

**PROBLEMY
NAUK PRAWNYCH
TOM 8**



Praca zbiorowa pod redakcją
Klaudii Pujer

Recenzenci

dr hab. Magdalena Budyn-Kulik, prof. UMCS
dr hab. Agata Jurkowska-Gomułka, prof. WSLiZ
dr Klaudia Pujer

Redakcja

dr Klaudia Pujer

PROBLEMY NAUK PRAWNYCH. TOM 8

exante.com.pl, wydawnictwoexante.pl, Wrocław 2018

Nie wszystkie prawa zastrzeżone: tekst niniejszej publikacji jest dostępny na licencji
Creative Commons (CC BY-NC-ND 4.0)

Uznanie autorstwa – Użycie niekomercyjne – Bez utworów zależnych
4.0 Międzynarodowe

Zezwala się na wykorzystanie publikacji zgodnie z licencją – pod warunkiem zachowania niniejszej
informacji licencyjnej oraz wskazania Wydawnictwa jako licencjobiorcy praw
do korzystania z tekstów i Autorów jako właścicieli praw do tekstów.

Treść licencji jest dostępna na stronie:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/pl/legalcode>

Źródło zdjęć na okładce: pixabay.com (geralt) udostępnione na licencji
CC0 Creative Commons, Public Domain, treść licencji jest dostępna na stronie:

<https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/legalcode.pl>

Wersja elektroniczna publikacji jest wersją pierwotną

Wydawnictwo Exante

Exante Wydawnictwo Naukowe
dr Klaudia Pujer
ul. Buforowa 24 lok. 10, 52-131 WROCŁAW

tel. + 48 606 168 165
wydawnictwo@exante.com.pl
www.exante.com.pl

Wydawca nie ponosi odpowiedzialności za treść, formę i styl rozdziałów

Ark. wyd. 8,3

ISBN 978-83-66187-01-6 (PDF)

ISBN 978-83-66187-00-9 (oprawa miękka)

PROBLEMY NAUK PRAWNYCH

TOM 8

Praca zbiorowa pod redakcją
Klaudii Pujer

Exante
Wrocław 2018

Spis treści

WSTĘP	7
1. EWOLUCJA USTAWODAWSTWA DOTYCZĄCEGO PRZERYWANIA CIĄŻY.....	13
Mateusz Krzysztof Maciejczuk, Mateusz Olchanowski	
WPROWADZENIE.....	13
PRZERYWANIE CIĄŻY – ZAGADNIENIA WPROWADZAJĄCE	14
EWOLUCJA OCHRONY ŻYCIA DZIECKA POCZĘTEGO W UJĘCIU MIĘDZYNARODOWYM NA GRUNCIE PRAWNOKARNYM	16
PRAWNOKARNA OCHRONA ŻYCIA DZIECKA POCZĘTEGO W UJĘCIU POLSKIEGO SYSTEMU PRAWNEGO ...	19
PODSUMOWANIE	21
PIŚMIENNICTWO.....	22
2. PRAWNOKARNE ASPEKTY PRZESTĘPSTW PRZECIWKO ŻYCIU I ZDROWIU DZIECKA W FAZIE PRENATALNEJ.....	25
Mateusz Olchanowski, Mateusz Krzysztof Maciejczuk	
WPROWADZENIE.....	25
PRZEDMIOT OCHRONY I PRZESTĘPSTWA.....	26
STRONA PODMIOTOWA PRZESTĘPSTWA.....	27
STRONA PRZEDMIOTOWA W TYPACH PODSTAWOWYCH	29
STRONA PRZEDMIOTOWA W TYPACH KWALIFIKOWANYCH.....	33
PODSUMOWANIE	35
PIŚMIENNICTWO.....	35
3. PSYCHOLOGICZNE I PSYCHIATRYCZNE ASPEKTY PRZESTĘPSTWA DZIECIOBÓJSTWA	39
Natalia Dąbkowska	
WPROWADZENIE.....	39
PSYCHIATRYCZNE ASPEKTY DZIECIOBÓJSTWA	40
PSYCHOLOGICZNE ASPEKTY DZIECIOBÓJSTWA	44
PODSUMOWANIE	48
PIŚMIENNICTWO.....	49

4. PRZESTĘPSTWA I WYKROCZENIA SKARBOWE PRZECIWKO ORGANIZACJI GIER HAZARDOWYCH.....	51
Monika Utracka	
WPROWADZENIE.....	51
PRZEDMIOT OCHRONY.....	51
REGLAMENTACJA PRAWNA HAZARDU.....	53
PODSUMOWANIE.....	59
PIŚMIENICTWO.....	60
5. ZABIEGI MEDYCyny ESTETYCZNEJ – PACJENT CZY KONSUMENT?.....	63
Krystian Ryś	
WPROWADZENIE.....	63
WOKÓŁ POJĘCIA PACJENTA.....	64
ZABIEG MEDYCyny ESTETYCZNEJ A ŚWIADCZENIE ZDROWOTNE.....	67
PACJENT, KONSUMENT, KLIENT CZY PODOPIECZNY.....	70
PODSUMOWANIE.....	72
PIŚMIENICTWO.....	72
6. POMIĘDZY WROCŁAWIEM A OPOLEM. PRAWNE ASPEKTY FUNKCJONOWANIA MUZEUM PIASTÓW ŚLĄSKICH W BRZEGU W LATACH 1945-1958.....	75
Izabela Kmak-Błaszczuk	
WPROWADZENIE.....	75
MUZEUM PIASTÓW ŚLĄSKICH W BRZEGU – RYS HISTORYCZNY.....	76
GENEZA PODSTAW PRAWNYCH.....	76
PRZYNALEŻNOŚĆ ADMINISTRACYJNA MIASTA BRZEG.....	77
ORGANIZACJA MUZEUM PIASTÓW ŚLĄSKICH W BRZEGU.....	78
PODSUMOWANIE.....	83
PIŚMIENICTWO.....	84
7. POZYCJA USTROJOWA ZARZĄDÓW OSIEDLI I DZIELNIC W POLSKICH MIASTACH.....	87
Tomasz Madras	
WPROWADZENIE.....	87
ZAŁOŻENIA METODOLOGICZNE.....	88
ZASADY FUNKCJONOWANIA JEDNOSTEK POMOCNICZYCH GMIN.....	89
POZYCJA USTROJOWA ZARZĄDÓW OSIEDLI I DZIELNIC.....	93
PODSUMOWANIE.....	96
PIŚMIENICTWO.....	97
8. PUBLICYZACJA PRAWA PRYWATNEGO W USTAWODAWSTWIE CYWILNYM TRZECIEJ RZESZY.....	99
Patrycja Skurska-Popielas	
WPROWADZENIE.....	99
PUBLICYZACJA PRAWA – PRÓBA DEFINICJI.....	100
PRAWO OSOBOWE.....	103
PRAWO RODZINNE.....	106
PRAWO RZECZOWE.....	108

PRAWO SPADKOWE.....	110
PODSUMOWANIE	112
PIŚMIENICTWO.....	112

9. SHARING ECONOMY I COLLABORATIVE CONSUMPTION NA PRZYKŁADZIE DZIAŁALNOŚCI KORPORACJI AIRBNB – WYBRANE ASPEKTY PRAWNE115

Radosław Mieszala	
WPROWADZENIE.....	115
CHARAKTERYSTYKA DZIAŁALNOŚCI SERWISU „AIRBNB”	116
PODATKOWY ASPEKT OPŁAT ZWIĄZANYCH Z PORTALEM „AIRBNB”	118
GRUPY WPŁYWU, LOBBYING PRZECIWKO DZIAŁALNOŚCI PORTALU – STUDIA PRZYPADKÓW	120
<i>Barcelona</i>	120
<i>Berlin</i>	122
<i>Nowy Jork</i>	123
PODSUMOWANIE	125
PIŚMIENICTWO.....	126

10. PRAWO MIĘDZYNARODOWE A PRAWO WEWNĘTRZNE PAŃSTW – ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM KWESTII PRAWA WSPÓLNOTOWEGO I OBOWIĄZUJĄCEJ W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH ZASADY PIERWSZEŃSTWA PRAWA WSPÓLNOTOWEGO129

Aleksandra Nowacka	
WPROWADZENIE.....	129
MONIZM I DUALIZM PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO	130
STOSOWANIE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO NA PRZYKŁADZIE POSZCZEGÓLNYCH PAŃSTW	130
STOSOWANIE PRAWA WSPÓLNOTOWEGO UNII EUROPEJSKIEJ PRZEZ KRAJE CZŁONKOWSKIE	133
<i>Zasada pierwszeństwa w wyrokach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej</i>	134
PIERWSZEŃSTWO PRAWA WSPÓLNOTOWEGO UNII EUROPEJSKIEJ PRZED POLSKIM PRAWEM KRAJOWYM	135
PODSUMOWANIE	137
PIŚMIENICTWO.....	138

11. ANALIZA MOŻLIWOŚCI DOKONANIA ATRYBUCJI CYBERNETYCZNEGO UŻYCIA SIŁY Z TERYTORIUM SPORNEGO W ŚWIETLE TESTU SCHMITTA NA PRZYKŁADZIE WYSPI HANS I MIKRONACJI SEALANDII139

Tomasz Welanyk	
WPROWADZENIE.....	139
SYTUACJA PRAWNA WYSPI HANS.....	140
SYTUACJA PRAWNA I FAKTYCZNA SEALANDII.....	142
ATAK CYBERNETYCZNY Z TERYTORIUM HANS LUB SEALANDII	143
NIEMOŻLIWOŚĆ DOKONANIA ATRYBUCJI I JEJ KONSEKWENCJE.....	144
PODSUMOWANIE	146
PIŚMIENICTWO.....	147

Wstęp

Opracowanie to kolejny – ósmy – tom poświęcony wybranym problemom nauk prawnych. Publikacja składa się z jedenastu rozdziałów. Podobnie jak tomy poprzednie, jest efektem współpracy młodych badaczy z różnych krajowych jednostek naukowych – teoretyków i praktyków.

Monografia prezentuje aktualne i ważne problemy życia społeczno-gospodarczego. Autorzy opisują i diagnozują wybrane zjawiska w ich różnorodności przedmiotowej, eksponując przy tym istotę prawa jako regulatora całokształtu stosunków społecznych.

Publikację otwiera rozdział współautorski pt. *Ewolucja ustawodawstwa dotyczącego przerywania ciąży*, opracowany przez Mateusza Krzysztofa Maciejczuka i Mateusza Olchanowskiego. Opracowanie poświęcono zagadnieniu aborcji zarówno na gruncie ewolucji w prawie międzynarodowym, jak i krajowym. W pierwszej części omówiono wybrane aspekty prawne i społeczne problemu aborcji. Dalej przedstawiono genezę i rys historyczny zjawiska aborcji, co obrazuje ewolucję rozwiązań w obszarze ochrony dzieci nienarodzonych na przestrzeni lat, a także stuleci. Szczególną uwagę poświęcono prawnokarnej ochronie życia dziecka poczętego na gruncie polskim.

Celem rozdziału drugiego, pt. *Prawnokarne aspekty przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu dziecka w fazie prenatalnej* opracowanego przez Mateusza Olchanowskiego i Mateusza Krzysztofa Maciejczuka jest analiza i ocena prawnokarnych aspektów przestępstw przerywania ciąży. W pierwszej części omówiono podmiot oraz przedmiot rodzajowy i indywidualny ochrony przestępstw aborcyjnych. Dalej badaniu poddano stronę podmiotową przestępstwa oraz różnice w postawach psychicznych sprawców czynów do popełnionych przestępstw aborcyjnych. Następnie zbadano stronę przedmiotową przestępstw ujętych w art. 152-154 kodeksu karnego.

Natalia Dąbkowska to autorka rozdziału trzeciego, pt. *Psychologiczne i psychiatryczne aspekty przestępstwa dzieciobójstwa*. Przestępstwo dzieciobójstwa spenalizowane w przepisie art. 149 kodeksu karnego stanowi jedno z przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Celem właściwego uregulowania powyższego przepisu należy rozważyć pozaprawne aspekty dzieciobójstwa – psychiczne oraz psychiatryczne. Bez nich nie byłoby możliwe

właściwe zakwalifikowanie przestępstwa oraz wymiaru kary. Ponadto istotnym jest ustalenie poczytalności sprawcy, motywu popełnienia przestępstwa bądź innych okoliczności niemożliwych do stwierdzenia przez organy ścigania. Podniesiono również jak istotna i niezbędna jest opinia biegłego specjalisty.

Rozdział czwarty, pt. *Przestępstwa i wykroczenia skarbowe przeciwko organizacji gier hazardowych*, przygotowała Monika Utracka. W opracowaniu autorka charakteryzuje aktualnie obowiązujące regulacje dotyczące organizowania i prowadzenia gier hazardowych w Polsce. Część z tych regulacji generuje problemy zarówno praktyczne, jak i teoretyczne, które przedstawiono przy okazji omawiania poszczególnych typów czynów zabronionych. Celem opracowania jest wskazanie zagadnień, które powinny zostać przez ustawodawcę rozwiązane *de lege ferenda* oraz wskazanie kierunku tych zmian.

Krzysztof Ryś opracował rozdział piąty, pt. *Zabieg medycyny estetycznej – pacjent czy konsument?* Zabiegi medycyny estetycznej stanowią coraz bardziej znaczący rodzaj świadczeń zdrowotnych udzielanych przez wykwalifikowanych lekarzy specjalistów. Początkowo były uznane za całkowicie niedopuszczalne. Obecnie stanowią przedmiot żywego zainteresowania i podstawę tzw. *beauty biznesu*. Mają one niehomogeniczny charakter – mogą posiadać wyraźny cel leczniczy lub być go pozbawione. Przy czym pojęcie zdrowia należy w tym wypadku interpretować szeroko. Zasadna jest analiza statusu osoby korzystającej z zabiegów medycyny estetycznej i określenie, czy jest ona pacjentem. Celem opracowania jest ustalenie charakteru prawnego zabiegów medycyny estetycznej oraz statusu osoby z nich korzystającej.

Rozdział szósty, pt. *Pomiędzy Wrocławiem a Opolem. Prawne aspekty funkcjonowania Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu w latach 1945-1958*, opracowała Izabela Kmak-Błaszczuk. Organizacja muzeów na Ziemiach Odzyskanych była zadaniem niezwykle trudnym, z uwagi na zniszczenie obiektów oraz brak fachowców z historii sztuki i konserwatorstwa. Tworzenie od podstaw regulacji prawnych w zakresie zarządzania placówkami muzealnymi, przywrócenie ich działalności na terenach włączonych do państwa polskiego należało do pilnych zadań tworzącej się administracji polskiej. Omówienie regulacji prawnych określających działalność muzeów na Ziemiach Odzyskanych na przykładzie Muzeum w Brzegu ma za zadanie przybliżyć problematykę funkcjonowania instytucji kultury po II wojnie światowej. Celem podjętych rozważań jest analiza prawnych aspektów funkcjonowania Muzeum Piastowskiego w Brzegu w latach 1945-1958. Ramy czasowe obejmują okres od 19 października 1945 r., czyli od daty formalnego przejścia zamku przez Zarząd Miejski w Brzegu, do dnia 1 sty-

cznia 1958 r., w którym nastąpiło przejście Muzeum w Brzegu przez Wojewódzką Radę Narodową w Opolu.

Tomasz Madras przygotował rozdział siódmy, pt. *Pozycja ustrojowa zarządów osiedli i dzielnic w polskich miastach*. Przedmiotem opracowania jest pozycja ustrojowa zarządów jednostek pomocniczych w polskich miastach. W szczególności zakres tematyczny obejmuje zarządy osiedli i dzielnic miast z wyłączeniem Warszawy, której ustrój – ze względu na odrębne uregulowanie ustawowe – stanowi odrębne zagadnienie, a także z wyłączeniem sołectw posiadających jednoosobowy organ wykonawczy. Tak określony zakres pracy wynika z istotnego problemu badawczego: z punktu widzenia obywatela spotykającego się z instytucją jednostek pomocniczych oraz z ich radami i zarządami trudno zrozumieć, czym właściwie zajmują się radni i członkowie zarządów. Szczególnie w dużych miastach prowadzi to do konfuzji: w gminach wiejskich oraz na innych obszarach o charakterze wiejskim tradycyjną i dobrze znaną mieszkańcom instytucją jest sołectwo i funkcja sołtysa; w małych miastach jednostki pomocnicze często nie występują, lub zarządy wybierane są przez zgromadzenie mieszkańców, w Warszawie natomiast stołeczne dzielnice mają zupełnie inną pozycję ustrojową od dzielnic i osiedli innych miast. Nazwy organów nawiązują do lepiej znanych organów samorządów gmin, powiatów i województw, choć jednostki pomocnicze samorządami nie są. Zarządy – jak sugerowałaby nazwa – powinny zajmować się aktywnością z zakresu zarządzania publicznego. Celem rozważań jest weryfikacja hipotezy, że ustawa o samorządzie gminnym nie określa dostatecznie ściśle pozycji ustrojowej zarządów osiedli i dzielnic, w wyniku czego organy te nie wypełniają roli oczekiwanej przez społeczności lokalne.

Rozdział ósmy, pt. *Publicyzacja prawa prywatnego w ustawodawstwie cywilnym Trzeciej Rzeszy*, przygotowała Patrycja Skurska-Popielas. Publicyzacja prawa cywilnego w procesie reform ustrojowych Trzeciej Rzeszy obrazuje upadek tradycyjnego systemu prawa. Wskutek nieograniczonej penetracji państwowego imperium do domeny prywatnej, następuje degradacja klasycznych pojęć i instytucji w dziedzinie prawa osobowego, rodzinnego, prawa własności i spadków. Analiza hitlerowskiego ustawodawstwa dowodzi, że dokonywana przez władzę indoktrynacja polityczna, prowadzi do zawłaszczenia prawa w służbie ideologii. Celem opracowania jest – po pierwsze – ustalenie jednoznacznej definicji publicyzacji prawa prywatnego, po drugie – przeniesienie założeń teoretycznych na grunt praktyki ustawodawczej i ukazanie zwulgaryzowanego przez reżim totalitarny mechanizmu wzajemnego przenikania się prawa publicznego i prawa prywatnego, po trzecie wreszcie – przegląd i systematyzacja przepisów prawa cywilnego wpływających bezpośrednio na pozycję jego podmiotów.

Rozdział dziewiąty, pt. *Sharing economy i collaborative consumption na przykładzie działalności korporacji Airbnb – wybrane aspekty prawne*, opracował Radosław Mieszkańca. Celem opracowania jest analiza i ocena aktywności korporacji Airbnb w kontekście koncepcji ekonomii współdzielenia i kolaboratywnej konsumpcji w ujęciu prawnym, z uwzględnieniem grup wpływu i lobbyingu przeciwko działalności korporacji. W pierwszej części opracowania zarysowano profil działalności spółki Airbnb w Polsce. Kolejno przeanalizowano kwestię opłat związanych z użytkowaniem portalu internetowego „Airbnb”. Dalej omówiono grupy wpływu, lobbying przeciwko działalności portalu.

Aleksandra Nowacka to autorka rozdziału dziesiątego pt. *Prawo międzynarodowe a prawo wewnętrzne państw – ze szczególnym uwzględnieniem kwestii prawa wspólnotowego i obowiązującej w państwach członkowskich zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego*. Interesującym aspektem obowiązywania prawa międzynarodowego jest kwestia kolizji pomiędzy tym prawem a prawem wewnętrznym kraju. Samo obowiązywanie prawa międzynarodowego poparte jest przepisami zawartymi czy to w Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, czy też w aktach prawnych państw. Ciekawym przypadkiem jest kwestia zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem wewnętrznym w odniesieniu do prawa Unii Europejskiej. Zasada ta zawarta została w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a dowodem obowiązywania jej są orzeczenia sądów powszechnych. Celem opracowania jest prześledzenie kwestii stosowania prawa międzynarodowego, w pierwszej kolejności na płaszczyźnie teorii doktrynalnych, następnie na podstawie sformułowań zawartych w aktach prawnych innych państw oraz analizy artykułów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących zarówno katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej, jak i tych dotyczących pozycji aktów prawa międzynarodowego w polskim porządku prawnym. W drugiej części pracy przybliżono kwestię zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem wewnętrznym państw członkowskich, jej pochodzenie i obowiązywanie w Polsce, a także jej konsekwencje na podstawie orzeczeń sądów orzekających w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej.

Publikację zamyka rozdział jedenasty opracowany przez Tomasza Welanika, pt. *Analiza możliwości dokonania atrybucji cybernetycznego użycia siły z terytorium spornego w świetle testu Schmitta na przykładzie wyspy Hans i mikronacji Sealandii*. Celem opracowania jest wskazanie przeszkód na jakie może napotykać atrybucja ataku dokonanego w cyberprzestrzeni, a w związku z tym wykonywanie jurysdykcji, chroniącej suwerenność państwową. Jest ono próbą odpowiedzi na pytanie, na ile sam fakt wykonania takiego ataku z terytorium o nieustalonym statusie prawnym mógłby te

trudności tworzyć. Opracowanie wskazuje dwa takie terytoria, opisuje ich sytuację prawną, a następnie wskazuje jak ta sytuacja przekłada się na wspomniane problemy atrybucyjne. W pierwszej części opracowania podjęto próbę analizy sytuacji międzynarodoprawnej obu wysp i jej porównanie. W części drugiej opisano symulację ataku cybernetycznego dokonanego z terytorium wysp, który przekracza poziom użycia siły i wskazano problemy, jakie napotkałoby państwo zaatakowane, próbując wykonywać prawa służące mu w takiej sytuacji. Część trzecia zawiera wnioski i uwagi *de lege ferenda*.

Publikacja ma charakter wielowątkowy i wieloaspektowy. Intencją opracowania jest wyeksponowanie aktualnych problemów nauk prawnych, zwrócenie uwagi na obszary wymagające dalszych opracowań naukowych i tym samym zainspirowanie do własnych poszukiwań badawczych.

Klaudia Pujer i Zespół Autorski

1. EWOLUCJA USTAWODAWSTWA DOTYCZĄCEGO PRZERYWANIA CIĄŻY

Mateusz Krzysztof Maciejczuk, Mateusz Olchanowski

Słowa kluczowe: aborcja, prawo karne, ochrona życia, przerwanie ciąży, antyprokreacja.

Wprowadzenie

Zjawisko aborcji budzi liczne kontrowersje światopoglądowe, społeczne czy etyczne. Mimo ponad 15 lat funkcjonowania ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, problematyka „aborcyjna” nadal budzi kontrowersje w polskim systemie normatywnym¹.

Biorąc pod uwagę szczególny charakter omawianego zagadnienia (prawo i moralność), celem niniejszej pracy jest ocena i analiza funkcjonowania przepisów związanych z ewolucyjnym rozwojem ochrony życia poczętego. Istotne znaczenie ma kontekst związków prawa z moralnością, co wpływa na elementy systemu normatywnego, dotyczących obecnych uregulowań. Implikacją między systemem normatywnym a kwestiami natury moralnej jest spór o moment „stania się” istotą ludzką, co warunkuje ochronę na gruncie prawa.

Wybór modelu prawnej ochrony życia jest niezwykle ważną sprawą z punktu widzenia systemu aksjologicznego, religijnego a także konstytucyjnego, jak i prawnokarnego. Prawo karne musi niekiedy, tak jak w przypadku zjawiska aborcji rozstrzygać dylematy moralne, etyczne i prawne. Najdobitniej wskazuje to tzw. „ustawa aborcyjna” będąca *nolens volens* „kompromisem aborcyjnym”. Radykalizujące się stanowisko za całkowitą ochroną dziecka, jak i prawem kobiety do decydowania o „własnym ciele” nie jest racjonalnym założeniem. Prawo karne musi być „instrumentem” sprawnego działania państwa, dlatego ważne jest by popełniane przestępstwa aborcyjne godzące w politykę rodzinną kraju były wyszczególnione przez polski system prawny. Niestety nie ma zarówno prawnej, jak i faktycznej możliwości, by proces skutecznego monitorowania uwypuklił skalę

¹ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 nr 17, poz. 78).

rzeczywiście przeprowadzanych aborcji. Istnieje tzw. „podziemie aborcyjne”, w którym realizowane są nielegalne aborcje, co utrudnia wykrycie popełnionego przestępstwa. Przepis art. 38 Konstytucji RP gwarantuje *de iure* każdemu człowiekowi prawną ochronę życia, na poziomie *de facto* nie jest możliwe, by normatywna emanacja ochrony życia poczętego odzwierciedlała uregulowania prawne².

Niniejszy rozdział poświęcono zagadnieniu aborcji zarówno na gruncie ewolucji w prawie międzynarodowym, jak i krajowym. W pierwszej części omówiono wybrane aspekty prawne i społeczne problemu aborcji. W dalszej części przedstawiono genezę i rys historyczny zjawiska aborcji, co obrazuje ewolucję rozwiązań w obszarze ochrony dzieci nienarodzonych na przestrzeni lat, a także stuleci. Szczególną uwagę poświęcono prawnokarnej ochronie życia dziecka poczętego na gruncie polskim.

Przerwanie ciąży – zagadnienia wprowadzające

Aborcja jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych problemów zarówno prawnych, jak i społecznych. Prawidłowa analiza zjawiska aborcji wymaga dogłębnej charakterystyki przedstawionego zagadnienia³. Z aborcją, co warto podkreślić, związane są normatywne ujęcia antyprokreacji, które utożsamiane są ze sposobami zapobiegania poczęciu człowieka⁴. Aby zrozumieć przyczyny i skutki zjawiska aborcji, należy na początku wyjaśnić etymologię tego słowa.

Wywiedziona z łaciny nazwa aborcja (*abortus, abortio, abortivus*) oznacza poronienie, wywołanie poronienia, czego skutkiem jest przerwanie ciąży⁵. Jest to więc sztuczne lub spontaniczne usunięcie embrionu albo płodu z organizmu kobiety, czego skutkiem jest jego śmierć⁶. Należy zaznaczyć, że aborcję dzieli się na:

- 1) aborcję „spontaniczną” – gdy kobieta ciężarna nie ma wpływu na kwestię przerwania ciąży, gdyż dokonują się ona z przyczyn naturalnych;
- 2) aborcję „sztuczną” – budzącą kontrowersje wśród etyków i prawników, polegającą na przzerwaniu ciąży poprzez świadomą ingerencję

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. 1997 nr 78, poz. 483).

³ D. Kalisiewicz, *Wielka Encyklopedia PWN*, Warszawa 2002.

⁴ R. Tokarczyk, *Normatywne ujęcia antyprokreacji*, <http://romantokarczyk.pl/antrpl/antp.htm> (online: 09.07.2018).

⁵ W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Universitas, Kraków 1998, s. 3.

⁶ *Słownik Języka Polskiego PWN*, Warszawa 2007.

człowieka (wywołane czynnikami zewnętrznymi, w stosunku do organizmu matki lub dziecka)⁷.

Poza wymienioną wyżej klasyfikacją aborcji, wyróżnia się inne typologie przerwania ciąży. Mianowicie jest to aborcja społeczna (wykonywana, gdy ciąża jest niepożądana ze względów socjalno-ekonomicznych); aborcja terapeutyczna (kiedy ciąża jest zagrożeniem dla życia matki); aborcja eugeniczna (przeprowadzana, gdy istnieje ryzyko lub też pewność, że dziecko urodzi się dysfunkcyjne) oraz aborcja humanitarna (dokonywana, gdy do poczęcia doszło w wyniku zgwałcenia)⁸. w polskim systemie normatywnym, występuje tzw. „model wskazań”, który uregulowany jest w Konstytucji RP stanowiąc *expressis verbis*, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia”, ochronę życia z wyjątkami dopuszczającymi przerwanie ciąży wskazanymi w ustawie⁹.

Niezwykle znamienne jest to, iż w starszych wydaniach polskich leksykonów i encyklopedii nie znajdziemy hasła „aborcja”. „Powszechna Encyklopedia” ogranicza się jedynie do definiowania tego pojęcia przez termin „poronienie”, podkreślając, iż jest to potoczne określenie sztucznego usunięcia ciąży przed ukończonym 17 tygodniem¹⁰.

W „Słowniku wydarzeń, pojęć i legend XX wieku”, aborcja ukierunkowana jest na czynność sztucznego przerwania ciąży, uznanym przez prawo karne za przestępstwo, niedozwolona przez większość religii, ale tolerowana w licznych krajach w odniesieniu do zdrowia i życia matki¹¹. W „Wielkiej Encyklopedii Prawa” uwzględniono pojęcie „aborcji karalnej”, polegającej na przerwaniu ciąży lub spędzeniu płodu, albo unicestwieniu poczętego życia w łonie kobiety dokonane wbrew obowiązującym przepisom karnym¹².

Polski ustawodawca posługuje się już od kilkadziesiąt lat terminem „przerwanie ciąży”. Dokładne określenie pojęcia „przerwania ciąży” ma zasadnicze znaczenie dla wielu kwestii dotyczących życia człowieka m.in. możliwość uznania w świetle prawa płodu za jednostkę czy dokonania rejestracji urodzenia, zgonu, pochówku¹³.

⁷ Por. M. Vidal, *Manuale di etica teologica; Morale della persona e bioetica teologica*, vol. 2/I, Assisi Cittadella, 1995, ss. 426-429.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej.

¹⁰ *Encyklopedia popularna PWN*, Warszawa 2015, s. 670.

¹¹ W. Kopaliński, *Słownik wydarzeń pojęć i legend XX wieku*, Warszawa 1999, s. 7.

¹² B. Hołyst, E. Smoktunowicz (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. 2.

¹³ M. Zubik, *Problemy aborcji w dokumentach i orzecznictwie sądowym*, EXIT, Warszawa 1997, s. 4.

Ewolucja ochrony życia dziecka poczętego w ujęciu międzynarodowym na gruncie prawnokarnym

Na przestrzeni wieków można wyróżnić trzy etapy przemian dotyczące kwestii związanych z ochroną płodu. Pierwszy etap to okres, gdy płód w łonie matki był całkowicie uzależniony od woli ojca (głowy rodziny). Kolejny etap wiąże się z wpływem chrześcijaństwa na całość życia prawnego, jak i społecznego, gdzie „spędzenie płodu” było traktowane jako ciężki grzech¹⁴. Ostatni trzeci etap koresponduje z okresem „oświecenia”, kiedy miała miejsce postępująca sekularyzacja państw, rozwój nauki prawnej, czy też znaczące postępy w medycynie¹⁵.

E. Zielińska przedstawia tę kwestię jako „sprawę rodzinną”. Płód był traktowany przedmiotowo, z czym wiąże się fakt, iż to ojciec jako głowa rodziny podejmował decyzję dotyczącą chęci posiadania potomstwa, w czym przejawiało się sakralne prawo *pater familias* do decydowania o śmierci i życiu członków własnej rodziny¹⁶.

Już od czasów starożytnych zjawisko aborcji było znane ówczesnym ludziom, lecz nie stanowiło ważnego problemu prawnego. Główną przyczyną podjęcia decyzji przez ojca o przerwaniu ciąży były zarówno względy ekonomiczne, jak i chęć uniknięcia hańby urodzenia dziecka nieślubnego przez matkę. Natomiast samowolne przerwanie ciąży przez kobietę było traktowane jako przestępstwo przeciwko interesom męża kobiety i ojca dziecka, który pozostawał bez potomka. Inaczej sytuacja przedstawiała się, gdy poronienie było skutkiem działania osoby trzeciej. Ojciec dziecka miał prawo domagać się kary pieniężnej (uzależnionej od zamożności kobiety ciężarnej), jako odszkodowania za utracone dziecko¹⁷.

Pod wpływem nauki chrześcijańskiej, szczególnie religii katolickiej, dziecko poczęte zostało objęte ochroną, przez co pozbawienie życia dziecka poczętego a nienarodzonego było karane jako rodzaj zabójstwa, w tym naruszający przykazanie „nie zabijaj”¹⁸. Istotną z punktu widzenia ochrony *nasciturusa* była tzw. „doktryna uduchowienia”, czyli moment, gdy w ciało dziecka wstępowała dusza. Prekursorem tego poglądu – jak już wspomniano – był Arystoteles, natomiast kontynuowaniem i rozwojem myśli wyrażanej przez Stagirytę zajmował się św. Tomasz z Akwinu. W odróżnieniu

¹⁴ *Katechizm Kościoła Katolickiego*, Pallotium, Poznań 2010.

¹⁵ A. Czajkowska. *Kłopoty z seksem w PRL, „O dopuszczalności przerwania ciąży”*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012, s. 103 i nast.

¹⁶ E. Zielińska. *Oceny prawnokarne przerwania ciąży. Studium porównawcze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1986, s. 11 i nast.

¹⁷ *Ibidem*, s. 11 i nast.

¹⁸ R. Juitte, *Geschichte der Abtreibung. Von Antike bis zur Gegenwart*, C.H. Beck. Munchen 1993, s. 30.

od Arystotelesa nie różnicował on momentu przerywania ciąży (w kwestii moralnej), przez co każdy wypadek przerywania ciąży uważał za ciężki grzech; natomiast zabójstwem określał czyn polegający na zabiciu człowieka po upływie czterdziestu lub dziewięćdziesięciu dni ciąży, w zależności od płci¹⁹.

Część teologów uzasadniała ten pogląd momentem zapłodnienia komórki jajowej, inni z kolei zagnieżdżeniem się embrionu w macicy, jeszcze kolejni intensywnością ruchów dziecka²⁰. Pierwszy kodeks prawa kanonicznego stworzony przez Gracjana, stwierdzał wprost, że przerywanie ciąży zaawansowanej jest zabójstwem, co zostało potwierdzone w sporządzonym w 1234 roku, przez papieża Grzegorza IX pierwszym oficjalnym zbiorze prawa kanonicznego²¹.

Constitutio Criminalis Carolina (CCC), ugruntowywała pogląd przedstawiający, iż spędzenie płodu oprócz dzieciobójstwa i porzucenia noworodka uznawano za zabójstwo. CCC rozgranicza spędzenie płodu ożywionego a nieożywionego w odniesieniu do sankcji karnej. Mianowicie spędzenie płodu nieożywionego wiązało się z karą śmierci, natomiast poronienie płodu ożywionego skutkowało kwalifikowaną karą śmierci – odpowiednio powieszenie groziło mężczyznom, a kobietom utopienie. Tak więc *Carolina* rygorystycznie podchodziła do ochrony dziecka poczętego. Dość ciekawe rozwiązanie normatywne wprowadził we Francji król Henryk II. W edyktie wydanym w 1556 roku określił, iż każda kobieta w ciąży musiała meldować właściwym organom państwowym o ciąży i porodzie. W momencie niewykonania wskazanego obowiązku, np. przez ukrywanie ciąży, matka pozbawiała dziecko sakramentu chrztu, czy publicznego pogrzebu, podlegała sankcji wedle zapisów edyktu, tak jakby dokonała zabójstwa dziecka²².

