), of which 7.403.836 (87.52%) answered "Yes" to the question "Do you agree with the dismissal of the Romanian President?", while 943.375 (11.15%) have answered "No". Also, it ascertains that "the referendum was not attended by at least half plus one of the number of persons enlisted on the permanent electoral lists, for the referendum to be valid in accordance to Art 5 Para 2 of the Law No 3/2000 on the

<sup>17</sup> Published in the Official Gazette of Romania, Part I, No 452/5 July 2012.

<sup>18</sup> Decision No 731/10 July 2012, published in the Official Gazette of Romania, Part I, No 478/12 July 2012.

<sup>19</sup> By Decision No 3/2 August 2012 of the Constitutional Court, published in the Official Gazette, No 546/3 August 2012.

<sup>20</sup> By Decision No 6/21 August 2012, published in the Official Gazette No 616/27 August 2012.

organization and carrying on of the referendum". Therefore, the Constitutional Court invalidates the referendum, the President of Romania not being dismissed.

### Summary

As we have already shown, the referendum may be defined as a democratic means of expression of the will of the people regarding the issues aiming the management of the public interests and good functioning of the state power.

In Romania, the main regulation on the political liability of the Romanian President is Art 95 of the Constitution: *"(1) In case of having committed grave acts infringing upon constitutional provisions, the President of Romania may be suspended from office by the Chamber of Deputies and the Senate, in joint sitting, by a majority vote of Deputies and Senators, and after consultation with the Constitutional Court. The President may explain before Parliament with regard to imputations brought against him; (2) The proposal of suspension from office may be initiated by at least one third of the number of Deputies and Senators, and the President shall be immediately notified thereof; (3) If the proposal of suspension from office has been approved, a referendum shall be held within 30 days, in order to remove the President from office"*.

Thus, the political liability of the President has two cumulative phases: the liability in front of the two chambers of Parliament, reunited in joint session and the liability in front of the people, materialized by referendum. It is obvious that, for the political liability of the President, it is necessary the fulfilment of two stages: the suspension from the office and the organization of the referendum for his dismissal. In this case, the referendum is a compulsory one, the people deciding whether or not the President is dismissed.

### Bibliography

Mircea Criste, Reperete democratice ale referendumului, in „Drepturile Omului” Magazine, No 1/2013

Ion Deleanu, Instituții și proceduri constituționale în dreptul român și dreptul comparat, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2006The Romanian Explanatory Dictionary, Universul Enciclopedic Publ.-house, Bucharest, 1998

Ana Maria Moraru, The revocation of the President of Romania by a referendum, in „Revista de Științe Juridice”, No 1/2011, Universul Juridic Publ.-house

Austin Ranney, Référendum et démocratie, in Pouvoirs no.77, Seuil Publ.-house, Paris, 1996

Romanian Constitution

Law No 3/2000 on organization and holding of the referendum, published in the Official Gazette of Romania No 84/24 February 2000 with subsequent modifications and amendments

Decision No 731/10 July 2012 of the Constitutional Court of Romania, published in the

Official Gazette of Romania, Part I, No 478/12 July 2012

Decision No 3/2 August 2012 of the Constitutional Court of Romania, published in the Official Gazette, No 546/3 August 2012

Decision No 6/21 August 2012 of the Constitutional Court of Romania, published in the Official Gazette No 616/27 August 2012

Opinion No 1/2007 of the Constitutional Court of Romania, published in the Official Gazette of Romania, No 258/18 April 2007

**Mircea Criste<sup>1</sup>**

## **The referendum and the Romanian constitutional system**

The matter of the referendum cannot be approached without linking it to the practice of democracy. In its classical, scholastic sense, democracy is perceived as an assertion of the will of a given majority. And how can this majority will be better determined if not through an as large consultation as possible? Generally, the notion of referendum refers to the consultation with the citizens of a country, thus being able to assess the support or the rejection of a certain measure proposed by the authorities or even by citizens (the popular initiative).

### **1. The referendum, a dr. Jekyll and mr. Hyde?**

#### **A. The referendum, a means of democratic action**

When popular consultation is discussed in political and constitutional doctrine, there is always a reference to two notions, sometimes complementary, sometimes antagonistic: the plebiscite and the referendum.

In ancient Rome, the *plebiscite* designated the pronouncement of the people (the Plebs) on a proposal submitted by the tribune<sup>2</sup>. Similar to the referendum, the plebiscite is a popular vote on a given issue, which is submitted to consultations, be it a bill or a decision which is to be taken. Under the influence of French political practice<sup>3</sup>, the plebiscite is most of the times seen as referring either to the affirmation of a new state, the annexation of a state to a new state (especially during the aftermath of the First World War) or to a regime change. France has experienced such consultations for the recognition of the state coup by Napoleon III (2<sup>nd</sup> of December 1851), the annexation of Savoy and Nice (1860), the approbation of the Napoleon III's reforms of 1870 or the incorporation of the Saar region by Germany (1935).

Under this influence, the term "plebiscite" received a negative connotation, as it was perceived as contributing to the legitimization of totalitarian regimes and their decisions by imposing one single choice and ignoring the alternatives that were disadvantageous to the status-quo<sup>4</sup>. As a rule, consultation through plebiscite is not made on a given text, but in order to obtain the confirmation of a demand submitted

---

<sup>1</sup> Professor at the Faculty of Law of the University of the West in Timișoara and the University "1<sup>st</sup> of December 1918" in Alba Iulia.

<sup>2</sup> See Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, ed. a 4-a, Paris, LNDJ, 1906, pp. 22-23 and 34.

<sup>3</sup> The plebiscite was introduced to revolutionary France, reflecting the ideas of Jean-Jacques Rousseau on the recourse to popular consultation as a means of balancing a representative system. The first Constitution of French revolutionaries, itself adopted through a referendum, accorded the people a legislative veto through a referendum, namely the right to oppose the laws adopted by Parliament (conf. Marcel MORABITO, Daniel BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle et politique de la France*, ed. a 3-a, Paris, Montchrestien, 1993 p. 109). The way in which Napoleon I acted (first to obtain the function for his lifetime, then for the instauration of the Empire), led to the calling of the plebiscite in French literature as an avatar of the referendum (Raymond FERRETTI, „Le referendum sous la V République ou l'ambivalence d'une institution", *Les petites affiches*, nr. 136/1998, p. 4).

<sup>4</sup> Ambrose Gwinnett BIERCE wrote in 1906 in *Le Dictionnaire du Diable* that "a plebiscite is a popular vote given for the strengthening of the sovereign's power".

by a person without a rival candidate.

In Anglo-Saxon doctrine, however, the plebiscite is merely a form of popular consultation, as good as the referendum<sup>5</sup>. Consultations with the citizens through a referendum are generally perceived as a minimal, necessary and essential democratic exercise, representing the direct and unequivocal<sup>6</sup> response of an electoral body on a matter of normative nature, also constitutional, at the initiative of the government or of the citizens<sup>7</sup>.

The referendum is tightly linked to regimes of direct and semi-direct democracy. The former is essentially based on the referendum, while the latter combines direct democracy with representative democracy: if gathering the entire voting populace in a single location is not possible, then one can offer the chance to decide on important matters through a referendum. The citizens exercise their right to vote not only to choose their representatives, but also to assert their will on issues of major importance. Current decisions and those of lesser importance will be taken by the representatives of the populace, since it is financially (and also given the amount of time spent organizing referenda) impossible to call the populace to referenda too frequently.

In turn, semi-direct democracy can be integral, conceived in a more general sense, or partial, which is restricted.

*Integral Semi-direct democracy* presupposes that the populace approves all the laws put forward by a consultative body of representatives. In this system, the populace is allowed a passive attitude of censoring the work of parliament, but also an active one, by initiating certain legislative bills.

Sometimes, the populace is allowed to initiate a referendum on a bill which is debated in parliament. Thus, in Switzerland, a number of 30.000 citizens eligible to vote can ask for the implementation of a referendum by the government regarding a bill of the Federal Government within timeframe of a 24 days allotted for the promulgation of the bill.

The popular legislative initiative is given to a number of voters who can ask for the organisation of a referendum on a bill drawn up by themselves. In Switzerland, the popular initiative on the federal level is allowed only for constitutional purposes, with a minimum of 50.000 citizens. This limitation explains the „constitutional” bills, who have no connection to the domains reserved to constitutional norms. The bill voted through the referendum will be debated and voted upon in the Federal Parliament. Should the bill be modified, a new referendum will follow on the new text, or, if the

---

<sup>5</sup> In Australia, for example, while the referendum has a strictly constitutional value, the plebiscite is a means of consultation with the nation on legislative projects or any other matter, the difference being mainly in the judicial force offered to the two forms of popular survey.

<sup>6</sup> There is no debate and compromise regarding the adoption of the decision, the given options being only approving or rejecting the proposal.

<sup>7</sup> In Italy, Switzerland, Portugal and Austria. In the first two countries, citizens can oppose laws adopted in Parliament through a referendum. In Italy, even the abrogation of valid laws is possible through a referendum. The Treaty of Lisbon (Article 11) has also introduced the referendum upon popular initiative in EU law, the Commission being bound to pronounce itself on an issue that has received the support of at least one million citizens from a significant number of Member States.

parliament rejects the bill approved by the initial referendum, on the old text.

*Partial semi-direct democracy* uses only partially the obligatory and facultative referendum, which are not organized due to popular initiative. The obligatory referendum with regard to bills refers usually to constitutional reforms. Thus, according to art. 151 paragraph 3 of the Romanian Constitution, the revision of the Constitution is final after its aprobatation through a referendum, which must be organised within a maximum of 30 days from the date of adaptation or proposal of the revision in question.

The facultative referendum is organised at the initiative of state authorities, most often the president, but also the government, the parliament or even local authorities. Thus, law nr. 3/2000, regarding the organisation and unfolding of the referendum states the possibility of organising a local referendum on certain issues of special interest for the county (art. 2 para. 2), the issues being ascertained by the Local or County Councils, at the suggestion of the Mayor or the President of the County Council (art. 14 para. 1). The facultative referendum organised at the request of authorities is used moderately in representative regimes, generally as a means of a better communication between the electoral body and the elected representatives, with regard to asserting the will of the populace in a matter of great importance.

## **B. The referendum, a means of manipulation**

According to Gordon Smith<sup>8</sup>, we can distinguish between the controlled and uncontrolled referendum on the one hand, and the pro-hegemonic and the anti-hegemonic, on the other. The first difference is made according to the question if the initiation of the referendum is exclusively the prerogative of the political power holder or whether it is also recognized by the populace or the opposition. A second distinction is made in accordance with the position of the political power regarding a positive or negative answer. The conclusion which can be drawn according to this classification is that the political power will recourse to a large consultation with the masses when it is certain that the vote will be in its favour, and will prefer to impose decisions from the shelter of parliamentary majority if the probability of a favourable vote is smaller<sup>9</sup>.

The referendum exemplifies in specialized literature the premise for a democratic exercise of power. However, it rarely is a guarantee of democratic exercise of power. Taking into consideration the fact that the large majority who is asked to vote do not have the specialized schooling that is necessary for a serious analysis and for the grasping of all entailing consequences, the popular vote is influenced (in no negligible degree) by the mass-media and ideological propaganda (the last referenda held in

<sup>8</sup> Gordon SMITH, "The functional properties of referendum", *European Journal of Political Research*, nr. 4/1976, p. 6

<sup>9</sup> "When governments control the referendum, these will be tempted to resort to them only when they expect to win" (Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 1984, p. 204).

Romania in October 2003, November 2007, and especially in November 2009, not only do not contradict the aforementioned conclusion, but rather confirm it.)<sup>10</sup>

Moreover, if the referendum is hastily organized, without a thorough presentation of its aims to the electorate and without having a public debate with specialists involved, the popular vote, far from instituting a democratic exercise, resembles rather the washing of hands by Pontius Pilate. It is true, nevertheless, that a referendum in a society whose members have already reached a satisfactory level of political perception and discrimination, the result cannot be different from that of a Constitution, which will elaborate a democratic regime, such as is the case in Switzerland.

The referendum is not a feature of democratic countries only. On the contrary, referenda are often employed by autocratic regimes, where the referendum result is under strict control and consequently, predictable. As a matter of fact, under such authoritarian regimes, the matter of the referendum usually is approved with more than 90% of the votes.

Referenda can also be employed pharisaically when politicians avoid taking responsibility in taking a certain decision. A good example for this is the Italian referendum from 12<sup>th</sup> of May 1974, when Italian voters were asked to validate the divorce law passed by the Italian parliament in 1971, which was criticized by various politicians on the one hand, and by the Vatican, on the other. To end the debate, Italian voters were asked to decide whether there should be allowed in a society highly indebted to Catholic values. Voters decided with a percentage of 59.26 % of the total votes in favour of the divorce law.

In Romanian history, referenda seem to discredit rather than strengthen this form of participative democracy. Enumerating Romanian referenda in the past,<sup>11</sup> we will highlight the first plebiscite under Cuza during 10<sup>th</sup>–14<sup>th</sup> May 1864, followed by the one held during 2<sup>nd</sup>–8<sup>th</sup> April 1866 referring to the appointment of Carol I as ruler, a third plebiscite organized on 24<sup>th</sup> February 1938 referring to the introduction of Carol II's Constitution. Under Antonescu's dictatorship, two referenda were held after the Iron Guard rebellion (2<sup>nd</sup>–5<sup>th</sup> March and 9<sup>th</sup>–16<sup>th</sup> November 1941) related to Antonescu's grasp on autocratic power, and a sixth referendum under Ceaușescu's dictatorship which was concerned with the reduction of military spending (23<sup>rd</sup> of March 1986). After the fall of the communist regime, there followed the referendum on the adoption of the 1991 Constitution (8<sup>th</sup> of December 1991), the referendum referring to the revision of the latter (18<sup>th</sup> –19<sup>th</sup> October 2003), and the referendum regarding the introduction of the uninominal voting system (25<sup>th</sup> of November 2007) and the establishment of a unicameral parliament (22<sup>nd</sup> of November 2009).

<sup>10</sup> "Over 33 % of Romanians do not know what was the topic of the referendum from the 25<sup>th</sup> of November, according to an opinion poll published yesterday by Insomar. 66,2% of the interviewees declared that the topic of popular consultation, which was concomitant with the election for the European Parliament, was the change of the voting system. Alternatively, 33,8% declared that they did not know, did not want to answer or that the topic of the referendum was the "election of Basescu" or "European elections" („One Romanian in three does not know what was the question asked during the referendum", *Gardianul* 17<sup>th</sup> of December 2007).

<sup>11</sup> Lucian CHIRIAC, "Des considerations sur l'organisation et le déroulement du referendum en Roumanie", *Curentul Juridic*, 4 (47)/2011.



## 2. Referendum in Romania

According to the Romanian Constitution (art. 2), national sovereignty belongs to the Romanian people, which it exercises through its representative bodies and through referenda. The organization and the unfolding of referenda is regulated through organic law (art. 74 para. 3 letter d of the Constitution). In accordance with Law no. 3/2000, a referendum can be either national or local, the populace being allowed to vote on one or more issues, as well as on an issue of either national or local interest, on separate ballot papers.

Prior to the modification from 2012, a referendum was valid only if at least half plus one of the persons on the permanent electoral lists. This highly restrictive provision which led to the invalidation of the referendum on the suspension from office of Romania's president in 2012, was replaced with the provision that the minimum number of voters be at least 30% of the persons on the permanent electoral lists. The referendum is to be validated, if the legal options of voters make up to 25% of the persons on the permanent electoral lists (art. 5 para. 2 of Law no. 3/2000).

The local referendum can be held on issues of special interest to the administrative units, at the suggestion of the mayor or the president of the County Council or a third of the total number of local or county councilors (art. 14 para. 1 of Law no. 3/2000). Legislative projects and proposals regarding the territorial alteration of counties are to be submitted to the Parliament for adoption only after the preliminary consultation of citizens from the respective counties, through the mandatory organization of a referendum.

The national referendum constitutes the form and means of direct consultation and of direct expression of the sovereign will of the Romanian people with regard to issues of national interest (a), the revision of the Constitution<sup>12</sup>(b) and the suspension from office of the Romanian President<sup>13</sup>(c). The first instance is a facultative referendum, while the other two instances are examples of obligatory referenda. The object and the date of the national referendum are established through a decree of the Romanian President, in the case of a referendum concerned with issues of national interest; through law, in the case of a referendum concerned with the revision of the Constitution and through a parliamentary decree in the case of a referendum concerned with suspension of the Romanian President from office.

The Constitutional Court submits a report to the Parliament regarding the compliance with the procedures of organizing a national referendum and confirms its results. The Law of Revision of the Constitution, or, should it be the case, the

<sup>12</sup> ARTICLE 151: PROCEDURE OF REVISION

(3) Revision shall be final after approval by a referendum held within 30 days from enactment of the bill or proposal concerning such revision.

ARTICLE 153: COMING INTO FORCE

This Constitution shall come into force on the date of its approval by a referendum. On the same day, the Constitution of August 21st, 1965 shall be and remain fully repealed.

<sup>13</sup> ARTICLE 95: SUSPENSION FROM OFFICE

(3) If the proposal of suspension from office has been approved, a referendum shall be held within 30 days for removing the President from office.

suspension from office of the President takes effect on the date of the publication in the Romanian Government Gazette, Part I, of the decision of the Constitutional Court validating the result of the referendum. The simultaneous organization of a national referendum and the election process for the Chamber of Deputies and the Senate is allowed, and the election process for Romania's President, elections for the European Parliament or local elections, respectively.

The referendum campaign commences with the date of public acknowledgement of the date of the referendum. During the campaign, political parties and citizens have the right to express their opinions freely and without discrimination, through meetings, public gatherings and through means of mass-media, which must not contravene the legal order.

#### **A. The referendum regarding issues of national interest**

Art. 90 of the Constitution states that the President of Romania, after consultation with the Parliament, can ask the people to express its will through a referendum on issues of national interest. The identification of issues of national interest which are submitted through the referendum is solely the competence of the President, even if the consultation with the Parliament is obligatory. The President's point of view is expressed through a decree adopted during a joint session of both Chambers, with the majority vote of deputies and senators present<sup>14</sup>, no longer than 20 days from the President's request. If the parliament does not express its position regarding the organization of the referendum, the constitutional procedure of consulting the Parliament is to be seen as fulfilled.

Only the President of Romania, and not the Parliament, has the right to decide which the issues of national interest are and to also establish the concrete issue which will be submitted through the referendum as well as the specific date of the referendum. The Constitutional Court ruled that establishing the issues of national interests through law would represent an interference of the Parliament in the exclusive attributions granted by the Constitution to the President, and as such, they would represent a breach of the principle of separation of powers within a constitutional democracy. In the opinion of the Court, the limitative enumeration of situations which might be deemed *issues of national interest* would restrict the President's rights to consult with the people. Ascertaining that art. 90 of the Constitution does neither define *issues of national interest* nor does it state that these issues would be defined through law later on, the Court underlines the fact that the text of the Constitution establishes only the procedure of the referendum initiated by the President, which presupposes two phases:<sup>15</sup>

- 1) the consultation with the Parliament, which is meant to adopt a decree. If

<sup>14</sup> Constitutional Court Decision (CCD) no. 392 of 17 April 2007 regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of article 11 para.3 of Law no.3/2000 on the organization and functioning of the referendum.

<sup>15</sup> Constitutional Court Decision (CCD) no. 567 of 11 July 2006 regarding the exception of unconstitutionality of the provisions of article 12 para.1 of Law no.3/2000 on the organization and functioning of the referendum.

the Parliament has not been consulted, the President will not be able to initiate the referendum;

2) the consultation with the people, which expresses its will regarding the issues of national interest which are submitted by the President.

## **B. The referendum regarding the revision of the Constitution**

The organization and unfolding of a referendum regarding the revision of the Constitution as well as the result of said referendum are mandatory (art. 6 para. 2 of Law no. 3/2000). Citizens who participate in the referendum have the right to choose "YES" or "NO" to the following question written on the ballot paper: "Do you agree with the law of revision of the Constitution of Romania in the form approved by the Parliament?"

The directives of the Constitution regarding the national, independent, unitary and indivisible character of the Romanian state, the republican form of government, the integrity of the territory, the independence of justice, political pluralism and the official language cannot be subjected to a referendum. Likewise, a referendum cannot lead to the suppression of fundamental liberties and rights of the citizens or their guarantees (art. 3 of the Referendum Law).

Which is the juristic value of limitations imposed on revising the Constitution?

According to art. 146 letter a) the final thesis of the Romanian Constitution, the Constitutional Court rules *ex officio* on initiatives regarding the revision of the Constitution, with the vote of two thirds of the judges, after which the project, accompanied by the ruling of the Court, will be submitted to the Parliament for debate.

After the adoption of the law of revision of the Constitution, the Constitutional Court is given through its organic laws the competence to rule *ex officio* with regard to the adopted law no later than 5 days after the adoption of said law (art. 19–23 of Law no. 47/1992 republished). If the Court ascertains that the constitutional dispositions have not been respected, the law will be submitted to the Chamber of Deputies and the Senate for reexamination and harmonization of the law with the decision of the Constitutional Court.

We cannot but ascertain that, as was the case in different situations<sup>16</sup>, the remediation of the omission in the constitutional text is attempted through the gliding of the addition in the organic law of the Constitutional Court, at short deadlines from the voting or revision of the Constitutional text.

The provisions of art. 23 of Law no. 47/1992 republished<sup>17</sup> are in our view unconstitutional, since by introducing the control *ex officio* of the Constitutional Court

<sup>16</sup> See Mircea CRISTE, „Discuții referitoare la concordanța articolului 23 alin. 3 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale cu dispozițiile Constituției României”, *Dreptul* nr. 8/1995, p. 20.

<sup>17</sup> Article 23. – (1) The Constitutional Court shall *ex officio* pronounce on the law for the revision of the Constitution within five days from its passage, the provisions under Articles 20 and 21 being applied accordingly. (2) The decision which ascertains that constitutional provisions concerning revision have not been complied with shall be sent to the Chamber of Deputies and to the Senate in order to re-examine the law for the revision of the Constitution and bring it into accord with the decision of the Constitutional Court.

regarding the law of revision adopted by the Parliament, add to the Constitution Art. 146 letter a) thesis I of the Constitution<sup>18</sup> ascribes the Constitutional Court the competence of an *a priori* control of laws *submitted to promulgation*, exercised only upon notification of special subjects. As a result, the law of revision of the Constitution cannot land under the magnifying glass of the constitutional judges on the strength of this constitutional text<sup>19</sup>. The second thesis of art. 146 letter a) of the Constitution also institutes an *a priori* control *ex officio*, but solely of *initiatives* of revisions of the Constitution and not the law of revision adopted by the Parliament<sup>20</sup>. We do not believe that letter l) of art. 146 could be invoked, which refers to the possibility of introducing through organic law of the Constitutional Court of different attributions than those enumerated by art. 146, namely different attributions than those already considered by the Constituent. In this case, we are not in the presence of a *different* attribution offered to the Court through its organic law, but the modification by addition of an attribution established expressly by the constitutional text. Or, the addition of the constitutional text through an organic law of the Constitutional Court cannot be anything but unconstitutional<sup>21</sup>.

Does the constitutional judge have the legitimacy to control, and if necessary, censor a law of revision adopted by the elected representatives of the people or the people itself, by breaching the Constitution?

If yes, the Constitution would cease to be a toy in the hand of politicians, but the constitutional judge would become „the master of the Constitution“, running the risk that a „government of judges“ might replace the democratically elected governments.

What happens in the contrary case, in which, bypassing the decision of the constitutional judge, a project that disregards the limits of revision is submitted through a referendum? Two hypotheses emerge: 1) the project will be rejected by popular vote or 2) the project will be validated through the vote.

<sup>18</sup> ARTICLE 146: POWERS

The Constitutional Court has the following powers:

a) it adjudicates on the constitutionality of laws before promulgation, upon referral by the President of Romania, the President of either of the Chambers, the Government, the High Court of Cassation and Justice, the Advocate of the People, at least 50 Deputies or at least 25 Senators, as well as *ex officio*, on any initiative purporting a revision of the Constitution;

<sup>19</sup> “One might not retain the competence of the Constitutional Court to examine referrals concerning the unconstitutionality of the review law, based on the provisions contained in the first sentence of art. 144 letter (a) of the Constitution, given that this text refers explicitly to the laws subject to promulgation after their adoption by the Parliament, i.e. the organic and ordinary laws, regarding which the legislative process is regulated by art. 73–78 of the Fundamental Law. Or, the law on the review of the Romanian Constitution is part of the category of constitutional laws, according to art. 72 para.2 of the Constitution, and the procedure for its adoption and entry into force is governed by the special character provisions at art. 146 and 147 of the Constitution, which do not provide the procedure for the promulgation of the law by the President of Romania. This law becomes final following the referendum, and enters into force following the publication in the *Official Journal* of Romania, Part I, of the decision of the Constitutional Court confirming the results of the referendum” (Constitutional Court Decision (CCD) no. 385 of 15 October 2003 regarding the referral for unconstitutionality of the Law on the review of the Romanian Constitution, published in the OFFICIAL JOURNAL no. 728 of 17 October 2003).

<sup>20</sup> Also in the opinion of professor Deleanu, a control of constitutionality after the adoption of a law of review, but prior to the referendum, is impossible. (*Instituții și proceduri constituționale*, București, C.H. Beck, 2006, p. 869, nota 3 și „Revizuirea Constituției”, *loc. cit.*).

<sup>21</sup> A truth reaffirmed by the Report of the Presidential Committee of Analysis of the Political and Constitutional Regime in Romania: „the law cannot add to the Constitution, it can only elaborate some of the attributions of the Constitutional Court” ([http://www.presidency.ro/static/ordine/CPARPCR/Raport\\_CPARPCR.pdf](http://www.presidency.ro/static/ordine/CPARPCR/Raport_CPARPCR.pdf), p. 67).

1) In the case of rejection, the efficacy of constitutional dispositions which envisage the limitation of the revision depends on the possibility of engaging the accountability of those who are guilty of disregard of the present disposition. This exigence would be fulfilled if it is regulated and greater efficiency is given to the head of state for high treason (art. 96 of the Romanian Constitution), ministerial liability (art. 109 para. 2 of the Romanian Constitution and Law no. 115/1999) or the interdiction of political parties which are situated outside the Constitution by disrespecting the values and principles of democracy (art. 8 and art. 146 letter k of the Romanian Constitution).

2) If the breach of limitations regarding the revision of the Constitution were confirmed by popular vote (referendum), the question arises whether such a vote could cover the constitutional fraud at hand. Although from a strict juridical point, one can affirm that the constitutional dispositions must be respected even when the people exercises its sovereign right to modify the solemn Charta of the nation, we believe that the statement of abbot Sieyès is verified, namely that when the nation wills it, its will alone is sufficient, since the nation always constitutes the supreme law<sup>22</sup>.

On the other hand, we can ask the question who is the object of dispositions which limit the revision? Is it not the case that they are addressed solely at the holders of right of initiative within the domain of constitutional laws and not the constituent power? This conclusion might be inferred from an older rule of the Constitutional Court<sup>23</sup> in which, although irrelevant in the present analysis, it was affirmed that the dispositions of fundamental law "instituting the limits of the object of revision regard only special subjects ... which can ask for revision – the President of Romania at the suggestion of the Government, at least a quarter of the MPs of each Chamber or at least 50.000 citizens who are allowed to vote from a certain territorial dispersion".

### **C. The referendum for suspension of the President of Romania from office**

The referendum for the suspension from office of the President of Romania is mandatory and is established through a decree of the Parliament, according with the provisions stated by art. 95 of the Constitution (note 12). Citizens who take part in the referendum have the right to state "YES" or "NO" to the following question written on the ballot paper: "Do you agree with the suspension from office of the President of Romania?"

The President of Romania was removed from office twice until now by the Romanian Parliament. Coincidentally, it was the same person in two consecutive mandates:

– on 19<sup>th</sup> of April 2007, 322 MPs voted for the suspension of the President, 108 voted against, and 10 abstained. During the referendum that followed on the 19<sup>th</sup>

<sup>22</sup> „In any way a nation expresses its will, it is sufficient that it wills; all forms are good, and its will is always the supreme law" (*Qu'est-ce que le Tiers-État?*, Paris, Flammarion, 1988, p. 132).

<sup>23</sup> Constitutional Court Decision (CCD) no. 35 of 2 April 2006 regarding the constitutionality of some provisions from the Law on political parties, published in the OFFICIAL JOURNAL no. 75 of 11 April 1996.

of May 2007, 74% of the valid votes were against the suspension from office of the President of Romania;

– on 6th of July 2012 256 MPs voted for the suspension of the President. During the following referendum on 29<sup>th</sup> of July 2012, from the total number of citizens allowed to vote (18.292.464), the Constitutional Court noticed that 46,24% of Romanians voted. A number of 7.403.836 citizens voted YES (87,52%), in favour of the suspension, and 943.375 persons voted NO (11,15%). Since the percentage of over 50% of the total number of citizen allowed to vote was not reached, the referendum was invalidated through a controversial decision of the Constitutional Court, which also included an erratum published later on.

The main issue related to this type of referendum was related to the necessary majority required for the suspension.

For the election of the President, no absolute majority is necessary except for the first round of election; if this is not achieved, a second round of election will be held, where a simple majority is deemed sufficient. In Romania's post-revolutionary history, no President was elected in the first round of elections.

The requirement of an absolute majority was imposed by Law no. 3/2000 for the suspension of the suspended President, without the possibility of a second tour. In this respect, the Romanian Constitution does not state anything related to a necessary quorum, neither regarding participation nor approbation, so that on this level, any legislative decision cannot be unconstitutional.

Taking into account the standards of other EU countries, the requirement for an absolute majority is absent in the laws of these countries. A referendum is required for the suspension of the President only in Austria, but without stating a certain majority.

In such a situation, the point of reference is to be found in the expertise of the European Commission for Democracy Through Law (the Venice Commission), their recommendation being that no decision should be taken with regard to the quorum, since it would encourage vote abstinence, either by imposing the point of view of the minority, neither variants being healthy for a democracy.

With regard to the text of Law no. 3/2000 concerned with the necessary majority for the suspension of the President, it must be said that it had been subject to alterations. The last one, through Ordinance no. 41/2012, restates the text of the law of referendum as it was altered by the present parliamentary opposition (Law no. 129/2007). This text has been modified later through Law no.62/10.04.2012, adopted a week prior to the introduction of the motion of no confidence which brought about the fall of the PDL Government, the new text stipulating that the suspension of the President cannot take place without the majority of the citizens listed on the electoral lists.

\*\*\*

The referendum is presented and perceived in contemporary democratic systems as a means of direct expression of the populace and as a means of direct control of a political decision, points of reference resulting from the acceptance of a certain choice by the electorate itself.

In effect, the hijacking of this characterization and the perversion of the referendum in an instrument of manipulation of a large number of people for the gain of a single person or a small group of people has a high degree of risk of possibility and probability. Which leads us to the rhetorical question: is the referendum an ally or enemy of democracy?

### Summary

Whereas democracy is the exercise of power by the people, the referendum is often presented as a last redoubt of pure democracy in a political world dominated by the representative system. But can it be qualified thusly, regardless of the method of regulation? This study tries to emphasize the characteristics of the referendum, the real risk that it may become an instrument of manipulation of the masses, and concludes with a presentation of the referendum in the Romanian constitutional system. Although the Romanian law promotes both the local and national referenda, the latter is of particular importance, especially in what concerns the interpretation of the limits of the constitutional reform approved by the referendum and the political responsibility of the President before the electorate.

### Keywords:

referendum, plebiscite, democracy, Romanian constitutional system

**Mircea Criste** – Professor at the Faculty of Law of the University of the West in Timișoara and the University “1<sup>st</sup> of December 1918” in Alba Iulia.







**Ramona Duminičă**<sup>1</sup>

Faculty of Law and Administrative Sciences  
University of Pitești

**Andra Nicoleta Puran**<sup>2</sup>

Faculty of Law and Administrative Sciences  
University of Pitești

## **Consultative referendum debates on the referendum held in Romania in 2009**

### **Introduction**

The referendum is stated by most constitutions, accepted by the most different political regimes, used by the international society as means of arbitration in the political and territorial litigations between different states, in other words, it is real. This reality is different depending on the means of regulation, of its technical component and the political conditions in which it emerges.

The popular intervention as the referendum represents the procedure by which the people are associated to the decisional power, the classical model having the form of a direct participation of the electoral body in the legislation<sup>3</sup>.

The legislation in different states and the doctrinaires distinguish between different types of referendum: advisory referendum – used when the electorate expresses his will regarding a certain matter, but this opinion does not require the authorities to adopt a certain decision<sup>4</sup>; the deliberative referendum – present when the electorate dictates his will and establishes if the Parliament may or may not adopt a measure or if a measure adopted by the Parliament may or remain in force; the compulsory referendum is invoked if a measure voted by the Parliament may be applied and becomes mandatory only after the direct vote of the citizens; the optional referendum, generally used as means of mediation of a conflict; the previous legislative referendum refers to the situation in which the electoral body may be consulted about the general principles of a future normative act, before its adoption by the Parliament and, not least, the posterior legislative referendum – consisting in that a measure voted by the Parliament is subsequently subjected to the vote of the electoral body, which may or may not approve it<sup>5</sup>.

In Romania the institution of the referendum is stated by Art 2 Para 1, Art 73 Para 3 Let d), Art 90, Art 146 Let i) and Art 151 Para 3 of the Constitution, as well as

---

<sup>1</sup> Lecturer Ph.D, Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitești, Pitesti (ROMANIA), e-mail: duminica.ramona@gmail.com

<sup>2</sup> Lecturer Ph.D, Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Pitești, Pitesti (ROMANIA), e-mail: andradascalu@yahoo.com

<sup>3</sup> D. C. Dănișor, *Drept constituțional și instituții politice, Teoria generală*, 1<sup>st</sup> Volume, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2007, p. 100.

<sup>4</sup> J. F. Aubert, *Le referendum populaire*, Revue de droit suisse, No 5, 1972, p. 481.

<sup>5</sup> F. Esposito, *Vers un nouveau pouvoir citoyen? Des référendums nationaux au référendum européen*, Bruylant & Université de Genève Publ.-house, 2007, pp. 103–113.

by the Law No 3/2000 on the organization and carrying out of the referendum. From all these provisions it resides that the referendums in Romania may be, depending on the area in which are organized and carried out, national, local or county referendum, where appropriate, and regarding their content, they can be mandatory or optional. From the combination of the two classifications it results that the next group of referendums: the national referendum, representing the form and means of consultation, of direct decision and expressing the sovereign will of the people, which is: compulsory (organized for the revision of the Constitution and for the dismissal of the Romanian President, after the Parliament's approval of the suspension from the position he held) and consultative (organized for matters of national interest) and the local referendum, which also may be consultative, for matters of special interest for the administrative-territorial unit or compulsory, used for the modifications of the territorial boundaries of an administrative unit<sup>6</sup>.

This form of direct intervention of the electors in the decisional process has been used after 1989 in Romania for the approval of the Constitution of 1991, for the approval of the revision of the fundamental law in 2003, regarding the statement of the uninominal majority scrutiny in 2007, for the dismissal of the Romanian President in 2007 and 2009, for the reduction of the number of MPs from 471 to 300, namely for the transformation of the Romanian Parliament into a unicameral Parliament. Also, more local referendums were held and had as object the modification of the territorial boundaries of the administrative units.

### **The procedure of the consultative referendum in Romania**

According to Art 90 of the Constitution, the Romanian President, after consulting the Parliament, may ask the people to express, by a referendum, its will regarding matters of national interest. In such situation, we are in the presence of a consultative referendum.

In consensus with the constitutional provisions, the matters subjected to a referendum and its date shall be established by the Romanian President, by decree, obviously with the compliance of the condition of previous consultation with the Parliament, as expressly stated by Art 15 Para 1 Let c) of the Law No 3/2000 on the organization and carrying out of the referendum.

Regarding the procedure of the consultative referendum initiated by the Romanian President, the Constitutional Court ruled by its Decision No 567/11 July 2006 that it implies two steps: the consultation of the Parliament and that of the people, who expresses his will regarding matters of national interest which are emphasized by the President.

The consultation of the Parliament is made by a letter addressed to it by the Romanian President. The address follows all the stages of the normal legislative procedure or of the special emergency procedure, in front of the Chambers reunited in

<sup>6</sup> Gh. Iancu, *Referendumul în România*, Annals of the University of Bucharest, Law Series, No 4/2009, p. 1.

a joint session. After the debates, which take place in a joint session of the Chambers, they must express an opinion regarding the referendum initiated by the President, by a decision adopted with the vote of the majority of the present MPs.

Though the consultation of the Parliament is a constitutional obligation of the Romanian President, its opinion is not mandatory for the President. By Decision No 567/11 July 2006, the Constitutional Court has stated that if this consultation is not fulfilled, the President shall not be able to proceed to the initiation of the referendum.

Therefore, given that the President is not held by the content of the Parliament's opinion, we consider that we are in the presence of a simple phase of procedure without substance.

Still, the Parliament's opinion can be firstly justified by the fact that the Parliament must be officially notified regarding the matter of national interest which it ignored and secondly, to offer it the possibility to accept the President's opinion, case in which the referendum becomes useless. This is why the Parliament's opinion is not that relevant, and to insist in organizing a referendum when the Parliament has adhered to the initiative represents a senseless act and thus a diversion of competency<sup>7</sup>.

Within the second stage, the citizens are called to answer *Yes* or *No* on the matter of national interest subjected to referendum, deciding with the majority of the votes valid throughout the state.

## **Brief analysis of the referendum held in Romania in 2009**

### **1. Debates regarding the object of the consultative referendum from 2009**

The referendum held on 22 November 2009, organized in our state simultaneously with the first round of the presidential elections, has brought to the attention of the electorate two subjects representing, in our opinion, two fundamental matters for the existence of the very state of law in general, and especially for the good functioning of the legislative: the transformation of the Romanian Parliament from a bicameral one and the reduction of the number of MPs from 471 to 300.

The reasons invoked by the President in supporting the initiation of the consultative referendum were: increasing the efficiency of the Parliament, the reduction of the expenses, the enhancement of the European Parliament's powers, who shall become co-author of the decisions by the entrance into force of the Lisbon Treaty; the reduction of corruption, being a small number of MPs trafficking influence<sup>8</sup>. The Parliament's opinion was negative, but from the procedural perspective, the President acted according to the law.

Thus, at purely formal level, the procedure for the initiation of a referendum was fulfilled, based on Art 90 of the Constitution, but the issues which are raised are deeper and of a real interest. A first issue is represented by the establishment of its

<sup>7</sup> R. Dumitru, *Rezultatele referendumului din 2009 – fundament al unei viitoare revizuirii a Constituției?*, in Legal Sciences Magazine No 1/2011, p. 122.

<sup>8</sup> See the website [www.presidency.ro](http://www.presidency.ro)

legal nature.

Together with other authors<sup>9</sup>, we consider that the referendum under debate, by the nature of its two questions, all that it does is to hide that fact that, legally, we are in the presence of two different referendums, having different legal regimes. As such, we consider legal the referendum on the number of the MPs because it refers to a legislative aspect which can be included in the category of the matters of national interest, case in which the President may consult the people, in exchange the referendum on the dissolution of the second chamber of the Parliament we consider it to be constitutional, and by his initiative the President overcome his competence.

As resulted from the constitutional provisions, the consultative referendum is initiated by the Romanian President "regarding matters of national interest". For the application of this statement, Art 12 of the Law No 3/2000 on the organization and carrying out of the referendum exhaustively enumerates the matters considered to be of national interest. This enumeration has been declared by the Constitutional Court as unconstitutional, stating that, from the analysis of Art 90 of the Constitution, it results that it does not define, on the one hand, neither "the matters of national interest", and on the other hand, nor does it states that these matters shall further be established by the Law. In the absence of such statements, Art 12 Para 1 of the Law No 3/2000 adds to the invoked constitutional text, which establishes only the procedure of the referendum initiated by the President, regarding the "matters of national interest" (...). It is implied from the above presented that Art 90 of the Constitution states the exclusive competence of the President in the identification of the matters of national interest which shall be subjected to a referendum, even if the Parliament's opinion is mandatory. Only the Romanian President has the right to decide which the matters of national interest are and, to establish, by decree, the specific matter which shall be subjected to referendum and the date when it shall be carried out.

Under this aspect, the Court has ascertained that the exhaustive enumeration of Art 12 Para 1 of the Law No 3/2000 of cases considered as being "matters of national interest" has the nature to restrict the President's right to ask the people, knowing the fact that, over time, the national interest may be different, whenever new situations may arise which require the organization of a referendum. Any enumeration of the situations considered as being "matters of national interest", at the moment in which the legislator adopts the regulation, may be considered as restrictions affecting the constitutional right of the President to decide alone regarding the matters in which he wants to know the people's opinion. This exclusive right of the President is supported by the constitutional provisions of Art 80 regarding "The role of the President", of Art 2 Para 1, (...), of Art 81 Para 1 regarding the electoral legitimacy of the Romanian President equal with the legitimacy of the Parliament and of Art 1 Para 4, (...). The establishment by the law of the matters of national interest represents an intrusion of the Parliament in the performance of the attributions exclusively stated by the Constitution for the President, and, therefore, a non-compliance with the principle

<sup>9</sup> V. Constantin, *Referendumul și ficțiunea democrației directe*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai, No 4/2009, pp. 5-6.

of the separation and balance of powers within a constitutional democracy. Art 12 Para 1 of the Law No 3/2000 are not supported neither by Art 73 Para 3 of the Constitution, according to which, by organic law, it is stated “the organization and holding of referendum”, because the text considers the establishment, by the law, of technical and procedural measures necessary in the process of consulting the people by referendum. For the above mentioned arguments, the Court states that “Art 12 Para 1 of the Law No 3/2000 (...) unjustifiably limits the constitutional prerogatives of the Romanian President in this area, and, therefore, are unconstitutional”<sup>10</sup>.

If regarding the theme of reducing the number of MPs we agree that it fits in the area of the concept of matter of national interest, we do not consider as same the proposal to transform the bicameral Parliament into a unicameral one.

The election of a parliamentary structure represents one of the fundamentals of the functioning and consolidation of the state of law and of democracy<sup>11</sup>.

Moreover, the election between a Chamber and two Chambers does not represent only a technical matter related to the institutional construction. The decision to state a unicameral or bicameral parliament is tight to the model of democracy functioning in a state<sup>12</sup>.

We consider that the passage from bicameralism to unicameralism actually aims the modification of the Constitution, which requires a different procedure.

Thus, it emerges the issue whether in the content of the phrasing “matters of national interest” we may include the initiatives or problems related to the revision of the Constitution.

The solution to this matter is found in Art 150 Para 1 of the Constitution, according to which the Romanian President may initiate the revision of the Constitution, but at the proposal of the Government, without which the aim of the President would remain just an unfulfilled desire. As effect, the President of Romania may not initiate the revision of the Constitution, if the Government does not proposes it and, therefore, cannot initiate a referendum on such matter. In this case, it is applicable the principle according to which what cannot be directly obtained, cannot be obtained by any other means. Though, we appreciate that nothing shall prevent the President from subjecting to a consultative referendum the matter of revision<sup>13</sup>.

Indeed, the revision of the Constitution is a matter of national interest, but it is not like any other, but it is the most important one, separating itself from any other matter, this is why the revision of the Constitution is seen as an exception from the procedure of the consultative referendum, having a special legal regime. In this matter, the people are not consulted, but possess by referendum the *right to veto*, namely the final decision. In other words, both the President and the people (with a quorum of 500.000) possess the initiative of the revision of the Constitution.

<sup>10</sup> Decision No 567/11 July 2003 regarding the exception for unconstitutionality of Art 12 Para 1 of the Law No 3/2000 on the organization and carrying on of the referendum; see also Gh. Iancu, *op. cit.*, p. 4.

<sup>11</sup> R. Dumitru, *op. cit.*, p. 123.

<sup>12</sup> B. Dima, *Parlament bicameral versus Parlament unicameral*, Sfera politicii Magazine, No 140/2009, p. 32.

<sup>13</sup> Gh. Iancu, *op. cit.*, p. 5.

From the competence is absent the consultation for efficacy, representing a social and material expense not justified and a useless manifestation of the division of population into “yes” and “no”<sup>14</sup>.

## 2. The effects of the referendum of November 2009

Regarding the circumstances of the referendum of 2009, two large directions were shaped: the supporters of the constitutional reform who appreciate that the results of the referendum are determinant for a future revisal of the Constitution in the meaning given by the people’s will, and on the other hand for those who support the inefficiency of the referendum of 2009, among whom we are also found.

The results of the referendum have shown that 72,3% of the citizens who have participated in the voting have agreed to the transformation of the Parliament into a unicameral one, and 83,31% have agreed for the reduction of the number of MPs from the actual number of 471 to 300. Even if the Romanian citizens have positively expressed, agreeing to the questions asked by the head of the state, and at a first analysis seem to ground a change for the Constitution, still we cannot join such opinion.

Publicly asked which the effects of the referendum are, the President has claimed that the Parliament shall no longer be able to ignore the will of the sovereign people. Therefore, the President and the sovereign people shall impose the Parliament, one way or another, with joint forces, the constitutional reform.

As such, the “consultative referendum” of the Romanian President tends to legitimize in advance his initiative for a constitutional revision. The President uses his constitutional competence as a constitutional privilege, both in a positive meaning, to self-legitimize, as well as in the negative meaning, to delegitimize the Parliament. The initiative once legitimized, the subsequent refusal of the Parliament to give it course is delegitimized. The de-legitimizing is more powerful as the Parliament is placed into a conflict of interests. And for the victory of the President over the Parliament to be total, were proposed only two subjects for revision, exactly the ones placing the senators and deputies in the most visible conflict of interests. In this context, the plebiscitary effect has probably been reached<sup>15</sup>.

In supporting the opinion according to which the results of the referendum of 2009 do not represent a determinant element for the revision of the Constitution we start from the nature of the referendum stated by Art 90 of the Romanian Constitution, which is *consultative*. Therefore, the results does not comply the authorities of the state to adopt decisions according to the will expressed by the electorate using the referendum, on the contrary it would mean to offer the people attributions expressly stated by the Constitution for different institutions of the state<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> V. Constantin, *op. cit.*, p. 7.

<sup>15</sup> V. Constantin, *op. cit.*, p. 8.

<sup>16</sup> See in this meaning: I. Muraru, S. E. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2011, p. 848.

The doctrine<sup>17</sup> has mentioned that during the referendum stated by Art 90 of the Constitution the “people” is just consulted in a “matter of national interest”, his opinion representing at most a milestone in a future activity of legislation from the Parliament in that matter.

Moreover, we consider together with other authors that a consultative referendum, as the one held in 2009 does not express the will of the people, regardless of the questions, but just his opinion. We can talk about the expression of the will of the people in the situation in which the people is called to decide by a compulsory referendum. The consultation implies an opinion which in a different context may vary, in exchange the decision is the one that states the will and implies responsibility<sup>18</sup>.

A second argument brought to support our opinion results from the temptation of the President to frequently use the popular consultation, as an alternative to the procedures of the representative democracy, in two years being held three referendums. The abuse of referendums, according to specialists in this area, “is a democracy in which the *demos* decide directly on controversial matters, without reuniting, but discreetly, through a referendum”<sup>19</sup>. Thus, what is understood through democracy by referendum is not just a simple use of the instrument, but its consideration as a mechanism of democracy. We draw the attention on the fact that there is the danger that the excessive use of this constitutional instrument, for more political purposes and less for the solution of society’s real problems, to assist to a transformation of the representative democracy into a referendary democracy.

Also, it must be stated that the referendum has a more symbolic value than a real one for consulting the citizens. The agenda is not established by the citizens, but by its initiator, namely the President. The simple information of citizens does not mean an appropriate knowledge of the matter subjected to consultation. Therefore, we may appreciate that the referendum does not satisfy the majority of the public opinion, only to a small extent, because “the simple summing of the individual preferences may generate ensemble consequences which deny the individual’s intentions”<sup>20</sup>.

Another argument is represented by the fact that not any matter may be subjected to a referendum. As we have already shown, the election of a parliamentary structure is a key element for the functioning of the fundamental institutions and for the state of law, and such matter must not be quickly debated, without considering the specialists in constitutional and administrative law, political sciences and without creating an optimal framework for the real debate of all opinions. Such matter is too important to be solved by a few populist messages, which really aimed the winning of the elections. Practically, the referendum in 2009 was subsumed to the logic of

<sup>17</sup> I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul român și în dreptul comparat*, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2006, p. 738.

<sup>18</sup> R. Dumitru, *op. cit.*, p. 124.

<sup>19</sup> G. Sartori, *Teoria Democrației Reinterpretată*, translation by Doru Pop, Polirom Publ.-house, Iași, 1999, p. 123.

<sup>20</sup> G. Sartori, *op. cit.*, p. 119.

electoral campaign and electoral interest at that time. We absolutely disapprove this practice, by considering it immoral and illegitimate, and furthermore we cannot place it at the base of a future revision of the Constitution. Obviously, neither the results of the referendum regarding the reduction of the number of MPs are eloquent because this matter has been associated with the reduction of the expenses for the state budget and with the lack of efficiency of the Parliament, sensitive matters for the Romanian electorate, plus that it is not necessary the revision of the Constitution for the reduction of the number of MPs, this being possible by a simple modification of the electoral law<sup>21</sup>.

Not least, though the Constitutional Court has considered that the President has the freedom to establish by a presidential decree the matter of national interest to be subjected to citizens' vote, as well as the date, month and year for the referendum, we still consider that joining the referendum with another type of elections, which statistically showed a larger turnout than others, influence the validity of the procedure. It is possible that some of those who voted in the referendum, did not went to the polling station to express their opinion regarding the unicameral Parliament, but, since they were there, they expressed an opinion in this matter, more or less thought, more or less influenced by the initiator of the referendum<sup>22</sup>.

### Conclusions

Concluding, in the current constitutional context, the consultative referendum has the form of an instrument placed at the disposal of the head of the state. Practically, the President acts as main pawn within this type of referendum, being the only one who can determine the means in which the referendum shall influence the political will of the citizens, especially if we consider the lack of political information and clear, precise information regarding the matters subjected to vote.

Thus, after almost 7 years, the referendum of 22 November 2009 did not had specific effects, its results remaining at the level of a simple official pole organized throughout the state, because, according to the current norms, a referendum based on Art 90 of the Constitution is purely consultative, not complying the state's authorities to take decisions according to the will expressed by the electorate. Obviously, no other legal institution is perfect. But to call the citizens for a vote for their opinion, and subsequently to show them that their opinion does not generate effects may generate a demobilization and, on long term, lead to the destruction of the concept of a semi-direct democracy. This is why our proposal for a possible constitutional revision is to consider the necessity to offer for the effects of the national consultative referendum, as instrument of democracy, a compulsory feature for the state's authorities, in this meaning, establishing for them an obligation of result.

<sup>21</sup> R. Dumitru, *op. cit.*, pp. 128–129.

<sup>22</sup> In this meaning, see also V. Constantin, *op. cit.*, p. 8.



## Summary

The referendum is stated by most constitutions, accepted by the most different political regimes, used by the international society as means of arbitration in the political and territorial litigations between different states, in other words, it is real.

The referendums in Romania may be, depending on the area in which are organized and carried out, national, local or county referendum, where appropriate, and regarding their content, they can be mandatory or optional.

According to Art 90 of the Constitution, the Romanian President, after consulting the Parliament, may ask the people to express, by a referendum, its will regarding matters of national interest. In such situation, we are in the presence of a consultative referendum.

The referendum held on 22 November 2009, organized in our state simultaneously with the first round of the presidential elections, has brought to the attention of the electorate two subjects representing, in our opinion, two fundamental matters for the existence of the very state of law in general, and especially for the good functioning of the legislative: the transformation of the Romanian Parliament from a bicameral one and the reduction of the number of MPs from 471 to 300. The results of the referendum have shown that 72,3% of the citizens who have participated in the voting have agreed to the transformation of the Parliament into a unicameral one, and 83,31% have agreed for the reduction of the number of MPs from the actual number of 471 to 300, but the referendum did not had specific effects, because, according to the current norms, a referendum based on Art 90 of the Constitution is purely consultative.

## Bibliography

Deleanu, I., *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul român și în dreptul comparat*, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2006.

Esposito, F., *Vers un nouveau pouvoir citoyen? Des référendums nationaux au référendum européen*, Bruylant & Université de Genève Publ.-house, 2007.

Muraru, I., Tănăsescu, S. E., *Drept constituțional și instituții politice*, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2011.

Sartori, G., *Teoria Democrației Reinterpretată*, translation by Doru Pop, Polirom Publ.-house, Iași, 1999.

Aubert, J. F., *Le referendum populaire*, Revue de droit suisse, No 5, 1972.

Constantin, V., *Referendumul și ficțiunea democrației directe*, Studia Universitatis Babeș-Bolyai, No 4/2009.

Dănișor, D. C., *Drept constituțional și instituții politice, Teoria generală*, 1<sup>st</sup> Volume, C.H. Beck Publ.-house, Bucharest, 2007.

Dima B., *Parlament bicameral versus Parlament unicameral*, Sfera politicii Magazine, No 140/2009.

Dumitru, R., *Rezultatele referendumului din 2009 – fundament al unei viitoare revizuirii a Constituției?*, in Legal Sciences Magazine No 1/2011.

Iancu, Gh., *Referendumul în România*, Annals of the University of Bucharest, Law Series, No 4/2009.

**Izabela Gawłowicz**

**Joanna Osiejewicz**

Uniwersytet Zielonogórski

Wydział Prawa i Administracji

## **Referendum ogólnokrymskie jako instrument manipulowania prawem międzynarodowym**

„Realizacja wielkich projektów prowadzonych wspólnie z Shellem i Chevronem pozwoli Ukrainie w 2020 r. osiągnąć pełne zabezpieczenie potrzeb w zakresie gazu ziemnego własnym wydobyciem, a w optymistycznym scenariuszu nawet i eksportować gaz ziemny”.<sup>1</sup> *Wiktor Janukowycz*

„Nie rozlaliśmy niczyjej krwi. Walczymy o swoje prawa na drodze pokojowej”.<sup>2</sup> *Mustafa Dżemilew*

### **1. Wprowadzenie – o referendum w perspektywie prawa międzynarodowego, samostanowieniu i suwerenności**

W modelu państwa demokratycznego kluczowe znaczenie ma zasada zwierzchnictwa narodu jako suwerena zbiorowego, realizującego swe uprawnienia głównie poprzez wykorzystanie instytucji demokracji pośredniej, czyli dzięki aktywności wyłonionych w demokratycznych wyborach przedstawicieli. Różnorodność niedoskonałości i ograniczenia instytucji demokracji przedstawicielskiej, na które coraz częściej zwraca uwagę doktryna prawa<sup>3</sup>, mogą być w naturalny sposób niwelowane poprzez zastosowanie instrumentów demokracji bezpośredniej, umożliwiających obywatelowi branie udziału wprost w podejmowaniu decyzji poprzez głosowanie. Jedną z form demokracji bezpośredniej i jednym ze sposobów bezpośredniego decydowania przez wyborców o sprawach państwa jest referendum<sup>4</sup>, wywodzące się ze średniowiecznej Szwajcarii i następnie przez kolejne wieki i w różnych krajach modyfikowane i udoskonalane. Jego cechą charakterystyczną jest uznana w prawie wyborczym forma czteroprzymiotnikowego (powszechne, równe, bezpośrednie i tajne) głosowania oraz sformułowanie alternatywy lub opcji, którą obywatel wybiera w głosowaniu<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Komentarz Wiktora Janukowycza do podpisania 5 listopada 2013 r. umowy o podziale węglowodorów pomiędzy ukraińskim rządem, spółką-córką amerykańskiego koncernu Chevron Ukraine B.V. i państwową spółką Nadra Oleska: *Obserwator finansowy*, 21.11.2013, <https://www.obserwatorfinansowy.pl/tematyka/makroekonomia/ukraina-na-drodze-do-energetycznej-niezaleznosci/> (2016-07-12).

<sup>2</sup> Tak mówił przywódca Tatarów Krymskich Mustafa Dżemilew wywiadzie dla TVP w dniu 02.06.2014, na dzień przed wręczeniem mu nagrody Solidarności: <http://www.tvp.info/15463588/informacje/polska/mustafa-dzemilew-nie-rozlamismy-niczyjej-krwi/> (2016-07-26).

<sup>3</sup> Del Llano C. H., *La universalidad racional de los derechos*, [w:] B. Banaszak, M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Prawo w służbie państwu i społeczeństwu. Prace dedykowane Profesorowi Kazimierzowi Działosze z okazji osiemdziesiątych urodzin*. Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego 2012, s. 320-334.

<sup>4</sup> Lub plebiscyt. Z punktu widzenia prawa państwowego pojęcia te mogą być tożsame lub oznaczać odrębne instytucje.

<sup>5</sup> B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, CH Beck 2012, s. 239; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne, zarys wykładu*,

Referendum, będące instytucją prawa krajowego, bywa przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego publicznego wtedy, gdy – jak w przypadku referendum ogólnokrymskiego – wywiera skutki prawne nie tylko wewnątrz państwa, lecz również wpływa na jego sytuację międzynarodową. Nadto, referendum (lub plebiscyt) jest jedną z pokojowych metod praktycznej realizacji zasady samostanowienia narodów, o czym będzie mowa poniżej. Celem niniejszych rozważań jest zbadanie, czy referendum ogólnokrymskie zostało przeprowadzone stosownie do funkcji, jakie referendum ma spełniać w demokracji oraz zgodnie z zasadami, jakie mają nim rządzić i jeśli tak, to co o tym zdecydowało, a jeśli nie, to jakie prawno międzynarodowe przesłanki umożliwiły wykorzystanie instytucji demokratycznej niezgodnie z jej celami oraz, jakie możliwe konsekwencje takie działanie za sobą pociągnie. Dla potrzeb artykułu przyjęto hipotezę, że wieloletnia manipulacja kształtem narodu krymskiego pozwoliła na doprowadzenie do zmian terytorialnych na Krymie, których naczelnym celem był dostęp do złóż surowców energetycznych.

Aby udzielić odpowiedzi na tak postawione pytania, niezbędne jest odniesienie się do tych zasad i instytucji prawa międzynarodowego, które dotyczą kształtowania bytu ustrojowego państwa i jego pozycji na arenie międzynarodowej. W tej liczbie z pewnością znajdują się: zasada samostanowienia narodów, suwerenność i jurysdykcja państwa.

Zwyczajowe i traktatowe normy prawa międzynarodowego publicznego gwarantują wszystkim narodom prawo do swobodnego określania swojego statusu politycznego i dążenia do rozwoju gospodarczego, społecznego i kulturalnego oraz wolność od ingerencji zewnętrznej w realizacji tych dążeń. Samostanowienie można rozumieć trojako: jako prawo, jako zasadę prawa oraz jako proces kształtowania się bytu państwowego. Granice między tymi pojęciami są nieostre, a terminy te stosuje się zamiennie. Samostanowienie zatem jest prawem każdego narodu do życia w niepodległym państwie (co jednak nie oznacza bezwzględnego prawa każdego narodu do utworzenia własnego państwa) i formowania jego kształtu ustrojowego<sup>6</sup>. Pojęcie „naród” jest wieloskładnikowe, ale w odniesieniu do zasady samostanowienia objąć nim należy nie tylko wspólnoty etniczne, ale również geopolityczne. Mimo toczącej się w doktrynie prawa dyskusji co do tego<sup>7</sup>, jaki podmiot – „naród”, czy

Warszawa 2006, s. 181.

<sup>6</sup> Karta Narodów Zjednoczonych (Dz. U. 1947, nr 23, poz. 90) w swoich artykułach 1 i 55 odnosi się do zasady samostanowienia, a jej rozdziały XI i XII nawiązują do obowiązku rozwijania samorządności na obszarach zamieszkałych przez ludy, które nie osiągnęły jej jeszcze w pełnym zakresie, przez państwa sprawujące zarząd nad tymi obszarami. Samostanowienie znalazło również swoje późniejsze odzwierciedlenie w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 1514 (XV) – Deklaracji o przyznaniu niepodległości krajom i narodom kolonialnym z 14 grudnia 1960 r., ([http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/1514\(XV\),2016-07-26](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514(XV),2016-07-26)), a także w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 2526 (XXV) – Deklaracji zasad prawa międzynarodowego z 24 grudnia 1970 r. ([http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\),2016-07-26](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV),2016-07-26)). Prawo narodów do samostanowienia gwarantują wprost w swoim wspólnym art. 1 obydwie Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka z 1966 r., (Dz. U. 1977, nr 38, poz. 167 oraz Dz. U. 1977, nr 38, poz. 169), nakładając równocześnie na Państwa – Strony Paktów obowiązek poszanowania tego prawa oraz popierania jego realizacji. Na poziomie regionalnym prawo narodów (ludów) do samostanowienia jest także zagwarantowane w Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Ludów z 1981 r. (tekst w: B. Gronowska, T. Jasudowicz. C. Mik, *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1996, s. 344).

<sup>7</sup> Zwłaszcza zagraniczna doktryna optuje za terminem „lud”, „ludy”, patrz np. A. Pellet, *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee. A Second Breath for the Self-Determination of Peoples*, „European Journal

„lud” – jest uprawnionym na gruncie zasady samostanowienia, przyjąć ostatecznie należy pogląd L. Antonowicza, iż podmiotem tym jest naród (nie zaś „lud”)<sup>8</sup>, co ma uzasadnienie zarówno merytoryczne, jak i praktyczne. Identyfikacja narodu jako nosiciela prawa do samostanowienia wiąże się ze spełnieniem takich warunków, jak osiedlenie na określonym terytorium, trwała i stabilna dominacja na nim oraz efektywność i reprezentatywność. Jak pisze M. Perkowski: „Gdy „naród” zaakceptuje rządzącą grupę, czy to w formie dłużej trwającego milczącego przyzwolenia, czy też w optymalny sposób, tj. w wyborach, referendum bądź plebiscycie, następuje swoista konwalidacja reprezentatywności”<sup>9</sup>.

Współcześnie prawo narodów do samostanowienia zalicza się także do fundamentalnych praw jednostki, tzw. praw III generacji<sup>10</sup>. W doktrynie prawa powszechna jest opinia, że zasada ta (mimo jej dekolonizacyjnego rodowodu<sup>11</sup>), ma charakter uniwersalny i odnosi się do wszystkich narodów, bez względu na stopień ich rozwoju i formę zorganizowania politycznego<sup>12</sup>. Stanowi ona dopełnienie zasady suwerennej równości państw i odzwierciedlenie swobodnego wyrazu woli narodów. W tym kontekście zatem zasada ta może być pożytkowana jako instrument weryfikacji legalności procesów państwowotwórczych. Do przejawów zasady samostanowienia zalicza się w doktrynie: wolne wybory, stowarzyszenie się lub integrację z państwem, powstanie państwa, referendum niepodległościowe lub plebiscyt. Najbardziej kontrowersyjną konsekwencją realizacji zasady samostanowienia jest secesja części terytorium państwowego. Secesja jako realizacja prawa do samostanowienia może zostać uznana za legalną w świetle prawa międzynarodowego publicznego, jeśli: wynika z faktu, że część ludności państwa nie ma realnego udziału w decydowaniu o jego sprawach; pod jurysdykcją tego państwa następują poważne naruszenia praw człowieka (mogące stanowić nawet zagrożenie bytu danego narodu lub zagrożenie jego istotnych interesów); i jest konsekwencją aktywności masowego ruchu ludności zmierzającej do oderwania się od zamieszkiwanego przezeń państwa po to, by utworzyć samodzielne (demokratyczne) państwo, bądź przyłączyć się do takiego państwa, w którym prawa tej ludności będą respektowane. Prawo do samostanowienia musi bowiem być rozumiane jako prawo do współzrządzenia państwem. W takiej sytuacji państwo macierzyste nie powinno stosować przemocy wobec tej części swojej ludności, która dąży do oderwania części jego terytorium, pod warunkiem jednakże, że nie zachodzi przy tym ingerencja ze strony innego państwa<sup>13</sup>.

Wyjątkowo dla realizacji samostanowienia naród może używać siły, czyli

---

of International Law” 1992, No 178, pp. 178–185; również: A. Cassese, *Self-Determination of Peoples, A Legal Reappraisal*, Cambridge 1999.

<sup>8</sup> L. Antonowicz, *Pojęcie samookreślenia narodów w Karcie NZ, „Państwo i Prawo”* 1955, nr 2, s. 197.

<sup>9</sup> M. Perkowski, *Samostanowienie narodów w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2001, s. 50–51.

<sup>10</sup> Patrz np. K. Vasak, *The International Dimensions of Human Rights*, Paris 1982, pp. 62–67. Patrz także: R. Andrzejczuk, *Prawo narodów do samostanowienia. Prawa człowieka podstawą prawa narodów do samostanowienia*, Lublin 2002, *passim*.

<sup>11</sup> Została początkowo sformułowana jako reguła uznawania prawa narodów kolonialnych do niepodległości.

<sup>12</sup> L. Dembiński, *Samostanowienie w prawie i praktyce ONZ*, Warszawa 1969, *passim*; patrz także M. Perkowski, *op. cit.*, s. 13 i in.

<sup>13</sup> M. Perkowski, *op. cit.*, s. 103.

niepokojowych metod realizacji zasady samostanowienia, a jedną z nich jest wojna narodowyzwolenicza<sup>14</sup>. W takim przypadku, aby nie narazić się na zarzut pogwałcenia prawa międzynarodowego, konieczne jest wykazanie, że część ludności danego państwa jest celowo pomijana i odsuwana poprzez organy władzy od decydowania o swoich sprawach i swojej pozycji prawnomiędzynarodowej.

Jak wcześniej wspomniano, zasada samostanowienia ma rodowód dekolonizacyjny i głównym, niekwestionowanym, ale nie jedynym uprawnionym podmiotem prawa do samostanowienia są narody kolonialne. Zasada samostanowienia jest żywym instrumentem prawa międzynarodowego i jako taki stale ewoluuje. Społeczność międzynarodowa może uznać prawo do samostanowienia narodu innego niż kolonialny – np. odnośnie do ludności znajdującej się pod obcym panowaniem, bądź narodu niemającego w państwie swego zamieszkania realnego wpływu na sprawy wewnętrzne, dostępu do dóbr kulturalnych, możliwości uprawniania własnego kultu, pobierania nauki, prowadzenia działalności gospodarczej, współdecydowania o ważnych sprawach państwa<sup>15</sup>.

Samostanowienie jest zatem swoistym testem prawowitości różnych zachowań w międzynarodowym świecie, testem na demokrację, rządy prawa, legalność procesów państwowotwórczych, na suwerenność państwa wreszcie. Mówiąc o samostanowieniu nie sposób bowiem abstrahować od tego, co jest autonomią państwa, jego prawną niezależnością od władzy innych podmiotów prawa międzynarodowego<sup>16</sup>. Suwerenność państwa jest wyłączną, charakterystyczną cechą państw i oznacza niezależność od władzy innych podmiotów – jest to kluczowy element państwowości<sup>17</sup>. Takie przymioty, jak: sprawowanie jurysdykcji nad swoją stałą ludnością, swobodne kształtowanie spraw wewnętrznych państwa, w tym samodzielnej polityki finansowej i podatkowej; a także swobodne tworzenie i utrzymywanie stosunków zewnętrznych, w tym członkostwo w organizacjach międzynarodowych, nawiązywanie i utrzymywanie stosunków dyplomatycznych, zawieranie umów międzynarodowych, składanie oświadczeń w imieniu państwa są zatem przejawami władzy suwerennej<sup>18</sup>.

Ponieważ suwerenność przysługuje wszystkim państwom, korzystanie z niej w stosunkach międzypaństwowych zazwyczaj modyfikuje swobodę państwa w jego postępowaniu wobec innych podmiotów – suwerenność państwa oznacza czynienie na arenie międzynarodowej tego wszystkiego, co nie narusza suwerenności innego

<sup>14</sup> Sytuacja taka podlega reżimowi konfliktów zbrojnych, patrz np. art. 96 ust. 3 pierwszego Protokołu Dodatkowego z 1977 roku do Konwencji Genewskiej o ochronie ofiar wojny z 1949 roku. (Dz. U. 1956, Nr 38, poz. 171)

<sup>15</sup> W. Sokolewicz, *Prawo narodów do samostanowienia*, [w:] *Prawa człowieka – model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław – Warszawa – Kraków 1991, 7–36.

<sup>16</sup> W. Czapliński, A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowe publiczne, zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 135 – 140.

<sup>17</sup> Traktaty międzynarodowe nie definiują suwerenności, posługują się natomiast często terminem: „suwerenne państwo”, jak czyni to np. Konwencja z Montevideo o prawach i obowiązkach państw z 1933 r.; Tekst w: L. Gelberg, *Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyczna. Wybór dokumentów*, Warszawa 1958, s. 356.

<sup>18</sup> O różnych aspektach suwerenności patrz: *Koncepcje suwerenności, zbiór studiów*, I. Gawłowicz, I. Wierchowicka (red.), Warszawa 2005. Patrz także nt. atrybutów państwowości: M. Andreescu, A. Puran, *Drept constitutional. Teoria generala a statului*, Bucharest, 2016, s. 63 i 79–80.

państwa. Nadto państwo zazwyczaj czyni pewne ustępstwa na rzecz innych państw lub podmiotów po to, by uzyskać pewne korzyści, zaciąga zobowiązania, ale i nabywa prawa, wchodzi zatem w tego rodzaju relacje, które w pewnym stopniu uszczuplają jego swobodę działania – za jego własną zgodą, zgodnie z jego wolą, zwykle w jakimś celu<sup>19</sup>. Suwerenność wreszcie ewoluuje i dostosowuje się do zmieniających się potrzeb tak całej międzynarodowej społeczności, jak i samego państwa<sup>20</sup>.

Akty konstytucyjne państw odwołują się do suwerenności jako do zasady niezawisłości państwa bądź zasady zwierzchnictwa narodu. Rzeczywista swoboda dokonywania wyborów, która niesie ze sobą świadomość i zgodę na konsekwencje tych wyborów jest sensem współczesnego rozumienia suwerenności<sup>21</sup>.

Zgodnie z art. 2 Karty Narodów Zjednoczonych, konsekwencją realizacji zasady suwerennej równości państw i zakazu ingerowania w sprawy wewnętrzne innych państw jest jurysdykcja państwa nad jego obywatelem. Państwo sprawuje swoją jurysdykcję także nad innymi osobami, które mu podlegają mu (przebywając np. na jego terytorium) – cudzoziemcami, bezpaństwowcami, a także statkami pływającymi pod jego banderą, zarejestrowanymi w nim samolotami oraz nad przynależącymi do niego korporacjami. Tzw. jurysdykcja wewnętrzna państwa rozumiana jest jako władztwo, zwierzchnictwo personalne, efektywne sprawowanie władzy przez państwo nad jego obywatelami, sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Jest to jeden z kluczowych atrybutów podmiotowości prawnomiędzynarodowej państwa, przejaw szczególnej więzi między państwem a obywatelem i autonomia kształtowania relacji między nimi, innymi słowy zdolność państwa do wywierania wpływu na osoby, rzeczy i zdarzenia. Typologia jurysdykcji obejmuje jurysdykcję ustawodawczą (co oznacza uprawnienie do formowania prawa w obszarze wyznaczonym terytorium państwa przez właściwe konstytucyjne organy), wykonawczą (czyli uprawnienie do egzekwowania obowiązującego prawa na terytorium państwa – jest to również obowiązek, by organy państwa wykonywały swoje funkcje tylko w obszarze terytorium państwa, a poza nim – wyłącznie za zgodą państwa przyjmującego), sądową (umożliwiającą sądom krajowym rozstrzyganie spraw z tzw. elementem obcym), cywilną, karną, obowiązkową, ekstraterytorialną, uniwersalną i quasi-uniwersalną. Jurysdykcja cywilna państwa bazuje zazwyczaj na miejscu stałego zamieszkania lub pobytu pozwanego, ale może też zależeć od obywatelstwa stron.

<sup>19</sup> Patrz np.: J. Tyranowski, *Suwerenna równość, samostanowienie i interwencja w prawie międzynarodowym*, [w:] *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe. Zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin Profesora Janusza Gilasa*, C. Mik (red.), Toruń 1997, s. 400; J. Symonides, *Unia Europejska – państwo – region, nowe pojmowanie subsydiarności i suwerenności*, [w:] *Unia Europejska, nowy typ wspólnoty międzynarodowej*, E. Haliżak, S. Parzymies (red.), Warszawa 2002, s. 58 – 60.

<sup>20</sup> Szerzej: R. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2004. Patrz także: J. Helios, W. Jedlecka, *Suwerenność w dobie procesów integracyjnych i globalizacyjnych*, Wrocław 2004.

<sup>21</sup> I. Gawłowicz, *Suwerenność państwa*, [w:] *Encyklopedia zagadnień międzynarodowych*, red. E. Cała – Wacinkiewicz, R. Podgórzńska, D. Wacinkiewicz, Warszawa 2011, s. 366–368.

## 2. Prawnomiędzynarodowa legalność referendum ogólnokrymskiego

Zarysowane powyżej, z konieczności pobieżnie, reguły i instytucje prawa międzynarodowego publicznego związane z suwerennością państwa i prawem do samostanowienia narodów mają stanowić punkt odniesienia dla ustalenia, czy referendum ogólnokrymskie zostało przeprowadzone legalnie z perspektywy wymogów, które są stawiane referendum jako instytucji demokratycznej oraz z perspektywy zasad prawa międzynarodowego publicznego. Taka optyka postrzegania referendum ogólnokrymskiego wymaga ustalenia przede wszystkim, czy ten, kto wziął udział w referendum był podmiotem do tego działania uprawnionym, nie tylko z punktu widzenia prawa krajowego, ale także międzynarodowego.

Pojęcie „naród” jest wieloznaczne, głównie dlatego, że ma różnorakie konotacje: polityczne, etniczne, religijne, kulturowe, jak również prawne. Z tych względów w nauce występuje również wielość definicji narodu, przy czym nie jest naszym zamiarem ani ich porównywanie, ani dokonanie wyboru spośród nich, ponieważ zadanie to przekroczyłoby ramy niniejszych rozważań. Część tych definicji posiada elementy wspólne, niektóre akcentują wybrane aspekty tego pojęcia<sup>22</sup>. Dla potrzeb artykułu przyjmujemy, że narodem jest zbiorowość ludzka o wspólnych cechach etnicznych, kulturowych, związana historycznie i emocjonalnie z określonym terytorium, mająca świadomość własnej tożsamości.

Powszechne jest przekonanie, że rdzenną ludnością Półwyspu Krymskiego są Tatarzy Krymscy (*qirimtatarlar*), czyli muzułmanie pochodzenia tureckiego, niebędący jednolitą grupą etniczną, choć wiele różnych narodów i plemion w różnym czasie zamieszkiwało tereny Półwyspu. Historia Tatarów Krymskich w Europie sięga przybycia Mongołów na Krym i utworzenia tam po rozpadzie Złotej Ordy Chanatu Krymskiego, który został zniszczony w 1783 r., kiedy wojska carskie włączyły Krym do Imperium Rosyjskiego. Według niektórych autorów, Tatarzy Krymscy początkowo stanowili „*ethnos*” (oznaczający każdą wspólnotę etniczną, niezależnie od jej rozmiarów, stopnia wewnętrznej organizacji, czy rodzaju tożsamości etnicznej, która to wspólnota wyodrębnia się wśród innych sąsiadujących z nią grup ludności specyficzną kulturą uformowaną w procesie historycznej ewolucji), a dopiero później przekształcili się w naród<sup>23</sup> (co w tym kontekście jest pojęciem węższym, niż *ethnos*). Już nieco ponad sto lat później było oczywiste, że Tatarzy Krymscy stanowią silną tożsamościowo, wyodrębnioną narodowościowo grupę ludności i będą dążyć do samodzielności. Równocześnie jednak od tego momentu liczba Tatarów na Krymie zaczęła się zmniejszać proporcjonalnie do innych narodów, ponieważ następował systematyczny napływ osadników rosyjskich i ukraińskich<sup>24</sup>. Już przed wielką wywózką Tatarów

<sup>22</sup> Patrz szerzej np. M. Barwiński, *Pojęcie narodu oraz mniejszości narodowej i etnicznej w kontekście geograficznym, politycznym i socjologicznym*, tekst dostępny pod adresem: [http://dspace.uni.lodz.pl/xmlui/bitstream/handle/11089/3788/Barwi%C5%84ski\\_Folia%20Geographica\\_2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.uni.lodz.pl/xmlui/bitstream/handle/11089/3788/Barwi%C5%84ski_Folia%20Geographica_2004.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (19.07.2016).

<sup>23</sup> J. Sadłocha, *Tatarzy Krymscy – zarys historii narodu*, tekst dostępny pod adresem: <http://www.psz.pl/117-polityka/jaroslaw-sadlocha-tatarzy-krymscy-zarys-historii-narodu> (2016-07-26).

<sup>24</sup> Patrz szerzej: H. Kirimli, *National Movements and National Identity Among the Crimean Tatars (1905-1916)*,





określone atrybuty i pozwala, między innymi, na przeprowadzanie referendum<sup>27</sup>, ograniczając jednak to prawo do spraw lokalnych. Konstytucja precyzuje ponadto, że zmiany na terytorium Ukrainy wymagają ogólnoukraińskiego referendum<sup>28</sup>.

Przeprowadzenie referendum z naruszeniem prawa ukraińskiego, jako sprawa wewnętrzna, nie jest równoznaczne z naruszeniem prawa międzynarodowego. Istnieją jednak międzynarodowe standardy, jakie państwa muszą zachować przeprowadzając referenda<sup>29</sup>. Ogólne zasady dotyczące sprawiedliwego głosowania zostały sformułowane w art. 3 Pierwszego Protokołu do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka<sup>30</sup> oraz w art. 25 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>31</sup>, których Ukraina jest stroną. Zasady te, to: wolność, tajność, równość i powszechność wyborów.

Opracowany przez Komisję Wenecką Kodeks dobrej praktyki referendalnej<sup>32</sup>, nie będący wiążącym aktem prawa międzynarodowego, stanowi zbiór międzynarodowych standardów stanowiących część twardego prawa międzynarodowego, uwzględniający powszechnie akceptowaną praktykę państw w odniesieniu do referendum. Wolność referendum wymaga braku lub przynajmniej ograniczenia sił zbrojnych przeciwnej strony i neutralności władzy publicznej<sup>33</sup>. Podczas referendum ogólnokrymskiego obydwie te elementy nie zostały właściwie zabezpieczone, ponieważ prorosyjscy żołnierze przejęli kontrolę na Krymie i kontrolowali infrastrukturę publiczną<sup>34</sup>. Zgodnie z Kodeksem, referendum musi być jasne i nie może wprowadzać w błąd, a pytania powinny być tak sformułowane, aby umożliwiać proste odpowiedzi "tak" lub "nie"<sup>35</sup>. Referendum krymskie zignorowało tę zasadę, ponieważ nie zadano pytania polarnego, lecz zastosowano dwie odrębne alternatywy, spośród których wyborcy kazano wybrać jedną: 1) Czy jesteś za ponownym zjednoczeniem Krymu z Rosją na prawach podmiotu Federacji Rosyjskiej?, 2) Czy jesteś za przywróceniem obowiązywania konstytucji Republiki Krymu z 1992 roku i za statusem Krymu jako części Ukrainy?<sup>36</sup> Wyborcy zostali zmuszeni do dokonania wyboru pomiędzy dwoma kierunkami działania bez

<sup>27</sup> Стаття 2, Конституція України, Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141, <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (2016-07-10).

<sup>28</sup> Стаття 138 (2), ibidem.

<sup>29</sup> Стаття 73, ibidem.

<sup>30</sup> O zakresie zachowania tych standardów podczas referendum krymskiego: A. Peters, *Sense and Nonsense of Territorial Referendums in Ukraine, and Why the 16 March Referendum in Crimea Does Not Justify Crimea's Alteration of Territorial Status under International Law*, publ. 16.04.2014, <http://www.ejiltalk.org/sense-and-nonsense-of-territorial-referendums-in-ukraine-and-why-the-16-march-referendum-in-crimea-does-not-justify-crimeas-alteration-of-territorial-status-under-international-law/> (2016-07-10).

<sup>31</sup> Council of Europe, *Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 20 March 1952, ETS 9, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b38317.htm> (2016-07-10).

<sup>32</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. 1977 nr 38 poz. 167.

<sup>33</sup> Venice Commission, *Code of Good Practice on Referendums*, CDL-AD(2007)008, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)008-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008-e) (2016-07-10). Dalej jako: Kodeks.

<sup>34</sup> A. Peters, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht: Seine Bedeutung im Licht der Staatenpraxis nach 1989*, 1995, s. 500.

<sup>35</sup> Ch. Marxsen, *The Crimea Crisis: An International Law Perspective*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 74 (2014), s. 380.

<sup>36</sup> *Code of Good Practice ...*, op. cit., pkt 3.1.c).

możliwości opowiedzenia się za *status quo*, w którym Krym stanowiłby część Ukrainy na mocy obecnej ukraińskiej konstytucji. Dodatkowo, druga alternatywa była o tyle niejednoznaczna, że w 1992 r. dokonano zmiany krymskiej konstytucji, przy czym pierwotnie konstytucja wyraźnie stwierdzała, że Krym stanowi konstytucyjną część Ukrainy<sup>37</sup>, podczas gdy wersja po zmianach nie zawierała takiego postanowienia<sup>38</sup>. Kodeks przewiduje również ogólne wymogi proceduralne, dotyczące konieczności uchwalenia ustawy o referendum, regulującej procedurę głosowania oraz obecności obserwatorów krajowych i międzynarodowych. Obserwatorzy międzynarodowi byli wprawdzie obecni przy referendum ogólnokrymskim<sup>39</sup>, nie uchwalono jednak ustawy o referendum.

Przeprowadzenie referendum jako takie wprawdzie nie naruszyło więc prawa międzynarodowego, jednak nie było w pełni zgodne z międzynarodowymi standardami w przedmiotowym zakresie. Warto nadmienić, że powołana w 1991 r. w Hadze Organizacja Niereprezentowanych Narodów i Ludów (UNPO), której celem jest koordynacja działań międzynarodowych w celu monitorowania realizacji samostanowienia narodów, zachowania i ochrony ich tożsamości tradycji, kultury i języka, wspólne działania na rzecz pokojowego załatwiania konfliktów na tle etnicznym oraz przyznania im należnego miejsca w całej rodzinie narodów zjednoczonych i której członkami jest obecnie kilkadziesiąt społeczności ze wszystkich kontynentów, od początku śledzi relacje ukraińsko – rosyjskie i na swojej stronie prezentuje różnorodne opinie na temat tej sytuacji<sup>40</sup>.

### **3. Zobowiązania prawnomiędzynarodowe Rosji i Ukrainy w odniesieniu do integralności terytorialnej i zakazu użycia siły w stosunkach wzajemnych**

Powyższe zobowiązania zostały wyrażone w art. 2 ust. 4 Karty Narodów Zjednoczonych<sup>41</sup> oraz w Akcie Końcowym z Helsinek<sup>42</sup> jak również zawarte w szeregu dwustronnych i wielostronnych umów pomiędzy Rosją i Ukrainą. Na mocy podpisanego w 1994 r. Memorandum Budapeszteńskiego o Gwarancjach Bezpieczeństwa<sup>43</sup> Stany

<sup>37</sup> 1) «Вы за воссоединение Крыма с Россией на правах субъекта Российской Федерации?»; 2) «Вы за восстановление действия Конституции Республики Крым 1992 года и за статус Крыма как части Украины?», <http://crimea.ria.ru/politics/20160306/1103593530.html> (2016-07-08).

<sup>38</sup> Конституция Республики Крым (Принята седьмой сессией Верховного Совета Крыма 6 мая 1992 года), Статья 9: „Республика Крым входит в государство Украина и определяет с ней свои отношения на основе договора и соглашений”, <http://zakon2.rada.gov.ua/krym/show/rb076a002-92> (2016-07-12).

<sup>39</sup> Закон Республики Крым, О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Крым, (ВВСК, 1993 г., N 1, ст. 10), <http://zakon2.rada.gov.ua/krym/show/rb076a002-92> (2016-07-02); patrz także: Ch. Marxsen, *The Crime Crisis...*, op. cit, s. 381.

<sup>40</sup> Patrz np. wypowiedź przywódcy Tatarów Krymskich Refata Chubarova na temat bojkotu wyników referendum ogólnokrymskiego, <http://www.unpo.org/article/16920> (2016-07-26).

<sup>41</sup> Art. 2 ust. 4 Karty Narodów Zjednoczonych: Wszyscy członkowie powstrzymają się w swych stosunkach międzynarodowych od stosowania groźby lub użycia siły przeciwko całości terytorialnej lub niepodległości któregokolwiek państwa”, Dz.U. 1947 nr 23 poz. 90.

<sup>42</sup> Helsinki Final Act (1975), Part 1 (a) “Declaration on Principles Guiding Relations between Participating States”, Principle III (Inviolability of Frontiers); Principle IV (Territorial Integrity of States), <http://www.osce.org/helsinki-final-act> (2016-07-12).

<sup>43</sup> Budapest Memorandums on Security Assurances, 1994, <http://www.cfr.org/nonproliferation-arms-control-and-disarmament/budapest-memorandums-security-assurances-1994/p32484> (2016-07-10).

Zjednoczone, Rosja i Wielka Brytania zobowiązały się do respektowania suwerenności i integralności terytorialnej Ukrainy oraz powstrzymania się od wszelkich gróźb użycia siły przeciwko jej niepodległości i integralności terytorialnej, w celu umożliwienia Ukrainie przystąpienia do układu o nierozprzestrzenianiu broni jądrowej<sup>44</sup>. Państwa te zobowiązały się także, w razie agresji przeciwko Ukrainie, do zwrócenia się natychmiast o podjęcie działań przez Radę Bezpieczeństwa w celu zapewnienia pomocy.

Traktat z 1997 r. o przyjaźni, współpracy i partnerstwie między Ukrainą i Rosją potwierdził nienaruszalność granicy między oboma państwami oraz – pod warunkiem, że obie strony „będą budować wzajemne relacje w oparciu o zasadę wzajemnego szacunku i ich suwerennej równości, integralności terytorialnej, nienaruszalności granic, pokojowego rozwiązywania sporów bez użycia siły lub groźby jej użycia, w tym środków ekonomicznych i innych nacisków, prawa narodów do swobodnego określenia ich losu, nieingerencji w sprawy wewnętrzne, przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności, współpracy między państwami – sumiennej realizacji podjętych zobowiązań międzynarodowych, jak również innych powszechnie uznanych norm prawa międzynarodowego<sup>45</sup>.

Istotną podstawę zobowiązań prawnych między Rosją i Ukrainą stanowi ponadto porozumienie o statusie Floty Czarnomorskiej (SOFA) z 1997 r.<sup>46</sup> Po uzgodnieniu o podziale floty czarnomorskiej w 1995 r.<sup>47</sup>, na mocy którego Rosja uzyskała 81,70% statków a Ukraina pozostałe 18,30%, Ukraina zgodziła się wydzierżawić Rosji krymskie obiekty morskie na dwadzieścia lat. Umowa ta została przedłużona w 2010 r. do 2042 r. przez tzw. umowy charkowskie<sup>48</sup>, w zamian za co Rosja zobowiązała się do dostarczania Ukrainie ze zniżkami gazu ziemnego. Porozumienie to pozwala wojsku rosyjskiemu na obecność na Krymie, ale ogranicza operacje do uzgodnionej skali i nie dopuszcza powszechnej obecności publicznej wojsk rosyjskich na Krymie<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Układ o nierozprzestrzenianiu broni jądrowej, sporządzony w Moskwie, Waszyngtonie i Londynie dnia 1 lipca 1968 r., Dz. U. z 1970 r. Nr 8, poz. 60.

<sup>45</sup> Договор о дружбе, сотрудничестве и партнерстве между Российской Федерацией и Украиной, Киев, 31 мая 1997 г., Статья 3, <http://sevkrimrus.narod.ru/ZAKON/1997god.htm> (2016-07-10).

<sup>46</sup> Соглашение между Российской Федерацией и Украиной о статусе и условиях пребывания Черноморского флота Российской Федерации на территории Украины, ратифицировано Законом Украины № 547-XIV (547-14) от 24.03.99, <http://flot2017.com/file/show/normativeDocuments/579> (2016-07-12).

<sup>47</sup> Угода між Україною та Російською Федерацією щодо Чорноморського флоту (укр/рос), Дата підписання: 09.06.1995, Дата набуття чинності: 09.06.1995, [http://zakon1.rada.gov.ua/rada/show/643\\_082](http://zakon1.rada.gov.ua/rada/show/643_082) (2016-07-12).

<sup>48</sup> Федеральный закон от 2 апреля 2014 г. N 38-ФЗ „ О прекращении действия соглашений, касающихся пребывания Черноморского флота Российской Федерации на территории Украины”, Принят Государственной Думой 31 марта 2014 года, Одобрен Советом Федерации 1 апреля 2014 года, <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&firstDoc=1&lastDoc=1&nd=102348703> (2016-07-12).

<sup>49</sup> N. A. Kryukov, *Evolution of Russian-Ukrainian Relations: The Legal Status of the Black Sea Fleet*, in: *Military Thought* 15 (2006), 120

#### 4. Prawnomiędzynarodowe konsekwencje nowego statusu Krymu

Tuż po ogłoszeniu niepodległości Krymu, lokalny parlament zdecydował o nacjonalizacji Czornomornaftohaz, spółki zależnej narodowej ukraińskiej spółki Naftohaz Ukrainy, w tym jej prawo szelfu kontynentalnego Morza Czarnego i wyłącznej strefy ekonomicznej<sup>50</sup>. Pod znakiem zapytania stanęły ponadto porozumienia naftowe podpisane przez koncerny naftowe z ukraińskim rządem, który po utracie jurysdykcji w wyłącznej strefie ekonomicznej na Morzu Czarnym na rzecz Rosji nie posiada *de facto* kontroli nad przyznanym tym koncernom prawami<sup>51</sup>. Redefinicja granic terytorialnych na Morzu Czarnym i Morzu Azowskim między Ukrainą a Rosją zgodnie z międzynarodowymi zasadami prawa morskiego oraz Konwencją ONZ o prawie morza<sup>52</sup>, której zarówno Rosja jak i Ukraina są stronami, praktycznie uniemożliwiłaby Ukrainie dostęp do Morza Czarnego. Ukrainie pozostałby mały obszar południowo-wschodniego wybrzeża od punktu północnego na Krymie aż do ujścia Dunaju i niewielka część Morza Azowskiego, bez dostępu do Cieśniny Kerczeńskiej. Ponadto Ukraina nie byłaby w stanie uzyskać dostępu do otwartego morza w inny sposób niż poprzez wody znajdujące się pod jurysdykcją Rumunii lub Rosji<sup>53</sup>.

