

Kancelaria Adwokacka
adwokat Krzysztof M. Miazga

Warszawa (02-390), Colosseum, ul. Grójecka 186 lokal nr 628
adres do korespondencji: skr. poczt. 15, 02-105 Warszawa 21
tel. kom. 0 602 627 217 e-mail: kmniazga@ci.onet.pl

Warszawa, dnia 27 września 2018 r.

Zarząd Wykonawczy
Związku Ochotniczych
Straży Pożarnych
Rzeczypospolitej Polskiej
w Warszawie

OPINIA PRAWNA

Przedmiot opinii: Możliwość łączenia funkcji radnego rady gminy z członkostwem we władzach ochotniczej straży pożarnej.

Zgodnie z art. 24f ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jednolity z dnia 9 maja 2018 r. Dz.U. z 2018 r. poz. 994 z póź. zm.) radni nie mogą prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, a także zarządzać taką działalnością lub być przedstawicielem czy pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności (ust. 1). Jeżeli radny przed rozpoczęciem wykonywania mandatu prowadził działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 1, jest obowiązany do zaprzestania prowadzenia tej działalności gospodarczej w ciągu 3 miesięcy od dnia złożenia ślubowania. Niewypełnienie obowiązku, o którym mowa w zdaniu pierwszym, stanowi podstawę do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu radnego w trybie art. 383 ustawy Kodeks wyborczy (ust. 1a).

Wójtowie, radni, małżonkowie wójtów, zastępców wójtów, radnych, sekretarzy gminy, skarbników gminy, kierowników jednostek organizacyjnych gminy, osób zarządzających i członków organów zarządzających gminnymi osobami prawnymi, a także osoby pozostające we wspólnym pożyciu z wójtami, zastępcami wójtów, radnymi, sekretarzami gminy, skarbnikami gminy, kierownikami jednostek organizacyjnych gminy, osobami zarządzającymi i członkami organów zarządzających gminnymi osobami prawnymi, nie mogą być członkami władz zarządzających lub kontrolnych i rewizyjnych ani pełnomocnikami spółek handlowych z udziałem gminnych osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby. Wybór lub powołanie tych osób na te funkcje są z mocy prawa nieważne. (ust. 2). Radni nie mogą posiadać pakietu większego niż 10% udziałów lub akcji w spółkach prawa handlowego z udziałem gminnych osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie

osoby. Udziały lub akcje przekraczające ten pakiet powinny być zbyte przez radnego przed pierwszą sesją rady gminy, a w razie niezbycia ich nie uczestniczą one przez okres sprawowania mandatu i dwóch lat po jego wygaśnięciu w wykonywaniu przysługujących im uprawnień (prawa głosu, prawa do dywidendy, prawa do udziału majątku, prawa poboru) - ust. 5.

Art. 24f ustawy o samorządzie gminnym (u.s.g.) jest poświęcony ograniczeniom w zakresie różnorodnej aktywności gospodarczej radnych i ich małżonków oraz małżonków niektórych funkcjonariuszy samorządowych w wypadku, gdy taka aktywność miałaby związek z gminą lub jej mieniem.

Ograniczenia zawarte w tym przepisie nie dotyczą natomiast wójtów, burmistrzów, prezydentów miast, ich zastępców, sekretarzy, skarbników i kierowników jednostek organizacyjnych gmin, a także innych osób wydających decyzje administracyjne w imieniu wójtów, burmistrzów czy prezydentów miast. Ich wszystkich bowiem dotyczą osobne, ostrzejsze zakazy zawarte w przepisach ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (tekst jednolity z dnia 7 lipca 2017 r. Dz.U. z 2017 r. poz. 1393). Osoby te nie mogą co do zasady uczestniczyć lub wykonywać funkcji w podmiotach gospodarczych, niezależnie od tego, czy pomiędzy tymi podmiotami a gminą lub jej mieniem istnieje jakikolwiek związek.

Zakres podmiotowy art. 24f ust. 4 został zmieniony na mocy wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 13 lipca 2004 r. (K. 20/2003, LexisNexis nr 367590, Dz.U. Nr 167, poz. 1759), ponieważ ust. 4 utracił moc jako niezgodny z Konstytucją w części, w jakiej dotyczył małżonków osób wymienionych w ust. 2. Oznacza to, że małżonkowie tych osób, którzy zaczęli piastować określone w ust. 2 funkcje, nim osoby te objęły stanowiska wymienione w ust. 1, nie muszą już z tych funkcji rezygnować. Art. 24f ust. 4 zatem dotyczy obecnie wyłącznie radnych.

Art. 24f ust. 4 uległ od początku kadencji samorządów zmianie, ale nie uwzględniono w nim wymienionego wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 13 lipca 2004 r. Ograniczenia zawarte w ust. 4 nie powinny bowiem dotyczyć małżonków funkcjonariuszy samorządowych wymienianych w ust. 2, bowiem wystarczająca jest sankcja z ust. 2. Nowelizacja ust. 4 świadczy niestety o całkowitym niezrozumieniu przez ustawodawcę powołanego orzeczenia i jest pozbawiona jakiegokolwiek sensu. Jeśli bowiem zawarty w ust. 4 obowiązek rezygnacji z uczestniczenia w spółkach i działalności przedsiębiorców określonych w ust. 2 dotyczy jedynie radnych (mają to uczynić w ciągu 3 miesięcy od ślubowania) i skoro obowiązek ten nie dotyczy już małżonków radnych, wójtów, sekretarzy, skarbników itd., to niezrozumiały jest zapis, iż obowiązek rezygnacji z udziału w spółkach i u przedsiębiorców określonych w ust. 2 powinien być wypełniony w ciągu 3 miesięcy od dnia ślubowania przez radnego „albo wójta, czy też od dnia zatrudnienia na podstawie umowy o pracę lub powołania na sta-

nowisko”.

Refleksja nad dorobkiem legislacyjnym w zakresie uregulowań antykorupcyjnych zawartych w art. 24f u.s.g. jest raczej ponura. Nie tylko nie usunięto ani jednej z licznych wad dotychczasowych regulacji, ale stworzono jeszcze jedną błędną regulację. Jedyny zatem dorobek pozytywny w tej mierze to ustalenia interpretacyjne poczynione w orzecznictwie i piśmiennictwie (patrz: Kazimierz Bandarzewski, Rafał Budzisz, Paweł Artur Chmielnicki (redakcja), Dorota Dąbek, Piotr Dobosz, Barbara Jaworska-Dębska, Wiesław Kisiel, Paweł Wiesław Kryczko, Marek Ireneusz Mączyński, Stefan Płazek, Katarzyna Właźlak, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, LexisNexis, 2013; Rzetecka-Gil Agnieszka, *Samorząd gminny. Komentarz do przepisów o charakterze antykorupcyjnym*, Opublikowano: LEX/el. 2015, teza 44 do art. 24f; Dolnicki Bogdan (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, wyd. II, Opublikowano: WKP 2018, teza 3 do art. 24f).

Jak uznał Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA) w Kielcach w wyroku z 20.12.2007 r. (II SA/Ke 641/07, Legalis), przepis ust. 1 art. 24f ma charakter "antykorupcyjny i w takim duchu należy go interpretować. Regulacja w nim zawarta oparta jest na przekonaniu, że osoba uczestnicząca w procesie stanowienia prawa lokalnego nie powinna prowadzić działalności gospodarczej ani zarządzać nią z wykorzystaniem mienia komunalnego na uprzywilejowanych zasadach. Osoba taka jest bowiem osobą szczególnego zaufania społecznego". Podobnie wypowiedział się Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) w wyroku z 16.5.2005 r. (OSK 1542/05, niepubl.). Sąd ten zauważył, iż *ratio legis* zakazów z art. 24f ust. 1 i 1a jest takie samo - "ustawodawcy chodziło o przeciwdziałanie sytuacjom, które mogą stwarzać pokusę nadużywania zajmowanego stanowiska publicznego, występowania tzw. konfliktu interesów". To stanowisko potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 17 października 2013 r., II OSK 2294/13 wskazując, że artykuł 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) stanowi regulację tzw. "antykorupcyjną", wprowadzającą instytucje prawne mające stanowić gwarancje prawidłowego i rzetelnego wykonywania działań przez jednostki samorządu terytorialnego, i w takim duchu należy go interpretować.