Szczególną rolę przypisać możemy oświeceniowym poglądom. W oświeceniu miała miejsce obserwowana postępująca liberalizacja stosunku norm etycznych i prawnych, szczególnie uwidoczniła się później na przełomie XIX i XX wieku. Uchwalony w 1772 roku we Francji kodeks karny, zniósł całkowicie karalność kobiet za przerywanie ciąży, z czym wiązało się uchylenie edyktu Henryka II z 1556 roku. Nie zniesiono jednak karalności osoby trzeciej, która wywołała poronienie u kobiety ciężarnej²³. Specyficzna regulacja

¹⁹ Jan Paweł II, *Evangelium Vitae*, Kraków 1995, pkt. 61, s. 113 i nast.

²⁰ A. Eser, „Świętość i „wartość” życia w historycznoprawnym ujęciu porównawczym, „*Studia Prawnicze*” 1987, z. 2(92), s. 151.

²¹ Grzegorz IX, *Corpus Iuris Canonici, Decretales Gregorii IX*,

http://www.columbia.edu/cu/lweb/digital/collections/cul/texts/ldpd_6029936_002/index.html (online: 09.07.2018).

²² W. Makowski (red.), *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, Warszawa 1935, s. 1682.

²³ E. Zielińska, *Oceny prawno-karne...*, op. cit., ss. 66-67.

występowała w rosyjskim kodeksie kar głównych i poprawczych z 1847 roku, gdzie określono uprzywilejowany typ zabójstwa w przypadku uśmiercenia płodu „potwornego lub nie mającego ludzkiej postaci” wykazując, iż czyn ten pochodzi z zabobonu lub ciemnoty²⁴. W *Theresianie, Leopoldianie, Józefinie*, jak i rosyjskim Zbiorze Praw przerwanie ciąży przez kobietę było karane śmiercią, bez względu na okres w jakim matka dokonywała aborcji. W 1869 roku Papież Pius IX wydał konstytucję *Apostolicae Sedis*, która przewidywała karę ekskomuniki w wypadku dokonania spędzenia płodu, od momentu poczęcia, jako przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu²⁵.

Wzrost świadomości społecznej i rozwój medycyny spowodowały zmiany prawodawstwa w podejściu do ochrony życia dziecka poczętego. Zauważono, że wraz ze wzrostem karalność aborcji, wzrasta tzw. „turystyka aborcyjna”, czyli przeprowadza się coraz więcej nielegalnych aborcji w warunkach zagrażających życiu i zdrowiu kobiety. W Rosji bolszewickiej zalegalizowano w całości zabiegi aborcyjne. W. Lenin sprzeciwiał się aktom normatywnym zakazującym aborcji. Twierdził, iż owe prawodawstwo narusza „wolność propagandy medycznej oraz elementarne prawa demokratyczne obywateli”²⁶. Wedle ustawodawstwa radzieckiego, płód zaczęto traktować ponownie jako część organizmu matki, a przedmiotem ochrony nie było dziecko, tylko i wyłącznie zdrowie i życie matki²⁷. Do tego stopnia chroniono życie i zdrowie kobiet, iż w 1936 roku, w Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich (ZSRR), doszło do radykalnej rekryminalizacji aborcji. W 1955 roku ponownie zalegalizowano przerywanie ciąży, gdzie przyjęto model aborcji na żądanie w okresie trzech pierwszych miesięcy ciąży. W krajach Europy zachodniej, w tym w faszystowskich Włoszech czy hitlerowskiej III Rzeszy, kategorycznie zakazywano dokonywania zabiegów przerywania ciąży wskazując, iż konieczne jest utrzymanie „rasy pańów” czy „biologicznej siły narodu”²⁸. Liberalizacji przepisów karnych doprowadziła na początku lat 60. i 70. XX w. do możliwości przerywania ciąży, ze względów społecznych czy też na żądanie kobiety ciężarnej. W 1967 roku w Wielkiej Brytanii przyjęto ustawę o przerywaniu ciąży na żądanie tzw. *Abortion Act*, która zapoczątkowała na przełomie lat 70. i 80. XX w. liberalizacyjną politykę aborcyjną w wielu krajach Europy, m.in. w Finlandii, Dani, USA, Austrii, Szwecji, Francji, Islandii, RFN, Włoszech i Norwegii²⁹.

Warto także wspomnieć, iż społeczność międzynarodowa odpowiednio

²⁴ *Kodeks kar głównych i poprawczych*, Warszawa 1847, s. 681.

²⁵ M. Zubik, *op. cit.*, s. 5 i nast.

²⁶ W. Lenin, *Dzieła*, t. XIX, Warszawa 1957, s. 231.

²⁷ E. Zielińska, *Oceny prawno-karne...*, *op. cit.*, s. 120.

²⁸ R. Lemkin, *Kodeks karny faszystowski*, Warszawa 1929, s. 76.

²⁹ R. Blanpain (ed.), *International Encyclopaedia of Laws*, Deventer-Boston 1993, pp. 85-87.

w 1948 roku uchwaliła Powszechną Deklarację Praw Człowieka i Obywatela (PDPC) oraz w 1966 roku Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych. Oba te dokumenty gwarantowały „prawo do życia”.

Prawnokarna ochrona życia dziecka poczętego w ujęciu polskiego systemu prawnego

Największy wpływ na ukształtowanie obecnych przepisów ustawy z 7 stycznia 1993 roku, o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności ciąży³⁰ miały: kodeks karny z 11 lipca 1932 roku³¹, ustawa z 27 kwietnia 1956 roku, o warunkach dopuszczalności ciąży³² oraz kodeks karny z 11 kwietnia 1969 roku³³. Niewątpliwie na zakres ochrony prawnej wpłynęła zmiana systemu państwa z komunistycznego na demokratyczno-liberalny, gdzie regulacje karno-prawne są odbiciem „języka” sporu społecznego i politycznego na płaszczyźnie normy karnej. Na początku wyjaśnienia wymaga czym było „spędzenie płodu”. Terminem tym posłużył się Ustawodawca penalizujący przestępstwa aborcyjne w kodeksie karnym z 1932 roku. Owe spędzenie oznacza wszelkie zachowania, które doprowadzały do śmierci dziecka poczętego, a także działania zapobiegające urodzeniu żywego płodu przez uśmiercenie w łonie matki³⁴.

Ustawodawca zamieścił przepisy (art. 231-234) kryminalizujące przerwanie ciąży w rozdziale XXXV zatytułowanym: „Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”. Kodeks karny z 1932 r. ograniczał dopuszczalność przerwania ciąży jedynie do wypadku, gdy zagrożone było zdrowie lub życie kobiety ciężarnej albo, gdy ciąża była następstwem przestępstwa; natomiast wykluczono przerwanie ciąży, ze względu na aspekt społeczny jakim była ciężka sytuacja materialna kobiety ciężarnej.

Przedmiotem ochrony przepisów penalizujących „spędzenie płodu” było życie płodu ludzkiego od chwili poczęcia do urodzenia. Pogląd ten został potwierdzony wyrokiem Sądu Najwyższego³⁵ z 26 marca 1936 r., który doprecyzowując zakres odpowiedzialności karnej, podkreślił, iż karze

³⁰ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży (Dz.U. z 1993. nr 17, poz. 78).

³¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 11 lipca 1932 r.

³² Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerwania ciąży (Dz.U. nr 12, poz. 61 ze zm.)

³³ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94).

³⁴ L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu karnego*, Kraków 1936 r., s. 467.

³⁵ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1936 r., sygn.. OSNK 1936, nr 10, poz. 382.

określonej w art. 232 kodeksu karnego z 1932 r. podlega zarówno dokonanie spędzenia płodu, jak i jego usiłowanie. Tak więc odpowiedzialności takiej podlegała także osoba, która przeprowadzała zabiegi skierowane bezpośrednio ku urzeczywistnieniu zamierzonego spędzenia³⁶. Okolicznością wyłączającą odpowiedzialność karną było spędzenie płodu przez lekarza, gdy zabieg był konieczny ze względu na zdrowie kobiety ciężarnej³⁷, albo ciąża była wynikiem przestępstwa nierządu. Lekarz dokonujący zabiegu aborcyjnego musiał uprzednio uzyskać zgodę dwóch innych lekarzy, którzy stwierdzali czy przeprowadzenie zabiegu jest zasadne w oparciu o autorytatywne określenie, czy istnieją ustawowe przesłanki przerywania ciąży³⁸. Jeżeli ciąża była wynikiem przestępstwa, takowe zaświadczenie mogło być wydane przez prokuratora.

Ustawa z 27 kwietnia 1956 roku wprost wskazywała warunki dopuszczalności przerwania ciąży³⁹. Według W. Grzywo-Dąbrowskiego przepisy tej ustawy są „konsekwencją walki postępowej części prawników polskich, którzy z humanitarnych pozycji i praktyki życia społecznego walczyli konsekwentnie o zniesienie karalności kobiety za spędzenie płodu, o dopuszczalność przerwania ciąży ze względów społecznych”⁴⁰. Ustawa stawiała wyżej dobro kobiety ciężarnej, całkowicie pozbawiając tej ochrony poczęte dziecko⁴¹.

W doktrynie prawa karnego nie było jednolitego stanowiska, co jest przedmiotem ochrony. J. Szwarc i J. Śliwowski twierdzili, iż jest nim życie płodu⁴², natomiast H. Wolińska odnosząc się do preambuły ustawy, wskazywała że przedmiotem ochrony jest życie i zdrowie kobiety⁴³, biorąc pod uwagę zakres normatywny ustawy z 1956 roku.

Novum ustawowym z pewnością było wprowadzenie przerwania ciąży z powodu trudnych warunków życiowych kobiety ciężarnej oraz bezkarność matki „spędzającej płód”, akcentując w ten sposób pomijany do tej pory aspekt społeczny. Jediną przeszkodą do przerwania ciąży były prze-

³⁶ L. Peiper, *op. cit.*, s. 467.

³⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. (Dz.U. z 15 VII 1932 r. nr 60, poz. 571).

³⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 25 września 1932 r., o wykonywaniu praktyki lekarskiej (Dz.U. nr 81, poz. 712).

³⁹ Ustawa z 27 kwietnia 1956, o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży.

⁴⁰ W. Grzywo-Dąbrowski, *Recenzja pracy: H. Wolińska, Przerwanie ciąży w świetle prawa karnego*, Warszawa 1962 r., s. 134, „Państwo i Prawo” 1963 r., nr 10, s. 613.

⁴¹ L. Bogunia, *Przerwanie ciąży. Problemy prawno-karne i kryminologiczne*, Ossolineum, Wrocław 1980, s. 76.

⁴² J. Szwarc, J. Śliwowski, *Uwagi krytyczne w związku z ustawą z dn. 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, „Palestra” 1957, nr 1/1, ss. 49.

⁴³ H. Wolińska, *Przerwanie ciąży w świetle prawa karnego*, PWN, Warszawa 1962, s. 37 i nast.

ciwwskazania medyczne, których ustawa bliżej nie określała. W doktrynie przyjęło się, iż przez przeciwwskazania medyczne rozumiemy zaawansowaną ciążę (powyżej 12 tygodnia), krótszy niż 6 miesięcy okres między zabiegami przerwania ciąży, a także „pierwszą ciążę w małżeństwie”, czy niektóre choroby w odniesieniu do wskazań medycznych⁴⁴. Jeżeli przerwanie ciąży miało być dokonane u osoby nieletniej bądź chorej umysłowo, wówczas warunkiem koniecznym była zgoda rodziców lub opiekunów⁴⁵. Przepisy ustawowe przewidywały karalność, o ile płód w łonie matki by żywy: osób trzecich zmuszających kobietę ciężarną do przerwania ciąży, dokonujących przerwania ciąży za zgodą kobiety ciężarnej lecz wbrew przepisom ustawy oraz pomagającym kobiecie ciężarnej w przeprowadzeniu zabiegu przerwania ciąży.

Uchwalenie nowego kodeksu karnego w 1969 roku⁴⁶ spowodowało, iż przepisy ustawy z 1956 roku zostały inkorporowane do nowej ustawy karnej. Z punktu widzenia transparentności systemu prawnego było to słuszne działanie, gdzie całokształt regulacji ochrony życia dziecka w fazie prenatalnej, umieszczono w jednym akcie prawnym. Ustawodawca umiejscowił przestępstwa aborcyjne (art. 153-154 KK z 1969 r.) w XXI rozdziale kodeksu karnego, gdzie przedmiotem ochrony jest zdrowie i życie ludzkie. Przepis art. 153 KK z 1969 r. chronił prawo kobiety do decydowania o własnej ciąży w tym pośrednio zdrowie i życie płodu ludzkiego. Natomiast artykuł 154 KK z 1969 r. gwarantował ochronę życie kobiety ciężarnej, w sytuacji, gdy ta wyraża nawet zgodę na aborcję a istnieją przeciwwskazania lekarskie do dokonanie zabiegu aborcji. Przepisy niniejszej ustawy karnej przestały obowiązywać 16 marca 1993 roku, gdy weszła w życie ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁴⁷.

Podsumowanie

XX wiek to okres, kiedy kwestie problematyki aborcyjnej nakładają się na kwestie światopoglądowe, zdrowotne, jak i prawne. Zarówno argumenty za dopuszczalnością aborcji, takie jak: możliwość jednostki do decydowania o zdolnościach prokreacyjnych, kontrola kobiety nad własnym ciałem;

⁴⁴ B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Prawna regulacja przerwania ciąży w świetle przepisów i poglądów nauki*, „Studia Prawnicze” 1985, z. 1-2, ss. 225-226.

⁴⁵ K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, RW KUL, Lublin 2001 r., s. 57 i nast.

⁴⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553), dalej KK.

⁴⁷ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r., o planowaniu rodziny, ochronie płodu i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. 1993, nr 17, poz. 78).

czynienie zadość wymaganiom społecznym, ekonomicznym, a także argumenty za życiem, takie jak: prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa przez dziecko muszą *de lege ferenda* zmierzać do zacieśnienia kompromisu, np. poprzez wpisanie go do Konstytucji RP.

Egoizm ukryty pod szyldem humanizmu to zagrożenie, przed którym życie trzeba chronić⁴⁸. Polski ustawodawca wybrał tak zwany „kompromis aborcyjny”, opierający się na wskazaniach, które umożliwiają przeprowadzenie aborcji, tym samym obejmując ograniczoną ochroną dziecko poczęte. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28 maja 1997 roku, opierając się na zasadzie *in dubio pro vita humana* podkreślił, iż rolą konstytucyjnego systemu normatywnego jest ochrona życia każdego człowieka z gwarancją nienaruszalności i przyrodzonej godności człowieka⁴⁹.

Rotacja władzy powoduje, że ów problem częstokroć jest przedmiotem debaty publicznej. Dotychczas partie, które sprawowały władzę zarówno z prawej, jak i lewej strony sceny politycznej utrzymały osiągnięty przeszło 15 lat temu kompromis, co daje stabilność prawa w tym zakresie. Rządzący mają świadomość, że zmiana obowiązujących przepisów w określonym kierunku (za liberalizacją prawa bądź za całkowitym zakazem przerywania ciąży) doprowadzi do sytuacji, która skutkować będzie niestabilnością przepisów w tym zakresie. Kompromis osiągnięty za pomocą prawa karnego ma poniekąd wymiar moralny, gdyż w większości prowadzi do koncyliacji obu ww. stanowisk.

Za pomocą prawa karnego należy przeciwdziałać nielegalnymi praktykom aborcyjnymi. Warto zastanowić się nad możliwością wprowadzenia penalizacji zjawiska polegającego na tworzeniu różnorodnych poradników omawiających zakres leków oraz metody wywołujące sztuczne poronienie. Nie można zapomnieć również o takiej kwestii, jak opieka psychologiczna dla kobiet, które są w ciąży i potrzebują pomocy.

Piśmiennictwo

Blanpain R., (red.), *International Encyclopaedia of Laws*, Deventer-Boston, 1993.

Bogunia L., *Przerwanie ciąży. Problemy prawno-karne i kryminologiczne*, Ossolineum, Wrocław 1980.

Czajkowska A., *Kłopoty z seksem w PRL, „O dopuszczalności przerywania ciąży”*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012.

Encyklopedia popularna PWN, Warszawa 1997.

Eser A., „Świętość i wartość” życia w historyczno-prawnym ujęciu porównawczym, „Studia Prawnicze” 1987, z. 2(92),

⁴⁸ A. Eser, *op. cit.*, s. 19.

⁴⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 roku, sygn. K 26/96.

- Grzywo-Dąbrowski W., *Medycyna sądowa dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1952.
- Hołyst B., Smoktunowicz E. (red.), *Wielka encyklopedia prawa, Prawo i praktyka gospodarcza*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005.
- Juitte R., *Geschichte der Abtreibung. Von Antike bis zur Gegenwart*, C.H. Beck. München 1993.
- Jan Paweł II, *Encyklika Evangelium vitae*, Rzym, 25 marca 1995.
- Kalisiewicz D., *Wielka Encyklopedia PWN*, Warszawa 2002.
- Katechizm Kościoła Katolickiego, Pallotium, Poznań 1994.
- Kunicka-Michalska B., Wojciechowska J., *Prawna regulacja przerwania ciąży w świetle przepisów i poglądów nauki*, „Studia Prawnicze” 1985, z. 1-2,
- Kopaliński W., *Słownik wydarzeń, pojęć i legend XX wieku*, PWN, Warszawa 1999.
- Lenin W., *Dzieła t. XIX*, Warszawa 1957.
- Lemkin R., *Kodeks karny faszystowski*, Warszawa 1929.
- Litewski W., *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Universitas, Kraków 1998.
- Makowski W., *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, Warszawa 1935.
- Peiper L., *Komentarz do Kodeksu karnego*, Kraków 1936.
- Słownik Języka Polskiego tom 1*, PWN, Warszawa 1996.
- Wiak K., *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, RW KUL, Lublin 2001.
- Wolińska H., *Przerwanie ciąży w świetle prawa karnego*, PWN, Warszawa 1962.
- Vidal M., *Manuale di etica teologica; Morale della persona e bioetica teologica*, vol. 2/I, Cittadella, Assisi 1995.
- Zielińska E., *Oceny prawno karne przerywania ciąży*, Wydawnictwo UW., Warszawa 1986.
- Zubik M., *Problemy aborcji w dokumentach i orzecznictwie sądowym*, EXIT, Warszawa 1997.
- Szwarc J., Śliwowski J., *Uwagi krytyczne w związku z ustawą z dn. 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, „Palestra” 1957, nr 1/1.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.
(t.j. Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483).
- Ustawa z 27 kwietnia 1956, o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży
(t.j. Dz.U. z 1956 nr 12 poz. 61).
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku – Kodeks Karny (t.j. Dz.U., nr 13, poz. 94).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (t.j. Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553).
- Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (t.j. Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78).
- Ustawa z dnia 8 lipca 1999 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1999 r., nr 64, poz. 729).
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (t.j. Dz.U. z 1996 r., nr 139, poz. 646).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 11 lipca 1932 r.
(t.j. Dz.U. z 15 lipca 1932 r., nr 60, poz. 571).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 25 września 1932 r., o wykonywaniu praktyki lekarskiej (t.j. Dz.U. nr 81, poz. 712).

Orzeczenia

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 1936 r., OSNK 1936, Nr 10, poz. 382.
Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 roku, sygn. K 26/96.

Źródła internetowe

<http://romantokarczyk.pl/antrpl/antp.htm>

http://www.columbia.edu/cu/lweb/digital/collections/cul/texts/ldpd_6029936_002/index.html

Autorzy

mgr Mateusz Krzysztof Maciejczuk

Mgr Mateusz Olchanowski

Uniwersytet w Białymstoku

Wydział Prawa

2. PRAWNOKARNE ASPEKTY PRZESTĘPSTW PRZECIWKO ŻYCIU I ZDROWIU DZIECKA W FAZIE PRENATALNEJ

Mateusz Olchanowski, Mateusz Krzysztof Maciejczuk

Słowa kluczowe: przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, prawo karne, *nasciturus*, aborcja.

Wprowadzenie

Kwestia ochrony życia poczętego budzi kontrowersje nie tylko w wymiarze moralnym i etycznym. Zabezpieczenie prawne życia człowieka od momentu jego poczęcia jest jednym z najbardziej spornych problemów w doktrynie prawa karnego¹. Kodeks karny (dalej KK) z 1997 roku² reguluje kwestię aborcji w art. 152-154 KK³. Zakres prawo-karnej ochrony dziecka poczętego poza kodeksem karnym obejmuje także przepisy ustawy z 7 stycznia 1993 r., o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁴ (dalej u.p.r.), orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r.⁵, a także przepisy dotyczące wykonywania zawodu lekarza⁶ (dalej uz.l.d.) Nadrzędną regulacją jest penalizacja czynów godzących w zdrowie i życie dziecka nienarodzonego, gdy: zdrowie i życie kobiety ciężarnej nie jest zagrożone; nie zachodzi uzasadnione podejrzenie, iż ciąża jest wynikiem czynu zabronionego oraz badania prenatalne wskazują ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu lub chorobę zagrażającą jego życiu. Dobrem chronionym pośrednio jest życiem i zdrowie kobiety w zakresie karalności w warunkach, gdy sprawca przewidywał następstwo czynu albo mógł przewidzieć co stanowi *expressis*

¹ J. Dzierżanowska-Peszko., *Aborcja. Przyczyny i konsekwencje*, Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, Opole 2005, s. 266.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. 2018, poz. 1600).

³ L. Gardocki, *Prawo Karne*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 244 i nast.

⁴ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993, nr 17, poz. 78 z późn. zm.)

⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1993 r. w sprawie o sygn. akt: K 26/96.

⁶ Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2008 r., nr 136, poz. 857 ze zm.)

verbis art. 9 § 3 KK⁷. W artykule 152 § 1 i 2 KK oraz w art. 153 § 1 KK, ustawodawca przedstawia przestępstwa aborcyjne w typie podstawowym, natomiast w art. 152 § 3 KK, 153 § 2KK, oraz art. 154 § 1 i 2 KK ich odmianę w postaci kwalifikowanej⁸.

Celem opracowania jest analiza i ocena prawnokarnych aspektów przestępstw przerywania ciąży. W pierwszej części omówiono podmiot oraz przedmiot rodzajowy i indywidualny ochrony przestępstw aborcyjnych. W dalszej części badaniu poddano stronę podmiotową przestępstwa oraz różnice w postawach psychicznych sprawców czynów do popełnionych przestępstw aborcyjnych. Następnie zbadano stronę przedmiotową przestępstw ujętych w art. 152-154 KK.

Przedmiot ochrony i przestępstwa

Przedmiotem ochrony przestępstw ujętych w rozdziale XIX kodeksu karnego jest życie i zdrowie człowieka⁹. Regulacja kodeksu karnego z roku 1997 przywróciła przepisy stanowiące o karalnym przerwaniu ciąży, powielając pogląd doktryny, iż bezpośrednim przedmiotem ochrony jest *implicitie* życie dziecka w fazie prenatalnej od momentu poczęcia, czyli od zespolenia się jąder komórek rozrodczych, żeńskiej i męskiej, do rozpoczęcia akcji porodowej, czyli wystąpienia skurczów macicy dających postęp porodu¹⁰. W przypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – do podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu, o czym stanowi uchwała Sądu Najwyższego¹¹.

Pod ochroną przepisu z art. 152 KK jest życie dziecka poczętego. Wskazać należy, że pod ochroną przepisów karnych nie pozostaje życie ludzkie w fazie zygoty, czyli w trakcie fazy przedimplantacyjnej¹². Przedmiotem ochrony przepisu z art. 153 KK jest życie dziecka poczętego, jak i prawo kobiety do macierzyństwa, gdyż przerwanie ciąży odmiennie jak w art. 152 KK, następuje bez zgody kobiety. Istotnie narusza się sferę wolności kobiety, jej prawo do swobodnego decydowania o swojej ciąży i jej prawie do macierzyństwa. Regulacja zawarta w art. 154 KK dotyczy sytuacji, w której

⁷ K. Wiak, [w:] A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 13 i nast.

⁸ M. Budyn-Kulik, [w:] Marek Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2015, s. 350.

⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny* (Dz.U., nr 13, poz. 94 z późn. zm.)

¹⁰ J. Wojciechowski, *Kodeks karny Komentarz*, Librata Warszawa 2002.

¹¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r, sygn. I KZP 18/06.

¹² V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 152 k.k.*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks Karny Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016, s. 744 i nast.

w wyniku aborcji kobieta ciężarna umiera. Przedmiotem ochrony jest więc życie kobiety ciężarnej.

Wedle obowiązującego Kodeksu karnego podmiotem przestępstwa, może być tylko osoba fizyczna (człowiek). Przy czym osoba fizyczna musi posiadać ogólne cechy przejawiające się zdolnością do zawinienia, tj. osiągnięcia określonego etapu rozwoju umysłowego i moralnego. Występki określone w art. 152-154 KK są przestępstwami powszechnymi (*delicta propria*). Ich sprawcą może być każdy, kto jest zdolny do odpowiedzialności karnej (osoba poczytalna, która osiągnęła wiek odpowiedzialności karnej). Odpowiedzialności karnej nie ponosi kobieta ciężarna za przerwanie własnej ciąży, ani za podżeganie czy pomocnictwo. Należy podkreślić, iż lekarz dokonujący zgodnie z ustawą¹³ zabiegu przerwania ciąży, musi posiadać specjalne kwalifikacje zawodowe uprawniające do dokonywania ww. zbiegu. W przeciwnym razie osoba nieposiadająca kwalifikacji określonych przez Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej, dokonująca zabiegu przerwania ciąży narusza przepisy ustawy swoim bezprawnym zachowaniem¹⁴.

Strona podmiotowa przestępstwa

Oprócz strony przedmiotowej rozróżnia się stronę podmiotową czynu zabronionego. Obecne prawo karne opiera się na zasadzie *nullum crimen sine culpa* (nie ma przestępstwa bez winy), gdzie strona podmiotowa jest najważniejszą przesłanką winy. Charakteryzuje zjawiska psychiczne, czyli zewnętrzne zachowanie się sprawcy i wyraża stosunek psychiczny sprawcy do popełnionego czynu. Stosunek psychiczny sprawcy do czynu może polegać na umyślności bądź nieumyślności, a także ich kombinacji¹⁵.

Występki określone w art. 152 i 153 KK są przestępstwami umyślnymi, a wina sprawcy może mieć postać zamiaru bezpośredniego, gdy sprawca mając świadomość skutku swego zachowania chce go osiągnąć, jak i ewentualnego, gdy przewiduje możliwość jego zaistnienia, godzi się na to (art. 9 § 1 KK) Sprawstwo polegające na udzieleniu pomocy kobiecie ciężarnej w przerwaniu ciąży lub nakłanianiu jej do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy (art. 152 § 2 KK), może być zrealizowane w zamiarze bezpośrednim, gdy mówimy o nakłanianiu, jak i ewentualnym, gdy w grę wchodzi udzielenie pomocy. Trafnie A. Zoll wskazuje na możliwość przyję-

¹³ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży.

¹⁴ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-211a (cz.1)*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017, s. 302.

¹⁵ A. Marek, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 447 i nast.

cie swoistej konstrukcji w odniesieniu do sprawcy nakłaniającego kobietę do przerwania ciąży. W kwestii przestępstwa wymuszonego przerwania ciąży sprawca musi obejmować swą świadomością także istnienie stanu ciąży, zaś w odniesieniu to typu kwalifikowanego, także to w jakim stadium rozwoju jest dziecko. Strona podmiotowa w typie kwalifikowanym (ze względu na okoliczność), tj. art. 152 § 3 KK ma postać umyślności. Sprawca obejmuje swym zamiarem skutek przerwania ciąży, biorąc pod uwagę, iż ma świadomość, iż dziecko osiągnęło zdolność w chwili czynu do życia poza organizmem matki. Mylne wyobrażenie sprawcy o tym, iż kobieta wyraziła zgodę na aborcję będzie rozpatrywane w oparciu o błąd, co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego (art. 28 KK). Błędne jest przekonanie, że przestępstwo z art. 153 §1 KK – *in extenso* – może być popełnione wyłącznie w formie zamiaru bezpośredniego¹⁶. Jeżeli jednym ze sposobów przestępnego zachowania sprawcy jest bicie kobiety ciężarnej, to nie wolno wykluczyć, iż skutek jego działania – poronienie nie jest uświadamiany przez niego jako konieczny (sprawca tego nie chce, nie to było jego celem działania, ale przewiduje możliwość wystąpienia skutku i godzi się na niego). Podmiotowy zakres odpowiedzialności karnej z ww. artykułu trafnie przedstawiono w wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 7 września 2004 roku¹⁷. „Zasadniczo błędne jest przekonanie sądu I instancji, że przestępstwo z art. 153 § 1 KK – *in extenso*, może być popełnione jedynie w formie zamiaru bezpośredniego. Jeżeli jednym ze sposobów przestępnego zachowania się sprawcy określonego w art. 153 § 1 KK jest «stosowanie przemocy» – polegające np. na biciu kobiety ciężarnej, to nie można wykluczyć, że skutek jego działania – poronienie nie jest uświadamiany przez niego jako konieczny (sprawca tego nie chce, nie to było celem jego działania), ale uświadamiany jest przez niego jako możliwy i na jego nastąpienie godzi się”.

Zawarte w art. 153 § 2 KK określenie „dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej” oznacza takie stadium rozwoju, w którym ukształtowane zostały narządy dziecka, umożliwiające wykonywanie podstawowych funkcji życiowych. Jest to przesłanka ściśle indywidualna, która w wielu przypadkach zostaje rozstrzygnięta przez biegłego lekarza. W doktrynie przyjęło się okres, gdy przerwanie ciąży nastąpiło po upływie 6 miesięcy jej trwania. Występek określony w art. 154 KK, będący typem kwalifikowanym ze względu na następstwo charakteryzuje się połączeniem umyślności z nieumyślnością, gdyż sprawca realizuje znamiona wyjściowych typów czynu określone w art. 152 KK albo w art. 153 KK, natomiast już samo następstwo w postaci

¹⁶ Wyrok SA w Białymstoku z 7 września 2004 r., II Aka 207/04, KZS 2005, nr 3.poz. 40.

¹⁷ *Ibidem*.

śmierci kobiety ciężarnej obejmuje nieumyślnością. Warunkiem odpowiedzialności na podstawie art. 154 § 1 i 2 KK jest istnienie związku przyczynowego między przerwaniem ciąży a śmiercią kobiety ciężarnej (kombinacja umyślności z nieumyślnością określona w art. 9 § 3 KK – *culpa dolo exorta*).

Strona przedmiotowa w typach podstawowych

Przestępstwo określone w art. 152 § 1 KK, polega na przerwaniu ciąży przez osobę naruszającą przepisy u.p.r. Natomiast art. 152 § 2 KK określa w typie podstawowym także osobę, która udziela kobiecie ciężarnej pomocy lub nakłania ją do tego naruszając przepisy ww. ustawy. Przedmiotem czynności wykonawczej występkę określonego w art. 152 § 1,2 KK jest dziecko w fazie prenatalnej niezdolne do życia poza organizmem matki, gdy tą zdolność osiągnęło wtedy nastąpiłaby zmiana kwalifikacji prawnej czynu na art. 152 § 3 KK. Na płaszczyźnie prawnej typ kwalifikowany ma miejsce, gdy ciąża trwa dłużej niż 12 tygodni. Znamiona przestępstwa realizuje takie zachowanie człowieka, które godzi w życie i zdrowie dziecka poczętego przerywając jego organiczny rozwój, w jego naturalnym środowisku jakim jest ciało matki. Jednym ze znamion, jak wynika z art. 152 § 1 KK, jest zgoda kobiety ciężarnej wyrażana zazwyczaj na piśmie, natomiast nie ma zastrzeżeń, by była wyrażona w inny sposób. W przypadku osób niepełnoletnich wymagana jest zgoda przedstawiciela ustawowego a także sądu opiekuńczego, przy czym małoletnia ma prawo wyrazić własny pogląd. A. Zoll stwierdza wprost, iż jest niedopuszczalne, by sąd opiekuńczy wyraził takową zgodę wbrew woli osoby małoletniej¹⁸. Zgoda musi być wyrażona przed dokonaniem czynności sprawczej, w przeciwnym razie kwalifikacja czynu ulegnie zmianie. Ważny jest fakt, aby zgoda była wyrażona przez osobę świadomą swoich słów i czynów. Prawnie wiążąca na pewno nie jest zgoda udzielona pod wpływem alkoholu lub środków odurzających. Brak zgody lub jej niewłaściwość skutkuje wspomnianą zmianą kwalifikacji prawnej czynu na art. 153 § 1 KK. Zgodnie z art. 4a, u.p.r., przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza w następujących przypadkach:

- a) ciąża stanowi zagrożenie dla zdrowia lub życia kobiety ciężarnej,
- b) badania prenatalne lub inne przesłanki wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu,

¹⁸ A. Zoll, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 258.

c) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

Wyłączenie odpowiedzialności karnej za przerwanie ciąży, opierające się na ww. ustawowych przesłankach rozpatrywane jest w kontekście kontratypu lub wystąpienia znamion negatywnych. Według K. Indeckiego „kontratypami są wszelkie okoliczności legalizujące działania bezprawne, pozbawiające czyn zabroniony cechy bezprawności¹⁹. Podobnie M. Cieślak dopuszczalność przerwania ciąży umiejscawia w gronie typowych okoliczności wyłączających bezprawność czynu²⁰. Polski system prawny w postaci karnej ochrony życia poczętego, opiera się na tzw. modelu wskazań urzędujący, że zasadą jest ochrona życia, ograniczona istnieniem ww. przesłanek, które dopuszczają dokonanie zabiegu przerwania ciąży. Pierwsza z przesłanek polega na przerwaniu ciąży przez lekarza w szpitalu (art. 4a ust. 3 u.p.r.). Istnienie zagrożenia wskazanego w przesłance musi zostać stwierdzone przez innego lekarza niż tego, który dokonuje zabiegu przerwania ciąży²¹. Wyjątkiem jest sytuacja, w której życie kobiety jest zagrożone i dokonanie zabiegu przerwania ciąży musi odbyć się niezwłocznie. Kolejna tzw. przesłanka eugeniczna nie jest doprecyzowana w polskim systemie normatywnym. Aby w pełni zrozumieć owo odniesienie należy odwołać się do systemu konstytucyjnego. Przesłanka ta jest stosowana w sytuacji, gdy badanie prenatalne wykazuje ciężką nieodwracalną chorobę u dziecka poczętego i jest to na tyle dolegliwe dla rodziny i bliskich, iż „pociąga” za sobą zbyt duże obciążenia osobiste. Lekarze w oparciu o „klauzule sumienia” umiejscowioną w art. 38 u.z.l.d. mogą odmówić przeprowadzenia zabiegu aborcyjnego. Wyjątkiem jest sytuacja określone w art. 30 u.z.l.d., gdy odmowa przeprowadzenia takiego zabiegu wiąże się z niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia²². Z punktu widzenia humanitaryzmu jest ona stosowana, by skrócić cierpienia płodu. W przypadku, gdy ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, co musi stwierdzić prokurator, jej przerwanie jest dopuszczalne do 12 tygodni od początku ciąży (wskazania kryminalne). Przez czyn zabroniony rozumiemy przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, umiejscowione w XXV rozdziale kodeksu karnego.

