



**Pan
Sergiusz Kmiecik
Przewodniczący
Rada Miejska Wrocławia**

Wrocław, 17 listopada 2021 r.

WSS-WBO.152.45.2021
Nr ewid.: 00130301/2021/W

Szanowny Panie Przewodniczący,
w nawiązaniu do pisma BRM-DPP.152.10.2021.AW z dnia 4 października 2021 r. zawierającego prośbę o zajęcie stanowiska w sprawie podjęcia przez Radę Miejską Wrocławia uchwały o zakazie prezentowania w miejscach publicznych treści drastycznych oraz homofobicznych informuję, że z uwagi na złożoność materii o wyrażenie opinii i stanowisk zostały poproszone jednostki i komórki miejskie potencjalne mogące mieć w obszarze swoje właściwości rzeczowej kwestie związane z wyrażonymi w petycji postulatami.

Kluczowy wydaje się tu jednak aspekt prawny przedmiotowej sprawy. W tym aspekcie należy zważyć, że „dokonując oceny poruszonego zagadnienia, w pierwszej kolejności należy wskazać podstawę prawną przedmiotowej regulacji. Jest nią niewątpliwie art. 40 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (Dz.U.2021.1372).

Zgodnie z cyt. przepisem, *W zakresie nieuregulowanym w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących rada gminy może wydawać przepisy porządkowe, jeżeli jest to niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego.*

W literaturze przedmiotu podkreśla się, iż stanowienie aktów prawa lokalnego o charakterze porządkowym w gminie będzie możliwe w sytuacji zbiegu dwóch przesłanek:

- obiektywnej - wymagającej oceny obowiązującego stanu prawnego i stwierdzenia, że materia podlegająca regulacji nie została dotychczas unormowana w ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących;
- subiektywnej - będącej wynikiem oceny organu stanowiącego przepisy porządkowe, który uzna, że wymienione enumeratywnie w ustawie dobra zostały lub mogą zostać naruszone i wymagają ochrony. (por. red. B. Dolnicki; Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz. Wyd. III. Opublikowano: WKP 2021. Lex).

Oceniając przesłankę obiektywną Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie m.in. w wyroku z dnia 11.07.2006 r., II GSK 68/06, LEX nr 267157: wyraził następujący pogląd:

„1. Artykuł 40 ust. 3 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (...) i wynikające z niego upoważnienie dla rady gminy - stanowienia przepisów porządkowych - nie podlegają wykładni rozszerzającej. Przepisy porządkowe mogą być bowiem wydawane tylko w wyjątkowych, ściśle określonych przez analizowaną regulację okolicznościach. Oznacza to, iż na jej podstawie można ustanawiać zakazy i nakazy, które bezpośrednio służą realizacji wskazanych przez ustawodawcę przesłanek.

2. O «zakresie nieuregulowanym» można mówić na gruncie przepisu art. 40 ust. 3 powołanej ustawy wyłącznie wtedy, gdy w systemie prawa powszechnie obowiązującego nie ma innych regulacji zezwalających na eliminację dostrzeżonych przez gminę, niepożądanych w myśl tego przepisu zjawisk”.

Zakaz eksponowania drastycznych oraz homofobicznych treści na obszarze Wrocławia można, przy dokonaniu odpowiedniej wykładni przepisu, wywieść z dyspozycji art. 51 § 1 ustawy Kodeks wykroczeń (Dz.U.2021.281). Przywołany przepis stanowi: *Kto krzykiem, hałasem, alarmem lub innym wybrykiem zakłóca spokój, porządek publiczny, spoczynek nocny albo wywołuje zgorszenie w miejscu publicznym, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny.*

Cytowany przepis Kodeksu wykroczeń może być stosowany w stanie faktycznym będącym przedmiotem uchwały, tj. w razie prezentowania drastycznych oraz homofobicznych treści w miejscach publicznych (i nie tylko w miejscu publicznym), w tym prezentacja brutalnych, nieprzyzwoitych i budzących odrazę obrazów antyaborcyjnych oraz kłamliwe i homofobiczne hasła znieważające osoby nieheteronormatywne, w sposób zakłócający spokój i porządek publiczny albo wywołujący zgorszenie. Pogląd podobny wyrażony został m.in. przez Wojewodę Małopolskiego w rozstrzygnięciu nadzorczym z dnia 18 grudnia 2020r. nr WN-II.4131.1.14.2020. w sprawie stwierdzenia nieważności uchwały Nr XLVIII/1298/20 Rady Miasta Krakowa z dnia 18 listopada 2020 r. w sprawie przepisów porządkowych związanych z eksponowaniem drastycznych treści na obszarze Krakowa - w całości (opublik. w: Dziennik Urzędowy Województwa Małopolskiego z dnia 21 grudnia 2020r., poz. 8459). W przedmiotowym rozstrzygnięciu organ nadzoru uznał ponadto, iż innym przepisem mogącym mieć zastosowanie w niniejszej sprawie jest przepis art. 141 kodeksu wykroczeń, chroniący sferę obyczajności publicznej. W myśl tego przepisu (cyt:) *Kto w miejscu publicznym umieszcza nieprzyzwoite ogłoszenie, napis lub rysunek albo używa słów nieprzyzwoitych, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo karze nagany.*