Działalność gospodarcza definiowana była najpierw w art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity z dnia 14 października 2010 r. Dz.U. Nr 220, poz. 1447 z póź. zm.). Kształt nadany działalności gospodarczej w tej ustawie, jako kategorii normatywnej, ma walor uniwersalny, tak w świetle prawa publicznego, jak i prywatnego. Zgodnie z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej (u.s.d.g.), działalność gospodarcza to zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a ponadto działalność zawodowa. *Criterion divisionis* stanowi zorganizowany, ciągły (trwały)

charakter przedmiotowej aktywności. Ustawodawca stanął na stanowisku, że nie kryterium podmiotowe decyduje o uznaniu określonej działalności za gospodarczą, ale jej przedmiot i charakter. Radny, zgodnie z art. 24f ust. 1, nie może prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami z wykorzystaniem mienia komunalnego macierzystej gminy. Zakazane jest także zarządzanie przez radnego taką działalnością oraz pełnienie roli przedstawiciela lub pełnomocnika w ramach tego typu przedsięwzięć (ust. 1), pełnienie funkcji członka władz zarządzających, kontrolnych lub rewizyjnych bądź występowanie jako pełnomocnik spółek handlowych z udziałem gminnych osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby (ust. 2) oraz posiadanie pakietu udziałów lub akcji przekraczającego 10% ogółu udziałów lub akcji w spółkach prawa handlowego z udziałem gminnych osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby (ust. 5). Należy przyjąć, że w art. 24f pomieszczono rozmaite rodzaje aktywności, zaś klamrą kompozycyjną jest przyświecający ustawodawcy zamysł wyeliminowania lub przynajmniej ograniczenia działalności radnego potencjalnie dla gminy niekorzystnej niezwiązanej ze sprawowaniem mandatu (patrz: Ustawa o samorządzie gminnym, Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa, *red. prof. zw. dr hab. Roman Hauser, prof. zw. dr hab. Zygmunt Niewiadomski*, Rok wydania: 2011, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 1, tezy 2-3 do art. 24f).

Kolejna legalna definicja tego pojęcia została zawarta w art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. W myśl tego przepisu działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. W obrębie pojęcia działalności gospodarczej mieści się również działalność wytwórcza w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, a także wynajmowania przez rolników pokoi, sprzedaży posiłków domowych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów oraz wyrobu wina przez producentów będących rolnikami wyrabiającymi mniej niż 100 hektolitrów wina w ciągu roku gospodarczego, o których mowa w art. 17 ust. 3 ustawy z 12.05.2011 r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina (Dz.U. z 2016 r. poz. 859 ze zm.). Co prawda do działalności tej nie stosuje się przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jednakże jest ona objęta zakazem, o którym mowa w art. 24f u.s.g. Jak bowiem słusznie podkreślono w doktrynie, działalność rolnicza jest także działalnością gospodarczą (patrz: Dolnicki Bogdan (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, wyd. II, Opublikowano: WKP 2018, teza 3 do art. 24f, teza 2 do art. 24f).

Obecnie obowiązująca (od 30 kwietnia 2018 r.) ustawa z dnia 6 marca

2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r. poz. 646 z póź. zm.), która zastąpiła ustawę o swobodzie działalności gospodarczej, zawiera nie odbiegającą znacząco od poprzednich nową definicję legalną działalności gospodarczej. Stanowi ona, że działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.

Art. 24f u.s.g. wyłącza, jako niedopuszczalne, następujące formy gospodarczej aktywności:

- prowadzenie działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami, a również zarządzanie taką działalnością, branie udziału w jej prowadzeniu jako przedstawiciel lub pełnomocnik, jeżeli taka działalność opiera się na wykorzystaniu mienia gminy (art. 24f ust. 1),
- pełnienie funkcji członka władz zarządzających, kontrolnych lub rewizyjnych bądź występowanie jako pełnomocnik spółek handlowych z udziałem gminnych osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby (art. 24f ust. 2),
- posiadanie pakietu większego niż 10 procent udziałów lub akcji w spółkach handlowych z udziałem gminnych osób prawnych lub przedsiębiorców, w których uczestniczą takie osoby (art. 24f ust. 5).

Jeśli zacząć interpretację od ustalenia form prawnych zakazanej działalności, to najprostsze jest to w trzecim z wymienionych przypadków (art. 24f ust. 5) - z pewnością bowiem chodzi w nim tylko o spółki handlowe, i to w dodatku takie, w których występują udziały lub akcje; są to zatem spółki komandytowo-akcyjne, z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjne. W drugim z wymienionych przypadków (art. 24f ust. 2) chodzi z kolei o te spółki handlowe, które mają władze zarządzające, kontrolne lub rewizyjne; są to spółki z o.o. i akcyjne. Wprawdzie zarząd może być powoływany również w spółkach partnerskich, ale uczestniczenie w nich gminnych osób prawnych jest wykluczone. Mogą bowiem one zrzeszać tylko osoby fizyczne i tylko w niektórych rodzajach usług ściśle zawodowych.

Jeżeli zatem przyjąć założenie, że celem ustawodawcy było ograniczenie ewentualnej niekorzystnej dla gminy aktywności radnych we wszelkich prawnie możliwych formach aktywności gospodarczej, to wynikałoby z tego, iż wszystkich pozostałych przejawów takiej aktywności, np. w formie samodzielnej działalności gospodarczej, spółki jawnej, komandytowej, spółdzielni, **stowarzyszenia** czy fundacji, może dotyczyć jedynie ograniczenie zawarte w art. 24f ust. 1 u.s.g.

Istotnie, zawarte w tym przepisie określenie „prowadzenie działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami” jest dosyć ogólne i nie nawiązuje w sposób ścisły do obecnie istniejących w prawie określeń co do podmiotów gospodarczych. Jest przy tym symptomatyczne, że jakkolwiek ustawodawca wprowadził nowe określenie podmiotu gospodarczego (przedsiębiorca) do wcześniej wymienionych art. 24f ust. 2 i 5, to nie użył go w

art. 24f ust. 1. Wskazuje to na zamiar pozostawienia użytych tam określeń podmiotowych jako szerokich, odnoszących się do różnych przejawów wspólnej działalności.

Jest poza sporem, że „osoba prowadząca działalność gospodarczą na własny rachunek” to - według obecnego stanu prawnego - po prostu jednoosobowy przedsiębiorca. Trudność polega na próbie określenia pojęcia osoby prowadzącej działalność gospodarczą „wspólnie z innymi osobami”. Bez wątpienia chodzi tu o prawne formy osobistego, w imieniu własnym, uczestnictwa w takiej wspólnej działalności - co wynika z dalszego brzmienia przepisu, który osobno formułuje zakazy co do pełnomocników czy zarządców. Powstaje zatem pytanie, czy interpretowany tu art. 24f ust. 1 dotyczy wszelkich prawnych form wspólnej działalności gospodarczej i czy dotyczy wszelkich form uczestnictwa radnego w podmiocie będącym przedsiębiorcą. Możliwe są w tym względzie różne stanowiska, a mianowicie:

A. Skoro w analizowanym przepisie pozostawiono określenie „prowadzić działalność gospodarczą”, które w obecnym stanie prawnym dotyczy przedsiębiorcy, to w sformułowaniu „osoby prowadzące działalność gospodarczą wspólnie z innymi osobami” mieszczą się wyłącznie wspólnicy spółek cywilnych. Tylko bowiem oni obecnie - mimo uczestniczenia we wspólnej jednostce organizacyjnej (która jednak jako spółka cywilna nie jest przedsiębiorcą) - mają sami status przedsiębiorców, czyli według poprzedniego nazewnictwa właśnie osób prowadzących działalność gospodarczą.

B. Z redakcji przepisu wynika, że podstawowe znaczenie ma określenie „prowadzić”, tzn. nie jedynie uczestniczyć w jednostce będącej przedsiębiorcą, choćby biernie, ale mieć samodzielną kompetencję do zarządzania sprawami przedsiębiorstwa, w którym się uczestniczy. W spółkach osobowych (niemających osobowości cywilnoprawnej) takimi osobami są z mocy wyraźnych przepisów Kodeksu spółek handlowych wspólnicy spółek jawnych i komplementariusze spółek komandytowych. I jedni, i drudzy z ustawy mają prawo prowadzenia spraw spółki. Natomiast nie są nimi - również z mocy wyraźnych przepisów Kodeksu spółek handlowych - ani komandytariusze spółek komandytowych, ani też akcjonariusze spółek komandytowo-akcyjnych. Nie mają bowiem oni prawa prowadzenia spraw spółek, w których uczestniczą, a ich udział jest wyłącznie kapitałowy.

