

ODPIS

Warszawa, dnia 19 grudnia 2016 roku

Trybunał Konstytucyjny
Aleja Jana Chrystiana Szucha 12A
00-918 Warszawa

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KANCLARIA	
wpl. dnia	19. 12. 2016
L.dz.	L. zał.

Wnioskodawca:

Grupa Posłów na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej
VIII Kadencji

według załączonej listy

Przedstawiciele Wnioskodawcy:

- 1) Michał Stasiński, Poseł Na Sejm RP
- 2) Mieczysław Kasprzak, Poseł na Sejm RP
- 3) Kamila Gasiuk-Pihowicz, Poseł na Sejm RP

adres do doręczeń:

ul. Wiejska 4/6/8

00-902 Warszawa

Pełnomocnik Wnioskodawcy

(ustanowiony przez Wnioskodawcę):

adwokat Michał Wawrykiewicz

Kancelaria Adwokacka

Adwokat Michał Wawrykiewicz

Al. Szucha 2/4 lok. 32

00-582 Warszawa

Uczestnicy:

1. Sejm RP – organ, który uchwalił zaskarżaną ustawę
2. Prokurator Generalny
3. Rada Ministrów

WNIOSEK

WNIOSEK GRUPY POSŁÓW NA SEJM VIII KADENCJI

o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją
ustawy z dnia 20 maja 2016 roku o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych
oraz niektórych przepisów
ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane

Wnioskodawca - Posłowie na Sejm RP, których podpisy znajdują się na liście stanowiącej załącznik do niniejszego wniosku, na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 188 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm., zwanej dalej „Konstytucją”), wnoszą o stwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny braku zgodności ustawy z dnia 20 maja 2016 roku o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych (Dz.U z 2016r. poz. 961, zwanej dalej „Ustawą”) z art. 2, art. 22, art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 i 2 oraz z art. 64 ust.1. Konstytucji –Ustawy jako takiej w całości, a w szczególności o stwierdzenie braku zgodności:

- 1) art. 3 Ustawy z art. 2, art. 20, art. 22 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji,

- 2) art. 4, art. 5, art. 6 i art. 7 Ustawy z art. 20, 22, 64 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 74 ust. 4, art. 164 i art. 166 Konstytucji w zakresie w jakim wywodzi się tego artykułu zasadę pomocniczości wyrażoną w preambule Konstytucji,
- 3) art. 12, art. 13 ust. 2 i 6, i art. 14 Ustawy z art. 2, art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 i w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji oraz
- 4) art. 3 pkt 3 oraz art. 82 ust. 3 pkt 5b Prawa budowlanego) i wiersza XXIX tabeli stanowiącej załącznik do Prawa budowlanego w zakresie zmian dokonanych przez art. 9 Ustawy oraz art. 17 Ustawy z art. 2, art. 20, art. 22, art. 31 ust. 3 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Stosownie do art. 30 ust. 2 ustawy z dnia 22 lipca 2016 roku (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1157) przedstawicielem Wnioskodawcy, tj. Grupy Posłów na Sejm są Posłowie na Sejm RP: Michał Stasiński, Mieczysław Kasprzak i Kamila Gasiuk-Pihowicz (adres do doręczeń wskazany na wstępie wniosku). Wszyscy Przedstawiciele są upoważnieni do samodzielnego reprezentowania Wnioskodawcy i udzielania pełnomocnictw, a także modyfikowania treści wniosku. Natomiast pełnomocnikiem ustanowionym przez Wnioskodawcę jest adwokat Michał Wawrykiewicz (adres kancelarii wskazany na wstępie wniosku).

Uzasadnienie

Przedmiotem niniejszego wniosku o zbadanie konstytucyjności jest Ustawa, która została wniesiona do łaski marszałkowskiej z inicjatywy poselskiej (druk nr 315 z dnia 19 lutego 2016 r.) oraz jej poszczególne przepisy wskazane w *petitum*. Ustawa ta jest bezprecedensowym w historii polskiej legislacji aktem prawnym wprowadzającym szereg różnego rodzaju restrykcji wobec jednego rodzaju działalności gospodarczej – wytwarzania energii elektrycznej w elektrowniach wiatrowych. Restrykcje te idą tak daleko, że w zasadzie bez istotnej przyczyny i jakiegokolwiek ważnego interesu publicznego uniemożliwiają budowę nowych i modernizację istniejących elektrowni wiatrowych na lądzie.

Z uzasadnienia projektu Ustawy wynika, iż celem Ustawy jest uregulowanie kwestii dotyczących lokalizacji, budowy oraz użytkowania elektrowni wiatrowych w Polsce. W uzasadnieniu ustawy autorzy Ustawy wskazali, iż przyczyną wniesienia projektu Ustawy były protesty obywateli, stowarzyszeń (w tym stowarzyszeń zakładanych specjalnie dla przeciwdziałania budowie elektrowni wiatrowych w określonych lokalizacjach/gminach) przeciwko budowie elektrowni wiatrowych a także wystąpienia Najwyższej Izby Kontroli, w szczególności informacja o wynikach kontroli „Lokalizacja i budowa lądowych farm wiatrowych” (nr ewid. 131/2014/P/13/189/LWR) oraz Rzecznika Praw Obywatelskich (pismo z dnia 3 lutego 2016 r., znak: IV.7006.271.2014.MCH). Zgodnie z uzasadnieniem do projektu Ustawy dotychczas skierowano do Sejmu łącznie około 50 wystąpień i interpelacji oraz 23 petycje, w tym 20 wystąpień stowarzyszeń protestujących przeciwko budowie elektrowni wiatrowych.

Zawarty w druku nr 315 projekt Ustawy miał na celu określenie m.in. warunków, zasad i trybu lokalizacji oraz realizacji elektrowni wiatrowych, warunków lokalizacji zabudowy mieszkaniowej w sąsiedztwie elektrowni wiatrowych, wprowadzenie rozwiązań dzięki którym cała elektrownia wiatrowa będzie budowlą w rozumieniu Prawa budowlanego, a tym samym zastosowanie do niej będą znajdować przepisy Prawa budowlanego dotyczące użytkowania budowli oraz dotyczące katastrof budowlanych, wprowadzenie obowiązku uzyskania przez inwestora decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. W druku sejmowym 315 przewidywano też objęcie elektrowni wiatrowych szczególnym obowiązkiem uzyskiwania pozwoleń na eksploatację elektrowni wiatrowych, które miały być uzyskiwane co dwa lata. Za pozwolenia te miano pobierać opłatę w wysokości do 1% wartości elektrowni wiatrowej za każde pozwolenie. Pozwolenia miały być uzyskiwane także za każdym

razem, gdy dokonywano by jakiegokolwiek naprawy lub remontu elektrowni wiatrowej nawet o bardzo niewielkim zakresie. Przepisy te zostały usunięte z projektu Ustawy w toku prac legislacyjnych i ostatecznie nie znalazły się przyjętym przez Sejm 20 maja 2016r. tekście Ustawy, niemniej działania te ukazują tło powstawania przepisów Ustawy, jej zamierzony represyjny charakter oraz cel w postaci wprowadzenia dodatkowych obciążeń dla tego typu działalności gospodarczej.

Autorzy projektu Ustawy w jej uzasadnieniu wyjaśnili, że przygotowując projekt Ustawy brali pod uwagę przepisy powszechnie obowiązujące w innych krajach (w tym np. w Austrii, Danii, Francji, Niemczech i Włoszech) stwierdzając, iż zbadane państwa posiadają przede wszystkim normy i regulacje dotyczące poziomów hałasu, natomiast pozostałe warunki to z reguły „miękkie” rekomendacje, doprecyzowywane na szczeblu lokalnym/regionalnym (brak przepisów o sztywnych zasadach co do dopuszczalnego dystansu pomiędzy elektrowniami wiatrowymi a zabudowaniami). Zdaniem autorów Ustawy z przeanalizowanych rekomendacji dotyczących odległości elektrowni wiatrowych od zabudowy mieszkaniowej wynikało, iż średnie odległości mieszczą się w przedziale 500-1000 m.

Autorzy projektu Ustawy zaznaczyli, iż obowiązujące w zakresie lokalizowania elektrowni wiatrowych wymagania odnoszą się przede wszystkim do dopuszczalnych poziomów hałasu dla określonych rodzajów zabudowy (obecnie regulowanych przez rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku). Uznali tym samym, iż brak jest rozwiązań dedykowanych elektrowniom wiatrowym, tak w zakresie wartości hałasu generowanego przez te elektrownie, w tym infradźwięków, jak i sposobu pomiaru i badań hałasu. Skutkiem tego braku regulacji jest wnoszenie tych urządzeń w odległości powodującej uciążliwość w normalnym funkcjonowaniu mieszkańców nieruchomości. Dlatego też zaproponowano, aby odległość pomiędzy elektrownią wiatrową a zabudowaniami mieszkalnymi (a także obszarami szczególnie cennymi przyrodniczo) była równa lub większa od dziesięciokrotności całkowitej wysokości elektrowni wiatrowej liczonej od poziomu gruntu do górnego wierzchołka wirnika z łopatom w jego maksymalnie wysokim położeniu .

W projekcie Ustawy zaproponowano zmianę definicji budowli zawartej w Prawie budowlanym powodującą, że cała elektrownia wiatrowa powinna być budowlą w rozumieniu Prawa budowlanego, w celu zastosowania do niej przepisów Prawa budowlanego dotyczących użytkowania obiektów budowlanych i budowli oraz dotyczących katastrof budowlanych.

W przepisach przejściowych zastrzeżono między innym, że wydane decyzje o warunkach zabudowy będą uchylane, a postępowania wszczęte i niezakończone będą umarzone, niezależnie od zachowania odległości. Przewidziano, że wydane przed dniem wejścia w życie Ustawy pozwolenia na budowę elektrowni wiatrowych zachowają ważność o ile do upływu trzech lat od dnia wejścia w życie Ustawy, dla danej elektrowni wiatrowej zostanie uzyskane pozwolenie na użytkowanie.

Zdaniem Wnioskodawcy Ustawa służy zupełnie innemu celowi, niż został oficjalnie zadeklarowany w uzasadnieniu Ustawy a większość rozwiązań normatywnych w niej zastosowanych jest sprzeczna z szeregiem powołanych w *petitum* niniejszego wniosku przepisów Konstytucji.

Zdaniem Wnioskodawcy Projekt Ustawy opierał się na błędnej i nieprawdziwej ocenie szkodliwości oddziaływania elektrowni wiatrowych na środowisko oraz życie i zdrowie ludzi oraz zawierał opartą na tych błędnych i nieprawdziwych informacjach całkowicie błędną i nieprawdziwą ocenę skutków regulacji. W zakresie skutków społecznych w uzasadnieniu do projektu Ustawy stwierdzono, iż wprowadzenie reguły, zgodnie z którą lokalizacja elektrowni wiatrowych możliwa będzie wyłącznie na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego zapobiegnie sytuacji, w której organy administracji publicznej w arbitralny sposób podejmują decyzje dotyczące lokalizacji i budowy tych instalacji. W zakresie skutków gospodarczych ustawa miała, zdaniem projektodawców, przyczynić się do zwiększenia bezpieczeństwa inwestycyjnego w

Polsce. Niestęchanie zaskakującym, w kontekście wielu regulacji dotyczących odnawialnych źródeł energii na poziomie Unii Europejskiej, było stwierdzenie przez projektodawców, iż zaproponowana regulacja nie jest objęta prawem Unii Europejskiej oraz nie zawiera przepisów technicznych (co stwierdzono na etapie prac legislacyjnych, skutkiem czego wykreślono zestaw przepisów dotyczących pozwoleń na eksploatację elektrowni wiatrowych).

W toku prac nad projektem doszło do niespotykanej ilości protestów (w tym ulicznych demonstracji) oraz zgłoszono liczne uwagi i komentarze. O projekcie krytycznie wyrażały się również władze samorządowe i instytucje publiczne.

W szczególności należy podkreślić wagę zastrzeżeń zawartych w Opinii z dnia 31 marca 2016r. do druku nr 365 wydanej przez Ministra Spraw Zagranicznych (znak: DPUE.920.394.2016/5/mrz). Opinia jasno określiła, iż część przepisów Ustawy może zostać uznana za niezgodne z art. 13 ust. 1 dyrektywy z dnia 23 kwietnia 2009r. 2009/28/WE w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE (zwanej dalej „Dyrektywą 2009/28/WE”) oraz konieczność notyfikowania przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 ust. 1 lit. f dyrektywy 2015/1535/WE. Ponadto opinia Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2016 r. (znak: BSA I-021-73/16) zawierała krytyczne uwagi m.in. w stosunku do przepisów przejściowych i krótkiego okresu *vacatio legis*.

Do projektu Ustawy swoje krytyczne uwagi kierowali także Stowarzyszenie Gmin Przyjaznych Energii Odnawialnej, Związek Powiatów Polskich, Związek Gmin Wiejskich RP oraz organizacje branżowe, m.in. Polskie Stowarzyszenie Energetyki Wiatrowej, Fundacji na rzecz Energetyki Zrównoważonej oraz liczne poza branżowe organizacje zrzeszające przedsiębiorców (w tym Związek Banków Polskich, Polsko-Hiszańska Izba Gospodarcza, Polski Związek Firm Deweloperskich) jak i indywidualni przedsiębiorcy i organy samorządowe (np. Bank Ochrony Środowiska, wójt Gminy Lubaczów). Wnoszone były także pisma wnoszące o niewstrzymywanie prac nad Ustawą i popierające wprowadzenie nowych przepisów dotyczących energetyki wiatrowej, które wnosili głównie organizacje od lat zwalczające rozwój energetyki wiatrowej, jak również organizacje powstałe wyłącznie w celu blokowania budowy elektrowni wiatrowych w konkretnych gminach.

Pomimo, że na etapie prac w Sejmie dokonano istotnych korekt tekstu projektu Ustawy (tj. praktycznie w całości zrezygnowano z przepisów dotyczących dodatkowego dozoru technicznego nad elektrowniami wiatrowymi oraz wprowadzania decyzji zezwalającej na eksploatację i wyjątkowo wysokich opłat z tym związanych) to jednak nie doszło do złagodzenia restrykcyjnych i niewspółmiernych do celu wymogów co do lokalizacji elektrowni wiatrowych i zabudowy mieszkaniowej wokół elektrowni.

Istotną okolicznością dotyczącą przedmiotu niniejszej Ustawy jest także fakt udzielenia, niestety dopiero po uchwaleniu Ustawy, w dniu 23 maja 2016r. przez Ministra Zdrowia odpowiedzi na interpelację nr 2744 w sprawie perspektyw i ograniczeń, szans i zagrożeń dla rozwoju budowy elektrowni wiatrowych w Polsce. W piśmie tym Minister Zdrowia zaznaczył co następuje:

„Tymczasem w świetle dostępnych danych literaturowych, nie ma wiarygodnych dowodów, że poniżej progu percepcji słuchowej infradźwięki wywołują jakiegokolwiek niekorzystne skutki fizjologiczne lub psychologiczne. W szczególności przy obecnym stanie wiedzy brak jest niepodważalnych podstaw, aby móc powiązać chorobę wibroakustyczną i syndrom turbin wiatrowych z ekspozycją na infradźwięki towarzyszące pracy turbin wiatrowych zwłaszcza, że coraz więcej danych literaturowych wskazuje, że objawy im przypisywane mogą być tłumaczone efektem nocebo.

W związku z powyższym, infradźwięki generowane przez turbiny wiatrowe z racji poziomów ciśnienia akustycznego niższych od progu percepcji słuchowej nie stwarzają bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia i

samopoczucia ludzi mieszkających w ich sąsiedztwie. W przeciwieństwie do infradźwięków problem stanowi hałas słyszalny.

(...)W niektórych krajach (np. Anglii, Danii, Holandii, Nowej Zelandii) ustalono dopuszczalne poziomy hałasu pochodzącego od turbin wiatrowych oraz przyjęto specjalne wskaźniki (np. poziomy statystyczne L90) lub/i kryteria oceny tego rodzaju hałasu (np. oparte na ocenie „przewyższenia” tła akustycznego”). Natomiast w innych krajach w odniesieniu do farm/turbin wiatrowych są stosowane takie same kryteria oceny jak dla innych źródeł emisji hałasu do środowiska.

Ad 1) Niezgodność art. 3 Ustawy z art. 2, art. 20 i art. 22 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji

Na wstępie należy zauważyć, że uchwalenie Ustawy stanowi istotną zmianę w kierunku polityki energetycznej państwa, co dodatkowo potwierdza ostatnio uchwalona nowelizacja ustawy o odnawialnych źródła energii. Istotne obawy budzić muszą skutki wprowadzonej do obrotu prawnego regulacji, zwłaszcza w kontekście zobowiązania Polski do 15% udziału Odnawialnych Źródeł Energii w całkowitym zużyciu energii brutto w 2020 r., wynikającego z dyrektywy 2009/28/WE ws. promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (*Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych – zmiany w planowaniu przestrzennym oraz polityce energetycznej państwa – T. Filipowicz, K. Buliński*) W preambule Dyrektywy 2009/28/WE w punktach preambuły (14), (42) i (61) stanowi, że:

„(14.) Głównym celem wyznaczenia obowiązkowych krajowych celów jest zagwarantowanie pewności dla inwestorów i zachęcanie do ciągłego rozwijania technologii, które wytwarzają energię ze wszystkich rodzajów źródeł odnawialnych.

(42). Z uwagi na korzyści płynące z szybkiego zastosowania energii ze źródeł odnawialnych oraz z uwagi na jej zrównoważony charakter i korzystny wpływ na środowisko państwa członkowskie, stosując przepisy administracyjne, planując struktury i przepisy prawne dotyczące przyznawania pozwoleń na instalacje w odniesieniu do kontroli i redukcji zanieczyszczeń z zakładów przemysłowych, walki z zanieczyszczeniem powietrza oraz zapobiegania przedostawaniu się niebezpiecznych substancji do środowiska lub minimalizacji tego procesu, powinny uwzględnić wkład odnawialnych źródeł energii w realizację celów związanych z ochroną środowiska i zmianami klimatycznymi, zwłaszcza w porównaniu z instalacjami wytwarzającymi energię ze źródeł nieodnawialnych.

(61) Cele niniejszej Dyrektywy wymagają, aby następował stały wzrost przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej produkowanej w odnawialnych źródłach energii”.

Dyrektywa 2009/28/WE wprowadza również w art. 3 obowiązek dla państw członkowskich zapewnienia udziału określonej ilości energii odnawialnej w końcowym zużyciu energii brutto. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do Dyrektywy 2009/28/WE Polska ma obowiązek osiągnąć 15% udziału energii odnawialnej w ogólnym zużyciu energii do roku 2020. Dodatkowo art. 16 ust. 2 Dyrektywy 2009/28/WE zobowiązuje Państwa członkowskie do zapewnienia, że operatorzy systemów przesyłowych i systemów dystrybucji na ich terytorium gwarantują przesył i dystrybucję energii elektrycznej wywaranej z odnawialnych źródeł energii oraz, że zapewniają priorytetowy dostęp lub gwarantowany dostęp do systemu sieciowego dla energii elektrycznej wytwarzanej z odnawialnych źródeł energii. W świetle Dyrektywy 2009/28/WE, która nakazuje Polsce osiągnięcie w 2020r konkretnego 15% poziomu udziału energii odnawianej w ogólnym zużyciu energii elektrycznej szczególnie ostro jawi się problem wynikającej z Ustawy jawnej dyskryminacji energetyki wiatrowej przez uniemożliwienie jej dalszego rozwoju na obszarach lądowych. Dyrektywa 2009/28/WE zalicza wprost energetykę wiatrową do odnawialnych źródeł energii. Nie jest ona w żadnym wypadku w jakikolwiek sposób gorzej traktowana niż inne

technologie wytwarzania energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii. Co więcej, jest to jedna z dominujących w Unii Europejskiej technologii wytwarzania energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii a niektóre kraje takie jak Hiszpania, Dania czy Niemcy uzyskują większość odnawialnej energii elektrycznej z energetyki wiatrowej. Według danych największej europejskiej organizacji zrzeszającej podmioty działające w energetyce wiatrowej „WindEurope” opublikowanych 13 lutego 2016r, w Unii Europejskiej w energetyce wiatrowej na koniec roku 2015 zainstalowane były elektrownie wiatrowe o łącznej mocy 142GW, co stanowi 15,6% łącznej mocy wszystkich elektrowni na terenie Unii Europejskiej. W 2015r w energetyce wiatrowej zainstalowano 44,2% mocy wszystkich nowo wybudowanych elektrowni na terenie Unii Europejskiej. Energetyka wiatrowa w 2015r stała się trzecią najpopularniejszą technologią produkcji energii elektrycznej w krajach Unii Europejskiej (zob. <https://windeurope.org/about-wind/statistics/>).

