



Warszawa, dnia 15 grudnia 2020 r.

PK VIII TK 118.2020

K 12/20



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rady Miasta Leszna o zbadanie zgodności art. 40 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2019 r., poz. 506 ze zm.) w zakresie, w jakim „uniemożliwiają wydanie przepisów porządkowych zagrożonych karą grzywny wymierzaną w trybie i na zasadach określonych w prawie o wykroczeniach, ze względu na okoliczność, iż kwestia ta jest uregulowana w odrębnej ustawie w przepisach nie mających jednak charakteru prawnokarnego, pomimo że wydanie przepisów porządkowych jest niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego, a wydanie przepisów o charakterze prawnokarnym jest uzasadnione”, z art. 16 ust. 2 oraz art. 166 ust. 1 i 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

- na podstawie art. 42 pkt 7 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2393) -

przedstawiam następujące stanowisko:

postępowanie w tej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania

przed Trybunałem Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

UZASADNIENIE

We wniosku z dnia 16 czerwca 2019 r. Rada Miasta Leszna (dalej również: Wnioskodawca) wniosła do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności art. 40 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (aktualny tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 713 ze zm.) [dalej: ustawa o samorządzie gminnym] w zakresie, w jakim przepisy te „uniemożliwiają wydanie przepisów porządkowych zagrożonych karą grzywny wymierzaną w trybie i na zasadach określonych w prawie o wykroczeniach, ze względu na okoliczność, iż kwestia ta jest uregulowana w odrębnej ustawie w przepisach nie mających jednak charakteru prawnokarnego, pomimo że wydanie przepisów porządkowych jest niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego, a wydanie przepisów o charakterze prawnokarnym jest uzasadnione”, z, powołanymi w *petitum* wniosku, wzorcami konstytucyjnej kontroli.

Na wstępie uzasadnienia wniosku Rada Miasta Leszna wskazała, że „bezpośrednie motywy, które legły u podstaw wniosku do Trybunału i były jego inspiracją, a którymi była uchwała Rady Miasta Leszna dotyczą - mówiąc w pewnym uproszczeniu - wprowadzenia zakazu sprzedaży tzw. dopalaczy pod pozorem prowadzenia działalności gospodarczej”, po czym wyjaśniła, iż „[o]dwołanie się do sprawy tzw. dopalaczy ma jedynie na celu symboliczne podkreślenie braku przepisów, które umożliwiłyby samorządom terytorialnym skuteczną walkę z tego rodzaju zjawiskiem, gdy jest to niezbędne dla ochrony życia i zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego, a przepisy innych ustaw i inne przepisy

powszechnie obowiązujące nie są w tym względzie wystarczające” (uzasadnienie wniosku, s. 4 i 6).

Odnosząc się do uprawnień prawotwórczych samorządu terytorialnego „w dziedzinie szeroko pojmowanej ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego”, Wnioskodawca podniósł, że „polegają one przede wszystkim na prawie do wydawania i ustanawiania przepisów porządkowych, jako niezbędnych do zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego na terenie gminy. W doktrynie i w orzecznictwie sądowym wskazuje się, iż jeśli chodzi o wydawanie przepisów porządkowych to muszą być one rozumiane ściśle i nie jest dopuszczalna wykładnia rozszerzająca.

Przykładowo w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 22 maja 1991 r. (SA/Ka 311/91, LexisNexis nr 300023, OSP 1992, nr 11-12, poz. 233) wskazano na wymaganie zawarte w art. 40 ust. 3, aby materia normowana przez radę gminy nie była regulowana w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących. Do tego samego przepisu ustawy odwołuje się Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 19 czerwca 1991 r. (SA/Ka 362/91, LexisNexis nr 299907), stwierdzając, iż gminne przepisy porządkowe niezbędne do ochrony życia i zdrowia obywateli oraz zapewnienia porządku, spokoju bezpieczeństwa publicznego można wydawać dopiero po stwierdzeniu, że w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących nie ma już takiej regulacji prawnej. Z kolei w wyroku z 18 czerwca 1991 r. (SA/Kr 446/91, LexisNexis nr 2119718) Sąd ten wyraził pogląd, iż uchwała rady gminy zawierająca przepisy porządkowe będzie zgodna z prawem tylko wówczas, gdy jej wydanie było niezbędne do ochrony życia i zdrowia obywateli oraz zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego, a jednocześnie nie dotyczyła ona zakresu uregulowanego w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących” (uzasadnienie wniosku, s. 6 - 7).

Tymczasem, jak dalej wywodzi Wnioskodawca, „dla uzasadnienia motywów złożenia, a w dalszej kolejności rozstrzygnięcia przez Trybunał

Konstytucyjny niniejszego wniosku kluczowe i fundamentalne znaczenie ma okoliczność, iż w literaturze dość zgodnie podkreśla się, iż przyznanie przez ustawodawcę upoważnienia generalnego do wydawania przepisów porządkowych jest przejawem pogłębiania samodzielności organów samorządu terytorialnego [H. Rot, K. Siarkiewicz, *Zasady tworzenia prawa miejscowego*, Warszawa 1994, s. 37]. Ustawodawca konstytucyjny stanowi o organizacyjnym i prawnym wyodrębnieniu samorządu terytorialnego. Znajduje to wyraz w art. 16 ust. Konstytucji RP, stanowiącym, iż samorząd wykonuje zadania w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność, art. 165 ust. 1 Konstytucji RP przyznającym osobowość prawną poszczególnym jednostkom samorządu terytorialnego oraz art. 165 ust. 2 Konstytucji RP zapewniającym sądową ochronę samodzielności samorządu terytorialnego. Jeśli tak jest, to słusznie podkreśla się w doktrynie, iż oczywistym jest, że ustrojodawca niewątpliwie wyposaża samorząd w przymiot samodzielności, a samodzielny samorząd powinien dysponować względną samodzielnością prawotwórczą [tak słusznie Z. Niewiadomoski, *Akty prawa miejscowego, a samodzielność samorządu terytorialnego*, w: M. Stec, K. Małysa-Sulińska (red.), *Konstytucyjne umocowanie samorządu terytorialnego*, Warszawa 2018, s. 227]” (uzasadnienie wniosku, s. 7 - 8).

Wnioskodawca podniósł, że „[r]ozpatrując niniejszy wniosek należy mieć przed oczami cały czas okoliczność, iż uchwały organów jednostek samorządu terytorialnego zawierające przepisy porządkowe są uchylane przez organ nadzoru w każdej sytuacji, gdy dane zagadnienie jest uregulowane w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących. Nie ma przy tym żadnego znaczenia charakter tych <innych przepisów>. Innymi słowy nie ma żadnego znaczenia to, czy owe inne przepisy mają charakter prawnokarny (represyjny) czy też nie. Samo uregulowanie sprawy, której dotyczą przepisy porządkowe w odrębnych ustawach czy przepisach powszechnie obowiązujących jest wystarczającą przesłanką do uniemożliwienia wydania przepisów porządkowych

na podstawie art. 40 ust. 3 u.s.g. (ustawy o samorządzie gminnym - przyp. wł.), i to także w sytuacji, gdy dane zachowanie nie jest w ogóle obwarowane żadną sankcją, czy to o charakterze administracyjnym, czy też wykroczeniowym [por. przykładowo: rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Warmińsko-Mazurskiego z dnia 16 listopada 2010 r., PN.0911-240/10, LEX nr 688572; rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Łódzkiego z dnia 5 sierpnia 2010 r., PNK.I-0911/302/2010, LEX nr 652110; rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z dnia 15 lutego 2012 r., NKN3.4131.1.2012.DC, LEX nr 1127093; rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z dnia 6 lipca 2011 r., NK-N.4131.149.2011.AZ5, LEX nr 963623]. Podobnie ma się rzecz, gdy chodzi o sytuację, w której dane zachowanie w przepisach prawa powszechnie obowiązującego jest obwarowane jedynie sankcją o charakterze administracyjnym. W orzecznictwie administracyjnym przyjmuje się, iż nie jest dopuszczalne wydanie przepisów porządkowych także w sytuacji, gdy mamy do czynienia z niewątpliwym zagrożeniem dla życia lub zdrowia obywateli czy naruszeniem porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego, ale dane zachowanie jest uregulowane w innej ustawie lub przepisach powszechnie obowiązujących i jest zagrożone sankcją administracyjną (karą pieniężną) [por. np. rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Mazowieckiego z dnia 18 listopada 2010 r., LEX.O.DR.0911-25/2010, LEX nr 962216; rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego z dnia 15 października 2015 r. nr KN-1.4131.1.335.2015.2, LEX nr 1818267]” (uzasadnienie wniosku, s. 8).

W następnej kolejności Wnioskodawca zwrócił uwagę na to, że „[w] literaturze dość zgodnie przyjmuje się, iż jednym z instrumentów umożliwiających jednostkom samorządu terytorialnego realizację zadania własnego, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 14 u.s.g. jest uprawnienie do wydawania przepisów porządkowych na podstawie art. 40 u.s.g.”, oraz na to, iż „[p]rzesłanki stanowienia przepisów porządkowych są bardziej zróżnicowane, niż ma to miejsce w przypadku aktów wykonawczych. Zgodnie z art. 40 ust. 3 w

zakresie nieuregulowanym w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących rada gminy może wydać przepisy porządkowe, jeżeli jest to niezbędne do ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz do zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego. A zatem stanowienie aktów prawa lokalnego o charakterze porządkowym w gminie będzie możliwe w sytuacji zbiegu dwóch przesłanek: 1) obiektywnej - wymagającej oceny obowiązującego stanu prawnego i stwierdzenia, że materia podlegająca regulacji nie została dotychczas unormowana w ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących; 2) 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. B. Dolnicki, w: B. Dolnicki (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, Warszawa 2018, s. 669 i n]. Według pierwszej, <materia podlegająca unormowaniu nie może być uregulowana w innych przepisach powszechnie obowiązujących>, zaś według drugiej, <wprowadzenie określonych norm musi być uzasadnione ze względu na ochronę takich wartości, jak życie lub zdrowie obywateli oraz zapewnienie porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego>. W nauce prawa administracyjnego podkreśla się, że <przepisy porządkowe są aktami o charakterze samoistnym, ponieważ wydawane są na podstawie generalnego upoważnienia zawartego w ustawie ustrojowej> (M. Kotulski, Akty prawa miejscowego stanowione przez samorząd terytorialny, <Samorząd Terytorialny> 2001, nr 11, s. 38)” [uzasadnienie wniosku, s. 9 -10].

W konkluzji tej części wniosku Rada Miasta Leszna stwierdziła, że „[w] tym kontekście nie powinno budzić żadnych wątpliwości, iż możliwość wydawania przepisów porządkowych, które mają niewątpliwie charakter represyjny, stanowi ważny element realizacji przez radę gminy zadań własnych, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 14 u.s.g., z tym wszakże zastrzeżeniem, iż uprawnienie to jest ograniczone dwoma opisanymi powyżej wymogami, które muszą być spełnione, aby móc skutecznie wydać przepisy porządkowe na

podstawie art. 40 ust. 3 u.s.g. Niewątpliwie immanentną cechą przepisów porządkowych jest możliwość ujmowania ich jako nakazów lub zakazów, których niedopełnienie albo przekroczenie będzie skutkowało grzywną wymierzaną na podstawie kodeksu wykroczeń. Samo zaś zachowanie sprzeczne z tak uchwalonymi przepisami będzie stanowiło czyn, który będzie stanowił wykroczenie w rozumieniu kodeksu wykroczeń (art. 40 ust. 4 u.s.g.)”, po czym wskazała, iż „[r]udymentalne znaczenie w kontekście niniejszego wniosku ma stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wypowiedziane w odniesieniu do przepisów porządkowych, zgodnie z którym: *<Do istoty prawa należy możliwość stosowania sankcji w celu zapewnienia jego przestrzegania. Przyznanie organom władzy publicznej kompetencji do stanowienia aktów podustawowych o charakterze powszechnie obowiązującym, zakłada stanowienie i wymierzanie kar za naruszenie norm prawnych ustanowionych przez te organy. Dotyczy to w szczególności kompetencji do stanowienia przepisów porządkowych, których celem jest zapewnienie porządku i spokoju publicznego>* [wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lipca 2003 r., P10/02, OTK-A 2003, Nr 6, poz. 62]” (uzasadnienie wniosku, s.10).