¹⁹ K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2002, s. 146 i nast.

²⁰ M. Cieślak, *Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary jako problem kodyfikacyjny* [w:] T. Kaczmarek (red.), *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary. System Prawa karnego tom 5*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 235.

²¹ L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 152 KK*, [W:] M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016, s. 943.

²² E. Zielińska, *Wzajemne relacje w zespołowym działaniu medycznym w aspekcie odpowiedzialności karnej i zawodowej*, „Prawo i Medycyna” 2001, nr 9, s. 38 i nast.

Zachowanie sprawcy określone w art. 152 § 1 KK, może mieć postać działania, jak i zaniechania, gdy na sprawcy ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi (art. 2 KK). Taki przypadek występuje w sytuacji, gdy np. lekarz nie podejmuje czynności, które mają zapobiec poronieniu. Znamiona sprawstwa wyczerpuje także działanie polegające na stworzeniu warunków do dokonania zabiegu aborcyjnego, w porozumieniu z kobietą ciężarną. Przepięstwo ma charakter skutkowy. Nie realizuje znamion przestęstwa działanie kobiety ciężarnej, zarówno dokonującej przerwania własnej ciąży, ale także takiej ciężarnej, która podżęga lub jest pomocna w przerwaniu ciąży²³. Co więcej Sąd Najwyższy w postanowieniu z 26 marca 2009 roku wyraził pogląd, iż kobieta udzielająca zgody na przerwanie ciąży nie należy do kręgu osób pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 Kodeksu postępowania karnego²⁴ (dalej KPK), jeżeli czyny opisane w tych przepisach nie wyczerpują jednocześnie znamion określonych w innych przepisach ustawy karnej, których jej dobro prawne zostało bezpośrednio narażone lub zagrożone²⁵. Kobieta ciężarna nie może uczestniczyć także w charakterze oskarżyciela posiłkowego jako strona zastępcza (art. 52 § 1 KPK).

Art. 152 § 2 KK, typizuje zachowanie polegające na udzieleniu kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży lub nakłanianiu jej do przeprowadzenia zabiegu aborcyjnego. Stypizowane zachowania polegają na pomocnictwie (udzielenie pomocy) lub podżęganiu (nakłanianie) *sui generis*, ponieważ czyn – do którego sprawca nakładania lub jest pomocnikiem – nie jest czynem zabronionym. Ważne jest podkreślenie, że czyn – do którego sprawca nakłanianie lub jest pomocnikiem – nie jest czynem zabronionym, choć jest niezgodny z u.p.r.²⁶ B. Michalski trafnie wskazuje, że zachowanie zabronione ujęte w przepisie art. 152 § 2 odpowiada pomocnictwu w rozumieniu art. 18 § 3 KK²⁷.

W ten sposób znamię „pomocy” w oparciu o art. 18 § 3 KK można określić jako zachowanie polegające na dostarczeniu narzędzi, środków przewozu, czy udzielaniu informacji. Za pomocnictwo uznaje się także organizowanie tzw. „turystyki aborcyjnej”. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 30 września 2008 roku²⁸ wskazał, iż „Czynność sprawcza określona

²³ J. Sawicki, *Z problematyki lekarskiej w polskim prawie karnym*, [w:] G. Williams, *Świętość życia a prawo karne*, PZWL, Warszawa 1960, s. 873.

²⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1997, nr 89, poz. 555 ze zm.)

²⁵ Postanowienie SN z dnia 26 marca 2009 r., I KZP 2/09, OSNKW 2009, Nr 5, poz. 37.

²⁶ J. Sawicki, *op. cit.*, s. 874.

²⁷ B. Michalski, *komentarz do art. 18 kodeksu karnego*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117-221*. Tom I, C. H. Beck, 2017, s. 327.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 września 2008 r., II Aka 231/08.

w przepisie art. 152 § 2 KK, odpowiada pomocnictwu w rozumieniu art. 18 § 3 KK. Odrębne uregulowanie tej formy popełnienia przestępstwa jest związane z faktem, że kobieta ciężarna sama nie realizuje znamion czynu zabronionego. Dlatego też pomocnictwo i podżeganie do takiego czynu nie mogą być karane na zasadach ogólnych. Niewątpliwie pomoc w postaci udzielonego kontaktu telefonicznego, mieści się w znamionach przypisanego przestępstwa z art. 152 § 2 KK. Była to pomoc istotna, gdyż umożliwia podjęcie dalszych działań zmierzających już bezpośrednio do usunięcia ciąży, co w istocie nastąpiło. Pomoc w przerwaniu ciąży może być zrealizowana w różny sposób, np. poprzez dostarczenie narzędzi służących do tego celu, ale także rady lub informacji”. Jeżeli chodzi o nakłanianie, to musi być ono dość wyraźnie oznaczone poprzez aktywną formę działania, np. za pomocą słowa, pisma, czy w formie elektronicznej²⁹. Oba czyny określone w art. 152 § 1 i 2 są popełnianie z winy umyślnej. Nakłanianie ma postać zamiaru bezpośredniego, natomiast podżeganie zarówno ma postać zamiaru bezpośredniego jak i ewentualnego³⁰. Stanowisko doktryny odnośnie zamiaru określonego w art. 152 § 1 nie jest jednolite. A Zoll, uważa że czyn określony w tymże artykule może być popełniony wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, gdzie wskazuje, że „sprawca musi mieć świadomość, że podjęte przez niego działanie zmierza bezpośrednio do przerwania ciąży³¹. I. Andrejew nie podziela tego poglądu, nie wskazując argumentu dlaczego dopuszcza zamiar ewentualny³². Autorzy podzielają pogląd A. Zolla, gdyż konieczna jest świadoma zgoda kobiety na przerwanie ciąży, która nie odpowiada zamiarowi ewentualnemu.

Czynnością sprawczą ujętą w przepisie z art. 153 § 1 KK jest stosowanie przemocy wobec kobiety ciężarnej lub w inny sposób przerywanie ciąży bez jej zgody albo przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadzenie jej do przerwania ciąży. Sprawca powyżej opisanego zachowania podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Przedmiotem czynności wykonawczej jest życie płodu ludzkiego, jak i prawo matki do ochrony jej macierzyństwa, w zakresie oddziaływania na jej sferę wolicjonalną dotyczącą prokreacji. Jest to przestępstwo skutkowe, gdzie uśmiercone zostaje dziecko poczęte. Według A. Zolla „przemoc” określona w art. 153 § 1 KK oznacza „oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają opór kobiety ciężarnej, doprowadzając do przerwania ciąży³³. Dzia-

²⁹ M. Cieślak, *op. cit.*, s. 377.

³⁰ R. Krajewski, [w:] *Ochrona dziecka poczętego w Kodeksie karym z 1997 r.*, Jurysta, 2004 r., nr 6, s. 17.

³¹ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-211a (cz.1)*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa, s. 260.

³² I. Andrejew, *Polskie prawo karne*, PWN, 1989, s. 365.

³³ A. Zoll, *op. cit.*, s. 263.

łanie to może polegać na popychaniu, biciu, kopaniu kobiety ciężarnej w brzuch, oczywiście bez zgody kobiety ciężarnej. Znamię to realizuje także osoba obezwładniająca kobietę ciężarną, które *in concreto* będzie skutkowało śmiercią dziecka poczętego. O. Górniak stwierdza, iż „przemoc wobec osoby oznacza, że środki skierowane są na autonomię woli osoby, która w zamiarze sprawcy ma odczuć nacisk. Doznania takie mogą być wywołane także oddziaływaniem środkami fizycznymi na środowisko zmuszanego, czyli na otaczające go rzeczy oraz pozostające z nim w ścisłym związku osoby”³⁴. Należy pamiętać, że sprawca czynu określonego w art. 153 § 1 KK nie dokonuje osobiście zabiegu przerwania ciąży, lecz doprowadza do tego kobietę ciężarną, przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem.

Groźba bezprawna określona jest w art. 115 § 12 KK jako „groźba, o której mowa w art. 190 KK, jak i groźba spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej”. Celem groźby bezprawnej jest celowe wywołanie u ofiary obawy, powodujące wzrost dyskomfortu psychicznego, z racji czego ofiara ulega sprawcy³⁵. Groźba bezprawna może także polegać na dezinformowaniu kobiety ciężarnej o jej złym stanie zdrowia i komplikacjach wynikających z ciąży, gdy w istocie tak nie jest.

Podstępem jest każde zachowanie wprowadzające w błąd, wyzyskujące błąd lub podejmujące zabiegi „oszukańcze”. Sąd Najwyższy stwierdził, że immanentną cechą podstępu jest wprowadzanie innej osoby w błąd lub wykorzystanie błędu³⁶. Przez podstęp kobieta ciężarna opiera swoje motywacje na fałszywych przesłankach, przez co proces decyzyjny nie jest przeprowadzany w oparciu o zgodne oświadczenie woli.

Strona przedmiotowa w typach kwalifikowanych

Ustawodawca w artykule 152 § 3 KK ustanowił typ kwalifikowany aborcji za zgodą kobiety opierający się o kryterium „zdolności dziecka do życia poza organizmem kobiety ciężarnej”. Ocena, czy dziecko osiągnęło ww. zdolności musi być rozpatrywana zawsze *in concreto*, w oparciu o dostęp do szpitala czy zaawansowanie poziomu technicznego urządzeń medycznych. B. Michalski wskazuje, iż pod pojęciem owej zdolności rozumie „takie stadium kobiety ciężarnej (w tym stadium rozwoju płodu), w którym uk-

³⁴ O. Górniak, *Komentarz Kodeks karny. Tom III*, Wolter Kluwer Polska, Warszawa 2016, s. 168.

³⁵ K. Daszkiewicz, *Groźba w polskim prawie karnym*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1985 s. 20 i nast.

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego, z 4 marca 2009 r., IV KK 339/08.

szałtowane już zostały narządy umożliwiające wykonywanie podstawowych funkcji życiowych, w szczególności samodzielnego oddychania. Określenie to ma charakter wybitnie indywidualny i jest związane z konkretnym czynem, przyjmuje się jednak, że przesłanka ta zachodzi, gdy przerwanie ciąży nastąpiło po upływie 6 miesięcy jej trwania³⁷". Kwestię opisaną musi rozstrzygać osoba posiadająca specjalistyczne wiadomości z dziedziny medycyny. Przepięstwo z art. 152 § 3 KK jest przestępiem materialnym, gdzie dziecko w fazie prenatalnej zostaje pozbawione życia.

Przepięstwo określone w art. 153 § 2 KK jest typem kwalifikowanym w stosunku do bezprawnych czynności określonych w art. 153 § 1 KK. Podobnie jak w przypadku art. 152 § 3 KK, cechą kwalifikującą jest osiągnięcie przez dziecko stadium do życia poza organizmem matki³⁸. Dość ciekawy pogląd, w kwestii znamion kwalifikujących, przedstawia A. Wolter³⁹, który stwierdził, iż „przypadkiem, który może być kwalifikowany jak zwykle zabójstwo, jest sztuczne wywołanie poronienia w okresie, w którym płód był zdolny do życia poza organizmem matki, a sprawca swym działaniem zmierza do tego, by taki wcześniak właśnie ze względu na przedwczesny poród i łączącą się z tym konieczność szczególnej ochrony jego życiu nie dał się utrzymać przy życiu". Z punktu widzenia aksjologicznego ten pogląd był jak najbardziej zasadny, natomiast nie znalazł odzwierciedlenia ustawowego.

Artykuł 154 KK określa typy kwalifikowane przestępiem określonych w art. 152 KK i art. 153 KK. Znamieniem urzeczywistniającym kwalifikację jest śmierć kobiety ciężarnej w wyniku zabiegu przeprowadzonej aborcji, o ile między tymi zdarzeniami istnieje związek przyczynowo skutkowy. Nie wszystkie jednak sytuacje, w których umiera kobieta ciężarna na skutek aborcji, będą stanowić znamiona określonego w art. 154 KK, na co wskazuje A. Zoll. „O ile spowodowanie skutku śmiertelnego przez osobę nakłaniającą lub pomagającą w przerwaniu ciąży nie będzie budzić jakichkolwiek wątpliwości, o tyle trudno przypisać popełnienie przestępiem z art. 154 KK osobie, która nakłania do przerwania ciąży w gabinecie wykwalifikowanego lekarza, kobietę zdrową, z zachowaniem wszelkich procedur medycznych⁴⁰".

³⁷ B. Michalski, *komentarz do art. 152 kodeksu karnego* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117-221*, Tom I, C. H. Beck, 2010, s. 325.

³⁸ K. Daszkiewicz, *Przestępiem przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego*, *Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 240 i nast.

³⁹ W. Wolter, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1973, s. 453.

⁴⁰ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-211a (cz.1)*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017, s. 268.

Podsumowanie

Przepisy karne dotyczące ochrony życia poczętego budzą wątpliwości, nawet wśród praktyki orzeczniczej sądów. Rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie w szczególności dotyczą kwestii winy umyślnej i postaci zamiaru, jakiego może dopuścić się sprawca popełniający przestępstwo aborcyjne. Niektórzy autorzy postulują kwalifikowanie usunięcia ciąży jako zabójstwo w momencie, w którym dziecko poczęte było zdolne do samodzielnego życia poza organizmem matki, a przestępca działał w zamiarze pozbawiania go szans na przeżycie, ze względu na konieczność zapewnienia mu odpowiedniej opieki ambulatoryjnej. Z punktu widzenia praktycznego stosowania prawa, konstrukcja tak opisanego zamiaru w praktyce byłaby niezwykle ciężka do udowodnienia przez organy ścigania albowiem należałoby wykazać, że sprawca swoją świadomością obejmował szereg okoliczności faktycznych i prawnych. Podkreślenia wymaga również fakt, iż nie każda sytuacja faktyczna odpowiadająca znamionom przestępstwa aborcyjnego może zostać uznana za jeden z takich właśnie czynów zabronionych. Sprawca nie może podlegać odpowiedzialności karnej za śmierć kobiety w wyniku nakłonienia jej do aborcji w sytuacji, gdy namawiał ją do przerwania ciąży w specjalistycznej placówce zajmującej się tego typu zabiegami, a jedynie za nakłanianie ją do popełnienia czynu polegającego na przerwaniu ciąży.

Ważnym jest fakt, że kwestia przypadków, które doktryna określa mianem kontratypów, czyli sytuacji w których zachowanie usunięcia ciąży pozbawione jest cech bezprawności, nie budzi sprzeczności. Prawo w tym zakresie jest spójne i nie wymaga zmiany. Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości potwierdzają, że przyjęty kilkanaście lat temu kompromis aborcyjny funkcjonuje dobrze. Przestępstwa aborcyjne są wykrywane, ścigane a sprawcy pociągani do odpowiedzialności karnej⁴¹.

Piśmiennictwo

- Andrejew I., *Polskie prawo karne*, PWN, Warszawa 1983.
- Budyn-Kulik M., [w:] Marek Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Cieślak M., *Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary jako problem kodyfikacyjny* [w:] T. Kaczmarek (red.), *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary. System Prawa karnego*. Tom 5. C.H. Beck, Warszawa 2014.

⁴¹ Oficjalna strona Ministerstwa Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (online: 15.07.2018).

- Daszkiewicz K., *Groźba w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa 1985.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego, Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2000.
- Dzierżanowska-Peszko J., *Aborcja. Przyczyny i konsekwencje*, Uniwersytet Opolski, Opole 2005.
- Gardocki L., *Prawo Karne*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Górniok O., *Komentarz Kodeks Karny. Tom III*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.
- Indecki K., A. Liszewska, *Prawo karne materialne*, Wolter Kluwer Polska, Warszawa 2002.
- Konarska-Wrzosek V., *Komentarz do art. 152 k.k.*, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks Karny Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2016.
- Krajewski R., [w:] *Ochrona dziecka poczętego w Kodeksie karym z 1997 r.*, „Jurysta”, 2004, nr 6.
- Marek A., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Michalski B., R. Michalski, *Komentarz do art. 152 kodeksu karnego* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117-221*, Tom I, C. H. Beck, 2010.
- Tyszkiewicz L., [w:] M. Filar, *Kodeks karny, Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Sawicki J., *Z problematyki lekarskiej w polskim prawie karnym*, [w:] G. Williams, *Świętość życia a prawo karne*, PZWL, Warszawa 1960.
- Wiak K., [w:] A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Wojciechowski J, *Kodeks karny Komentarz*, Librata, Warszawa 2010.
- Wolter W., [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1973.
- Zielińska E., *Wzajemne relacje w zespołowym działaniu medycznym w aspekcie odpowiedzialności karnej i zawodowej*, „Prawo i Medycyna” 2001, nr 9.
- Zoll A., *Komentarza Kodeks karny, cz. Szczególna. Tom II*, Wolter Kluwer Polska, Warszawa 2017.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (t.j. Dz.U. nr 13, poz. 94).
- Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. (t.j. Dz.U. nr 17, poz. 78).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. 2018, poz. 1600).
- Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz. U. z 2008 r., nr 136, poz. 857).

Źródła internetowe

<https://isws.ms.gov.pl/>

Orzeczenia

- Postanowienie SN z dnia 26 marca 2009 r., I KZP 2/09, OSNKW 2009, nr 5, poz. 37.
- Wyrok SN, z 4 marca 2009 r., IV KK 339/08.
- Wyrok SA w Katowicach z 30 września 2008., II Aka 231/08.
- Wyrok SA w Białymstoku z 7 września 2004, II Aka 207/04, KZS 2005, nr 3, poz. 40.

Autorzy

mgr Mateusz Krzysztof Maciejczuk

mgr Mateusz Olchanowski

Uniwersytet w Białymstoku

Wydział Prawa

3. PSYCHOLOGICZNE I PSYCHIATRYCZNE ASPEKTY PRZESTĘPSTWA DZIECIOBÓJSTWA

Natalia Dąbkowska

Słowa kluczowe: dzieciobójstwo, matka, zabójstwo, dziecko, psychologia.

Wprowadzenie

Dzieciobójstwo to przestępstwo uregulowane w art. 149 obowiązującego kodeksu karnego (dalej k.k.)¹ w rozdziale XIX – Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Obecnie przepis art. 149 k.k. brzmi „Matka, która zabija dziecko w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Dzieciobójstwo jest uprzywilejowanym typem zabójstwa. Uprzywilejowanie wiąże się z nietypową sytuacją psychiczną matki². Kobieta znajdująca się w okresie porodu i pod jego wpływem może mieć zakłóconą równowagę psychiczną. W takiej sytuacji matka może posunąć się do przestępstwa niezgodnego z instynktem macierzyńskim³. Pojawiają się również w doktrynie opinie dotyczące niewłaściwego uregulowania przestępstwa dzieciobójstwa. J. Brzezińska twierdzi, iż *stricte* poród nie wywołuje pejoratywnych przeżyć, a jedynie jest odzwierciedleniem stanu, w którym znajdowała się kobieta w czasie ciąży⁴. Dzieciobójstwo jest przestępstwem indywidualnym, gdyż podmiotem tego przestępstwa może stać się tylko i wyłącznie matka zabijająca urodzone przez siebie dziecko w okresie porodu, jednocześnie znajdując się pod jego wpływem.

Opracowanie ma na celu analizę i ocenę psychologicznych oraz psychiatrycznych aspektów przestępstwa dzieciobójstwa.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1600).

² M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny Część szczególna Tom I Komentarz Art. 117-221*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 267.

³ A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018, ss. 867-868.

⁴ J. Brzezińska, *Dzieciobójstwo Aspekty prawne i etyczne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013, ss. 294-295.

Psychiatryczne aspekty dzieciobójstwa

Kodeks karny, kodeks postępowania karnego oraz inne ustawy szczególne przewidziały niemalże wszystkie ewentualne możliwe sytuacje, z jakimi musi się zmierzyć wymiar sprawiedliwości, jak i organy ścigania. Nie jest jednak kompetentny do wszystkich czynności procesowych. Do rodzaju pytań, w których niezbędna jest interdyscyplinarna wiedza należą kwestie, takie jak: poczytalność bądź niepoczytalność sprawcy, motyw działania w tym wypadku dzieciobójczyni oraz swoboda kierowania swoim postępowaniem. Celem wyjaśnienia powyższych kwestii, wykraczających poza tematykę prawną, ustawodawca daje sądowi instrument w postaci art. 193 kodeksu postępowania karnego (dalej k.p.k.)⁵ do zasięgnięcia opinii biegłych⁶. Opinię zasięga się w przypadku stwierdzenia okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Według Sądu Apelacyjnego w Krakowie opinii biegłego lub biegłych zasięga się tylko wówczas, gdy ustalenie nowych okoliczności nie może nastąpić bez wiadomości specjalnych, a jedynie w oparciu o doświadczenie i wiedzę sędziowską⁷. Ponadto Sąd Najwyższy sprecyzował, iż za wiadomości specjalne winno się uznawać takie, które nie są dostępne dla dorosłego człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym, wykształceniu oraz zasobie wiedzy ogólnej⁸. Zgodnie z art. 202 k.p.k. Sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator, aby wydać opinię na temat zdrowia psychicznego oskarżonego jest zobligowany powołać co najmniej dwóch biegłych psychiatrów. Na ich wniosek powoływany jest również biegły lub biegli innej specjalności. Psychiatra wydaje opinię co do poczytalności oskarżonego w chwili popełnienia przestępstwa, aktualnego stanu zdrowia psychicznego oraz zdolności do udziału w postępowaniu. W razie popełnienia przez oskarżonego czynu w warunkach niezrozumiałych motywów działania, opinia powinna zawierać kompletną analizę osobowości sprawcy i w wyczerpujący sposób wyjaśniać czynniki różniące się od przeciętnego zachowania oskarżonego. Tego typu opinia powinna być przygotowywana wraz z biegłym psychologiem⁹. Biegły składa swoją opinię ustnie lub na piśmie o treści zaspokajającej wymogi art. 200 § 2 k.p.k. Organ procesowy powołujący biegłych, podejmuje również decyzje, czy biegli różnych specjalności, tak jak np. psychiatra i psycholog winni działać razem, celem wydania wspólnej, jednej opinii,

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz.1904, 2405, z 2018 r. poz. 5, 106, 138, 201,730, 771, 942,1467).

⁶ A. Gałęska-Śliwka, *Dzieciobójstwo Analiza karno-medyczna*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2012, ss. 117-118.

⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16.12.1998 r., II AKz 191/98.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 15.04.1976 r., II KR 48/76.

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 16.06.1978 r., IV KR 169/78.

czy działać odrębnie, sporządzając dwie opinie. Można wskazać trzy typy współpracy między biegłymi psychiatrami, a biegłym psychologiem. Pierwszy typ zakłada jako ważniejszą rolę psychiatrów, za mniej istotną uznaje opinię psychologa. Praktycznie wygląda to tak, iż biegli lekarze psychiatrzy dobierają do swojego zespołu psychologa sporządzającego tylko badanie pomocnicze. Konkluzje psychologa lekarze psychiatrzy wykorzystują przy sporządzaniu swojej opinii psychiatrycznej. Drugą metodą wykonania opinii do sprawy o dzieciobójstwo jest przeprowadzenie przez biegłych dwóch autonomicznych badań i wydanie przez biegłych dwóch opinii, z zastrzeżeniem, iż wyniki badania psychologicznego bierze się pod uwagę we wnioskach opinii biegłych lekarzy psychiatrów. Trzecią możliwością jest wydanie opinii kompleksowej nazywanej inaczej kombinowaną lub mieszaną. Taka opinia jest całokształtem czynności dokonanych przez biegłych psychiatrów oraz biegłego psychologa, zmierzająca do wypracowania wspólnego stanowiska¹⁰. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż opinia kompleksowa nie jest jednoznaczna z pełną zgodnością biegłych różnych specjalności. Powyższa jest zbiorem niezależnych opinii dotyczących różnych kwestii, koniecznych do właściwego rozstrzygnięcia sprawy¹¹. Z powyższego można wywnioskować, iż opinie psychologiczne są bardzo ważne w procesie opiniowania i stanowią wyczerpującą diagnozę kliniczną sprawcy. Reasumując rolę psychiatry i psychologa przy wydawaniu opinii można stwierdzić, iż biegły psychiatra jest kompetentny do wydawania opinii o chorobie oskarżonego, a biegły psycholog jest wykwalifikowany do ustosunkowania się do zakłóceń czynności psychicznych i upośledzenia umysłowego¹². Biegli z zakresu psychiatrii i psychologii winni udzielić odpowiedzi na dwa podstawowe pytania, a mianowicie o stan psychiczny matki w czasie popełnienia czynu oraz, czy czyn pozostaje w związku przyczynowo-skutkowym z porodem. Lekarze psychiatrzy często również muszą stwierdzić, czy okres ciąży był nie tylko czasem dojrzewania płodu do odłączenia się od organizmu matki, ale również czy w tym czasie kobieta dojrzała do pełnienia roli. Negatywne myśli przyszłych matek, najczęściej prowadzą do różnego rodzaju zaburzeń natury psychicznej. Psychiatra I. Koszewska wyróżnia dwa najczęściej występujące u młodych matek zaburzenia: lękowe oraz nastroju. Lęk może ujawniać się w rozmaitych zaburzeniach. Powyższe mogą występować w funkcji wegetatywno-somatycznej przejawiającej się dusznościami, kołataniem serca bądź też bólów w klatce piersiowej, może też mieć swój wyraz w braku koncentracji, zmie-

¹⁰ A. Książpolska-Breś, *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 191.

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 08.04.1999 r., IV KKN 653/98.

¹² A. Pietrzyk, *Psychologiczne kryteria niepoczytalności i poczytalności zmniejszonej – refleksje biegłego psychologa dla prawników*, „Palestra” 1993, nr 12, s. 90.

nności emocjonalnej i zaburzeniach snu. Ostatnim rodzajem zaburzeń lękowych są zaburzenia funkcji behawioralnych ujawniające się poprzez nadmierne funkcje ruchowe¹³. Należy jednak skupić uwagę na typowo okołoporodowych zaburzeniach psychicznych. Jako pierwsze z nich można wymienić tzw. smutek poporodowy nazywany inaczej przygnębieniem poporodowym lub *postpartum blues* bądź *baby blues*. Pojawia się on około trzeciego dnia po porodzie, trwając z reguły do 10-14 dnia, mogąc wydłużyć się nawet do miesiąca. Na te zaburzenie zapada ok 50-80% matek. Zakłada się, iż wyżej wymienione zaburzenie jest wynikiem zmian hormonalnych odbywających się w organizmie kobiety po urodzeniu dziecka, a konkretnie spadku poziomu estrogenów, progesteronu oraz wzrostu poziomu prolaktyny. Problem ten można zdiagnozować u kobiety w połogu, gdy zauważymy u niej objawy lękowe i subdepresyjne wyrażające się w chwiejności nastroju, wyczerpaniu, nerwowości, zbytniej wrażliwości i smutku. Wymienione objawy nie mają bezpośredniego przełożenia na możliwość matki do prawidłowego funkcjonowania, aczkolwiek mogą wpłynąć negatywnie, na jakość jej życia. Lekarze psychiatrzy są zdania, iż względnie łagodny przebieg tego zaburzenia nie wymaga konsultacji lekarskiej, ani hospitalizacji, aczkolwiek potrzebne jest kobiecie bezwarunkowe wsparcie od najbliższych. W przypadku *postpartum blues* kobiety nie robią krzywdy swojemu potomstwu poprzez działanie, ewentualnie mogą zaniedbać dziecko, ale bez znaczących szkód dla jego rozwoju¹⁴.

Kolejnym zaburzeniem, które dotyka matki to depresja poporodowa tzw. *postpartum depression*. Występuje ona u 10-20% kobiet najczęściej około 2-3 tygodnie po porodzie. Następnym zaburzeniem spotykanym u matek po porodzie jest PTSD (*Posttraumatic Stress Disorder*), czyli zaburzenia stresowe pourazowe. Genezy jego należy upatrywać w zaburzeniach posttraumatycznych u żołnierzy uczestniczących w wojnie. Na podstawie ich przypadku na początku XX w. brytyjski psychiatra wojskowy Ch.S. Myers wprowadził do literatury fachowej pojęcie „shell shock”, tzn. szok artyleryjski. Po utarciu się powyższego pojęcia w psychiatrii, zaczęto takie objawy przypisywać coraz szerszemu gronu pacjentów. W 1980 r. uznano „shell shock” za odrębną jednostkę diagnostyczną i nazwano ją PTSD¹⁵. Powyższe zaburzenie występuje u 1,5%-5,6% kobiet będących pod wpływem zaburzeń okołoporodowych. Podłoże tego zaburzenia jest różnorodne, ale najważniejszymi czynnikami jej ujawnienia są stopień odczuwanego stresu związanego z porodem oraz tzw. zmienne biologiczne i psychologiczne. Poprzez zmienne biologiczne rozumie się właściwości układu ner-

¹³ A. Gałęska-Śliwka, *op. cit.*, s. 111.

¹⁴ J. Krzyżanowska-Zbucka, *Okołoporodowe zaburzenia psychiczne, a krzywdzenie dzieci*, „Dziecko Krzywdzone” 2010, nr 3(32), s. 45.

¹⁵ A. Książpolska-Breś, *op. cit.*, s. 188.

wowego oraz zmiany hormonalne, natomiast zmiany psychologiczne definiowane są jako cechy osobowości i predyspozycje społeczne. Objawy nie są w żadnej mierze podobne do *postpartum blues* czy depresji poporodowej. Zaburzenia stresowe pourazowe przejawiają się we wtórnym odczuwaniu dolegliwości porodu podczas snu, jak i na jawie w formie niedających spokoju myśli przywołujących traumę porodu. Ponadto kobieta może doświadczać również luk pamięciowych, rozdrażnienia, jak również może doznawać ataków gniewu¹⁶. Jak wskazują badania przeprowadzone przez A. Księżopolską-Breś na 33 badane skazane dzieciobójczynie, aż 7 z nich doświadczyło zespołu stresu pourazowego. Spośród wymienionych 7 kobiet tylko 2 z nich były w pełni poczytalne, kolejne 5 kobiet miało ograniczoną poczytalność. Przykładem praktycznym może być przytoczona przez wyżej wymienioną autorkę sprawa Anny A. oskarżonej o popełnienie dzieciobójstwa. Kobieta została zgwałcona przez wuja. Wynikiem przestępstwa była ciąża, której Anna A. bardzo wstydziła się przed środowiskiem wiejskim, w którym mieszkała. Obawiała się reakcji sąsiadów. Psycholog, w wydanej opinii, orzekł iż kobieta cierpi na zespół stresu pourazowego PTSD, co wyraża się w nieustannym powracaniu i rozpamiętywaniu traumatycznych dla niej wydarzeń, jakimi były zgwałcenie, ciąża oraz poród. Kobieta cierpi na zaburzenia snu, koszmary senne oraz stany depresyjne. Jednocześnie biegli stwierdzili, iż stan dzieciobójczyni nie stanowi przeszkody do jej udziału w postępowaniu. Podnieśli wręcz, iż dopiero zakończone postępowanie da choremu możliwość podjęcia przynoszącego rezultaty leczenia zaburzenia¹⁷. Należy również dodać, iż z reguły kobieta, która zapadnie na PTSD ignoruje swoje dziecko i przejawia wobec niego co najmniej neutralne uczucia. Matka jest wówczas zła na swoje dziecko, gdyż przypomina jej ono najgorsze chwile. Kobiety często reagują również obsesyjnie na sam widok szpitala bądź miejsca, w którym rodziły. Nie są w stanie przejść wizyty kontrolnej u lekarza ginekologa, a czasem nawet udać się na wizytę do lekarza stomatologa. Takie objawy mogą utrzymywać się nawet do kilku lat po porodzie¹⁸.

Ostatnim z opisywanych przez Autorkę opracowania zaburzeń jest psychoza poporodowa, nazywana inaczej połogową. Objawia się ona zaledwie u 0,1%-0,2% kobiet. Zaczyna się z reguły w pierwszych dwóch tygodniach po porodzie. Pojawiające się objawy to najczęściej zintensyfikowany nastroj, płacz lub śmiech, stany niepokoju i lęku, halucynacje w postaci dialogu z osobami nierealnymi, nieistniejącymi. Występują również urojenia, polegające na przeświadczeniu kobiety, iż np. wciąż jest w ciąży bądź np. że

¹⁶ J. Krzyżanowska-Zbucka, *op. cit.*, s. 49.

¹⁷ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, s. 189.

¹⁸ J. Krzyżanowska-Zbucka, *op. cit.*, s. 49.

urodziła, ale dziecko ktoś jej chce ukraść. Zaburzenie obligatoryjnie należy leczyć, gdyż nieleczone może doprowadzić do śmierci dziecka spowodowanej przez zaniechanie. W sytuacjach skrajnych matka może zabić swoje dziecko lub popełnić samobójstwo bądź samobójstwo rozszerzone. Ponadto w stanie psychozy pod wpływem urojeń kobieta może uznać, iż jej potomstwo jest szatanem lub owocem grzechu i powinna je zabić. Często również mają miejsce halucynacje słuchowe, wówczas chora słyszy rozkaz dokonania zabójstwa dziecka. Taki stan podlega hospitalizowaniu na zamkniętym oddziale psychiatrycznym, nawet wbrew woli samej chorej¹⁹.