Zgodnie z zaskarżanym przepisem art. 3 Ustawy lokalizacja elektrowni wiatrowej może nastąpić wyłącznie na podstawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2015 r. poz. 199, z późn. zm., zwana dalej “ Ustawą o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym”). Dla elektrowni wiatrowych została wyłączona inna droga dopuszczająca ich lokalizację tj. procedura uzyskania decyzji o warunkach zabudowy. W ten sposób przyszłe lokowanie elektrowni wiatrowych wymagać będzie dużo dłuższej i bardziej skomplikowanej procedury, co szczególnie uderza w małe inwestycje składające się z 2-3 wiatraków. Polska Izba Inżynierów Budownictwa w swojej opinii z 24 marca 2016r. do druku sejmowego nr 315 wskazywała na bardzo mały obszar powierzchni kraju objęty miejscowymi planami zagospodarowania przestrzennego. Ponieważ elektrownie wiatrowe sytuowane są na terenach gmin wiejskich, gdzie z reguły brak jest planów zagospodarowania przestrzennego, tego rodzaju ograniczenie staje się szczególnie uciążliwym dla tego sektora energetyki. Warto zauważyć, iż ustawodawca w ogóle nie ograniczał do tej pory możliwości uzyskania decyzji o warunkach zabudowy dla żadnego rodzaju działalności usługowej lub przemysłowej. Równolegle Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym zezwala inwestorom, w przypadku braku regulacji prawa miejscowego, na ubieganie się o wydanie dla planowanej budowy elektrowni wiatrowych decyzji lokalizacyjnej tzw. decyzji o warunkach zabudowy (WZ). W uzasadnieniu Ustawy wskazano, że „skuteczna odmowa wydania decyzji WZ, z uwagi na linię orzecznictwą oraz niejednoznaczne brzmienie przepisów dotyczących warunków wydawania decyzji WZ jest znacząco utrudniona. Uzasadnienie to pozostaje niejako obok wprowadzonych ograniczeń, bowiem dotyczą one tylko jednego rodzaju działalności gospodarczej – elektrowni wiatrowych. Uzasadnienie w ogóle nie wskazuje powodów ograniczenia tylko tej konkretnej działalności. Nie ma żadnych powodów, aby ograniczyć tylko tę formę działalności gospodarczej poprzez zakaz jej kształtowania na podstawie decyzji WZ. Tak ustalone zasady lokalizacji energetyki wiatrowej stanowią zatem nieuzasadnione ograniczenie wolności gospodarczej w braku ważnego interesu publicznego uzasadniającego takie ograniczenie, co jest wymagane na podstawie art. 22 Konstytucji w zw. z art. 20 i są jednocześnie absolutnie sprzeczne z konstytucyjną zasadą równości wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwą Trybunału , z zasady równości, wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji, wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań, zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. To znaczy, że podmioty należące do tej samej kategorii muszą być traktowane równo, zaś podmioty należące do różnych kategorii mogą być traktowane różnie (m.in. wyroki z 13 grudnia 2007r. w sprawie SK 37/06 oraz z 26 lutego 2008 r. w sprawie SK 89/06).

Pozbawienie inwestorów możliwości lokowania inwestycji na podstawie decyzji o warunkach zabudowy stanowi naruszenie wolności działalności gospodarczej w sposób niezgodny z art. 22 Konstytucji, czyli w sytuacji braku ważnego interesu publicznego uzasadniającego takie ograniczenie. W świetle art. 32 ust. 2 Konstytucji stanowi to dyskryminacyjne potraktowanie energetyki wiatrowej. Obowiązek lokowania inwestycji wyłącznie na podstawie miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego może w zasadzie pozbawić tych

inwestorów możliwości przyłączenia do sieci energetycznej tego rodzaju instalacji. Dostęp do sieci jest bowiem ograniczony technicznie, tak więc technologie, które nie muszą być lokowane na podstawie planu zagospodarowania przestrzennego, mogą jako pierwsze i być może jako jedyne, uzyskać dostęp do sieci elektroenergetycznej przed elektrowniami wiatrowymi. Zgodnie z art. 7 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz.U. z 2012r poz. 1059 z późn. zmianami, zwana dalej „Prawem energetycznym”). Przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii jest obowiązane do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie do sieci, na zasadzie równoprawnego traktowania i przyłączania, w pierwszej kolejności, instalacji odnawialnego źródła energii, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia do sieci i dostarczania tych paliw lub energii. Zgodnie z art. 8d Prawa energetycznego do wniosku o określenie warunków przyłączenia podmiot, o którym mowa w ust. 8a Prawa energetycznego, dołącza w szczególności, w przypadku przyłączania do sieci źródła innych niż mikroinstalacje wypis i wyrys z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, a w przypadku braku takiego planu, decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu dla nieruchomości określonej we wniosku. Nierówne traktowanie jest więc oczywiste i w żaden sposób nieuzasadnione. Na tle podmiotów wykonujących działalność gospodarczą polegającą na wytwarzaniu energii elektrycznej w sposób konwencjonalny, podmioty prowadzące działalność w zakresie elektrowni wiatrowych doznają tym samym nieuzasadnionej dyskryminacji, traktowania różnego, nie równego w stosunku do podmiotów działających w podobnych warunkach gospodarczych. Tego rodzaju zapis ustawowy całkowicie zignorował również wytyczne Najwyższej Izby Kontroli z raportu (nr ewid. 131/2014/P/13/189/LWR), który zawierał szereg uwag do nieprawidłowości właśnie w uzyskiwaniu planów zagospodarowania przestrzennego. Z opinii z dnia 31 marca 2016 r. do druku nr 365 wydanej przez Ministra Spraw Zagranicznych (znak: DPUE.920.394.2016/5/mrz) wynika również niezgodność art. 3 Ustawy z art. 13 ust. 1 dyrektywy 2009/28/WE. Dyrektywa ta nakazuje bowiem zapewnienie przez państwa członkowskie aby wszelkie krajowe przepisy dotyczące procedur autoryzacji, certyfikacji i licencjonowania, które są stosowane w elektrowniach wytwarzających energię elektryczną z odnawialnych źródeł energii oraz związanej z nimi infrastruktury sieci przesyłowych i dystrybucyjnych oraz w procesie przekształcania biomasy w biopaliwa lub inne produkty energetyczne, były proporcjonalne i niezbędne. Państwa członkowskie są zobowiązane do usprawnienia i przyspieszenia procedur administracyjnych na odpowiednim poziomie administracyjnym a ponadto do obiektywności, przejrzystości, proporcjonalności i niedyskryminacyjnego charakteru zasad autoryzacji, certyfikacji i licencjonowania oraz uwzględnienia w nich charakterystyki poszczególnych technologii energii odnawialnej.

Artykuł 22 Konstytucji stanowi pewne uzupełnienie postanowień zawartych w art. 20 Konstytucji, jest bowiem nawiązaniem do wyrażonej tam zasady wolności działalności gospodarczej, która obejmuje wolność wyboru rodzaju działalności gospodarczej oraz wolność wykonywania wybranej sfery tej działalności. Tak jak art. 21 Konstytucji określa warunki dopuszczalnego przez Konstytucję ograniczenia prawa własności, tak art. 22 Konstytucji zakłada dopuszczalność ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Również i w tej dziedzinie sformułowane zostały określone warunki, od których spełnienia zależy dopuszczalność tego ograniczenia. Pierwszy warunek to zastosowanie drogi ustawowej, które oczywiście w tym przypadku jest spełnione.

Drugie ograniczenie, polega na tym, że jest ono dopuszczalne tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nie ma więc żadnych innych uwarunkowań, które by pozwalały wprowadzić tego rodzaju ograniczenia.

W celu usprawiedliwienia wprowadzanego ograniczenia wolności działalności gospodarczej, muszą być jeszcze dodatkowo spełnione następujące ogólne (generalne) przesłanki dopuszczalności ustanawiania ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji:

1) przesłanka "konieczności w demokratycznym państwie", która jest w istocie równoznaczna z przesłanką proporcjonalności oraz

2) przesłanka zakazująca naruszania istoty wolności i praw (w tym przypadku: zakazująca naruszania istoty wolności działalności gospodarczej) (*Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, red. prof. dr hab. Marek Safjan, dr hab. Leszek Bosek*)

Przesłanka ważnego interesu publicznego wymaga doprecyzowania między innymi przez określenie pojęcia "dobro wspólne" występującego w art. 1 Konstytucji. Nie może się opierać tylko i wyłącznie na koncepcjach wypracowanych w nauce społecznej Kościoła Katolickiego, to jednak w tej ostatniej nauce zawarte jest bardzo ważne przesłanie, które przy wykładni art. 1 Konstytucji powinno być bezwzględnie respektowane. Przesłanie to wyraża się zaś właśnie w tym, że dobro wspólne nie może w żadnym razie abstrahować od dobra poszczególnych jednostek i musi być definiowane z myślą o poszczególnych obywatelach, stanowiących przecież substrat społeczności państwowej oraz tworzących państwo jako takie. Rozumienie dobra wspólnego na gruncie art. 1 Konstytucji musi więc bezwzględnie wychodzić od dobra poszczególnych jednostek, choć równocześnie nie powinno być z tym ostatnim dobrem w pełni utożsamiane (*Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, red. prof. dr hab. Marek Safjan, dr hab. Leszek Bosek*)

Dobro wspólne wypływa z dobra jednostek i powstaje na fundamencie dobra poszczególnych ludzi. Inaczej mówiąc, określone wartości wspólne (ponadjednostkowe, istotne dla całej społeczności) stają się takimi i uzyskują swoją rzeczywistą legitymację jedynie wówczas, gdy są budowane na dobru poszczególnych jednostek i gdy prowadzą do tego dobra. Wartości sprzeczne z dobrem ludzi i prowadzące do skutków niedających się pogodzić z dobrze pojętymi interesami obywateli nie mogą i nie powinny być uznawane za dobro wspólne. Byłoby przecież czymś irracjonalnym, gdybyśmy stan, który poszczególni obywatele odczuwają i postrzegają jako dla nich krzywdzący, zły lub niesprawiedliwy, uznawali za prawdziwe dobro wspólne. To ostatnie musi mieć swoje uzasadnienie w tym, że przynosi korzyść możliwie dużej (jak największej) liczbie konkretnych ludzi i w możliwie niewielkim stopniu im szkodzi.

Każde to jednak poczynić dość istotne zastrzeżenie, że mianowicie dobrem wspólnym jest dobro (korzyść) możliwie dużej (możliwie jak największej) liczby indywidualnych jednostek (ale raczej utopią byłoby oczekiwanie, że można osiągnąć stan, który wszyscy bez wyjątku ludzie uznają dla siebie za dobry), przy równoczesnym skrzywdzeniu czy też spowodowaniu zła dla możliwie minimalnej (jak najmniejszej) liczby osób.

Interes publiczny musi być zatem bezwzględnie odnoszony do interesu poszczególnych jednostek. Inaczej mówiąc, nie da się zdefiniować pojęcia interesu publicznego inaczej, jak tylko poprzez odniesienie go do interesu poszczególnych ludzi, a więc poprzez uznanie, że interes publiczny jest taką wartością czy też stanem, które są równoznaczne z korzyściami dla poszczególnych jednostek. Interes publiczny nie może i nie powinien być traktowany jako wartość abstrakcyjna, oderwana od interesów czy też korzyści ludzi (obywateli). W szczególności nie można utożsamiać interesu publicznego z interesem państwa czy też z interesem administracji traktowanych jako byty abstrakcyjne i stanowiące jakąś wartość samą w sobie. Tak z całą pewnością nie jest, gdyż na gruncie aksjologii Konstytucji za interes publiczny można uznać jedynie taką wartość czy też taki stan, które są równoznaczne z korzyściami dla poszczególnych jednostek i które przynoszą tym jednostkom dające się konkretnie wyrazić dobro (*M. Szydło, Wolność działalności gospodarczej, s. 165–174*).

Możliwe jest natomiast kreowanie wartości oraz stanów, które będą się przyczyniały do dobra możliwie dużej liczby ludzi (zainteresowanych danym rozstrzygnięciem lub daną sytuacją) i które zaspokoją interesy i potrzeby jak najszerzego kręgu obywateli, powodując równocześnie zło czy też negację interesu indywidualnego u jak najmniejszego grona osób. Takie właśnie wartości czy też sytuacje należałoby uznawać za prawdziwy "interes publiczny" (*Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, red. prof. dr hab. Marek Safjan, dr hab. Leszek Bosek*).

Ta dogłębna analiza przesłanki interesu publicznego nie pozostawia wątpliwości, iż skarżone przepisy tej przesłanki nie spełniają, naruszając tym samym wskazane przepisy Konstytucji. Ani bowiem z przepisów Ustawy, ani z jej uzasadnienia nie wypływają żadne wnioski, które skłoniłyby do postawienia tezy jakoby miałyby chronić słuszny interes zdecydowanej grupy społecznej. Jest wręcz przeciwnie. Budownictwo elektrowni wiatrowych jest nie tylko w Polsce ale i na całym świecie postrzegane jako sprzyjające rozwojowi ekologicznych, odnawialnych źródeł energii, które to z kolei służą zarówno osobom z takiej energii korzystającym jak i inwestorom, a tym samym korzystnie wpływają na rozwój miejscowej przedsiębiorczości, bezpieczeństwa energetycznego, ochronie środowiska. Grupa obywateli, których interes jest w ten sposób naruszany jest niewątpliwie znaczna.

TK stwierdził również, że "w demokratycznym "państwie prawnym" interes publiczny musi wiązać się z poszanowaniem wolności indywidualnej i nie jest przypadkiem włączenie "wolności i praw innych osób" do katalogu przesłanek z art. 31 ust. 3 (...) Konstytucji" (wyrok TK z 21 grudnia 2005 r., K 45/05, OTK-A 2005, Nr 11, poz. 140).

Nie każdy zatem interes publiczny w przedstawionym wyżej rozumieniu jest w stanie usprawiedliwić (zalegalizować) ustanawiane przez państwo ograniczenia omawianej wolności. Ograniczenia te mogą być usprawiedliwione jedynie szczególnym, czy też kwalifikowanym interesem publicznym, a mianowicie interesem publicznym, który zostanie uznany za "ważny". Jak to ujął w jednym ze swoich orzeczeń TK: "Ustawa zasadnicza niezbędną przesłanką legalnego ograniczenia wolności działalności gospodarczej czyni szczególny, czy też kwalifikowany, rodzaj interesu publicznego, mianowicie interes "ważny". Ustawodawca musi zatem każdorazowo wykazać, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie istotnego interesu publicznego. (...) Zdaniem TK nie sposób utożsamiać "interesu publicznego" (...) z "ważnym interesem publicznym", uczynionym przez ustrojodawcę wyłączną przesłanką limitowania wolności działalności gospodarczej" (wyrok TK z 8 lipca 2008 r., K 46/07, OTK-A 2008, Nr 6, poz. 104).

Nie znajdując więc z skarżonych przepisach żadnego usprawiedliwienia w postaci interesu publicznego ciężko tym samym mówić o „ważnym interesie publicznym”. Z pewnością nie może nim być partykularny interes nielicznych grup społecznych, które są zainteresowane jedynie zniweczeniem konkurencyjności elektrowni wiatrowych. Ponadto wskazanie na ochronę zdrowia ludzi zamieszkujących okolice elektrowni jest argumentem nieadekwatnym, gdyż jak wskazywano w analizach ministerstwa zdrowia kluczowym aspektem jest usankcjonowanie poziomu hałasu pracy turbin nie zaś odległość.

Następnie należy rozważyć przesłankę proporcjonalności, konieczności wprowadzonych ograniczeń.

Wymóg "konieczności" jest spełniony, jeżeli ustanowione ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności. Oznacza to, że: 1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów; 2) muszą one być niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane; 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela" (wyrok TK z: 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 50; 26.4.1999 r., K 33/98, OTK 1999, Nr 4, poz. 71; 2.6.1999 r., K 34/98, OTK 1999, Nr 5, poz. 94; 21.4.2004 r., K 33/03, OTK-A 2004, Nr 4, poz. 31).

Z powyższych stwierdzeń TK wynika, że niezbędność ustanawianych ograniczeń względem interesu, z którym ograniczenia te są powiązane – a która to niezbędność może być również określona mianem konieczności tychże ograniczeń – jest jednym z trzech elementów konstytuujących szerzej pojmowaną zasadę proporcjonalności, obok elementu w postaci przydatności (skuteczności) ustanawianych ograniczeń oraz ich proporcjonalności *sensu stricto*. Niezależnie jednak od tej węższej pojmowanej niezbędności (konieczności) ustanawianych ograniczeń, stanowiącej jedynie jedną z części składowych zasady proporcjonalności, istnieje jeszcze szerzej pojmowana "konieczność" ustanawianych ograniczeń, o której mówi art. 31 ust. 3 Konstytucji i którą TK traktuje jako synonim czy też etykietę dla szeroko pojmowanej zasady proporcjonalności. Można by zatem powiedzieć, że w art. 31 ust. 3 Konstytucji prawodawca konstytucyjny posłużył się pojęciem "konieczności" rozumianym szeroko (a nie jedynie wąsko), jako synonim dla określenia "proporcjonalność".

Jak w tym względzie stwierdza TK: "Konieczność", którą wyraża art. 31 ust. 3 Konstytucji, mieści (...) w sobie postulat niezbędności, przydatności i proporcjonalności *sensu stricto* wprowadzanych ograniczeń" (wyrok TK z: 22 września 2005 r., KP 1/05, OTK-A 2005, Nr 8, poz. 93; 22.9.2009 r., P 46/07, OTK-A 2009, Nr 8, poz. 126).

Jeżeli zatem rozstrzygać o spełnieniu celu ustawy, należy zaznaczyć, że właściwy (rzeczywisty) jej cel zostanie spełniony – elektrownie wiatrowe w zasadzie nie będą mogły legalnie powstawać. Pozorny, wskazywany w uzasadnieniu skarżonej Ustawy cel nie można uznać za spełniony, przepisy te bowiem nie powodują uregulowania kwestii mających znaczenie dla zdrowia, życia ludzi. Oczywiście taki cel będzie spełniony w sytuacji gdy elektrownie wiatrowe w ogóle nie będą mogły powstawać, jednakże stanowi to jaskrawe naruszenie zasady proporcjonalności środków do zamierzonych celów. Z pewnością takiego celu nie spełnia wyłączenie przez Ustawę możliwości prowadzenia tej działalności poprzedzonej wydaniem decyzji WZ. Cel osiągnięty tym przepisem to jedynie znaczne utrudnienie inwestorom rozpoczęcia i prowadzenia tego rodzaju działalności gospodarczej, wydłużenie czasu trwania budowy infrastruktury i tym samym ograniczenie jej konkurencyjności i doprowadzenie w konsekwencji do ich nierentowności i zniwelowania jej wpływu na rynku usług energetycznych.