W kolejnym fragmencie uzasadnienia wniosku Rada Miasta Leszna wyraziła pogląd, że „**[t]ruizmem jest, iż represyjny charakter mogą mieć nie tylko środki przewidziane w prawie karnym**”, wskazując, iż „[ś]rodki charakteryzujące się - przynajmniej w pewnym stopniu lub przynajmniej między innymi - represyjnym charakterem rejestruje się między innymi w prawie cywilnym, w prawie pracy i w odpowiedzialności pracowniczej, zarówno w pracowniczej odpowiedzialności porządkowej, jak i materialnej, oraz zwłaszcza w prawie administracyjnym i w odpowiedzialności administracyjnej, między innymi w dziedzinie ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego, ochrony środowiska, budownictwa, zasad prowadzenia działalności gospodarczej, publicznego obrotu papierami wartościowymi, w administracyjnym prawie podatkowym, energetycznym, telekomunikacyjnym, w związku z używaniem

urządzeń radiowych, rozpowszechnianiem programów radiowych telewizyjnych, w dziedzinie ochrony konkurencji i interesów konsumentów, w regulacjach rynku pracy i przeciwdziałania bezrobociu, w zakresie pomocy społecznej, dróg publicznych i bezpieczeństwa w ruchu drogowym. Rejestruje się je więc także w regulacjach znajdujących zastosowanie w działalności samorządów, w tym zwłaszcza samorządu terytorialnego. Przykładem są kary pieniężne przewidziane za usuwanie bez zezwolenia drzew i krzewów, których stosowanie jest uregulowane ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 55 ze zm. - przyp. wł.)” [uzasadnienie wniosku, s. 10 -11].

Dalej, Rada Miasta Leszna podniosła, że „[w] niniejszym wniosku podkreślono już, iż jednym ze sposobów zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w zakresie porządku i bezpieczeństwa obywateli (art. 7 ust. 1 pkt 14 u.s.g.) jest wydawanie przepisów porządkowych, których przekroczenie stanowi wykroczenie w rozumieniu kodeksu wykroczeń. **W tym kontekście doniosłe znaczenie ma, przywoływana już w niniejszym wniosku, treść wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lipca 2003 r. (P 10/02, OTK-A 2003, nr 6 poz. 62), w którym to wyroku Trybunał Konstytucyjny usankcjonował niejako i uznał za zgodne z Konstytucją wymierzanie kary grzywny za naruszenie przepisów porządkowych stanowionych przez organy stanowiące samorządu terytorialnego. Co jednak ważniejsze w wyroku tym Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż do istoty prawa należy możliwość stosowania sankcji w celu zapewnienia jego przestrzegania. Przyznanie organom władzy publicznej kompetencji do stanowienia aktów podustawowych o charakterze powszechnie obowiązującym, zakłada stanowienie i wymierzanie kar za naruszenie norm prawnych ustanowionych przez te organy. Dotyczy to w szczególności kompetencji do stanowienia przepisów porządkowych, których celem jest zapewnienie porządku i spokoju publicznego**”, oraz że „[w]szystko to wprost przekłada się (na - przyp.

wł.) przedmiotową sprawę. Stańc należy na stanowisku, że dla niektórych niepożądanych zachowań, do których zwalczania powołany jest samorząd lepszą formułą ich typizacji jest formuła wykroczenia, aniżeli formuła deliktu administracyjnego. Przesądza o tym natura tych zachowań, wyrażająca się w stosunkowo wysokim stopniu *in abstracto* pojmowanej ich społecznej szkodliwości, sytuującym je pośród zachowań o kryminalnym charakterze. Innymi słowy mówiąc, formuła deliktu administracyjnego nie przystaje do omawianych zachowań, gdyż swoją rangą nie odzwierciedla ona ładunku ich społecznej szkodliwości (biorącego swą wagę z rodzaju atakowanych nimi dóbr: przede wszystkim życia i zdrowia człowieka). Słowem są takie sytuacje, gdy użycie tej formuły byłoby ewidentną deprecjacją ich rzeczywistego ujemnego znaczenia, którą - na domiar złego - wielu interpretowałoby jako wyraz prawnokarnego przyzwolenia na praktykę stwarzającą zagrożenie dla życia lub zdrowia obywateli oraz porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego (np. wprowadzania środków zastępczych do obiegu). Niewątpliwie natomiast, tego rodzaju interpretacja utrudniałaby skuteczną walkę samorządom z wieloma negatywnymi praktykami. Stąd też - jak wskazano na wstępie - czasem samorząd terytorialny działając w celu ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego może, korzystając z uprawnień konstytucyjnych, co do realizacji zadań własnych, wydawać przepisy o charakterze karnym w postaci wykroczenia w tym zakresie, bowiem adekwatniej odzwierciedlają one naturę niektórych zachowań i właściwiej, bo dosadniej, komunikują one odbiorcom tekstu prawnego wysoki stopień *in abstracto* pojmowanej ich społecznej szkodliwości, dając tym samym większe nadzieje na skuteczne dotarcie z przekazem normy do jej adresata.

Innymi słowy jeżeli samorząd terytorialny w drodze przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym chce zrealizować cele, o których mowa w art. 40 ust. 3 i ust. 4 u.s.g., to uniemożliwienie realizacji tych celów, z uwagi na fakt, iż w odrębnych ustawach lub w innych przepisach powszechnie

obowiązujących tego rodzaju kwestie są uregulowane, musi być uznane za niezgodne z Konstytucją RP, zwłaszcza, gdy te inne przepisy ustawowe (lub powszechnie obowiązujące) nie mają charakteru prawnokarnego” (uzasadnienie wniosku, s. 11 - 13).

Uzasadniając niezgodność art. 40 ust. 3 i 4 ustawy o samorządzie gminnym z art. 16 ust. 2, art. 166 ust. 1 i art. 166 ust. 2 Konstytucji, Wnioskodawca stwierdził, że:

- wynika ona „z tego, iż zgodnie z art. 16 ust. 2 Konstytucji samorząd terytorialny uczestniczy w sprawowaniu władzy publicznej. Przysługującą mu w ramach ustaw istotną część zadań publicznych samorząd wykonuje w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Zgodnie zaś z art. 166 ust. 1 Konstytucji: <Zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez jednostkę samorządu terytorialnego jako zadania własne>. Ust. 2 stanowi zaś: <Jeżeli wynika to z uzasadnionych potrzeb państwa, ustawa może zlecić jednostkom samorządu terytorialnego wykonywanie innych zadań publicznych. Ustawa określa tryb przekazywania i sposób wykonywania zadań zleconych>”;

- „[w] literaturze i orzecznictwie, w tym także Trybunału Konstytucyjnego, dość zgodnie wskazuje się, iż samodzielność jednostek samorządu terytorialnego, w tym gminy, stanowi jedną z podstawowych zasad ustrojowych Rzeczypospolitej. W ramach szeroko rozumianej samodzielności, zagwarantowanej przez Konstytucję, wskazuje się m. in. na samodzielność prawotwórczą gminy, obejmującą m.in. uprawnienie do wydawania przepisów porządkowych [por. A. Daniluk, Samodzielność prawotwórcza gminy, w: B. Dolnicki (red.), Źródła prawa w samorządzie terytorialnym, Warszawa 2018, s. 152 i n., a zwłaszcza s. 157-159]” (uzasadnienie wniosku, s. 13 - 14).

Końcowy fragment uzasadnienia wniosku Rada Miasta Leszna poświęciła omówieniu zasady *ne bis in idem*, wyrażając na temat tej zasady następującą opinię:

- „[o]czywiście bezsporne jest, iż wydawanie przepisów o charakterze represyjnym, w tym także tych dotyczących jednostek samorządu terytorialnego, jest ograniczone obowiązaniem w systemie prawa zasady *ne bis in idem*. Nikt nie kwestionuje tego, że nie powinno być dopuszczalne tworzenie przez jednostki samorządu terytorialnego przepisów o charakterze represyjnym, które powielałyby dotychczas obowiązujące przepisy. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy w powszechnie obowiązującym prawie funkcjonują przepisy o charakterze wykroczeniowym. Niedopuszczalne jest i powinno być tworzenie przez jednostki samorządu terytorialnego przepisów, których naruszenie byłoby traktowane jako wykroczenie w sytuacji, gdy w powszechnie obowiązującym prawie istnieją tego rodzaju regulacje. Oczywistym dla wnioskodawcy jest to, że tego rodzaju rozwiązanie prowadziło do naruszenia zasady *ne bis in idem* na płaszczyźnie prawa wykroczeń. Natomiast tego rodzaju obostrzeń w przekonaniu wnioskodawcy nie ma, gdy chodzi o regulowanie tej samej sprawy na płaszczyźnie różnych gałęzi, względnie dziedzin prawa”;

- „nie ma przeszkód, aby dane zachowanie było regulowane (zabronione) na płaszczyźnie różnych dziedzin prawa np. prawa wykroczeń, prawa dyscyplinarnego, prawa administracyjnego, prawa cywilnego itd. Uzasadnione wydaje się również stwierdzenie, iż nie ma jednak jednej ogólnosystemowej zasady w obrębie całego prawa karnego *sensu largo*, która głosiłaby, że <ten sam czyn może stanowić tylko jeden czyn zabroniony>. Są jedynie odrębne regulacje statuujące taki zakaz. Jedna głosi, że <ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo skarbowe albo tylko jedno wykroczenie skarbowe (art. 6 § 1 k.k.s.), druga zaś, że „ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo> (art. 11 § 1 k.k.). Jedna obowiązuje w prawie karnym skarbowym, druga (wręcz identyczna) w prawie karnym powszechnym. Pomimo braku analogicznego przepisu w kodeksie wykroczeń w doktrynie dość zgodnie podkreśla się, iż także w prawie wykroczeń obowiązuje ta sama zasada, którą w tym wypadku wyprowadza się z treści art. 9 k.w. [tak A. Marek, Prawo wykroczeń (materialne

i procesowe), Warszawa 2012, s. 66; W. Kotowski, Komentarz do art. 9 kodeksu wykroczeń, w: W. Kotowski, Kodeks wykroczeń. Komentarz, LEX 2009, Nb. 3; T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 9 kodeksu wykroczeń, w: T. Grzegorzczak (red.), W. Jankowski, M. Zbrojewska, Kodeks wykroczeń. Komentarz, LEX 2013, Nb. 1]”;

- tymczasem, zgodnie z treścią zaskarżonych przepisów, „niedopuszczalne jest uregulowanie określonej sprawy w przepisach porządkowych i ujęcie go jako wykroczenia także wtedy, gdy w innych przepisach powszechnie obowiązujących zagadnienie to jest uregulowane tylko w sposób bardzo ogólnikowy, bez konkretyzacji, a w szczególności nawet bez sankcji”, w sytuacji, w której „nikt nie kwestionuje (...) tego, iż do zadań własnych gminy należą zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 14 u.s.g. sprawy porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli. Jednym z kluczowych instrumentów, umożliwiających realizację tego zadania jest art. 40 ust. 3 i ust. 4 u.s.g. upoważniający radę gminy do tworzenia przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym” (uzasadnienie wniosku, s. 14 - 15).