Jeśli zaś chodzi o przedsiębiorców będących osobami prawnymi (np. spółdzielni czy stowarzyszeń), to ich członkowie nie mają z samego faktu członkostwa prawa prowadzenia spraw takiego przedsiębiorcy, a zatem również i ich nie dotyczy zakaz zawarty w art. 24f ust. 1, chyba że obejmują funkcje w zarządzie tych przedsiębiorców albo stają się ich przedstawicielami (np. kuratorami) lub pełnomocnikami (np. przez sprawowanie prokury).

C. W braku wyraźnych wskazań ustawowych należy uznać, że określenie „wspólnie z innymi osobami” oznacza każdy przypadek jakiegokolwiek uczest-

niczenia w organizmie przedsiębiorcy, także jako bierny członek czy wspólnik zaangażowany jedynie kapitałowo i niemający kompetencji do prowadzenia spraw przedsiębiorcy.

Za prawidłową wykładnię należy uznać tezę zawartą w lit. B. Gdyby zakaz miał się ograniczać jedynie do uczestniczenia w spółkach cywilnych, to sformułowanie „lub wspólnie z innymi osobami” byłoby w obecnym stanie prawnym zbędne. Wystarczyłoby jedynie zakaz prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek, obecnie bowiem każdy wspólnik spółki cywilnej jest traktowany jako osobny podmiot prawnogospodarczy, a przedsiębiorcą nie jest spółka, lecz każdy ze wspólników. Poza tym przy takiej wykładni, jaka została zawarta w lit. A, zakaz prowadzenia działalności gospodarczej byłby nader łatwy do obejścia - wystarczyłoby jedynie założyć spółkę jawną, która jest przedsiębiorcą, a której sprawy - jako wspólnik - można prowadzić bez żadnych ograniczeń.

Nie można jednakże za trafną uważać też wykładni najszerszej, zawartej w lit. C. Przepis bowiem nie używa sformułowania „uczestniczyć w działalności gospodarczej z innymi osobami”, a wyraźnie - „prowadzić działalność gospodarczą z innymi osobami”. Żadną zaś miarą np. komandytariusz nie może być poczytany za osobę prowadzącą sprawy spółki komandytowej lub też członek spółdzielni lub stowarzyszenia za prowadzącego sprawy spółdzielni. Stanowisko piśmiennictwa z zakresu prawa gospodarczego jest tu jednoznaczne. Komandytariusz nie jest przedsiębiorcą, nie jest współwłaścicielem przedsiębiorstwa spółki i nie ma w niej żadnych uprawnień w zakresie prowadzenia jej spraw.

Komentowany przepis używa zarówno słowa „prowadzić” (działalność gospodarczą), jak i „uczestniczyć” (w przedsiębiorstwie), jednakże wprowadza bardzo wyraźne rozgraniczenie. „Prowadzenia” dotyczy tylko zakaz zawarty w ust. 1, a „uczestniczenia” oraz „brania udziału” - zakazy zawarte w ust. 2 i 5.

Osobnym zagadnieniem natomiast jest zawarty również w ust. 1 zakaz zarządzania działalnością gospodarczą albo bycia pełnomocnikiem lub przedstawicielem w prowadzeniu takiej działalności. W kontekście tego zakazu pojmowanie określenia „działalność gospodarcza” nie może być ograniczone jedynie do działalności własnej lub prowadzonej wspólnie z innymi osobami. Jednoosobowy przedsiębiorca lub np. wspólnik spółki jawnej bowiem nie potrzebuje, a nawet nie może być pełnomocnikiem siebie samego czy spółki jawnej, w której uczestniczy.

W kontekście tego zakazu zatem pojęcie „działalność gospodarcza” powinno być rozumiane szeroko. Tak np. w rozstrzygnięciu Wojewody Łódzkiego (PN I 0914/32/2003, OSS 2005, nr 1, poz. 10) został wyrażony pogląd, że pełnienie przez radnego funkcji członka zarządu stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia gminy skutkuje wygaśnięciem mandatu.

Późniejsze dosyć liczne orzecznictwo utrzymuje to stanowisko. Na przykład w wyroku z 8 października 2009 r., II SA/Bk 241/2009, LexisNexis nr 2247694, WSA w Białymstoku uznał, iż narusza zakaz z art. 24f ust. 1 pozostawanie w zarządzie gminnego klubu sportowego („Wspólnota” 2009, nr 49, s. 44). Z kolei wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 marca 2010 r., II OSK 107/10 zawiera stwierdzenie, że art. 24f ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) nie stanowi ograniczenia zasady pomocniczości, zasady swobody działalności gospodarczej, a nakazuje dokonanie wyboru co do podjęcia funkcji radnego zobowiązanego do rzetelnego działania, która obejmuje zakaz prowadzenia działalności z wykorzystaniem mienia komunalnego.

Problemem dodatkowym, który pojawił się w związku z nowo wprowadzoną w przepisach prawa gospodarczego instytucją zawieszenia działalności gospodarczej, jest, czy do spełnienia zawartego w ust. 1 zakazu „prowadzenia działalności” wystarczy, by radny tę działalność na czas swego mandatu zawiesił, czy też musi ją aż wyrejestrować. Zgodnie ze stanowiskiem zawartym w wyjaśnieniu MSWiA, znak BMK - 0660-2016-e: 2478/2009, radny musi jednak działalność całkiem wyrejestrować. Zdaniem Ministerstwa dopiero wówczas przestaje on ją „prowadzić”. Jest to pogląd dyskusyjny. Po pierwsze, wobec rozbieżności terminologii prawa gospodarczego i prawa samorządowego, wykładnia literalna nie jest w istocie możliwa. Po drugie, również zawiesiwszy działalność, radny nie stwarza okazji do kolizji interesu własnego z publicznym. Po trzecie, taka wykładnia stwarzałaby dyskryminację takich radnych w stosunku do np. wymienionych w art. 24b ust. 1 u.s.g. Ci ostatni bowiem jedynie zawieszają swój stosunek pracy na czas mandatu, biorąc urlop bezpłatny. Po czwarte wreszcie, całkowite zlikwidowanie i wyrejestrowanie działalności przynosi przedsiębiorcy poważne, wymierne straty wobec potrzeby tworzenia tej działalności z powrotem od podstaw po ustaniu mandatu. orzecznictwo NSA i stanowisko dużej części literatury, które dopuszcza uzyskanie mandatu także przez osobę, która zawiesiła działalność lub też po zarejestrowaniu nigdy jej nie podjęła (wyrok NSA z 11 stycznia 2005 r., II OSK 172/2005, LexPolonica nr 391768, cyt. za A. Wierzbicą, *Ograniczenia...*, s. 135, A. Szewc, T. Szewc, *Wójt, burmistrz...*, s. 91; Kazimierz Bandarzewski, Rafał Budzisz ..., *op. cit.*, teza 2 i 7 do art. 24f; Ustawa o samorządzie gminnym, Komentarz ..., *op. cit.*, teza 9 do art. 24f).

"Zarządzanie" to działanie na cudzy rachunek i w cudzym imieniu, przy zachowaniu znacznego stopnia samodzielności podejmowanych decyzji zarządczych. Zarządca nie jest jednak przedstawicielem (pełnomocnikiem) - zarówno z punktu widzenia prawa cywilnego, jak i konstrukcji komentowanego przepisu. Przedstawicielem, zgodnie z art. 95 i n. Kodeksu cywilnego (k.c.), jest osoba dokonująca czynności prawnych (i ewentualnie faktycznych) ze skutkiem bez-

pośrednio dla reprezentowanego, w jego imieniu i na jego rachunek. Odmianą przedstawicielstwa, opartą na umocowaniu - oświadczeniu reprezentowanego, jest pełnomocnictwo (art. 96 *in fine* k.c. oraz 98 i n. k.c.). Przedstawicielem mógłby być na przykład kurator (art. 42 k.c.). Należy przyjąć, że pełnomocnikiem, o którym mowa w art. 24f ust. 1 *in fine*, jest także prokurent. Dla porządku wypada podkreślić, że jeżeli radny występuje w roli przedstawiciela (pełnomocnika, prokurenta), nie działa w imieniu własnym, ale reprezentowanego (jako tzw. zastępca bezpośredni). Podobnie, gdy prowadzi działalność gospodarczą w rozumieniu art. 24f ust. 1 i posługuje się *in casu* pełnomocnikiem, także działa w imieniu "własnym" i na rachunek "własny" (patrz: Ustawa o samorządzie gminnym, Komentarz ..., *op. cit.*, tezy 7-8 do art. 24f).