Ad 2) Niezgodności art. 4, art. 5, art. 6 i art. 7 Ustawy z art. 22 w zw. z art. 20, art. 64 ust. 1. w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 74 ust. 4 Konstytucji.

Ustawa w art. 4, 5, 6 i 7 wprowadziła grupę norm prawnych wymagających zachowania odległości pomiędzy elektrownią wiatrową (turbina wiatrową znajdującą się na wieży) a granicą nieruchomości zabudowanej lub niezabudowanej, o przeznaczeniu mieszkalnym lub mieszanym w tym także mieszkalnym, liczonej w sposób wskazany z art. 5 ust.1 pkt 4 Ustawy. Odległość ta ma być nie mniejsza niż dziesięciokrotność wysokości danej elektrowni wiatrowej. Na skutek wprowadzenia tej zmiany w praktyce z uwagi na gęstość i sposób zabudowy kraju w zasadzie nie istnieje możliwość wybudowania nowych lądowych elektrowni wiatrowych. Ustawa nie stawia ograniczeń w zakresie budowy elektrowni wiatrowych na morzu (morze terytorialne i polska wyłączna strefa ekonomiczna). Przepisy przejściowe zawarte w art. 13 ust. 2 i 3 Ustawy pozwalają na budowę na dotychczasowych zasadach tych elektrowni wiatrowych, które uzyskały pozwolenia na budowę do dnia wejścia w życie Ustawy, o ile w terminie trzech lat od dnia wejścia w życie Ustawy uzyskają one pozwolenie na użytkowanie. Termin ten jest terminem o charakterze materialnym bezwzględnie obowiązującym, który nie podlega żadnemu przedłużeniu lub przywróceniu z uwagi np. na zwłokę organu nadzoru budowlanego w wydawaniu pozwolenia na użytkowanie, albo zwłokę innych instytucji, których działanie jest niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie (na przykład operatora sieci elektroenergetycznej, do którego sieci elektrownia ma być przyłączona). Termin ten nie może być ani przedłużony ani przywrócony nawet w razie wystąpienia przypadku siły wyższej, która oddziałuje na inwestora, inwestycję, organ wydający pozwolenie na użytkowanie, czy też na skutek działania okoliczności wynikających z działań stron trzecich, jak na przykład opóźnienie w wykonaniu elektrowni z winy wykonawcy robót budowlanych, dostawcy turbiny wiatrowej itp.

Dodatkowo należy wziąć pod uwagę, że przepisy rozdziału 4 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U z 2015r. poz. 478 z późn. zmianami, zwanej dalej „Ustawą OZE”), które wprowadziły nowe zasady systemu wsparcia dla odnawialnych źródeł energii w postaci alokacji wsparcia w drodze aukcji (art. 71 i następne w rozdziale 4 Ustawy OZE) reglamentują możliwość uzyskania wsparcia w sposób zasadniczy dzieląc pulę uprawnień do uzyskania wsparcia na siedem osobnych kategorii (zob. art.73 ust. 3a Ustawy OZE), gdzie energetyka wiatrowa może zostać zakwalifikowana jedynie do kategorii wymienionej w art. 73 ust. 3a pkt.7 Ustawy OZE. Mając na uwadze uwarunkowania czasowe związane z przebiegiem aukcji oraz długością procesu inwestycyjnego (który dla średniej wielkości inwestycji w energetykę wiatrową wynosi ok. 6-10 miesięcy, jeżeli inwestor posiada wszystkie pozwolenia niezbędne do rozpoczęcia budowy i środki finansowe i rzeczowe pozwalające na ich realizację) energetyka wiatrowa będzie mogła uczestniczyć w aukcjach o ile zostaną one zorganizowane i rozstrzygnięte do końca pierwszego kwartału 2018 r. Aukcje rozstrzygnięte po tym

terminie obciążone są kolosalnym ryzykiem braku możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie i koniecznością rozebrania niedokończonego obiektu, co przewiduje art. 13 ust. 6 Ustawy.

Łączne działanie wyżej wymienionych przepisów Ustawy powoduje więc powstanie kombinowanej normy prawnej, powodującej faktyczny zakaz budowy elektrowni wiatrowych na terenie kraju na obszarach innych niż obszary morskie. Można wręcz stwierdzić, że jeżeli ustawodawca miał możliwość wprowadzenia wszystkich możliwych utrudnień dla budowy nowych elektrowni wiatrowych, to właśnie takie wszelkie utrudnienia wprowadził.

Skoro energetyka wiatrowa tak dynamicznie rozwija się na terenie Unii Europejskiej (a także poza nią w szczególności w USA i Chinach) a Dyrektywa 2009/28/WE nakazuje krajom członkowskim, w tym także Polsce, wspierać rozwój energetyki wiatrowej (o czym szczegółowo w Ad 1) w taki sam sposób jak każdej innej technologii odnawialnej, to dlaczego polski ustawodawca nałożył na energetykę wiatrową tak daleko idące ograniczenia w jej dalszym rozwoju? W świetle Dyrektywy 2009/28/WE powinny one być szczególnie mocno uzasadnione np. faktycznymi awariami, katastrofami elektrowni wiatrowych, znaczną liczbą osób rannych w wyniku awarii i katastrof elektrowni wiatrowych, czy też ofiar śmiertelnych takich zdarzeń lub też chorób spowodowanych u ludzi lub zwierząt oddziaływaniem działających elektrowni wiatrowych.

Ocena zgodności krajowych ustaw z dyrektywami Unii Europejskiej nie należy do właściwości Trybunału Konstytucyjnego, jednakże przedmiotem oceny przez Trybunał Konstytucyjny jest kwestia proporcjonalności norm prawnych ograniczających swobodę prowadzenia działalności gospodarczej do celu ich wprowadzenia oraz waga interesu publicznego chronionego takimi ograniczeniami. Należy więc odpowiedzieć na pytanie dlaczego jedna z wielu technologii wytwarzania energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii, która dynamicznie rozwija się na całym świecie i jest wspierana za pomocą różnych rozwiązań w tym także w formie pomocy publicznej w naszym kraju została poddana tak rygorystycznym i dyskryminującym regulacjom prawnym? W Polsce miały miejsce dwie katastrofy techniczne elektrowni wiatrowych na skutek których doszło do urwania i upadku wirnika lub zniszczenia gondoli zawierającej turbinę wiatrową. Nikt nie odniósł obrażeń. Nie wystąpiły straty materialne inne niż w samej elektrowni wiatrowej. Z powyższych okoliczności widać niezbicie, że Ustawa ma charakter jawnie dyskryminujący energetykę wiatrową nie tylko wobec innych technologii odnawialnych źródeł energii lecz także wobec konwencjonalnych (węglowych, gazowych) i nuklearnych źródeł energii elektrycznej. Zastosowane w Ustawie środki prawne są więc rażąco nieproporcjonalne do celu jaki mają oficjalnie spełniać i jaki oficjalnie zadeklarowano a ustawodawca nie wykazał żadnego ważnego interesu publicznego wymagającego ochrony w sposób przyjęty w art. 4-7 Ustawy.

Ustawa została przyjęta pod hasłami ochrony mieszkańców przed niewykazanymi w żadnej mierze w sposób naukowy zagrożeniami. Warto podkreślić, że do połowy 2016 r. oddano w Polsce do eksploatacji elektrownie wiatrowe o łącznej mocy zainstalowanej przekraczającej 5600MW. Gdyby przyjąć, że jedna elektrownia wiatrowa w rozumieniu Ustawy, czyli turbina wiatrowa zainstalowana na wieży, ma moc średnio 2 MW oznacza, że w Polsce stoi obecnie ponad 2500 wiatraków. Sądząc więc ze skali radykalizmu restrykcji zawartych w Ustawie jest to jedna z najbardziej niebezpiecznych technologii wytwarzania energii elektrycznej. Znacznie bardziej niebezpieczna niż energetyka termiczna (węglowa, gazowa) czy nawet nuklearna.

Powstaje więc pytanie, czy z uwagi na skutek prawny polegający na faktycznym wyeliminowaniu możliwości budowy nowych i modernizacji istniejących (tzw. repoweringu) lądowych elektrowni wiatrowych, oznaczający faktyczny zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w jednej technologii z pośród wielu dostępnych technologii wytwarzania energii elektrycznej w odnawialnych źródłach energii i wytwarzania energii elektrycznej w źródłach konwencjonalnych (termicznych) czy też nuklearnych, jest zgodny z Konstytucją?

Artykuły 20 i 22 Konstytucji ustanawiają zakaz nieuzasadnionego i nieproporcjonalnego ograniczania wolności działalności gospodarczej przedsiębiorców a artykuł 64 ust. 1 Konstytucji ustala zasadę ochrony własności właścicieli nieruchomości. Zgodnie bowiem z art.20, 22 i 64 ust. 1 Konstytucji ograniczenia dotyczące prawa własności jak i swobody gospodarczej są dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy służą zapewnieniu ochrony bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, bądź służą ochronie środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. W kontekście powyższych zasad wszelkie sankcje i ograniczenia godzące w te konstytucyjne zasady wymagają badania co do zgodności z art. 31 ust. 3 Konstytucji (zasada proporcjonalności). Ograniczenia te nie mogą być nadmiernie intensywne, tj. powinny być konieczne dla ochrony wartości konstytucyjnych, a ponadto należy w każdym przypadku wprowadzania ograniczeń rozważyć, czy zachodzi rzeczywista potrzeba ich wprowadzenia.

Próba interpretacji wymienionych przesłanek jest o tyle konieczna, że - jak wskazuje się w literaturze - wiele jest w praktyce przykładów ingerencji w prawo własności, które nie są konieczne dla ochrony którejs z tych wartości czy dóbr. Jako przykład podaje się tu choćby: wywłaszczenie nieruchomości pod budowę szkół, zobowiązanie wydawców do przysyłania tzw. egzemplarzy obowiązkowych, zakaz wywozu z kraju pewnych dzieł sztuki, ograniczenia w rozwiązaniu najmu przez wynajmującego i wiele innych. W konsekwencji uznaje się katalog przesłanek ingerencji w sferę prawa własności za niewystarczający, powodujący groźbę ich rozszerzającego interpretowania.

Zdaniem M. Wyrzykowskiego użycie przez ustrojodawcę takich terminów nakłada na organy tworzące prawo, a także je stosujące i kontrolujące, obowiązek szczególnej staranności w zakresie określania treści tych pojęć. Zauważyć bowiem trzeba, że wśród wymienionych przesłanek, które mogą być powoływane dla oceny dopuszczalności ograniczeń prawa własności, są takie, których zdefiniowanie nie nastręcza trudności, są jednak i takie, które stanowią w dużej mierze pojęcia niedookreślone i pozostawiają stosunkowo duży luz decyzyjny ustawodawcy, a ostatecznie wymagają interpretacji ze strony Trybunału Konstytucyjnego.

Do tych pierwszych należą niewątpliwie "ochrona środowiska" oraz "ochrona zdrowia". Ich stosowanie nie wymaga wartościowań.

Do drugiej grupy przesłanek należą z kolei: "ochrona praw i wolności innych osób", "porządek publiczny" oraz "bezpieczeństwo państwa".

Zauważyć przy tym trzeba, że ograniczenia prawa własności podyktowane ochroną praw i wolności innych osób stanowią sytuację jakościowo różną od pozostałych przesłanek, uzasadnionych ochroną dóbr o charakterze ogólnospołecznym. W tym przypadku chodzi o problem rozstrzygnięcia konfliktu praw różnych podmiotów (P. 2/98). Kolidują praw może mieć miejsce wtedy, gdy w danej sytuacji faktycznej urzeczywistnienie prawa pewnego podmiotu prowadzi do naruszenia prawa innego podmiotu. Innymi słowy występuje wtedy, gdy w tej samej sytuacji różne jednostki powołują się dla ochrony swoich interesów na różne przysługujące im prawa. Dotyczy to jednocześnie szerszego problemu harmonijnej wykładni norm gwarantujących prawa jednostki . (Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, red. prof. dr hab. Marek Safjan, dr hab. Leszek Bosek)

Jak podkreśla K. Wojtyczek, "w przypadku kolizji dwóch praw człowieka brak jest jednej ogólnej zasady wskazującej, które z kolidujących wartości stoją wyżej w hierarchii i mają *prima facie* pierwszeństwo. Prawodawca powinien dążyć do zagwarantowania obu praw w najwyższym możliwym do realizacji stopniu, stosownie do wagi wartości znajdujących się u podstaw każdego z tych praw. Nieuwzględnienie w akcie prawotwórczym w wystarczającym stopniu jednego z nich jest równoznaczne z jego naruszeniem".

Niewątpliwie w przypadku skarżonej ustawy z takim naruszeniem mamy do czynienia. Ustawodawca nie wziął w ogóle pod uwagę praw inwestorów oraz właścicieli nieruchomości sąsiadujących z nieruchomością, na której powstaje inwestycja. Ustawa niweczy bowiem praktycznie całkowicie możliwość korzystania ze swojego prawa własności osób, które chciałyby na swojej nieruchomości prowadzić określoną działalność gospodarczą lub też, co jeszcze bardziej uwiadczenia skalę naruszeń – właścicieli nieruchomości planujących budowę zabudowy

mieszkalnej, która to stanowi jedną z podstawowych funkcji, przeznaczenia nieruchomości, co z kolei jest jednym z podstawowych przejawów prawa własności.

Warto w tym miejscu przywołać również orzeczenie TK K. 23/98, w którym Trybunał stwierdził, że powiązanie art. 64 ust. 1 i 2 z art. 21 Konstytucji pozwala - ponad wszelką wątpliwość - nadać ochronie praw rzeczowych znaczenie ustrojowe, głównie ze względu na zasadę równej ochrony własności i innych majątkowych. Tym samym TK uznał, że także ochrona innych niż własność praw majątkowych, co wynika z art. 21 Konstytucji, jest powinnością państwa, zarówno w zakresie kształtowania podstawowych instytucji prawnych służących tej ochronie, jak i jej granic. Podobnie w orzeczeniu z 3 października 2000 r. (K. 33/99) Trybunał uznał, że konstytucyjna ochrona praw majątkowych polega nie tylko na wyeliminowaniu działań faktycznych, prowadzących do uniemożliwienia uprawnionemu korzystania z przysługującego mu prawa (a więc zastosowaniu art. 64), ale także na takim ukształtowaniu unormowań pozytywnych dotyczących treści danego prawa, które w znacznym stopniu ogranicza niebezpieczeństwo jednostronnego zniweczenia ekonomicznej istoty danego prawa, związanego z zachowaniem jego realnej treści, zwłaszcza w sytuacji zaistnienia zdarzeń obiektywnych, na przykład związanych z głębokimi przeobrażeniami ustroju ekonomicznego państwa. Ochrona ta nie może sprowadzać się nadto wyłącznie do ustanowienia przez prawodawcę instytucji materialnych i proceduralnych chroniących konkretne prawa majątkowe, ale mieści w sobie również obowiązek powstrzymywania się od przyjmowania regulacji, które owe prawa mogłyby pozbawiać ochrony prawnej lub tę ochronę nadmiernie ograniczać (orzeczenie z 13 kwietnia 1999 r., K. 36/98).

Przesłanką, do której sięga się, by uzasadnić ograniczenia prawa własności, jest także "porządek publiczny". W piśmiennictwie wskazuje się, że jest to najtrudniejsza do zdefiniowania i najbardziej niedookreślona spośród przesłanek ograniczania praw człowieka. W każdym razie pod pojęciem "porządku publicznego" rozumie się najczęściej "stan harmonijnego współżycia członków społeczeństwa. Tak rozumiany porządek publiczny obejmuje zarówno ochronę interesu jednostek, jak i interesu społecznego". Zdaniem M. Wyrzykowskiego bowiem "porządek publiczny" to "dyrektywa takiej organizacji życia publicznego, która zapewnić ma minimalny poziom uwzględniania interesu publicznego. (...) Porządek publiczny zakłada nadto organizację społeczeństwa, która jest oparta na wartościach przez to społeczeństwo podzielanych. W skład tych wartości powinny wchodzić również uniwersalne zasady sprawiedliwości" (*Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, red. prof. dr hab. Marek Safjan, dr hab. Leszek Bosek*).

W tym kontekście nie sposób skarżonym przepisom przyznać uzasadnienia. O ile wskazanie określonych odległości w jakich można budować elektrownie wiatrowe od zabudowań czy miejsc chronionych ze względu na przyrodę może być uzasadnione, o tyle skala jaką posłużył się ustawodawca w tym przypadku już takiego uzasadnienia nie ma. Jak wskazano wcześniej tak daleko idące ograniczenia budowy powodują bowiem w zasadzie brak możliwości budowy takich elektrowni, co z porządkiem publicznym nie ma nic wspólnego, a używanie tego argumentu przez ustawodawcę jest jedynie instrumentalne i czynione dla pozoru.

Wolność działalności gospodarczej należy rozumieć zarówno jako wolność wyboru działalności gospodarczej, jak i wolność jej prowadzenia (por. wyrok TK z 7 czerwca 2005 r., sygn. K 23/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 62). Zarzut wobec art. 4, 5, 6 i 7 Ustawy dotyczy łącznego naruszenia art. 20 i 22 Konstytucji, gdyż treść normatywną art. 22 Konstytucji trzeba odczytywać w kontekście art. 20 Konstytucji; z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika ponadto, iż pierwszy z wymienionych przepisów nie proklamuje samoistnie zasady wolności działalności gospodarczej, lecz dotyczy konstytucyjnych wymogów jej ograniczenia (zob. wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33).

Należy w tym miejscu dokonać dokładnej analizy zaskarżanych norm prawnych. Artykuł 4 Ustawy określa odległość, w której mogą być lokalizowane i budowane elektrownie wiatrowe od budynku mieszkalnego (ewentualnie budynku o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa oraz *vice versa* budynek mieszkalny od elektrowni wiatrowej. Odległość zgodnie z Ustawą ma być równa lub większa od dziesięciokrotności wysokości elektrowni wiatrowej mierzonej od poziomu gruntu do najwyższego punktu

budowli, wliczając elementy techniczne, w szczególności wirnik wraz z łopatom (całkowita wysokość elektrowni wiatrowej). Artykuł 5 Ustawy precyzuje sposób liczenia ww. odległości a art. 6 Ustawy określa w jaki sposób ustalona odległość uwzględniana jest przez stosowne organy administracji publicznej. Art. 7 Ustawy sankcjonuje wprowadzenie odległości elektrowni wiatrowych na różnych etapach planowania przestrzennego.

Skutki wprowadzenia tego limitu, który popularnie jest nazywany „zasadą 10 H” idą niezwykle daleko. Ustawa nakazuje obecnie obowiązek zachowania odległości 10 H pomiędzy elektrowniami wiatrowymi a:

- strefami mieszkalnymi (które, co warto zauważyć, nie muszą być nawet zabudowane),
- granicami gmin (gdyż całe oddziaływanie ma się zmieścić w MPZP danej gminy zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 2 Ustawy),
- od parków narodowych,
- od rezerwatów przyrody,
- od parków krajobrazowych,
- od obszarów Natura 2000 (w Polsce występuje ponad 1000 tego rodzaju obszarów),
- od leśnych kompleksów promocyjnych (łączna powierzchnia 25 leśnych kompleksów promocyjnych to 1.267.803 ha zgodnie z informacją opublikowaną przez Lasy Państwowe - <http://www.lasy.gov.pl/nasze-lasy/lesne-kompleksy-promocyjne>).

Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, czy też inne organy państwowe nie podają danych o statystycznej średniej wysokości turbin lokowanych w Polsce a o stopniu ustalonego w ten sposób dopuszczalnego dystansu nie mieli najmniejszego pojęcia również autorzy projektu Ustawy. Z doniesień w środkach masowego przekazu, czy też z dostępnych analiz wynika jednak, iż przeciętna wysokość stawianych obecnie elektrowni wiatrowej to około 100 – 150 metrów a znany są co raz liczniejsze przypadki turbin przewyższających wysokość 200 m (np. przypadek Elektrowni Wiatrowej Nowy Tomyśl gdzie zamontowano turbiny o wysokości łącznej 210 m). Wyraźnie zauważalna jest tendencja do budowy stopniowo co raz wyższych turbin ze względu na tak korzystne efekty jak wyższa efektywność (większa produkcja energii elektrycznej) i większe oddalenie źródła hałasu od ucha ludzkiego. W tym stanie rzeczy minimalny dystans, zgodnie z zasadą 10 H to 1 km w przypadku turbin o wysokości 100 m, 1,5 km w przypadku turbin o wysokości 150 m oraz nawet 2 km w przypadku turbin o wysokości równej 200 m. Każda z tych odległości będzie jednak liczona nie od źródła hałasu (lub innych immisji), lecz od okręgu zakreślonego przez końcówkę śmigła turbiny wiatrowej (art. 5 ust. 1 pkt 4 Ustawy) lub od linii rozgraniczającej teren, którego sposób zagospodarowania określony w planie miejscowym dopuszcza budowę elektrowni wiatrowej (art. 5 ust. 1 pkt 5 Ustawy) aż do istniejącego budynku mieszkalnego albo do granicy terenu objętego decyzją o warunkach zabudowy, albo do linii rozgraniczającej teren, którego sposób zagospodarowania określony w planie miejscowym dopuszcza realizację budynku mieszkalnego. Warto już w tym miejscu zaznaczyć, iż wbrew deklarowanym intencjom, ustawodawca nie stworzył dużo bardziej przejrzystego i zrozumiałego kryterium odległości od elektrowni wiatrowych do budynków mieszkalnych.

Art. 4 Ustawy określa, że zgodnie z powyższą zasadą 10 H:

- nie można lokalizować i budować elektrowni wiatrowej w odległości 10 H od terenów mieszkalnych,
- nie można lokalizować i budować budynków mieszkalnych w odległości 10 H od elektrowni wiatrowych,

- nie można lokalizować i budować elektrowni wiatrowej w odległości 10 H od form ochrony przyrody i kompleksów leśnych,
- można jednak lokować formy ochrony przyrody i kompleksy leśne w odległości 10 H od elektrowni wiatrowych,
- można dokonywać przebudowy, nadbudowy, rozbudowy, remontu, montaż lub odbudowę budynku mieszkalnego w odległości 10 H od elektrowni wiatrowych (art. 12 Ustawy wyjaśnia, iż prawo takie jest ograniczone w odwrotnej sytuacji, tj. w przypadku elektrowni wiatrowych wszelka nadbudowa, przebudowa i rozbudowa jest nie dopuszczalna, dopuszcza się wyłącznie przeprowadzenie remontu oraz wykonywanie innych czynności niezbędnych do prawidłowego użytkowania elektrowni, z wyłączeniem działań prowadzących do zwiększenia parametrów użytkowych elektrowni lub zwiększenia jej oddziaływań na środowisko).

Tak istotne ograniczenia dotyczą właścicieli gruntów, którzy na swoich gruntach mieliby zamiar budowy (rozbudowy, itp.) zabudowy mieszkalnej lub elektrowni wiatrowych oraz przedsiębiorców, nie będących właścicielami gruntów (przedsiębiorcy budowlani w sektorze zabudowy mieszkaniowej, przedsiębiorcy energetyczni, itp.).

Nie ulega wątpliwości, iż nie tylko skarżone przepisy ale i cała Ustawa poddaje specjalnemu reżimowi prawnemu wybraną, dość wąską dziedzinę życia gospodarczego tj. lokalizowanie i budowanie obiektów jednej tylko wybranej technologii wytwarzania energii elektrycznej w postaci lądowych elektrowni wiatrowych. W tym stanie rzeczy Ustawa ma rangę typowej „specustawy” a wprowadzenie jej do porządku prawnego powinno być wykazane szczególnymi względami o charakterze ochrony szczególnie ważnego interesu publicznego uzasadniającymi jej wprowadzenie. W szczególności, jak wskazano już powyżej, nakładanie na obywateli sankcji, czy też inne ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw są dopuszczalne tylko wtedy i tylko w takim zakresie, jaki wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ich uzasadnienie, zgodnie z tym przepisem, wymaga przede wszystkim wskazania innej wartości konstytucyjnej, dla której prawo zostało „poświęcone” (wyrok TK z 2.2.2006 r., SK 34/06, OTK-A Nr 9/2006, poz. 118). Wartości te są wyliczone w art. 31 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Jak wskazuje dorobek orzecniczy Trybunału Konstytucyjnego (poniżej fragment uzasadnienia do wyroku TK z 2.2.2006 r., SK 34/06, OTK-A nr 9/2006, poz. 118) *„Zgodnie z ustalonym na tle art. 31 ust. 3 Konstytucji orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zarzut braku proporcjonalności wymaga przeprowadzenia testu, polegającego na udzieleniu odpowiedzi na trzy pytania dotyczące analizowanej normy:*

1. *czy jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków (przydatność normy);*
2. *czy jest ona niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (konieczność podjęcia przez ustawodawcę działania);*
3. *czy jej efekty pozostają w proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń (proporcjonalność sensu stricto)”.*

Wyżej określony swoisty test służący analizowaniu normy prawnej potwierdza wyrok TK z 13 marca 2007r. (sygn. K 8/07, publ. OTK-A Nr 3/2007, poz. 26), którego wywody zawierają m.in. stwierdzenie: *„Ocena zarzutu naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności musi być zawsze przeprowadzona na kilku płaszczyznach, dotyczących relacji między tym, jakiego uszczerbku na skutek określonej ingerencji doznaje naruszone dobro – chronione konstytucyjnie, a tym jakie są przesłanki tej ingerencji. Wymaga to analizy charakteru ochrony dobra*

o charakterze konstytucyjnym oraz oceny tzw. ciężaru wkroczenia, a w konsekwencji odpowiedzi na pytanie, czy osiągnięcie celu, do którego dąży ustawodawca wymaga i uzasadnia zastosowanie środków, którymi się ustawodawca posłużył.”

W pierwszej kolejności test przydatności normy odpowie nam na pytanie, czy wprowadzone przez ustawodawcę ograniczenia są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków, tj. czy wybrany środek może w ogóle doprowadzić do osiągnięcia zamierzonego celu.

Oczywiście należy uprzednio postawić sobie pytanie co jest owym „celem”. Można oczekiwać od państwa, aby przy ustanawianiu prawa ograniczającego prawa i wolności obywatelskie obywatel mógł dostrzec pobudki jakimi kierował się ustawodawca przy wprowadzaniu tych ograniczeń. Bliższe określenie celów zasady 10 H znaleźć można w uzasadnieniu poselskiego projektu Ustawy. Jak wskazali sami projektodawcy ich celem było w pierwszej kolejności doprecyzowanie wcześniej obowiązujących rozwiązań, stworzenie reguł nie budzących wątpliwości, w szczególności uzasadniano nowe przepisy w sposób następujący:

W obowiązującym stanie prawnym brak jednoznacznie określonych minimalnych odległości, lub niepozostawiającego wątpliwości interpretacyjnych sposobu ich obliczania, w jakich dopuszczalne jest budowanie elektrowni wiatrowych. Obowiązujące w tym zakresie wymagania odnoszą się przede wszystkim do dopuszczalnych poziomów hałasu dla określonych rodzajów zabudowy (rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku). Brak jest jednak rozwiązań dedykowanym elektrowniom wiatrowym, tak w zakresie wartości hałasu generowanego przez te elektrownie,

w tym infradźwięków, jak i sposobu pomiaru i badań hałasu, co powinno mieć miejsce w czasie intensywnej pracy elektrowni, a więc silnego wiatru. Skutkiem czego jest wznoszenie tych urządzeń w odległości powodującej uciążliwość w normalnym funkcjonowaniu mieszkańców nieruchomości sąsiadujących. W projekcie ustawy zaproponowano, aby odległość pomiędzy elektrownią wiatrową a zabudowaniami mieszkalnymi (a także obszarów szczególnie cennych przyrodniczo) była równa lub większa dziesięciokrotności całkowitej wysokości elektrowni wiatrowej, a więc wysokości mierzonej od poziomu gruntu do najwyższego punktu tej budowli, wliczając elementy techniczne, czyli także łopaty elektrowni wiatrowej, których długość zwykle mieści się między $\frac{1}{3}$ a $\frac{1}{2}$ wysokości wieży.”

Ponadto uzasadnienie wyraźnie porusza też chęć zwiększenia bezpieczeństwa mieszkańców i ochrony przyrody z uwagi na niebezpieczeństwa związane z eksploatacją elektrowni wiatrowych: „W projekcie zawarta jest propozycja minimalnej odległości (oraz sposobu jej obliczania) jaką organy administracji publicznej są obowiązane zachowywać przy podejmowaniu dyspozycji przestrzennych, przy czym odległość ta będzie dotyczyła zarówno lokalizacji elektrowni wiatrowej w odniesieniu do zabudowy (a także obszarów szczególnie cennych przyrodniczo), jak i lokalizacji zabudowy w odniesieniu do elektrowni wiatrowej. Jednocześnie omawiana odległość będzie odległością minimalną zapewniającą bezpośrednio bezpieczeństwo ludzi i będącej jednocześnie minimum dla zabezpieczenia odpowiedniej ochrony środowiska, w tym zdrowia ludzi – będzie mogła ulec zwiększeniu w oparciu o wyniki procedury oceny oddziaływania na środowisko dotyczącej konkretnej inwestycji.

Jak wyżej wskazano – w projekcie ustawy zaproponowano, aby odległość pomiędzy elektrownią wiatrową a zabudowaniami mieszkalnymi (a także obszarów szczególnie cennych przyrodniczo) wynosiła co najmniej dziesięciokrotność całkowitej wysokości elektrowni wiatrowej. Uzasadniając tę wielkość, przede wszystkim należy zauważyć, iż jest to wielkość zapewniająca bezpieczeństwo „fizyczne” – bowiem 10-krotność wysokości środka wirnika, jest odległością w jakiej najczęściej będą spadać elementy wyrzucone przez łopaty wirnika (np. zmrożony śnieg, lód) oraz urwane fragmenty łopat, co wynika z obliczeń fizycznych (załącznik nr 1 – rysunek przedstawiający trajektorię lotu urwanej łopaty). Jednakże, mając na względzie fakt, iż możliwe jest (np. przy

silnym wietrze) przeniesienie elementów wyrzuconych przez łopaty na większą odległość, jak również fakt, iż na oddziaływanie elektrowni wiatrowej na otoczenie ma wpływ jej całkowita wysokość, zaproponowano, by podstawą wyznaczania minimalnej odległości była całkowita wysokość elektrowni wiatrowej.

Odnosząc się do kwestii bezpośredniego bezpieczeństwa ludzi należy zauważyć, iż problematyka bezpieczeństwa związana z eksploatacją elektrowni wiatrowych przedstawiona została w opracowaniu prof. dr hab. Grzegorza Pojmańskiego (Uniwersytet Warszawski, Wydział Fizyki) pt. „Opinia dotycząca zagrożeń związanych z eksploatacją i awariami turbin wiatrowych”. W opinii tej stwierdza się, iż „dla typowej turbiny o mocy kilku megawatów odłamki lodu o masach od kilku do kilkunastu kilogramów mogą być odrzucane na odległość ponad 700 m. Z analizy statystycznej wynika, że wbrew obiegowej opinii większość odłamków (o danej masie) oderwanych podczas pracy turbiny spada daleko od niej. W przypadku awarii polegającej na urwaniu się fragmentu łopaty lub rozpadu wskutek rozkręcenia się turbiny powyżej prędkości konstrukcyjnej – nie można wykluczyć ciskania odłamkami na odległości powyżej kilometra. Pożary turbin, wywołane przez uderzenia piorunów lub awarie aparatury, mogą podczas silnego wiatru spowodować zagrożenie w odległości nawet 10-krotnej wysokości turbiny.”, a także iż za obszar zagrożony należy uznać co najmniej teren o promieniu określonym przez maksymalny zasięg rzutu przy obrotach turbiny powodujących jej rozerwanie.”.

Opracowanie to stanowiło jedną z podstaw dla przyjęcia omawianego kryterium wysokościowego dotyczącego minimalnej odległości elektrowni wiatrowych od zabudowy mieszkaniowej. Przy ustalaniu opisanej wyżej wartości przeanalizowano również następujące dostępne informacje i dane odnośnie emisji generowanych przez elektrownie wiatrowe, co pozwala na zdefiniowanie kwestii potrzeby ochrony siedzib ludzkich przed:

- 1) hałasem i infradźwiękami,
- 2) promieniowaniem elektromagnetycznym,
- 3) drganiami,
- 4) efektem migotania cienia i refleksów światła.

Przedstawiając powyższe należy jednoznacznie stwierdzić, iż przeprowadzone analizy wskazują na zasadność przyjętego w projekcie ustawy, jednego z kryteriów lokalizacji elektrowni wiatrowej od zabudowy mieszkaniowej i obszarów chronionych, wymienionych w ustawie, jako 10-krotność całkowitej wysokości elektrowni wiatrowej. Kryterium to jest również zasadne z uwagi na oddziaływanie wizualne, a jednocześnie, ze względu na uwarunkowania technologiczne bezpośrednio ogranicza maksymalną wielkość średnicy wirnika, którego ma wpływ m.in. na skalę uciążliwych dla ludzi efektów migotania cienia i refleksów światła.

Z uzasadnienia wyroku Trybunału z dnia 21 kwietnia 2004r. (sygn. K 33/03, publ. OTK-A z 2004, z. 4, poz. 31) jasno i wyraźnie wynika, iż należy badać autentyczną przyczynę wprowadzenia ograniczeń, a nie taką, którą podaje ustawodawca. Niemniej jednak zasadnym jest przyjęcie, iż celami, zgodnie z deklaracją w uzasadnieniu do projektu Ustawy, które chciał realizować ustawodawca, jest określenie minimalnych odległości elektrowni wiatrowych od zabudowy mieszkalnej w sposób jednoznaczny (nie pozostawiający wątpliwości) oraz zapewnienie większego bezpieczeństwa mieszkańców i środowiska naturalnego. Jednocześnie dotychczasowe orzecznictwo Trybunału wskazuje, iż w tym momencie analizy (tj. w przypadku badania przydatności normy) nie bada się samej surowości badanych przepisów ponieważ nawet drastyczne sankcje i daleko idące ograniczenia mogą być uznane za sprzyjające założonej *ratio legis* (wyrok TK z 13 marca 2007 r., K 8/07, OTK-A Nr 3/2007, poz. 26).

Odnosząc się do pierwszego z dostrzeżonych celów regulacji, pomimo już obowiązujących obostrzeń, ustawodawca dostrzegając potrzebę bardziej przejrzystego ustalenia jaki powinien być zachowany dystans od zabudowań mieszkalnych lub form ochrony przyrody do lądowych elektrowni wiatrowych. W tym stanie rzeczy jest oczywistym, iż ustawodawca nie wprowadził w życie instrumentu prawnego, który służy do osiągnięcia zamierzonego celu tj. doprecyzowania zasad lokowania turbin wiatrowych. Doprecyzowania wymagały bowiem zupełnie inne przepisy. W szczególności z analizy przeprowadzonej przez Ministra Zdrowia (pismo z 23 maja 2016 r. – odpowiedź na interpelację nr 2744 w sprawie perspektyw i ograniczeń, szans i zagrożeń dla rozwoju budowy elektrowni wiatrowych w Polsce) wynika, iż dla lepszego określenia zasad (ich doprecyzowania) lokowania turbin wiatrowych wskazana była na przykład zmiana dotychczasowych norm o dopuszczalnych poziomach hałasu „(...) w niektórych krajach (np. Anglii, Danii, Holandii, Nowej Zelandii) ustalono dopuszczalne poziomy hałasu pochodzącego od turbin wiatrowych oraz przyjęto specjalne wskaźniki (np. poziomy statystyczne L90) lub/i kryteria oceny tego rodzaju hałasu (np. oparte na ocenie „przewyższenia” tła akustycznego)”. Na konieczność podjęcia inicjatywy legislacyjnej przez Ministra Środowiska w tym zakresie wskazała również Najwyższa Izba Kontroli. W ocenie Izby niezbędne jest określenie metodologii oceny poziomu hałasu emitowanego przez elektrownie wiatrowe w czasie ich optymalnej eksploatacji przy prędkości wiatru wynoszącej 10-12 m/s (zob. Informacja o wynikach kontroli pn. „Lokalizacja i budowa lądowych farm wiatrowych”, Warszawa, dnia 16 lipca 2014r., Nr ewid. 131/2014/P/13/189/LWR).

Także drugi ze wskazanych celów jest wątpliwy z uwagi na choćby niesymetryczne traktowanie ustalonego Ustawą dopuszczalnego dystansu 10 H. Co ogromnie zaskakuje w Ustawie pojawił się jedynie jednostronnie obowiązujący minimalny dystans pomiędzy elektrowniami wiatrowymi a obszarami przyrodniczymi. Nie wprowadzono jednoczesnego zakazu lokalizowania tych form ochrony przyrody w odległości mniejszej niż 10H od istniejących elektrowni wiatrowych. Jeżeli ustawodawca założył, iż elektrownie wiatrowe stanowią zagrożenia dla form przyrody, to zakaz ten powinien działać w dwie strony. Podobnie sprawa wygląda z zachowaniem dystansu pomiędzy zabudowaniami mieszkalnymi a elektrowniami wiatrowymi. Tym samym cel wprowadzenia zaskarżonej normy nie będzie osiągnięty. Cel zwiększenia bezpieczeństwa mieszkańców wydaje się dzięki nowym przepisom mało realny także poprzez brak jakichkolwiek przesłanek do odwoływania się przy kształtowaniu tego typu przepisów wyłącznie do wysokości turbiny. Nie jest wcale oczywistym czy wyższa turbina będzie powodowała wyższy hałas (lub większe inne immisje takie jak efekt migotania cienia, infradźwięki) niż niższa. Jak sugerują wyżej wspomniane dokumenty Ministra Zdrowia i Najwyższej Izby Kontroli ochrona przed hałasem wymagałaby raczej przyjęcia nowych specjalnych wskaźników hałasu (np. poziom statystyczny L90) lub/i kryteria oceny tego rodzaju hałasu (np. oparte na ocenie „przewyższenia” tła akustycznego). Ochronę przed samą wysokością elektrowni wiatrowej (czy też dowolnej innej dominanty) zapewnia Ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu (Dz.U. 2015 poz. 774). Co należy podkreślić autorzy projektu Ustawy odwoływali się w uzasadnieniu zarówno do zaleceń NIK jak i mieli świadomość istnienia nowych przepisów o ochronie krajobrazu. Przytoczony powyżej fragment uzasadnienia Ustawy jasno wskazuje na niejasności co do „sposobu pomiaru i badań hałasu, co powinno mieć miejsce w czasie intensywnej pracy elektrowni”.

Należy ponadto zauważyć, iż przy założeniu groźnych następstw eksploatacji turbin wiatrowych w promieniu 10-krotności ich wysokości, to skarżone przepisy i cała Ustawa absolutnie nic nie zmieniają w stosunku do już istniejących elektrowni wiatrowych jak i już istniejących zabudowań mieszkalnych. Przepis nie zakłada żadnych działań naprawczych wobec przypadków, w których nowa zasada 10 H byłaby naruszana przez dotychczasowe elektrownie i zabudowania. Przepisy Ustawy ignorują uwagi końcowe i wnioski Najwyższej Izby Kontroli (Nr ewid. 131/2014/P/13/189/LWR), które wobec Ministra Środowiska proponowały możliwość rozważenie podjęcia inicjatywy legislacyjnej w zakresie zmiany rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku, poprzez określenie dopuszczalnych poziomów hałasu infradźwiękowego w środowisku oraz określenia metodologii oceny poziomu hałasu emitowanego przez elektrownie wiatrowe w czasie ich optymalnej eksploatacji. Tym samym już pierwsze z kryteriów (test przydatności normy) jest absolutnie niespełnione przez zaskarżone przepisy.