Wszystko to doprowadziło Wnioskodawcę do konkluzji, że uniemożliwienie radzie gminy uchwalenia przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym, „gdy kwestie te są uregulowane w innych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących, niemających prawnokarnego charakteru”, stanowi „naruszenie swobody samorządu terytorialnego i jest sprzeczne z **art. 16 ust. 2 Konstytucji RP i art. 166 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji RP**, gdyż uniemożliwia - w pewnych określonych przypadkach - skuteczną realizację zadań własnych dotyczących porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli”, tym bardziej że, jak dodaje Wnioskodawca, „[o]koliczność ta ulega znacznemu spotęgowaniu, gdy zauważymy, iż nie jest dopuszczalne wydanie przez samorząd gminny przepisów porządkowych o charakterze wykroczenia także wtedy, gdy dane zagadnienie jest uregulowane w ustawie lub innych przepisach o charakterze powszechnie

obowiązującym, które w ogóle nie przewidują sankcji za naruszenie tych przepisów” (uzasadnienie wniosku, s. 15 - 16).

Na wstępie należy zauważyć, iż, w ocenie Wnioskodawcy, wynikający z art. 40 ust. 3 i art. 40 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym zakaz wydawania przez radę gminy przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym „ze względu na okoliczność, iż kwestia ta jest uregulowana w odrębnej ustawie w przepisach niemających jednak charakteru prawnokarnego”, nie spełnia wymogów konstytucyjnych wówczas, gdy wydanie przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym zostanie uznane przez radę gminy za niezbędne, w rozumieniu art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym.

Z uzasadnienia wniosku wynika, że Radzie Miasta Leszna chodzi o sytuację, w której zachowania naruszające dobra wymienione w art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym są **zagrożone jedynie sankcją o charakterze administracyjnym** (*vide* - uzasadnienie wniosku, s. 8).

Powyższe oznacza, że zaskarżone przepisy spełnią, w ocenie Wnioskodawcy, standard konstytucyjny pod warunkiem, że **zostaną uzupełnione o normę** umożliwiającą radom gmin wydawanie przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym, „jeżeli jest to niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego”, niezależnie od tego, czy za naruszenie wspomnianych dóbr „w odrębnych ustawach lub innych w przepisach powszechnie obowiązujących” przewidziano już sankcję o charakterze administracyjnym.

Na wstępie, w związku z zarzutem Wnioskodawcy, że w art. 40 ust. 3 i art. 40 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym brakuje ściśle określonej treści, konieczne wydaje się odkodownie **rzeczywistej treści normatywnej tego przepisu**, ze świadomością, iż *[w] myśl utrwalonego poglądu Trybunału Konstytucyjnego, normatywna treść przepisów może być kształtowana przez organy stosujące prawo* (podkr. wł.). *Jeżeli organy te nadają przepisom*

utrwalone i jednolite rozumienie, to powinno być ono uwzględniane przez Trybunał przy ocenie zarzutu niezgodności aktu normatywnego z Konstytucją (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 lutego 2017 r., w sprawie o sygn. akt Ts 200/16, OTK ZU seria B z 2017 r., poz. 73).

Przepisy art. 40 ust. 3 i 4 ustawy o samorządzie gminnym mają następujące brzmienie:

„3. 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.

4. Przepisy porządkowe, o których mowa w ust. 3, mogą przewidywać za ich naruszenie karę grzywny wymierzaną w trybie i na zasadach określonych w prawie o wykroczeniach.”.

Zdaniem B. Dolnickiego - odnotowanym także przez Wnioskodawcę - „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** (podkr. wł.);

- subiektywnej - **będącej wynikiem oceny organu stanowiącego przepisy porządkowe, który uzna, że wymienione enumeratywnie w ustawie dobra zostały lub mogą zostać naruszone i wymagają ochrony** (podkr. wł.)”

[B. Dolnicki, *Komentarz do art. 40 i 41 ustawy o samorządzie gminnym*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1603127506683_1698823696, *vide* też - D. Dąbek, *Komentarz do art. 40 ustawy o samorządzie gminnym*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1603128039210_1669587332].

B. Dolnicki przypomniał również, iż „[w] nauce prawa administracyjnego podkreśla się, że <przepisy porządkowe są aktami o charakterze samoistnym,

ponieważ wydawane są na podstawie generalnego upoważnienia zawartego w ustawie ustrojowej> (M. Kotulski, *Akty prawa...*, s. 38 - przyp. Autora)", i podniósł, że „[t]rzeba również odwołać się do dorobku doktryny, gdy idzie o zdefiniowanie przesłanek stanowienia przepisów porządkowych” (*op. cit.*).

Omawiając „**przesłankę obiektywną**”, B. Dolnicki wyjaśnił, że „[p]ierwszym warunkiem dopuszczającym wydanie przepisu porządkowego jest stwierdzenie na podstawie analizy obowiązującego stanu prawnego, że kwestia podlegająca regulacji nie została dotychczas unormowana w ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących. Definiowanie terminu <przepisy powszechnie obowiązujące> należy oprzeć na konstytucyjnej regulacji źródeł prawa.

Wątpliwości mogą się zrodzić przy próbie dokonania wykładni terminu <zakres nieuregulowany>.

Zwrócił na to również uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie m.in. w wyroku z 11.07.2006 r., II GSK 68/2006, LEX nr 267157:

<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> (podkr. wł.).

Stanowisko to zgodne jest ze wcześniejszym wyrokiem SN z 4.12.2001 r., V KKN 293/01, LEX nr 51576: <Organy samorządu terytorialnego

mogą wprawdzie wydawać przepisy porządkowe na podstawie art. 40 ust. 3 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 16, poz. 95 ze zm.), ale tylko w zakresie nieuregulowanym w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących, a nadto tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego>.

A zatem należy uznać, że <zakres nieuregulowany> należy utożsamiać z istnieniem pewnej luki w treści przepisów prawnych powszechnie obowiązujących, rozumianej jako brak <regulacji zawartej w innych przepisach, która w pełni rozstrzyga normatywnie dane zagadnienie, a nie jedynie ogólnikowo je zamarkowuje. W przypadku tego ogólnego «zamarkowania» czy wzmiankowania określonego zagadnienia w odrębnych aktach (...) może wchodzić w rachubę jego regulacja w drodze przepisów porządkowych> (J. Jagielski, *Przepisy porządkowe wojewody i gminy*, <Człowiek i Środowisko> 1992/1-2, s. 46 - przyp. Autora). [...]

Termin <zakres nieuregulowany> jest terminem nieostrym. Z tego też względu dokonanie praktycznej oceny jego występowania może nastęrczać dużych trudności. **Konieczne jest jednak wytyczenie granicy, poza którą wydawanie przepisów porządkowych będzie niedopuszczalne.**

Nie powinno budzić wątpliwości, że w drodze przepisów porządkowych nie wolno dublować ustaw lub innych przepisów powszechnie obowiązujących (podkr. wł.). Jednakże ocena, czy dana kwestia jest już uregulowana, nie jest łatwa. Świadczyć o tym może obszerne orzecznictwo sądowe, w którym konsekwentnie wyrażano stanowisko, iż brak w ustawie regulacji zawierających określone zakazy nie oznacza braku uregulowań ustawowych dotyczących danej kwestii, a co za tym idzie - niedopuszczalne jest w tym zakresie stanowienie przepisów porządkowych. Tezę taką zawarto m.in. w wyroku SN z 13.06.2002 r., III RN 54/02, LEX nr 110625: <Wydanie przez radę gminy uchwały na podstawie upoważnienia zawartego w ustawie szczególnej

wyklucza traktowanie takiej uchwały jako aktu prawa miejscowego, zawierającego przepisy porządkowe nawet wtedy, gdy została podjęta z uzasadnieniem przewidzianym dla stanowienia przepisów porządkowych, a mianowicie dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego (art. 40 ust. 3 *in fine* ustawy)>.

Niedopuszczalne jest również powtarzanie w przepisach porządkowych treści ustawy lub aktu wykonawczego do niej, co miałyby w efekcie doprowadzić do zmiany interpretacji cytowanego przepisu (podkr. wł.). Narusza powszechnie obowiązujący porządek prawny w stopniu istotnym nie tylko regulowanie przez gminę raz jeszcze tego, co zostało już pomieszczone w źródle powszechnie obowiązującego prawa, lecz także modyfikowanie przepisu ustawowego przez akt wykonawczy niższego rzędu, co możliwe jest tylko w granicach wyraźnie przewidzianego upoważnienia ustawowego (wyrok NSA z 25.03.2003 r., II SA/Wr 2572/02, Dz.Urz. Opols. 2003, poz. 1520).

Wydanie przepisów porządkowych dopuszczalne jest <w zakresie nieuregulowanym w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących>. Za takie należy bez wątpienia uznać również przepisy porządkowe” (B. Dolnicki, *Komentarz..., op. cit.*).

Odnosnie natomiast do **przesłanki subiektywnej** stanowienia aktów prawa lokalnego o charakterze porządkowym w gminie B. Dolnicki wyjaśnił, między innymi, iż przesłanka ta „stanowi wynik oceny organu stanowiącego przepisy porządkowe, który uzna, że wymienione enumeratywnie w ustawie dobra zostały lub mogą zostać naruszone i wymagają ochrony.

W ustawie o samorządzie gminnym do katalogu tego zaliczono: życie, zdrowie, porządek, spokój i bezpieczeństwo publiczne. W ustawie o samorządzie powiatowym dodatkowo wymienia się: mienie i ochronę środowiska.

Taksatywne wyliczenie dóbr chronionych ma na celu zapobieżenie wydawaniu przepisów porządkowych w innym celu niż określony w ustawie. Zwracał na to uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 8.07.2003 r., P 10/02,

OTK-A 2003/6, poz. 62, stwierdzając, że przepisy porządkowe mogą być wydawane wyłącznie w celu ochrony wymienionych w ustawie dóbr. Takie stanowisko reprezentowane jest również w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego, np. w wyroku z 3.12.2004 r., GSK 1132/04, OSP 2005/9, poz. 109: <Przysługujące radzie gminy kompetencje w zakresie stanowienia przepisów porządkowych nie mogą być wykorzystywane do bieżącego zarządzania na danym obszarze, ale wyłącznie w celu przeciwdziałania realnym zagrożeniom wartości określonych w art. 40 ust. 3 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.)>.

Prawidłowe zinterpretowanie określonych zdarzeń pod kątem możliwości zastosowania formy przepisu porządkowego wymaga dokonania wykładni pojęć użytych przez ustawodawcę.

Wydaje się, że stosunkowo najmniej trudności wywoływać będzie wykładnia pojęć życia, zdrowia czy mienia, choć i tu napotkać można wątpliwości interpretacyjne. Zdecydowanie trudniejsze będzie zdefiniowanie pojęć porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego.

<Życie i zdrowie człowieka mogą być zagrożone - w rozumieniu art. 40 ust. 3 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 16, poz. 95 ze zm.) nie tylko działaniami bezpośrednimi, ale również pośrednio, przez stworzenie realnego niebezpieczeństwa katastrof i wypadków bądź narażenie poszczególnego człowieka na uszkodzenie ciała, trwałe kalectwo lub śmierć> (wyrok NSA z 28.08.1991 r., SA/Ka 525/91, ONSA 1991/3-4, poz. 78).