Niezależnie od kwestii zasadności roszczeń Rosji wobec Krymu, redefinicja granic na Morzu Czarnym mogłaby wpłynąć bezpośrednio nie tylko na Ukrainę, lecz także na Rumunię. Rumunia zawarła z Ukrainą Traktat o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, który obowiązuje od 22 października 1997 r<sup>54</sup>. Ustanawiając zasadę nienaruszalności granic, dwustronny traktat stanowi, że strony uzgodnią reżim graniczny w oparciu o traktat oraz dokonają rozgraniczenia szelfu kontynentalnego i wyłącznej strefy ekonomicznej<sup>55</sup>. Brak jednak w tym traktacie konkretnego odniesienia do złóż na Morzu Czarnym<sup>56</sup>. Rumunia i Ukraina zawarły ponadto Traktat między Rumunią a Ukrainą w sprawie reżimu granic państwowych, współpracy i wzajemnej pomocy w sprawach granicznych, który wszedł w życie z dniem 27 maja 2004 r<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> <http://www.kyivpost.com/article/content/company-news/ukrainian-offshore-oil-and-gas-producer-is-under-us-sanctions-345718.html?flavour=mobile> (2016-07-09).

<sup>51</sup> Szerzej nt. umów naftowych: J. Osiejewicz, *Lex petrolea jako autonomiczny reżim prawny prawa międzynarodowego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, vol. 77, nr 4 (2015), s. 133-145, <http://pressto.amu.edu.pl/index.php/rpeis/article/view/4279/4348> (2016-07-26).

<sup>52</sup> Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzona w Montego Bay dnia 10 grudnia 1982 r., Dz. U. z dnia 20 maja 2002 r.

<sup>53</sup> L. Pachiu, R. Dudău, *The Ukraine Crisis: Legal and Energy Security Impact in the Black Sea Basin*, May 2014, s. 13, [http://www.enpg.ro/shared/images/publicatii/79/Pachiu-Dudau\\_Crimea%20legal%20status\\_Black%20Sea%20EEZ.pdf](http://www.enpg.ro/shared/images/publicatii/79/Pachiu-Dudau_Crimea%20legal%20status_Black%20Sea%20EEZ.pdf) (2016-7-10).

<sup>54</sup> Договір про відносини добросусідства і співробітництва між Україною та Румунією (Договір ратифіковано Законом N 474/97-ВР від 17.07.97), [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/642\\_003](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/642_003) (2016-07-10).

<sup>55</sup> *ibidem*, Стаття 2.

<sup>56</sup> Nt. konsekwencji braku regulacji delimitacyjnych: J. Osiejewicz, *Delimitacja własności ropy naftowej w prawie międzynarodowym*, w: P. Kwiatkiewicz, R. Szczerbowski (red.), *Bezpieczeństwo energetyczne – rynki surowców i energii. Energetyka w czasach politycznej niestabilności*, Poznań 2015, s. 661-677.

<sup>57</sup> Договір між Україною та Румунією про режим українсько-румунського державного кордону, співробітництво та взаємну допомогу з прикордонних питань (Договір ратифіковано Законом N 1714-IV (1714-15) від 12.05.2004, ВВР, 2004, N 35, ст.417), [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/642\\_022](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/642_022) (2016-07-10).

Artykuł 1 ustanawia kilka zasad, które mają być stosowane przez strony w delimitacji szelfu kontynentalnego i wyłącznej strefy ekonomicznej. Jedyny warunek odnoszący się do kwestii złóż formuje artykuł 18, który stanowi, że operacje poszukiwania i produkcji mogą być prowadzone do maksymalnie 20 metrów od granicy państwowej, o ile strony nie postanowią inaczej<sup>58</sup>. Negocjacje w sprawie rozgraniczenia szelfu kontynentalnego i wyłącznej strefy ekonomicznej na Morzu Czarnym (w tym określenie statusu Wyspy Węży<sup>59</sup>) przedłużały się, co doprowadziło do oddania sprawy przez Rumunię (za zgodą Ukrainy) pod jurysdykcję Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości<sup>60</sup>. W dniu 3 lutego 2009 r. MTS wydał orzeczenie w sprawie delimitacji linii granicznych<sup>61</sup>, w następstwie którego Rumunia zawarła liczne umowy naftowe dotyczące koncesji na działalność poszukiwawczo-wydobywczą do granicy jej szelfu kontynentalnego i wyłącznej strefy ekonomicznej (Pelikan, Muridava, Cobalcescu, Rapsodia, Trident i Neptun<sup>62</sup>).

Po aneksji Krymu przez Rosję, Federacja Rosyjska ma *de facto* wspólną granicę z Rumunią na Morzu Czarnym, co teoretycznie otwiera Rosji drogę do zgłaszania roszczeń z tym związanych. Mimo że zgodnie z postanowieniami Traktatu o inkorporacji Półwyspu Krymskiego do Federacji Rosyjskiej z 18 marca 2014 r.<sup>63</sup> Rosja zobowiązała się do stosowania prawa międzynarodowego dotyczącego granic morskich na Morzu Czarnym i Morzu Azowskim<sup>64</sup>, hipotetycznie mogłaby podnieść, że dokumenty międzynarodowe podpisane przez władze ukraińskie w przeszłości, a zwłaszcza te, które dotyczą przynależności Krymu do Ukrainy (takie jak regulujące przebieg granic lub morza terytorialnego) nie są dla niej wiążące. Rosja hipotetycznie mogłaby oświadczyć, że nie uznaje się za następcę dwustronnego Traktatu zawartego między Rumunią a Ukrainą w 2004 r.<sup>65</sup> lub że nie uznaje prawomocnego orzeczenia MTS w sprawie Rumunii przeciwko Ukrainie w zakresie dotyczącym z terytorium Krymu.

W takim przypadku należałoby rozważyć kwestię sukcesji państwa w odniesieniu do traktatów, a w szczególności naturę prawną oraz skutki przedmiotowego orzeczenia MTS. Ani Rosja, ani Rumunia nie są jednak stronami konwencji wiedeńskiej

<sup>58</sup> Ibidem, Statтя 18: „Дослідницькі та експлуатаційні роботи щодо надр можуть здійснюватися не ближче ніж за 20 метрів до лінії державного кордону, якщо Договірні Сторони не домовляться про інше.”

<sup>59</sup> Obszernie w tej kwestii: Ł. Donaj, Spór Ukraińsko-Rumuński o Wyspę Wężową. Zarys problemu – wraz z wyrokiem Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości ONZ w Hadze z 3 lutego 2009 roku, Історичний архів. Наукові студії, nr 10/2013, s. 103–113.

<sup>60</sup> Dalej jako : MTS.

<sup>61</sup> L. Pachiu, R. Dudău, *The Ukraine...*, op. cit., s. 15.

<sup>62</sup> Black Sea – offshore operations CMS Cameron McKenna SCA Constanta, 15 October 2014 [http://www.petroleumclub.ro/downloads/blacksea/2014/Loredana\\_Mihailescu-CMS\\_Cameron\\_McKenna.pdf?](http://www.petroleumclub.ro/downloads/blacksea/2014/Loredana_Mihailescu-CMS_Cameron_McKenna.pdf?) (2016–07–12).

<sup>63</sup> Договор между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов, <http://kremlin.ru/events/president/news/20605> (2016–07–10).

<sup>64</sup> Ibidem, Statтя 4 (3): “Разграничение морских пространств Черного и Азовского морей осуществляется на основе международных договоров Российской Федерации, норм и принципов международного права”.

<sup>65</sup> BVP, 2004, N 35, ст.417, op. cit.

z 1978 r. o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów<sup>66</sup>. Oznacza to, że w odniesieniu do sukcesji praw i obowiązków Ukrainy wobec Rumunii w sprawach dotyczących morza terytorialnego stosować należy zwyczajowe prawo międzynarodowe. W przedmiotowym przypadku należałoby zastosować zasadę *tabula rasa in succession* (na korzyść Rosji) albo zasadę ciągłości (na korzyść Rumunii). Ponieważ jednak zasady prawa międzynarodowego nie pozwalają na przedłużenie efektów sukcesji w odniesieniu do traktatów granicznych lub korzystania z niektórych terytoriów<sup>67</sup>, reżim graniczny ustanowiony na mocy traktatów zawartych między Rumunią a Ukrainą musi pozostać nienaruszony.

Warto byłoby ponadto rozważyć kwestię związania Rosji przedmiotowym orzeczeniem MTS w odniesieniu do rozgraniczenia szelfu kontynentalnego i wyłącznej strefy ekonomicznej na Morzu Czarnym między Rumunią a Ukrainą. Co do zasady, decyzje MTS są wiążące tylko dla tych stron, które zgadzają się rozstrzygnąć przed nim dany spór. Porozumienie osiągnięte przez Rumunię i Ukrainę w następstwie orzeczenia MTS powinno więc być uznane za element międzynarodowego prawa zwyczajowego. Zgodnie z Konwencją wiedeńską o prawie traktatów<sup>68</sup>, „traktat” oznacza międzynarodowe porozumienie między państwami, zawarte w formie pisemnej i regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy jest ujęte w jednym dokumencie, czy w dwóch lub więcej dokumentach, i bez względu na jego szczególną nazwę<sup>69</sup>. Orzeczenie MTS jako takie nie mieści się wprost w powyższej definicji „traktatu”. Jednak w tym konkretnym przypadku zostało ono wydane na mocy umów dwustronnych zawartych między dwoma państwami i z tej perspektywy może być traktowane jako część porozumienia zawartego w kilku dokumentach, tworząc wraz z nimi traktat w rozumieniu konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów i konwencji wiedeńskiej o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów. Zgodnie z taką interpretacją, Rosja i Rumunia powinny być zobowiązane do przestrzegania granic terytorialnych na Morzu Czarnym uzgodnionych między Ukrainą a Rumunią, na mocy *ius cogens* i zgodnie z artykułami 31, 34 i, odpowiednio, 11 i 12 konwencji wiedeńskiej o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów. Należy jednak uwzględnić, że zarówno Rosja jak i Rumunia nie są stronami żadnej z powyższych konwencji wiedeńskich, co nie czyni skutecznymi definicji w nich zawartych a dotyczących orzeczeń MTS w sprawie granicy między Rumunią a Ukrainą, chyba że te dwa traktaty – czyli odpowiednio, orzeczenia MTS – zostaną potraktowane jako część międzynarodowego prawa zwyczajowego.

Jeżeli natomiast uznać, że w przedmiotowym przypadku wykładnia orzeczenia MTS nie może być traktowana jako część porozumienia zawartego w kilku dokumentach, tworząc wraz z nimi traktat w rozumieniu KWPT i KWSP dotyczący reżimu granicznego, ani jako część międzynarodowego prawa zwyczajowego, należy

<sup>66</sup> Vienna Convention of 1978 on State Succession to Treaties, Done at Vienna on 23 August 1978. Entered into force on 6 November 1996, United Nations, Treaty Series, vol. 1946, p. 3. Dalej jako: KWSP.

<sup>67</sup> *ibidem*, Art. 11 i 12.

<sup>68</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties concluded at Vienna on 23 May 1969, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf> (2016-07-10). Dalej jako: KWPT.

<sup>69</sup> *Ibidem*, Art. 2 pkt 1 a). Analogiczną definicję zawiera art. 2 pkt 1 a) Konwencji wiedeńskiej o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów, *op. cit.*

rozważyć czy istniałyby podstawy do wszczęcia postępowania rewizyjnego od wyroku MTS, zgodnie z postanowieniami art. 61 Statutu MTS<sup>70</sup>. Mimo że Statut MTS ustanawia w art. 60 zasadę powagi rzeczy osądzonej, art. 61 przewiduje rewizję orzeczenia, gdy opiera się ono „na odkryciu faktu, który, w chwili wydania wyroku, był nieznan ani Trybunałowi, ani stronie, żądającej rewizji, a mógł mieć wpływ decydujący, zawsze z zastrzeżeniem, że niewiadomość ta nie była zawiniona skutkiem niedbalstwa”. Jednakże, przy zastosowaniu jakiegokolwiek rozsądnej interpretacji, secesja i aneksja Krymu do Federacji Rosyjskiej nie mogą zostać uznane za „odkrycie faktu”<sup>71</sup>, co czyniłoby żądanie rewizji bezprzedmiotowym.

## 5. Wnioski

Stosunek Rosji do Tatarów Krymskich obrazuje w pełni wyrok Najwyższego Sądu Krymu, który w dniu 26 kwietnia 2016 r. zaspokoił roszczenie prokuratora republiki Natalii Pokłonskiej dotyczące zakazania działalności Medżlisu Tatarów Krymskich, uznając tę organizację za ekstremistyczną i zakazując jego działalności na terytorium Rosji<sup>72</sup>. Proces w sprawie likwidacji poprzedziły aresztowania kilkunastu Tatarów, którym zarzucono związki z Partią Odrodzenia Islamskiego (*Hizb-at-Tahrir al-Islami*)<sup>73</sup>. Działania te w pełni potwierdzają tezę o wieloletniej, konsekwentnej polityce Rosji polegającej na najpierw wyniszczaniu rdzennego narodu krymskiego, a następnie jego marginalizowaniu tak, aby rdzenną ludność w jak największym zakresie zastąpić „sprzymierzeńcami”. Terytorium bez narodu związanego z nim kulturowo, historycznie, wreszcie emocjonalnie staje się łatwym celem aneksji.

Rzeczywistość prawdopodobnie sprowadza się do kwestii, która jednocześnie łączy i dzieli Rosję i Ukrainę, czyli do energetyki. Począwszy od 1970 r., Ukrainę zaczęły przecinać węzły gazociągów i ropociągów: uboga w energię Ukraińska Socjalistyczna Republika Radziecka miała być krajem tranzytowym, po zaspokojeniu jej potrzeb energetycznych. Po 1991 r. intencją Rosji było zachowanie dostępu do gazociągów Ukrainy w celu dalszego zaopatrywania zamożnej europejskiej klienteli i uzyskanie od Ukrainy jak najwyższych cen gazu ziemnego. Propozycja Rosji dotycząca wymiany długu gazowego Ukrainy wartego wiele miliardów dolarów w zamian za dostęp do ukraińskiej sieci gazociągów spotkała się jednak z odmową<sup>74</sup>. Do pierwszych poważnych sporów ekonomicznych doszło w marcu 2005 r. Z dniem 1 stycznia 2006 r. Rosja odcięła Ukrainie dopływ gazu, lecz trzy dni później, z powodu zimna, Kijów przystąpił do wstępnego porozumienia i zaopatrzenie zostało przywrócone. Począwszy

<sup>70</sup> Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, Dz.U. z 1947 r. nr 23 poz. 90 z późn. zm.

<sup>71</sup> Por. A. Zimmermann et. al, *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford 2012, s. 1731-1734.

<sup>72</sup> <http://112.ua/obshchestvo/sud-anneksirovannogo-kryma-zapretit-medzhlis-krymskotatarskogo-naroda-307780.html> (2016-07-26).

<sup>73</sup> <http://www.tvp.info/25067322/tatarzy-krymscy-utracili-autonomie-moskwa-zlikwidowala-medzhlis> (2016-07-26).

<sup>74</sup> <http://oilprice.com/Geopolitics/International/How-Will-Russias-Annexation-of-Crimea-Affect-Energy-Markets.html> (2016-07-09).



od października 2007 r. dochodziło nadal do spornych sytuacji dotyczących ukraińskich długów gazowych, które doprowadziły do zmniejszenia dostaw gazu w marcu 2008 r. W dacie referendum krymskiego niektórzy analitycy uważali, że motywacją kampanii Putina mogło być zapewnienie Gazpromowi kontrolowania krymskich aktywów energetycznych na Morzu Czarnym<sup>75</sup>.

Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób aneksja Krymu może wpływać zarówno na tranzyt, jak i czynniki rozwojowe dotyczące ropy i gazu. Biorąc pod uwagę obowiązek prawny nieuznawania żadnych zmian granic terytorialnych Ukrainy, oraz przestrzegania praw związanych z suwerennością terytorialną, Ukraina zachowuje *de iure* swoje istniejące wcześniej prawa morskie. Na gruncie orzeczenia MTS w sprawie delimitacji granic morskich między Rumunią a Ukrainą w regionie Morza Czarnego<sup>76</sup> nie powinno być wątpliwości co do praw Ukrainy po jej stronie linii granicznej<sup>77</sup>. Jednak, jak już wykazano, próby nabycia (przyłączenia) terytorium przez jedno państwo, nawet niezgodne z prawem, poprzez użycie siły, *de facto* wpływają na kształt granic terytorialnych innego, bezpośrednio zainteresowanego państwa poprzez ograniczenie jego zwierzchnictwa terytorialnego. Tak też jest w przedmiotowym przypadku.

Niech za podsumowanie posłużą słowa J. Klabbersa, lepsze od jakiegokolwiek innej puenty: *“Neither the advantages nor the disadvantages of self-determination are difficult to trace. Its main attraction is, no doubt, that it appeals to our senses of democracy and subsidiarity: government by and for the people”*<sup>78</sup>.

## Streszczenie

Referendum, będące instytucją prawa krajowego, bywa przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego publicznego wtedy, gdy – jak w przypadku referendum ogólnokrymskiego – wywiera skutki prawne nie tylko wewnątrz państwa, lecz również wpływa na jego sytuację międzynarodową. Celem niniejszych rozważań jest zbadanie, czy referendum ogólnokrymskie zostało przeprowadzone stosownie do funkcji, jakie referendum ma spełniać w demokracji oraz zgodnie z zasadami, jakie mają nim rządzić i jeśli tak, to co o tym zadecydowało, a jeśli nie, to jakie prawnomiędzynarodowe przesłanki umożliwiły wykorzystanie instytucji demokratycznej niezgodnie z jej celami oraz, jakie możliwe konsekwencje takie działanie za sobą pociągnie. Dla potrzeb artykułu przyjęto hipotezę, że wieloletnia manipulacja kształtem narodu krymskiego pozwoliła na doprowadzenie do zmian terytorialnych na Krymie, których naczelnym celem był dostęp do złóż surowców energetycznych. Dla realizacji celów artykułu niezbędne było odniesienie się

<sup>75</sup> <http://www.marinelink.com/news/ukraine-crimean-looted402347.aspx> (2016-07-12).

<sup>76</sup> *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)* (Judgment) [2009] ICJ Rep 61.

<sup>77</sup> [https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field\\_document/20140711UkraineLaw\\_0.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_document/20140711UkraineLaw_0.pdf)

<sup>78</sup> “Ani korzyści, ani wady samostanowienia nie są trudne do prześledzenia. Jego główną atrakcją jest bez wątpienia to, że przemawia ono do naszych zmysłów demokracji i pomocniczości: rząd przez i dla ludzi” (tłum. JO), J. Klabbers, *The Right to Be Taken Seriously: Self-Determination in International Law*, tekst dostępny pod adresem: <http://www.helsinki.fi/eci/Publications/Klabbers/JKYOGJA.pdf>, data dostępu 19.07.2016.

do tych zasad i instytucji prawa międzynarodowego, które dotyczą kształtowania bytu ustrojowego państwa i jego pozycji na arenie międzynarodowej: zasada samostanowienia narodów, suwerenność i jurysdykcja państwa. W toku rozważań przeanalizowano, z perspektywy prawnomiędzynarodowej, problematykę charakteru narodu krymskiego oraz zmian terytorialnych na Krymie.

**Słowa kluczowe:**

Referendum ogólnokrymskie, Tatarzy krymscy, ropa naftowa, gaz, samostanowienie, suwerenność, naród, terytorium

**The Crimean Referendum as an Instrument for Manipulation  
of International Law**

**Summary**

The referendum, which is an institution of national law, lies in the interest of public international law when – as in the case of the Crimea Referendum – it has legal impact not only within the country but also on the international situation. The purpose of this article is to examine whether the Crimea Referendum was conducted according to the function which the referendum is to meet in a democracy and in accordance with the principles that lie at its core and if so, what factors decided about that, and if not, what international law evidence enabled the use of a democratic institution in violation of its objectives and what are the possible consequences of this action. For the purposes of this article it was hypothesized that the long-term manipulation of the shape of the Crimean nation allowed to bring to the territorial changes in the Crimea, the general aim of which was to gain access to energy resources. For the realization of the objectives of the article, it was necessary to refer to the principles and institutions of international law, which relate to shaping the existence of a state and its position in the international arena: the principle of national self-determination, sovereignty and jurisdiction of the state. In the course of deliberations, there were analysed, from the perspective of international law, the character of the Crimean nation and the territorial changes in the Crimea.

**Keywords:**

Crimea Referendum, Crimean Tatars, oil, gas, self-determination, sovereignty, nation, territory

**Izabela Gawłowicz** – Doktor nauk prawnych w specjalności: prawo międzynarodowe publiczne. Koordynator ds. Współpracy Międzynarodowej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego. Członek Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego ILA oraz Stowarzyszenia Edukacji Społecznej i Prawnej Ius et Ratio.



**Joanna Osiejewicz** – Doktor nauk prawnych w zakresie prawa i doktor nauk humanistycznych w zakresie językoznawstwa stosowanego. Adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego. Wykonuje zawód adwokata oraz zawód tłumacza przysięgłego jęz. niemieckiego. Adwokat oraz tłumacz przysięgły języka niemieckiego.





**Cristina Hermida**

## **The consequences of the united kingdom's referendum on leaving the European Union**

The result of the referendum of June 23, 2016 on the exit of the United Kingdom from the European Union has been a severe blow at all levels to the European project. The fact that the UK placed itself at the margin of the European integration process (by rejecting freedom of movement, the Schengen Agreement, the Charter of Fundamental Rights, European citizenship, the single currency and the goal of an ever closer Union) cannot minimize the effects of a decision that risks to destabilize even more the European system.

Indeed, the UK referendum result indicates the necessity of an urgent reform of the European Union to achieve a strong and united Europe<sup>1</sup>. As the European Movement International said: "The reform is necessary to ensure that the European system will be up to the challenges of the World, to fill the democratic deficit, and to govern – in the general interest of its citizens – a Community composed by the States and the citizens that will subscribe to it and increasingly integrate according to the federal model. The reform of the Union is the only possibility to prevent or govern the potential willingness to leave the Union that will deepen the fragmentation of the Union ad within the Union.

After the British vote of the 23rd of June, the bell rings for a Union that is incapable of answering to the citizens' need and neglects the values of the rule of law. The bell tolls for the arrogance and ineffectiveness of the intergovernmental method as well as for the defects of the Community method"<sup>2</sup>.

In some form, the Brexit vote has reopened the old question as to whether the program devised by Altiero Spinelli should be implemented<sup>3</sup>: a Community of values based on a democratic, federal model and on solidarity. Once again, as in 1980 with the Crocodile Club, the initiative belongs to the European Parliament, which would have to elaborate and vote on a project for a new Community<sup>4</sup>. In order to distance

---

<sup>1</sup> "A strong Europe in a world of uncertainties", Jean-Marc Ayrault e Frank-Walter Steinmeier (<http://www.voltairenet.org/IMG/pdf/DokumentUE-2.pdf>). "After the UK vote, a renewed commitment to a political unity" (<http://www.federalists.eu/uef/news/after-theuk-vote-a-renewed-commitment-to-political-unity/>).

<sup>2</sup> "European Movement International: Statement on the UK Referendum outcome" (<http://europeanmovement.eu/news/european-movement-international-statement-on-the-uk-referendumoutcome/>).

<sup>3</sup> Altiero Spinelli (1907–1986) was an Italian political theorist and European federalist. Spinelli is referred to as one of the founding fathers of the European Union due to his co-authorship of the Ventotene Manifesto. This document dates from June 1941 and was kept secret at that time. In it, a number of proposals are made for achieving a European federation of states, whose first step would be the approximation of the states in such a manner to make a repetition of cruel warfare impossible. The manifest was kept secret until August 1943, at which date it was made public as the political program of the *Movimiento Federalista Europeo*, founded by Spinelli himself. Spinelli's work for Europe did not end there. Cofounder and participant of the famous "Crocodile Club", a group of politicians who advocated European federalism and the process of European integration, and whose name derived from the café where the group met. At his behest, the Parliament decided to create a commission to reform the institutions of the Community. His project was approved by Parliament with a wide majority in 1984, and was one of the bases for the Treaty of the European Union in 1992.

<sup>4</sup> This project – as result of a democratic compromise – should be proposed for approval to the Convention provided by Article 48 of the Lisbon Treaty. Within the Convention, each component (European Parliament, national Parliaments and Governments) will have to reach a qualified majority; eventually, European citizens – and not an intergovernmental Conference or a series of national referendum – should vote over the proposal

the public debate over the role of the European Union and its institutions from the exclusive domain of national political forces, and in order to foster the creation of a European public space, a reform of the election method of the European Parliament is an overriding priority<sup>5</sup>.

It is absolutely true, according to the Declaration from 5.07.2016 of the Italian European Movement, that a new signal of the EU disintegration has emerged from the UK's referendum that took place on the 23rd of June. "This disintegration has started almost ten years ago, and it's brought about by the Governments' and the EU institutions' inability to elaborate, adopt, and apply solutions to transnational problems.

Those problems lie:

- in the crisis that affects multicultural societies and inclusion policies,
- in the gap between those who have substantial incomes and revenues and those who undergo the consequences of the high unemployment rate and the devastation of the European social model,
- in the increasingly widespread organized crime,
- in the curse that terrorism represent and that is combined with the lack of the right to security for citizens,
- in the uncertainty of law and of fundamental rights, starting with equality and solidarity,
- in the inability of the Union to exercise a determinant role in the international framework,
- in the European democratic deficit at the supranational level. The deficit lies in the system's inability to guarantee essential commons to its citizens"<sup>6</sup>.

---

through a pan-European referendum joint with the European election of 2019 "After Brexit, the EU needs to organise a democratic Convention to become a real political union" (<http://www.spinelligroup.eu/article/time-prepare-convention-reform-eu-true-political-union>).

<sup>5</sup> A uniform electoral procedure should be implemented, allowing for a minimal number of members to be elected on the basis of a second ballot paper, identical in all Member States, to call European citizens to vote for European parties instead of political forces within their own State but. "Resolution of EP on the consequences from the result of the UK referendum to leave EU" (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=20160628&secondRef=TOC&language=en>).

<sup>6</sup> The Italian European Movement presented a Declaration from 5.07.2016, under the title: "AFTER THE UK'S EU REFERENDUM EUROPE SHOULD RESTART FROM ALTIERO SPINELLI'S DREAM. IT'S BETTER TO LIGHT A CANDLE THAN TO CURSE THE DARKNESS THE VENTOTENE MANIFEST IS OUR CANDLE. This text is an extract from this Declaration that propounds the postulates of the Ventotene Manifesto. This text was written by Altiero Spinelli and Ernesto Rossi, while prisoners on the Italian island on Ventotene in 1941. The Manifesto encouraged a federation of European states, which was meant to keep the countries of Europe close, thus preventing war. Spinelli and Rossi identified the supremacy of the sovereign state as the root of the rise of militaristic authoritarianism in Europe. Creating a union of states, thus avoiding an inevitably violent competition for predominance, was in their view the key solution to preventing further destruction in the continent. The Ventotene Manifesto is therefore a key text in the development of an idea of Europe as a tool for building peace.

## **Bewilderment after the Brexit vote in the United Kingdom**

It is ironic that Oliver Healy, a proponent of the United Kingdom leaving the EU, should be the one who started a petition drive—one that has been signed by more than four million people—to demand that the Parliament debate the referendum. In fact, he thought that another vote would be needed, given that the option to 'Remain' would win in the referendum, such that one would need to mobilize people to achieve the opposite result. He did not count on 17 million people voting in favor of leaving the EU, convinced by the idea that they could thereby control immigration and thus improve the economic and social situation of the country.

Adding to this picaresque scenario was the chain of immediate resignations of the protagonists arguing for the referendum and Brexit, which not only caused frustration and uncertainty among the British but also symbolized a loss of leadership that could complicate the future steps of negotiation. If the United Kingdom wants to recover its national sovereignty by leaving the European Union, it is imperative to know who the persons are that will take charge and ensure that this proclamation will lead to the desired effects.

I have no doubt that many people watching this grotesque political scene, driven by recent events, would now vote to 'Remain' if the referendum were repeated, primarily because they have seen that electoral promises were illusory, unrealistic, and played to the feelings of people without adhering to a rational basis. An example of this can be seen in the declarations of Nigel Farage, after the results of the referendum came in, when he disavowed the claim that Brexit would inject new funds into the British National Health Service, making it clear that he had earlier been engaging in demagoguery. Charlatany helped win the referendum, and the worst of it is that the charlatans exited the forum after winning the referendum. The magic words were promising absolute control over immigration and complete Access to the common market. Nothing was said, in contrast, of the facts that leaving Europe would lead to an immediate devaluation of their currency, less buying power, loss the European health insurance card, etc<sup>7</sup>.

## **The changing of the guard of David Cameron**

After the Brexit vote, we witnessed a rapid-moving battle to replace David Cameron among the Tory ranks. Andrea Leadsom, secretary of Energy, much to her regret had to cede the leadership position to Theresa May, who had sided with the 'Remain' option during the Brexit campaign, which fact Ms. Leadsom had used as an argument against May. The great mistake Leadsom made was to argue that she was a mother, while May was not, and that as such she was better qualified to be prime minister. These unfortunate statements in an interview in *The Times* caused the opposite effect to the one intended for Leadsom, since such low and sexist comments

<sup>7</sup> C. HERMIDA DEL LLANO, Los cantos de sirena del Brexit, *El Imparcial*, <http://www.elimparcial.es/noticia.asp?ref=166905>

encouraged the Tories to vote decisively for May.

Following the resignation of David Cameron, May has become the second female prime minister of the UK, after Margaret Thatcher led the government from 1979 to 1990. We have before us a woman with considerable experience given that she has been the Interior minister since 2010 and the minister for Women and Equality until 2012. Thus it is no wonder that she lets no doubts about her leadership be sown, highlighting in her first speech that she would ensure that the Brexit will be successful and that there would be no going back on the United Kingdom leaving the EU. At the same time, as the good manager that she is, she made it clear that she would not set in motion Article 50 of the European Union treaty, necessary for initiating the process of leaving the EU, until the end of the year, so that one would be able to define the position of the United Kingdom with utmost calm for future negotiations.

Ms. May will have to act with prudence when setting the foundations for the rupture with the EU, keeping in mind the existing internal tensions throughout the territory of the United Kingdom and the contagion effect the referendum might have in other countries<sup>8</sup>.

As the Italian European Movement said: "Euroscpticism was born in the UK – where, between the two World Wars, the federalist culture that has inspired the Ventotene Manifesto developed –, it has crossed the English Channel, and has transformed into euro-hostile movements in almost all Member States. They represent a minority, but the grip that they exercise on public opinions has been supported by the deplorable campaigns that national leaders have promoted against the "arrogant and distant European bureaucracy". The growth of these movements is not the cause but the effect of the EU crisis. (...)

In both peripheral and central States, the gap between the leaders and public opinions has become wider. This has created the conditions for the birth of movements grounded in fear (precisely, on the fear of "the other", namely, xenophobia), while there was no strong European mobilization for a real change in the EU policies and for a more democratic and federal Union and political parties didn't play the role that the Treaty has assigned to them to shape a European political conscience"<sup>9</sup>.

It is to be hoped that British Euroskepticism has as its antidote the very own disenchantment that the referendum result has produced in many subjects of the United Kingdom and the rise of the nationalisms nurtured by populist parties of the extreme right who weave their messages with xenophobic and radical forces. In any event, the outcome of the referendum opens unpredictable scenarios<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> C. HERMIDA DEL LLANO, La nueva Dama de Hierro, *El Imparcial*, <http://www.elimparcial.es/noticia.asp?ref=167164>

<sup>9</sup> Declaration of the Italian European Movement from 5.07.2016, under the title: "AFTER THE UK'S EU REFERENDUM EUROPE SHOULD RESTART FROM ALTIERO SPINELLI'S DREAM. IT'S BETTER TO LIGHT A CANDLE THAN TO CURSE THE DARKNESS THE VENTOTENE MANIFEST IS OUR CANDLE.

<sup>10</sup> "Brexit: what happens next", Bruegel (<http://www.voltairenet.org/IMG/pdf/DokumentUE-2.pdf>).



### **The case of Holland, Scotland or Northern Ireland**

As of now, 54% of the citizens of Holland are in favor of a Brexit referendum, which is deliberately and opportunistically being utilized by the xenophobic leader Geert Wilders for his campaign for Holland to break with the EU in the next elections scheduled for March 15, 2017. Fortunately, according to opinion polls, only 48% of the voters would vote to leave the EU, realizing that Germany is its most important trading partner and that Holland is not at all comparable to the United Kingdom.

For their part, both Northern Ireland and Scotland maintain that their future lies within the EU, and thereby delegitimize the referendum result, based on no less than 48% that did not support the withdrawal of the United Kingdom from the EU. More than a "large minority", one ought to recognize that nearly half of the population did not support Brexit, with most of these votes coming from people younger than 35 years that do not want to have their futures predicated by the incorrect decision of older voters. It is significant that – according to the analysis of the vote – many young British citizens consider their future to be in the European Union.

One of the consequences of the departure of the United Kingdom from the EU is that Scotland could plan a second referendum on independence, even if now is not the best moment strategically. The Scottish First Minister from the Scottish National Party, Nicola Sturgeon, clearly sees that withdrawal implies isolation and breaking with the joint Project of prosperity and social justice at the European level. It was Scotland who two years ago decided by a margin of 10 points to remain part of the United Kingdom, thinking that this meant that the UK would remain a member of the Union. The fact that Scotland and Northern Ireland are pro European Union and do not want to be part of a country that is not a full member, can cause serious problems to the new Iron Lady.

### **Short-term objectives for the European Union after the Brexit referendum**

The ideal manner of combating the UK's referendum result is a joint response from the European Union as:

- "in the realization, in the short term, of common European immigration policies (in particular, with regard to the European management of external borders, the creation of a European Asylum Agency, the revision of the Dublin-III Regulation, the opening of humanitarian and legal routes together with a real cooperative development policy)<sup>11</sup>; of the completion of EMU, with a change in the economic and financial policy, to put an end to unilateral austerity policies and to create a European public debt without supporting national debts; of the revision of the EU budget to guarantee European commons; of investments for the sustainable

<sup>11</sup> "Migration Compact – Contribution to an EU strategy for external action on migration" ([http://www.governo.it/sites/governo.it/files/immigrazione\\_0.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/immigrazione_0.pdf)).  
Appeal "Without a humane migration policy and a federal Europe there is no future" (<http://europainmovimento.eu/mobilizzazioni/appeal-without-a-humane-migration-policy-and-a-federal-europethere-is-no-future.html>)

development; of the full-employment goal; of a deeply European foreign and security policy; of the fight against terrorism and organized crime through the institution of a federal Public Prosecutor's Office and Agency.

- in the relaunch of the "European construction yard" to foster an in-depth and ambitious reform of the European system"<sup>12</sup>.

The Italian European Movement alert that if common Institutions and Governments will not promptly define and adopt a solution, guaranteeing the achievement of the Union's objectives, instability could paralyze the European system. Furthermore, a dangerous emulative-mechanism could be triggered, as it has become clear following the announcement of the Hungarian referendum on immigration to be held on the 2nd of October and the declarations made by the Slovakian Prime Minister and current President of the Council of the European Union.

The EU-UK negotiations should be handled by the Commission and that the latter should work together with the European Parliament – that has to approve the final agreement –, to ensure a democratic control, the defense of the European interests and the indispensable transparency.

I believe, coinciding with the European Movement International, that – in the aftermath of the UK referendum held on the 23rd of June – different actions should be simultaneously implemented.

The first action regards Article 50 of the Lisbon Treaty.

The European Union should act in compliance with its values (human dignity, freedom, democracy, equality, rule of law, human rights including minorities' rights) as prescribed by Article 2 of the Lisbon Treaty. It should also act in compliance with its objectives, particularly with regard to the freedom of movement, full employment, social progress and social dialogue, the fight against social exclusion and discrimination, the role of the European Court of Justice in the protection of the fundamental rights affirmed in the EU Charter.

European institutions should take the necessary means, departing from the awareness that Member States – such as the UK – that have been part of the Community and of the Union for more than forty years cannot be considered as a "third Country". The rights already acquired by the citizens of those States and by the European citizens that live there should be guaranteed. One Member State's right to leave the Union raises once again questions with regard to the governance of the European differentiate integration between the States that accept all the consequences of shared sovereignty – including the goal of an ever closer Union – and the States that declared their unwillingness or inability to accept those consequences and goals.

If we reform the Treaties to create a federal Community – irreversible in nature – Article 50 should be eliminated.

It is also important as action too that the EU budget contribute to guarantee full employment, social and territorial cohesion, and sustainable development using the

<sup>12</sup> Vid. Declaration of the Italian European Movement from 5.07.2016, under the title: "AFTER THE UK'S EU REFERENDUM EUROPE SHOULD RESTART FROM ALTIERO SPINELLI'S DREAM. IT'S BETTER TO LIGHT A CANDLE THAN TO CURSE THE DARKNESS THE VENTOTENE MANIFEST IS OUR CANDLE.

financial tools available to the European Union<sup>13</sup>. We need the activation of a European mechanism to fight unemployment – especially youth unemployment – and poverty, even through European elements of a basic income, to fight the severe deprivation that affects more than sixty million Europeans.

We cannot ignore that the dialogue between the European Parliament and the national Parliaments on the multiannual financial perspectives represents an important chance to develop European democracy in accordance with the double-sided principle “no taxation without representation” and “no representation without taxation”.

This entails that the European Parliament and the Commission should agree on a budget proposal that guarantees the three objectives that are essential to complete the EMU: stabilization, redistribution, and allocation<sup>14</sup>.

One of the other short-term objectives is to take a position on the urgent need to guarantee the current status of the three million European immigrants in the United Kingdom.

The fight against terrorism and the reform of immigration have been political priorities for May in the past and it is probable that both these aspects will form part of the nucleus of her leadership.

Already in 2002 she became the first president of the conservative group and she is remembered because she warned the Tories that they were considered members of a “nasty party” because of their intolerance of minorities. The topic of minority rights should be a key question, from this point on, to achieve a true integration of the different population groups that reside in the United Kingdom and do not feel that they are on the same footing as the nationalized citizens. The European Union was applying pressure to see whether these deficiencies could be corrected, and now, in a paradoxical manner, it remains to be seen whether the United Kingdom can preserve European values after withdrawing from the organization.

As the North American essayist Scarry put it, “one could say that on one side are those that support a framework of cosmopolitan generosity that entrusts to the population the mission of “imagining”, both spontaneously and generously, other people, and doing such as a matter of course; on the other side are those that try to resolve the problem of human ‘differences’ through constitutional design: they attempt to radically eliminate the structurally unfavorable position of ‘foreignness’<sup>15</sup>.

From my point of view, we need the two perspectives to resolve the issue affecting so many persons in Europe and, therefore, one should not consider the two to be mutually exclusive, but rather complementary perspectives.

<sup>13</sup> “A Shared European Policy Strategy for Growth, Jobs, and Stability” ([http://www.governo.it/sites/governo.it/files/ASharedPolicyStrategy\\_20160222.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/ASharedPolicyStrategy_20160222.pdf))

<sup>14</sup> Vid. Declaration of the Italian European Movement from 5.07.2016, under the title: “AFTER THE UK’S EU REFERENDUM EUROPE SHOULD RESTART FROM ALTIERO SPINELLI’S DREAM. IT’S BETTER TO LIGHT A CANDLE THAN TO CURSE THE DARKNESS THE VENTOTENE MANIFEST IS OUR CANDLE.

<sup>15</sup> E. SCARRY, “La dificultad de imaginar a otras gentes”, in NUSSBAUM, MARTHA C.: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, Paidós, Barcelona, 1ª ed. 1999, cit. by ed. 2013, p. 129.

## Pointless concessions to the United Kingdom from the EU

The Court of Luxembourg recently decided to side with the British government against the European Commission, giving the British government the right to deny social aid to citizens from other countries of the European Union that do not have the right to reside in the United Kingdom<sup>16</sup>.

Child benefit and child tax credit are cash benefits funded from taxation and not from recipients' contributions and have the objective to help cover family expenses. Under United Kingdom legislation, the claimant must be in the United Kingdom in order to be eligible for those benefits. That condition is met only if the claimant (a) is physically in the UK, (b) is ordinarily resident in the UK and (c) has a right to reside in that country.

The UK, which relies on the judgment in *Brey*<sup>17</sup>, maintains that the host State may lawfully require that social benefits be granted only to Union citizens who fulfill the conditions for possessing a right to reside in its territory, conditions which are, essentially, laid down in an EU directive.<sup>18</sup> Furthermore, while acknowledging that the conditions conferring entitlement to the social benefits at issue are more easily satisfied by its own nationals (as they have, by definition, a right of residence), the UK maintains that in each case the condition requiring a right of residence is a proportionate measure for ensuring that the benefits are paid to persons sufficiently integrated in the UK.

From my point of view, the decision tried to ameliorate the tension between the European Executive and the United Kingdom, with the aim of denying the proponents of Brexit the opportunity to mobilize against what they would consider another intrusion into national sovereignty, but at the cost of the principle of equal protection, which I believe should prevail. Indeed, the decision literally recognizes the discriminatory character of the measure being adopted: "the condition requiring a right to reside in the UK gives rise to unequal treatment because UK nationals can satisfy it more easily than nationals of the other Member States". However, the Court considers that "this difference in treatment can be justified by a legitimate objective such as the need to protect the finances of the host Member State, provided that it does not go beyond what is necessary to attain that objective", thus putting the criterion of functionality and the proportionality between means and ends first.

Even though the suit of the Commission claimed that the United Kingdom was violating the principle of equality in the area of social security, because the regulation<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Decision of the Luxembourg Court from 14.06. 2016 in the case C-308/14, Comisión / Reino Unido.

<sup>17</sup> Case: C-140/12 *Brey*. Decision of the Luxembourg Court from 19.09.2013.

<sup>18</sup> Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (OJ 2004 L 158, p. 77).

<sup>19</sup> The regulation on the coordination of social security systems – Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 (OJ 2004 L 166, p. 1) – lays down a series of common principles to be observed by the legislation of the Member States in that sphere so that the various national systems do not place at a disadvantage persons who exercise their right of freedom of movement and of

imposes that, the various national systems do not place at a disadvantage persons who exercise their right of freedom of movement and of residence within the EU, the EU Court of Justice rejected it, proclaiming that "in each case the condition requiring a right of residence is a proportionate measure for ensuring that the benefits are paid to persons sufficiently integrated in the UK".

The decision by the Luxembourg Court contributes to the existence of first and second-class citizens, upsetting one of the most important pillars within the EU, namely the prohibition of discrimination. The need for the United Kingdom to preserve its finances here prevailed over the principle of prohibiting unequal treatment. I believe that the Luxembourg Court did not measure the consequences of making such a concession to a country that, since the start of the European Project, has fought for the construction of a Europe *a la carte*<sup>20</sup>.

### **Fomenting solidarity in Europe: concluding remarks**

Let us reflect on the fact that the British never believed in Jean Monnet's dream of constructing a United States of Europe, nor of making the Community a counterweight to North American power. Great Britain has, from the beginning, always favored a Europe of cooperation rather than integration, in which the power resides not in a parliamentary assembly but in a committee of ministers with executive character<sup>21</sup>. As did other countries, the United Kingdom clearly desired the benefits of free trade, but it wisely did so without surrendering complete control of its monetary policy. Better proof of the United Kingdom's position is not to be found than in the election rules for the Brexit: only British, Irish, and Commonwealth citizens living in Britain, or those Britons who had lived outside of Britain for less than fifteen years, were allowed to vote. Nor did citizens in the British Crown dependencies, which are within Europe but outside of the EU, such as the Isles of Man, Jersey, and Guernsey receive the opportunity to vote. From my point of view, allowing Pakistani, Kenyan, or Cypriot citizens to vote on Brexit, but not Polish or Romanian citizens, is not a way to construct Europe. We need the creation of a federal and democratic Community based on solidarity, as the Italian European Movement promotes.

If we wish to construct a Europe of solidarity we need to strengthen the ties between the Member States of the European Union and empathize with those who are in a worse situation, lending credibility to the postulates of the Treaty of Lisbon<sup>22</sup>. There is no room for half-measures. The European Union has the opportunity now to demonstrate that the treaties that have cost so much effort and compromise and

---

residence within the EU. One of the common principles that the Member States must observe is the principle of equality. In the specific field of social security, the principle of equality takes the form of prohibiting any discrimination on grounds of nationality.

<sup>20</sup> C. HERMIDA DEL LLANO, El Brexit, in *El Imparcial*, <http://www.elimparcial.es/noticia.asp?ref=166111>

<sup>21</sup> C. HERMIDA DEL LLANO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 20. ANTONIO CASSESE, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1992.

<sup>22</sup> J.C PIRIS, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, 2010, New York, 4th printing 2011.

form the backbone of its organizational power, given legal backing, have not been written in sand.

Europe needs a bigger dose of solidarity, but also of tolerance. Let us hope that during Theresa May's leadership, the United Kingdom hews to these two values, in the knowledge that it cannot grow as a country simply based on self-sufficiency. We all need each other, both at the individual and group level. The ideas, conduct, or culture that we tolerate, even if it is different from our own, can help us to discover and eliminate "cultural prejudices" and wrong ideas and serve as a complement and improvement of our own particular point of view. The principal advantage of defending the virtues and solidarity in the European Union is that this provides the basis for achieving a life that is more free and equal.

### Summary

The result of the referendum in the United Kingdom of June 23, 2016, has given rise to reflections about the need to reform the European Union to construct a strong and united Europe. Here we ask whether we should implement the program of Altiero Spinelli to create a Community of values based on a democratic, federal model and on solidarity. We expound as well on the short-term objectives for the European Union to alleviate the signs of disintegration of the European Project that the Brexit vote implies. The European Union should be marked by solidarity, which reinforces the links between member States, making credible the postulates of the Treaty of Lisbon.

### Keywords:

Brexit, Referendum, European Union, United Kingdom, Solidarity, Spinelli, Lisbon Treaty, Federalism

**María Cristina Hermida Del Llano** – Professor of Philosophy of Law in the Rey Juan Carlos University (Spain). Doctor of Law. Research Fellow of the Alexander von Humboldt Foundation. Prof. Jean Monnet. Corresponding Academic of the Royal Academy of Jurisprudence and Legislation of Madrid. Author of books and articles on Spanish thought, Philosophy of Law and European Union Law.



## Jerzy Jaskiernia

Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach  
Wydział Prawa, Administracji i Zarządzania

### Referendum jako forma demokracji bezpośredniej w systemie aksjologicznym Rady Europy

#### 1. Wprowadzenie

Instytucja referendum wzbudza zainteresowanie współczesnych badaczy<sup>1</sup>. Znajduje się ona w kręgu analiz nauki prawa konstytucyjnego<sup>2</sup>, prawa konstytucyjnego porównawczego<sup>3</sup>, jak również systemów politycznych<sup>4</sup>. Rozważana jest w szczególności w kategoriach form sprawowania władzy przez suwerena<sup>5</sup>. Należy bowiem do klasycznych form demokracji bezpośredniej<sup>6</sup>, obok plebiscytu, inicjatywy ludowej<sup>7</sup> i weta ludowego<sup>8</sup>. Choć we współczesnych systemach ustrojowych przeważa demokracja pośrednia (przedstawicielska), to jednak formy demokracji bezpośredniej<sup>9</sup>, a zwłaszcza referendum, są jej istotnym uzupełnieniem<sup>10</sup>, znajdują

<sup>1</sup> Zob. E. Zieliński, *Referendum w świecie współczesnym*, Wrocław 1968, s. 34.; T. Schiller, *Local Direct Democracy in Europe*, Wiesbaden 2011, s. 53

<sup>2</sup> Zob. A. Kulig, B. Naleziński, *Referendum w systemie ustrojowym Polski*, Przegląd Sejmowy 1996, nr 5, s. 23; M. Jabłoński, *Referendum i inne instytucje demokracji bezpośredniej*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji 2002, nr 51, s. 65; A. Jackiewicz, *The Constitutional and Statutory Basis for a Local Referendum in Poland [w:] Evolution of constitutionalism in the selected states of Central and Eastern Europe*, red. J. Matwiejuk, K. Prokop, Białystok 2010, s. 179; G. Kryszewski, *Konstytucyjne formy aktywności narodu w procesie sprawowania władzy publicznej*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2014, nr 2, s. 155; K. Kubuj, *Dylematy wokół obywatelskiego „prawa do referendum” [w:] Konstytucja. Rząd. Parlament. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Ciemnińskiego*, red. P. Radziejewicz, J. Wawrzyniak, Warszawa 2014, s. 137.

<sup>3</sup> Zob. K. Zwierzchowski, *Referendum stanowe w USA*, Katowice 2002, s. 32; tegoż: *Amerykańskie instytucje demokracji bezpośredniej*, Białystok 2005, s. 29; P. Biskup, *Instytucja referendum w brytyjskiej praktyce konstytucyjnej*, Przegląd Sejmowy 2007, nr 1, s. 87; M. Lorencka, *Rola i znaczenie instytucji referendum we współczesnych Włoszech*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2010, nr 1, s. 177; Ł. Jakubiak, *Australijskie referenda konstytucyjne [w:] Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań, Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni, t. 2, Współczesne ustroje państwowe i rozwój demokracji w Polsce*, red. R. M. Czarny, K. Spryszak, Toruń 2012, s. 511; tegoż: *Referendum na wniosek obywateli w systemie politycznym Nowej Zelandii*, Państwo i Prawo 2010, nr 4, s. 94.

<sup>4</sup> Zob. E. Zieliński, I. Bokszczanin, J. Zieliński, *Referendum w państwach Europy*, Warszawa 2003, s. 19; Ł. Jakubiak, *Referendum jako narzędzie polityki. Francuskie doświadczenia ustrojowe*, Kraków 2012, s. 34; P. Krzywoszyński, *Rola referendum w transformacjach ustrojowych*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2011, nr 11, s. 181. Por. Instytucja demokracji bezpośredniej na tle rozwiązań konstytucyjnych i ustawowych. Stan obecny oraz postulaty de lege ferenda, red. M. Bożek, P. Śwital, K. Walczuk, Radom 2012.

<sup>5</sup> Zob. M. Podolak, *Instytucja referendum w wybranych państwach Europy Środkowej i Wschodniej (1989–2012)*, Lublin 2014, s. 34; M. Sepelowski, *Instytucje demokracji bezpośredniej w wybranych konstytucjach państw bałtyckich – historia i współczesność [w:] Konstytucje państw europejskich z perspektyw historycznej i współczesnej*, red. P. Kowalczyk, B. A. Maciejewska, Toruń 2015, s. 261; J. Kuciński, *W sprawie konstytucyjnych form bezpośredniego sprawowania władzy przez naród – kilka refleksji z historii polskich konstytucji oraz uwag de lege lata i de lege ferenda [w:] Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni, t. 1, Teoria i filozofia państwa oraz aksjologia demokracji i ochrony praw człowieka*, red. R. M. Czarny, K. Spryszak, Toruń 2012, s. 454.

<sup>6</sup> Zob. L. Owczarek, *Od demokracji bezpośredniej do demokracji przedstawicielskiej [w:] Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni, t. 1, Teoria i filozofia państwa oraz aksjologia demokracji i ochrony praw człowieka*, red. R. M. Czarny, K. Spryszak, Toruń 2012, s. 495.

<sup>7</sup> Zob. S. Grabowska, *Instytucja ogólnokrajowej inicjatywy ludowej w wybranych państwach europejskich. Studium prawnoporównawcze*, Rzeszów 2005, s. 39.

<sup>8</sup> Zob. M. Musiał-Karg, *Referenda w państwach europejskich. Teoria, praktyka, perspektywy*, Toruń 2008, s. 67.

<sup>9</sup> Zob. S. Grabowska, *Formy demokracji bezpośredniej w wybranych państwach europejskich*, Rzeszów 2009, s. 51.

<sup>10</sup> Zob. M. Musiał-Karg, *Doświadczenia wykorzystania instytucji referendum w państwach Europy Środkowej i Wschodniej [w:] Stan i perspektywy demokracji bezpośredniej w Polsce*, red. M. Marczevska-Rytko, Lublin 2010, s. 327; A. Rytel-Warzocho, *Referendum ogólnokrajowe w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Warszawa

zastosowanie we współczesnych systemach politycznych<sup>11</sup>, mając znaczenie dla kształtowania społeczeństwa obywatelskiego<sup>12</sup>. Wynika stąd zrozumiałe zainteresowanie zarówno dla istoty referendum, charakteru prawnego i wariantów zastosowania go we współczesnych systemach ustrojowych<sup>13</sup>. Po instytucję tę sięgnięto już w schyłkowej fazie PRL<sup>14</sup>, przeprowadzając je w dniu 29 listopada 1987 r.<sup>15</sup>. Szczególne zainteresowanie badaczy wywołały jednak referenda przeprowadzone w III RP<sup>16</sup>, a zwłaszcza: konstytucyjne z 1997 r.<sup>17</sup> i europejskie z 2003 r.<sup>18</sup> Niemąło uwagi

---

2011, s. 48. Por. *Referendum w Polsce i w Europie Wschodniej*, red. M.T. Staszewski, D. Waniek, Warszawa 1996.

<sup>11</sup> Zob. M. Marczevska-Rytko, *Demokracja bezpośrednia w teorii i praktyce politycznej*, Lublin 2001, s. 89.

<sup>12</sup> Zob. M. Rachwał, *Demokracja bezpośrednia w procesie kształtowania się społeczeństwa obywatelskiego w Polsce*, Warszawa 2010, s. 67.

<sup>13</sup> Zob. G. Chmielewski, *Instytucja referendum ogólnokrajowego na Słowacji*, Przegląd Sejmowy 2012, nr 5, s. 115; G. Kryszewski, *Instytucja referendum w Nowej Zelandii*, Studia Wyborcze 2013, t. 16, s. 93; I. Bokszczanin, *Instytucjonalizacja referendum regionalnego i lokalnego w Republice Włoskiej* [w:] *Ustrój polityczny państwa. Polska, Europa, Świat* [Prace ofiarowane Profesorowi Tadeuszowi Mołdawie z okazji siedemdziesięciolecia urodzin], red. S. Sulowski, J. Szymanek, Warszawa 2013, s. 242; M. Giżyńska, *Referendum w prawie lotewskim* [w:] *Ustroje. Historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, red. M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli, Kraków 2013, s. 692; V.L. Fedorenko, *System konstytucyjnych form bezpośredniej demokracji na Ukrainie i perspektywy jej doskonalenia* [w:] *Księga życia i twórczości. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Romanowi A. Tokarczykowi*, t. 5, Prawo, red. Z. Władek, wyd. 2. popr. i uzupełn., Lublin 2014, s. 60; R. Czachor, *Instytucja referendum ogólnopolskiego w Republice Białoruś*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2014, nr 4, s. 53; E. Kuźelewska, *Referendum in the Czech Republic and Slovakia*, Annales UMCS, Sectio K, Politologia 2014, nr 1, s. 97.

<sup>14</sup> Zob. J. Jaskiernia, *Ustawowa regulacja konsultacji społecznych i referendum*, Państwo i Prawo 1987, nr 7, s. 3.

<sup>15</sup> Zob. J. Kuciński, *Polskie referendum 29 listopada 1987 r.*, Państwo i Prawo 1989, nr 2, s. 45; J. Jaskiernia, *Prawnoustrojowe i społeczno-polityczne doświadczenia referendum z 29.XI.1987 r.* [w:] *Referendum w Polsce współczesnej*, red. D. Waniek, M. T. Staszewski, Warszawa 1995, s. 77.

<sup>16</sup> Zob. A.K. Piasecki, *Referenda w III RP*, Warszawa 2005, s. 34; M. Żmigrodzki, M. Podolak, *Instytucja referendum w polskich konstytucjach*, Zeszyty Naukowe WSiZiA 2011, nr 3, s. 11; M. Marczevska-Rytko, *Direct democracy at the national level in Poland. The case of referendum*, Annales UMCS, Sectio K, Politologia 2013, vol. 20 s. 103S; S. Grabowska, *Direct democracy in Poland. Institution of people's initiative of putting forward a motion to hold a legislative referendum*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2015, nr 6, s. 65.

<sup>17</sup> Zob. A. Józefowicz, *Regulacja prawna protestu przeciwko ważności referendum konstytucyjnego*, Państwo i Prawo 1997, nr 6, s. 21; M. Wyrzykowski, E. Popławska, *Le référendum constitutionnel en Pologne* [w:] *Rapports Polonais présentés au XVII Congrès international de droit comparé (Utrecht, 16–22.VII.2006)*, red. B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, Łódź 2006, s. 169; S. Służałek, *Instytucja referendum zatwierdzającego zmiany Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Przegląd Sejmowy 2004, nr 3, s. 47; J. Jaskiernia, *Kulturowopolityczne aspekty przesądzenia w drodze referendum konstytucyjnego o przyjęciu ustawy zasadniczej* [w:] *Państwo – wieś – kultura. Studia politologiczne, historyczne i kulturoznawcze. Tom dedykowany Profesorowi Stefanowi Józefowi Pastuszce*, red. J. Sztejbnis-Zdyb, R. Turkowski, Warszawa-Kielce 2011, s. 159; K. Prokop, *Referendum konstytucyjne – polskie rozwiązania na tle innych państw* [w:] *Instytucje demokracji bezpośredniej...*, s. 76. Por. *Referendum konstytucyjne w Polsce*, red. M. T. Staszewski, Warszawa 1997.

<sup>18</sup> Zob. M. Grabowska, *Polish National Referendum Act: the accession referenda*, Yearbook of Polish European Studies, 2002, vol. 6, s. 181; teźże, *Polska ustawa o referendum ogólnokrajowym (referenda akcesyjne)*, Studia Europejskie 2003, nr 1, s. 95; U. Kurczewska, *Referenda w sprawie ratyfikacji traktatu akcesyjnego*, Polski Przegląd Dyplomatyczny 2003, nr 6, s. 69; M. Piłat, *Referendum ogólnokrajowe w procesie integracji Polski z Unią Europejską*, Studia Iuridica Lubliniensis 2004, t. 3, s. 153; D. Jasińska, *Referendum akcesyjne metodą wyrażenia zgody na przystąpienie do Unii Europejskiej. – Referendum akcesyjne w Polsce – zgoda na ratyfikację traktatu o przystąpieniu do UE*, Wspólnota Europejskie 2003, nr 5, s. 9; J. Jaskiernia, *Ustrojowe dylematy referendum akcesyjnego w Polsce*, (w:) *Wymiar społeczny członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, red.: T. Mołdawa, K. A. Wojtaszczyk, A. Szymański, Warszawa 2003, s. 315; M. Jabłoński, *Referendalny charakter aktu legitymizującego przystąpienie Polski do Unii Europejskiej*, Studia Wyborcze 2007, t. 4, s. 47; też: *Polskie referendum akcesyjne*, Wrocław 2007, s. 64; G. Kacprowicz, *EU Accession Referendum in Poland*, Europejski Przegląd Prawa i Stosunków Międzynarodowych 2014, nr 3, s. 45. Por. E. Kuźelewska, *Referendum w procesie integracji europejskiej*, Warszawa 2006, s. 65.



poświęcono też regułom zastosowania<sup>19</sup> i przebiegowi referendum lokalnych<sup>20</sup>.

Choć państwa są suwerenne w zakresie przesądzania swych ustrojów politycznych, a więc także również o tym, czy sięgną po referendum, to jednak członkostwo w organizacjach międzynarodowych niesie skutek w zakresie potrzeby zastosowania podstawowych demokratycznych reguł ustrojowych. Dotyczy to również instytucji referendum.

W niniejszym opracowaniu ukazane zostanie referendum w systemie aksjologicznym Rady Europy. Chodzić będzie nie tylko o ukazanie generalnego stosunku tej organizacji międzynarodowej do referendum, ale też o wskazanie na zalecenia w odniesieniu do tej instytucji demokracji bezpośredniej, które w systemie Rady Europy zostały wpracowane. Szczególne miejsce zajmuje tu *Kodeks dobrych praktyk referendalnych*. Analiza zaleceń w nim zawartych sprzyjać powinna ich implementacji w państwach członkowskich Rady Europy, w tym także w Polsce. Ma to praktyczne zastosowanie w sytuacji, gdy we współczesnych demokracjach coraz częściej dochodzi do sięgania po referendum po to, by zmniejszyć dystans między rządzącymi a rządzonymi<sup>21</sup>. Dotyczy to tak brzemiennych w skutki kwestii, jak np. w problem niepodległości i suwerenności Czarnogóry<sup>22</sup>.

## 2. Ogólna charakterystyka Rady Europy

Rada Europy powstała 5 maja 1949 r., gdy mocą traktatu podpisanego w Londynie<sup>23</sup>, przyjęty został Statut Rady Europy (RE), który stworzył podstawy prawne do działalności tej jednej z najstarszych i najważniejszych europejskich organizacji międzynarodowych<sup>24</sup>. Zakres jej działania jest szeroki, a wyłączone z niego zostały jedynie sprawy obronności<sup>25</sup>. Szczególną wagę przywiązuje ta organizacja, mająca siedzibę w Strasburgu, do tworzenia i wdrażania w życie standardów dotyczących demokracji<sup>26</sup>, rządów prawa i ochrony praw człowieka<sup>27</sup>. Określana bywa w związku

<sup>19</sup> Zob. E. Olejniczak-Szałowska, *Referendum lokalne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 2002, s. 41; B. Węglarz, *Ewolucja lokalnej demokracji bezpośredniej w Polsce po 1989 roku*, Kraków 2013, s. 38; W. Dyląg, *Demokracja lokalna – referendum lokalne w Polsce*, Państwo Prawne 2012, nr 1, s. 142; A. Rytel-Warzocho, *Przedmiotowy zakres referendum lokalnego w Polsce*, Studia Wyborcze 2011, t. 12, s. 29.

<sup>20</sup> Zob. E. Kotecka, *Konsultacje społeczne i referendum jako formy partycypacji społecznej w sprawowaniu władzy samorządowej*, Białostockie Studia Prawnicze 2013, nr 13, s. 201.

<sup>21</sup> Zob. T. Reidy, J. Suiter, *Do Rules Matter? Categorizing the Regulation of Referendum Campaigns*, Electoral Studies 2015, vol. 38, s. 161.

<sup>22</sup> Zob. N. Whyte, *Montenegro's Referendum*, The International Spectator 2006, nr 3, s. 25.

<sup>23</sup> Statut Rady Europy, Londyn, 5 maja 1949 r., European Treaty Series Nr 1. Tekst polski: Dz.U. z 1994 r. Nr 118, poz. 565. Zob. *Wybór konwencji Rady Europy*, Warszawa 1999, s. 13.

<sup>24</sup> Zob. Z.M. Doliwa-Klepacki, *Rada Europy 1949–1991*, Białystok 1991, s. 19; H. Izdebski, *Rada Europy. Organizacja demokratycznych państw Europy i jej znaczenie dla Polski*, Warszawa 1996, s. 31; J. Kaczmarek, *Rada Europy*, Wrocław 2002, s. 21.

<sup>25</sup> Zob. B. Wassenberg, *History of the Council of Europe*, Strasbourg 2013, s. 9.

<sup>26</sup> Zob. J. Jaskiernia, *Zagrożenia dla procesów i instytucji demokratycznych w Europie w świetle prac Rady Europy*, [w:] *Demokracja w Polsce i w świecie*, red. S. Zybortowicz, Toruń 2009, s. 117.

<sup>27</sup> Zob. L. Pratchett, V. Lowndes, *Developing Democracy in Europe: An Analytical Summary of the Council of Europe*, Strasbourg 2004, s. 67; J. Petaux, *L'Europe de la démocratie et des droits de l'homme: l'action du Conseil de l'Europe*, Strasbourg 2009, s. 45.

z tym „organizacją wartości”<sup>28</sup>. „Perłą w koronie” jej systemu konwencyjnego określana bywa Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPCz)<sup>29</sup>, otwarta do podpisu 4 listopada 1950 r. (weszła w życie 3 września 1953 r.), na straży której stoi Europejski Trybunał Praw Człowieka<sup>30</sup>. Orzecznictwo tego organu jest istotnym mechanizmem konkretyzacji i rozwoju standardów demokratycznych<sup>31</sup>, kreującym obraz „Nowej Europy”<sup>32</sup>. Ważną rolę w promowaniu praw człowieka i czuwaniu nad ich realizacją w państwach członkowskich odgrywa też Komisarz Praw Człowieka RE<sup>33</sup>.

RE jest organizacją współpracy międzyrządowej<sup>34</sup>. Nie jest powiązana strukturalnie z Unią Europejską. Członkami RE są państwa (obecnie – według stanu na 1 lipca 2016 r. – jest ich 47; nie należy tylko Białoruś, nie spełniająca progowych kryteriów członkostwa, a także Kosowo, które nie uzyskało pełnego uznania międzynarodowego; ze względu na swą specyfikę, członkiem nie jest też Stolica Apostolska, ale od 1970 r. ma status obserwatora), a głównym organem decyzyjnym jest Komitet Ministrów, w skład którego wchodzi ministrowie spraw zagranicznych państw członkowskich (na co dzień zastępują ich stali przedstawiciele państw przy RE, tworzący Komitet Delegatów Ministrów)<sup>35</sup>.

Cechą RE jest jednak również znaczący wymiar parlamentarny, w postaci Zgromadzenia Parlamentarnego<sup>36</sup>. Zasiadają w nim delegowani przez parlamenty narodowe parlamentarzyści, przy czym skład delegacji narodowej musi uwzględniać układ sił w parlamencie, a poddane jest to kontroli ze strony Zgromadzenia w ramach tzw. procedury zatwierdzania pełnomocnictw. Dzięki temu Zgromadzenie, choć nie pochodzi z wyborów, ma walor reprezentatywności w stosunku do europejskiej opinii publicznej i określane bywa „sumieniem Europy”.

Najważniejszym dorobkiem RE są konwencje, a więc dokumenty o charakterze prawnie wiążącym. Powstało ich – wg stanu na 1 lipca 2016 r. – 218, z tym że liczba ta obejmuje również modyfikacje konwencji i protokoły dodatkowe. Od 2005 r. stosowana jest ich jednolita nazwa: „konwencja Rady Europy”. System konwencyjny RE tworzy dzisiaj zasadniczy zręb europejskiej przestrzeni prawnej<sup>37</sup> i ma istotne

<sup>28</sup> Zob. J. Jaskiernia, *Rada Europy jako „organizacja wartości”* [w:] *Wyjaśnianie polityki*, red. J. Błuszkowski, J. Zaleśny, „Studia Politologiczne”, vol. 17, Warszawa 2010, s. 178.

<sup>29</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Treaties, ETS nr 005. Polski tekst: Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 oraz Dz.U. z 1998 r. Nr 147, poz. 962. Por. *Wybór konwencji...*, jw., s. 27.

<sup>30</sup> Zob. A. Bisztyga, *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, Katowice 1997, s. 61.

<sup>31</sup> Zob. *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, opr. M.A. Nowicki, Zakamycze 2005, s. 17. Por. *The European Court of Human Rights. Agenda for the 21st Century*, Warsaw 2006.

<sup>32</sup> Zob. J.A. Sweeney, *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in Transition*, Abington 2012, s. 43.

<sup>33</sup> Zob. J. Jaskiernia; *Komisarz Praw Człowieka Rady Europy – dorobek i perspektywy*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe – Prawa Człowieka” 2008, Nr 11, s. 214. Por. T. Hammerberg: *Human Rights in Europe: No Grounds for Complacency*, Strasbourg 2011, s. 314.

<sup>34</sup> Por. J. Lovecy, *Framing Decisions in the Council of Europe: An Institutional Analysis*, [w:] *Decision Making within International Organizations*, red. B. Reinalda, B. Verbeek, London 2004.

<sup>35</sup> Zob. G. de Vel, *The Committee of Ministers of the Council of Europe*, Strasbourg 1995, s. 15.

<sup>36</sup> Zob. J. Jaskiernia, *Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy*, Warszawa 2000, s. 57.

<sup>37</sup> Zob. G. Buquicchio, P. Garonne, *Vers un espace constitutionnel commun? Le rôle de la Commission de Venise* [w:] *Law in Greater Europe. Towards a Common Legal Area. Studies in Honour of Heinrich Klebes*, red. B. Haller, H.Ch. Krüger, H. Petzold, The Hague–London 2000, s. 5.

znaczenie w procesie unifikacji i zbliżania prawa europejskiego pojmowanego *sensu largo*.

Cechą RE jest jednak to, że istotną rolę odgrywają w niej również instrumenty tzw. miękkiego prawa (*soft law*). Chodzi tu w szczególności o zalecenia Komitetu Ministrów adresowane do państw członkowskich. Choć formalnie one nie wiążą, to jednak Komitet Ministrów ma prawo zwrócić się do państw członkowskich o informację, „jaki bieg nadano zaleceniom” (art. 15 lit. b Statutu).

### 3. System aksjologiczny Rady Europy w odniesieniu do zagadnień polityczno-ustrojowych

Bardzo charakterystycznym wymiarem systemu aksjologicznego RE jest „demokratyczna inżynieria” (*democratic engineering*)<sup>38</sup>. Nie chodzi to o narzucanie państwom członkowskim standardów, ale dzielenie się doświadczeniem i ekspertyzą, by w ten sposób pomóc w osiągnięciu celów, w postaci ustanowienia pluralistycznej demokracji, opartej na prawach człowieka i rządach prawa<sup>39</sup>. Zainteresowanie RE dla implementacji tych wartości ustrojowych wiąże się z potrzebą osiągnięcia „demokratycznej spójności” (*democratic cohesion*) w państwach członkowskich<sup>40</sup>. Ma to sprzyjać osiągnięciu w państwach członkowskich „bezpieczeństwa demokratycznego”<sup>41</sup>.

Z punktu widzenia aksjologii RE można mówić – na podstawie wykreowanych przez nią standardów – o tym, że urząd państwa członkowskiego powinien uwzględniać następujące wartości ustrojowe: 1) naród jest suwerenny i może w sposób wolny decydować o swym losie; 2) organy państwowe (parlament, prezydent) pochodzą z wolnych wyborów, opartych na zasadzie pluralizmu politycznego; 3) władza jest podzielona, by tworzyć pole do działalności władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej oraz zapobiegać nadmiernej koncentracji władzy w rękach jednego organu; 4) pluralizm polityczny oparty jest na wolności mediów, tworzącej szansę artykulacji programowej w procesach wyborczych przez różne siły polityczne; 5) wolne media są istotnym instrumentem kontroli społecznej władzy publicznej; 6) organy władzy publicznej działają na podstawie prawa, w którym hierarchicznie najwyższą rolę odgrywa ustawa zasadnicza; 7) ustrojodawca akceptuje system ochrony praw i wolności jednostki, zgodny z Europejską Konwencją Praw Człowieka; 8) szczególne

<sup>38</sup> Zob. J. Jaskiernia, *Council of Europe's Activities in the Field of Setting-up Constitutional Standards*, [w:] *Law in Greater Europe...*, s. 22; tegoż: *Opozycja parlamentarna w świetle standardów Rady Europy*, [w:] *Opozycja parlamentarna*, red. E. Zwierchowski, Warszawa 2000, s. 301; tegoż: *System partyjny RP w świetle standardów Rady Europy*, [w:] *Partie polityczne: permanentne problemy. Studia z zakresu funkcjonowania systemu politycznego*, red. J. Kornaś, Kielce 2005, s. 69; tegoż: *Doskonalenie systemów wyborczych w świetle dokumentów Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy* [w:] *Ustrój polityczny państwa. Polska, Europa, Świat*, red. S. Sulowski, J. Szymanek, Warszawa 2013, s. 352.

<sup>39</sup> Zob. K. Schumann, *Opening remarks*, [w:] *Seminar on the "Role of NGOs in the Transition to a Democratic Society"* (Sofia, 4–6 October 1993), Council of Europe, Strasbourg 1994, s. 9

<sup>40</sup> Zob. S. Pinto, *The Three Pillars of the Democratic Society*, [w:] *The Challenges of a Greater Europe. The Council of Europe and Democratic Security*, Council of Europe, Strasbourg 1996, s. 41–42.

<sup>41</sup> Zob. J. Robel, *Wpływ Rady Europy na realizację koncepcji bezpieczeństwa demokratycznego w państwach członkowskich*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2016, s. 115.

znaczenie ma ochrona praw mniejszości i zakaz dyskryminacji ze względu na płeć, rasę, narodowość, pochodzenie etniczne, orientację seksualną etc.; 9) ochronie praw sprzyja niezależne i niezawisłe sądownictwo; 10) wzmocnieniem systemu ochrony praw są: trybunały konstytucyjne i instytucja ombudsmana; 11) władza lokalna wymodelowana jest stosownie do postanowień Europejskiej Konwencji Samorządu Lokalnego; 12) konstytucja zawiera wymóg zgodności prawa z wiążącym państwo prawem międzynarodowym, co stanowi dodatkową gwarancję dla systemu ochrony praw człowieka (obywatela)<sup>42</sup>.

#### **4. Znaczenie referendum jako formy demokracji bezpośredniej w systemie aksjologicznym Rady Europy**

Rada Europy przywiązuje dużą wagę do instytucji referendum analizując je w kategoriach instrumentu obywatelskiej partycypacji.

W uchwale Zgromadzenia Parlamentarnego pt. *Instrumenty obywatelskiej partycypacji w demokracji reprezentacyjnej*<sup>43</sup> wskazano, że prawdziwa demokracja zależy od wkładu wszystkich obywateli. Ich uczestnictwo w życiu politycznym i ich współpraca z instytucjami politycznymi są decydującym czynnikiem dla prawidłowego funkcjonowania systemu politycznego. Niski stopień udziału obywateli w wyborach i referendach może być bowiem odbierany jako wyraz niezadowolenia obywateli z funkcjonowania demokracji pluralistycznej. Nie jest to zaskakujące, skoro demokracja musi ustawicznie reagować na nowe okoliczności i wyzwania. Takim wyzwaniem jest np. kontrast pomiędzy złożonością politycznej terminologii a uproszczeniem i udramatyzowaniem prezentacji medialnej. Powstają napięcia w związku z tym, że informacje są przekazywane bezpośrednio, a polityczny proces decyzyjny jest powolny. Innym czynnikiem jest to, że ludzie nie rozumieją kompleksowości problemów, a oczekują szybkich rozwiązań. Rodzi to poczucie rozdziewu pomiędzy obietnicami wyborczymi a ich realizacją<sup>44</sup>.

Zgromadzenie Parlamentarne przestrzega jednak przed tym, by w sposób zbyt uproszony nie przeciwstawiać demokracji przedstawicielskiej (pośredniej) różnym formom demokracji bezpośredniej, m.in. referendum. Takie przeciwstawianie może rodzić nieporozumienia o poważnych konsekwencjach. Wskazuje bowiem, że harmonizacja i koordynacja sprzecznych i pozostających w konflikcie interesów różnych grup obywateli, ukierunkowana na uwzględnienie interesu wspólnego, może być osiągnięta głównie drogą parlamentarnych dyskusji. Instrumenty demokracji bezpośredniej, takie jak referendum, mogą być traktowane jako komplementarne w stosunku do demokracji przedstawicielskiej. Nawet w Szwajcarii, a więc państwie

<sup>42</sup> Zob. J. Jaskiernia, *Wpływ aksjologii Rady Europy w odniesieniu do demokratycznego parlamentaryzmu na przemiany ustrojowe w państwach Europy Środkowej i Wschodniej* [w:] *Ewolucja demokracji przedstawicielskiej w krajach Europy Środkowej i Wschodniej*, red. M. Paździor, B. Szmulik, Lublin 2013, s. 117 i n.

<sup>43</sup> Resolution 1121(1997) *Instruments of citizen participation in representative democracy*. Assembly debate on 22 April 1997 (11<sup>th</sup> Sitting). Doc. 7781, report of the Committee on Parliamentary and Public Relations, rapporteur: Mr Columberg. Text adopted by the Assembly on 22 April 1977 (11<sup>th</sup> Sitting).

<sup>44</sup> Res. 1121(1997), § 1–3.

postrzegany jako miejsce częstego sięgania po referendum, 95% decyzji jest podejmowanych przez parlament<sup>45</sup>.

Sięganie po formy demokracji bezpośredniej, takie jak użycie interaktywnych urządzeń komunikacyjnych w sieciach informatycznych, a także referenda, musi uwzględniać – w ocenie Zgromadzenia Parlamentarnego – ich korzyści, ale też negatywne efekty. Urządzenia komunikacyjne, nawet najbardziej zaawansowane, nie są bowiem w stanie zastąpić dialogu między wybranymi reprezentantami a obywatelem czy grupa obywateli<sup>46</sup>.

Zgromadzenie Parlamentarne odnotowało, że instytucja referendum krajowych (narodowych) została wpisana do licznych konstytucji opartych na demokracji przedstawicielskiej, ale różnią się one w kwestii zakresu przedmiotowego, zakresu podmiotowego i sposobów przeprowadzenia. Referendum – w ocenie Zgromadzenia – niesie ryzyko stania się plebiscytem, jeśli jest wykorzystywane przez władzę wykonawczą dla przeforsowania jej pomysłów. Ryzyko to staje się większe w dużych państwach, które są trudniejsze do zarządzania. Ryzyko to jest szczególnie duże w tzw. „nowych demokracjach”, ze względu na wrażliwość tamtejszych procesów politycznych. To ryzyko ulega zmniejszeniu w mniejszych społecznościach lokalnych i regionalnych<sup>47</sup>.

Zgromadzenie Parlamentarne dostrzegło jednak nie tylko zagrożenia, ale też pozytywne aspekty odwołania się bezpośredniego do woli obywateli. Referendum umożliwia bowiem mniejszościowym grupom obywatelskim wyrażenia swoich opinii, bycie wysłuchanym przez rządzących i stymulowanie demokratycznej debaty, czy to prowadzącej do legitymizacji decyzji rządzących, czy do aprobaty odrzucenia decyzji przez rządzących. Nadużywanie instytucji referendum nie powinno prowadzić do kwestionowania jego celu, którym jest zwiększenie partycypacji obywatelskiej w procesie demokratycznym, co przyczynia się do konsolidacji demokracji i stanowi antidotum dla dostrzeganych jej mankamentów<sup>48</sup>.

Zgromadzenie Parlamentarne uznało w tej sytuacji za stosowne określenie parametrów, które powinny być zastosowane przy ich przeprowadzaniu po to, by uwzględniały one najlepsze praktyki, umacniały demokrację i społeczeństwo obywatelskie. Zgromadzenie zaprosiło państwa członkowskie Rady Europy, by: 1) usprawniły system demokracji przedstawicielskiej poprzez stworzenie równowagi władza polityczną a rolą obywateli w procesach decyzyjnych; bez zapewnienia takiej równowagi nie nastąpi powstrzymanie erozji zaufania dla demokracji przedstawicielskiej czy nacisku na częste sięganie po referendum, które prowadziłyby do trudności, a nawet uniemożliwiłoby określenie długofalowej polityki opartej

<sup>45</sup> Res. 1121 (1997), § 6. Por. T. Branecki, *Rozwój instytucji referendum w szwajcarskim systemie prawnym*, *Studia Iuridica Lubliniensis* 2004, t. 3, s. 49; tegoż, *Demokracja lokalna w Szwajcarii* [w:] *Demokracja lokalna w państwach Europy*, red. I. Bokszczyński, A. Mirska, Warszawa 2014, s. 274; H. Zięba-Załucka, *Demokracja szwajcarska wzorem dla państw Europy Środkowej i Wschodniej* [w:] *Ewolucja demokracji przedstawicielskiej w krajach Europy Środkowej i Wschodniej*, red. M. Paździor, B. Szmulik, Lublin 2013, s. 449. Por. *Demokracja bezpośrednia. Szwajcarska demokracja modelem dla XXI wieku?*, wstęp: S. Geissbühler, Warszawa 2011.

<sup>46</sup> Res. 1121(1997), § 7-8.

<sup>47</sup> Res. 1121(1997), § 9-11.

<sup>48</sup> Res. 1121(1997), § 12-13.

na podstawowych wartościach; 2) zapewniły wszystkim podmiotom możliwość udziału w referendum, z wyjątkiem tych, którzy kwestionują uniwersalne wartości i naruszają wartości, takie jak prawa człowieka zdefiniowane w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a także podstawowe wartości demokracji w ogólności, a demokracji parlamentarnej w szczególności; 3) uwzględnili w swym myśleniu, że jest różnica pomiędzy materiałami nadającymi się do poddania pod referendum, którego wynik jest wiążący, a materiałami, które mogą stać się przedmiotem referendum opiniotwórczego, którego rezultat umożliwi liderom politycznym ulepszenie ich programów i decyzji; 4) uwzględnili postanowienia w prawie referendalnym stwarzające możliwość odrzucenia obowiązującego prawa, a także umożliwiające wybór pomiędzy różnymi opcjami merytorycznymi; 5) uwzględnili postanowienia w prawie referendalnym umożliwiające prawidłowe poinformowanie obywateli w odniesieniu do wszystkich spraw, których ma dotyczyć referendum, a także zapewniające wyartykułowanie pytań i propozycji w sposób precyzyjny; 6) zapewniły ograniczenie liczby spraw, które są poddawane pod referendum w tym samym dniu w celu uczynienia czytelny debata poprzedzających głosowanie i pomocy obywatelom w podjęciu decyzji; 7) zapewniły, tam gdzie jest to możliwe, powołanie niezależnych organów odpowiedzialnych za wyegzekwowanie tych zasad; 8) stworzyły zasady i reguły, które będą przeciwdziałały nadużywaniu referendów: a) umożliwiły sięgnięcie po referendum, gdy opowie się za tym określona liczba obywateli, wielkość której powinna być istotna w porównaniu z wielkością wszystkich uprawnionych do głosowania; b) zapewniły, że referendum zostanie poprzedzone debatą parlamentarną; c) określiły liczbę osób, które powinny wziąć udział w referendum, która będzie zniechęcała do absencji, ale zarazem gwarantowała minimalny poziom partycypacji, który umożliwi uznanie referendum za reprezentatywne i ważne<sup>49</sup>.

W dniu 29 kwietnia 2005 r. Zgromadzenie Parlamentarne przyjęło zalecenie 1704(2005) pt. *Referenda: w kierunku dobrej praktyki w Europie*<sup>50</sup>. Zgromadzenie współpracowało w tym zakresie z Europejską Komisją na Rzecz Demokracji przez Prawo (The Venice Commission for Democracy through Law), zwanej Komisją Wenecką (Venice Commission). Ta ostatnia sformułowała, na wniosek Komitetu Ministrów Rady Europy, komentarz do zalecenia Zgromadzenia Parlamentarnego<sup>51</sup>, a także przygotowała raport sumaryczny, bazujący na odpowiedziach na kwestionariusz w sprawach referendum, przygotowanych przez członków Komisji Weneckiej. Raport zatytułowany był: *Referenda w Europie – Analiza reguł prawnych w Państwach Europejskich*<sup>52</sup>. Postanowiono, że dokument Rady Europy powinien stanowić podstawę opracowania Kodeksu Dobrych Praktyk Referendalnych. Zadania tego podjęła się

<sup>49</sup> Res. 1121(1997), § 14–15.

<sup>50</sup> Recommendation 1704(2005), *Referendums: towards good practices in Europe*. Doc. 10498, report of the Political Affairs Committee (rapporteur: Mr Mikko Elo, Finland, Socialist Group) and working paper by the Research and Documentation Centre on Direct Democracy of the Geneva Faculty of Law.

<sup>51</sup> CDL-AD(2005)028

<sup>52</sup> *Referendum in Europe – An analysis of the legal rules in European States*. CDL-AD(2005)034. Por. też: kwestionariusze – CDL(2004)031, odpowiedzi – CDL-EL(2004)011 oraz tabele sumujące odpowiedzi na kwestionariusze – CDL-AD(2005)034 oraz CDL-AD(2005)034add2.

Rada na rzecz Demokratycznych Wyborów (The Council of Democratic Elections) w oparciu o opracowania przygotowane przez członków Komisji Weneckiej. Byli nimi: Pieter van Dijk (Królestwo Niderlandów), François Luchaire (Andora) i Giorgio Malinverni (Szwajcaria). Wytyczne w sprawie organizacji referendum zostały przyjęte przez Radę na rzecz Demokratycznych Wyborów w trakcie 18. Posiedzenia w Wenecji w dniu 12 października 2006 r. i przez Komisję Wenecką w trakcie jej 68. plenarnej sesji w Wenecji w dniach 13–14 października 2006 r. Przygotowano również memorandum wyjaśniające, które Rada na Rzecz Demokratycznych wyborów przyjęła podczas 19. posiedzenia w Wenecji w dniu 16 grudnia 2006 r., a Komisja Wenecka zaaprobowwała na swym 70. Posiedzeniu plenarnym w Wenecji w dniach 16–17 marca 2007 r.

Uznając referendum za pozytywny instrument umożliwiający obywatelom uczestnictwo w politycznych procesach decyzyjnych, zmniejszający dystans pomiędzy obywatelami a rządzącymi, Zgromadzenie Parlamentarne konsekwentnie podkreśla, że Rada Europy, jako organizacja zorientowana na promocję i wdrażanie demokracji oraz rządów prawa, powinna ustanowić jasne i kompleksowe wytyczne w odniesieniu do referendum. W tym kontekście Zgromadzenie z uznaniem odnotowało wypracowanie przez Komisję Europejską na Rzecz Demokracji przez Prawo *Kodeksu dobrych praktyk referendalnych* (The Code of Good Practice on Referendums), który rozwija wytyczne Komisji Weneckiej na temat referendum konstytucyjnych na szczeblu narodowym, uzupełnia wytyczne Rady Europy w odniesieniu do referendum i inicjatyw obywatelskich na szczeblu lokalnym, a także stanowi naturalny odpowiednik dla *Kodeksu dobrych praktyk wyborczych*, przyjętego w 2003 r.<sup>53</sup> Zgromadzenie Parlamentarne wyraziło przekonanie, że Kodeks dobrych praktyk referendalnych umożliwi państwom członkowskim dokonanie przeglądu ustawodawstwa dotyczącego referendum, a tam, gdzie to okaże się konieczne, dokonania jego zmiany, bądź skorygowania praktyki ustrojowej w tym zakresie. Dlatego też Zgromadzenie Parlamentarne postanowiło przekazać *Kodeks dobrych praktyk referendalnych* delegacjom narodowym do Zgromadzenia Parlamentarnego i do parlamentów narodowych, by bezzwłocznie zastosowały go<sup>54</sup>.

## 5. Reguły przeprowadzenia referendum w świetle Kodeksu dobrych praktyk referendalnych

*Kodeks dobrych praktyk referendalnych*<sup>55</sup> stanowi główne źródło wiedzy, o standardach Rady Europy w odniesieniu do referendum. Kodeks składa się z wprowadzenia oraz z wytycznych w kwestii przeprowadzenia referendum<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Resolution 1592(2007), *Code of Good Practice on Referendums*. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 23 November 2007; doc. 11435, report of the Political Affairs Committee, rapporteur: Mr Van der Brande).

<sup>54</sup> Res. 1592(2007), § 4.

<sup>55</sup> European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Code of Good Practice on Referendums* adopted by the Council of Democratic Elections at its 19<sup>th</sup> meeting (Venice, 16 December 2006) and the Venice Commission at its 70<sup>th</sup> plenary session (Venice, 16–17 March 2007) on the basis of contributions by Mr Pieter van Dijk (member, the Netherlands), Mr François Luchaire (member, Andorra) and Mr Giorgio Malinverni (member, Switzerland), Strasbourg, 19 March 2007, CDL-AD(2007)008.

<sup>56</sup> *Guidelines on the holding of referendums*. Adopted by the Council of Democratic Elections at its 18<sup>th</sup> meeting

Warto zwrócić uwagę na najważniejsze postanowienia. Zastosowana tu klasyfikacja postanowień *Kodeksu* nie w pełni pokrywa się ze strukturą tego dokumentu, a w szczególności zawartych w nim *Wytycznych*. Stanowi jednak moją próbę uporządkowania tych postanowień podług pewnych zagadnień merytorycznych. Dokonywane są jednak inne próby odczytania tego dokumentu<sup>57</sup>.

### **Respektowanie praw człowieka przy zastosowaniu referendum**

Wytyczne podkreślają, że nie jest możliwe przeprowadzenie demokratycznych referendum bez respektowania praw człowieka, w szczególności swobody informacji i wolności prasy, wolności stowarzyszania się i gromadzenia dla celów politycznych, włączając w to prawo do tworzenia partii politycznych. Ograniczenia w tym zakresie powinny mieć podstawę ustawową, być w zgodzie z interesem publicznym i uwzględniać zasadę proporcjonalności<sup>58</sup>.

### **Referendalna aprobata konstytucyjnych reguł przeprowadzenia referendum**

Wytyczne zalecają, by konstytucyjne reguły dotyczące referendum zostały poddane pod referendum, czy to obligatoryjne, czy przeprowadzone na wniosek części elektoratu<sup>59</sup>.

### **Charakter prawny regulacji referendalnych**

Regulacje referendalne powinny mieć, jako minimum, rangę ustawy lub być umieszczone w konstytucji lub w regulacjach o mocy wyższej niż ustawa zwykła. Zasadnicze zmiany regulacji referendalnej nie powinny następować później niż co najmniej na rok poprzedzający przeprowadzenie referendum. Zasadniczy charakter mają te regulacje, które dotyczą: 1) składu komisji referendalnych lub innych ciał odpowiedzialnych za przeprowadzenie referendum; 2) spisów wyborczych; 3) procedur i zasad ważności referendum; 4) skutków referendum (pomijając kwestie techniczne); 5) zasad dostępu zwolenników i przeciwników kwestii poddanej pod referendum do przekazu mediów publicznych<sup>60</sup>.