Zakaz zawarty w art. 27f ust. 1 u.s.g. (i obowiązujący odpowiednio w sytuacji określonej w ust. 1a) dotyczy działalności wykonywanej „z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy”. Art. 43 zaś stanowi, że mieniem komunalnym jest własność i inne prawa majątkowe należące do poszczególnych gmin i ich związków oraz mienie innych gminnych osób prawnych, w tym przedsiębiorstw. Z prostego porównania obu tych przepisów zatem wynikałoby, że zakaz w stosunku do radnego obejmowałby prowadzenie działalności jedynie z wykorzystaniem mienia samej bezpośrednio gminy. Natomiast zakaz ten nie dotyczyłby już wykorzystywania w takiej działalności mienia komunalnego związków gmin, a także mienia innych gminnych osób prawnych, w tym przedsiębiorstw. Powstaje pytanie, czy taki był istotnie zamiar ustawodawcy? Wprawdzie gmina nie jest bezpośrednim właścicielem mienia należącego np. do przedsiębiorstwa komunalnego, niemniej jednak z mocy art. 30 i in. u.s.g. ma konkretne kompetencje do gospodarowania nim w sposób wiążący również dla jego bezpośredniego właściciela. Być może zatem zakaz obejmuje wykorzystywanie przez radnego w działalności gospodarczej wszelkiego mienia komunalnego w gminie, w której sprawuje on mandat, nie zaś jedynie mienia będącego bezpośrednią własnością gminy.

Należy jednakże zauważyć, że w pierwotnej wersji ust. 1 nie użyto sformułowania „nie mogą prowadzić działalności z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy”, lecz tylko „mienia komunalnego”. Słowo „gminy” znalazło się w tym przepisie dopiero od 2001 r. Był to zatem celowy zabieg ustawodawcy, a jego wymowa jest jednoznaczna - interpretowany przepis nie zabrania obecnie radnym prowadzenia działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia innego niż stanowiące bezpośrednio własność gminy.

Co do pojęcia „mienie” nie powinny nasuwać się specjalne wątpliwości, ponieważ istnieją w tej mierze stosowne, wyczerpujące regulacje (art. 44 i n. k.c., art. 43 i n. u.s.g.). Inaczej jest natomiast ze sformułowaniem „z wykorzystaniem”. Ma ono charakter dość ogólny i nie ma odpowiednika w katalogu istniejących praw podmiotowych. Jedyną metodą zatem jest oparcie się na jego

potocznym znaczeniu. Jest ono z pewnością szersze niż jedynie posiadanie cudzej rzeczy lub prawa bądź np. użytkowanie ich. Nawet jeżeli składnik mienia komunalnego gminy nie jest w posiadaniu radnego, lecz ten korzysta z niego w swej indywidualnej lub wspólnej działalności gospodarczej, stanowi to naruszenie ustawy. Przepis nie różnicuje przy tym, czy owo wykorzystanie powinno mieć podstawę prawną czy nie, czy jest jednorazowe czy też okresowe oraz czy ma charakter odpłatny bądź nie. Z braku ustawowego zróżnicowania należy przyjąć, że chodzi w tym przepisie o wszelkie przypadki wykorzystania mienia gminy. Oczywiście jednak jest to wykorzystywanie do celów prowadzonej działalności, a zatem do wykonywania usług w jej ramach lub też do wypełniania ciężących na przedsiębiorcy powinności (np. korzystanie z gminnych komputerów do dokonywania rozliczeń podatkowych). Natomiast nie jest zabronione korzystanie z mienia gminy dostępnego dla ogółu ludności (np. z urządnego przez gminę parkingu). Orzecznictwo potwierdza w zasadzie jednolicie te wnioski, wynikające z literalnej wykładni przepisu. W szczególności radny nie może się bronić przed zarzutem naruszenia art. 27f ust. 1, wskazując, że wykorzystywanie mienia gminy nie przynosi mu profitu. Obojętne jest również to, czy oraz jaką podstawę prawną ma owo wykorzystywanie.

Wykładnia określenia „z wykorzystaniem” dokonana została przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 5.7.2006 r. (II OSK 439/06, ONSA-iWSA 2007, Nr 2, poz. 51). Sąd ten stwierdził, że chodzi o możliwość używania mienia komunalnego w granicach prawem dopuszczonych w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą i na potrzeby tej działalności. Należy uznać, że ustawodawca ma na myśli wszelkie przypadki korzystania z mienia komunalnego gminy w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. Późniejsze orzecznictwo podziela ten pogląd. Dla przykładu można podać tu tezę wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 9 maja 2017 r., II OSK 784/17, o treści: *„Sformułowanie "wykorzystywanie" odnosi się do wszystkich przypadków korzystania z mienia komunalnego w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, bez względu na to czy wykorzystanie to ma podstawę prawną, czy jest stałe bądź jednorazowe, wreszcie, czy jest odpłatne, czy też nieodpłatne. Jednocześnie wykorzystanie mienia gminy musi pozostawać w związku funkcjonalnym z działalnością gospodarczą prowadzoną przez radnego”*.

W interpretacji tego przepisu pojawiają się jednak niektóre wątki wykładni celowościowej - powinien mieć też znaczenie cel, dla którego zakazy działalności są ustanawiane (zob. np. uchwałę TK z 2 czerwca 1993 r., W 17/92, OTK 1993, nr 2, poz. 44). Podobnie nie uważa się za naruszenie ww. przepisu korzystanie z nieruchomości gminy na podstawie użytkowania wieczystego (zob. np. wyrok NSA z 9 września 2008 r., II OSK 842/2008, LexisNexis nr 1954044). W literaturze przedmiotu podnoszone są też głosy, iż nazbyt rygorystyczne interpretowanie tego przepisu (obejmujące również korzystanie z mienia gminy na zasadach jednolitych dla ogółu podmiotów) rodzi niebezpie-

czeństwo dyskryminacji przedsiębiorców i ich wyłączenia z aktywności samorządowej (patrz: Kazimierz Bandarzewski, Rafał Budzisz ..., *op. cit.*, teza 4 do art. 24f ; Ustawa o samorządzie gminnym, Komentarz ..., *op. cit.*, teza 12 do art. 24f).

W podsumowaniu uwag poświęconych art. 24f u.s.g. należy stwierdzić, że jego obecna redakcja pozostawia jeszcze wiele do życzenia. Zarówno treść zawartych w nim zakazów, jak i zakres grożących za ich złamanie sankcji nie są określone precyzyjnie. Przepis przemilcza również wiele konkretnych sytuacji, w których stosowanie lub niestosowanie zakazów może budzić sprzeczne oceny. W takich wypadkach wyraźne wskazanie ustawowe bywa konieczne. Usuwanie wątpliwości interpretacyjnych w drodze wykładni, szczególnie w odniesieniu do tego przepisu, nie jest pewne. Z jednej bowiem strony za szeroką interpretacją zakazów przemawia bez wątpienia interes publiczny. Z drugiej jednak strony stosowanie wykładni rozszerzającej (np. wykładni *a minori ad maius*) musi zawsze budzić wątpliwości ze względu na to, iż owe zakazy mają charakter wyjątku od konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej. Wyjątków zaś nie powinno się traktować rozszerzająco. Do pewnego stopnia wątpliwości te usuwa orzecznictwo. Powstaje pytanie, czy również same gminy mogą doprecyzować treść ustawowych zakazów w swych aktach, np. statutach bądź uchwałach. Wydaje się jednak, że nie jest to możliwe. Ograniczenia wolności gospodarczej są materią wyłącznie ustawową. Nie istnieje i zapewne nawet nie mogłoby istnieć w tym zakresie upoważnienie dla gminy. Jakakolwiek podjęta w tej mierze uchwała gminy, aby miała moc prawną, musi być poparta indywidualnymi akceptacjami wszystkich jej adresatów (radnych), a i wówczas będzie korzystała z powagi jedynie zobowiązania cywilnoprawnego. Oznacza to, że nie będzie mogła korzystać z sankcji publicznoprawnych, takich jak np. wygaśnięcie mandatu w razie naruszenia tego dodatkowego zobowiązania.