Bezpieczeństwo publiczne określa się jako <stan, w którym ogół społeczeństwa i jego interesy, jako też państwo ze swoimi celami mają zapewnioną ochronę od szkód zagrażających im z jakiegokolwiek źródła> (E. Knosala, *W kwestii hierarchii...*, s. 141 [...] - przyp. Autora). Zachowanie bezpieczeństwa publicznego polega na utrzymywaniu nienaruszalności życia, zdrowia, godności, wolności, majątku, porządku prawnego i podstawowych

urządzeń państwa, a ponadto wspólnych dóbr, jak np. publicznych urządzeń do zaopatrywania w wodę.

Natomiast <porządek, spokój publiczny to pewien stan zewnętrzny, polegający na przestrzeganiu przez ludność zasad współżycia społecznego. Te zasady zaś nie są niezmiennie; przeciwnie, są zależne od miejsca i czasu, nie tworzą kategorii statycznej> (E. Ochendowski, *Prawotwórcza funkcja...*, s. 30 - przyp. Autora). Można je uznać za zbiór zasad zachowania się jednostki w miejscu publicznym. Oznaczają one <stan obejmujący pewien ład w sferze życia publicznego, polegający na przestrzeganiu zasad współżycia społecznego, respektowaniu istniejących i akceptowanych powszechnie norm zachowania się w kontaktach społecznych i miejscach publicznych, stosowaniu się do ogólnie przyjętych reguł postępowania przy korzystaniu z urządzeń publicznych itp.> (J. Jagielski, *Przepisy porządkowe...*, s. 48 - 49 - przyp. Autora).

W sposób wyczerpujący istotę bezpieczeństwa i porządku publicznego omówił S. Pieprzny (S. Pieprzny, *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Rzeszów 2007, s. 13 - 45 [...] - przyp. Autora). Dochodzi on do wniosku, że <bezpieczeństwo w języku prawnym oznacza stan podlegający ochronie prawnej. Uznać można też, że jest ono również najwyższą wartością, obok życia i zdrowia oraz środowiska, chronioną konstytucyjnie>, natomiast <porządek publiczny to pozytywny stan kreowany przez normy prawne i pozaprawne (normy moralne, zasady współżycia międzyludzkiego) akceptowane i stosowane przez większość, zapewniający prawidłową koegzystencję i rozwój pojedynczych ludzi i ich zbiorowości przy aktywnym udziale podmiotów publicznych, odpowiedzialnych za realizację zadań w tym zakresie. Porządek publiczny ma umożliwić normalny rozwój życia społecznego i zapewnić przestrzeganie przepisów dotyczących zachowania się w miejscach publicznych, czystości urządzeń użyteczności publicznej, przepisów dotyczących rejestracji pojazdów, przepisów budowlanych, przeciwpożarowych, prawa wodnego,

ewidencji ludności, zakładania stowarzyszeń itp.> (S. Pieprzny, *Ochrona bezpieczeństwa...*, s. 18 i 39 - przyp. Autora).

Jednakże przesłanką tworzenia przepisów porządkowych jest istnienie pewnego zakresu nieuregulowanego w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących, co zresztą potwierdził NSA w wyroku z 22.05.1991 r., SA/Ka 311/91, postanawiając, że <przepis art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie terytorialnym [obecnie gminnym - przyp. aut.] wymaga przede wszystkim, aby materia mająca być przedmiotem regulacji przez radę gminy - nie była uregulowana w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących>, ponieważ mogłoby to skutkować tym, że <powtórzony przepis będzie interpretowany w kontekście aktu, w którym go powtórzono, co może prowadzić do całkowitej lub częściowej zmiany intencji prawodawcy> (wyrok opublikowany [w:] A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki, *Ustawa...*, 2010, s. 504 - przyp. Autora).

<1. Rada miejska nie może rozszerzać zakazów ustawowych, ograniczając dodatkowo sferę praw obywatelskich, jeśli ustawa szczególna nie upoważniła jej do stanowienia takich ograniczeń w formie przepisów gminnych.

2. Uchwała rady miejskiej nie może regulować raz jeszcze tego, co jest już zawarte w obowiązującej ustawie> (wyrok NSA z 16.06.1992 r., II SA 99/92, ONSA 1993/2, poz. 44).

Należy zatem stwierdzić, że akty prawa miejscowego o charakterze porządkowym mają raczej charakter nadzwyczajny i na ich podstawie można ustanawiać nakazy i zakazy, które tylko bezpośrednio służą realizacji wskazanych w upoważnieniu przesłanek, np. zapewnieniu ochrony życia lub zdrowia obywateli. W konsekwencji <przepisy porządkowe winny wskazywać dobra, które za ich pomocą mają chronić i określać przedsięwzięcia niezbędne w tym celu> (M. Kotulski, *Akty prawa...*, s. 36 - przyp. Autora).

<Organy samorządu terytorialnego mogą wprawdzie wydawać przepisy porządkowe (...) ale tylko w zakresie nieuregulowanym w odrębnych ustawach

lub innych przepisach powszechnie obowiązujących, a nadto tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego> (wyrok SN z 4.12.2001 r., V KKN 293/01, LEX nr 51576).

Warunkiem koniecznym do zastosowania formy przepisu porządkowego jest zatem właściwa ocena, czy występuje owa <niezbędność> ochrony dobra wymienionego w przepisach prawa” (*op. cit.*).

Kolejną przesłanką dopuszczalności wydawania przez radę gminy przepisów porządkowych jest **lokalny charakter sprawy**.

Omawiając tę przesłankę, B. Dolnicki stwierdził, że „[n]iedopuszczalne jest wydawanie przepisów porządkowych w odniesieniu do zjawisk występujących w całym kraju, a więc sfery stosunków społecznych, która wymaga generalnych uregulowań. Przepisy porządkowe należą do prawa lokalnego i nie można za ich pomocą likwidować braków ustawodawstwa obowiązującego na terenie całego kraju lub likwidować zagrożeń mających znaczenie ogólnokrajowe. Ewentualne luki ustawowe nie mogą być zapełnione przepisami porządkowymi” (*op. cit.*).

Podobnie obiektywna przesłanka stanowienia aktów prawa lokalnego o charakterze porządkowym w gminie (przesłanka dotycząca stanu prawnego, to jest braku uregulowania materii objętej uchwałą w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących) jest interpretowana w postępowaniach: administracyjnym oraz sądowoadministracyjnym.

W orzecznictwie sądów administracyjnych wskazuje się, między innymi, że:

- „[a]rtykuł 40 ust. 3 u.s.g. 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”, oraz że „[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” (uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 lipca 2006 r., w sprawie o sygn. akt II GSK 68/06, LEX nr 267157);

- „[p]rzepisy porządkowe mogą być wydane w zakresie nieuregulowanym w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących, jeżeli jest to niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego (art. 40 ust. 3 u.s.g.). **Taka redakcja podstawy prawnej przepisów porządkowych oznacza, że oba powyższe wymogi (brak uregulowania oraz konieczność ochrony wymienionych wartości porządku prawnego) muszą być spełnione kumulatywnie** (podkr. wł.), co trafnie podkreślił w zaskarżonym wyroku Sąd administracyjny I instancji. (...)

Po pierwsze, skarga kasacyjna przyznaje, że częściowo zakres uchwały zakwestionowanej przez Wojewodę L. pokrywa się z uregulowaniem art. 51 k.w. (przedmiotem kontroli w tej sprawie jest uchwała Rady Miejskiej w K. D. podjęta na podstawie art. 40 ust. 3 i 4 ustawy o samorządzie gminnym, która zakazała używania na terenie Miasta i Gminy K. D. materiałów i środków pirotechnicznych o działaniu hukowym i błyskowym, zwanych potocznie <fajerwerkami> (§ 1 uchwały). Zakaz ten nie obowiązuje w dniach 31 grudnia i 1 stycznia każdego roku kalendarzowego (§ 2 uchwały). Podmioty naruszające powyższy zakaz podlegają karze grzywny, wymierzanej w trybie i na zasadach prawa o wykroczeniach (§ 3 uchwały) - przyp. wł.]. Dlatego prawidłowa była konkluzja Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie, że już z tego względu nie można uznać, że Rada uregulowała obszar nieuregulowany ustawowo.

Wprowadzenie do porządku prawnego art. 51 k.w. miało podwójny skutek prawny, tj. zarówno skutek pozytywny (zakaz zachowań tam wskazanych), jak i **skutek negatywny (zakaz poszerzania obszaru zakazanego w drodze miejscowych przepisów porządkowych)**. **Obowiązujący art. 51 k.w. czyni nieaktualną tezę gminy o regulowaniu sprawy, która wcześniej nie była przedmiotem przepisów ustawowych.** Nie można twierdzić, że sprawa używania tzw. fajerwerków znajdowała się poza obszarem regulacji ustawowej w momencie podejmowania uchwały zakwestionowanej przez organ nadzoru [podkr. wł.]. Rada Miejska w K. D. podjęła zakwestionowaną uchwałę, ponieważ (jak zaznaczono w skardze kasacyjnej) Rada nie była usatysfakcjonowana zakresem uregulowania ustawowego. Prawdłowo Sąd I instancji wskazał, że w takim przypadku aktywność władz gminnych powinna być skoncentrowana na egzekwowaniu prawa już obowiązującego, a nie - na tworzeniu dodatkowych regulacji, gdyż te są zarówno zbędne, jak i nieważne. **W istocie uchwała wkraczała w obszar regulacji ustawowej, celem jej modyfikacji i tym samym stanowiła próbę lokalnej nowelizacji art. 51 k.w.** (podkr. wł.), co oczywiście w każdym przypadku jest niedozwolone i uzasadnia stwierdzenie nieważności takiego przepisu gminnego.

NSA uznaje więc, że uchwała będąca przedmiotem zaskarżonego rozstrzygnięcia nadzorczego nie wypełnia luki prawnej, ale zmienia sposób uregulowania tego samego zagadnienia, które jest przedmiotem art. 51 k.w. (podkr. wł.)” [uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 czerwca 2008 r., w sprawie o sygn. akt II OSK 268/08, LEX nr 465053);

- „[n]awiązując do pierwszej z określonych wskazanym przepisem przesłanek, tj. <braku uregulowania w odrębnych ustawach lub innych aktach powszechnie obowiązujących> podzielić należy stanowisko składającego skargę prokuratora, iż dla przyjęcia, że została ona spełniona, konieczne jest istnienie pewnego zakresu nieuregulowanego w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących, a więc zweryfikowanie przez organ

obowiązującego stanu prawnego i stwierdzenie, że materia stanowiąca przedmiot zamierzonej regulacji nie została dotychczas unormowana w ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących” (uzasadnienie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 8 grudnia 2010 r., w sprawie o sygn. akt IV SA/Po 793/10, LEX nr 821207);

- „[p]rzechodząc do rozważań na temat pierwszej, obiektywnej przesłanki (czyli przesłanki dotyczącej stanu prawnego, to jest braku uregulowania materii objętej uchwałą w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących - przyp. wł.) należy wskazać, że **chodzi tu o istnienie pewnego zakresu nieuregulowanego** (podkr. wł.) w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących. **Konieczne jest więc zbadanie obowiązującego stanu prawnego i stwierdzenie, że materia stanowiąca przedmiot zamierzonej regulacji nie została dotychczas unormowana w ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących** (podkr. wł.). Celem ustawodawcy było przede wszystkim wyeliminowanie możliwości dublowania, modyfikacji czy zmiany aktów powszechnie obowiązujących przez przepisy porządkowe.