W drugiej kolejności, test konieczności normy odpowie nam na pytanie, czy zasada 10 H przewidziana w art. 4-7 Ustawy jest niezbędna dla osiągnięcia danego celu, tj. czy nie ma innych tak samo skutecznych środków, które mogą prowadzić do osiągnięcia obranego przez ustawodawcę celu w sposób mniej ingerujący w konstytucyjnie chronione dobra.

Uzasadnienie projektu Ustawy wskazywało na potrzebę ochrony siedzib ludzkich przed: hałasem i infradźwiękami, promieniowaniem elektromagnetycznym, drganiami oraz efektem migotania cienia i refleksów światła. Jednak przepisy Ustawy absolutnie nie są niezbędne do osiągnięcia takich celów. Z uzasadnienia Ustawy jasno wynika, że autorzy projektu wykonali analizy norm odległościowych funkcjonujących w innych krajach UE, w wyniku których obliczono, że średnia odległość lokalizowania EW od zabudowań mieszkalnych wynosi od 500 do 1.000 m (str. 3 uzasadnienia projektu Ustawy). Autorzy projektu Ustawy nie zanalizowali jednak żadnych norm, które chroniłby przed konkretnymi zagrożeniami ze strony turbin wiatrowych. Dania, która jest znana z jednego z największych, jeżeli nie największego, udziału energii z wiatru w swoim miksie energetycznym posiada należycie precyzyjne przepisy odnośnie lokalizacji turbin wiatrowych. Ograniczenia w lokowaniu turbin wiatrowych to następujące limity: limit odległości równy 4-krotności pełnej wysokości turbiny, limit infradźwięków, dwa limity hałasu mierzone przy prędkości wiatru 6 m/s oraz 8 m/s (dopuszczalne wartości hałasu są wyrażone w db w zależności od rodzaju terenu) oraz limit migotania cienia maksymalnie do 10 godzin rocznie. Ponadto sugerowana (niewiążąca) minimalna odległość turbiny wiatrowej w Danii od linii kolejowych i głównych dróg to jedna pełna wysokość turbiny.

Ustawodawca tym samym mógł osiągnąć obrany przez siebie cel w sposób mniej ingerujący w dobra chronione konstytucyjnie. Ustawodawca w przepisach z zakresu prawa środowiskowego powinien (mając na uwadze choćby zalecenia Najwyższej Izby Kontroli) skoncentrować się na stworzeniu odpowiednich delegacji do wydania rozporządzeń przez właściwych ministrów lub nadania uprawnień organom samorządowym. W dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym zasady proporcjonalności Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie wskazywał, że jeżeli dany cel jest możliwy do osiągnięcia przy zastosowaniu innego środka, nakładającego mniejsze ograniczenia na prawa i wolności, to zastosowanie przez ustawodawcę środka bardziej uciążliwego wykracza poza to, co jest konieczne, a zatem narusza Konstytucję (np. wyrok z 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK Nr 1/2000, poz. 3 oraz wyrok z 10 kwietnia 2002 r., K 26/00, OTK-A Nr 2/2002, poz. 18).

Po dokonaniu testu niezbędności normy pozostaje do przeprowadzenia ostatni test tj. test proporcjonalności *sensu stricto* (test adekwatności) normy.

Analizując art. 4-7 Ustawy należy niestety stwierdzić, iż normy te jednoznacznie naruszają kryterium proporcjonalności *sensu stricto*. Test proporcjonalności *sensu stricto* (adekwatności) odpowiada na pytanie, czy ograniczenie jest adekwatne do chronionego celu, tj. czy efekt w postaci ochrony danego celu pozostaje w proporcji do skali ograniczenia.

W tym momencie należy zauważyć, iż efektem związanym z realizowanym przez ustawodawcę celem w postaci jednoznacznego, niepozostawiającego wątpliwości interpretacyjnych, określenia minimalnych odległości elektrowni wiatrowych od zabudowań mieszkalnych, czy też zwiększenia bezpieczeństwa osób mieszkających w pobliżu elektrowni wiatrowych, jest praktyczny zakaz wznoszenia elektrowni wiatrowych na większości terytorium kraju oraz zakaz zabudowy mieszkalnej na ogromnych terenach wokół już wniesionych kilku tysięcy elektrowni wiatrowych. Uwzględniając relatywnie dużą powierzchnię form ochrony przyrody oraz rozproszenie zabudowy w Polsce – w tym siedlisk w ramach gospodarstw rolnych – wprowadzony wymóg prowadzi do wyłączenia znacznych obszarów kraju z możliwości lokalizacji elektrowni wiatrowych. Projektodawcy nie wyliczyli jaka to będzie część kraju; tym bardziej nie odnieśli tego do obszarów o korzystnych warunkach wietrzności. Brak tej informacji uniemożliwia ocenę, czy skutkiem uchwalenia ustawy – przy uwzględnieniu innych uwarunkowań prawnych – nie będzie praktyczne uniemożliwienie budowy nowych elektrowni

wiatrowych.

Podkreślić należy, że celem niniejszego wniosku nie jest kwestionowanie konieczności istnienia dokładnych regulacji dotyczących lokalizowania elektrowni wiatrowych a zakwestionowanie radykalności i nieuzasadnionej uciążliwości uchwalonej Ustawy. Ustawa nie zdaje testu adekwatności normy prawnej do deklarowanego a także faktycznego celu Ustawy. Czym innym jest poddanie lokowania elektrowni wiatrowych niezbędnej reglamentacji, nadzorowi budowlanemu lub nadzorowi technicznemu oraz aktywne korygowanie nieprawidłowości w lokowaniu elektrowni, czym innym zaś ustawienie osób inwestujących w elektrownie wiatrowe w pozycji uniemożliwiającej dalszy rozwój działalności i uniemożliwiającej konkurencję z innymi technologiami wytwarzania energii elektrycznej. Niezrozumiałym jest ukaranie właścicieli terenów w pobliżu istniejących, legalnie wybudowanych, elektrowni wiatrowych poprzez ustanowienie zakazu wznoszenia nowych budynków mieszkalnych, choć istniejące elektrownie wiatrowe zostały zbudowane zgodnie z obowiązującymi i nie zmienionymi przez Ustawę przepisami dotyczącymi ochrony środowiska w szczególności ochrony przed hałasem. Niezrozumiałym jest także kilkukrotne niesymetryczne ustanawianie ograniczeń –np. w przypadku możliwości sytuowania nowych form ochrony przyrody i kompleksów leśnych w pobliżu elektrowni, gdy z drugiej strony ustanowiono zakaz dla sytuowania elektrowni w ich pobliżu.

Zastosowane ograniczenia są rażąco nieadekwatne. Stanowią one dodatkowe wymogi dla rodzaju działalności, która i tak podlega znacznej kontroli państwowej. Zgodnie z art. 32 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U z 2012r poz. 1059 z późn. zmianami, zwane dalej „Prawem energetycznym”) działalność gospodarcza polegająca na wytwarzaniu energii elektrycznej (z wyłączeniem m.in. energii elektrycznej w mikroinstalacji lub w małej instalacji) wymaga uzyskania koncesji. Prezes URE udziela koncesji (zgodnie z art. 33 Prawa energetycznego) wyłącznie wnioskodawcy, który spełnia określone wymogi w tym ma możliwości techniczne gwarantujące prawidłowe wykonywanie działalności oraz zapewni zatrudnienie osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych. Koncesja, zgodnie z art. 37 Prawa energetycznego, określa także zabezpieczenie ochrony środowiska w trakcie oraz po zaprzestaniu koncesjonowanej działalności. W tym stanie rzeczy, właściwy organ w postaci Prezesa URE, może kontrolować każdego przedsiębiorcę prowadzącego elektrownię wiatrową i ma stosowne środki do karania i dyscyplinowania osób, które prowadziłyby instalację nadmiernie hałasującą lub stwarzającą inne niedogodności lub zagrożenia dla osób lub mienia. Oczywiście nie wyczerpuje to katalogu organów posiadających stosowne uprawnienia do kontroli eksploataowania elektrowni wiatrowych w zakresie wynikającym z odrębnych przepisów.

Wprowadzone ograniczenia są nieadekwatne w stosunku do chronionego celu mając także na uwadze rozwiązania stosowane w innych krajach, gdzie jak wykazano wyżej i co zauważał sam Ustawodawca stosuje się normy i regulacje dotyczące poziomów hałasu, a nie sztywne dystanse. W stosunku do nadmiernych uciążliwości w postaci hałasu czy też migotania cienia zastosowane mogą być też nakazy czasowego wyłączenia elektrowni wiatrowych.

Przeprowadzona przez ustawodawcę analiza (co potwierdzają też dostępne źródła pochodzące z Komisji Europejskiej lub Europejskiego Stowarzyszenie Energetyki Wiatrowej - EWEA) potwierdza, że w krajach UE nie ma sztywnych przepisów co do dopuszczalnej odległości elektrowni wiatrowych od zabudowań. Bardzo niewiele krajów lub regionów w Europie posiada regulacje, które jednoznacznie narzucałyby odległość między elektrowniami wiatrowymi a zabudowaniami mieszkalnymi przy czym takie regulacje są stosowane wyłącznie w przypadkach braków dokumentów planistycznych lub braku przeprowadzonych ocen oddziaływania środowiskowego (w Bawarii w Niemczech ustawa zwalnia inwestora stosującego zasadę 10H z obowiązku przeprowadzania jakichkolwiek badań oddziaływania na środowisko, gminom zezwolono na uchwalanie odpowiedników polskich miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego umożliwiających lokowanie elektrowni wiatrowych w mniejszej odległości od zabudowań mieszkalnych). Wynika to przede wszystkim z obowiązku przeprowadzania oceny oddziaływania na środowisko na etapie przedinwestycyjnym (stanowi to wymóg prawny wynikający z tzw. dyrektywy ocenowej (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady

2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko). Procedura ta pozwala ocenić, na podstawie przeprowadzonych analiz różnego typu oddziaływań, przewidywany wpływ inwestycji m.in. na ludzi, środowisko przyrodnicze i krajobraz. W czasie eksploatacji wybudowanych już elektrowni przeprowadza się również analizy (tzw. monitoringi) porealizacyjne. W większości przypadków analizy porealizacyjne funkcjonujących farm wiatrowych w Unii Europejskiej wykazują, że bezpieczne odległości farm wiatrowych od zabudowy wynoszą ok. 470-500 m. Podobne wartości są przyjmowane jako bezpieczne odległości elektrowni wiatrowych od zabudowań mieszkalnych w większości krajów UE.

Należy mieć na względzie, wprowadzenie Ustawy i wymogu zachowania odległości 10 H nie było połączone z uchynieniem przepisów dotyczących ochrony środowiska w zakresie ochrony przed hałasem, które do tej pory miały zasadniczy wpływ na lokalizację poszczególnych elektrowni wiatrowych w terenie. Skoro Ustawa zdaniem jej autorów ma za zadanie ochronę między innymi przed hałasem (rzeczywistym i tym wymagowanym w formie rzekomego oddziaływania infradźwięków), a strefa 10H wytycza obszar kilkukrotnie większy jako strefę oddziaływania elektrowni wiatrowej, w której następuje zakaz dokonywania zabudowy mieszkalnej, to dlaczego nie uchylono tych przepisów? Nie uchylono ich, ponieważ celem Ustawy nie jest ochrona ludzi przed oddziaływaniem elektrowni wiatrowych, lecz faktyczny zakaz ich wznoszenia i prowadzenia za ich pomocą działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania energii elektrycznej. Art. 4, 5, 6 i 7 Ustawy naruszają więc w sposób rażący art. 22 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji ponieważ wprowadzają środek prawny rażąco niewspółmierny do deklarowanych przez autorów Ustawy celów. Jak stwierdził Trybunał w wyroku z dnia 8 lipca 2008r (K46/07, OTK-A 2008 Nr. 6 poz. 104) *„Zakaz nadmiernej ingerencji pełni funkcję ochronną w stosunku do wszystkich praw i wolności jednostki (choć kryteria „nadmierności” muszą być relatywizowane, m.in. z uwagi na charakter poszczególnych praw i wolności), a jego adresatem jest państwo, które winno działać wobec jednostki w sposób wyznaczony rzeczywistą potrzebą. Uznanie proporcjonalności ograniczenia prawa wymaga ustalenia, czy wkroczenie prawodawcy w sferę wolności lub praw jest niezbędne dla osiągnięcia założonego celu, a nie jedynie „sprzyja” temu celowi, czy też „ułatwia” jego osiągnięcie. Ustawodawca musi zatem każdorazowo wykazać, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej służy ochronie szczególnie istotnego interesu publicznego. Konieczność ograniczenia tej wolności jest uzasadniona, o ile ustanawiane ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności, a więc: zastosowane środki prowadzą do zamierzonych celów, są niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane, skutki ograniczeń są proporcjonalne do ciężarów nakładanych na obywatela. Z zasady proporcjonalności wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu, z uwzględnieniem postulatu adekwatności. W pojęciu „ograniczenia koniecznego” zawiera się nie tylko materialnoprawne określenie treści ograniczenia, ale też dopuszczalność stosowania środków niezbędnych dla zapewnienia respektowania owego ograniczenia przez adresatów normy ograniczającej. Każdy wypadek konieczności ochrony dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji mieści się w klauzuli ważnego interesu publicznego w rozumieniu art. 22 Konstytucji, jednak w zakresie owego ważnego interesu publicznego mieszczą się ponadto wartości niewymienione w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji zakres dopuszczalnych ograniczeń wolności działalności gospodarczej jest – przynajmniej z punktu widzenia materialnoprawnych przesłanek ograniczeń – szerszy od zakresu ograniczeń tych wolności i praw, do których odnosi się art. 31 ust. 3 Konstytucji.”*

Art. 4, 5, 6 i 7 Ustawy rażąco narusza art. 64 ust. 1 Konstytucji poprzez nieproporcjonalne ograniczenie konstytucyjnie chronionego prawa własności. Art. 64 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, że: *„Własność, inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej”*, pozostaje w ścisłym związku z ogólną regulacją równości podmiotów wobec prawa (zob. np. wyrok TK z 28 października 2003 r., sygn. P 3/03, OTK ZU nr 8/A/2003, poz. 82). Istotą art. 64 ust. 2 Konstytucji jest więc przede wszystkim podkreślenie, że: *„(...) ochrona własności i innych praw majątkowych nie może być różnicowana z uwagi na charakter podmiotu danego prawa. (...) Wyalienowanie od elementów podmiotowych ma zapewnić obiektywizację nakazu zapewnienia równej ochrony własności (innych praw majątkowych)”* (wyrok TK sygn. P

3/03; podobnie w wyroku TK z 25 lutego 1999 r., sygn. K 23/98, OTK ZU nr 2/1999, poz. 25). Dyrektywę równej ochrony prawnej własności i innych praw majątkowych należy odnosić zarówno do sfery pozytywnych, jak i negatywnych obowiązków ustawodawcy, związanych z realizacją norm art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1 Konstytucji. Powołany art. 64 ust. 2 Konstytucji nie tylko „nawiązuje do zasady równości, ale też daje wyraz ogólnemu stwierdzeniu, że wszystkie prawa majątkowe muszą podlegać ochronie prawnej. Na ustawodawcy zwykłym spoczywa tym samym nie tylko obowiązek pozytywny ustanowienia przepisów i procedur udzielających ochrony prawnej prawom majątkowym, ale także obowiązek negatywny powstrzymania się od przyjmowania regulacji, które owe prawa mogłyby pozbawiać ochrony prawnej lub też ochronę tę ograniczać” (wyrok TK z 13 kwietnia 1999r., sygn. K 36/98, OTK ZU nr 3/1999, poz. 40, cz. III, pkt 2; tak również wyrok TK z 2 czerwca 1999r., sygn. K 34/98, OTK ZU nr 5/1999, poz. 94, cz. III, pkt 3).

Skarżone przepisy Ustawy prowadzą do wyłączenia z możliwości lokowania elektrowni wiatrowych ogromnych obszarów naszego kraju, a z uwagi na już istnienie kilku tysięcy elektrownie w Polsce prowadzą do stworzenia dużych obszarów wyłączonych także z zabudowy mieszkaniowej (jedna elektrownia wiatrowa o wysokości 150m. wiąże się z ustanowieniem obszaru zakazu zabudowy mieszkalnej w postaci koła o powierzchni około 7 km. kw. Wprowadzono też (niesymetryczny) zakaz rozbudowy i przebudowy elektrowni wiatrowych. Dlatego uchwalone przepisy głęboko ingerują w wykonywanie prawa własności; zarówno w prawo własności elektrowni wiatrowych, jak i w prawo własności gruntów i budynków położonych wokół elektrowni wiatrowych. Przytoczone ograniczenia są nieracjonalne, nieproporcjonalne i dalece niesprawiedliwe. Wspomniane przepisy naruszają przez to konstytucyjną zasadę równej ochrony prawa własności (art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji), która wymaga, aby takie samo ograniczenie prawa własności przysługującego podmiotom wykazującym tę samą cechę relewantną było traktowane w jednakowy sposób. Nierównowaga uchwalonych Ustawą ograniczeń została już powyżej należyście opisana. Warto w tym momencie podkreślić, iż Ustawa nie wprowadziła żadnych możliwości rekompensaty ani dla właścicieli elektrownie wiatrowych dotkniętych zakazem ich rozbudowy, ani dla właścicieli gruntów planujących wznoszenie budynków mieszkalnych lub elektrowni. Pozostaje to w dysproporcji np. do przepisów o planowaniu przestrzennym umożliwiających zadośćuczynienie szkód spowodowanych przez zmianę przeznaczenia danego gruntu (ochrona przed tzw. wywłaszczeniem planistycznym).

Art. 4, 5, 6 i 7 Ustawy stoją także w kolizji z zasadą pomocniczości wyrażoną w preambule Konstytucji oraz z art. 164 ust. 1 oraz 166 ust. 1 Konstytucji i 4 ust. 3 Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego.

Zasada pomocniczości, pomimo iż wprowadzona wyłącznie do preambuły Konstytucji, jest normą, z którą przepisy ustawowe nie mogą pozostawać w sprzeczności. Istnieją istotne przykłady orzecznictwa Trybunału w tej materii powołującego się wprost na zasadę pomocniczości i to zazwyczaj w sprawach dotyczących sytuacji prawnej i faktycznej samorządu terytorialnego na szczeblu gminnym. W wyroku z 8 maja 2002r. (K 29/00), Trybunał wyjaśnił kwestię samodzielności gminy i warunków, w jakich ta samodzielność może zostać ograniczona. Aby stwierdzić, czy ingerencja jest uzasadniona czy też nie, należy odwołać się do wykładni uwzględniającej cel i aksjologię ustawy wprowadzającej ograniczenie oraz stwierdzić, czy istnieje adekwatność celu uzasadniającego ograniczenie do zastosowanego przez ustawodawcę środka. Jak wskazał Trybunał: „Ingerencja ustawodawcy nie może być też nadmierna, tzn. nie powinna przekraczać granic niezbędnych dla ochrony interesu publicznego, z którym jest ona powiązana. W tym kontekście należy mieć na uwadze, że Konstytucja deklaruje w preambule, iż prawa podstawowe dla państwa są oparte między innymi na zasadzie pomocniczości, co oznacza, że zasada ta (nazywana też zasadą subsydiarności) stanowi tym samym konstytucyjną dyrektywę w określaniu zadań i kompetencji władz publicznych oraz w rozdzielaniu zadań pomiędzy nie w ogóle. Treść zasady pomocniczości nie znalazła wprawdzie rozwinięcia w przepisach Konstytucji, ale powszechnie przyjmuje się - za art. 4 ust. 3 ratyfikowanej przez Polskę Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego - że „Generalnie odpowiedzialność za sprawy publiczne powinny ponosić przede wszystkim te organy władzy, które znajdują się najbliżej obywateli” oraz że „Powierzając te funkcje innemu organowi władzy,

należy uwzględnić zakres i charakter zadania oraz wymogi efektywności i gospodarności” (Dz. U. z 1994r. Nr 124, poz. 607).”

