



**KANCELARIA
SENATU**

BIURO LEGISLACYJNE

Warszawa, 25 października 2021 r.

Opinia do ustawy o budowie zabezpieczenia granicy państwowej

(druk nr 538)

I. Cel i przedmiot ustawy

Celem ustawy jest ustanowienie szczególnych zasad przygotowania i realizacji inwestycji polegającej na budowie bariery wzdłuż granicy państwowej będącej zewnętrzną granicą Unii Europejskiej w rozumieniu art. 2 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/399 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (kodeks graniczny Schengen). Bariere stanowiąc będą urządzenia budowlane, budowle lub inne obiekty budowlane wraz z instalacjami oraz infrastrukturą towarzyszącą, w tym elektroniczną lub telekomunikacyjną, służące ochronie granicy państwowej i wspomagające przeciwdziałanie nielegalnej migracji.

W uzasadnieniu projektu ustawy (druk sejmowy nr 1657, s. 3) wskazano, że „projekt zasadniczo nie wprowadza szczególnych rozwiązań prawnych dotychczas niefunkcjonujących w systemie prawnym, ale zmierza do przyspieszenia budowy bariery, w tym przez uporządkowanie, doprecyzowanie oraz problemowe usystematyzowanie i nieznaczące dostosowanie obowiązujących regulacji”.

W myśl ustawy inwestycja w zakresie budowy bariery będzie polegać na projektowaniu, wykonaniu robót budowlanych, utrzymaniu, przebudowie, remoncie i rozbiórce, w tym obiektów budowlanych pozostających z tą inwestycją w kolizji, w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, a także na nabywaniu towarów i usług. Inwestycja będzie celem publicznym, o którym mowa w art. 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (art. 3).

Inwestorem będzie Komendant Główny Straży Granicznej. W celu zapewnienia przygotowania i realizacji inwestycji Komendant Główny Straży Granicznej, za zgodą ministra właściwego do spraw wewnętrznych, powoła Pełnomocnika do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej, spośród osób wyróżniających się wiedzą z zakresu prawa budowlanego. Pełnomocnik będzie uprawniony do podejmowania, w imieniu Komendanta Głównego Straży Granicznej, działań w zakresie przygotowania i realizacji inwestycji, w tym do podpisywania umów, a także będzie mógł występować do właściwych organów administracji rządowej, z wnioskiem o rozpatrzenie sprawy i zajęcie stanowiska, w sprawach problemów związanych z inwestycją, których rozwiązanie należy do kompetencji tych organów. W celu zapewnienia skutecznego mechanizmu współpracy organy będą obowiązane do zajęcia stanowiska w sprawie przedstawionej przez Pełnomocnika nie później niż w terminie 7 dni (art. 4).

Na mocy ustawy utworzony zostanie Zespół do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej. Do zadań Zespołu będzie należało zapewnienie wsparcia Komendantowi Głównemu Straży Granicznej, a także monitorowanie i ocena realizacji inwestycji. Zespołowi będzie przewodniczył minister właściwy do spraw wewnętrznych (lub upoważniony przez niego sekretarz stanu albo podsekretarz stanu). Członkami Zespołu będą: Minister Obrony Narodowej, minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa, minister właściwy do spraw budżetu, minister właściwy do spraw środowiska, minister właściwy do spraw rozwoju wsi, a także Zastępca Komendanta Głównego Straży Granicznej, Prezes Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, Generalny Dyrektor Ochrony Środowiska, Główny Geodeta Kraju, Szef Centralnego Biura Antykorupcyjnego oraz Wojewoda Podlaski, Wojewoda Lubelski, Komendant Podlaskiego Oddziału Straży Granicznej, Komendant Nadbużańskiego Oddziału Straży Granicznej i Pełnomocnik. Przewodniczący będzie mógł także zapraszać do udziału w pracach Zespołu na prawach członka innych przedstawicieli administracji rządowej. Prezes Rady Ministrów, w drodze zarządzenia, określi szczegółowe zadania Zespołu i tryb jego działania, uwzględniając konieczność sprawnej realizacji inwestycji i jej monitorowania (art. 5).

Do inwestycji nie będą miały zastosowania przepisy prawa budowlanego, prawa wodnego, prawa ochrony środowiska, o udostępnianiu informacji o środowisku, prawa geodezyjnego i kartograficznego, o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, o ochronie gruntów rolnych i leśnych oraz środowiskowe, o transporcie kolejowym, a także

o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych.

Realizacja inwestycji nie będzie wymagała uzyskania pozwolenia na budowę ani zgłoszenia, decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, sporządzenia projektu budowlanego ani uzyskania innych decyzji, zezwoleń, opinii i uzgodnień lub dokonania zgłoszeń. Organy właściwe w wymienionych powyżej sprawach będą obowiązane do przedstawienia inwestorowi, na jego wniosek, nie później niż w terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku, stosownego stanowiska lub informacji albo udzielenia wsparcia w innym zakresie – w związku z realizacją inwestycji, w tym poprzez możliwą minimalizację zagrożeń dla środowiska (art. 6).

Ustawa przesądza, że informacje dotyczące konstrukcji, zabezpieczeń i parametrów technicznych bariery nie będą stanowiły informacji publicznej i nie będą podlegały udostępnieniu (art. 7).

Wojewoda właściwy ze względu na lokalizację inwestycji, na wniosek lub po zasięgnięciu opinii komendanta oddziału Straży Granicznej właściwego ze względu na lokalizację inwestycji, będzie mógł wprowadzić zakaz przebywania na określonym obszarze nie szerszym niż 200 m od linii granicy państwowej. Zakaz ten nie będzie dotyczył właścicieli lub posiadaczy nieruchomości zlokalizowanych na tym obszarze, jeżeli będą korzystać z nieruchomości zgodnie z ich społeczno-gospodarczym przeznaczeniem (art. 8).

Do zamówień związanych z inwestycją nie będą stosowane regulacje ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych. Kontrolę nad zamówieniami związanymi z inwestycją będzie sprawować Centralne Biuro Antykorupcyjne na zasadach określonych w art. 9 ust. 3–6.

Wojewoda, na wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej, będzie mógł ograniczyć, w drodze decyzji, sposób korzystania z nieruchomości, jeżeli będzie to konieczne do zapewnienia właściwej realizacji inwestycji, w tym infrastruktury towarzyszącej. W takim przypadku znajdą odpowiednie zastosowanie przepisy art. 124–124c ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (art. 10).

W ustawie (art. 11) przewidziano możliwość wywłaszczenia nieruchomości na zasadach określonych w przepisach o wywłaszczaniu nieruchomości przy czym Komendant Główny Straży Granicznej będzie mógł przystąpić do niezwłocznej realizacji inwestycji na danej nieruchomości w przypadkach określonych w ustawie o ochronie granicy państwowej. W innych przypadkach zajęcie nieruchomości będzie możliwe po jej wywłaszczeniu (art. 11).

Nabycie praw do nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa będzie mogło nastąpić tylko do zajętej części nieruchomości, chyba że nie będzie to uzasadnione z przyczyn gospodarczych z uwagi na powierzchnię pozostałej części nieruchomości. Nabycie nieruchomości będzie mogło nastąpić również w zamian za przeniesienie praw do odpowiedniej powierzchni nieruchomości sąsiedniej (nieruchomość odtworzeniowa). Właściwy organ, oferując nieruchomość odtworzeniową, pisemnie określi jej wartość, odpowiadającą nabywanej nieruchomości. Dodatkowe koszty związane z odmową przyjęcia przez uprawnionego oferowanego wynagrodzenia za nabycie praw do nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa lub odmową przyjęcia w rozliczeniu nieruchomości odtworzeniowej obciążą uprawnionego, chyba że wykaże on, że nieruchomość odtworzeniowa, jej wartość lub wartość oferowanego wynagrodzenia były nieodpowiednie, a w szczególności niższe niż wartość przejmowanej nieruchomości uprawnionego. Uprawnionym do nieruchomości lub nieruchomości odtworzeniowej będzie przysługiwało wynagrodzenie za nabycie praw do nieruchomości lub jej części lub nieruchomości odtworzeniowa o wartości 50% wyższej niż uprawdopodobniona jako należna.

Nabycie praw do nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa będzie mogło polegać także na ustanowieniu na rzecz Skarbu Państwa odpowiedniej służebności lub prawa użytkowania.

Wskazane powyżej regulacje znajdą odpowiednie zastosowanie także do umów najmu, dzierżawy i użyczenia, z tym, że uprawnionemu przysługiwać będzie prawo do odszkodowania od Skarbu Państwa z uwzględnieniem okresu nie dłuższego niż okres wypowiedzenia lub do końca obowiązywania umowy. Podmiotem właściwym do wypłaty odszkodowania będzie wojewoda właściwy ze względu na miejsce położenia nieruchomości.

Ustawa wejdzie w życie z dniem następującym po dniu jej ogłoszenia.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Projekt ustawy (druk sejmowy nr 1657) został przedłożony przez Radę Ministrów w dniu 12 października 2021 r. Na podstawie art. 123 ust. 1 Konstytucji Rada Ministrów uznała projekt ustawy za pilny „z uwagi na konieczność jak najszybszej realizacji inwestycji w kontekście istniejących zagrożeń na granicy państwowej oraz w tym zakresie istnienie istotnego interesu bezpieczeństwa państwa”. Marszałek Sejmu dnia 12 października 2021 r. skierowała projekt ustawy do Komisji Obrony Narodowej, natomiast w dniu 13 października 2021 r. – do Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych. Komisje, po przeprowadzeniu

pierwszego czytania oraz rozpatrzeniu projektu ustawy na posiedzeniu w dniu 13 października 2021 r., wniosły o jego uchwalenie w brzmieniu zawartym w sprawozdaniu (druk sejmowy nr 1668). Na etapie prac w komisjach wprowadzono do projektu kilka poprawek o charakterze doprecyzowującym i techniczno-legislacyjnym.

W trakcie drugiego czytania, które odbyło się w tym samym dniu, zgłoszony został wniosek o odrzucenie projektu ustawy w całości, a także poprawki zmierzające w szczególności do:

- 1) nałożenia na ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz Pełnomocnika obowiązku przedstawiania Sejmowi sprawozdań z przebiegu inwestycji oraz jej użytkowania;
- 2) zobligowania Komendanta Głównego Straży Granicznej do przedstawiania Sejmowi co trzy miesiące na piśmie informacji na temat wykonywania zadań Krajowego Ośrodka Koordynacji EUROSUR dotyczących funkcjonowania inwestycji;
- 3) włączenia Prezesa Najwyższej Izby Kontroli lub upoważnionego przez niego członka Kolegium Najwyższej Izby Kontroli do składu Zespołu do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej;
- 4) zapewnienia możliwości uczestniczenia w pracach Zespołu do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej przedstawicielom klubów i kół poselskich, senackich i parlamentarnych;
- 5) nałożenia na przewodniczącego Zespołu do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej, obowiązku przedstawiania Sejmowi, co najmniej raz w miesiącu, informacji z zakresu i postępu prac prowadzonych przy budowie bariery.

Wskazane powyżej poprawki nie uzyskały poparcia. Sejm uchwalił ustawę na 39. posiedzeniu w dniu 14 października 2021 r. w brzmieniu zawartym w sprawozdaniu komisji (druk sejmowy nr 1668). Za uchwaleniem ustawy opowiedziało się 274 posłów, 174 posłów było przeciw, jedna osoba wstrzymała się od głosu.

III. Uwaga ogólna

Ustawa nie była przedmiotem konsultacji publicznych ani opiniowania zarówno na etapie prac rządowych, jak również na etapie procedowania projektu ustawy w Sejmie. Trzeba mieć na względzie, że opiniowanie jest istotnym elementem procesu legislacyjnego, a

brak wystąpienia o opinię do uprawnionego podmiotu może skutkować zarzutem niedochowania trybu wymaganego przepisami w trakcie ewentualnego badania jego zgodności z Konstytucją.

W związku z regulacjami zawartymi w szczególności w art. 11 ust. 1 pkt 5 (który przewiduje, że w przypadku konieczności wywłaszczenia nieruchomości koszty z tym związane będą obciążać Skarb Państwa, w tym poprzez ich zwrot właściwemu staroście przez komendanta oddziału Straży Granicznej właściwego ze względu na lokalizację inwestycji), należy zwrócić uwagę, że ustawa może powodować zmiany w funkcjonowaniu samorządu terytorialnego, a skoro tak, to projekt powinien być przedmiotem opinii Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego. Zgodnie z art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 6 maja 2005 r. o Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego oraz o przedstawicielach Rzeczypospolitej Polskiej w Komitecie Regionów Unii Europejskiej, organ ten jest uprawniony do opiniowania projektów rządowych aktów normatywnych dotyczących problematyki samorządu terytorialnego.

Projekt ustawy nie został ponadto przekazany do zaopiniowania w szczególności przez:

- 1) Prokuratorę Generalną Rzeczypospolitej Polskiej (na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuraturze Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej), mimo że z dniem wejścia w życie opiniowanej ustawy Prezes Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej lub upoważniony przez niego wiceprezes wejdą w skład Zespołu do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej (art. 5 ust. 3 lit. g);
- 2) Krajową Radę Izby Inżynierów Budownictwa (art. 33 pkt 11 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa), mimo że opiniowana ustawa dotyczy przygotowania i realizacji inwestycji polegającej na projektowaniu, wykonaniu robót budowlanych, utrzymaniu, przebudowie, remoncie i rozbiórce, w tym obiektów budowlanych pozostających z nią w kolizji, w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (art. 3);
- 3) Radę Zamówień Publicznych (na podstawie art. 500 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych), mimo że opiniowana ustawa przewiduje wyłączenie stosowania przepisów – Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wszystkich zamówień związanych z realizacją inwestycji (art. 9).

IV. Uwagi szczegółowe

- 1) art. 4 ust. 4 zdanie drugie i art. 6 ust. 2 – w wymienionych przepisach zawarto doprecyzowanie, zgodnie z którym określone organy są obowiązane zająć stanowisko albo udzielić informacji **nie później niż** w terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku. W związku z tym, że ustawodawca określił 7-dniowy termin na udzielenie odpowiedzi albo zajęcie stanowiska, zbędne jest użycie sformułowania „nie później niż”. Proponuje się zatem usunięcie fragmentu przepisu, który nie ma wartości normatywnej.

Propozycje poprawek:

w art. 4 w ust. 4 w zdaniu drugim skreśla się wyrazy „nie później niż”;

w art. 6 w ust. 2 skreśla się wyrazy „nie później niż”;

- 2) art. 5 ust. 1 – przepis przewiduje utworzenie Zespołu do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej. Przepis ten zamieszczono w przepisach merytorycznych ustawy, jednak w myśl § 35 ust. 1 pkt 1 Zasad techniki prawodawczej sprawy związane z dostosowaniem do nowej ustawy, w tym w szczególności utworzenie organu lub instytucji reguluje się w przepisach dostosowujących. W przypadku opiniowanej ustawy przepis kreujący Zespół do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej powinien być zamieszczony przed przepisem o wejściu ustawy w życie. Użycie w zaproponowanym poniżej przepisie dostosowującym pełnej nazwy Zespołu do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej, pomimo wcześniejszego wprowadzenia skrótu w przepisach merytorycznych, jest zabiegiem celowym. W przepisach kreujących organ albo instytucję, ze względu na wagę (znaczenie) tego rodzaju regulacji i konieczną ich jednoznaczność i komunikatywność, należy posługiwać się pełną nazwą tworzonego organu albo instytucji.

Propozycje poprawek:

w art. 5:

- a) skreśla się ust. 1,

b) w ust. 2 wprowadzenie do wyliczenia otrzymuje brzmienie:

„Do zadań Zespołu do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej, zwanego dalej „Zespołem”, należy:”;

po art. 11 dodaje się art. 11a w brzmieniu:

„Art. 11a. Tworzy się Zespół do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej.”;

3) art. 5 ust. 3 pkt 2 lit. e – przepis wymaga ujednoczenia w zakresie użytych spójników. Zgodnie z art. 5 ust. 3 pkt 2 lit. a–d w skład Zespołu do spraw przygotowania i realizacji zabezpieczenia granicy państwowej wchodzić będą poszczególni ministrowie **lub** upoważnieni przez nich sekretarze stanu **albo** podsekretarze stanu, jedynie w przypadku ministra właściwego do spraw rozwoju wsi (por. lit. e) dwukrotnie posłużono się spójnikiem alternatywy rozłącznej „**albo**”. W celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości należałoby ujednoczyć spójniki.

Propozycje poprawek:

w art. 5 w ust. 3 w pkt 2 w lit. e użyty po raz pierwszy wyraz „albo” zastępuje się wyrazem „lub”;

albo

w art. 5 w ust. 3 w pkt 1 oraz w pkt 2 w lit. a–d wyraz „lub” zastępuje się wyrazem „albo”;

Konsekwentnie należałoby dokonać zmiany spójnika w art. 5 ust. 3 pkt 2 lit. g – w przypadku reprezentantów Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej użyto spójnika „lub”, natomiast w odniesieniu do pozostałych pomiotów wymienionych w lit. h–n posłużono się spójnikiem „albo”.

Propozycja poprawki:

w art. 5 w ust. 3 w pkt 2 w lit. g wyraz „lub” zastępuje się wyrazem „albo”;

- 4) art. 6 – przepis przesądza, że do inwestycji nie znajdują zastosowania przepisy odrębne, w tym prawa budowlanego, prawa wodnego, prawa ochrony środowiska oraz przepisy o udostępnianiu informacji o środowisku, prawa geodezyjnego i kartograficznego, przepisy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, przepisy o ochronie gruntów rolnych i leśnych oraz środowiskowe, przepisy o transporcie kolejowym, a także przepisy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Abstrahując od oceny merytorycznej zasadności tak szeroko zakreślonego wyłączenia stosowania przepisów powszechnie obowiązujących w odniesieniu do inwestycji realizowanej na podstawie opiniowanej ustawy (trudno ocenić jednoznacznie konsekwencje takiej regulacji z punktu widzenia zasad bezpieczeństwa przy realizacji inwestycji, w tym ochrony życia i zdrowia ludzkiego, czy ochrony środowiska), należy zwrócić uwagę, że przyjęta konstrukcja jest niezgodna z Zasadami techniki prawodawczej, w tym z zasadami formułowania odesłań (por. § 156). Ustawodawca, decydując się na wyłączenie stosowania określonych regulacji, jest obowiązany wskazać w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości zakres takiego wyłączenia. Powinno się zatem wymienić wprost przepisy, które w przypadku inwestycji nie znajdują zastosowania.

Niezależnie od powyższego, analiza pozostałych przepisów opiniowanej ustawy, w tym w szczególności art. 10 i art. 11 ust. 3 (które nakazują stosowanie ustawy o gospodarce nieruchomościami czy ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, a jednocześnie zawierają odesłania do art. 6, który wyłącza stosowanie tych przepisów), może wskazywać na to, że ustawodawca nie jest pewien, jakie przepisy powinny znaleźć zastosowanie do realizacji inwestycji. Taka konstrukcja legislacyjna może być uznana za niezgodną z zasadą dostatecznej określoności przepisów prawnych, wywodzoną z art. 2 Konstytucji. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego z zasady tej wynika obowiązek konstruowania przepisów prawnych w sposób przejrzysty i zrozumiały dla jej adresatów. Jest ona także jednym z elementów definiujących demokratyczne państwo prawne. Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że określoność prawa stanowi także element zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i tworzonych przez nie prawa. Jest ona również funkcjonalnie powiązana z zasadami pewności prawa i bezpieczeństwa prawnego (np. wyrok TK z: 15 września 1999 r., K 11/99, 11 stycznia 2000 r., K 7/99, 21 marca 2001 r., K 24/00, 28 października 2009 r., K 32/08).

- 5) art. 7 – zgodnie z tym przepisem informacje dotyczące konstrukcji, zabezpieczeń i parametrów technicznych bariery nie stanowią informacji publicznej i nie podlegają udostępnieniu w trybie odrębnych przepisów. Regulacja ta może budzić wątpliwości co do zgodności z art. 31 ust. 3 i art. 61 Konstytucji oraz z przepisami art. 1 ust. 1, art. 2 i art. 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Przepis art. 61 Konstytucji przewiduje, że obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Zgodnie natomiast z art. 31 ust. 3 Konstytucji prawo dostępu do informacji publicznej może być ograniczone tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia w zakresie prawa dostępu do informacji publicznej zostały określone w art. 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zgodnie z tym przepisem prawo do informacji publicznej, przewidziane dla każdego w art. 2 ust. 1, podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych (art. 5 ust. 1), a także ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy (art. 5 ust. 2). Opierając się na przepisach Konstytucji i ustawy o dostępie do informacji publicznej, a także biorąc pod uwagę fakt, że w uzasadnieniu projektu ustawy nie wyjaśniono motywów sformułowania wyłączenia prawa do informacji (w sposób ogólny powołano się na przesłankę bezpieczeństwa i porządku publicznego, nie wykazując przy tym w żaden sposób, że takie wyłączenie spełnia warunek proporcjonalności), można mieć uzasadnione wątpliwości, czy w przypadku art. 7 opiniowanej ustawy zachodzą określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji przesłanki do ograniczenia (*de facto* wyłączenia) prawa dostępu do informacji publicznej. Zasada proporcjonalności, wynikająca z art. 31 ust. 3 Konstytucji, zakłada, że ograniczenie praw jednostki musi być ekwiwalentne wobec celu, któremu służyć ma dana regulacja, musi to więc być ograniczenie racjonalne – przydatne, konieczne i proporcjonalne. Kryterium „konieczności” oznacza obowiązek ustawodawcy do wyboru najmniej uciążliwego środka. Innymi słowy, jeżeli ten sam cel możliwy jest do osiągnięcia przy zastosowaniu innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia na prawa i wolności jednostki, to zastosowanie przez ustawodawcę środka bardziej

uciążliwego wykracza poza to, co jest konieczne, więc narusza Konstytucję¹⁾ (np. wyrok TK z: 2 czerwca 1999 r., K 34/98, 12 stycznia 2000 r., P 11/98, 29 czerwca 2001 r. K 23/00). Wydaje się, że cel przyświecający ustawodawcy w przypadku opiniowanej ustawy może zostać zrealizowany w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy, w szczególności art. 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej.

W przypadku, gdy powyższe wątpliwości nie zostaną podzielone, proponuje się przyjęcie poprawki eliminującej odesłanie do „odrębnych przepisów”, które nie ma wartości normatywnej.

Propozycja poprawki:

w art. 7 skreśla się wyrazy „w trybie odrębnych przepisów”;

- 6) art. 8 – zgodnie z tym przepisem, jeżeli wynika to z potrzeb związanych z inwestycją, wojewoda właściwy ze względu na lokalizację inwestycji, na wniosek lub po zasięgnięciu opinii komendanta oddziału Straży Granicznej właściwego ze względu na lokalizację inwestycji, będzie mógł wprowadzić zakaz przebywania na określonym obszarze nie szerszym niż 200 metrów od linii granicy państwowej. Zakaz nie będzie dotyczył właścicieli lub posiadaczy nieruchomości zlokalizowanych na tym obszarze, jeżeli korzystają z nich zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. W szczególnie uzasadnionych przypadkach komendant oddziału Straży Granicznej właściwy ze względu na lokalizację inwestycji będzie mógł zezwolić na przebywanie na czas określony na obszarze objętym zakazem. W związku z tym przepisem pojawia się wątpliwość co do jego zgodności z art. 31 ust. 3 oraz art. 52 ust. 1 Konstytucji.

Zgodnie z art. 52 ust. 1 Konstytucji każdemu zapewnia się wolność poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz wyboru miejsca zamieszkania, zaś w myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji prawo przemieszczania się może być ograniczone tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. W związku z powyższym po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że sformułowana w art. 8 niejednoznaczna i nieprecyzyjna przesłanka „potrzeb związanych z inwestycją” nie mieści się w katalogu

¹⁾ „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.” red. L. Garlicki, Warszawa 1999–2007, uwaga 29 do art. 31, s. 30, L. Garlicki.

przesłanek określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, uzasadniających wprowadzenie ograniczenia w zakresie korzystania z prawa przemieszczania się. Po drugie, przepis nie wskazuje przez jaki czas miałyby obowiązywać zakaz przebywania na określonym obszarze (zakaz ten będzie mógł obowiązywać bezterminowo). Po trzecie, przewidziano możliwość wyłączenia zakazu przez komendanta oddziału Straży Granicznej właściwego ze względu na lokalizację inwestycji, „w szczególnie uzasadnionych przypadkach” i „na czas określony”, co daje komendantowi szeroki margines dowolności w zakresie zwalniania z zakazu przebywania na określonym obszarze. Takie ukształtowanie regulacji niesie za sobą ryzyko nierównego traktowania podmiotów w podobnej sytuacji. Po czwarte, zakaz nie będzie dotyczył właścicieli lub posiadaczy nieruchomości zlokalizowanych na tym obszarze, jeżeli będą z nich korzystać zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem. Nie wiadomo natomiast kto miałby oceniać czy właściciel korzysta z nieruchomości zgodnie z jej przeznaczeniem, czy też nie. Po piąte, uwagę zwraca fakt, że możliwość wprowadzenia zakazu przebywania na określonym obszarze (do 200 metrów od linii granicy państwowej) nie została powiązana z koniecznością oznaczenia takiego terenu (por. w szczególności art. 9 ust. 6 i 7 ustawy o ochronie granicy państwowej).

Wprawdzie przepis art. 8 jest wzorowany na aktualnie obowiązującym przepisie art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej, niemniej analiza porównawcza obu regulacji prowadzi do wniosku, że art. 8 opiniowanej ustawy wprowadza dużo dalej idące ograniczenia i jest mniej precyzyjny aniżeli art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie granicy państwowej. Zgodnie z art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie granicy państwowej, jeżeli wynika to **bezpośrednio z potrzeb związanych z ochroną granicy państwowej lub kontrolą ruchu granicznego**, wojewoda, na wniosek lub po zasięgnięciu opinii właściwego miejscowo komendanta oddziału Straży Granicznej, może wprowadzić **zakaz przebywania na niektórych odcinkach pasa drogi granicznej**. Należy przy tym zwrócić uwagę, że pas drogi granicznej obejmuje znacznie mniejszy teren – tj. obszar o szerokości **15 metrów**, licząc w głąb kraju od linii granicy państwowej. Ponadto zakazu przemieszczania, o którym mowa w art. 9 ust. 3 ustawy o ochronie granicy państwowej, nie stosuje się do właścicieli lub użytkowników gruntów położonych w pasie drogi granicznej, przy czym w przepisie tym **nie ma mowy o przesłance korzystania z nieruchomości zgodnie z jej społeczno-gospodarczym przeznaczeniem**. Ponadto w myśl art. 9 ust. 6 ustawy

o ochronie granicy państwowej pas drogi granicznej w miejscach, w których jest wprowadzony zakaz przebywania, **należy oznaczyć w dobrze widocznych miejscach** tablicami z napisem „Pas drogi granicznej – wejście zabronione”. W przypadku zakazu wprowadzanego na podstawie opiniowanej ustawy takiego obowiązku nie przewidziano.

Mając na uwadze powyższe istnieją uzasadnione wątpliwości co do spełniania przez analizowaną regulację również kryterium proporcjonalności wynikającego z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

- 7) art. 9 – przepis przewiduje wyłączenie stosowania przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych w przypadku wszystkich zamówień związanych z realizacją inwestycji w zakresie budowy bariery na granicy. Należy mieć na względzie, że dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, a także sama ustawa – Prawo zamówień publicznych, określa zamknięty katalog wyłączeń stosowania jej przepisów, co oznacza, że każdy przypadek wyłączenia stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, wprowadzany w polskim systemie prawnym, powinien być poddany pogłębionej analizie i refleksji. Wprowadzenie do krajowego porządku prawnego wyłączenia określonej kategorii zamówień lub podmiotów spod rygoru ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, które nie znajduje odzwierciedlenia w katalogu wyłączeń zdefiniowanym w dyrektywach unijnych, może być rozpatrywane w kategoriach naruszenia prawa europejskiego z zakresu zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego trzeba zwrócić uwagę, że ustawa – Prawo zamówień publicznych zawiera szczególne unormowania w zakresie udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa (dział VI; art. 395–430), a ponadto w art. 12 umożliwia (pod pewnymi warunkami) odstępianie od stosowania przepisów ustawy w przypadku zamówień lub konkursów:

- a) którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742) lub którym muszą towarzyszyć, szczególne środki bezpieczeństwa lub
- b) jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa

- w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI.

Zarówno ustawodawca unijny jak i krajowy dostrzegli zatem, że niekiedy szczególne środki bezpieczeństwa mogą uzasadniać odstępianie od stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. Będzie to miało miejsce w wyjątkowych sytuacjach, gdy osiągnięcie zmierzonego celu nie będzie możliwe przy zastosowaniu mniej inwazyjnych środków, takich jak nałożenie na wykonawców wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez zamawiającego w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia, czy zastosowanie szczególnych regulacji dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa²⁾. Ustawy – Prawo zamówień publicznych nie stosuje się również jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa. Przesłanka ta, obejmuje zarówno bezpieczeństwo zewnętrzne, jak również bezpieczeństwo wewnętrzne państw członkowskich. Zarazem państwom członkowskim przysługuje szeroki zakres uznania w odniesieniu do definiowania ich podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa. Należy przyjąć, że z zamówieniem dotyczącym istotnego interesu bezpieczeństwa państwa będziemy mieli do czynienia, gdy dotyczy ono w szczególności takich wartości jak suwerenność, międzynarodowa pozycja, niepodległość, nienaruszalność terytorium, obronność państwa³⁾.

Mając powyższe na uwadze nasuwa się pytanie, dlaczego ustawodawca zdecydował się na tak daleko idące rozwiązanie, jakim jest rezygnacja ze stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wszystkich zamówień związanych z realizacją inwestycji, w sytuacji, w której dostępne jest instrumentarium prawne umożliwiające zrealizowanie zamierzonego celu z zastosowaniem reguł wynikających z obowiązujących przepisów. Całkowite wyłączenie stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych oznaczać będzie również, że do zamówień udzielanych na podstawie opiniowanej ustawy nie znajdą zastosowania przewidziane w ustawie – Prawo zamówień publicznych przepisy dotyczące środków ochrony prawnej (dział IX) czy kontroli udzielania zamówień (dział XI).

²⁾ „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.” red. H. Nowak, M. Winiarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 r., s. 135.

³⁾ *Ibidem*, s. 138.

- 8) art. 10 – przepis przewiduje możliwość wydania przez wojewodę decyzji ograniczającej sposób korzystania z nieruchomości, jeżeli jest to konieczne do zapewnienia właściwej realizacji inwestycji, w tym infrastruktury towarzyszącej. W takim przypadku znajdują zastosowanie przepisy art. 124–124c ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami. W związku z tym przepisem nasuwa się wątpliwość w odniesieniu do jakich nieruchomości będzie mogła być wydana decyzja ograniczająca sposób korzystania z nich. Nie wiadomo czy chodzi o nieruchomości w pasie drogi granicznej (15 metrów od linii granicy państwowej), na obszarze 200 metrów od linii granicy państwowej, o którym mowa w art. 8 ust. 1 opiniowanej ustawy, czy w strefie nadgranicznej (która obejmuje cały obszar gmin przyległych do granicy państwowej), a może ustawodawca ma na myśli jeszcze inne nieruchomości położone w dalszej odległości od granicy. Brak precyzji w tym przypadku w powiązaniu z niejednoznaczną przesłanką „konieczności zapewnienia właściwej realizacji inwestycji” może budzić wątpliwości co do zgodności z zasadą dostatecznej określoności przepisów prawnych (art. 2 Konstytucji) oraz zasadą proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Niezrozumiałe jest również sformułowanie na końcu zdania drugiego w art. 10 – „, z zastrzeżeniem art. 6 ust. 1 niniejszej ustawy”. Przepis art. 6 określa bowiem w sposób ogólny katalog przepisów, które nie będą stosowane do inwestycji. Skoro ustawodawca nakazuje stosować określone przepisy, to nie może jednocześnie wyłączać ich stosowania.

Jedynie uzupełniająco należy wskazać, że Zasady techniki prawodawczej nie zalecają stosowania techniki zastrzeżenia do innego przepisu ustawy, ponieważ formuła ta może budzić wątpliwości interpretacyjne. Lepszym rozwiązaniem jest użycie sformułowania „z uwzględnieniem” albo „z wyjątkiem”, w zależności od tego, czy w innym przepisie zawarte jest uszczegółowienie przepisu (zasady), czy też wyjątek od niego (od niej).

Przygotowanie propozycji poprawki w odniesieniu do pierwszego z sygnalizowanych powyżej problemów wymagałoby ustalenia jaka była intencja ustawodawcy we wskazanym zakresie.

Propozycja poprawki (w odniesieniu do drugiego z problemów):

w art. 10 skreśla się wyrazy „, z zastrzeżeniem art. 6 ust. 1 niniejszej ustawy”;

- 9) art. 11 ust. 1 i 3 – w art. 11 ust. 1 we wprowadzeniu do wyliczenia posłużono się techniką zastrzeżenia do innego przepisu w obrębie tej samej jednostki redakcyjnej (artykułu). Zasady techniki prawodawczej nie zalecają stosowania takiej formuły, ponieważ może budzić ona wątpliwości interpretacyjne. Wydaje się, że intencją było wskazanie, że przepis art. 11 ust. 3 będzie stosowany w przypadku konieczności wyłączenia nieruchomości. To jednak powinno wynikać wprost z przepisu.

Niezależnie od powyższej uwagi należy wskazać, że w przepisie art. 11 ust. 3 przesądzono o odpowiednim stosowaniu ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, **z zastrzeżeniem art. 6 ust. 1 niniejszej ustawy**, pomimo tego, że art. 6 wyłącza stosowanie przepisów o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Taka konstrukcja jest niezrozumiała, budzi wątpliwości interpretacyjne i może być uznana za niezgodną z zasadą dostatecznej określoności przepisów prawnych, wywodzoną z art. 2 Konstytucji. Wątpliwości pogłębia fakt, że w art. 11 ust. 3 w pkt 3 wskazano przepisy ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych, których nie będzie się stosowało.

Propozycje poprawek:

w art. 11:

a) w ust. 1 skreśla się wyrazy „, z zastrzeżeniem ust. 3,”,

b) w ust. 3:

- wprowadzenie do wyliczenia otrzymuje brzmienie:

„W przypadku konieczności wyłączenia nieruchomości stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1363 oraz z 2021 r. poz. 784 i 1228), z tym że:”

- w pkt 3 po wyrazach „art. 32a” dodaje się wyrazy „ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych”;
- w pkt 4 po wyrazach „art. 11f ust. 1” dodaje się wyrazy „ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych”;

10) art. 11 ust. 1 pkt 5 – przepis jest niezrozumiały w zakresie w jakim przewiduje on, że do wydzielenia części nieruchomości, o której mowa w pkt 3, oraz nieruchomości odtworzeniowej **nie stosuje się ograniczeń wynikających z przepisów odrębnych**. Nie wiadomo jakie ograniczenia ma na myśli ustawodawca, ani z jakich przepisów miałyby one wynikać. Taka konstrukcja legislacyjna budzi wątpliwości co do jej zgodności z zasadą dostatecznej określoności przepisów prawnych, wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

Przygotowanie ewentualnych propozycji poprawek możliwe będzie po ustaleniu jaka była intencja ustawodawcy we wskazanym zakresie.

11) art. 11 ust. 1 pkt 7 – nie jest jasne jakie „dodatkowe koszty” związane z odmową przyjęcia przez uprawnionego oferowanego wynagrodzenia za nabycie, o którym mowa w pkt 3, lub odmową przyjęcia w rozliczeniu nieruchomości odtworzeniowej, ma na myśli ustawodawca. Jest to o tyle istotne, że koszty te mają obciążać osobę wywłaszczaną. Osoba uprawniona powinna mieć świadomość jakie konsekwencje będą wiązały się z odmową przyjęcia oferowanego wynagrodzenia albo nieruchomości odtworzeniowej. Taka konstrukcja jest niezrozumiała, budzi wątpliwości interpretacyjne i może być uznana za niezgodną z zasadą dostatecznej określoności przepisów prawnych oraz zasadą lojalności państwa wobec obywatela, wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

12) art. 12 – w opiniowanej ustawie zrezygnowano *de facto* z okresu *vacatio legis*, co budzi wątpliwości co do zgodności przepisu o wejściu w życie z art. 2 Konstytucji. Nie kwestionując potrzeby szybkiego wejścia ustawy w życie, trzeba mieć na względzie, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego oraz z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, rezygnacja z okresu dostosowawczego możliwa jest tylko wówczas, gdy łącznie spełnione są **dwa warunki: ważny interes państwa wymaga natychmiastowego wejścia w życie aktu normatywnego i zasady demokratycznego państwa prawnego nie stoją temu na przeszkodzie**. Przyjmując, że w przypadku opiniowanej ustawy istnieje ważny interes państwa uzasadniający rezygnację z *vacatio legis* (dążenie do ustabilizowania sytuacji na granicy polsko-białoruskiej i wzmocnienie

ochrony granicy), należy jednocześnie pamiętać, że ustawa wprowadza istotne ograniczenia w korzystaniu przez obywateli z konstytucyjnych praw i wolności, w tym w szczególności ingeruje w wynikającą z art. 52 Konstytucji wolność przemieszczania się (por. art. 8 opiniowanej ustawy), czy określone w art. 21 i art. 64 Konstytucji prawo własności (por. art. 10 i art. 11 opiniowanej ustawy).

Z art. 2 Konstytucji wynika nakaz zagwarantowania adresatom ustawy odpowiedniego okresu dostosowawczego. Odpowiednio długa *vacatio legis* jest warunkiem uznania ustawy za zgodną z konstytucyjną zasadą demokratycznego państwa prawnego. Elementem państwa prawnego jest bowiem konieczność przeznaczenia po uchwaleniu aktu normatywnego, a przed jego wejściem w życie, odpowiedniego czasu na zapoznanie się przez adresatów z jego treścią. Zapewnienie stosownego okresu na dostosowanie się do treści przepisów służy pewności prawa i zaufaniu do państwa i tworzonych przez nie prawa. Twórca aktu normatywnego powinien wybrać taki moment wejścia w życie przepisów, by nie naruszyć jednej z podstawowych wartości państwa prawa, jaką jest zaufanie obywateli do prawa, a więc by nie zaskakiwać adresatów norm wyrażonych w danym akcie nieoczekiwanym rozstrzygnięciem i stworzyć im możliwość zapoznania się z treścią stanowionych norm oraz – na podstawie tej wiedzy – dostosowania swoich zachowań do ich treści. Zgodnie z orzecznictwem TK *vacatio legis* musi mieć długość odpowiednią do treści i charakteru aktu (np. orzeczenie TK P 1/95). „Odpowiedniość” *vacatio legis* rozpatrywać trzeba w związku z koniecznością odpowiedniej reakcji na określone nowe przepisy. Wymóg *vacatio legis* należy odnosić do możliwości zapoznania się z nowym prawem i możliwością adekwatnego działania. Co więcej, odpowiednią *vacatio legis* należy odnosić nie do ochrony adresata normy prawnej przed pogorszeniem jego sytuacji, lecz do jego możliwości zapoznania się z nowym prawem i możliwości adaptacyjnych, a te bywają zróżnicowane.

Biorąc pod uwagę, że ustawa wprowadza istotne ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności, ustawodawca powinien rozważyć wydłużenie okresu *vacatio legis*.

Iwona Kozera-Rytel
Główny legislator