Psychologiczne aspekty dzieciobójstwa

Zapewne wiele kobiet, szczęśliwych matek bądź kobiet pragnących doświadczyć macierzyństwa zastanawia się, co może kierować kobietami decydującymi się na zabicie swojego nowonarodzonego dziecka. Skoro nie były gotowe na macierzyństwo, mogły oddać dziecko do adopcji bądź dokonać aborcji. Wybierając takie rozwiązanie nie dopuściłyby się popełnienia przestępstwa i nie pozostawiłyby trwałego śladu po popełnieniu przestępstwa na swojej psychice. Każda z dzieciobójczyń ma zapewne w swoim mniemaniu silną motywację, a bywa ona różna. Geneza słowa „motyw” wywodzi się od łacińskiego słowa *movere*, znaczącego popychać, poruszać się. Wnioskując z powyższego motyw można uznać za czynnik popychający do działania, regulujący określony sposób zachowania się²⁰. Według E. Hilgarda motywem jest czynnik pobudzający organizm do działania lub podtrzymujący to działanie i ukierunkowujący go we właściwą stronę²¹. Wywodząc z powyższego na motyw składają się elementy popychające do działania, zewnętrzne bodźce, emocje, doznania wewnętrzne oraz procesy fizjologiczne, zachodzące w tym przypadku w organizmie dzieciobójczyni. Możemy wyróżnić motywację wewnętrzną oraz zewnętrzną. Zewnętrzna przejawia się w przełożeniu pozytywnych działań na nagrodę, a negatywnych aktywności na karę. Motywacja wewnętrzna wyraża się w ciekawości i chęci poznania²². Z kolei K. Daszkiewicz twierdzi, iż motywacja czynu zabronionego jest skorelowana z psychiką sprawcy. Nie można jej traktować, jako celu działania przestępcy, ani utożsamiać z przyczyną przestępstwa²³. Nietrudno jest zauważyć, iż proces motywacyjny jest niezwykle skompli-

¹⁹ J. Krzyżanowska, *op. cit.*, s. 50.

²⁰ A. Gałęska-Śliwka, *op. cit.*, s. 62.

²¹ E. Hilgard, *Wprowadzenie do psychologii*, PWN, Warszawa 1968, s. 191.

²² W. Szewczuk, *Słownik psychologiczny*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1985, s. 169.

²³ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1983, s. 30.

kowany, gdyż człowiek nie jest w stanie oddzielić kierujących nim emocji od sfery intelektualnej, dlatego powinniśmy wyróżnić jeszcze jeden podział, a mianowicie na emocjonalny i poznawczy aspekt procesu motywacyjnego. Prawnicy stoją na stanowisku, iż pojęcia motywu i pobudki nie są tożsame. Zakładają oni, że motyw ma związek z intelektem, natomiast pobudka odnosi się do uczuć, emocji, zaś psychologowie zrównują ze sobą te terminy²⁴. Kwestia motywacji jest na tyle doniosła, iż nawet Sąd Najwyższy w wyroku z 13 sierpnia 1974 roku orzekł, iż odtworzenie procesu motywacyjnego zachodzącego w psychice sprawcy konkretnego przestępstwa winno brać za podstawę analizę osobowości sprawcy tzn. cechy charakteru, usposobienia, poziom intelektualny, reakcje emocjonalne, relacje z otoczeniem oraz sposób zachowania się w różnych sytuacjach życiowych. Połączenie powyższych cech oraz okoliczności popełnienia przestępstwa dają możliwość właściwej oceny strony podmiotowej²⁵. Motywy popełnienia dzieciobójstwa bywają różne. Najczęściej opierają się na braku wsparcia ze strony bliskich – zarówno rodziców, jak i ojca dziecka, który żąda aborcji lub nawet nie jest świadomy ciąży. Istotnym czynnikiem jest tu akceptacja ze strony rodziny rodzącego się dziecka. Nie bez znaczenia jest pochodzenie dzieciobójczyń z rozbitych rodzin, w których nie przygotowano ich do dorosłego życia. Nie nabrały one w środowisku pierwotnym umiejętności radzenia sobie z problemami, ani też nie zaczerpnęły wzoru matczynej miłości. Wymienione determinanty są przejawem tego, iż w przypadku tych kobiet możliwość wystąpienia zachowań przestępczych jest znacznie wyższa niż w przypadku kobiet, które nie są poddane sytuacji kryminogennej. Marzec-Holka dosyć kontrowersyjnie określa motywy dzieciobójczyń, jako motywy erotyczne, gdyż jej zdaniem matka zabijająca swoje dziecko kieruje się wytycznymi od ojca dziecka, a nie dobrem dziecka czy matczyną miłością. Zabija dziecko głównie dlatego, że boi się utraty partnera lub dokonuje tego czynu z powodu utraty partnera²⁶. Z kolei Z. Majchrzyk do determinant popełnienia czynu z art. 149 k.k. zalicza ponadto: poczucie krzywdy, chęć odwetu, lęk i zagrożenie²⁷. Istotnym jest również stwierdzenie zaburzeń psychicznych i obniżonej sprawności intelektualnej²⁸. Niski poziom intelektualny u dzieciobójczyń zazwyczaj wiąże się z upośledzeniem umysłowym. Definiuje się je jako obniżenie ogólnej sprawności intelektualnej znacznie poniżej średniej. Upośledzeniu towarzyszy również

²⁴ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, PWN, Warszawa 1973, s. 136.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z 13.08.1974 r., IV KR 177/74, nr 12, poz. 222.

²⁶ K. Marzec-Holka, *op. cit.*, s. 100.

²⁷ Z. Majchrzyk, *Motywacje zabójczyń. Alkohol i przemoc w rodzinie*, PARPA, Warszawa 1995, s. 39.

²⁸ K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, E. Chróścielewski, *Dzieciobójstwo jako zagadnienie prawne, psychiatryczne i medyczo-sądowe*, „PiP” 1967, nr 2.

ograniczenie możliwości wykonywania podstawowych czynności, takich jak: pielęgnowanie swojego zdrowia, dbanie o swoje bezpieczeństwo, zaspokojenie potrzeb finansowych itp. Przeprowadzone przez A. Księżopolską-Breś badania wskazują, iż spośród 33 skazanych za popełnienie przestępstwa dzieciobójstwa, aż 5 posiadało upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim. Wśród badanych nie wystąpiły inne stopnie upośledzenia umysłowego, choć należy się zastanowić, czy każdy ze stopni upośledzenia mógłby charakteryzować dzieciobójczynię. Otóż w przypadku upośledzenia w stopniu lekkim zakres ilorazu inteligencji wynosi 55-70 w skali Wechslera. Stopień upośledzenia umysłowego w stopniu umiarkowanym nazywany „górnym imbecyлизmem” poziom inteligencji kształtuje na poziomie 40-55 w skali Weschlera. W wyżej wymienionych dwóch stopniach upośledzenia możliwe jest samodzielne funkcjonowanie osoby chorej, a co za tym idzie możliwość poczęcia potomstwa, jak i popełnienia przestępstwa. W przypadku znacznego stopnia upośledzenia umysłowego osoby wykazują poważne opóźnienie w rozwoju psychoruchowym, natomiast u osób z upośledzeniem umysłowym głębokim często zdarzają się wady rozwojowe. Jasnym jest, iż osoby ze znacznym oraz głębokim stopniem upośledzenia nie są samodzielne i wymagają codziennej opieki. Z powyższego również jasno wynika, iż te chore nie są zdolne do zajścia w ciążę, samodzielnego urodzenia dziecka oraz powzięcia decyzji o jego zabiciu. Na podstawie badań A. Księżopolskiej-Breś sposób popełnienia przez dzieciobójczynię upośledzoną umysłowo w stopniu lekkim występku dzieciobójstwa był czynny i brutalny. Co więcej autorka stwierdza, iż kobieta dopuszczająca się przestępstwa dzieciobójstwa w warunkach recydywy najczęściej wykazuje stopień upośledzenia umysłowego²⁹.

Kolejną istotną kwestią w przypadku psychologicznego aspektu występku dzieciobójstwa są zaburzenia osobowości. Badania A. Księżopolskiej-Breś wskazują, iż spośród 33 skazanych za popełnienie przestępstwa dzieciobójstwa, aż 20 zostało zdiagnozowanych jako sprawczynie z zaburzeniami osobowości. Najczęściej występującymi były zaburzenia, takie jak: osobowość niedojrzała, osobowość schizoidalna, typu zależnego oraz osobowość mieszana. Wyniki badań A. Księżopolskiej-Breś sugerują, iż zaburzenia osobowości mogą być jednym z czynników przestępczości, szczególnie w przypadku, gdy występują wraz z innymi anomaliami, takimi jak: choroby psychiczne, uzależnienia bądź też uszkodzenia centralnego układu nerwowego³⁰. Osobowość można zdefiniować jako formę, na którą wpływ mają czynniki wrodzone, rozwój osobniczy, oddziaływania środowiskowe, temperament i sfera popędowo-emocjonalna. J. Przybysz jest zdania, iż

²⁹ A. Księżopolska-Breś, *op. cit.*, ss. 202-204.

³⁰ *Ibidem*, s. 200.

kształtuje się ona od początku naszego życia, wliczając w to życie płodowe, aż do śmierci³¹. Współczesna psychologia wskazuje kilka rodzajów zaburzonej osobowości, a mianowicie osobowość paranoiczną, ze schizoidalnymi zaburzeniami, histrioniczne zaburzenie osobowości oraz osobowość narcystyczną; osobowość typu *borderline*, unikająca, obsesyjno-kompulsyjna. Osobowość paranoiczna cechuje osoby z przesadną podejrzliwością, jak i nieufnością do ludzi. Osoby tego typu uważają się za ludzi doskonałych, a winą za swoją porażkę lub niepowodzenie obarczają innych ludzi. Z kolei ludzie ze schizoidalnymi zaburzeniami przejawiają postawę zamkniętą, jak i opory w nawiązywaniu nowych kontaktów. Mają również problem z wyrażaniem uczuć. Tego typu osobowości cechują się również ekscentryczną komunikacją i zachowaniem. Kompletnym przeciwieństwem jest histrioniczne zaburzenie osobowości cechujące się bardzo silną potrzebą zwracania na siebie uwagi i emocjonalnością. Kolejną opisywaną osobowością jest znana powszechnie osobowość narcystyczna wyrażająca się poprzez zbyt duże poczucie własnej wartości oraz dążąca do powszechnego podziwiania jej. Istnieje również osobowość typu³² *borderline* cechująca się brakiem równowagi psychicznej, podatnością na wpływy, chwiejnym nastrojem. U osób z tego typu osobowością błaha porażka skutkuje gwałtownymi wybuchami gniewu. Osobowość unikająca charakteryzuje się silnym odseparowaniem od społeczeństwa. Taka postawa wynika z poczucia lęku i niskiej samooceny. Osobowości zależne koncentrują się na strachu przed opuszczeniem, samotnością. Ciężko przychodzi im podejmowanie decyzji, dlatego starają się być od kogoś zależne. Ostatnim typem osobowości jest obsesyjno-kompulsyjna przejawiająca się dążeniem do doskonałości oraz idealizmu³³. Wszystkie opisane przez autorkę opracowania typy osobowości mogą uwidocznić się u sprawczyń przestępstwa z art. 149 k.k.

Ciekawą częścią psychologicznego aspektu dzieciobójstwa jest odbywanie przez sprawczynie kary w zakładach karnych i ich resocjalizacja. Sprawczynie traktowane są przez inne osadzone jak człowiek gorszej kategorii. Starają się każdego dnia, aby dzieciobójczynie czuła się odtrącona, nieakceptowana, Współwięźniarki nie witają się z nimi, nie pozwalając zasiąść przy tym samym stole, ani nie reagują na ich pytania. Zgodnie z regułami panującymi w więzieniu dzieciobójczynie nie mają prawa podawać współosadzonej pożywienia, ani zwracać się z jakąkolwiek prośbą. Dzieciobójczynie boją się wykonywać codziennych czynności, takich jak: chodzenie po korytarzu, wyjście na spacer bądź korzystanie z prysznica. Słyszą

³¹ J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym*, Tumult, Toruń 2007, s. 71.

³² R. Carson, J.N. Butcher, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń, t. I*, GWP, Gdańsk 2003, ss. 496-540.

³³ *Ibidem*, ss. 540-549.

często w swoim kierunku obelżywe teksty. Skazane dzieciobójczynie bardzo często są okradane, poniżane i „wytykane palcami”. Obserwacje poczynione w Zakładzie Karnym w Grudziądzu i w Lubińcu przez M. Strawę wskazują, iż dzieciobójczynie nie zapomniły o czynie, który popełniły. Codziennie myślą, w jakim wieku byłoby ich dziecko, jak mogłoby wyglądać obecnie. Kobiety zwierają się, iż brzydząc się same siebie nie są w stanie patrzeć na swoje odbicie w lustrze. Nierzadko też mają omamy w postaci krwi dziecka na swoich dłoniach. Ewidentnie żałują swego czynu. Mówią otwarcie o swoich uczuciach, lękach. Szczególnie w nocnej ciszy piętrzące myśli nie pozwalają im spać. Autorka artykułu wywodzi wniosek, iż kara pozbawienia wolności może wpływać pozytywnie na dzieciobójczynie. Uświadamiają sobie skutki popełnionego czynu, uczą się wyrażania emocji, bliskości i czułości oraz życzliwości w stosunku do innych ludzi. Nie można tylko przewidzieć jak potoczą się ich losy po opuszczeniu murów więzienia, czy odnajdą się w nowej rzeczywistości i czy społeczeństwo da im drugą szansę³⁴.

Podsumowanie

Dzieciobójstwo jest przestępstwem szczególnym. Z jednej strony stanowi przestępstwo zabójstwa, z drugiej strony jest jego uprzywilejowaną formą. Z uwagi na powyższe, niezwykle istotnym jest rzetelne zebranie materiału dowodowego i zweryfikowanie przez biegłych specjalistów psychologów lub psychiatrów okoliczności dokonania czynu, a następnie określenie, czy zostało dokonane zabójstwo dziecka czy też dzieciobójstwo. Należałoby również wprowadzić szereg programów psychologicznych oraz edukacyjnych dla potencjalnych matek uświadamiających o sposobach i skutkach planowania rodziny, jednocześnie zaostrzyć wymiar kary za wyżej wymieniony czyn zabroniony.

³⁴ M. Strawa, Dzieciobójczynie, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 2012, nr 4, s. 50.

Piśmiennictwo

- Brzezińska J., *Dzieciobójstwo Aspekty prawne i etyczne*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013.
- Carson R., Butcher J.N., Mineka S., *Psychologia zaburzeń, t. I*, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Gdańsk 2003.
- Daszkiewicz K., Dąbrowski S., Chróścielewski E., *Dzieciobójstwo jako zagadnienie prawne, psychiatryczne i medyczo-sądowe*, Państwo i Prawo, 1967 nr 2.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1983.
- Gałęska-Słiwka A., *Dzieciobójstwo Analiza karno-medyczna*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2012.
- Grześkowiak A., Wiak K., *Kodeks karny Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Hilgard E., *Wprowadzenie do psychologii*, PWN, Warszawa 1968.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Kodeks karny Część szczególna Tom I Komentarz Art. 117-221*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Krzyżanowska-Zbucka J., *Okoloporodowe zaburzenia psychiczne, a krzywdzenie dzieci*, „Dziecko Krzywdzone” 2010, nr 3(32).
- Księżopolska-Breś A., *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.
- Majchrzyk Z., *Motywacje zabójczyń. Alkohol i przemoc w rodzinie*, Państwowa Agencja Rozwiązywania Problemów Alkoholowych, Warszawa 1995.
- Marzec-Holka K., *Dzieciobójstwo. Przestępstwo uprzywilejowane czy zbrodnia*, Wydawnictwo Akademii Bydgoskiej im. Kazimierza Wielkiego, Bydgoszcz, 2004.
- Pietrzyk A., *Psychologiczne kryteria niepoczytalności i poczytalności zmniejszonej – refleksje biegłego psychologa dla prawników*, „Palestra” 1993, nr 12.
- Przybysz J., *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym*, Tumult, Toruń 2007.
- Strawa M., *Dzieciobójczynie*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 2012, nr 4
- Szewczuk W., *Słownik psychologiczny*, Państwowe Wydawnictwo „Wiedza Powszechna”, Warszawa 1985.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 1973.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1600).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz.1904, 2405, z 2018 r. poz. 5, 106, 138, 201,730, 771, 942,1467).

Orzeczenia

- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16.12.1998 r., II AKz 191/98.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 13.08.1974 r., IV KR 177/74.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 15.04.1976 r., II KR 48/76.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 16.06.1978 r., IV KR 169/78.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 08.04.1999 r., IV KKN 653/98.

Autor

mgr Natalia Dąbkowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Wydział Prawa i Administracji

Katedra Kryminologii i Polityki Kryminalnej

4. PRZESTĘPSTWA I WYKROCZENIA SKARBOWE PRZECIWKO ORGANIZACJI GIER HAZARDOWYCH

Monika Utracka

Słowa kluczowe: przestępstwa hazardowe, kodeks karny skarbowy.

Wprowadzenie

Przestępstwa przeciwko organizacji gier hazardowych zostały uregulowane na gruncie kodeksu karnego skarbowego¹, w jego rozdziale 9. Przepisy te, generują problemy zarówno praktyczne jak i teoretyczne, które przedstawione zostaną przy okazji omawiania poszczególnych typów czynów zabronionych w niniejszym opracowaniu. Celem opracowania jest analiza i ocena aktualnie obowiązujących regulacji dotyczących organizowania i prowadzenia gier hazardowych w Polsce. Z uwagi, że część tych regulacji generuje problemy zarówno praktyczne, jak i teoretyczne istnieje pilna potrzeba ich niezwłocznego rozwiązania *de lege ferenda*, ponadto wskazano w jakim kierunku zmiany te powinny zmierzać.

Przedmiot ochrony

Przepisy karne rozdziału 9 k.k.s. chronią regulacje prawne, które obowiązują w zakresie organizowania gier hazardowych, co sugerować może nawet ich charakter porządkowy, tym bardziej że w żadnym z nich nie występuje znamię szkody w postaci uszczerpkienia czy też narażenia na uszczerpkienie publicznoprawnych należności². Literatura karnoskarbowa przyznaje, że przedmiot ochrony norm, które zostały zawarte w omawianym rozdziale k.k.s. jest kategorią wyraźnie zróżnicowaną wewnątrznie³.

¹ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz.U. 2017 r., poz. 2226 z późn.) zm., dalej: k.k.s.

² L. Wilk [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, CH Beck Warszawa 2018, s. 487.

³ G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Świątłowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Gdańsk 2007, Wydawnictwo „Arche” s. 541

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić czym są gry hazardowe. W tym zakresie należy odwołać się do przepisów ustawy o grach hazardowych⁴. Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy, grami hazardowymi są gry losowe, zakłady wzajemne, gry w karty, gry na automatach. Wskazać tutaj jednakże należy, że ustawodawca wprost nie zdefiniował, nie wprowadzając stosownego legalnego wyjaśnienia, gier hazardowych, które są określane mianem „internetowych”. Wspomina wyłącznie o grach, które są prowadzone z wykorzystaniem elektronicznych urządzeń, które mogą z kolei stanowić element sieci komputerowej, i jedynie ta wskazówka rzuca nieco światła na treść formułowanej tutaj definicji. Stwierdzić należy więc, że o podziale gier hazardowych na „tradycyjne” a także na „internetowe” decyduje charakter technicznego narzędzia, które jest wykorzystywane przez organizatora gry jako płaszczyzna wymiany informacji oraz dokonywania transakcji pomiędzy jej uczestnikami. Mając powyższe na uwadze, można w konsekwencji uznać, że pod pojęciem gier hazardowych internetowych kryją się gry hazardowe, gdzie Internet jest medium, które jest niezbędne do porozumiewania się organizatorów a także uczestników gry⁵.

Ogólnie, jak wskazuje judykatura, zasada funkcjonowania gier hazardowych polega na tym, że grający w nie więcej tracą niż wygrywają. Organizujący gry hazardowe „sprzedają” bowiem w istocie iluzję szybkiego wzbogacenia się, kosztem realnego zubożenia się tych konsumentów, którzy się grom oddają. Ze społecznego punktu widzenia otwarcie wolnego rynku na ten sektor rodziłoby zatem skutki wyłącznie negatywne, gdyż leżąca u jego podstaw konkurencja, nie przynosi w tym obszarze dla konsumentów spodziewanych korzyści. Szkodliwe dla jednostek i dla społeczeństwa konsekwencje moralne i finansowe, które wiążą się z grami hazardowymi, mogą uzasadniać szeroki zakres władztwa regulacyjnego państw członkowskich w odniesieniu do ustalenia niezbędnego poziomu ochrony konsumentów i porządku publicznego⁶.

Jako przedmiot ochrony na gruncie przepisów k.k.s. również wymieniany jest państwowy monopol koncesyjny, wreszcie wskazuje się jako istotne – przeciwdziałanie zaznaczającej się współcześnie w sposób bardzo wyraźny tendencji do penetrowania środowiska podmiotów prowadzących gry hazardowe przez struktury przestępczości zorganizowanej, a to przede wszystkim w celu legalizacji dochodów, które są uzyskiwane z procederów

⁴ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. 2018 r., poz. 165 z późn. zm.), dalej: u.g.h.

⁵ M. Czyżak, *Prowadzenie gier hazardowych w Internecie w świetle polskiego prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne Problemy Usług” 2011, nr 68, s. 304.

⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 stycznia 2016 r., II GSK 25/14, LEX nr 2033721.

przestępczych⁷.

Tutaj również należy odnieść się do przepisów ustawy o grach hazardowych, bowiem zgodnie z art. 5 ust. 1 u.g.h., prowadzenie działalności w zakresie gier liczbowych, loterii pieniężnych, gry telebingo oraz gier na automatach poza kasynem gry jest objęte monopolem państwa. Monopol państwa, na niektóre gry hazardowe, należy rozumieć ścieśniająco, tj. że określenie sposobów i form urządzania i prowadzenia takiej działalności leży w gestii ustawodawcy i państwa. Ustawodawca zarezerwował organizowanie określonych gier wyłącznie do domeny państwa. Co więcej, w tym przepisie użyto pojęcia „prowadzenie działalności”, co wskazuje na zamiar ustawodawcy powierzenia organizowania tych gier profesjonalnemu przedsiębiorcy, na co zresztą wskazuje fakt, iż do prowadzenia tych gier upoważniono jednoosobowe spółki Skarbu Państwa – w formie spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością⁸.

Reglamentacja prawna hazardu

W znowelizowanej ustawie o grach hazardowych od 1 kwietnia 2017 r. wprowadzono monopol na urządzanie gier na automatach do gier poza kasynami gry. Jest on realizowany w salonach gier na automatach, które mają stanowić miejsca odpowiednio zabezpieczone przed ingerencją osób niepożądanych w przebieg gier oraz przed uczestniczeniem w grach osób niepełnoletnich. Należy zgodzić się z tezą, że gry na automatach do gier stanowią jedną z najbardziej uzależniających i społecznie niebezpiecznych form hazardu. Tym samym wprowadzenie monopolu państwa w tym przedmiocie należy ocenić pozytywnie. Wprowadzoną formę ochrony ma stanowić regulamin odpowiedzialnej gry jako element ochrony graczy przed uzależnieniem⁹.

Zgodnie z art. 107 k.k.s., kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urządza lub prowadzi gry hazardowe, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie. Kto na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej uczestniczy w zagranicznej grze hazardowej, podlega karze grzywny do 120 stawek dziennych. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu zabronionego określonego w § 1 art. 107 k.k.s. w celu osiągnięcia korzyści majątkowej

⁷ P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 319.

⁸ M. Krawczak, *Monopol państwa na gry hazardowe*, „Studia Prawnicze KUL” 2010, nr 2-3, s. 67.

⁹ S. Babiarz [w:] S. Babiarz (red.), *Ustawa o grach hazardowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, Wolters Kluwer, s. 76.

z organizowania zbiorowego uczestnictwa w grze hazardowej, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności, albo obu tym karom łącznie. W wypadku mniejszej wagi, sprawca czynu zabronionego określonego w § 1 lub 2 podlega karze grzywny za wykroczenie skarbowe.

W literaturze i orzecznictwie powstaje problem. Przepis ten jest typową normą blankietową, a jego treść jest dopełniana przepisami ustawy o grach hazardowych. Odnosząc się do praktycznego stosowania przepisu, należy wskazać, że wywołuje on duże problemy, aczkolwiek nie tyle na płaszczyźnie interpretacji, ile na płaszczyźnie samego zakresu stosowania¹⁰. Problematiczne jest *de facto* stosowanie norm zawartych w ustawie o grach hazardowych, zwłaszcza w kontekście prawa unijnego¹¹.

Skoro celem reglamentacji prawnej hazardu jest znaczne ograniczenie tego zjawiska oraz zapewnienie ścisłego nad nim nadzoru i kontroli, a to ze względu na konieczność przeciwdziałania jego rozlicznym negatywnym społecznie skutkom, to przedmiotem ochrony subsydiarnych wobec tej reglamentacji przepisów karnych jest prawidłowość nadzoru i kontroli nad zjawiskiem hazardu oraz te dobra, które doznają niebezpieczeństwa uszczerbku z powodu negatywnych skutków towarzyszących hazardowi¹².

Określony w 107 § 1 k.k.s. czyn obejmuje zarazem hazard nielegalny, czyli prowadzony bez wymaganej koncesji, zezwolenia lub zgłoszenia albo z naruszeniem monopolu państwa, jak i legalny hazard, prowadzony na podstawie koncesji lub zezwolenia albo zatwierdzenia regulaminu gry objętej monopolem państwa, lecz z naruszeniem przepisów ustawy lub warunków określonych w koncesji czy zezwoleniu¹³.

Karalne jest uczestniczenie na terytorium Polski w grze losowej lub zakładzie wzajemnym, który jest również organizowany na jego terytorium. Tego jednak nie można zawsze powiedzieć o internetowej grze (zakładzie), która może być zorganizowana przez zagraniczne podmioty z wykorzystaniem zagranicznego systemu komputerowego, do którego uzyskuje dostęp również polski użytkownik. W przypadku korzystania przez użytkownika znajdującego się na terytorium państwa polskiego z „wirtualnego kasyna: zlokalizowanego na serwerze znajdującym się za granicą, brak będzie podstawy wniesienia aktu oskarżenia do polskiego sądu, ze względu na kwestie miejsca popełnienia czynu i zasadę terytorialności jako podstawę ju-

¹⁰ I. Zgoliński [w:] I. Zgoliński (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, CH Beck Warszawa 2018, s. 397.

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 stycznia 2005 r., P 15/02, LEX nr 143520.

¹² L. Wilk, *Systemowa lokalizacja przepisów karnych dotyczących hazardu*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 10, s. 61.

¹³ A. Krasuska, *Notyfikacja ustawy o grach hazardowych a odpowiedzialność karna z art. 107 § 1 kodeksu karnego skarbowego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2016, nr 2, s. 127.

rystrykcji¹⁴.

Zgodnie z przepisem art. 107a k.k.s., kto urządza lub prowadzi grę hazardową bez wymaganego urzędowego sprawdzenia lub bez nałożenia wymaganych urzędowych zamknięć, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 2, albo obu tym karom łącznie.

Wskazany wyżej artykuł penalizuje zachowania godzące w szczególny nadzór podatkowy związany z prowadzeniem gier hazardowych. W trakcie kontroli wykonywanej przez funkcjonariuszy Służby Celnej, podmiot prowadzący wskazaną działalność gospodarczą powinien dołączyć stosowną dokumentację, w tym m.in. opinie techniczne z badań poprzedzających rejestrację automatów, poświadczenia ich rejestracji oraz zgłoszenia ich przemieszczenia, wycofania z eksploatacji automatów lub urządzeń do gier. Kontrola, wykonywana w obecności podmiotu podlegającego takiej kontroli (ewentualnie w obecności osoby upoważnionej przez ten podmiot), weryfikuje poprawność oznaczenia w sposób trwały i w widocznym miejscu automatów i urządzeń do gier oraz centralnych maszyn rejestrujących zawarcie zakładów oraz prawidłowości nałożenia i stanu plomb zabezpieczających. Sprawdzeniu podlega również to, czy automaty wycofane z eksploatacji nie są w dalszym ciągu używane¹⁵.

Z kolei zgodnie z treścią przepisu art. 107b ust. 1 k.k.s., kto niszczy losy, kartony lub inne dowody udziału w loterii pieniężnej, loterii fantowej lub grze bingo fantowe bez wymaganego zawiadomienia właściwego organu, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych. Przepis art. 107b k.k.s. chroni normę sankcjonowaną zawartą w art. 17 ust. 2 ustawy z 2009 r. o grach hazardowych¹⁶. Przepis ten nakłada na podmiot zarządzający loterię pieniężną, loterię fantową i grę bingo fantowe obowiązek zgłoszenia pisemnie właściwemu naczelnikowi urzędu celno-skarbowego zamiaru zniszczenia losów, kartonów lub innych dowodów udziału w grze, co najmniej na 7 dni przed planowanym terminem przeprowadzenia tych czynności. Czynność zniszczenia podlega kontroli¹⁷.

Przepis k.k.s. penalizuje naruszenie obowiązku informacyjnego przy niszczeniu losów. Podmiot zarządzający loterię pieniężną, loterię fantową i grę bingo fantowe jest bowiem obowiązany zgłaszać pisemnie właściwemu naczelnikowi urzędu celnego zamiar zniszczenia losów, kartonów lub innych dowodów udziału w takiej grze, co najmniej na 7 dni przed plano-

¹⁴ M. Siwicki, *Internetowe zakłady bukmacherskie*, „Przeгляд Sądowy” 2011, nr 9, s. 104.

¹⁵ A. Piaseczny [w:] A. Piaseczny, A. Wielgolewska, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 417.

¹⁶ L. Wilk, *Karnoprawne aspekty ustawy o grach hazardowych*, „Przeгляд Sądowy” 2010, nr 11-12, Wolters Kluwer s. 11.

¹⁷ L. Wilk [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *op. cit.*, s. 491.

wanym terminem przeprowadzenia tych czynności. Czynność zniszczenia podlega kontroli (art. 17 ust. 2 u.g.h.). Nie chodzi tu jednak tylko o uchybienie terminowi do dokonania zawiadomienia, lecz w istocie o dokonanie zniszczenia poza kontrolą. Nie będzie więc wyczerpywało znamion deliktu z art. 107b k.k.s. zachowanie sprawcy sprowadzające się do naruszenia terminu 7 dni na dokonanie zawiadomienia, a następnie spowodowanie, że samo niszczenie przebiegać będzie pod urzędową kontrolą. Problematyczna staje się zaś sytuacja, gdy sprawca co prawda dokona zawiadomienia, lecz nie wskaże w nim miejsca niszczenia losów¹⁸. W literaturze spotkać można pogląd, że takie zachowanie nie wyczerpuje znamion żadnego z czynów z art. 107b k.k.s.¹⁹

Podmiot eksploatujący zarejestrowany automat lub urządzenie do gier jest obowiązany informować pisemnie naczelnika urzędu celnego m.in. o zniszczeniu lub kradzieży automatu lub urządzenia – w terminie 2 dni od dnia wystąpienia takiego zdarzenia (art. 23c pkt 3 u.g.h.). Przepis penalizuje uchybienie temu obowiązkowi. Trafnie podnosi się w doktrynie, że przepis ma w istocie charakter porządkowy, dyscyplinujący, co podaje w wątpliwość sens jego egzystencji w Kodeksie karnym skarbowym. Właściwym rozwiązaniem byłoby raczej unormowanie go jako przepisu zabezpieczającego normę art. 23c pkt 3 u.g.h. administracyjną karą pieniężną²⁰.

Ważny przypis wprowadzono na gruncie art. 107d, k.k.s. zgodnie z którym: „Kto wbrew warunkom koncesji lub bez wymaganego urzędowego sprawdzenia lub bez nałożenia wymaganych urzędowych zamknięć posiada automat do gier, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie”.

Przepis ten został wprowadzony do k.k.s. w dniu 1 kwietnia 2017 r. na mocy ustawy z dnia 15 grudnia 2017 r. nowelizującej ustawę o grach hazardowych²¹. Wprowadza on nowy typ przestępstwa skarbowego, polegający na posiadaniu automatu do gier. Uzasadnienia dla penalizacji posiadania automatów poszukiwać należy przede wszystkim we fiasku, jakie przyniosła administracji celnej (określana *de lege lata* jako celno-skarbowej) wieloletnia walka z urządzaniem, a także prowadzeniem gier na automatach. Powodów porażki administracji poszukiwać należy w pośpiechu, towarzyszącemu parlamentarnym pracom w końcu roku 2009 nad uchwaleniem obowiązującej ustawy o grach hazardowych. Wtedy to też dopuszczono do fatalnego w konsekwencjach nieprzedłożenia projektu ustawy do

¹⁸ I. Zgoliński [w:] I. Zgoliński (red.), *op. cit.*, s. 401.

¹⁹ T. Oczkowski, V. Konarska-Wrzosek, J. Skorupka, *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, LEX Wolters Kluwer Warszawa 2014, s. 350.

²⁰ I. Zgoliński [w:] I. Zgoliński (red.), *op. cit.*, s. 405.

²¹ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 471, 1948, 2260, z 2017 r. poz. 88).

notyfikacji w Komisji Europejskiej, co jednocześnie wywołało lawinę nieporozumień, zaś ostatecznie doprowadziło do wykształcenia się dwóch – znoszących się wzajemnie – linii orzeczniczych. Urządzący oraz prowadzący gry na automatach z tego wieloletniego chaosu skorzystali, w praktyce odebrane im bowiem przez organy ścigania automaty prędzej czy później wracały do nich, a niezależnie od tego w lokalach wstawiano kolejne automaty. Jako że organy ścigania nie mogły zatrzymywać urządzeń, na których gier nie urządzano, walka administracji była nieskuteczna. W związku z tym wprowadzenie z dniem 1 kwietnia 2017 r. monopolu państwowego na urządzenie gier na automatach poza kasynami – dla zabezpieczenia się przed znacznie bardziej doświadczonym w tej branży „przeciwnikiem” (który – nawiasem mówiąc – przeciwnikiem nigdy nie chciał być) – przyniosło skutek w postaci wprowadzenia zakazu posiadania automatów. Kryminalizacja posiadania jest w takim samym stopniu znaczącym ułatwieniem dowodowym dla organów ścigania jak przejawem słabości państwa, które nie może poradzić sobie z hazardem i przenosi walkę na daleko wysunięte przedpole naruszenia dobra prawnego. Dalsze jednak tezy do niniejszego artykułu pokażą, że do walki z nielegalnym posiadaniem automatów wykorzystano instrument wadliwy²².