### **Zgodność regulacji referendalnej z systemem prawnym**

Zastosowanie referendum powinno być zgodne z całością systemu prawnego, a zwłaszcza z regułami proceduralnymi. W szczególności referendum nie może być

---

(Venice, 12 October 2006) and the Venice Commission at its 68<sup>th</sup> plenary session (Venice, 13–24 October 2006).

<sup>57</sup> Zob. G. Kryszewski, *Kodeks dobrej praktyki referendalnej* [w:] *Studia ustrojoznawcze. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Pułto*, red. A. Szmyt, Gdańskie Studia Prawnicze, 2014, t. XXXI, s. s. 625.

<sup>58</sup> *Guidelines on the holding of referendums*, § II.1 (dalej: *Guidelines*).

<sup>59</sup> *Guidelines...*, § III.5.d.

<sup>60</sup> *Guidelines...*, § II.2.



przeprowadzone, jeśli konstytucja bądź ustawa pozostająca w zgodności z konstytucją nie przewiduje go, a np. tekst przedłożony pod referendum stanowi materię wyłącznej kompetencji parlamentu<sup>61</sup>.

### **Bezstronność ciał przeprowadzających referendum**

Do proceduralnych gwarancji wytyczne zaliczają to, że zadanie przeprowadzenia referendum powinno należeć do bezstronnego ciała. Jeśli w danym państwie brak jest tradycji występowania bezstronnych organów administracyjnych, niezależne, bezstronne komisje referendalne powinny być ustanowione na wszystkich szczeblach, od szczebla krajowego po komisje w lokalach referendalnych. Komisja centralna powinna mieć charakter stały. W skład jej powinni wchodzić: 1) co najmniej jeden sędzia lub niezależny ekspert prawny; 2) przedstawiciele partii politycznych reprezentowanych w Parlamencie lub tych, które uzyskały określoną minimalną liczbę głosów. Komisje mogą uwzględnić: 1) reprezentantów Ministra Spraw Wewnętrznych; 2) reprezentantów mniejszości narodowych. Partie polityczne oraz zwolennicy i przeciwnicy rozwiązania poddanego pod głosowanie w referendum powinni być równo reprezentowani w komisjach wyborczych lub powinny mieć prawo do obserwowania pracy ciał bezstronnych. Ciała nominujące członków komisji referendalnych nie powinny mieć prawa do ich odwoływania. Członkowie komisji powinni być odpowiednio przeszkoleni. Jest rzeczą pożądaną, by komisje referendalne podejmowały decyzje kwalifikowaną większością głosów bądź w drodze konsensu<sup>62</sup>.

### **Prawo do udziału w referendum i jego dopuszczalne ograniczenia**

Wytyczne wskazują, że wymóg obywatelstwa, jako warunek udziału w referendum, może być zastosowany, ale zalecają, by dopuścić obcokrajowców do udziału w referendach lokalnych po pewnym okresie pobytu. Wymóg zamieszkiwania może być zastosowany, ale może być zastosowany jedynie w stosunku do obywateli w wyborach lokalnych i regionalnych. Wymagany okres zamieszkiwania powinien być racjonalny i, jako zasada, nie powinien przekraczać 6 miesięcy. Za pożądane uznano umożliwienie głosowania obywatelom zamieszkującym za granicą<sup>63</sup>.

Pozbawienie możliwości udziału w głosowaniu może nastąpić tylko przy kumulatywnym spełnieniu warunków: 1) musi być przewidziane przez ustawę; 2) musi być zastosowana zasada proporcjonalności; 3) pozbawienie musi się wiązać z niezdolnością umysłową (mental incapacity) lub ze skazaniem za poważne przestępstwa; 4) pozbawienie praw politycznych lub stwierdzenie niezdolności umysłowej może nastąpić jedynie decyzją sądu<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> *Guidelines...*, § III.1.

<sup>62</sup> *Guidelines...*, § II.3.1.

<sup>63</sup> *Guidelines...*, § I.1.1. c.d.

<sup>64</sup> *Guidelines...*, § I.1.1.d.

## **Prawo do zbierania podpisów pod wnioskami o przeprowadzenie referendum**

Każdy, kto posiada prawa polityczne, powinien być uprawniony do złożenia podpisu pod inicjatywą ludową lub pod żądaniem referendum. Okres, w którym ma nastąpić zbieranie podpisów pod wnioskiem o referendum, powinien być ściśle określony. Każdy (bez względu na to, czy posiada prawa polityczne) powinien być uprawniony do zbierania podpisów. Jeśli zgoda na zbieranie podpisów pod wnioskiem o referendum jest wymagana, odmowa jej może nastąpić tylko w przypadkach określonych przez ustawę, gdy przemawia za tym interes publiczny i przy zastosowaniu zasady równości. Płacenie ze środków prywatnych za zbieranie podpisów pod inicjatywą ludową lub wnioskiem o referendum powinno być, jako zasada, zabronione. Jeśli jest jednak dozwolone, powinna być określona pełna kwota wydatków na ten cel, jak też suma, która może być wypłacona indywidualnej osobie. Wszystkie podpisy pod wnioskami powinny być sprawdzane. Po to, by to ułatwić, listy popierających powinny zawierać osoby z tej samej miejscowości<sup>65</sup>.

## **Spisy uprawnionych do udziału w referendach**

Po to, by spisy wyborów mogły być uznane za wiarygodne, powinny być permanentnie dokonywane, bądź nawiązywać do spisów, które są stale aktualizowane (spis ludności, rejestr urodzin, rejestr zgonów). Przynajmniej raz do roku powinna następować ich aktualizacja. Jeśli wyborcy nie są rejestrowani automatycznie, rejestracja powinna następować w odpowiednio długim okresie. Spisy wyborców powinny być publicznie dostępne. Powinna być zapewniona procedura administracyjna, podlegająca sądowej kontroli, lub procedura sądowa umożliwiająca rejestrację wyborcy, który nie został zarejestrowany. Rejestracja nie powinna następować w wyniku decyzji podejmowanych przez komisję wyborczą w dniu wyborów. Taka sama procedura powinna umożliwiać wyborcom żądanie skorygowania spisów wyborców w racjonalnym czasie. Może być zastosowana procedura dodatkowej rejestracji w odniesieniu do wyborców, którzy zmienili miejsce zamieszkania lub osiągnęli wiek uprawniający do udziału w głosowaniu po zakończeniu sporządzania spisu wyborców<sup>66</sup>.

## **Zasada równości formalnej w referendach**

Każdy wyborca powinien mieć, jako zasada, jeden głos. Jeśli jednak system przewiduje możliwość oddania większej liczby głosów, każdy wyborca powinien mieć tą samą liczbę głosów<sup>67</sup>. Można to uznać za zastosowanie zasady równości formalnej.

<sup>65</sup> *Guidelines...*, § III.4.a-f.

<sup>66</sup> *Guidelines...*, § I.1.2.

<sup>67</sup> *Guidelines...*, § I.2.1.

### Kształt pytania postawionego w referendum

Kształt pytań przedłożonych pod referendum powinien spełniać następujące wymogi: 1) jedność formy (to same pytanie nie może stanowić kombinacji specjalnie sformułowanego projektu poprawki z generalnie określoną propozycją lub zasadą); 2) jedność zawartości (z wyjątkiem przypadku pełnej rewizji tekstu (konstytucji, ustawy), powinien być nierozzerwalny związek pomiędzy różnymi częściami pytania poddanego głosowaniu, po to, by zagwarantować pełną swobodę głosującego, który nie powinien być wzywany do zaaprobowania lub odrzucenia propozycji nie pozostających w ścisłym związku; rewizja szeregu rozdziałów dokumentu w tym samym czasie powinna być traktowana jako pełna rewizja); 3) jedność hierarchicznego szczebla (jest rzeczą pożądaną, by to samo pytanie nie mogło być symultanicznie zastosowane do ustawodawstwa o zróżnicowanej pozycji w hierarchii źródeł prawa)<sup>68</sup>. Kształt dokumentu przedłożonego pod głosowanie w referendum powinien być zgodny z aktami wyższego rządu (zasada hierarchii norm). Nie może być on niezgodny z prawem międzynarodowym oraz ze statutowymi zasadami Rady Europy (demokracja, prawa człowieka, rządy prawa). Jeśli tekst dokumentu pozostaje w sprzeczności z tymi zasadami, nie może być poddany pod referendum<sup>69</sup>.

Problem poddany pod referendum powinien być jasno sformułowany. Nie powinien sugerować odpowiedzi. Wyborcy powinni być poinformowani o skutkach referendum. Głosujący powinni mieć wyłącznie szansę głosowania „tak”, „nie”, lub wstrzymania się poprzez pozostawienie pustego miejsca. Władze powinny zapewnić obiektywną informację. Oznacza to, że tekst poddany pod referendum, raport objaśniający oraz zrównoważone materiały kampanijne uwzględniające stanowisko zwolenników i przeciwników powinny być dostępne z odpowiednim wyprzedzeniem, przez co należy rozumieć, że: 1) będą ogłoszone w oficjalnym publikatorze z odpowiednim wyprzedzeniem w stosunku do dnia głosowania; 2) będą wysłane do obywateli i otrzymane przez nich z odpowiednim wyprzedzeniem w stosunku do dnia głosowania; 3) raport wyjaśniający będzie uwzględniała zrównoważoną prezentację poglądów władzy wykonawczej i ustawodawczej oraz osób je popierających, jak również poglądów opozycyjnych; 4) informacje te będą dostępne w języku oficjalnym i w językach mniejszości narodowych; 5) powinny być ustanowione sankcje dla tych, którzy naruszają obowiązek neutralności i prawo uczestników głosowania do swobodnego formowania opinii<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> *Guidelines...*, § III.2.

<sup>69</sup> *Guidelines...*, § III.3.

<sup>70</sup> *Guidelines...*, § I.3.1.

## **Zasada równości szans zwolenników i przeciwników rozwiązania poddanego pod referendum**

Wytyczne mocno eksponują zasadę zapewnienia równych szans dla zwolenników i przeciwników rozwiązania będącego przedmiotem referendum. Władze publiczne powinny zachować neutralność w odniesieniu do: 1) przebiegu kampanii referendalnej; 2) zawartości przekazu medialnego, zwłaszcza przez media publiczne; 3) publicznego finansowania kampanii i jej uczestników; 4) wysyłania materiałów wyborczych i reklamowych; 5) prawa do publicznego demonstrowania poglądów. W publicznym radiu i telewizji w trakcie kampanii referendalnej powinien być zapewniony równy dostęp dla zwolenników i przeciwników rozwiązania poddanego pod referendum. Równowaga powinna być zapewniona także w innych środkach masowego przekazu, zwłaszcza w programach informacyjnych. Równość powinna być zapewniona w odniesieniu do zastosowania publicznego subsydiowania i innych form wsparcia. Takie wsparcie powinno być jednak ograniczone dla zwolenników lub przeciwników rozwiązań, którzy mają pewne minimalne poparcie w elektoracie. Gdy chodzi o poparcie dla partii politycznych, może być ono równe bądź proporcjonalne. Jeśli zastosowane jest to pierwsze, partie powinny być potraktowane równo bez względu na aktualną siłę w parlamencie lub poparcie w elektoracie. Jeśli zastosowane jest to drugie, partie powinny być potraktowane zgodnie z wynikami osiągniętymi w wyborach. Finansowe i inne warunki reklam w radiu i telewizji powinny być takie same dla zwolenników i przeciwników. Zgodnie z zasadą swobody informacji, powinien być zapewniony pewien minimalny dostęp do prywatnych środków masowego przekazu. Finansowanie partii politycznych i kampanii referendalnej powinno być jawne. Zasada równości może prowadzić do ograniczenia, w pewnych sytuacjach, do ograniczenia wydatków ponoszonych przez partie w referendach, zwłaszcza w odniesieniu do reklamy. Na sprawców naruszenia obowiązku neutralności mogą być nałożone sankcje<sup>71</sup>.

## **Traktowanie mniejszości narodowych w referendach**

W świetle wytycznych, wprowadzenie specjalnych postanowień dotyczących mniejszości narodowych w sposób proporcjonalny, nie narusza co do zasady równości wyborów. Zastrzeżono przy tym, że wyborcy nie mogą być zmuszani w trakcie referendum do ujawnienia swej przynależności do mniejszości narodowej<sup>72</sup>.

## **Zasada bezstronności władz publicznych w referendach**

Wytyczne podkreślają potrzebę zapewnienia bezstronności władz publicznych w trakcie referendum, po to, by umożliwić uczestnikom referendum swobodne formułowanie opinii. Inaczej jednak niż to ma miejsce w odniesieniu do wyborów, nie

<sup>71</sup> *Guidelines...*, § 1.2.2.

<sup>72</sup> *Guidelines...*, § 1.2.3.

jest konieczne całkowite zabronienie władzom publicznym zajmowania stanowiska za lub przeciw propozycji poddanej pod referendum. Jednakże władze publiczne (krajowe, regionalne i lokalne) nie powinny wpływać na wynik referendum poprzez nadmierną, jednostronną kampanię. Powinno być zabronione używanie środków publicznych przez władze publiczne w trakcie kampanii referendalnej<sup>73</sup>.

### **Zasada jasności procedury głosowania w referendach**

Procedura głosowania powinna być zrozumiała dla obywateli. Głosujący powinni mieć zapewnione prawo do głosowania. Zastosowanie innych sposobów głosowania jest możliwe przy spełnieniu następujących warunków: 1) głosowanie pocztowe może być dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest bezpieczne i rzetelne; prawo do głosowania za pośrednictwem poczty powinno być ograniczone do osób, które przebywają w szpitalu, są uwięzione, mają ograniczoną zdolność do poruszania się lub przebywają za granicą; muszą być wykluczone fałszerstwa i wywieranie presji; 2) głosowanie elektroniczne może być dopuszczone jedynie w zgodzie z postanowieniami zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy<sup>74</sup>; w szczególności, może być zastosowane, gdy jest bezpieczne, wiarygodne, efektywne, technicznie możliwe, otwarte do publicznej weryfikacji i łatwo dostępne dla głosujących; system musi być transparentny; jeśli kanały elektronicznego głosowania nie są powszechnie dostępne, powinny stanowić jedynie dodatkowe lub opcyjne formy głosowania; 3) bardzo restrykcyjne zasady powinny być zastosowane w odniesieniu do głosowania za pomocą pośrednika (voting by proxy); liczba pośredniczenia dla jednego głosującego powinna być ograniczona; 4) głosowanie za pomocą ruchomej urny wyborczej (mobil ballot boxes) powinno być dopuszczalne pod restrykcyjnymi warunkami, które uniemożliwiają ryzyko fałszerstwa<sup>75</sup>.

### **Zasada tajności w referendach**

Głosowanie powinno być tajne. Tajność głosowania jest nie tylko prawem, ale również obowiązkiem, a naruszenie zasady tajności powinno być karane<sup>76</sup>.

### **Zasada osobistego głosowania w referendach**

Głosowanie powinno być osobiste. Głosowanie rodzinne i inne formy głosowania, umożliwiające kontrolę przez jednego głosującego głosu innych głosujących powinno być zabronione. Lista osób, które uczestniczyły w głosowaniu, nie powinna być upubliczniana<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> *Guidelines...*, § 1.3.1.a.b.

<sup>74</sup> Recommendation Rec(2004)11 on Legal, operational and technical standards for e-voting. Por. J. Jaskiernia, *Alternatywne sposoby głosowania w świetle prac instytucji system Rady Europy* [w:] *Alternatywne sposoby głosowania a aktywizacja elektoratu*, red. S. Grabowska, R. Grabowski, Rzeszów 2007, s. 196.

<sup>75</sup> *Guidelines...*, § 1.3.2.a.i-vi.

<sup>76</sup> *Guidelines...*, § 4.a.

<sup>77</sup> *Guidelines...*, § 4.b-c.

## Kryteria oceny prawidłowości przeprowadzenia referendów

Przynajmniej dwa kryteria powinny być zastosowane dla oceny prawidłowości głosowania: liczba kart do głosowania wydanych i liczba kart znajdujących się w urnie po zakończeniu głosowania. Karty do głosowania nie powinny naruszać lub oznaczane przez członków komisji wyborczych. Niezużyte lub nieważne głosy nie mogą być wynoszone poza komisję wyborczą. Komisje wyborcze powinny uwzględniać przedstawicieli partii politycznych oraz powinna być zapewniona obecność obserwatorów powołanych przez partie polityczne lub grupy, które zajęły stanowisko w odniesieniu do przedmiotu referendum, zarówno w trakcie głosowania, jak i liczenia głosów. Personel wojskowy powinien mieć szansę głosowania w miejscu zamieszkania, gdy jest to możliwe; w innym przypadku, powinien być uprawniony do głosowania w najbliższej komisji do głosowania w stosunku do miejsca wykonywania obowiązków<sup>78</sup>.

## Zasady obliczania głosów w referendach

Obliczanie głosów powinno w zasadzie mieć miejsce na terenie komisji wyborczej. Obliczanie głosów powinno być transparentne. Obserwatorzy, reprezentanci zwolenników i przeciwników rozwiązania poddanego pod referendum oraz przedstawiciele mediów powinni mieć prawo do obecności podczas liczenia głosów. Osoby te powinny mieć też dostęp do dokumentów. Rezultaty głosowania powinny być przesyłane do komisji referendalnych wyższego szczebla w zapewnieniu otwartości. Państwo powinno zapewnić karanie wszystkich, którzy dopuszczają się jakiegokolwiek referendalnego oszustwa<sup>79</sup>.

## Zasady obserwowania referendów

Zarówno krajowi, jak i międzynarodowi obserwatorzy powinni mieć jak najszerszą szansę do uczestnictwa w obserwowaniu referendum. Obserwowanie nie powinno być ograniczone do dnia referendum, a powinno uwzględniać kampanię referendalną oraz, tam, gdzie jest to możliwe, rejestrację wyborców oraz zbieranie podpisów. Powinny być stworzone warunki dla ustalenia nieprawidłowości zarówno przed, w trakcie i po głosowaniu. W szczególności powinno to być możliwe w trakcie liczenia głosów. Obserwatorzy powinni mieć możliwość dotarcia wszędzie tam, gdzie działania związane z referendum mają miejsce (np. tam, gdzie następuje liczenie głosów i ich weryfikacja). Miejsca, gdzie obserwatorzy nie mają dostępu powinny być jasno wskazane w ustawie, wraz z uzasadnieniem zakazu. Obserwowanie powinno obejmować również to, czy władze w swych działaniach referendalnych zachowują bezstronność<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> *Guidelines...*, § 3.2.vii–xi.

<sup>79</sup> *Guidelines...*, § 3.2..xii–xv.

<sup>80</sup> *Guidelines...*, § II.3.2. Por. J. Jaskiernia, *Międzynarodowe obserwowanie wyborów jako czynnik demokratyzacji procesów wyborczych*, [w:] *Z zagadnień współczesnych społeczeństw demokratycznych*, red. A. Jamróz, S. Bożyk,

## Zasady kwestionowania wyników referendów

Powinien być zapewniony efektywny system odwoławczy. Ciałami odwoławczymi w kwestiach referendalnych powinny być albo komisje referendalne, albo sąd. W każdym przypadku, ostateczne odwołanie do sadu powinno być możliwe. Procedury odwoławcze powinny być proste i pozbawione formalizmu, zwłaszcza w odniesieniu do dopuszczalności odwołania. Procedura odwoławcza, a w szczególności uprawnienia i kompetencje ciał odwoławczych powinny być jasno uregulowane przez ustawę, to to, by uniknąć konfliktów jurysdykcyjnych (zarówno pozytywnych, jak i negatywnych). W każdym przypadku ustawa powinna wskazywać na kompetentny organ. Odwołanie powinno być możliwe w odniesieniu do: 1) procedury rejestracji; 2) wniosków o przeprowadzenie referendum; 3) proceduralnych i merytorycznych kwestii przedłożonych pod referendum; prawo wewnątrz powinno przesądzać, czy taki przegląd jest obligatoryjny czy opcyjny; 4) zapewnienia tajności głosowania; 5) rezultatów głosowania. Ciało odwoławcze powinno mieć prawo do anulowania wyników referendum, jeśli nieprawidłowości mogły oddziaływać na jego wynik. Powinna być stworzona możliwość unieważnienia całego głosowania, bądź wyników głosowania w poszczególnych lokalach wyborczych. W przypadku unieważnienia całego referendum, nowe referendum powinno być ogłoszone. Wszyscy wyborcy powinni mieć prawo do odwołania, ale rozsądne kworum może być wprowadzone dla skutecznego złożenia odwołania. Czas na złożenie odwołania i jego rozpatrzenie powinien być krótki. Powinno być zapewnione prawo do wysłuchania obu stron przy rozpatrywaniu skargi. Jeśli ciałem odwoławczym jest najwyższa komisja referendalna, powinno być zapewnione *ex officio* prawo do zatwierdzenia lub odrzucenia decyzji podjętych przez komisje referendalne niższego rzędu<sup>81</sup>.

## Reguły zapobiegania nieważności referendów

Po to, by uniknąć uznania głosowania za całkowicie nieważne, władze powinny mieć prawo, przed głosowaniem, do skorygowania nieprawidłowo sformułowanego dokumentu, poddawanego pod głosowanie, np. wówczas, gdy: 1) pytanie jest niejasne, mylące lub sugerujące; 2) zostały naruszone zasady dotyczące procedury lub treści; w pewnym przypadku częściowa nieważność może być stwierdzona, jeśli pozostały tekst jest spójny; wprowadzenie podpunktów może być uzasadnione, by skorygować brak spójności dokumentu<sup>82</sup>.

Białystok 2006, s. 76; tegoż: *Międzynarodowi obserwatorzy wyborów w świetle Kodeksu wyborczego* [w:] *Prawo w służbie państwu i społeczeństwu. Prace dedykowane Profesorowi Kazimierzowi Działosze z okazji osiemdziesiątych urodzin*, red. B. Banaszak, M. Jabłoński, S. Jarosz-Zukowska, Wrocław 2012, s. 104; K. Spryszak, *Obserwowanie wyborów jako instrument implementacji międzynarodowych standardów prawnych w dziedzinie demokracji*, Toruń 2015, s. 67.

<sup>81</sup> *Guidelines...*, § II.3.3.

<sup>82</sup> *Guidelines...*, § III.4.g.

### **Konsekwencje przeprowadzenia ważnego referendum**

Jeśli referendum zostało uznane za ważne z punktu widzenia prawnego, to wówczas: 1) w pewnym okresie czasu dokument, który został odrzucony w referendum, nie może być przyjęty bez sięgnięcia po referendum; 2) w takim samym czasie, postanowienia, które zostały zaakceptowane w referendum, nie mogą być zmienione za pomocą innej metody; 3) powyższe zasady nie dotyczą sytuacji, gdy miała miejsce jedynie częściowa nowelizacja dokumentu, podczas gdy przeprowadzone referendum dotyczyło pełnej zmiany; 4) zmiana prawa najwyższego następująca w sposób odmienny, niż to wynika z wyników referendum, nie jest prawnie niedopuszczalna, ale powinno się jej uniknąć we wspomnianym okresie; 5) w przypadku odrzucenia dokumentu przyjętego przez parlament i poddania go pod głosowanie powszechne na żądanie części elektoratu, taki sam dokument nie może być poddany pod głosowanie, chyba że zażądano przeprowadzenia referendum<sup>83</sup>. Jeśli dokument został przyjęty w referendum przeprowadzonym na żądanie części elektoratu, powinno być możliwe zorganizowanie kolejnego referendum na żądanie pewnej części elektoratu, po upływie, gdzie ma to zastosowanie, uzasadnionego okresu czasu. Natomiast jeśli dokument został przyjęty w referendum przeprowadzonym na żądanie władz innych niż parlament, to powinno być dopuszczalne dokonanie zmian w dokumencie drogą parlamentarną lub poprzez referendum, po upływie, gdzie ma to zastosowanie, uzasadnionego okresu czasu<sup>84</sup>.

Jeśli dokument jest poddany pod referendum na wniosek części elektoratu lub władzy innej niż parlament, parlament powinien mieć prawo sformułowania niewiążącej opinii w stosunku do dokumentu poddawanego pod głosowanie powszechne. Jeśli wniosek o referendum jest wynikiem inicjatywy ludowej, parlament powinien być uprawniony do przedstawienia przeciwstawnej propozycji pod głosowanie, a oba dokumenty powinny być poddane pod głosowanie w tym samym czasie. Powinien być określony termin, w którym parlament przedstawia swoją opinię; jeśli termin nie zostanie dotrzymany, dokument może być poddany pod głosowanie bez opinii parlamentu<sup>85</sup>.

### **Kworum niezbędne dla uznania wyników referendum**

W odniesieniu do kworum niezbędnego do ważności referendum wytyczne zalecają, by nie przewidywać minimalnego kworum (próg, minimalny udział procentowy), bo to prowadzi do zrównania głosów osób głosujących „nie” z tymi osobami, które wstrzymały się od głosowania, a także nie wskazywać, jaki musi być poziom aprobaty (minimalny procent uprawnionych do głosowania), bo to niesie trudną sytuację polityczną, gdy projekt jest poparty przez zwykłą większość niższą

<sup>83</sup> *Guidelines...*, § III.5.1–b.

<sup>84</sup> *Guidelines...*, § III 5.c.

<sup>85</sup> *Guidelines...*, § III.6.



jednak niż wymagany próg poparcia<sup>86</sup>.

### Określenie skutków referendum

Skutki prawnie wiążącego lub konsultacyjnego referendum powinny być jasno określone w konstytucji lub w ustawie. Referenda dotyczące zasad lub ogólnie sformułowanych propozycji nie powinny być w zasadzie prawnie wiążące. Jeśli jednak są wiążące, powinna być przewidziana dalsza procedura postępowania<sup>87</sup>.

## 6. Uwagi końcowe

Wypracowanie w systemie instytucjonalnym Rady Europy reguł postępowania w odniesieniu do referendum stanowi istotny wkład tej organizacji w proces kreowania (wypełniania treścią) międzynarodowych standardów demokratycznych. Choć standardy zawarte w *Kodeksie dobrych praktyk referendalnych* nie mają charakteru prawnie wiążącego w kategoriach prawa międzynarodowego publicznego, a zaliczane są jedynie do tzw. „miękkiego prawa”, to stanowią one *de minimis* wyraz demokratycznego know-how, pomocnego dla państw członkowskich Rady Europy w procesie budowy instytucji demokratycznych. Szczególna rola Komisji Weneckiej wiąże się więc z tym, że pomaga ona państwom członkowskim, zwłaszcza z obszaru Europy Środkowej i Wschodniej, gdzie trwa proces konsolidacji instytucji demokratycznych, w znalezieniu rozwiązań konstytucyjnych i ustawowych, spełniających europejskie standardy.

*Kodeks dobrych praktyk referendalnych* jest w wielu miejscach dokumentem o bardzo ogólnym charakterze. Należy jednak pamiętać, że musiało tu nastąpić porozumienie wszystkich państw członkowskich. Zbyt kazuistyka utrudniałaby dojście do konsensu. Jest to jeden z powodów, dlaczego w odniesieniu do takich zagadnień, jak instytucja referendum, nie udało się zbudować rozwiązań konwencyjnych (prawnie wiążących). Mamy tu bowiem do czynienia z obszarem suwerenności państw w zakresie przesądzenia ich ustroju politycznego, gdzie organizacje międzynarodowe muszą postępować bardzo ostrożnie, by nie stworzyć wrażenia, że w sposób nieuzasadniony podważają suwerenne prawa państw członkowskich. Nie przypadkowo w *Kodeksie* tym eksponuje się „dobre praktyki”, a więc punkt ciężkości położony jest na upowszechnianie doświadczeń, a nie na narzucanie rozwiązań. Należy przy tym uwzględnić, że w odniesieniu nie do wszystkich zagadnień udało się wypracować *communis opinio* wśród badaczy instytucji referendum, a tym samym trudno oczekiwać, by występujące spory doktrynalne rozstrzygała organizacja międzynarodowa.

*Kodeks dobrych praktyk referendalnych* nie jest, jak się wskazuje, dokumentem wolnym od wad. Nie wszystkie zalecenia zostały sformułowane z należytą precyzją.

<sup>86</sup> *Guidelines...*, § III.7. Por. L. Aguiar-Conraria, *Referendum Design: Voter Turnout, Public Choice* 2010, nr 1, s. 66.

<sup>87</sup> *Guidelines...*, § III.8. Por. A. Wierzbicki, *Referendum w sprawie wartości. Totalitarne skrzywienie demokracji?*, *Ethos* 2003, nr 1/2 s. 73.

Pewnym mankamentem jest nieustosunkowanie się do kilku istotnych zagadnień referendalnych (np. dopuszczalnych wyłączeń spod głosowania referendalnego pewnych spraw, kręgu podmiotów zarządzających referenda, mocy prawnej inicjatyw społecznych w tym zakresie). Generalna ocena tego dokumentu jest jednak pozytywna. Może się on bowiem przyczynić do nadawania instytucji referendum właściwego jej, demokratycznego wymiaru w państwach, w których cel ten nie został jeszcze osiągnięty czy też ze względu na ułomne regulacje prawne, czy na brak zainteresowania zastosowaniem tej instytucji<sup>88</sup>.

Standardy Rady Europy dotyczące referendum stanowią istotny punkt odniesienia dla oceny referendum dokonywanej przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, zwłaszcza tych, które miały istotne konsekwencje – jak np. referendum w sprawie suwerenności Czarnogóry<sup>89</sup>. Są też użyteczne przy badaniu realizacji zobowiązań państw członkowskich w stosunku do Rady Europy, zarówno w procedurze akcesyjnej, jak i w procedurze monitoringowej<sup>90</sup>. Nade wszystko pomagają one jednak państwom członkowskim Rady Europy w poszukiwaniu optymalnej formuły konstytucyjnej i ustawodawczej w procesie regulowania podstawowych instytucji ustrojowych<sup>91</sup>.

## Streszczenie

Referendum jest traktowane przez Radę Europy jako instrument należący do europejskiego krajobrazu wyborczego. W ostatnich latach zwiększyło się sięganie po ten instrument w państwach członkowskich Rady Europy, jako konsekwencja uznania jego politycznego znaczenia. Uznając referendum za pozytywny środek umożliwiający obywatelom uczestnictwo w politycznym procesie decyzyjnym, Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy konsekwentnie domagało się, by Rada Europy, jako organizacja promująca i wdrażająca demokrację i rządy prawa, sformułowała jasne i kompleksowe zasady w tym obszarze. Dlatego też Zgromadzenie Parlamentarne z uznaniem powitało przyjęcie przez Europejską Komisję na Rzecz Demokracji przez Prawo (Komisję Wenecką) Kodeksu dobrych praktyk referendalnych. Autor analizuje ten dokument w szerszym kontekście demokratycznej aksjologii Rady Europy dotyczącej instytucji referendum.

<sup>88</sup> Zob. G. Kryszewski, *Kodeks...*, s. 635.

<sup>89</sup> Resolution 1514(2006), *Consequences of the referendum in Montenegro*. Assembly debate on 29 June 2006 (22<sup>nd</sup> Sitting). Doc. 10980, report of the Political Affairs Committee, rapporteur: Lord Russel-Johnston). Text adopted by the Assembly on 29 June 2006.

<sup>90</sup> Zob. J. Jaskiernia, *Wpływ procedury monitoringowej na implementację standardów Rady Europy przez państwa członkowskie* [w:] *60 lat Rady Europy: Tworzenie i stosowanie standardów prawnych*, red. H. Machińska, Warszawa 2009, s. 121; tegoż, *Wpływ procedury akcesyjnej i monitoringowej Rady Europy na transformację systemów wymiaru sprawiedliwości w państwach Europy środkowej i Wschodniej* [w:] *Transformacja systemów wymiaru sprawiedliwości*, tom I: *Pozycja ustrojowa władzy sądowniczej i uwarunkowania transformacji*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2011, s. 251.

<sup>91</sup> Zob. J. Jaskiernia, *Influence of the European Democratic Standards on the Constitutional Development in Poland after 1989*, *Armenian Journal of Political Science* 2015, nr 1, s.19.

**Słowa kluczowe:**

demokracja bezpośrednia, referendum, Rada Europy, Komisja Wenecka

**Referendum as an Instrument of Direct Democracy in the Council of Europe's Axiology System****Summary**

Referendum is treated by the Council of Europe as an instrument which belong to the European electoral heritage. In recent years, recourse to this instrument in the Council of Europe member states has increased, as has the public perception of its political impact. While considering referendums as a positive means to enable citizens to participate in the political decision-making process and to bridge the distance between them and decision makers, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe has constantly demanded that the Council of Europe, as an organization devoted to the promotion and reinforcement of democracy and the rule of law, establish clear and comprehensive guidelines in this field. Therefore the Parliamentary Assembly has welcomed the adoption of the Code of Good Practice on Referendums by the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). The author analyses this document in the broader context of democratic axiology of the Council of Europe towards the institution of referendum.

**Keywords:**

direct democracy, referendum, Council of Europe, Venice Commission

**Jerzy Jaskiernia** – prof. dr hab. nauk prawnych; profesor zwyczajny i dyrektor Instytutu Prawa, Ekonomii i Administracji oraz kierownik Zakładu Prawa Konstytucyjnego, Europejskiego i Międzynarodowego Publicznego Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach; członek Komitetu Nauk Politycznych Polskiej Akademii Nauk; w latach 1994–2005 delegat do Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy; marszałek Stowarzyszenia Parlamentarzystów Polskich i wiceprezydent Europejskiego Stowarzyszenia Byłych Parlamentarzystów (FP-AP); autor ponad 400 publikacji naukowych z zakresu prawa konstytucyjnego i systemów politycznych.





**Volodymyr Kampo**

## **Referendum democracy in Ukraine: history and development prospects**

### **Introduction**

After ambiguous results of referenda–2016 in the Netherlands (concerning the ratification of the Agreement on Association of Ukraine with the European Union) and in Great Britain (about its secession from the European Union), the interest of Europeans, including Ukrainians, to the referendum democracy had significantly grown and became a real factor in politics.

The referendum democracy in the independent Ukraine (we will be limited to consideration of questions of All-Ukrainian referenda) has a difficult 25-years' experience of functioning – with its ups and downs, attempts to use referenda in political games and so forth. This experience requires a deep studying, and both – its actual content and the consideration of “the lost opportunities”, i.e. processes in this area with a hidden (latent) nature.

The future of referendum democracy after the Revolution of Dignity (November, 2013 – February, 2014) can only be pro-European, as Ukraine has officially chosen a European integration course. The country needs the European model of such democracy, which would satisfy requirements and inquiries of a democratic civil society. And today the latter sharply reacts to the attempts of any forces to limit or humiliate the position of the people as the only source of the power in the country, established by Article 5 of the Constitution of Ukraine.

In our opinion, the constitutional regulations on the European common democratic values (hereinafter refer to as ECDVs), first of all, shall be the basis for referendum democracy restarting. These are the following: the dignity and human rights, a rule of law and a constitutional democracy, which are to some extent enshrined in Articles 3 and 8, in Sections II and III of the Constitution of Ukraine.

The Orange Revolution (October–December, 2004) and also the Revolution of Dignity, in our opinion, “have pushed aside” referendum democracy into the background. Actually, these revolutions have accomplished some “work”, which perhaps should be done by several referenda.

As for ECDVs, so today they already have more or less broad public support, but its systematic implementation in Ukraine is quite far enough. Therefore, a reboot of referendum democracy on ECDVs basis is a very difficult thing. But it had been already realized, at least, by the progressive part of Ukrainian political class that builds reform efforts on this issue. The only problem is how to do it effectively.

## History

It is known that history teaches that it teaches nothing. Also, a history of referendum democracy in Ukraine teaches that it teaches nothing. Because so far everything develops as it develops.

Referendum democracy in Ukraine, having endured a certain boom in the early 1990s, subsequently faded into the background and today endures a deep political and legal crisis. This democracy lacks: a) the leaders of the European type; b) a modern legislation on the All-Ukrainian referendum that would lean on ECDVs; c) a new constitutional doctrine.

In fact, a specified history began with the all-Union referendum on preservation of the so-called "updated" USSR on March 17<sup>th</sup>, 1991. Then the USSR government added the republican bulletin to the already existed union bulletin with a question for Ukrainians: "Do you agree that Ukraine has to be a part of the Union of the Soviet Sovereign States on the basis of the Declaration on the state sovereignty of Ukraine?"<sup>1</sup>. The Verkhovna Rada of the Ukrainian Soviet Socialist Republic has adopted this Declaration on July 16<sup>th</sup>, 1990.

After declaration of independence of Ukraine, the new stage in the development of referendum democracy began. On December 1<sup>st</sup>, 1991, the first All-Ukrainian referendum, which approved the Act of declaration of independence of Ukraine on August 24<sup>th</sup>, 1991, was held at the initiative of the Verkhovna Rada of Ukraine (hereinafter referred to as Parliament). This referendum was not only constitutionally and legally important, but it also had a social and political value: there were first signs of the new political nation that had chosen the democratic future.

The second referendum took place on April 16<sup>th</sup>, 2000 on a nation initiative, on which four questions on further reforming of the Constitution of Ukraine of the year 1996 were approved. The Constitutional Court of Ukraine recognized the decision of a referendum obligatory for the Parliament. The latter, in fact, refused to implement in the text of the Constitution the ideas, put in these questions: about reduction of the structure of parliament, about a two-chamber parliament and so forth<sup>2</sup>.

Thus, the Parliament created an unconstitutional precedent, on which it may not carry out the decision of a referendum, if it does not agree with its contents. Actually, the Parliament put itself above the people, though, it is obvious that it had no right to do it and had to bear the constitutional responsibility for it. I.e. its powers should be stopped prematurely, but it did not happen, in our opinion, because of the insufficient legitimacy of the President of Ukraine. The latter had to react to violations of the Constitution by the Parliament, being its guarantor. But the head of the state had no sufficient trust and support from the society, and, therefore, could not appoint early

<sup>1</sup> See: The Decree of the USSR Presidium of the Supreme Court dated February 22<sup>nd</sup>, 1991 №759–XII – zakon. rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=759–12 "On the content of the newsletter, which is made by the Verkhovna Rada of the Ukrainian SSR on the referendum on March 17<sup>th</sup>, 1991" // Supreme Council of the USSR. – 1991. – № 13. – Art. 150.

<sup>2</sup> See: Pohorilko V.F., Fedorenko V.L. Constitutional law of Ukraine. Academic course: Textbook: In 2 Vol. – Vol. 1 / Ed. Pohorilko V.F. – K.: "Publishing House "Yurydychna Dumka", 2006. – P. 107 (In Ukrainian language).

parliamentary elections.

A compound elements of the history of All-Ukrainian referenda are some attempts of its organization for definite political goals, which very soon lost its relevance. It is about referenda, which were announced by the authorities, but due to a certain combination of circumstances were cancelled by them.

So, at the end of the year 1992, the proto democratic party Narodnyi Rukh Ukrayiny ("The People's Movement of Ukraine") tried to collect three million signatures from the citizens for holding a referendum on a national initiative on the early termination of powers of the Parliament. However, the necessary number of signatures was not collected by the movement in the time determined by the law, because of the bad organization of signature collection and a certain political resistance to authorities.

Nevertheless, idea of the specified referendum, considering an acute social and political crisis in Ukraine of that time, remained actual. On June 17<sup>th</sup>, 1993 the Parliament adopted the resolution "On holding the All-Ukrainian Referendum on trust (mistrust) to the President and Verkhovna Rada of Ukraine". But over time, this attempt of the organization of a referendum was not successful as well: under the pressure of some new political circumstances, the Parliament repealed the resolution and appointed early presidential and regular parliamentary elections, which took place in 1994.

It is also possible to mention one more attempt of holding the All-Ukrainian referendum. But that attempt was not also brought to practical implementation. So, adoption of the Constitution of Ukraine by the Parliament on June 28<sup>th</sup>, 1996, actually, turned out to be a consequence of the fact that its deputies became very frightened, having learned out about the presidential decree of Leonid Kuchma (1994–2004 years of presidency) about holding the constitutional referendum in September, 1996. The latter had to approve a new draft constitution, prepared under patronage of the Presidential Administration. After obtaining information on this decree, the Parliament overnight adopted the Constitution of the year 1996. The draft of this Constitution had being prepared by the Parliament for several months, but nobody hurried to accept it. Until a mentioned decree appeared and was repealed by the President after adoption of the Constitution.

If you turn to history, then one may discover that the first five years of independence of Ukraine were the period of its highest achievements for referendum democracy. Further, it began "to fade". In our opinion it happened, because the elective and parliamentary democracy began to develop dynamically. And as it was already mentioned, the Maidan democracy also promoted this "fading". The referendum democracy itself began to affect the country life more and more as a certain virtual tendency, which indicated flashes of public interest in referenda from time to time, and then indicated its disappearances.

This can be seen in the history of All-Ukrainian referenda. For example, they were really planned and prepared, but due to some circumstances they did not take place.

So, the idea of holding the constitutional referendum was popular, in particular,

after the Orange revolution. The reasons for it are the changes to the Constitution of Ukraine of the year 1996, accepted by the Parliament on December 8<sup>th</sup>, 2004 for the country's transition to semi-parliamentary form of government. These changes were accepted with the extreme violations of constitutional procedure and had no appropriate legitimacy.

Therefore, a project on amendments to the Constitution of Ukraine was prepared under the auspices of the President Viktor Yushchenko (2005–2010 – years of presidency). On August 25<sup>th</sup>, 2009, the project was put to public discussion<sup>3</sup>. But the referendum, where it was planned to approve this project, didn't happen: V. Yushchenko's powers ended in February, 2010. It is obvious that if he was re-elected for the new term of presidential powers, such referendum would be held.

The history of referenda in Ukraine includes not only single offers on holding the constitutional and other referenda, and these offers were brought by various political parties, presidential candidates and people's deputies candidates, etc. These offers, as a rule, had and have manipulative character, but at the same time they are the testimony of wide public interest in a referendum democracy.

Historical experience also indicates that under certain political conditions the authorities do not react on objective and constitutionally reasonable need for holding referenda. So, it is about the potential, officially not declared referenda, which, in our opinion, also should be studied in the context of this experience. Thus, we can establish potential needs for holding referenda and compare them to the realized opportunities.

So, the introduction of essential changes to the Constitution of Ukraine of the year 1996 by the Parliament in 2004 (with a violation of constitutional process), actually led to the split of a politicum and the country in general. After that, in our opinion, the Parliament and the President of Ukraine were obliged to submit urgently its changed text for a referendum and to give the chance to the people to resolve an issue, what text of the Constitution had a bigger value for them: a sample of the year 1996 or in edition of the year 2004? Therefore, the country would receive a really legitimate Constitution, which the country still doesn't have till today.

As we see, the history of referendum democracy in Ukraine is very specific. It is almost impossible to name the only general "denominator" or a certain general tendency of its development. Actually, the tendencies of its development were changing together with the changes of a social and political situation in the country. However, some conclusions from this history should be drawn:

first of all, the referendum democracy in Ukraine did not go beyond a stage of its formation. The fact that the law about All-Ukrainian and local referenda of the year 1991 works today in Ukraine also points for that. So, the Parliament needs to adopt the new legislation on All-Ukrainian referendum urgently, first of all, taking

<sup>3</sup> See: On the submission to the national discussion of the draft law of Ukraine "O namendments to the Constitution of Ukraine". The decree the President of Ukraine dated August 25<sup>th</sup>, 2009 [An electronic resource]. – Access mode: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/671/2009>



into account ECDVs;

secondly, it is possible to assume that the Maidan democracy developed partially because of shortage of referendum democracy, which was never realized after the year 2000. Such people as Ukrainians have an organic requirement to resolve nation-wide issues by voting. Therefore, in order the people had less reasons to gather Maidan meetings, it is necessary to develop an institute of the All-Ukrainian referendum;

thirdly, the history teaches that the organization and holding of All-Ukrainian referendum always have to be constitutionally motivated; it has to be carried out in all constitutionally necessary cases, but at the same time it cannot be converted into a tool of a political game.

### **Perspectives**

It is clear that after such a conventional history of referendum democracy in Ukraine, it is difficult to write about its prospects.

Forecasts are known to be a thankless thing. But they let us take a look into the future of a referendum democracy.

Prognostic function does not cause any special admiration both in the law and constitutional science. It also concerns the issues of the future of a referendum democracy that is considered mainly in a formal and legal aspect by the Ukrainian scientists–constitutionalists<sup>4</sup>. But in modern social and political and constitutional conditions, views of its future demand broader innovative approaches.

Speaking about prospects of development of referendum democracy in Ukraine, it is necessary to divide this problem into two parts: constitutional and legal and social and political.

It is obvious that the constitutional measurement of referendum democracy in Ukraine has a basic value and it should be considered as an independent factor of its evolution or re-evolution. Constitutional understanding of this democracy allows predicting the following prospects: a) implementing and guaranteeing of ECDVs in this sphere of public life; b) development of the current referendum legislation and practice of its application and so forth.

As it was already mentioned, the existing legislative base concerning the organization and holding of All-Ukrainian referenda is too outdated and needs updating. Before the Revolution of Dignity, numerous attempts to consider and adopt the law on the All-Ukrainian referendum took place in the Parliament. But the authoritative Ukrainian government did not really understand why it needed such a law, moreover, it can be used by its opponents.

Today the progressive part of the government does not only understand, but also is interested in adoption of the law on the All-Ukrainian referendum, which would

<sup>4</sup> For example, see: Onischuk M.V. Referendum democracy: problems of constitutional theory and practice. – K.: Publishing House of European University, 2009. – 450 p. (In Ukrainian language)

meet the European standards, first of all, would implement the ECDVs. In our opinion, this law has to consist of some other basic provisions as well, which have to include, in particular, the following:

- 1) the law has to define that the consolidation of society around strategic problems of social and political development of the country, which cannot be solved or can be solved insufficiently well through parliamentary procedure, has to be the purpose of the All-Ukrainian referendum;
- 2) considering permanent political crises in Ukraine, the law on the All-Ukrainian referendum has to fix a certain balance between the referendum, elective and representative democracy, and also to fix the balance in the relations of the main subjects of the referendum democracy: the people, the Parliament and the President of Ukraine; at the same time none of these subjects should have any benefits;
- 3) the text of a new edition of the Constitution of Ukraine has to be a subject to the obligatory approval on the All-Ukrainian referendum (in this issue, there is a decision of the Constitutional Court of Ukraine). The essential changes in it, in particular, concerning the system of state authorities and local government bodies, have to be submitted for a referendum optionally;
- 4) it is necessary to provide in the law an obligatory consideration of the issues and draft laws by the Constitutional Court, submitted for the All-Ukrainian referendum, in particular, a compliance of its provisions to the constitutional norms not only on human rights, but also on the other ECDVs;
- 5) it is necessary to introduce the All-Ukrainian electronic referendum, which would have a consultative status. Participation of not less than two–three million of adult Ukrainians, the Internet users, registered in the State register of voters of Ukraine, would be a condition of its legitimacy, for example. It would allow deepening the feedback between the people, first of all, between the youth and the government. Needless to say about such communication of the government with the millions of Ukrainians, working abroad. Perhaps, the question of the All-Ukrainian electronic referendum should be settled in the separate legal act.

It is clear, that methodologically it is impossible to tear off the constitutional institute of the All-Ukrainian referendum from social and political conditions, in which it “lives and works”. The law cannot function in itself or out of society or out of the country, in which it functions. Of course, it does not mean that the law loses independence or is dissolved in components of society and country. It is characterized by legal definiteness and other formal signs. It can always be distinguished from other public phenomena and processes.

Therefore, the referendum democracy, in our opinion, has to be considered in unity of its constitutional and legal bases and other social and political institutes, phenomena and processes with which it is integrally connected. Let's consider its relationships with politics, culture and ideology.

The referendum democracy has the closest relationship with politics, and, therefore, its future depends on regularities and tendencies of development of the political system of Ukraine. Today a fight against political populism and corruption, fake political parties and public organizations, other shortcomings of the operating political system, creates conditions for an appropriate development of a referendum democracy as a part of a constitutional democracy. The legislation on the All-Ukrainian referendum and the practice of its application must taking into consideration these tendencies of development of the political system.

Undoubtedly, the future of the referendum democracy in Ukraine largely depends on the development of culture and traditions of the people. So, the considerable part of Ukrainians observes traditional culture, though many of them are representatives of modern culture. The analysis of social practice indicates that the European model of the referendum democracy is closer to the representatives of modern culture, and Post-Soviet model of this democracy is closer to people of traditional culture.

Therefore, it is necessary to consider a ratio of interests and values of Ukrainians of traditional and modern culture, while developing the legislation on the All-Ukrainian referendum, as well as the practice of its application. At the same time, the main attention of the country has to be drawn to the dynamic development of the modern culture, which serves the leading business, politics, the law, etc. At the same time, the authorities should not forget about the interests and values of traditional culture, which is a spiritual cradle of the Ukrainian people.

However, along with the tendencies, which promote the progress of the referendum democracy, there are many risk factors in life of the Ukrainian society, which significantly interfere with its development. First of all, these are the factors connected with the Soviet totalitarian and Post-Soviet authoritative past: utopianism, paternalism, populism, traditionalism, nihilism, obscurantism and so forth.

It is obvious that for the purpose of overcoming of the specified shortcomings in the public consciousness of citizens, a democratic nationality has to provide awareness-building work among Ukrainians. One should tell people the truth, first of all, about themselves.

Risk factors also may include some other factors, concerning modern problems of the referendum democracy, which were developed at a stage of European integration of Ukraine: resistance of regressive part of a political class to the reset of this democracy; insufficient influence of civil society on the development of democratic, public and constitutional consciousness of Ukrainians and so forth. In order to overcome these factors, Ukraine, in our opinion, needs a model of aggressive democracy, which, in particular, is effectively implemented in Germany<sup>5</sup>.

As we can see, the referendum democracy in Ukraine doesn't have any simple and easy way to achieve excellence and efficiency. It is No, when it comes to the issue of legislative regulation of All-Ukrainian referendum; it is No, when it comes to the

<sup>5</sup> For example, see: The principle of the statute country: constitutional and statute and administrative and statute aspects / Katarina Sobota; [translation from German by G. Ryzhkov, O. Blaschuk, K. Tatarchuk]; resp. editor A. Syroyid – K.: VAITE, 2013. – 608 p. (In Ukrainian language)

building of a new culture of democracy.

We believe that in the unseen dispute between the hopeless past and promising future of the referendum democracy in Ukraine, a new democratic elite has to say its feasible word. This elite is in the middle of its formation and it presents its political voice, and eventually it may take a leading position in the society and country.

### **Instead of conclusions**

Today Ukraine is facing an extremely important task: to create a model of the referendum democracy, corresponding to its historical, mental, public and civilizational demands and requirements. Actually, it is about a revival of institute of All-Ukrainian referenda, which has played a positive role in the first years of Ukrainian independence, and subsequently lost its value.

However, let's be fair: nothing will promote such a performance of the specified task in a democratic society as a realistic policy, a realistic science and a realistic practice. Realistic approaches have to provide one of the basic purposes of All-Ukrainian referenda: an establishment of a feedback between the people and the government, without which it is impossible to control dynamic and effective processes in the country.

So, the natural realism as a philosophy has to replace the Post-Soviet and paternalistic utopias and myths, which are still sitting in the minds of many Ukrainians. Actually, it will promote the fact that the referendum democracy will turn into a democratic reality from a legal fiction.

It is obvious that the modern institute of the All-Ukrainian referendum has to differ significantly from its 25-year predecessor. We live in the information society and this institute cannot develop beyond its limits. Therefore, informatization of this institute and virtual All-Ukrainian referenda are not just a good wish and are not the remote prospect, but it is our tomorrow, which we have to bring closer.

Finally, it should be noted, that the Ukrainians proved for years of their independence that there are no such problems, which they could not solve. Two revolutions of the European and global scope – i.e. Orange Revolution and the Revolution of Dignity – confirm that even in the most difficult social and political situations, the Ukrainian people show the state wisdom, courage, will, self-sacrifice and inspiration for the achievement of noble ideals: Freedom, Dignity and Democracy. Therefore, the reboot of a referendum democracy is only a matter of time.

**Volodymyr Kampo** – Former Judge of the Constitutional Court of Ukraine



**Heribert Franz Koeck**

## **From rational through plebiscitary to irrational democracy**

### **Introductory Remarks**

The present Conference offers ample opportunity to talk about the legal institution of plebiscite and its shaping in the constitutional orders of European countries. This paper has a different objective; it discusses the identifiable trend towards increased inclusion of the people in political decision shaping and decision making regarding substantive issues.

Plebiscites are part of a set of instruments of direct democracy in addition to popular motions (*Volksmotionen*) as in certain Swiss cantons, popular initiatives (*Volksinitiativen*), again in Switzerland but also in certain German component states (*Länder*) like Berlin, People's legislative initiatives (*Volksbegehren*) like in Austria, or the European Citizens' Initiative (*Bürgerbegehren, Initiative Citoyenne européenne*) within the European Union. Being an instrument of direct democracy, it partakes in the myths related to, and the pitfalls characteristic of, direct democracy.

### **Democracy**

Let's start with democracy. Democracy is that form of government where the political decisions derive, in one way or the other, from the people, as opposed to monarchy where, in the original meaning of the term, decisions are made by a single person, and oligocracy (a new-fangled term that covers both aristocracy and its degenerated counterpart, i.e. oligarchy) where decisions are made by a few, in power either because of their merits or because of less distinguishing criteria (especially wealth).

#### **A. Democracy and pluralistic society**

Democracy is that form of government that corresponds to the pluralistic society. The pluralistic society is characterised by the fact that there exist different convictions and opinions concerning religion, philosophy of life (*Weltanschauung*) as well as the political, economic and social system. Since *a priori* no one has been given the right to impose his views on another, the pluralistic society is a society of personal freedom the exercise of which by the one is limited only by the same freedom of the other.<sup>1</sup> This fundamental principle of freedom includes not only freedom of speech and of worship but also freedom from fear and from want.<sup>2</sup> And since the body politic requires government, freedom requires not only government of the people [and]

<sup>1</sup> Immanuel Kant, *Metaphysics of Morals (Metaphysik der Sitten)*, Königsberg 1797, First Part: The Doctrine of Right, often also published separately as *The Science of Right*. The more appropriate translation would be "Doctrine of Law".

<sup>2</sup> These so-called "four freedoms" were formulated by US President Roosevelt in his State of the Union Address of 1941 and formed the basis of the Atlantic Charter proclaimed by Roosevelt and Churchill in the same year in which they laid down their vision of a future world.

for the people, but also by the people.<sup>3</sup> That means that pluralism of society entails an equal say for everyone in all matters concerning everyone. Thus, no one can be excluded from the political process.

## **B. Majority principle**

On the other hand, the political process – as any process – has to follow certain principles and rules. First of all, an equal say does not mean that a decision cannot be passed unless everyone approves it. Rather, the fact that decisions have to be made, and the fact that people might, and often will, disagree on the decisions to be taken, approval by the majority has to suffice. Majority rule is thus a basic principle of democracy.

### **Direct and representative democracy**

Second, if the political entity is not small enough to permit everybody to be present in person during the process of decision shaping and decision making, a system has to be established that ensures that everybody is equally represented in this process. Thus, representative democracy becomes a necessity. It is characterised by general election where everyone has an equal say in the determination of the representatives. Here again, majority rule applies; to be elected, a representative has to have the support by a sufficient number of voters.

## **A. Shortcomings of democracy...**

Yet, the fact that democracy is that form of government that corresponds to, and is postulated by, pluralism in society, does not mean that democracy is a perfect form of government and does not guarantee *per se* the quality of decisions reached in a democratic process. Rather, it has been acknowledged “that democracy is” – according to the famous saying by Winston Churchill – “the worst form of government”<sup>4</sup>. Whether the exception made by Churchill to this negative qualification of democracy, namely that so far no better form of government has been found,<sup>5</sup> is open to doubt. But this question is moot because of the fact that no other form, whether better or not, would be compatible with the pluralism of society.

## **B. ... and the need to cope with them**

However – and this is my third point –, if, on the one hand, democracy has its shortcomings, and, on the other, we still have to stick with it, it is only reasonable to

<sup>3</sup> To take up the formulation used by President Abraham Lincoln in his Gettysburg Address on 19 November 1863.

<sup>4</sup> Winston Churchill, Speech in the House of Commons (11 November 1947), published in 206-07 The Official Report, House of Commons (5<sup>th</sup> Series), 11 November 1947, vol. 444, cc.

<sup>5</sup> Ibid.: “except all those other forms that have been tried from time to time”.

look for ways and means that eliminates, as much as possible, its weak points and strengthens those aspects that are likely to produce good results. The idea of “good results” is not in contradiction with the idea of pluralism because even a pluralistic society requires a minimum of common basis in order to be acceptable to all regardless of their different views on all other issues. We have already referred to the substance of this common basis in the form of the four freedoms (of speech and of worship, from fear and from want) which form the essence of the common good<sup>6</sup> which traditionally is said to consist of peace and security, freedom and welfare for all.

In order to ensure that democracy works towards establishing and the preserving the common good, the following criteria have to be observed.

## 1. Rationality

First, rationality. Rationality<sup>7</sup> ensures that decisions are based on comprehensible grounds arrived at by tenable arguments in a free, open and exhaustive discussion of all relevant aspects. Irrationality characterises decisions that are based on grounds like hatred, fear, envy, and social or racial contempt.

Of course, both those who strive for rationality and those who permit themselves to be guided by irrational motives, start from a prejudice in the wider meaning of a pre-judgment which everyone will automatically have to make if confronted with an aspect of reality. These prejudices which are partly based on one’s own personal experience and partly on not evidently implausible information received from others permit us to spontaneously cope with our everyday problems without having to always first enter into lengthy reflection which might cause us, in the worst case, to fall into complete inertia.

But it is one of the differences between people with a rational and people with an irrational attitude that the latter are less ready to have their prejudices called into question than the former. Yet, it is this readiness that permits a free, open and exhaustive discussion and enables all parties to arrive at a defensible position.

## 2. Transparency

Second, transparency. Transparency<sup>8</sup> ensures a higher degree of rationality. Transparency exposes the motives of those involved in this process to public scrutiny and public evaluation. If the decision-shaping and decision-making process is open to the public, it is more difficult to hide one’s irrational attitude.

---

<sup>6</sup> The theory of the common good is based to the ideas of Aristotle, Augustine and Thomas Aquinas. It is central to the social teaching of the Catholic Church.

<sup>7</sup> See, inter alia, Robert Nozick, *The Nature of Rationality*, Princeton: Princeton University Press, 1993.

<sup>8</sup> See Joseph E. Stiglitz, *Transparency in Government*. In: *The Right to Tell*. World Bank Publications, Washington, 2002, pp. 27 et seqs.

### 3. Responsibility

Third, responsibility. The fact that one's conduct in the decision-shaping and decision-making process is open to public scrutiny and evaluation is likely to arouse or strengthen one's sense of responsibility.<sup>9</sup> This applies in particular to those who are inclined to follow an irrational line not so much out of bad will but of mental laziness and the love of ease. He who feels responsibility is likely to shy away from being ashamed, if not before his own conscience than in the eyes of others.

### 4. Accountability

Fourth, accountability. Even if one's sense of responsibility should not be strong enough to overcome an irrational attitude, accountability<sup>10</sup> might be a sufficiently strong incentive to do so. Thus the line goes from responsibility through responsibility to accountability. The expectation of account-giving, i.e. of being called to account for one's actions, and, more particularly in the decision-shaping and decision-making process, for the stance taken and the policy pursued, could be sufficient inducement to take into consideration the requirements of the common good, lest one might lose the confidence, and consequently the support, of those who have put their trust in us. This is well brought out in the biblical parable of the unjust judge and the persistent widow (Luke 18, 1–8) who "kept coming to him with the plea, 'Grant me justice against my adversary.' For some time he refused. But finally he said to himself, 'Even though I don't fear God or care what people think, yet because this widow keeps bothering me, I will see that she gets justice, so that she won't eventually come and attack me!'"

## Direct democracy

In the next step, we will relate each of the four criteria to direct democracy as compared to representative democracy.

### A. Lack of rationality

We start again with rationality. Representative democracy, with the instruments at the disposal of, and usually used by, parliamentary assemblies, to a high degree guarantees that decisions are based on comprehensible grounds arrived at by tenable arguments in a free, open and exhaustive discussion of all relevant aspects. As a rule, each act of parliament, whether resulting from a government bill or from a move by one or more members of the house, has to go through extensive deliberations, first in parliamentary committees composed, in principle, of experts in the particular field,

<sup>9</sup> Andrew Eshleman, Moral Responsibility, in: Edward N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/moral-responsibility/>, 2001, revised 2014.

<sup>10</sup> See, inter alia, Mark Bovens, Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism, *West European Politics*, Vol. 33 (2010), pp. 946 et seqs.



and thereafter in the plenary where all arguments pro and contra can be extensively exchanged in the presence of the public and the media.

### 1. The need for information...

In contrast, direct democracy lacks all of these precautionary elements. First of all, the proverbial man in the street, if trained in a profession, may be an expert in this field; but he is certainly no expert on most other things. In this connection, "information" has become a key word.<sup>11</sup> But apart from the fact that general information is unlikely to make anyone an expert, information hardly takes place. There is a discussion about the question whether information is a debt to be collected by the citizen or a debt to be discharged by the politician or both; but in either case the decisive role falls to the media. The average citizen is neither capable of procuring the information himself, nor prepared to do so. The politician, on the other hand, cannot go from door to door where he would rarely be welcome anyway, nor reach out to the citizens through political meetings because even if all are invited only very few will attend. The only link between both sides is the media, because people listen to radio, watch television and read newspapers.

### 2. ...and the failure of the media

In order not to become an irrational process, direct democracy requires, *inter alia*, a well-informed citizen. Overall, however, the media do not provide either comprehensive or impartial information. Rather, the media, under no other than self-control, in general fail to provide this comprehensive and impartial information. Instead, many of them engage in campaigning on a line that can rightly be characterised as irrational, mainly appealing to the public's most primitive instincts and the bad qualities of man already referred to above, like envy, fear of, and contempt for, some "other". This is a very serious issue, because even representative democracy, though cushioned by the precautions inherent in the parliamentary process, would fare better with well-informed citizens; and the failure of the media to provide comprehensive and impartial information shatters the foundations of the democratic system.

#### a. Freedom of the media

Any such criticism of the media and even more any reflection on what could be done about this problem usually meet with their screaming protest against such alleged attack on their freedom.<sup>12</sup> But such protest is out of place. To invoke the

<sup>11</sup> See Paul Young, *The Nature of Information* Westport, Ct., Greenwood Publishing Group, 1987; Luciano Florido, *Information: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

<sup>12</sup> Freedom of the media, originally freedom of the press, is enshrined in various forms, especially as freedom of speech, in various international human rights instruments., starting with the Universal Declaration of Human Rights of 1948.

social obligation of the media is by no means a step towards totalitarianism. It is only a reminder that fundamental rights are no *carte blanche* for their irresponsible use. Here, a comparison with the right to property can elucidate the issue.

The Austrian Civil Code, enacted in 1811, states in Section 352 which deals with the rights of the owner that the latter is free in his discretion to use or not to use his property and even to destroy it. These were the heydays of liberalism which knew little, if anything, of the social aspect of property. But since then we have learned that property carries with it a social obligation for the owner,<sup>13</sup> and that this social obligation permits state interventions for justified ends; the obligation to compensate the owner for the interference with his property is but a consequence of the principle that the individual owner must not bear the social burden alone.

#### b. Social obligation of the media

By the same token, freedom of the media is by its very nature subject to restrictions deriving from their social obligation to provide comprehensive and impartial information; and it should go without saying that this obligation permits state intervention for the justified end to guarantee to all citizens that such information is imparted to them. In order to prevent unjustified incursion upon freedom of the media, a mechanism must be set up that guarantees the best balance between the freedom of the media and their obligation to provide information to the required extent in the required quality.

It is worthwhile here to recall that Viktor Frankl, the famous existential medic and philosopher, suggested erecting a Statue of Responsibility on the West Coast of the United States as a counterpart to the Statue of Liberty on the East Coast. He stated: "Freedom [...] is not the last word. Freedom is only part of the story and half of the truth. Freedom is but the negative aspect of the whole phenomenon whose positive aspect is responsibility. In fact, freedom is in danger of degenerating into mere arbitrariness unless it is lived in terms of responsibility."<sup>14</sup>

### **B. Lack of transparency**

Let us now turn to transparency. Direct democracy lacks all requirements for transparency. It is not possible to know, whether and to which extent the individual, before casting his vote, has informed himself about the relevant aspects of the matter on which he is going to decide; nor is it possible to know whether the individual has ever taken part in a discussion in which all relevant arguments have been presented. And last but not least: while the way a representative in parliament has voted can

<sup>13</sup> See Hans G. Ulrich, Property, 4.2., Social and Ethical Problems, in: Erwin Fahlbusch et al., *The Encyclopedia of Christianity*, vol. 4, 2005, pp. 380 et seqs., at p. 382 et seq.; Richard W. Rousseau, *Human Dignity and the Common Good. The Great Papal Social Encyclicals from Leo XIII to John Paul II*, Praeger Publishers, West Port, Ct., 2001, pp. 380 et seqs., at p. 382 et seq.

<sup>14</sup> Viktor Emil Frankl, *Man's Search for Meaning. An Introduction to Logotherapy*, Beacon Press, Boston, MA, 1956, at pp. 209-210.

be deduced without much difficulties from the ratio of the votes cast in favour and against a certain motion, and while in more contentious cases even a roll-call vote is often requested, votes in cases of direct democracy are secret and the individual is not required to reveal his voting behaviour. For all these reasons, it is impossible to establish, with regard to any particular individual, how he has cast his vote, unless he himself provides the necessary hints.

### **C. Lack of responsibility**

The issue of responsibility is closely connected with the lack of transparency. He who can easily conceal his voting behaviour and who therefore has not to be ashamed before his fellow citizens for his irrational conduct is likely not to feel compelled to activate his sense of responsibility which would cause him to act in a more rational way. Rather, he will be happy to remain in that state of mental laziness and the love of ease which do not permit his irrational position to be challenged. This does not apply, of course, to those conscientious individuals who would feel ashamed before themselves if they should not prepare for the vote, and cast it, in a responsible, i.e. a rational, manner. But surveys reveal that the number of those who follow the dictate of their well-informed conscience is comparatively small.

### **D. Lack of accountability**

Equally closely connected to the lack of transparency is the issue of accountability. In the process of direct democracy, the individual is answerable to no one, because no one is supposed to know about the way by which the individual prepared, or failed to prepare, for his vote. But accountability is essential to the well-functioning of any group of people which have to rely on each other in any kind of cooperation. This applies in small groups like partnerships and families as well as in society at large and, consequently, also in its political organisations, the state, supranational communities and international organisations, and the international community as a whole. No one should be granted powers if this grant is not subject to accountability for their exercise. Since the individual in the ballot booth is not answerable to anyone for his vote, he must not be given power to decide about substantive issues. He must be strictly limited to electing his representative in parliament to whom substantive decisions can be left because he is – in contrast to the citizen – very well accountable for what he does or fails to do.

## **The rise of direct democracy**

Unfortunately, the calls for direct democracy have become louder and louder in the recent past. Many states have yielded to these calls and have introduced instruments of direct democracy into the constitution. Even the European Union has

done so by introducing, with the Treaty of Lisbon of 2007, the European Citizens' Initiative aimed at enabling the "EU citizens to participate directly in the development of EU policies".<sup>15</sup>

The call for direct democracy and its (albeit limited) success has at least three different roots or reasons, respectively.

### **A. The 1968 generation**

First, it is a heritage from the 1968 generation<sup>16</sup> which felt frustrated by the majority ratios in parliamentary democracy and wanted to set up, in its place, basic or participatory democracy that would have allowed activist minorities to dominate political discussion and to ignore the views of the so-called silent majority for the only fact that the latter did not engage in comparable activism and for this reason was considered to be disinterested in, or unfit for, the political process.<sup>17</sup>

### **B. The partial surrender by politicians**

Second, leading politicians in governments and parliaments, confused by this rebellious movement and unprepared to deal with its arguments, believed that they could, by allowing for more direct democracy, hand over responsibility for unpopular decisions to the people and thereby alleviate the pressure of the political burden resting on their shoulders.

### **C. Populism**

Third, populist politicians soon found out that in connection with direct democracy – for its nexus with irrationality – the people offered a fertile soil for populist rhetoric and that, therefore, direct democracy was a useful instrument to transform populist demands into political reality.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> The European Citizens' Initiative is set out in Article 11, paragraph 4 TEU and elaborated in Article 24, paragraph 1 TFEU.

<sup>16</sup> Mark Kurlansky, *1968 The Year That Rocked the World*, New York: Random House Publishing group, 2004.

<sup>17</sup> See Carne Ross, *The Leaderless Revolution: How Ordinary People Can Take Power and Change Politics in the 21st Century*, Simon & Schuster, New York 2011.

<sup>18</sup> Populisms is an umbrella term that comprises appeals to "the people", "demagogy", and "catch-all" politics. It is characteristic for populist propaganda to assert that "the people" are being mistreated by a small circle of elites. Populism is the weapon of those who are unable to stand the rationality test inherent in representative democracy. Cf. Cas Mudde, The populist zeitgeist, in: *Government and opposition*, Vol. 39, No. 4, 2004, pp. 542 et seqs., at p 560.

## **D. Tragic examples**

### **1. The referenda on the Constitutional Treaty**

There are various examples to demonstrate this, especially in the context of European integration. In 2005, the Treaty Establishing a Constitution for Europe, signed in 2004 and thereafter already ratified by 18 out of then 25 Member States was rejected in referenda in France and the Netherlands in May and June 2005 against the overwhelming recommendation of all serious political groupings. This brought the ratification process to an end.

### **2. The referendum on the Ukraine Treaty**

In early April of this year, a political, trade and defence treaty with Ukraine – which had already been signed by the Dutch prime minister Mark Rutte's government and approved by all other Member States – was rejected in a referendum. Voters said they were opposing not only the treaty but wider European policymaking on matters ranging from the migrant crisis to economics.

However, voters' turnout was just 32 per cent and barely enough for the result to be valid; though 64 percent of those participating in the referendum rejected the treaty, they constitute only one fifth of the Dutch electorate. While the allegation by Dutch populist leader Mr. Geert Wilders, who had initiated the movement for the referendum that this was "a vote of no confidence by the people against the elite from Brussels and The Hague" is thus hardly well-founded, the case shows that the outcome of referenda is influenced by many factors – from fanatic irrationality to simple misunderstandings (some people believed that abstaining from voting was equivalent to not supporting the maneuver behind it) – that makes it completely fortuitous.

### **3. The BREXIT referendum**

Finally, the BREXIT referendum in June 2016 the outcome of which was neither expected nor desired even by most of those who outwardly supported it, which has left the United Kingdom in a difficult internal and external situation, and which happened in spite of the warnings from almost all experts of almost all important national and international institutions, demonstrated how an irrational majority that is driven by all possible phobias and consists of people whose number and strength of resentments is proportional to their age but inversely proportional to their level of education and their sense of responsibility towards the younger generation can adversely affect the future of a nation.

#### 4. The decline of Swiss direct democracy

Against these findings, advocates of direct democracy invariably invoke the example of Switzerland, the traditional lighthouse of direct democracy. Unfortunately, this beacon has become blurred. Since Christoph Blocher has caused the Swiss People's Party to adopt a new and more and more radical right-wing populist agenda and has instrumentalised Switzerland's means of direct democracy for the enforcement of populist, especially anti-European and anti-foreigner goals,<sup>19</sup> the reputation of referenda has declined, even in Switzerland itself. One Swiss political observer has stated only recently that direct democracy has degenerated, in his country, from an exercise of reason and responsibility to one of subjective mood and carelessness towards the common good.

#### 5. The instrumentalised so-called will of the people

In the face of such disasters arising from direct democracy in general and from referenda in particular, those who reckon with voters' irrationality and make a political profit out of it, invariably invoke the "will of the people" as the ultimate instance and highest authority. But to those who rely on, and make use of, this irrationality, the statement of Emperor Rudolph II in Grillparzer's stage play "Family strife in Hapsburg" is well applicable which runs:

The people! They are only empty naughts  
Which he who feels himself a number adds,  
But cancels just as profits are declared.<sup>20</sup>

#### The unholy alliance between nationalism and populism

In recent years, populism has more and more cloaked itself in nationalism. This is true for the politics of Putin in Russia as well as those of Erdoğan in Turkey. Worse, nationalistic manifestations are to be found all over Europe, partly in (at least so far) minority movements as in Austria, Denmark, France, Germany, the Netherlands, Sweden or Finland, partly already in governments, as in Hungary or in Poland. Sometimes they are even supported by the conservative catholic clergy which has the effrontery to invoke God's blessing for movements which use religion for their unchristian policy of exclusion based on xenophobia, all other all kinds of phobia and, in general, of a view that regards one's own country as the "holy rest" challenged by a wicked world which tries to undermine this country by imposing upon it godless

<sup>19</sup> Andreas Ladner, Die Schweizerische Volkspartei – Gratwanderung zwischen Nationalkonservatismus und Rechtspopulismus, in: Ernst Hillebrand (ed.): *Rechtspopulismus in Europa: Gefahr für die Demokratie?*. Dietz, Bonn 2015, pp. 77 et seqs.

<sup>20</sup> Franz Grillparzer, translated by Arthur Burkhardt (1940). *Family Strife in Hapsburg*, Act III, Yarmouth Port, Massachusetts: The Register Press, p. 84.

values as those laid down Art. 2 TEU, especially pluralism and liberalism. They shy away from international instruments like the EU Charter of Human Rights, want to be subject only to their own judgment, and if their Constitutional Court is not compliant enough, they silence it by constitutionally doubtful and from the point of view of the rule of law completely unacceptable measures.<sup>21</sup>

The danger of this combination of populism and nationalism has been expressed in an aphorism by the Franz Grillparzer in the middle of the nineteenth century who prophesied a transition “from humanism through nationalism to barbarism” or – to quote him verbatim – “from humanity through nationality to bestiality”.

### Concluding remark

The truth of this forecast we have experienced in the twentieth century.<sup>22</sup> We have to avoid at all costs that direct democracy becomes the Trojan Horse for a similar development.

**Heribert Franz Koeck** - profesor prawa, długoletni dziekan Wydziału Prawa na Uniwersytecie w Linzu, były przewodniczący FIDE.



<sup>21</sup> For this reason, on 11 March 2016, the Venice Commission of the Council of Europe, invoked by the Polish government itself, declared this revision of the law to be a weakening of the effectiveness of the constitutional court, resulting in a threat to democracy, to human rights and the rule of law in Poland. On 13 April 2016, the European Parliament censured Poland for its attempt to curtail the traditional powers of the Constitutional Court to review the constitutionality of laws and reminded of the European values contained in Article 2 TEU. On 1 June 2016, the European Commission issued a warning to Poland because of its attempted “judicial reform”. This is the first of three steps in a formal proceeding for the protection of the rule of law in the EU which has been introduced in 2014 and is applied for the first time in the present context.

<sup>22</sup> Suffice to recall the fascist example in Mussolini’s Italy and the national-socialist example in Hitler’s Germany.





**Agnieszka Malicka**

Uniwersytet Wrocławski

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

## **Referendum w systemie prawa niemieckiego**

### **1. Uwagi wstępne**

Republika Federalna Niemiec, podobnie jak wiele innych współczesnych państw demokratycznych, przyjęła w swojej Ustawie Zasadniczej<sup>1</sup> zasadę suwerenności narodu, która w praktyce realizowana jest przede wszystkim w ramach modelu demokracji przedstawicielskiej a nie bezpośredniej. Instytucje demokracji bezpośredniej, takie jak referendum czy społeczna inicjatywa ustawodawcza pojawiły się w prawie niemieckim dopiero w roku 1918. Ich historia jest zatem o wiele krótsza niż w przypadku Szwajcarii, czy Stanów Zjednoczonych, które stanowiły dla niemieckiego ustawodawcy wzór przy wprowadzaniu instytucji demokracji bezpośredniej do niemieckiego porządku prawnego sto lat temu. Znane są one także współczesnemu niemieckiemu prawu konstytucyjnemu, jednak nie odgrywają istotnej roli w procedurze ustawodawczej, czy w procesie decyzyjnym o ważnych sprawach państwowych. Przyjęcie przez niemieckiego ustawodawcę zasady suwerenności narodu sprawowanej pośrednio przez demokratyczną reprezentację narodu a nie jego ogół ma w prawie niemieckim uzasadnienie historyczne<sup>2</sup>.

### **2. Instytucje demokracji bezpośredniej w Niemczech – wyjaśnienie pojęć**

W niemieckim prawie konstytucyjnym używane jest kilka pojęć związanych z demokracją bezpośrednią. Należą do nich *Volksabstimmung*, *Volksbefragung*, *Volksentscheid* oraz *Referendum*, które w większości słowników terminologii prawniczej tłumaczone są na język polski jako referendum<sup>3</sup> lub plebiscyt<sup>4</sup>. Dodatkowym terminem odnoszącym się do demokracji bezpośredniej w Niemczech jest *Volksbegehren*. Termin ten tłumaczony jest zasadniczo jako inicjatywa ludowa lub inicjatywa społeczna, albo ludowa/społeczna inicjatywa ustawodawcza, chociaż zdarza się także tłumaczenie tego terminu jako referendum<sup>5</sup>. Ze względu na posługiwanie się przez ustawodawcę różnymi pojęciami odnoszącymi się do instytucji referendum konieczne jest kilka

<sup>1</sup> Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl. S. 1, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23.12.2014, BGBl. I S. 2438.

<sup>2</sup> Rada Parlamentarna, która w 1949 r. opracowała i przyjęła niemiecką Ustawę Zasadniczą dla uzasadnienia braku instytucji referendum ogólnokrajowego wskazywała przede wszystkim na negatywne doświadczenia związane z wykorzystaniem instrumentów demokracji bezpośredniej w Republice Weimarskiej oraz w okresie III Rzeszy.

<sup>3</sup> Zob. m.in. B. Banaszak (red.), Rechts- und Wirtschaftswörterbuch, Słownik prawa i gospodarki, tom II, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005, s. 647; A. Kilian, Słownik języka prawniczego i ekonomicznego, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, tom 1, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 298

<sup>4</sup> Zob. I. Kienzler, Wörterbuch der Wirtschaftssprache, Deutsch-Polnisch, Polnisch-Deutsch, Bankwesen, Finanzen, Recht, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2004, s. 311 i 312. W przypadku tłumaczenia słowa referendum na język niemiecki autorka podaje jednak jako ekwiwalenty wszystkie wskazane powyżej niemieckie terminy.

<sup>5</sup> Zob. I. Kienzler, op. cit. s. 311 („Volksbegehren- oddanie sprawy narodowi do rozstrzygnięcia, referendum“)

wyjaśnień dotyczących używanych przez niemieckiego ustawodawcę terminów<sup>6</sup>.

Pod pojęciem *Volksabstimmung*, które w dosłowny sposób na język polski można przetłumaczyć jako głosowanie ludu/narodu, rozumiana jako wiążąca decyzja narodu podjęta w bezpośredni sposób w konkretnej sprawie. Cechą charakterystyczną tego rodzaju głosowania jest dokonanie w nim wyboru pomiędzy dwoma odpowiedziami „tak” lub „nie”. Pojęcie *Volksabstimmung* stanowi nadrzędne pojęcie dla wszelkich wiążących merytorycznych decyzji podejmowanych przez naród. Czasem w literaturze niemieckiej pojęcie to obejmuje także inicjatywę ludową (*Volksinitiative*) lub społeczną inicjatywę ustawodawczą (*Volksbegehren*<sup>7</sup>), niektórzy autorzy traktują je na równi z pojęciem referendum<sup>8</sup>. Pojęcie *Volksabstimmung* używane jest także w znaczeniu referendum w południowozachodnim obszarze niemieckojęzycznym<sup>9</sup> podczas, gdy dla określenia tego samego instrumentu demokracji bezpośredniej w innych częściach Niemiec używane jest pojęcie *Volksentscheid*.

Pojęcie *Volksbefragung* wyjaśniane jest jako oficjalne zapytanie skierowane w sformalizowany sposób do narodu z inicjatywy, albo przynajmniej w drodze decyzji organu władzy ustawodawczej, dotyczące jakiegoś konkretnego zagadnienia. Celem przeprowadzenia takiego oficjalnego zapytania jest ustalenie woli narodu w przedstawionej sprawie. Spełnia ono funkcję czysto informacyjną – organy państwa uzyskują informację, w jaki sposób w opinii publicznej oceniana jest dana sprawa lub jakie możliwości rozwiązania danego problemu są przez nią preferowane. Dla organu zarządzającego zapytanie jego wynik nie ma charakteru prawnie wiążącego. Można stwierdzić, że odnosi jedynie skutek o charakterze politycznym<sup>10</sup>. Temu pojęciu w języku polskim najbardziej odpowiada pojęcie referendum konsultacyjnego.

Pojęciu referendum (*Volksentscheid*) towarzyszy zazwyczaj poprzedzające je „żądanie narodu”, czyli wspomniane powyżej *Volksbegehren*. Pojęcie to oznacza wniosek narodu o przeprowadzenie referendum w konkretnej sprawie, zwykle w sprawie przyjęcia konkretnej ustawy<sup>11</sup>. Procedurę rozpoczyna złożenie wniosku, popartego w określonym terminie wymaganą liczą podpisów. Ponadto grupa występująca ze swoim żądaniem powinna złożyć organowi ustawodawczemu<sup>12</sup> gotowy

<sup>6</sup> Wyjaśnienia terminologiczne zob. m.in. H. Maurer, *Staatsrecht I*, 5. überarbeitete und ergänzte Auflage, Verlag C. H. Beck München 2007, s. 187 oraz R. Schmidt, *Staatsorganisationsrecht sowie Grundzüge des Verfassungsprozessrechts und des Rechts der Europäischen Union*, Verlag RS Grasberg bei Bremen 2016, s. 59

<sup>7</sup> W słownikach pojęcie to tłumaczone jest jako społeczna inicjatywa ustawodawcza: dosłowne tłumaczenie oznaczałoby „żądanie narodu”, ponieważ w niemieckim słowie *Volksbegehren* nie występuję człon odnoszący się do polskiego słowa ustawodawczy. Wyjaśnienia dotyczące instytucji *Volksbegehren* w Niemczech wskazują jednak, że w przypadku tej instytucji demokracji bezpośredniej konieczne jest złożenie projektu ustawy, co uzasadnia używane w języku polskim tłumaczenie społecznej inicjatywy ustawodawczej.

<sup>8</sup> Zob. P. Neumann, op. cit. s. 181 i 182

<sup>9</sup> Np. w Badenii Wirtembergii oraz w Szwajcarii i Lichtensteinie.

<sup>10</sup> Zob. m.in. N. Magsaam, *Mehrheit entscheidet, Ausgestaltung und Anwendung des Majoritätsprinzips im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder*, Duncker&Humblot, Berlin 2014 s. 57 i nast. oraz cytowana tam literatura, a także P. Neumann, *Sachunmittelbare Demokratie im Bundes- und Landesverfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder*, Nomos, Baden Baden 2009, s. 177 i nast.

<sup>11</sup> Zob. H. J. Wiegand, *Direktdemokratische Elemente in der Deutschen Verfassungsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte*, Abt. 1, Allgemeine Reihe, Bd. 20. Berliner Wissenschafts -Verlag, Berlin 2006, s. 27 i nast.

<sup>12</sup> W przypadku działań na poziomie federalnym organem tym jest Bundestag, na poziomie krajów związkowych – odpowiedni parlament krajowy, czyli Landtag.

projekt ustawy. Następnym etapem jest zbadanie dopuszczalności wniosku i jego ostateczne przyjęcie, bądź odrzucenie przez właściwy organ ustawodawczy. Jeżeli zatem dany projekt wzbudzi odpowiednie zainteresowanie kręgu osób uprawnionych do głosowania wyrażone poprzez podpisy poparcia i zostanie przyjęty, może zostać przeprowadzone referendum w sprawie przyjęcia ustawy.

Niektórzy autorzy posługują się także pojęciem *Volksinitiative*. Należy je rozumieć jako wniosek narodu do parlamentu o zajęcie się konkretną sprawą bez złożenia w tym celu gotowego projektu ustawy.

Pojęcie *Volksentscheid*, tłumaczone jest na język polski jako referendum. Jednak w niemieckim systemie prawa obok *Volksentscheid* używane jest także pojęcie *Referendum*. *Volksentscheid* można zatem w celu odróżnienia tej instytucji demokracji bezpośredniej od referendum przetłumaczyć dosłownie jako „decyzja narodu”. W praktyce najczęściej jednak używane jest tłumaczenie na język polski jako „referendum” i temu polskiemu pojęciu także najbardziej odpowiada. *Volksentscheid* oznacza wiążące głosowanie w konkretnej sprawie – przyjęcia przedłożonego projektu ustawy i stanowi zakończenie omawianej powyżej procedury społecznej inicjatywy ustawodawczej<sup>13</sup>. Przyjęta w ten sposób ustawa zostaje ogłoszona w odpowiednim dzienniku urzędowym<sup>14</sup> i stanowi część niemieckiego porządku prawnego. Natomiast *Referendum* traktowane jest w prawie niemieckim jako odrębna forma bezpośredniego głosowania przez naród i w odróżnieniu od *Volksentscheid* stanowi decyzję narodu o przedłożonym przez parlament lub rząd projekcie ustawy<sup>15</sup>. Część autorów traktuje te dwa pojęcia jako równoznaczne i używa ich zamiennie dla określenia głosowania w konkretnej sprawie, niezależnie od tego, od kogo pochodzi wniosek o przeprowadzenie głosowania<sup>16</sup>.

### 3. Referenda w historii Niemiec

#### Republika Weimarska

Po raz pierwszy instytucjom demokracji bezpośredniej szczególne znaczenie zostało przypisane w postanowieniach Konstytucji Weimarskiej<sup>17</sup>, regulującej zasady

<sup>13</sup> N. Maagsam, op.cit. s. 59

<sup>14</sup> W przypadku ustaw federalnych jest to Federalny Dziennik Ustaw (*Bundesgesetzblatt*), w przypadku ustaw poszczególnych krajów związkowych dziennik ustaw ma nazwę *Gesetz- und Verordnungsblatt* najczęściej z dodaną nazwą konkretnego kraju związkowego.

<sup>15</sup> Zob. P. Neumann, op. cit. s. 211 oraz cytowana przez niego C. Stelzenmüller, *Direkte Demokratie in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Nomos Baden Baden 1994, s. 32

<sup>16</sup> Wyjaśnienia znaczenia poszczególnych terminów używanych w odniesieniu do instytucji demokracji bezpośredniej zob. także leksykon dostępny na stronie internetowej Bundeszentrale für politische Bildung, <http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/recht-a-z/23190/volksabstimmung> (dostęp z dnia 20.07.2016r.)

<sup>17</sup> Republika Weimarska jest nieoficjalną nazwą używaną dla określenia państwa niemieckiego w latach 1919 – 1933. Nazwa pochodzi od uchwalonej w 1919r. w Weimarze konstytucji. Oficjalną nazwą państwa niemieckiego była Rzesza Niemiecka (Deutsches Reich). Konstytucja przyjęta została przez Zgromadzenie Narodowe w Weimarze 31 lipca 1919r., a 11 sierpnia 1919r. podpisana została przez prezydenta Friedricha Eberta. 14 sierpnia 1919r. Konstytucja Weimarska weszła w życie. Tekst opublikowany został w Dzienniku Ustaw Rzeszy, *Reichsgesetzblatt* 1919, S. 1383. Pełny tytuł Konstytucji Weimarskiej miał brzmienie: Konstytucja Rzeszy Niemieckiej (*Die Verfassung des Deutschen Reichs* lub w skróconej wersji: *Weimarer Rechtsverfassung*);

ustrojowe i strukturę państwa niemieckiego po I wojnie światowej. Zawierała ona szereg przepisów umożliwiających bezpośredni udział społeczeństwa w podejmowaniu politycznych decyzji przez organy władzy państwowej. W art. 1 ust. 2 Konstytucji Weimarskiej znalazło się postanowienie, będące podstawą aktywnego udziału obywateli w życiu politycznym kraju, mianowicie stwierdzenie, iż „Władza państwowa pochodzi od narodu”. Obok możliwości bezpośredniego wyboru członków Reichstagu oraz prezydenta Rzeszy, Niemcy mieli możliwość uczestniczenia w głosowaniach dotyczących zmian podziału terytorialnego kraju<sup>18</sup>, a także w głosowaniach w ramach procesu ustawodawczego<sup>19</sup> oraz kwestiach budżetowych<sup>20</sup> i w głosowaniu dotyczącym odwołania Prezydenta Rzeszy z urzędu<sup>21</sup>. Szczegółowe zasady przeprowadzania referendum uregulowane zostały w ustawie o referendum z dnia 27 czerwca 1921r. Referenda dotyczące ustawodawstwa przewidziane były zasadniczo w pięciu przypadkach:

- w sprawie ustawy uchwalonej przez Reichstag w ciągu miesiąca od jej uchwalenia; referendum zarządzane przez Prezydenta Rzeszy<sup>22</sup>,
- w przypadku, kiedy publikacja ustawy wstrzymana została na wniosek 2/3 Reichstagu na dwa miesiące i 1/20 uprawnionych do głosowania złożyła wniosek o przeprowadzenie referendum<sup>23</sup>,
- w przypadku różnicy zdań Reichstagu i Reichsratu w sprawie uchwalonej przez Reichstag ustawy; referendum zarządzane przez Prezydenta Rzeszy<sup>24</sup>,
- w przypadku uchwalenia zmiany Konstytucji przez Reichstag wbrew sprzeciwowi Reichsratu na wniosek Reichsratu złożony w ciągu dwóch tygodni<sup>25</sup>.

Zgodnie z postanowieniami ustawy o referendum wniosek o przeprowadzenie referendum składany w ramach inicjatywy społecznej (*Volksbegehren*) wymagał zebrania podpisów 5.000 osób uprawnionych do głosowania<sup>26</sup>. Decyzję o zarządzaniu referendum podejmował minister Rzeszy właściwy w zakresie spraw wewnętrznych<sup>27</sup>, a jego decyzja była niepodważalna<sup>28</sup>. Większość wymagana dla mocy wiążącej referendum (*Volksentscheid*) była zależna od sprawy, której dotyczyło referendum. Zasadniczo była to większość ważnie oddanych głosów<sup>29</sup>, natomiast w przypadku

---

tekst Konstytucji Weimarskiej dostępny jest na stronie internetowej: <http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html> (dostęp z dnia 20.07.2016r.)