W glosie aprobowanej do wyroku z dnia 3 grudnia 2004 r. (sygn. akt GSK 1132/04, OSP 2005/9 poz. 109) M. Stahl stwierdziła, iż <Wydanie przepisów porządkowych, w sytuacji gdy istnieją inne prawne możliwości realizacji zakładanych celów, oznacza brak pierwszej ze wskazanych wcześniej przesłanek. Okoliczności sprawy prowadzą w konsekwencji także do stwierdzenia niespełnienia kolejnej przesłanki: niezbędności podjętej regulacji prawnej.>. Z kolei w wyroku z dnia 13 stycznia 2003 r. Naczelny Sąd Administracyjny (sygn. akt II SA/Kr 2812/02, LexPolonica nr 359426) orzekł, że pojęcie niezbędności obejmuje sytuację, gdy chodzi o konkretne, jednostkowe i bezpośrednie zagrożenie życia, zdrowia, porządku lub spokoju, którego nie da się przezwyciężyć przez wydanie w późniejszym czasie trwalszych przepisów prawnych. **Przepisy porządkowe należą do prawa lokalnego i nie można za**

ich pomocą wypełniać braków ustawodawstwa obowiązującego w całym kraju lub likwidować zagrożenia o ogólnokrajowym znaczeniu. Niewątpliwie zgodzić się też należy z wyrażoną w orzecznictwie sądowym tezą, że brak w ustawie regulacji zawierających określone zakazy nie oznacza braku uregulowań ustawowych danej materii (podkr. wł.)” [uzasadnienie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 17 lutego 2011 r., w sprawie o sygn. akt II SA/Go 26/11, LEX nr 795082);

- „[a]kty prawa miejscowego o charakterze porządkowym, w przeciwieństwie do aktów wykonawczych, nie są wydawane w celu szczegółowej realizacji określonych ustawowych unormowań materialno-prawnych, lecz w celu uregulowania pewnej sfery stosunków społecznych, którą nie zajął się ustawodawca, a której granice wyznacza jedynie przedmiot regulacji (ochrona życia, zdrowia, mienia itp.). Chodzi więc o unormowanie sytuacji lokalnych o charakterze szczególnym, nadzwyczajnym, co do których brak jest regulacji przepisami ogólnopanstwowymi”, oraz że „rady gmin nie mogą w drodze przepisów porządkowych rozszerzać ani precyzować zakazów ustawowych wobec braku upoważnienia dla rad gmin w tym zakresie” (uzasadnienie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 29 listopada 2017 r., w sprawie o sygn. akt II SA/Ke 588/17, LEX nr 2411671).

Z kolei jako przykład orzeczenia organu administracji można wskazać rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego z dnia 15 października 2015 r., numer: KN-I.4131.1.335.2015.2 (dalej: rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego) o stwierdzeniu nieważności, ze względu na istotne naruszenie prawa, „uchwały Nr XI/131/2015 Rady Miejskiej Leszna z dnia 10 września 2015 r. w sprawie wprowadzenia zakazu udzielania innej osobie środków zastępczych służących do odurzania człowieka, sugerujących jednocześnie inne ich właściwe przeznaczenie” (LEX nr 1818267), które, jak przyznał sam Wnioskodawca, stanowiło bezpośrednią przyczynę sformułowania wniosku do Trybunału Konstytucyjnego w niniejszej sprawie.

Otóż w uzasadnieniu rozstrzygnięcia nadzorczego Wojewoda Wielkopolski stwierdził, między innymi, że „[p]rzedmiotową uchwałę podjęto na podstawie art. 40 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. samorządzie gminnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 1515).

W § 1 omawianej uchwały Rada Miejska Leszna postanowiła, że: <W celu ochrony życia i zdrowia mieszkańców Leszna oraz dla zapewnienia spokoju i bezpieczeństwa publicznego zakazuje się udzielania innej osobie, zwłaszcza pod pozorem prowadzenia działalności gospodarczej środków zastępczych w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. 2012, poz. 124, z późn. zm.) służących do odurzania człowieka sugerujących jednocześnie inne ich właściwe przeznaczenie.> Za naruszenie powyższego zakazu w § 2 została przewidziana kara grzywny, a w § 5 Rada określiła, że: <Uchwała wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia w Dz. Urz. Woj. Wielkopolskiego.>

Zgodnie z treścią art. 40 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2015 r. poz. 1515) 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.

Ustęp 4 tego artykułu stanowi, że przepisy porządkowe, o których mowa w ust. 3, mogą przewidywać za ich naruszanie karę grzywny wymierzaną w trybie i na zasadach określonych w prawie o wykroczeniach.

Należy podkreślić, że **stosunkowo duża swoboda pozostawiona organom stanowiącym przepisy porządkowe nie może oznaczać dowolności ich stanowienia, bowiem przepisy prawa miejscowego o charakterze porządkowym mają charakter nadzwyczajny i mogą być wydawane tylko w wyjątkowych, ściśle określonych okolicznościach** (podkr. wł.). Upoważnienie zawarte w powołanym w podstawie prawnej uchwały art. 40 ust. 3 ustawy o

samorządzie gminnym, nie może być interpretowane rozszerzająco, można bowiem ustanawiać jedynie tylko takie zakazy lub nakazy, które bezpośrednio służą realizacji wskazanych w ustawie przesłanek.

Zgodnie z przytoczonym wyżej przepisem, rada gminy może wydawać przepisy porządkowe tylko wówczas gdy łącznie wystąpią przesłanki warunkujące ich podjęcie.

Pierwszą przesłanką jest brak uregulowania określonej materii w ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących, natomiast drugą wystąpienie sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia obywateli oraz zapewnienie porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego. Dokonując analizy przedmiotowej kwestii nie powinno również budzić wątpliwości, że w drodze przepisów porządkowych nie wolno dublować ustaw lub innych przepisów powszechnie obowiązujących, a przy wydawaniu aktu prawa miejscowego o charakterze porządkowym koniecznym jest też stwierdzenie <niezbędności> ochrony wskazanych dóbr. <Niezbędność> nie może być jednak uzasadniana tym, że obowiązujące regulacje prawne są niewystarczające. Przepisy porządkowe nie mogą bowiem prowadzić do uzupełniania (poprawiania) regulacji ustawowych w danym zakresie.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, że przesłanką tworzenia przepisów porządkowych jest istnienie pewnego zakresu nieuregulowanego w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących, co zresztą potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 22 maja 1991 r., SA/Ka 311/91, postanawiając, że <przepis art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie terytorialnym (obecnie gminnym) wymaga przede wszystkim, aby materia mająca być przedmiotem regulacji przez radę gminy - nie była uregulowana w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących>, ponieważ mogłoby to skutkować tym, że <powtórzony przepis będzie interpretowany w kontekście aktu, w którym go powtórzono, co może prowadzić do całkowitej lub częściowej zmiany intencji prawodawcy>.

W przedmiotowej sprawie o zakresie nieuregulowanym można by mówić gdyby w systemie prawnym nie było takich regulacji prawnych, które dają możliwość przeciwdziałania wskazanym zagrożeniom. One jednak w opinii organu nadzoru istnieją. Zaliczyć do nich można ustawę z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. z 2012 r. poz. 124 z późn. zm.) [obecnie - tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 852 ze zm., dalej: ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii - przyp. wł.], a zwłaszcza jej przepisy zawarte w art. 52a (podkr. wł.). Wskazane regulacje prawne zdaniem organu nadzoru w wystarczającym stopniu realizują cel wskazywany przez Radę Miasta Leszna, jako przyczynę uchwalenia przedmiotowego przepisu porządkowego.

W opinii organu nadzoru ustawa ta w sposób kompleksowy określa zadania i uprawnienia organów administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego oraz innych podmiotów w zakresie przeciwdziałania naruszeniom prawa dotyczącym obrotu, wytwarzania, przetwarzania, przerobu i posiadania substancji, których używanie może prowadzić do narkomanii. Ustawa reguluje także zasady i tryb postępowania w zakresie przeciwdziałania narkomanii, między innymi poprzez nadzór nad substancjami, których używanie może prowadzić do narkomanii oraz zwalczanie niedozwolonego obrotu, wytwarzania, przerobu i posiadania substancji, których używanie może prowadzić do narkomanii (podkr. wł.).

Należy zauważyć, że ustawodawca dostrzegając problem dynamicznego rozwoju zjawiska wprowadzania do obrotu nowych substancji posiadających działanie psychoaktywne, nazywanych potocznie <dopalaczami> podjął określone działania wprowadzając nowelizację ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Ustawą z dnia 8 października 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz. U. Nr 213, poz. 1396) do ustawy dodane zostały przepisy art. 44b i 52a.

Podkreślenia wymaga wskazanie na ratio legis nowelizacji, otóż wprowadzenie do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w art. 52a sankcji

administracyjnej z tytułu wytwarzania lub wprowadzania do obrotu środka zastępczego miało na celu szybkie - prewencyjne reagowanie na pojawiające się zagrożenia życia i zdrowia jednostki. Przewidziana tą regulacją kara pieniężna za naruszenie norm ustawy nie jest zatem wyłącznie represją za naruszenie prawa, ale w istocie formą zabezpieczenia przed możliwością wystąpienia negatywnych skutków dla zdrowia i życia. Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii poddaje bowiem ochronie prawnej takie wartości jak dobro publiczne, bezpieczeństwo, zdrowie i życie (podkr. wł.).

Ustanawiając w art. 52a ustawy dolegliwość administracyjną za wytwarzanie lub wprowadzanie do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej środka zastępczego, ustawodawca uznał, że **prócz obowiązujących regulacji penalizujących wprowadzanie do obrotu środków odurzających** (podkr. wł.), substancji psychotropowych lub słomy makowej, w celu realizacji podstawowych założeń ustawy, należy wyodrębnić instytucję odpowiedzialności administracyjnej za wytwarzanie lub wprowadzanie do obrotu na terytorium Polski środków zastępczych, czyli substancji pochodzenia naturalnego lub syntetycznego używanych zamiast środka odurzającego lub substancji psychotropowej lub w takich samych celach jak środek odurzający lub substancja psychotropowa.

Ustawodawca w wyżej wskazanej ustawie nowelizującej przyjął, że każdy przypadek ujawnienia wytworzenia lub wprowadzenia w jakikolwiek sposób do obrotu na terytorium kraju środka zastępczego oznacza, że doszło do złamania wyrażonego w art. 44b ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii zakazu wytwarzania i wprowadzania do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej środków zastępczych i musi to skutkować wymierzeniem sankcji administracyjnej przewidzianej w art. 52a ustawy. **Zakaz określony w art. 44b ustawy oznacza likwidację na terenie Rzeczypospolitej Polskiej obrotu środkami zastępczymi, albowiem obrót ten nie może być legalnie zasilany środkami wytwarzanymi w kraju lub do niego sprowadzanymi** (podkr. wł.).