W zakresie walki z nielegalnym hazardem ważna jest również treść art. 110a k.k.s., zgodnie z którym „kto, wbrew przepisom ustawy, zleca lub prowadzi reklamę lub promocję gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych lub gier na automatach, umieszcza reklamę takich gier lub zakładów lub informuje o sponsorowaniu przez podmiot prowadzący działalność w zakresie takich gier lub zakładów, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych”.

Przepis ten jest zbieżny z treścią art. 29 u.g.h., zgodnie z którym zabrania się reklamy i promocji gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, gier na automatach oraz zakładów wzajemnych. Reklama zakładów wzajemnych, na których urządzenie zostało udzielone zezwolenie, jest dozwolona na zasadach określonych w art. 29b.

W literaturze wskazuje się, że nierównorzędność polskich i zagranicznych podmiotów oferujących usługi wyłącznie z zakresu zakładów wzajemnych wyraża się nie tylko w braku możliwości podjęcia przez zagranicznych przedsiębiorców działalności gospodarczej w sposób przewidziany przez Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej²³, lecz także w braku możliwości skorzystania z dobrodziejstwa art. 29 ust. 3 u.g.h. przyznającego polskim operatorom zakładów wzajemnych prawo informowania o sponsorowaniu. Skoro licencjonowani w innych państwach członkowskich za-

²² P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *op. cit.*, s. 343.

²³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 późn.zm.)

graniczni operatorzy zakładów wzajemnych nie mogą swobodnie rozszerzyć swojej działalności na terytorium Polski, to tym bardziej nie mogą skorzystać z posiadanego przez polskich operatorów prawa informowania o sponsorowaniu. Stan ten decyduje o dyskryminacyjnym charakterze normy płynącej z art. 6 ust. 4 w zw. z art. 14 ust. 3 w zw. z art. 29 ust. 3 u.g.h.²⁴

Ustawodawca w przypadku Totalizatora Sportowego nawet nie przewidywał ograniczeń związanych z treścią reklam, tak jak to ma miejsce w odniesieniu do reklamy piwa. Jedyne nasuwające się wytłumaczenie to takie, iż Totalizator Sportowy jest jednoosobową spółką Skarbu Państwa, zatem wśród wszystkich przedsiębiorców świadczących usługi w zakresie gier hazardowych Totalizator Sportowy zajmuje szczególne miejsce, tym bardziej iż część zysków jest przeznaczana na cele związane z rozwojem sportu²⁵.

W literaturze wskazuje się na jedno z orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego²⁶, który obszernie wypowiedział się w sprawie konstytucyjności przepisów dotyczących zakazu reklamy alkoholu, których treść była analogiczna do treści przepisów art. 110a k.k.s. i art. 29 ust. 1, 6 i 8 u.g.h. Oceniając konstytucyjność regulacji zakazujących pośredniej reklamy alkoholu, Trybunał wskazał w szczególności, że ograniczenia możliwości reklamowania alkoholu są uzasadnione troską o ochronę zdrowia publicznego. Dokonawszy analizy treści kwestionowanych przepisów uznał, że zakaz reklamy produktów „wykorzystujących podobieństwo” do napojów alkoholowych jest ograniczeniem proporcjonalnym, a więc uzasadnionym celem tego ograniczenia oraz nieprzekraczającym miary właściwej dla osiągnięcia tego celu. Nie narusza więc art. 20, 22 i 31 ust. 3 Konstytucji RP²⁷. Odniósł się również do możliwości użycia w przepisach określających znamiona czynu karalnego takich określeń, jak „wykorzystywanie podobieństwa do” oznaczeń „związanych” z alkoholem. Trybunał stwierdził, że samo ich użycie nie powoduje niekonstytucyjności przepisów karnych, gdyż zarówno dorobek doktryny, jak i orzecznictwa pozwala na ich wyjaśnienie. Wskazał, że użycie zwrotów niedookreślonych w prawie karnym jest powszechnie akceptowane i nie narusza art. 2 Konstytucji RP. Podkreślił również, że wskazane w tych przepisach czyny mogą być popełnione jedynie umyślnie, a więc nie ma możliwości penalizacji przypadkowego użycia oznaczeń podobnych do

²⁴ M. Lewandowicz, *Ustawa o grach hazardowych w świetle norm unijnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 6, s. 25.

²⁵ K. Grotkowska, *Polityczne uwikłanie reklamy napojów alkoholowych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 7-8, s. 69.

²⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r., K 2/02, LEX nr 74917.

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483), dalej jako: Konstytucja RP.

oznaczeń alkoholu.

Zgodnie z art. 110b k.k.s. „kto umożliwi osobie, która nie ukończyła 18. roku życia, udział w grze hazardowej innej niż loteria promocyjna lub fantowa, podlega karze grzywny za wykroczenia skarbowe”. W przepisie tym ustawodawca typizuje wykroczenie karne skarbowe polegające na umożliwieniu osobie poniżej 18. roku życia udziału w grze hazardowej, z wyłączeniem loterii promocyjnych i fantowych. W kontekście systemowym umiejscowienie przepisu w kategorii wykroczeń skarbowych budzi wątpliwości. Należy zauważyć, że przestępstwem, tyle że powszechnym, jest zachowanie w postaci złamania zakazu sprzedaży alkoholu osobom niepełnoletnim, określone w art. 43 ust. 1 ustawy z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi²⁸. Zgodzić należy się z poglądem I. Zgolińskiego, który wskazuje, że hazard osób niepełnoletnich wydaje się być czynem co najmniej równie wysoce szkodliwym społecznie. Z tej przyczyny czyn z art. 110b k.k.s. winien zostać podniesiony do rangi przestępstwa karnego skarbowego²⁹. Wskazać przy tym należy, że aktualna u.g.h. poważnie ogranicza dostęp do hazardu osób niepełnoletnich. W grach hazardowych, z wyjątkiem loterii fantowych i loterii promocyjnych, mogą uczestniczyć wyłącznie osoby, które ukończyły 18 lat i informacja o tym powinna być umieszczona w widoczny sposób przed wejściem do miejsca urządzania gier oraz w miejscu ich urządzania lub sprzedaży dowodów udziału w grach. Także sam wstęp do ośrodków gier oraz do punktów przyjmowania zakładów wzajemnych dozwolony jest tylko dla osób, które ukończyły 18 lat. W razie wątpliwości co do wieku uczestnika gry hazardowej, osoba kierująca ośrodkiem gier lub przez nią upoważniona, osoba sprzedająca losy lub inne dowody udziału w grze oraz osoba przyjmująca zakłady wzajemne jest upoważniona do żądania okazania dokumentu potwierdzającego tożsamość i wiek uczestnika gry hazardowej (art. 27 u.g.h.)³⁰

Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że omawiane wyżej przepisy zawierają kwestie, które bez wątplenia powinny zostać przez ustawodawcę rozwiązane *de lege ferenda*. Wprowadzając przedmiotowe zmiany ustawodawca przede wszystkim powinien mieć na uwadze, że celem reglamentacji

²⁸ Ustawa z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 2016 r. poz. 487 ze zm.)

²⁹ I. Zgoliński [w:] I. Zgoliński (red.), *op. cit.*, s. 423.

³⁰ L. Wilk [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *op. cit.*, s. 502.

prawnej hazardu nie jest czerpanie korzyści finansowych przez państwo, a ograniczenie tego zjawiska oraz zapewnienie ścisłego nad nim nadzoru i kontroli, ze względu na konieczność przeciwdziałania jego różnym negatywnym społecznie skutkom. Zagubienie tego celu, może doprowadzić do uznania, że państwo czerpie korzyści z działalności „wątpliwej moralnie”, a konkluzja taka jest nie do przyjęcia w demokratycznym państwie prawnym.

Piśmiennictwo

- Babiarz S., *Ustawa o grach hazardowych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Bogdan G., Nita A., Raglewski J., Świątłowski A.R., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wydawnictwo „Arche”, Gdańsk 2007.
- Czyżak M., *Prowadzenie gier hazardowych w Internecie w świetle polskiego prawa*, 2011, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne Problemy Usług” 2011, nr 68.
- Grotkowska K., *Polityczne uwikłanie reklamy napojów alkoholowych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 7-8.
- Kardas P., Łabuda G., Razowski T., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017;
- Krasuska A., *Notyfikacja ustawy o grach hazardowych a odpowiedzialność karna z art. 107 § 1 kodeksu karnego skarbowego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2016, nr 2.
- Krawczak M., *Monopol państwa na gry hazardowe*, „Studia Prawnicze KUL” 2010, nr 2-3.
- Lewandowicz M., *Ustawa o grach hazardowych w świetle norm unijnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 6.
- Oczkowski, Konarska-Wrzošek V., Skorupka J., *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Piaseczny A. [w:] A. Piaseczny, A. Wielgolewska, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012.
- Siwicki M., *Internetowe zakłady bukmacherskie*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 9.
- Wilk L. [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Wilk L., *Karnoprawne aspekty ustawy o grach hazardowych*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 11-12.
- Wilk L., *Systemowa lokalizacja przepisów karnych dotyczących hazardu*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 10.
- Zgoliński I. [w:] I. Zgoliński (red.), *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, CH Beck, Warszawa 2018.

Akty prawne

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2 późn.zm.)
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483).
- Ustawa z 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 2016 r. poz. 487 ze zm.)
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy

(Dz.U. 2017 poz. 2226 z późn. zm.)
Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. 2018 poz. 165 z późn. zm.)

Orzecznictwo

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r., K 2/02, LEX nr 74917.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 stycznia 2005 r., P 15/02, LEX nr 143520.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 stycznia 2016 r., II GSK 25/14, LEX nr 2033721.

Autor
mgr Monika Utracka
Uniwersytet Jagielloński

5. ZABIEGI MEDYCyny ESTETYCZNEJ – PACJENT CZY KONSUMENT?

Krzysztof Ryś

Słowa kluczowe: medycyna estetyczna, pacjent, zabieg medycyny estetycznej, świadczenie zdrowotne, lekarz.

Wprowadzenie

Ostatnie lata to dynamiczny rozwój tzw. *beauty biznesu*, w którym stalemu wzrostowi podlega liczba gabinetów medycyny estetycznej i gabinetów kosmetycznych. Należy jednak zauważyć równoczesny postęp oczekiwań osób korzystających z usług tego rodzaju podmiotów. Przedmiotem niniejszego opracowania będą wyłącznie zabiegi wykonywane przez lekarzy specjalistów.

Medycyna pozostaje dynamiczną dziedziną zajmującą ważne miejsce w debacie społecznej, której zakres zmian dotyczy także postrzegania pacjenta. Regulacje z zakresu systemu ochrony zdrowia utrwalają standard, w którym pacjent nie jest wyłącznie biernym uczestnikiem lub obserwatorem. Osoba taka staje się partnerem dla lekarza w trakcie udzielania świadczeń zdrowotnych¹.

Stawiając zasadnicze pytanie – kim jest pacjent? – można napotkać trudności związane z udzieleniem jednoznacznej odpowiedzi. Istnieje wprowadzone definicja legalna pojęcia „pacjent”, lecz na jej kanwie przejawiają się wątpliwości w zakresie uznania za pacjenta osoby poddającej się badaniom odnośnie choroby, która może ujawnić się w przyszłości lub osoby korzystającej z usług specjalisty celem modyfikacji wyglądu jednego z fragmentów ciała². Celem opracowania jest ustalenie charakteru prawnego zabiegów medycyny estetycznej oraz statusu osoby z nich korzystającej.

¹ B. Kmiecik, *Pacjent i jego status prawny* [w:] R. Kubiak, L. Kubicki (red.), *Pojęcia, źródła i zakres prawa medycznego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 144.

² *Ibidem*, ss. 144-145.

Wokół pojęcia pacjenta

Kluczowe znaczenie ma właściwe zdefiniowanie pojęcia pacjenta. W ujęciu historycznym, termin ten wywodzi się od pochodzącego z języka łacińskiego słowa *patiens*, które oznacza cierpiącego. Wobec tego należy przyjąć, że pierwotnie status pacjenta determinowała dolegliwość zdrowotna związana z cierpieniem. W ewolucji pojęcia wskazywano, że za pacjenta należy uznawać osobę chorą, która zgłasza się do lekarza lub pozostaje pod jego opieką³. „Etymologiczna tożsamość terminów *pacjent* i *chory* zbiega się z uwarunkowaniami historycznymi. Medycyna bowiem była pierwotnie sztuką leczenia chorób, a rozszerzanie obszaru jej zainteresowania nastąpiło stosunkowo niedawno. Przemiany w samej medycynie wraz z rosnącą potrzebą ochrony osoby poddającej się jej oddziaływaniu nadają nowe znaczenie terminowi *pacjent*”⁴. Nowsze ujęcie tej definicji wskazuje zatem, że pacjentem jest każda osoba, która korzysta ze świadczeń zdrowotnych lub podlega interwencji medycznej, choćby nie miała charakteru leczniczego. Przy czym bez znaczenia pozostaje, czy dana osoba jest dotknięta chorobą, czy też jest całkowicie zdrowa⁵. Akcentowano bowiem, że rozwój świadomości zdrowotnej oraz kształtowanie systemów opieki zdrowotnej determinowały możliwość uznania za pacjenta człowieka całkowicie zdrowego⁶.

Na tej kanwie pojawiły się wątpliwości, czy podejmowane wobec niego działania medyczne musi mieć cel korzystny dla jego zdrowia. Ten aspekt pozostaje bezpośrednio powiązany z trudnym w zdefiniowaniu pojęciem zdrowia. Wydaje się, że winno być ono postrzegane w odniesieniu do choroby, lecz termin choroby nie posiada jednoznacznej definicji, nawet na gruncie nauk medycznych. Pojęcie zdrowia pozostaje zatem trudne w obiektywizacji. W tym zakresie warto odwołać się do statutu Światowej Organizacji Zdrowia⁷ (WHO), który obejmuje definicję zdrowia jako pełnej dobrej kondycji fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie tylko nieobecności choroby lub ułomności⁸. Do przywołanej definicji odwołują się także akty

³ T. Rek, *Prawa i obowiązki pacjenta i świadczeniobiorcy* [w:] M. Dercz (red.), *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 274.

⁴ M. Gałązka, *Pojęcie pacjenta* [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Instytucje prawa medycznego. Tom I*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 531.

⁵ T. Rek, *op. cit.*, s. 274.

⁶ T. Rek, D. Hajdukiewicz, *Lekarz a prawa pacjenta. Poradnik prawny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 21.

⁷ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia. Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r. (Dz.U. 1948 r. nr 61 poz. 477).

⁸ Za: M. Gałązka, *op. cit.*, s. 532.

prawa międzynarodowego i orzecznictwo organów Unii Europejskiej⁹. Trudno jednak wyobrazić sobie możliwość osiągnięcia tak doskonałego stanu przez człowieka. Treścią prawa do zdrowia powinien być zatem najwyższy, możliwy do osiągnięcia standard zdrowia. Ujęcie sytuacji społecznej w treści zdrowia wydaje się nie być właściwe, lecz sprzyja pozytywnemu i całościowemu postrzeganiu zdrowia człowieka. Oznacza to uwzględnienie zarówno jego wymiaru fizycznego, jak i psychicznego, co przekłada się na uznanie potrzeb zdrowotnych niezwiązanych z konkretną jednostką chorobową¹⁰.

„Niezależność statusu pacjenta od celu interwencji medycznej wydaje się uzasadniona, co jednak nie rozstrzyga odrębnego problemu, jakim są granice dopuszczalności korzystania z dorobku medycyny w celu innym niż leczniczy lub bez wskazań medycznych i związany z tym zakres uprawnień pacjenta w ramach interwencji nieleczniczych”¹¹. Powoduje to subiektywizację celu leczniczego.

Definicję legalną pojęcia pacjenta można odnaleźć na gruncie ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹² (dalej: u.p.p.). Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 4 u.p.p. pacjentem jest osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. Warto także podkreślić, że definicja ta jest powszechnie wiążąca, bowiem nie znajduje ona zastosowania wyłącznie na potrzeby ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjent, ale również innych ustaw odwołujących się do niej. W przypadku zaś aktów prawnych, które takiego odwołania nie zawierają należy, przez wykładnię systemową, stosować przywołaną definicję. Trafne jest zajęcie stanowiska, że osoba pacjenta nie może być kojarzona wyłącznie z osobą cierpiącą. Ustawowa definicja wskazuje bowiem na szczególne znaczenie dwóch elementów, tj. podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych oraz osoby wykonującej zawód medyczny¹³. Przy czym, zdaniem autora niniejszego opracowania, należy wskazywać na trzy składowe przywołanej definicji pacjenta. Mianowicie są to: osoba fizyczna, świadczenia zdrowotne oraz podmiot udzielający tych świadczeń.

⁹ Zob. European Parliament resolution of 9.10.2008 on „Together for Health: A Strategic Approach for the EU 2008-2013” (O.J. C 9E, 15.1.2010, s. 56-64, pkt 14); *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council of the European Union*, Case C-84/94, ECR 1996, s. I-05755, pkt 15.

¹⁰ *Ibidem*, ss. 531-532.

¹¹ *Ibidem*, s. 533.

¹² Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1318 z późn. zm.)

¹³ B. Kmieciak, *op. cit.*, ss. 152-153.

Definicja legalna wprowadzona przez ustawodawcę pozwala na wyodrębnienie określonych cech szczególnych, którymi powinien legitymować się pacjent. Przede wszystkim statusem pacjenta może odznaczać się wyłącznie osoba fizyczna. Oczywiście jest, że pacjentem może być tylko człowiek. Co więcej, bez znaczenia pozostają jego cechy osobiste, wśród których można wskazać wiek, płeć, rasę, pochodzenie lub posiadanie ubezpieczenia. O pacjencie mowa także, gdy osoba wchodzi lub pozostaje w relacji z podmiotem, który udziela świadczeń zdrowotnych lub z osobą wykonującą zawód medyczny. Do nawiązania tego rodzaju stosunku dochodzi, jeżeli człowiek zwraca się o udzielenie lub korzysta ze świadczeń zdrowotnych. Pomimo, że dla uzyskania statusu pacjenta nie ma znaczenia jego stan zdrowia, to oczywiście wiążą się z nim szczególne prawa, np. do umierania w spokoju¹⁴.

W analizie pojęcia pacjenta należy wskazać, że ustawodawstwo polskie zna inne, zbliżone terminy. Ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym¹⁵ przewiduje pojęcia pacjenta urazowego oraz pacjenta urazowego dziecięcego. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że przepisy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustaw szczególnych pozwalają wyodrębnić węższe podgrupy w ramach pojęcia pacjenta. Są to: pacjent małoletni, pacjent ubezwłasnowolniony, pacjent niezdolny do świadomego wyrażania zgody, pacjent chory psychicznie, pacjent upośledzony umysłowo, pacjentka w warunkach ciąży, porodu i położu; a także pacjent niemogący się poruszać oraz pacjent w stanie terminalnym¹⁶. Należy jednak podkreślić, że swoistym trzonem wszystkich powołanych pojęć jest termin „pacjent”. W tych przypadkach został on jedynie dookreślony poprzez wskazanie konkretnej cechy lub zespołu cech pozwalających przyporządkowywać dany przypadek do konkretnej grupy. Niemniej z uwagi na przedmiot niniejszego artykułu kwestie te nie znajdują szerszego omówienia.

Zasygnalizowania wymaga relacja pomiędzy pojęciami pacjenta i świadczeniobiorcy. Definicję legalną świadczeniobiorcy zawiera ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹⁷ (dalej: u.ś.o.z.). Na podstawie treści art. 2 u.ś.o.z. można przyjąć, że są to osoby ubezpieczone oraz inne osoby uprawnione. W ogólnym ujęciu należy wyprowadzić zasadę, zgodnie z którą świadczeniobiorcą jest osoba mająca na mocy ustawy prawo do świadczeń opieki

¹⁴ T. Rek, *op. cit.*, ss. 274-275.

¹⁵ Ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2195 z późn. zm.)

¹⁶ T. Rek, *op. cit.*, s. 275.

¹⁷ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1938 z późn. zm.)

zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Innymi słowy chodzi o osobę, która nabyła odpowiednie uprawnienia ubezpieczeniowe lub zaopatrzeniowe¹⁸. Tym samym każdy świadczeniobiorca będzie legitymował się statusem pacjenta, ale nie każdy pacjent będzie świadczeniobiorcą. W tej sytuacji zasadnicze rozróżnienie opiera się na metodzie finansowania otrzymywanych przez pacjenta świadczeń. Jeśli ich realizacja będzie odbywać się ze środków publicznych na zasadach wynikających z ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, to mamy do czynienia ze świadczeniobiorcą. W przypadku finansowania opartego o inne źródła (np. prywatne środki pieniężne pacjenta) status świadczeniobiorcy zostanie wyłączony.

Zabieg medycyny estetycznej a świadczenie zdrowotne

„Słownik języka polskiego” nie definiuje medycyny estetycznej ani zabiegu medycyny estetycznej. Należy jednak zauważyć, że zgodnie z tym słownikiem termin „zabieg” oznacza działanie podjęte w określonym celu, ale także działanie lekarskie lub kosmetyczne mające zaradzić czemuś¹⁹. Istotne wydaje się również pojęcie świadczenia zdrowotnego, bowiem termin ten ma kluczowe znaczenie dla zrozumienia pojęcia pacjenta. Podstawowa definicja świadczenia zdrowotnego została ujęta w ustawie z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej²⁰ (dalej: u.d.z.l.). Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.z.l. świadczenie zdrowotne to działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Do tej definicji odwołuje się także ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Zasadniczą kwestią pozostaje możliwość kwalifikowania zabiegów medycyny estetycznej do świadczeń zdrowotnych.

Zabiegi z zakresu medycyny estetycznej w znacznym stopniu upowszechniły się w ostatnich kilkudziesięciu latach. Niemniej podejście do nich ulegało stopniowej ewolucji. W latach 20. XX w. kategorycznie klasyfikowano je jako niedopuszczalne, z uwagi na pozbawienie celu leczniczego i niesienie niepotrzebnego ryzyka dla pacjenta. Stanowisko takie wydaje się być uzasadnione ówczesnym stopniem zaawansowania nauk medycznych w tym zakresie, a w szczególności brakiem specjalistów z tej dziedzi-

¹⁸ T. Rek, D. Hajdukiewicz, *op. cit.*, s. 24.

¹⁹ Słownik Języka Polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/zabieg> (online: 01.07.2018).

²⁰ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 160 z późn. zm.)

ny. Potwierdzeniem powyższego było utrwalone stanowisko judykatury, zgodnie z którym podjęcie zabiegu chirurgii estetycznej na zdrowym organie, a jednocześnie bez konieczności terapeutycznej i jednoznacznej korzyści dla pacjenta stanowi winę lekarza determinującą jego odpowiedzialność w przypadku wyrządzenia szkody. Przy tym bez znaczenia jest fakt przeprowadzenia zabiegu *lege artis*²¹.

Aktualnie wciąż postępujący rozwój medycyny pozwala przyjąć twierdzenie o całkowitej dopuszczalności zabiegów medycyny estetycznej. Niemniej w literaturze przedmiotu postuluje się konieczność rozróżnienia zabiegów mających na celu usunięcie tzw. błędu piękności oraz zabiegów, które zmierzają do ograniczenia rażącej anomalii fizycznej lub skutków doznanych wypadków. Wskazuje się, że pierwsza grupa nie posiada charakteru leczniczego i stanowi zabiegi chirurgii estetycznej *sensu stricto*. Druga kategoria zaś odnosi się do tzw. leczenia rekonstrukcyjnego, które stanowczo ukierunkowane jest na leczenie i poprawę zdrowia fizycznego lub wyeliminowanie poważnych dolegliwości psychicznych pacjenta. Powołana klasyfikacja zabiegów medycyny estetycznej oddziałuje na kategorię dopuszczalności ich ryzyka. Bez wątplenia margines ryzyka szkody w przypadku zabiegów leczniczych może być większy²².

Zabiegi medycyny estetycznej stanowią zatem czynność leczniczą podejmowaną przez uprawniony podmiot, której zasadniczym celem jest zarówno usunięcie defektów organizmu związanych z wypadkiem lub chorobą, jak i poprawa wyglądu lub urody, czyli konkretny efekt estetyczny²³. Niemniej ich charakter pozostaje trudny do jednoznacznego określenia. Mogą one bowiem stanowić działania ukierunkowane na cel leczniczy, który powinien być ujmowany w sposób zobiektywizowany. Oznacza to przeciwdziałanie chorobie w sensie biologiczno-medycznym²⁴. W ogólnym ujęciu zabiegi medycyny estetycznej można postrzegać jako lekarskie zabiegi lecznicze i nielecznicze. Należy jednak zauważyć, że cel leczniczy w odniesieniu do zabiegów medycyny estetycznej może być ujmowany szeroko. Możliwe jest bowiem przyjęcie tezy, że wygląd człowieka pozostaje związany ze sferą jego zdrowia psychicznego. Z drugiej strony mamy do czynienia z czynnościami nieterapeutycznymi, które zmierzają do usunięcia wad urody i podejmowane są wyłącznie „z próżności”. Co więcej, w literaturze przedmiotu postuluje się ograniczenie rozszerzania dopuszczalności zabiegów poprzez uzasadnienie ich charakterem terapeutycznym. Każdy za-

²¹ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, TNOiK, Toruń 2013, s. 250.

²² *Ibidem*, s. 252.

²³ S. Banaś, *Aspekty prawne zabiegów kosmetycznych wykonywanych przez kosmetologa*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2015, nr 2, s. 57.

²⁴ P. Daniluk, *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, ss. 46-47.

bieg niesie za sobą element ryzyka i zagrożenia zdrowia osoby im poddanej²⁵.

Wydaje się, że ustalenie wyraźnej granicy pomiędzy tymi kategoriami jest trudne, zwłaszcza w odniesieniu do bardzo szerokiej definicji pojęcia zdrowia. Z tego powodu poprawę stanu psychicznego osoby korzystającej z zabiegów medycyny estetycznej można kwalifikować jako cel leczniczy. Niemniej w ocenie autora niniejszego opracowania aspekt psychicznego celu leczniczego jest niezwykle trudny do uchwycenia. Utrudnione jest bowiem określenie, kiedy potrzeba wykonania określonego zabiegu będzie wynikać z faktycznej potrzeby stanu zdrowia psychicznego, a kiedy pod „przykryciem” tego stanu przejawiać będzie się wyłącznie fanaberia osoby korzystającej.

Wśród zabiegów medycyny estetycznej można zatem wyróżnić czynności kosmetyczne o charakterze leczniczym oraz czynności czysto kosmetyczne. Niezależnie od ustalenia zakresu przedmiotowego pojęcia zdrowia należy zaznaczyć, że przypisanie zabiegowi charakteru leczniczego powoduje określone konsekwencje. „Należy stosować do niego uwarunkowania występujące przy innych interwencjach terapeutycznych, a więc konieczność wykonania czynności przez uprawniony podmiot, z zachowaniem wymagań wiedzy i praktyki medycznej oraz po uzyskaniu skutecznej prawnie zgody pacjenta”²⁶. Czynności czysto kosmetyczne winne być wykonywane w celach estetycznych, *lege artis*, po udzieleniu skutecznej zgody osoby poddawanej zabiegowi oraz z niewielkim prawdopodobieństwem wystąpienia negatywnych skutków²⁷.

Dla potrzeb niniejszego opracowania zasadna jest zwięzła analiza możliwości kwalifikowania zabiegów medycyny estetycznej jako świadczeń zdrowotnych. Świadczenie zdrowotne można ujmować jako przedmiot zobowiązaniowego stosunku prawa medycznego²⁸. Samo „świadczenie” należy postrzegać jako zgodne z treścią zobowiązania zachowanie dłużnika, które czyni zadość interesowi wierzyciela. Niemniej w odniesieniu do świadczeń zdrowotnych zaspokojenie interesu wierzyciela częstokroć może wiązać się z koniecznością określonego zachowania osoby udzielającej świadczenia zdrowotnego (dłużnika) oraz zapewnieniem wierzycielowi możliwości dyspozycji nad przedmiotem świadczenia. Każde świadczenie powiązane jest z zapewnieniem wierzycielowi określonej korzyści. Takim celem będzie najczęściej cel leczniczy. Zachowanie się osoby udzielającej świadczenia zdrowotnego może dotyczyć różnorodnych działań, adekwat-

²⁵ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 607.

²⁶ *Ibidem*, s. 611.

²⁷ *Ibidem*, s. 612.

²⁸ B. Janiszewska, *Pojęcie świadczenia zdrowotnego* [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit.*, s. 1037.

nie do źródła powstania zobowiązania – umowa lub obowiązek ustawowy²⁹.

O ile w odniesieniu do terapeutycznych zabiegów medycyny estetycznej nie może być wątpliwości w zakresie uznania ich za świadczenia zdrowotne, o tyle wątpliwości mogą pojawić się w zakresie czynności pozbawionych celu leczniczego. Należy jednak zwrócić uwagę na doniosłe znaczenie tego typu działań. Swym zakresem obejmują „każde działanie podjęte z zastosowaniem takich środków, metod i technik, którego przedmiotem jest wprowadzenie organizmu ludzkiego, jednakże motywem ich podjęcia nie jest cel leczniczy, tj. nie zmiierzają one w swym założeniu do ratowania życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpień fizycznych czy psychicznych osoby, w stosunku do której zostały one podjęte”³⁰.

Argumentem przemawiającym za uznaniem zabiegów medycyny estetycznej za świadczenia zdrowotne jest realizowanie ich przez osoby wykonujące zawód medyczny – zawód lekarza. Profesja ta polega na podejmowaniu działań medycznych o charakterze usług niematerialnych podejmowanych na rzecz zdrowia³¹. Wszak za podstawowy cel pracy lekarza należy uznać udzielanie świadczeń zdrowotnych³².

Pacjent, konsument, klient czy podopieczny

Na kanwie dotychczasowych rozważań należy podkreślić rozszerzanie zakresu znaczeniowego pojęcia „pacjent”. Jednakże pojawiają się zastrzeżenia w zakresie jego użyteczności. Etymologia terminu odwołuje się bowiem do biernego znoszenia cierpień, a takie klasyczne ujęcie odpowiada koncepcji medycyny paternalistycznej, w której pacjent jest całkowicie biernym uczestnikiem procesu udzielania świadczeń. Z uwagi na autonomię człowieka i prawo pacjenta do samostanowienia, jego pozycja w stosunku prawnomedycznym ulega przemianom. Spotkać można się z postulatem odejścia od terminu „pacjent” na rzecz określenia, które wyrażałoby dążenia do równorzędności stron w prawie medycznym, a jednocześnie podkreślało aktywną rolę osób korzystających ze świadczeń medycznych oraz ich dbałość o własne zdrowie. Wobec tego proponowane są określenia typu „klient”, „konsument”, „użytkownik usług zdrowotnych” lub „świadczeniobiorca”³³. Pacjent staje się osobą coraz bardziej świadomą swoich praw,

²⁹ *Ibidem*, ss. 1058-1059.

³⁰ *Ibidem*, s. 1071.

³¹ D. Karkowska, *Zawody medyczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 128.

³² A. Fiutak, *Prawo w medycynie*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 15.

³³ M. Gałązka, *op. cit.*, ss. 533-534.

która korzysta z metod oferowanych przez wybranego medyka w sposób zaplanowany i przemyślany³⁴. Odnosząc się do relacji między pojęciami „pacjent” i „klient”, J. Bujny wskazuje dwa zasadnicze elementy. Zjawisko komercjalizacji usług medycznych powoduje, że człowiek często staje się w istocie konsumentem systemu ochrony zdrowia. W warunkach wolno-rynkowych między pacjentem a lekarzem dochodzi do nawiązania szczególnego rodzaju kontraktu opartego na gratyfikacji finansowej medyka. Po obu stronach tej relacji pojawiają się zarówno prawa, jak i obowiązki, które znacząco wpływają na element odpowiedzialności cywilnej, karnej oraz zawodowej. Jednakże pacjent będący w roli konsumenta usług medycznych jest w sytuacji, która wiąże się z potrzebą konkretnego wsparcia i pomocy dla odzyskania dobrostanu zdrowotnego³⁵.

W tym kontekście warto podkreślić, że niezależnie od sposobu ukształtowania relacji na linii lekarz-pacjent, ten drugi zawsze pozostanie stroną faktycznie słabszą. Pomędzy tymi podmiotami istnieje oczywisty dysonans fachowej wiedzy medycznej i praktyki, który determinuje zależność korzystających ze świadczeń zdrowotnych od osób mających odpowiednie kwalifikacje medyczne. Tym samym, pacjent staje się podatny na „wykorzystanie” przez podmiot profesjonalny. Nie istnieją jednak przeszkody dla rozwijania relacji partnerskich w medycynie z jednoczesnym zachowaniem stosowania terminu „pacjent”. Należy zgodzić się z poglądem, że powyżej powołane pojęcia godzą w humanistyczny aspekt medycyny dotyczący zaufania i wrażliwości na ludzkie cierpienie. Ponadto ich stosowanie mogłoby prowadzić do odebrania medycynie wymiaru holistycznego i wzmocnienia jej charakteru techniczno-przemysłowego. Taka tendencja byłaby trudna do pogodzenia ze specyfiką wykonywania zawodu lekarza i sztuką medyczną³⁶. Przywiązanie do terminu pacjenta warunkowane jest oczekiwaniami relacji o charakterze opiekuńczym. Co więcej, z uwagi na szczególny przedmiot świadczeń zdrowotnych nie mogą być one ujmowane jako świadczenie usług na ścisłych, handlowych zasadach³⁷.

³⁴ B. Kmieciak, *op. cit.*, s. 159.

³⁵ J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, C.H. Beck, Warszawa 2007, ss. 10-16.