Niestety, podczas kolejnych kadencji samorządu ustawodawca znów nie poczynił kroków dla usunięcia wątpliwości interpretacyjnych dotyczących zakazów działalności radnych. Co gorsza, ustawodawstwo antykorupcyjne również nadal pozostaje w tym samym, niedoskonałym kształcie. Nie ma zatem skąd czerpać wzorów sensownych rozwiązań. W tej sytuacji obecny kandydat na radnego, o ile nie jest ubogim bezrobotnym, wkracza na istne pole minowe. Punktem zapalnym może być niemal każda forma jego gospodarczej aktywności. Jedyne nieliczne wątpliwości usunęło orzecznictwo, zresztą w wielu punktach sprzeczne. Przykładem z ostatniej chwili jest coraz bardziej nabrzmiała kwestia skutków zawieszenia działalności gospodarczej: z jednej strony istnieje kategoryczne stanowisko MSWiA, podzielane zresztą przez wielu komisarzy wyborczych podczas poprzednich wyborów, a z drugiej orzecznictwo NSA i stanowisko dużej części literatury, które dopuszcza uzyskanie mandatu także przez osobę, która zawiesiła działalność lub też po zarejestrowaniu nigdy jej nie

podjęła (wyrok NSA z 11 stycznia 2005 r., II OSK 172/2005, LexPolonica nr 391768).

Wobec niedoskonałości prawnej regulacji oraz wobec coraz bardziej widocznego braku woli politycznej poprawy przepisów antykorupcyjnych, ważna rola przypada orzecznictwu. W zakresie pojmowania działalności gospodarczej i jej związku z wykorzystywaniem mienia gminy można zaobserwować stosowanie wykładni literalnej, czyli w tym przypadku szerokiej, wobec ogólności określeń ustawowych. Przykładowo za przejaw takiej działalności przyjmuje się także prowadzenie gospodarstwa rolnego na gruntach dzierżawionych od gminy (wyrok NSA z 27 stycznia 2011 r., II OSK 2298/2010, LexisNexis nr 2497315; podobnie M. Bator, Łączenie mandatu..., s. 50). Uznając formalną trafność takiej wykładni, należy równocześnie zauważyć, że jest ona w tym jednym punkcie bardziej restrykcyjna niż w przypadku wójta, któremu wolno prowadzić gospodarstwo rolne nawet na gruntach dzierżawionych od gminy. Z drugiej strony - w niektórych sytuacjach - dochodzi w orzecznictwie do głosu wykładnia celowościowa, sprzeciwiająca się stosowaniu komentowanego przepisu w przypadkach błahych z punktu widzenia ochrony interesu publicznego (wyrok NSA z 20 grudnia 2012 r., II OSK 2818/2012, LexisNexis nr 5019039) - patrz: Kazimierz Bandarzewski, Rafał Budzisz ..., *op. cit.*, teza 7 do art. 24f).

W ciągu kilku ostatnich lat pojawiło się cały szereg orzeczeń sądowych dotyczących materii poruszanej w niniejszej opinii prawnej. I tak w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 stycznia 2006 r., II OSK 787/2005, ONSAiWSA 2006/3 poz. 86 zaprezentowana została teza, że działalność gospodarcza prowadzona przez stowarzyszenie z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy jest działalnością gospodarczą, o której mowa w art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. 2001 r. Nr 142 poz. 1591 ze zm.), a pełnienie przez radnego funkcji członka zarządu takiego stowarzyszenia oznacza zarządzanie taką działalnością. Sąd stwierdził także, iż gospodarczego celu działalności nie niweczy fakt, iż dochód z jej prowadzenia jest przeznaczony na działalność statutową. Działalność statutowa i działalność gospodarcza są odrębnymi rodzajami działalności, przy czym możliwość prowadzenia działalności gospodarczej jest uwarunkowana tym, że dochód z jej prowadzenia przeznaczony będzie na cele statutowe stowarzyszenia, a nie będzie podlegał podziałowi między członków stowarzyszenia. Prowadzenie działalności gospodarczej przez stowarzyszenie odbywa się według ogólnych zasad określonych w odrębnych przepisach - w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. 2004 r. Nr 173 poz. 1807 ze zm.) i ustawie z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. 2001 r. Nr 17 poz. 209 ze zm.). Okoliczność, że dochody uzyskiwane z prowadzenia działalności gospodarczej są przeznaczane na takie czy inne cele, nie zmienia charakteru takiej działalności.

Dalej Naczelny Sąd Administracyjny podzielił stanowisko Sądu Najwyższego, który w wielu orzeczeniach wyjaśniał, że stowarzyszenie podejmując działalność gospodarczą prowadzi tę działalność na ogólnych zasadach regulujących prowadzenie działalności gospodarczej i nie zmienia tego tylko to, że dochód z działalności gospodarczej stowarzyszenia jest przeznaczony na realizację celów statutowych stowarzyszenia i nie może być przeznaczony do podziału między jego członków (np. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1991 r. III CZP 40/91 OSNCP 1992/2 poz. 17 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1996 r. III CZP 66/96 OSNC 1996/10 poz. 133 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2003 r. II CK 161/2002 OSNC 2004/11 poz. 186).

Powyższy wyrok jest cytowany przez późniejsze orzecznictwo sądowe, które się na niego powołuje. Tak więc można przyjąć, że wytworzyła się jednolita linia orzecznicza w tej sprawie (patrz: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Warszawie z 2010-01-27, VIII SA/Wa 703/09, opubl.: Legalis; Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2009-11-05, II OSK 1193/09, opubl.: Legalis; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Łodzi z 2009-11-04, III SA/Łd 433/09, opubl.: Legalis; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Gdańsku 2009-10-19, I SA/Gd 479/09, opubl.: Legalis; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Białymstoku 2009-10-08, II SA/Bk 241/09, opubl.: Wspólnota rok 2009, Nr 49, str. 44; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba we Wrocławiu z 2009-10-06, III SA/Wr 333/09, opubl.: Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych rok 2010, Nr 4, str. 58; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Warszawie z 2009-09-09, VIII SA/Wa 223/08, opubl.: Legalis; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2009-05-13, II OSK 84/09, opubl.: Legalis; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 listopada 2009 r., II OSK 1193/2009, opubl.: Lexis.pl nr 2474267, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 maja 2010 r., II OSK 527/2010, opubl.: Lexis.pl nr 2284983, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 grudnia 2010 r., II OSK 2055/2010, opubl.: Lexis.pl nr 2448950, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 lutego 2011 r., II OSK 1719/2010, opubl.: Lexis.pl nr 2580562, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 października 2012 r., II OSK 2357/2012, opubl.: Lexis.pl nr 4881421, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 1 października 2013 r., II OSK 1933/2013, opubl.: Lexis.pl nr 8103906, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>).

W zakresie objętym przedmiotem niniejszej opinii prawnej szczególnie symptomatyczny jest powołany powyżej wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 grudnia 2010 r., II OSK 2055/2010 (opubl.: Lexis.pl nr

2448950, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>), ponieważ wprost dotyczy sprawy prezesa OSP będącego radnym rady gminy. NSA w wyroku stwierdził m.in.: „*Wbrew zarzutom skarg kasacyjnych, działalność radnego polegająca na zarządzaniu działalnością stowarzyszenia (funkcja Prezesa Ochotniczej Straży Pożarnej) prowadzącego działalność gospodarczą z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, w której radny uzyskał mandat, mieści się w dyspozycji ww. przepisu art. 24f ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym.*

Stowarzyszenie bowiem, mimo że jest w myśl art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. - Prawo o stowarzyszeniach (Tekst jednolity: Dz. U. 2001 r. Nr 79 poz. 855 ze zm.) zrzeczeniem o celach niezarobkowych, to może prowadzić działalność gospodarczą na zasadach ogólnych (art. 34 ustawy). Co prawda, dochód z takiej działalności służy realizacji celów statutowych stowarzyszenia i nie może być przeznaczony do podziału między członków, jednakże fakt ten nie ma znaczenia z punktu widzenia ograniczeń działalności gospodarczej radnego, o których mowa w art. 24f ustawy o samorządzie gminnym.