Obecnie zgodnie z art. 2 ust. 1 ww. ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, przeciwdziałanie narkomanii realizuje się między innymi przez działalność zapobiegawczą, ograniczanie szkód zdrowotnych i społecznych, zwalczanie niedozwolonego obrotu, wytwarzania, przetwarzania, przerobu i posiadania substancji, których używanie może prowadzić do narkomanii. Ustawa w art. 44b generalnie zakazuje wytwarzania i wprowadzania do obrotu środków zastępczych. <Środek zastępczy> to, zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 27 ustawy substancja pochodzenia naturalnego lub syntetycznego używana zamiast środka odurzającego lub substancji psychotropowej lub w takich samych celach jak środek odurzający lub substancja psychotropowa, których wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu nie jest regulowane na podstawie przepisów odrębnych. Z kolei <wprowadzanie do obrotu> to udostępnienie osobom trzecim, odpłatnie lub nieodpłatnie, środków odurzających, substancji psychotropowych, prekursorów lub środków zastępczych (art. 4 pkt 34). Natomiast w myśl art. 52a ust. 1 kto wytwarza lub wprowadza do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej środek zastępczy podlega karze pieniężnej w wysokości od 20 000 zł do 1.000.000 zł. Przedmiotową karę pieniężną wymierza, w drodze decyzji, właściwy państwowy inspektor sanitarny.

Organ nadzoru podziela stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażone w wyroku z dnia 2 czerwca 2015 r. Sygn. akt II OSK 2684/13 (LEX nr 1780531 - przyp. wł.), w którym Sąd stwierdza, że: <pojęcie <<wprowadzenia do obrotu>> środków zastępczych, o którym mowa w art. 4 pkt 34 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oznacza udostępnianie ich odpłatnie lub nieodpłatnie osobom trzecim zarówno niebędącymi ich konsumentami, jak będącymi ich konsumentami tj. nabywającymi je w celu własnego spożycia. **Ustawodawca w hipotezie i dyspozycji normy art. 52a ust. 1-3 ustawy wyraźnie wskazuje, że odpowiedzialności administracyjnej podlega obiektywnie każdy, kto wprowadza do obrotu środek zastępczy (tzw. dopalacz). Prowadząc postępowanie w celu wymierzenia kary pieniężnej,**

organ inspekcji sanitarnej ustala i ocenia, czy doszło do <<wprowadzenia do obrotu>>, czyli do udostępnienia w jakiejkolwiek formie i jakimkolwiek celu, osobie trzeciej odpłatnie lub nieodpłatnie, środka zastępczego.> (podkr. wł.)

Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że treść normy art. 52a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii wyraźnie wskazuje, że **nie chodzi tu o odpowiedzialność za przestępstwo, czyli o czyn zabroniony pod groźbą kary, ponieważ odpowiedzialność karną przewidują odrębne przepisy zamieszczone w rozdziale 7 ustawy (art. 53-74)** [podkr. wł.]. W procesie dekodowania treści normatywnej tego przepisu nie powinno się zatem odwoływać do poglądów doktryny i judykatury ukształtowanych na gruncie przepisów karnych zawartych w rozdziale 7 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, a zwłaszcza tych ukształtowanych przed wejściem w życie noweli ustawy z dnia 8 października 2010 r., albowiem ugruntowały się one na tle innego reżimu normatywnego zasadniczo penalizującego wprowadzanie do obrotu środków odurzających, substancji psychotropowych lub słomy makowej, czyli narkotyków.

Dodatkowo w przedmiotowej sprawie należy również zwrócić uwagę na kolejną przesłankę dopuszczalności stosowania porządkowego aktu prawa miejscowego, jaką jest charakter lokalny sprawy. **Bez wątplenia problem ochrony życia, zdrowia obywateli w sprawach związanych z szeroko rozumianym wprowadzaniem do obrotu narkotyków i środków zastępczych nie jest problemem lokalnym, np. jednego miasta, niedopuszczalne jest zatem wydawanie przepisów porządkowych w odniesieniu do zjawisk występujących w całym kraju, a więc sfery stosunków społecznych, która wymaga generalnych uregulowań** (podkr. wł.). Przepisy porządkowe należą do prawa lokalnego i nie można przy ich pomocy likwidować braków ustawodawstwa obowiązującego na terenie całego kraju lub likwidować zagrożeń mających znaczenie ogólnokrajowe. Ewentualne luki ustawowe nie mogą być zapełnione przepisami porządkowymi. Wszelkie zatem postulaty w zakresie

zmiany stanu prawnego w tej materii powinny być kierowane pod adresem organów centralnych właściwych w procesie legislacyjnym. (...)

W świetle wyżej wskazanych rozważań, w opinii organu nadzoru, podjęcie kwestionowanej uchwały w istocie powoduje wkroczenie w obszar regulacji ustawowej celem jej modyfikacji i dostosowania do lokalnych potrzeb, co uznać należy za nieuprawnione i pozbawione podstaw prawnych” (*op. cit.*).

Trzeba dodać, iż, zgodnie z informacją udzieloną przez Wnioskodawcę, „[r]ozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Wielkopolskiego zostało następnie utrzymane przez Wojewódzki Sąd Administracyjny” (uzasadnienie wniosku, s. 6).

Skoro zatem przywrócenie w niniejszej sprawie zgodności z Konstytucją ma, zdaniem Wnioskodawcy, polegać na wprowadzeniu do art. 40 ust. 3 i 4 ustawy o samorządzie gminnym normy umożliwiającej radom gmin wydawanie przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym, „jeżeli jest to niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego”, także wtedy, gdy za naruszenie tych samych dóbr „w odrębnych ustawach lub innych w przepisach powszechnie obowiązujących” przewidziano sankcję o charakterze administracyjnym, to należałoby uznać, iż rzeczywistym zarzutem Wnioskodawcy jest **niedostatek treściowy tej regulacji**, co oznacza, że niezgodności z Konstytucją Rada Miasta Leszna upatruje tutaj **nie w wynikającym z wykładni autentycznej (treści ustawowej) rzeczywistym brzmieniu tego przepisu, ale w treści, której przepis ten nie zawiera, podczas gdy, w ocenie Wnioskodawcy, zawierać powinien.**

W takiej sytuacji, przed podjęciem rozważań merytorycznych konieczne jest rozstrzygnięcie, czy w tym przypadku mamy do czynienia z „pominięciem”, czy też z, niepodlegającym kognicji Trybunału Konstytucyjnego, „zaniechaniem” ustawodawczym.

W jednym z nowszych orzeczeń poświęconych kontroli konstytucyjności pominięć prawodawczych - w postanowieniu z dnia 17 października 2018 r., w sprawie o sygn. akt SK 11/17 - Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „[w] orzecznictwie TK odróżnia się pominięcie od zaniechania prawodawczego. Zaniechanie ustawodawcze występuje wtedy, gdy ustawodawca w ogóle nie ustanowił określonych regulacji prawnych. Trybunał konsekwentnie przyjmuje, że do jego kompetencji nie należy orzekanie w sprawach tego rodzaju, nawet jeżeli obowiązek regulacji danej materii wynika z Konstytucji. W myśl art. 188 Konstytucji, Trybunał jest bowiem właściwy do orzekania przede wszystkim w zakresie oceny hierarchicznej zgodności aktów normatywnych. <Z zaniechaniem prawodawczym związany jest całkowity brak ingerencji prawodawcy w system prawa (...). Inaczej jest w przypadku pominięcia: prawodawca tworzy przepisy prawne, dając wyraz temu, że normuje pewną dziedzinę spraw, lecz czyni to z punktu widzenia Konstytucji wadliwie. Jest przy tym obojętne, czy jego aktywność legislacyjna podjęta jest w następstwie wykonania ciążącego na nim obowiązku uregulowania jakichś spraw, czy też uczynił użytek z kompetencji prawodawczej, ponieważ uznał to za celowe> (wyrok z 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11, OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 119).

Trybunał stoi na stanowisku, że nie ma kognicji do orzekania o zaniechaniach ustawodawczych, natomiast ma kompetencję w zakresie orzekania o tzw. pominięciach, ponieważ <o ile parlamentowi przysługuje bardzo szerokie pole decyzji, jakie materie wybrać dla normowania w drodze stanowionych przez siebie ustaw, to skoro decyzja taka zostanie już podjęta, regulacja danej materii musi zostać dokonana przy poszanowaniu wymagań konstytucyjnych> (wyrok z 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 216).

Pominięcie prawodawcze polega na tym, że ustawodawca co prawda unormował jakąś dziedzinę stosunków społecznych, ale dokonał tego w sposób niepełny, regulując ją tylko fragmentarycznie; pominął pewien element regulacji, który powinien być <integralną, funkcjonalną częścią jakiejś normy>

(podkr. wł.) [wyrok z 10 maja 2004 r. o sygn. SK 39/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 40]. Trybunał może więc ocenić zgodność ustawy z Konstytucją również pod względem tego, czy w jej przepisach nie brakuje unormowań, których brak może budzić wątpliwości z punktu widzenia zgodności z Konstytucją (...). W postanowieniu TK z 8 lutego 2017 r., sygn. P 44/15 (OTK ZU A/2017, poz. 3), stwierdzono, że <w sytuacji gdy w akcie prawnym wydanym i obowiązującym prawodawca reguluje jakieś zagadnienie w sposób niepełny, fragmentaryczny, mamy do czynienia z pominięciem prawodawczym. «Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować» >. Takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Trybunału (...). **Pominięcia prawodawcze są związane na ogół z brakiem zapewnienia właściwej realizacji konkretnych praw lub wolności przysługujących podmiotom danej kategorii. Niekiedy dotyczą także braków pewnych elementów w ramach określonego rodzaju procedur, które powodują pozbawienie możliwości realizacji praw określonej kategorii podmiotów** (podkr. wł.) [...].

Bywa, że granica między zaniechaniem a pominięciem prawodawczym nie jest jednoznaczna i w praktyce jej określenie może budzić wątpliwości. Niemniej w orzecznictwie TK wypracowano kryteria pomocne w odróżnieniu tych przypadków. **Pierwszym jest ratio legis kwestionowanego przepisu, które może wskazywać, czy zarzucany brak określonej regulacji nie stanowi zamierzonego działania ustawodawcy, chcącego pozostawić określone zagadnienie poza regulacją prawną** (podkr. wł.) (...). Niecelowość zaniechania unormowania określonej materii może wskazywać, że w sprawie występuje pominięcie prawodawcze. Drugie kryterium Trybunał wskazał w szczególności w postanowieniu z 5 marca 2013 r., sygn. K 4/12 (OTK ZU nr 3/A/2013, poz. 30) stwierdzając, że <odróżnienie «zaniechania ustawodawczego» od regulacji «fragmentarycznej i niepełnej» uzależnione było [jest] od odpowiedzi, czy istotnie

w danej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość albo przynajmniej daleko idące podobieństwo materii unormowanych w danym przepisie i tych, pozostawionych poza jego zakresem>. **Pominięcie prawodawcze może zatem występować wtedy, gdy materia pominięta w przepisie oraz materia w nim uregulowana są jakościowo tożsame albo bardzo do siebie zbliżone** (podkr. wł.). Kryterium to jest szczególnie widoczne na tle spraw, w których kwestionowanemu przepisowi zarzuca się naruszenie konstytucyjnej zasady równości (...). **Trzecim kryterium jest źródło skierowanego do ustawodawcy nakazu regulacji danej materii; nakaz ten powinien wynikać z Konstytucji** (podkr. wł.)” [OTK ZU seria A z 2018 r., poz. 61].