³⁶ *Ibidem*, s. 534.

³⁷ B. Kmieciak, *op. cit.*, s. 160.

Podsumowanie

Zabiegi medycyny estetycznej stanowią dynamicznie rozwijającą się dziedzinę szeroko rozumianych świadczeń zdrowotnych, których charakter nie jest jednak homogeniczny. Mogą być one ukierunkowane zarówno na cel leczniczy, jak i zasadniczo takiego celu pozbawione. Trudności w narysowaniu granicy pomiędzy tymi kategoriami dostarcza obszerna zakresowo definicja zdrowia, która obejmuje pełen stan dobrostanu człowieka. Niemniej osoba korzystająca z zabiegów medycyny estetycznej udzielanych przez specjalistę – lekarza medycyny estetycznej – legitymuje się statusem pacjenta. Bez znaczenia pozostaje tutaj metoda finansowania określonych świadczeń. Choć z pewnych względów określenia typu „konsument” są racjonalne i uzasadnione, to nie odpowiadają one szczególnemu przedmiotowi medycyny – życiu i zdrowiu ludzkiemu.

Piśmiennictwo

- Banaś S., *Aspekty prawne zabiegów kosmetycznych wykonywanych przez kosmetologa*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2015, nr 2.
- Bujny J., *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Daniluk P., *Cel leczniczy w świetle poglądów doktryny prawa*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2.
- Dercz M. (red.), *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2013.
- Fiutak A., *Prawo w medycynie*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Karkowska D., *Zawody medyczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Kubiak R., Kubicki L. (red.), *Pojęcia, źródła i zakres prawa medycznego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Kubiak R., *Prawo medyczne*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, TNOiK, Toruń 2013.
- Rek T., Hajdukiewicz D., *Lekarz a prawa pacjenta. Poradnik prawny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Safjan M., Bosek L. (red.), *Instytucje prawa medycznego. Tom I*, C.H. Beck, Warszawa 2018.

Akty prawne

- European Parliament resolution of 9.10.2008 on „Together for Health: A Strategic Approach for the EU 2008-2013” (O.J. C 9E, 15.1.2010, s. 56-64, pkt 14).
- Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia. Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r. (Dz. U. 1948 r. nr 61, poz. 477).
- Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 160 z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze

środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1938 z późn. zm.)
Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta
(t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1318 z późn. zm.)
Ustawa z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym
(t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2195 z późn. zm.)

Orzecznictwo

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council of the European Union,
Case C-84/94, ECR 1996, s. I-05755, pkt 15.

Źródła internetowe

Słownik Języka Polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/zabieg>

Autor

mgr Krystian Ryś
Uniwersytet Opolski
Wydział Prawa i Administracji
Zakład Prawa Pracy
i Zabezpieczenia Społecznego

6. POMIĘDZY WROCŁAWIEM A OPOLEM. PRAWNE ASPEKTY FUNKCJONOWANIA MUZEUM PIASTÓW ŚLĄSKICH W BRZEGU W LATACH 1945-1958

Izabela Kmak-Błaszczuk

Słowa kluczowe: muzeum, prawo, ochrona zabytków.

Wprowadzenie

Muzeum kojarzy się przede wszystkim z kolekcją przedmiotów historycznych przeznaczonych do oglądania w atmosferze ciszy, zadumy i podziwu dla rzeczy stworzonych przez człowieka w przeszłości. Jednak w ujęciu administracyjnym muzeum to instytucja działająca na podstawie przepisów prawa, które ukształtowało się na przestrzeni lat wraz z rozwojem muzealnictwa w Polsce. Stworzenie regulacji prawnych do podjęcia działalności instytucji kultury, w tym muzeów, po zakończeniu działań wojennych stało się jednym z zadań tworzącej się administracji państwowej.

Celem podjętych rozważań jest analiza prawnych aspektów funkcjonowania Muzeum Piastowskiego w Brzegu w latach 1945-1958. Ramy czasowe obejmują okres od 19 października 1945, czyli od daty formalnego przejęcia zamku przez Zarząd Miejski w Brzegu, do dnia 1 stycznia 1958 r., w którym nastąpiło przejęcie Muzeum w Brzegu przez Wojewódzką Radę Narodową w Opolu. Analiza regulacji prawnych określających działalność muzeów na Ziemiach Odzyskanych na przykładzie Muzeum w Brzegu ma za zadanie przybliżyć problematykę funkcjonowania instytucji kultury po II wojnie światowej.

Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu – rys historyczny

Muzeum w Brzegu¹ usytuowane jest w rezydencji zamkowej nazywanej „Śląskim Wawelem”, z uwagi na renesansowy charakter budowli. Stanowi jeden z najcenniejszych zabytków architektonicznych w regionie, stworzony przez linię legnicko-brzeską książąt piastowskich. Ludwik I, panujący w księstwie brzeskim w latach 1359-1398 doprowadził do rozbudowy zamku brzeskiego, natomiast w XVI w. Fryderyk II zapoczątkował, a jego syn Jerzy II rozszerzył i dokończył przebudowę rezydencji książęcej nadając jej renesansowy charakter. W 1675 r. wygaśnięcie linii legnicko-brzeskich książąt piastowskich wyznaczyło nowy okres w historii miasta, które dostało się pod panowanie dynastii Habsburgów. Zamek przejęli cesarscy urzędnicy sprawujący administrację księstwa. W związku z prowadzonymi wojnami Prus z monarchią habsburską w XVIII w. zamek został zbombardowany i większa część pałacu renesansowego przestała istnieć. W 1742 r. król Fryderyk II urządził w zamku magazyn wojskowy i karczmę. W ciągu następnych lat dawna rezydencja książąt piastowskich została rozgrabiona i popadała w coraz większą ruinę. W 1861 r. na łamach „Tygodnika Ilustrowanego” ukazał się artykuł opisujący Zamek Piastowski w Brzegu, który przypomniał o tej wspaniałej rezydencji².

„W dniu 18 lutego 1925 r. powołano uchwałą magistratu brzeskiego Muzeum Miejskie z siedzibą w rezydencji zamkowej nadając placówce charakter ojczyźniany. Muzeum miało oddawać w sposób panoramiczny dzieje regionu w jego chronologiczno-ewolucyjnym rozwoju”³.

Po wielu stuleciach obcego panowania w 1945 r. miasto Brzeg znalazło się w granicach państwa polskiego, co pozwoliło na odzyskanie świetności dawnej rezydencji piastowskiej i utworzenie Muzeum w Brzegu, które po wieloletniej odbudowie można dziś podziwiać.

Geneza podstaw prawnych

Kształtowanie podstaw prawnych dotyczących przyszłego funkcjonowania instytucji związanych z kulturą zapoczątkował jeszcze przed zakoń-

¹ Nazwa *Muzeum Piastowskie w Brzegu* funkcjonowała bezpośrednio po wojnie i została zmieniona na *Muzeum w Brzegu* Zarządzeniem Ministra Kultury i Sztuki z dnia 9 czerwca 1950 r. w sprawie ustalenia nazw muzeów państwowych i muzeów przejętych na własność Państwa (M.P. 1950, nr A-71 poz. 820).

² „Tygodnik Ilustrowany”, *Zabytki w Brzegu Śląskim*, 1861, nr 78 (brak autora), <http://www.bilp.uw.edu.pl/ti/1861/foto/n111.htm> (online: 04.08.2018).

³ W. Skibiński, *Brzeskie muzeum w rezydencji zamkowej – dawniej i dziś*, „Muzealnictwo” 2009, nr 50.

czaniem II wojny światowej dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 15 września 1944 r. o zakresie działania i organizacji Resortu Kultury i Sztuki⁴. Do zakresu działania powołanego resortu należała między innymi piecza nad muzeami i ich zakładanie oraz ochrona zabytków⁵.

Następnie utworzono przy urządach wojewódzkich wydziały kultury i sztuki, a przy starostwach powiatowych referaty kultury i sztuki⁶.

Ogólny nadzór nad działalnością muzeów sprawowała Naczelną Dyrekcja Muzeów i Ochrony Zabytków, komórka organizacyjna Ministerstwa Kultury i Sztuki⁷, utworzona uchwałą Rady Ministrów w dniu 13 lutego 1945 roku⁸. W jej skład weszło 5 wydziałów: 1) Muzeów i Pomników Martyrologii Polskiej, 2) Muzeów, 3) Ochrony Zabytków, 4) Rewindykacji i Odszkodowań, 5) Państwowy Instytut Historii Sztuki i Inwentaryzacji Zabytków.

Po zakończeniu działań wojennych muzealnictwo w Polsce znajdowało się w stanie krytycznym z uwagi na zrujnowane obiekty, rozkradzione zbiory oraz brak pracowników naukowych. Wydział Muzeów w trybie pilnym miał do zrealizowania trzy główne cele: otoczenie opieką muzeów, zbadanie ich powojennego stanu i ponowne zorganizowanie całości muzealnictwa w kraju, zwieźienie rozproszonych przez okupanta zbiorów muzealnych czy zabezpieczenie zabytków podworskich⁹.

Przynależność administracyjna miasta Brzeg

Dekret o zarządzie Ziemi Odzyskanych z dnia 13 listopada 1945 roku¹⁰ objął swoją działalnością ziemie odzyskane na zachód i północ od granic państwa z 1939 r., które zostały włączone do Polski. Na podstawie § 2 ust.

⁴ Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 15 września 1944 r. o zakresie działania i organizacji Resortu Kultury i Sztuki (Dz.U. 1944 nr 5 poz. 25).

⁵ *Ibidem*, art.1 pkt. d.

⁶ Rozporządzenie kierownika resortu kultury i sztuki wydane w porozumieniu z kierownikiem resortu administracji publicznej z dnia 5 października 1944 r. o utworzeniu organów kultury i sztuki przy urządach wojewódzkich i starostwach powiatowych (Dz.U. 1944 nr 7 poz. 37).

⁷ Resort Kultury i Sztuki został przemianowany na Ministerstwo Kultury i Sztuki na podstawie ustawy z dnia 31.12.1944 r. o powołaniu Tymczasowego Rządu Rzeczypospolitej Polskiej. (Dz.U. 1944, nr 19 poz. 99).

⁸ J. Gmurek (red.), *Ministerstwo Kultury i Sztuki w dokumentach 1918-1998*, Instytut Kultury, Warszawa, 1998, s. 90

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Dekret o zarządzie Ziemi Odzyskanych z dnia 13 listopada 1945 r. (Dz.U. 1945 nr 51 poz. 295).

3 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie tymczasowego podziału administracyjnego Ziem Odzyskanych¹¹, powiat brzeski z miastem Brzegiem został wcielony do województwa wrocławskiego oraz wyodrębniony jako Obwód nr 1 Dolnego Śląska. Urząd Pełnomocnika Rządu Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: RP) w Brzegu utworzono 30 kwietnia 1945 r., a przejęcie władzy cywilnej nastąpiło 18 maja 1945 r. Pełnomocnikiem Rządu RP Obwód nr 1 został Stanisław Koziorowski, a jego zastępcą Ryszard Dziekan.

W związku z wprowadzeniem zmian w podziale administracyjnym państwa w 1950 r. powiat brzeski i namysłowski odłączono od województwa wrocławskiego i znalazły się one w granicach nowo utworzonego województwa opolskiego¹². Zmiana przynależności administracyjnej miasta poniosła za sobą pewne skutki dla muzeum. Zgodnie z ustawą o terenowych organach jednolitej władzy państwowej¹³ Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Opolu w ramach swoich uprawnień miało prawo wymagać od kierownictwa Muzeum w Brzegu wszelkich sprawozdań oraz innych informacji w zakresie spraw administracyjnych. Zamek w Brzegu od 1 stycznia 1951 r. podlegał opiece konserwatora opolskiego, natomiast sprawy architektoniczno-konserwatorskie miały być uzgadniane z Muzeum Śląskim we Wrocławiu. Jednocześnie wprowadzenie nowego podziału administracyjnego nie zmieniło faktu, że Muzeum w Brzegu podlegało Ministerstwu Kultury i Sztuki poprzez Muzeum Śląskie we Wrocławiu zarówno pod względem personalnym, jak i merytorycznym¹⁴. Sytuacja ta spowodowała zbieg kompetencji organów konserwatorskich, co w praktyce oznaczało konsultowanie tych samych kwestii z konserwatorem opolskim i wrocławskim.

Organizacja Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu

W 1945 r. Zamek Piastów Śląskich w Brzegu był pozbawiony dachu, okien i ogrzewania. Przedstawiał obraz ogromnych zniszczeń powstałych w wyniku działań wojennych, a dodatkowo w lutym 1945 r. wybuchł po-

¹¹ Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie tymczasowego podziału Ziem Odzyskanych z dnia 29.05.1946 r. (Dz.U. 1946 nr 28 poz. 177).

¹² Ustawa z dnia 28 czerwca 1950 r. o zmianach podziału administracyjnego państwa (Dz.U. 1950 nr 28 poz. 255).

¹³ Ustawa o terenowych organach jednolitej władzy państwowej z dnia 20 marca 1950 r. (Dz.U. 1950 nr 14 poz. 130).

¹⁴ Archiwum Państwowe w Opolu (dalej AP w Opolu), zespół Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu (dalej MPŚl w Brzegu), Informacje, syg. 36, ss. 56-57, korespondencja dr Leona Połczyńskiego w sprawie ustalenia kompetencji opolskiego i wrocławskiego konserwatora zabytków w stosunku z Muzeum w Brzegu.

zar, który dopełnił dzieła zniszczenia. W pierwszym okresie przystąpiono do zabezpieczenia renesansowej budowli przed postępującą degradacją obiektu oraz rozpoczęto prace mające na celu ratowanie zbiorów po dawnym Heimatmuseum, które funkcjonowało przed II wojną światową. W dniu 15 maja 1945 r. powołano pierwszego kustosza Muzeum w Brzegu – Hipolita Stefańskiego¹⁵, którego głównym celem działania miała być ochrona zabytkowej budowli oraz zabezpieczenie zbiorów zastanych. Ponadto był on upoważniony do zbierania i zabezpieczenia wszelkiego rodzaju zabytków dzieł sztuki na terenie miasta i powiatu Brzeg nad Odrą¹⁶.

W myśl funkcjonujących przepisów Muzeum Piastowskie w Brzegu było własnością miasta Brzegu oraz bezpośrednio podlegało Zarządowi Miejskiemu zarówno pod względem finansowym, jak i organizacyjnym. Zgodnie ze statutem organizacyjnym biura Zarządu Miejskiego w Brzegu nad Odrą obowiązującego od dnia 15 lipca 1946 r.¹⁷ sprawy muzeum należały do Wydziału Społecznego – Referat Oświaty i Kultury¹⁸. W 1948 r. został sporządzony odręcznie statut dla Muzeum Miejskiego w Brzegu¹⁹. Dokument składał się z 7 artykułów zawierających: określenie charakteru muzeum, tytuł własności, zadania muzeum, podległość służbową kierownika muzeum, pracowników oraz zasady finansowania. Statut zawierał również zapisy dotyczące obowiązków kustosza, do których należały: ogólny zarząd i kierownictwo pod względem administracyjnym oraz gospodarczym, prowadzenie wszelkiego rodzaju korespondencji, sporządzanie sprawozdań, nadzór nad budżetem oraz całością majątku należącego do muzeum. Bezpośrednim przełożonym kustosza Muzeum w Brzegu był prezydent miasta.

¹⁵ Zaświadczenie z dnia 12.06.1946 r. wydane przez Zarząd Miejski m-ta Brzegu n/Odrą stwierdzające, że ob. Hipolit Stefański ur. 12.05.1896 r. w Strzałkowie został zatrudniony z dniem 15.05.1945 r. w charakterze Kustosza Muzeum Piastowskiego, archiwum własne Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu.

¹⁶ Zaświadczenie wydane przez Pełnomocnika Rządu R.P na obwód nr 1 Dolnego Śląska w Brzegu, nr 6/58/45 z dnia 13.12.1945 r., archiwum własne Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu.

¹⁷ AP w Opolu, MPŚI w Brzegu, Zbiory normatywów władz nadrzędnych, sygn. 20, ss. 13-17, Statut organizacyjny biura Zarządu Miejskiego w Brzegu n/Odrą.

¹⁸ Do referatu Kultury i Oświaty należało załatwianie spraw dotyczących działalności oświatowej i kulturalnej w mieście, w szczególności spraw związanych z potrzebami szkolnictwa powszechnego, zawodowego i doksztalającego, prowadzenie ewidencji dzieci w wieku szkolnym, współdziałanie z referatem gospodarczym, zaspokajanie potrzeb gospodarczych szkolnictwa powszechnego, sprawy oświaty przedszkolnej i pozaszkolnej, sprawy zapomóg i stypendiów dla młodzieży szkolnej i akademickiej, sprawy prowadzenia urzędzeń kulturalno – oświatowych (teatry, biblioteki, czytelnie, muzea, wystawy sztuki, koncerty, odczyty itp.), sprawy popierania działalności społecznych instytucji kulturalno-oświatowych, propaganda turystyki.

¹⁹ AP w Opolu, MPŚI w Brzegu, Informacje, sygn. 42, ss. 1-4, Statut Miejskiego Muzeum Piastowskiego w Brzegu.

Natomiast w kompetencji Miejskiej Rady Narodowej było ustalanie ilości zatrudnianych w muzeum pracowników fizycznych i umysłowych. Statut regulował również kwestie dysponowania środkami finansowymi z przychodów. Artykuł 7 zawierał stwierdzenie, że statut nabiera mocy obowiązującej z dniem zatwierdzenia przez władze nadzorcze. Dokument ten nie został jednak podpisany z uwagi na planowane upaństwowienie muzeum²⁰.

W dniu 1 czerwca 1948 r. nastąpiła zmiana na stanowisku kustosza, którym został polityk okresu międzywojennego, senator dwóch kadencji, były minister rolnictwa Leon Janta Połczyński²¹. Propozycję pracy w charakterze kustosza na Zamku Piastowskim otrzymał od wiceprezydenta Brzegu Antoniego Ładzińskiego²². W dniu 9 czerwca 1948 r. podpisano protokół zdawczo-odbiorczy przekazania stanowiska pomiędzy Hipolitem Stefańskim a Leonem Połczyńskim²³. 12 czerwca 1948 r. nowy kustosz przedstawił Prezydentowi Miasta Brzeg referat o stanie Muzeum Piastowskiego, w którym szczegółowo scharakteryzował stan techniczny zamku i sal muzealnych wymagających natychmiastowego remontu oraz zwrócił się o podjęcie działań w tym zakresie²⁴.

W 1949 r. wprowadzono Regulamin Muzeum Piastowskiego w Brzegu, który określał godziny urzędowania, zasady prowadzenia dokumentacji księgowej, korespondencji z instytucjami zewnętrznymi w kwestii uprawnień do podpisywania dokumentów, godziny zwiedzania muzeum oraz wykaz opłat za bilety wstępu²⁵. Regulamin był pierwszym wewnętrznym dokumentem określającym w bardzo wąskim zakresie funkcjonowanie muzeum. W początkowych latach działalności zabrakło uregulowań prawnych odnoszących się do kwestii merytorycznej działalności muzeum, jako instytucji kultury. Z pewnością spowodowane to było zamknięciem obiektu dla zwiedzających w związku z trwającymi pracami remontowymi oraz porządkowaniem zbiorów.

²⁰ AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Informacje, syg. 23, s. 14, pismo nr II 2/76/49 informacja kierownika Muzeum w Brzegu o braku zatwierdzenia statutu z uwagi na planowane upaństwowienie muzeum.

²¹ W. Jastrzębski, *Leon Janta Połczyński – minister i senator z Borów Tucholskich*, Toruń, 2001.

²² *Ibidem*, s. 188.

²³ AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Organizacja Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu, syg.44, ss. 1-2, Protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 9 czerwca 1948 r.

²⁴ AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Informacje, syg. 42, s. 3, Referat kustosza dr Połczyńskiego o stanie Muzeum Piastowskiego.

²⁵ AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Sprawozdawczość, syg. 4, s. 24, godziny zwiedzania i ustalenie opłat za wstęp do muzeum należały do kompetencji prezydenta miasta. Po upaństwowieniu muzeów kwestię opłat wstępu regulowało Zarządzenie Ministra Kultury i Sztuki nr 127 z dnia 16 sierpnia 1952 r.

W latach 1949-1951 najważniejszym zadaniem było upaństwowienie muzeów, które dało możliwość wprowadzenia jednolitej polityki muzealnej i kadrowej, organizacji właściwej sieci muzealnej oraz uporządkowania gospodarki muzealnej²⁶.

Na podstawie uchwały Komitetu Rady Ministrów do Spraw Kultury z dnia 6 października 1949 r. oraz Zarządzenia Ministra Kultury i Sztuki nr 78 z dnia 9 grudnia 1949 r.²⁷ Ministerstwo Kultury i Sztuki przejęło w zarząd i użytkowanie Muzeum Piastowskie w Brzegu. Akt przejęcia muzeum przez państwo został sporządzony w dniach 20 i 24 grudnia 1949 r.²⁸. Po upaństwowieniu, Muzeum w Brzegu organizacyjnie zostało podporządkowane Naczelnej Dyrekcji Muzeów i Ochrony Zabytków w Ministerstwie Kultury i Sztuki. Od 1950 r. muzea były finansowane bezpośrednio z funduszy państwowych, a rozdział środków finansowych odbywał się z budżetu centralnego. W 1951 r. dla wszystkich muzeów przyjęto podział na okręgi, tworząc sieć muzeów okręgowych, którym podlegały muzea podopieczne²⁹. Muzeum w Brzegu znalazło się w okręgu Muzeum Śląskiego we Wrocławiu. Utworzenie sieci muzeów okręgowych w Polsce było posunięciem organizacyjnym, które stworzyło podstawy wszechstronnego rozwoju tych placówek. Głównym celem takiej koncepcji organizacyjnej było zapewnienie poprzez muzea okręgowe, pomyślane jako placówki wielodziałowe, opieki merytorycznej (a w okresie centralizacji także administracyjnej) muzeom regionalnym położonym na terenie danego okręgu. Do zadań muzeów okręgowych miała należeć również troska o prawidłowy rozwój sieci muzeów regionalnych oraz prowadzenie prac naukowych w pewnym ograniczonym zakresie³⁰.

Muzeum w Brzegu posiadało opracowany w 1951 r. schemat organizacyjny przewidujący 6 etatów: kierownik, sekretarka, 2 etaty woźnych, 1 etat palacza i 1 etat, którego nazwa nie została określona z uwagi na brak zatrudnienia pracownika. W lutym 1952 r. opracowano też zakresy czynności dla 4 pracowników zatrudnionych w muzeum³¹. Brak wytycznych

²⁶ W. Załuska, *Wytyczne do programu prac muzealnictwa na rok 1953*, „Muzealnictwo” 1952, nr 1-2.

²⁷ AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Organizacja Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu 1948-1972, syg. 44, s. 3.

²⁸ AP w Opolu, zespół Muzeum Okręgowe Śląska Opolskiego (dalej MOŚlO), Organizacja jednostek podległych-Brzeg, syg.1, ss1-8.

²⁹ AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Informacje, syg.36, str.2-3, pismo Ministerstwa Kultury i Sztuki Naczelnej Dyrekcji Muzeów i Ochrony Zabytków z dnia 4 stycznia 1951 r. zawierające szczegółowy wykaz muzeów okręgowych oraz podległych muzeów podopiecznych.

³⁰ M. Ptaśnik, *Muzeum okręgowe – instytutem wiedzy o regionie*, „Rocznik Muzeum Świętokrzyskiego” 1964, nr 2.

³¹ AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Zbiory normatywów władz nadrzędnych, syg. 25.1, s. 23, Zakres czynności pracowników Muzeum w Brzegu.

odnośnie schematów organizacyjnych, jednolitego nazewnictwa stanowisk oraz działów w muzeach, powodowały pewną dowolność przy opracowywaniu tych dokumentów. Problem uregulowania struktur organizacyjnych w muzeach podniesiony został na konferencji w Krakowie, która odbyła się w dniach 15-17 maja 1952 r.³² Obradom przewodniczyła W. Załuska – dyrektor Centralnego Zarządu Muzeów. W wygłoszonej referacie „Projekt schematu organizacyjnego muzeum” prelegentka J. Gebethner zasygnalizowała konieczność ujednoczenia schematów organizacyjnych³³. Postulat znalazł odzwierciedlenie w podjętych na konferencji uchwałach, jako jedno z zadań do realizacji w najbliższym czasie.

W 1956 r. wprowadzono do stosowania ramowe schematy organizacyjne dla muzeów oraz ujednoczono zakresy czynności. Muzea podzielono na kategorie w zależności od liczby zatrudnionych pracowników. Muzeum w Brzegu zaliczone zostało do III kategorii zatrudniające od 5 do 18 pracowników. Schemat przewidywał stanowisko kustosa w ramach 1 etatu, dział naukowo-badawczy, dział naukowo-oświatowy, pracownię techniczno-konserwatorską – wszystkie ze stanem zatrudnienia od 1 do 2 pracowników, natomiast etat – starszy pomocnik muzealny przewidywał od 1 do 8 pracowników³⁴. Kustosz Muzeum w Brzegu w dniu 20 listopada 1956 r. przesłał do zatwierdzenia indywidualny schemat organizacyjny obejmujący 4 etaty, w tym kustosa, starszego pomocnika umysłowego, starszego pomocnika fizycznego i pomocnika fizycznego³⁵.

Po 1956 r. rozpoczęto prace mające na celu decentralizację i demokratyzację kraju, co skutkowało przekazaniem muzeów państwowych pod zarządek wojewódzkich rad narodowych. Przekazanie Muzeum w Brzegu odbyło się w dwóch etapach. Pierwszym etapem było utworzenie opolskiego okręgu muzealnego i przekształcenie Muzeum Śląska Opolskiego w Opolu na muzeum okręgowe. Muzea podległe tworzyły placówki z Brzegu, Nysy i Raciborza³⁶. Zarządzenie regulowało kwestię podległości muzeów regionalnych w zakresie administracyjnym, finansowym, organizacyjnym i nau-

³² AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Informacje, syg. 37 ss. 59-64. Pismo Ministerstwa Kultury i Sztuki Centralny Zarząd Muzeów z dnia 12 lipca 1952 r. zawierające streszczenie wygłoszonych referatów na konferencji oraz pełny tekst rezolucji i podjętych uchwał. Jedną z uchwał było opracowanie i wprowadzenie ujednoczonych schematów organizacyjnych dla muzeów.

³³ *Ibidem*, s. 61.

³⁴ AP w Opolu, MOŚlO, Schematy organizacyjne, syg. 166, s. 1, ramowy schemat organizacyjny muzeum III kategorii.

³⁵ AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Informacje, syg.31, s. 97, indywidualny schemat organizacyjny Muzeum w Brzegu.

³⁶ AP w Opolu, MOŚlO, Organizacja jednostki własnej, syg. 109, ss. 6-7 Zarządzenie nr 75 Ministra Kultury i Sztuki z dnia 10 kwietnia 1957 r. w sprawie przekształcenia Muzeum Śląska Opolskiego na muzeum okręgowe.

kowym okręgowi opolskiemu, natomiast Muzeum Śląska Opolskiego bezpośrednio podlegało Centralnemu Zarządowi Muzeów i Ochrony Zabytków. W związku z utworzeniem nowego okręgu muzealnego w dniu 28 czerwca 1957 r. sporządzono akt zdawczo-odbiorczy przekazania muzeum regionalnego w Brzegu pomiędzy Muzeum Śląskim we Wrocławiu jako stroną przekazującą a Muzeum Śląska Opolskiego jako stroną przejmującą³⁷.

Kolejnym etapem wprowadzanych po 1956 r. zmian w zakresie funkcjonowania muzealnictwa było przekazanie muzeów okręgowych pod zarząd Wojewódzkich Rad Narodowych. Zarządzeniem nr 277 Ministra Kultury i Sztuki z dnia 30 grudnia 1957 r. Muzeum Śląska Opolskiego w Opolu, Muzeum w Brzegu, Muzeum w Nysie i Muzeum w Raciborzu zostały przekazane Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Opolu³⁸. Nadzór zwierzchni nad muzeami należał do Ministra Kultury i Sztuki, natomiast bezpośredni nadzór nad placówkami muzealnymi od dnia 1 stycznia 1958 r. sprawowało Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Opolu³⁹.

Podsumowanie

Proces kształtowania podstaw prawnych muzealnictwa na tle nowych uwarunkowań politycznych, społecznych i kulturowych był zadaniem niezwykle trudnym, szczególnie na Ziemiach Odzyskanych, gdzie rozpoczęto od podstaw tworzenie polskiej administracji. Wprowadzone rozwiązanie prawne powierzające nadzór nad muzeami referatom kultury i sztuki przy starostwach powiatowych było tymczasowe, mające na celu zabezpieczenie i ochronę zabytków. Przeprowadzone w 1949 r. upaństwowienie muzeów scentralizowało działalność wszystkich placówek muzealnych na terenie kraju oraz umożliwiło wprowadzenie w 1951 r. jednolitej struktury opartej na okręgach muzealnych i podlegających im muzeach podopiecznych. Zmiany zachodzące po 1956 r. ukształtowały nowy system prawny w funkcjonowaniu muzeów, Ministerstwo Kultury i Sztuki Centralny Zarząd Muzeów i Ochrony Zabytków przekazało bezpośredni nadzór nad tymi placówkami Wojewódzkiej Radom Narodowym. W latach 1945-1958 pomimo dokonania licznych zmian organizacyjnych w działalności placówek muzealnych nie wprowadzono kompleksowych ustawowych rozwią-

³⁷ *Ibidem*, ss. 2-4, Akt zdawczo-odbiorczy.

³⁸ AP w Opolu, MPŚl w Brzegu, Organizacja, syg.44, s. 15, Zarządzenie nr 277 Ministra Kultury i Sztuki z dnia 30 grudnia 1957 r. w sprawie przekazania Muzeum Śląska Opolskiego w Opolu, Muzeum w Brzegu, Muzeum w Nysie i Muzeum w Raciborzu Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Opolu.

³⁹ *Ibidem*, § 3.

zań dla muzealnictwa. W obiegu prawnym w dalszym ciągu funkcjonowały przepisy przedwojenne o opiece nad zabytkami z 1928 r.⁴⁰ oraz o opiece nad muzeami publicznymi z 1933 r.⁴¹ Wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury i o muzeach⁴², przedwojenne przepisy zostały uchylone.

Piśmiennictwo

- Gmurek J. (red.), *Ministerstwo Kultury i Sztuki w dokumentach 1918-1998*, Instytut Kultury, Warszawa 1998.
- Jastrzębski W., *Leon Janta Połczyński-minister i senator z Borów Tucholskich*, Toruń, 2001.
- Ptaśnik M., *Muzeum okręgowe – instytutem wiedzy o regionie*, „Rocznik Muzeum Świętokrzyskiego”, 1964, nr 2.
- Skibiński W., *Brzeskie muzeum w rezydencji zamkowe j – dawniej i dziś*, „Muzealnictwo”, 2009, nr 50.
- Żałuska W., *Wytyczne do programu prac muzealnictwa na rok 1953*, „Muzealnictwo”, 1952, nr1-2.

Akty prawne

- Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 15 września 1944 r. o zakresie działania i organizacji Resortu Kultury i Sztuki (Dz. U. 1944 nr 5 poz. 25).
- Dekret o zarządzie Ziemi Odzyskanych z dnia 13 listopada 1945 r. (Dz.U. 1945 nr 51 poz. 295).
- Ustawa z dnia 28 marca 1933 r. o opiece nad muzeami publicznymi (Dz.U. 1933, nr 32 poz. 279).
- Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury i o muzeach (Dz.U. 1962, nr 10 poz. 48).
- Ustawa z dnia 28 czerwca 1950 r. o zmianach podziału administracyjnego państwa (Dz.U. 1950 nr 28 poz. 255).
- Ustawa o terenowych organach jednolitej władzy państwowej z dnia 20 marca 1950 r. (Dz.U. 1950 nr 14 poz. 130)
- Ustawa z dnia 31.12.1944 r. o powołaniu Rządu Tymczasowego Rzeczypospolitej Polskiej. (Dz.U. 1944 nr 19 poz. 99)
- Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie tymczasowego podziału Ziemi Odzyskanych z dnia 29 maja 1946 r. (Dz.U. 1946 nr 28 poz. 177)
- Rozporządzenie kierownika resortu kultury i sztuki wydane w porozumieniu z kierownikiem resortu administracji publicznej z dnia 5 października 1944 r. o utworzeniu organów kultury i sztuki przy urzędach wojewódzkich i starostwach powiatowych (Dz.U. 1944 nr 7 poz. 37).

⁴⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami (Dz.U. 1928 nr 29 poz.265).

⁴¹ Ustawa z dnia 28 marca 1933 r. o opiece nad muzeami publicznymi (Dz.U. 1933 nr 32 poz. 279).

⁴² Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury i o muzeach (Dz.U. 1962 nr 10 poz. 48).

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 marca 1928 r. o opiece nad zabytkami (Dz.U. 1928 nr 29 poz. 265)

Zarządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 9 czerwca 1950 r. w sprawie ustalenia nazw muzeów państwowych i muzeów przejętych na własność Państwa (M.P. 1950 nr A-71 poz. 820)

Źródła archiwalne

Archiwum Państwowe w Opolu
zespół Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu
zespół Muzeum Okręgowe Śląska Opolskiego
Archiwum Muzeum Piastów Śląskich w Brzegu.

Źródła internetowe

„Tygodnik Ilustrowany”, *Zabytki w Brzegu Szląskim*, 1861, nr 78 (brak autora)
[http:// www. bilp.uw.edu.pl/ti/1861/foto/n111.htm](http://www.bilp.uw.edu.pl/ti/1861/foto/n111.htm) (*online*: 04.08.2018).

Autor
mgr Izabela Kmak-Błaszczuk
Uniwersytet Opolski
Wydział Nauk Społecznych

7. POZYCJA USTROJOWA ZARZĄDÓW OSIEDLI I DZIELNIC W POLSKICH MIASTACH

Tomasz Madras

Słowa kluczowe: samorząd terytorialny, jednostki pomocnicze, zarządy osiedli, zarządy dzielnic.