<sup>18</sup> art. 18 ust. 4–6 Konstytucji Weimarskiej;

<sup>19</sup> Udział obywateli w procesie ustawodawczym przewidziany był w rozdziale V ustawodawstwo Rzeszy w art. 68 – 77;

<sup>20</sup> art. 73 Konstytucji Weimarskiej

<sup>21</sup> art. 43 ust.1, 2 Konstytucji Weimarskiej; referendum na wniosek Reichstagu.

<sup>22</sup> art. 73 ust.1 Konstytucji Weimarskiej

<sup>23</sup> art. 73 ust. 2 w zw. z art. 72 zdanie 1 Konstytucji Weimarskiej

<sup>24</sup> art. 74 ust. 3 Konstytucji Weimarskiej

<sup>25</sup> art. 76 ust. 2 Konstytucji Weimarskiej

<sup>26</sup> § 27 ustawy o referendum

<sup>27</sup> § 30 i § 31 ustawy o referendum

<sup>28</sup> § 32 ustawy o referendum

<sup>29</sup> § 21 ust. 1

referendum w sprawie zmiany Konstytucji zarządzanego w drodze inicjatywy społecznej – większość uprawnionych do głosowania<sup>30</sup>.

W okresie Republiki Weimarskiej zgłoszono łącznie ośmiokrotnie inicjatywę społeczną w sprawie referendum. Cztery z nich zostały dopuszczone, a trzy przeprowadzone, z czego w dwóch przypadkach doszło do zarządzania referendum. Obydwa referenda zakończyły się niepowodzeniem<sup>31</sup>. Przy uwzględnieniu tych statystyk należy stwierdzić, że w okresie Republiki Weimarskiej instrumenty demokracji bezpośredniej w praktyce nie odegrały istotnej roli. Obywatele nie skorzystali z przewidzianych w Konstytucji możliwości bezpośredniego wpływu na podejmowane przez organy państwa decyzje polityczne, w tym na przyjmowane ustawy.

### III Rzesza

W okresie III Rzeszy<sup>32</sup> nadal obowiązywała Konstytucja Weimarska, jednak jej postanowienia dotyczące inicjatywy społecznej i referendum zostały zawieszane. Instytucja referendum w dotychczasowej formie (*Volksentscheid*) została zastąpiona referendum konsultacyjnym (*Volksbefragung*)<sup>33</sup>. Ustawa o głosowaniach ludowych<sup>34</sup> przewidywała możliwość skierowania przez rząd Rzeszy pytania do obywateli, czy wyrażają zgodę na planowane przez siebie działania lub ustawę<sup>35</sup>. Dla ważności referendum konsultacyjnego konieczne było uzyskanie większości ważnie oddanych głosów, także w przypadku, gdy przedmiotem referendum byłaby zmiana ustawy lub konstytucji<sup>36</sup>. Wynik referendum jednak dla Wodza (*Führera*) nie był w praktyce wiążący. W okresie rządów NSDAP przeprowadzone zostały łącznie trzy referenda konsultacyjne, które dotyczyły, nie jak przewidywały przepisy ustawowe, działań planowanych, a w rzeczywistości działań już dokonanych<sup>37</sup>. Przy tym typowym dla władzy totalitarnej było wskazywanie na wysoką liczbę głosów poparcia. W rzeczywistości przepisy gwarantujące obywatelom bezpośredni wpływ na proces decyzyjny organów władzy miały charakter jedynie pozorny.

<sup>30</sup> art. 76 ust. 1 zd. 4 Konstytucji Weimarskiej

<sup>31</sup> Zob. m. in. J. Isensee, P. Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III *Demokratie–Bundesorgane*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2005, s. 61 oraz O. Jung, *Die „Legende von Weimar“ mehr demokratie*, Grundlagenheft 2010, tekst artykułu dostępny na stronie internetowej: [https://www.mehrdemokratie.de/fileadmin/pdf/Legende\\_Weimarer\\_Erfahrungen.pdf](https://www.mehrdemokratie.de/fileadmin/pdf/Legende_Weimarer_Erfahrungen.pdf) (dostęp z dnia 20.07.2016r.)

<sup>32</sup> Trzecia Rzesza jest nieformalnym określeniem państwa niemieckiego po przejściu władzy przez Adolfa Hitlera i NSDAP w okresie od 15 marca 1933r. do 23 maja 1945r. Podstawę ustroju III Rzeszy stanowiła formalnie Konstytucja Weimarska.

<sup>33</sup> Zob. m. in. J. Harbich, *Unmittelbare Demokratie am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und des Freistaates Bayern*, w: B. Banaszak (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Rechtsstaates*, Wissenschaftliche Reihe des Collegium Polonicum, Band 4, Frankfurt (Oder), Słubice, Poznań 2003, s. 13

<sup>34</sup> Gesetz über die Volksabstimmungen vom 14. Juli 1933, RGBl. 1933, I.S. 479; tekst ustawy dostępny na stronie: [http://www.documentarchiv.de/ns/1933/volksabstimmung\\_ges.html](http://www.documentarchiv.de/ns/1933/volksabstimmung_ges.html) (dostęp z dnia 20.07.2016r.); Ustawa składała się z zaledwie czterech paragrafów.

<sup>35</sup> § 1 ustawy o głosowaniach ludowych

<sup>36</sup> § 2 ustawy o głosowaniach ludowych

<sup>37</sup> 12 listopada 1933r. – referendum o wystąpieniu Rzeszy z Ligi Narodów; 19 sierpnia 1934r. – o przejściu urzędu Prezydenta Rzeszy przez Adolfa Hitlera; 10 sierpnia 1938r. o ponownym zjednoczeniu Austrii z Rzeszą Niemiecką.

## Niemiecka Republika Demokratyczna

W Niemieckiej Republice Demokratycznej Konstytucja<sup>38</sup> z 1949 r. przewidywała elementy demokracji bezpośredniej w formie społecznej inicjatywy oraz referendum<sup>39</sup>. Jednak ustawa, która zgodnie z konstytucyjnymi postanowieniami miała regulować zasady przeprowadzania referendum nigdy nie została uchwalona. W NRD miało miejsce w zasadzie jedno referendum dotyczące zmiany konstytucji, które odbyło się 6 kwietnia 1968 r. Po zmianie konstytucji w 1968 r. przepisy dotyczące referendum zostały utrzymane w mocy, jednak miały znaczenie wyłącznie teoretyczne<sup>40</sup>. Podobne, bardzo ogólnie brzmiące postanowienia znalazły się także w zmienionej i uzupełnionej Konstytucji NRD z 1974 r.<sup>41</sup> Głosowania, które miały miejsce w NRD odbywały się na podstawie przepisów konstytucyjnych i miały zasadniczo charakter czysto aklamacyjny<sup>42</sup>. Łącznie w NRD odbyło się pięć głosowań ludowych<sup>43</sup>, które jednak znacznie odbiegały od klasycznej idei referendum w państwie demokratycznym.

### 4. Podstawy prawne dla przeprowadzenia referendum w Republice Federalnej Niemiec

Obowiązująca od 1949 r. Ustawa Zasadnicza<sup>44</sup> w art. 20 ust. 2 stanowi, iż wszelka władza państwowa pochodzi od narodu, a naród sprawuje ją poprzez wybory i głosowania oraz przez specjalne organy władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Postawienie wyborów przed głosowaniami świadczy m. in. o prymacie demokracji przedstawicielskiej<sup>45</sup>. Zasadą jest zatem demokracja przedstawicielska, a stosowanie elementów demokracji bezpośredniej nie jest wprost wymagane przez ustrojodawcę i traktowane jest jako rozwiązanie szczególne<sup>46</sup>. Niemieckiemu prawu konstytucyjnemu nie jest znana inicjatywa ustawodawcza przedkładana organowi ustawodawczemu przez obywateli. Brak odpowiednich przepisów w Ustawie Zasadniczej należy zatem przyjąć za niedopuszczalność takiej formy

<sup>38</sup> Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, GBl. 1949, S. 4, 5; tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.documentarchiv.de/ddr/verfddr1949.html#fn01> (dostęp z dnia 20.07.2016r.)

<sup>39</sup> art. 87 Konstytucji NRD z 1949r.; dodatkowo po utworzeniu Rady Państwa w 1960r. w art. 106 ust. 2 przewidziano dla niej uprawnienie do zarządzania referendum.

<sup>40</sup> art. 21 ust.2 oraz art. 53 Konstytucji NRD z 1968r., GBl.1968, I, 199, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.documentarchiv.de/ddr/verf> (dostęp z dnia 20.07.2016r.) Dodatkowo na podstawie art. 63 ust.3 Konstytucji NRD przewidziano formę „dyskusji ludowej” (*Volksdiskussion*) w przypadku zmiany konstytucji. Dyskusje te nie miały jednak charakteru powszechnego i ograniczone były do małych, wybranych, fachowych kręgów. Zob. więcej U. Rommelfanger, *Das konsultative Referendum*, Duncker&Humblot, Berlin 1988, s. 147

<sup>41</sup> art. 53 Konstytucji NRD z 1968 r. w brzmieniu z 1974r., GBl. 1974 I, Nr. 47, S. 432, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.documentarchiv.de/ddr/verfddr.html> (dostęp z dnia 20.07.2016r.)

<sup>42</sup> Zob. U. Rommelfanger, op. cit., s. 147

<sup>43</sup> Były to głosowania określane jako *Volksbefragung*, *Volksbegehren* i *Volksentscheid*

<sup>44</sup> W opracowaniu wykorzystane zostało tłumaczenie Niemieckiej Ustawy Zasadniczej: B. Banaszak, A. Malicka, *Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec*, w: W. Stańkiewicz (red.), *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, s. 519–563

<sup>45</sup> Zob. I. von Münch, *Staatsrecht*, Bd. 1, 6. Neubearbeitet Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln 2000, s. 54 oraz D. Umbach, T. Clemens (Hrsg.), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd. I, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2002, s. 1303

<sup>46</sup> J. Isensee, P. Kirchhof, op. cit. s. 57 i 58

demokracji bezpośredniej; podobnie jest w przypadku przyjęcia ustawy federalnej w drodze referendum<sup>47</sup>. Zasadniczo także instytucja referendum ogólnokrajowego, przeprowadzanego na terytorium całej Republiki Federalnej Niemiec w konkretnej, ważnej sprawie nie jest przewidziana w niemieckiej Ustawie Zasadniczej. Nie została ona jednak w wyraźny sposób zabroniona.

Art. 20 ust. 2 Ustawy Zasadniczej stanowi jednocześnie w niemieckim systemie prawa podstawę dla stosowania instrumentów demokracji bezpośredniej i charakteryzuje zarówno strukturę demokratyczną Federacji, jak również krajów związkowych. Wynika to z postanowień Ustawy Zasadniczej, a mianowicie z art. 28 ust. 1 zd. 1, zgodnie z którym porządek konstytucyjny krajów związkowych musi odpowiadać zasadom republikańskiego, demokratycznego i socjalnego państwa prawnego w rozumieniu Ustawy Zasadniczej oraz z art. 79 ust. 3, gwarantującego zasadę niezmienności zasad konstytucyjnych dla federacji i landów, w tym także wskazanego powyżej art. 20. Niektórzy autorzy są zdania, że zarówno wybory jak i inne głosowania należy uznać za elementy demokracji bezpośredniej. W przypadku wyborów mamy bowiem do czynienia z bezpośrednią decyzją obywateli w sprawach personalnych, tj. obsady organów przedstawicielskich, natomiast głosowania obejmują wszelkie inne decyzje podejmowane przez obywateli w konkretnych kwestiach merytorycznych<sup>48</sup>.

Republika Federalna Niemiec pozostaje dotychczas jedynym państwem europejskim, w którym nigdy nie zostało przeprowadzone ogólnokrajowe referendum<sup>49</sup>. Jedyne obowiązujące regulacje konstytucyjne dopuszczające zastosowanie referendum jako instrumentu demokracji bezpośredniej odnoszą się do referendum w sprawie nowego podziału terytorialnego Niemiec.

## **5. Referendum w sprawie nowego podziału terytorium Republiki Federalnej Niemiec**

Ustawa Zasadnicza przewiduje w art. 29 możliwość dokonania zmian w dotychczasowym podziale terytorialnym kraju. Zmiany te wymagają uchwalenia odpowiedniej ustawy federalnej, która dodatkowo musi zostać zatwierdzona w drodze referendum<sup>50</sup>. Regulacje dotyczące zmian terytorialnych zawarte są także w art. 118 i 118a Ustawy Zasadniczej<sup>51</sup>. Przepisy te stanowią regulacje specjalne w odniesieniu do art. 29. Na podstawie art. 118 dokonano podziału południowozachodniej części

<sup>47</sup> Zgodnie z art. 76 ust. 1 Ustawy Zasadniczej prawo inicjatywy ustawodawczej przysługuje wyłącznie członkom Bundestagu, rządu federalnego oraz Bundesratu. Wprowadzenie możliwości wnoszenia inicjatywy ustawodawczej przez obywateli wymagałoby odpowiedniej zmiany Ustawy Zasadniczej, podobnie jak ewentualne przyjęcie ustawy w drodze referendum, bowiem procedura ustawodawcza także w jednoznaczny i wyczerpujący sposób uregulowana jest w Ustawie Zasadniczej w art. 78, art. 79 i art. 113.

<sup>48</sup> Zob. m.in. J. Harbich, op. cit. s. 18

<sup>49</sup> Zob. A. Krasnowolski, Referendum jako instytucja demokracji bezpośredniej w państwach europejskich, Biuro Analiz i Dokumentacji, Zespół Analiz i Opracowań tematycznych, Opracowania Tematyczne OT – 643, Kancelaria Senatu, marzec 2016, s. 9

<sup>50</sup> Zob. art. 29 ust. 2 Ustawy Zasadniczej

<sup>51</sup> Przewidują one możliwość dokonania podziału w sposób odmienny od zasad wynikających z art. 29 Ustawy Zasadniczej. Art. 118 dotyczy podziału obszaru obejmującego kraje Badenię, Wirtembergię-Badenię i Wirtembergię – Hohenzollern, a art. 118a dotyczy obszaru obejmującego kraje Berlin i Brandenburgię.

Niemiec w drodze ustawy federalnej i zgody obywateli wyrażonej w referendum w 1952r. z trzech landów utworzono land Badenia Wirtembergia<sup>52</sup>. Art. 118a stał się podstawą do zawarcia pomiędzy landami Berlin i Brandenburgia umowy o utworzeniu wspólnego landu<sup>53</sup>. Podpisana umowa zgodnie z przepisami Ustawy Zasadniczej wymagała zatwierdzenia w drodze referendum, które jednak zakończyło się niepowodzeniem<sup>54</sup>.

Art. 29 Ustawy Zasadniczej reguluje natomiast ogólną możliwość dokonania nowego podziału terytorialnego państwa. Przepisy tego artykułu przewidują różne „konstelacje” przy dokonywaniu nowego podziału, przy tym są bardzo obszerne i mało przejrzyste. Należy także wyraźnie podkreślić, że wyrażanie aprobaty dla nowego podziału w drodze referendum nie ma charakteru ogólnokrajowego. Zgodnie z art. 29 ust. 3 Ustawy Zasadniczej referendum przeprowadza się bowiem tylko w tych krajach związkowych, z których terytorium lub części terytorium ma zostać utworzony nowy kraj związkowy lub wytyczone nowe granice kraju związkowego. Głosowaniu poddaje się pytanie, czy kraje związkowe mają pozostać w dotychczasowych granicach, czy też ma zostać utworzony nowy kraj związkowy lub wytyczone nowe granice kraju związkowego. Aby wynik przeprowadzonego w tej sprawie referendum miał charakter wiążący za proponowanymi zmianami musi opowiedzieć się większość osób uczestniczących w referendum na przyszłym terytorium oraz ogółem na terytorium lub części terytorium kraju związkowego, którego przynależność krajowa ma ulec zmianie. Jednak, jeżeli na terytorium jednego z krajów związkowych, którego dotyczą planowane zmiany terytorialne odrzuci proponowane zmiany, referendum nie jest wiążące. Odrzucenie proponowanych zmian nie jest jednak uwzględniane, jeżeli na części tego terytorium, którego przynależność ma ulec zmianie, za zmianami opowie się większość dwóch trzecich, chyba że na całym terytorium zainteresowanego kraju większość dwóch trzecich odrzuci proponowane zmiany. Ustęp 4 stanowi natomiast, że jeżeli na powiązanych ze sobą, odgraniczonych obszarach osadniczych i gospodarczych, których części znajdują się w różnych krajach, mieszka co najmniej milion osób, a jedna dziesiąta uprawnionych do udziału w wyborach do Bundestagu zażąda w drodze inicjatywy społecznej, aby na tym obszarze wprowadzona została jednolita przynależność krajowa, wówczas w drodze ustawy federalnej w ciągu dwóch lat zostanie określone, czy zmiana przynależności krajowej zgodnie z ust. 2 zostanie dokonana, czy też w zainteresowanych krajach związkowych odbędzie się w tej sprawie referendum konsultacyjne<sup>55</sup>. Jego celem jest ustalenie, czy proponowana zmiana spotyka się z aprobatą zainteresowanych

<sup>52</sup> Połączone zostały Badenia, Wirtembergia–Badenia i Wirtembergia–Hohenzollern; Ponieważ nie udało się osiągnąć przewidzianego w art. 118 porozumienia, nowy land utworzony został na podstawie ustawy federalnej z dnia 25 kwietnia 1951r., referendum przeprowadzone został 9 grudnia 1951r., 25 kwietnia 1952r. uchwalona została Konstytucja Badenii Wirtembergii.

<sup>53</sup> Umowa została podpisana 27 kwietnia 1995r., a 22 czerwca 1995 r. uzyskała poparcie większości 2/3 obydwóch parlamentów krajowych.

<sup>54</sup> Referendum zostało przeprowadzone 5 maja 1996r.; mieszkańcy Berlina opowiedzieli się za połączeniem landów, natomiast w Brandenburgii nie zostało osiągnięte kworum referendalne wynoszące co najmniej 25% głosów poparcia uprawnionych do głosowania.

<sup>55</sup> Zob. tłumaczenie Ustawy Zasadniczej na język polski, B. Banaszak, A. Malicka, op. cit., s 528



mieszkańców. W referendum mogą zostać przedstawione maksymalnie dwie propozycje zmian. Przy pozytywnym wyniku referendum w ciągu dwóch lat w drodze ustawy federalnej zostanie określone, czy zmiana będzie dokonana na podstawie art. 29 ust. 2. Jeżeli przedłożona do referendum konsultacyjnego propozycja uzyska aprobatę zgodnie z ust. 3 zdania 3 i 4, wówczas w ciągu dwóch lat po przeprowadzeniu tego referendum zostanie wydana ustawa federalna o utworzeniu nowego kraju, która nie wymaga już potwierdzenia w drodze referendum. Przy ustalaniu wyników referendum i referendum konsultacyjnego za większość uznawana jest większość oddanych głosów, jeżeli obejmuje ona co najmniej jedną czwartą uprawnionych do udziału w wyborach do Bundestagu.

Szczegółowe zasady przeprowadzenia referendum w sprawie nowego podziału terytorialnego uregulowane zostały w ustawie federalnej z 30 lipca 1979r. o procedurze przeprowadzenia referendum, społecznej inicjatywy ustawodawczej oraz referendum konsultacyjnego przewidzianych w art. 29 ust. 6 Ustawy Zasadniczej<sup>56</sup>. Zgodnie z postanowieniami pierwszej części ustawy, przedmiotem referendum jest głosowanie nad pytaniem, czy landy, których ma dotyczyć przeprowadzenie nowego podziału terytorialnego mają pozostać w dotychczasowych granicach lub czy mają zostać utworzone nowe landy lub nowe granice landu. Obszarem głosowania objęte są landy, z których terytoriów lub części terytoriów mają zostać utworzone nowe landy lub wyznaczone nowe granice. Termin przeprowadzenia głosowania wyznaczany jest przez federalnego ministra spraw wewnętrznych. Wskazuje on także przedmiot i obszar głosowania. Termin głosowania przypada na niedzielę lub inny ustawowo określony dzień wolny od pracy. Zarządzenie referendum ogłaszane jest w Federalnym Dzienniku Ustaw. Jednocześnie rządy landów, na terytorium których ma być przeprowadzone referendum lub wyznaczone przez nie instytucje informują uprawnionych do udziału w nim o przedmiocie, zakresie terytorialnym i terminie referendum<sup>57</sup>.

Uprawnionymi do udziału w referendum są osoby posiadające w dniu głosowania prawo wyborcze do Bundestagu i od co najmniej trzech miesięcy posiadają mieszkanie, a w przypadku kilku mieszkań – główne miejsce zamieszkania na terytorium głosowania. Ponadto osoby te muszą być wpisane do odpowiedniego rejestru<sup>58</sup>. W kwestiach przeprowadzenia głosowania, utworzenia okręgów głosowania itp. odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy federalnej ustawy o wyborach<sup>59</sup>.

W art. 29 ust. 7 i 8 przewidziana jest dodatkowo możliwość dokonania nowego podziału terytorialnego w drodze umowy zawartej między zainteresowanymi landami lub w drodze ustawy federalnej, jeżeli obszar, którego przynależność krajowa ma zostać zmieniona, zamieszkuje nie więcej niż 50 000 mieszkańców. Ostatnia możliwość przeprowadzenia podziału terytorialnego to zawarcie odpowiedniej umowy przez

<sup>56</sup> Gesetz über das Verfahren bei Volksentscheid, Volksbegehren und Volksbefragung nach Artikel 29 Abs. 6 des Grundgesetzes vom 30. Juli 1979, BGBl. I S. 1317; Ustawa podzielona została odpowiednio na trzy części zawierające przepisy dotyczące poszczególnych form głosowania.

<sup>57</sup> Zob. postanowienia § 1 – 3 federalnej ustawy o referendach

<sup>58</sup> Zob. Postanowienia § 4 federalnej ustawy o referendach

<sup>59</sup> Zob. § 7 federalnej ustawy o referendach

zainteresowane landy. Umowa ta wymaga następnie zatwierdzenia w drodze referendum w każdym z zainteresowanych landów. Także w przypadku referendum potwierdzającego umowę między landami wymagane jest kworum 1/4 głosów „za” osób uprawnionych do głosowania w wyborach do Bundestagu. Skomplikowane przepisy art. 29 mają do tej pory charakter czysto teoretyczny, ponieważ nie przeprowadzono na ich podstawie żadnych zmian terytorialnych w Niemczech. Podobnie zastosowania nie znalazła ustawa federalna o referendach.

## 6. Referendum w krajach związkowych na przykładzie Bawarii

W przeciwieństwie do przepisów federalnych, które w zasadzie nie przewidują możliwości przeprowadzenia ogólnokrajowego referendum, przepisy poszczególnych krajów związkowych zawierają odpowiednie regulacje<sup>60</sup>, umożliwiające obywatelom aktywny udział w decydowaniu o ważnych sprawach i wpływania na decyzje polityczne podejmowane przez organy działające w ramach demokracji przedstawicielskiej. Należy jednak podkreślić, że przedmiotem ważnego i zgodnego z Ustawą Zasadniczą referendum mogą być wyłącznie sprawy, które należą do kompetencji landów<sup>61</sup>.

Landem, w którym instytucja referendum jest dobrze zakorzeniona w przepisach krajowych i znajduje duże praktyczne zastosowanie jest Bawaria. Tradycja demokracji bezpośredniej w Bawarii sięga roku 1946<sup>62</sup>. Na treść jej postanowień duży wpływ mieli polityk SPD i prawnik Wilhelm Hoegner i profesor prawa Hans Nawiasky, którzy w okresie III Rzeszy wyemigrowali do Szwajcarii. Swoje spostrzeżenia i doświadczenia związane z elementami demokracji bezpośredniej w Szwajcarii starali się przenieść na grunt prawa bawarskiego<sup>63</sup>.

Zgodnie z postanowieniami Konstytucji Bawarii ustawy krajowe uchwalane są przez Landtag i w drodze referendum<sup>64</sup>, co oznacza, że Landtag jako organ przedstawicielski i naród traktowane są jako równorzędne organy władzy ustawodawczej.

<sup>60</sup> Są to zarówno regulacje zawarte w konstytucjach poszczególnych landów jak i w odpowiednich zwykłych ustawach krajowych.

<sup>61</sup> Podział kompetencji ustawodawczych pomiędzy Federacją a landami wynika bezpośrednio z regulacji Ustawy Zasadniczej art. 70–74. Zob. także I. von Münch, op. cit., s.56

<sup>62</sup> Konstytucja Bawarii przyjęta została w drodze referendum 2 grudnia 1946r., a w życie weszła 8 grudnia 1946r.; *Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1998*, BayGVBl. S. 991, 992, BayRS 100-1-I Zuletzt geändert durch § 1 ÄndG vom 11. 11. 2013, BayGVBl. S. 642

<sup>63</sup> Zob. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland: Bd.4, Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945 – 1990*, Verlag C. H. Beck, München 2012, s. 117; P. Bucher, *Der Parlamentarische Rat 1948–49, Akte und Protokolle*, Bd. 2 *Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, Harald Boldt Verlag, Boppard am Rhein 1981, s. LXI oraz J. Harbich, op. cit. s. 21

<sup>64</sup> Art. 72 ust. 1 Konstytucji Bawarii; Bawarski ustawodawca posługuje się w tym przypadku pojęciem *Volksentscheid* dla określenia referendum. W art. 73 Konstytucji Bawarii wskazane zostały kwestie wyłączone z referendum, są to sprawy związane z budżetem oraz zmiana Konstytucji.

## Referendum ustawodawcze

Procedura ustawodawcza uregulowana została w art. 74 Konstytucji Bawarii oraz w przepisach Bawarskiej ustawy wyborczej<sup>65</sup>. Podstawą przeprowadzenia referendum jest społeczna inicjatywa ustawodawcza co najmniej jednej dziesiątej uprawnionych do głosowania obywateli, w ramach której złożony zostaje projekt ustawy z uzasadnieniem. Pisemny wniosek o dopuszczenie inicjatywy społecznej wraz z projektem ustawy kierowany jest do ministra spraw wewnętrznych. Wniosek musi być podpisany przez 25 000 osób uprawnionych do głosowania, ich prawo do głosowania musi być potwierdzone, a potwierdzenie nie może być starsze niż dwa lata. Inicjatywa ustawodawcza przedkładana jest następnie Landtagowi w imieniu rządu krajowego przez jego premiera wraz z opinią rządu. Jeżeli Landtag odrzuci inicjatywę społeczną może poddać pod referendum własny projekt ustawy. Dopuszczona inicjatywa ustawodawcza powinna stać się przedmiotem prac parlamentarnych w ciągu trzech miesięcy od jej złożenia, a w ciągu trzech kolejnych miesięcy powinna zostać poddana pod głosowanie – referendum. Referenda będące skutkiem społecznej inicjatywy ustawodawczej odbywają się zwykle wiosną lub jesienią. Każdy projekt ustawy poddawany pod referendum powinien zawierać zwięzłe i rzeczowe informacje wraz z uzasadnieniem wnioskodawcy oraz opinią rządu dotyczącą przedmiotu inicjatywy<sup>66</sup>. W przypadku niedopuszczenia społecznej inicjatywy ustawodawczej sprawa kierowana jest do rozstrzygnięcia przez Bawarski Trybunał Konstytucyjny<sup>67</sup>. Jeżeli inicjatywa ustawodawcza została przyjęta ministerstwo spraw wewnętrznych ogłasza ten fakt i wyznacza terminy na dokonanie przez obywateli wpisu na listę głosujących. Termin ten wynosi 14 dni i może być wyznaczony najwcześniej osiem, a najpóźniej dwanaście tygodni od ogłoszenia informacji o dopuszczeniu inicjatywy społecznej w odpowiednim publikatorze. Po podaniu informacji o przyjęciu społecznej inicjatywy ustawodawczej do publicznej wiadomości wniosek nie może zostać zmieniony, może jednak zostać wycofany w każdym czasie do upływu terminu wpisów głosujących, pod warunkiem, że jego wycofanie zostanie poparte podpisami co najmniej połowy osób, które poparły inicjatywę społeczną.

W celu dokonania wpisów na listy głosujących w gminach<sup>68</sup> tworzone są specjalne okręgi wpisów, a ich praca organizowana w taki sposób, aby umożliwić wpisanie się jak

<sup>65</sup> Gesetz über Landtagswahl, Volksbegehren und Volksentscheid (Landeswahlgesetz – LWG), BayGVBl S. 367; społeczna inicjatywa ustawodawcza, referendum, możliwość odwołania Landtagu oraz możliwość potwierdzenia lub odrzucenia dokonanej przez Landtag zmiany Konstytucji w drodze referendum stanowią przedmiot regulacji części III ustawy (art. 62 – 88). W art. 63 wymienione zostały wyłączenia wskazane w art. 73 Konstytucji Bawarii.

<sup>66</sup> Zwykle wydawana jest odpowiednia broszura referendalna, która doręczana jest wszystkim wyborcom. Na temat obowiązku informacyjnego w przypadku złożenia przez obywateli społecznej inicjatywy ustawodawczej zob. N. Braun Binder, Staatliche Informationstätigkeit vor Volksentscheiden w: T. Mörschel, M. Efler (red.), Direkte Demokratie auf Bundesebene, Ausgestaltung demokratischer Verfahren im deutschen Regierungssystem, Nomos Baden Baden 2013, s. 161 i nast.

<sup>67</sup> Rozwiązanie to przewiduje zarówno Konstytucja Bawarii w art. 67 w związku z art. 75 ust. 1 zd. 2 i art. 98 jak i omawiana krajowa ustawa wyborcza w art. 64

<sup>68</sup> W każdej gminie musi zostać utworzony co najmniej jeden okręg wpisów.

największej liczby głosujących<sup>69</sup>. Na listę głosujących może się wpisać wyłącznie osoba, która wpisana jest do rejestru wyborców lub posiada odpowiednie zaświadczenie. Przy tym wpisać można się tylko w tym okręgu, w którym jest się wpisanym do rejestru wyborców. W przypadku posiadania zaświadczenia o wpisie, można się wpisać w dowolnym okręgu w Bawarii. Jeżeli osoba zainteresowana uwiarygodni, że z powodów od siebie niezależnych nie może dokonać wpisu na listę głosujących we właściwym dla siebie okręgu, może na swój wniosek otrzymać zaświadczenie uprawniające do wpisu w dowolnym okręgu.

Wpis na listę głosujących musi zawierać imię i nazwisko oraz własnoręcznie złożony podpis. Osoba, która pod przysięgą złoży na zaświadczeniu oświadczenie, że z powodu choroby lub niepełnosprawności, albo z innego niezależnego od niej powodu nie jest w stanie w czasie wyłożenia list dokonać wpisu może posłużyć się pomocą innej osoby w celu wpisania się na listę głosujących. Dokonanego wpisu na listę nie można wycofać. W przypadku braku danych lub niezłożenia własnoręcznego podpisu lub wpisania się na listę poza lokalem do tego przeznaczonym lub na podstawie nieważnego zaświadczenia albo w niewłaściwym terminie wpis jest nieważny. Natomiast wpisanie się na kilka list traktowane jest jako jeden wpis<sup>70</sup>.

Wynik społecznej inicjatywy ustawodawczej ustalany jest przez Krajową Komisję Wyborczą. Dla ważności inicjatywy wymagane jest, aby żądanie przyjęcia nowej ustawy poparte zostało przez co najmniej jedną dziesiątą uprawnionych do głosowania. Przewodniczący Krajowej Komisji Wyborczej ogłasza wynik głosowania. W przypadku ważnego głosowania premier rządu krajowego zobowiązany jest do przekazania inicjatywy ustawodawczej do Landtagu w ciągu czterech tygodni od dnia ustalenia wyników głosowania. W art. 73 uregulowane zostały zasady prac nad inicjatywą społeczną w Landtagu. Prace te powinny się rozpocząć w ciągu trzech miesięcy od przekazania, a w ciągu kolejnych trzech miesięcy projekt powinien zostać poddany pod referendum. W przypadku kilku ważnych inicjatyw dotyczących tego samego przedmiotu prace w Landtagu toczą się łącznie i także łącznie przedstawiane są do głosowania w referendum, jeżeli także zbiegają się wyznaczone dla ich opracowania terminy. Jeżeli Landtag przyjmie żadaną ustawę w niezmienionej formie, referendum nie jest przeprowadzane<sup>71</sup>. Jeżeli Landtag odrzuci przedłożony projekt ustawy może przedstawić pod głosowanie obywateli własny projekt. W przypadku zakwestionowania przez Landtag inicjatywy społecznej jego uchwała przedkładana jest ministerstwu spraw wewnętrznych, który podaje ją do publicznej informacji. Wówczas na wniosek osób, które podpisały inicjatywę społeczną o sprawie orzeka Bawarski Trybunał Konstytucyjny<sup>72</sup>.

Referendum<sup>73</sup> odbywa się po ogłoszeniu terminu głosowania oraz jego

<sup>69</sup> Art. 67 i art. 68 ustawy wyborczej

<sup>70</sup> Art. 69 i art. 70 krajowej ustawy wyborczej

<sup>71</sup> Nie dotyczy to uchwał Landtagu w sprawie zmiany Konstytucji, dla których skuteczności oprócz wymaganej większości 2/3 głosów konieczne jest także przeprowadzenie referendum. Zob. art. 75 ust. 2 Konstytucji Bawarii

<sup>72</sup> Zob. art. 67 Konstytucji Bawarii

<sup>73</sup> Volksentscheid, zob. art. 75 i następne krajowej ustawy wyborczej

przedmiotu przez rząd krajowy. Ogłoszenie zawiera informację o dniu głosowania, tekst projektu ustawy, zwięzłe i rzeczowe wyjaśnienia rządu krajowego oraz uzasadnienie wnioskodawcy, jak również opinię rządu krajowego i Landtagu wraz z wynikiem głosowania Landtagu w sprawie przedmiotu referendum.

Karty do głosowania przygotowywane są przez ministerstwo spraw wewnętrznych i zawierają tekst poddawanego pod referendum projektu ustawy. W przypadku obszernych tekstów można zrezygnować z ich druku na kartach wyborczych, ale tekst musi być przed głosowaniem przekazany do wiadomości głosujących. W przypadku głosowania nad kilkoma projektami umieszczane są one na jednej karcie do głosowania w kolejności wynikającej z ilości ważnie dokonanych wpisów głosujących. Jeżeli Landtag poddaje pod głosowanie przedłożony przez siebie projekt ustawy jego treść przedstawiana jest wraz z projektem obywatelskim. Głosujący na kartach wyborczych zaznaczają krzyżykiem lub w inny wyraźny sposób swoją decyzję – głos na „tak” lub na „nie”.

Po zakończeniu głosowania komisje wyborcze ustalają wyniki w poszczególnych okręgach, a Krajowa Komisja Wyborcza ustala ostateczny wynik referendum. Projekt ustawy uzyskuje wymaganą zgodę wyrażoną w referendum i zostaje przyjęty, jeżeli uzyska więcej ważnych głosów na „tak” niż na „nie”. W przypadku, gdy referendum dotyczy zmian Konstytucji głosy na „tak” muszą stanowić co najmniej 25% wszystkich głosów osób uprawnionych do głosowania. Jeżeli w jednym referendum poddawane pod głosowanie są zarówno zmiany Konstytucji jak i projekt zwykłej ustaw kворum dotyczy całości głosowania. Referenda podlegają takiej samej kontroli jak wybory, organem właściwym w tej sprawie jest Landtag<sup>74</sup>.

Ustawa przyjęta w drodze referendum jest ustawą krajową. Podobnie jak w przypadku ustaw uchwalanych bezpośrednio przez Landtag może zostać zmieniona lub uchylona, albo poddana kontroli zgodności z Konstytucją.

Pomimo istnienia odpowiednich przepisów konstytucyjnych i ustawowych dotyczących stosowania instrumentów demokracji bezpośredniej w Bawarii przyjmowanie ustaw w drodze ustawodawczych inicjatyw społecznych i referendum nie jest zjawiskiem powszechnym i w codziennej praktyce ustawodawczej zastosowanie znajdują zasady demokracji przedstawicielskiej, a więc stanowienie prawa przez właściwe organy ustawodawcze. Pierwszy złożony w okresie powojennym wniosek w ramach społecznej inicjatywy ustawodawczej przeszedł przez wszystkie przewidziane etapy procedury referendalne dopiero w 1995r. Wniosek dotyczył projektu ustawy wprowadzającej referendum obywatelskie na poziomie gminnym. Projekt uzyskał w przeprowadzonym 1 października 1995r. referendum 57,8%, a poddany pod głosowanie konkurencyjny projekt Landtagu 38,7% ważnie oddanych głosów<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Art. 51 krajowej ustawy wyborczej

<sup>75</sup> W wyniku referendum uchwalona została ustawa wprowadzająca referendum obywatelskie w gminach z dnia 27 października 1995r., BayGVBl. S. 730. Ustawa ta została następnie zmieniona przez Landtag w wyniku orzeczenia Bawarskiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 sierpnia 1997r., zob. J. Harbich, op. cit. s. 23

## Odwołanie Landtagu

Obok społecznej inicjatywy ustawodawczej i przyjęcia ustawy w drodze referendum prawo bawarskie przewiduje także możliwość odwołania Landtagu w drodze bezpośredniej decyzji obywateli. Wybierany na pięć lat Landtag może zostać na podstawie art. 18 ust.3 Konstytucji Bawarii odwołany przed upływem swojej kadencji na wniosek złożony przez co najmniej milion uprawnionych do głosowania obywateli. Procedura odwołania uregulowana jest w bawarskiej ustawie wyborczej w art. 83 – 87. Przeprowadzenie referendum w tej sprawie wymaga zastosowania odpowiednich przepisów o inicjatywie społecznej i referendum.

## Zmiana Konstytucji Bawarii

W drodze referendum i poprzedzającej je społecznej inicjatywy ustawodawczej nie może zostać zmieniona Konstytucja Bawarii. Ustawodawca przewidział w art. 75 ust.2 Konstytucji Bawarii jedynie możliwość bezpośredniego wpływu obywateli na treść Konstytucji poprzez przeprowadzenie referendum dotyczącego podjętej już przez Landtag uchwały o zmianie Konstytucji. Wynik referendum jest wiążący bez konieczności uzyskania odpowiedniej frekwencji w referendum, przewidziane jest jednak 25% kworum w odniesieniu do głosów aprobujących zmianę<sup>76</sup>. W ten sposób może zostać dokonana zmiana Konstytucji nawet wbrew woli Landtagu. Zmiany Konstytucji Bawarii w drodze referendum miały miejsce trzykrotnie. Pierwsza zmiana dotyczyła wprowadzenia w 1995r. instytucji inicjatywy obywatelskiej i referendum na poziomie samorządowym<sup>77</sup>, druga w roku 2000 doprowadziła do rozwiązania i likwidacji Senatu w bawarskim parlamencie, ostatnie zmiany dokonane zostały w 2013r. i dotyczyły zmiany 5 artykułów Konstytucji<sup>78</sup>.

W Bawarii społeczna inicjatywa obywatelska prowadząca do referendum i na jego podstawie do zmian w systemie obowiązującego prawa krajowego znalazła do tej pory zastosowanie dwadzieścia razy<sup>79</sup>, z tego tylko osiem wniosków zostało dopuszczonych do dalszej procedury. Ostatecznie na podstawie pięciu z nich przyjęte zostały w drodze referendum ustawy.

W praktyce, zarówno w Bawarii jak i w innych landach Niemiec najszerze zastosowanie znajdują inicjatywy obywatelskie i referenda na poziomie lokalnym. Obywatele dosyć często korzystają z możliwości bezpośredniego decydowania o ważnych dla siebie sprawach. Spośród 16 niemieckich landów wszelkiego inicjatywy społeczne i referenda na poziomie krajowym przeprowadzane są najczęściej i najliczniej w Bawarii. Landem, w którym elementy demokracji bezpośredniej cieszą się najmniejszą popularnością jest Kraj Saary. W przypadku inicjatyw i referendów o charakterze lokalnym pierwsze miejsce zajmuje także Bawaria, gdzie miała miejsce

<sup>76</sup> Obowiązują te same przepisy jak w przypadku referendum dotyczącego projektu ustawy.

<sup>77</sup> art. 13 ust. 3 Konstytucji Bawarii

<sup>78</sup> Zmiany były wynikiem wniosku złożonego przez premiera Bawarii Horsta Seehofera złożonego w 2011r.

<sup>79</sup> W okresie od 1946 do 2016r.

ponad połowa inicjatyw podejmowanych we wszystkich landach. Landem najmniej aktywnym jest Meklemburgia – Pomorze Przednie<sup>80</sup>.

## **7. Uwagi końcowe o debacie o zmianie Ustawy Zasadniczej dotyczącej referendum ogólnokrajowego**

W ostatnich kilku latach w Niemczech trwają dyskusje nad wprowadzeniem instytucji referendum ogólnokrajowego do regulacji Ustawy Zasadniczej i umożliwieniem obywatelom bezpośredniego współdecydowania o ważnych sprawach w państwie. Idea ta ma zarówno zwolenników jak i przeciwników<sup>81</sup>. Zwolennicy są zdania, że możliwość bezpośredniego wpływania na decyzje podejmowane przez organy władzy państwowej wpłynie na większe zaangażowanie obywateli w działania służące dobru ogółu. Instytucja inicjatywy obywatelskiej i referendum znajduje szerokie zastosowanie w zakresie prawa krajów związkowych, a jej dość częste stosowanie pozwala na stwierdzenie, że obywatele Niemiec chętnie decydują samodzielnie o dotyczących ich sprawach. Konsultowanie ważnych spraw bezpośrednio z obywatelami może się także przyczynić do wzmocnienia demokracji przedstawicielskiej. Reprezentacja narodu miałaby możliwość częstszego i lepszego kontaktu oraz dyskusji z obywatelami, jednocześnie rozwinęła i umocniła się dyskusja społeczna i społeczne zainteresowanie ważnymi dla obywateli sprawami. Możliwość wniesienia obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej mogłaby stanowić istotny sygnał dla władzy ustawodawczej o konieczności zajęcia się konkretną sprawą. Działania te z pewnością wpłynęłyby pozytywnie na rozwój świadomości społeczeństwa obywatelskiego.

Także przeciwnicy demokracji bezpośredniej mają swoje argumenty. Przede wszystkim społeczna inicjatywa ustawodawcza i referendum nie zmieniają faktu, że organem stanowiącym prawo pozostanie Bundestag, a większość inicjatyw ustawodawczych nadal będzie pochodziła albo od Bundestagu albo od rządu federalnego. Ponadto przygotowanie obywatelskiego projektu ustawy wymaga dużej wiedzy i zaangażowania ze strony obywateli i łączy się z dużym nakładem pracy przy braku pewności, że praca ta przyniesie oczekiwany rezultat w postaci odpowiedniej zmiany prawa federalnego. Jednocześnie przeciwnicy demokracji bezpośredniej podkreślają, że polityka federalna jest zbyt skomplikowana dla przeciętnego obywatela, aby mógł on w bezpośredni sposób wywierać na nią wpływ. Zbyt częste głosowania obywateli powadziłyby ponadto do destabilizacji prac organów państwa. Ważnym argumentem jest także obawa przed wykorzystywaniem instrumentów demokracji bezpośredniej przez różnego rodzaju grupy ekstremistów<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Dane dotyczące inicjatyw społecznych i referendum w Niemczech opublikowane zostały przez organizację pozarządową Mehr Demokratie e.V. z siedzibą w Berlinie, zob. 1. Volksentscheid-Ranking. Die direktdemokratischen Verfahren der Länder und Gemeinden im Vergleich, Berlin 2003, s. 6 i 8. Tekst dostępny jest na stronie internetowej: <https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/ranking.pdf> (dostęp z dnia 20.07.2016r.)

<sup>81</sup> Zob. także H. Maurer, op. cit. s. 189

<sup>82</sup> Argumenty za i przeciw demokracji bezpośredniej w Niemczech przedstawia m.in. organizacja pozarządowa zajmująca się problematyką demokracji w Niemczech – Mehr Demokratie e.V.

Według różnego rodzaju ankiet przeprowadzanych w Niemczech wynika, że liczba zwolenników ogólnokrajowego referendum wzrasta i ok. 65% – 87% ankietowanych opowiada się za wprowadzeniem odpowiednich zmian w prawie<sup>83</sup>. Trudno jest określić, jakie szanse istnieją obecnie w Niemczech na wprowadzenie do systemu prawa instytucji referendum ogólnokrajowego. Pomimo licznych dyskusji w tej sprawie w Bundestagu nie toczą się aktualnie żadne dyskusje, ani żadne prace ustawodawcze w tym kierunku.

### **Streszczenie**

Instytucja referendum pojawiła się w niemieckim systemie prawa w Konstytucji Weimarskiej w 1918r. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Ustawy Zasadniczej przeprowadzenie referendum możliwe jest jedynie w przypadku nowego podziału terytorialnego państwa. W niemieckim prawie konstytucyjnym brak jest natomiast regulacji dotyczących referendum ogólnokrajowego. Referenda znajdują szersze zastosowanie w poszczególnych landach. Przykładem landu, w którym obywatele uczestniczą w podejmowaniu ważnych decyzji w drodze referendum jest Bawaria.

### **Słowa kluczowe:**

demokracja bezpośrednia, referendum, inicjatywa społeczna, decyzja narodu, głosowanie, Konstytucja Weimarska, Ustawa Zasadnicza, nowy podział terytorialny kraju, Konstytucja Bawarii, referendum lokalne

## **The referendum in the German legal system**

### **Summary**

The institution of the referendum was introduced into German legal system in 1918 (Weimar Constitution). The provisions of the Basic Law provides a referendum only in case of the new delimitation of the federal territory. The German constitutional law does not exist provisions for a referendum at the federal level. The referendum as an element of direct democracy is applied at the level of Länder. An example of a Land, where citizens take important decisions in a referendum is Bavaria.

### **Keywords:**

direct democracy, referendum, people's request, people's decision, vote, Weimar Constitution, the Basic Law, Bavarian Constitution, local referendum

<sup>83</sup> Np. ankiety przeprowadzone przez Fundację Friedricha Eberta, więcej zob. na stronie internetowej: [https://www.mehr-demokratie.de/umfragen\\_von\\_instituten.html](https://www.mehr-demokratie.de/umfragen_von_instituten.html) (dostęp z dnia 20.07.2016r.). Ankiety dostępne są także na stronie <http://www.forschungsinformationssystem.de/servlet/is/352041> (dostęp z dnia 20.07.2016r.). Zob. także artykuł O. Klasen, M. Anetzberger, Wenn die „Schrumpfverson des Volkes“ bestimmt, Sueddeutsche Zeitung z dnia 12.11.2013r., tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.sueddeutsche.de/politik/plebiszite-auf-bundesebene-wenn-die-schrumpfverson-des-volkes-bestimmt-1.1816320> (dostęp z dnia 20.07.2016r.).



**Agnieszka Malicka** – doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Kierownik Pracowni Nauczania Prawa w Językach Obcych oraz dyrektor Szkoły Prawa Niemieckiego i koordynator Niemiecko-Polskiej Szkoły Prawa Wrocław-Berlin. Autorka i współautorka artykułów naukowych z zakresu polskiego i niemieckiego prawa publicznego, w szczególności prawa konstytucyjnego i ochrony praw człowieka oraz podręcznika do nauki prawniczego języka niemieckiego oraz tłumaczeń tekstów prawnych i prawniczych. Członek Deutsch-Polnische Juristenvereinigung e.V. z siedzibą w Berlinie oraz członek rady naukowej wydawanego przez DPJV czasopisma Deutsch-Polnische Juristen-Zeitschrift.





**Prof.ssa Gabriella Mangione**

Università degli Studi dell'Insubria  
Como, Italy

## **Referendum in Italy. Recent issues and development**

### **1. Introduction: Instruments of direct democracy in Italy**

Amounts the instruments used by modern constitutionalism in order to confront the crisis within representative systems, particular importance is to be ascribed to instruments of direct democracy. These instruments involve the allocation of the exercise of certain functions directly to the people, or rather the electorate, enabling them to take decisions that have immediate effect within state law. As is known, following the long process of transformation of the liberal state which resulted in the expansion of its social base, contemporary Western states are based on representative systems that vest the principal public powers in state bodies that are distinct from the people, albeit linked to the people through regular and free elections. Instruments of direct democracy exist alongside representative mechanisms, and pursue the objective of ensuring popular participation in decisions that affect society as a whole, and in some cases have the aim of bridging the gap between the people and the state apparatus. In this sense therefore, instruments of direct democracy are well suited for addressing one of the aspects of the crisis within political representation, namely the people's loss of faith in the ability of public decisions to pursue their effective interests, or in other words the crisis of legitimation.

More specifically, at times the rationale for instruments of direct democracy<sup>1</sup> lies above all in the desire to supplement or correct the system, in an attempt to resolve the parliamentary crisis of representativeness resulting from the tendency of the parliamentary majority to morph into the unconditional locus of sovereignty.

However, even if only the great variety of mechanisms for exercising instruments of direct democracy contained in the various legal systems and the large number of variables that impinge upon their nature are considered, it becomes evident that a general theory cannot be developed. Conversely, it is essential to focus the analysis on an interpretation that is rooted in the historical, political and socio-economic context<sup>2</sup> and the logical structure of the system within which the instruments are adopted. This paper will refer to the Italian system.

---

<sup>1</sup> There is an extremely rich literature on this issue. In particular, the issue of referendums has been engaged with in the Italian literature on such a scale that even an attempt to present an account of it in this study would be extremely arduous and indeed most likely inappropriate. We shall thus limit ourselves to referring to various commentaries on the Constitution (Articles 75 and 138) along with the extremely comprehensive bibliography provided in these.

<sup>2</sup> It is important not to underestimate the costs of direct democracy, and in particular of referendums. The last referendum held in Italy in April 2016, in which the quorum was not reached, cost around 300 million euros. See: Corriere della Sera, Referendum senza quorum, i costi di un buco nell'acqua, 18-04-2016, p. 1. See in this regard also Law no. 157 of June 1999, which was subsequently amended and updated in August of 2006, providing for a reimbursement of one euro for each valid signature collected in the event that the referendum reaches the quorum stipulated for the vote to be valid. This is a form of public financing which on the one hand compensates the civic committees that take steps to promote a referendum, whilst on the other hand also reimbursing the political parties that have embraced the relevant principle at issue in the referendum.

It is important to state at the outset that it will not be possible within the short space available in this paper to provide an account, even in summary form, of the various legal problems surrounding such a broad and fluid issue.

We shall thus focus our attention on several specific issues relating to current problems, whilst bearing in mind that, if it is definitively approved, the legislation to amend the Constitution currently making its way through Parliament<sup>3</sup> will result in far-reaching changes to many institutes of constitutional law, including instruments of direct democracy.

With regard to the Italian system, the instruments of direct democracy are: popular legislative initiative<sup>4</sup>, the petition<sup>5</sup> and the referendum.

The Founding Fathers intended that these instruments should perform a “propulsive” function<sup>6</sup>. In practice however, popular legislative initiative has an entirely marginal significance and, due to their extremely limited practical effects, petitions have now fallen entirely into disuse. The most important instrument of direct democracy in Italy is undoubtedly the referendum, which involves the consultation of the entire electorate with a legally binding result. The Italian Constitution provides for various types of referendum. The instrument of the referendum was envisaged by the Constituent Assembly as operating on both regional and local levels<sup>7</sup> as well as nationally. This paper will consider only referendums held on national level, namely referendums<sup>8</sup> to repeal legislation as provided for under Article 75 of the Constitution and referendums that may be held as part of the process to amend the Constitution as provided for under Article 138 of the Constitution.

It should be noted at the outset that Italy is one of the Western democracies in which referendums are held with the greatest frequency. Over the course of little more than 40 years, Italian voters have been consulted<sup>9</sup> around twenty times concerning 27 referendum questions. The use of the referendum, in its various forms, has thus become an important issue in Italy and is debated on all levels, from academic analysis through to public debate, from the work of journalists to clashes between political actors and subjects. However, the intense and continuous debate over the past decades, and above all in the run-up to votes, has often remained within the limits of partisan interpretations, which has given rise to distortions of perspective, acritical condemnations and equally acritical exaltation of the referendum as an instrument.

---

<sup>3</sup> At the time of writing – July 2016 – Parliament has already approved the legislation to amend the Constitution; although the exact date of the constitutional referendum to be held pursuant to Article 138 has not yet been announced, it is certain that it will be held in October (see further below §4).

<sup>4</sup> See art. 71 of the Constitution.

<sup>5</sup> See art. 50 of the Constitution.

<sup>6</sup> See Relazione del Presidente della Commissione Meuccio Ruini, in: *Il referendum abrogativo in Italia*, Quaderni di Documentazione del Servizio Studi, Camera dei Deputati (ed), Rome, 1981.

<sup>7</sup> See articles 121, 123, 132 and 133 of the Constitution.

<sup>8</sup> In addition, a consultative referendum was held in 1989 concerning the grant of constituent authority to the European Parliament, although this was made possible by a constitutional law enacted on an *ad hoc* basis.

<sup>9</sup> Between May 1974 and April 2016, 17 referendums were held in Italy to repeal legislation pursuant to Article 75 of the Constitution, along with one consultative referendum (see note 8) and two constitutional referendums under Article 138 of the Constitution.

## 2. The referendum within the Constituent Assembly

The Constituent Assembly that adopted the Constitution of the Republic of Italy<sup>10</sup> was elected by the Italian people on 2 June 1946 in the first election according to universal suffrage. At the same time as elections to the Constituent Assembly an institutional referendum was also held in which Italians were asked to choose whether the country should be a monarchy or a republic. The history of the Republic of Italy thus started with a referendum. The adoption of the referendum within the Italian system by the Constituent Assembly was thus facilitated by the evident consideration that the Republic had originated from a plebiscite. In addition, the decision by the Founding Fathers to make provision for referendums within the new Constitution also arose within a climate that was adverse to any form of centralisation of power within which the Assembly was operating (as is known, the birth of the Republic of Italy was marked by a clear opposition to Fascism in the wake of the twenty-year dictatorship). Finally, it is important to note the close connection between the instrument of the referendum and the principle of popular sovereignty enshrined in Article 1 of the Constitution, which contributed to creating fertile ground for the adoption of an institute enabling the sovereign popular will to be expressed.

Thus, a sense of the novelty and discontinuity at what was being introduced was widespread within the Constituent Assembly. However, despite the initial favourable stance towards referendums, there was a fundamental disagreement regarding the range of referendum types proposed<sup>11</sup> within the Constituent Assembly, including amongst authoritative and influential scholars,<sup>12</sup> and the instrument of the referendum was scaled back significantly during the final stage of approval.

The reasons for the gradual abandonment of the initial stance, which was much more favourable to referendums, may be found not only in specifically political considerations<sup>13</sup> but also in the subsequent dissemination of widespread mistrust in and prudent caution towards an instrument which had traditionally been regarded as foreign to the parliamentary model of government towards which the country was moving. It was regarded as dangerous above all due to the maintenance of the “numerous compromise choices<sup>14</sup>”, which had been painstakingly made by the

<sup>10</sup> The Constitution came into force on 1 January 1948.

<sup>11</sup> The rich and variegated range of referendum types was in part modelled on the example of the German Weimar Constitution of 1919. See Article 73 of the Weimar Constitution. This provided for a broad variety of instruments of direct democracy, including also referendums concerning policy matters and proposals and popular legislative procedures in a strict sense. Provision was made for referendums to repeal legislation, referendums to resolve disputes arising between the two houses of Parliament concerning specific draft legislation, referendums to confirm legislation already approved by Parliament, and so on.

<sup>12</sup> The issue of the referendum was considered in particular by the 2nd sub-committee thanks to the work of Costantino Mortati. An important contribution was also made by Luigi Einaudi, who was elected President of the Republic on 12 May 1948.

<sup>13</sup> Including first and foremost the staunch opposition by the Communist Party.

<sup>14</sup> It's not superfluous to point out the highly heterogeneous and profoundly diverse composition of the ideological groupings represented by the deputies elected within the Constituent Assembly. These forces, which were profoundly divided amongst themselves, shared in common the aim of giving birth to a state that was diametrically opposed to the fascist state and, broadly speaking, substantially new compared to the pre-fascist state. This was certainly a cause for the compromise status of various rules within the Constitution, and indeed of the Constitution as a whole. There is full agreement within the literature

representatives of a people and was regarded as a harbinger of great transformations and problems. It is not superfluous to note that the Italian Constitution was the result of a compromise between highly disparate political forces. Moreover, it is important in this regard not to underestimate the monopoly claimed by the political parties over the aggregation and political synthesis of the popular will, which led them to consider with suspicion an instrument that lent itself to usage by interest groups and organised lobbies in order to promote their own political agenda, without any mediation through party structures, and in fact at times with an “anti-party” aim.<sup>15</sup> However, the result achieved appears in part to run counter to the way in which the debate concerning the approval of the Constitution developed, as the referendums provided for under the Constitution have a not insignificant capacity to impinge upon the operation of the institutional system. Not only referendums to repeal legislation but also constitutional referendums – as will be set out below<sup>16</sup> – are capable of causing traumatic effects on the normal operation of representative bodies as they may result in the open rejection of the actions of Parliament and the Government by the electorate.

### 3. Referendums to repeal legislation pursuant to Article 75 of the Constitution

Referendums to repeal legislation, governed by Article 75 of the Constitution, involve the subjection to a popular vote of one or more questions concerning the full or partial repeal of legislation already in force. It is thus an instrument through which the electorate may have a direct effect<sup>17</sup> on the legal system by repealing legislation<sup>17</sup> or acts with the force of state legislation, or individual provisions contained in such acts. As the Constitutional Court has held,<sup>18</sup> “the referendum is an act/source of law within the legal system with the same status as ordinary legislation”<sup>19</sup>. The electorate is given the possibility, on the initiative of minority groupings (or regions accounting for a minority of the territory) to object to the choices made by the majority of the representatives elected by voters: those representatives adopted law, which the

---

concerning the fact that the Italian Constitution is the result of a compromise between Catholic, Liberal, Socialist and Marxist political forces.

<sup>15</sup> See P.Barile, in P. Barile C.Macchitella (ed), I nodi di the Constitution, Turin, 1979, p. 50, according to whom the referendum to repeal legislation would constitute the “anti-party’ weapon *par excellence*”.

The stance of mistrust and caution did not apply solely to the instrument of the referendum. The opposing groupings, comprised of profoundly heterogeneous political forces, considered that, given the uncertainty as to who would win subsequent elections, it might be a good idea to ensure in general a low profile for the governmental authorities; otherwise, any opponent who gained control of the governmental apparatus in future would have access to an instrument that was capable of implementing its plans quickly and in full, and perhaps of crushing the opposing ideological grouping. Essentially, the parties tacitly agreed to shape the powers of the state according to the dictates of prudence. This was due to the lack of a strong central power and the fact that the Parliament at the centre of the political system was based on the anachronism of perfect bicameralism. See G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milan, 2001, p. 126.

<sup>16</sup> See below note 51.

<sup>17</sup> See however note 42.

<sup>18</sup> Constitutional Court, judgment no. 29 of 1987 and no. 15 of 2008.

<sup>19</sup> It amounts to a “*sui generis*” source of law, the content of which is “predetermined under constitutional law”. See R.Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milan, 2010, p. 322. See also V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padua, 1984, p. 98.

electorate then repeals. In effect, referendums have often been understood within the Italian system not so much as a means of stimulating or supplementing the activity of Parliament as rather as an exception which, due to its very nature, gives rise to a situation of competition and conflict with the representative system. It is thus no coincidence that the specific operation of this instrument has been conditioned by law,<sup>20</sup> as the typical expression of political representation, namely of Parliament.<sup>21</sup>

The first referendum on the repeal of legislation in Italy, which was held in 1974, related to the law on divorce. It has been followed by many others, 67 in total,<sup>22</sup> with the most recent in April 2016.

Paragraph 1 of Article 75 of the Constitution stipulates that at least 500,000<sup>23</sup> voters must support any request for a referendum; alternatively, it also stipulates that such requests may be supported by at least five regional councils. The following paragraphs address two other very important issues of the legislation on referendums: those relating to the substantive limits and those relating to the procedural limits on the effects of referendums.

First and foremost, as regards the substantive limits, the Constitution stipulates that, due to their complexity and importance, certain areas of law may not be the object of referendums. These include tax and budgetary laws, amnesties and the remission of sentences as well as the authorisation to ratify international treaties. The inadmissibility of referendums in relation to laws in these areas is based on different principles. Such laws are in general merely formal in nature, although in reality amount to acts of political direction of and control over the activity of the government. Likewise, it is also necessary to prevent the repeal of laws that impinge upon the wealth of private individuals and impose financial charges, and also to block any pressure in favour of referendums that lend themselves to evident demagogic exploitation.

With regard to the procedural issues, it is important to recall the control carried

---

<sup>20</sup> See article 75(5), which provides that "The law establishes the modality for conducting a referendum".

<sup>21</sup> A law governing all of the procedural aspects not regulated in the Constitution itself was only enacted in 1970, a full 22 years after the Constitution entered into force. Until that time, the ability of the people to state its position through an exercise of direct democracy was precluded, having been boycotted by obstructionism by the parties comprising the parliamentary majority, which often ended up placing their own interests above even the obligations to implement the Constitution. The extremely sluggish pace at which legislation on referendums was implemented was in fact attributable to so-called "majority obstructionism", which was responsible for the delays in the implementation also of other institutes of constitutional law, such as the Constitutional Court, the Supreme Council of the Judiciary and the legislation on the regions, all of which pursued the common rationale of substantially limiting the powers of the governing majority. The approval of Law no. 352 of 1970 on referendums was the result of a political compromise between Catholic and secular groupings in Parliament in the wake of specific circumstances, namely the turbulent and much-contested approval of the law introducing the possibility for married couples to divorce, namely Law no. 898, also of 1970. In fact, the law on referendums was the compensation requested by the Catholic groupings in return for desisting from attempts to obstruct the passage of the law allowing for the possibility of divorce. In fact, the law on divorce was the first area in which the instrument was specifically experimented. On 12 and 13 May 1974, with an extremely high turnout in the referendum (87% of registered voters participated), Italians decided to maintain the law on divorce. 59.26% of those who participated voted in favour of maintaining the law, whilst 40.74% voted in favour of its repeal.

<sup>22</sup> In addition, further referendums have not been held, even after they were upheld as admissible by the Constitutional Court, due to the amendment by Parliament of the provisions the repeal of which was sought. See below note 38.

<sup>23</sup> The constitutional amendment envisages an increase in the number to 800,000.

out by the Central Office for Referendums established at the Court of Cassation<sup>24</sup> along with the review by the Constitutional Court<sup>25</sup> concerning respectively the legality and the admissibility of the referendum.

Due to the serious nature of the effects resulting from a referendum to repeal legislation, the Constitution provides for a two-stage quorum<sup>26</sup>: one relating to overall participation, according to which the referendum can only validly repeal legislation if a majority of the electorate (for the Chamber of Deputies) participated, and another requiring a majority in favour of the proposition. The legislation is only repealed if a majority of the votes validly cast approves the repeal. The rationale for such a high turnout threshold, laid down in paragraph four of Article 75, is explained by the fact that a law cannot be repealed by a majority calculated on a modest turnout of the electorate, because in such a scenario it would in actual fact express the opinion of a *minority* of the electorate. In other words, the Constitution imposes the quorum in order to ensure certainty that a large percentage of voters actually wishes the provision to be repealed.

It must thus be pointed out in this regard that the electorate need not necessarily state its position by participating in the decision making procedure but also by refusing to do so, precisely because if a majority of the electorate decides not to participate in the referendum it has the effect of invalidating the popular vote. In this case, the popular will is thus the result of a “negative act” and not a positive decision.

In practice the quorum is quite a sore point. Almost half of all referendums to repeal legislation<sup>27</sup> held to date have failed precisely due to the failure to achieve the quorum. The strong increase in abstention, which has now spread to all forms of voting, has often favoured the opponents of the various referendum questions who, rather than campaign in favour of a no vote, have found it easier to argue in favour of abstention.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> See art. 12 law no. 352 of 1970.

<sup>25</sup> See Constitutional Law no. 1 of 1953.

<sup>26</sup> See: *Nota breve, I quorum del referendum abrogativo nel dibattito presso l'Assemblea Costituente*, Servizio Studi del Senato no. 31 – March 2012.

<sup>27</sup> The fact that 28 out of the 67 referendums on the repeal of legislation – including the most recent referendum held in April 2016 – have not reached the quorum explains very well the difficulties which the instrument has encountered over the years. There may be various reasons for such difficulties: from the abuse of the referendum, which has on some occasions been used as an instrument for casting an overall protest vote against the government's general policies (for example by the Radical Party – the party which has by far been the most assiduous in presenting requests, proposing 32 referendum questions in the 1990s alone), through problems relating to their comprehensibility, to attempts by the political class to exploit or “neutralise” in various ways the possible effects of votes (as occurred in the referendum, cited above, on the public financing of politics from 1993, see below note 47).

<sup>28</sup> It should be added that, as will be pointed out, there is no doubt that the instrument of the referendum has been abused, and that perhaps referendums have been proposed to repeal legislation that is not always of major importance. But naturally every person has the right to abstain. However, it is quite serious that calls to abstain have often been made by constitutional figures from for instance the government or by the president of one of the Houses of Parliament, namely by the very representative institutions for the decisions of which the referendum is an “instrument of countervailing power”. Similarly, the author considers it to be equally serious for a call for abstention to have been made by the President of the Constitutional Court. It is even worse for an invitation to vote a certain way in a constitutional referendum (below § 4) to have been made by a Constitutional Court judge who might in future have to rule on the constitutionality of the laws in question. The prestige of the Court will remain high if it is perceived as an institution that stands aloof from political debate. Were that perception to change, the Court would be open to attack in the same way as any



### 3.1 The Constitutional Court and rulings on the admissibility of referendums

According to a renowned political scientist,<sup>29</sup> referendums have a greater weight in Italy compared to other countries because they are not called by the Government but rather by the people. It should also be added that, within the Italian system, this decision also falls to the Constitutional Court, which plays a fundamental role in the referendum procedure. The reference parameter of constitutional law is provided by Article 75 of the Constitution, paragraph two of which provides that “No referendum may be held on a law regulating taxes, the budget, an amnesty or sentence remission measure, or a law ratifying an international treaty.”. However, after an initial period<sup>30</sup> during which the constitutional provision cited above was interpreted literally, the Court identified other implicit limits in addition to the express limits, thereby creating a particularly stringent filter for requests for referendums. Following a leading judgment at the end of the 1970s,<sup>31</sup> the Court started to change its approach, substantially expanding the scope of admissibility proceedings<sup>32</sup>. First and foremost, it held that the limits laid down by Article 75 were to be interpreted broadly. This meant that not only laws concerning the approval of budgets would be inadmissible, but also other laws relating to the much broader “corrective financial legislation”, including the so-called finance law, now known as the stability law; in addition, not only questions relating to laws granting authorisation to ratify treaties are inadmissible, but also those relating to laws required for their implementation. It should be added in this regard that a referendum such as that recently held in the United Kingdom, in which British citizens were called upon to choose whether to remain in or leave the European Union, could not be held in Italy.

The Court also noted that “there are various values of constitutional standing that require protection, which call for the introduction of new criteria for establishing admissibility beyond those laid down in Article 75(2) of the Constitution. A fundamental criterion introduced by the Court was that the referendum question must be homogeneous, clear and coherent.

In the opinion of the Court, applications formulated in such a manner that each question to be submitted to the electorate contains a variety of heterogeneous questions lacking a rationally unitary core, with the result that they cannot be brought within the logic of Article 75 of the Constitution, will for example be inadmissible.

Article 75 postulates a clear and precise response of either yes or no to a question which must in turn be clear and precise. Otherwise, this would

---

other body. In the end, its prestige would be considerably undermined.

<sup>29</sup> A. Lijphart, Arend, *Patterns of democracy: government forms and performance in thirty-six countries*, New Haven, Yale University 2012.

<sup>30</sup> Constitutional Court, judgment no. 10 of 1972 and judgment no. 251 of 1975 .

<sup>31</sup> Constitutional Court, judgment no. 16 of 1978.

That this was a unique event has been confirmed by the lively debate that this decision has aroused within the literature on the pages of the main public law journals. See: *Giurisprudenza costituzionale*, *Politica del Diritto*, *Giurisprudenza italiana*, *Foro italiano*, *Diritto e Società*.

<sup>32</sup> A. Chiappetti, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, Milan, 1974, p. 197; A. Pertici, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Turin, 2010.

result in a manifest and arbitrary departure from the goals for which the referendum to repeal legislation was introduced into the Constitution as an instrument for the “genuine expression of popular sovereignty”<sup>33</sup>. On the basis of this and other criteria<sup>34</sup> introduced by the Court, to date more than 60 questions have been “blocked”, i.e. ruled inadmissible. Almost one referendum application out of two is struck out following the Court’s ruling.

In this regard it should be pointed out that the Court’s ruling, which is evidently not framed in precise and foreseeable terms, could excessively expand the role of the judges on the Constitutional Court and could have repercussions on politics by exposing the judges to the risk of being dragged into political controversy.<sup>35</sup> It has been pointed out on various occasions in the literature<sup>36</sup> how the Court has vested itself with substantively unlimited and practically uncontrollable freedom of choice, and thus a power of review of the will of the people which is probably broader than that which theoretically falls to it under the Constitution.<sup>37</sup> It is not possible within the short space available in this study to consider in greater depth the procedural aspects of referendums or to dwell on the – albeit highly significant – role of the Central Office established at the Court of Cassation,<sup>38</sup> nor indeed on the equally important role of the committee promoting the referendum.<sup>39</sup>

However, it is important to make several clarifications. As already noted,

<sup>33</sup> Constitutional Court, judgment no. 16 of 1978 cit.

The opportunity resulted from an application to subject to one single referendum a total of 97 articles of the Criminal Code, ranging from violations of the press laws, through the expulsion of foreign nationals, to incitement and corporate sabotage. The Court held that, in stipulating a clear alternative between a “yes” and a “no”, which cannot be differentiated from case to case, multiple non-homogeneous questions fall foul of the essential prerequisites for referendums, distorting the will of the electorate and thus the freedom of the vote. In 1981 referendums concerning 31 articles of the Criminal Code were also ruled inadmissible on the grounds of non-homogeneity. See Constitutional Court, judgment no. 28 of 1981.

<sup>34</sup> The Court also held that the referendum question must relate to provisions that may be associated with a “common principle”, which must be clearly apparent. On this basis it ruled inadmissible questions that were deemed to be “non-homogeneous” and “incomplete” on the grounds that they left certain provisions intact even though these also fell under the “common principle” or because the consequences of repeal were not clear. The Court also introduced the criterion of laws with a content mandated under constitutional law, which are not amenable to repeal or amendment by referendum, and laws required under constitutional law, which are by contrast not immune to referendums. The boundaries of this criterion appear to be unclear as it is certainly difficult to establish the difference between the two types of law. See S. Penasa, *L’ondivaga categoria delle leggi “a contenuto costituzionalmente vincolato”*, 19 aprile 2005. It is available at the address: [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/old\\_pdf/550.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/old_pdf/550.pdf)

<sup>35</sup> A.Chiappetti, *L’ammissibilità del referendum abrogativo*, cit., p. 197.

<sup>36</sup> See V. Onida, *Principi buoni, applicazioni discutibili*, *Politica del diritto*, n. 5, 1978.

<sup>37</sup> For some time there have been calls within the literature for the Court to make its decision at an earlier stage, precisely in order to involve the Court becoming involved in the last stage of the long referendum process, when a consensus surrounding the questions has already been established and the attention of all political players is focused on this last obstacle. See P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Naples, 1989, p. 459.

<sup>38</sup> It is required to call a halt to the referendum procedure in the event that the legislative act or the individual provisions within it to which the referendum relates are repealed before the date scheduled for the referendum (Article 39 of Law no. 352 of 1970). However, if the repeal is followed by the enactment of new legislation in the same area of law that leaves intact the principles inspiring the previous legislation along with the essential normative content within the individual principles, the referendum will be transferred to the new legislative provisions. It falls to the Court of Cassation to assess the new legislation in the light of the referendum questions. The intention behind this is to prevent a “cunning” legislator from only formally amending a law in order to avoid a popular pronouncement concerning it. On all of these points see Constitutional Court judgment no. 68 of 1978 on the repeal of provisions concerning nuclear power stations.

<sup>39</sup> See Constitutional Court, judgment no.69 of 1978.

a referendum to repeal legislation is a source of law,<sup>40</sup> as it is capable of terminating the effects of legislation. In this regard it must be observed first and foremost that, in contrast to repeal by legislation, a repeal ordered by referendum (by way of a decree of the President of the Republic proclaiming and endorsing the result) can only occur expressly and not also tacitly on the grounds of normative incompatibility or implicitly as a result of the enactment of new legislation applicable to the area of law as a whole.<sup>41</sup>

In addition, whilst it is the case that a referendum to repeal legislation is a form of “negative” legislation in the sense that its aim is only to repeal, or to eliminate statutory provisions from the legal order, but not to introduce new provisions, this does not however preclude the possibility of introducing new rules as an effect of the “manipulation” of the legislative text: in some cases, the removal of individual words from the legislation previously enacted may give rise to meanings that differ significantly from the original meaning, resulting in the creation of new norms.

The most striking proof of the potential legislative capacity of a “manipulative referendum” may be found in the 1993 referendum on election law: by eliminating individual articles, paragraphs, propositions or parts thereof, the nominally majoritarian electoral system for the Senate was transformed into a completely different system.<sup>42</sup>

Another important aspect concerns the consequences of the referendum. When the yes side wins, the President of the Republic must issue a declaration repealing the law. However, there is a question as to whether it is open to the legislator to re-enact the provision repealed. The Constitutional Court has recognised for some time, and on various occasions, that there is a “prohibition on the formal or substantive re-enactment of the legislation repealed”<sup>43</sup>, which the legislator cannot re-introduce even on a transitory basis.<sup>44</sup> The Court recently<sup>45</sup> confirmed this position by, for the first time, ruling a law unconstitutional precisely because it reintroduced, in its essential normative terms, legislation previously repealed by referendum. This related to a law that essentially re-enacted the provision repealed by the so-called “referendum on water”<sup>46</sup> held in June 2011. In effect, it cannot be denied that legislation of this type, which is aimed at frustrating the outcome of the popular vote (and thus circumventing Articles 1 and 75 of the Constitution), amounts to a kind of “constitutional fraud” (*fraus Constitutionis*) which may easily be objected to on the grounds that the law is unreasonable as an *ultra vires* act by the legislature. However,

<sup>40</sup> See above note 18. See also V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padua, 1993, p. 217, according to whom repeal means “to make different provision”. Accordingly, the generation of repealing effect is an indicator of the normativity of the act providing for it.

<sup>41</sup> Furthermore, considering its repealing effect, a referendum can never have retroactive effect.

<sup>42</sup> This referendum registered an extremely high turnout: on 18 and 19 April 1993, 77% of registered voters participated. See A. Gigliotti, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Milan, 2009.

<sup>43</sup> Constitutional Court, judgment no. 32 of 1993.

<sup>44</sup> Constitutional Court, judgment no. 468 of 1990 and no. 33 of 1993.

<sup>45</sup> Constitutional Court, judgment no. 199 of 2012.

<sup>46</sup> The referendum against the privatisation of water and local public services took place on 12 and 13 June 2011.

a highly significant question concerns the duration of the legal prohibition on the restoration of the legislation repealed by the people. The Court has in fact been silent on the duration of the prohibition on re-enactment. There is no doubt that it would be unreasonable to tie the hands of Parliament by a popular choice, which may have been made in the very distant past, as it would prevent consideration being given to any subsequent events or legislation that may be relevant or any change in the mood of society. This would essentially be tantamount to recognising perpetual effect to the referendum result which no legal provision may claim, not even on constitutional level. There is thus a restriction; however, its uncertain duration is liable to give rise to disputed situations.<sup>47</sup>

#### 4. Constitutional referendums

The Italian Constitution, as is known, is an inflexible constitution. A special procedure, governed by Article 138, must therefore be followed in order to amend it. This provides that the amending legislation must be approved by each House by two subsequent resolutions at intervals of not less than three months. If an absolute majority of the members of each House is achieved in the second vote, the laws are then subject to a popular referendum if so requested within three months of their publication by one fifth of the members of a House or five hundred thousand votes or five regional councils.

No referendum is held if the law was approved by each of the Houses on the second ballot by a majority of two thirds of their members.

Referendums on the amendment of the Constitution governed by Article 138 thus have contingent status. Indeed, until October 2001 no constitutional referendum had ever been held, even though the Constitution had been amended on various occasions. In 2001,<sup>48</sup> Italians were called upon to vote on the reform of Title Five of the Constitution, and subsequently in 2006 on various aspects of the Constitution. In October 2016, the third constitutional referendum in the history of the Republic of Italy will be held.

Constitutional referendums differ in some respects from referendums to repeal legislation pursuant to Article 75 of the Constitution. One of the most significant differences is the absence of a quorum. The votes validly cast are simply totalled up, irrespective of whether or not a majority of the electorate voted. Citizens are thus called upon to choose between two options: to confirm or to reject the constitutional changes approved by Parliament. A constitutional referendum, which is also in fact

---

<sup>47</sup> According to the Court, it is not possible for Parliament and the Government to change the result chosen by the electorate, unless any "structural change to the political framework" or "factual circumstances within the general context" arise (judgment no. 199 of 2012, cited above). This is an ambiguous definition which is open to a multitude of interpretations, and which allows for exceptions. And as far as exceptions are concerned, the perhaps most fitting example is the referendum held on 18 April 1993 concerning the abolition of public financing for parties (which attracted a yes vote of 90.3 percent!), which was subsequently de facto reintroduced by Parliament the same year under the new name of "electoral reimbursements". See G. Azzariti, *Referendum, leggi elettorali e Parlamento: la «forza» delle decisioni referendarie nei sistemi di democrazia rappresentativa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 88.

<sup>48</sup> After the 2001 referendum in which the "yes" side won on a turnout of around 34% and the 2006 vote, in which "no" prevailed on a 52.5% turnout.

known as a suspensive or confirmatory referendum, performs a guarantee function as it enables the people to express themselves on changes of major significance when the parliamentary majority was not sufficiently high to ensure that it was fully representative. If the referendum is successful, the head of state promulgates the law amending the Constitution; otherwise, the position is as if the law had never been adopted and published in the Official Journal. In addition, no provision is made for any control by the Constitutional Court.<sup>49</sup>

The forthcoming referendum relates to the largest amendment of the Italian Constitution since it was adopted: a “historic” reform as the Italian Parliament approved a radically new architecture for the country’s institutions.<sup>50</sup> Essentially, without entering into the merits of the reform, this paper limits itself to noting that the Senate’s powers and composition will be significantly restricted and altered; the system of perfect bicameralism will be definitively ended; new systems will be introduced for the election of the President of the Republic and for the Constitutional Court. Finally, with reference to the issue under examination, as noted above, also certain significant aspects of referendums will be altered. The reform makes provision for referendums on policy and proposals and alters the mechanism for establishing the quorum for determining the validity of referendums for repealing legislation, which will become “mobile” as it will be based on voter turnout at the last general election”. However, at the time of writing, the outcome of the referendum is highly uncertain and appears to be becoming increasingly politicised.

Constitutional experts have fallen clearly into two camps with regard to the constitutional amendment.

First and foremost, the fact that the approval of the referendum was presented to voters as a decisive decision for the continuation in office of a government has caused much concern. The President of the Council of Ministers has attempted in various declarations<sup>51</sup> to transform the referendum into a plebiscite on his personal performance and his government. The aim is thus to provide *ex post* legitimation for his position in office as Prime Minister, a position which is not directly elected but is filled according to a decision by the President of the Republic. A very large number of constitutional experts considers that the Constitution, and thus also any amendment of it, is and must form part of the common patrimony that is endorsed as widely as possible, and must not be the expression of a governmental policy or the result of the contingent prevalence of certain political forces over others. The Constitution is not an ordinary law pursuing contingent political objectives that have been legitimately desired by the majority at any given time, but sets out the common foundations for civil and political cohabitation. The

<sup>49</sup> However, provision is made for a control by the Court of Cassation.

<sup>50</sup> On 12 April 2016, after 170 sessions and six votes over two years, the law on the amendment of the Constitution was approved by an absolute majority. It fell a long way short of the ideal majority of two thirds, which the Constitution lays down in order to avoid the need for a constitutional referendum. On the very same day, opposition forces in the Chamber of Deputies and the Senate started collecting signatures, and within a few hours reached the threshold necessary within each house of Parliament in order to request a popular vote.

<sup>51</sup> “Sul referendum mi gioco tutto. Oggi vince la democrazia”, in *Repubblica*, 11 april 2016; “Referendum e dimissioni, la sfida che serve a Renzi per smarcarsi dalle amministrative”, in *IlSole24ORE*, 30 December 2015.

Constitution is without doubt a “political” product, but is not a product of contingent politics based on confrontation without quarter between the majority and opposition forces of the day. This is also why the way in which a reform is achieved touches upon the very “credibility” of the Constitution, and thus its effectiveness.

The doubts of constitutionalists<sup>52</sup> also relate to the non-homogeneous nature of the reform, which applies to 47 Articles of the Constitution.

The constitutional referendum will be called in relation to one single question, namely whether or not to approve the entire reform, and voters will not have the opportunity to vote separately on the different issues addressed with it. This amounts to another serious defect within the parliamentary procedure followed, which could have been avoided had the reform been broken down into various projects and approved separately. “Amending 47 Articles of the Constitution by a majority, and in one fell swoop, must be alarming for anybody who has democracy at heart”.<sup>53</sup>

It is important in this regard to recall Luigi Einaudi’s assertion before the Constituent Assembly that the referendum system “will only be successful if the Houses propose only one reform at a time and in a clear manner, in such a way that voters clearly appreciate what they have been asked to vote upon”.<sup>54</sup> Finally, it should also be noted that there is no control of the admissibility of this type of referendum, in contrast to the power granted under constitutional law<sup>55</sup> to the Constitutional Court in relation to referendums to repeal legislation.

There are many other extremely significant points on which the literature is far from being in agreement, such as for example the consequences of a rejection of the referendum, which cannot be considered here. However, it is important to note that there is no doubt that, had Parliament engaged with the question with greater restraint, following detailed reflection and a serious engagement between the various positions, then today we would perhaps find ourselves with a constitutional reform backed up by greater consensus and without any need to hold a referendum characterised by highly polarised views, which appears to be a source more of conflict than of a real improvement in the institutional framework.

## 5. Conclusions

It may be concluded from a glance at the instrument of the referendum in general that, in practice, it has served very different practical and political functions. At times it has acted as an instrument for promoting alternative programmes and

<sup>52</sup> The problem of the heterogeneous nature of referendum questions, including in relation to constitutional referendums, has been raised for some time within the literature. See A. Pizzorusso, *Limiti e procedure della revisione costituzionale*, in E. Rippepe R. Romboli (ed), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Turin, 1995; R. Romboli, *Le regole della revisione costituzionale*, *ivi*, p. p.92; Id, *Il possibile referendum costituzionale e le procedure per una revisione “organica” della Costituzione*, attualmente reperibile all’indirizzo [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre\\_2006/796.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/796.pdf)

<sup>53</sup> On the basis of this principle, a large number of constitutional experts have concluded that Article 138 is not amenable for this type of “bulk” review.

<sup>54</sup> V. seduta del 15 gennaio 1947, Seconda Sottocommissione, in: *Referendum abrogativo in Italia*, Quaderni di Documentazione del Servizio Studi, Camera dei Deputati, *cit.* p. 26.

<sup>55</sup> See Constitutional Law no. 1 of 1953, *cit.*

political approaches to those of the majority parties, and at other times as a means for exerting pressure in order to solicit legislative solutions from Parliament. On many occasions referendums have been abused,<sup>56</sup> even though they should only perform an exceptional function. The Italian people have been questioned in relation to issues concerning profound matters of conscience such as divorce, abortion and medically assisted reproduction; however, they have also been asked to vote on marginal issues and on all types of problem, no matter how technical (which it would be more appropriate to leave to careful consideration by experts), thereby depriving the referendum as an instrument of that exceptional status that it deserves and establishing it within a routine which has resulted in disaffection and immense difficulties relating to the quorum. It is not possible to dwell further on the fundamental role, which is both precious and dangerous at the same time, played by the media, which do not always offer a correct and effective channel for communication. At this juncture we limit ourselves to noting the evident upset to the ordinary operation of Parliament which is caused by the referendum. Within both types of referendum the minorities in Parliament, which need not necessarily assume that they are also in a minority within the electorate, may seek to appeal to the people in order to establish whether or not it approves an individual act adopted by the majority, whilst not calling into question the underlying choices. This is not all: the electorate may be called upon to rule also on questions that had not arisen at the time it elected its representatives in such a way that the latter can be informed of the choice of voters. However – to repeat – all of this should be exceptional in nature. In reality, as things stand, it appears possible to assert that referendums are largely construed as a possible instrument for resolving institutional crises, which are capable of overturning conflictual elements, social tensions and in general dealing with unresolved issues. In the light of the most recent practice, the relationship between citizens and the political class and referendums appears to becoming even more complicated.

## Summary

Italy is one of the Western democracies in which referendums are held with the greatest frequency. Over the course of little more than 40 years, Italian voters have been consulted around twenty times concerning 27 referendum questions. The use of the referendum, in its various forms, has thus become an important issue in Italy and is debated on all levels, from academic analysis through to public debate, from the work of journalists to clashes between political actors and subjects. However, the intense and continuous debate over the past decades, and above all in the run-up to votes, has often remained within the limits of partisan interpretations, which has given rise to distortions of perspective, acritical condemnations and equally acritical exaltation of the referendum as an instrument.

The Italian Constitution provides for various types of referendum.

<sup>56</sup> See above note 27.

Referendums to repeal legislation, governed by Article 75 of the Constitution, involve the subjection to a popular vote of one or more questions concerning the full or partial repeal of legislation already in force. It is thus an instrument through which the electorate may have a direct effect on the legal system by repealing legislation or acts with the force of state legislation, or individual provisions contained in such acts.

Referendums on the amendment of the Constitution governed by Article 138 have contingent status. A constitutional referendum, which is also in fact known as a suspensive or confirmatory referendum, performs a guarantee function as it enables the people to express themselves on changes of major significance when the parliamentary majority was not sufficiently high to ensure that it was fully representative. In October 2016, the third constitutional referendum in the history of the Republic of Italy will be held.

Referendums have often been understood within the Italian system not so much as a means of stimulating or supplementing the activity of Parliament as rather as an exception which, due to its very nature, gives rise to a situation of competition and conflict with the representative system.

There are many extremely significant points on which the literature is far from being in agreement.

In the light of the most recent practice, the relationship between citizens and the political class and referendums appears to becoming even more complicated.

**Gabriella Mangione** – Professor of Public Comparative Law at the Faculty of Law of the University of Insubria in Como (Italy). Since 1991, she has also taught the course “Einführung in das italienische öffentliche Recht” (Introduction to Italian constitutional law) each summer semester at the Faculty of Law of Regensburg University (Germany). She received her undergraduate degree from the University of Milan, where she also completed a PhD in comparative law, in addition to the Diplôme Supérieur de Droit Comparé at the Faculté Internationale de Droit Comparé, Université de Strasbourg. She also worked as an intern for two semesters at the Directorate-General (DG) Financial Control (European Commission) in Brussels.





**Piotr Mikuli**

**Natalie Fox**

Uniwersytet Jagielloński

Wydział Prawa i Administracji

## **Instytucja referendum w Zjednoczonym Królestwie Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej – uwagi wokół ogólnokrajowego referendum z dnia 23 czerwca 2016 r.**

1. Ustrojowoprawny instrument demokracji bezpośredniej, jakim jest referendum stanowi swoiste *novum* w krajowym porządku Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. Dopiero, bowiem w latach siedemdziesiątych XX w. element współdecydowania<sup>1</sup> obywatelskiego<sup>2</sup> został inkorporowany do omawianego systemu ustrojowego<sup>3</sup>. Wprowadzenie do porządku prawnego elementu konsultacyjnej partycypacji musi uwzględniać szerszą perspektywę ustrojowych przemian jakie mają miejsce w Zjednoczonym Królestwie. Ewolucja systemu brytyjskiego doznała intensyfikacji pod koniec XX wieku.<sup>4</sup> Analizowany z szerszej perspektywy proces wykazuje relewantne związki m.in. z problematyką referendum. Należy mieć na uwadze, iż praktyka przeprowadzania referendów związana jest przede wszystkim z dwoma zjawiskami polityczno-prawnymi, które stanowiły oś wyzwań<sup>5</sup> dla Zjednoczonego Królestwa. Z jednej strony należy zwrócić uwagę na proces dewolucji<sup>6</sup>, tj. odejścia od nazbyt scentralizowanego modelu wykonywania władz<sup>7</sup>. Z drugiej strony integracja w ramach struktur unijnych, jak również kompetencyjna partycypacja Wielkiej Brytanii w ich ramach implikowała konieczność rozważenia nowych form udziału obywateli w owe procesy.

<sup>1</sup> W świetle ustalonych poniżej cech charakteryzujących referenda przeprowadzane w Zjednoczonym Królestwie desygnat „współdecydowania” odnoszony do tej formy partycypacji obywateli nie wydaje się być nadużyciem.

<sup>2</sup> W piśmiennictwie wskazuje się przeto, że partycypacja obywateli w Zjednoczonym Królestwie przyjmuje przede wszystkim formę demokracji przedstawicielskiej. Z kolei formy demokracji uczestniczącej oraz bezpośredniej nie wykazują tak dalece idącego poziomu zakorzenienia. Ma to oczywisty związek z tradycją suwerenności parlamentu. Por. M. Gallagher, P.V. Uleri (red.), *The Referendum Experience in Europe*, Basingstoke 1996, s. 231.

<sup>3</sup> Por. A.W. Bradley, K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, London 2003, s. 76; I. Bokszczańim, *Referendum w Wielkiej Brytanii*, [w:] E. Zieliński, I. Bokszczańim, J. Zieliński, *Referendum w państwach Europy*, Warszawa 2003, s. 326; P. Mikuli, *Zasada podziału władz a ustrój brytyjski*, Warszawa 2006, s. 62.