W uzasadnieniu postanowienia z dnia 2 grudnia 2014 r., w sprawie o sygn. akt SK 7/14, Trybunał Konstytucyjny, nawiązując do swojego dotychczasowego orzecznictwa, wyjaśnił, że „punktem wyjścia dla oceny, czy rozwiązanie postulowane przez podmiot inicjujący postępowanie stanowi zaniechanie, czy pominięcie ustawodawcze, powinno być zbadanie, czy materie pozostawione poza zakresem danego przepisu i materie w nim unormowane wykazują <jakościową tożsamość> (albo przynajmniej daleko idące podobieństwo [...]). Na tej podstawie można ustalić zakres bezczynności regulacyjnej ustawodawcy i rodzaj luki prawnej poddanej ocenie Trybunału Konstytucyjnego. Całkowity brak regulacji danej kwestii (jej jakościowa odmienność od materii unormowanych w zaskarżonym przepisie) traktowany jest jako zaniechanie ustawodawcze (w doktrynie zwane także zaniechaniem właściwym albo absolutnym), nie podlegające kontroli Trybunału. Jej uregulowanie w sposób niepełny (niewystarczający, niekompletny, przy założeniu jakościowej tożsamości brakujących elementów z elementami ujętymi w zaskarżonym przepisie) stanowi zaś pominięcie prawodawcze (zwane także zaniechaniem względnym albo częściowym). Może ono być badane przez Trybunał - jednak tylko wtedy, gdy na poziomie Konstytucji istnieje <norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej> (postanowienie z 1 marca 2010 r., sygn. SK 29/08,

OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 29), czyli w danym obszarze obowiązuje konstytucyjny nakaz uregulowania kwestii pominiętych w określony sposób.

Pomocniczym kryterium stosowanym niekiedy do odróżnienia zaniechania od pominięcia ustawodawczego jest przesłanka celowego i świadomego działania prawodawcy (ustawodawcy): jeżeli dane rozwiązanie zostało w zamierzony sposób pozostawione poza zakresem regulacji, należy je kwalifikować jako zaniechanie ustawodawcze (...). Wystąpienie pominięć prawodawczych jest natomiast bardziej prawdopodobne w wypadku regulacji sprawiających wrażenie przypadkowych (np. pozostawionych z poprzedniej wersji przepisu), absurdalnych albo oczywiście dysfunkcyjnych”, po czym dodał, iż **„[z]astosowanie powyższych reguł podlega jeszcze dalszym obostrzeniom** (podkr. wł.)”, i wskazał, że „[p]rzy ocenie <jakościowej tożsamości> materii pominiętych i unormowanych w zaskarżonym przepisie konieczna jest daleko posunięta ostrożność: <zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieunormowanych z tymi, które znalazły swoją wyraźną podstawę w treści badanego przepisu, grozi bowiem każdorazowo postawieniem zarzutu o wykraczanie przez Trybunał Konstytucyjny poza sferę kontroli prawa i uzurpowanie sobie uprawnień o charakterze prawotwórczym> (powołane postanowienie o sygn. SK 17/02 [chodzi o postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2002 r., OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 98 - przyp. wł.]).

Skuteczne zakwestionowanie pominięcia prawodawczego wymaga od podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym także wyjątkowej staranności i zaangażowania. Jak stwierdzono we wspomnianym już wyroku o sygn. K 3/00 (chodzi wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 listopada 2001 r., OTK ZU nr 8/2001, poz. 251 - przyp. wł.), **<postawione zarzuty muszą być precyzyjne i nie mogą polegać na wskazaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadawałoby wnioskodawcę** (podkr. wł.). Gdyby istniała możliwość zaskarżenia przepisu pod zarzutem, iż nie zawiera on

regulacji, które w przekonaniu wnioskodawcy winny się w nim znaleźć, każdą ustawę lub dowolny jej przepis można byłoby zaskarżyć w oparciu o tego rodzaju przesłankę negatywną. Gdyby ustawodawca uznał za celowe takie ukształtowanie kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, zawarłby stosowną normę w Ustawie Zasadniczej (...)>. [...]

Powyższe zasady były wielokrotnie operacjonalizowane przez Trybunał Konstytucyjny. Reprezentatywnym przykładem może być postanowienie z 18 czerwca 2013 r., sygn. SK 1/12 (OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 70), w którym wskazano, że określona regulacja <może być uznana za zawierającą unormowanie niepełne w sytuacji, gdy z punktu widzenia zasad konstytucyjnych ma zbyt wąski zakres zastosowania albo pomija treści istotne z punktu widzenia przedmiotu i celu tej regulacji. Ocena, czy ustawodawca dopuścił się pominięcia prawodawczego, wymaga więc a casu ad casum zbadania danego unormowania w kontekście wzorców i wartości konstytucyjnych, które ze względu na naturę tej regulacji muszą zostać poszerzone o daną kategorię podmiotów lub zachowań. To znaczy, że z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada [podkr. wł.] (...). Niezbędnym warunkiem tej analizy jest ustalenie, że w określonej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość materii unormowanych w danym przepisie i tych pozostawionych poza jego zakresem, gdyż zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieuregulowanych z materiami, które znalazły swój wyraz w treści kwestionowanego przepisu, może spowodować wykroczenie przez Trybunał poza sferę kontroli prawa>” (OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123).

Stosując powyższe ustalenia w niniejszej sprawie, należy dojść do wniosku, że niezamieszczenie w art. 40 ust. 3 i 4 ustawy o samorządzie gminnym postulowanej przez Wnioskodawcę normy nadającej radom gmin prawo do wydawania przepisów porządkowych „zagrożonych karą grzywny wymierzaną

w trybie i na zasadach określonych w prawie o wykroczeniach”, gdy „**kwestia ta jest uregulowana w odrębnej ustawie w przepisach niemających jednak charakteru prawnokarnego**”, ale rada gminy uzna, że wydanie przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym „jest niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego”, **stanowi zaniechanie ustawodawcze**.

O ile bowiem można przyjąć, że materia „pominięta”, której wprowadzenia do art. 40 ust. 3 i 4 ustawy o samorządzie gminnym domaga się Wnioskodawca, oraz materia w tych przepisach uregulowana są jakościowo tożsame albo co najmniej bardzo do siebie zbliżone (wszak w obu przypadkach chodzi o uprawnienie rad gmin do wydawania przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym), o tyle **ratio legis kwestionowanych przepisów wyklucza wprowadzenie do nich normy postulowanej przez Wnioskodawcę**.

Ratio legis art. 40 ust. 3 i 4 ustawy o samorządzie gminnym jest umożliwienie radom gmin stanowienia przepisów porządkowych (aktów prawa miejscowego) o charakterze prawnokarnym („wykroczeniowym”), **ale tylko w wyjątkowych, ściśle określonych w tych przepisach okolicznościach**, a mianowicie gdy:

- 1) materia objęta uchwałą nie jest uregulowana w ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących (przesłanka obiektywna);
- 2) jest to niezbędne dla ochrony dóbr enumeratywnie wymienionych w art. 40 ust. 3 tejże ustawy (przesłanka subiektywna).

W tym miejscu, odnośnie do „przesłanki obiektywnej”, należy przypomnieć, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie sądowym konsekwentnie przyjmuje się, iż **brak regulacji zawierających określone zakazy nie oznacza braku uregulowań ustawowych dotyczących danej kwestii**, oraz że na gruncie przepisu art. 40 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym o „zakresie nieuregulowanym” można mówić wyłącznie wtedy, gdy **w systemie prawa powszechnie obowiązującego nie ma innych regulacji zezwalających**

na eliminację dostrzeżonych przez gminę, niepożądanych w myśl tego przepisu zjawisk („zakres nieuregulowany” należy zatem utożsamiać wyłącznie z istnieniem pewnej luki w treści przepisów prawnych powszechnie obowiązujących, rozumianej jako **brak regulacji zawartej w innych przepisach, która w pełni rozstrzyga normatywnie dane zagadnienie**, a nie jedynie ogólnikowo je zamarkowuje) [*vide* - cytowany wcześniej komentarz B. Dolnickiego do art. 40 ustawy o samorządzie gminnym].

Trzeba też pamiętać o tym, że rada gminy nie może rozszerzać zakazów ustawowych, **ograniczając dodatkowo sferę praw obywatelskich**, jeżeli ustawa szczególna nie upoważniła jej do stanowienia takich ograniczeń w formie przepisów gminnych (*vide* - cytowany wcześniej przez B. Dolnickiego wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 czerwca 1992 r., w sprawie o sygn. akt II SA 99/92).

Z kolei przesłanką dopuszczalności wydawania przez radę gminy przepisów porządkowych, która nie wynika z treści zaskarżonych przepisów, lecz z art. 40 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym upoważniającego gminę do wydawania aktów prawa miejscowego obowiązującego **wyłącznie** na jej obszarze, jest **lokalny charakter sprawy**, co oznacza, że niedopuszczalne jest wydawanie przez radę gminy przepisów porządkowych **w odniesieniu do zjawisk występujących w całym kraju, a więc w sferze stosunków społecznych, która wymaga generalnych uregulowań** (szerzej na ten temat w cytowanym wcześniej komentarzu B. Dolnickiego do art. 40 ustawy o samorządzie gminnym).

Z treści zarzutu sformułowanego przez Wnioskodawcę wynika, że norma „uzupełniająca” zaskarżone regulacje miałyby wprowadzić możliwość stanowienia przez radę gminy przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym także wtedy, gdy **dana kwestia została już uregulowana w odrębnej ustawie** w przepisach niemających jednak charakteru prawnokarnego, jeżeli tylko rada gminy uzna tego rodzaju „nieprawnokarną” ustawową regulację

za niewystarczającą „dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego”.

Skoro jednak „dana kwestia”, jak wynika już nawet z treści samego zarzutu wniosku, została w pewien sposób („jakoś”) [w ocenie Wnioskodawcy - w sposób niewystarczający] uregulowana w ustawie, to należy przyjąć, że *per se* nie ma ona lokalnego charakteru i, jako odnosząca się do zjawisk występujących w całym kraju, wymaga generalnych uregulowań.

W przedstawionej sytuacji ewentualnych braków w ustawie, czyli w akcie prawnym obowiązującym powszechnie na terenie całego kraju, nie można likwidować za pomocą przepisów porządkowych należących do prawa lokalnego, obowiązującego tylko na obszarze tej jednostki samorządu terytorialnego (w tym przypadku chodzi o obszar jednej gminy), której organ je ustanowił.

Wszystko to prowadzi do wniosku, iż nieprzyznanie radzie gminy prawa do wydawania przepisów porządkowych „zagrożonych karą grzywny wymierzaną w trybie i na zasadach określonych w prawie o wykroczeniach”, gdy dana „kwestia (...) **jest już uregulowana w odrębnej ustawie w przepisach niemających jednak charakteru prawnokarnego**”, nawet wówczas, gdy wydanie przepisów porządkowych o charakterze prawnokarnym, w ocenie konkretnej rady, „jest niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego”, **jest zgodne z *ratio legis* zaskarżonych przepisów.**

Wszak przepisy art. 40 ust. 3 i art. 40 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym zawierają normę ogólną określającą warunki, które muszą zostać łącznie spełnione, aby rada gminy mogła wydać przepisy porządkowe o charakterze prawnokarnym.

W tej sytuacji niewprowadzenie w tych przepisach wyjątku od normy ogólnej, sprowadzającego się do rezygnacji z któregośkolwiek z określonych w niej warunków, należy uznać za świadomy wybór ustawodawcy, czyli zaniechanie ustawodawcze.

Ponadto trzeba dostrzec, iż regulacja w art. 40 ust. 3 i art. 40 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym materii, której wprowadzenia do tych przepisów domaga się Wnioskodawca, a którą ustawodawca celowo pominął, nie jest nakazana przez Konstytucję.

Konstytucja nie gwarantuje samorządom terytorialnym wydawania aktów prawa miejscowego w nieograniczonym zakresie.