Wprowadzenie

Jednostki pomocnicze w polskich samorządach szczebla gminnego przewidziane są do powołania zarówno w gminach wiejskich, jak i miastach. W tych ostatnich mogą przyjmować formę jednostek nazwanych, tj. dzielnic, lub osiedli. Wyodrębnienie tego typu jednostek niższego szczebla, czasem również dzielących się na dodatkowe, mniejsze jednostki, odpowiada naturalnym podziałom miejscowości na lokalne środowiska osadnicze, ważne często dla osobistej identyfikacji i poczucia przywiązania do własnego miejsca na świecie ich mieszkańców. Nawet bez prawnego uregulowania, w społecznej świadomości istniałby podział miast na osiedla czy dzielnice istniejące w społecznej świadomości.

Przedmiotem opracowania jest pozycja ustrojowa zarządów jednostek pomocniczych w polskich miastach. W szczególności zakres tematyczny obejmuje zarządy osiedli i dzielnic miast z wyłączeniem Warszawy, której ustrój, ze względu na odrębne uregulowanie ustawowe, stanowi osobne zagadnienie, a także z wyłączeniem sołectw posiadających jednoosobowy organ wykonawczy. Tak określony zakres pracy wynika z istotnego problemu badawczego: z punktu widzenia obywatela spotykającego się z instytucją jednostek pomocniczych oraz z ich radami i zarządami trudno zrozumieć, czym właściwie zajmują się radni i członkowie zarządów. Szczególnie w dużych miastach prowadzi to do konfuzji: w gminach wiejskich oraz na innych obszarach o charakterze wiejskim, tradycyjną i dobrze znaną mieszkańcom instytucją jest sołectwo i funkcja sołtysa; w małych miastach jednostki pomocnicze często nie występują, lub zarządy wybierane są przez zgromadzenie mieszkańców. W Warszawie natomiast stołeczne dzielnice mają zupełnie inną pozycję ustrojową od dzielnic i osiedli innych miast. Nazwy organów nawiązują do lepiej znanych organów samorządów gmin,

powiatów i województw, choć jednostki pomocnicze samorządami nie są. Zarządy – jak sugerowałaby nazwa – powinny zajmować się aktywnością z zakresu zarządzania publicznego. Celem rozważań jest potwierdzenie hipotezy, że ustawa o samorządzie gminnym nie określa dostatecznie ściśle pozycji ustrojowej zarządów osiedli i dzielnic, w wyniku czego organy te nie wypełniają roli oczekiwanej przez społeczność lokalne.

Założenia metodologiczne

Podstawową metodą wykorzystaną do osiągnięcia celu badawczego uczyniono analizę aktów prawnych, istotnych dla funkcjonowania jednostek pomocniczych, oraz związanego z nimi orzecznictwa sądów administracyjnych. W pracy zastosowano metodę formalno-dogmatyczną, polegającą na opisie i interpretacji wykładni obowiązujących norm prawnych, ale uzupełnioną o wnioski na temat perspektywy ewolucji rzeczonych przepisów.

Podstawy prawne funkcjonowania jednostek pomocniczych gmin określa, przede wszystkim, ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym¹. W przeciwieństwie do jednostek samorządu gminnego, jednostki pomocnicze i ich organy nie posiadają umocowania konstytucyjnego, nawet w formie fakultatywnej. W ograniczonym stopniu albo pośrednio, dotyczą osiedli i dzielnic, niektóre przepisy ustawy z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych². Zadania i kompetencje samorządu gminnego, które mogą być przekazywane jednostkom pomocniczym, wynikają z przepisów ustaw prawa materialnego; w praktyce dotyczy to takich dziedzin, jak: oświata i wychowanie, ochrona zdrowia i profilaktyka zdrowotna, wsparcie dla osób niepełnosprawnych etc. Na poziomie prawa lokalnego zasady powoływania i funkcjonowania jednostek pomocniczych oraz kompetencje ich organów mają umocowanie w statutach gmin. Również statuty jednostek pomocniczych mają rangę uchwał rad gmin.

W literaturze przedmiotu, oprócz pozycji o charakterze komentarzy do ustaw oraz podręczników, należy wyróżnić monografie poświęcone w całości jednostkom pomocniczym gmin, autorstwa M. Augustyniak³, oraz K. Bandarzewskiego⁴. Praktyka funkcjonowania jednostek pomocniczych

¹ Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 994, 1000), dalej u.s.g.

² Ustawa z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. nr 249, poz. 2104 z późn. zm.)

³ M. Augustyniak, *Jednostki pomocnicze gminy*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.

⁴ K. Bandarzewski, P. Chmielnicki, M. Mączyński, S. Płażek, *Jednostki pomocnicze gminy: omówienie przepisów z uwzględnieniem ustawy z dnia 15 marca 2002 r. o ustroju miasta*

z perspektywy aktorów lokalnej (samorządowej) sceny politycznej została opisana, na podstawie szeroko zakrojonych badań empirycznych, w publikacji pod redakcją P. Swianiewicza „Błędne koło marginalizacji”⁵.

Zasady funkcjonowania jednostek pomocniczych gmin

Jednostki pomocnicze mogą być tworzone przez rady gmin na podstawie art. 5 u.s.g., przewidującego zarówno jednostki nazwane: sołectwa, dzielnice i osiedla, jak i inne (nienazwane). Jednostka pomocnicza nie jest jednostką samorządu terytorialnego i nie posiada osobowości prawnej. Osobowość prawną posiada gmina, wykonująca zadania publiczne we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność (art. 2 ust. 1 u.s.g.). Przekazanie zadań jednostki pomocniczej przez samorząd nie oznacza przeniesienia czy nadania statusu jednostki samorządu terytorialnego. Jednostka pomocnicza nie może też korzystać z ochrony sądowej swojej samodzielności, przysługującej jednostce samorządu terytorialnego (art. 2 ust. 2 u.s.g.). Nie ma też zdolności do występowania przed sądem administracyjnym ze skargą na naruszenie interesu prawnego przez uchwałę lub zarządzenie organu jednostki samorządu terytorialnego. Z tych względów jednostka pomocnicza gminy nie posiada zdolności sądowej⁶. Nie jest zatem podmiotem mającym zdolność do występowania przed sądem administracyjnym w trybie art. 101 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym⁷, ani nie może być podmiotem na prawach strony w postępowaniu administracyjnym⁸. Jednostka pomocnicza nie jest również jednostką organizacyjną gminy ani organizacją pozarządową, a więc podmiotem, którego dotyczyłby art. 9 u.s.g. (w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi).

Gminy tworzą jednostki pomocnicze z zachowaniem dużej dowolności. Fakultatywny charakter jednostek pomocniczych wyraża się, w szczególności w:

- swobodzie decyzji o utworzeniu, lub nieutworzeniu jednostek pomocniczych;

stołecznego Warszawy, Wydawnictwo Promocji Powiatu, Miasta i Gminy „Promo”, Kraków 2002.

⁵ P. Swianiewicz, J. Krukowska, M. Lackowska, A. Kurniewicz, *Błędne koło marginalizacji. Jednostki pomocnicze samorządu w zarządzaniu dużymi miastami*, Elipsa, Warszawa 2013.

⁶ Por. Postanowienie WSA w Warszawie II SA/Wa 1529/15.

⁷ Por. Wyrok NSA II OSK 1127/05; szerzej: M. Augustyniak, *op. cit.*, ss. 67-69.

⁸ M. Augustyniak, *op. cit.*, ss. 73-76; H. Izdebski, *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, LexisNexis, Warszawa 2008, ss. 182-183.

- możliwości utworzenia jednostek pomocniczych na niektórych, wybranych częściach gminy;
- otwartym katalogu nazw rodzajowych jednostek pomocniczych (art. 5 ust. 1 u.s.g.);
- możliwości tworzenia jednostek pomocniczych niższego rzędu;
- kształtowaniu zakresu zadań i kompetencji jednostek pomocniczych w drodze nadawania statutów;
- określaniu zasad tworzenia, łączenia, podziału i znoszenia jednostek pomocniczych w statucie gminy (art. 5 ust. 3 u.s.g.)⁹.

Wyjątek od fakultatywności stanowi ustrój miasta stołecznego Warszawy, gdzie obligatoryjnie przewidziano dzielnice (art. 5 ust. 1 ustawy warszawskiej¹⁰). W tym przypadku ustawodawca ustalił też katalog spraw, które powinny („do zakresu działania dzielnic należą sprawy lokalne, a w szczególności”) być przekazane dzielnicom (art. 11 ust. 2 u.s.g.)

Do wyłącznych kompetencji rady gminy należy ustalanie zakresu działania jednostek pomocniczych, zasad przekazywania im składników mienia do korzystania oraz zasad przekazywania środków budżetowych na realizację zadań przez te jednostki (art. 18 ust. 1 pkt 18 u.s.g.) Wśród uprawnień kontrolnych przysługujących komisji rewizyjnej rady wymienia się m.in. kontrolę nad działalnością jednostek pomocniczych (art. 18a ust. 1 u.s.g.)

Zgodnie z art. 35 u.s.g. rada gminy nadaje jednostce pomocniczej statut określający jej organizację i zakres działania. Statut określa, w szczególności, nazwę i obszar jednostki, zasady i tryb wyborów organów oraz ich zadania i organizację, zadania przekazane jednostce, oraz zakres i formy kontroli (art. 35. ust. 1 u.s.g.)¹¹ Procedura utworzenia jednostki pomocniczej wymaga konsultacji z mieszkańcami gminy. W praktyce etapy tworzenia jednostki pomocniczej można podzielić na:

1. określenie zasad ich tworzenia w statucie gminy (art. 5 ust. 3 u.s.g.),
2. konsultacje z mieszkańcami i przyjęcie uchwały (art. 5 ust. 2 u.s.g.),
3. określenie organizacji i zakresu działania jednostki pomocniczej (art. 35 ust. 1 u.s.g.)¹²

Jednostkę pomocniczą tworzy się „po przeprowadzeniu konsultacji

⁹ T. Moll, *Tworzenie jednostek pomocniczych – problematyka prawna*, [w:] red. A. Jarosz, B. Springer (red.), *Jednostki pomocnicze w polskich gminach. Pozycja, funkcje, wyzwania*, Uniwersytet Zielonogórski, Zielona Góra 2014, s. 16-17.

¹⁰ Ustawa z dnia 15 marca 2002 roku o ustroju miasta stołecznego Warszawy (Dz.U. 2002, nr 41, poz. 261 z późn. zm.)

¹¹ D. Feszler, *Ustrój jednostki pomocniczej samorządu terytorialnego*, [w:] A. Jarosz, B. Springer (red.), *Jednostki pomocnicze w polskich gminach. Pozycja, funkcje, wyzwania*, Uniwersytet Zielonogórski, Zielona Góra 2014, ss. 63-66.

¹² T. Moll, *op. cit.*, ss. 17-23; M. Augustyniak, ss. 39-44.

z mieszkańcami lub z ich inicjatywy” (art. 5 ust. 2 u.s.g.) Konsultacje są obligatoryjne w przypadku inicjatywy ze strony rady gminy, natomiast, jak stwierdza T. Moll, „w przypadku, gdy to mieszkańcy zainicjują utworzenie jednostki pomocniczej, zasadne wydaje się także przeprowadzenie konsultacji w tej sprawie, ustawodawca nie określił bowiem formy owej inicjatywy ani minimalnej liczby mieszkańców, którzy powinni z nią wystąpić”¹³. W doktrynie wskazuje się, że – co do zasady – konsultacje powinny objąć wszystkich mieszkańców gminy, a nie – na przykład – tylko tych zamieszkałych na terenie planowanej jednostki pomocniczej. Ma to znaczenie szczególnie w przypadku tworzenia jednostek pomocniczych dla części obszaru gminy¹⁴.

Jednostką pomocniczą nazwaną o szczególnym statusie określonym w art. 36 u.s.g. jest sołectwo. Przepisy nie regulują wyraźnie, czy sołectwo, jednostka z sołtysem jako organem wykonawczym, może powstać na terenie miasta. W praktyce gminy miejskie mają, w wyjątkowych sytuacjach, sołectwa, na przykład na terenach włączonych do miasta dawnych wsi (przykład Zielonej Góry). Praktycznym powodem, dla którego samorządy mogą dążyć do tworzenia sołectw, jest fundusz sołecki, wyodrębniony z budżetu gminy, który pokrywany jest częściowo (od 20% do 40%, w zależności od zamożności gminy) z budżetu państwa¹⁵. W wyroku z 16 sierpnia 2013 r. II SA/Po 686/13, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu poparł interpretację mówiącą, że sołectwa mogą być tworzone w miastach, o ile nie obejmują terenów wyraźnie zurbanizowanych¹⁶. Organem sołectwa jest bowiem zebranie wiejskie, które obejmuje stałych mieszkańców danej wsi¹⁷.

Dla osiedli i dzielnic, jako jednostek pomocniczych nazwanych, ustawodawca określił organy, którymi są rada osiedla (dzielnicy) oraz zarząd osiedla (dzielnicy). Zgodnie z art. 37 ust. 1 u.s.g. liczbę członków rady osiedla (dzielnicy) ustala się zgodnie z przepisami właściwymi dla gmin, określonymi w art. 17 tej samej ustawy, z tym, że górną granicą liczby radnych jest 21. W praktyce oznacza to znaczące ograniczenie kompetencji rady gminy: niedozwolone jest tworzenie rad jednostek pomocniczych nazwanych mniejszych niż 15-osobowe.

¹³ T. Moll, *op. cit.*, s. 19.

¹⁴ Por. M. Augustyniak, *op. cit.*, s. 83; A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 78; B. Jaworska-Dębska, *Komentarz do art. 5 u.s.g.* [w:] P. Chmielnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013, ss. 127-138.

¹⁵ Ustawa z dnia 21 lutego 2014 r. o funduszu sołeckim (Dz.U. z 2014 r. poz. 301, z późn. zm.)

¹⁶ Wyrok WSA w Poznaniu II SA/Po 686/13. Podobnie w uzasadnieniu NSA II OSK 2915/13.

¹⁷ Art. 36 ust. 1 u.s.g.

Ustawa gminna nadaje możliwość korzystania z mienia komunalnego i udział w prowadzeniu gospodarki finansowej gminy przez jej jednostki pomocnicze: „Jednostka pomocnicza zarządza i korzysta z mienia komunalnego oraz rozporządza dochodami z tego źródła w zakresie określonym w statucie. Statut ustala również zakres czynności dokonywanych samodzielnie przez jednostkę pomocniczą w zakresie przysługującego jej mienia” (art. 48 ust. 1 u.s.g.) Wskazana przez ustawodawcę możliwość dysponowania mieniem oznacza faktyczną możliwość wykorzystywania np. budynków i pomieszczeń, a nie możliwości przeniesienia własności. Gmina, będąca właścicielem nieruchomości, przekazuje na mocy uchwały bądź statutu, lokal do dyspozycji organów jednostki pomocniczej, nie zawiera natomiast prawa najmu, czy prawa o podobnym charakterze¹⁸. Statut gminy może określać uprawnienia jednostki pomocniczej do prowadzenia gospodarki finansowej w ramach budżetu gminy (art. 51 ust. 1 u.s.g.). Na podstawie uchwał swoich organów jednostki pomocnicze mogą wskazywać cele wydatków zapisanych jako część budżetu gminy, w ramach działów budżetowych¹⁹ lub jako rezerwa celowa²⁰.

Dzielnice lub osiedla działają w 20 spośród 23 miast powyżej 150 tys. mieszkańców, nie ma ich w Kielcach i Radomiu, a od 2006 do 2016 roku nie było ich też w Białymstoku²¹. W 7 miastach stosowana jest nazwa dzielnice, w 10 osiedle, a w trzech zarówno dzielnice, jak i osiedla. Dwustopniowy podział występuje w Warszawie (funkcjonującej, o czym była już mowa, w oparciu o odrębną ustawę ustrojową). Jedno osiedle, jako jednostka niższego rzędu, wyróżnione ze względu na uzdrowiskowy charakter, utworzono w ramach jednej z dzielnic Krakowa. Wydatki powyżej 1% budżetu miasta tylko w Krakowie, a powyżej 0,1% także w Gdańsku, Gdyni, Łodzi, Lublinie i Poznaniu (nie brano pod uwagę Warszawy). W pozostałych miastach wydatki dzielnic to, w praktyce, koszty biurowo-administracyjne lub niewielkie fundusze celowe²².

¹⁸ K. Bandarzewski, *op. cit.*, s. 95.

¹⁹ Na przykład: Uchwała Rady Miasta Krakowa nr XCI//2374/2017 z dnia 27 grudnia 2017 r. w sprawie budżetu Miasta Krakowa na 2018 r., Załącznik Nr 12 Środki wydzielone do dyspozycji dzielnic na 2018 r.

²⁰ Na przykład: Uchwała nr 974/XXXVIII/2017 Rady Miasta Lublin z dnia 21 grudnia 2017 r. w sprawie uchwały budżetowej na 2018 rok, § 5.

²¹ P. Swianiewicz, J. Krukowska, M. Lackowska, A. Kurniewicz, *op. cit.*, s. 56.

²² *Ibidem*, ss. 61-62.

Pozycja ustrojowa zarządów osiedli i dzielnic

Zarządy osiedli powoływane są na zasadach ustalanych przez rady gmin w statutach poszczególnych jednostek pomocniczych. Art. 37 ust. 2 u.s.g. przesądza jedynie o nazwie – „organem wykonawczym w dzielnicy (osiedlu) jest zarząd” i kolegialnym charakterze organu²³. Na czele zarządu stoi przewodniczący, korzystający z ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszom publicznym (art. 37 ust. 3 u.s.g.)

Zakres swobody, którą dysponuje samorząd w ustalaniu zasad wyboru zarządów osiedli i dzielnic obejmuje, w szczególności:

- wybór podmiotu uprawnionego do wyboru zarządu (rada osiedla bądź dzielnicy, albo zebranie mieszkańców);
- liczbę członków zarządu;
- tryb zgłaszania kandydatów, prowadzenia zebrań wyborczych (jeśli takie są przewidziane) lub prac komisji wyborczych²⁴;
- niektóre wykluczenia z możliwości kandydowania, np. dla radnych rady gminy, osób zatrudnionych w urzędzie gminy lub kierowników jednostki organizacyjnej gminy.

Z treści art. 37 u.s.g. nie wynika wprost, że kompetencja wyboru zarządu w jednostkach pomocniczych, których organem stanowiącym jest rada, należy do tego organu. Wobec swobody, którą ustawodawca pozostawił gminom w decyzji, czy organem stanowiącym osiedli (dzielnic) będzie rada, lub zebranie mieszkańców, przyjęła się praktyka wyboru zarządu przez radę tam, gdzie te organy występują. Trudno natomiast byłoby podważyć możliwość ustalenia wyborów bezpośrednich zarówno rady osiedla (dzielnicy) i zarządu osiedla (dzielnic). Jeśli statut jednostki przewiduje, że w osiedlu organem uchwałodawczym jest ogólne zebranie mieszkańców, ono wybiera zarząd osiedla w głosowaniu tajnym, bezpośrednim, spośród nieograniczonej liczby kandydatów, przez stałych mieszkańców uprawnionych do głosowania (art. 37 ust. 4 u.s.g.)²⁵

Ustawodawca nie określił liczebności zarządu osiedla (dzielnic). Jakkolwiek w praktyce liczą one od 3 do 7 osób, rada gminy w statucie osiedla może określić to względnie dowolnie. Zastosowanie ma zasada *tres faciunt collegium* – organ kolegialny powinien więc liczyć co najmniej trzy osoby²⁶. Kwestia ta była regulowana w pierwotnej wersji ustawy o samorządzie gminnym (przed zmianą nazwy była to ustawa o samorządzie terytorial-

²³ Por. A. Szewc, G. Jyż, Z. Pławecki, *op. cit.*, s. 456.

²⁴ Por. Wyrok WSA w Opolu II SA/Op 563/07.

²⁵ Na przykład: Statut Osiedla nr 1 w Choroszczy, §3 ust. 1. „Organem uchwałodawczym w osiedlu jest ogólne zebranie mieszkańców”.

²⁶ M. Augustyniak, *op. cit.*, s. 141.

nym) z 8 marca 1990 roku, której ust. 2 odsyłał do art. 28 regulującego zasady wyboru wójta. Dawny art. 28 stanowił, że zarząd gminy (a więc, analogicznie, zarząd jednostki pomocniczej) liczy od 4 do 7 osób wybieranych przez radę (ust. 1), z możliwością wyboru wójta spoza składu rady (ust. 2)²⁷. Regulacje te zostały zniesione przy okazji zmiany ustroju samorządu gminnego polegającej na likwidacji kolegialnych zarządów i zastąpieniem ich jednoosobowymi, wybieranymi w wyborach powszechnych²⁸.

Ustawa gminna przewiduje możliwość ustalenia diet dla członków zarządu i pozostałych członków rady, przy czym wskazuje się w pierwszej kolejności możliwość ustalenia diety i zwrotu kosztów podróży służbowych samemu przewodniczącemu (art. 37b ust. 1 u.s.g. Rada gminy może ustanowić zasady, na jakich przewodniczącemu organu wykonawczego jednostki pomocniczej będzie przysługiwała dieta oraz zwrot kosztów podróży służbowej; dalej w ust. 2. umożliwia się ustalenie diet pozostałym członkom organów jednostki).

Na czele zarządu osiedla (dzielnicy) stoi przewodniczący zarządu, zwykle wybierany spośród członków rady, choć ustawa ustrojowa nie rozstrzyga tego stanowczo (pierwotnie regulował to art. 28 ust. 2). Zgodnie z art. 37a u.s.g. przewodniczący zarządu może uczestniczyć w pracach rady gminy na zasadach określonych w statucie gminy, bez prawa udziału w głosowaniu. Obligatoryjnie zawiadamiany jest o terminach sesji rady gminy. Przewodniczący zarządu korzysta z ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszom publicznym (art. 36 ust. 3). Szczególnym uprawnieniem przewodniczącego zarządu jest załatwianie indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej, w zakresie wskazanym przez radę gminy odpowiednią uchwałą (art. 39 ust. 4). Ustawa nie rozstrzyga, czy przewodniczący zarządu pełni jednocześnie funkcję przewodniczącego rady i prowadzi jej obrady, co w praktyce często ma miejsce (dla porównania, sołtys obligatoryjnie przewodniczy zebraniu wiejskiemu, jako organowi uchwałodawczemu w jednostkach pomocniczych wiejskich)²⁹.

W postanowieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (II SA/Wa 1529/15) stwierdza się, że zarząd jednostki pomocniczej nie jest podmiotem praw i obowiązków: „zarząd jednostki pomocniczej gminy (...) nie po-

²⁷ Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym (Dz.U. 1990 nr 16 poz. 95) tekst ogłoszony.

²⁸ M. Augustyniak, *op. cit.*, ss. 141-142.

²⁹ Np.: Statut Osiedla Młodych w Białymstoku, Załącznik do Uchwały nr XIII/165/15 Rady Miasta Białystok z 27 października 2015 r., §16 ust. 1 „Zarząd składa się z Przewodniczącego Rady, który jest Przewodniczącym Zarządu, 1 lub 2 Wiceprzewodniczących oraz Sekretarza i Skarbnika”. Przeciwnie na przykład w Gdańsku, patrz: Statut Dzielnicy Oliwa, w Gdańsku, Załącznik nr 1 do Uchwały Nr LIII/1169/14 Rady Miasta Gdańska z 24 kwietnia 2014 r., §18 ust. 1. „Zadaniem Przewodniczącego Rady jest wyłącznie organizowanie prac Rady oraz prowadzenie obrad (...)”.

siada zdolności sądowej, tj. nie jest osobą fizyczną, osobą prawną, nie jest także jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną. Ponadto przepisy szczególnie nie przyznają zarządowi jednostki pomocniczej osobowości prawnej, nie podlega ona również wpisowi do określonego rejestru. (...) Zarząd Dzielnicy (...) W. jest organem wykonawczym Dzielnicy (...) i jako taki nie jest podmiotem praw i obowiązków ustanowionych w prawie materialnym”³⁰. Jak wskazuje M. Augustyniak, organy wykonawcze w wykonywaniu swoich kompetencji mogą występować jako:

1. organy wykonawcze w zakresie kompetencji uchwałodawczych;
2. samodzielne organy w sprawach, w których posiadają kompetencje na mocy statutu lub przepisów prawa powszechnie obowiązującego;
3. organy administracji, w zakresie art. 39 ust. 4 u.s.g.;
4. jako reprezentanci gminy w sferze prywatnoprawnej na mocy art. 48 u.s.g. (korzystania i zarządzania mieniem komunalnym oraz rozporządzania dochodami z tego mienia – art. 48 ust. 1 u.s.g.)³¹.

W dzielnicach Krakowa, wskazywanych jako najsilniejsze jednostki pomocnicze miast poza Warszawą, do zadań zarządu należą sprawy wskazane w jedenastu punktach, obejmujące: przygotowywanie projektów uchwał i nadawanie im biegu, występowanie z wnioskami i opiniami, gospodarowanie mieniem przekazanym jednostce, oraz opiniowanie kandydatów na lokalne kierownicze stanowiska w Policji i Straży Miejskiej³². Kompetencje zarządów dzielnic obejmują więc sprawy związane z bieżącą działalnością jednostki i jej organów (koordynacja prac rad dzielnic), wydawanie uchwał w sprawach niezastrzeżonych dla rad (konsultacje, wydawanie opinii), współpraca z radą miasta, gospodarowanie przekazanym mieniem (pozostającym jednak własnością samorządu, z obowiązkiem kontrasygnaty skarbnika miasta w przypadku powstawania zobowiązań³³) oraz merytoryczna praca w zakresie przekazanych dzielnicom środków w ramach budżetu miasta (dzielnicie mają możliwość wskazywania przeznaczenia środków ustalonych w zależności od liczby mieszkańców, ale stanowiących integralną część budżetu miasta)³⁴.

³⁰ Postanowienie WSA w Warszawie II SA/Wa 1529/15.

³¹ M. Augustyniak, *op. cit.*, s. 145.

³² Statut Dzielnicy Stare Miasto, Załącznik do Uchwały Nr XCIX/1495/14 Rady Miasta Krakowa z 12 marca 2014 r. w sprawie organizacji i zakresu działania Dzielnicy I Stare Miasto w Krakowie, § 50 ust 1.

³³ *Ibidem*, § 62.

³⁴ *Ibidem*, § 63.

Podsumowanie

Kluczową rolę w określeniu ustrojowej roli zarządów jednostek pomocniczych w miastach, z punktu widzenia władz samorządów, odgrywa ich fakultatywny charakter, nie tylko co do tworzenia osiedli i dzielnic, ale też przyznawania zadań i uprawnień. Zadania statutowe zarządów można podzielić na te występujące we wszystkich lub prawie wszystkich samorządach i te uwzględniane tylko przez niektóre miasta. Do tych drugich zaliczają się te najistotniejsze: kompetencje związane z zarządzaniem mieniem komunalnym (pozostającym własnością samorządu) oraz dysponowania częścią budżetu miasta (w postaci rezerwy celowej, lub wydzielonej części budżetu), a także wynikające z art. 39 ust. 4 u.s.g.

Swoboda pozostawiona samorządom w organizowaniu wspólnot lokalnych nie jest, sama przez się, wadą, jednak nie powinna prowadzić do tworzenia instytucji fasadowych i pozbawionych realnych możliwości działania. Uzasadnienia działania jednostek pomocniczych, które pojawiają się w debacie naukowej, odwołują się do realizacji zasady pomocniczości³⁵, albo kwestii optymalnej wielkości podstawowej jednostki samorządu terytorialnego, którą przerastają wielkie miasta³⁶. Obecne przepisy pozwalają na powoływanie rad i zarządów osiedli (dzielnic) bez realnego znaczenia – jest to nawet prostsze z punktu widzenia samorządowego legislatora. Warto zwrócić uwagę, że kolegialny zarząd wyłaniany przez organ uchwałodawczy stanowi kopię rozwiązań ustrojowych gmin sprzed reformy z roku 2002³⁷. Ewentualne nowelizacje powinny ponownie określać zasady wyboru i liczebność zarządów jednostek pomocniczych, precyzować zasady partycypacji zarządów w decydowaniu o gminie w zakresie przekazanym jednostkom pomocniczym. Wzmocnienie autonomii samorządów w decydowaniu o ustroju osiedli i dzielnic powinno dać możliwość wyboru samego organu opiniodawczego (rady, lub o innej nazwie, również o mniejszej liczbie członków, niż 15) tam, gdzie zdecydują się one na wyłącznie konsultacyjne zadania jednostek pomocniczych. Utrzymywanie instytucji zarządów tam, gdzie nie mają one czym zarządzać, prowadzi bowiem do niezrozumienia ze strony mieszkańców i zniechęcenia do idei jednostek pomocniczych w ogóle.

³⁵ P. Matczak, *Rady osiedli: w poszukiwaniu sensu lokalnego działania*, WN UAM, Poznań 2008.

³⁶ P. Swianiewicz, *If Territorial Fragmentation Is a Problem, Is Amalgamation a Solution? East European Perspective*, „Local Government Studies” 2010, vol. 36, no. 2, ss. 183-203.

³⁷ Ustawa z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta (Dz.U. 2002, Nr 113, poz. 984).

Piśmiennictwo

- Augustyniak M., *Jednostki pomocnicze gminy*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.
- Bandarzewski K., Chmielnicki P., Mączyński M., Płażek S., *Jednostki pomocnicze gminy: omówienie przepisów z uwzględnieniem ustawy z dnia 15 marca 2002 r. o ustroju miasta stołecznego Warszawy*, Wydawnictwo Promocji Powiatu, Miasta i Gminy „Promo”, Kraków 2002.
- Feszler D., *Ustrój jednostki pomocniczej samorządu terytorialnego*, [w:] A. Jarosz, B. Springer (red.), *Jednostki pomocnicze w polskich gminach. Pozycja, funkcje, wyzwania*, Uniwersytet Zielonogórski, Zielona Góra 2014.
- Izdebski H., *Samorząd terytorialny. Podstawy ustroju i działalności*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Jaworska-Dębska B., *Komentarz do art. 5 u.s.g.* [w:] P. Chmielnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Matczak P., *Rady osiedli: w poszukiwaniu sensu lokalnego działania*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2008.
- Moll T., *Tworzenie jednostek pomocniczych – problematyka prawna*, [w:] A. Jarosz, B. Springer (red.), *Jednostki pomocnicze w polskich gminach. Pozycja, funkcje, wyzwania*, Uniwersytet Zielonogórski, Zielona Góra 2014.
- Swianiewicz P., Krukowska J., Lackowska M., Kurniewicz A., *Błędne koło marginalizacji. Jednostki pomocnicze samorządu w zarządzaniu dużymi miastami*, Elipsa, Warszawa 2013.
- Swianiewicz P., *If Territorial Fragmentation Is a Problem, Is Amalgamation a Solution? East European Perspective*, „Local Government Studies” 2010, vol. 36, no 2.
- Szenc A., Jyż G., Pławecki Z., *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.

Akty prawne

- Ustawa z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych
(Dz.U. 2005 nr 249, poz. 2104 z późn. zm.)
- Ustawa z 15 marca 2002 r. o ustroju miasta stołecznego Warszawy
(Dz.U. 2002, nr 41, poz. 261 z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta (Dz. U. 2002, Nr 113, poz. 984).
- Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym
(Dz.U.1990 nr 16 poz. 95, tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 994, 1000).
- Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym
(Dz.U. 1990 nr 16 poz. 95, tekst ogłoszony).

Orzecznictwo

- Postanowienie WSA w Warszawie II SA/Wa 1529/15.
Wyrok NSA II OSK 1127/05.
Wyrok WSA w Opolu II SA/Op 563/07.

Inne

Uchwała nr 974/XXXVIII/2017 Rady Miasta Lublin z 21 grudnia 2017 r. w sprawie uchwały budżetowej na 2018 r.

Uchwała Rady Miasta Krakowa nr XCI//2374/2017 z 27 grudnia 2017 r. w sprawie budżetu Miasta Krakowa na 2018 r.

Statut Dzielnicy Stare Miasto, Załącznik do Uchwały Nr XCIX/1495/14 Rady Miasta Krakowa z 12 marca 2014 r. w sprawie organizacji i zakresu działania Dzielnicy I Stare Miasto w Krakowie.

Statut Osiedla Młodych w Białymstoku, Załącznik do Uchwały Nr XIII/165/15 Rady Miasta Białystok z 27 października 2015 r.

Statut Osiedla nr 1 w Choroszczy (<http://bip.choroszcz.pl/jednostki-pomocnicze--solectwa--osiedla-/jednostki-pomocnicze---wykaz-osiedli--statuty.html>,
(online: 15.07.2018).

Statut Dzielnicy Oliwa, w Gdańsku, Załącznik nr 1 do Uchwały Nr LII/1169/14 Rady Miasta Gdańska z 24 kwietnia 2014 r.

Autor

dr Tomasz Madras
Politechnika Białostocka
Wydział Inżynierii Zarządzania

8. PUBLICYZACJA PRAWA PRYWATNEGO W USTAWODAWSTWIE CYWILNYM TRZECIEJ RZESZY

Patrycja Skurska-Popielas

Słowa kluczowe: prawo prywatne, prawo publiczne, totalitaryzm niemiecki, reformy prawa cywilnego, publicyzacja prawa.

Wprowadzenie

Dystynkcja prawa publicznego i prywatnego jest jednym z węzłowych zagadnień systematyki prawa. Mimo polemicznej narracji normatywistów¹, rozróżnienie to nadal pozostaje znakomitą podstawą do rozważań o ustrojowym charakterze państwa oraz zachowania w nim podmiotowości prawnej jednostek.

Wiele uwagi poświęca – tak dawne jak i współczesne prawoznawstwo – porządkowi prawnemu w hitlerowskim państwie niemieckim. Wszelkoniom analizowane judykaty z zakresu prawa karnego i administracyjnego, dają wyobrażenie na temat materialnoprawnej struktury „państwa stanu wyjątkowego”². Tymczasem, to traktowane bez szczególnego pietyzmu *ius civile*, jest determinantą istnienia stanów, rzeczy i osób w wymiarze formalnym.

Regulacje dotyczące stosunków prywatnoprawnych w Trzeciej Rzeczy, stanowią nadal w literaturze przedmiotu dziedzinę niedostatecznie zbadaną. Zwłaszcza współczesne piśmiennictwo skąpi wiedzy, interpretacji i ocen o tych – istotnych przecież z punktu widzenia prawoznawstwa przekształcaniach sfery prywatnej w element państwowego imperium. Nie sposób jednak pominąć na tym polu badawczym wybitnych, głęboko analitycznych, choć nieco odległych z uwagi na czas powstania monografii

¹ Por. krytyka dychotomicznego podziału formułowana przez H. Kelsena; B. Jaworska-Dębska, Z. Duniewska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *Prawo administracyjne: Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013, s. 37.