Nie można zatem podzielić argumentacji, że prowadzenie dochodowej działalności polegającej na czerpaniu korzyści z podnajmu lokalu w budynku będącym własnością Gminy Miasta Ś., przez stowarzyszenie (OSP), w którym radny wchodzi w skład organu zarządzającego, nie jest działalnością zakazaną w rozumieniu art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym.

Wypełnienie dyspozycji przepisu art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym nie jest uzależnione od tego, czy z prowadzenia, zarządzania bądź bycia przedstawicielem lub pełnomocnikiem w prowadzeniu takiej działalności radny uzyskuje dochód, czy inne osobiste korzyści. Radny, zarządzając działalnością gospodarczą stowarzyszenia, narusza zakaz zarządzania taką działalnością, bez względu na to, czy radny czyni to na własny rachunek, ani też czy odnosi z niej osobiste korzyści. To, że dochody stowarzyszenia uzyskiwane z prowadzenia działalności gospodarczej są przeznaczone na takie czy inne cele, nie zmienia charakteru takiej działalności. Stanowisko takie jest ugruntowane w orzecznictwie (por. np. wyrok NSA z dnia 12 stycznia 2006 r. II OSK 787/2005, wyrok NSA z dnia 8 sierpnia 2006 II OSK 753/2006), i znajduje potwierdzenie w poglądach Sądu Najwyższego, który w wielu orzeczeniach wyjaśniał, iż stowarzyszenie podejmując działalność gospodarczą prowadzi tę działalność na ogólnych zasadach regulujących prowadzenie działalności gospodarczej i nie zmienia tego tylko to, że dochód z działalności gospodarczej stowarzyszenia jest przeznaczony na realizację celów statutowych stowarzyszenia i nie może być przeznaczony do podziału między jego członków (przykładowo uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1991 r. III CZP 40/91 OSNCP 1991/2 poz. 17 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1996 r. III CZP 66/2006 OSNC 2007/6 poz. 84 i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2003 r. II CK 161/2002 OSNC 2004/11 poz. 186)”.

Warto przytoczyć tutaj także fragmenty uzasadnienia wyroku Naczelnego

Sądu Administracyjnego z dnia 11 stycznia 2018 r., II OSK 2889/17, które obrazują aktualny, przeważający pogląd judykatury, na interesujący nas temat. Szczególnie istotne jest, że wyrok zapadł w związku z wydaniem przez wojewodę zarządzenia zastępczego o wygaszeniu mandatu radnego, będącego prezesem OSP. Sąd stwierdził m.in. „*W orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego odnoszącym się do analizy reżimu normatywnego zakazu prowadzenia przez radnego działalności gospodarczej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy trafnie zauważa się, że norma art. 24f ust. 1 u.s.g. nie ogranicza zakazu do "własności" ani do "zarządzania" mieniem komunalnym, lecz używa znacznie pojemniejszego określenia: "wykorzystanie mienia", którego granice desygnatów są o wiele trudniej uchwytne (zob. wyrok NSA z dnia 6 września 2016 r., II OSK 1269/16). Wykorzystanie mienia komunalnego gminy obejmuje wszystkie przypadki korzystania z tego mienia bez względu na jego podstawę, częstość, a także to, czy pozostaje działaniem odpłatnym czy też nieodpłatnym (wyrok NSA z dnia 5 listopada 2010 r. II OSK 1714/10). Przepis art. 24f ust. 1 omawianej ustawy nie uzależnia wygaśnięcia mandatu radnego w szczególności od osiągnięcia zysku z korzystania z mienia komunalnego, rozstrzygający pozostaje jedynie sam fakt korzystania z tego mienia przy prowadzeniu działalności gospodarczej bądź zarządzaniu taką działalnością. Wygaśnięcia mandatu radnego nie należy bowiem postrzegać w kategoriach elementu sankcji za czyny o charakterze korupcyjnym. Jest on elementem instytucji prawnej, która ma na celu zwiększać zaufanie do działalności organów samorządu terytorialnego i zapewnić prawidłowe ich funkcjonowanie (wyrok NSA z 17 października 2017 r., II OSK 2120/17). W odniesieniu do treści art. 24f ust. 1 u.s.g., brak jest podstaw do formułowania, w drodze wykładni, dodatkowych przesłanek przesądzających o naruszeniu omawianego zakazu, które nie zostały wprost wyrażone przez ustawodawcę, a dotyczących charakteru bądź zakresu całokształtu działalności gospodarczej podmiotu, którą zarządza radny, albo wpływu przychodów osiągniętych w związku z naruszeniem zakazu na sytuację ekonomiczną tego podmiotu. Prawidłowa wykładnia art. 24f ust. 1 u.s.g. prowadzi do stwierdzenia, że naruszenie wprowadzonego przez ustawodawcę w tym przepisie zakazu nie jest uwarunkowane także rodzajem czy przedmiotem działalności gospodarczej, prowadzonej z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, ani też doniosłością środków uzyskanych z takiej działalności (por. wyrok NSA z dnia 4 października 2017 r. II OSK 2020/17). Wobec powyższego w całości należy zaaprobować stanowisko skarżącego organu, iż wykorzystanie mienia komunalnego do prowadzenia działalności gospodarczej przez radnego bądź zarządzania taką działalnością jest wystarczającą przesłanką do wygaśnięcia mandatu radnego i nie ma znaczenia, czy przy wykorzystaniu tego mienia komunalnego radny odniósł korzyści, czy też nie.*

W rozpoznanej sprawie organ nadzoru na podstawie m.in. wypisu z rejestru gruntów oraz treści księgi wieczystej nr LU1A/00061396/0 prowadzonej przez

Sąd Rejonowy w Lubartowie ustalił, że działka nr (...) w P. na której posadowiony jest budynek będący siedzibą Ochotniczej Straży Pożarnej w P, stanowi mienie komunalne Gminy J. Według oświadczenia Wójta Gminy J, także przedmiotowy budynek stanowi własność Gminy J. Na okoliczności wynajmowania odpłatnie pomieszczeń w tym budynku na bankiety, prowadzenie punktu kasowego czy na potrzeby skupu owoców miękkich wskazywał sam A.M., zatem organ nadzoru ma rację twierdząc, że nie było podstaw do kwestionowania wiarygodności składanych w tym przedmiocie przez radnego oświadczeń. W tych warunkach skierowany do Wojewody zarzut Sądu I instancji, iż organ ten nie ustalił w sposób jednoznaczny podstawowej w niniejszej sprawie kwestii odnoszącej się do tego, czy Ochotnicza Straż Pożarna w P., której prezesem zarządu jest skarżący, rzeczywiście prowadzi określoną działalność gospodarczą, jest całkowicie niezasadny.