<sup>4</sup> Zob. P. Mikuli, *Reformy ustrojowe w Zjednoczonym Królestwie w pierwszych latach XXI wieku*, [w:] S. Bożyk, *Aktualne problemy reform konstytucyjnych*, Białystok 2013, s. 278.

<sup>5</sup> Słusznie, bowiem wskazuje się, że asumptem dla implementacji nowych rozwiązań ustrojowych – takich jak referenda – w państwach anglosaskich, w tym również w Zjednoczonym Królestwie, są przede wszystkim doświadczenia ustrojowe i polityczne. Por. w tym duchu Ł. Jakubiak, *Rozwój instytucji demokracji bezpośredniej w państwach anglosaskich*, [w:] A. Zięba (red.), *Konstytucjonalizm w państwach anglosaskich*, Kraków 2013, s. 86.

<sup>6</sup> Por. Ł. Jakubiak, *op. cit.*, s. 80. Co do zjawiska wprowadzania dewolucji zob. J. Curtice, *The Electoral System*, [w:] V. Bogdaron, *The British Constitution in the twentieth century*, Oxford 2003, s. 508–509. Dewolucja w systemie brytyjskim polega na cedowaniu regionom kompetencji uprzednio zastrzeżonych do wyłącznej właściwości centralnych organów Zjednoczonego Królestwa. Por. tak B.H. Toszek, E. Kuzelewska, *Od wizji do rzeczywistości. Dziesięć lat dewolucji w Walii*, Warszawa 2011, s. 7.

<sup>7</sup> W literaturze wskazano wręcz, że Zjednoczone Królestwo stanowiło w okresie poprzedzającym rządy labourystów (tj. przed 1997 r.) najbardziej scentralizowane państwo we współczesnej Europie. Por. C. Jeffrey, D. Wincott, *Devolution in the United Kingdom: Statehood and Citizenship in Transition*, Publius 2006, Vol. 36, s. 3.

Analiza brytyjskiego modelu referendum<sup>8</sup> jawi się, jako szczególnie pożądana w kontekście ostatnich wydarzeń politycznych, a związanych z utrzymaniem przez Zjednoczone Królestwo statusu Państwa Członkowskiego Unii Europejskiej. Nie bez znaczenia w omawianym kontekście pozostają szczególne i podstawowe zasady ustrojowe, które mogą pozostawać w korelacji negatywnej z samą ideą referendum. Jako truizm należy potraktować stwierdzenie jakoby przyjęty model demokracji bezpośredniej powinien pozostawać w zgodności z innymi zasadami współkształtującymi ustrój państwa. W przypadku Zjednoczonego Królestwa analiza brytyjskiej instytucji referendum musi zostać skorelowana z problematyką zakresu zastosowania istotnej dla konstytucjonalizmu Zjednoczonego Królestwa zasady suwerenności parlamentu. Zasada ta bez wątpienia wpływa na istotę funkcjonowania omawianej instytucji ustrojowej w Zjednoczonym Królestwie, jak również wyznacza jej prawny charakter<sup>9</sup>.

2. Podstawowe znaczenie dla analizy brytyjskiego modelu referendum ma część 7 *Political Parties, Elections and Referendums Act* z 2000 r.<sup>10</sup>. Z oczywistych względów w Zjednoczonym Królestwie omawiana forma demokracji bezpośredniej nie znalazła usankcjonowania w ustawie zasadniczej<sup>11</sup>. Jednym z następstw tego stanu jest to, że regulacje dotyczące referendum uwzględniające m.in. jego zakres przedmiotowy i terytorialny, wymagają lektury szeregu aktów prawnych<sup>12</sup>. Co istotne przytoczona podstawa prawna dla przeprowadzenia referendum stanowi normatywne potwierdzenie istniejącego uprzednio jedynie w warstwie praktyki ustrojowej precedensu<sup>13</sup>. Istotne znaczenie z punktu widzenia analizowanej problematyki ma również Ustawa o Unii Europejskiej z 2011 r. (*European Union Act*)<sup>14</sup>. Obie ustawy zaliczane niewątpliwie do kategorii konstytucji w ujęciu materialnym wyznaczają zgoła

<sup>8</sup> Warto przy czym jednocześnie zaznaczyć, iż autorzy nie przesądzają w ramach niniejszego opracowania w sposób jednoznaczny, czy uprawnione jest stwierdzenie, że mamy do czynienia na gruncie brytyjskim z odrębnym, specyficznym modelem referendum.

<sup>9</sup> Por. P. Biskup, *Instytucja referendum w Brytyjskiej praktyce konstytucyjnej*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 1, s. 88–89.

<sup>10</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/41/contents> [dostęp: 14.07.2016 r.].

<sup>11</sup> W literaturze zostało wskazane, że inkorporowanie instytucji referendum znajduje swoje usankcjonowanie w konstytucjach, które przede wszystkim stanowią podstawę prawną dla przeprowadzenia referendum, jakkolwiek również ustawy mogą stanowić właściwą podstawę prawną dla tej instytucji ustrojowej. Stąd też podnoszony jest w piśmiennictwie problem dopuszczalności inkorporowania do systemu prawnego instytucji referendum wyłącznie w drodze ustawy. Przy czym podkreślenia wymaga, iż w tym względzie analizowane zagadnienie dotyczy sytuacji, w której obowiązująca konstytucja w ujęciu formalnym nie zawiera przepisów dotyczących referendum, a wyłączną podstawą dla jego przeprowadzenia jest ustawa zwykła. Por. E. Zieliński, *Referendum w świecie współczesnym*, Wrocław–Warszawa–Kraków, s. 54–55. Przeto Zjednoczone Królestwo po dzień dzisiejszy nie posiada konstytucji w znaczeniu formalnym. Por. P. Mikuli, *Wielka Brytania*, [w:] S. Bożyk, M. Grzybowski (red.), *Systemy ustrojowe państw współczesnych*, Białystok 2012, s. 15.

<sup>12</sup> Już w sekcji 101 *Political Parties, Elections and Referendums Act* z 2000 r., z której można dekodować rodzaje referendów znanych brytyjskiemu systemowi ustrojowemu – zawarte zostało odesłanie do innych aktów prawnych, celem ustalenia m.in. zakresu terytorialnego stosowania procedury referendalnej.

<sup>13</sup> Zob. P. Biskup, *op. cit.*, s. 91.

<sup>14</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/12/contents> [dostęp: 14.07.2016 r.].

odmienne aspekty klasyfikacyjne odnośnie do brytyjskiego modelu referendum. Nade wszystko wskazać należy wyraźnie dostrzegalne w praktyce ustrojowej odejście od praktyki referendum *ad hoc*<sup>15</sup>. Obecnie nie tylko istnieje wyraźna podstawa dla ich przeprowadzania, ale również można pośrednio stwierdzić, jakiej kategorii spraw (zakresu przedmiotowego) dane referendum będzie dotyczyć.

Za pierwsze kryterium klasyfikacyjne należy przyjąć zasięg terytorialny referendum. Należy wskazać, iż klasyczne *criteria divisionis* zaproponowane w piśmiennictwie w odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa tracą przymiot aktualności. W doktrynie zasugerowany został, bowiem podział referendum na ogólnokrajowe oraz lokalne<sup>16</sup>. W tym względzie należy poczynić sugestię, zgodnie z którą klasyfikacja referendum z uwzględnieniem jego terytorialnego aspektu stanowi projekcję charakteru ustrojowego Zjednoczonego Królestwa. Dla porządku rozważań odnotujmy, iż Wielka Brytania składa się z czterech krajów (regionów) tj. Anglii, Walii, Szkocji oraz Irlandii Północnej. Jednocześnie podkreślenia wymaga okoliczność jaką jest unitarny charakter państwa brytyjskiego<sup>17</sup>. Wewnętrzny podział terytorialny, jak również tzw. zjawisko asymetrycznej dewolucji<sup>18</sup> znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 101 Ustawy o Partiach Politycznych, Wyborach oraz Referendach z 2000 r. (*Political Parties, Elections and Referendums Act*). Przewidziano bowiem referendum ogólnokrajowe odbywające się na terytorium całego Zjednoczonego Królestwa, referenda odbywające się w poszczególnych regionach Zjednoczonego Królestwa, tj. jego częściach składowych oraz referenda *stricte* lokalne, które można przeprowadzić w poszczególnych regionach Anglii, jako części składowej Królestwa. Przy czym ustawodawca brytyjski zastrzegł, iż referendum w rozumieniu analizowanych przepisów nie stanowią konsultacje (*poll*), o których mowa w Ustawie o Rządzie Walii z 2006 r. (*Government of Wales Act*)<sup>19</sup>. Owo w istocie terytorialno–przedmiotowe wyłączenie jawi się, jako relewantne dla dalszych rozważań. W art. 61 wspomnianej ustawy przewidziana została kompetencja do przeprowadzenia *sui generis* konsultacji społecznych obejmujących sposób wykonywania władztwa przez walijskich ministrów. Co istotne inicjatywa w zakresie przeprowadzenia konsultacji powierzona została ministrom, a nie ciału ustawodawczemu. Powyższy przykład stanowi egemplifikację dekompozycji w zakresie instrumentów służących uzyskaniu opinii społeczeństwa. Ponadto uprawnia do wprowadzenia klasyfikacji obejmującej podział na referendum, jako formę „głosowania ludowego” oraz konsultacyjne formy ustalania kierunków realizacji bieżących zadań powierzonych regionom Zjednoczonego Królestwa<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Uprzednio organizowane referenda miały charakter *ad hoc* zarówno, co do podstawy prawnej ich przeprowadzania, jak również materii w nich poruszanych. Por. I. Bokszczanin, *op. cit.*, s. 328; zob. również P. Biskup, *op. cit.*, s. 98–99; A.W. Bradley, K.D. Ewing, *op. cit.*, s. 76.

<sup>16</sup> Zob. E. Zieliński, *Problemy teoretyczne i klasyfikacyjne referendum*, [w:] E. Zieliński, I. Bokszczanin, J. Zieliński, *op. cit.*, s. 15.

<sup>17</sup> Por. tak P. Mikuli, *Wielka Brytania...*, s. 11.

<sup>18</sup> Zob. co do tzw. reformy dewolucyjnej w Anglii P. Mikuli, *Reformy ustrojowe...*, s. 271.

<sup>19</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/32/section/64> [dostęp: 14.07.2016 r.].

<sup>20</sup> Dla porządku rozważań należy zwrócić również uwagę na definicję legalną „referendum” zamieszczoną w sekcji 101 (2) lit. a *Political Parties, Elections and Referendums Act* z 2000 r. Za referendum uznaje się, bowiem

Jako drugie istotne kryterium klasyfikacyjne jawi się materia (przedmiot) referendum oraz warunkowany nią obowiązek w zakresie realizacji kompetencji do przeprowadzenia referendum. Warto zauważyć, iż dotychczas w Zjednoczonym Królestwie przeprowadzenie referendum pozostawione było uznaniu podmiotom kompetentnym do jego przeprowadzenia (fakultatywny charakter referendum)<sup>21</sup>. Okoliczność ta warunkowana była przede wszystkim niewiążącym, konsultacyjnym charakterem wyników przeprowadzonego i ważnego głosowania ludowego. Jakkolwiek wraz z wejściem w życie wzmiankowanej Ustawy o Unii Europejskiej uprawnione jest twierdzenie o nowej jakości w zakresie obywatelskiej partycypacji, przytoczony akt regulujący status Zjednoczonego Królestwa w relacjach z Unią Europejską przewiduje w płaszczyźnie normatywnej obligatoryjny charakter referendum w wymienionych enumeratywnie zakresach spraw<sup>22</sup>. Tym samym uprawnione staje się twierdzenie o niejednolitym modelu brytyjskiego referendum również w tym aspekcie. Rodzaj sprawy (przedmiot referendum) implikuje jego charakter w kategoriach obowiązku jego przeprowadzenia.

Niemniej jednak nawet w odniesieniu do tzw. referendów unijnych w znaczeniu ścisłym można mówić wyłącznie o konsultacyjnym niewiążącym dla ciała decyzyjnego ich charakterze<sup>23</sup>. Ten konsultacyjny charakter referendum znany brytyjskiej praktyce ustrojowej ma określone implikacje dla technicznych aspektów zagadnień okołoreferendalnych. Przede wszystkim zaś wyklucza konieczność ustalania progów frekwencji i poparcia dla ważności referendum<sup>24</sup>. W dalszej kolejności poddania szerszej analizie wymaga wspomniana już implikacja wprowadzenia instytucji referendum do systemu Zjednoczonego Królestwa w kontekście zasady suwerenności parlamentu.

**3. Fakultatywny i niewiążący charakter referendów organizowanych w Zjednoczonym Królestwie wykazuje szereg związków z zasadą suwerenności parlamentu. Supremacja (zwierzchnictwo) parlamentu jest zasadą, z której wywodzi się brak ograniczeń w jego działalności prawodawczej<sup>25</sup>. Z powyższej zasady, silnie**

referendum *sensu stricte* oraz inne formy konsultacyjnej partycypacji odnoszącej się do aktów ustawodawczych Parlamentu. Tym samym inne formuły wyrażania opinii przez społeczeństwo, a nie odnoszące się *per se* do tej materii nie mogą zostać uznane za referendum. Oczywiście przytoczona definicja ma charakter zakresowy i dotyczy wyłącznie aktu prawnego, w którym została zamieszczona, niemniej jednak ma ona niewątpliwy walor interpretacyjny o zasięgu systemowym.

<sup>21</sup> Por. I. Bokszczanin, *op. cit.*, s. 327; Ł. Jakubiak, *op. cit.*, s. 69.

<sup>22</sup> Por. P. Mikuli, *Reformy ustrojowe...*, s. 277.

<sup>23</sup> Zob. P. Mikuli, *Sądy a parlament w ustrojach Australii, Kanady i Nowej Zelandii*, Kraków 2010, s. 51.

<sup>24</sup> Por. P. Biskup, *op. cit.*, s. 89.

<sup>25</sup> Por. A. L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford 2009. Już klasyk nauki brytyjskiego prawa konstytucyjnego rozważał relacje pomiędzy suwerennością parlamentu a suwerennością narodu. Według Diceya choć podmiotem władzy suwerennej w znaczeniu prawnym jest parlament, suwerenem w znaczeniu politycznym jest naród (zob. A.W. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, reprint wyd. 8, Indianapolis 1982, s. 27–28. Wzajemne relacje między suwerennością parlamentu a suwerennością ludu w Wielkiej Brytanii dobrze oddaje w polskiej literaturze P. Sarnecki pisząc: „(...) nie mamy tu do czynienia z przekreśleniem przez zasadę supremacji parlamentu zasady suwerenności ludu (Narodu) i Wielka Brytania pozostaje oczywiście państwem demokratycznym, a nie oligarchicznym. Zwierzchnikiem jest parlament, ale parlament występujący jako ucieleśnienie (uosobienie) całego Narodu. Stąd też [...] nie można

zakorzenionej w tradycji<sup>26</sup>, a także uświęconej w doktrynie brytyjskiej i w orzecznictwie sądów jednoznacznie wynika, iż każdy akt ustawodawczy uchwalony przez parlament jest źródłem prawa stanowionego, które z uwagi na brak jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie może stanowić podstawę dla zmiany każdego ustawodawstwa przyjętego uprzednio<sup>27</sup>. Tym samym, według ortodoksyjnie pojmowanej zasady suwerenności parlamentu całkowicie wykluczona winna być możliwość zakwestionowania ustawy przez inne organy, w tym organy sędziowskie<sup>28</sup>. Współczesne znaczenie omawianej zasady doznało jednak szeregu ograniczeń<sup>29</sup>. Trzeba mieć na uwadze, iż zasada została osłabiona w znacznej mierze poprzez samą implementację prawa wspólnotowego w związku z przystąpieniem Zjednoczonego Królestwa do Wspólnot Europejskich<sup>30</sup>. To właśnie stosowanie prawa UE przez sądy doprowadziło do kwestionowania ważności ustawodawstwa przez władzę sędziowską. W rezultacie wpłynęło to w sposób znaczący na porządek ustrojowy Zjednoczonego Królestwa<sup>31</sup>. Pewnym podważeniem suwerenności parlamentu było także uchwalenie w 1998 r. ustawy o prawach człowieka (*Human Rights Act*) inkorporującej Europejską Konwencję o Prawach Człowieka. Na jej podstawie sądy wyższe uzyskały prawo do interpretowania ustaw w zgodzie z Konwencją, a w razie gdyby się okazało to niemożliwe do wydania tzw. deklaracji niezgodności. Co prawda taka deklaracja nie upoważnia sądów do odmowy zastosowania sprzecznego z Konwencją przepisu ustawowego (a jedynie uruchomić może procedurę nowelizacji ustawy) ale opisywane postępowanie sądów można kwalifikować jako coś w rodzaju „miękkiej kontroli konstytucyjności”<sup>32</sup>.

Biorąc pod uwagę nawet ograniczone znaczenie zasady suwerenności parlamentu we współczesnym systemie ustrojowym, instytucja referendum wydaje się być z nią trudna do pogodzenia. Z jednej strony, referendum została przypisana

---

jego pozycji wobec społeczeństwa porównać do pozycji absolutnego władcy czy nawet do pozycji organu przedstawicielskiego, dysponującego( władczymi kompetencjami wobec społeczeństwa” (P. Sarnecki, *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, Warszawa 2007, s.21.

<sup>26</sup> W doktrynie brytyjskiej nie znajdujemy pojęcia suwerenności narodu, bowiem przymiot suwerenności od początków rozwoju państwa nie został przypisany konkretnej grupie podmiotów, lecz czynnikowi bezosobowemu tj. prawu, będącemu tworem monarchy, jak i całego królestwa. Por. A. Marszałek, *Suwerenność a integracja europejska w perspektywie historycznej. Spór o istotę suwerenności i integracji*, Łódź 2000, s. 45–46.

<sup>27</sup> Zob. P. Mikuli, *Zasada podziału...*, s. 61.

<sup>28</sup> Por. I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights. A critical introduction*, Oxford 2006, s. 24–34.

<sup>29</sup> Na temat ograniczeń zasady suwerenności parlamentu zob. P. Mikuli, *Zasada suwerenności parlamentu w Zjednoczonym Królestwie i jej współczesne ograniczenia – zarys problemu*, [w:] M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli (red.), *Ustroje. Historia i współczesność. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, Kraków 2013, s. 448 i n.

<sup>30</sup> W piśmiennictwie wskazuje się wręcz na transformację roli parlamentu brytyjskiego powodowaną okolicznością przystąpienia Zjednoczonego Królestwa do Wspólnot Europejskich. Por. A. Zięba, T. Wieciech, *Parlament Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Warszawa 2014, s. 11.

<sup>31</sup> Implementacje prawa unijnego następują poprzez przyjmowanie przez parlament aktów ustawodawstwa delegowanego, można postrzegać, jako jedno z ograniczeń zasady suwerenności parlamentu. P. Mikuli, *Sądy a parlament...*, s. 48 i n.

<sup>32</sup> Zob. L. Garlicki, *Nowe zjawiska w kontroli konstytucyjności ustaw (przyczynek do dyskusji nad legitymacją sądownictwa konstytucyjnego)*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4.

wyłącznie funkcja konsultacyjna, natomiast z drugiej strony, skoro parlament w sposób samodzielny pełni przypisaną mu funkcję ustawodawczą, to tym samym opinia wyrażona przez naród w przeprowadzonym głosowaniu nie może zamykać możliwości podjęcia innego rozstrzygnięcia przez parlament, w konsekwencji uchwalenia w późniejszym czasie odmiennego aktu ustawodawczego.

Omawiane zagadnie zdaje się pozostawać w związku z nadchodzącymi polityczno-prawnymi następstwami tzw. Brexitu. Toteż w kontekście wyników ogólnokrajowych referendum w Zjednoczonym Królestwie w sposób nader osobliwy jawią się konsekwencje prawne negatywnej, udzielonej w sposób większościowy przez Brytyjczyków odpowiedzi na pytanie referendalne: „Czy Zjednoczone Królestwo powinno pozostać członkiem Unii Europejskiej?”. W tym kontekście należy rozważyć problem właściwego procedowania w sprawie wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z UE. Rozstrzygające znaczenie dla analizy ma dekodowanie zawartości normatywnej art. 50 Traktatu o Unii Europejskiej, który to przepis daje prawną możliwość opuszczenia struktur unijnych przez Państwo Członkowskie. W przytoczonym przepisie prawodawca unijny stosuje odesłanie w zakresie postępowania poprzedzającego uruchomienie procedury wystąpienia z UE do krajowych porządków prawnych, a ściślej zaś do wymogów konstytucyjnych. Jak się wydaje sformułowanie to ma charakter autonomiczny, z kolei jego treść powinna uwzględniać w szczególności sposób partycypacji konkretnego Państwa Członkowskiego w organizacjach ponadpaństwowych, zwłaszcza w odniesieniu do form i trybu wypowiedania umów międzynarodowych.

Moment początkowy procedury tzw. Brexitu nie może być utożsamiany tylko i wyłącznie z czynnością złożenia wniosku (notyfikacji), o której mowa w art. 50 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej. Co do tej ostatniej czynności nie budzi wątpliwości fakt, iż zgodnie z tradycją ustrojową Zjednoczonego Królestwa przynależać ona będzie do kompetencji premiera, jakkolwiek podstawowe pytanie w omawianym zakresie dotyczy roli parlamentu w procedurze wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z UE. Jak się wydaje rację mają N. Barber, T. Hickman, J. King, że wymagane jest uprzednie wyrażenie zgody w formie ustawowej dla podjęcia dalszych niezbędnych kroków w procedurze wystąpienia<sup>33</sup>. Argument ten znajduje potwierdzenie również we wzajemnej interakcji prawa zewnętrznego (międzynarodowego) na brytyjski porządek prawny, gdzie zgodnie z silnymi tendencjami dualistycznymi inkorporacja postanowień prawodawstwa ponadpaństwowego wymagała dotychczas uchwalenia specjalnych ustaw inkorporujących<sup>34</sup>. Dodatkowym, potwierdzeniem tej tezy jest ustalona w piśmiennictwie rola parlamentu brytyjskiego mierzona jego istotnością dla systemu ustrojowego. Wskazano bowiem, iż siła parlamentu w mniejszym stopniu

<sup>33</sup> Por. analizę N. Barber, T. Hickman, J. King, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role* dostępna: <http://www.iconnectblog.com/2016/06/pulling-the-article-50-trigger-parliaments-indispensable-role/> [dostęp 15.07.2016 r.].

<sup>34</sup> Por. w tym duchu E. Popławska, *Zmiany ustrojowe w związku z członkostwem we Wspólnotach Europejskich i Unii Europejskiej. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej* [w:] E. Popławska (red.), Warszawa 2010, s. 323.

uzależniona jest od jego absolutnej władzy prawodawczej, a w większym od zdolności do realizacji w sposób efektywny publicznej opinii na forum politycznym<sup>35</sup>.

Niemniej jednak interesującym aspektem omawianego zagadnienia pozostaje wpływ wyników referendum z dnia 23 czerwca 2016 r. na przyszłą ewentualną decyzję parlamentu brytyjskiego. Uwzględnienia wymagają tutaj dwie okoliczności. Po pierwsze, jak wskazuje się w piśmiennictwie zasadniczo pomimo niewiążącego charakteru wyników referendum parlament co do zasady respektuje wyrażone przez obywateli stanowisko<sup>36</sup>. Wynika to po prostu ze współczesnych realiów życia politycznego. Innymi słowy, parlament powinien czuć się związany wynikiem doradczej partycypacji wyborców. Po drugie, zwrócić należy uwagę na aspekt spójności podjętej w referendum decyzji z wartościami gwarantowanymi przez Unię Europejską<sup>37</sup>. Można zatem twierdzić, iż *de facto* następstwem przeprowadzonego referendum w sprawie opuszczenia przez Zjednoczone Królestwo UE zostanie ograniczona swoboda decyzji parlamentu, *ergo* referendum w praktyce traci swój *stricte* konsultacyjny charakter<sup>38</sup>. Wydaje się, że taki skutek będzie miało każde referendum o istotnym znaczeniu dla państwa, jeśli zapadnie polityczna decyzja o jego przeprowadzeniu. Co więcej, wynik referendum przeprowadzonego w dniu 23 czerwca 2016 r. nie pozostawia – ze względu na swój jednoznaczny wynik – luzów decyzyjnych w zakresie reinterpretacji przez parlament woli narodu<sup>39</sup>. Współczesna postać referendum jest więc istotnym czynnikiem osłabiającym znaczenie zasady suwerenności parlamentu. Przyszłość tej zasady ustrojowej nie jest jednak do końca przesądzona. Wystąpienie z Unii Europejskiej pozbawi sądy możliwości kontroli aktów ustawodawczych. Część polityków brytyjskich postuluje także wypowiedzenie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i uchylenie ustawy o prawach człowieka, przynajmniej w obecnym kształcie. Taka decyzja oznaczałaby istotne osłabienie władzy sądowniczej w stosunku do władzy ustawodawczej. W tym kontekście być może zasada suwerenności parlamentu wcale nie musi odchodzić do lamusa.

## Streszczenie

Dopiero w latach 70–tych XX w. brytyjska praktyka ustrojowa została wzbogacona o instytucję referendum. Można wskazać na dwa zjawiska, które przyczyniły się do popularyzacji idei referendum, tj. integracja ze Wspólnotami Europejskimi i UE oraz proces dewolucja kompetencji na rzecz krajów Zjednoczonego Królestwa. W artykule autorzy rozważają relacje pomiędzy instytucją referendum a zasadą suwerenności parlamentu. Odnoszą się tu w szczególności do referendum przeprowadzonego

<sup>35</sup> Por. A.W. Bradley, K.D. Ewing, *op. cit.*, s. 77.

<sup>36</sup> Por. P. Biskup, *op. cit.*, s. 89.

<sup>37</sup> Zob. co do tego P. Gilowski, [w:] A. Kuś (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Lublin 2010, s. 80.

<sup>38</sup> Odnośnie charakteru referendum w Wielkiej Brytanii por. Ł. Jakubiak, *op. cit.*, s. 69.

<sup>39</sup> Por. co do sposobu interpretacji „niejednoznacznego wyniku” referendum dewolucyjnego z 1979 r. P. Biskup, *op. cit.*, s. 105–106.

w dniu 23 czerwca 2016 r. w sprawie opuszczenia przez Zjednoczone Królestwo Unii Europejskiej.

**Słowa kluczowe:**

Demokracja partycypacyjna, referendum, zasada suwerenności parlamentu, Brexit

**The Institution of Referendum in the UK – Remarks Around  
the Nation-wide Referendum of 23rd June 2016**

**Summary**

It was not until the 70ies of 20<sup>th</sup> century that the institution of referendum was incorporated into the British constitutional system. One may point out two phenomena, which have contributed to the popularity of the idea of referendum i.e. the integration of the UK with the European Communities and the EU as well as the process of devolution. In this paper authors consider the relationships between the institution of referendum and the principle of the parliamentary sovereignty; they also refer to the European Union membership referendum of 23<sup>rd</sup> June 2016.

**Keywords:**

Participatory democracy, referendum, sovereignty of parliament, Brexit

**Piotr Mikuli** – doktor habilitowany, profesor nadzwyczajny UJ, kierownik Katedry Prawa Ustrojowego Porównawczego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.



**Natalie Fox** – Asystent w Katedrze Prawa Ustrojowego Porównawczego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.





## **Pasquale Policastro**

Uniwersytet Szczeciński

Wydział Prawa i Administracji

### **The referendum in United Kingdom on the BREXIT and European Union: a matter of fundamental principles.**

The process of development of European Union has been enriching its treaties with a number of principles, which rule, as we may say, the constitutional relations within European Union, as well as with the latter, its Member States and its societies. Such principles are especially important for two reasons: 1) many competences conferred to the European Union rule questions that belong, substantively to the constitutional matter of the Member States, and there are perceived as such by the national societies; 2) The limits of European Union activity are determined by the principle of conferral. This principle works as a constitutional principle of European Union. It means that also the institutions are bound to such principle.

The conferral of competences for what concerns the institutions of European Union shall therefore be understood as a principle that no act and no judgement shall come from European Union institutions without a power stemming from the Treaties. In this sense also the institutions of all the Member States are bound by the constitution and law. Therefore the principle of acting within the framework of the rule of law is not only an fundamental value of European Union (art. 2), but is also "a general principle common to the constitutional traditions of Member States". Indeed no State authority is sovereign in Europe, on the base the possibility to act beyond law (power of exception).

Such elements have to be remembered in any case. Some occasions, such as the United Kingdom's referendum has a specifically important nature. And this, not because United Kingdom is special with respect to other States: article 4.2 underlines indeed the equality of the Member States before the treaties. The importance of the "Brexit" referendum lies in the fact that it is an undeniable test for the institutions and for the Member States concerning the respect of the values of the treaties, through which the same treaties legitimate towards the societies.

For this reason, the application of article 50 TEU, concerning the possibility of a Member State to withdraw from the European Union, shall be considered with special attention<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Article 50: Section 1. Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements. Section 2. A Member State which decides to withdraw shall notify the European Council of its intention. In the light of the guidelines provided by the European Council, the Union shall negotiate and conclude an agreement with that State, setting out the arrangements for its withdrawal, taking account of the framework for its future relationship with the Union. That agreement shall be negotiated in accordance with Article 218 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. It shall be concluded on behalf of the Union by the Council, acting by a qualified majority, after obtaining the consent of the European Parliament. Section 3. The Treaties shall cease to apply to the State in question from the date of entry into force of the withdrawal agreement or, failing that, two years after the notification referred to in paragraph 2, unless the European Council, in agreement with the Member State concerned, unanimously decides to extend this period. Section 4. For the purposes of paragraphs 2 and 3, the member of the European Council or of the Council representing the withdrawing Member State shall not participate in the discussions of the European Council or Council or in decisions concerning it. A qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3)(b) of the Treaty on the Functioning of the European Union. Section 5. If a State which has withdrawn

We will firstly consider in brief Article 50, for what concerns the most relevant aspects related to the present situation. Section 1 of article 50 gives to a State the power to decide to withdraw from the Union. The decision to withdraw shall be taken according with its own constitutional requirements. Section 1 involves two specific elements: the power of decision, which belongs solely to the State, and the requirement, that the decision shall be taken according with the constitutional requirements of the State, which wishes to withdraw. So there is no any power of European Union in this sense. Section 2 of article 50 demands the State to “notify to the European Council” the decision. The use of the term “notification” is very important, since the procedure may not start before the notification and the withdrawal procedure demands a formal notification, which following the understanding of such term in European law, demands at least a clear and exhaustive explanation of the legal ground of the Member State on the legal base the notification is done. In this field, no presumption from the EU or other Member States is admitted. Furthermore, the notification if given to the European Council, which shall express guidelines on which base, “the Union shall negotiate and conclude an agreement with that State, setting out the arrangements for its withdrawal, taking account of the framework for its future relationship with the Union”. The beginning of the negotiation demands a formal decision of the Commission, and the appointment of a negotiator (art. 218 (3)). The Treaties, however are still binding the Member States until the agreement in question have been concluded or “failing that, two years after the notification”. However, the European Council unanimously may extend this period.

This brief commentary is enough to explain that: a) in order to withdraw a Member State shall first of all act in accordance its internal law. No derogation may be demanded or accepted; b) the State shall notify the European Union, only when unequivocally the legal conditions are met. No timing may be urged by anyone; c) the European Council is in its entirety is the sole organ which may receive the notification the State who wishes to withdraw, and provide guidelines for the negotiation process; d) the Member State who wishes to withdraw remains a full Member of European Union until the date of entry into force of the agreement on the future relations with the Union, or “failing that, two years after the notification”. However, the term may be extended by an unanimous decision of the European Council, in agreement with the Member States; e) the Member State who wishes to withdraw, fully participates to the European institutions until expiry of the terms. Obviously the Member of the European Council of of the Council of this State may not participate to the discussion or the voting concerning their withdrawal, but only that. No extensive interpretation may seem possible to admit. In particular, the Members of the European Parliament and of all the other institutions and bodies, remain at their place; f) the cooperation with a State, which aims to withdraw, may be very substantive, as it is illustrated by the case of Norway where the possibility of full Membership, widely accepted by the Parliament, was rejected by a referendum. For this reason after the notification,

---

from the Union asks to rejoin, its request shall be subject to the procedure referred to in Article 49.

the decision of the European Council prior to the negotiation appears in itself very complex.

This short explanation of Article 50 appears quite eloquent. However, European Treaties have a significant quantity of general provisions that are included in the Treaty of European Union and the Treaty of the functioning of European Union. Such principles shall guide any activity of EU and any policy. Given the importance of the matter concerning the possible withdrawal of Great Britain from EU, to verify the compliance with the values and the principles related to such provisions and their possible practical application appears extremely meaningful. Let us see first at a first glance what are these values and principles. First of all, two of the founding values of EU are freedom, democracy and rule of law (Article 2 TEU). Secondly, that "The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government." (Article 4.2 TEU). Thirdly, that "Pursuant to the principle of sincere cooperation, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties" (art. 4.3 TEU). Of the fundamental principle of the conferral of competences, we have already been speaking above.

On the base of such principles, everything stemming from freedom and democracy shall be welcome. It obviously not only beyond the powers of the European Commission, but contrary to the spirit and the letter of the Treaties that the President of the Commission Junker says during a session of the European Parliament to Mr. Farage, the leader of the UK Independence Party (UKIP), however questionable his political position may be, that he "wonders how" a Member of the European Parliament is in the Parliament. Humorism, beyond the right, is a form of rhetoric hard to be admitted.

Furthermore, the sovereign power of United Kingdom to demand the withdrawal shall be respected too. The duty of the Union is to respect the equality of the Member States in front of the treaties, and this irrespective from the fact that they may be about to demand their withdrawal from the Union or not. The Union shall also respect the constitutional identity of the Member States, "inherent in their fundamental structures, political and constitutional". The Government of UK has the exclusive power to determine whether to notify the decision to withdraw, because it has obviously the exclusive power to verify whether the due process law for determining the decision to withdraw has been accomplished or not. The European Union shall indeed "respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional". Any attempt to do otherwise, is a violation of the Treaty and the lack of the fulfilment of the duty of sincere cooperation. European Union has, however, already failed to deal with the principle of sincere cooperation with United Kingdom. During the preparation of the referendum, European Union, in respect of the value of "democracy" and sincere cooperation, should have underlined that, irrespective of

the result of the referendum, the cooperation of EU and United Kingdom would have been developing along the best possible path. The example of Norway, where, after a wide parliamentary support of the Treaty with European Union the people rejected it in a referendum, should have been properly highlighted. Presently the cooperation between Norway and European Union ranges well beyond European Economic Area. To express some due analogy with such an example would have been contributing to reassure the stock exchange before and after the referendum. This has not been done, and so we may say that Commission failed to “promote the general interest of the Union and take appropriate initiatives to that end” (art. 17 TEU).

Indeed, the strong failure of some Member States, with Germany, France and Italy on the top of them, as well as of the Commission in the principle of sincere cooperation stems from the fact that it is not clear at all whether the referendum held in UK is binding or not. British constitutional law, has it generally recognised, is based on Parliamentary sovereignty. According with Dicey: “The principle, therefore, of parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that “Parliament” has “the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”. The truth of these doctrines, has truth has “never been denied”. In the development of parliamentary sovereignty, customs, which do not need a legal change, and enacted customs, have a significant importance. British Constitution includes indeed many Acts enacted with the time, which are not codified in a single document. In particular we have The Parliament Acts (1911–49) regulate the respective powers of the two Houses of Parliament. Nothing however in the relevant Acts aims to change the principle of Parliamentary Sovereignty. Parliament Act conferred only more powers to the House of Commons with respect to the House of Lords. Concerning the referendum, the traditional British approach is that referenda are in principle consultative and addressed to abrogate Acts of the Parliament. Indeed historically the referendum has been admitted notwithstanding critical opinions (such as the one of Maine who considered referendum as the shift from decision taken on the base of knowledge and decisions taken on the base of ignorance), to limit the growing powers of the Cabinet. Not by any means, the referendum may derogate to the sovereignty of the Parliament. Indeed, the content of the Acts relevant for the referendum, and namely “Political Parties, Elections and Referendums Act 2000” is procedural in nature and does not seem by any means to change Parliamentary sovereignty principle. Also European Union Referendum Act 2015, is procedural in nature, and does not provide any mention to any direct effect of the answer to the question: “Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?”.

In this sense Brexit referendum, in the light of British constitution, appears more as the beginning of a process that shall be ended with an Act of the Parliament, to be submitted to another referendum. This aspect justifies the position that British politicians had in the latest days. The attitude of European Commission and some

European Member States seems more influenced by a lack of information. If not the case, the attitude of European Union may appear the expression of a Union that shall be reformed. Indeed after a stage of "*pensée unique*" the position of "punishing Great Britain" appears, once more the result of a deliberate attempt, by means of the instrumental and even incorrect treatment of European rules to keep apart political options, which are not conforming to the approaches of leading countries. An important German philosopher, Jürgen Habermas recently defined German positions as "solipsist". To limit ourselves to criticism, means at this stage not to take properly into account the lesson of philosophy. The present situation demands instead to act, for the sake of a new Europe, for the sake of a united Europe.

**Pasquale Policastro** – dr hab. nauk prawnych w zakresie prawa, profesor Uniwersytetu Szczecińskiego, doktor honoris causa nauk prawnych Uniwersytetu "1 Decembrie 1918" w Alba Iulia, Rumunia. Założyciel i koordynator (razem z Emilio Castorina) Centrum badań i wyższego wykształcenia w prawie konstytucyjnym "ECONET". Współzałożyciel Europejskiego Master Prawa i Polityki Integracji Europejskiej: "European Constitutional Law and Multilevel Constitutionalism". Współzałożyciel serii wydawniczej "Nova Iuris Interpretatio in Hodierna Gentium Communione". Koordynator naukowy lub krajowy 8 grantów międzynarodowych w latach 2005–2016. Prowadził wykłady jako visiting profesor w Alba Iulia, Catania, Dakar, Kazan, Paryżu, Barcelona, Istanbul, Lund, Montpellier, Örebro, Mediolan, Moskwa, Sfax, Yekaterinburg. Autor powyżej 200 prac naukowych w formie publikacji lub na prawach maszynopisu w języku angielskim, francuskim, hiszpańskim, włoskim.





## Jacek Sobczak

Uniwersytet Humanistycznospołeczny SWPS w Warszawie

Wydział Prawa

## Ksenia Kakareko

Uniwersytetu Warszawski

Wydział Dziennikarstwa, Informacji i Bibliologii

### Referenda na Białorusi

Problem referendum ma dość obszerną literaturę zarówno w języku polskim, jak i w innych językach europejskich. Był też wielokrotnie przedmiotem obszerniejszych dociekań, w których treści odniesiono się do koncepcji demokracji bezpośredniej i jej instytucji, w tym także do referendum, podjęto kwestie rodowodu referendum i jego przedmiotu, rodzajów, zasięgu<sup>1</sup>. Zauważyć jednak należy, że mimo deklaracji zawartych nawet w tytułach przywołanych prac, w żadnej z nich nie zajęto się instytucją referendum na Białorusi. Musi zbudzić to zdziwienie, zważywszy, że właśnie w tym państwie idea referendum była dość żywa, deklarowana przez różne ośrodki decyzyjne i zastosowana w praktyce posłużyła do przebudowy systemu politycznego w kierunku wysoce niedemokratycznym, a więc koncepcja demokracji bezpośredniej poniosła w praktyce na tym obszarze niezrozumiałą, ale dotkliwą klęskę.

Koncepcja referendum, jako sposobu przekształcenia systemu politycznego Białorusi, pojawiła się dość szybko. Sięgnięto do niej 17 marca 1991 r. przeprowadzając w oparciu o decyzję Zjazdu Deputowanych Ludowych ZSRR z 24 grudnia 1990 r. referendum ogólnozwiązkowe, w którym miano odpowiedzieć na pytanie „Czy uważasz za konieczne zachowanie Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich jako odnowionej federacji równoprawnych, suwerennych republik, w których będą w pełni gwarantowane prawa i wolności ludzi każdej narodowości?”. W przeprowadzonym wówczas referendum przy frekwencji 83,3% głosujących, aż 82,7% opowiedziało się za dalszym istnieniem państwa radzieckiego<sup>2</sup>. Tak więc koncepcja przeprowadzania zmian politycznych w wyniku referendum pojawiła się znacznie wcześniej, przed dojściem do władzy A. Łukaszenki. Głosił ją Białoruski Front Narodowy po klęsce puczu Janajewa w sierpniu 1991 r.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> M. Musiał-Karg, *Referenda w państwach europejskich*, Toruń 2008; E. Zieliński, I. Bokszczanin, J. Zieliński, *Referendum w państwach Europy*, Warszawa 2003, zob. zwłaszcza tamże wywody E. Zielińskiego poświęcone problemom teoretycznym i klasyfikacji referendum, s. 13–2008; A. K. Piasecki, *Referenda w III RP*, Warszawa 2005; M. T. Staszewski, D. Waniek, *Referendum w Polsce i Europie Wschodniej*, Warszawa 1996.

<sup>2</sup> Г. А. Василевич, *Референдумы в Беларуси и ее путь к независимости в конце XX столетия*, Минск 2001, s. 38; Я. Запруднік, *Беларусь на гістарычных скрыжаваннях*, Минск 1996, s. 171. Zob. także R. Czachor, *Transformacja systemu politycznego w Białorusi w latach 1990 – 1996*, „Przegląd Wschodnioeuropejski” 2014, nr 5/1, s. 31 – 44,

<sup>3</sup> Komitet organizacyjny Frontu powstał 19 października 1988 r., a zjazd założycielski odbył się w Wilnie 24–25 czerwca 1989 r. Podczas tego zjazdu wybrano organ wykonawczy – Sejm Białoruskiego Frontu Ludowego. Jego przewodniczącym został Zianon Paźniak, a zastępcami przewodniczącego – Jury Chadyka, Michaś Tkaczou. W wyborach do Rady Najwyższej 4 marca 1990 r. BFL, nie będąc wówczas zarejestrowanym, nie mógł oficjalnie brać udziału. Jego działacze kandydowali jednak z listy Białoruskiego Bloku Demokratycznego, powstałego w dniu 10 lutego na Ogólnobiałoruskim Forum Demokratycznym, zwołanym w Mińsku z inicjatywy BFLu. Wybrani do Rady Najwyższej członkowie Frontu utworzyli liczącą 37 osób Opozycję Białoruskiego Frontu Ludowego i Frakcję Białoruskiego Frontu Ludowego. W początku 1990 i w 1991 r. główną inicjatywą polityczną Frontu było propagowanie idei niepodległości Białorusi oraz dążenie do realizacji Wspólnoty Bałtycko-

Po upadku puczu Janajewa, dymisji M. Dziemancieja z funkcji przewodniczącego Rady Najwyższej i powierzenia tej funkcji jego zastępcy Stanisławowi Szuszkiewiczowi, z propozycją referendum w sprawie przedterminowych wyborów wystąpili przedstawiciele Białoruskiego Frontu Ludowego, popierającego Stanisława Szuszkiewicza, który nie był jednak wówczas formalnie jego członkiem, aczkolwiek był związany z opozycją. Rozpisanie referendum należało wówczas do kompetencji Rady Najwyższej. Chcąc sobie zjednać Radę Najwyższą S. Szuszkiewicz 13 października 1992 r., wypowiedział się przeciwko przedterminowemu rozwiązaniu Rady Najwyższej. W tej sytuacji 29 października tegoż roku, został powołany na stanowisko Przewodniczącego Komisji Konstytucyjnej, mającej przygotować ustawę określającą ustrój Białorusi. Rada Najwyższa natomiast 5 listopada 1992 r. nie wyraziła zgody na rozpisanie referendum w sprawie przedterminowych wyborów. Szuszkiewiczem, do Rady Najwyższej<sup>4</sup>.

Czarnomorskiej, uważając, że powstanie jej może być drogą prowadzącą do niepodległości zachodnich republik ZSRR. W tym czasie Front musiał odierać nieustannie formułowane na łamach prasy oskarżenia zarówno o tendencje faszystowskie, jak i komunistyczne o propagowanie idei syjonistycznych i jednocześnie antysemitkich (sic!!!). Na II Zjeździe odbytym w dnia 23-24 marca 1991 r. w Mińsku, Front określił się jako *szereki ruch – społeczno-polityczny obywateli, partii i organizacji, które domagają się wolności i przemian demokratycznych, pragną gospodarczej niezależności i odrodzenia świadomości narodowej Białorusinów*. Jako polityczny ideał wskazano wolne społeczeństwo i praworządne państwo o ustroju demokratycznym, mające za podstawę swojej ekonomii wolność gospodarczą i własność prywatną. Celem Frontu stało się utworzenie niepodległego państwa, zastąpienie systemu władzy radzieckiej, systemem parlamentarnym, dekomunizacja społeczeństwa, nacjonalizacja majątku Partii Komunistycznej, ustanowienie prywatnej własności ziemi i środków produkcji, usunięcie z terytorium Białorusi Armii Radzieckiej i utworzenie własnego wojska. Nie zyskały natomiast wówczas uznania postulaty przekształcenia Frontu w zwykłą partię polityczną. Zwrócono się natomiast do deputowanych ludowych do Rady Najwyższej z postulatem likwidacji systemu kontroli partyjnej nad państwowymi środkami przekazu. Przewodniczącym ponownie został wybrany Zenon Paźniak, a jego zastępcy – Walenty Gołubiew, Włodzimierz Zabłocki, Jury Chadyka. Z Frontem współpracowali przedstawiciele nowoutworzonych partii opozycyjnych: Białoruskiej Socjaldemokratycznej Hramady, Zjednoczonej Demokratycznej Partii Białorusi, Białoruskiej Partii Chłopskiej i Narodowo-Demokratycznej Partii Białorusi. Ta ostatnia wraz z Ligą Kobiet Białorusi stała się kolektywnym członkiem Frontu. Po puczu Janajewa, w sierpniu 1991 r., Front do najważniejszych zadań politycznych zaliczył: doprowadzenie do natychmiastowego rozwiązania Rady Najwyższej i przeprowadzenie wolnych wyborów, doprowadzenie do międzynarodowego uznania niepodległości Białorusi oraz stworzenia sił wojskowych Republiki. Po ustąpieniu N. Dziemancieja ze stanowiska Przewodniczącego Rady Najwyższej, zmianie nazwy państwa, godła i flagi, Front zadowolili się tymi fasadowymi – jak się okazało – zmianami, zastępując żądanie ustąpienia Rady Najwyższej postulatem przeprowadzenia referendum jako alternatywnego sposobu dokonania zmian politycznych. Ten moment okazał się kluczowy zarówno dla Frontu, jak i dla całej Białorusi. Opadnięcie nastrojów entuzjazmu niepodległościowego, narastające trudności gospodarcze, szalejąca inflacja, przekonanie o braku perspektywy rozwoju spowodowały spadek zaufania do Frontu. Opinia publiczna zaczęła obarczać działaczy Frontu winą zarówno za niepowodzenia gospodarcze, jak i za nieskuteczność działań Rady Najwyższej, w której stanowili oni opozycyjną mniejszość. Przyjęty na III Zjeździe Frontu 29-30 maja 1993 r. program nie wskazywał nowych celów politycznych, obracając się w sferze ogólników, dotyczących wolności człowieka, problemów rodziny, demonopolizacji środków masowej informacji. Wszystkie te postulaty niewątpliwie ważne i istotne, nie były hasłami, które mogłyby porwać całe społeczeństwo białoruskie, skupiając je pod sztandarem Frontu. W. Wiaczorka, *Białoruski Front Narodowy „Adradzenie”*, „Obóz”, 1993, nr 25-26, s. 85-90; J. Drakochrust, *Białoruska scena*, w: „Polska w Europie”, z. 10, Warszawa styczeń 1993, Kancelaria Senatu RP, Ośrodek Studiów Międzynarodowych, s. 63-69; J. Darski, *Białoruś. Historia, współczesność, konflikty narodowe*, Warszawa 1993, s. 41-61. W dniu 25 marca 1995 r. na wiecu zorganizowanym w Mińsku z okazji 77 rocznicy utworzenia Białoruskiej Republiki Ludowej Z. Paźniak nazwał inicjatywę tę hańbą narodu, stwierdzając, że rządy na Białorusi sprawuje junta. Zob. *Kalendarium*, „Biuletyn Białoruski” nr 5, s. 16. W kwestii tej zob. J. Sobczak, *Stosunki Polski z Białorusią*, w: „Polska i jej nowi sąsiedzi” (1989 – 1993), Poznań – Toruń 1994, s. 32; tenże *Studia nad wyborami prezydenckimi i parlamentarnymi...*, s. 76

<sup>4</sup> W gruncie rzeczy, w owym czasie doszło do konfliktu między premierem W. Kiebiczem, S. Szuszkiewiczem, a większością Rady Najwyższej. Konflikt ten pozwalał jednak jego uczestnikom zawierać doraźne sojusze. Obóz władzy, środowiska związane z administracją rządową, spodziewały się, iż ewentualne wybory prezydenckie zostaną wygrane przez premiera, cieszącego się, jak się wydawało, znaczącym poparciem, i dlatego opowiadały się za stworzeniem urzędu prezydenta, dążąc do nadania przyszłej głowie państwa jak największych uprawnień. Pamiętać należy, że W. Kiebicz cieszył się poparciem deputowanych wywodzących się z partii komunistycznej, skupionych w dwóch frakcjach „Sojuz” i „Białoruś”, które razem stanowiły blisko 90% członków Rady Najwyższej. Dawna nomenklatura państwowa i partyjna miała nie tylko prawie absolutną



Konstytucja Republiki Białoruś z 14 marca 1994 r., stojąc na gruncie zasady trójpodziału władz, stanowiła, że władza ustawodawcza należeć będzie do Rady Najwyższej, jako jednoizbowego organu reprezentacji narodu. Użycie terminu Rada Najwyższa na oznaczenie najwyższego organu władzy ustawodawczej, wynikało z tradycji ustrojowych, gdyż tak nazwany organ istniał w okresie władzy radzieckiej. Zmiany w zakresie regulacji sytuacji prawnej legislatury wprowadziła Konstytucja Białoruskiej SRR z 1978 r. – a więc jeszcze przed rozpadem Związku Radzieckiego i uzyskaniem niezawisłości przez Białoruś – wskazując jako suwerena lud, który sprawować miał władzę poprzez wybierane w czteroprzymiotnikowych wyborach Rady Deputowanych Ludowych (gminne, wiejskie, dzielnicowe, miejskie, rejonowe, okręgowe i Radę Najwyższą). Wybierana – w myśl tej Konstytucji – na pięcioletnią kadencję Rada Najwyższa, miała być nie tylko najważniejszym organem władzy państwowej, uprawnionym do powoływania i kontroli innych organów, lecz także w praktyce wyłącznym dzierżycielem władzy ustawodawczej – zważywszy – że dekrety z mocą ustawy, wydawane przez Prezydium Rady Najwyższej między sesjami Rady musiały być zatwierdzane na najbliższej sesji Rady i to kwalifikowaną większością głosów. W myśl Konstytucji z 1978 r., do wyłącznych kompetencji Rady Najwyższej należało uchwalanie Konstytucji i wprowadzanie do niej poprawek, zatwierdzanie planów gospodarczego i społecznego rozwoju państwa, uchwalanie budżetu i przyjmowanie sprawozdania z jego wykonania oraz tworzenie podporządkowanych jej organów, które są zobowiązane do składania sprawozdań ze swojej działalności<sup>5</sup>.

Po zmianie Konstytucji przez ustawę z 21 czerwca 1979 r.<sup>6</sup>, kompetencje Rady Najwyższej zostały poważnie rozszerzone, zmieniono nieco brzmienie tekstu dotychczasowych przepisów w zakresie wspomnianych już uprawnień. Od tej chwili podejmowanie decyzji w sprawie ustroju państwa, jego granic, nazwy, herbu, flagi i hymnu. Ona też miała prawo zatwierdzać plany i programy społeczno-gospodarcze, uchwalać budżet i kontrolować jego wykonanie, wreszcie decydować o wprowadzeniu stanu wyjątkowego, kształcie administracyjnym państwa oraz zarządzać przeprowadzenie referendum. Do Rady Najwyższej należało także w myśl wówczas obowiązującego prawa, powoływanie Rady Ministrów, przy czym wybierała ona premiera i jego zastępców, jak i ministrów oraz przewodniczących urzędów i komitetów.

---

większość w Radzie Najwyższej, ale kontrolowała także finanse, gospodarkę, środki przekazu i wszelkie instytucje państwowe. W. Kiebicz cieszył się także poparciem armii. Jego zwolennikiem był Paweł Kałużowski, minister obrony, oraz Anatol Katenka, dowódca białoruskiego okręgu wojskowego. Opozycja obawiała się powrotu dyktatury komunistycznej oraz zastąpienia pozycji I Sekretarza stanowiskiem prezydenta. Natomiast zdaniem deputowanych, tradycja polityczna Białorusi wymagała rządów parlamentarnych. Zob. O. Łatyszonek, E. Mironowicz, *Historia Białorusi*, Białystok b. r. wyd., s. 290.

<sup>5</sup> Art. 97 Konstytucji BSRR 1978 r. Zob. *Констытуцыя (асноўны закон) Беларускай Савецкай Сацыялістычнай Рэспублікі*, Mińsk 1978.

<sup>6</sup> Art. 97 Konstytucji BSRR 1978 r. po nowelizacji został poważnie rozbudowany, a jego treść odnosząca się do kompetencji Rady Najwyższej ujęta w 25 punktach. Zob. *Конституция (основной закон) Белорусской Советской Социалистической Республики. Принята на внеочередной девятой сессии Верховного Совета БССР девятого созыва 14 апреля 1978 года с изменениями и дополнениями, внесенными Законами БССР от 21 июня 1979 года и 27 октября 1989 года*, Mińsk 1989. Zwrócić należy uwagę, że tekst po zmianach został opublikowany w języku rosyjskim. Por. Także G. A. Василевич, *Конституционная реформа в Беларуси в 1989 году*, „Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь”, 2006, Nr 1, s. 102–110.

Kompetencje Rady Najwyższej, w myśl kolejnej Konstytucji z 14 marca 1994 r., były dość obszerne. Zarządzała ona wybory zarówno do kolejnej Rady Najwyższej, jak i do terenowych rad deputowanych. Wyznaczała termin wyborów Prezydenta, powoływała pełny skład Komisji Wyborczej, wybierała członków Sądu Konstytucyjnego, sędziów Sądu Najwyższego, członków Najwyższego Sądu Gospodarczego, Prokuratora Generalnego, przewodniczącego Rady Kontroli, a także przewodniczącego i członków kierownictwa Banku Centralnego<sup>7</sup>. Do kompetencji Rady Najwyższej należało wówczas wyznaczanie podstawowych kierunków wewnętrznej i zewnętrznej polityki państwa, zatwierdzanie budżetu i kontrolowanie jego wykonania, ratyfikowanie i wypowiedzanie umów międzynarodowych, decydowanie o amnestii, sprawowanie nadzoru nad terenowymi radami deputowanych, wreszcie rozstrzyganie spraw odnoszących się do administracyjnoterytorialnego ustroju państwa. Organizację i tryb pracy Rady Najwyższej określał uchwalany przez nią regulamin. W świetle Konstytucji, Rada Najwyższa pełniła swe zadania aż do chwili otwarcia pierwszego posiedzenia nowo wybranej Rady Najwyższej<sup>8</sup>. Czas pozostawania w mocy pełnomocnictw Rady Najwyższej stał się w 1995 r. powodem konfliktu między prezydentem A. Łukaszenką, a ustępującą Radą Najwyższą.

Organizacja wewnętrzna Rady Najwyższej Białorusi zbliżona była do standardów znanych w parlamentach europejskich. Rada wybierała ze swojego grona przewodniczącego, kierującego pracami parlamentu oraz jego zastępców. Przewodniczący wraz z zastępcami oraz grupą wybranych deputowanych tworzyli organ kolegialny, kierujący pracą Rady Najwyższej. W parlamencie funkcjonowały stałe komisje, których zadaniem było przygotowywanie i rozpatrywanie aktów prawnych oraz pełnienie w ograniczonym zakresie funkcji kontrolnych<sup>9</sup>.

Wybrany na urząd prezydenta, w wyniku wyborów w dniu 23 czerwca i 10 lipca 1994 r. Aleksander Łukaszenka – b. przewodniczący komisji ds. walki z korupcją, który w wyniku wyborów zdobył w drugiej turze wyborów 80,1% głosów, uzyskując miażdżąca przewagę nad Wiaczesławem Kiebiczem, ówczesnym premierem, który zgromadził ich tylko 14,1%<sup>10</sup>, rozpoczął zdecydowane działania zmierzające do zmiany układu sił w Radzie Najwyższej. Na sesji Rady Najwyższej w dniu 21 marca 1995 r. zaproponował on, aby deputowani zrealizowali najważniejsze punkty bieżącej sesji,

<sup>7</sup> *Констытуцыя Рэспублікі Беларусь, „Звязда”, 30 marca 1994 r.*

<sup>8</sup> Konstytucja z 14 marca 1994 r. deklarowała trójpodział władzy, ustanawiając jako organ władzy ustawodawczej Radę Najwyższą – będącą jednoizbowym organem reprezentacji narodu. Kadencja Rady Najwyższej trwać miała pięć lat, a w jej skład wchodziło 260 deputowanych wybieranych demokratycznie, w oparciu o pięcioprzymiotnikowe wybory, z tym że zasada proporcjonalności została zastąpiona zasadą większości. Tak więc wybory do Rady Najwyższej miały być powszechne, tajne, bezpośrednie, wolne i równe. Było to efektem ustalenia, że deputowani do Rady Najwyższej będą wybierani w okręgach jednomandatowych. Pierwsze demokratyczne wybory do Rady Najwyższej odbyły się w 14 maja 1995 r., a w ich trakcie wyłoniono 198 deputowanych. Deputowani do Rady Najwyższej posiadali, w myśl Konstytucji z 14 marca 1994 r., immunitet materialny, w wyniku czego nie ponosili odpowiedzialności za swą działalność w Radzie, zarówno w czasie pełnienia funkcji deputowanego, jak i po upływie kadencji. Mandat ich był jednak mandatem związanym, co niewątpliwie łączyło ich z okręgiem wyborczym, ale umożliwiało ich odwołanie.

<sup>9</sup> K. Kakareko, *Współczesne stosunki polsko – białoruskie 1991 – 2011 (w perspektywie opinii publicznej i w warstwie normatywnej)*, mps. pracy doktorskiej napisanej pod kierunkiem J. Sobczaka, Wydział Nauk Politycznych i Dziennikarstwa UAM, Poznań 2013, s. 91 i n.

<sup>10</sup> „Biuletyn Białoruski” nr 1, s. 3 – 5. Zob. także M. Narbut, *Wybory prezydenckie na Białorusi. Jednak Łukaszenka, „Rzeczpospolita” z 11 lipca 1994 r., nr 159 (3808), s. 1 i 26.*

w tym przede wszystkim ratyfikowali białorusko-rosyjskie traktaty i porozumienia, a następnie złożyli mandaty, rozwiązując Radę Najwyższą. Prezydent A. Łukaszenka stwierdził, iż pełnomocnictwa Rady Najwyższej już wygasły, gdyż minęło pięć lat od jej wyboru. Dalsza praca Rady jest więc niezgodna z konstytucją państwa.

Jednocześnie prezydent wystąpił z inicjatywą przeprowadzenia w dniu wyborów do Rady Najwyższej ogólnonarodowego referendum, w którym obywatele mieliby odpowiedzieć na pytania dotyczące języka, symboliki narodowej, integracji z Rosją i zwiększenia kompetencji prezydenta w stosunku do Rady Najwyższej. W myśl propozycji prezydenta wyborcy mieli więc odpowiedzieć na cztery pytania:

1. Czy zgadzasz się na nadanie językowi rosyjskiemu statusu równoprawnego z białoruskim?
2. Czy popierasz propozycję przyjęcia nowego godła i flagi państwowej?
3. Czy popierasz działania prezydenta Białorusi, zmierzające do ekonomicznej integracji z Rosyjską Federacją?
4. Czy zgadzasz się z koniecznością wniesienia zmian do Konstytucji Republiki Białoruś, które w przypadkach systematycznego lub poważnego naruszenia Konstytucji przez Radę Najwyższą, przewidują możliwość przedterminowego unieważnienia uprawnień Rady przez prezydenta?

Deputowani do Rady Najwyższej, debatując nad propozycjami prezydenta, bez względu na orientację polityczną wypowiadali się przeciwko wyposażeniu prezydenta w prawo do rozwiązywania Rady, widząc w tym groźbę wprowadzenia autorytarnych rządów prezydenckich. Jednocześnie krytycznie – ku pewnemu zaskoczeniu obserwatorów zagranicznych – odnieśli się też deputowani do pytania dotyczącego działań prezydenta na rzecz integracji z Rosją, uznając je za zbędne, bądź za mało precyzyjne<sup>11</sup>. Największe kontrowersje wywołała sprawa pozycji języka rosyjskiego oraz symboliki państwowej. Kwestie te podzieliły deputowanych do Rady Najwyższej. Większość z nich w toku dyskusji podnosiła jednak, że zmiany takie będą niezwykle kosztowne, a przy tym niepotrzebnie doprowadzą do skonfliktowania społeczeństwa<sup>12</sup>.

W dniu 24 marca 1995 r. Rada Najwyższa odrzuciła wniosek Prezydenta o złożenie mandatów poselskich. Jednocześnie odłożyła podjęcie decyzji w sprawie referendum

<sup>11</sup> „Kronika Sejmowa” z 4 UV 1995, nr 35 (81), s. 1

<sup>12</sup> Herb Republiki Białorusi przedstawiał rycerza na wspiętym koniu z wzniesionym w prawej ręce mieczem, z tarczą z krzyżem dwuramiennym. Herb ten, zwany „Pohonia”, nawiązujący do herbu Wielkiego Księstwa Litewskiego, do którego tradycji sięgnęli Białorusini po odzyskaniu niepodległości, tylko drobnymi elementami heraldycznymi różnił się od herbu Litwy. Flaga Białorusi to czerwony pas na białym tle (barwy: biało – czerwono – białe). Przed odzyskaniem niepodległości flaga Białorusi składała się z dwóch nierównych pasów: szerszego czerwonego górnego i węższego zielonego na dole. Wzdłuż lewego boku flagi biegł także wąski pas czerwony pokryty stylizowanymi na wzór „ludowy” rombami. W herbie znajdowała się pokryta siatką geograficzną półkula ziemiska, nad którą widniały skrzyżowany młot i sierp, a nad nimi pięcioramienna gwiazda otoczona kłosami zboża i kwiatów oplecionych girlandą z napisem w języku rosyjskim i białoruskim. „Proletariusze wszystkich krajów łączcie się”. Przy czym napis w języku białoruskim wypisany był po lewej stronie, a w rosyjskim po prawej. Fakt, iż flagi biało-czerwono-białej używali współpracujący z Niemcami nacjonałiści białoruscy był dość częstym podnoszonym w dyskusji argumentem mającym przemawiać za zmianą barw narodowych, przyjętych po 1991 roku. Zob. J. Sobczak, *Studia nad wyborami prezydenckimi i parlamentarnymi na Litwie i Białorusi*, Poznań 1997, s. 124 – 125.

do 10 kwietnia 1995 r., zlecając natomiast rządowi przekazanie do 27 marca 1995 r. na konto Centralnej Komisji Wyborczej 20 z 68 mld rubli białoruskich na opłacenie wyborów<sup>13</sup>. Żądanie przekazania chociażby części pieniędzy potrzebnych na pokrycie kosztów referendum niewątpliwie wydawało się deputowanym chytrym wybiegiem zwracającym uwagę społeczeństwa na koszty związane z przeprowadzeniem referendum. W istocie jednak ich kunktatorska postawa, utwierdzić musiała A. Łukaszenkę w przekonaniu, że ma do czynienia z ludźmi niegotowymi do ostrej konfrontacji politycznej. Konflikt Prezydenta z Radą Najwyższą w sposób zdecydowany odwracał też uwagę społeczeństwa nie tyle może od samych wyborów, ile od kwestii programów politycznych ugrupowań w nich startujących.

Dekretami prezydenta z 31 marca i 3 kwietnia 1995 r. – zmierzającymi rzekomo do zapewnienia obywatelom równych szans w wyborach – ograniczono możliwości odbywania zebrań przedwyborczych, ograniczono dostęp opozycji do prasy. W telewizji, w której nie dokonano podziału czasu antenowego, prezentowano w pierwszym rzędzie kandydatów prezydenckich, związanych z blokiem lewicowym, przedstawicieli „Słowiańskiego Soboru”, ewentualnie kandydatów nie zgłoszonych przez partie polityczne, lecz przez inne upoważnione do tego instytucje i zgromadzenia.

Rada Najwyższa uległa presji prezydenta i w dniu 10 kwietnia 1995 r. zaakceptowała – co do zasady – ideę przeprowadzenia równoległe z wyborami ogólnonarodowego referendum. Koncepcja połączenia z wyborami pozornie mająca na celu oszczędność okazała się, jak dowiodły tego kolejne referenda, bardzo groźna dla przemian demokratycznych, gdyż odciągała uwagę od kwestii kto będzie zasiadał w łonie władzy ustawodawczej. Następnego dnia deputowani zaakceptowali jedno z czterech pytań mających stać się przedmiotem referendum, a mianowicie pytanie o pogłębienie integracji gospodarczej z Rosją nadając mu jednak charakter jedynie konsultacyjny. Jednocześnie odrzucono zasadność postawienia pozostałych pytań. W toku obrad prezydent na forum Rady Najwyższej oskarżył deputowanych o prowadzenie polityki dyskredytującej władzę i państwo. Stwierdził, że deputowani naruszyli konstytucję już samym przystąpieniem do głosowania nad propozycjami pytań i zagroził rozwiązaniem Rady Najwyższej. W odpowiedzi, na wezwanie przewodniczącego Partii Zgody Narodowej H. Karpienki, grupa deputowanych opuściła salę obrad. Następnie zaś 18 deputowanych z Białoruskiego Frontu Ludowego i Białoruskiej Socjaldemokratycznej Hramady rozpoczęło głodówkę w sali posiedzeń Rady Najwyższej, domagając się aby Rada nie wyraziła zgody na referendum, które uznali za sprzeczne z konstytucją. Ponadto wystąpili z postulatem zniesienia monopolu na środki masowej informacji – skupionego ich zdaniem w rękach prezydenta – oraz odwołania dekretu o ustanowieniu Rady Obserwatorów. W nocy z 11 na 12 października 1995 r. funkcjonariusze OMON-u, na osobisty rozkaz prezydenta usunęli z sali obrad Rady protestujących deputowanych. W czasie tej akcji kilku z deputowanych odniosło

<sup>13</sup> Kronika Sejmowa, nr 35(81), 4 kwietnia 1995, s. I. Politycy z kręgu, powstałego 19 października 1988 r., Białoruskiego Frontu Ludowego w zdecydowany i jednoznaczny sposób potępili pomysł tego referendum, aczkolwiek, to właśnie oni byli pierwotnie zwolennikami przeprowadzenia zmian politycznych w drodze referendum.

poważne obrażenia. Wypadki te nie spotkały się praktycznie z żadnym odzewem na arenie międzynarodowej. Prasa państw europejskich właściwie ich nie odnotowała, zajmując się faktem przyjęcia Białorusi jako 135 państwa w poczet członków Unii Międzyparlamentarnej. Z protestem wystąpiła jedynie grupa posłów z litewskiego sejmiku, a wiele dni później 28 kwietnia 1995 r. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej wyraził głębokie zaniepokojenie tymi wydarzeniami, postulując wszczęcie w ich sprawie na forum władz wykonawczych Unii Międzyparlamentarnej postępowania wyjaśniającego.

Brutalna akcja OMON-u przyniosła na forum Rady Najwyższej oczekiwane przez prezydenta owoce. Już następnego dnia, 13 kwietnia 1995 r., Rada zatwierdziła wszystkie przedstawione przez prezydenta pytania, mające stać się przedmiotem referendum. Jedynie pytaniu o prawo prezydenta do rozwiązania Rady Najwyższej nadano charakter konsultacyjny, pozostałe miały charakter obligatoryjny, a więc zobowiązujący do postępowania zgodnego z wynikami referendum<sup>14</sup>.

Przy okazji Rada Najwyższa przywróciła, jako święto państwowe, dzień 7 listopada – rocznicę rewolucji październikowej. Ratyfikowano rosyjsko-białoruskie porozumienie dotyczące wspólnej ochrony granic oraz unii celnej. Przychylnie przyjęto także życzenie prezydenta i udzielono pełnomocnictw rządowi w kwestii pozostałych porozumień z Rosją, w tym w sprawie dotyczącej bezpłatnej dzierżawy terenu pod rosyjskie bazy wojskowe w Baranowiczach i Wilejce.

Problem referendum, od chwili uchwały Rady Najwyższej zatwierdzającej pytania postawione przez prezydenta, całkowicie zdominował w środkach masowej informacji sprawę wyborów. Prasa, radio i telewizja właśnie pytaniom referendum poświęcały głównie, jeśli nie wyłącznie uwagę.

W dniu 9 maja 1995 r. odbyły się w Mińsku uroczystości z okazji Dnia Zwycięstwa, podczas którego udekorowano miasto starymi, pochodzącymi z czasów radzieckich symbolami. W kilka dni później, przed 14 maja 1995 r. wyemitowano w telewizji film „Nienawiść”, w którym porównano Białoruski Front Ludowy do organizacji kolaborujących z Niemcami podczas II wojny światowej. Pokazano, że białoczerwono-białymi flagami posługiwała się w czasie okupacji, pozostająca na usługach hitlerowców, Białoruska Krajowa Obrona. Uczyniono więc z tej flagi system faszystowski, a doprowadzając w ten zawaolowany sposób do identyfikacji działaczy Białoruskiego Frontu Ludowego, broniących flagi białoczerwono-białej, z faszystami<sup>15</sup>.

Do udziału, z biernym prawem wyborczym, w pierwszych na Białorusi, od czasu ogłoszenia niepodległości, wyborach do Rady Najwyższej uprawnionych było 7 530 000 osób. W wyborach wzięło udział tylko 64,7% uprawnionych do głosowania. W głosowaniu 14 maja 1995 r. obsadzono jedynie 18 z 260 mandatów. W 26 okręgach, w których frekwencja nie przekroczyła 50%, koniecznym stało się odbycie

<sup>14</sup> *Kalendarium*, „Biuletyn Białoruski”, nr 5, OSW luty–kwiecień 1995, s. 19–21.

<sup>15</sup> W ten sposób starano się dyskredytować działaczy BFL w opinii publicznej, gdyż dla większości Białorusinów faszyzm jest synonimem wszelkiego zła. Zob. J. Modlinger, *Budowa białoruskiej świadomości narodowej to proces jeszcze nie skończony*. *Słowiańska kolebka*, „Polityka”, 3 czerwca 1995 r., nr 22 (1987), s. 19; P. Kościński, *Kłosa wokół globusa i słońca zamiast Pogoni*. *Białoruś: republika prezydencka*, „Słowo Wileńskie”, 2–8 czerwca 1995 r., nr 22/30, s. 9.

ponownych wyborów, w pozostałych okręgach, w których nie wyłoniono deputata, przeprowadzenie – zgodnie z ordynacją – II tury wyborów. Zaskakującą była mała frekwencja w Mińsku, w którym aż w 11 okręgach okazało się, iż do głosowania nie poszło ponad 50% uprawnionych<sup>16</sup>.

W referendum wzięło udział 64,8% uprawnionych. Na wszystkie cztery pytania postawione w referendum biorący w nim udział odpowiedzieli pozytywnie. Najwięcej głosujących poparło propozycję zrównania statusu język rosyjskiego z językiem białoruskim (83,3%)<sup>17</sup>. W praktyce, jak się okazało odpowiedź pozytywna

<sup>16</sup> „Kronika Sejmowa” z 6 czerwca 1995 r., nr 39(85), s. 1.

<sup>17</sup> Język rosyjski był wprowadzany na Białorusi przed dwoma stuleciami, w odczuciu miejscowego społeczeństwa, zwłaszcza jego elit, jako język obcy, narzucany siłą administracyjnego przymusu. Symbolizował on obcość kulturową, narodową i państwową. Przyjmowany stopniowo przez prawosławne elity kraju, służył jako środek porozumiewania się w szkole i w urzędzie. Stopniowo wzrastała świadomość odrębności języka białoruskiego, towarzyszyło temu zmniejszanie się wpływu języku polskiego na społeczeństwo białoruskie. Analizujący te sprawy R. Radzik, stwierdza, że przed dwustu laty Polacy i Białorusini nie zdawali sobie sprawy z faktu, że język polski na Białorusi może stać się nośnikiem ideologii narodowej, głoszącej wyraźną odrębność od miejscowego ludu białoruskiego. Język rosyjski stopniowo zdobywał coraz większe wpływy, a jego znajomość okazywała się nieodzowna. Działo się to wskutek napływu przybyszów z Rosji Centralnej oraz w wyniku oddziaływania Cerkwi, a także rosyjskich szkół. W każdym razie jeszcze pod koniec wieku XIX przytaczająca większość mieszkańców Białorusi na co dzień posługiwała się językiem białoruskim (wyjątek stanowiła katolicka szlachta, część inteligencji i Żydzi). R. Radzik, *Kim są Białorusini?*, Toruń 2004, s. 49, zob. także tegoż, *Rozwój narodowy społeczności polskiej i białoruskiej w okresie zaborów*, w: J. Kłoczowski i inni (red.), „Historycy wobec problemów tożsamości narodowej i europejskiej – między nacjonalizmem a uniwersalizmem”, Lublin 1992, s. 64; tenże, *Kulturowo-cywilizacyjna tożsamość społeczeństwa Białorusi*, w: I. Topolski, „Białorusi w stosunkach międzynarodowych”, Lublin 2009, s. 39–75. Język białoruski nie stał się elementem konstytuującym naród białoruski, jeśli w ogóle w sposób zasadny można twierdzić o ukonstytuowaniu się takiej tożsamości. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Ryszarda Radzika, odwołującego się do koncepcji Jerzego Smolicza, co do tego, że język białoruski nie stał się wartością rdzenną kultury Białorusinów, czyli osiá „wokół której następuje identyfikacja i organizuje się cały system społeczny. Utrata takiej wartości rdzennej przez daną grupę, prowadzi do jej dezintegracji, jako autentycznej i twórczej społeczności, zdolnej do przetrwania i przekazania swoich wartości następnym pokoleniom”. Zob. R. Radzik, *Kim są Białorusini*, Toruń 2004, s. 50; J. Smolicz, *Język jako wartość rdzenna*, w: A. Kłosowska (red.), „Oblicza polskości”, Warszawa 1990, s. 211. Wykształcony Białorusin uważa przy tym język białoruski za „prosty”, „wiejski” (Jak podkreśla Elżbieta Smułkowa, „świadomość potrzeby opanowania języka o wyższym statusie w przypadku chęci wyjścia poza wąski krąg małej ojczyzny jest jakby z góry wpisana w poczucie białoruskiej tożsamości ludowej. Zob. E. Smułkowa, *Wokół problemu poczucia tożsamości mieszkańców Białorusi*, „Przegląd Wschodni”, 1997, z. 3, s. 607.). Język ten identyfikuje także osoby znające go i chętnie posługujące się jego formami literackimi – jako przedstawicieli opozycji politycznej, zwłaszcza jeśli używają go w postaci sprzed reformy taraszkiewiczowskiej. Jest rzeczą charakterystyczną, że czysty język białoruski zachował się w pierwszym rządzie na terenach, które przed wybuchem II wojny światowej należały do Rzeczypospolitej. Większość Białorusinów, jeśli zna i chce posługiwać się białoruskim, mówi tzw. trasianką (Trasianka (*Трасянка*)) – specjalny idiolekt powstały na podstawie języka białoruskiego, z przewagą leksyki rosyjskiej, lecz z białoruską fonetyką i gramatyką. Pojawiła się na przełomie lat 70. i 80. XX w. jako środek komunikacji miejskich i wiejskich mieszkańców Białorusi, chociaż oczywiście samo zjawisko mieszania tych dwóch języków znane było o wiele wcześniej. W tłumaczeniu dosłownym białoruskie słowo „trasianka” oznacza siano niskiej jakości, które chłopci niestaranie mieszają, przetrząsając świeżo skoszoną trawę z sianem. W kwestii tej por. m.in. J. Starczuk, *Język a tożsamość człowieka w warunkach społecznej wielojęzyczności – pogranicze polsko-litewsko-białoruskie*, Warszawa 1999, s. 54 – 68; R. Sawicka, *Polszczyzna w codziennej komunikacji na Grodzieńszczyźnie na przykładzie wybranych wsi*, w: E. Smułkowa, A. Engelking (red.), „Pogranicza Białorusi w perspektywie interdyscyplinarnej”, Warszawa 2007, s. 347 – 353.). Warto przy tym zauważyć, że język białoruski nie jest w dostatecznym stopniu znany przedstawicielom najwyższych władz, z prezydentem A. Łukaszenką na czele. Od kilku pokoleń wytworzył się na pograniczu białorusko-polskim taki *uzus* językowy, że język prosty (gwara, trasianka) obsługuje sfery życia prywatnego, rodzinno-sąsiedzkiego, natomiast w kontaktach zewnętrznych, z obcym przybyszem lub z osobami stojącymi wyżej w hierarchii społecznej (z nauczycielem, urzędnikiem, lekarzem, księdzem) używa się języka rosyjskiego, w zależności od kontekstu sytuacyjnego i osoby, z którą się rozmawia. Występują tu także pewne różnice pokoleniowe (Tak więc *paradyglosja* to zjawisko posługiwania się w warunkach oficjalnych językiem o wyższym prestiżu. W warunkach białoruskich nie jest to literacki język białoruski, gdyż w wyniku historycznie ukształtowanych warunków społecznych i politycznych nie przejął on funkcji języka wyższego. Status języka wyższego ma na Białorusi język rosyjski, uznawany za język warstw wyższych, język nauki i kultury. Świadczą o tym wyniki przeprowadzonego w 1995 r. na Białorusi referendum w sprawie równouprawnienia języków urzędowych, rosyjskiego i białoruskiego, gdzie 83, 3% głosujących opowiedziało się za rosyjską jednojęzycznością w życiu państwowym Republiki Białoruś. Warto pamiętać, że obecnie wyłącznie w języku rosyjskim sporządzane są

na wspomniane pytanie w referendum uprzywilejowała język rosyjski, w którym obecnie, jako jedynym – z pominięciem języka białoruskiego ukazują się powszechnie obowiązujące akty normatywne<sup>18</sup>. Znacząca większość biorących udział w referendum zaakceptowała też działania prezydenta zmierzające do integracji gospodarczej z Rosyjską Federacją (83,3%). Ta matematyczna zbieżność pozytywnych odpowiedzi na wspomniane dwa pytania musi skłaniać do refleksji. Wydaje się, że dowodzi ona istnienia dość znacznej grupy osób identyfikującej się bądź z kulturą języka rosyjskiego, bądź przekonanych o równoprawności (a może nawet wyższości tej kultury) i w związku z tym preferujących język rosyjski w swoim państwie. Pośrednio jest to dowodem na silną rusyfikację Białorusi oraz na to, że znaczna część jej obywateli to Rosjanie lub osoby poczuwające się do silnych związków z tą nacją.

Za przyznaniem prezydentowi prawa do rozwiązania Rady Najwyższej, w przypadku systematycznego lub poważnego naruszania przez tę Radę konstytucji, opowiedziało się 77,7% osób biorących udział w referendum. Najmniej, bo tylko 75,1% osób biorących w głosowaniu, zaakceptowało propozycję przyjęcia nowego godła i flagi<sup>19</sup>. Wydaje się, że w tym wypadku wpływ na postawę głosujących miało przywiązanie do symboli sprzed uzyskania niepodległości oraz ukazanie obowiązujących w chwili referendum symboli narodowych jako obcych (litewska Pogoń) bądź faszystowskich (flaga biało-czerwono-biała).

Pod koniec sierpnia 1996 r. Prezydent A. Łukaszenka ujawnił zamiar dokonania kolejnej nowelizacji Konstytucji, co doprowadziło do ostrego konfliktu

---

białoruskie akty normatywne.). W literaturze zjawisko to nazywa się paradyglosją lub dyglosją środowiskową (E. Smułkowa, *Dwujęzyczność po białorusku, bilingwinizm, dyglosja, czy coś innego?*, w: E. Smułkowa, „Białoruś i pogranicza. Studia o języku i społeczeństwie”, Warszawa 2002, s. 416). Zauważyć w końcu należy, że istotną rolę w identyfikacji tożsamości narodowej na Białorusi pełni język sakralny, odróżniający „Polaków” i „ruskich”, ale jest to podział religijny, a nie narodowy (J. Starczuk, *Wielojęzyczność pogranicza: od tutejszości do nowej lokalności*, w: A. Engelking, E. Golachowska, A. Zielińska (red.), „Tożsamość – język – rodzina. Z badań na pograniczu słowiańskobałtyckim”, Warszawa 2008, s. 95 – 106). Nie do końca prawdziwa wydaje się jednak teza, iż język polski identyfikuje w tej sytuacji jedynie katolików (R. Dzwonkowski, O. Gorbaniuk, J. Gorbaniuk, *Postawy katolików obrządku łacińskiego na Białorusi wobec języka polskiego*, Lublin 2004, s. 44 – 45, 89 – 90, 111 – 116; A. Mironowicz, *Specyfika tolerancji wyznaniowej na Kresach Wschodnich Rzeczypospolitej*, w: K. Krzysztofek, A. Sadowski (red.), „Pogranicza etniczne w Europie. Harmonia i konflikty”, Białystok 2001, s. 163 – 173; I. Kabzińska, *Wśród „kościelnych Polaków”: wyznaczniki tożsamości etnicznej (narodowej) Polaków na Białorusi*, Warszawa 1999, s. 107 – 109; E. Smułkowa, *Problem języków narodowych w praktyce religijnej na białorusko – litewsko – polskim pograniczu etniczno-kulturowym*, w: E. Smułkowa (red.), „Białoruś i pogranicza. Studia o języku i społeczeństwie”, Warszawa 2002, s. 492 – 500; teże, *Rozwój kościoła katolickiego w Republice Białorusi – problemy społeczno-polityczne i językowe*, w: E. Smułkowa (red.), „Białoruś i pogranicza...”, s. 501 – 508.), gdyż istnieje na Białorusi, w szczególności na grodzieńszczyźnie, grupy posługujące się biegle językiem polskim, ale przynależące do prawosławia. W kwestii wyznaczników tożsamości narodowej Białorusinów Zob. K. Kakareko *Współczesne stosunki polsko – białoruskie...*, s. 50 – 90, tamże odniesienia do literatury przedmiotu.

<sup>18</sup> W ten sposób język rosyjski uzyskał status języka urzędowego na Białorusi. Skutkiem normatywnym referendum była m.in. odpowiednia zmiana w ustawie o językach Republiki Białoruś Por. Закон Республики Беларусь от 26 января 1990 г. № 3094-ХІ «О языках в Республике Беларусь», зм. СЗ БССР, 1990 г., № 4, ст.46; зм. „Ведомости Национального собрания Республики Беларусь”, 1998, № 28, s. 461. W myśl art. 7 ustawy o Prezydencie (Закон 21 февраля 1995 г. № 3602-ХІІ о Президенте Республики Беларусь, зм.: Закон Республики Беларусь от 18 апреля 1996 г. № 236-ХІІІ, „Ведомасці Вярхоўнага Савета Рэспублікі Беларусь” (dalej: ВВСРБ), 1996, № 12, s.157; Закон Республики Беларусь от 3 мая 1996 г. № 440-ХІІІ, ВВСРБ, 1996, № 21, s. 380; Закон Республики Беларусь от 7 июля 1997 г. № 52-3 ВВСРБ, 1997, № 24, s. 463 (nowa redakcja); Закон Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 285-3 „Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь” (dalej: НРПАРБ), 1999, № 54, roz. 2/56.; Закон Республики Беларусь от 9 октября 2000 г. № 428-3, НРПАРБ, 2000, № 100, roz. 2/203; Закон Республики Беларусь от 6 октября 2006 г. № 166-3, НРПАРБ, 2006, № 166, poz. 2/1263).

<sup>19</sup> *Kalendarium*, „Biuletyn Białoruski”, nr 1(16), styczeń 1996, s. 6.

z parlamentem. Opozycjoni wobec prezydenta członkowie Rady Najwyższej, na wieść o tym przygotowali własny projekt zmian w Konstytucji, znoszący urząd prezydenta. A. Łukaszenka zmierzał natomiast do rozszerzenia swoich kompetencji jako głowa państwa, dlatego też nie czekając na efekty pomysłów członków Rady Najwyższej, wystąpił z inicjatywą referendum, dążąc do tego, aby miało ono charakter obligatoryjny i wiążący. Jednocześnie dekretem z 1 września 1995 r. zniósł immunitet parlamentarny, zapowiedział rozwiązanie partii politycznych i organizacji społecznych, uczestniczących w strajkach, zawiesił funkcjonowanie związków zawodowych i zalecił Ministrowi Sprawiedliwości oraz Prokuraturze wzmocnienie nadzoru nad strukturami politycznymi, społecznymi oraz związkowymi<sup>20</sup>. Sąd Konstytucyjny uznał projekt prezydencki za niezgodny z porządkiem konstytucyjnym. W tej sytuacji Prezydent, dekretem z 5 września 1996 r., stwierdził, że wynik referendum w kwestii Konstytucji będzie mieć charakter wiążący i zostanie wprowadzony w życie, natomiast dwa dni później, 7 września 1996 r. w kolejnym dekreście, uznał orzeczenie Sądu Konstytucyjnego za sprzeczne z prawem, naruszające Konstytucję<sup>21</sup>.

Wynik referendum, przeprowadzonego w listopadzie 1996 r. był korzystny dla A. Łukaszenki – w efekcie kompetencje Prezydenta zostały poważnie rozszerzone w zakresie władzy ustawodawczej<sup>22</sup>. Przyjęta w wyniku wspomnianego referendum nowa redakcja Konstytucji zerwała z zasadą trójpodziału władzy, wysuwając Prezydenta ponad inne organy państwowe, przyznając mu pozycję głowy państwa, uosabiającego jedność narodu, gwaranta Konstytucji oraz praw i wolności człowieka i obywatela.

Przyjęta ostatecznie w wyniku referendum z 24 listopada 1996 r., zmiana Konstytucji w jednoznaczny sposób zmieniała system polityczny państwa<sup>23</sup>. Białoruś znalazła się w systemie rządów prezydenckich. Kompetencje Prezydenta zostały tak dalece rozszerzone, że pozwala to na konstatację, iż ustanowiono wówczas system dyktatury prezydenta<sup>24</sup>. W myśl znowelizowanej treści Konstytucji w art. 79 stwierdza się, że „Prezydent Republiki Białoruś jest Głową Państwa, gwarantem Konstytucji Republiki Białoruś, praw i swobód człowieka i obywatela”. W białoruskim komentarzu do konstytucji podkreśla się, że Prezydent ma pełnić rolę arbitra między władzą ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą, widząc w tej funkcji realizację stwierdzeń

<sup>20</sup> T. Szymczak, *Republika Białoruś*, w: W. Brodziński, D. Górecki, K. Skotnicki, T. Szymczak, „Wzajemne stosunki między władzą ustawodawczą a wykonawczą”, Łódź 1996, s. 32.

<sup>21</sup> Zob. M. Maszkiewicz, *Republika Białoruś...*, s. 64. W lipcu 1996 r. w rozmowie z dziennikarzami, odpowiadając na pytanie o wzajemnych relacjach z władzą sądowniczą, A. Łukaszenko powiedział: „... wedle Konstytucji jest ona [władza sądownicza] faktycznie władzą prezydencką. Tak, została zadeklarowana niezawisłość sędziowska, ale mianuje i odwołuje na stanowisko sędziów, poza członkami Sądu Najwyższego, prezydent. Z tej racji łatwiej jest prezydentowi prowadzić swoją politykę poprzez władzę sądowniczą”, por. «Советская Белоруссия», 12 lipca 1996r.

<sup>22</sup> В. Я. Гельман, *Из огня да в полымя? Динамика постсоветских режимов в сравнительной перспективе*, „Полис. Политические исследования”, 2007, nr 2, s. 93; B. Górowska, *Okoliczności i rezultaty zmiany Konstytucji Białorusi*, „Polityka Wschodnia”, 1997, nr 1, s. 89 i n.

<sup>23</sup> Wypada zauważyć, że efektem zmiany Konstytucji były dekrety prezydenta ograniczające funkcjonowanie partii politycznych. Por. J. Sobczak, *Dyskusja nad projektem ustawy o partiach politycznych na Białorusi*, „Annales Universitatis Mariae Curie – Skłodowska Lublin – Polonia”, Sectio G 2003/24, vol. L/ LI, s. 189 – 201.

<sup>24</sup> Zob. J. Sobczak, *Republika Białorusi*, w: E. Gdulewicz (red.), „Ustroje państw współczesnych”, Lublin 2002, s. 16



zawartych w art. 79 obowiązującego tekstu Konstytucji. Podkreśla się przy tym, że władza arbitra ma korzenie monarchiczne, zauważając, że pośrednictwo Prezydenta ma bardziej polityczny niż prawny charakter. Zdaniem autora komentarza położenie głowy państwa zależy w każdym ustroju od sytuacji politycznej i tradycji historycznej. W myśl wspomnianego komentarza, nad prezydentem jest jedynie naród, będący źródłem władzy państwowej i nośnikiem suwerenności, dlatego pełniąc funkcję arbitra, Prezydent ma możliwość odwoływania się do narodu poprzez referendum, które spełnia ważną funkcję w białoruskim systemie politycznym. Wykonując funkcję arbitra prezydent jest niekiedy także podmiotem sporu, który przychodzi mu rozstrzygnąć. Jak rozwiązać znany od starożytności dylemat, że nikt nie może być sędzią we własnej sprawie, autor białoruskiego komentarza już nie wyjaśnia<sup>25</sup>. Warto dodać, że przed wprowadzeniem w 1996 r. zmian w Konstytucji, usunięcie prezydenta z urzędu mogło nastąpić w związku z naruszeniem przez niego konstytucji. Decyzja w tym zakresie należała do Sądu Konstytucyjnego. Prezydent mógł być usunięty także w drodze referendum. Obecna redakcja Konstytucji nie przewiduje takiego rozwiązania.