Wprost przeciwnie, jednymi z podstawowych elementów, składających się na pojęcie „aktu prawa miejscowego”, jakie pozwala wyodrębnić treść art. 87 ust. 2 i art. 94 Konstytucji, są bowiem:

- obowiązywanie powszechnie na obszarze działania organów, które go ustanowiły (a więc lokalnie);
- stanowienie na podstawie i w granicach ustaw.

Reasumując, należy - na tle wypracowanych przez Trybunał Konstytucyjny kryteriów - stwierdzić, że, zarzucane przez Wnioskodawcę zaskarżonym przepisom, pominięcie prawodawcze nie zachodzi, co powoduje konieczność umorzenia postępowania w tej sprawie na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Jedynie na marginesie, nawiązując do uchwały Rady Miasta Leszna wprowadzającej „zakaz sprzedaży tzw. dopalaczy pod pozorem prowadzenia działalności gospodarczej”, z uwagi na brak, w ocenie Wnioskodawcy, „przepisów, które umożliwiłyby samorządom terytorialnym skuteczną walkę z tego rodzaju zjawiskiem”, należy zauważyć, iż ustawą z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz. U. z 2018 r., poz. 1490) [dalej: ustawa nowelizująca], do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii dodano nowy przepis - **art. 53 ust. 1a**, który „**rozszerza penalizację zachowań wymienionych w art. 53 ust. 1 ustawy**

na nowe substancje psychoaktywne, tzw. dopalacze (podkr. wł.). Definicja pojęcia <nowa substancja psychoaktywna> zawarta jest w art. 4 pkt 11a ustawy i oznacza każdą substancję lub grupy substancji pochodzenia naturalnego lub syntetycznego w formie czystej lub w formie preparatu działającą na ośrodkowy układ nerwowy, inną niż substancja psychotropowa i środek odurzający, stwarzającą zgodnie z rekomendacją Zespołu do spraw oceny ryzyka zagrożeń dla zdrowia lub życia ludzi związanych z używaniem nowych substancji psychoaktywnych, o której mowa w art. 18b ust. 1 pkt 3 ustawy, zagrożenia dla zdrowia lub zagrożenia społeczne porównywalne do zagrożeń stwarzanych przez substancję psychotropową lub środek odurzający, albo które naśladują działanie tych substancji, określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 44f pkt 3 ustawy” (B. Kurzępa, *Komentarz do art. 53 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1606400407398_825199248).

Ustawa nowelizująca obowiązuje od dnia 21 sierpnia 2018 r.

Dodać trzeba, że czyn opisany w art. 53 ust. 1a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest kwalifikowany **jako przestępstwo** zagrożone grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3.

Ponadto, **od dnia 21 sierpnia 2018 r., za przestępstwo** (zagrożone grzywną i karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8) odpowiada także ten, kto, wbrew przepisom art. 33-35, art. 37, art. 40 i art. 40a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, wprowadza do obrotu **nowe substancje psychoaktywne** albo uczestniczy w takim obrocie (*vide* - art. 56 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii).

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej wskazano, między innymi, że został on opracowany „ze względu na pilną potrzebę wdrożenia kolejnych działań ograniczających zjawisko wytwarzania i wprowadzania do obrotu środków zastępczych i nowych substancji psychoaktywnych, w tym wynikających z przyjęcia na poziomie Unii Europejskiej nowych rozwiązań prawnych umożliwiających objęcie nowych substancji psychoaktywnych

procedurą oceny zagrożeń na poziomie Unii Europejskiej i procedurą poddania danej substancji środkom kontroli i sankcjom karnym takim samym, jak przewidziane w prawie krajowym wobec substancji psychotropowych (narkotyków). Powyższe zostało również uwzględnione w odnośniku drugim do projektu ustawy oraz w zmianie art. 1 ustawy, przez odesłanie do odpowiedniego rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady. (...)

W wyniku prac nad materią tak dynamiczną jak zjawisko narkotyków i <dopalaczy> oraz uzależnień już w 2015 r. przyjęto szereg nowych rozwiązań, które wprowadziła ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 875). Najważniejsze z nich to: usprawnienie procedury wycofywania z obrotu niebezpiecznych dla życia i zdrowia substancji, umożliwienie organom służby celnej egzekwowania zakazu ich przywozu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, objęcie kontrolą ustawową 114 nowych substancji, które oferowane były w sklepach z <dopalaczami> oraz powołanie Zespołu do spraw oceny ryzyka zagrożeń dla zdrowia lub życia ludzi związanych z używaniem nowych substancji psychoaktywnych. Na podstawie wyników pracy ekspertów z różnych dziedzin nauki, będących członkami ww. Zespołu, minister właściwy do spraw zdrowia między innymi podejmuje decyzje w sprawie umieszczenia wskazanej substancji w wykazie nowych substancji psychoaktywnych albo w wykazie środków odurzających, albo w wykazie substancji psychotropowych. Oceny i rekomendacje Zespołu minister właściwy do spraw zdrowia podaje do publicznej wiadomości na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej.

W wyniku nowelizacji przyjętej w dniu 1 lipca 2015 r. stosowane są dwie definicje do określenia <dopalaczy> - środka zastępczego oraz nowej substancji psychoaktywnej (podkr. wł.).

W świetle definicji ustawowej środek zastępczy jest produktem zawierającym co najmniej jedną nową substancję psychoaktywną lub inną substancję o podobnym działaniu na ośrodkowy układ nerwowy, który może być

użyty zamiast środka odurzającego lub substancji psychotropowej lub w takich samych celach jak środek odurzający lub substancja psychotropowa, których wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu nie jest regulowane na podstawie przepisów odrębnych; do środków zastępczych nie stosuje się przepisów o ogólnym bezpieczeństwie produktów. Natomiast przez nową substancję psychoaktywną rozumie się substancję pochodzenia naturalnego lub syntetycznego w każdym stanie fizycznym, o działaniu na ośrodkowy układ nerwowy, określoną w rozporządzeniu wydawanym na podstawie art. 44b ust. 2 ustawy. Obecny wykaz nowych substancji psychoaktywnych zawarty w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 7 sierpnia 2017 r. w sprawie wykazu nowych substancji psychoaktywnych (Dz. U. poz. 1582) zawiera 21 substancji. **Wobec powyższego, wykrycie w <dopalaczu> substancji, która znajduje się w wykazie jest niezaprzeczalnym dowodem na jej psychoaktywny charakter** (podkr. wł.), co znacznie skraca i ułatwia procedurę prowadzoną przez Państwową Inspekcję Sanitarną. Jednocześnie, w przypadku gdy w zarekwirowanym produkcie w wyniku badań stwierdzono obecność substancji, która wykazuje działanie na ośrodkowy układ nerwowy, a której nie ma w wykazie nowych substancji psychoaktywnych, substancja wciąż spełnia definicję środka zastępczego.

Jednak rozpatrując skuteczność podejmowanych dotychczas działań, w tym rozpowszechnienie oraz dostępność tzw. <dopalaczy>, jak również liczbę zatruć, która utrzymuje się na poziomie ok. 300 zatruć miesięcznie, przeniesienie się sprzedaży tych substancji do formy nieoficjalnej, konieczne jest przyjęcie nowego podejścia do tego niebezpiecznego zjawiska.

Dynamiczny rozwój wprowadzania do obrotu środków zastępczych oraz nowych substancji psychoaktywnych sprawił, że dotychczasowe przepisy, które kwestię odpowiedzialności za czyny zabronione w zakresie wytwarzania i wprowadzania do obrotu tych substancji sytuują na poziomie administracyjnym, nie spełniają założonego celu. Mając na uwadze

określoność wykazu nowych substancji psychoaktywnych, jak również prace Zespołu do spraw oceny ryzyka zagrożeń dla zdrowia lub życia ludzi związanych z używaniem nowych substancji psychoaktywnych, w ramach pracy którego oceniono 42 substancje, właściwe jest aby nowe substancje psychoaktywne traktować analogicznie do środków odurzających i substancji psychotropowych. A zatem czyny zabronione względem tych substancji powinny wiązać się z zastosowaniem odpowiedzialności karnej (podkr. wł.).

Zaproponowane w projekcie ustawy zmiany mają na celu objęcie nowych substancji psychoaktywnych kontrolą analogiczną jak środki odurzające i substancje psychotropowe oraz pozostawienie odpowiedzialności administracyjnej w zakresie środków zastępczych.

A zatem kwestia nadzoru nad środkami zastępczymi nie ulegnie zmianie, substancje te będą podlegać analogicznym procedurom jak dotychczas. Natomiast substancje w nich identyfikowane będą podlegały ocenie Zespołu do spraw oceny ryzyka zagrożeń dla zdrowia lub życia ludzi związanych z używaniem nowych substancji psychoaktywnych, który może zarekomendować umieszczenie ich w wykazie nowych substancji psychoaktywnych określanym, w drodze rozporządzenia, przez ministra właściwego do spraw zdrowia (podkr. wł.). [...]

W związku z szybkim tempem pojawiania się niebezpiecznych substancji za zasadne uważa się określanie ich wykazu w rozporządzeniu, w przypadku którego czas niezbędny do prowadzenia prac legislacyjnych jest krótszy niż w przypadku zmiany regulacji ustawowych. Powyższe umożliwi skuteczniejszą oraz szybszą ochronę społeczeństwa przed tymi substancjami (podkr. wł.). Aktualnie wykazy tych substancji umieszczone są w załącznikach nr 1 i 2 do ustawy, i każda zmiana w ich zakresie wymaga nowelizacji tej ustawy, co wiąże się z procesem legislacyjnym uniemożliwiającym wprowadzenie zmian w

odpowiednim czasie, uwzględniającym pojawianie się na rynku nowych substancji. (...)

Projektowany art. 44e wprowadza zasadę, że substancję będącą jednocześnie środkiem odurzającym i nową substancją psychoaktywną albo substancją psychotropową i nową substancją psychoaktywną uznaje się odpowiednio za środek odurzający albo substancję psychotropową.

Przepis art. 44f ustawy zawiera upoważnienie dla ministra właściwego do spraw zdrowia do wydania rozporządzenia określającego wykaz substancji psychotropowych z podziałem na grupy, o których mowa w art. 32, oraz wykaz środków odurzających z podziałem na grupy, o których mowa w art. 31, oraz ze wskazaniem środków odurzających grupy IV-N dopuszczonych do stosowania w lecznictwie zwierząt, zgodnie z art. 33 ust. 2, **a także wykaz nowych substancji psychoaktywnych** (podkr. wł.). Należy zauważyć, że zakres przedmiotowy powyższego upoważnienia nie może budzić wątpliwości z uwagi na precyzyjne definicje określeń substancji i środków, których wykazy mają być objęte tym aktem wykonawczym, zamieszczone w art. 4 pkt 11a, 25 i 26 ustawy, a także określenie szczegółowej procedury rekomendowania nowej substancji do zamieszczenia jej w wykazie, o którym mowa w pkt 3 upoważnienia, odnoszącej się również do ich wpływu na zdrowie lub życie ludzi lub możliwość spowodowania szkód społecznych.

Przyjęcie takiego rozwiązania nie narusza konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege certa* wynikającej z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, gdyż jest podyktowane ochroną zdrowia życia i zdrowia społeczeństwa przed niebezpieczeństwem, jakie powodują te substancje (podkr. wł.)” [uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy nr 2746].

Wszystko to dezaktualizuje argument Wnioskodawcy o braku dostatecznie skutecznych regulacji, zawartych w przepisach powszechnie

obowiązujących w skali kraju, służących przeciwdziałaniu obrotowi tzw. dopalaczami.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego