**prof. dr hab. Marek Chmaj**

**z Kancelarii Chmaj i Wspólnicy Sp.k.**



|  |
| --- |
| **Opinia Prawna***w przedmiocie:*wyboru przez radę powiatu w Końskich w dniu 23 listopada 2018 rokutrzyosobowego zarządu powiatu w końskich*przygotowana na zlecenie:***powiatu Koneckiego** |
|  |

sporządzona: 19 marca 2019 roku w warszawie

|  |
| --- |
| 1. **ŹRÓDŁA PRAWA**
 |

|  |  |
| --- | --- |
|  | Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 995 ze zm.); |
| 1.
2.
 | Uchwała Nr XI/65/2007 Rady Powiatu w Końskich z dnia 28 listopada 2007 roku w sprawie uchwalenia Statutu Powiatu Koneckiego; |
| Statut Powiatu Koneckiego z dnia 18 lipca 2013 r., stanowiący Załącznik Nr 1 do Uchwały Nr XI/65/2007 Rady Powiatu w Końskich z dnia 28 listopada 2007 r.; |
|  | Uchwała Nr XXV/6/2013 Rady Powiatu w Końskich z dnia 30 stycznia 2013 roku w sprawie zmiany Statutu Powiatu Koneckiego; |
|  | Uchwała Nr V/10/2019 Rady Powiatu w Końskich z dnia 26 lutego 2019 roku w sprawie zmiany Statutu Powiatu Koneckiego. |

|  |
| --- |
| 1. **DEFINICJE I SKRÓTY**
 |

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Definicje:** |
|  | „Zleceniodawca” | Powiat Konecki; |
|  | „Opiniujący” | prof. dr hab. Marek Chmaj z Kancelarii Chmaj i Wspólnicy Sp.k.; |

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Skróty:** |
|  | „u.s.p.” | Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. Nr 91, poz. 578 ze zm.); |
|  | „Rada” | Rada Powiatu w Końskich; |

|  |
| --- |
| 1. **PRZEDMIOT OPINII**
 |

Przedmiotem niniejszej opinii jest analiza prawna dotycząca wyboru przez Radę Powiatu w Końskich w dniu 23 listopada 2018 roku trzyosobowego Zarządu Powiatu w Końskich.

|  |
| --- |
| 1. **STAN FAKTYCZNY**
 |

Z przedłożonych przez Zleceniodawcę dokumentów wynika, iż w dniu 23 listopada 2018 roku Rada Powiatu w Końskich na I sesji Rady Powiatu z dnia 23 listopada 2018 roku, podjęła sześć uchwał, których przedmiotem był m.in.: wybór Przewodniczącego Rady Powiatu (Uchwała Nr I/1/2018), wybór Wiceprzewodniczącego Rady Powiatu (Uchwała Nr I/2/2018), wybór Starosty Koneckiego (Uchwała Nr I/3/2018), wybór Wicestarosty Koneckiego (Uchwała Nr I/4/2018), wybór Członka Zarządu Powiatu (Uchwała Nr I/5/2018) oraz ustalenie wynagrodzenia Przewodniczącego Zarządu Powiatu (Uchwała Nr I/6/2018).

Na Starostę Koneckiego, Uchwałą Nr I/3/2018 Rada Powiatu w Końskich wybrała Pana Andrzeja Marka Lenarta.

Następnie na tej samej sesji, uchwałami Nr I/4/2018 i Nr I/5/2018 Rada wybrała Pana Bogdana Mariana Sobonia Wicestarostą Koneckim, natomiast Pana Damiana Rozmusa Członkiem Zarządu Powiatu w Końskich.

Skład członków Zarządu Powiatu w Końskich określała wówczas treść § 42 ust. 2 Statutu Powiatu Koneckiego przyjętego Uchwałą Nr XI/65/2007 Rady Powiatu w Końskich z dnia 28 listopada 2007 roku w sprawie uchwalenia Statutu Powiatu Koneckiego, zmienionego Uchwałą Nr XIII/18/2008 Rady Powiatu w Końskich z dnia 12 marca 2008 roku i następnie zmienionego Uchwałą Nr XXV/6/2013 Rady Powiatu w Końskich z dnia 30 stycznia 2013 r. w sprawie zmiany Statutu Powiatu Koneckiego, o następującej treści: *„W skład Zarządu wchodzą: Starosta jako przewodniczący, Wicestarosta i pozostali członkowie w liczbie dwóch osób. Ze Starostą i Wicestarostą nawiązuje się stosunek pracy na podstawie wyboru.”*

Uchwały Rady Powiatu Koneckiego Nr I/3/2018, 1/4/2018 i 1/5/2018 o powołaniu trzyosobowego Zarządu Powiatu zostały przesłane do kontroli ich legalności Wojewodzie Świętokrzyskiemu w dniu 3 grudnia 2018 roku, zaś Regionalna Izba Obrachunkowa w Kielcach o składzie Zarządu Powiatu w Końskich została powiadomiona w dniu 12 grudnia 2018 roku.