Kompetencje Prezydenta zostały w treści art. 84 obowiązującego tekstu Konstytucji sformułowane w formie prerogatyw, czyli nie wymagają one kontrasygnaty. Zgodnie ze wspomnianym przepisem, Prezydent ogłasza referenda republikańskie (ogólnopaństwowe), przy czym tylko jemu przysługuje takowa kompetencja. Ogłasza także kolejne (czyli zwyczajne) i nadzwyczajne wybory do Izby Reprezentantów, Rady Republiki i lokalnych organów przedstawicielskich, rozwiązuje zarówno Izbę Reprezentantów, jak Radę Republiki w trybie przewidzianym w Konstytucji (np. w przypadku nie udzielenia wotum zaufania rządowi, wyrażenia wotum nieufności, dwukrotnej odmowy wyrażenia zgody na mianowanie kandydata przedstawionego przez Prezydenta na stanowisko premiera oraz w przypadku ciężkiego lub systematycznego naruszania Konstytucji)<sup>26</sup>. Ponadto Prezydent ma obowiązek mianować sześciu członków Centralnej Komisji Republiki Białoruś ds. Wyborów i Przeprowadzenia Referendów Republikańskich, a przewodniczącego tej Komisji za zgodą Rady Republiki<sup>27</sup>.

Po wyborach w 1995 r., w wyniku listopadowego referendum z 1996 r. i zmiany Konstytucji, skutkiem czego było przekształcenie dotychczas jednoizbowej Rady Najwyższej w dwuizbowy parlament, noszący nazwę Zgromadzenie Narodowe Republiki Białorusi<sup>28</sup>. Nie wdając się w opis uprawnień Rady Najwyższej wypada jedynie stwierdzić, że do jej uprawnień należało powołanie Centralnej Komisji Wyborczej, która wybierana była przez Radę Najwyższą na pięcioletnią kadencję. Obecnie, składając się

<sup>25</sup> Г.А. Василевич, *Конституция Республики Беларусь. Научно-практический комментарий*, wyd. 5, Mińsk 2006, s. 278–279.

<sup>26</sup> Przypadki te wymienia art. 18 ustawy o Prezydencie RB (Закон о Президенте Республики Беларусь), por. wyżej miejsce promulgacji wraz ze zmianami przypis 37.

<sup>27</sup> W pierwotnym tekście Konstytucja milczała o tych uprawnieniach. Obecny zapis jest niewątpliwie efektem sporu, do jakiego doszło przed referendum konstytucyjnym 24 listopada 1996 r., kiedy to Prezydent zdymisjonował przewodniczącego Centralnej Komisji Wyborczej, naruszając w ten sposób, zarówno zdaniem opozycji, jak i zagranicznych konstytucjonalistów, przepisy Konstytucji.

<sup>28</sup> Por. M. Maszkiewicz, *Republika Białoruś, Republika Białoruś*, w: W. Baluk, A. Czajowski, „Ustroje polityczne krajów Wspólnot Niepodległych Państw”, Wrocław 2007, s. s.77

z dwunastu członków powoływana jest w połowie przez prezydenta i w połowie przez Radę Republiki<sup>29</sup>.

Zważywszy, że Centralna Komisja Wyborcza przeprowadza także głosowania w ramach referendów ogólnokrajowych, a system referendów przedstawiany jest przez obóz A. Łukaszenki jako godny akceptacji przejaw demokracji bezpośredniej, pozwalający wypowiedzieć się obywatelom bezpośrednio w sprawach dla nich najżywotniejszych (na osobną analizę zasługuje sposób formułowania pytań w referendach – zwykle dość sugestywny, pozwalający dość łatwo przewidzieć wynik) – staje się ona jednym z kluczowych organów w systemie politycznym Białorusi, aczkolwiek formalnie rzecz biorąc władza jej wydaje się dość nikła. Zwraca jednak uwagę na bardzo staranny wybór członków Centralnej Komisji, prawie wyłącznie spośród osób cieszących wysokim zaufaniem Prezydenta i szczególną lojalnością wobec niego<sup>30</sup>.

Kolejne referendum na Białorusi przeprowadzono przy okazji wyborów do Izby Reprezentantów w dniu 17 października 2004 r. W referendum wyborcy mieli się wypowiedzieć na temat zmiany Konstytucji, w szczególności w kwestii zniesienia przepisu, że jedna osoba nie może sprawować urzędu prezydenckiego dłużej niż dwie kadencje<sup>31</sup>. Mieszkańcy Białorusi mieli odpowiedzieć czy chcą aby A. Łukaszenko mógł kandydować w wyborach prezydenckich w 2006 r. po raz trzeci, po drugie, czy chcą aby usunąć z art. 81 Konstytucji zakaz reelekcji po drugiej kadencji. Zgodnie z treścią dekretu prezydenta z 7 września 2004 r., decyzja podjęta w referendum miała wejść w życie w ciągu 10 dni od jej oficjalnego ogłoszenia. Według oficjalnych wyników, ogłoszonych przez Centralną Komisję Wyborczą, za zniesieniem ograniczeń w zakresie sprawowania urzędu prezydenta opowiedziało się 79,42%, przy frekwencji 90,28%<sup>32</sup>, według innych danych frekwencja według oficjalnych danych wyniosła 90,14% w wyborach i 90,28% w referendum.

Można by zakładać, że tak wysoki poziom partycypacji to rezultat wagi zagadnienia, które wówczas rozstrzygano. Wynik referendum rozstrzygał przecieź czy A. Łukaszenka będzie mógł po raz trzeci startować w wyborach prezydenckich. Nie można jednak zapominać o jakże radzieckiej mentalności nie tylko dużej części społeczeństwa, ale przede wszystkim przeważającej liczby urzędników państwowych i kierownictwa przedsiębiorstw państwowych. Każę to przypuszczać, że wysoką frekwencję osiągnięto sztucznie, przy użyciu metod z poprzedniej epoki. W toku kampanii i głosowania doszło do licznych uchybień, które zostały dostrzeżone także przez Centralną Komisję Wyborczą. Nie można jednocześnie nie zauważyć, iż partie opozycyjne, które nie zdobyły ani jednego mandatu, właśnie w tych uchybieniach

<sup>29</sup> Zob. art. 32 kodeksu wyborczego (Изберательный кодекс Республики Беларусь от 11 февраля 2000 года, „Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь”, 2000, Nr 25, poz. 2/145)

<sup>30</sup> K. Kakareko, *Współczesne stosunki polsko – białoruskie...*, s. 117.

<sup>31</sup> Указ Президента Республики Беларусь от 7 сентября 2004 г. N 431 О назначении республиканского референдума, „Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь”, 2004, poz. 1/5825.

<sup>32</sup> J. Zaleśny, *Instytucjonalizacja przywództwa politycznego w państwach poradzieckich*, w: T. Bodio, W. Jakubowski, „Przywództwo i elity polityczne w krajach WNP”, T. 2, Warszawa 2010, s. 455. Zob. także w tym przedmiocie M. Пастухов, *Референдум в Беларуси: вопросов больше, чем ответов*, „Сравнительное Конституционное Обозрение” 2005, nr 1, s. 58

dopatrywały się zasadniczej przyczynie swej porażki. Opozycja odrzuciła wyniki, przedstawione przez CKW, twierdząc, że niektórzy jej kandydaci wygrali w pierwszej turze, inni zaś powinni się znaleźć w drugiej turze<sup>33</sup>. Opozycja kwestionowała przede wszystkim procedurę przedterminowego głosowania, podnosząc że nie odbywała się ona pod kontrolą obserwatorów. Wskazywano także, iż w ich trakcie wykorzystywano ruchome urny, krążące bez nadzoru po domach itd.<sup>34</sup>.

Naruszenia zasad wyborczych przy okazji referendum spotkały się z gniewną reakcją Parlamentu Europejskiego, który w rezolucji w sprawie sytuacji politycznej na Białorusi po wyborach parlamentarnych i referendum, które odbyły się 17 października 2004 r., stwierdził, że władze Białorusi „nie zapewniły podstawowych warunków koniecznych, aby wola narodu posłużyła za podstawę legitymacji rządu oraz, że zasady demokracji zostały w znacznym stopniu złamane przez władze”. Odnosząc się do referendum podkreślono, że „przeprowadzając referendum konstytucyjne w tym samym czasie co wybory, prezydent Łukaszenka miał na celu usunięcie w cień wyborów parlamentarnych.”. Wskazano także, że zadawane w referendum konstytucyjnym pytanie „zostało sformułowane niewłaściwie, z naruszeniem art. 22, 83 i 113 Konstytucji Republiki Białorusi, a także art. 112 ustawy wyborczej Republiki Białorusi”. Podkreślono wreszcie, że „brak granicy czasowej kadencji prezydenta Białorusi łamie demokratyczną zasadę równowagi władzy”. W efekcie stwierdzono, że referendum, podobnie zresztą jak wybory, dalekie są „od międzynarodowych standardów przyjętych dla demokratycznych wyborów, przez co nie mogą być uznane za wolne i uczciwe”. Dodano, że Parlament Europejski „nie uznaje prawomocności referendum i nie uważa, iż prezydent Łukaszenko posiada podstawę konstytucyjną na mocy, której mógłby być kandydatem w wyborach w 2006 r.”<sup>35</sup>.

W późniejszym okresie wypracowano wspólne stanowisko Rady 2006/276/WPZiB z 10 kwietnia 2006 r. dotyczące środków ograniczających skierowanych przeciwko niektórym urzędnikom w Białorusi i uchylające wspólne stanowisko 2004/661/WPZiB. W treści tego stanowiska skonstatowano, iż wybory i referendum na Białorusi dnia 17 października 2004 r. zostały sfałszowane<sup>36</sup>. Wyniki referendum zostały także odrzucone przez prezydenta Stanów Zjednoczonych w akcie z 20 maja 2004 r.

Jest rzeczą interesującą, że osiągnąwszy zaplanowane cele polityczne, Łukaszenka do idei referendum ogólnopaństwowego już się nie odwoływał, a w praktyce nikt poza jego osobą takowego referendum nie mógł zarządzić i bez zgody prezydenta nie mógł przeprowadzić. System referendum przedstawiany jest przez obóz A. Łukaszenki jako godny akceptacji przejaw demokracji bezpośredniej, pozwalający wypowiedzieć się obywatelom bezpośrednio w sprawach dla nich najżywotniejszych. Zwraca uwagę przy tym sposób formułowania pytań w referendach, zwykle dość

<sup>33</sup> Zob. M. Czerwiński, *Aleksander Łukaszenko — model przywództwa*, w: J. Sielski, M. Czerwiński (red.), *„Partie polityczne — przywództwo partyjne”*, Toruń 2008, s. 251.

<sup>34</sup> Patrz oświadczenie ugrupowań opozycyjnych opublikowanych 15 listopada 2004 r., [www.belarus.pl](http://www.belarus.pl)

<sup>35</sup> Wyniki referendum i wyborów na Białorusi. *Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie sytuacji politycznej na Białorusi po wyborach parlamentarnych i referendum, które odbyły się 17 października 2004 r.* P 6\_TA(2004)0045, Dz.Urz.UE C174 E/181 14 lipca 2005 r.,

<sup>36</sup> Dz. Urz. UE L 2006, Nr 101, str. 5 z 11 kwietnia 2006 r.

sugestywny, pozwalający dość łatwo przewidzieć wynik. Referendum staje się jedną z kluczowych instytucji w systemie prawnym Białorusi, aczkolwiek formalnie rzecz biorąc jego znaczenie nie jest kluczowe<sup>37</sup>. Uciekanie się do instytucji referendum jest charakterystyczne w systemach konstytucyjnych, zbliżanych do wzorców prezydenjalnych, pozwalających głowie państwa na możliwość ominięcia ustawodawczych kompetencji parlamentu. Pozwala to pełnić prezydentowi rolę faktycznego przywódcy politycznego, zdolnego do skutecznego przeciwstawiania się zarówno parlamentowi, jak i rządowi<sup>38</sup>. Charakterystyczną cechą białoruskiego systemu polityczno prawnego jest to, że formalnie rzecz biorąc, A. Łukaszenka nie odrzuca demokracji jako takiej, stara się natomiast manipulować niektórymi procedurami, w szczególności instytucją referendum<sup>39</sup>. Referenda na Białorusi, zastępując w gruncie rzeczy jakąkolwiek dyskusję, umacniają pozycję A. Łukaszenki na scenie politycznej<sup>40</sup>. Nie można negować, przynajmniej do ostatnich wyborów, tego że za A. Łukaszenką opowiedziało się większość społeczeństwa, i co więcej, przeprowadzone przez niego referendum, ograniczające władzę i liczebność parlamentu, także było zgodne z przyjętymi w Europie zasadami. Problem nie leży więc w tym, „że ludności są narzucane niedemokratyczne decyzje i sposoby rządzenia, lecz w tym, że ludność w sposób demokratyczny podejmuje decyzje, prowadzące do zniszczenia demokratycznych procedur i wprowadzenia rządów autorytarnych”<sup>41</sup>. Demokracja jest niezrozumiała przez większość społeczeństwa.

Przykład Białorusi dowodzi więc, że w sprzyjających okolicznościach wszczęta koncepcja demokracji bezpośredniej obrócić się może przeciwko samej idei demokracji, służąc zniewoleniu obywateli. Warto jednak zauważyć, że na Białorusi istnieje namiastka demokracji bezpośredniej, jakim są Ogólnobiałoruskie Zgromadzenia Narodowe. Ich konstytucyjnym źródłem jest według władz białoruskich art. 37 obowiązującej Konstytucji, w myśl którego: „Obywatele Republiki Białoruś mają prawo do uczestniczenia w decydowaniu o sprawach państwowych zarówno bezpośrednio, jak i poprzez swobodnie wybranych przedstawicieli. Bezpośredni udział obywateli w kierowaniu sprawami społeczeństwa i państwa zapewniony jest poprzez przeprowadzanie referendów, konsultacje projektów ustaw i problemów

<sup>37</sup> K. Kakareko, *Współczesne stosunki polsko – białoruskie...*, s. 130.

<sup>38</sup> A. Antoszewski, *Instytucjonalizacja przywództwa politycznego w państwach postkomunistycznych*, w: L. Rubisz, K. Zuba, „Przywództwo polityczne Teorie i rzeczywistość” Toruń 2005, s. 48. Tego rodzaju rozwiązanie zostało zaproponowane w systemie konstytucyjnym Federacji Rosyjskiej. Por. A. Stelmach, *Zmiana i stabilność w systemie politycznym współczesnej Rosji*, Poznań 2003, s. 319 i n.; A. Czajowski, *Demokratyzacja w Rosji w latach 1987 – 1999*, Wrocław 2001, s. 333; L. Shevtsova, *The Problems of Executive Power in Russia*, „Journal of Democracy” 2000, vol. 11, nr 1, s. 33; A. Jach, *Rosja 1991 – 1993. Walka o kształt ustrojowy państwa*, Kraków 2011, s. 115 – 138 i 370 – 376; S. Gardocki, *Instytucja prezydenta w polityce Federacji Rosyjskiej*, Toruń 2008, s. 50 – 118 oraz 326 – 329; M. Słowikowski, *Polityka federacyjna Borysa Jelcyna i Władimira Putina*, Toruń 2009, s. 37 – 50; A. Olechno, *Instytucja prezydenta w systemie konstytucyjnych organów Ukrainy 1996 – 2005*, Toruń 2009, s. 135 – 157.

<sup>39</sup> K. Kakareko, *Współczesne stosunki polsko – białoruskie...*, s. 261.

<sup>40</sup> W kwestii manipulacji wyborczych por. A. Czwołek, *Techniki manipulacji prawem wyborczym na Białorusi*, „Athenaeum” 2009, vol. 21, s. 121 – 142; S. Owsiannik, J. Strielkova, *Władza s społeczeństwem. Białoruś 1991 – 1998*, Warszawa 1998, s. 85 – 125; E. Zieliński, *Referendum w państwach Europy środkowej i wschodniej*, w: M. T. Staszewski, „Referendum konstytucyjne w Polsce”, Warszawa 1997, s. 210.

<sup>41</sup> M. Śliwiński, *Analiza porównawcza systemów politycznych*, t. 1 „Drogi do współczesności”, Warszawa 2005, s. 125.

republikańskiego i lokalnego znaczenia oraz poprzez inne określone ustawą sposoby. W ustanowionym prawem trybie obywatele Republiki Białoruś uczestniczą w rozpatrywaniu problemów życia państwowego i społecznego na zebraniach republikańskich i lokalnych". Organizacje Ogólnobiałoruskich Zgromadzeń Narodowych i zasady ich działania określone zostały w stosownej ustawie<sup>42</sup>. Same zaś obrady zwoływane są decyzją prezydenta i w zasadzie odbywają się przed prezydenckimi wyborami. Zdaniem A. Łukaszenki działalność wspomnianych Ogólnobiałoruskich Zgromadzeń jest przykładem „wyższej formy demokracji”<sup>43</sup>.

### **Streszczenie**

Koncepcja referendum jako systemu rządów pojawiła się na Białorusi w 1990 r. i była następnie, po dojściu do władzy prezydenta A. Łukaszenki, przez niego umiejętnie wykorzystywana w celu zmiany systemu politycznego i w efekcie Konstytucji. W efekcie przeprowadzone referenda w 1995 r., 1996 r. i 2004 r. doprowadziły na Białorusi do powstania systemu konstytucyjnego, bliskiego formom absolutnie autorytarnym, gdzie pluralizm polityczny i społeczny został prawie całkowicie zdławiony przez represje. Białoruś nie spełnia podstawowych kryteriów demokratycznego, co potwierdza ocena dokonana przez Komisję Wenecką Rady Europy w październiku 2004 r.

### **Słowa kluczowe:**

Białoruś, referendum, A. Łukaszenka, Parlament Europejski, Konstytucja Białorusi, Ogólnobiałoruskie Zgromadzenie Narodowe

## **Referendums in Belarus**

### **Summary**

The concept of a referendum as a system of government appeared in Belarus in 1990. Aleksandr Lukashenko after coming to power had used skillfully the referendum to change the political system and as a result to change the Constitution. As a result, referenda were conducted in 1995, 1996 and 2004. They led to the creation of the constitutional system of Belarus, which is close to absolute authoritarian forms where political pluralism and social development has been almost completely eliminated by repression. Belarus does not meet the basic criteria of a democratic state. This was confirmed by the assessment made by the Venice Commission of the Council of Europe in October 2004.

<sup>42</sup> Закона Республики Беларусь от 12 июля 2000 года «О республиканских и местных собраниях» „Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь”, 2000, nr 67, poz. 2/186

<sup>43</sup> „Studium Europy Wschodniej” Uniwersytet Warszawski <http://www.studium.uw.edu.pl/?/post/4157> odczyt 24.07.2016 r.

**Keywords:**

Belarus, referendum, A. Lukashenko, European Parliament, Constitution of Belarus, All Belarusian People's Assembly

**Jacek Sobczak** – prof. zw. dr hab. prawnik, Kierownik Katedry Prawa Ochrony Własności Intelektualnej na Wydziale Prawa w Uniwersytecie Humanistycznospołecznego SWPS w Warszawie, prodziekan tego Wydziału Prawa. W przeszłości także profesor w Instytucie Dziennikarstwa, w Katedrze Prawa Prasowego na Wydziale Dziennikarstwa i Nauk Politycznych UW; były kierownik Zakładu Systemów Prasowych i Prawa Prasowego na Wydziale Nauk Politycznych i Dziennikarstwa UAM i profesor na Wydziale Dziennikarstwa i Nauk Politycznych Uniwersytetu Warszawskiego, sędzia Sądu Najwyższego. Autor książek i artykułów poświęconych problematyce: prawa konstytucyjnego, ochrony własności intelektualnej, zwłaszcza prawa prasowego i autorskiego, w tym komentarzy do prawa prasowego, ustawy o radiofonii i telewizji, a także artykułów odnoszących się do zagadnień praw człowieka oraz historii prawa.

**Ksenia Kakareko** – dr prawa, dr stosunków międzynarodowych, adiunkt w Zakładzie Prawa Mediów na Wydziale Dziennikarstwa, Informacji i Bibliologii Uniwersytetu Warszawskiego. Opublikowała 63 artykuły naukowe w zakresie prawa konstytucyjnego, autorskiego, prasowego, problematyki systemów politycznych i prasowych Europy Wschodniej oraz Azji Centralnej.



**Anna Feja-Paszkiewicz**  
Uniwersytet Zielonogórski  
Wydział Prawa i Administracji

## **Przesłanki warunkujące przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy**

### **1. Uwagi wstępne**

Referendum lokalne w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy zostało wprowadzone do ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym<sup>1</sup> na mocy ustawy z 26.05.2011 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw<sup>2</sup>. Stosunkowo krótki okres obowiązywania i specyfika regulacji dotyczących tego referendum powodują, że na ich tle pojawiają się kwestie, które budzą wątpliwości. Wśród nich są przesłanki warunkujące przeprowadzenie referendum lokalnego we wskazanych sprawach.

Na wstępie wypada wyjaśnić kwestię przyjętej terminologii. Ustawodawca w art. 4c ust. 1 u.s.g. *expressis verbis* przyjmuje, iż w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy może być przeprowadzone referendum lokalne z inicjatywy mieszkańców. Uprawnione jest posługiwanie się także określeniem „referendum gminne”, stosownie do art. 6 pkt 1–3 ustawy z 15.09.2000 r. o referendum lokalnym<sup>3</sup>, który stanowi, że referendum jest, odpowiednio do wspólnoty samorządowej, której spraw dotyczy: referendum gminnym w rozumieniu u.s.g., referendum powiatowym w rozumieniu ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym<sup>4</sup>, referendum wojewódzkim w rozumieniu ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa<sup>5</sup>. Uważam też, iż referendum, o którym mowa w art. 4c ust. 1 u.s.g., można określić mianem referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gminy. Ustalenie i zmiana granic gmin to ogólne i zbiorcze określenia, którymi ustawodawca posługuje się w art. 4 ust. 3 u.s.g. i, do których można sprowadzić każdą sytuację związaną ze zmianami wielkości terytorium gminy wymienioną w art. 4 ust. 1 u.s.g.<sup>6</sup>. Ponadto funkcjonuje pojęcie „ustalenie granic gmin”, które aktualnie jest podstawowym pojęciem, którym posługuje się Rada Ministrów odnośnie zmian wielkości terytorium gmin w rozporządzeniach<sup>7</sup> wydawanych w oparciu o art. 4

<sup>1</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 446 ze zm., dalej: u.s.g.

<sup>2</sup> Dz. U. Nr 134, poz. 777.

<sup>3</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 400, dalej: u.r.l.

<sup>4</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 814 ze zm., dalej: u.s.p.

<sup>5</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 486.

<sup>6</sup> W oparciu o przepisy u.s.g. można wyróżnić: 1) tworzenie gmin (art. 4 ust.1 pkt 1 u.s.g.); 2) łączenie gmin (art. 4 ust. 1 pkt 1 u.s.g.); 3) dzielenie gmin (art. 4 ust. 1 pkt 1 u.s.g.); 4) znoszenie gmin (art. 4 ust. 1 pkt 1 u.s.g.); 5) ustalenie granic gmin (art. 4 ust. 1 pkt 1 u.s.g.); 6) ustalenie granic miasta (art. 4 ust.1 pkt 2 u.s.g. *in fine*).

<sup>7</sup> Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z 28.07.2015 r. w sprawie ustalenia granic niektórych miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta, ustalenia granic oraz zmiany nazw i siedzib władz niektórych gmin, Dz. U. z 2015 r., poz. 1083; rozporządzenie Rady Ministrów z 29.07.2014 r. w sprawie połączenia gmin,

ust. 1 u.s.g. Jest to, moim zdaniem, konsekwencją tego, że całe terytorium państwa polskiego podzielone jest na gminy, a wszelka ingerencja w terytorium jakiegokolwiek gminy powoduje modyfikację przebiegu granic innej, sąsiedniej gminy lub gmin<sup>8</sup>. Takie same efekty wywołują tworzenie i znoszenie (likwidacja) gmin, skoro mają one miejsce nie w „próżni”, ale zawsze kosztem terytorium już funkcjonującej gminy lub gmin. W świetle powyższego, chcę zaznaczyć, iż uprawnione jest zamienne posługiwanie się wskazanymi określeniami, bowiem ustalenie i zmiana granic gmin obejmują wszystkie z sytuacji wskazanych w art. 4 ust. 1 pkt 1 i art. 4 ust.1 pkt 2 u.s.g. *in fine*. Pojęcia ustalenia i zmiany granic gmin są ze sobą powiązane w tym sensie, iż każda zmiana granic gmin pociąga za sobą ich równoczesne ustalenie, które należy rozumieć jako określenie (wyznaczenie) przebiegu ich granic, które odbywa się w płaszczyźnie prawnej oraz w płaszczyźnie fizycznej<sup>9</sup>.

Referendum lokalne w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy to bezpośrednio wyróżniony przez ustawodawcę w art. 4c ust. 1–6 u.s.g. i w art. 11 ust. 1a u.r.l rodzaj referendum przeprowadzanego na wniosek mieszkańców w sprawach innych niż odwołanie organu jednostki samorządu terytorialnego. Jest to też referendum, w którym mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego jako członkowie wspólnoty samorządowej wyrażają w drodze głosowania swoją wolę w innych istotnych sprawach dotyczących społecznych, gospodarczych lub kulturowych więzi łączących tę wspólnotę (art. 2 ust. 1 pkt 3 u.r.l.). Jego specyfika polega na tym, iż przeprowadzane jest na zasadach i w trybie określonych w u.r.l., przy czym zastosowanie znajdują tu także przepisy u.s.g., zarówno wprost odnoszące się do tego referendum, jak też dotyczące procedury dokonywania ustalenia i zmiany granic gmin, które pośrednio wpływają na kształt przedmiotowego referendum. W efekcie przesłanki, które warunkują przeprowadzenie tego referendum określa u.r.l., z uwzględnieniem modyfikacji wprowadzonych przez u.s.g.

Należy podkreślić, iż w aktualnym stanie prawnym, ten zaś jest konsekwencją wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26.02.2003 r.<sup>10</sup>, nie ulega wątpliwości, iż w sprawie ustalenia i zmiany granic gmin dopuszczalne jest przeprowadzenie referendum lokalnego. Dlatego ciężar dyskusji przeniósł się z obszaru, w którym rozważano samą dopuszczalność przeprowadzenia takiego referendum<sup>11</sup>, na obszar, w którym przedmiotem analizy są przesłanki, których spełnienie warunkuje

---

ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany siedziby władz gminy, Dz.U. z 2014 r., poz. 1023; rozporządzenie Rady Ministrów z 30.07.2013 r. w sprawie ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany siedziby władz gminy, Dz.U. z 2013 r., poz. 869.

<sup>8</sup> Pomijam kwestię zróżnicowania podstawowych jednostek samorządu terytorialnego. Zmiana granic gminy lub gmin może przecież oznaczać także zmianę granic miasta na prawach powiatu, skoro miasto na prawach powiatu zgodnie z art. 92 ust. 2 u.s.p. jest gminą wykonującą zadania powiatu na zasadach określonych w tej ustawie.

<sup>9</sup> Szerzej zob. A. Feja-Paszkiewicz, *Ustalenie i zmiana granic gmin w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2010, t. LXXXIII, s. 28 i n.

<sup>10</sup> K 30/02, OTK ZU A 2003, nr 2, poz. 16.

<sup>11</sup> Zob. B. Banaszak, *Opinia na temat zgodności z Konstytucją RP ustawy z 15 marca 2002 r. o ustroju miasta stołecznego Warszawy*, „Samorząd Terytorialny” 2003, nr 7–8, s.73 i n.; A. Feja-Paszkiewicz, op. cit., s. 35 i n.; A. Kisielewicz, [w:] K.W. Czapliski, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 55 i n.; P. Uziębło, *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 18 i n.



przeprowadzenie takiego referendum. Przesłanki te najogólniej można podzielić na formalne i materialne<sup>12</sup>.

## 2. Przesłanki formalne. Wniosek mieszkańców

Artykuły 11–18 u.r.l. formułują przesłanki (wymogi) dotyczące wniosku mieszkańców o przeprowadzenie referendum lokalnego, które zasadniczo można określić mianem formalnych. Przedmiotem opracowania są te przesłanki, w których odzwierciedlenie znajduje specyfika referendum w sprawie ustalenia i zmiany granic gminy, i których spełnienie – przy zachowaniu przesłanek materialnoprawnych – ma gwarantować przeprowadzenie takiego referendum. Przedmiotem sprawdzenia komisji powołanej ze składu rady gminy jest ustalenie czy przedmiotowy wniosek odpowiada przepisom ustawy (art. 16 ust. 2 u.f.l.). Oznacza to ocenę wniosku pod kątem spełnienia przesłanek ujętych w u.r.l., ale także w innych ustawach, do których odsyła u.r.l. (u.s.g., u.s.p., u.s.w., ustawa z 5.01.2011 r. Kodeks wyborczy<sup>13</sup>). Wniosek mieszkańców, i to w szerszym zakresie, ocenia następnie rada gminy, która podejmuje uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum, jeżeli wniosek spełnia wymogi ustawy oraz nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem.

Sprawdzone jest, czy z wnioskiem wystąpił uprawniony podmiot. Z inicjatywą przeprowadzenia tego referendum, zgodnie z art. 4c ust. 2 u.s.g. wystąpić może jedynie grupa co najmniej 15 obywateli, o której mowa w art. 11 ust. 1a u.r.l. Tenże art. 11 ust. 1a u.r.l. stanowi, że z inicjatywą przeprowadzenia referendum na wniosek mieszkańców gminy w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy wystąpić może jedynie grupa co najmniej 15 obywateli, którym przysługuje prawo wybierania do rady gminy. Zgodnie z terminologią przyjętą w u.r.l. ta grupa obywateli to inicjator referendum (art. 11 ust. 2 u.r.l.). Tym samym przedmiotowe referendum ma charakter fakultatywny oraz „oddolny”, bowiem z inicjatywą jego przeprowadzenia może wystąpić wyłącznie wskazana grupa obywateli<sup>14</sup>.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 i 2 u.r.l. inicjator referendum przed złożeniem wniosku o przeprowadzenie referendum powiadamia na piśmie wójta (burmistrza, prezydenta miasta) o zamiarze wystąpienia z inicjatywą w tej sprawie. Powiadomienie takie musi zawierać dane grupy obywateli<sup>15</sup>, wskazanie osoby będącej pełnomocnikiem

<sup>12</sup> Podział ten może być przedmiotem dyskusji, bowiem o ile wartości policzalne wskazane przez ustawodawcę w art. 4c ust. 3 u.s.g. to przesłanki materialne, o tyle sama analiza wojewody (dokument) może zostać zaliczona także do przesłanek formalnych.

<sup>13</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2011 r., Nr 21, poz. 112 ze zm., dalej: k.w.

<sup>14</sup> Nie mogą tego uczynić inne podmioty ujęte w art. 11 ust. 1 u.r.l., tzn. statutowa struktura terenowa partii politycznej działająca w danej jednostce samorządu terytorialnego, organizacja społeczna posiadająca osobowość prawną, której statutowym terenem działania jest co najmniej obszar danej jednostki samorządu terytorialnego. Niewystarczającą grupę, by wystąpić z inicjatywą przeprowadzenia takiego referendum stanowi grupa 5 obywateli. Z inicjatywą przeprowadzenia takiego referendum nie może wystąpić organ stanowiący gminy.

<sup>15</sup> Nazwiska, imiona, adresy zamieszkania oraz numery ewidencyjne PESEL wszystkich członków grupy (art. 12 ust. 2 pkt 1 u.r.l.). Wymóg podania numeru ewidencyjnego PESEL nie może uniemożliwić wyborcy europejskiemu realizacji wskazanego uprawnienia, bowiem stosownie do art. 5 pkt 10 k.w., w odniesieniu

inicjatora referendum<sup>16</sup> oraz określenie sprawy, w której ma zostać przeprowadzone referendum. Na pisemny wniosek inicjatora referendum wójt, w ciągu 14 dni od otrzymania wniosku powiadamia, w formie pisemnej, inicjatora referendum lub jego pełnomocnika o liczbie mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego uprawnionych do głosowania, objętych rejestrem wyborców w gminie na koniec kwartału poprzedzającego złożenie wniosku (art. 12 ust. 5 u.r.l.). Jest to skorelowane z wymogiem zawartym w art. 4 pkt 1 u.r.l. (referendum przeprowadza się na wniosek co najmniej 10% uprawnionych do głosowania mieszkańców gminy) i rodzi dla inicjatora referendum wymóg zebrania w przewidzianym ustawą terminie, odpowiedniej liczby prawidłowo złożonych podpisów mieszkańców popierających wniosek. Wykluczona jest możliwość usunięcia uchybień wniosku, które polegają na zebraniu niewystarczającej ilości prawidłowo złożonych podpisów osób popierających wniosek, chyba że nie upłynął jeszcze termin, o którym mowa w art. 14 ust. 1 u.r.l. Podpisy zbiera się na kartach, z których każda zawiera informacje o przedmiocie zamierzonego referendum oraz o tym, że poparcia nie można wycofać (art. 14 ust. 2 u.r.l.)<sup>17</sup>.

W orzecznictwie brak zgody czy taka karta bezwzględnie musi zawierać pytanie referendalne, które zostanie ujęte we wniosku o przeprowadzenie referendum. Wydaje się, że przeważa stanowisko, sformułowane przez NSA w 1999 r.<sup>18</sup>, iż na kartach służących do zbierania podpisów inicjator referendum powinien umieścić pytanie referendalne, a nie jedynie określić sprawę, która ma być przedmiotem referendum. Sprawa proponowana do rozstrzygnięcia w referendum określona we wniosku za pomocą pytania referendalnego powinna być tożsama ze sprawą, którą wcześniej przedstawiono mieszkańcom na kartach poparcia, a najpełniej tę tożsamość wyraża użycie tych samych zwrotów językowych na określenie przedmiotu referendum na kartach poparcia i we wniosku o przeprowadzenie referendum<sup>19</sup>.

Kwestia, czy karty poparcia wniosku w sprawie przeprowadzenia referendum dotyczącego podziału jednej gminy na dwie odrębne gminy, muszą zawierać tak samo sformułowane pytanie referendalne, jak to, które byłoby następnie

---

do obywateli UE niebędących obywatelami polskimi przez numer ewidencyjny PESEL należy rozumieć numer paszportu lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość.

<sup>16</sup> Pełnomocnikiem tym może być jedynie osoba, której przysługuje prawo wybierania do organu stanowiącego danej jednostki samorządu terytorialnego (art. 12 ust. 4 u.r.l.).

<sup>17</sup> Podpisy zbiera się w terminie 60 dni od dnia powiadomienia wójta (burmistrza, prezydenta miasta) o zamiarze wystąpienia z inicjatywą przeprowadzenia referendum jego inicjator zbiera podpisy mieszkańców uprawnionych do wybierania rady gminy, którzy chcą poprzeć inicjatywę w tej sprawie. Wykluczone jest stosowanie jakichkolwiek nacisków zmierzających do wymuszenia podpisów (art. 14 ust. 1–4 u.r.l.). W przypadku niezłożenia wniosku o przeprowadzenie referendum jego inicjator dokonuje protokolarnego zniszczenia kart (art. 14a ust. 1 u.r.l.).

<sup>18</sup> Zob. wyrok NSA z 22.06.1999 r. (II SA 1101/99), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>. Zdaniem NSA „Wniosek o przeprowadzenie referendum gminnego [...] musi zawierać pytania referendum odpowiadające istocie sprawy co do której wypowiedzieli się mieszkańcy, udzielając poparcia inicjatywie jej rozstrzygnięcia w drodze referendum”.

<sup>19</sup> Ibidem. Odmienne zob. wyrok WSA w Poznaniu z 29.09.2010 r. (II SA/Po 421/10), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, dopuszczono tam możliwość ujęcia przedmiotu referendum w formie innej niż pytanie. P. Uziębło przyjmuje, że umieszczenie na karcie przeznaczonej do zbierania podpisów proponowanych pytań, które mają być zadane w referendum, byłoby niezbędne dla zapewnienia bardziej świadomego wspierania inicjatywy referendalnych na szczeblu lokalnym, zob. P. Uziębło, op. cit., s. 56 i n.

przedmiotem samego referendum, szczegółowo rozważono w wyroku WSA w Krakowie z 10.02.2012 r.<sup>20</sup>. Zdaniem sądu „Mieszkańcy dokonując poparcia wniosku w sprawie przeprowadzenia referendum muszą mieć pełną świadomość, że popierają referendum, którego przedmiotem jest konkretnie sformułowane pytanie (pytania lub zaproponowane do wyboru warianty). Przyjęcie za dopuszczalną sytuację, w której na kartach poparcia mogłoby znaleźć się ogólnie sformułowana sprawa, w której ma być przeprowadzone referendum, a następnie samo referendum dotyczyłoby precyzyjnie określonego pytania byłoby nie tylko sprzeczne z ustawą o referendum, ale i niczym nie uzasadnione. Skoro ustawodawca wyraźnie odróżnia pojęcie sprawy, w której ma być przeprowadzone referendum rezerwując to określenie tylko do początkowego etapu zainicjowania postępowania, a następnie konsekwentnie posługuje się terminem «przedmiot referendum», to oznacza, że tym dwóm różnym sformułowaniom zamierzano nadać odmienne znaczenie. Ponadto należy zauważyć, że w istocie to mieszkańcy podpisując karty poparcia jednocześnie wnioskują o przeprowadzeniu referendum w konkretnej sprawie. Nie można więc uznać za zgodną z prawem sytuację, w której mieszkańcy składają podpisy na kartach zawierających ogólnie określoną sprawę, a następnie sam inicjator referendum precyzuje tą sprawę wskazując na konkretne pytanie. Byłaby to sytuacja, w której co innego mieszkańcy podpisują na kartach poparcia, a co innego byłoby przedmiotem referendum”<sup>21</sup>.

Powołując się na art. 14 ust. 3 i art. 16 ust. 6 u.r.l. sąd stwierdził, iż „karty poparcia mieszkańców stanowią wniosek tychże mieszkańców i w związku z tym każdy mieszkaniec podpisując kartę winien dokładnie wiedzieć, jaki jest przedmiot referendum, a więc karta musi zawierać pytanie, bądź pytania lub warianty zaproponowane do wyboru”<sup>22</sup>. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której inicjator referendum sam dokonuje określenia pytania, a mieszkańcy dokonują jedynie poparcia ogólnie określonej sprawy. Przywołał też art. 4c ust. 5 u.s.g. i uznał, że „Skoro ustawa o samorządzie gminnym wyraźnie nakłada obowiązek zawarcia precyzyjnego (szczegółowego) pytania zawartego we wniosku o przeprowadzenie referendum, a – jak to zostało już wykazane powyżej – wniosek w sprawie referendum obejmuje karty poparcia mieszkańców, tym samym nie powinno ulegać wątpliwości, że na kartach zawierających poparcie mieszkańców w sprawie przeprowadzenia referendum dotyczącego podziału gminy, musi znaleźć się szczegółowe pytanie dotyczące wnioskowanego referendum”<sup>23</sup>. Podkreślił, że „wynik referendum jest wiążący (o ile ważne będzie samo referendum), to winna istnieć pełna zgodność między tym, co popierają mieszkańcy na kartach do głosowania w drodze referendum i tym, co zostanie zawarte na odrębnych kartach w dniu referendum. Żadne rozbieżności w tym zakresie nie powinny mieć miejsca”<sup>24</sup>.

Przenosząc te uwagi na grunt konkretnie badanej sprawy sąd zaznaczył,

<sup>20</sup> Wyrok WSA w Krakowie z 10.02.2012 r. (III SA/Kr 121/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibidem.

że pomiędzy pytaniem znajdującym się na kartach poparcia (Czy jesteś za podziałem gminy i utworzeniem nowej gminy?), a pytaniem zawartym we wniosku o przeprowadzenie referendum, które ma zostać poddane głosowaniu (Czy jesteś za podziałem Gminy K i utworzeniem z części jej terytorium Gminy S obejmującej teren sołectwa S oraz działki w sołectwie K, na których zlokalizowano oczyszczalnię ścieków dla sieci kanalizacji sanitarnej w S oraz działki okoliczne, tj. dz. ew. nr [...] ?) istnieje wyraźna różnica. Nie można, zatem uznać, że wszyscy mieszkańcy popierając wniosek w sprawie przeprowadzenia referendum mając jedynie ogólne pytanie, wyraziliby również zgodę na poparcie wniosku w sprawie podziału danej gminy szczegółowo wiedząc, które działki znajdą się w nowej gminie oraz gdzie będzie precyzyjnie przebiegała granica nowych gmin. Nie może mieć miejsca sytuacja, polegająca na tym, iż pomiędzy informacją przekazaną przez inicjatorów referendum, co do przedmiotu referendum, a pytaniem zaproponowanym do głosowania w dniu referendum istnieje różnica polegająca na tym, że różnią się numery działek (informacja zawierała numery działek, które nie znalazły się później w pytaniu referendalnym, a w proponowanym pytaniu referendalnym znalazły się numery działek, które nie były objęte wcześniej przekazywaną mieszkańcom informacją co do przedmiotu referendum), jest to brak, który ma charakter nieusuwalny<sup>25</sup>.

W tym samym wyroku sąd nie dopatrył się naruszenia prawa w tym, że pewne dane m.in. oznaczenie inicjatorów referendum i ich pełnomocnika, znajdowały się na odwrotnej stronie karty poparcia. Taka okoliczność, zdaniem sądu, nie stanowi o bezskuteczności poparcia i nieprawidłowości samych kart, o ile rzeczywiście taka informacja była tam w okresie zbierania podpisów. Zainteresowana rada gminy nie wskazała jednak na żaden argument bądź dowód pozwalający wątpić w to, że karty przekazane wójtowi miały identyczną postać z kartami, na których zbierane były podpisy poparcia<sup>26</sup>.

Za tożsamością pytania zawartego na kartach poparcia i w samym wniosku o przeprowadzenie referendum opowiedział się WSA w Białymstoku w wyroku z 12.06.2012 r.<sup>27</sup>, bowiem różnica pomiędzy nimi rodziła wątpliwości co do tego, czy wniosek o przeprowadzenie referendum zawiera pytanie odpowiadające istocie sprawy, co do której wypowiedzieli się mieszkańcy, udzielając poparcia inicjatywie jej rozstrzygnięcia w drodze referendum. Podobnie przyjęto w wyroku WSA w Białymstoku z 3.12.2013 r.<sup>28</sup>, w którym sąd oceniając skargę grupy mieszkańców na uchwałę odrzucającą wniosek o przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie podziału gminy, oddalił skargę i stwierdził, że dostrzega występujące tu rozbieżności w orzecznictwie, ale podziela pogląd, w myśl którego na karcie ma znaleźć się pytanie (pytania lub zaproponowane do wyboru warianty), które będzie stanowiło pytanie objęte samym głosowaniem: „kierując się celem nadrzędnym, jakim jest uszanowanie

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Ibidem. Tak też zob. wyrok WSA we Wrocławiu z 27.09.2011 r. (III SA/Wr 372/11), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>27</sup> Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r. (II SA/Bk 360/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>28</sup> Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 3.12.2013 r. (II SA/Bk 1060/13), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

woli osób podpisujących karty, bardziej pożądanym jest, aby przedmiot zamierzonego referendum sformułowany był w postaci pytania, gdyż to wyklucza możliwość manipulacji i wprowadzania w błąd mieszkańców wspólnoty lokalnej<sup>29</sup>.

Argumentację tę podzielił NSA oddalając skargę kasacyjną od powyższego wyroku i uznał, że sprawa proponowana do rozstrzygnięcia w drodze referendum, określona we wniosku za pomocą pytań powinna być tożsama ze sprawą, którą wcześniej przedstawiono mieszkańcom na kartach zabiegając o ich poparcie: „tylko taki sposób zawarcia informacji na druku karty poparcia pozwoli możliwie najpełniej odzwierciedlić wolę społeczności lokalnej wyrażającą się w udzieleniu poparcia dla inicjatywy referendalnej, zważywszy na rangę i doniosłość polityczną takiej wypowiedzi. [...] druk karty poparcia zawierający jedynie ogólne określenie przedmiotu referendum był wadliwy z uwagi na brak zamieszczonego na nim pytania referendalnego, co mogło być źródłem dezinformacji i wprowadzać mieszkańców w błąd co do okoliczności mających znaczenie dla ich świadomej decyzji o udzieleniu poparcia dla przedmiotowej inicjatywy referendalnej. Z tego względu podniesiony w tej mierze zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego należało uznać za nieuzasadniony<sup>30</sup>.

Moim zdaniem za ujęciem pytania referendalnego na karcie wyrażającej poparcie w przypadku referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gmin przemawiają art. 13 ust. 1 i 2 w zw. z art. 14 ust. 2 u.r.l. oraz pośrednio art. 2 ust. 1 u.r.l., który wskazuje, iż istotą referendum jest wyrażenie przez mieszkańców w drodze głosowania swojej woli. Ponadto art. 4c ust. 5 u.s.g., który formułuje wymóg, że pytanie zawarte we wniosku o przeprowadzenie referendum powinno określać szczegółowo proponowane zmiany w podziale terytorialnym państwa. Dlatego inicjator referendum, jak i organy je zarządzające powinny dołożyć wszelkich starań, by mieszkańcy popierający inicjatywę jego przeprowadzenia mogli w sposób świadomy wyrazić swoją wolę, by mieli dokładną wiedzę, o które terytorium chodzi, jakiego typu zmiana jest planowana i, jakie skutki spowoduje wyrażenie przez nich poparcia dla tej inicjatywy. Osiągnięcie tych celów najpełniej zagwarantuje tożsamość prawidłowo sformułowanego pytania na kartach poparcia oraz pytania we wniosku o przeprowadzenie referendum. Niemniej, skoro ustawodawca w art. 14 ust. 2 u.r.l. wprost wymaga, by karty poparcia zawierały „informacje o przedmiocie zamierzonego referendum<sup>31</sup> to uważam, że choć forma pytania jest tu najwłaściwsza i najbardziej pożądana, to jej brak nie przesądza automatycznie o tym, że nie dochowano jednej z przesłanek formalnych przeprowadzenia tego referendum. Kluczowe jest to, by mieszkańcy podpisujący karty poparcia mieli zapewnioną pełną jasność, co do wskazanych wyżej kwestii, by nie byli wprowadzani, w sposób zamierzony lub nie,

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Wyrok NSA z 17.06.2014 r. (II OSK 825/14), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>31</sup> Ustawodawca na kolejnych etapach procedury mającej na celu przeprowadzenie referendum lokalnego posługuje się różnymi określeniami: sprawa, w której ma zostać przeprowadzone referendum (art. 12 ust. 2 pkt 3 u.r.l.), przedmiot zamierzonego referendum (art. 13 ust. 1 u.r.l.), informacja o zamierzonym referendum, która powinna zawierać pytanie lub pytania referendum albo warianty zaproponowane do wyboru (art. 13 ust. 2 u.r.l.), karta, z których każda zawiera informacje o przedmiocie zamierzonego referendum (art. 14 ust. 2 u.r.l.).

w błąd – to zagwarantować ma inicjator referendum. Karty poparcia podlegają w tym zakresie każdorazowo ocenie podmiotów sprawdzających wnioski oraz ewentualnie sądu administracyjnego.

Kolejna przesłanka, którą musi spełnić inicjator referendum, to wymóg podania na swój koszt do wiadomości mieszkańców przedmiotu zamierzonego referendum, przy czym w gminie podanie do wiadomości następuje w sposób zwyczajowo przyjęty w danej gminie (art. 13 ust. 1 u.r.l.). W orzecznictwie podkreślono konieczność ujęcia w takiej informacji pytania referendalnego, skoro ustawodawca w art. 13 ust. 2 u.r.l. „wyraźnie określił, że informacja o przedmiocie referendum (a nie o sprawie, w której ma zostać przeprowadzone referendum) powinna zawierać pytanie lub pytania referendum albo warianty zaproponowane do wyboru. Oznacza to, że przedmiot referendum to konkretne pytanie (lub pytania), jakie inicjator zamierza zaproponować mieszkańcom do wyboru w dniu przeprowadzenia głosowania”<sup>32</sup>. Podobnie uznano w innym wyroku: „ogłoszenia prasowe dokonane przez inicjatora referendum nie czynią zadość wymaganiom z art. 13 u.r.l. Zgodnie bowiem z ust. 2 tego przepisu, informacja o zamierzonym referendum powinna zawierać pytanie, a ogłoszenia prasowe pytania referendalnego nie posiadają, skupiając się ogólnie na wzmiankach o przyszłym referendum”<sup>33</sup>.

Wskazano też, że skoro komisja może żądać od inicjatora referendum lub jego pełnomocnika złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów (art. 16 ust. 3 u.r.l.), to inicjator powinien stawić się na wezwanie komisji i przedstawić dowody, że dopełnił ciężącego na nim obowiązku podania do wiadomości mieszkańców gminy przedmiotu referendum. Jeżeli inicjator przedłożył jedynie dziesięć zdjęć przedstawiających wywieszane zawiadomienia, bez ich opisu, daty i miejsca zawieszenia, a na terenie gminy znajduje się siedemnaście miejscowości, to zdjęcia te nie mogły udowodnić, że powiadomienia nastąpiły w siedemnastu miejscowościach. Dodatkowo od siedmiu sołtysów wpłynęły oświadczenia na piśmie, że w „ich” wsiach nikt żadnych zawiadomień o referendum nie umieszczał. W efekcie, zdaniem sądu, nie można uznać, że inicjator referendum dopełnił wynikającego z art. 13 ust. 1 u.s.g. obowiązku<sup>34</sup>. Inicjator referendum nie dopełnił ciężącego na nim obowiązku podania do wiadomości mieszkańców gminy przedmiotu referendum również w sytuacji, gdy nie dokonał formalnego, jednoznacznego oraz skonkretyzowanego ogłoszenia o przedmiocie referendum, np. w prasie codziennej ogólnodostępnej w danej jednostce samorządu terytorialnego lub w inny sposób zwyczajowo przyjęty w danej gminie. Artykuły prasowe i internetowe, które omawiały problem, prezentowały stanowiska różnych podmiotów i dokumentowały proces przygotowania do referendum oraz zbierania podpisów nie spełniają ustawowego wymogu podania do wiadomości mieszkańców przedmiotu zamierzonego referendum<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Wyrok WSA w Krakowie z 10.02.2012 r. (III SA/Kr 121/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>33</sup> Wyrok WSA w Białymstoku z 3.12.2013 r. (II SA/Bk 1060/13), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 17.02.2015 r. (II SA/Bk 1253/14), wyrok nieprawomocny, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

Ocenię podlega także sama prawidłowość sformułowania pytania referendalnego, bowiem „warunkiem przeprowadzenia referendum jest prawidłowo sformułowana treść pytania poddawanego pod głosowanie, z którego w sposób jednoznaczny musi wynikać, w jakiej sprawie mają zdecydować mieszkańcy”<sup>36</sup>. Właściwe pytanie referendalne, by dobrze pełnić swoją rolę musi: dotyczyć sprawy dotyczącej tej wspólnoty, stanowić rozstrzygnięcie sprawy mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji gminy<sup>37</sup>, zawierać pełne i rzetelne informacje w sprawie<sup>38</sup>, być sformułowane jasno, w sposób zrozumiały i nie wprowadzający w błąd, co do charakteru tego rozstrzygnięcia<sup>39</sup>, spełniać wymogi ustawy oraz nie prowadzić do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem (chodzi tu o skutki, które byłyby sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym, czyli które wykraczałyby poza materię przekazaną do zakresu działania samorządu terytorialnego i te, które prowadziłyby do sprzeczności z aktami prawnymi wyższego rzędu<sup>40</sup>).

Zgodnie z art. 4c ust. 5 u.s.g. pytanie zawarte we wniosku o przeprowadzenie referendum w sprawie ustalenia i zmiany granic gmin powinno określać szczegółowo proponowane zmiany w podziale terytorialnym państwa. Uważam, że określenie „proponowane zmiany w podziale terytorialnym państwa” należy rozumieć szeroko; chodzi tu o szczegółowe, precyzyjne i niebudzące wątpliwości określenie terytorium, którego przynależność planuje się zmienić, określenie rodzaju (charakteru) samej zmiany, określenie gminy (gmin), której dotyczą planowane zmiany. Inicjator referendum musi być precyzyjny także w innych kwestiach takich, jak określenie organu gminy, który ma zostać zobowiązany do określonych działań, wskazanie konsekwencji rozstrzygnięcia podjętego w referendum, wskazanie elementów procedury, w której dokonywane są ustalenie i zmiana granic gmin – o ile także te kwestie pomieści w pytaniu referendalnym. Jednocześnie przepisy nie wskazują, w jaki sposób cel ujęty w art. 4c ust. 5 u.s.g. ma zostać osiągnięty. W efekcie inicjator referendum dysponuje tu pewnym zakresem swobody. Nie ma przeszkód, by we wniosku sformułować więcej niż jedno pytanie lub, by pytania przybrały postać wariantów do wyboru, przy czym w każdym przypadku zachowany musi być wskazany wymóg szczegółowego określenia proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa.

W orzecznictwie przyjęto, że skoro u.s.g. wyraźnie nakłada obowiązek podania w pytaniu referendalnym szczegółowo proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa to, te szczegółowe dane mają obejmować numery działek lub precyzyjnie określone granice nowo tworzonej gminy<sup>41</sup>. Inicjator nie może pewnych działek oznaczyć numerami, a innych wskazać jedynie opisowo w sposób, który może budzić wątpliwości: „ta część pytania referendalnego, która zawiera

<sup>36</sup> Wyrok NSA z 17.06.2014 r. (II OSK 825/14), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>37</sup> Aktualnie art. 2 ust. 1 pkt 3 u.r.l., jak już zauważyłam, przewiduje referendum lokalne „w innych istotnych sprawach, dotyczących społecznych, gospodarczych lub kulturowych więzi łączących tę wspólnotę”.

<sup>38</sup> Zob. wyrok NSA z 14.01. 2014 r. (II OSK 2988/13), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>39</sup> Zob. wyrok NSA z 24.04.2012 r., (II OSK 357/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>40</sup> Zob. wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r. (II SA/Bk 360/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>41</sup> Zob. wyrok WSA w Krakowie z 10.02.2012 r. (III SA/Kr 121/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

określenie «(...) oraz działki w sołectwie K, na których zlokalizowano oczyszczalnię ścieków dla sieci kanalizacji sanitarnej w S (...)» nie jest precyzyjne. Nie wiadomo, co to są działki, na których zlokalizowano oczyszczalnię ścieków i jakie są to działki. Czy dotyczy to tylko działek, na których istnieją budowle oczyszczalni ścieków, czy też strefa ochronną dla oczyszczalni, czy także np. droga dojazdowa do oczyszczalni? Pytanie dotyczące podziału gmina na dwie odrębne gminy nie powinno pozostawiać żadnych wątpliwości którejkolwiek ze stron, jaki obszar ma być wyłączony z terenu jednej gminy. [...] brak dokładnego określenia granicy (zmian terytorialnych) jednostki samorządu może stanowić źródło przyszłych konfliktów między organami obu gmin i ich społecznościami. Tym samym w ocenie Sądu pytanie dotyczące przeprowadzenia referendum w sprawie podziału gminy i utworzenia nowej gminy powinno precyzyjnie określać proponowane zmiany terytorialne<sup>42</sup>.

W tym samym wyroku ustosunkowano się do ewentualnych zabiegów organów gminy w aktualnych granicach, polegających na zmianie numeracji działek, które zostały wymienione w informacji o zamierzonym referendum, a następnie w pytaniu referendalnym i uznano, że różnica w określeniu tych działek byłaby dopuszczalna „tylko wówczas, gdyby nowo powstałe działki wchodziły w skład wcześniejszej działki w całości objętej podawaną informacją stosownie do art. 13 ustawy o referendum – zmiana numeracji działek nie miałyby znaczenia. Identyczna sytuacja dotyczyłaby przypadku połączenia (scalenia) działek w jedną. Jakakolwiek zaś inna zmiana numeracji działek oznaczałaby brak możliwości nadania wnioskowi w sprawie referendum dalszego biegu celem przeprowadzenia referendum, czyli musiałyby skutkować podjęciem uchwały o odrzuceniu takiego wniosku<sup>43</sup>. Należy przyjąć, że inicjator referendum na kolejnych etapach procedury zmierzającej do przeprowadzenia referendum lokalnego musi precyzyjnie, szczegółowo i enumeratywnie wymienić wszystkie działki, których przynależność planuje zmienić. Nie może w tym zakresie dokonywać zmian, np. inne numery działek umieścić na kartach poparcia, a inne w pytaniu referendalnym. Jeżeli jednak organy gminy w tym czasie zmienią numerację działek (np. jedną większą podzielią na kilka mniejszych) i stąd pojawi się rozbieżność pomiędzy numerami działek, nie może to zostać zakwalifikowane, jako brak zagwarantowania przez inicjatora referendum szczegółowości w określeniu proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa i podstawa do odrzucenia wniosku mieszkańców. Gdyby nie zgodzić się z taką argumentacją, to należy przyjąć, że organy gminy niechętnie inicjatywom referendalnym w sprawach ustalenia i zmiany granic gmin dysponują skutecznym sposobem na ich, przynajmniej czasowe, zablokowanie.

Przesłanka szczegółowego określenia proponowanych zmian w podziale terytorialnym państwa nie jest zachowana w sytuacji, gdy w pytaniu referendalnym wybiórczo wymieniono nazwy miejscowości, których przynależność planuje się zmienić. Sąd podzielił argumentację organu stanowiącego gminy, który podjęcie uchwały odrzucającej wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Ibidem.



gminnego w sprawie utworzenia nowej gminy wiejskiej z wybranych wsi uzasadnił tym, iż pytanie zawarte we wniosku „w sposób bardzo ogólny i mylno określa nowy podział administracyjny, gdyż stanowi, że nowa gmina miałaby się składać z miejscowości G., [...] w ich obrębach geodezyjnych. Taki zaś sposób wskazania podziału geodezyjnego nie spełnia kryterium szczegółowości, przez co może wprowadzać w błąd osoby biorące udział w głosowaniu co do właściwej przynależności części miejscowości – do nowotworzonej gminy, czy też dotychczasowej gminy S. Wskazano, że w ramach obwodów geodezyjnych wymienionych w pytaniu referendalnym znajdują się również inne miejscowości, np. w ramach obrębu geodezyjnego H., oprócz H. mieści się miejscowość D. [...] Pytanie referendalne nie wymienia ich natomiast w swojej treści”<sup>44</sup>. W świetle powyższego należy uznać, że pytanie referendalne, które ogranicza się do podania obrębów geodezyjnych, bez wymienienia wszystkich miejscowości znajdujących się na ich terenie i wchodzących w skład planowanej, nowej gminy jest pytaniem zbyt ogólnym i nieprawidłowym.

Niedopuszczalne jest błędne oznaczenie organu gminy w pytaniu referendalnym: „nie do zaakceptowania jest zawarcie w treści pytania określenia «Rada Gminy» w sytuacji, gdy organem stanowiącym jest «Rada Miejska». Powyższa, jak przyznaje autor skargi kasacyjnej, niezamierzona omyłka pisarska nie podlegała jednak sprostowaniu przez organ w toku prowadzonej weryfikacji wniosku o przeprowadzenie referendum lokalnego”<sup>45</sup>. Komisja powołana do sprawdzenia wniosku nie może, bowiem domniemywać rzeczywistych intencji inicjatora referendum i nie posiada kompetencji, by zmieniać, odpowiednio do tych intencji, pytania przedłożonego we wniosku o przeprowadzenie referendum lokalnego<sup>46</sup>. Rada gminy także nie może korygować pytania referendalnego: „organ stanowiący jest związany wnioskiem wyborców, co oznacza, że nie ma on możliwości rozszerzania czy zawężania materii poddawanej pod referendum. Nie ma też możliwości modyfikowania treści pytań referendalnych”<sup>47</sup>.

Za podstawę dla odrzucenia wniosku mieszkańców o przeprowadzenie referendum lokalnego uznano sformułowanie zawarte w pytaniu referendalnym, w którym w niewłaściwy sposób oznaczono organ, do którego rada gminy występuje z wnioskiem o dokonanie zmiany granic gmin w tzw. trybie wnioskowym. Zgodnie z art. 4b ust. 3 u.s.g. rada gminy występuje ze stosownym wnioskiem, do ministra właściwego do spraw administracji publicznej za pośrednictwem wojewody, w terminie do dnia 31 marca. Tymczasem inicjator referendum w pytaniu zawarł stwierdzenie o wystąpieniu przez radę gminy z wnioskiem (bezpośrednio) do Rady Ministrów. Jak podkreślił NSA „kwestia wskazania procedury związanej z działaniem organu stanowiącego w przypadku wyrażenia zgody przez społeczność lokalną na proponowane zmiany, znalazła się w treści pytania referendum z woli skarżących. Skoro zatem inicjatorzy referendum zdecydowali o konieczności zawarcia powyższego

<sup>44</sup> Wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r. (II SA/Bk 360/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>45</sup> Wyrok NSA z 17.06.2014 r. (II OSK 825/14), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>46</sup> Wyrok NSA z 24.04.2012 r., (II OSK 357/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>47</sup> Wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r. (II SA/Bk 360/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

zagadnienia w treści pytania, to winni byli poszczególne elementy procedury wymienić zgodnie z wymogami określonymi w art. 4b ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym<sup>48</sup>. W sposób nieprawidłowy oznaczono organ stanowiący gminy i podmiot, do którego miał on wystąpić z wnioskiem w sprawie zmiany granic. W efekcie gdyby takie referendum, ważne i rozstrzygające, się odbyło to „oznaczałoby zobowiązanie organu, który nie istnieje, do podjęcia działań, które nie znajdują oparcia w przepisach ustawy. Innymi słowy, tak zainicjowane referendum prowadzioby do rozstrzygnięcia, którego wynik byłby nie do pogodzenia z powszechnie obowiązującym prawem<sup>49</sup>. Brak akceptacji dla takiej treści pytania referendalnego wyraził wcześniej WSA<sup>50</sup> i uznał, iż jest ono podstawą dla podjęcia uchwały odrzucającej wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum.

Uważam, że nie sposób jednak zgodzić się z częścią uzasadnienia wyroku WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r.<sup>51</sup>, w której sąd przyjął, iż pytanie referendalne (Czy jesteś za utworzeniem nowej gminy wiejskiej ze wsi: G. [...] w granicach ich obrębów geodezyjnych?) „wykracza poza zakres ustawowych zadań i kompetencji rady gminy. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o samorządzie gminnym, tworzenie, łączenie, dzielenie i znoszenie gminy oraz ustalanie ich granic następuje w drodze rozporządzenia Rady Ministrów. Stosownie do art. 4 ust. 2 tej ustawy, rozporządzenie, o którym mowa w ust. 1 może być wydane także na wniosek zainteresowanej rady gminy. Z powyższego wynika, że sprawy tworzenia gminy nie należą do ustawowych zadań gminy, a tylko w zakresie takich zadań rada gminy może «decydować» o ważnych dla gminy sprawach. W niniejszej sprawie referendum jest wyrazem woli mieszkańców, aby gmina wystąpiła do Rady Ministrów z wnioskiem o utworzenie nowej gminy, jednak sposób sformułowania powyższego pytania sugeruje, iż rozstrzygnięcie kwestii utworzenia nowej gminy przypisane jest radzie gminy. W tej sytuacji przyjąć należało, że wadliwe, niepełne sformułowanie w niniejszej sprawie pytania referendalnego może wprowadzać w błąd i dać podstawę do różnych interpretacji. [...] Twierdząca odpowiedź na tak sformułowane przez inicjatorów referendum pytanie prowadzioby do rozstrzygnięcia sprawy nie mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji organów gminy<sup>52</sup>.

Moim zdaniem, skoro art. 4c ust. 1 u.s.g. wprost przewiduje możliwość przeprowadzenia referendum lokalnego w sprawie m.in. utworzenia gminy, odmawianie mieszkańcom prawa do bezpośredniego wyrażenia swojej woli w tej sprawie przez zakwestionowanie możliwości użycia określenia, które jest czytelne i, którym posługuje się w odniesieniu do tego referendum sam ustawodawca oraz takiego właśnie sformułowania pytania referendalnego nie znajduje oparcia w prawie. Mieszkańcy udzielając odpowiedzi na tak postawione pytanie, nie przesądzają bowiem o utworzeniu nowej gminy – tę kompetencję u.s.g. zastrzega dla Rady Ministrów –

<sup>48</sup> Wyrok NSA z 17.06.2014 r. (II OSK 825/14), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Wyrok WSA w Białymstoku z 3.12.2013 r. (II SA/Bk 1060/13), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>51</sup> Wyrok WSA w Białymstoku z 12.06.2012 r. (II SA/Bk 360/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>52</sup> Ibidem.

a jedynie wyrażają swoją wolę czy są za taką zmianą (utworzeniem nowej gminy), czy są jej przeciwni. Specyfika tego referendum polega na tym, że ważne i rozstrzygające referendum lokalne w takiej sprawie obliguje organy gminy do określonych działań. W tym przypadku radę gminy do wystąpienia z wnioskiem do ministra właściwego do spraw administracji publicznej o utworzenie nowej gminy. Szczególny walor referendum w takiej sprawie (ważnego i rozstrzygającego) polega na tym, iż organy gminy muszą podjąć te działania nawet wówczas, gdy są planowanym zmianom przeciwnie. Nie oznacza to jednak, że Rada Ministrów traci swoją pozycję wynikającą z art. 4 ust. 1 u.s.g. i kompetencję do dokonywania ustalenia i zmiany granic gmin. Twierdzenie, że tak sformułowane pytanie referendalne oznacza ingerencję w kompetencje Rady Ministrów to w istocie powrót do wątpliwości rozwiązanych już przecież przez wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26.02.2003 r. i przez nowelizację u.s.g. z 2011 r.

Abstrahując od rzeczywistych intencji organu stanowiącego gminy<sup>53</sup>, wydaje się, iż twierdzenie, że mieszkańcy gminy nie mogą w referendum udzielić odpowiedzi na pytanie czy są za utworzeniem nowej gminy, jest przejawem nadmiernego paternalizmu organów gminy (potrzebniejszego być może w innych obszarach ich działalności), objawiającego się uznaniem, iż mieszkańcy nie są w stanie zrozumieć roli organów państwa, w szczególności Rady Ministrów, oraz miejsca, które ustawodawca zastrzega dla woli samych mieszkańców wyrażonej w referendum w procedurze ustalenia i zmiany granic gmin. Temu jednak powinna zaradzić, np. właściwa kampania informacyjna towarzysząca referendum. Ponadto można wskazać wyroki, w których analogiczne, co do istoty, pytania referendalne (Czy jesteś za podziałem, utworzeniem itp.) zostały ocenione, jako prawidłowe<sup>54</sup>.

### 3. Przesłanki materialne. Analiza wojewody

Artykuł 4c ust. 3 u.s.g. stanowi, iż referendum w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy, nie przeprowadza się, jeżeli z analizy przeprowadzonej przed referendum wynika, iż na skutek podziału lub ustalenia nowych granic gminy: 1) dochody podatkowe na mieszkańca gminy w zmienionych granicach lub gminy utworzonej byłyby niższe od najniższych dochodów podatkowych na mieszkańca ustalonych dla poszczególnych gmin zgodnie z ustawą z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego<sup>55</sup>; 2) gmina

<sup>53</sup> Ibidem. Można odnieść wrażenie, że organ stanowiący gminy był przeciwny zmianom niekorzystnym dla gminy w dotychczasowych granicach i jej aktualnych władarzy.

<sup>54</sup> Np. Czy jesteś za podziałem Gminy K i utworzeniem z części jej terytorium Gminy S obejmującej obręb ewidencyjny S oraz działki ewidencyjne nr [...] wchodzące w skład obrębu ewidencyjnego K i działki ewidencyjne nr [...] wchodzące w skład obrębu ewidencyjnego Z (tereny przyległe do obrębu S wzdłuż doliny rzeki K w kierunku T)?, zob. wyrok WSA w Krakowie z 4.12.2012 r. (III SA/Kr 1652/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>. Tak też zob. wyrok NSA z 7.08.2013 r. (II OSK 1371/13), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>. Podobnie w wyroku NSA z 27.06.2021 r. (II OSK 943/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, uznano, za prawidłowe pytanie: Czy jest Pan/Pani za podziałem Gminy K. poprzez wydzielenie z Gminy K. nowej gminy – Gminy M., obejmującej obszary miejscowości [...]?

<sup>55</sup> Dz. U. z 2010 r., Nr 80, poz. 526 ze zm.

w zmienionych granicach lub gmina utworzona byłaby mniejsza od najmniejszej pod względem liczby mieszkańców gminy w Polsce według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedzającego ogłoszenie rozporządzenia Rady Ministrów ustalającego granice gmin. Zgodnie z art. 4c ust. 4 u.s.g. analizy, o której mowa w ust. 3, dokonuje właściwy wojewoda. Wskazane wartości można określić mianem przesłanek materialnych, bowiem są to wartości policzalne i obiektywne, które mają wykluczać przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gminy. Ich spełnienie jest zasadniczo<sup>56</sup> niezależne od działań inicjatora referendum. Odnoszą się one zarówno do gminy „w zmienionych granicach”<sup>57</sup>, jak też gminy, którą planuje się utworzyć, co należy odczytać w ten sposób, że przekształcenia terytorialne nie mogą prowadzić do tego, by w ich wyniku pojawiła się gmina – mówiąc obrazowo – biedniejsza i mniej ludna od najbiedniejszej i najmniej ludnej gminy w Polsce.

Wartości ujęte w art. 4c ust. 3 u.s.g. stanowią zasadniczą podstawę oceny czy wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gminy nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem. Podkreślono to w orzecznictwie: „określenie, czy wniosek nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem, należy odnosić do regulacji przepisu art. 4c ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym, tj. dokonywanej przez właściwego wojewodę analizy dotyczącej skutków podziału gminy”<sup>58</sup>. Rada gminy nie jest uprawniona do odrzucenia wniosku mieszkańców w oparciu o elementy pozanormatywne, np. protesty części mieszkańców, niechęć władarzy gminy do rewizji jej granic, negatywna ocena proponowanych zmian, celowość i zasadność argumentów dotyczących zmiany granic, decyzję podjętą zgodnie z sumieniem radnych.

Ujęcie wskazanych przesłanek materialnych w u.s.g. należy ocenić pozytywnie, jednak lakoniczna i niedostateczna jest regulacja, która ma na celu sprawdzenie czy przesłanki te zachodzą i wykluczają przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gmin. W efekcie pojawiły się wątpliwości dotyczące m.in. tego, który podmiot i kiedy ma wystąpić do wojewody o sporządzenie przedmiotowej analizy? W jakim czasie wojewoda na obowiązek jej dokonać? Jakie skutki spowoduje brak takiej analizy?

Należy przyjąć, iż podmiotem zobowiązanym do wystąpienia do wojewody o sporządzenie przedmiotowej analizy jest wójt (burmistrz, prezydent miasta). Przemawia za tym regulacja art. 31 u.s.g., zgodnie z którą wójt kieruje bieżącymi sprawami gminy oraz reprezentuje ją na zewnątrz, jak też brak innych, szczegółowych postanowień w tym zakresie. Podobnie przyjęto w orzecznictwie. Uznano, iż o dokonanie

<sup>56</sup> Świadomy i racjonalny inicjator referendum powinien w taki sposób określić terytorium, którego przynależność planuje zmienić, by w oparciu, np. o dane statystyczne przewidywać, że w świetle art. 4c ust. 3 u.s.g. przeprowadzenie referendum będzie dopuszczalne. Inicjator referendum nie ma jednak wpływu na to, jakie dochody podatkowe na mieszkańca w danym roku budżetowym miała gmina o najniższych dochodach podatkowych na mieszkańca dla poszczególnych gmin, ani jaką liczbę mieszkańców miała w danym roku gmina o najmniejszej liczbie mieszkańców w Polsce.

<sup>57</sup> Chodzi tu np. o gminę (gminy), której terytorium w wyniku zmian ma zostać zmniejszone.

<sup>58</sup> Zob. wyrok WSA w Krakowie z 4.12.2012 r. (III SA/Kr 1652/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>. Tak też zob. wyrok NSA z 7.08.2013 r. (II OSK 1371/13), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>; wyrok WSA w Lublinie z 16.10.2012 r. (III SA/Lu 689/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

przedmiotowej analizie zasadniczo ma wystąpić wójt, niemniej ustawodawca nie jest tu precyzyjny i dopuszczalne są też inne rozwiązania: „Kwestia, czy z wnioskiem do wojewody o zajęcie stanowiska (dokonanie przewidzianej przepisami art. 4c ust. 3 i 4 u.s.g. analizy) powinien wystąpić organ wykonawczy w chwili przekazywania wniosku przewodniczącemu, czy ten przewodniczący po wpłynięciu wniosku, czy też rada gminy w drodze uchwały na sesji, na której powołuje komisję do zbadania prawidłowości wniosku o przeprowadzenie referendum gminy, może się wydawać dyskusyjna. [...] W praktyce, funkcje związane z uzyskiwaniem niezbędnych uzgodnień, opinii lub innych form wyrażania stanowiska należą do kompetencji organu wykonawczego, który oprócz obowiązków o charakterze *stricte* wykonawczym, ma inne ustawowe obowiązki, w tym obowiązki związane z czynnościami przygotowawczymi, wstępnymi, określonymi w procedurze referendalnej. Nic nie stoi także na przeszkodzie, aby rada gminy podejmowała w tej kwestii odrębną uchwałę, której wykonanie będzie powierzała organowi wykonawczemu. Wykładnia systemowa i celowościowa, uwzględniająca potrzebę zabezpieczenia realności prawa do referendum, w konsekwencji prowadzi do uznania, że to wójt (burmistrz, prezydent miasta) jako organ wykonawczy gminy jest organem, który przekazując wniosek o przeprowadzenie referendum przewodniczącemu rady gminy, jednocześnie występuje do wojewody o dokonanie analizy, bądź też występuje o taką analizę w wykonaniu uchwały rady gminy”<sup>59</sup>.

W odniesieniu do terminu, w którym wojewoda powinien dokonać stosownej analizy przyjęto, że zastosowanie znajduje art. 89 ust. 1 i 2 u.s.g., a zatem wojewoda na dokonanie analizy ma 14 dni<sup>60</sup>. Tu jednak pojawia się problem, na ile komplementarny względem powyższej regulacji jest art. 18 u.r.l.<sup>61</sup>. W przypadku, gdy wójt – stosownie do powołanych ustaleń NSA – jednocześnie z przekazaniem wniosku o przeprowadzenie referendum przewodniczącemu rady gminy, wystąpi o dokonanie stosownej analizy do wojewody, a wojewoda dokona jej w ciągu 14 dni, nie powinno być trudności z dotrzymaniem przez radę gminy terminu wskazanego w art. 18 u.r.l. Niemniej, wobec braku jednoznacznego uregulowania tej kwestii, na kanwie lokalnych konfliktów i rywalizacji politycznej<sup>62</sup>, nie można wykluczyć, że w przypadku późniejszego wystąpienia przez wójta o dokonanie analizy do wojewody, pojawi się problem polegający na tym, iż rada gminy jest zobowiązana zgodnie z art. 18 u.r.l. podjąć uchwałę o przeprowadzeniu referendum albo uchwałę odrzucającą wniosek mieszkańców, nie dysponując analizą wojewody. Niebezpieczeństwo to dostrzegł NSA stwierdzając, że art. 18 u.r.l. nie uwzględnia zmiany wynikającej z art. 4c ust. 3 i 4 u.s.g., jednak przyjął, że „Termin, w którym wojewoda powinien dokonać analizy skutków referendum w sprawie podziału gminy lub ustalenia jej nowych granic jest terminem,

<sup>59</sup> Wyrok NSA z 27.06.2012 r. (II OSK 943/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Zgodnie z nim organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego podejmuje uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum lub uchwałę o odrzuceniu wniosku mieszkańców nie później niż w ciągu 30 dni od dnia przekazania wniosku wójtowi.

<sup>62</sup> Np. w wyroku WSA w Gliwicach z 27.06.2013 r. (IV SAB/GL 48/13), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, skarżący podnieśli, że burmistrz, któremu przekazali wniosek o przeprowadzenie referendum lokalnego wystąpił do wojewody o analizę dopiero po 9 dniach od złożenia wniosku, co stanowiło, ich zdaniem, niezasadzoną opieszałość.

o jakim mowa w art. 89 ust. 1 i 2 ustawy o samorządzie gminnym i nie powoduje ani rozszerzenia, ani skrócenia terminu ustalonego dla rady gminy na podjęcie uchwały o przeprowadzeniu referendum (lub uchwały odrzucającej wniosek w tej sprawie)<sup>63</sup>.

Największe trudności rodzi próba odpowiedzi na pytanie, jakie skutki będzie miał brak analizy wojewody. Kluczowe ustalenia w tym zakresie poczyniono w wyroku NSA, w którym przyjęto tezę, zgodnie z którą „Zwrot «referendum nie przeprowadza się» należy rozumieć w ten sposób, że niewystąpienie do wojewody o dokonanie analizy ustalającej skutki projektowanego referendum lub brak tej analizy pozbawia radę prawa do podjęcia uchwały o przeprowadzeniu referendum w sprawie podziału gminy lub ustalenia jej granic<sup>64</sup>. Inne rozumienie tego zwrotu byłoby nieracjonalne, ponieważ prowadziłyby w konsekwencji do nieprzewidzianego prawem „odwoływania” referendum w sytuacji, gdyby sporządzona analiza wskazywała na niedopuszczalność przeprowadzenia referendum. Jednocześnie NSA argumentował, że rada gminy nie dysponując analizą wojewody nie może podjąć także drugiej z uchwał, o których mowa w art. 18 u.r.l., bowiem wobec braku analizy uchwała o odrzuceniu wniosku spełniającego wymogi ustawowe wniosku, jest przedwczesna<sup>65</sup>.

W świetle tego należałoby uznać, że taki sam skutek – brak możliwości podjęcia uchwały zarządzającej przeprowadzenie referendum lokalnego albo uchwały odrzucającej wniosek mieszkańców – pojawia się w każdym przypadku braku analizy wojewody. Dotyczy to zarówno: a) zaniechania wystąpienia przez organ gminy do wojewody o stosowną analizę (brak analizy jest wówczas następstwem tego zaniechania); b) opieszałego wystąpienia o tę analizę (brak analizy jest wówczas konsekwencją tego, że o jej dokonanie wystąpiono w takim terminie, że 30 dniowy termin na podjęcie przez radę gminy uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum upływa przed upływem 14 dniowego terminu, w którym analizy ma dokonać właściwy wojewoda i rada gminy w terminie, w którym ma podjąć uchwałę nie dysponuje stosowną analizą); c) brakiem analizy, który nie jest wynikiem braku działania lub opieszałości organów gminy. W efekcie można odnieść wrażenie, że taka wykładnia art. 4c ust. 2 i 3 u.s.g. jest korzystna dla gmin niechętnych inicjatywom referendalnym w zakresie ustalenia i zmiany granic gmin, bowiem gmina, której organy nie podjęły działań zmierzających do uzyskania analizy wojewody lub podjęły je opieszale zyskała skuteczny sposób, by nie zarządzać referendum lokalnego, w wyniku którego potencjalnie mogłyby dojść do zmian jej granic.

W dalszych wywodach NSA uznał, że gmina „nie dysponując analizą Wojewody Lubelskiego i podejmując uchwałę o odrzuceniu spełniającego ustawowe wymogi wniosku o przeprowadzenie referendum w sprawie podziału Gminy, naruszyła prawo. [...] a to powinno prowadzić do stwierdzenia nieważności takiej uchwały<sup>66</sup>. Jednak uwzględnienie skargi inicjatorów referendum na uchwałę podjętą przez radę bez wcześniejszej przewidzianej ustawą analizy nie może być uznane za wyrok zastępujący

<sup>63</sup> Wyrok NSA z 27.06.2012 r. (II OSK 943/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Ibidem.

uchwałę organu stanowiącego, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do wydania przez komisarza wyborczego postanowienia o przeprowadzeniu referendum. „Ustawowy wymóg analizy skutków referendum i związane z nim obowiązki organów gminy oraz wojewody sprawiają, że wyrok uwzględniający skargę, w razie braku takiej analizy, nie jest takim wyrokiem o jakim mowa w art. 20 ust. 3 ustawy o referendum lokalnym<sup>67</sup>. Wyrok taki rodzi jednak inny skutek – obowiązek wystąpienia przez wójta do wojewody o dokonanie stosownej analizy<sup>68</sup>.

Inna teza, co interesujące wypracowana w tym samym wyroku NSA<sup>69</sup>, która wcześniej już została powołana, zakłada, że termin, w którym wojewoda powinien dokonać analizy skutków referendum w sprawie podziału gminy lub ustalenia jej nowych granic jest terminem, o którym mowa w art. 89 ust. 1 i 2 u.s.g. i nie zmienia 30 dniowego terminu ustalonego dla rady gminy w art. 18 u.r.l. na podjęcie uchwały o przeprowadzeniu referendum lub uchwały odrzucającej wnioski w tej sprawie. W jej świetle w odniesieniu do procedury zarządzenia referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gmin, dopuszczalne jest zastosowanie regulacji zawartej w art. 89 ust. 2 u.s.g. zgodnie, z którą jeżeli organ nie zajmie stanowiska w sprawie, rozstrzygnięcie uważa się za przyjęte w brzmieniu przedłożonym przez gminę, z upływem tego terminu (tu: 14 dni).

Zastosowanie instytucji domniemania oznacza, że pojawia się sytuacja, gdy brak analizy wojewody, a zatem i brak pewności czy zachodzą negatywne przesłanki wskazane w art. 4c ust. 3 u.s.g., nie stanowi przeszkody, by rada gminy podjęła uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gmin. Naczelny Sąd Administracyjny uznał to domniemanie za dopuszczalne i uzasadnił je dodatkowo pozycją, którą w procedurze ustalenia i zmiany granic gmin ma Rada Ministrów. Stwierdził, że termin 14 dni jest terminem stosunkowo krótkim, ale nie przedłuża nadmiernie procedury referendalnej i jest zabezpieczony poprzez domniemanie przewidziane w art. 89 ust. 2 u.s.g.: „Mogą przy tym zrodzić się wątpliwości w kwestii dopuszczalności zastosowania w sytuacjach takich jak w rozpoznawanej sprawie – instytucji domniemania. W omawianym przypadku musiałyby ono wiązać się z przyjęciem, że projektowane referendum nie budzi zastrzeżeń wojewody i wyniki analizy są pozytywne. W sytuacji, gdy kompetencje do dokonania podziału gminy i ustalenia jej nowych granic należą do Rady Ministrów,

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Ibidem. W efekcie tym wyrokiem NSA uchylił wyrok sądu I instancji i stwierdził nieważność uchwały rady gminy, ale co ciekawe, stwierdzeniem, że wyrok ten nie jest wyrokiem, o którym mowa w art. 20 ust. 3 u.r.l. wprowadził „nowy” typ wyroku, tzn. wyrok, w wykonaniu którego wójt zwrócił się do wojewody o dokonanie analizy, o której mowa w art. 4c ust. 3 i 4 u.s.g. Dysponując już analizą wojewody ta sama rada gminy podjęła uchwałę, którą odrzucono wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum w sprawie podziału Gminy K. poprzez wydzielenie z Gminy K. nowej gminy – Gminy M. S., uzasadniając to tym, że to rada gminy podejmuje ostateczną decyzję w tej sprawie, a radni odrzucając wniosek głosowali zgodnie z własnym sumieniem, kierując się dobrem gminy i jej mieszkańców, pomimo tego, że wniosek ten spełniał przesłanki formalne oraz materialne, co potwierdziła „pozytywna” analiza wojewody. W efekcie zaskarżenia tej uchwały WSA w Lublinie wydał wyrok z 16.10.2012 r. (III SA/Lu 689/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>, o którym mowa w art. 20 ust. 3 u.r.l., a mianowicie wyrok uwzględniający skargę, który zastępuje uchwałę organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego. Na podstawie takiego wyroku komisarz wyborczy wydaje postanowienie o przeprowadzeniu referendum, zawierające informacje określone w art. 9 ust. 2 (art. 20 ust. 4 u.r.l.).

<sup>69</sup> Zob. wyrok NSA z 27.06.2012 r. (II OSK 943/12), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

przyjęcie istnienia pozytywnej analizy wojewody w drodze takiego domniemania należałoby uznać za dopuszczalne<sup>70</sup>.

Możliwość zastosowania instytucji domniemania, o której mowa w art. 89 ust. 2 u.s.g. w odniesieniu do analizy wojewody, o której mowa w art. 4c ust. 3 i 4 u.s.g., przyjęto też w innych wyrokach, w szczególności uznano, że art. 4c ust. 3 wyraża „przeszkodę do przeprowadzenia referendum. Brak wiedzy o takiej przeszkodzie, w szczególności brak odpowiedzi wojewody, wymaganej zgodnie z art. 89 u.s.g. daje podstawę do przyjęcia domniemania, że przeszkoda ta nie zachodzi<sup>71</sup>. Zdaniem NSA: „analiza, o której mowa w art. 4c ust. 3 u.s.g. objęta jest dyspozycją art. 89 ust. 1 u.s.g. a jej brak oznacza przyjęcie, w drodze domniemania, analizy pozytywnej. W związku z tym jak to zasadnie przyjął Sąd pierwszej instancji, brak analizy o której mowa w art. 4c ust. 3 u.s.g., nie uzasadnia podjęcia uchwały o odrzuceniu wniosku mieszkańców o przeprowadzenie referendum. Przeciwne stanowisko Skarżącej kasacyjnie przedstawione w skardze kasacyjnej jako oparte jedynie na wykładni językowej, w okolicznościach niniejszej sprawy nie jest możliwe do zaakceptowania, szczególnie z uwagi na zagwarantowane w art. 170 Konstytucji RP prawo członków wspólnoty samorządowej do decydowania w drodze referendum w sprawach dotyczących wspólnoty<sup>72</sup>. Tu także odwołano się do roli Rady Ministrów w procedurze ustalenia i zmian granic gmin: „skoro o dokonaniu podziału gminy nie przesądza ani uchwała o przeprowadzeniu referendum, ani pozytywny wynik referendum w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy, bowiem kompetencje do dokonania podziału gminy i ustalenia jej nowych granic należą, zgodnie z art. 4 pkt 1 u.s.g., do Rady Ministrów, uzasadnione jest stanowisko, że w przypadku, gdy wojewoda nie dokonuje analizy w ustawowym terminie 14 dni, zachodzi domniemanie, że wynik analizy jest pozytywny<sup>73</sup>.

Tę argumentację można dodatkowo wzmocnić przywołując art. 4d u.s.g., który formułuje pod adresem Rady Ministrów dokładnie takie same przesłanki natury ekonomicznej i demograficznej, jak te wskazane w art. 4c ust. 3 u.s.g., zakazujące jej przeprowadzania zmian granic gmin. W efekcie, nawet gdyby brak było analizy wojewody, a domniemanie przyjęte w art. 89 ust. 2 u.s.g. okazało się nieprawdziwe (tzn. zarządzono referendum, które teoretycznie mogłoby doprowadzić do powstania gminy niespełniającej przesłanek wskazanych w art. 4c ust. 3 u.s.g.), to i tak na Radzie Ministrów ciążyłby zakaz dokonania takiej zmiany.

Jednocześnie należy mieć na względzie, iż możliwość zastosowania instytucji domniemania w tej procedurze pojawia się wówczas, gdy spełniono wymogi wskazane w art. 89 ust. 1 i 2 u.s.g., a zatem, gdy wójt wystąpił do wojewody o dokonanie stosownej analizy, a ten w 14 dniowym terminie z jakichś przyczyn jej nie dokonał. Brak analizy wojewody w momencie podejmowania przez radę gminy uchwały, o której mowa w art. 18 u.r.l., nie jest wówczas skutkiem zaniechania lub opieszałego działania gminy.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> Wyrok WSA w Lublinie z 28.11.2013 r. (III SA/Lu 807/13), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>72</sup> Wyrok NSA z 28.03.2014 r. (II OSK 433/14), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

<sup>73</sup> Ibidem.



Co więcej, uznając takie domniemanie za dopuszczalne, w świetle art. 17 ust. 1 u.r.l. w związku z art. 89 ust. 2 u.s.g., należy uznać, że rada gminy jest w takim przypadku zobowiązana do podjęcia uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gmin. Jest to konsekwencją tego, że w sytuacji, gdy inicjator referendum dopełnił przesłanek formalnych (wniosek mieszkańców spełnia wymogi ustawy) oraz wniosek mieszkańców nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem (te w przypadku tego referendum lokalnego należy oceniać pod kątem przesłanek materialnych określonych w art. 4c ust. 3 u.s.g., których spełnienie powinna potwierdzać analiza wojewody, ale jeśli o tę analizę wystąpiono, a wojewoda jej nie dokonał to, w świetle wskazanego wyżej stanowiska, rada w oparciu o art. 89 ust. 2 u.s.g. jest uprawniona, by domniemywać, iż nie zachodzą negatywne przesłanki materialne ujęte w art. 4c ust. 3 u.s.g.) – rada gminy jest zobowiązana do podjęcia uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum lokalnego.

#### 4. Podsumowanie

Istota referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gminy polega na tym, iż rada gminy nie może odrzucić wniosku mieszkańców, jeżeli spełnia on wymogi ustawy oraz nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem. Wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum lokalnego w sprawie ustalenia i zmiany granic gminy, by skutecznie uruchomić procedurę referendalną musi spełniać przesłanki formalne ujęte w u.r.l. i u.s.g. Nie mogą też zachodzić negatywnie ujęte przesłanki materialne z art. 4c ust. 3 u.s.g. Spełnienie przesłanek formalnych i materialnych przez inicjatora referendum ma gwarantować, iż referendum, w którym mieszkańcy bezpośrednio wyrażą swoją wolę, co do dokonania ewentualnych zmian granic gminy, zostanie przeprowadzone. Szczególny walor takiego referendum polega na tym, iż wynik takiego ważnego i rozstrzygającego referendum obliguje organy gminy do określonych działań, np. radę gminy do wystąpienia do ministra właściwego do spraw administracji publicznej z wnioskiem o zmianę granic gminy.