W myśl wyżej wyrażonej zasady subsydiarności państwo polskie nie powinno wykonywać zadań, które mogą być wykonywane w sposób bardziej efektywny przez mniejsze wspólnoty obywateli. Z całą pewnością zasada 10H nie należałoby wyważyła interesy ogólnokrajowe, interesy lokalne i interesy poszczególnych obywateli. Nowa reguła odległościowa zarzuca do tej pory ustalony rozkład kompetencji poszczególnych szczebli samorządu terytorialnego i administracji rządowej. W polskim systemie prawnym kształtowanie i prowadzenie polityki przestrzennej na terenie gminy, w tym uchwalanie studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy oraz miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, należy do zadań własnych gminy. W tym kontekście mówimy wręcz o tzw. władztwie planistycznym. W praktyce, uprawnione do tej pory organy gminne, utraciły możliwość wpływania na sytuowanie elektrowni wiatrowych na swoim terenie, ale także utraciły możliwość kształtowania zabudowy mieszkalnej (oczywiście dotyczy to wszystkich tych gmin, w których usytuowano elektrownie). Nie zapewniono jednocześnie ustalenia kompetencji dla innych organów w tym zakresie. Jak wskazywano powyżej, cele jakie postawił sobie Ustawodawca są zupełnie nieadekwatne do zastosowanych przez Ustawodawcę środków. Wprowadzone w życie ograniczenia nie były niezbędne do osiągnięcia tych celów.

Właściwym, ze względu na zasadę pomocniczości, byłoby takie kształtowanie przepisów ustawowych aby stosowne organy administracji mogły każdorazowo, indywidualnie poddać analizie projekt inwestycyjny. Zaproponowany sztywny dystans może w niektórych przypadkach okazać się zbyt mały, aby w pełni ograniczyć negatywne oddziaływanie, ale z drugiej strony może być za duży w kontekście realnych oddziaływań. Tego typu wpływ inwestycji powinien być w sposób odpowiedni oceniony w ramach prawidłowo przeprowadzonego postępowania oceny oddziaływania na środowisko.

Ustawa zupełnie ignoruje ustalenia Najwyższej Izby Kontroli. Jak wynika z przytaczanego już raportu NIK, przedmiotem analizy były wybrane gminy, co do których doszło do największej ilości skarg mieszkańców. W odniesieniu do kwestii lokalizowania elektrowni wiatrowych, Izba zwróciła uwagę na rolę właściwie przeprowadzonych konsultacji społecznych w tym możliwości jakie niesie referendum lokalne oraz sugerowała rozwiązania innych zauważonych problemów. Tego typu instrument powinien być wykorzystywany na szerszą skalę, gdyż umożliwia on pogodzenie niekiedy odmiennych interesów obu stron (inwestora i lokalnej społeczności). Konsultacje społeczne są elementem podstawowym realizacji zasad dobrego dialogu społecznego i aktywnej partycypacji społeczeństwa w podejmowaniu kluczowych dla wspólnot lokalnych decyzji. Umożliwiają wybór optymalnej lokalizacji inwestycji oraz prowadzą do budowania kompromisów, wykluczających pominięcie słusznych interesów społeczeństwa jak i inwestora. W sytuacji obecnej występowały gminy, na terenie których energetyka wiatrowa rozwijała się szybko i bez żadnych protestów społecznych oraz miejsca, w których takie protesty występowały, zwłaszcza w gminach o walorach turystycznych i krajobrazowych. Skarżone przepisy przekreślają jednak jakiegokolwiek możliwości dialogu społecznego, a wręcz są zarzewiem istotnych konfliktów: w tym powstających na tle ograniczenia możliwości zabudowy mieszkalnego dla osób, ze względu na ogromny dystans, całkowicie nie mających wpływu na powstanie w przeszłości elektrowni wiatrowych. Innym istotnym problemem jest ograniczenie władztwa wielu gmin ze względu na usytuowanie elektrowni wiatrowych w pobliżu jej granic, lecz na terenie sąsiednich gmin. Dochodzi tu do praktycznej niemożliwości kształtowania przestrzennego terytorium danej gminy ze względu na usytuowanie elektrowni wiatrowych w sąsiedniej gminie. Tym samym pod rządami zaskarżonych przepisów nie możliwe jest podejmowanie decyzji w bezpośrednim kontakcie z tymi, których te decyzje dotyczą.

Wskazano już powyżej na utrwaloną linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym z zasady równości, wyrażonej w art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji, wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez różnicowań,

zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. To znaczy, że podmioty należące do tej samej kategorii muszą być traktowane równo, zaś podmioty należące do różnych kategorii mogą być traktowane różnie (m.in. wyroki z 13 grudnia 2007 r. w sprawie SK 37/06 oraz z 26 lutego 2008 r. w sprawie SK 89/06). W orzecznictwie Trybunału przyjmuje się również, że z nakazu równego traktowania podmiotów równych nie wynika „*logicznie albo instrumentalnie, nakaz nierównego traktowania nierównych czy też zakaz równego traktowania nierównych*” (wyroki z: 19 kwietnia 2011 r. w sprawie P 41/09; 12 lipca 2012 r. w sprawie P 24/10; 3 marca 2015 r. w sprawie K 39/13; z 25 września 2014 r. w sprawie SK 4/12 oraz 30 września 2015r. w sprawie K 3/13).

Ocena każdej regulacji prawnej z punktu widzenia zasady równości powinna być poprzedzona dokładnym zbadaniem sytuacji prawnej podmiotów i przeprowadzeniem analizy, jeśli chodzi o ich cechy wspólne, jak i cechy różniące. Trybunał musi przede wszystkim ustalić, czy w ogóle zachodzi podobieństwo jej adresatów, a więc czy możliwe jest wskazanie istnienia wspólnej istotnej cechy faktycznej lub prawnej uzasadniającej ich równe traktowanie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć nierówne traktowanie przedsiębiorców posiadających elektrownie wiatrowe w stosunku do innych przedsiębiorców prowadzących podobne lub zbliżone zakłady (elektrownie, zakłady przemysłowe, usługowe, środki transportu, itp.). W sytuacji tej dochodzi do istotnego ograniczania lokowania nowych i przebudowy, rozwoju istniejących elektrowni wiatrowych. Bez wykazania istotnych przesłanek, badań naukowych, itp. ustawodawca przyjął wymóg kryterium odległościowego 10H, które nie spotyka się w żadnym innym aspekcie działalności wytwórczej, przemysłowej, rolniczej lub usługowej. Dodatkowo Ustawodawca nie oparł się w tym zakresie na żadnych statystykach (wypadkowości, liczby ofiar, itp.) lub badaniach naukowych. Zaskakującym jest też, że podłożem dla powstania tak rygorystycznych ograniczeń było założenie (na dość mglistych podstawach, bez podania statystyk, badań naukowych), iż należy badać odległość w jakiej mogą spadać łopaty wirnika w razie katastrofy elektrowni wiatrowej i przy silnym wietrze. Przyjęcie podobnych założeń do prawie każdej formy działalności ludzkiej prowadziłoby do nakazywania oddalenia dowolnego zakładu lub szlaku komunikacyjnego od miejsc przebywania człowieka o kilka kilometrów. Przykładowo doświadczenie życiowe pozwala przyjąć, że istnieje ryzyko katastrofy w ruchu lotniczym, kolejowym lub samochodowym, jednak czy stworzono przepisy dotyczące drastycznego oddalenia od budynków mieszkalnych w stosunku do szlaków lotniczych, torów kolejowych czy autostrad). Podobnie co roku hodowla pszczoł prowadzi do niewielkiej liczby ofiar śmiertelnych jednak nie określono dopuszczalnej odległości pomiędzy ulami a zabudowaniami mieszkalnymi (powinna być ona zapewne równa zasięgowi lotu pszczoły miodnej).

Innym przypadkiem złamania zasady równości i niedyskryminacji różne potraktowanie osób, które chciałyby rozbudowywać zabudowania mieszkalne i elektrownie wiatrowe. Występuje to nierównowaga podmiotów w podobnej sytuacji.

Ostatnim przypadkiem złamania konstytucyjnej zasady równości podmiotów jest wyżej opisane ograniczenie władztwa planistycznego gmin. Zaskarżone przepisy wprowadzają nieuzasadnione konstytucyjnie zróżnicowanie wspólnot lokalnych.

Ad 3) Niezgodność art. 12, art. 13 ust. 2 i 6 oraz 14 Ustawy z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji.

Wszystkie normy o charakterze przepisów przejściowych zawarte w art. 12, 13 ust. 2 i 6 i 14 Ustawy budzą ogromne wątpliwości z uwagi na specyfikę regulowanej Ustawą branży jaką jest energetyka wiatrowa. Proces od rozpoczęcia wyboru przyszłej lokalizacji elektrowni wiatrowej do rozpoczęcia wytwarzania energii jest rozciągnięty na wiele lat. Droga potencjalnego właściciela elektrowni wiatrowej wymaga przejścia wielu procedur administracyjnych (w tym środowiskowa, planistyczna, związana z uzyskaniem pozwolenia na

budowę), wymaga uzyskania od operatora sieci warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej oraz zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, wymaga przeprowadzenia testów wietrzności, zawarcia umów celem uzyskania tytułów prawnych do gruntów (umowy dzierżawy, umowy służebności przesyłu) oraz, w wielu przypadkach, przejścia procedur bankowym celem uzyskania kredytu lub innej formy finansowania inwestycji. Wszystkie wyżej wymienione przepisy przejściowe Ustawy nie przystają do specyfiki inwestowania w elektrownie wiatrowe i rażąco łamią aż kilka zasad konstytucyjnej ochrony praw obywateli. Art. 12 Ustawy wprowadza dodatkowy zakaz rozbudowy elektrowni wiatrowych, art. 13 ust. 2 Ustawy wprowadza ograniczenie w możliwości realizacji wydanych przed dniem wejścia w życie Ustawy pozwoleń na budowę dotyczących elektrowni wiatrowych, w tym godzi w pewność i trwałość wydanych decyzji administracyjnych. Art. 13 ust. 6 przewiduje administracyjny nakaz rozebrania elektrowni wiatrowej, która nie spełni wymagań określonych w art. 13 ust. 2 Ustawy i nie uzyska w określonym tam terminie pozwolenia na użytkowanie a art. 14 ust. 1-6 Ustawy rażąco ingeruje w postępowania dotyczące decyzji o warunkach zabudowy lub w już istniejące decyzje zakładając automatyczne umarzanie postępowań lub wygasanie decyzji.

Tymczasem na ustawodawcy ciąży obowiązek starannego uwzględniania za pomocą powszechnie przyjętych technik stanowienia prawa, ze szczególnym uwzględnieniem technik przepisów przejściowych, ochrony praw słusznie nabytych i ochrony interesów będących w toku (orzeczenie z 2 marca 1993 r., K 9/92, wyrok z 25 listopada 1997 r., K 26/97). Ustawodawca chcąc pozostawać w zgodzie z klauzulą demokratycznego państwa prawnego i wynikających z niego zasad: bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa, stanowiących istotne elementy zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i do stanowionego przez nie prawa, musi uwzględniać przy kolejnych modyfikacjach stanu prawnego konsekwencje faktyczne i prawne, jakie powoduje wejście w życie nowych uregulowań. Ponieważ w demokratycznym państwie prawnym chroni się zaufanie obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa, ustawodawca, dokonując kolejnych zmian stanu prawnego, nie może tracić z pola widzenia interesów podmiotów, jakie ukształtowały się przed dokonaniem zmiany stanu prawnego (wyroki z: 8 kwietnia 1998 r., K 10/97, 5 stycznia 1999 r., K 27/98, 30 marca 2005 r., K 19/02, 27 czerwca 2006 r., K 16/05, 18 lipca 2006 r., P 6/05 i 18 września 2006 r., SK 15/05).

Istota zasady ochrony praw nabytych sprowadza się do takiego nakazu stanowienia i stosowania prawa, by obywatel mógł układać swoje sprawy w zaufaniu, że nie naraża się na skutki prawne, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji (wyrok z 2 czerwca 1999 r., K 34/98). Z tej zasady wynika obowiązek stosowania procedury służącej ochronie określonych praw i interesów obywateli, nie wynika natomiast bezwzględny zakaz zmiany unormowań prawnych na niekorzyść obywatela. Zależy to od treści dokonywanych przez ustawodawcę zmian i sposobu ich wprowadzenia, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności oraz konstytucyjnego systemu wartości (wyrok z 28 kwietnia 1999 r., K 3/99) (*Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Opracowanie Biura Trybunału Konstytucyjnego, red. I. Chojnacka*).

Na etapie legislacyjnym ustawodawca mógł zapoznać się z opinią Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2016 r. (znak: BSA I-021-73/16), która zawierała następujące krytyczne uwagi: *„Biorąc pod uwagę stosunkowo krótki, bo zaledwie 14-dniowy termin vacatio legis, powyższe rozwiązania budzą daleko idące zastrzeżenia z punktu widzenia konstytucyjnych zasad zaufania do państwa i ochrony interesów w toku. Należy zwrócić uwagę, że proces inwestycyjny dotyczący elektrowni wiatrowej stanowi długotrwałe, planowane z góry przedsięwzięcie, na które składają się liczne czynności, nie tylko w ramach postępowań administracyjnych, ale również je poprzedzające, związane w szczególności z pozyskiwaniem kapitału i praw do nieruchomości. W rezultacie czas wejścia w życie ustawy i jej przepisy intertemporalne powinny uwzględniać ekonomicznie i prawnie uwarunkowany czas trwania procesu inwestycyjnego, umożliwiając podmiotom działającym na rynku elektrowni wiatrowych dostosowanie do nowych przepisów. Zakończenie trwających procesów inwestycyjnych bez osiągnięcia ich celu gospodarczego może mieć daleko idące skutki ekonomiczne, zarówno bezpośrednie - dla podmiotów funkcjonujących obecnie na rynku elektrowni wiatrowych, jak również dalej idące - związane ze spadkiem zaufania do stabilności sytuacji prawnej w zakresie inwestycji w Polsce.”*

W skarżonych przepisach widoczne jest więc naruszenie zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez niego prawa (art. 2 Konstytucji RP) oraz zasady równości wobec prawa i zakazu dyskryminacji (art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP). Ustawodawca wprowadzając zmiany pogarszające sytuację prawną obywateli, nie powinien zastosować bezpośredniego działania nowego prawa. Ustawodawca

w demokratycznym państwie prawa nie ma w tym zakresie pełnej swobody. Wprowadzane zmiany muszą być udowodnione ważnym interesem publicznym, którego nie można zrównoważyć interesem jednostki.

W szczególności w przypadku art. 12 Ustawy dla każdej elektrowni wiatrowej użytkowanej w dniu wejścia w życie ustawy, niespełniającej wymogów określonych w art. 4 Ustawy, dopuszcza się jedynie przeprowadzenie remontu oraz wykonywanie innych czynności niezbędnych do prawidłowego użytkowania elektrowni, z wyłączeniem działań prowadzących do zwiększenia parametrów użytkowych elektrowni lub zwiększenia jej oddziaływań na środowisko.

Należy w tym miejscu podnieść, że w zakresie wyrażonej w art. 20 i 22 Konstytucji wolności działalności gospodarczej mieści się zarówno wolność wyboru działalności gospodarczej, jak i wolność jej wykonywania. Trybunał Konstytucyjny podkreśla w tym kontekście prawo jednostek gospodarczych do samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej (zob. np. wyrok TK z: 7 maja 2001 r., K 19/00, OTK 2001, Nr 4, poz. 82; 7.6.2005 r., K 23/04, OTK 2005, Nr 6, poz. 62; 21.4.2004 r., K 33/03, OTK-A 2004, Nr 4, poz. 31). Z powyższego wynika, że w ujęciu samego TK przedmiotowy zakres ochrony wolności działalności gospodarczej obejmuje wszelkie procesy decyzyjne przedsiębiorców rozstrzygających o zakresie i formach swojego udziału w życiu gospodarczym, a także dokonywanie przez wspomnianych przedsiębiorców rozmaitych działań faktycznych i prawnych, korzystnych dla ich interesu ekonomicznego i pozwalających na zarobkowe uczestnictwo w grze rynkowej. Należy również zaznaczyć, że w przypadku ograniczeń szczególnie daleko idących i mocno negatywnie przez przedsiębiorców odczuwalnych, a z takimi mamy do czynienia w tym przypadku, przesłanka proporcjonalności wprowadzanych ograniczeń – będąca jedną z przesłanek badanych na etapie usprawiedliwiania i której spełnienie jest konieczne w celu usprawiedliwienia danego ograniczenia – powinna być interpretowana i weryfikowana w sposób szczególnie restrykcyjny (*M. Szydło, Wolność działalności gospodarczej*, s. 85–92).

Warto również w tym miejscu przytoczyć orzecznictwo, w którym TK stwierdza, że istota danego konstytucyjnego prawa lub wolności jest pewnym nienaruszalnym rdzeniem tego prawa lub wolności, który powinien pozostawać w stanie wolnym od ingerencji prawodawcy nawet w sytuacji, gdy działa on w celu ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Naruszenie omawianej istoty prawa lub wolności następuje zaś w razie, gdy wprowadzone ograniczenia dotyczą podstawowych uprawnień składających się na treść danego prawa lub wolności i uniemożliwiają realizowanie przez to prawo lub wolność funkcji, jaką ma ono spełniać w porządku prawnym opartym na założeniach konstytucyjnych (wyrok TK z 12 stycznia 1999 r., P 2/98, OTK 1999, Nr 1, poz. 2).

Jeżeli jednak zakres ograniczeń danego prawa lub wolności przybierze taki rozmiar, że dojdzie do "zniweczenia" tychże podstawowych składników danego prawa lub wolności, do "wydrążenia ich z rzeczywistej treści" i "przekształcenia ich w pozór" tego prawa lub wolności, to wówczas naruszona zostanie podstawowa treść ("istota") danego prawa lub wolności, co jest konstytucyjnie niedopuszczalne (wyrok TK z 12. stycznia 2000 r., P 11/98, OTK 2000, Nr 1, poz. 3).

W przypadku wolności działalności gospodarczej elementami tymi są:

- 1) prawne dozwoleństwo wykonywania i równocześnie prawne dozwoleństwo zaniechania wykonywania działalności gospodarczej;
- 2) prawo do domagania się od państwa zaniechania ingerencji w przedmiot wolności działalności gospodarczej (czyli po prostu w działania i zaniechania o charakterze gospodarczym);

3) prawo do domagania się od państwa ochrony przed bezprawnymi ingerencjami w ów przedmiot ze strony innych podmiotów prywatnych oraz

4) prawo do domagania się od państwa podejmowania działań pozytywnych gwarantujących jednostkom możliwość faktycznej (rzeczywistej) realizacji działań i zaniechań mieszczących się w przedmiocie wolności działalności gospodarczej (*M. Szydło, Wolność działalności gospodarczej, s. 266–268*).

.Niemniej jednak to właśnie tych wymienionych wyżej elementów konstrukcyjnych władze publiczne nie mogą "niweczyć", "wydrążyć z rzeczywistej treści" oraz "przekształcać w ich pozór", gdyż w przeciwnym razie rzeczywiście doszłoby do naruszenia istoty wolności działalności gospodarczej.