Ogłoszenie wyników wyborów do Rady Powiatu w Końskich miało miejsce w dniu 26 października 2018 roku, zaś ustępujący Zarząd Powiatu złożył rezygnacje z pełnionych funkcji w dniu 23 listopada 2018 roku.

W dniu 26 lutego 2019 roku Rada Powiatu Koneckiego podjęła uchwałę o zmianie Statutu Powiatu Koneckiego w zakresie składu Zarządu Powiatu ustalając § 42 ust. 2 tego Statutu, zgodnie z brzmieniem którego: *„W skład Zarządu wchodzą: Starosta jako przewodniczący Wicestarosta i jeden Członek Zarządu. Ze Starostą Wicestarostą oraz Członkiem Zarządu nawiązuje się stosunek pracy na podstawie wyboru."*

|  |
| --- |
| 1. **STAN PRAWNY**
 |

Zarząd powiatu jest kolegialnym organem wykonawczym powiatu. Procedura wyboru zarządu powiatu oraz skład zarządu zostały określone w art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku (Dz. U. Nr 91, poz. 578 ze zm.), dalej „u.s.p.”, zgodnie z którym, **„Rada powiatu wybiera zarząd w liczbie od 3 do 5 osób, w tym starostę i wicestarostę, w ciągu 3 miesięcy od dnia ogłoszenia wyników wyborów przez właściwy organ wyborczy, z uwzględnieniem ust. 2 i 3 tego przepisu. Liczbę członków zarządu określa w statucie rada powiatu.”**

Systematyka powyższego przepisu pozwala na wyciągnięcie kilku wniosków, a przede wszystkim *ratio legis* ustawodawcy. Wnioski są następujące. Zarząd powiatu zostanie skutecznie i zgodnie z ustawą wybrany, jeżeli zostaną spełnione następujące wymagania:

1. zarząd musi być wybrany przez radę powiatu;
2. zarząd musi liczyć od 3 do 5 osób;
3. w składzie zarządu musi być obligatoryjnie starosta i wicestarosta;
4. rada musi wybrać zarząd w ciągu 3 miesięcy od dnia ogłoszenia wyników wyborów przez właściwy organ wyborczy;
5. wybór musi być dokonany z uwzględnieniem ust. 2 i 3 artykułu 27, czyli: starosta winien być wybrany bezwzględną większością głosów ustawowego składu rady w głosowaniu tajnym, zaś wicestarosta oraz pozostali członkowie zarządu mają być wybrani na wniosek starosty zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowego składu rady, w głosowaniu tajnym.

W art. 27 ust. 1 po pierwszym zdaniu jest umieszczone zdanie drugie w brzmieniu: „Liczbę członków zarządu określa w statucie rada powiatu.” Taka systematyka wskazuje, że wybór zgodny z ustawą musi być dokonany zgodnie z wymogami określonymi w zdaniu pierwszym tego przepisu, zaś zdanie drugie ma normę o charakterze porządkowym. Ustawodawca nie określił, kiedy ma być dokonana określona regulacja statutowa, a przede wszystkim nie określił kwestii uprzedniego czy następczego uregulowania w statucie liczby członków zarządu powiatu. Wynika z tego wniosek, że odmienność regulacji statutowej nie wpływa na skuteczny, zgodny z ustawą wybór zarządu powiatu. Jeżeli jednak skład wybranego skutecznie zarządu będzie odmienny od liczby wskazanej w statucie, to rada powiatu jest zobowiązana do następczej zmiany statutu na jednej z najbliższych sesji.

Artykułu 27 ust. 1 u.s.p. stanowi bez wątpienia ustrojową normę kompetencyjną. Reguluje ona tworzenie i obsadzanie zarządu powiatu. Adresatem tej normy jest rada powiatu, bowiem, do jej właściwości należy wybór zarządu powiatu. Przy czym, kompetencje rady powiatu do wyboru zarządu powiatu są ograniczone ustawowym wymogiem wyboru nie mniej niż 3 i nie więcej niż 5 osób, w tym starosty i wicestarosty oraz wymogiem temporalnym trzech miesięcy od dnia ogłoszenia wyników wyborów przez właściwy organ wyborczy.