W kontekście poruszonego problemu należy rozważyć także ograniczenia wynikające z art. 63a Kodeksu wykroczeń¹.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż art. 51 Kodeksu wykroczeń penalizuje zachowanie będące „wybrykiem”, które to pojęcie w literaturze przedmiotu jest rozumiane

¹ Art. 63a. [Bezprawne ogłoszenia]

§ 1. Kto umieszcza w miejscu publicznym do tego nieprzeznaczonym ogłoszenie, plakat, afisz, apel, ulotkę, napis lub rysunek albo wystawia je na widok publiczny w innym miejscu bez zgody zarządzającego tym miejscem, podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny.

§ 1a. Podżeganie i pomocnictwo są karalne.

§ 2. W razie popełnienia wykroczenia można orzec przepadek przedmiotów służących lub przeznaczonych do popełnienia wykroczenia, choćby nie stanowiły własności sprawcy, oraz nawiązkę w wysokości do 1500 złotych lub obowiązek przywrócenia do stanu poprzedniego.

szeroko. Sformułowanie „krzyk, hałas, alarm lub inny wybryk” wskazuje, że krzyk, hałas i alarm mają mieć cechę wybryku, a zatem być nieuzasadnione, naruszające zasady współżycia społecznego. (Lachowski Jerzy (red); Kodeks wykroczeń. Komentarz. Opubl. WKP 2021. Lex 2021.). Inny wybryk to inne niż ww. zachowanie, jakiego w danych okolicznościach czasu, miejsca i otoczenia - ze względu na przyjęte zwyczajowo normy ludzkiego współżycia - nie należało się spodziewać, a które zdolne jest zakłócić spokój lub porządek publiczny (D. Egierska [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń...*, 1974, s. 161). (Lachowski Jerzy (red); Kodeks wykroczeń. tamże).

Pewne wątpliwości może też budzić możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności na gruncie art. 141 k.w., osoby eksponującej plakaty o treści drastycznej. Mając na uwadze zwłaszcza pogląd, zgodnie z którym normatywna konstrukcja czynu zabronionego stypizowanego w art. 141 k.w. nie będzie pozwalać na pociągnięcie do odpowiedzialności osób, które będą umieszczać w miejscu publicznym nieprzyzwoite plakaty czy też fotografie. W tego typu przypadkach aktualizować się będzie możliwość przypisania podmiotom podejmującym się tych zachowań odpowiedzialności m.in. za wykroczenie z art. 140 k.w. czy przestępstwo z art. 202 k.k., pod warunkiem wyczerpania wszystkich znamion tych czynów zabronionych. (Lachowski Jerzy (red); Kodeks wykroczeń. tamże).

Taką samą uwagę można odnieść do art. 63a k.w. (wobec opisywanych wyżej zachowań), mając na uwadze fakt, iż nie będzie umieszczaniem w miejscach publicznych przejazd samochodu z umocowanym na nim lub ciągniętej przez niego lawecie ogłoszeniem. (Lachowski Jerzy (red); Kodeks wykroczeń. tamże). Natomiast jego zatrzymanie lub postój na drodze publicznej, niewynikające z warunków lub przepisów ruchu drogowego, będzie mogło zostać zakwalifikowane jako umieszczanie w rozumieniu art. 63a § 1 k.w. (tamże). Miejscem umieszczania może być również środek komunikacji publicznej, albowiem względem pasażerów korzystających z tego miejsca umieszczenie tam np. ogłoszenia będzie miało charakter stacjonarny.

Wątpliwości i rozważania przedstawione na gruncie art. 51 k.w., art. 63a k.w. czy też art. 141 k.w. odnoszą się jedynie do podnoszonego z literaturze i orzecznictwie elementu tzw. braku w systemie prawa powszechnie obowiązującego innych regulacji zezwalających na eliminację dostrzeżonych przez gminę, niepożądanych w myśl tego przepisu zjawisk.

Wszak jednak nie ten element stanowi najważniejszą istotę spornego zagadnienia. Wprowadzając ograniczenia w przestrzeni publicznej/na terenie miasta (zakaz poruszania się na terenie miasta pojazdów, prezentowania w miejscach publicznych określonej treści wskazanych w petycji), organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego ustanawia zakaz, którego system powszechnie obowiązującego prawa nie zawiera.