Naczelny Sąd Administracyjny nie znajduje ponadto podstaw do aprobaty twierdzeń Sądu I instancji, że szczególne okoliczności tej sprawy, wynikające zdaniem tego Sądu z faktu, iż uzyskiwane przez OSP w P. dochody z tytułu wynajmu lokali w budynku były przeznaczone na działalność statutową tej jednostki, uzasadniały miarkowanie stosowanej sankcji stwierdzenia wygaśnięcia mandatu przedstawicielskiego poprzez odwołanie się do zasady proporcjonalności. Naczelny Sąd Administracyjny podtrzymuje w pełni wyrażane już wcześniej przez ten Sąd stanowisko, że wprowadzie przy stosowaniu art. 24f ust. 1 u.s.g. nie podlega wyłączeniu wymóg oparcia się na proporcjonalności stosowanej sankcji, niemniej nie oznacza to, iż do wygaśnięcia mandatu radnego dochodzi jedynie w przypadku, gdy w zachowaniu radnego można doszukać się chęci wykorzystywania przysługującego mu mandatu dla własnych korzyści bądź też dla korzyści podmiotu, którym zarządza lub jest jego przedstawicielem (por. wyroki NSA: z 22 lutego 2017 r., II OSK 2935/16; z 14 września 2016 r. II OSK 1879/16; z 21 maja 2015 r. II OSK 2967/14). To, iż celem wprowadzenia omawianych norm prawnych było zapobieżenie korupcji nie może bowiem powodować, że sankcją mogą być objęte tylko te zachowania, które przybierają tę cechę (działanie korupcyjne) lub też nie można jej w sposób jednoznaczny w ocenianej sytuacji wykluczyć. Należy mieć na uwadze, że wykorzystywanie przez radnego przysługującego mu mandatu dla własnych korzyści powinno spotkać się z właściwą reakcją karnoprawną, nakazy i zakazy nakładane na radnych służą zaś przede wszystkim przyczynieniu się, jak trafnie wskazał Trybunał Konstytucyjny, w aspekcie subiektywnym - do usunięcia konfliktu interesów i tworzonej przezeń pokusy nadużywania stanowiska oraz - w aspekcie obiektywnym - do ochrony autorytetu organów samorządu lokalnego (por. uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 kwietnia 1994 r. sygn. W 2/94, OTK 1994, nr 1, poz. 21). Posłużenie się przez ustawodawcę ogólnym pojęciem "wykorzystania" mienia komunalnego gminy przy prowadzeniu własnej działalności gospodarczej powinno przeciwdziałać sytuacjom, by zakaz ten był relatywizowany do

przypadków, w których status radnego niewątpliwie mógł zapewnić radnemu preferencyjne warunki wykonywania działalności przy posłużeniu się mieniem gminy. W każdym przypadku nie można abstrahować od okoliczności szczególnych danej sprawy, co jednak nie powinno prowadzić do tego, by zakres przedmiotowy zastosowania art. 24f ust. 1 u.s.g. wymagał wykazania, że działanie radnego mogło oznaczać wykorzystywanie przysługującego mu mandatu dla własnych korzyści. Dbłość o zaufanie obywateli do władz przemawia bowiem za tym, by ograniczenia nakładane na radnych były ogólnie respektowane, a tego celu nie da się zrealizować, jeżeli sposób rozumienia art. 24f ust. 1 u.s.g. ulegnie niejako odwróceniu i prowadzenie działalności gospodarczej na własny rachunek przez radnego z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy będzie aprobowane, o ile nie będzie budziło wątpliwości w aspekcie szczegółowych warunków jej wykonywania. Ważny interes publiczny za jaki należy uznawać konstytucyjny autorytet organów Państwa uosabiany w uznaniu osób sprawujących władzę publiczną za wiarygodne, rzetelne i uczciwe nie powinien doznawać uszczerbku wyłącznie z tej przyczyny, że skutkiem wygaśnięcia mandatu radnego pozostaje przekreślenie zasady trwałości mandatu pochodzącego z wyborów bezpośrednich. W wyroku z dnia 13 marca 2007 r. sygn. K 8/07, OTK-A 2007/3/26 Trybunał Konstytucyjny co prawda wskazał, że bierne prawo wyborcze obejmuje sobą uprawnienie do bycia wybranym, ale także do sprawowania mandatu uzyskanego w wyniku niewadliwie przeprowadzonych wyborów przez okres pełnej kadencji, niemniej pozbawienie mandatu jest dopuszczalne, jeżeli odbywa się na zasadach przewidzianych w ustawie i z przyczyn koniecznych w demokratycznym państwie prawa.

Naczelnny Sąd Administracyjny dostrzega, że w orzecznictwie tego Sądu były odnotowywane przypadki, w których zastosowanie art. 24f ust. 1 u.s.g. z uwzględnieniem celu wprowadzonego tym przepisem zakazu oraz skutków naruszenia tego zakazu, które dotyczą konstytucyjnie chronionych praw podmiotowych, z uwagi na konkretne warunki wykorzystania przez radnego mienia komunalnego gminy skutkowało stwierdzeniem przez Sąd, że działanie radnego nie wyczerpywało dyspozycji art. 24f skutkując wygaśnięciem mandatu. Dotyczyły one m.in. przypadku incydentalnego, jednorazowego wykorzystania mienia komunalnego gminy w celu osiągnięcia zysku (sprzedaż alkoholu podczas uroczystości organizowanej przez stowarzyszenie, którego prezesem był radny – wyrok NSA z 27 czerwca 2013 r. w sprawie II OSK 1194/13) oraz radnego, który bezpośrednio po wyborze na członka zarządu Miejskiego Klubu Sportowego, w krótkim czasie zgłosił wątpliwości co do tego, czy jako radny może pełnić funkcje w zarządzie Klubu, a po wyjaśnieniu tych wątpliwości bezzwłocznie zrezygnował z tych funkcji (wyrok w sprawie II OSK 2818/12 z dnia 20 grudnia 2012r.). Jednakże w warunkach rozpoznawanej sprawy – odmiennie aniżeli przyjął Sąd I instancji – zastosowanej sankcji nie można uważać za ingerencję nieproporcjonalną, biorąc pod uwagę wskazane przez Sąd I instancji kryteria

oceny naruszenia zakazu z art. 24f ust. 1 u.s.g. tj. sposób, stopień i czas trwania tego naruszenia. Wynika to z faktu, że okoliczności sprawy nie wskazują, iż Ochotnicza Straż Pożarna w P., której prezesem zarządu jest radny A.M., prowadzi z wykorzystaniem mienia gminnego różnorodną działalność gospodarczą w warunkach, które mogą być uznane za spełniające wymóg powszechnej dostępności do tego mienia i na warunkach powszechnie ustalonych. Korzystanie z mienia gminnego na zasadzie powszechnej dostępności na warunkach ogólnych czy też na warunkach ustalonych powszechnie dla danego typu czynności prawnych powinno być rozumiane wąsko i nie powinno dotyczyć takich przypadków, gdy korzystanie z mienia komunalnego umożliwia czerpanie radnemu korzyści z tego mienia w sposób, który nie jest jednocześnie możliwy przed inne podmioty. Konstrukcja materialna zakazu wprowadzonego w art. 24f ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym opiera się na pełnej reglamentacji swobody prowadzenia działalności gospodarczej przez radnego z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy i obejmuje wszystkie formy jego preferencyjnego wykorzystania, co ma miejsce w tych przypadkach, gdy reguły korzystania z mienia wyłączają go, czasowo lub trwale, z powszechnego dostępu. W niniejszej sprawie nie przedstawiono dowodów wskazujących na istnienie transparentnych reguł korzystania z lokali w budynku użytkowanym przez OSP w P., umożliwiających wszystkim członkom wspólnoty samorządowej użytkowanie tego mienia na zasadach równorzędnych z uprawnieniami najemców. W tych warunkach należało uznać, że z punktu widzenia ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej przez radnego, na gruncie tej sprawy spełniona została ustanowiona w art. 24f ust. 1 u.s.g. norma, gdyż wykorzystywane nie incydentalnie w za odpłatnością przez radnego mienie gminne wyłączone jest z powszechnej dostępności”.

Decydując się na działalność w zarządzie stowarzyszenia wykorzystującego mienie komunalne gminy, radny ryzykuje utratę mandatu. Nie ma przy tym znaczenia, że działa społecznie w zarządzie stowarzyszenia i nie pobiera z tego tytułu wynagrodzenia oraz czy z tej działalności odnosi jakiegokolwiek osobiste korzyści (patrz: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Lublinie 2008-09-23, II SA/Lu 207/08, opubl: Wspólnota rok 2008, Nr 50, str. 30; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Białymstoku 2009-10-08, II SA/Bk 241/09, opubl: Wspólnota rok 2009, Nr 49, str. 44; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Olsztynie z 2009-05-07, II SA/Ol 153/09, opubl: Legalis; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2009-03-25, II OSK 1907/08, opubl: Legalis; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z roku 2006, II OSK 786/2005, LexPolonica nr 396954, Rzeczpospolita 2006/10 str. C2).

W wyroku z dnia z dnia 9 marca 2011 r. (II OSK 2512/2010, opubl.: Lexis.pl nr 2535900, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>) Naczelny Sąd Administracyjny zajął bardzo rygorystyczne stanowisko dotyczące wykładni art. 24f u.s.g.