Literalna wykładnia art. 27 ust. 1 u.s.p. prowadzi do wniosku, że tylko wówczas możemy mówić o zarządzie powiatu jako o organie samorządu powiatowego, jeżeli jego wybór został dokonany przez radę powiatu. Liczba członków zarządu może być różna, musi się jedynie mieścić w wyznaczonych przez ustawę ramach ilościowych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpatrywanej sprawy należy stwierdzić , iż w świetle art. 27 ust. 1 u.s.p., na sesji w dniu 23 listopada 2018 roku Rada Powiatu Koneckiego uchwałami nr 1/2/2018, 1/4/2018 oraz 1/5/2018 dokonała wyboru Zarządu Powiatu Koneckiego w składzie trzech osób, w tym starosty, wicestarosty oraz jednego członka zarządu powiatu. Wybór Zarządu Powiatu Koneckiego dokonany przez Radę Powiatu Koneckiego był zgodny z minimalnie określoną liczbą członków zarządu powiatu o której mowa w art. 27 ust. 1 u.s.p., co oznacza że na sesji Rady Powiatu Koneckiego w dniu 23 listopada 2018 roku skutecznie dokonano wyboru organu wykonawczego powiatu, jakim jest zarząd powiatu.

Dopełnieniem regulacji art. 27 ust. 1 u.s.p., jest art. 29 ust. 1 u.s.p który określa sankcję za niedokonanie przez radę powiatu wyboru zarządu w terminie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia wyników wyborów, którą jest rozwiązanie rady powiatu z mocy prawa. Pociąga to za sobą następujące skutki:

* + 1. obowiązek niezwłocznego ogłoszenia przez wojewodę w formie obwieszczenia w wojewódzkim dzienniku urzędowym informacji o rozwiązaniu rady powiatu;
		2. obowiązek niezwłocznego podania do wiadomości przez wojewodę informacji o rozwiązaniu rady powiatu w sposób zwyczajowo przyjęty na obszarze danego powiatu;
		3. konieczność przeprowadzenia wyborów przedterminowych;
		4. przejęcie funkcji organów powiatu przez osobę wyznaczoną przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw administracji publicznej.

Określone w art. 29 ust. 1-5 u.s.p. skutki niewybrania zarządu w ustawowym terminie, odnoszą się do sytuacji, w której w ustawowym terminie, rada powiatu nie dokonuje wyboru nowego zarządu. Przedłużająca się niezdolność do wyłonienia sprawnie działającego zarządu jest przesłanką do rozwiązania organu stanowiącego i tym samym stworzenia możliwości do wyboru organów powiatu mających zdolność do działania. Komentowany przepis służy właśnie temu celowi i reguluje sposób postępowania w przypadku, gdy rada powiatu nie dokonuje wyboru nowego zarządu.

W związku z powyższym, wykładnia art. 29 u.p.s. odnosi się wyłącznie do sytuacji braku podjęcia aktu wyboru zarządu przez radę w terminie określonym w art. 27 ust. 1 u.p.s., w sposób określony w ust. 2 i 3 tego artykułu.

Określona w art. 29 ust. 1-5 u.s.p. sytuacja nie dokonania wyboru zarządu powiatu będzie miała miejsce wówczas gdy podczas głosowań rada nie będzie zdolna do podjęcia uchwały z powodu:

a) braku zgłoszonych kandydatur;

b) braku kworum lub;

c) nie uzyskania odpowiedniej, wymaganej przepisami ustawy większości głosów.

 Do skutecznego wyboru zarządu nie dojdzie także w razie złamania zasady tajności głosowania wymaganej w art. 27 ust. 2 i 3 u.p.s.

W powiecie koneckim żaden z powyższych skutków nie nastąpił, a wyboru zarządu dokonano zgodnie z właściwymi procedurami i w liczbie zgodnej z ustawową regulacją.

Statut powiatu jest aktem prawa miejscowego (art. 12 us.p.), co oznacza jedynie, że określona w nim liczba członków zarządu musi być zgodna z ustawową normą w tym zakresie. Regulacja statutowa nie może przesądzać o dokonaniu aktu wyboru organu jakim jest zarząd powiatu, jeżeli akt wyboru jest zgodny z normą ustawową.

Statutowe określenie liczby członków zarządu ma znaczenie dla określenia zasad podejmowania uchwał przez zarząd bowiem, zgodnie z art. 13 ust. 1 u.s.p., istotne znaczenie ma tutaj, nie ustawowy, ale statutowy skład zarządu.