. Podstawową zaś funkcją czy też podstawowym zadaniem wolności działalności gospodarczej jest umożliwienie podmiotom z niej uprawnionym podejmowania takich działań (bądź zaniechań), które, będąc odpłacalne dla samych tych podmiotów uprawnionych, będą równocześnie w stanie zaspokajać potrzeby ludzkie (tj. potrzeby innych ludzi), ujawniające się i występujące na rynku pod postacią popytu. Funkcja wolności działalności gospodarczej sprowadza się zatem do stworzenia podmiotom wolności działalności gospodarczej możliwości realizowania odpłacalnych dla nich działań w zakresie produkcji dóbr i usług oraz ich wymiany w celu zaspokajania tych braków (deficytów), które odczuwają w danym względzie inni ludzie,

w ogóle nie są już w stanie w sposób dla siebie odpłacalny zaspokajać cudzych potrzeb na rynku, wówczas zasadny staje się wniosek, iż doszło do nieakceptowalnego konstytucyjnie naruszenia istoty wolności działalności gospodarczej (*M. Szydło, Wolność działalności gospodarczej, s. 266–268*).

Przepis zaś art. 12 Ustawy w istocie uniemożliwił tzw. repowering, czyli modyfikację lub wyposażenie istniejących elektrowni wiatrowych w bardziej zaawansowane technologicznie urządzenia lub komponenty po zakończeniu życia technicznego obecnie zainstalowanych turbin wiatrowych. Repowering jest zjawiskiem pozytywnym pozwalającym uzyskać zmodernizowanym elektrowniom większą moc znamionową, wyższą sprawność oraz niższe koszty eksploatacyjne, przy jednoczesnym zmniejszeniu oddziaływania elektrowni na środowisko (mniejsze oddziaływanie akustyczne). Przepis powyższy jest więc przede wszystkim sprzeczny z art. 2 Konstytucji z uwagi na naruszenie zasady ochrony zaufania obywatela do państwa. Przedsiębiorca do tej pory użytkujący elektrownię wiatrową na podstawie prawomocnych i ostatecznych decyzji administracyjnych został drastycznie ograniczony w swojej dalszej działalności. Przedsiębiorca użytkujący elektrownię wiatrową w danej lokalizacji był i tak ograniczony poprzez wymogi i warunki zastrzeżone w szeregu decyzji administracyjnych (wymogi co do wysokości elektrowni i dopuszczalnego progu hałasu zawarte są w decyzjach środowiskowych oraz w decyzjach o warunkach zabudowy lub planach zagospodarowania przestrzennego). Zakaz ten narusza zasadę równości, wyrażoną w art. 32 Konstytucji ponieważ, podobnie jak to zaznaczono we wcześniejszych zarzutach, powodując nierówne traktowanie przedsiębiorców posiadających elektrownie wiatrowe w stosunku do innych przedsiębiorców prowadzących podobne lub zbliżone zakłady (elektrownie, zakłady przemysłowe, usługowe, środki transportu, itp.). W sytuacji tej dochodzi do istotnego ograniczenia rozwoju istniejących elektrowni wiatrowych. Ustawodawca przyjął wymóg kryterium odległościowego 10H bez żadnych istotnych przesłanek, badań naukowych, itp. Podobne kryteria nie spotyka się w żadnym innym aspekcie działalności wytwórczej, przemysłowej, rolniczej lub usługowej. Jak to zaznaczono powyżej podstawą dla powstania tak rygorystycznych ograniczeń był założenie (na dość mglistych podstawach, bez podania statystyk, badań naukowych), iż należy badać odległość w jakiej mogą spadać łopaty wirnika w razie katastrofy elektrowni wiatrowej i przy silnym wietrze. Przyjęcie podobnych założeń do prawie każdej formy działalności ludzkiej prowadziłoby do nakazywania oddalenia dowolnego zakładu lub szlaku komunikacyjnego od miejsc przebywania człowieka o kilka kilometrów.

Wejście w życie Ustawy ingeruje na kilku płaszczyznach w zasadę ochrony praw nabytych wynikających z decyzji o pozwoleniu na budowę. Jednym z tych praw jest uzyskanie pozwolenia zamiennego. Pozwolenia zamienne

powinny być wydawane na podstawie przepisów dotychczasowych, skoro pierwotne, honorowane pozwolenia na budowę zostały wydane również na podstawie tych przepisów. Uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę jest częstą potrzebą w procesie budowlanym. Dotyczy np. konieczności zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę ze względów technologicznych (instalacja nowych cichszych turbin ze względu na postęp techniczny) lub ze względu na wynik przetargu na nabycie turbin prowadzonego przez spółki energetyczne, w szczególności Skarbu Państwa (w wyniku przetargu może zostać wybrany inny model elektrowni niż przewidziano w pierwotnie zatwierdzonym projekcie budowlanym). Inwestorzy, którzy otrzymali decyzję o pozwoleniu na budowę przez wejściem w życie przepisów projektowanej ustawy, powinni mieć zagwarantowane, iż na podstawie uprawnień z niej płynących będą mogli zrealizować swoją inwestycję nawet, jeśli z jakichkolwiek przyczyn, konieczna będzie, np. zmiana projektu budowlanego, która będzie wymagała uzyskania pozwolenia zamiennego w trybie art. 36a Prawa budowlanego).

Do drastycznego naruszenia art. 2 Konstytucji doszło w szczególności w przypadku art. 13 ust. 2 Ustawy. Przepis ten wprowadza terminy liczone od dnia wejścia Ustawy w życie, na wydanie decyzji w postaci pozwolenia na użytkowanie, których zachowanie jest zależne w przeważającej mierze wyłącznie od organów administracji publicznej. Uzyskanie decyzji we wskazanym terminie jest w dużym stopniu uwarunkowane czasem trwania postępowania administracyjnego, na co podmiot postępowania ma ograniczony wpływ. W ten sposób zostaje naruszona również zasada równości wobec prawa – po uzyskaniu bowiem prawomocnego i ostatecznego pozwolenia na budowę żaden inny inwestor ani inwestor prywatny ani inwestor przedsiębiorca nie spotka tak rażących ograniczeń czasowych w możliwości realizacji swojej inwestycji. Prawo budowlane pozwala na przystąpienie do prac budowlanych w ciągu 3 lat od uzyskania pozwolenia na budowę, pozwala na przejściowe zawieszenie prac budowlanych i nie zakłada żadnych wymogów co do terminu w jakim należałoby oddać do użytku wykonywaną inwestycję, bo *de facto* z tym wiąże się uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (art. 37 Prawa budowlanego). Art. 13 ust. 6 zawiera z kolei niezwykle radykalną sankcję rozbiórki elektrowni wiatrowej, która nie uzyska w terminie określonym w art. 13 ust. 6 Ustawy pozwolenia na użytkowanie, co może nastąpić z przyczyn nieleżących po stronie inwestora, co szczegółowo opisano powyżej. Ten przepis również rażąco narusza art. 22 Konstytucji w związku z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji, albowiem przewiduje zastosowanie niezwykle drastycznego środka prawnego prowadzącego do zniszczenia rozpoczętej inwestycji prowadzonej w ramach przygotowania do prowadzenia działalności gospodarczej. Konieczności rozbiórki tak wysoce kapitałochłonnej inwestycji bez możliwości przywrócenia terminu na uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, która może być z technicznego punktu widzenia gotowa do eksploatacji tylko i wyłącznie z przyczyn nie leżących po stronie przedsiębiorcy np. na skutek przewlekłości postępowania administracyjnego w sprawie wydania pozwolenia na użytkowanie, jest nie do pogodzenia z zasadą proporcjonalności. Można także rozpatrywać tę normę prawną jako sprzeczną z zasadą ochrony inwestycji w toku oraz z zasadą ochrony prawa własności, tu prawa własności przedsiębiorcy budującego elektrownię wiatrową.

Na marginesie należy poddać krytyce sam rodzaj wybranego przez ustawodawcę środka prawnego zastosowanego w art. 13 ust. 2 Ustawy i jakość techniki legislacyjnej. Jasna norma prawna powinna stanowić o tym, że pozwolenie na budowę traci ważność po upływie trzech lat od dnia wejścia w życie Ustawy o ile przed upływem tego terminu nie zostanie uzyskane pozwolenie na użytkowanie. Zastosowano tymczasem konstrukcję, w której kreuje się coś na kształt zawieszony ważności pozwolenia na budowę.

Przepis ten jest także korupcyjogenny i sprzyja nadużyciom. Stawia urzędników organów nadzoru budowlanego wobec pokusy przedłużania procedury uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie w celu wymuszenia na inwestorze korzyści majątkowej za nieprzedłużanie takiej procedury albo za jej przyspieszenie, jeżeli inwestor napotka na swojej drodze niespodziewane trudności (np. opóźnienie w wykonaniu inwestycji na skutek siły wyższej oddziałującej na wykonawcę inwestycji, dostawców, plac budowy itp.).

Orzecznictwo Trybunału określa szerokie rozumienie zasady zaufania obywateli do państwa i prawa przez nie stanowionego oraz zasady bezpieczeństwa obywateli. Zasada taka powinna być rozumiana w ten sposób, że

„skoro już rozpoczęte zostało określone przedsięwzięcie, a prawo przewidywało, że będzie ono realizowane w pewnym okresie, to obywatel powinien mieć pewność, że będzie mógł ten czas wykorzystać, chyba że zajdą sytuacje szczególne” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 25 kwietnia 2001 r., K 13/01). Podmiot, który podjął decyzję inwestycyjną i złożył wniosek o pozwolenie na budowę na podstawie przepisów dotychczasowych, a także uzyskał w tym celu wszelkie potrzebne pozwolenia, powinien mieć zagwarantowane, iż będzie mógł zrealizować swoją inwestycję. Temu powinno służyć wprowadzenie odpowiednich przepisów przejściowych, które nie naruszałoby zasady zaufania obywateli do państwa, a także pozostałych konstytucyjnie zagwarantowanych zasad, tj. zasady ochrony interesów w toku czy zasady ochrony praw nabytych. W świetle przywołanych zasad, obowiązkiem ustawodawcy jest zatem kształtowanie nowych regulacji w taki sposób, by dany podmiot zakładając stabilność dotychczasowych przepisów w zakresie prawa budowlanego (także dotyczących uzyskiwania pozwoleń na użytkowanie), mógł zaplanować realizację swojego przedsięwzięcia i mieć pewność, że dojdzie ono do skutku. W tym celu redakcja przepisów przejściowych powinna umożliwiać dokończenie zaplanowanych przedsięwzięć zgodnie z przepisami obowiązującymi w chwili ich rozpoczęcia.

Z powyższych przyczyn należy uznać za sprzeczne z art. 2, 22 i art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji przepisy art. 15 Ustawy, ponieważ te przepisy przejściowe służą wprowadzeniu w życie w sposób sprzeczny z powołanymi artykułami Konstytucji przepisów art. 4-6 Ustawy, które jak wykazano powyżej same w sobie są sprzeczne z powołanymi w petitum wniosku przepisami Konstytucji.

Z pewnością nie istnieje żadna znana i tak daleko idąca pilna potrzeba realizacji określonego interesu publicznego, która wymagałaby zastosowania tak radykalnych środków, jakie przewiduje Ustawa. Nowe przepisy ograniczające możliwość budowy nowych elektrowni wiatrowych są dodatkowo wprowadzane chaotycznie i w sposób całkowicie nieprzemysłany. Uzasadniona jest w tym kontekście wątpliwość, czy elektrownia wiatrowa, która uzyskała pozwolenie na użytkowanie w terminie 2 lat od dnia wejścia w życie Ustawy będzie mniej uciążliwa i niebezpieczna niż ta, która uzyskałaby to pozwolenie 4 lata po jej wejściu w życie? Podobnie wątpliwe jest istnienie jakiegokolwiek (nie mówiąc o ważnym) interesu publicznego przemawiającego za wprowadzeniem natychmiastowego zakazu zwiększania parametrów użytkowych elektrowni wiatrowych eksploatowanych w dniu wejścia Ustawy w życie, które nie spełniają wymogu minimalnej odległości od zabudowy mieszkalnej i obiektów ochrony przyrody.

Ponadto w art. 14 ust. 4, 5 i 6 Ustawy różnicuje się sytuację prawną jednostek znajdujących się w tym samym czasie w podobnej sytuacji faktycznej – w zależności od etapu procedury administracyjnej; wprowadza uzależnienie sytuacji prawnej adresatów Ustawy od tego, czy w przededniu wejścia w życie Ustawy doszło do zakończenia postępowania administracyjnego. Natomiast w art. 14 ust. 6 i 7 Ustawy wprowadza się wygaszenie decyzji administracyjnych z mocy prawa, które jest przecież (poza sytuacjami absolutnie wyjątkowymi) niezgodne z zasadą państwa prawa i zaufania do państwa wyrażoną w art. 2 Konstytucji. Wydawanie decyzji administracyjnych i prowadzenie postępowań administracyjnych należy do istoty władzy wykonawczej, a nie ustawodawczej. Wygaszenie ostatecznej decyzji administracyjnej jest więc istotną ingerencją w status jednostek, będących adresatami tych decyzji – podlega zatem ocenie z punktu widzenia zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa (jednocześnie ponowny przykład naruszenia art. 2 Konstytucji). Prawomocne decyzje administracyjne wiążą w danej sprawie i dopóki nie zostały skutecznie podważone korzystają z domniemania autentyczności i prawdziwości. Stosowne przepisy postępowania administracyjnego (m.in. art. 155, 156 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego) określają przesłanki i dopuszczalność uchylania decyzji administracyjnych, co podlega jednak dodatkowej kontroli sądowej. Poprzez wygaszenie ostatecznej decyzji administracyjnej dochodzi do pozbawienia praw inwestorów (w istocie do ukarania inwestorów) bez jakiegokolwiek rozpatrzenia danej sprawy przez jakikolwiek organ i w jakimkolwiek trybie, z naruszeniem prawa do sprawiedliwego wyroku niezależnego, bezstronnego i niezawisłego sądu. Istnieje wielce uzasadniona wątpliwość, czy w systemie prawnym demokratycznego państwa prawa, urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej, możliwe

jest funkcjonowanie takiej normy prawnej, która przewiduje automatyzm w wygaszaniu decyzji administracyjnych przyznających określone prawa ich adresatom.

Ad 4) Niezgodność art. 3 pkt 3, art. 82 ust. 3 pkt 5b Prawa budowlanego i wiersza XXIX tabeli stanowiącej załącznik do Prawa budowlanego w zakresie zmian dokonanych przez art. 9 Ustawy oraz art. 17 Ustawy z art. 2, art. 22, art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji

Ustawa w art. 9 Ustawy wprowadza zmiany w Prawie budowlanym. Z formalnego punktu widzenia treścią niniejszego wniosku do Trybunału jest zbadanie zgodności z Konstytucją art. 3 pkt 3 ora z art. 82 ust. 3 pkt. 5b Prawa budowlanego a nie tylko samego przepisu art. 9 Ustawy, który ma charakter przepisu zmieniającego treść art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego w zakresie wynikającym z art. 9 Ustawy.

Art. 9 Ustawy zmienia definicję budowli zawartą w art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego, która do tej pory definiowała, że elektrownia wiatrowa składała się z budowli w rozumieniu Prawa budowlanego, na którą składał się fundament i wieża oraz z tzw. części technicznej (urządzenia technicznego), czyli turbiny wiatrowej (gondola z generatorem plus wirnik z łopatom) zamontowanej na tejże budowli. Przed zmianą dokonaną przez art. 9 Ustawy definicja budowli zawarta we art. 3 ust 3 Prawa budowlanego zaliczała do budowli wyłącznie części budowlane bez urządzeń technicznych, wymieniając w nawiasie elektrownie wiatrowe. Art. 9 usunął z treści art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego zawarte w nim *ekspresis verbis* wyłączenie elektrowni wiatrowych z desygnatu pojęcia budowla. Uzasadnienie projektu Ustawy wyjaśniało cel dokonania powyższej zmiany koniecznością zaliczenia turbiny wiatrowej wraz z wirnikiem z łopatom do kategorii obiektów objętych nadzorem budowlanym. Osiągnięto ten efekt przez wykreślenie z treści art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego wyłączenia z definicji budowli tzw. części technicznych elektrowni wiatrowej.

Po dokonanej przez art. 9 Ustawy zmianie mamy więc sytuację, gdy urządzenie *stricte* techniczne zostało zakwalifikowane jako część budowli podczas, gdy inne urządzenia techniczne stosowane w elektroenergetyce a wymienione w art. 3 pkt. 3 Prawa budowlanego takie jak kotły, piece a nawet całe elektrownie jądrowe, budowlami nie są. Można oczywiście argumentować, że w dalszym ciągu turbina wiatrowa podlega wyłączeniu z zakresu pojęcia „budowla” jako wspomniane w tej definicji „inne urządzenie techniczne” jednakże racjonalna wykładnia dokonanej przez art. 9 Ustawy zmiany w art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego nakazywałaby doszukiwać się zgodnie z doktryną racjonalnie działającego ustawodawcy, zamiaru włączenia urządzenia technicznego, jakim jest część techniczna elektrowni wiatrowej, czyli turbina wiatrowa z wirnikiem z łopatom, jako części budowli. Za takim zamiarem przemawia oczywiście wyraźnie sformułowane takiego właśnie celu w uzasadnieniu projektu Ustawy.

Powyższe rozwiązanie zdaniem Wnioskodawców jest sprzeczne z art. 2, 22 i 32 ust. 1 Konstytucji albowiem wprowadza całkowicie nieuzasadnione, z punktu dopuszczalnych na gruncie Konstytucji, ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej i równego traktowania obywateli i przedsiębiorców w życiu gospodarczym w oparciu o wykorzystywane do prowadzenia działalności gospodarczej rodzaj urządzeń technicznych służących do wytwarzania energii elektrycznej. Jak wykazano w uzasadnieniu do wcześniejszych zarzutów, rozwijająca się od ponad 20 lat technologia elektrowni wiatrowych nie stanowi ponadprzeciętnego zagrożenia ani dla życia i zdrowia ludzi ani też dla mienia. Co więcej, jest to technologia powszechnie uznana za bezpieczną i służącą ochronie środowiska naturalnego, eksploatowana bezpiecznie na skalę masową na całym świecie. Ryzyko wystąpienia katastrof technicznych, czy też awarii jest w energetyce wiatrowej niewspółmiernie niższe niż w energetyce konwencjonalnej. Szkody jakie jest w stanie wyrządzić swoją awarią elektrownia wiatrowa, czy też oddziaływanie na środowisko elektrowni wiatrowej w postaci hałasu czy migotania są nieporównywalnie mniejsze niż oddziaływania w energetyce konwencjonalnej (emisje do atmosfery tzw. gazów cieplarnianych, odpady paleniskowe, gips z instalacji odsiarczania spalin, woda pochłodnicza, odpady radioaktywne itd.), w której wielokrotnie dochodziło (także w Polsce) do awarii, pożarów,

eksplozji w których były ofiary śmiertelne, ranni a straty a mieniu liczone były w stekach milionów złotych. Prawo budowlane nie zalicza do budowy także elektrowni jądrowych, których awarie techniczne spowodowane błędami ludzi (np. elektrownia Czernobyl z byłym ZSRR), czy klęskami żywiołowymi (elektrownia Fukushima w Japonii) powodują zagrożenia i straty, które trafiają na czołowe miejsca w historii katastrof obiektów wybudowanych przez człowieka zarówno pod względem liczby ofiar jaki i wartości liczonych w dekadach skutków skażeń w środowisku naturalnym. Rozwój energetyki wiatrowej realizuje normę art. 74 ust. 1- 4 Konstytucji, ponieważ energetyka wiatrowa jako odnawialne źródło energii służy ochronie środowiska naturalnego.