Stwierdził w nim: „Redakcja art. 24f ust. 2 u.s.g. wskazuje, że narusza zakaz zarówno radny, który jednoosobowo zarządza wykorzystaniem mienia komunalnego, jak i radny czyniący to wspólnie z pozostałymi członkami odpowiedniego organu stowarzyszenia”.

Judykatura bardzo szeroko traktuje prowadzenie działalności gospodarczej w rozumieniu art. 24f u.s.g. W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 marca 2010 r. (II OSK 107/10, opubl: Legalis) znajdujemy tezę o treści: *Nie można uznać za uzasadnione stanowiska o zaliczeniu prowadzenia klubu sportowego do działalności pożytku publicznego. Radny będąc prezesem klubu sportowego działającego w charakterze stowarzyszenia prowadzącego działalność gospodarczą jest osobą zarządzającą działalnością gospodarczą stowarzyszenia. Będąc prezesem wchodzi w skład zarządu, co oznacza zarządzanie działalnością gospodarczą klubu, prowadzonego w formie stowarzyszenia, które korzysta z mienia komunalnego, wykorzystującego to mienie do prowadzenia działalności gospodarczej: na działalność profesjonalnego klubu sportowego - na rozgrywki meczy ligowych, na które klub jako organizator sprzedaje bilety oraz do wykorzystywania mienia komunalnego na działalność reklamową. Powyższe fakty nakazują zastosowanie względem takiego radnego normy z art. 24f ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.). Brak wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego nie ma znaczenia prawnego, jeżeli ustawa o kulturze fizycznej dopuszcza prowadzenie klubu sportowego na podstawie odrębnych przepisów, w tym przepisów o stowarzyszeniach.* Podobnie rzecz została ujęta w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2007-03-13, II GSK 303/06, opubl: Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i Wojewódzkich Sądów Administracyjnych rok 2008, Nr 3, poz. 52, str. 134; w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Warszawie z 2010-01-27, VIII SA/Wa 703/09, opubl: Legalis; a także w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba we Wrocławiu z 2009-10-06, III SA/Wr 333/09, opubl: Orzecznictwo w Sprawach Samorządowych rok 2010, Nr 4, str. 58 oraz w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 20 czerwca 2012 r., II SA/Go 386/2012, opubl: Lexis.pl nr 5144913, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>).

W ujęciu tez tych orzeczeń pod pojęciem działalności gospodarczej prowadzonej przez Ochotniczą Straż Pożarną traktowane być może uzyskiwanie przychodów np. z udostępniania sali w strażnicy na wesela lub inne uroczystości o charakterze rodzinnym lub organizowanie przez OSP zabaw, na które wstęp byłby odpłatny. Nie będzie przy tym ochroną dla członków zarządu OSP będących radnymi norma art. 37 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (tekst jednolity z dnia 6 marca 2018 r. Dz.U. z 2018 r. poz. 620), zgodnie z którą nieruchomości, środki transportu, urządzenia i sprzęt pozostający w dyspozycji ochotniczej straży pożarnej mogą być odpłatnie wyko-

rzystywane do innych społecznie użytecznych celów, określonych w statucie ochotniczej straży pożarnej lub ich związku, zaś środki uzyskane z tego tytułu stanowią dochody własne ochotniczej straży pożarnej.

Wykorzystanie mienia komunalnego to korzystanie z rzeczy będących własnością gminy, jak i gdy gmina ma inne prawa majątkowe (użytkowanie wieczyste, prawa rzeczowe ograniczone). Natomiast z art. 24f ust. 1 u.s.g. nie wynika by korzystanie z mienia miało mieć charakter bezpośredni, może mieć charakter pośredni (patrz: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2009-09-22, II OSK 1019/09, opubl: Legalis; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba we Wrocławiu z 2008-08-22, III SA/Wr 294/08, opubl: Legalis; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 grudnia 2010 r., II OSK 2121/2010, opubl.: Lexis.pl nr 2478922, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>).

Art. 24f ust. 1a u.s.g. reguluje sposób postępowania radnego w sytuacji, w której osoba niebędąca jeszcze wówczas radnym najpierw prowadzi działalność określoną w art. 24f ust. 1 z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy, a następnie zostaje wybrana na radnego. Ma ona wówczas obowiązek zaprzestania prowadzenia tej działalności w terminie 3 miesięcy od złożenia ślubowania pod rygorem wygaśnięcia mandatu. Wydaje się, że osoba taka czyni zadość swemu obowiązkowi zarówno wtedy, gdy przed upływem tego terminu likwiduje swą działalność indywidualną lub wycofuje się definitywnie z jej prowadzenia wspólnie, jak i wówczas, gdy w tym terminie doprowadza do stanu, w którym ta działalność nie jest już wykonywana z wykorzystaniem mienia komunalnego gminy. Przystaje to być wówczas działalność określona w art. 24f ust. 1, a więc nie istnieje już przesłanka konieczna do obowiązywania zawartego w tym przepisie zakazu.

Zawarty w ust. 1a obowiązek wymienia zaprzestanie prowadzenia działalności określonej w ust. 1 (tj. własnej lub prowadzonej z innymi osobami z wykorzystaniem mienia gminy). Natomiast przepis ten nie wspomina wyraźnie o obowiązku zaprzestania również zarządzania taką działalnością, występowania jako jej przedstawiciel lub pełnomocnik - w tym zakresie zatem nie nawiązuje do ust. 1. Nie wydaje się jednak prawdopodobne, aby zamiarem ustawodawcy było pozostawienie radnym takiego wyjścia. Sytuacja, w której jedni radni nie mogliby, a inni mogliby być zarządcami, przedstawicielami lub pełnomocnikami gospodarczej działalności prowadzonej z wykorzystaniem mienia gminy - w zależności od całkowicie przypadkowej okoliczności, jaką byłaby data objęcia przez nich takich funkcji (przypadająca przed czy po uzyskaniu mandatu) - byłaby sprzeczna z zasadą równości wobec prawa, jak i z interesami gminy.

Określony zatem w ust. 1a termin 3 miesięcy jest przeznaczony również do zaprzestania pełnienia funkcji zarządcy, przedstawiciela lub pełnomocnika w stosunku do działalności określonej w ust. 1. Jest to przy tym termin zawity

prawa materialnego, jego przekroczenie bowiem powoduje wygaśnięcie pewnego prawa (wygaśnięcie mandatu); ponadto przepis opisuje sposób dochowania terminu (wykonanie czynności polegających na rezygnacji z prowadzenia, zarządzania lub reprezentowania konkretnej działalności gospodarczej) i nie przewiduje sposobów jego sanacji. Nawet jeżeli po upływie tego terminu radny rezygnuje z uprawnień lub funkcji opisanych w ust. 1, nadal (wyjąwszy oczywiście nadzwyczajne okoliczności polegające na całkowitej fizycznej niemożliwości dochowania terminu) istnieje podstawa do stwierdzenia wygaśnięcia jego mandatu (patrz: Kazimierz Bandarzewski, Rafał Budzisz ..., *op. cit.*, teza 3 do art. 24f).

Reasumując należy stwierdzić, że norma art. 24f ustawy o samorządzie gminnym zakazuje radnym rad gmin pełnić funkcje członków zarządu stowarzyszeń, a więc również i Ochotniczych Straży Pożarnych, które prowadzą działalność gospodarczą i jeżeli taka działalność opiera się na wykorzystaniu mienia gminy, w której radny uzyskał mandat. Nie stoi natomiast ona w sprzeczności z pełnieniem przez radnych funkcji w komisjach rewizyjnych OSP (zakaz z art. 24f ust. 2 nie odnosi się do stowarzyszeń, a zakaz z art. 24f ust. 1 nie ma zastosowania do członków organów kontrolnych i rewizyjnych).

Należy przy tym pamiętać, że prowadzenie działalności gospodarczej traktowane jest bardzo szeroko i wykracza poza ramy tradycyjnie przyjmowanego rozumienia definicji działalności gospodarczej. Wystarczyć mogą nawet wyjątkowo zdarzające się jej przejawy w działalności statutowej OSP.

Dlatego też autor niniejszej opinii prawnej sugeruje w przypadkach, które budzą wątpliwości interpretacyjne, by radni będący członkami zarządów OSP działających na terenie danych gmin rezygnowali z funkcji członków zarządów tych stowarzyszeń.

Krzysztof M. Miazga
adwokat