Na powyższe rozróżnienie pomiędzy wyborem organu a prawidłowością podejmowania uchwał przez organ zwrócił uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 20 lutego 2018 roku, sygn. akt II GSK 1366/16, wskazując, iż *„statut powiatu jest stanowionym przez radę powiatu, w odpowiednim trybie, aktem prawa miejscowego, określającym ustrój powiatu. Nie ma zatem żadnych podstaw do przyjęcia, że uchwała rady o wyborze zarządu w składzie nieodpowiadającym składowi określonemu w statucie jest zarazem uchwałą wprowadzającą (dorozumianą) zmianę w statucie. Z tych przyczyn należy zgodzić się z Sądem I instancji, że sporną uchwałę w istocie podjął* ***zarząd nieprawidłowo wybrany****, w związku z tym uchwała została wydana z naruszeniem prawa stanowiącym przesłankę stwierdzenia jej nieważności (*[*art. 147 § 1*](https://sip.lex.pl/#/document/16982717?unitId=art(147)par(1)&cm=DOCUMENT)*p.p.s.a.)”.*

NSA wskazuje na sytuację zarządu powiatu, który został „nieprawidłowo wybrany” Nie odnosi się natomiast do sytuacji określonej w art. 29 ust. 1 u.s.p., czyli „niedokonania przez radę powiatu wyboru zarządu”. Czym innym jest niewłaściwy wybór, a czym inny brak wyboru. Idąc tokiem rozważań NSA, można było ewentualnie badać uchwały dotyczące wyboru zarządu. Należy jednak przypomnieć, że wojewoda ma na dokonanie kontroli legalności takiej uchwały tylko i wyłącznie 30 dni od czasu jej przekazania, a owo przekazanie nastąpiło pod koniec listopada 2018 r. Wojewoda badając legalność ww. uchwał nie stwierdził wtedy ich niezgodności z prawem, w związku z czym przysługuje im domniemanie zgodności z prawem, które ewentualnie mógłby obalić tylko i wyłącznie sąd administracyjny, jeżeli wpłynęłaby do niego ewentualna skarga. Taka skarga do dziś nie została złożona.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż dokonanie przez radę powiatu wyboru zarządu w liczbie zgodnej z normą ustawową oznacza dokonanie aktu wyboru, co absolutnie wyklucza zastosowanie sankcji z art. 29 u.p.s.

Zastosowanie przez wojewodę sankcji z art. 29 u.p.s będzie złamaniem zasady legalizmu określonej w art. 7 Konstytucji RP oraz będzie oznaczać złamanie szeregu przepisów ustawy o samorządzie powiatowym. Może to skutkować uznaniem przez właściwy organ, że doszło do naruszenia art. 231 par. 1 kodeksu karnego, który nosi brzmienie: „funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego,
podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

|  |
| --- |
| 1. **KONKLUZJE**
 |

1. **wybór zarządu powiatu koneckiego został dokonany zgodnie z dyspozycją artykułu 27 ustawy o samorządzie powiatowym.**
2. **artykuł 29 ustawy o samorządzie powiatowym odnosi się wyłącznie do sytuacji braku podjęcia aktu wyboru zarządu powiatu przez radę powiatu, w sposób określony w art. 27 ustawy o samorządzie powiatowym;**
3. **niezgodność składu zarządu powiatu ze statutem nie może skutkować sankcją rozwiązania rady powiatu z mocy prawa na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym.**
4. **zastosowanie przez wojewodę sankcji z art. 29 u.s.p będzie złamaniem zasady legalizmu określonej w art. 7 Konstytucji RP oraz szeregu przepisów u.s.p. Może to skutkować postawieniem wojewodzie zarzutu z art. 231 kodeksu karnego, czyli przekroczenia uprawnień przez funkcjonariusza publicznego.**

**prof. dr hab. Marek Chmaj**

 radca prawny

Niniejsza Opinia została sporządzona w oparciu o informacje przekazane przez Zleceniodawcę. W związku z tym należy zastrzec, że wnioski zawarte w niniejszej Opinii odnoszą się wyłącznie do informacji i dokumentów przedstawionych przez Zleceniodawcę oraz oparte są na najlepszej wiedzy, zarówno z zakresu problematyki prawa, jak i interpretacji tekstów. W przypadku ewentualnego ujawnienia się nowych, nieznanych dotychczas okoliczności, wszystkie lub niektóre wnioski mogą wymagać dodatkowej analizy.