W związku z powyższym należy postawić zarzut braku proporcjonalności zastosowanego środka prawnego do deklarowanego przez ustawodawcę celu. Celem tym ma być poddanie nadzorowi budowlanemu nie tylko fundamentu i wieży, czyli klasycznych budowli lecz także zainstalowanych na tych budowlach urządzeń technicznych. Należy w tym miejscu postawić pytanie, które każe podważyć powszechnie przyjętą zasadę racjonalnego ustawodawcy, ponieważ po dokonanej nowelizacji organy nadzoru budowlanego mają nadzorować przedmiot, który jest urządzeniem technicznym *sensu stricto* a staje się budowlą tylko wtedy, kiedy zostanie zainstalowany w elektrowni wiatrowej. Generator energii elektrycznej zainstalowany w turbinie wiatrowej obecnie jest na mocy art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego budowlą a działający analogicznie (na takiej samej zasadzie fizycznej) generator energii elektrycznej w elektrowni opalanej węglem kamiennym, brunatnym, gazem ziemnym, olejem opałowym, biomasą, generator w elektrowni wodnej czy nuklearnej taką budowlą już nie jest. Nie jest także budowlą dużo bardziej niebezpieczna turbina parowa i opalany węglem, olejem lub gazem kocioł pracujący pod wysokim ciśnieniem i temperaturze roboczej sięgającej kilkuset stopni Celsjusza.

Takie zróżnicowanie obowiązków i ograniczeń nałożonych na właścicieli generatorów i turbin wiatrowych w stosunku do innych generatorów i turbin w innych niż wiatrowe jednostkach wytwarzających energię elektryczną jest rażącym przypadkiem naruszenia art. 32 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji, ponieważ wprowadza niczym nieuzasadnione nierówne traktowanie wytwórców energii elektrycznej korzystających z turbin wiatrowych. Powszechnie uznaje się także, że zasadę równości stosuje się nie tylko do osób fizycznych lecz także to osób prawnych, którymi w większości są przedsiębiorcy zajmujący się wytwarzaniem energii elektrycznej *albowiem art. 32 Konstytucji nie ogranicza kręgu podmiotów, którym przysługuje prawo do równego traktowania przez władze publiczne*" (zob. wyrok TK z dnia 18 kwietnia 2000r K23/99, OTK 2000 Nr 3, poz. 89). W orzecznictwie Trybunału podkreśla się także, że powoływanie się na naruszenie zasady równości może być dokonywane jedynie w związku z naruszeniem innych praw i wolności określonych w Konstytucji. Z takim powiązaniem mamy do czynienia w przypadku art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego ponieważ nierówne traktowanie urządzeń technicznych służących do wytwarzania energii elektrycznej w zakresie stosowania nad turbinami wiatrowymi nadzoru budowlanego stanowi także ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej przy braku istnienia ważnego interesu publicznego w świetle art. 22 Konstytucji z zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Art. 3 pkt 3 razem z 82 ust. 3 pkt. 5 b Prawa budowlanego i z załącznikiem do tej ustawy w Kategorii XXIX wprowadza bowiem nieuzasadnione nierówne traktowanie przedsiębiorców korzystających z jednego rodzaju technologii wytwarzania energii elektrycznej w kraju, który z racji członkostwa w Unii Europejskiej zobowiązał się do implementowania Dyrektyw Unii Europejskiej w tym Dyrektywy 2009/29/WE, która nakazuje wspierać rozwój odnawialnych źródeł energii w tym także energetyki wiatrowej. Wprowadzenie dodatkowego reżimu prawnego nadzoru nad tylko jedną technologią energetyczną i pozostawienie innych technologii wytwarzania energii elektrycznej bez analogicznego nadzoru, klóci się nie tylko z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa lecz jest także działaniem idącym dokładnie w przeciwnym kierunku niż przyjęte przez państwo Polskie zobowiązania międzynarodowe. Rzeczpospolita Polska zamiast wspierać energetykę odnawialną drastycznie utrudniła rozwój jednej z technologii wytwarzania tejże energii odnawialnej.

Przepis art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego w zakresie w jakim uległ zmianie na skutek art. 9 Ustawy narusza art. 31 ust. 3 Konstytucji albowiem w świetle powyższych okoliczności faktycznych brak jest jakichkolwiek przesłanek do ograniczenia wolności prowadzenia działalności w zakresie wytwarzania energii elektrycznej

przez wprowadzenie nadzoru budowlanego dla jednej tylko technologii wytwarzania energii elektrycznej przy braku spełnienia jakichkolwiek przesłanek określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. W literaturze przeważa także pogląd, że art. 31 ust. 1 Konstytucji nie jest normą pozwalającą na zastosowanie ograniczeń określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji „*jak też równocześnie w oparciu o inne jeszcze normy konstytucyjne implikujące konieczność realizacji konkretnych wartości (np. w odniesieniu do art. 5 Konstytucji RP)*” (zob. *Konstytucja RP Komentarz Tom I art. 1-86 s. 773, pod redakcją M. Safiana i M. Boska, Warszawa 2016r*). Naruszone jest także art. 22 Konstytucji ponieważ nie wykazano żadnego interesu publicznego przemawiającego za ograniczeniem wolności do prowadzenia działalności gospodarczej zastosowaniem nadzoru budowlanego nad urządzeniem technicznym jakim jest turbina wiatrowa. Zgodnie z orzecnictwem Trybunału przy nakładaniu ustawowych ograniczeń w prowadzeniu działalności gospodarczej jest obowiązany zachować zasadę proporcjonalności zastosowanych środków oraz zakazu naruszania istoty danej wolności lub prawa (zob. wyrok TK z 8 lipca 2008 K46/07, OTK-A 2008 Nr. 6 poz. 104).

Wolność działalności gospodarczej i konstytucyjne zasady jej ograniczenia były przedmiotem bogatego orzecnictwa Trybunału (m.in.: orzeczenia z: 20 sierpnia 1992 r., sygn. K. 4/92, OTK w latach 1986-1995, t. III, poz. 22; 26 kwietnia 1995 r., sygn. K. 11/94, OTK w latach 1986-1995, t. VI, poz. 12; wyroki z: 8 kwietnia 1998 r., sygn. K. 10/97; OTK ZU nr 3/1998, poz. 29; 14 czerwca 1999 r., sygn. K. 11/98, OTK ZU nr 5/1999, poz. 97; 10 kwietnia 2001 r., sygn. U. 7/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 56; 7 maja 2001 r., sygn. K. 19/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 82; 26 marca 2002 r., sygn. SK 2/01, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 15; 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02, OTK 6/A/2002, poz. 83; 29 kwietnia 2003 r., sygn. SK 24/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 33; 7 czerwca 2005 r., sygn. K 23/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 62).

Zgodnie z tym orzecnictwem Trybunału „*ważny interes publiczny – choć jest kategorią ocenną – nie może być interpretowany rozszerzająco ani prowadzić do ograniczenia innego odrębnego prawa, a konstytucyjnie dopuszczalne ograniczenie musi być na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie z zasadą swobodnej działalności gospodarczej rachunek aksjologiczny przeważał na jego korzyść*” [...] *Istotą zakazu nadmiernej ingerencji – wynikającej z zasady proporcjonalności – jest uznanie, że państwo nie może ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, zwłaszcza zaś ograniczeń o zaburzonej proporcji pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą podlegającego ochronie interesu publicznego. Znaczy to, że wszelka ingerencja musi być dokonywana środkami adekwatnymi do zamierzonego celu.*”

Zmiana definicji budowli spowodowana przez art. 9 Ustawy rodzi jeszcze dodatkowe kolizje z Konstytucją na gruncie podatku od nieruchomości. W uzasadnieniu projektu Ustawy nie wspomniano ani słowem, że zmiana definicji budowli zawartej w Prawie budowlanym powoduje wzrost obciążeń podatkowych nałożonych na elektrownie wiatrowe. Zgodnie z art. 1a ust. 1 pkt 2 z art. 4 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U.2016 poz. 716, zwana dalej „UPIOL”) przedmiotem opodatkowania podatkiem od nieruchomości jest wartość początkowa budowli w rozumieniu Prawa budowlanego. W stanie prawnym przed nowelizacją dokonaną przez art. 9 Ustawy nie było wątpliwości, że podatkiem od nieruchomości nie są objęte elementy techniczne elektrowni wiatrowej, czyli zainstalowana na wieży turbina z wirnikiem. Po dokonaniu nowelizacji ta pewność została usunięta. Powstaje bowiem pytanie, czy dokonany przez art. 9 Ustawy zabieg miał jedynie charakter redakcyjny i nie wpłynął na treść normy prawnej zawartej w art. 3 pkt. 3, art. 82 ust. 3 pkt 5b Prawa budowlanego i wiersza XXIX załącznika do Prawa budowlanego? Za takim charakterem tej nowelizacji przemawia argument, że w definicja budowli ma charakter otwarty i w dalszym ciągu pozostawiono w niej stwierdzenie „i innych urządzeń” oraz fakt, że autorzy projektu Ustawy nie wspominali w uzasadnieniu, że ich zamiarem jest zmiana sposobu opodatkowania elektrowni wiatrowych podatkiem od nieruchomości. Jednakże w kontekście faktu, że w toku procesu legislacyjnego obok zmian zawartych w art. 9 Ustawy został dodany przepis przejściowy art. 17 Ustawy, który stwierdza, że podatek od nieruchomości pobierany od elektrowni wiatrowych do dnia 31 grudnia 2016r ustala się i pobiera zgodnie z przepisami obowiązującymi przed dniem wejścia w życie Ustawy sugeruje, że o ile autorzy ustawy być może nie byli świadomi skutków prawnych proponowanej przez siebie zmiany treści art. 3 pkt. 3 Prawa budowlanego, to

już ustawodawca, rozumiany jako prawodawca uchwalający zmianę merytorycznie poszerzającą zakres desygantu pojęcia „budowla”, najwyraźniej taki zamiar dokonania ukrytej zmiany zasad opodatkowania już miał. Jaki jest bowiem sens logiczny umieszczenia w Ustawie normy prawnej stanowiącej, że do końca 2016r zasady opodatkowania podatkiem od nieruchomości są dotychczasowe, jeżeli od dnia 1 stycznia 2017r nie wprowadza się innych zasad? Ustawodawca ukrył tę nową zasadę przed obywatelami i przedsiębiorcami ponieważ w tym przepisie nie ma odesłania do artykułu jakiegokolwiek ustawy, która te nowe (inne) zasady opodatkowania ma wprowadzać. Powstał więc niejasny przepis, który będzie pewnie rodził rozbieżności w stosowaniu (organami podatkowymi są niezależne gminy).

Wyjaśnić bowiem należy, że montowana na wieży nowa turbina wiatrowa ma wartość początkową cztero lub pięciokrotnie przewyższającą wartość wieży wraz z fundamentem, które do tej pory jako budowla podlegały opodatkowaniu podatkiem od nieruchomości. Zgodnie UOPIOL podstawą opodatkowania podatkiem od nieruchomości jest bowiem wartość początkowa nowej budowli. Nagłe zwiększenie tej wartości powoduje cztero-pięciokrotne powiększenie podstawy opodatkowania podatkiem od nieruchomości. Efektem zmiany definicji w art. 3 pkt 3 Prawa budowlanego jest więc pięciokrotne zwiększenie obciążeń właścicieli elektrowni wiatrowych. Tak drastyczne i nagłe zwiększenie opodatkowania w stosunku do inwestycji, z których zwrot przyjmuje się dla okresów dłuższych co najmniej 15 lat (taki okres wsparcia przewidują art. 44 ust. 5 i art. 77 ust. 1 pkt 2 Ustawy OZE) należy uznać też za naruszenie zasady interesów w toku w stosunku do właścicieli tych elektrowni wiatrowych, które zostały oddane do eksploatacji przed wejściem w życie Ustawy, co wynika z art. 2 Konstytucji.

Przyjęte w Ustawie zmiana art. 3 pkt. 3, art. 82 ust. 3 pkt 5b oraz wiersz XXIX załącznika do Prawa budowlanego razem z art. 17 Ustawy rażąco naruszają art. 2 Konstytucji ponieważ zasada państwa prawnego i zaufania do państwa i stanowionego przez niego prawa, przez uchwalenie ustawy, w której używane pojęcia (tu definicja budowli) umożliwiają dowolną jej interpretację. Trybunał wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślał, że z zasady zaufania wynika zasada jednoznaczności prawa rozumiana jako dyrektywa poprawnej legislacji będącej również elementem zasady demokratycznego państwa prawnego. Trybunał stwierdził między innymi, że zasady te obejmują *„wymaganie określoności przepisów, które muszą być formułowane w sposób poprawny precyzyjny i jasny”* (tak TK w wyroku z dnia 11 stycznia 200r K 7/99, OTK 2000 nr. 1 poz. 2). Jak podkreślił Trybunał w wyroku z dnia 22 maja 2005r (K 6/02 OTK-A 2002 nr 3 poz. 33) *„ustawodawca nie może poprzez niejasne formułowanie tekstu przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki. [...] Nie ulega też wątpliwości, że należyta poprawność, precyzyjność i jasność przepisów ma szczególne znaczenie, gdy chodzi o ochronę konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela oraz przy nakładaniu nań obowiązków daninowych. Naruszeniem Konstytucji jest stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań”*.

Zgodnie z art. 2 Konstytucji RP *„Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”*. Z zasady demokratycznego państwa prawnego można wyprowadzić wiele zasad pochodnych. Jedną z najważniejszych jest tzw. zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Z orzecnictwa TK wynika, że dla zasad tych znaczenie podstawowe ma, wcześniej zidentyfikowany jako osiowy dla pewności prawa, moment przewidywalności. Trybunał w wielu swoich orzeczeniach objaśnia treść zasady zaufania poprzez odwołanie do stwarzanej obywatelom możliwości predykcji działań organów państwa oraz konsekwencji prawnych działań własnych – precyzując, że *„treść omawianej zasady sprowadza się do takiego stanowienia i stosowania prawa, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i by mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, że jego działania podejmowane pod rządami obowiązującego prawa i wszelkie związane z tym następstwa będą także i później uznawane przez porządek prawny. W tym kontekście Trybunał często napomina, by adresaci przepisów prawnych nie byli nimi „zaskakiwani”*.

Warto przytoczyć także wymowny cytat z orzeczenia dotyczącego danin publicznych. „W prawie regulującym daniny publiczne ważne znaczenie posiada (...) pewność prawa i związana z nią zasada bezpieczeństwa prawnego. Pewność prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa, która w tej dziedzinie w określonej sytuacji ekonomicznej państwa może być trudna do osiągnięcia, co możliwość przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywateli. Przewidywalność działań państwa gwarantuje zaufanie do ustawodawcy i do stanowionego przez niego prawa. Służy zatem w konsekwencji realizacji zasady państwa prawnego. Należy ponadto podkreślić, że pewność przepisów prawa w zakresie danin publicznych ma ścisły związek z prowadzeniem działalności gospodarczej lub aktywności zawodowej podmiotów, które obowiązane są do płacenia tych danin. Podmiotom obowiązanych do ich płacenia zapewnia możliwość odpowiedniego planowania swojej działalności. W ten sposób pewność prawa sprzyjać może rozwojowi gospodarstwu i aktywności zawodowej społeczeństwa w ogóle”. Na uwagę zasługuje również uzasadnienie wyroku TK z dnia 25 kwietnia 2001 r., K 13/01, które zawiera syntetyczny i treściwy przegląd wymogów stawianych legislacji podatkowej z punktu widzenia ochrony pewności prawa, a także zawierający podobne podsumowanie wyrok TK z dnia 21 czerwca 2011 r., P 26/10.

Według TK przedmiotem ochrony konstytucyjnej jest zaufanie obywateli nie tylko do „liter prawa”, ale także do „sposobu jego interpretacji przyjmowanej w praktyce stosowania prawa przez organy państwa, zwłaszcza gdy praktyka ta jest jednolita i trwała w określonym czasie, zaś przepisy na gruncie których praktyka ta została ukształtowana, nie pozwalają na przyjęcie jej oczywistej bezzasadności”. W literaturze mówi się o „zaufaniu obywatela do interpretacji sądowej.

W wyroku z dnia 6 września 2001 r., P 3/01, TK uznał, że to utrwalona praktyka sądowa co do interpretacji przepisów prawnych wskazuje na treść prawa, a tym samym na wolę ustawodawcy, choćby nawet teoretycznie możliwa była inna wykładnia.

Jest zatem godne podkreślenia, że Trybunał wiąże pewność prawa nie tylko z jego tworzeniem, lecz wyraźnie wskazuje na wagę konsekwentnego, dającego warunki predykcji, stosowania prawa. Zwraca uwagę, że „[o]kreślając treść konstytucyjnej zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa nie może ignorować podstawowego faktu, że w świadomości społecznej treść prawa rozpoznawana jest przede wszystkim ze sposobu jego interpretacji w praktyce stosowania prawa przez organy państwowe”.

Trudno więc o bardziej rażący przykład wprowadzenia przepisu pośrednio mającego charakter przepisu daninowego w sposób utrudniający podatnikowi rozpoznanie jego obowiązków. Każda gmina na terenie której znajdują się elektrownie wiatrowe staje bowiem przed koniecznością dokonania wykładni UPIOL, czyli zajęcia stanowiska w kwestii jak określi podatek od nieruchomości dla elektrowni wiatrowych w rozumieniu Ustawy od dnia 1 stycznia 2017r. Ma to kolosalne znaczenie dla finansów gminy. Gdyby się bowiem okazało, że gmina nakazała pobrać podatek od elektrowni wraz z turbiną, to w razie, gdyby na skutek zaskarżenia takiego wymiaru podatku przez właścicieli elektrowni okazałoby się, że podatek pobrano niesłusznie, gmina na skutek wyroku sądu administracyjnego będzie zobowiązana do zapłaty tego podatku wraz z odsetkami. Z uwagi na to, że proces ten może potrwać kilka lat, w jednym roku finansowym gmina może się znaleźć w sytuacji, kiedy będzie musiała zwrócić ten podatek pobierany przez kilka lat powodując radykalne uszczuplenie środków finansowych na bieżącą działalność gminy i realizowanie jej ustawowych obowiązków. Może braknąć środków na szkoły, drogi. Istotne zwiększenie dochodów gmin z podatku od nieruchomości spowoduje także zmniejszenie subwencji celowych uzależnionych od wielkości dochodów gminy na jednego mieszkańca. W razie przegranej w sądzie administracyjnym, subwencje te nie będą podlegały refundacji. Taka sytuacja może załamać gospodarkę finansową gmin wiejskich na terenie których w większości znajdują się elektrownie wiatrowe i spowodować bankructwo i likwidację niektórych gmin.

Z powyższych przyczyn, potencjalnych kolosalnych problemów samorządów gminnych w zakresie finansów publicznych, zdaniem Wnioskodawców konieczne jest, żeby Trybunał rozpoznał niniejszy wniosek w pierwszej

kolejności poza kolejnością wpływu i orzekł, że rację mają Wnioskodawcy wykazując sprzeczność przepisów powołanych w pkt. 4) wniosku z Konstytucją.

Mając na uwadze, że jak wynika z wyżej przedstawionych analiz, podstawowy zakres normatywny Ustawy objęty zarzutami postawionymi w pkt. 1)- 4) petitum niniejszego wniosku jest rażąco sprzeczny z Konstytucją, konieczne jest stwierdzenie niezgodności z Konstytucją całej Ustawy, ponieważ stwierdzenie niezgodności przepisów Ustawy wskazanych w pkt. 1)- 4) petitum wniosku powoduje utratę spójności normatywnej całej Ustawy. Wylimitowanie Ustawy w całości z obrotu prawnego staje się tych okolicznościach konieczne.

W związku z powyższym wnosimy jak w *petitum* wniosku.



Załączniki:

- lista posłów na Sejm RP VIII Kadencji podpisujących niniejszy wniosek;
- 5 odpisów niniejszego wniosku.