Spełnienie przesłanek formalnych stawianych wnioskowi mieszkańców niesie pewne trudności, ale inicjator referendum jest w stanie je przezwyciężyć. W szczególności uzasadnione jest przyjęcie, iż „najbezpieczniejsze” jest zagwarantowanie tożsamości pytania (pytań, wariantów) ujętego, po pierwsze, w informacji o zamierzonym referendum, po drugie, zawartego na kartach poparcia, po trzecie, wskazanego we wniosku o przeprowadzenie referendum, w odniesieniu do którego mieszkańcy w drodze głosowania bezpośrednio mają wyrazić swoją wolę. Dużą wagę inicjator referendum powinien położyć także na szczegółowe i prawidłowe sformułowanie pytania referendalnego.

Natomiast ocena czy spełnione są przesłanki materialne ujęte w art. 4c ust. 3 u.s.g. powinna znaleźć odzwierciedlenie w analizie dokonanej przez właściwego wojewodę. Skromna regulacja w tym zakresie prowadzi do tego, że aktualnie taką negatywną przesłanką może być także brak dokonania analizy przez właściwego wojewodę.

Ten brak może mieć różne przyczyny i bywa w różny sposób oceniany przez sądy administracyjne. Wydaje się, że wysiłek inicjatora referendum, który zgodnie z prawem przeprowadził procedurę mającą na celu przeprowadzenie referendum lokalnego w zakresie, w którym była ona zależna od jego starań, powinien zabezpieczać mechanizm ujęty w art. 20 ust. 1–4 u.r.l. Jednak w tym obszarze pojawiło się stanowisko, iż wyrok uwzględniający skargę, w razie braku analizy wojewody, nie jest takim wyrokiem, o którym mowa w art. 20 ust. 3 u.r.l., a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do wydania przez komisarza wyborczego postanowienia o przeprowadzeniu referendum. W istocie taki wyrok nie wyklucza przeprowadzenia referendum lokalnego w tej samej sprawie, bowiem nakłada na wójta obowiązek wystąpienia o analizę wojewody, jednak może znacząco wydłużyć całą procedurę<sup>74</sup>. W efekcie rysuje się refleksja, iż odpowiedź na pytanie o skutki braku analizy wojewody w zakresie spełnienia przesłanek z art. 4c ust. 3 u.s.g. jest skomplikowana i – jak można sądzić – znajduje się *in statu nascendi*.

### Streszczenie

W artykule omówiono wybrane aspekty prawne udziału mieszkańców w procedurze ustalania i zmian granic gmin, w szczególności prawną regulację mechanizmu przeprowadzania referendum lokalnego z inicjatywy mieszkańców w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy. Przedmiotem rozważań stały się budzące wątpliwości zagadnienia proceduralne dotyczące przeprowadzenia przedmiotowego referendum takie, jak warunki skutecznego złożenia wniosku w sprawie przeprowadzenia referendum, ocena złożonego wniosku, charakteru wyników tego referendum, sposób oraz katalog związanych tymi wynikami podmiotów. Ponadto Autorka wyeksponowała w opracowaniu najważniejsze ustalenia, które poczyniły na tym tle sądy administracyjne.

### Słowa kluczowe:

referendum lokalne, zmiany granic gmin

### **Conditions to conduct local referendum on the creation, connection, division and removing the commune and establishment of the commune's borders.**

### Summary

This article is intended to discuss selected legal aspects of the participation of citizens in the procedure of the establishment and changing the communes' borders, particularly a legal regulation of the mechanism of holding a local referendum on the citizens' initiative

<sup>74</sup> Zob. przypis nr 68.

on the creation, connection, division and removing the commune and establishment of the commune's borders. The subject of discussion were also procedural issues raising concerns and relating to the conduction of a subjected referendum, such as conditions of an efficient submitting a file on holding a referendum, the assessment of the filed motion, the nature of results of this referendum, the way and catalogue of the entities in these results. Moreover, the author has exposed in this article the most important arrangements which were made in this aspect by administrative courts.

**Keywords:**

local referendum, changing the communes' borders

**Anna Feja-Paszkiewicz** – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego. W pracy naukowej koncentruje się na problematyce ustrojowego prawa samorządu terytorialnego, prawa wyborczego i prawnych mechanizmów partycypacji obywatelskiej.





## **Małgorzata Masternak-Kubiak**

Uniwersytet Wrocławski

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii

### **Rola sądu administracyjnego w procesie zarządzania referendum lokalnego**

1. Sądy administracyjne – Naczelny Sąd Administracyjny i wojewódzkie sądy administracyjne – sprawują wymiar sprawiedliwości poprzez kontrolę działalności administracji publicznej. Kontrola ta obejmuje również orzekanie o zgodności z ustawami uchwał organów samorządu terytorialnego i aktów normatywnych terenowych organów administracji rządowej (art. 184 Konstytucji RP). Sądy administracyjne stanowią wyodrębnioną część władzy sądowniczej, nie są natomiast organami kontroli zewnętrznej nad administracją publiczną. Inne są bowiem cele kontroli administracji publicznej. Kontrola ta sprawowana jest wyłącznie z punktu widzenia interesu publicznego, polegającego na zapewnieniu legalnego i celowego działania tej administracji w imię dobra wspólnego.<sup>1</sup>

„Sądowa kontrola działalności administracji publicznej sprawowana jest wyłącznie z punktu widzenia interesu publicznego, polegającego na zapewnieniu legalnego i celowego działania tej administracji w imię dobra wspólnego. Jeżeli zaś chodzi o kontrolę sądową, to jej podstawowym celem jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości..., chodzi tu przede wszystkim o ochronę praw i wolności jednostki”.<sup>2</sup>

Podstawową formą, w jakiej sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej, jest wymierzanie sprawiedliwości, poprzez wiążące rozstrzyganie sporów o prawo, w których przynajmniej jedną ze stron jest jednostka lub podmiot podobny. Tym samym, treść i zakres działalności sądów administracyjnych muszą być ukształtowane w sposób zapewniający prawidłowe wymierzanie sprawiedliwości, czyli także prawo do sądu, wynikające z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji. W tej perspektywie art. 184 Konstytucji dookreśla proceduralne aspekty prawa do sądu, można więc mówić o funkcji gwarancyjnej tego przepisu.<sup>3</sup> Przejawia się to przede wszystkim we wskazaniu, że sprawy, w których spór o prawo pojawia się na tle poddania jednostki władztwu administracji publicznej (sprawy administracyjnej), powinny zostać zaliczone do właściwości sądownictwa administracyjnego. Odesłanie do ustawy w art. 184 Konstytucji: „nie może prowadzić do zniesienia prawa do sądu... Ustawy określające zakres kontroli [sądu administracyjnego] mają [tylko] charakter dopełniający treść art. 184 zd. 1, w ten sposób, aby zapewnić realizację prawa do sądu przez kognicję sądu administracyjnego”.<sup>4</sup>

Istotą sądowej kontroli administracji jest ochrona wolności i praw jednostki (podmiotów prawa) w stosunkach z administracją publiczną oraz budowanie

<sup>1</sup> Por. M. Masternak-Kubiak, T. Kuczyński, *Prawo o ustroju sądów administracyjnych. Komentarz*, Warszawa 2009 r., s. 15–19.

<sup>2</sup> Wyrok TK z 14 czerwca 1999 r., K 11/98, OTK ZU 1999 r., nr 5, poz. 97.

<sup>3</sup> Por. L. Garlicki, *Komentarz do art. 184 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Wydawnictwo Sejmowe Warszawa 2005 r., s. 6.

<sup>4</sup> Wyrok TK z 14 czerwca, K 11/98, op. cit., podobnie m. in. wyrok TK z 15 grudnia 1999 r., P 6/99, OTK ZU 1999, nr 7, poz. 164, uchwała NSA z 15 maja 2000 r., OPS 21/00, ONSA 2000, nr 4, poz. 135.

i utrwalanie zasady państwa prawa i wyprowadzanych z niej standardów. Podstawową funkcją sądownictwa administracyjnego jest ochrona praw podmiotowych jednostki. Wypływa to z założeń systemu weryfikacji administracji publicznej w państwie prawa, co ma związek z realizacją zasad praworządności.<sup>5</sup>

Na tle powyższych rozważań należy uznać, że prawo do postępowania sądowoadministracyjnego jest publicznym prawem podmiotowym. Skarga do sądu administracyjnego jest bowiem środkiem ochrony interesu indywidualnego, ale także publicznego. Trzeba jednak mieć na uwadze, że nie każda sytuacja, w której wszczyna się postępowanie sądowoadministracyjne wiąże się z realizacją prawa do sądu. Może ono też służyć tylko realizacji zasady legalności.<sup>6</sup>

Na gruncie przepisów ustawowych pojęcie sprawy sądowoadministracyjnej rekonstruowane jest przede wszystkim z art. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.<sup>7</sup> Przepis ten zawiera definicję legalną sprawy sądowoadministracyjnej: jest nią sprawa z zakresu kontroli działalności administracji publicznej oraz każda inna sprawa, do której stosuje się przepisy P.p.s.a. na podstawie odrębnych ustaw. Charakteryzując sprawę pod względem materialnym norma art. 1 P.p.s.a. posługuje się ujęciem przedmiotowym, tj. wskazuje, że podstawowym przedmiotem sprawy jest kontrola administracji publicznej. To określenie sprawy dopełnione jest wskazaniem elementu formalnego, jakim jest odesłanie do ustaw odrębnych przekazujących jeszcze inne sprawy do postępowania sądowoadministracyjnego.<sup>8</sup>

Sądy administracyjne posiadają zasadniczo charakter sądów kasacyjnych. Są one uprawnione do badania legalności i konstytucyjności wydanych przez organy administracji publicznej aktów, podjętych czynności, bezczynności i przewlekłości postępowania. Podkreślić należy, że sądowoadministracyjna kontrola działalności administracji publicznej to porównywanie czynności organów administracji z wzorcem normatywnym (normami prawnymi) stanowiącym podstawę rozstrzygnięcia organu administracji publicznej. Jej zakres obejmuje całokształt przepisów prawa stosowanych przez organ w celu wydania rozstrzygnięcia na gruncie ustalonego stanu faktycznego, a więc przepisy prawa materialnego, przepisy proceduralne, a także przepisy ustrojowe (kompetencyjne). Istotą kontroli administracji publicznej jest rozstrzygnięcie sprawy sądowoadministracyjnej rozumianej jako wywołany przed sądem administracyjnym spór między adresatem rozstrzygnięcia organu administracji

<sup>5</sup> Por. J. Trzeciński, *Sądownictwo administracyjne jako gwarant ochrony wolności i praw jednostki*, [w:] *Trzecia władza. Sądy i trybunały w Polsce*. Materiały Jubileuszowego L Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Gdynia 24–16 kwietnia 2008 r., pod red. A. Szmyta, Gdańsk 2008 r., s. 128–129; B. Adamiak, *Model sądownictwa administracyjnego a funkcje sądownictwa administracyjnego*, [w:] *Polski model sądownictwa administracyjnego*, Lublin 2003 r., s. 21–22.

<sup>6</sup> Por. wyrok TK z dnia 6 kwietnia 2016 r., sygn. P 5/14, OTK ZU A 2016 r., nr 15, poz. 16. Por. też M. Romańska, *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu przed sądami administracyjnymi*. *Wybrane zagadnienia*, [w:] *Jednostka w demokratycznym państwie prawa*, red. J. Filipek, Bielsko-Biała 2003, s. 542.

<sup>7</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 270 ze zm. – zwanej dalej „P.p.s.a.”.

<sup>8</sup> Por. wyrok TK z dnia 6 kwietnia 2016 r., sygn. P 5/14, op. cit., por. też J. P. Tarno, R. Batorowicz, *Pojęcie sprawy sądowoadministracyjnej* [w:] *Institucje procesu administracyjnego i sądowoadministracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Ludwikowi Żukowskiemu*, red. J. Posłuszny, Z. Czarnik, R. Sawuła, Przemysł-Rzeszów 2009, s. 344 i n.

publicznej a organem administracji publicznej, którego przedmiotem jest zarzut naruszenia prawa przez organ administracji, który wydał rozstrzygnięcie dotyczące wolności lub praw adresata zaskarżonego aktu. Konsekwencją zaś rozstrzygnięcia sądu administracyjnego sprowadzającego się do zwrotu stosunkowego „zaskarżony akt (czynność) jest/nie jest zgodny z prawem”, jest utrzymanie zaskarżonego aktu w mocy albo wyeliminowanie go z obrotu prawnego, jeżeli jest sprzeczny z prawem w stopniu uzasadniającym uwzględnienie skargi. Co więc istotne, rezultatem tego rozstrzygnięcia nie jest konkretyzacja, ani też ustalanie dyspozycji normy prawa, lecz kontrola zgodności z prawem tej konkretyzacji, w wyniku której dochodzi do zaakceptowania już dokonanej przez organ administracji konkretyzacji, albo do jej wyeliminowania.<sup>9</sup>

2. Konstytucja RP gwarantuje członkom wspólnoty samorządowej, prawo bezpośredniego decydowania, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty. W myśl art. 170 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty, w tym o odwołaniu pochodzącego z wyborów bezpośrednich organu samorządu terytorialnego. Przepis art. 170 formułuje zasadę prawną, że we wszystkich sprawach istotnych, dotyczących wspólnoty samorządowej mogą decydować bezpośrednio mieszkańcy, będący członkami tej wspólnoty. Wyrażanie woli politycznej w drodze referendum oznacza, że nieuchronne jest pokrywanie się przeważającej części spraw mogących być przedmiotem referendum za sprawami, które są przedmiotem zadań publicznych wykonywanych przez organy samorządu.<sup>10</sup>

Adresatami normy art. 170 Konstytucji są zarówno: ustawodawca i organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego, jak i całe zbiorowości lokalne oraz każdy z obywateli, będący członkiem określonej wspólnoty. Na każdego jednak z adresatów tej normy nakłada inne obowiązki i określa inne uprawnienia. Na ustawodawcę przepis ten nakłada obowiązki określonych działań legislacyjnych, tj. określania w drodze ustawy zasad i trybu przeprowadzania referendum. Nakłada również obowiązek powstrzymywania się od takich działań legislacyjnych, które naruszałoby istotę prawa do wyrażania woli w drodze referendum przez każdego uprawnionego członka wspólnoty samorządowej; prawa, będącego zarazem częścią składową szerszej pojmowanej wolności politycznej.<sup>11</sup>

Na organy jednostek samorządu terytorialnego przepis ten nakłada obowiązki związane z zapewnieniem, od strony organizacyjnej i prawnej, przeprowadzenia takiego referendum, a także podejmowania działań, mających na celu nie tylko zagwarantowanie realizacji prawa członków społeczności samorządowej do wypowiedzenia się w drodze referendum, ale także wspierających inicjatywy polityczne mieszkańców w tym zakresie, jeśli mieszczą się one w porządku prawnym.

<sup>9</sup> Por. uchwała składu siedmiu sędziów NSA z dnia 16 maja 2016 r., sygn. II GPS 1/16, [w:] CBOSA.

<sup>10</sup> Por. M. Masternak-Kubiak, *Komentarz do art. 170*, [w:] *Komentarz. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. M. Haczekowskiej, LexisNexis Warszawa 2014 r., s. 413.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 413.

Z kolei społeczności lokalne są adresatem art. 170, jako zbiorowość, której przepis ten nadaje podmiotowość w sensie polityczno-socjologicznym, niezależnie od formalnych struktur organizacyjnych. Daje im prawo wypowiedzania się bezpośredniego o sprawach dotyczących tej wspólnoty – czyli o sprawach, które kształtują byt tej wspólnoty i jej tożsamość.

Zasady i tryb przeprowadzenia referendum lokalnego określa, wydana na podstawie upoważnienia konstytucyjnego, ustawa z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym<sup>12</sup>. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o referendum lokalnym mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego, jako członkowie wspólnoty samorządowej wyrażają w drodze głosowania swoją wolę, co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej tej wspólnoty, mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji organów danej jednostki lub w sprawie odwołania organu stanowiącego tej jednostki, a w przypadku gminy także wójta (burmistrza, prezydenta miasta).

Referendum przeprowadza się albo z inicjatywy organu stanowiącego danej jednostki, albo na wniosek mieszkańców (w tym wypadku na szczeblu gminy lub powiatu konieczne jest zgromadzenie podpisów 10 % mieszkańców uprawnionych do głosowania, a na szczeblu województwa 5 %).<sup>13</sup>

Ustawa przewidując przeprowadzenie referendum m in. z inicjatywy mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego, zakłada zinstytucjonalizowany wpływ mieszkańców tej jednostki zarówno na wybór, jak i na ustalenie przedmiotu rozstrzygnięcia referendalnego. Prawo podmiotowe do udziału w referendum obejmuje m in. uprawnienie członków wspólnoty samorządowej do zainicjowania tegoż referendum.<sup>14</sup> Wskazać należy, że z postanowień art. 2 ust. 1 ustawy określających istotę i przedmiot referendum lokalnego jasno wynika, że referendum musi dotyczyć sposobu rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej wspólnoty, mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji organów danej jednostki. Przepis ten stwarza podstawę do rekonstrukcji normy upoważniającej do przeprowadzenia referendum w sprawach, które wynikają bezpośrednio z zakresu działania określonego przez zadania danej jednostki samorządu. Punktem odniesienia muszą tu być ściśle interpretowane przepisy o zakresie działania i zadaniach gminy, powiatu i województwa. Innymi słowy, nie każda spełniająca wymogi formalne inicjatywa mieszkańców lub ugrupowań politycznych czy też organizacji społecznej, pragnących przeforsować ważny – ich zdaniem – projekt musi prowadzić do przeprowadzenia referendum ze skutkiem prawnym. Rozróżnić przy tym trzeba kwestię związaną z obowiązkiem skorzystania z kompetencji do samego rozpatrzenia wniosku odpowiadającego warunkom formalnym, od kwestii wiążącej się z zakazem przeprowadzania referendum w sprawach, które ze względu na przepisy prawa materialnego w ogóle nie należą do danego samorządu.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Dz. U. Nr 88, poz. 985 z późn. zm.

<sup>13</sup> Por. M. Masternak-Kubiak, *Komentarz do art. 170*, op. cit., s. 414.

<sup>14</sup> Por. E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo do udziału w referendum lokalnym. Rozważania na tle ustawodawstwa polskiego*, Łódź 2002, s. 182 i n.

<sup>15</sup> Wyrok NSA z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. II OSK 2467/12, [w:] CBOSA.



Przepisy art. 11 ust. 1 i ust. 1a ustawy o referendum lokalnym określają, jakie podmioty mogą wystąpić z inicjatywą przeprowadzenia referendum na wniosek mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego. Jak wynika z przepisów ustawy o referendum lokalnym, na inicjatorze referendum ciąży szereg obowiązków, do których należy zaliczyć:

- powiadomienie właściwego organu o zamiarze przeprowadzenia referendum (art. 12 ust. 1), które powinno zawierać elementy wymienione w art. 12 ust. 2 tej ustawy;
- zwrócenie się do właściwego organu o podanie liczby mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego uprawnionych do głosowania (art. 12 ust. 5);
- podanie, na swój koszt, do wiadomości mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego, przedmiotu zamierzonego referendum, w sposób i w formie, które określają przepisy zamieszczone w art. 13 ust. 1 i nast. ustawy;
- zebranie podpisów mieszkańców uprawnionych do wybierania organu stanowiącego danej jednostki samorządu terytorialnego, którzy chcą poprzeć inicjatywę w tej sprawie – w terminie 60 dni od dnia powiadomienia, o którym mowa w art. 12 ust. 1 (art. 14 ust. 1–4 ustawy);
- przekazanie właściwemu organowi pisemnego wniosku o przeprowadzenie referendum, w terminie określonym w art. 14 (art. 15 ust. 1 i ust. 2 ustawy).

Po przekazaniu wniosku o przeprowadzenie referendum, przewodniczący zarządu jednostki samorządu terytorialnego, a w gminie wójt (burmistrz, prezydent miasta), przekazuje niezwłocznie wniosek przewodniczącemu organu stanowiącego tej jednostki (art. 16 ust. 1 ustawy). Organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego powołuje ze swego składu komisję do sprawdzenia, czy wniosek mieszkańców odpowiada przepisom ustawy (art. 16 ust. 2). Następnie wniosek inicjatora referendum podlega badaniu przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego, podczas którego następuje sprawdzenie, czy wniosek mieszkańców spełnia wymogi ustawy oraz nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem (art. 17 ust. 1). To, czy wniosek spełnia wymogi ustawy należy oceniać przez pryzmat przepisów ustawy o referendum lokalnym oraz innych ustaw, do których ustawa ta odsyła tj. ustawy o samorządzie województwa, o samorządzie powiatowym, o samorządzie gminnym, Kodeks wyborczy.

Ukształtowana przepisami ustawy, procedura referendalna stanowi w istocie spójną i logiczną całość służącą realizacji normatywnego celu określonego w art. 170 Konstytucji i art. 2 ust. 1 ustawy, czyli zapewnieniu członkom wspólnoty samorządowej warunków do wyrażenia bezpośrednio ich rzeczywistej woli, co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej danej wspólnoty oraz zagwarantowania im możliwości realnego i transparentnego udziału w kierowaniu sprawami publicznymi.

Warunkiem legalnego przeprowadzenia referendum jest prawidłowo sformułowana treść pytania poddanego pod głosowanie, z którego w sposób jednoznaczny musi wynikać w jakiej sprawie mają zdecydować mieszkańcy. W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego zwraca się uwagę, że pytanie

referendalne musi zawierać pełne i rzetelne informacje w sprawie<sup>16</sup> oraz nie może prowadzić do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem. Niewątpliwie zasada przedstawicielstwa jest zasadą podstawową, gdy chodzi o sposób realizacji i urzeczywistnienia woli przez wspólnotę mieszkańców, jako lokalnego suwerena zaś zasada demokracji bezpośredniej jest jedną z form sprawowania władzy lokalnej. Znajduje to odzwierciedlenie w treści rozwiązań prawnych przyjętych w ustawie o referendum lokalnym uznających za podstawowe kwestie dotyczące warunków racjonalnego i świadomego podejmowania przez mieszkańców merytorycznych decyzji w sprawach przedstawionych im do rozstrzygnięcia w formie pytań referendalnych.<sup>17</sup> Należy przy tym mieć na uwadze też przepis art. 65 ustawy, który nakłada na właściwy organ jednostki samorządu terytorialnego obowiązek niezwłocznego podjęcia czynności w celu realizacji rozstrzygającego wyniku referendum. Referendum nie może być zorganizowane, gdy rozstrzygający wynik byłby nie do pogodzenia z powszechnie obowiązującym prawem, jak i wtedy, gdy samo poddanie określonej sprawy trybowi referendum naruszyłoby prawo, ponieważ dla tego rodzaju sprawy prawo przewiduje inną, obowiązkową procedurę.

3. W myśl art. 20 ust. 1 ustawy o referendum lokalnym: „Na uchwałę organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego odrzucającą wniosek mieszkańców w sprawie przeprowadzenia referendum, a także na niedotrzymanie przez ten organ terminu określonego w art. 18, inicjatorowi referendum służy skarga do sądu administracyjnego w terminie 14 dni od dnia doręczenia uchwały lub upływu terminu do jej podjęcia. Analiza normatywna omawianej regulacji prowadzi do wniosku, że przedmiotem skargi do sądu, jest uchwała odrzucająca wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum, bądź niedotrzymanie przez organ stanowiący terminu określonego w art. 18 ustawy o referendum lokalnym. Stosownie do treści art. 18 ustawy, organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego podejmuje uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum lub uchwałę o odrzuceniu wniosku mieszkańców nie później niż w ciągu 30 dni od dnia przekazania wniosku organowi określonego w art. 12 ust. 1 ustawy. Uprawnionym do wniesienia skargi jest wyłącznie inicjator referendum. Przepis art. 20 ust. 1 ustawy o referendum lokalnym niewątpliwie stanowi *lex specialis* w stosunku do postanowień P.p.s.a. dotyczących zasad i trybu wnoszenia skarg do sądu administracyjnego. Wniesienie przez inicjatora referendum skargi do sądu stanowi wyjątek od zasady wnoszenia skargi za pośrednictwem organu, którego działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania są przedmiotem skargi (art. 54 § 1 P.p.s.a.). Nie jest też wymagane, przewidziane w art. 52 § 4 P.p.s.a., wezwanie organu na piśmie do usunięcia naruszenia prawa.<sup>18</sup>

Ustanawiając sądową kontrolę negatywnego rozstrzygnięcia, bądź milczenia

<sup>16</sup> Por. wyrok NSA z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. akt II OSK 2988/13, [w:] CBOSA.

<sup>17</sup> Por. W. Kręcis, *Glosa do postanowienia NSA z dnia 30 grudnia 2014 r. (sygn. akt II OSK 3070/14)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2016 r., nr 1, s. 137–138.

<sup>18</sup> Por. A. Kisielewicz, *Komentarz do art. 20 ustawy o referendum lokalnym* [w:] *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, ABC Warszawa 2007, s. 102–103.

organu stanowiącego, ustawodawca określił 14 dniowy termin do dokonania tej czynności liczony od dnia doręczenia uchwały lub upływu terminu do jej podjęcia (art. 20 ust. 2). Z woli ustawodawcy wyrok sądu administracyjnego uwzględniający skargę, zastępuje uchwałę rady. Jeżeli sąd administracyjny orzeknie, że organ stanowiący podjął wadliwą uchwałę o odrzuceniu wniosku mieszkańców w sprawie przeprowadzenia referendum, bądź, że nie podjął uchwały w terminie określonym w art. 18 ustawy o referendum lokalnym, to wyrok sądu w tej materii zawsze stanowi podstawę do wydania przez komisarza wyborczego postanowienia o przeprowadzeniu referendum (art. 20 ust. 3 i 4 ustawy). Wyrok sądu uwzględniający skargę *ex lege* ma charakter konstytutywny, albowiem zastępuje uchwałę organu stanowiącego w zakresie rozstrzygnięcia o przeprowadzeniu referendum (kreuje nową sytuację prawną) i w konsekwencji to na jego podstawie komisarz wyborczy wydaje postanowienie o przeprowadzeniu referendum. W postanowieniu komisarz określa informacje, które zasadniczo powinny być zawarte w uchwale organu stanowiącego, wymienione w art. 9 ust. 2 ustawy o referendum, przede wszystkim pytanie lub pytania referendum albo warianty zaproponowane mieszkańcom do wyboru i termin przeprowadzenia referendum.<sup>19</sup>

Analiza przepisów ustawy o referendum lokalnym prowadzi do wniosku, że termin wskazany w art. 18 jest terminem prawa materialnego, który ogranicza w czasie dochodzenie lub inną realizację praw podmiotowych tj. prawa do przeprowadzenia referendum, a jego skuteczny wpływ powoduje wygaśnięcie określonego prawa podmiotowego lub niemożliwość jego realizacji. Termin prawa materialnego podlega bowiem przywróceniu tylko wyjątkowo i jedynie wówczas, gdy taką możliwość przewidują przepisy określające dany termin.<sup>20</sup> Z przepisu art. 18 ustawy o referendum lokalnym wynika, że bezwzględnym obowiązkiem organu stanowiącego gminy jest podjęcie w ustawowym terminie (nie później niż w ciągu 30 dni) jednej spośród dwóch uchwał: w sprawie przeprowadzenia referendum lub o odrzuceniu wniosku mieszkańców. Termin 30 dni na ich podjęcie został określony ściśle i jednoznacznie. Już sam fakt, że inicjatorowi referendum przysługuje skarga do sądu na niedotrzymanie przez organ terminu określonego w art. 18 ustawy o referendum lokalnym, oznacza, że termin ten należy traktować, jako ostateczny i nieprzywracany. Niepodjęcie uchwały w sprawie referendum w tym terminie oznacza bowiem bezczynność organu stanowiącego, którą inicjator referendum może zaskarżyć do sądu.<sup>21</sup>

W procedurze przeprowadzenia referendum lokalnego na wniosek mieszkańców, relewantną przesłanką instytucjonalną zastępującą uchwałę organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego, jest wyrok sądu uwzględniający skargę i stanowiący przez to podstawę do wydania przez komisarza wyborczego postanowienia o przeprowadzeniu referendum.<sup>22</sup> Wykładnia norm art. 18 i 20 ust. 1–4

<sup>19</sup> Por. A. Kisielewicz, *Komentarz do art. 20 ustawy o referendum lokalnym*, op. cit., s. 103.

<sup>20</sup> Por. uchwałę składu siedmiu sędziów NSA z 14 października 1996 r. sygn. OSP 19/96 – ONSA z. 2 z 1997 r. poz. 56.

<sup>21</sup> Por. wyrok NSA z dnia 21 czerwca 2016 r., sygn. II OSK 1236/16, [w:] CBOSA.

<sup>22</sup> W prawoznawstwie i judykaturze wykształcił się pogląd, że wykładnię należy kontynuować przy

ustawy o referendum wskazuje, że ustawodawca przydając sądowi administracyjnemu prawo merytorycznej weryfikacji działania lub bezczynności rady w sprawie wniosku mieszkańców, *de facto* zagwarantował przeprowadzenie referendum z inicjatywy mieszkańców. W postanowieniu z dnia 30 grudnia 2014 r. sygn. II OSK 3070/14<sup>23</sup> NSA stwierdził, że „sądowa ocena legalności działania organu stanowiącego może mieć miejsce tylko raz. Nie ma natomiast przesądzającego wpływu na procedurę przeprowadzenia referendum kwestia powodów – motywów wydania przez sąd wyroku uwzględniającego skargę. Biorąc pod uwagę *ratio legis* regulacji art. 20 ust. 3 i ust. 4 ustawy o referendum lokalnym trzeba przyjąć, że nie jest dopuszczalne wydanie przez sąd kilku wyroków uwzględniających skargę inicjatora referendum, gdyż doprowadziłoby do dysfunkcyjności instytucji sądowej kontroli procedury przeprowadzania referendum lokalnego z inicjatywy mieszkańców, poprzez brak jednoznacznego wyroku mogącego stanowić podstawę wydania postanowienia o przeprowadzeniu referendum.”.

4. Mieszkańcy gminy mogą wypowiadać się w drodze referendum także w kwestii dotyczącej zmiany granic gminy, tworzenia czy łączenia gmin. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (dalej: u.s.g.)<sup>24</sup>: „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.” Wydanie rozporządzenia wymaga zasięgnięcia przez ministra właściwego do spraw administracji publicznej opinii zainteresowanych rad gmin, poprzedzonych przeprowadzeniem przez te rady konsultacji z mieszkańcami (art. 4a ust. 1 u.s.g.). W sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy może być przeprowadzone referendum lokalne z inicjatywy mieszkańców (art. 4c ust. 1 u.s.g.). W przypadku przeprowadzenia takiego referendum nie przeprowadza się konsultacji z mieszkańcami (art. 4a ust. 4 u.s.g.). Oznacza to, że w procedurze utworzenia, łączenia, podziału, zniesienia czy ustalenia nowych granic gmin, ustawodawca przewidział alternatywne formy wypowiedzania się mieszkańców – konsultacje albo referendum.

Przepisy art. 4, art. 4a i 4b u.s.g. określają system ustalania (zmiany) granic sąsiadujących gmin (miast). Dla tego rodzaju sytuacji przewidziano w ustawie dwa tryby postępowania: pierwszy inicjowany przez samą Radę Ministrów, drugi na wniosek zainteresowanej rady gminy (rad gmin). Wprawdzie art. 4a odnosi się do trybu zmiany granic gmin przeprowadzanego z inicjatywy własnej Rady Ministrów, zaś art. 4b u.s.g. do trybu inicjowanego na wniosek zainteresowanej rady – ale różnice między

---

wykorzystaniu wszystkich trzech grup dyrektyw interpretacyjnych, bez względu na stopień jasności rezultatu wykładni otrzymanego w wyniku zastosowania dyrektyw językowych, systemowych, funkcjonalnych (konceptja derywacyjna). Konceptja derywacyjna postuluje prowadzenie wykładni do momentu uzyskania pełnej jasności, co do treści normy prawnej, nie poprzestając na interpretacji językowej i stosując wszelkie możliwe metody wykładni prawa. Por. M. Zieliński, *Clara non sunt interpretanda – mity i rzeczywistość*, „Zeszyty Naukowe Sądowictwa Administracyjnego” 2012 r., nr 6, s. 18–21; wyrok NSA z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I OSK 2320/12, [w:] CBOSA).

<sup>23</sup> LEX nr 1749096.

<sup>24</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 446 ze zm.

nimi są niewielkie. I tu i tam wymagane są konsultacje z mieszkańcami, które nie mają wiążącego charakteru. I tu i tam uruchomienie postępowania w sprawie zmiany granic gmin uzależnione jest od zaistnienia dostatecznie ważnej (silnej) przesłanki, usprawiedliwiającej destabilizację stosunków polityczno-terytorialnych w kraju.<sup>25</sup>

Trzecim podmiotem, któremu ustawodawca powierza prawo wypowiedzenia się w sprawie zmiany granic gmin są mieszkańcy. Przepis art. 4c u.s.g. przewiduje przeprowadzenie referendum z inicjatywy mieszkańców w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia jej granic. W ten sposób ustawodawca dopuścił zinstytucjonalizowany wpływ mieszkańców zarówno na wybór, jak i na ustalenie przedmiotu rozstrzygnięcia referendalnego. Stosownie do art. 2 ust. 1 ustawy o referendum, z uwagi na rozstrzygający charakter referendum, mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego mogą wypowiadać się w tej formie wyłącznie w sprawach, które zostały pozostawione do rozstrzygnięcia organom tej jednostki. Przepis art. 4c u.s.g. został wprowadzony ustawą z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw.<sup>26</sup>

Prawo podmiotowe do udziału w referendum obejmuje m in. uprawnienie członków wspólnoty samorządowej do zainicjowania tegoż referendum. Instytucja referendum lokalnego znajduje swoje podstawy w przepisach Konstytucji, w szczególności jej art. 62 ust. 1 gwarantującym obywatelom polskim prawo udziału w referendum, i art. 170, zgodnie z którym członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty, w tym o odwołaniu pochodzącego z wyborów bezpośrednich organu samorządu terytorialnego.

Z woli ustawodawcy, w przypadku przeprowadzenia referendum lokalnego w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy, nie przeprowadza się konsultacji z mieszkańcami. Interpretacja literalna, systemowa, jak i funkcjonalna normy zawartej w tym przepisie w rezultacie powinna, w każdej sytuacji, przyjmować pierwszeństwo referendum nad konsultacjami społecznymi nawet jeżeli te ostatnie zostały już przeprowadzone. Zauważyć należy, że to ustawowa procedura referendalna a nie konsultacyjna (regulowana w drodze aktu prawa miejscowego) w istocie gwarantuje pełną instytucjonalną realizację celu określonego w art. 170 Konstytucji, art. 2 ustawy o referendum lokalnym i art. 4c u.s.g., czyli zapewnienie członkom wspólnoty samorządowej warunków do wyrażenia ich rzeczywistej woli w sprawie połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy.<sup>27</sup> Treść normatywna art. 4c u.s.g. nie może być zatem rozpatrywana z pominięciem, powiązanego z nim funkcjonalnie, art. 4a ust. 4 u.s.g., co oznacza, że referendum gminne *de facto* zastępuje konsultacje społeczne. NSA w wyroku z dnia 7 sierpnia 2013 r., sygn. II OSK 1371/13<sup>28</sup>, wskazał, że zmianę granic gminy, w tym zmianę polegającą na likwidacji (zniesieniu) danej jednostki, zawsze muszą

<sup>25</sup> Por. wyrok TK z dnia 4 listopada 2003 r., sygn. K 1/03, OTK ZU nr 8/A/2003, poz. 85.

<sup>26</sup> Dz. U. Nr 134, poz. 777.

<sup>27</sup> Por. wyrok NSA z dnia 21 czerwca 2016 r., sygn. II OSK 1236/16, op. cit.

<sup>28</sup> LEX nr 1371979.

poprzedzić konsultacje z zainteresowaną społecznością, przeprowadzane w sposób mający zapewnić im możliwie największą reprezentatywność (powszechność), oraz może poprzedzić przeprowadzenie w tej sprawie referendum lokalnego, które będzie traktowane, jako szczególna (kwalifikowana) forma konsultacji z mieszkańcami, i którego wyniki będą odzwierciedlać stosunek miejscowej społeczności do projektowanej zmiany granic.

Prawo mieszkańców do inicjowania referendum w sprawach utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia jej granic nie ma charakteru bezwzględnie, gdyż w art. 4c ust. 3 u.s.g. wskazano stany faktyczne, w których niemożliwe jest jego przeprowadzenie. Zgodnie z powołanym przepisem referendum, o którym mowa w art. 4c ust. 1 u.s.g., nie przeprowadza się, jeżeli z analizy przeprowadzonej przed referendum wynika, iż na skutek podziału lub ustalenia nowych granic gminy:

1) dochody podatkowe na mieszkańca gminy w zmienionych granicach lub gminy utworzonej byłyby niższe od najniższych dochodów podatkowych na mieszkańca ustalonych dla poszczególnych gmin zgodnie z ustawą o dochodach jednostek samorządu terytorialnego;

2) gmina w zmienionych granicach lub gmina utworzona byłaby mniejsza od najmniejszej pod względem liczby mieszkańców gminy w Polsce według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedzającego ogłoszenie rozporządzenia, o którym mowa w art. 4 u.s.g. Przepis art. 4c u.s.g. został wprowadzony ustawą z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 134, poz. 777).

Należy zwrócić uwagę, że ani z przepisów u.s.g., ani ustawy o referendum lokalnym nie wynika, na jakim etapie procedury referendalnej należy wystąpić do wojewody o dokonanie wymaganej prawem analizy oraz, który z podmiotów uczestniczących w tej procedurze powinien wystąpić z takim wnioskiem. Przepisy tych ustaw nie określają też terminu, w jakim wojewoda ma dokonać analizy. Ten niejednoznaczny stan normatywny oznacza, że dopuszczalne, na gruncie literalnej, systemowej i funkcjonalnej wykładni przepisów obu ustaw, jest przyjęcie, że wyniki tej analizy powinny być znane najdalej przed podjęciem przez radę gminy uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum. Skoro *ex lege* „referendum nie przeprowadza się” w sytuacji, gdy analiza dokonana przez wojewodę wykaże, że jego przeprowadzenie doprowadziłoby do nadmiernego obniżenia dochodów podatkowych na mieszkańca albo nadmiernego obniżenia liczby mieszkańców, to podjęta przez radę gminy uchwała w sprawie przeprowadzenia referendum prowadziłaby do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem. Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy o referendum lokalnym organ stanowiący podejmuje uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum, jeśli wniosek mieszkańców spełnia wymogi ustawy oraz nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Por. A. Wierzbica, *Referendum i wybory oraz zarządzenia i uchwały jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2014 r., s. 115.

NSA w wyroku z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. II OSK 943/12<sup>30</sup>, stwierdził, że: „zwrot „referendum nie przeprowadza się” należy rozumieć w ten sposób, że niewystąpienie do wojewody o dokonanie analizy ustalającej skutki projektowanego referendum lub brak tej analizy pozbawia radę prawa do podjęcia uchwały o przeprowadzeniu referendum w sprawie podziału gminy lub ustalenia jej granic”. Odnosnie podmiotu zobowiązanego do wystąpienia do wojewody o wymaganą analizę NSA przyjął, że wykładnia systemowa i celowościowa przepisów ustawy o referendum oraz przepisów art. 4c ust. 1–5 u.s.g. „prowadzi jednoznacznie do uznania, że to właściwe organy gminy jako wspólnoty mieszkańców gminy (a nie inicjator referendum czy komisarz wyborczy) są zobowiązane do podejmowania czynności prowadzących do uzyskania wymaganej przepisami analizy wojewody.”. W ocenie NSA, podstawę do wystąpienia do wojewody o przeprowadzenie analizy stanowi, w sytuacji gdy ustawa referendalna nie reguluje tej kwestii, przepis art. 89 ust. 1 u.s.g., zgodnie z którym, jeżeli prawo uzależnia ważność rozstrzygnięcia organu gminy od jego zatwierdzenia, uzgodnienia lub zaopiniowania przez inny organ, zajęcie stanowiska przez ten organ powinno nastąpić nie później niż w ciągu 14 dni od dnia doręczenia tego rozstrzygnięcia lub jego projektu. Niewątpliwie, ze względu na naruszenie obowiązku wynikającego z art. 4c ust. 3 i 4 u.s.g., nie jest dopuszczalne oddalenie skargi na uchwałę organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego, z drugiej zaś – właśnie ze względu na brak analizy właściwego wojewody co do istnienia negatywnej przesłanki przeprowadzenia referendum – nie jest dopuszczalne uznanie, że wyrok sądu administracyjnego uwzględniający skargę od razu zastępuje uchwałę organu stanowiącego o przeprowadzeniu referendum na wniosek mieszkańców”.

W świetle roli sądu administracyjnego w procedurze zarządzania referendum *prima facie* uwzględnienie skargi inicjatorów referendum na uchwałę podjętą przez radę bez wcześniejszej przewidzianej ustawą analizy jego skutków nie może być uznane za wyrok zastępujący uchwałę organu stanowiącego, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do wydania przez komisarza wyborczego postanowienia o przeprowadzeniu referendum. Takie stanowisko zajęł NSA w wyroku z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. II OSK 943/12. Sąd stwierdził, że wyrok uwzględniający skargę w sytuacji braku analizy, o której mowa w art. 4c ust. 3–4 u.s.g., nie zastępuje uchwały o przeprowadzeniu referendum w sprawach łączenia i podziału gminy.

Zdaniem W. Kręciszka: „Poza zakresem kognicji sądu administracyjnego w sprawach kontroli zgodności z prawem postępowania z wniosku mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego o przeprowadzenie referendum lokalnego nie może pozostawać kwestia kontroli prawidłowości realizacji przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego określonych ustawą warunków (tworzących podstawy) racjonalnego udziału w głosowaniu referendalnym, tj. warunków racjonalnego podejmowania decyzji w sprawach przedstawianych do rozstrzygnięcia w formie pytań referendalnych. W przeciwnym [...] razie sądownoadministracyjna kontrola prawidłowości przebiegu tych postępowań nie mogłaby być uznana za

<sup>30</sup> LEX nr 1217453.

zupełną, a tym samym za skutecznie urzeczywistniającą funkcję gwarancji realizacji przez wspólnotę mieszkańców prawa, o którym mowa w art. 170 Konstytucji.”<sup>31</sup>

W ramach kompetencji określonej w art. 20 ust. 3 ustawy o referendum lokalnym sąd administracyjny może stwierdzić nieważność uchwały odrzucającej wniosek mieszkańców bądź w przypadku niedotrzymania terminu określonego w art. 18 zarządzić przeprowadzenie referendum. Należy mieć na uwadze, że kwestia stosowania prawa, zarówno w postępowaniu administracyjnym, jak i w postępowaniu sądownoadministracyjnym, zawsze wiąże się z potrzebą podjęcia konkretnych działań interpretacyjnych, a w ich rezultacie, z potrzebą zajęcia jednoznacznego i zindywidualizowanego okolicznościami rozpatrywanego przypadku stanowiska odnośnie do kwalifikowania lub oceny ustalonych w danym postępowaniu określonych faktów (zdarzeń, zachowań, zjawisk), jako podpadających albo niepodpadających pod daną normę prawną oraz jako objętych albo nieobjętych zakresem normowania i zastosowania danej normy prawnej. To oznacza, że na podstawie art. 20 ust. 1–4 ustawy o referendum sąd administracyjny, uwzględniając skargę inicjatora referendum i stwierdzając nieważność uchwały, nie może nakazać ponowienia ustawowej procedury w sprawie przeprowadzenia referendum, w tym nie może przywracać terminów określonych w ustawie o referendum lokalnym. Procedura zarządzania referendum lokalnego jest ściśle zdeterminowana ustawowo, zaś ustawodawca wyznaczając w art. 20 ust. 3 sądowi administracyjnemu kierunek rozstrzygnięcia w przypadku uwzględnienia skargi, wskazał *expressis, verbis*, że wyrok uwzględniający skargę inicjatora referendum zastępuje uchwałę w przypadku odrzucenia wniosku mieszkańców, bądź niedotrzymania terminu określonego w art. 18. W ramach kompetencji prowadzącej do „zastępowania” uchwały o przeprowadzeniu referendum sąd administracyjny nie może nakazać ponowienia procedury zarządzania referendum, czy przywracać ustawowych terminów, jak również wydać rozstrzygnięcia jak w przypadku uwzględnienia skargi na bezczynność, czy przewlekłość postępowania, tj. zobowiązującego organ stanowiący do określonego działania (art. 149 § 1 pkt 1 P.p.s.a). W ramach szczególnej kognicji wskazanej w art. 20 ust. 3 ustawy o referendum lokalnym sąd administracyjny nie może kreować nowej sytuacji proceduralnej w zakresie zarządzania referendum lokalnego na wniosek mieszkańców. Rolą sądu, w przypadku uwzględnienia skargi, jest wydanie rozstrzygnięcia na podstawie którego komisarz wyborczy wyda postanowienie o przeprowadzeniu referendum. Podkreślić przy tym trzeba, że wszelkie normy kompetencyjne powinny być interpretowane w sposób ścisły – literalny, co jednocześnie oznacza zakaz dokonywania wykładni rozszerzającej tych norm oraz wyprowadzania kompetencji w drodze analogii. Kształt normy kompetencyjnej powinien być w państwie prawa określony tak precyzyjnie, jak to tylko, na gruncie systemu regulacji stanowiących podstawę przyznania kompetencji, jest możliwe. Oznacza to nie tylko zakaz domniemania kompetencji, czy też przyznawania kompetencji w takich sytuacjach normatywnych, w których brak jest zakazu, ale wiąże się także z nakazem dokonywania rekonstrukcji normy

<sup>31</sup> W. Kręcisz, *Glosa do postanowienia NSA z 30 grudnia 2014 r.*, op. cit., s. 139.



kompetencyjnej (tak z punktu widzenia kolejności zastosowania jak i wpływu na wynik wykładni) przede wszystkim w oparciu o reguły językowe i systemowo-strukturalne, tak aby ograniczyć swobodę decyzyjną w przyznawaniu lub przypisywaniu sobie przez dane podmioty (instytucje, organy) kompetencji głównie, czy tym bardziej wyłącznie, w oparciu o mniej precyzyjne reguły celowościowe czy funkcjonalne.<sup>32</sup>

Wykładnia przepisu art. 20 ust. 3 i 4 musi uwzględniać zarówno *ratio legis* ustawy o referendum w zakresie roli sądu w procedurze zarządzania referendum, jak i cel, jaki chciał zrealizować ustawodawca przyznając wprost mieszkańcom wspólnoty gminnej prawo do wypowiedzania się w drodze referendum gminnego w istotnych dla nich sprawach podziału gminy i ustalenia jej nowych granic, jak również warunków legalnego przeprowadzenia referendum określony w art. 4c ust 1–4 u.s.g. Uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej ustawę o samorządzie gminnym z dnia 26 maja 2011 r. podkreśla rolę ustrojową referendum lokalnego i potrzebę rozszerzenia zakresu spraw poddawanych pod referendum. Rezygnacja przez ustawodawcę ze zmiany art. 20 ust. 3 i 4 ustawy o referendum lokalnym, w sytuacji, gdy celem nowelizacji wprowadzającej do ustawy o samorządzie gminnym przepisów art. 4c, było wzmocnienie praw członków wspólnoty, nie może być rozumiana w sposób, który prowadzi w istocie do naruszenia (ograniczenia) tych praw szczególnie, gdy brak analizy wojewody, o której mowa w art. 4c ust. 3 u.s.g. z powodu inercji rady, uniemożliwia (blokuje) prawo mieszkańców do wypowiedzenia się w kwestii granic gminy.

NSA w wyroku z dnia 21 czerwca 2016 r., II OSK 1236/16 przyjął, uwzględniając treść przepisów ustawy o referendum lokalnym, że to komisarz wyborczy wystąpi do wojewody o dokonanie niezbędnej analizy, o której mowa w art. 4c ust. 1–4 u.s.g. W ramach wykładni operatywnej stwierdził, że zwrot normatywny zawarty w art. 4c ust. 3 u.s.g.: „referendum nie przeprowadza się” oznacza, iż brak „pozytywnej” analizy wojewody uniemożliwi wydanie przez komisarza wyborczego postanowienia o przeprowadzeniu referendum w sprawie podziału gminy lub ustalenia jej granic. W konsekwencji wyrok sądu pierwszej instancji zastępuje uchwałę rady i może stanowić podstawę przeprowadzenia referendum.

## Streszczenie

Konstytucja RP gwarantuje członkom wspólnoty samorządowej prawo bezpośredniego decydowania, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty w tym o odwołaniu pochodzącego z wyborów bezpośrednich organu samorządu terytorialnego. Prawo podmiotowe do decydowania w drodze referendum obejmuje m in. uprawnienie członków wspólnoty samorządowej do zainicjowania referendum.

Ustawa o referendum lokalnym instytucjonalizuje procedurę zarządzania referendum z woli mieszkańców. W tej procedurze przewidziany jest także

<sup>32</sup> Norma kompetencyjna wyznacza zatem sytuację, w której występuje z jednej strony podmiot uzyskujący kompetencję, a z drugiej strony adresat normy kompetencyjnej por. Z. Ziemiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1969, z. 4, s. 9.

udział sądu administracyjnego. Przedmiotem skargi do sądu administracyjnego inicjatora referendum jest bowiem uchwała odrzucająca wniosek mieszkańców o przeprowadzenie referendum, bądź bezczynność organu stanowiącego w zarządzeniu referendum. Organ stanowiący powinien podjąć uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum lub uchwałę o odrzuceniu wniosku mieszkańców nie później niż w ciągu 30 dni od dnia przekazania wniosku przez inicjatora referendum.

Przepisy ustawy o referendum, dotyczące zasad i trybu wnoszenia skargi do sądu administracyjnego, stanowią *lex specialis* w stosunku do postanowień P.p.s.a. dotyczących zasad i trybu wnoszenia skarg do sądu administracyjnego. Wniesienie przez inicjatora referendum skargi do sądu stanowi wyjątek od zasady wnoszenia skargi za pośrednictwem organu, którego działanie, bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania są przedmiotem skargi. Nie jest też wymagane wezwanie organu na piśmie do usunięcia naruszenia prawa.

Wyrok sądu administracyjnego uwzględniający skargę, zastępuje uchwałę rady o przeprowadzeniu referendum, a zatem *ex lege* ma charakter konstytutywny. Jeżeli sąd administracyjny orzeknie, że organ stanowiący podjął wadliwą uchwałę o odrzuceniu wniosku mieszkańców w sprawie przeprowadzenia referendum, bądź, że nie podjął uchwały w terminie 30 dni od dnia przekazania wniosku, to wyrok sądu w tej materii zasadniczo stanowi podstawę do wydania przez komisarza wyborczego postanowienia o przeprowadzeniu referendum z woli mieszkańców.

### **Słowa kluczowe:**

referendum, wniosek mieszkańców, inicjator referendum, uchwała, sąd administracyjny, skarga do sądu, wyrok

## **The role of the administrative court in the process of conducting local referendum**

### **Summary**

The Constitution of the Republic of Poland grants members of a community the right to decide directly, via referendum, on matters regarding the community, including the removal of directly elected organ of the community. The right includes, inter alia, the ability to initiate referendum.

The Local Referendum Act regulates the procedure of initiating referendum at the citizens' application. In this procedure the administrative court also takes part, and this is because both a resolution on rejection of the motion and the organ's inaction towards organizing the referendum can also be the subject of the complaint to this court. The local government unit's legislative organ should adopt a resolution on conducting referendum or on rejection of the citizens' motion no later than 30 days since filing the motion.

The regulations of the Local Referendum Act on rules of filing the complaint to the administrative court are *lex specialis* to the Administrative Courts' Procedure Law Act, regarding filing complaints to administrative court. Filing the complaint to the court is an exception from the rule of filing it via the organ which inaction or protracted procedure conducting is subject of the complaint. Calling the organ to rectify the violation of the law in writing is also not required.

The administrative court's verdict allowing the complaint replaces the resolution on conducting the referendum, therefore is constitutive. If the administrative court rules that the legislative organ made the wrong decision to reject the citizens' motion on conducting the referendum or did not make any decision at all in 30 days, the verdict generally constitutes the ground for conducting the referendum at the application of citizens. [tłumaczenie: dr Michał Zieliński]

**Keywords:**

referendum, citizens' motion, initiating the referendum, resolution, administrative court, complaint, verdict

**Małgorzata Masternak-Kubiak** – dr hab. profesor Uniwersytetu Wrocławskiego, sędzia Naczelnego Sądu Administracyjnego, autorka kilkudziesięciu publikacji poświęconych problematyce prawa ustrojowego i systemu źródeł prawa. Członek zarządu – skarbnik Polskiego Towarzystwa Prawa Konstytucyjnego. Kierownik Podyplomowego Studium Legislacji na Wydziale Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.



**Nina Leśniak-Niedbalec**  
Uniwersytet Zielonogórski  
Wydział Prawa i Administracji

## **Kontrakt zielonogórski – dokument wpływający na połączenie drogą konsensusu społecznego jednostek samorządów terytorialnych miasta Zielona Góra i gminy Zielona Góra**

### **1. Wstęp**

W wyniku reformy administracyjnej w dniu 1 stycznia 1999 r. powstało obecnie istniejące województwo lubuskie. Oprócz powołania 16 województw, reforma przywróciła także zniesione w 1975 r. powiaty, co w konsekwencji doprowadziło m.in. do powstania Miasta Zielona Góra na prawach powiatu<sup>1</sup>. Już w kilka lat po wejściu w życie reformy administracyjnej zaczęły pojawiać się głosy postulujące połączenia Gminy Zielona Góra o statusie miejskim z Gminą Zielona Góra o statusie wiejskim<sup>2</sup>, jednakże nie doprowadziły one do podjęcia żadnych realnych działań w tym kierunku. Dopiero w 2012 r. ówczesny i obecnie sprawujący tę funkcję Prezydent Miasta Zielona Góra Janusz Kubicki zaproponował ponownie połączenie gminy miejskiej z wiejską<sup>3</sup>. Propozycja połączenia obu jednostek samorządu terytorialnego została ujęta w formie „Kontraktu Zielonogórskiego 2015 r.”, który należało postrzegać bardziej jako wstępny projekt połączenia, a nie dokument natury prawnej.

Kontrakt zielonogórski w ostatecznym kształcie nie powstałby, gdyby nie zrodziła się idea połączenia obu jednostek samorządu terytorialnego. Warto więc zastanowić się jakie były główne powody forsowania pomysłu połączenia zarówno przez władze miasta, jak i część mieszkańców. Przyczyn powstania idei połączenia Miasta Zielona Góra z Gminą Zielona Góra należy upatrywać przede wszystkim w ekonomii, która była również głównym motorem działań w przypadku łączenia się innych jednostek samorządu terytorialnego w Polsce<sup>4</sup>. „Brak przestrzeni w miastach na lokalizację nowych przedsięwzięć utrudnia realizację inwestycji publicznych oraz zmniejsza atrakcyjność gospodarczą miasta dla inwestorów zewnętrznych. W konsekwencji, dochodzi do zjawiska przenoszenia ciężaru inwestycyjnego poza granice miast wraz ze wszystkimi płynącymi z tego tytułu korzyściami budżetowymi<sup>5</sup>.” Problem braku terenów inwestycyjnych dotknął także Miasta Zielona Góra, którego władze w pomysłcie połączenia obu jednostek samorządu terytorialnego upatrywały nowych możliwości rozwoju. Możliwość rozwoju dla powiększonego Miasta była także główną przyczyną połączenia Miasta i Gminy podaną przez mieszkańców obu jednostek samorządu

<sup>1</sup> Od autorki – miasto na prawach powiatu jest gminą o statusie miasta, wykonującą zadania powiatu,

<sup>2</sup> Od autorki – w dalszej części artykułu będę się posługiwać zamiennie zwrotami Gmina, Miasto oraz tereny miejskie i wiejskie,

<sup>3</sup> Zob. strona internetowa [http://www.zielona-gora.pl/PL/971/4957/Polaczmy\\_miasto\\_z\\_gmina/#](http://www.zielona-gora.pl/PL/971/4957/Polaczmy_miasto_z_gmina/#)

<sup>4</sup> Przykładowo – zob. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2013 r. w sprawie ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany siedziby władz gminy, Dz. U. 2013 poz. 869

<sup>5</sup> Szerz. zob. A. Kudra, Kryteria zmiany granic miasta, strona internetowa <http://prawodlasamorządu.pl/2014.06.02-kryteria-zmiany-granic-miasta.html>

terytorialnego – zgodnie z raportem „Razem czy osobno? Mieszkańcy miasta i gminy Zielona Góra na temat idei połączenia”<sup>6</sup>

Kolejną ekonomiczną przyczyną podjęcia inicjatywy połączeniowej była zawarta w ustawie zachęta finansowa do łączenia się jednostek samorządu terytorialnego w postaci zwiększenia udziału jednostki powstałej z połączenia we wpływach z podatku dochodowego od osób fizycznych. Zgodnie z nadal obowiązującym przepisem art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego<sup>7</sup> dla gminy (powiatu) powstałej w wyniku połączenia dwóch lub więcej gmin (powiatów), w drodze zgodnych uchwał, wskaźnik udziału we wpływach z podatku dochodowego od osób fizycznych, począwszy od dnia 1 stycznia roku następującego po roku, w którym podjęto decyzję o połączeniu, jest zwiększony o pięć punktów procentowych. Na podstawie przywołanego przepisu Ministerstwo Finansów po dokonaniu zgodnego połączenia miało ustawowy obowiązek zwiększyć o 5 punktów procentowych udział połączonych samorządów we wpływach z podatku dochodowego od osób fizycznych PIT. Jak szacowały władze Miasta Zielona Góra była to kwota ok. 100 mln złotych.

Jak wynika z przywołanego wyżej raportu jako „główną przyczynę pojawienia się pomysłu integracji obu badanych obszarów, respondenci upatrują głównie w rozwoju a przynajmniej zapobieżeniu degradacji Zielonej Góry. Rozwój cywilizacyjny wsi nie ma zdaniem badanych większego znaczenia w tym kontekście”<sup>8</sup>. Do dalszych powodów powstania pomysłu połączenia Miasta i Gminy można zaliczyć stworzenie silniejszej jednostki administracyjnej oraz rozwój cywilizacyjny gminy wiejskiej.

## 2. Sposób uzgodnienia treści – konsultacje społeczne

Idea połączenia obu jednostek samorządu terytorialnego od początku miała swoich zwolenników, jak i przeciwników. Chociaż prognozowane połączenie gminy miejskiej z wiejską mogło przynieść korzyści gospodarcze i społeczne w postaci umożliwienia mieszkańcom Gminy dostępu do infrastruktury Miasta, a mieszkańcom Miasta zapewnienie możliwości ofensywy przestrzennej i urbanistycznej, pomysł połączenia samorządów budził wśród części ludności gminy miejskiej i wiejskiej obawy natury przestrzenno-urbanistycznej, demograficznej i społecznej. Z uwagi na powyższe wątpliwości, jak i regulacje ustawowe stanowiące jak procedura połączenia jednostek samorządu terytorialnego powinna przebiegać<sup>9</sup> władze miasta zdecydowały się przeprowadzić konsultacje społeczne, których wyniki miały zostać zawarte w ramach kontraktu zielonogórskiego.

<sup>6</sup> Zob. K. Lisowski, D. Szaban, Razem czy osobno? Mieszkańcy miasta i gminy Zielona Góra na temat idei połączenia. Raport z badania listopad 2013 r., pełna treść raportu dostępna na stronie internetowej [http://zielonanews.pl/files/upload/raport\\_etap2\\_13\\_11.pdf](http://zielonanews.pl/files/upload/raport_etap2_13_11.pdf)

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego, Dz. U. t.j. z 2015 r. poz. 513 ze zm.

<sup>8</sup> Op. cit. K. Lisowski, D. Szaban, Razem czy osobno? ..., s. 52.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. t.j. 2015, poz. 1515 ze zm.), dalej w skrócie u.s.g.;

Odnosząc się do regulacji ustawowych należy zauważyć, że zmiana granic gmin powinna się odbywać tylko w sytuacjach wyjątkowych i po przeprowadzeniu konsultacji z mieszkańcami. Zgodnie z treścią art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o samorządzie gminnym Rada Ministrów może w drodze rozporządzenia tworzyć, łączyć, dzielić i znosić gminy, a także ustalać ich granice. Artykuł 4a tejże ustawy określa procedurę wydawania rozporządzenia w przedmiocie określonym w art. 4 ust. 1 stanowiąc jednocześnie, iż opinia zainteresowanej rady gminy powinna zostać poprzedzona konsultacjami z mieszkańcami. „Każdorazowo rada gminy przed zajęciem przedmiotowego stanowiska zobowiązana jest do przeprowadzenia konsultacji z mieszkańcami gminy, jednakże ustawodawca nie precyzuje formy w jakiej konsultacje mają się odbyć”<sup>10</sup>. Zatem dopuszczalne prawnie rodzaje konsultacji mogą przybrać postać przedstawienia opinii publicznej diskutowanego problemu w formie zwyczajowo przyjętej (np. sondaże uliczne, sondaże internetowe, ankietowanie), pisemnych opinii organizacji lub osób uznanych za autorytety w sprawie, spotkań dyskusyjnych z różnymi grupami społecznymi, uzgodnień między instytucjami w formie wynikającej z przepisów prawa (np. zgłaszanie uwag do dokumentów), powoływania i działalności rad obywatelskich (dzielnice, osiedla, sołectwa), czy wreszcie warsztatów strategicznych w grupach nominalnych, działających najczęściej metodą „burzy mózgów”<sup>11</sup>.

Problem formy konsultacji był przedmiotem rozważań doktryny<sup>12</sup>, a także został zawarty w orzecznictwie sądów administracyjnych, jak i Trybunału Konstytucyjnego. Ten ostatni wypowiedział się w omawianej kwestii w wyroku z dnia 26 lutego 2003 r.<sup>13</sup>, w którym stwierdził, że „(...) wszędzie tam, gdzie w grę wchodzi tworzenie, łączenie, podział lub znoszenie j.s.t. a zwłaszcza gmin, a także zmiana ich granic przez centralne organy władz publicznych, które poprzedzone być winno opinią organów stanowiących jednostek dotkniętych zmianami i konsultacjami z mieszkańcami – mieszkańcy mają prawo do wyrażenia swego stanowiska w drodze referendum konsultacyjnego. Wynik takiego referendum wiąże, jeśli chodzi o opinię organów stanowiących odpowiednich jednostek samorządowych”. Swoje stanowisko Trybunał Konstytucyjny oparł na treść art. 170 Konstytucji RP<sup>14</sup>, zgodnie z którym członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty oraz pomocniczo o art. 5 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego<sup>15</sup>, zgodnie z treścią którego w sprawach jakiegokolwiek zmiany lokalnych granic terytorialnych odpowiednie wspólnoty lokalne powinny być uprzednio konsultowane, ewentualnie drogą referendum tam, gdzie prawo na to zezwala. W wyżej cytowanym wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził nadto, że „art. 170 Konstytucji statuuje prawa członków

<sup>10</sup> Zob. M. Sobota, B. Jawecki, K. Tokarczyk-Dorociak, *Aspekty prawne zmiany administracyjnej granic gmin* [w:] *Barometr Regionalny*, Nr 4, Wrocław 2012, s. 34.

<sup>11</sup> Szerz. H. Gawroński, *Konsultacje społeczne w samorządzie terytorialnym*, strona internetowa <http://www.samorzad.lex.pl/czytaj/-/artykul/konsultacje-spoeczne-w-samorzadzcie-terytorialnym>

<sup>12</sup> Zob. A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz.*, Warszawa 2010,

<sup>13</sup> Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lutego 2003 r., sygn. akt. K 30/02

<sup>14</sup> Konstytucja RP z 1997 r. (Dz. U. 2009, nr 114, poz. 946 ze zm.)

<sup>15</sup> Europejska Karta Samorządu Terytorialnego, sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r., Dz. U. 1994 nr 124 poz. 607

wspólnoty samorządowej do wyrażania w drodze referendum; zarówno wiążącego, jak i opiniodawczego, lub wreszcie konsultacyjnego – woli pod warunkiem, że jego wynik wpływa na rozstrzygnięcie lub wpływać może kształtująco na rozstrzygnięcie spraw dotyczących danej wspólnoty”.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż konsultacje społeczne przeprowadzane w związku z wdrażaniem procedury połączenia Gminy Zielona Góra z Miastem Zielona Góra były wieloetapowe i niejednorodne. Chronologicznie rzecz ujmując władze samorządowe zdecydowały się najpierw zaprezentować idee połączenia Miasta z Gminą. Następnie rozpoczęto badania sondażowe, a także równoległe do tych działań zaczęto prowadzić kampanię i spotkania informacyjne, utworzono fundusz integracyjny dla wszystkich miejscowości gminnych, zaczęto wydawać informator samorządowy „Łącznik Zielonogórski” oraz rozpoczęto prace nad „Kontraktem Zielonogórskim”, który pierwotnie był tylko zbiorem propozycji Prezydenta Miasta Zielona Góra. W ramach kampanii informacyjnej, która była elementem konsultacji społecznych, został dostarczony do gospodarstw domowych na terenach wiejskich projekt Kontraktu Zielonogórskiego. Następnie w dniu 10 kwietnia 2014 r. Rada Gminy Zielona Góra przyjęła uchwałę<sup>16</sup> w sprawie przeprowadzenia referendum gminnego w sprawie połączenia dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra – na prawach powiatu. Referendum na wniosek mieszkańców zostało przeprowadzone na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 15 w związku z art. 4c usg, który został zresztą dodany w wyniku nowelizacji ustawy w związku z wyżej cytowanym orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 lutego 2003 r. Po przeprowadzonym w dniu 18 maja 2014 r. referendum, w którym mieszkańcy Gminy Zielona Góra opowiedzieli się za przyłączeniem do Miasta<sup>17</sup> władze miejskie przystąpiły do przeprowadzania konsultacji społecznych z mieszkańcami Zielonej Góry. W dniach od 17 do 30 czerwca 2014 r. mieszkańcy Miasta Zielona Góra mogli wyrazić swoją opinię w kwestii połączeniu obu j.s.t. odpowiadając na pytanie, którego treść była identyczna z tą sformułowaną dla potrzeb referendum przeprowadzonego dla mieszkańców terenów wiejskich<sup>18</sup>. Zielonogórzanie mogli wziąć udział w konsultacjach oddając swój głos przez ankieterów lub wrzucając kartę do urn ustawionych w wielu miejskich instytucjach<sup>19</sup>. O takim sposobie przeprowadzenia konsultacji na podstawie art. 5a ust. 1 usg zadecydowała Rada Miasta uchwałą nr LXVII.575.2014<sup>20</sup> odrzucając pomysł przeprowadzenia referendum z uwagi na wysokie koszty przeprowadzenia takowego.

Przeprowadzone konsultacje społeczne w Zielonej Górze wraz z rozstrzygającym

<sup>16</sup> Uchwała Nr XLVIII.391.2014 Rady Gminy Zielona Góra

<sup>17</sup> Mieszkańcy opowiedzieli się wówczas za połączeniem z miastem Zielona Góra. Frekwencja wyniosła 55,18 proc. Za połączeniem było 53,45 proc. głosów ważnych.

<sup>18</sup> W konsultacjach uczestniczyło ponad 32 tys. osób, co stanowi 35 proc. uprawnionych do udziału w wyborach (w Zielonej Górze jest ok. 94,4 tys. wyborców). Za połączeniem obu samorządów opowiedziało się prawie 29 tys. osób, przeciwnych było ok. 3,2 tys.

<sup>19</sup> Szerzej zob. strona internetowa [http://www.zielona-gora.pl/PL/971/5519/Konsultacje\\_spoeczne\\_ws\\_polaczenia\\_Miasta\\_i\\_Gminy\\_Zielona\\_Gora/#](http://www.zielona-gora.pl/PL/971/5519/Konsultacje_spoeczne_ws_polaczenia_Miasta_i_Gminy_Zielona_Gora/#)

<sup>20</sup> Uchwała nr LXVII.575.2014 Rady Miasta Zielona Góra z dnia 27 maja 2014r. w sprawie przeprowadzenia konsultacji z mieszkańcami



wynikiem referendum w Gminie spełniły ustawowy warunek zgodnego połączenia Miasta z Gminą. Pozytywne opinie w sprawie połączenia Miasta Zielona Góra z Gminą Zielona Góra w jeden samorząd terytorialny wyraziły także Rada Miasta Zielona Góra, Rada Gminy Zielona Góra i Rada Powiatu Zielona Góra. Warto w tym miejscu wskazać, że w świetle obowiązującego brzmienia art. 41 ustawy o dochodach jednostek samorządu terytorialnego, nie każde połączenie gmin premiowane jest przez ustawodawcę bonusem ministerialnym. Warunkiem skorzystania z bonusu ministerialnego jest połączenie jednostek samorządu terytorialnego na podstawie „zgodnych uchwał zainteresowanych” gmin. „Użyty w omawianym przepisie zapis „zgodne uchwały” łączących się jednostek wyraża intencję ustawodawcy, by przyznać premię finansową tylko tym jednostkom, które dobrowolnie i wspólnie zainicjowały procedurę zmian terytorialnych tj. złożyły w tym przedmiocie stosowne wnioski. Przy czym, zważywszy na treść przepisów ustaw ustrojowych, przez wniosek o dokonanie połączenia należy rozumieć zarówno uchwałę organu stanowiącego o połączeniu podjętą z jego własnej inicjatywy (poprzedzoną konsultacjami z mieszkańcami), jak i wynik referendum przeprowadzonego w przedmiocie połączenia”<sup>21</sup>.

### 3. Zapisy zawarte w kontrakcie

Treść kontraktu zielonogórskiego od momentu zaproponowania tego dokumentu w 2012 r. przez Prezydenta Miasta Zielona Góra jako elementu wpływającego na połączenie j.s.t. ewoluowała. Początkowo była tylko zbiorem propozycji niesprecyzowanych na tyle, aby zagwarantować ich realizację. Przykładowo władze Miasta Zielona Góra zaproponowały mieszkańcom terenów wiejskich swobodny dostęp do przedszkoli znajdujących się na dotychczasowym terenie miasta. Nadto zgodnie z pierwotnymi zapowiedziami Prezydenta Miasta pracownicy Urzędu Gminy i innych gminnych instytucji mieli mieć zagwarantowane zatrudnienie przez 10 lat. Zauważyć należy, że początkowo żadna z propozycji nie znajdowała oparcia w obowiązujących normach prawnych<sup>22</sup>. Stąd należało pierwotną treść kontraktu traktować w kategoriach propozycji, a nie dokumentu o charakterze prawnym.

Można postawić tezę, że kontrakt, a co za tym idzie zobowiązania w nim zawarte, w znaczący sposób przyczyniły się do osiągnięcia wysokiej frekwencji w przeprowadzonym dla mieszkańców Gminy Zielona Góra referendum, a także uzyskania aprobaty społeczności tychże terenów dla wdrożenia idei połączenia obu j.s.t. Ostateczna treść kontraktu stała się wynikiem wielomiesięcznych konsultacji społecznych, spotkań z różnymi środowiskami społecznymi i zawodowymi oraz z radnymi.

Przechodząc do analizy końcowej treści kontraktu zielonogórskiego możemy stwierdzić, że dokument został podzielony na cztery części dotyczące różnych zagadnień. Pierwsza część odnosi się do dokumentów osobistych i nazw miejscowości. W punkcie

<sup>21</sup> Zob. A. Kudra, Uwarunkowania prawne dla łączenia gmin, artykuł dostępny na stronie internetowej <http://prawodlasamorządu.pl/2015.03.12-uwarunkowania-prawne-laczenia-gmin.html&strona=2>

<sup>22</sup> Od Autorki – mam tu na myśli akty prawa powszechnie obowiązującego, w tym akty prawa miejscowego;

tym władze samorządowe zobowiązały się do pozostawienia dotychczasowych nazw miejscowości znajdujących się na terenie dawnej Gminy Zielona Góra. Również adresy indywidualnych osób i instytucji oraz numery kodów pocztowych miały pozostać niezmienione. Z wyjątkiem dodania przed dotychczasowym adresem członu: Zielona Góra. Zgodnie z ustaleniami zawartymi w kontrakcie mieszkańcy terenów wiejskich po połączeniu obu samorządów nie zostaną prawnie zmuszeni do wymiany dowodów osobistych i dowodów rejestracyjnych pojazdów. Dokumenty te mają zachować ważność do końca terminów na jakie zostały wystawione.

Druga część kontraktu zawiera ustalenia dotyczące podatków i opłat. W tym zakresie zobowiązano się do zrównania obciążeń dotyczących mieszkańców terenów miejskich i wiejskich do takiego samego poziomu. Zapisy kontraktu odnoszą się kolejno do podatku od nieruchomości (budynki mieszkalne, grunt, garaż i budynki gospodarcze), podatku rolnego za grunty gospodarstw rolnych i za pozostałe grunty<sup>23</sup>. W ramach ujednoczenia opłat ceny biletów autobusów MZK obsługujących Gminę Zielona Góra obniżono i zrównano ze stawkami obowiązującymi w mieście<sup>24</sup>. Nadto w kontrakcie zawarto też ustalenia dotyczące opłaty adiacenckiej. Rada Miasta uchwaliła<sup>25</sup> jej obniżenie do wysokości 1%. Zniesiono także opłatę za 10-cio godzinny pobyt dzieci w przedszkolach<sup>26</sup>.

W trzeciej części dokumentu zawarto zapisy dotyczące finansów. W punkcie tym autorzy kontraktu zwrócili uwagę na możliwość wykorzystania tzw. bonusu ministerialnego w wypadku zgodnego połączenia prognozując, że może on w okresie 5 lat wynieść nawet około 100 milionów złotych<sup>27</sup>. Zobowiązano się także do wydatkowania na utworzony specjalnie fundusz integracyjny kwoty 70 milionów złotych pochodzących z wymienionego bonusu ministerialnego oraz kwoty 30 milionów złotych pochodzących z innych środków pozyskanych przez Miasto Zielona Góra<sup>28</sup>. Oprócz opisanych zobowiązań związanych z wydatkowaniem środków finansowych przekazanych do funduszu integracyjnego w kontrakcie znalazły się też postanowienia odnośnie objęcia mieszkańców terenów wiejskich programami: Karta ZGranej Rodziny i ZGrani 50+, z których wynikają konkretne ulgi i udogodnienia dla zielonogórskich rodzin i osób w wieku powyżej 50 lat.

Ostatnia część kontraktu dotyczy inwestycji, remontów i modernizacji. W punkcie tym zawarto dwa zobowiązania – pierwsze w zakresie wybudowania

<sup>23</sup> Uchwała Rady Miasta Zielona Góra nr LVI.465.2013 z dnia 29 października 2013 r. w sprawie określenia wysokości stawek i zwolnień od podatku od nieruchomości,

<sup>24</sup> Uchwała Rady Miasta Zielona Góra LVIII.492.2013 z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie ustalenia cen i opłat za usługi przewozowe, uprawnień do przejazdów ulgowych oraz przepisów taryfowych w komunikacji miejskiej świadczone przez Miejski Zakład Komunikacji w Zielonej Górze,

<sup>25</sup> Uchwała Rady Miasta Zielona Góra nr LI.439.2013 z dnia 25 czerwca 2013 r. w sprawie zmiany wysokości stawki procentowej opłaty adiacenckiej,

<sup>26</sup> Uchwała Rady Miasta Zielona Góra nr LVIII.491.2013 z dnia 26 listopada 2013 r. w sprawie określenia wysokości opłat za korzystanie z wychowania przedszkolnego w publicznych przedszkolach i publicznych innych formach wychowania przedszkolnego prowadzonych przez Miasto Zielona Góra,

<sup>27</sup> Od Autorki – o podstawie prawnej uzyskania tzw. bonusu ministerialnego piszę w punkcie drugim niniejszego artykułu

<sup>28</sup> Uchwała Rady Miasta Zielona Góra nr LXIV.552.2014 z dnia 25 marca 2014 r. zmieniająca Wieloletnią prognozę finansową Miasta Zielona Góra

sieci kanalizacyjnych w miejscowościach należących do terenów wiejskich oraz drugie dotyczące stworzenia sieci dróg rowerowych przy drogach wojewódzkich i powiatowych.

#### 4. Charakter prawny dokumentu

Analizując treść kontraktu i sposób jego przyjęcia w ostatecznej formie przez władze Miasta Zielona Góra można postawić tezę, iż dokument ten zmienił charakter ewoluując od zbioru propozycji w rodzaj aktu prawa miejscowego. Warto przypomnieć, że akty prawa miejscowego zaliczają się do źródeł prawa powszechnie obowiązującego, choć obowiązują wyłącznie na obszarze działania organów, które je wydały (art. 87 ust. 2 Konstytucji RP). Z kolei zgodnie z art. 94 Konstytucji RP do organów, które mogą zostać wyposażone w kompetencję do wydania wspomnianych aktów zalicza się organy samorządu terytorialnego oraz terenowe organy administracji rządowej.

Zgodnie z konstytucyjną zasadą hierarchicznej struktury systemu źródeł prawa<sup>29</sup>, akty prawa miejscowego muszą być zgodne ze wszystkimi aktami powszechnie obowiązującymi. Wydawane są w formie uchwał przez organy uchwałodawcze samorządu terytorialnego. Z kolei zgodnie z konstytucyjną zasadą praworządności, akty prawa miejscowego wydawane są na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie. Zakres ich obowiązywania jest powszechny, ale tylko na terenie działania właściwego organu.

Mając powyższe na uwadze po pierwsze stwierdzić należy, że Rada Miasta Zielona Góra jest organem uchwałodawczym samorządu terytorialnego Gminy Zielona Góra o statusie miejskim będącej jednocześnie miastem na prawach powiatu. Zatem uchwały wydawane przez Radę Miasta Zielona Góra obowiązują na terenie działania tego organu. Po drugie Rada Miasta Zielona Góra może ustanawiać akty prawa miejscowego wyłącznie na podstawie i w granicach upoważnień zawartych w ustawie, a także na zasadach określonych w przepisach tej rangi.

Generalną zasadą jest to, że akty prawa miejscowego stanowione przez organy gminy mają postać uchwały. Jednakże obowiązujące ustawodawstwo nie podaje nam definicji uchwały, a tym bardziej definicji aktu prawa miejscowego. Konstytucja RP „posługuje się tylko ogólną definicją aktów prawa miejscowego. Mimo dużego zróżnicowania tych aktów zarówno pod względem przedmiotowym, jak i podmiotowym (akty organów administracji rządowej, jak i samodzielnych, o zupełnie innej pozycji ustrojowej, organów samorządu terytorialnego). Konstytucja nie wymienia ich nazw rodzajowych. W poszczególnych ustawach, będących podstawą wydawania aktów prawa miejscowego, występują one jako uchwały, zarządzenia lub rozporządzenia porządkowe, miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego itp. Co więcej, samo nazwanie jakiegoś aktu administracji rządowej rozporządzeniem, a aktu organu samorządu terytorialnego uchwałą itp. nie wystarcza do przyjęcia, że mamy do czynienia z aktem prawa miejscowego. Niezbędne są każdorazowe ustalenia,

<sup>29</sup> Szerz. zob. B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015, s. 36.

czy dany akt – mimo swojej specyfiki przedmiotowej lub podmiotowej i takiego, a nie innego stopnia konkretyzacji – jest lub nie jest aktem prawa miejscowego. Tak zróżnicowana wewnętrznie sfera prawotwórstwa wymaga też traktowania w sposób odrębny każdego rodzaju aktu prawa miejscowego przy badaniu, czy mieści się on w wymogach związanych z aktami normatywnymi określonymi w art. 188 pkt. 1–3 i pkt 5 w związku z art. 79 ust. 1 konstytucji<sup>30</sup>.

Kontrakt zielonogórski został przyjęty jako załącznik do Deklaracji Rady Miasta nr LXVI.1.2014<sup>31</sup>, uchwalonej 6 maja 2014 r. Zgodnie z § 4 Deklaracji jej wykonanie powierzono Prezydentowi Miasta Zielona Góra. Podstawą prawną do przyjęcia Deklaracji był § 25 ust. 1 pkt 2 Statutu Miasta Zielona Góra<sup>32</sup>, dający prawo Radzie Miasta do podejmowania oprócz uchwał deklaracji zawierających zobowiązania Rady do określonego postępowania. Warto zauważyć, że w § 25 wymieniono także inne rodzaje aktów, które może stanowić Rada Miasta – są to apele i oświadczenia – jednakże tylko w stosunku do deklaracji przewidziano ich zobowiązujący charakter. Upoważnienie ustawowe do uchwalenia Statutu Miasta Zielona Góra Rada Miasta Zielona Góra uzyskała na podstawie art. 18 ust. 2 pkt. 1 usg, który stanowi, że uchwalenie statutu należy do wyłącznej właściwości rady gminy (w tym wypadku Rady Miasta). Uznać zatem należy deklarację wraz z stanowiącym jej integralną część załącznikiem w postaci kontraktu zielonogórskiego za obowiązujący akt prawa miejscowego.

Ostateczna treść kontraktu została znacznie okrojona w stosunku do pierwotnie projektowanych zobowiązań. Część zapisów została przeniesiona bezpośrednio do Deklaracji Rady Miasta, której kontrakt zielonogórski jest załącznikiem. Takie przemieszanie treści rodzi wątpliwości. Z punktu widzenia prawnego najwięcej zastrzeżeń budzi jednak fakt umiejscowienia treści kontraktu w załączeniu do Deklaracji Rady Miasta. Uchwała (w tym wypadku deklaracja) zgodnie z § 29 w zw. z § 143 zasad techniki prawodawczej<sup>33</sup> może zawierać załączniki, jednakże w załącznikach zamieszczać należy w szczególności wykazy, wykresy, wzory, tabele i opisy o charakterze specjalistycznym, a nie treści merytoryczne<sup>34</sup>, a za takowe należy uznać zapisy kontraktu zielonogórskiego. Takie umiejscowienie zapisów kontraktu jest niezgodne z przyjętymi zasadami techniki prawodawczej i może prowadzić do stwierdzenia przez odpowiedni organ nadzoru nieważności całego aktu prawa miejscowego.

Jeżeli uznać zapisy kontraktu za wiążące zobowiązania prawne, a za takowe prawdopodobnie mieli je mieszkańcy terenów wiejskich i wiejskich podejmując decyzję o wyrażeniu zgody na połączenie obu j.s.t., stwierdzić należy, że Deklaracja

<sup>30</sup> Zob. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 października 2004, sygn. akt. SK 42/02, OTK–A 2004, nr 9, poz. 97

<sup>31</sup> Deklaracja Rady Miasta Zielona Góra z dnia 6 maja 2014 r. nr LXVI.1.2014.

<sup>32</sup> Uchwała nr XXIX/267/04 Rady Miasta Zielona Góra z dnia 31 sierpnia 2004 r. Statut Miasta Zielona Góra (Dz. Urz. Województwa Lubuskiego z 2013 r. poz. 745 – t.j. z późn. zm.)

<sup>33</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz. U. 2002 nr 100 poz. 908

<sup>34</sup> Szerz. zob. rozstrzygnięcie nadzorcze nr NK.I.AKOP.0911–5–12/10 Wojewody Lubuskiego z dnia 30 lipca 2010 r.

Rady Miasta podjęta została w niewłaściwej formie. Natomiast, jeśli uznać, że zapisy kontraktu są niezobowiązującymi oświadczeniami wątpliwości może budzić świadomość mieszkańców co do tego faktu w dniu udziału w referendum, a co za tym idzie jego ostateczny wynik. Biorąc pod uwagę powyższe zastrzeżenia, ostatecznie kontrakt zielonogórski można uznać za zbiór zasad funkcjonowania oddzielnych dotychczas samorządów w jednym organizmie i przyjąć dobrą wolę nowych władz powiększonego Miasta Zielona Góra w realizacji wszystkich punktów zawartych zarówno w Deklaracji, jak i w załączonym do niej kontrakcie zielonogórskim.

### **Streszczenie**

Kontrakt zielonogórski to dokument, który powstał w związku z przeprowadzaną procedurą połączenia Gminy Zielona Góra o statusie miejskim z Gminą Zielona Góra o statusie wiejskim. Jego treść i znaczenie ewoluowało od zbioru propozycji do dokumentu o naturze prawnej. Ostateczne zapisy kontraktu stały się owocem wielomiesięcznych konsultacji, spotkań z różnymi środowiskami społecznymi i zawodowymi oraz z radnymi. W artykule autorka omawia powody, które sprawiły, że obie jednostki samorządu terytorialnego podjęły decyzję o zgodnym połączeniu. Następnie opisuje sposób uzgodnienia treści kontraktu zielonogórskiego wraz z podjętymi formami konsultacji społecznych. Kolejno analizie zostaje poddana treść kontraktu i charakter prawny dokumentu.

### **Słowa kluczowe:**

kontrakt zielonogórski, połączenie, gmina, Zielona Góra, konsultacje społeczne

### **Zielonagóra's Contract – document affecting the merging through consensus of local governments of city Zielona Góra community and Zielonagóra's country community**

### **Summary**

Zielonagóra's Contract is a document, which was created in connection with recently made procedure of merging Zielonagóra's community of city status and Zielonagóra's community of country status. Contract's content and meaning evolved from collection of proposals to document of law nature. Final document was possible thanks to many months of consultations, meetings with councilors, various social and union environments. In the article authoress discuss reasons, which caused that both units of local government made a decision of compliant integration. Authoress describe way of Zielonagóra's Contract agreement with taken forms of social consultation. Sequence analysis has been subjected to the content of the contract and the legal nature of the document.

**Keywords:**

Zielonagóra's Contract, merging, community, Zielona Góra, social consultation

**Nina Leśniak-Niedbalec** – doktor, adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego



## **Bogusław Przywora**

Akademia im. Jana Długosza w Częstochowie  
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

### **Referendum z inicjatywy organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego – uwagi na kanwie referendum lokalnego w istotnych sprawach dotyczących mieszkańców Krakowa z 2014 roku**

#### **1. Wprowadzenie**

Celem niniejszego opracowania jest próba przedstawienia i oceny instytucji referendum przeprowadzanego z inicjatywy organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego. *Ratio legis* instytucji referendum lokalnego jest bezpośrednie wyrażenie stanowiska przez członków społeczności lokalnej (wspólnoty samorządowej), a w konsekwencji podjęcie określonej decyzji w sprawie<sup>1</sup>.

Przy czym referendum, w tym w szczególności lokalne, niejednokrotnie wywołuje wiele kontrowersji i niezmiernie trudno przejść obok niego bez zajęcia stanowiska<sup>2</sup>. Stąd też mając na względzie charakter niniejszego opracowania, z jednej strony uwzględnione zostaną podstawy referendum lokalnego wynikające z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.<sup>3</sup> (dalej: Konstytucja RP) i z ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (dalej: u.r.l.)<sup>4</sup>, z drugiej zaś wytyczne z orzecznictwa zarówno Trybunału Konstytucyjnego (dalej: Trybunał lub TK), jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA), a także aspekty praktyczne na przykładzie referendum w istotnych sprawach dotyczących mieszkańców Krakowa w 2014 roku oraz wyniki z wystąpienia pokontrolnego Najwyższej Izby Kontroli. Stanowić to będzie podstawę do sformułowania wniosków końcowych.

#### **2. Instytucja referendum lokalnego w świetle Konstytucji RP**

Konstytucja RP określa podstawy referendum lokalnego. W świetle art. 170 ustawy zasadniczej, członkowie wspólnoty samorządowej mogą decydować, w drodze referendum, o sprawach dotyczących tej wspólnoty, w tym o odwołaniu pochodzącego z wyborów bezpośrednich organu samorządu terytorialnego. Natomiast ustrojodawca scedował na ustawodawcę zwykłego ustanowienie zasad i trybu przeprowadzania referendum lokalnego. W procesie wykładni tego przepisu kluczowe znaczenie odegrał TK, który poprzez swoje orzecznictwo dookreślił jego

<sup>1</sup> W piśmiennictwie zob. min.: B. Banaszak, *Referendum lokalne*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. B. Banaszak, Warszawa 2008, s. 325; A. Kulig, *Referendum lokalne*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011, s. 217; A. M. Wierzbica, A. Marekwa, R. Marchaj, *Referendum lokalne*, [w:] *Samorząd terytorialny w Polsce i Portugalii. Analiza prawnoporównawcza*, LEX 2015 (dostęp: 22.07.2016).

<sup>2</sup> Por. m.in. A. Bisztyga, *Geneza i charakter prawny instytucji referendum*, Humanistyczne Zeszyty Naukowe Rady Uczelnianej ZSP Uniwersytetu Śląskiego, nr 8/1993, s. 23 i n.; zob. też: B. Bisztyga, *O referendum jako elemencie procesu tworzenia prawa*, [w:] *Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne. Najnowsze kierunki badań*, red. R. M. Małajny, Katowice 2008, s. 226.

<sup>3</sup> Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2016, poz. 400 j.t.

znaczenie. W szczególności podkreślić należy wyrok TK z dnia 26 lutego 2003 r., w którym orzekł, iż art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym, „rozumiany jako nie wyłączający prawa członków wspólnoty samorządowej do wyrażania w drodze referendum stanowiska w istotnych sprawach, dotyczących społecznych, gospodarczych lub kulturowych więzi łączących tę wspólnotę, a nie zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji organów innych władz publicznych, jest zgodny z art. 2 i 170 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 5 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego sporządzonej w Strasburgu dnia 15 października 1985 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607)”<sup>5</sup>. Z punktu widzenia tematu opracowania kluczowe wytyczne sformułował Trybunał w uzasadnieniu tego orzeczenia. Warto zatem wskazać na kilka z nich.

Po pierwsze, zakres referendum lokalnego – na płaszczyźnie konstytucyjnej – wyznaczony jest przez związki, jakie zachodzą między art. 170 i art. 163 Konstytucji RP z jednej strony, jak i art. 170 i art. 169 ust. 1 Konstytucji RP z drugiej. Adresatami art. 170 ustawy zasadniczej są zarówno ustawodawca i organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego (dalej: jednostki samorządowe albo j.s.t.), jak i całe zbiorowości lokalne oraz każdy z obywateli, będący członkiem określonej wspólnoty<sup>6</sup>. Przy czym na ustawodawcy na ustawodawcy spoczywa zarówno obowiązek określania w drodze ustawy zasad i trybu przeprowadzania referendum, jak i powstrzymywania się od działań legislacyjnych, które naruszałoby istotę prawa do wyrażania woli w drodze referendum przez każdego uprawnionego członka wspólnoty samorządowej, natomiast organy j.s.t. mają zapewnić od strony organizacyjnej i prawnej przeprowadzenia takiego referendum oraz podejmowania działań, mających na celu zagwarantowanie realizacji prawa członków społeczności samorządowej do wypowiedzania się w drodze referendum, jak i wspierających inicjatywy polityczne mieszkańców w tym zakresie – jeśli mieszczą się one w porządku prawnym. Powinności te jednak nie mogą doprowadzić do rezygnacji przez organy samorządu terytorialnego z wykonywania przypadających im zadań i obowiązków, poprzez faktyczne scedowanie odpowiedzialności politycznej bezpośrednio na członków wspólnoty<sup>7</sup>.

Po drugie, rozważenia wymaga zwrot z art. 170 ustawy zasadniczej: „... mogą decydować w drodze referendum”. W tym punkcie opatrzenia komentarzem wymagają relacje pomiędzy bezpośrednim sprawowaniem władzy na poziomie lokalnym przez mieszkańców wspólnoty, a sprawowaniem jej za pomocą organów stanowiących i wykonawczych. Artykuł 170 Konstytucji RP mówi zarówno o sprawach mieszczących się w zakresie zadań i kompetencji organów stanowiących i wykonawczych j.s.t., jak i o innych sprawach lokalnych dotyczących tej wspólnoty. Zatem w art. 170 Konstytucji RP jest mowa o sprawach lokalnych, objętych zakresem działań samorządu terytorialnego danego stopnia, zarówno tych mieszczących się, jak i niemieszczących

<sup>5</sup> K 30/02, OTK-A 2003/2/16.

<sup>6</sup> Por. Ewa Olejniczak – Szałowska, *Prawo do udziału w referendum lokalnym, rozważania na tle ustawodawstwa polskiego*, Łódź 2002, s. 70 i n.

<sup>7</sup> K 30/02.



się wprost w zadaniach i kompetencjach jego organów, wyliczonych w odpowiednich ustawach. Przy czym, sprawy lokalne, należące do danego samorządu terytorialnego, jako wspólnoty mieszkańców, wymagające rozstrzygnięcia i odwołujące się do więzi kulturowych, historycznych, gospodarczych wspólnoty są jednak niezmiernie ograniczone. Skoro bowiem samorząd terytorialny powstaje z mocy prawa, to i określenie jego zadań, a przez to i spraw lokalnych następuje niemal wyłącznie w drodze ustawodawstwa pozytywnego. Inaczej mówiąc, samorząd terytorialny nie istnieje bez ustawowo mu przypisanych cech strukturalno-organizacyjnych oraz pewnego wyliczenia zadań jego organów. W kontekście tego zagadnienia należy mieć na względzie, iż zarówno art. 169 ust. 1, jak i art. 170 Konstytucji RP formułują zasady prawne i obydwa przepisy odnoszą się w ogromnej większości do tych samych spraw. Sprawy te wprawdzie są wykonywane za pośrednictwem organów samorządowych, niemniej jednak – co do zasady – mogą być przedmiotem bezpośredniego decydowania przez mieszkańców w drodze referendum. Mając na względzie fakt, iż ogromna większość spraw lokalnych to zarazem publiczne zadania lokalne, to tym samym nie można mówić, iż wykonywanie zadań publicznych o znaczeniu lokalnym za pośrednictwem organów j.s.t. jest rozwiązaniem wyjątkowym. Z drugiej jednak strony nie jest też wyjątkiem konstytucyjnym prawo obywateli do wyrażania swej woli politycznej w drodze referendum, w zakresie spraw lokalnych stanowiących zarazem zadania organów samorządu. Wprawdzie art. 4 ust. 2 Konstytucji RP wymienia najpierw przedstawicielską formę sprawowania władzy przez Naród, zaś art. 169 ust. 1 wyraźnie stanowi, iż pośrednictwo organów stanowiących i wykonawczych dla wykonywania zadań przez samorząd jest konieczne. Jednak we wszystkich sprawach, w których sięgnięcie do lokalnej demokracji bezpośredniej jest niezbędne winno dojść do przeprowadzenia referendum. Pamiętać należy, iż ar. 4 ust. 2 Konstytucji RP stanowi o bezpośrednim sprawowaniu władzy jako równoprawnej formie, używając zwrotu „lub”. W konsekwencji uznać należy, iż mamy do czynienia ze współistnieniem z jednej strony zasady wykonywania zadań samorządowych za pośrednictwem jego organów oraz z drugiej strony zasady bezpośredniego wyrażania woli mieszkańców we wszystkich sprawach, które mają decydujące znaczenie dla danej wspólnoty. Obydwe zasady mają charakter systemowy, stanowiąc podstawę ustroju samorządu terytorialnego. Zasada, iż we wszystkich sprawach dotyczących określonej wspólnoty, mieszkańcy mają prawo decydowania w drodze referendum nie ma zatem charakteru uzupełniającego, jeśli chodzi o sposób sprawowania władzy w samorządzie<sup>8</sup>. Nie odnosi się ona też tylko do spraw marginalnych. Przeciwnie; stanowi ona stały „współczynnik” systemu, pod warunkiem, że wola mieszkańców, co do decydowania o sprawach lokalnych jest wyrażana zgodnie z ogólnym porządkiem konstytucyjnym. To pozwala stwierdzić iż artykuł 170 Konstytucji nie wyklucza całkowicie możliwości przeprowadzenia referendum nawet w sprawach zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji organów stanowiących lub wykonawczych j.s.t. Nie mniej jednak rolę takiego referendum niezmiernie ogranicza art. 169 ust. 1 Konstytucji. W sprawach

<sup>8</sup> K 30/02.

zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji organów j.s.t. mieszkańcy ani z własnej inicjatywy ani z inicjatywy organów nie mogą ich zastępować. Artykuł 170 Konstytucji RP nie należy odczytywać jako wyjątek od art. 169 ust. 1 Konstytucji RP. W tym przypadku mamy dwie zasady, których przedmiot unormowania w znacznej mierze na siebie zachodzi, co nie oznacza, że zasady te powinny ze sobą konkurować, a wręcz przeciwnie, wzajemnie, w sposób harmonijny się uzupełniać. W świetle powyższego można przyjąć, iż zasada bezpośredniego wyrażania woli przez mieszkańców nie może prowadzić do zniesienia instytucji przesądzających o funkcjonowaniu demokracji pośredniej na poziomie lokalnym, a tym samym nie może prowadzić do zniesienia zadań i obowiązków oraz kompetencji organów stanowiących i wykonawczych j.s.t.; zwłaszcza tam, gdzie w grę wchodzi ich wyłączność kompetencyjna. Z drugiej strony należy mieć na względzie, iż od strony czysto funkcjonalnej podmiotami aktywnymi i obowiązwanymi do działania są zawsze organy samorządu, nie zwalnia ich z obowiązku respektowania art. 170 Konstytucji RP wszędzie tam, gdzie konieczne jest odwołanie się do w pełni reprezentatywnie i bezpośrednio wyrażanej woli mieszkańców lub, gdy konieczne jest umożliwienie mieszkańcom wyrażenia woli z własnej inicjatywy. Prawo mieszkańców do bezpośredniego wyrażania swej woli nie może być rozumiane jako wyłączające zasadę pośredniości wykonywania zadań. W takim przypadku pozbawiłoby to znaczenia politycznego wybory radnych oraz wójtów, burmistrzów i prezydentów. Nadto same funkcje np. radnych, członków zarządu, czy też wójtów, burmistrzów i prezydentów stałyby się pozorne. Należy stanowczo podkreślić, iż instytucja referendum nie może zastępować stałego i nieprzerwanego funkcjonowania organów stanowiących i wykonawczych nawet wtedy, gdy członkowie tych organów pragną scedować ciężącą na nich odpowiedzialność polityczną na samych mieszkańców, lub, gdy mieszkańcy z własnej inicjatywy chcą ich pozbawić prawa i obowiązku decydowania o sposobie wykonywania zadań publicznych. A zatem mieszkańcy mogą wyrażać swą wolę bezpośrednio w drodze referendum tylko w sprawach zasadniczych dla tego samorządu, a zarazem takich, które nie są stałym, powtarzalnym, bieżącym wykonywaniem zadań<sup>9</sup>. Zasadnicze sprawy danego samorządu w rozumieniu art. 170 Konstytucji, to sprawy istotne dla tej wspólnoty w zakresie, w jakim dotyczą więzi społecznych, gospodarczych i kulturowych łączących jej mieszkańców, a więc jej tożsamości i przyszłości. Podsumowując tę część należy stwierdzić, iż mieszkańcy mają prawo do wyrażania swej woli w drodze referendum we wszystkich zasadniczych dla tej wspólnoty sprawach, nie wyłączonych z mocy Konstytucji RP – niezależnie, czy sprawy te są zadaniami organów lokalnych, czy też nie<sup>10</sup>.

Po trzecie, art. 170 Konstytucji RP obejmuje wszystkie formy referendum, które kształtują wiążąco lub współkształtują merytorycznie sposób rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej danej wspólnoty. Jest rzeczą oczywistą, iż sięgnięcie do formy referendum, w zakresie spraw mieszczących się w zadaniach i kompetencjach

<sup>9</sup> K 30/02.

<sup>10</sup> K 30/02.

organów danej jednostki, zwłaszcza, gdy inicjatorem referendum są organy j.s.t., winno z natury swojej mieć wiążący charakter. Organy wspólnoty sięgają bowiem do formy referendum w takich przypadkach, w których są do jego przeprowadzenia zobligowane ze względu na wagę sprawy dla istnienia i rozwoju jednostki lub ze względu na nieusuwalne trudności wyboru najbardziej optymalnego rozwiązania – czyli w sprawach zasadniczych dla danej wspólnoty. Scedowanie decyzji bezpośrednio na mieszkańców winno w takich przypadkach mieć nieodwracalny, a przez to w pełni wiążący charakter. Z art. 170 Konstytucji wynika więc istnienie zarówno referendum w pełni wiążących i rozstrzygających sprawę ostatecznie, jak i referendum opiniodawczego lub konsultacyjnego, jeśli tylko mają one moc współkształtowania procesów decyzyjnych, odnoszących się do tej wspólnoty<sup>11</sup>.

Po czwarte, art. 170 Konstytucji RP statuuje prawa członków wspólnoty samorządowej do wyrażania w drodze referendum; zarówno wiążącego, jak i opiniodawczego, lub wreszcie konsultacyjnego – woli pod warunkiem, że jego wynik wpływa na rozstrzygnięcie lub wpływać może kształtując na rozstrzygnięcie spraw dotyczących danej wspólnoty. Nadto zauważyć należy, iż wypowiedź odpowiednich organów stanowiących lub nawet wykonawczych w tej materii nie zawsze może odzwierciedlać wolę mieszkańców. Pełniący funkcję w organach lokalnych są z natury rzeczy zaangażowani w utrzymanie już istniejących struktur. Obowiązek przeprowadzenia referendum nie ma więc charakteru bezwzględnego, lecz jest rozwiązaniem wyraźnie preferowanym przez Konstytucję w art. 15 ust. 2. Obowiązkowe jest natomiast samo wypowiedzenie się – bezpośrednio lub pośrednie społeczności lokalnych – co do zasadniczych zmian podziału terytorialnego kraju ich dotyczących. Dla mieszkańców danej jednostki jej likwidacja odczuwana jest zawsze jako zmiana zasadnicza.

Po piąte, ustawa o referendum lokalnym jest aktem normatywnym właściwym dla tego rodzaju materii i nadaje się również do zastosowania w sprawie przeprowadzania referendum opiniodawczych, czy konsultacyjnych. Choć mówi ona tylko o referendach, których wynik powinien być rozstrzygający (art. 56 u.r.l.), to przecież wynik referendum nie musi być rozumiany jako ostatecznie załatwiający sprawę. W sprawie poddanej pod referendum organ stanowiący obowiązany jest podjąć niezwłocznie czynności w celu jej realizacji (art. 65 u.r.l.), co oznaczać może także wydanie odpowiedniej opinii lub zajęcie odpowiedniego stanowiska – zgodnego z wynikami referendum<sup>12</sup>.

Z punktu widzenia tematu opracowania wartościowe wytyczne dostarcza również orzecznictwo NSA. W tym kontekście szczególne znaczenie ma – stosunkowo niedawno wydany – wyrok NSA z 14 stycznia 2014 r.<sup>13</sup> W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia NSA sformułował kilka interesujących tez. NSA podkreślił, że: „(...) rolą referendum, tak w pełni wiążących i rozstrzygających sprawę ostatecznie, jak i referendum opiniodawczych lub konsultacyjnych, jest współkształtowanie procesów decyzyjnych,

<sup>11</sup> K 30/02.

<sup>12</sup> K 30/02.

<sup>13</sup> II OSK 2988/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>. (dostęp;21.07.2016).

odnoszących się do danej wspólnoty. Mieszkańcy mają zatem prawo wypowiedzania się w zakresie, w jakim postanowienia danej uchwały mogą stanowić materię referendum, zaś wynik tego referendum będzie mógł kształtująco oddziaływać na sposób rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej danej wspólnoty". NSA zwrócił również uwagę, iż: „(...) W orzecznictwie utrwalona jest linia, zgodnie z którą referendum może być przeprowadzone we wszystkich sprawach mieszczących się w zakresie zadań i kompetencji gminy, niezależnie od tego czy sprawa należy do wyłącznej właściwości organu stanowiącego (na marginesie dodać można, że referendum nie może jednak dotyczyć spraw załatwianych w drodze decyzji indywidualnych w ramach sformalizowanej procedury, w którym to zakresie kompetencję posiada organ wykonawczy, bo tych spraw nie można zakwalifikować jako spraw, które mogą podlegać rozstrzygnięciu w drodze referendum)”<sup>14</sup>. W Konsekwencji NSA stanął na stanowisku, iż nie ma zatem racji skarżący, podnosząc zarzut błędnej interpretacji art. 18 ust. 2 pkt 13 u.s.g. w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o referendum lokalnym, „(...) motywując go tym, że sprawy przekazane ustawowo do wyłącznej kompetencji rady gminy nie mogą stanowić przedmiotu referendum. Takie stanowisko prowadziłoby do znacznego zawężenia w sposób nieuprawniony zakresu przedmiotowego referendum i stałoby w rażącej sprzeczności ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonym w wyroku z 26 lutego 2003 r., K 30/02”<sup>15</sup>. Na koniec tej części warto uwzględnić tezę NSA, iż: „(...) co do zasady istnieje możliwość wypowiedzenia się w drodze referendum lokalnego w sprawie uregulowanej już uprzednio aktem prawa miejscowego, który został opublikowany i wszedł w życie. Trzeba jednak przyjąć istnienie wyjątków (...). W doktrynie panuje przekonanie, że nie rozstrzyga się w drodze referendum spraw uregulowanych w uchwale, w stosunku do której ustawa przewidywała (przewiduje) obligatoryjne konsultacje. To stanowisko należy odnieść także do sytuacji, gdy współdziałal członków wspólnoty gminnej w procesie wydawania aktu normatywnego przez organy samorządowe, poprzez konsultacje, został zapewniony. Niezależnie zatem od tego, czy współdziałanie wymagane jest wprost przepisami ustawy (jak np. w procedurze uchwalania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego), czy też organ w procesie stanowienia prawa, bez nałożonego ustawą obowiązku, zwrócił się do wspólnoty samorządowej o wypowiedź w istotnej dla niej kwestii, późniejsze referendum jest zbędne w sytuacji, gdy mieszkańcy już wypowiedzieli się w sprawie będącej przedmiotem uchwały”<sup>16</sup>. W przeciwnym razie „prowadziłoby do pozbawienia konsultacji jakiegokolwiek znaczenia prawnego. Ponowne zwracanie się w tej sprawie do mieszkańców, w sytuacji gdy akt prawa miejscowego został ogłoszony i tym samym obowiązuje, prowadziłoby do zachwiania pewności obrotu prawnego”<sup>17</sup>. W konsekwencji NSA przesądził, iż (...) nie jest dopuszczalne przeprowadzenie referendum w sprawie uregulowanej aktem prawa miejscowego, którego podjęcie poprzedzały konsultacje społeczne, niezależnie od tego, czy ustawa przewidywała

<sup>14</sup> II OSK 2988/13.

<sup>15</sup> II OSK 2988/13.

<sup>16</sup> II OSK 2988/13.

<sup>17</sup> II OSK 2988/13.

obowiązek ich przeprowadzenia<sup>18</sup>.

### **3. Referendum lokalne przeprowadzane z inicjatywy organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego**

Szczegółowe zasady przeprowadzania referendum określone zostały w ustawie o referendum lokalnym. Ukształtowana przepisami tej ustawy tzw. procedura referendalna stanowi w istocie spójną i logiczną całość służącą realizacji celu określonego w art. 170 Konstytucji RP oraz art. 2 ust. 1 u.r.l., tj. zapewnieniu członkom wspólnoty samorządowej warunków do wyrażenia bezpośrednio ich rzeczywistej woli, co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej danej wspólnoty oraz zagwarantowania im możliwości realnego i transparentnego udziału w kierowaniu sprawami publicznymi. Referendum przeprowadza się albo z inicjatywy organu stanowiącego danej jednostki, albo na wniosek mieszkańców<sup>19</sup>.

W świetle art. 2 u.r.l. w referendum lokalnym mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego jako członkowie wspólnoty samorządowej wyrażają w drodze głosowania swoją wolę:

- 1) w sprawie odwołania organu stanowiącego tej jednostki;
- 2) co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy dotyczącej tej wspólnoty, mieszczącej się w zakresie zadań i kompetencji organów danej jednostki;
- 3) w innych istotnych sprawach, dotyczących społecznych, gospodarczych lub kulturowych więzi łączących tę wspólnotę.

Ponadto przedmiotem referendum gminnego może być również:

- 1) odwołanie wójta (burmistrza, prezydenta miasta)<sup>20</sup>;
- 2) samoopodatkowanie się mieszkańców na cele publiczne mieszczące się w zakresie zadań i kompetencji organów gminy.

Zgodnie z art. 9 u.r.l. organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego podejmuje uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum bezwzględną większością głosów swojego ustawowego składu, z zastrzeżeniem art. 5 ust. 1c, tj.

Uchwała taka zawiera:

- 1) pytanie lub pytania referendum albo warianty zaproponowane mieszkańcom jednostki do wyboru;
- 2) termin przeprowadzenia referendum;
- 3) wzór karty do głosowania oraz wzory nakładek na karty do głosowania sporządzonych w alfabecie Braille'a;
- 4) kalendarz czynności związanych z przeprowadzeniem referendum.

<sup>18</sup> II OSK 2988/13.

<sup>19</sup> Por. wyrok NSA z 13 listopada 2012 r., II OSK 2467/2012, LexisNexis nr 5160642, CBOSA; w piśmiennictwie M. Masternak – Kubiak, *Komentarz do art. 170 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz red. M. Haczkowska*, LexisNexis, 2014 (dostęp: 20.07.2016 r.).

<sup>20</sup> Por. B. Przywora, *Referendum lokalne w przedmiocie odwołania wójta – wnioski de lege lata i perspektywy zmian*, [w:] *Pozycja ustrojowa organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego*, red. M. Stec i K. Małyśa – Sulińska, Warszawa 2014, wyd. Wolters Kluwer Polska s. 110 – 128.

W przypadku gdy przedmiotem referendum gminnego jest samoopodatkowanie się mieszkańców na cele publiczne, uchwała rady gminy wskazuje również cel lub cele oraz zasady samoopodatkowania.

Uchwała organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego w sprawie przeprowadzenia referendum podlega ogłoszeniu w wojewódzkim dzienniku urzędowym, przy czym uchwała rady gminy podlega ponadto bezwłocznemu rozplakatowaniu lub ogłoszeniu w inny sposób zwyczajowo przyjęty w danej gminie. Referendum przeprowadza się w dzień wolny od pracy, najpóźniej w 50 dniu od dnia opublikowania uchwały w wojewódzkim dzienniku urzędowym. Natomiast jeśli wojewoda wydał rozstrzygnięcie nadzorcze stwierdzające nieważność uchwały w sprawie przeprowadzenia referendum, w przypadku uwzględnienia przez sąd administracyjny skargi złożonej na to rozstrzygnięcie, referendum przeprowadza się w dzień wolny od pracy, najpóźniej w 50 dniu od dnia uprawomocnienia się wyroku sądu administracyjnego. W tym przypadku organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego podejmuje uchwałę w sprawie aktualizacji kalendarza czynności (art. 10 u.r.l.).

Z punktu widzenia każdego referendum kluczowe znaczenie ma kwestia jego ważności i skuteczności. Dochodzimy do istotnego zagadnienia tzw. progów frekwencji uprawnionych do udziału w referendum od wystąpienia których uzależnia się moc wiążącą referendum. *De lege lata* referendum jest ważne, jeżeli wzięło w nim udział co najmniej 30% uprawnionych do głosowania. Natomiast wyjątkiem jest referendum w sprawie odwołania organu jednostki samorządu terytorialnego pochodzącego z wyborów bezpośrednich. Jest ono ważne w przypadku, gdy udział w nim wzięło nie mniej niż 3/5 liczby biorących udział w wyborze odwoływanego organu (art. 55 u.r.l.). Wynik referendum jest rozstrzygający, jeżeli za jednym z rozwiązań w sprawie poddanej pod referendum oddano więcej niż połowę ważnych głosów. Wyjątkiem w tym zakresie jest wynik referendum gminnego w sprawie samoopodatkowania się mieszkańców na cele publiczne. Ustawodawca przyjął, iż jest rozstrzygający, jeżeli za samoopodatkowaniem oddano co najmniej 2/3 ważnych głosów. (art. 56 u.r.l.). Z uwagi na temat opracowania skoncentruję się na pierwszym progu frekwencyjnym. Z przywołanego wyżej przepisu wynika, iż samo osiągnięcie progu trzydziestoprocentowego skutkuje ważnością referendum. Liczą się wszystkie osoby uczestniczące w referendum, bez względu na to, czy głos przez nie oddany jest ważny, czy nieważny. Sam sposób oddania głosu nie ma tutaj żadnego znaczenia. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na to, czy frekwencja jest wyznaczana przez liczbę wydanych kart do głosowania, czy też liczbę kart ważnych wyjętych z urn wyborczych. Nie ulega wątpliwości, iż liczba ta może być różna, szczególnie jeśli osoba uprawniona do głosowania pobrała kartę, ale nie wrzuciła jej do urny. Kwestie te przesądza art. 59 ust. 1 pkt 5 u.r.l. – to właśnie liczba kart ważnych wyznacza liczbę osób uczestniczących w głosowaniu. Przyjęte rozwiązanie należy pozytywnie ocenić z punktu widzenia bezpieczeństwa głosowania, ponieważ mogłyby rodzić się pokusy nielegalnego podnoszenia frekwencji wyborczej przez oznaczanie na spisach osób

uprawnionych pobrania karty przez niektóre osoby, które faktycznie nie głosowały. Wymóg sumowania kart wymaga już nie tylko jednego, ale dwóch kroków związanych z takimi działaniami, mającymi na celu sfalszowanie wyników głosowania<sup>21</sup>.

Brak jest w piśmiennictwie jednoznacznego stanowiska co do wysokości progu, którego przekroczenie skutkuje ważnością referendum. Mając na względzie aktywność obywatelską w Polsce i średni udział w głosowaniach, można stwierdzić, że trzydziestoprocetowa bariera nie jest łatwa do przekroczenia, szczególnie w większych gminach, powiatach czy województwach, z drugiej strony pojawiają się głosy, że tak określony wymóg frekwencji jest dość niski<sup>22</sup>. Dostrzec można jeszcze jeden kierunek – odejście od progu frekwencji, bowiem obowiązywanie progów frekwencyjnych powoduje to, iż „(...) głosy nie uczestniczących w referendum są liczone jako głosy udzielających odpowiedzi negatywnej. A przecież nieuczestniczenie w referendum nie jest tożsame z udzielaniem odpowiedzi negatywnej. Stąd też przypisywanie identycznych skutków tym dwóm odmiennym zachowaniom uważam za nieuzasadnione”<sup>23</sup>. Ponadto istnienie progów frekwencyjnych stawia w korzystniejszej sytuacji zwolenników udzielenia w referendum odpowiedzi negatywnej, bowiem wystarczy, że nie wezwą udziału w referendum, a ich głosy i tak zostaną policzone zgodnie z ich wolą<sup>24</sup>. Stanowisko to wydaje się być najbardziej przekonujące, choć wymaga poważnej debaty na forum politycznym, w celu kształtowania świadomości obywatelskiej.

Jeżeli referendum zakończy się wynikiem rozstrzygającym w sprawie poddanej pod referendum, właściwy organ jednostki samorządu terytorialnego niezwłocznie podejmie czynności w celu jej realizacji (art. 65 u.r.l.).

#### **4. Aspekty praktyczne referendum lokalnego z inicjatywy organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego na przykładzie referendum w istotnych sprawach dotyczących mieszkańców Krakowa w 2014 roku**

Rada Miasta Krakowa dnia 1 kwietnia 2014 r. przesądziła – uchwałą nr CI/1553/14 – o przeprowadzeniu referendum lokalnego w istotnych sprawach dotyczących mieszkańców Krakowa<sup>25</sup> (zmieniona uchwałą Nr CII/1555/14 Rady Miasta Krakowa z dnia 9 kwietnia 2014 r.). Ustalono się następującą treść pytań w referendum:

1. Czy jest Pani/Pan za zorganizowaniem i przeprowadzeniem przez Kraków Zimowych Igrzysk Olimpijskich w 2022 roku?
2. Czy jest Pani/Pan za budową metra w Krakowie?

<sup>21</sup> W piśmiennictwie: P. J. Uziębło, *Komentarz do art.55 ustawy o referendum lokalnym*, [w:] *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, red. P. J. Uziębło, Oficyna, 2007 (dostęp: 22.07.2016), por też: B. Dauter, *Komentarz do art. 55 ustawy o referendum lokalnym*, [w:] *Ustawa o referendum lokalnym. Komentarz*, red. K.W. Czaplicki, B. Dauter, A. Kisielewicz, F. Rymarz, ABC, 2007 (dostęp: 22.07.2016).

<sup>22</sup> P. J. Uziębło, *Komentarz ...*, op. cit. i przywoływany tam M. Jabłoński, *Uwagi o referendum gminnym*, *Prawa Człowieka, Humanistyczne Zeszyty Naukowe* 1997, nr 4, s. 77.

<sup>23</sup> A. Bisztyga, *O referendum...*, s. 242.

<sup>24</sup> Ibidem.

<sup>25</sup> Dz. Urz. Woj. Małopolskiego poz. 2136 i 2166; uchwała znajduje się także na stronie internetowej: <http://www.bip.krakow.pl/plik.php?zid=116882&wer=0&new=t&mode=shw> (dostęp: 20.07.2016 r.).

3. Czy jest Pani/Pan za stworzeniem w Krakowie systemu monitoringu wizyjnego, którego celem byłaby poprawa bezpieczeństwa w Mieście?
4. Czy zdaniem Pani/Pana w Krakowie powinno się budować więcej ścieżek rowerowych?

Kalendarz czynności wyborczych związanych z przeprowadzeniem referendum lokalnego w dniu 25 maja 2014 r. o którym mowa w niniejszej uchwale określa załącznik nr 1 do uchwały. Natomiast wzór i treść karty do głosowania określa załącznik nr 2 do niniejszej uchwały, a wzór nakładki na kartę do głosowania sporządzony w alfabecie Braille'a określa załącznik nr 3 do niniejszej uchwały.

Przedmiotem tej części artykułu będą w szczególności kwestie związane z pierwszym pytaniem referendalnym dotyczącym organizacji Zimowych Igrzysk Olimpijskich w 2022 r. (dalej: ZIO 2022), które było najistotniejsze. W tym zakresie warto zwrócić uwagę na interesujące spostrzeżenia M. Rulki<sup>26</sup>. Autor podkreśla, iż w treści pytania jest mowa o „zorganizowaniu”, gdyż celem inicjatorów referendum było uzyskanie opinii mieszkańców w sprawie tego, czy Kraków powinien kontynuować ubieganie się o organizację ZIO 2022, oraz „przeprowadzeniu”, gdyż mieszkańcy mieli się odnieść również do tego, czy popierają przeprowadzenie na terenie miasta zawodów sportowych w ramach ZIO 2022. Tym samym Autor wskazuje na niezręczność takiego sformułowania pytania wobec istniejących jeszcze przed przeprowadzeniem referendum koncepcji zorganizowania ZIO 2022 w Zakopanem zamiast w Krakowie i poddaje w wątpliwość, „czy gdyby zamiast Krakowa chęć organizacji ZIO 2022 zgłosiło Zakopane lub inne polskie miasto, to negatywny wynik referendum dotyczyłby również przeprowadzenia w Krakowie zawodów sportowych w ramach ZIO organizowanych przez inne miasto?” Wydaje się, że nie, gdyż pytania dotyczyły tylko tego, czy Kraków powinien być organizatorem ZIO 2022, jedynie zaś uzupełniająco wskazano w treści pytania na przeprowadzenie zawodów, które nieodłącznie są związane z organizowaniem przez miasto Igrzysk Olimpijskich<sup>27</sup>.

Tytułem wprowadzenia do tego tematu należy syntetycznie wskazać na zasady ubiegania się o organizację igrzysk olimpijskich określa Międzynarodowy Komitet Olimpijski (fr. *Comité International Olympique*, CIO; ang. *International Olympic Committee*, IOC). W świetle obowiązujących regulacji (m.in. Karta Olimpijska oraz Procedura Akceptacji Kandydatów 2022) zgłoszenie do organizacji ZIO powinno być złożone przez właściwe władze publiczne zgłaszającego miasta wraz z zatwierdzeniem przez Narodowy Komitet Olimpijski (tj. Polski Komitet Olimpijski, PKOl). Ponadto niezbędne jest przedłożenie dokumentu wskazującego, że rząd kraju zgłaszającego zapewni postępowanie zgodnie z Kartą Olimpijską. Zakłada się również – co do zasady – iż wszystkie zawody sportowe będą rozgrywane w mieście organizującym Igrzyska Olimpijskie. Możliwe jest jednak, że Komitet Wykonawczy MKOl wyrazi zgodę na organizację określonych konkurencji w innych miastach lub na innych obiektach

<sup>26</sup> M. Rulka, *Referendum w sprawie organizacji przez Kraków Zimowych Igrzysk Olimpijskich w 2022 r.* Samorząd Terytorialny 5/2015, s. 56 i n.

<sup>27</sup> M. Rulka, *Referendum...*, s. 56.



usytuowanych w tym samym kraju. Ponadto w wyjątkowych sytuacjach, z powodów geograficznych lub topograficznych niemożliwe jest zorganizowanie określonych konkurencji lub dyscyplin sportowych w kraju miasta gospodarza, MKOl może wydać zgodę na ich przeprowadzenie w sąsiednim kraju. Należy zatem stwierdzić, że organizatorem nie jest państwo czy też region, w którym są przeprowadzane ZIO, jedynie zaś miasto. Jeśli chodzi o poparcie społeczne dla przeprowadzenia ZIO 2022, to MKOl w Procedurze Akceptacji Kandydatów 2022 wskazuje jedynie, że jeżeli przeprowadzenie referendum w sprawie organizacji ZIO 2022 jest wymagane przez prawo, to powinno ono zostać przeprowadzone przed wyborem miast-kandydatów, jego zaś wyniki dostarczone MKOl<sup>28</sup>.

W celu realizacji w Małopolsce ZIO „Kraków 2022” samorządy terytorialne – na poziomie różnych szczebli – podejmowały uchwały o przystąpieniu do organizacji tego przedsięwzięcia. I tak, Zarząd Województwa Małopolskiego 16 października 2012 r. podjął uchwałę w sprawie przyjęcia deklaracji o przystąpieniu Województwa Małopolskiego do organizacji w Małopolsce ZIO „Kraków 2022”, a 24 października 2012 r. Rada Miasta Krakowa podjęła uchwałę w sprawie wyrażenia woli podjęcia działań w ramach procesu aplikacyjnego w celu wyboru Krakowa jako miasta gospodarza ZIO w 2022 r. Z racji tego, iż Kraków nie był w stanie zorganizować wszystkich zawodów sportowych przewidzianych programem ZIO 2022, konieczne okazało się wsparcie innych samorządów, w tym również partnera zagranicznego. I tak na podstawie stosownych uchwał organów do projektu organizacji ZIO 2012 w Krakowie dołączyły: powiat nowotarski, Miasto Oświęcim, Miasto Zakopane, Słowacja, gmina Kościelisko, gmina Bukowina Tatrzańska i Miasto Katowice. Sejm RP zaś podjął uchwałę w sprawie przyznania Krakowowi roli gospodarza Zimowych Igrzysk Olimpijskich 2022 r. i Zimowych Igrzysk Paraolimpijskich 2022 r.<sup>29</sup>. W ramach przygotowania wniosku aplikacyjnego 24.10.2013 r. w Krakowie zostało zarejestrowane stowarzyszenie jednostek samorządu terytorialnego: Komitet Konkursowy Kraków 2022, a członkami założycielami były: Gmina Miejska Kraków, Województwo Małopolskie i Miasto Zakopane. Następnie 7.11.2013 r. Kraków oficjalnie został zgłoszony przez PKOl jako miasto ubiegające się o zorganizowanie XXIV Zimowych Igrzysk Olimpijskich. Termin zgłaszania kandydatur upłynął 14.11.2013 r. Z kolei 4.10.2013 r. uiszczono bezzwrotną opłatę do MKOl w wysokości 150.000 USD. Dnia 13.03.2014 r. PKOl przekazał do MKOl oficjalne zgłoszenie Krakowa wraz z listami gwarancyjnymi. W dalszej kolejności rozpoczęły się konsultacje społeczne dotyczące koncepcji organizacji Zimowych Igrzysk Olimpijskich i Paraolimpijskich w 2022 r.<sup>30</sup> oraz udziału Krakowa w staraniach o organizację Zimowych Igrzysk Olimpijskich oraz Paraolimpijskich<sup>31</sup>. Wreszcie

<sup>28</sup> M. Rulka, *Referendum...* s. 57.

<sup>29</sup> M. Rulka, *Referendum...* s. 58.

<sup>30</sup> Uchwała nr XCVI/1435/14 Rady Miasta Krakowa z 29.01.2014 r. w sprawie przeprowadzenia konsultacji społecznych z mieszkańcami Gminy Miejskiej Kraków dotyczących koncepcji organizacji Zimowych Igrzysk Olimpijskich i Paraolimpijskich w 2022 r.

<sup>31</sup> Uchwała nr XCVI/1434/14 Rady Miasta Krakowa z 29.01.2014 r. w sprawie przeprowadzenia konsultacji z mieszkańcami Gminy Miejskiej Kraków dot. udziału Krakowa w staraniach o organizację Zimowych Igrzysk Olimpijskich oraz Paraolimpijskich.

pod koniec marca 2014 r. Prezydent Krakowa poinformował, że skieruje do Rady Miasta Krakowa projekt uchwały ws. przeprowadzenia referendum, uzasadniając to kontrowersjami wobec koncepcji organizacji ZIO 2022 w Krakowie, a jednocześnie deklarując że wiążący wynik referendum będzie stanowił wyznacznik dla władz miasta, co do podejmowania dalszych kroków w procedurze aplikacyjnej. W razie kiedy referendum nie okaże się ważne ze względu na liczbę osób biorących w nim udział, to zobowiązał się do złożenia w ręce rządu RP decyzji o dalszych losach Krakowa jako potencjalnego gospodarza ZIO w 2022 r<sup>32</sup>.

Wysoce dyskusyjny jest też termin referendum, który zaplanowany został na 25.05.2014 r., tj. ten sam dzień co wybory do Parlamentu Europejskiego. Referendum zostało przeprowadzone w terminie wymaganym przez MKOl, tj. przed dniem wyselekcjonowania spośród zgłoszonych kandydatur miast, którym zostaje nadany oficjalny status miasta-kandydata, tj. przed 14.07.2014 r. Przy czym Kraków na tle innych miast i regionów, które rozważały ubieganie się o organizację ZIO 2022 zdecydował się późno na przeprowadzenie referendum w tej sprawie. Wydaje się, iż referendum w sprawie ZIO 2012 powinno być rozważane w początkowym stadium kandydatury i podjęte ustalenia należało zachować do zakończenia procedury aplikacyjnej. Natomiast sytuacja w której mieliśmy w Krakowie do czynienia, tj. podjęcie przez radę gminy na wniosek organu wykonawczego decyzji w sprawie przeprowadzenia referendum po poniesieniu znacznych kosztów nie może być racjonalnie uzasadniana<sup>33</sup>. Ewentualna inicjatywa przeprowadzenia referendum w tak późnej fazie aplikacji o ZIO 2022, kiedy to zostały już wydatkowane znaczne środki pieniężne, mogła zostać podjęta wyłącznie przez mieszkańców Krakowa<sup>34</sup>.

Podejmując próbę oceny wyboru terminu przeprowadzenia referendum na 25.05.2014 r., tj. ten sam dzień, na który zostały zaplanowane wybory do Parlamentu Europejskiego należy zwrócić uwagę na kilka kwestii. Po pierwsze, w ustawodawstwie brak jest przepisów zakazujących wspólnego przeprowadzania wyborów (referendów). Po drugie, kluczowe znaczenie ma aspekt finansowy, bo w pewnej mierze może doprowadzić do pewnych oszczędności w wydatkowaniu środków publicznych. Wreszcie po trzecie, ponieważ w połączeniu obu głosowań można doszukiwać się zwiększenia szansy na wiążący charakter referendum. Dostrzec należy jednak pewne rozbieżności, a w szczególności na fakt, że wybory mają charakter wiążący niezależnie od tego, ile osób uda się do urn wyborczych, podczas gdy w części referendum ogólnokrajowych i w każdym referendum lokalnym

<sup>32</sup> Harmonogram działań syntetycznie przedstawiam za M. Rulka, *Referendum...*, s. 58.

<sup>33</sup> NIK ocenia, że środki w wysokości 8,22 mln zł, jakimi dysponowała Gmina Miejska Kraków na organizacji Igrzysk Olimpijskich i Paraolimpijskich w 2022 r. zostały wydatkowane zgodnie z zawartymi umowami, w tym umową z dnia 28 lutego 2014 r. z Ministrem Sportu i Turystyki dotyczące dotacji celowej w wysokości 3,97 mln zł, jak również prawidłowo i rzetelnie udokumentowane. Zastrzeżenia NIK budzi część z rozliczeń (jakich Gmina ostatecznie dokonała z firmą Event Knowledge Services S.A., która wybrana została do obsługi i wsparcia procesu ubiegania się organizacją igrzysk (6,2% wydatków) – wystąpienie pokontrolne NIK nr LKR 4113 – 003 – 01/2014; D/14/510, kontrola nt. „Wykorzystanie środków publicznych w związku z ubieganiem się przez miasto Kraków wspólnie z regionem tatrzańskim o przyznanie roli gospodarza Zimowych Igrzysk Olimpijskich i Paraolimpijskich w 2022”. <https://www.nik.gov.pl/kontrola/wyniki-kontroli-nik/> (dostęp: 21.07.2016).

<sup>34</sup> M. Rulka, *Referendum...*, s. 60.

dla wiążącego charakteru głosowania potrzebna jest określona frekwencja wyborcza. Wymóg frekwencyjny w referendum jest uważany za dopuszczalny ze względu na zagrożenie, że do decyzji mieszkańców zostanie pozostawiona partykularna kwestia dotycząca w gruncie rzeczy wąskiej grupy mieszkańców, szczególnie gdy prawo używa klauzul generalnych, określając przesłanki przeprowadzenia tej formy demokracji bezpośredniej. W konsekwencji przeprowadzenie wyborów i referendum w tym samym dniu głosowania może powodować wypaczenia realnego zainteresowania mieszkańców danej wspólnoty lokalnej problemem poddanym pod głosowanie w referendum<sup>35</sup>.

Wreszcie pozostaje problem słuszności ustalonego terminu przeprowadzenia referendum w razie zbiegu z konsultacjami społecznymi, jak miało to miejsce w krakowskim przypadku. Konsultacje społeczne zostały zaplanowane na okres od 14.03.2014 r. do końca maja 2014 r., czyli po dniu przeprowadzenia referendum. Mając na względzie wskazane wyżej wytyczne NSA należy przyjąć stanowisko, iż jeżeli władze lokalne decydują się na przeprowadzenie konsultacji społecznych, to powinno to oznaczać, że rezygnują z przeprowadzenia w tej samej sprawie, przynajmniej w najbliższym okresie referendum lokalnego. W przeciwnym razie prowadziłyby do pozbawienia konsultacji jakiegokolwiek znaczenia prawnego.

Na koniec należy wskazać na efekt referendum. Mianowicie, w referendum uzyskano następujące wyniki poparcia na poszczególne pytania:

1. Czy jest Pani/Pan za zorganizowaniem i przeprowadzeniem przez Kraków Zimowych Igrzysk Olimpijskich w 2022 roku? głosów na „TAK” – 62453 (30,28%), głosów na „NIE” – 143796 (69,72%)
2. Czy jest Pani/Pan za budową metra w Krakowie? głosów na „TAK” – 112856 (55,11%), głosów na „NIE” – 91939 (44,89%)
3. Czy jest Pani/Pan za stworzeniem w Krakowie systemu monitoringu wizyjnego, którego celem byłaby poprawa bezpieczeństwa w Mieście? głosów na „TAK” – 142772 (69,73%), głosów na „NIE” – 61969 (30,27%)
4. Czy zdaniem Pani/Pana w Krakowie powinno się budować więcej ścieżek rowerowych? głosów na „TAK” – 175033 (85,20%), głosów na „NIE” – 30398 (14,80%)

Przy czym należy podkreślić dość wysoką frekwencję, która wyniosła 35,96%, co oznaczało, że referendum jest ważne<sup>36</sup>. Zatem w związku z obowiązkiem niezwłocznego podjęcia czynności mających na celu wykonanie woli wyborców. Rada Miasta Krakowa przyjęła uchwałę o rezygnacji z ubiegania się o organizację zimowych igrzysk olimpijskich i paraolimpijskich w 2022 r. Dokument ten przekazano do Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego, co ostatecznie zakończyło starania Krakowa o organizację ZIO.

<sup>35</sup> Ibidem..., s. 61.

<sup>36</sup> [https://www.bip.krakow.pl/?dok\\_id=60751](https://www.bip.krakow.pl/?dok_id=60751) (dostęp: 20.07.2016 r.).

## 6. Wnioski i refleksje końcowe

Konstytucja RP formułuje podstawy przeprowadzania referendum lokalnego, cedując na ustawodawcę zwykłego obowiązek wprowadzenia szczegółowych regulacji prawnych w tym zakresie. Jak słusznie podkreśla P. Sarnecki, „referendum lokalne w ramach wspólnoty samorządowej, podobnie jak referendum ogólnokrajowe, (...) posiada charakter uzupełniający, uzupełniając podstawowy mechanizm realizacji ich zwierzchnictwa narodowego (we wspólnotach samorządowych) – realizacji uczestnictwa w sprawowaniu władzy publicznej, jaki stanowią organy przedstawicielskie”<sup>37</sup>. Powyższy przykład referendum z inicjatywy organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego dotyczy istotnych spraw mieszkańców Krakowa zarówno pod względem społecznym, gospodarczym jak i kulturowym. Jest to również przykład referendum ważnego, wywołującego określone skutki prawne. Na tle przedstawionego powyżej przykładu można sformułować następujące wnioski.

Po pierwsze, odpowiednie korzystanie z instytucji referendum może być postrzegane jako „(...) środki łagodzenia napięcia podziałów w relacji rządzący – rządzeni”, a praktyczne jej wykorzystanie „(...) może służyć zacieraniu różnic między rządzącymi a rządzonymi i zawsze oznacza rzeczywiste upodmiotowienie jednostek w procesie tworzenia prawa”<sup>38</sup>.

Po drugie, organy ustawodawcze powinny z dużą powściągliwością podejmować decyzję o przeprowadzeniu referendum połączonym z wyborami ogólnopolskimi, bowiem, może powodować to do wypaczenia realnego zainteresowania mieszkańców danej wspólnoty lokalnej problemem poddanym pod głosowanie w referendum.

Po trzecie, w przypadku, kiedy władze samorządowe podejmują decyzję o przeprowadzeniu konsultacji społecznych, to nie powinny w tej samej sprawie, przynajmniej w najbliższym okresie sięgać do instytucji referendum lokalny, bowiem prowadzi do pozbawienia konsultacji jakiegokolwiek znaczenia prawnego.

Po czwarte, w razie ubiegania się w przyszłości przez jedno z polskich miast o organizację Igrzysk Olimpijskich, byłoby wskazane postawienie przez władze państwowe, których poparcie jest niezbędne dla złożenia wniosku aplikacyjnego, obowiązku udokumentowania (najlepiej wynikiem referendum) poparcia jego mieszkańców idei organizacji tej imprezy sportowej<sup>39</sup>.

Po piąte, należy podjąć dyskusję na forum publicznym nad zniesieniem z polskiego porządku publicznego bariery ograniczającej znaczenie instytucji referendum jaką są niewątpliwie progi frekwencyjne, od osiągnięcia których uzależnia się skuteczność prawną wyniku referendum<sup>40</sup>.

Referendum to przykład legalnej formy demokracji bezpośredniej stanowiący istotny element nowoczesnego modelu zarządzania publicznego. Z drugiej strony

<sup>37</sup> P. Sarnecki, *Komentarz do art. 170 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* t. 5, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 1.

<sup>38</sup> Podobnie A. Bisztyga, *O referendum...*, s. 245.

<sup>39</sup> M. Rulka, *Referendum...*, s. 65.

<sup>40</sup> Podobnie A. Bisztyga, *O referendum...*, s. 244.

omawiane referendum stanowiło o wzmocnieniu partycypacji obywatelskiej w rozwiązywaniu bieżących problemów stojących przed krakowską wspólnotą. Referendum to pokazuje również, iż włączenie społeczeństwa w proces decyzyjny może stanowić skuteczne instrumentarium realizowania przez mieszkańców polityki lokalnej, a w konsekwencji budowy społeczeństwa obywatelskiego oraz lepsze urzeczywistnienie idei samorządności. Przykład ten ilustruje dobrze to, iż dla społeczeństwa obywatelskiego istotne znaczenie mają modele administracji responsywnej i refleksyjnej<sup>41</sup>, pochodzące z kultury angloamerykańskiej, tj. administracji reagującej, odpowiadającej (łac. *responso* – odpowiadać) na potrzeby w zakresie rozwoju wspólnoty samorządowej, czy odzwierciedlającej (łac. *reflecto* – zwrócić wstecz, odbijać) oczekiwania społeczne. W koncepcjach tych chodzi o to aby w procesie podejmowania rozstrzygnięć administracja publiczna, w tym w szczególności na poziomie lokalnym, nie tylko akcentowała swoją autonomię i działanie na podstawie i w granicach prawa, ale także winna dążyć do reagowania – w sposób możliwie efektywny – na problemy społeczne<sup>42</sup>, wykorzystując różne instrumenty prawne, w tym chociażby instytucję referendum. Wtedy będziemy mogli mówić o realizacji konstytucyjnych zasad o których mowa w preamule do Konstytucji RP: iż „działaniu instytucji publicznych należy zapewnić rzetelność i sprawność, tj. że administracja jest zdolna do nie tylko do dostrzegania, ale i rozwiązywania problemów społecznych. Do administracji publicznej pozostaje zaś wybór metod narzędzi które pozwolą osiągnąć ten ten.

## Streszczenie

W niniejszym opracowaniu podejmuję próbę przedstawienia i oceny instytucji referendum przeprowadzanego z inicjatywy organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego w świetle ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym. W opracowaniu uwzględniono także dane statystyczne w zakresie referendum lokalnego w istotnych sprawach dotyczących mieszkańców Krakowa z 2014 roku oraz wyniki kontroli Najwyższej Izby Kontroli. Stanowi to podstawę do sformułowania wniosków końcowych.

## Słowa kluczowe:

Referendum, z inicjatywy organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.

<sup>41</sup> Szerzej w szczególności M. Stępień, *Responsywna administracja publiczna*, Toruń 2008.

<sup>42</sup> Szerzej m.in. T. Barankiewicz, *O pewnym istotnym wymiarze e-modernizacji administracji publicznej [w:] E-administracja. Szanse i zagrożenia*, red. T. Stanisławski, B. Przywora, Ł. Jurek, Lublin 2013, s. 22 i przywoływana tam literatura.

## **Referendum conducted as an initiative of an organ constituting self-government units – remarks based on the local referendum of 2014 in matters of major importance concerning residents of Cracow**

### **Summary**

This paper attempts to present and evaluate the institution of a referendum conducted from the initiative of an organ constituting self-government units in the light of the 15 September 2000 Act concerning the local referendum. Moreover, the study contains the statistical data from the 2014 local referendum in matters of major importance concerning residents of Cracow and the audit results conducted by the Government Inspectorate. This constitutes the basis for expressing final conclusions.

### **Keywords:**

Referendum conducted as an initiative of an authority representing self-government units, Polish Constitution of 1997 .

**Bogusław Przywora** – doktor nauk prawnych w zakresie prawa konstytucyjnego (Uniwersytet Jagielloński, 2012 r.), absolwent Szkoły Prawa Ukraińskiego (Uniwersytet im. Iwana Franki we Lwowie/ Akademia Kijowsko – Mohylańska w Kijowie/Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, 2016 r.). Wykładowca na Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie oraz na Uniwersytecie Ekonomicznym w Krakowie, radca prawny. Od 2006 r. związany z organami administracji publicznej, wieloletni pracownik samorządowy w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Małopolskiego (2007 – 2016), członek instytucji kontrolnych i nadzorczych, m.in. członek rad nadzorczych oraz radny podkrakowskiej gminy Sułoszowa (2006–2010). Autor lub współautor kilkudziesięciu publikacji naukowych dotyczących prawa konstytucyjnego i administracyjnego, w tym w szczególności w zakresie samorządu terytorialnego, służby cywilnej i ustrojów państw poradzieckich. Autor opinii prawnych na zlecenie instytucji publicznych, w tym, m.in. Ministerstwa Sprawiedliwości i Biura Analiz Sejmowych.



**Miłosz Woziński**

**Referendum lokalne w sprawie połączenia jednostek samorządu terytorialnego w praktyce na przykładzie referendum w ramach procesu połączenia Miasta i Gminy Zielona Góra przeprowadzonego w dniu 18 maja 2014 roku w Gminie Zielona Góra.**

**Wstęp**

Referendum gminne z dnia 18 maja 2014 r. przeprowadzone w Gminie Zielona Góra stanowiło element procesu połączenia dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra.

Jednym z założeń było zgodne połączenie obu tych podmiotów, z uwagi na możliwość uzyskania w ten sposób większego udziału we wpływach z podatku dochodowego od osób fizycznych.

Zgodne połączenie mogło nastąpić albo poprzez podjęcie przez Rady Gminy i Miasta Zielonej Góry uchwał pozytywnie odnoszących się do prowadzonego procesu albo w przypadku braku takich uchwał w drodze referendum lokalnego dotyczącego takiego połączenia. Z uwagi na brak takiej uchwały Rady Gminy Zielonej Góry podjęta została inicjatywa, która zaowocowała przedmiotowym referendument.

**Połączenie Miasta i Gminy Zielona Góra**

Połączenie Miasta Zielona Góra z Gminą Zielona Góra w jeden samorząd terytorialny było ideą, która przyświecała wielu osobom. Koncepcja ta dojrzała kilkanaście lat. Próbę połączenia obu samorządów podjęli w 2001 roku ówczesny Prezydent Zielonej Góry Zygmunt Listowski i Wójt Gminy Zielona Góra Eugeniusz Ugliński. Organy stanowiące obu samorządów podjęły nawet uchwały intencyjne, przewidujące połączenie miasta z całą gminą a także powołano wspólną komisję połączeniową. Wkrótce jednak prace nad połączeniem ustały i z czasem zostały zaniechane. Próbę połączenia miasta z gminą podjęto jeszcze w 2005 roku, kiedy prezydentem Zielonej Góry była Bożena Ronowicz. Jednak i tym razem odbyły się tylko wstępne konsultacje, które ostatecznie nie przyniosły efektów.<sup>1</sup>

Połączenie było z formalnoprawnego punktu widzenia kwestią o tyle złożoną, że z jednej strony mieliśmy do czynienia z gminą mającą status miasta na prawach powiatu i gminą wiejską, z drugiej zaś z tą samą gminą mającą status miasta na prawach powiatu i powiatem, którego część stanowiła przywołana gmina wiejska.

Miasto Zielona Góra będące gminą mającą status miasta na prawach powiatu zajmowało w 2014 r. obszar 58 km<sup>2</sup> i liczyło 118.920 mieszkańców.<sup>2</sup> Gmina Zielona Góra, okalająca częściowo Miasto Zielona Góra, będąca gminą wiejską zajmowała obszar 219 km<sup>2</sup> i liczyła 19.592 mieszkańców.<sup>3</sup> Z kolei Powiat Zielonogórski zajmował

<sup>1</sup> Prof. dr hab. Czesław Osękowski, Połączenie Miasta i Gminy Zielona Góra.

<sup>2</sup> Urząd Statystyczny w Zielonej Górze: [http://stat.gov.pl/vademecum/vademecum\\_lubuskie/portrety\\_miast/miasto\\_zielona\\_gora.pdf](http://stat.gov.pl/vademecum/vademecum_lubuskie/portrety_miast/miasto_zielona_gora.pdf)

<sup>3</sup> Urząd Statystyczny w Zielonej Górze: [http://zielonagora.stat.gov.pl/vademecum/vademecum\\_lubuskie/](http://zielonagora.stat.gov.pl/vademecum/vademecum_lubuskie/)

obszar 1.569 km<sup>2</sup> i liczył 94.934 mieszkańców.<sup>4</sup>

Realizacja tego pomysłu nabrała tempa w październiku 2011 roku z inicjatywy Prezydenta Miasta Zielona Góra Janusza Kubickiego. Prezydent sformułował wówczas najważniejsze założenia i kalendarz połączenia obu samorządów i polecił rozpoczęcie prac nad opracowaniem stosownej strategii. W kwietniu 2012 roku Prezydent Janusz Kubicki zapowiedział, że przewiduje utworzenie Funduszu Integracyjnego, który będzie funkcjonować w trakcie kampanii połączeniowej, jako wyraz dobrych intencji władz i mieszkańców miasta. Fundusz wzorowany zamysłem na funduszach przedakcesyjnych Unii Europejskiej przed jej rozszerzeniem na Wschód, miał ułatwić wzajemny dialog władz i mieszkańców miasta i gminy oraz stać się jednym z pierwszych obszarów współdziałania. W maju 2012 roku Prezydent Janusz Kubicki zdecydował o powołaniu zespołu ds. połączenia Miasta Zielona Góra z Gminą Zielona Góra, którym miał kierować kończący drugą kadencję Rektora Uniwersytetu Zielonogórskiego prof. Czesław Osękowski. Sam proces połączenia miasta z gminą miał rozpocząć się jesienią 2012 roku. Do tego czasu należało zakończyć prace organizacyjne i logistyczne niezbędne do wdrożenia koncepcji połączenia miasta z gminą.

Formalny proces połączenia poprzedzony został wieloma analizami prawnymi, ekonomicznymi i demograficznymi oraz wielomiesięcznymi przygotowaniem organizacyjnymi. Wielokrotnie zwracano się do Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji o wyrażenie opinii w sprawie norm i regulacji szczegółowych mających znaleźć zastosowanie już po ewentualnym połączeniu miasta z gminą, które nie były rozstrzygnięte ustawami dotyczącymi samorządu gminnego, ani też prawem miejscowym. W szczególności problematyczna była kwestia następstwa prawnego w przypadku takiego połączenia oraz jego skutków dla prawa miejscowego.<sup>5</sup> Plan połączenia uwzględniał złożoność przedsięwzięcia, diagnozował korzyści i zagrożenia wynikające z integracji obu samorządów oraz luki w aktach prawnych regulujących funkcjonowanie samorządów w Polsce. Zdiagnozowane zostały także finansowe i społeczne koszty połączenia oraz ich następstwa w bliższej i dalszej perspektywie czasowej.<sup>6</sup>

W pracach przygotowawczych do połączenia Miasta z Gminą należało też uwzględnić interesy Powiatu Zielonogórskiego, w skład którego wchodziła Gmina Zielona Góra. Nie mogły się bowiem pogorszyć warunki funkcjonowania i realizacji zadań własnych Powiatu.

Zgromadzony materiał został wykorzystany do opracowania Koncepcji połączenia Miasta Zielona Góra z Gminą Zielona Góra w jeden samorząd terytorialny i następnie podczas jej realizacji, w tym także do sformułowania korzyści i niebezpieczeństw wynikających z integracji obu samorządów. Z analizy tej wynikało, że najważniejsze spodziewane korzyści z połączenia to:

---

portrety\_gmin/powiat\_zielonogorski/Gmina\_Wiejska\_Zielona\_Gora.pdf

<sup>4</sup> Urząd Statystyczny w Zielonej Górze: [http://zielonagora.stat.gov.pl/vademecum/vademecum\\_lubuskie/portrety\\_powiatow/powiat\\_zielonogorski.pdf](http://zielonagora.stat.gov.pl/vademecum/vademecum_lubuskie/portrety_powiatow/powiat_zielonogorski.pdf)

<sup>5</sup> Opinia prawna prof. dr hab. Bogusława Banaszaka z dnia 28 listopada 2014 r.

<sup>6</sup> Prof. dr hab. Czesław Osękowski, Połączenie Miasta i Gminy Zielona Góra.



- powstanie większej terytorialnie i demograficznie oraz pod względem szeroko rozumianego potencjału ekonomicznego i społecznego jednostki samorządu terytorialnego,
- zwiększenie roli i znaczenia Zielonej Góry jako miasta średniej wielkości w oddziaływaniu na region i środkową część pogranicza polsko-niemieckiego,
- uwolnienie barier rozwoju Zielonej Góry wynikających z ograniczeń związanych z powierzchnią miasta, w tym z wyczerpaniem terenów inwestycyjnych i pod budownictwo mieszkaniowe,
- włączenie w obręb miasta Lubuskiego Parku Przemysłowo-Technologicznego w Nowym Kisielinie i możliwość tworzenia w miarę potrzeb dalszych stref przemysłowych,
- dodatkowe dochody do budżetu miasta za zgodne połączenie miasta z gminą oraz korzystna perspektywa na większe środki finansowe z UE w latach 2014–2020,
- zwiększenie krajowych, europejskich i własnych środków finansowych na inwestycje, modernizacje i remonty w Gminie Zielona Góra,
- zwiększenie funkcjonalno-przestrzennej, drogowej i z obszaru ochrony środowiska spójności Zielonej Góry i Gminy Zielona Góra.

W świetle obowiązujących regulacji prawnych powiększenie obszaru terytorialnego Miasta Zielona Góra mogło się dokonać albo poprzez połączenie Gminy Zielona Góra o statusie miejskim z Gminą Zielona Góra o statusie wiejskim lub poprzez zmianę granic Gminy Zielona Góra o statusie miejskim w wyniku nowego ustalenia granic poprzez włączenie do dotychczasowego obszaru miasta całości lub części obszaru Gminy Zielona Góra<sup>7</sup>. Analizy Prezydenta Miasta Zielona Góra Janusza Kubickiego przez cały okres prac nad przygotowaniem i wdrożeniem koncepcji połączenia miasta z gminą jednoznacznie wskazywały, że optymalnym jest połączenia Zielonej Góry z całą Gminą Zielona Góra. Preferowana formuła połączenia miała dokonać się w trybie artykułu 4b ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym<sup>8</sup>, co oznaczało połączenie Miasta Zielona Góra z Gminą Zielona Góra na podstawie zgodnych działań zainteresowanych jednostek samorządu terytorialnego tj. Rady Miasta Zielona Góra i Rady Gminy Zielona Góra. Z uwagi na pierwsze takie działanie w historii polskich samorządów wymagało to prekursorskiego podejścia. Samo połączenie obu samorządów już z góry obciążone było wieloma niewiadomymi i sporym ryzykiem.<sup>9</sup> Należy podkreślić, że zgodne połączenie Miasta z Gminą Zielona Góra dawało dodatkowych około 100 milionów złotych do budżetu w ciągu pięciu lat, z uwagi na art. 41 ust. 1 ustawa z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego.<sup>10</sup> Prezydent Miasta Zielona Góra Janusz Kubicki deklarował

<sup>7</sup> Opinia prawna Kancelarii Radców Prawnych M. Woziński i A. Kulisz Spółka Partnerska z dnia 8 lutego 2012 r.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity z dnia 11 marca 2013 r. – Dz.U. z 2013 r. poz. 594), zwana dalej „ustawą o samorządzie gminnym”.

<sup>9</sup> Opinia prawna prof. dr hab. Bogusława Banaszaka z dnia 28 listopada 2014 r.

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego (tekst jednolity z dnia

przy tym, że cała ta kwota trafi na inwestycje na terenie gminy. Była to duża zachęta dla Gminy, aby połączyć się z Miastem. Można bowiem wskazać, że w 2012 roku wydatki inwestycyjne w Gminie Zielona Góra wyniosły tylko 7,3 mln złotych, w 2013 roku – 6,7 mln złotych zaś w 2014 roku już tylko 4,9 mln złotych).<sup>11</sup>

Założono, że koncepcja połączenia Miasta Zielona Góra z Gminą Zielona Góra w jeden samorząd terytorialny zostanie wdrożona w ciągu dwóch lat, a połączenie obu samorządów nastąpi z dniem 1 stycznia 2015 r. Przez cały ten okres miały być zachowane demokratyczne standardy we wzajemnych kontaktach, miało dokonywać się aktualizowanie korzyści integracji i monitorowanie pojawiających się zagrożeń. Zabiegano, aby był to projekt o wysoce społecznych walorach, który zaktywizuje lokalne społeczności i pobudzi ludzi do działania na rzecz najbliższego otoczenia. Władze Zielonej Góry promowały ideę, że połączenie obu samorządów będzie korzystne z punktu widzenia gospodarczego i społecznego, umożliwi mieszkańcom Gminy Zielona Góra dostęp do szeroko rozumianej infrastruktury miasta, a przed Zieloną Górą otworzy możliwości ofensywy przestrzennej i urbanistycznej. W tym zakresie obie jednostki samorządu terytorialnego zawarły przy akceptacji społecznej porozumienie – Kontrakt Zielonogórski – który regulował sytuację stron przed i założenia na okres po połączeniu. Największym niebezpieczeństwem dla procesu połączenia były partykularne interesy szeregu osób, co jak w soczewce uwidaczniało się w kolejnych miesiącach prac nad integracją miasta z gminą. Spore zagrożenie stwarzało także prawdopodobieństwo upolitycznienia kolejnych etapów i warunków połączenia, co również uwidoczniło się w praktyce.

Mając na uwadze, że zgodne połączenie mogło nastąpić albo poprzez podjęcie przez Rady Gminy i Miasta Zielonej Góry uchwał pozytywnie odnoszących się do prowadzonego procesu albo w przypadku braku takich uchwał w drodze referendum lokalnego dotyczącego takiego połączenia, w sytuacji braku takich uchwał należało uwzględnić podjęcie inicjatywy przeprowadzenia referendum.

## Uwarunkowania prawne

### 1. Przepisy ogólne o połączeniu jednostek samorządu terytorialnego

W tym okresie problematykę połączenia gminy oraz miasta na prawach powiatu regulowały ustawa o samorządzie gminnym oraz ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym.<sup>12</sup>

Łączenie jednostek samorządu terytorialnego odbywało się z inicjatywy Rady Ministrów lub na wniosek zainteresowanej gminy. Akt połączenia gmin stanowiło rozporządzenie Rady Ministrów, które wskazywało:

- 1) okoliczność połączenia gmin oraz ustala ich granice;

---

18 czerwca 2014 r. – Dz.U. z 2014 r. poz. 1115), zwana dalej „ustawą o dochodach jst”.

<sup>11</sup> Prof. dr hab. Czesław Osękowski, Połączenie Miasta i Gminy Zielona Góra.

<sup>12</sup> Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jednolity z dnia 11 marca 2013 r. – Dz.U. z 2013 r. poz. 595), zwana dalej „ustawą o samorządzie powiatowym”.

- 2) nadawało gminie lub miejscowości status miasta i ustalało jego granice;
- 3) ustalało i zmieniało nazwy gmin oraz siedziby ich władz.

Ustalenia i zmiana granic gmin dokonywano 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. Nadanie gminie lub miejscowości statusu miasta, ustalenie jego granic i ich zmiany dokonywano w sposób uwzględniający infrastrukturę społeczną i techniczną oraz układ urbanistyczny i charakter zabudowy. Zmiany następowały zawsze z dniem 1 stycznia.<sup>13</sup>

Wydanie rozporządzenia o połączeniu na wniosek rady gminy wymagało:

- 1) wniosku rady gminy poprzedzonego przeprowadzeniem przez tę radę konsultacji z mieszkańcami, wraz z uzasadnieniem oraz niezbędnymi dokumentami, mapami i informacjami potwierdzającymi zasadność wniosku;
- 2) opinii rad gmin objętych wnioskiem, poprzedzonych przeprowadzeniem przez te rady konsultacji z mieszkańcami, a w przypadku zmiany granic gminy naruszającej granice powiatów lub województw – opinii odpowiednich rad powiatów lub sejmików województw;
- 3) opinii wojewody właściwego dla gminy lub gmin objętych wnioskiem.

W przypadku niewyrażenia opinii w terminie 3 miesięcy od dnia otrzymania wystąpienia o opinię, wymóg zasięgnięcia opinii uznawano za spełniony.<sup>14</sup>

Szczegółowe zasady składania wniosku o połączenie zawierało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 sierpnia 2001 r. w sprawie trybu postępowania przy składaniu wniosków dotyczących tworzenia, łączenia, dzielenia, znoszenia i ustalania granic gmin, nadawania gminie lub miejscowości statusu miasta, ustalania i zmiany nazw gmin i siedzib ich władz oraz dokumentów wymaganych w tych sprawach.<sup>15</sup>

Dla powiatu analogiczne regulacje przewidywała ustawa o samorządzie powiatowym.<sup>16</sup>

## **2. Przepisy o referendum lokalnym w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy**

Ustawa z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw<sup>17</sup> wprowadziła do ustawy o samorządzie gminnym

<sup>13</sup> Art. 4 ustawy o samorządzie gminnym.

<sup>14</sup> Art. 4b ustawy o samorządzie gminnym.

<sup>15</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 sierpnia 2001 r. w sprawie trybu postępowania przy składaniu wniosków dotyczących tworzenia, łączenia, dzielenia, znoszenia i ustalania granic gmin, nadawania gminie lub miejscowości statusu miasta, ustalania i zmiany nazw gmin i siedzib ich władz oraz dokumentów wymaganych w tych sprawach (tekst jednolity z dnia 23 grudnia 2013 r. – Dz.U. z 2014 r. poz. 310).

<sup>16</sup> Art. 3 i 3b ustawy o samorządzie powiatowym.

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 26 maja 2011 r. o zmianie ustawy o samorządzie gminnym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 134, poz. 777).

jeszcze jedną regulację związaną z połączeniem, tj. art. 4c, dotyczący możliwości przeprowadzenia referendum lokalnego z inicjatywy mieszkańców w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy.

Regulacja ta przewiduje, że w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy może być przeprowadzone referendum lokalne z inicjatywy mieszkańców. Z inicjatywą przeprowadzenia referendum wystąpić może jedynie grupa co najmniej 15 obywateli, o której mowa w art. 11 ust. 1a ustawy z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym.<sup>18</sup> Referendum nie przeprowadza się, jeżeli z analizy przeprowadzonej przed referendum przez wojewodę wynika, iż na skutek podziału lub ustalenia nowych granic gminy:

1) dochody podatkowe na mieszkańca gminy w zmienionych granicach lub gminy utworzonej byłyby niższe od najniższych dochodów podatkowych na mieszkańca ustalonych dla poszczególnych gmin zgodnie z ustawą o dochodach jst;

2) gmina w zmienionych granicach lub gmina utworzona byłaby mniejsza od najmniejszej pod względem liczby mieszkańców gminy w Polsce według stanu na dzień 31 grudnia roku poprzedzającego ogłoszenie rozporządzenia, o którym mowa w art. 4.

W przypadku przeprowadzania z inicjatywy mieszkańców referendum pytanie zawarte we wniosku, o którym mowa w art. 15 ust. 2 ustawy o referendum lokalnym, powinno określać szczegółowo proponowane zmiany w podziale terytorialnym państwa. Z kolei wojewoda przekazuje ministrowi właściwemu do spraw administracji publicznej informację o publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym protokołu wyniku referendum.

### 3. Przepisy o referendum lokalnym

Zasady i tryb przeprowadzania referendum lokalnego w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy, w zakresie nieuregulowanym art. 4c ustawy o samorządzie gminnym, określała w 2014 roku ustawa o referendum lokalnym. W zakresie nieuregulowanym w ustawie do referendum lokalnego stosowano odpowiednio przepisy ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy.<sup>19</sup>

W referendum lokalnym, zwanym dalej „referendum”, mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego jako członkowie wspólnoty samorządowej wyrażają w drodze głosowania swoją wolę, tutaj w sprawie połączenia gminy oraz ustalenia granic gminy. Referendum polega na udzieleniu na urzędowej karcie do głosowania pozytywnej lub negatywnej odpowiedzi na postawione pytanie lub pytania w zakresie połączenia albo na dokonaniu wyboru pomiędzy zaproponowanymi wariantami. W referendum mają prawo brać udział osoby stale zamieszkujące na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego, posiadające czynne prawo wyborcze do organu

<sup>18</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (tekst jednolity z dnia 26 marca 2013 r. – Dz.U. z 2013 r. poz. 706), zwana dalej „ustawą o referendum lokalnym”.

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy (Dz.U. Nr 21, poz. 112).

stanowiącego tej jednostki.<sup>20</sup>

Z inicjatywą przeprowadzenia referendum na wniosek mieszkańców gminy w sprawie utworzenia, połączenia, podziału i zniesienia gminy oraz ustalenia granic gminy wystąpić może jedynie grupa co najmniej 15 obywateli, którym przysługuje prawo wybierania do rady gminy. Inicjator referendum powiadamia na piśmie przewodniczącego zarządu danej jednostki samorządu terytorialnego, a w gminie wójta (burmistrza, prezydenta miasta), o zamiarze wystąpienia z inicjatywą przeprowadzenia referendum. Przewodniczący zarządu jednostki samorządu terytorialnego, a w gminie wójt (burmistrz, prezydent miasta), niezwłocznie potwierdza na piśmie otrzymanie powiadomienia. Na pisemny wniosek inicjatora referendum przewodniczący zarządu jednostki samorządu terytorialnego, a w gminie wójt (burmistrz, prezydent miasta), w ciągu 14 dni od otrzymania wniosku powiadamia, w formie pisemnej, inicjatora referendum lub jego pełnomocnika o liczbie mieszkańców jednostki samorządu terytorialnego uprawnionych do głosowania, objętych rejestrem wyborców w gminie na koniec kwartału poprzedzającego złożenie wniosku. Inicjator referendum, na swój koszt, podaje do wiadomości mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego przedmiot zamierzonego referendum, przy czym podanie do wiadomości w gminie następuje w sposób zwyczajowo przyjęty w danej gminie, a w powiecie i w województwie – poprzez ogłoszenie w prasie codziennej ogólnodostępnej w danej jednostce samorządu terytorialnego. Informacja o zamierzonym referendum powinna zawierać pytanie lub pytania referendum albo warianty zaproponowane do wyboru, a jeżeli wniosek dotyczy referendum w sprawie samoopodatkowania – cel lub cele oraz zasady samoopodatkowania. W terminie 60 dni od dnia powiadomienia, o którym mowa powyżej, inicjator przeprowadzenia referendum zbiera podpisy mieszkańców uprawnionych do wybierania organu stanowiącego danej jednostki samorządu terytorialnego, którzy chcą poprzeć inicjatywę w tej sprawie.<sup>21</sup>

Organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego podejmuje uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum, jeżeli wniosek mieszkańców spełnia wymogi ustawy oraz nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z prawem; organ stanowiący jest związany treścią wniosku. Organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego podejmuje uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum lub uchwałę o odrzuceniu wniosku mieszkańców nie później niż w ciągu 30 dni od dnia przekazania wniosku inicjatora referendum o zamiarze wystąpienia z inicjatywą przeprowadzenia referendum. Uchwała organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego w sprawie przeprowadzenia referendum na wniosek mieszkańców podlega ogłoszeniu w wojewódzkim dzienniku urzędowym, przy czym uchwała rady gminy podlega ponadto bezzwłocznemu rozplakatowaniu lub ogłoszeniu w inny sposób zwyczajowo przyjęty w danej gminie.<sup>22</sup>

Następnym etapem była kampania referendalna, która służyła wyjaśnieniu przez

<sup>20</sup> Art. 2 i 3 ustawy o referendum lokalnym.

<sup>21</sup> Art. 11 – 14 ustawy o referendum lokalnym.

<sup>22</sup> Art. 17 – 19 ustawy o referendum lokalnym.

organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego, który zarządził referendum, istoty problemów rozstrzyganych w referendum, treści postawionych pytań i wariantów, a także prezentowaniu stanowiska inicjatora referendum oraz partii politycznych, zrzeszeń i mieszkańców w sprawie poddanej pod referendum. Kampania referendalna rozpoczyna się z dniem podjęcia uchwały organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego lub postanowienia komisarza wyborczego o przeprowadzeniu referendum i ulega zakończeniu na 24 godziny przed dniem głosowania.<sup>23</sup>

Referendum przeprowadzają i ustalają jego wynik powołane w tym celu właściwe terytorialne (wojewódzka, powiatowa i gminna) komisje do spraw referendum i obwodowe komisje do spraw referendum, zwane dalej „terytorialnymi komisjami” i „obwodowymi komisjami”. Referendum w sprawie połączenia gmin jest ważne, jeżeli wzięło w nim udział co najmniej 30% uprawnionych do głosowania. Wynik referendum jest rozstrzygający, jeżeli za jednym z rozwiązań w sprawie poddanej pod referendum oddano więcej niż połowę ważnych głosów. Niezwłocznie po otrzymaniu protokołów głosowania od wszystkich obwodowych komisji terytorialna komisja sporządza w czterech egzemplarzach protokół wyniku referendum, który zawiera:

- 1) łączne dane liczbowe, wymienione w art. 59 ust. 1, z obszaru całej jednostki samorządu terytorialnego;
- 2) wynik referendum.

Niezwłocznie po sporządzeniu protokołu wyniku referendum terytorialna komisja podaje do publicznej wiadomości wyniki głosowania i wynik referendum poprzez wywieszenie w swojej siedzibie jednego z egzemplarzy tego protokołu. Wojewoda niezwłocznie ogłasza w wojewódzkim dzienniku urzędowym protokół wyniku referendum otrzymany od terytorialnej komisji.<sup>24</sup>

Jeżeli referendum zakończy się wynikiem rozstrzygającym w sprawie poddanej pod referendum, właściwy organ jednostki samorządu terytorialnego niezwłocznie podejmie czynności w celu jej realizacji.<sup>25</sup> W tym aspekcie zwraca uwagę przepis art. 4c ust. 6 ustawy o samorządzie gminnym, z którego wynika, że wojewoda przekazuje ministrowi właściwemu do spraw administracji publicznej informację o publikacji w wojewódzkim dzienniku urzędowym protokołu wyniku referendum w powiązaniu z przywołanym powyżej art. 65 ustawy o referendum lokalnym. Unormowania te nie są wystarczająco precyzyjne i nie wyjaśniają kwestii dotyczącej trybu postępowania po przeprowadzeniu referendum o charakterze konsultacyjnym.<sup>26</sup>

## **I. Referendum lokalne w sprawie połączenia dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra – na prawach powiatu.**

<sup>23</sup> Art. 28 – 29 ustawy o referendum lokalnym.

<sup>24</sup> Art. 49, 55, 56, 61 i 63 ustawy o referendum lokalnym.

<sup>25</sup> Art. 65 ustawy o referendum lokalnym.

<sup>26</sup> Prof. zw. dr hab. Roman Hauser, prof. zw. dr hab. Zygmunt Niewiadomski, Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa, C.H.Beck 2011.

Rada Gminy Zielona Góra nie podjęła do kwietnia 2014 r. na podstawie art. 4b ust. 1 pkt 2 ustawy o samorządzie gminnym uchwały w sprawie wyrażenia opinii o połączeniu Zielonej Góry – miasta na prawach powiatu – z Gminą Zielona Góra. W tej sytuacji mieszkańcy Gminy Zielona Góra skorzystali z uprawnienia wynikającego z art. 4c ustawy o samorządzie gminnym i wystąpili z inicjatywą referendum w sprawie połączenia dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra – na prawach powiatu.

W konsekwencji spełnienia wymogów nakreślonych ustawą o referendum lokalnym Rada Gminy Zielona Góra podjęła w dniu 10 kwietnia 2014 r. uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum gminnego w sprawie połączenia dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra – na prawach powiatu, w wyniku czego powstanie jedna jednostka samorządu terytorialnego – Miasto Zielona Góra – na prawach powiatu, obejmujące swym zasięgiem granice administracyjne obu połączonych jednostek samorządu terytorialnego.<sup>27</sup>

Datę przeprowadzenia referendum wyznaczono na niedzielę 18 maja 2014 r. w godzinach od 7.00 – 21.00, ustalając następującą treść pytania referendum: „Czy jest Pan/Pani za połączeniem dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra – na prawach powiatu, w wyniku czego powstanie jedna jednostka samorządu terytorialnego – Miasto Zielona Góra – na prawach powiatu, obejmujące swym zasięgiem granice administracyjne obu połączonych jednostek samorządu terytorialnego?”.

Sama kampania referendalna przebiegła bez większych problemów<sup>28</sup>.

W dniu głosowania nie zgłoszono istotnych naruszeń przepisów prawa.<sup>29</sup> Pierwszy komunikat z badania EXIT POLL przeprowadzony przez Pracownię Badań Społecznych i Marketingowych Krzysztof Lisowski na godzinę 20.00 wykazał szacunkowa frekwencję na poziomie 54,3%, głosów za połączeniem 45,1%, głosów przeciwko połączeniu 35,8%, odmowa udziału w badaniu 19,1%.<sup>30</sup> Już podczas głosowania członkowie komisji wskazywali, że nie powinno być problemów z uzyskaniem frekwencji gwarantującej ważność całej inicjatywy. Po terenie gminy kursowały autobusy umożliwiające wszystkim zainteresowanym dotarcie do lokali wyborczych.<sup>31</sup>

Zgodnie z Protokołem ustalenia wyniku referendum lokalnego liczba

<sup>27</sup> Uchwała Nr XLVIII.391.2014 Rady Gminy Zielona góra z dnia 10 kwietnia 2014 r. w sprawie przeprowadzenia referendum gminnego w sprawie połączenia dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra – na prawach powiatu, w wyniku czego powstanie jedna jednostka samorządu terytorialnego – Miasto Zielona Góra – na prawach powiatu, obejmujące swym zasięgiem granice administracyjne obu połączonych jednostek samorządu terytorialnego (Dziennik Urzędowy Województwa Lubuskiego z dnia 10 kwietnia 2014 r. poz. 895).

<sup>28</sup> <http://referendumlokalne.pl/w-gminie-zielona-gora-wiekszosc-za-przylaczeniem-do-miasta/>. Autor: Tomasz Zakrzewski.

<sup>29</sup> Protokół ustalenia wyniku referendum lokalnego opublikowany w Dzienniku Urzędowym Województwa Lubuskiego z dnia 20 maja 2014 r. poz. 1049.

<sup>30</sup> Komunikat z badania EXIT POLL przeprowadzony przez Pracownię Badań Społecznych i Marketingowych Krzysztof Lisowski

<sup>31</sup> <http://referendumlokalne.pl/w-gminie-zielona-gora-wiekszosc-za-przylaczeniem-do-miasta/>. Autor: Tomasz Zakrzewski.

uprawnionych do głosowania wynosiła 15.107; w głosowaniu wzięło udział 8.336 uprawnionych mieszkańców. Frekwencja wyniosła aż 55,18%. W związku z powyższym na podstawie art. 55 ustawy o referendum lokalnym stwierdzono, że referendum jest ważne. Spośród wszystkich oddanych głosów za nieważne uznano 111. Stwierdzono, że większość ważnych głosów oddano za odpowiedź pozytywną. Ostatecznie za połączeniem Gminy Zielona Góra z Miastem Zielona Góra głosowało 4.396 osób, przeciwko temu rozwiązaniu opowiedziało się 3.828 wyborców.<sup>32</sup>

Na tej podstawie, stosownie do przepisów ustawy o samorządzie gminnym oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 sierpnia 2001 r. w sprawie trybu postępowania przy składaniu wniosków dotyczących tworzenia, łączenia, dzielenia, znoszenia i ustalania granic gmin, nadawania gminie lub miejscowości statusu miasta, ustalania i zmiany nazw gmin i siedzib ich władz oraz dokumentów wymaganych w tych sprawach<sup>33</sup> Prezydent Miasta Zielonej Góry Janusz Kubicki w dniu 8 lipca 2014 r. złożył wniosek w przedmiocie połączenia Miasta i Gminy.<sup>34</sup> Znalazły się w nim pozytywne opinie Rady Powiatu Zielonogórskiego i Miasta Zielona Góra, a także pozytywna opinia Wojewody Lubuskiego. Brakowało jednak opinii Rady Gminy Zielona Góra, co postawiło pod znakiem zapytania możliwość połączenia Miasta z Gminą od 1 stycznia 2015 r., a także uzyskania w ten sposób większego udziału we wpływach z podatku dochodowego od osób fizycznych (tzw. bonusu ministerialnego ocenianego na kwotę 100 mln zł) za tzw. zgodne połączenie.

Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji w piśmie datowanym na 10 lipca 2014 r. kierowanym do Prezydenta Miasta Zielonej Góry Janusza Kubickiego pozytywnie oceniło zamiar połączenia obu samorządów i wskazało, że aby doszło do niego w dniu 1 stycznia 2015 r. do południa 15 lipca 2014 r. do Wojewody Lubuskiego powinna wpłynąć pozytywna opinia Rady Gminy Zielona Góra. W tym dopiero przypadku Rada Ministrów będzie mogła podjąć ostateczną decyzję w sprawie połączenia obu samorządów.<sup>35</sup>

Rada Gminy Zielona Góra dopiero w dniu 14 lipca 2014 r. podjęła uchwałę w sprawie wyrażenia opinii o połączeniu Zielonej Góry – miasta na prawach powiatu – z Gminą Zielona Góra, pozytywnie opiniując połączenie Zielonej Góry – miasta na prawach powiatu – z Gminą Zielona Góra w trybie i na zasadach określonych w art. 4 ust. 2 oraz 4b ustawy o samorządzie gminnym.<sup>36</sup> Wojewoda Lubuski jeszcze w tym samym dniu uzupełnił wniosek w przedmiocie połączenia przesyłając brakującą opinię Gminy Zielona Góra.

Na tej podstawie Rada Ministrów wydała w dniu 29 lipca 2014 r. rozporządzenie w sprawie połączenia gmin, ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania

<sup>32</sup> Protokół ustalenia wyniku referendum lokalnego opublikowany w Dzienniku Urzędowym Województwa Lubuskiego z dnia 20 maja 2014 r. poz. 1049.

<sup>33</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 sierpnia 2001 r. w sprawie trybu postępowania przy składaniu wniosków dotyczących tworzenia, łączenia, dzielenia, znoszenia i ustalania granic gmin, nadawania gminie lub miejscowości statusu miasta, ustalania i zmiany nazw gmin i siedzib ich władz oraz dokumentów wymaganych w tych sprawach (tekst jednolity z dnia 23 grudnia 2013 r. – Dz.U. z 2014 r. poz. 310).

<sup>34</sup> Wniosek Prezydenta Miasta Zielonej Góry Janusza Kubickiego z dnia 8 lipca 2014 r. w przedmiocie połączenia Miasta i Gminy.

<sup>35</sup> Pismo Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji z dnia 10 lipca 2014 r.

<sup>36</sup> Uchwała nr LV.420.2014 Rady Gmina Zielona Góra z dnia 14 lipca 2014 r.



niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany siedziby władz gminy<sup>37</sup> oraz rozporządzenie w sprawie ustalenia granic powiatu zielonogórskiego<sup>38</sup>, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2015 r.

Z kolei rozstrzygające referendum w Gminie Zielona Góra i pozytywny wynik konsultacji społecznych w Mieście Zielona Góra<sup>39</sup> uznano za spełnienie znamiona ustawowego wymogu zgodnego połączenia obu samorządów, gwarantującego na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy o dochodach jst. większy udział we wpływach z podatku dochodowego od osób fizycznych.

### Podsumowanie

Niewątpliwie referendum lokalne w sprawie połączenia dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra – na prawach powiatu, w wyniku czego powstała jedna jednostka samorządu terytorialnego – Miasto Zielona Góra – na prawach powiatu, przeprowadzone w dniu 18 maja 2014 r. spełniło swoją rolę jako instytucja umożliwiająca wyrażenie w sposób bezpośredni swojej woli przez mieszkańców Gminy Zielona Góra.

Należy jednak przede wszystkim zauważyć, że doniosłość jego znaczenia wynika z faktu podjęcia przez mieszkańców takiego działania w sytuacji opieszałości organów Gminy Zielona Góra w procesie łączenia. Rada Gminy Zielona Góra dopiero w dniu 14 lipca 2014 r., a więc po prawie 2 miesiącach od referendum, podjęła uchwałę w sprawie wyrażenia opinii o połączeniu Zielonej Góry – miasta na prawach powiatu – z Gminą Zielona Góra. Powyższe nakazuje poddać pod wątpliwość, czy gdyby w tej kwestii mogły decydować wyłącznie organy Gminy do połączenia w ogóle by doszło.

Z drugiej strony dowodzi to potrzeby zmiany przepisów ustawy o samorządzie gminnym i referendum lokalnym, prowadzących do eliminacji możliwości działania lub zaniechania organów gminy mających na celu lub powodujących utrudnienie albo wyłączenie możliwości przeprowadzenia referendum i realizacji jego wyniku, w szczególności określenie trybu postępowania po przeprowadzeniu referendum o charakterze konsultacyjnym.

Należy zauważyć, że zmiany omawianych w niniejszej pracy ustaw dokonane po roku 2014 r. nie usunęły związanych z tym wątpliwości.

Jako postulat *de lege ferenda* należy uznać niezbędną nowelizację przepisów ustawy o referendum lokalnym i samorządzie gminnym, a także wprowadzenie analogicznego rozwiązania w ustawie o samorządzie powiatowym oraz w ustawie o samorządzie województwa.

<sup>37</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 lipca 2014 r. w sprawie połączenia gmin, ustalenia granic niektórych gmin i miast, nadania niektórym miejscowościom statusu miasta oraz zmiany siedziby władz gminy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1023).

<sup>38</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 lipca 2014 r. w sprawie ustalenia granic powiatu zielonogórskiego (Dz. U. z 2014 r. poz. 1020).

<sup>39</sup> W dniach 17 – 30 czerwca 2014 r. w Zielonej Górze odbyły się konsultacje społeczne w sprawie połączenia Miasta Zielona Góra z Gminą Zielona Góra. Uprawnionych do udziału w konsultacjach było 92.462 osoby, spośród których udział w konsultacjach wzięło 32.441 osób tj. 35,09%. Za połączeniem Miasta Zielona Góra opowiedziało się 28.913 osób biorących udział w konsultacjach tj. 89,12%.

## **Streszczenie**

Referendum gminne z dnia 18 maja 2014 r. przeprowadzone w Gminie Zielona Góra stanowiło element procesu połączenia dwóch jednostek samorządu terytorialnego – Gminy Zielona Góra i Miasta Zielona Góra.

Jednym z założeń było zgodne połączenie obu tych podmiotów, z uwagi na możliwość uzyskania w ten sposób większego udziału we wpływach z podatku dochodowego od osób fizycznych.

Zgodne połączenie mogło nastąpić albo poprzez podjęcie przez Rady Gminy i Miasta Zielonej Góry uchwał pozytywnie odnoszących się do prowadzonego procesu albo w przypadku braku takich uchwał w drodze referendum lokalnego dotyczącego takiego połączenia. Z uwagi na brak takiej uchwały Rady Gminy Zielonej Góry podjęta została inicjatywa, która zaowocowała przedmiotowym referendument.

### **Słowa kluczowe:**

referendum lokalne, połączenie, zgodne połączenie, Miasto Zielona Góra, Gmina Zielona Góra, Rada Gminy, Rada Miasta, jednostka samorządu administracyjnego

**Communal referendum  
on local government units merger in practice  
on the example of the communal referendum within the merger  
procedure of The Zielona Góra Urban Commune and The Zielona  
Góra Rural Commune undertaken on May 18th, 2014 in The  
Zielona Góra Rural Commune**

### **Summary**

The communal referendum of May 18th, 2014 conducted in The Zielona Góra Rural Commune was a part of merger procedure of two local government units – The Zielona Góra Rural Commune and The Zielona Góra Urban Commune.

One of assumption was consensual merger of both those entities on account of the possibility of obtaining in this way larger participation in personal income tax take.

The consensual merger could take place either through passing by district councils resolutions positively relating to undertaken procedure or in case of lack of such resolutions through local referendum regarding such a merger. On account of the lack of such a resolution of The District Council of Zielona Góra Rural Commune the initiative was undertaken which resulted in abovementioned referendum.

### **Keywords:**

communal referendum, merger, consensual merger, The Zielona Góra Urban

Commune, The Zielona Góra Rural Commune, district council, city council, local government unit

**Miłosz Woźniński** – radca prawny. Partner w kancelarii radców prawnych.