Nie sposób oprzeć się wrażeniu, iż proponowaną regulacją dochodzi do „swoistego modyfikowania” przepisu(ów) ustawowego(ów) przez akt wykonawczy niższego rzędu, co możliwe jest tylko w granicach wyrażnie przewidzianego upoważnienia ustawowego, czego czynić nie wolno. (tak. wyrok NSA z 25.03.2003 r., II SA/Wr 2572/02, Dz.Urz. Opols. poz. 1520). Dopuszczenie precedensu w tym zakresie rodzi - nie spotykane dotąd - niebezpieczeństwo ograniczenia Konstytucyjnie zagwarantowanych praw i wolności, przepisami rangi porządkowej. W tym kontekście nie sposób pominąć postulatu petentów swoistego rozszerzenia (modyfikacji/uszczelnienia) przepisami porządkowymi art. 256 kodeksu karnego, który to, na co wskazali Wnioskodawcy (str. 5 petycji), chroni przed

ową nienawiści, jednak ten artykuł nie obejmuje ochroną osób nieheteronormatywnych, których treści prezentowane na ciężarówce, a tylko grupy narodowościowe, rasowe czy wyznaniowe.

Niezależnie od powyższych uwag, należy zauważyć, że nie wystąpiła także druga z przesłanek (tzw. subiektywna) leżąca u podstaw tworzenia przepisów porządkowych, w oparciu o art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym, tzw. „niezbędności” dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego dla przeciwdziałania któremu koniecznym jest wydanie przepisów porządkowych. W treści petycji należy zauważyć wątek ocen i badań naukowych wskazujących negatywny wpływ brutalnych treści na zdrowie psychiczne zwłaszcza dzieci, jednak przesłanka taka winna być potwierdzona stosownymi badaniami i analizami powołanych do tego instytucji (autorytetów), czego nie można wykazać opierając się o samą lekturę uzasadnienia petycji.

Nadto konstrukcja przepisu art. 40 ust. 3 ww. ustawy wymaga zaistnienia łącznie dwóch przesłanek, tj.:

- niezbędności wydania przepisu dla ochrony życia lub zdrowia obywateli (1 przesłanka);
- oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego (druga przesłanka).

Jeśli nawet wystąpi jedynie pierwsza z przesłanek przepisów porządkowych nie można ustanowić. W petycji nie wykazano, iż publikacja treści drastycznych czy homoboficznych doprowadziła do naruszenia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego.

Przypomnieć należy, iż ustanawianie przepisów porządkowych może mieć miejsce w sytuacjach wyjątkowych, niecierpiących zwłoki, wymagających natychmiastowej reakcji, co oznacza, że zagrożenie jest tego rodzaju, że wymaga podjęcia niezwłocznego działania prawodawczego przez uprawnione do tego organy gminy, co nie zostało wykazane.

W przedstawionej sprawie nie występuje (nie została wykazana) przesłanka „niezbędności” uchwalenia przepisów porządkowych w zaproponowanym kształcie. W judykaturze podkreśla się, iż pojęcie „niezbędności” na gruncie przepisu art. 40 ust. 3 ustawy należy rozumieć w sposób taki „bez którego nie można się obejść, koniecznie potrzebny, nieodzowny” (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 15 listopada 2007 r. II SA/Lu 511/07, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 21 listopada 2019r. sygn. akt II SA/Go 580/19). Tym samym przepisy porządkowe powinny dotyczyć wyłącznie zachowań bezpośrednio zagrażających takim dobrom prawnie chronionym i mogą być stanowione wówczas, gdy nie jest możliwe skuteczne przeciwdziałanie tym zagrożeniom na gruncie istniejących unormowań ustawowych.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż w orzecznictwie i literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na tzw. „charakter lokalny” problematyki obejmowanej taką regulacją. Ewentualny problem eksponowania treści „makabrycznych/drastrycznych” oraz homofobicznych (i in. wskazanych w petycji) nie jest jednak problemem lokalnym, gdyż dotyczy on zjawisk występujących w całym kraju, a więc sfery stosunków społecznych, wymagających generalnych uregulowań. (por. wyrok NSA z 1.10.2003r., II SA/Po 1409/03, Dz.Urz. Lubus. poz. 1876).

Podsumowując, brak jest podstawy prawnej do podjęcia przez Radę Miejską Wrocławia uchwały w sprawie przepisów porządkowych zakazujących na terenie Wrocławia prezentowania w miejscach publicznych treści drastycznych oraz homofobicznych.

Wskazane w petycji ograniczenia i zakazy winny stanowić fragment materii ustawowej, dla której właściwymi są organa władzy ustawodawczej, tj. Sejm i Senat.”

Z poważaniem,

Z-ca DYREKTORA WYDZIAŁU

Sebastian Wolszczak

Otrzymują:
1. Adresat,
2. aa.