² W ślad za tytułem monografii F. Ryszki; Zob. F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1964.

F. Ryszki³ oraz L. Górnickiego, który przybliżył kształt niemieckiego prawodawstwa widzianego oczami znamienitych polskich jurystów doby międzywojennej⁴.

Samo zaś – pozbawione inklinacji historycznych – zjawisko „publicyzacji prawa prywatnego” – czy jak wolą inni autorzy – „prywatyzacji prawa publicznego”⁵, doczekało się szerokiego omówienia również w bieżących źródłach, co potwierdza tezę, że problematyka ta jest obecna silnie w nurcie prawno-politycznych przemian ostatniego stulecia i niezależna od formy ustrojowej. Jego istota, choć przedstawiana często, jako proces złożony i wielowymiarowy, sprowadza się w rzeczywistości do pytania – jak dalece dopuszczalna jest ingerencja władzy w sferę wolności jednostki⁶.

Celem niniejszego opracowania jest – po pierwsze – ustalenie jednoznacznej definicji publicyzacji prawa prywatnego, po drugie – przeniesienie założeń teoretycznych na grunt praktyki ustawodawczej i ukazanie zwulgaryzowanego przez reżim totalitarny mechanizmu wzajemnego przenikania się prawa publicznego i prawa prywatnego, po trzecie wreszcie – przegląd i systematyzacja przepisów prawa cywilnego wpływających bezpośrednio na pozycję jego podmiotów.

Publicyzacja prawa – próba definicji

Wraz z rozwojem ustrojów totalitarnych i autorytarnych, publicyzacja prawa cywilnego spowodowała ograniczenie autonomii jednostki i rozszerzenie uprawnień organów państwowych do ingerencji w stosunki prywatnoprawne w interesie „dobra publicznego”⁷.

M. Safjan uznaje proces ten za odejście od założeń klasycznego prawa cywilnego, które ujawnia się wieloetapowo:

- w coraz silniejszej ingerencji czynnika publicznego w sferę wcześniej zastrzeżoną wyłącznie dla autonomicznych zachowań jednostek;

³ F. Ryszka, *Państwo...*, *op. cit.*; F. Ryszka, *Noc i mgła. Niemcy w okresie hitlerowskim*, Książka i Wiedza, Warszawa 1997.

⁴ L. Górnicki, *Prawo Trzeciej Rzeszy w nauce i publicystyce prawniczej Polski Międzywojennej (1933-1939)*, Wydawnictwo AS, Bielsko-Biała 1993.

⁵ Określenia te w literaturze stosowane są zamiennie. Por. J. Helios, *Publicyzacja prawa prywatnego – prywatyzacja prawa publicznego w kontekście rozważań nad prawem europejskim*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2013, nr 92, ss. 12-36.

⁶ A. Żurawik, *Problem publicyzacji prawa prywatnego w kontekście ustrojowym*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 5, ss. 32-41.

⁷ K. Gajda-Roszczyńska, *Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 217.

- w systematycznym ograniczaniu pola zastosowania metody prywatnoprawnej na rzecz regulacji publicznoprawnych, a więc wyjęciu pewnych segmentów z zakresu prawa prywatnego;
- w coraz wyraźniejszej infiltracji interesu zbiorowości (publicznego) w obszarze relacji pozostawionych na gruncie tradycyjnym wyłączności stron;
- w coraz silniejszym rozproszeniu instytucji i rozwiązań, w zależności od wąsko ujmowanych celów i funkcji poszczególnych regulacji⁸.

Jest więc publicyzacja prawa zjawiskiem polegającym w szczególności na ingerencji czynnika publicznego i włączeniu elementów związanych z interesem publicznym w obszar zastrzeżony, zgodnie z tradycyjnym nurtem cywilistycznym, dla autonomicznych i samodzielnych decyzji podmiotów prawa cywilnego⁹.

Ontologiczne podstawy publicyzacji prawa, wiążą się ściśle z rozgraniczeniem między *ius publicum* a *ius privatum*, które pozostaje jednym z najstarszych instrumentów służących uporządkowaniu systemu prawa. Według tej klasycznej koncepcji związanej z Ulpianem, prawo prywatne jest prawem korzyści poszczególnych jednostek, podczas gdy prawo publiczne jest prawem odnoszącym się do interesu państwa (rzymskiego)¹⁰.

Zasady ustrojowe nowego państwa niemieckiego, wykluczały klasyczną dychotomię – *ius publicum* i *ius privatum*, która należała przecież do istotnych koncepcji rzymskiej myśli prawniczej. Ideologia narodowosocjalistyczna odcinała się – przynajmniej pozornie – od wszystkiego, co niemieckie. Recypowane prawo rzymskie, szczególnie wyraziście przejęte przez pandektystów i twórców Bürgerliches Gesetzbuch¹¹, oceniono jako obce tradycji i duchowi niemieckiego narodu (Volku)¹². Konstruowanie systemu prawnego zgodnie z selektywnym paradygmatem cech rodzimych,

⁸ M. Safjan, *Pojęcie i systematyka prawa prywatnego*, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne. Część ogólna*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 31.

⁹ *Ibidem*, s. 47.

¹⁰ Łac. *Privatum ius quod ad singulorum utilitatem pertinet, publicum autem ius est quod ad statum rei Romanae spectat, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*; Zob. B. Jaworska-Dębska, Z. Duniewska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska, *op. cit.*, s. 37.

¹¹ Niem. Bürgerliches Gesetzbuch, dalej: BGB – ogólnoniemiecki kodeks cywilny uchwalony w 1896 r., obowiązujący od 1 stycznia 1900 r. Zawiera zasadniczy zrąb przepisów niemieckiego prawa cywilnego. W ciągu ponad stu lat obowiązywania BGB był wielokrotnie nowelizowany, jednak jego podstawowe założenia pozostały nienaruszone. Najobszerniejszej noweli dokonano w 2002 r., włączając do kodeksu przepisy zawarte dotychczas w ustawach szczególnych, między innymi przepisy o ochronie konsumentów, implemmentowane do prawa niemieckiego w wykonaniu dyrektyw Unii Europejskiej.

¹² M. Zmierzak, *Czy stosunek do prawa rzymskiego jest miarą kultury prawnej? Rozważania na przykładzie III Rzeszy*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2016, t. XV, z. 2, s. 75.

stanowiło zdaniem M. Zmierczak, zmierzch wielowiekowej kultury prawa – odtąd negowano każdy przejaw indywidualizmu oraz to, że istnieje jakaś dziedzina prywatności i swobody działania dla własnej korzyści lub też sfera życia pozostająca poza zainteresowaniem państwa jako organizacji narodu¹³.

Teoretyczne podstawy formującego się ustroju określano jako „nowe niemieckie prawo wspólnotowe”, którego główne założenie przedstawia się następująco: „Prawo jest całościowe. Nie jest ani prawem cywilnym z rozszerzeniami publiczno-prawnymi, ani prawem publicznym z dodatkami cywilnoprawnymi”¹⁴.

Pierwszym formalnym zwiastunem zatarcia granicy między prawem publicznym i prywatnym było w ocenie F. Ryszki przekazanie projektu reform prawa cywilnego Związkowi Niemieckich Akademii Administracji, działającej pod auspicjami H. Franka. Idei reform przewodził jednak nie Frank, a „pierwszy ustawodawca” Rzeszy – H. Lammers, którego celem stała się rewizja dotychczasowych zasad prawa prywatnego w imię nowej „wspólnoty narodowej”¹⁵. Prace nad kodyfikacją prawa cywilnego rozpoczęły się w 1940 r., przy oczywistym udziale Hedemanna oraz profesorów Lehmana i Sieberta. Odżegnano się nie tylko od dawnych konstrukcji, ale nawet od dotychczasowej nomenklatury, podkreślając w każdym fragmencie narodowy, wyłącznie niemiecki charakter nowego prawa. Dotychczasową nazwę ogólnoniemieckiego kodeksu cywilnego – „Bürgerliches Gesetzbuch” zastąpiono określeniem „Volksgesetzbuch der Deutschen”¹⁶, nawiązując już w warstwie etymologicznej do najbliższego partyjnym ideom pojęcia „Volku”¹⁷.

¹³ *Ibidem*, s. 75.

¹⁴ *Ibidem*, s. 76.

¹⁵ J. Wieliczka-Szarek, *III Rzesza – narodziny i zmierzch szaleństwa*, Wydawnictwo Kluszczyński, Kraków 2006.

¹⁶ Niem. Volksgesetzbuch der Deutschen – projekt niemieckiego kodeksu cywilnego opracowywany od 13 maja 1939 r. przez Akademię Prawa Niemieckiego pod przewodnictwem H. Franka. Stanowi materiałnoprawne rozwinięcie programu partyjnego Narodowosocjalistycznej Niemieckiej Partii Robotników (NSDAP), ogłoszonego przez A. Hitlera w 1920 r. Zamiarem twórców (m.in. Hedemann, Lehmann, Eisser, Hueck), była budowa nowego systemu prawa prywatnego na fundamencie wspólnoty „Volku”, odrzuceniu indywidualistycznych koncepcji prawa zawartych w BGB i prawie rzymskim. Prace nad kodeksem zawieszono w 1944 r., z uwagi na niekorzystny dla Rzeszy przebieg II wojny światowej. Zob. G. Brüggemeier, *Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes: Das Projekt des „Volksgesetzbuches”*, „Juristen-Zeitung”, Tuebingen 1990, nr 1(12), ss. 24-28.

¹⁷ Volk tworzył wspólnotę narodową czyli Volksgemeinschaft z wyłączeniem jednostek „obcych rasowo”, „społecznych” i „niepełnowartościowych” w rozumieniu hitlerowskiej doktryny. Ewolucja znaczeniowa pojęć Volk i Nation była istotnym elementem filozofii J.G. Herdera oraz przedmiotem analizy S. Tyrowicza, który wskazuje różnice ich wykładni w twórczości innych niemieckich filozofów. Na szczególną uwagę zasługuje stwierdzenie

Nawet definicja osoby fizycznej została świadomie sprowadzona do pojęcia Volksgenosse¹⁸ – taką też nazwę przyjmuje I księga kodeksu regulująca zagadnienia z zakresu prawa osobowego¹⁹.

Prawo osobowe

Doktrynalną podstawę niemieckiego prawa cywilnego sformułował J.W. Hedemann, ukazując wpływ ludzkich dążeń i namiętności na istotę stosunków prywatnoprawnych. Rozwijając tę ideę, wprowadził pojęcie Urtriebe – ludzkich prądów, które mają charakter dwojaki: instynktu indywidualnego (*der Urtrieb des Ich*) i instynktu towarzyskiego (*der Urtrieb zur Geselligkeit*)²⁰. Ten ostatni ewoluuje w prawie cywilnym w trzech kierunkach: rodziny i jej podstawowej formy – małżeństwa, życia ekonomicznego, w którym rynek stanowi podstawowy punkt stykowy międzyludzkich stosunków gospodarczych i w kierunku życia organizacyjnego, gdzie centralne miejsce zajmuje stowarzyszenie.

Rudymentarne zasady „wielkoniemieckiego” prawa osobowego określają ustawy norymberskie²¹. Oparcie konstrukcji ustrojowej Trzeciej Rzeszy na pojęciu Volku, doprowadziło do podziału społeczeństwa na jego człon-

W. Sombrata, który uważał Volk i Nation za pojęcia w istocie różne, oznaczające rozmaite stany rozwoju społeczeństw państwowych i narodowościowych, niezdolnych samodzielnie do tworzenia państwa. Według E. Hubera, pojęcie Volk jest przejawem niemieckiej świadomości narodowej („niemieckiego samopoczucia narodowego”). Na tym tle wyróżnia się pogląd E. Kriecka, który wprowadza pojęcie Urvolk, podkreślające odwieczność narodu niemieckiego i jego przewagę ponad europejskimi „nacjami”. Zob. J.G. Herder, *Rozprawy o pochodzeniu języka*, [w:] T. Namowicz (red.), *J.G. Herder, Wybór pism*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1987, ss. 59-175; S. Tyrowicz, *Światło wiedzy zdeprawowanej. Idee niemieckiej socjologii i filozofii (1933-1945)*, Universitas, Kraków 2009, ss. 62-63.

¹⁸ Niem. „Towarzysz narodowy”.

¹⁹ F. Ryszka, *op. cit.*, s. 367.

²⁰ *Ibidem*, s. 365.

²¹ Niem. Die Nürnberger Rassengesetze – norymberskie ustawy rasowe uchwalone przez niemiecki Reichstag 15 września 1935 r., do których zalicza się Ustawę o obywatelstwie Rzeszy (Reichsbürgergesetz. Vom 15. September 1935, RGBl. I, Jg. 1935, s. 1146), Ustawę o ochronie krwi niemieckiej i niemieckiej czci (Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre. Vom 15. September 1935, RGBl. I, Jg. 1935, s. 1146) oraz Ustawę o barwach i fładze Rzeszy (Reichsflaggengesetz). Vom 15. September 1935, RGBl. I, Jg. 1935, s. 1145, <http://www.documentarchiv.de/ns.html> (online 25.08.2018). Obszerna interpretacja treści przepisów [w:] F. Celnikier, *Żyd, czyli kto? Pojęcie Żyda w doktrynie i hitlerowskich poczynaniach prawodawczych. Studium absurdu i mistyfikacji*, Żydowski Instytut Historyczny, Warszawa 2014; L. Górnicki, T. Kruszewski, *Zasadnicze przejawy ingerencji w prawa podmiotowe prywatne jednostek przez III Rzeszę*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 39, 2017, nr 1, s. 49.

ków lub wrogów, zgodnie ze schematem Freund-Feind, popularyzowanym przez C. Schmitta²². Pozycja prawna obywateli zależała więc nie od abstrakcyjnych norm, ale od oceny, czy w tej specyficznej wspólnocie się znajdują. Czym zatem jest owa zbiorowość, której prawa podmiotowe poddano ochronie? W znamiennych słowach wyraził sam H. Frank: „Niemcem jest dla nas nie ten, kto wedle jakichś formalnych pojęć posiada obywatelstwo niemieckie, ale ten, kto wedle ustaw naszej Rzeszy o krwi i o rasie przynależy do zbiorowości narodowej”²³.

Dla określenia członka owej zbiorowości, wprowadzono uniwersalne pojęcie Volksgenosse – i to bez rozróżnienia na płeć, co wywarło niewątpliwy wpływ na treść niektórych przepisów prawa małżeńskiego²⁴.

Określenie strony podmiotowej w projektowanej kodyfikacji prawa cywilnego, stanowiło novum na gruncie niemieckiego prawodawstwa – odnoszono ją wobec wszystkich „przynależnych do Wielkoniemieckiej Rzeszy”, z wyłączeniem osób „krwi obcej”. Przyjęta w ten sposób jednoznacznie zasada nierówności wobec prawa, znajdowała głębsze uściślenie w kolejnych przepisach I księgi kodeksu, traktujących o warunkach przyznania zdolności prawnej²⁵.

Uzyskiwały ją mianowicie w pełnym wymiarze wyłącznie osoby „czyste” krwi niemieckiej, których prawa i obowiązki nie były w projekcie Hedemanna – co znamienne – w ogóle od siebie oddzielone. Volksgenosse miał obowiązek świadczyć wobec zbiorowości wszystko to, co był w stanie uczynić dla jej dobra, w szczególności pracować, odbywać służbę wojskową i ponosić ciężary publiczne. Państwo zabezpieczało w zamian jego pozycję prawną oraz możliwość praktykowania w danym zawodzie pod ochroną porządku prawnego²⁶.

Volksgenosse, mógł zostać pozbawiony podmiotowości prawnej na podstawie wyroku sądu karnego, jeżeli okazał się on „niegodny do pełnego uczestnictwa w życiu prawnym”. Projekt kodeksu cywilnego przewidywał represyjne formy ograniczenia zdolności prawnej – skutkujące tak w sferze prywatnoprawnej, jak i publicznej. Niektóre z nich wymienia F. Ryszka, wskazując na: niezdolność do piastowania urzędów publicznych, niezdolność do służby w wojsku i w Arbeitsdienst; niezdolność do bycia przedsiębiorcą, kierownikiem przedsiębiorstwa, chłopem, redaktorem, członkiem innego zinstytucjonalizowanego zawodu (regulowanego na mocy ustaw szczegól-

²² E. Jędrzejewski, *Hitlerowska koncepcja administracji państwowej 1933-1945*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1975, s. 36.

²³ F. Ryszka, *op. cit.*, s. 367.

²⁴ *Ibidem*, s. 367.

²⁵ K. Jonca, *Koncepcje narodowosocjalistycznego prawa w Trzeciej Rzeszy*, „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” 1977, t. III, s. 93.

²⁶ *Ibidem*.

nych); niezdolność do piastowania godności honorowych, opiekuna nieletnich, świadka przy sporządzaniu testamentu i innych dokumentów wiary publicznej; odebranie możliwości zawarcia małżeństwa z obligatoryjnym rozwiązaniem małżeństwa już istniejącego, odebranie władzy rodzicielskiej, pozbawienie zdolności testowania i dziedziczenia, a także wykonywania praw osobowych w ramach związków i zrzeszeń²⁷. Katalog tych sankcji uznać należy za wyjątkowo restrykcyjny, a mgliste i nieobiektywne przesłanki ich zastosowania wzmagają efekt arbitralności.

W związku z zatarciem różnic między wartościami prywatnymi a dobrem publicznym, inaczej niż dotąd traktowano kwestię ochrony praw podmiotowych – nie dość precyzyjnie określono czym właściwie jest „życie prywatne”, starając się jednocześnie o jasne sformułowanie takich pojęć, jak nazwisko czy wizerunek²⁸.

Głęboką ingerencję państwowego imperium w ochronę praw osobistych egzemplifikują przepisy ustawy z dnia 14 lipca 1933 r. o zapobieganiu urodzeniom pokoleń obciążonych dziedzicznie (ustawy sterylizacyjnej)²⁹, które ograniczyły możliwość wolnego władania ciałem. Sterylizacja – ma swój aspekt publicznoprawny, jako że pozbawienie zdolności płodzenia stanowi w cywilizowanych ustawodawstwach przestępstwo i prywatnoprawny, gdyż zdolność płodzenia należy do dóbr osobistych jednostki³⁰. Nie wdając się szczegółowo w antropologiczne tendencje nowego prawa niemieckiego, wspomnieć należy o formule sądów eugenicznych, które na wniosek funkcjonariuszy publicznej służby zdrowia, sanatorium, przytułku bądź zakładu penitencjarnego, wydawały orzeczenia o obowiązku sterylizacji³¹. Sąd I instancji był przy tym organem „fachowym” – w trzyosobowym składzie zasiadał jeden sędzia oraz dwóch lekarzy. Postępowanie w sprawie o przymusową sterylizację, mimo formalnej dwuinstancyjności, rzadko podlegało kontroli następczej sądu odwoławczego³².

²⁷ F. Ryszka, *op. cit.*, s. 370.

²⁸ *Ibidem*, s. 371.

²⁹ Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Vom 14. Juli 1933 (RGBl. I, Jg. 1933, s. 529-531), <http://www.documentarchiv.de/ns/erbk-nws.html> (online: 27.08.2018). Szerzej o podstawach prawnych sterylizacji: M. Musielak, *Sterylizacja ludzi ze względów eugenicznych w Stanach Zjednoczonych, w Niemczech i w Polsce (1899-1945)*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2008, ss. 181-193.

³⁰ L. Górnicki, *op. cit.*, s. 175.

³¹ H. Szlachetko, *Koncepcje eugeniczne a polityka III Rzeszy*, „Przegląd naukowy Disputatio” 2009, t. VIII – Reżimy, s. 125.

³² M. Burleigh, *Trzecia Rzesza – nowa historia*, Znak, Kraków 2010, s. 373.

Prawo rodzinne

W podstawowych założeniach nazistowskie prawo cywilne zrywa z dominującym dotychczas nurtem pozytywistycznym, na rzecz ujęcia, jak je określa F. Ryszka, quasi-naturalistycznego. Wyraża to w pełni preambuła kodeksu, stanowiąca: „Dobro narodu niemieckiego jest najwyższym prawem”³³. Służebną rolę wobec tej kardynalnej wartości pełnić miało małżeństwo i wychowanie dzieci małżeńskich oraz pozamałżeńskich wyłącznie w duchu narodowosocjalistycznym.

Ustawy z zakresu prawa osobowego, małżeńskiego i rodzinnego wydane w latach 1933-1936, wykazują istnienie w tej sferze trzech pierwiastków: uczuciowego, religijnego i publicznoprawnego z wyraźną dominacją ostatniego z wymienionych³⁴.

Publicyzacja nowego prawa małżeńskiego dokonała się już na płaszczyźnie definicji – przestało ono odtąd nosić tradycyjne, starorzymskie cechy kontraktu, stało się natomiast narzędziem prawnym służącym utrzymaniu ciągłości biologicznej narodu niemieckiego. Fasadową rolę narodowosocjalistycznego prawa małżeńskiego podkreśla L. Górnicki, zdaniem którego regulacja ta zorientowana została wyłącznie na utrzymanie równowagi demograficznej „w duchu mitologii rasowej”³⁵.

Tendencje te widać wyraźnie w ustawie z dnia 18 października 1936 r. o ochronie potomstwa narodu niemieckiego³⁶ oraz ustawie z dnia 6 lipca 1938 r. o ujednoczeniu prawa zawierania i rozwiązywania małżeństwa w Austrii i na pozostałym obszarze Rzeszy (Ehegesetz)³⁷, które były nośnikiem takich – sztandarowych tez, jak:

- zakaz zawierania małżeństw z osobami, wobec których zastosowanie znajdują przepisy ustawy sterylizacyjnej, a nadto osobami, u których stwierdzono jakąkolwiek formę zaburzeń umysłowych;
- zakaz zawierania małżeństw pomiędzy osobami krwi niemieckiej lub pokrewnej a osobami krwi obcej;

³³ F. Ryszka, *op. cit.*, s. 367.

³⁴ L. Górnicki, *op. cit.*, s. 181.

³⁵ *Ibidem*, s. 182.

³⁶ Gesetz zum Schutze des Erbgesundheits des deutschen Volkes (Ehegesundheitsgesetz). Vom 18. Oktober 1935 (RGBl. I, Jg. 1935, s. 1246), <http://www.verfassungen.ch/de/de33-45/ehegesundheits35.htm> (online: 27.08.2018).

³⁷ Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet (Ehegesetz, dalej Eheg.) Vom 6. Juli 1938 (RGBl. I, Jg. 1938, s. 807), http://ns-quellen.at/gesetz_anzeigen_detail.php?gesetz_id=26210&action=B_Read (online 27.08.2018); tłum. R. Botev, *Austriacka ustawa o małżeństwie (Ehegesetz)*, Warszawa 2013.

- zakaz aborcji bez względu na poród obarczony ryzykiem utraty zdrowia i życia przez matkę dziecka.

Wejście w życie powyższych przepisów oznaczało jawną ingerencję państwa w podstawowe prawo osobiste, jakim jest swoboda wyboru partnera do zawarcia związku małżeńskiego. Ze względów ideowych, kontrowersyjne wydaje się również rozszerzenie ochrony prawnej nasciturusa ponad ochronę prawną zdrowia i życia matki.

Niemiecka ustawa o prawie małżeńskim wprowadza nieznaną współczesnego odpowiednika – instytucję zniesienia małżeństwa (§ 33-45 Eheg.). Z jednej strony konstrukcja ta odpowiadała z założenia formule unieważnienia małżeństwa, z drugiej zaś – pozbawiono ją mocy wstecznej (*ex tunc*).

Jako podstawę rozwodu zachowano w ślad za BGB rozkład pożycia małżeńskiego, ale wprowadzono też nową — rozwód bez winy stron (§ 50-53 Eheg.), które to pojęcie obejmowało również jako przyczynę rozwodu choroby zakaźne lub wzbudzające odrazę u jednego z małżonków (§ 52 Eheg.) oraz przedwczesną bezpłodność (§ 53 Eheg.). Utrzymano także orzekanie z winą obustronną lub przewagą winy jednej ze stron³⁸. Dostateczną podstawę do rozwiązania małżeństwa w świetle nowych regulacji stanowiła obraza wódza przez małżonkę, przynależność do rasy żydowskiej jednego z małżonków (uważana za cechę osobistą w myśl § 1933 BGB), brak wiedzy o żydowskim pochodzeniu małżonka, albo też nieznanostwo istotnych cech rasy żydowskiej (§ 37 Eheg.)³⁹

Zachowując obiektywny osąd, wspomnieć należy również o tych konstrukcjach prawnych, które zyskały pewną aprobatę w środowiskach prawniczych doby międzywojnia – również polskich. Powołane w owym czasie regulacje dotyczące pożyczek małżeńskich⁴⁰ (Ehestandsdarlehen) oraz ustawę przeciw nadużyciom przy zawieraniu małżeństw i adopcji⁴¹, uznawano za formy wspierania rodziny. Ostatecznie H. Świątkowski⁴² ocenił, że

³⁸ L. Górnicki, T. Kruszewski, *op. cit.*, s. 64.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Spłata przyznanego przez państwo kredytu w wysokości 1000 marek pomniejszana była o 25% z chwilą urodzenia kolejnego dziecka. Reszta kwoty była spłacana na bardzo dogodnych warunkach. Co miesiąc w wysokości 3%, jeżeli obydwójce rodzice pracowali zaś 1%, jeśli pracował tylko ojciec. W latach 1933-1938 przyznano 1 121 tysięcy pożyczek małżeńskich, z czego 980 tysięcy umorzono z powodu urodzenia minimum czworga dzieci. Zob. D. Humann, *Arbeitsschlacht – Arbeitsbeschaffung und Propaganda in der NS-Zeit 1933-1939*, Göttingen 2011.

⁴¹ Gesetz gegen Missbräuche bei Eheschließung und der Annahme an Kindes Staat. Vom 23. November 1933, RGBl. I, Jg. 1933, s. 979,

⁴² Henryk Świątkowski (1896-1970) – polski prawnik, profesor zwyczajny Uniwersytetu Warszawskiego, minister sprawiedliwości w latach 1945-1956; zob. M. Pietrzak, Henryk

ustawodawca Trzeciej Rzeszy uczynił „pozytywny krok” w dziedzinie unifikacji jednej z najważniejszych części prawa prywatnego, tj. w prawie małżeńskim, które podniesiono ostatecznie do rangi prawa publicznego⁴³. Pozostawiając na boku pewne cechy ustawy wynikające z hitlerowskiej ideologii, uznał ją w głównych przepisach za życiowo i społecznie celową i uzasadnioną⁴⁴.

Prawo rzeczowe

Niewiele jest instytucji prawnych o takiej tradycji i takiej randze jak prawo własności. Państwo narodowosocjalistyczne, tak jak każdy inny system, starało się w związku z tym nadać mu pożądaną przez siebie postać. Ogólnie rzecz ujmując, mimo głębokiej ingerencji w jego strukturę, prawo własności utrzymywano nadal, pozbawiając je jednak wszelkiego indywidualizmu.

Mgliste i niejednoznaczne stają się na tym tle teorie Hedemanna, który eksponuje narodowosocjalistyczne założenie o silnej roli własności prywatnej, pomimo tezy o przewadze korzyści zbiorowej nad indywidualną⁴⁵. W poszukiwaniu teoretycznego uzasadnienia dla nowej koncepcji własności, hitlerowska jurysprudencja sięga więc dalej i odnosi się do tradycji germańskiej, której obca jest indywidualna własność ziemi – traktowanej jak lenno używane dla celów odpowiadających wspólnocie.

Rzymska triada *ius utendi, fruendi i abutendi*⁴⁶ i § 903 BGB⁴⁷ – materialnoprawny substrat swobodnego rozporządzania rzeczą przez jej właściciela, ustępuje miejsca prawu własności wspólnoty – niegdyś szczepowej, plemiennej, teraz – wielkoniemieckiego Volku. Analogicznie jak w koncepcji prawa osobowego – zbiorowość ta nie jest otwarta dla wszystkich, nie wszyscy będą mogli korzystać z jednakowej ochrony prawa i nie wszyst-

Świątkowski, [w:] G. Bałtruszajtys (red.), *Profesorowie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808-2008*, LexisNexis, Warszawa 2008.

⁴³ L. Górnicki, *op. cit.*, s. 182.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 183.

⁴⁵ F. Ryszka, *op. cit.*, s. 369.

⁴⁶ Klasyczną definicję prawa własności rozpatruje się w aspekcie pozytywnym i negatywnym. Za stronę pozytywną uznaje się atrybuty przysługujące właścicielowi z tytułu własności, tj. prawo używania, pobierania pożytków oraz zużycia rzeczy.

⁴⁷ Zgodnie z powołanym przepisem właściciel może rozporządzać rzeczą zgodnie z jej przeznaczeniem w takim zakresie, w jakim nie sprzeciwia się temu prawo i zasady współżycia społecznego. § 903 BGB definiuje własność rzeczy przez pryzmat ciążących na niej ograniczeń (aspekt negatywny). Zob. H. Mostert, *The Constitutional Protection and Regulation of Property and its Influence on the Reform of Private Law and Landownership in South Africa and Germany*, Berlin 2002, ss. 217-224.

kim własność będzie przyznana⁴⁸.

Ograniczenie zakresu podmiotów, którym przysługiwało prawo własności, nastąpiło po pierwsze poprzez wywłaszczenie elementów obcych wspólnocie (Żydzi, komuniści, socjaliści etc.), po drugie zaś poprzez nałożenie na właściciela obowiązków społecznych i zastrzeżenie, że właściciel na własny rachunek i własną odpowiedzialność może korzystać ze swej własności i rozporządzać nią w granicach celów gospodarczych zbiorowości. Granicą korzystania z uprawnień właścicielskich był zgodnie z powyższym, interes tej nieokreślonej zbiorowości i jej cele, stojące zawsze ponad prawem indywidualnym, bądź prawa te ograniczające⁴⁹.

Znamienne poglądy niemieckich jurystów na temat teorii własności i ontologicznych podstaw posiadania przytacza M. Zmierczak⁵⁰. Zwracają oni szczególną uwagę na funkcjonalny aspekt własności, rozgraniczając przy tym – zgodnie z poglądem F. Wiackera, osobno własność ziemi i osobno własność rzeczy. Właściwie należy opisywać poszczególne władztwa nad rzeczami, takimi jak zagroda dziedziczna (Erbhof), dom na wynajem (Miethaus), urządzenia przemysłowe (Industriegeländer), dewizy (Devisen), książki (Bücher)⁵¹. Własność w sensie narodowosocjalistycznym antycypuje więc zarówno uprawnienie, jak i obowiązek fachowego korzystania z rzeczy dla wspólnej korzyści.

Jak podsumowuje M. Zmierczak: „Własność zatem nie jest ograniczana, lecz treściowo określana przez wymaganie zgodnego z właściwościami rzeczy postępowania. Kto włada rzeczą, pozostaje na służbie. To jest idea, która jest oczywista i obecna w świadomości ludzi pracy narodu niemieckiego (...)”⁵².

Publicyzacja pojęcia własności i w tym przypadku następuje w warstwie definicyjnej – ciąży na właścicielu obowiązek wykorzystywania władanej rzeczy wyłącznie w interesie publicznym, zawiera się w pojęciu własności. Nie chodzi tu jednak wyłącznie o obowiązek zaniechania władania rzeczą w sposób, który szkodziłby ogółowi, ale również takiego działania, który pozwoli utrzymać rzecz w stanie umożliwiającym jej dalsze używanie. Zawarty jest w nim również zakaz zniszczenia rzeczy⁵³.

⁴⁸ M. Zmierczak, *op. cit.*, s. 77.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 78.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 79.

⁵¹ F. Wieacker, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, Hamburg 1933, s. 25, cyt. za. M. Zmierczak, *op. cit.*, s. 79.

⁵² *Ibidem*, s. 78.

⁵³ *Ibidem*, s. 79.

Prawo spadkowe

Celem reformy prawa spadkowego w duchu narodowosocjalistycznym było podług deklaracji jej autorów – uproszczenie i odformalizowanie obowiązujących dotąd przepisów BGB. Inicjatywę taką należałoby uznać za najzupełniej słuszną, gdyby nie wątpliwa jurydycznie treść § 48 ustawy o ustanowieniu testamentów i umów spadkowych⁵⁴, zgodnie z którym, rozporządzenie ostatniej woli było nieważne, jeżeli wedle zdrowego poczucia narodu naruszało w oczywisty sposób interesy rodziny i Volku⁵⁵.

O tym, co w praktyce miało oznaczać pojęcie „zdrowego poczucia narodu” decydowały sądy cywilne zobowiązane do respektowania ideowych założeń hitlerowskiej doktryny⁵⁶. Przykładów orzeczniczych jest wiele – nieważność testamentu powodowało ze skutkiem *ex nunc*, przekazanie kosztowności na rzecz osób trzecich z wyłączeniem krewnych, przekazanie całego majątku na rzecz kościoła, przekazanie majątku na rzecz korporacji zagranicznych lub organizacji wrogich państwu (z wyłączeniem organizacji faszystowskich)⁵⁷.

W przeciwieństwie do ustawy o prawie małżeńskim, ustawa spadkowa nie zawierała ograniczeń i mogła być stosowana do podmiotów nieposiadających pełni praw publicznych w pojęciu ustawy o obywatelstwie⁵⁸.

Jeśli idzie o kwestię dziedziczenia przez mniejszość żydowską, unormowano ją w trybie rozporządzeń administracyjnych – ostatecznie w XIII rozporządzeniu wykonawczym do ustawy o obywatelstwie z 1 lipca 1943 r.⁵⁹, na podstawie którego cały majątek Żydów przepadał po ich śmierci na rzecz skarbu Rzeszy.

W tym miejscu należy uczynić kilka uwag o specyficznych przemianach, które zaszły w prawie gruntowym, a które w istotny sposób rzutują na zagadnienia własności i w konsekwencji – dziedziczenia.

Do własności ziemi narodowi socjaliści zamierzali dopuścić wyłącznie kategorię Volksgenossen, odmawiając tego prawa wszystkim tym podmio-

⁵⁴ Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen. Vom 31. Juli 1938, RGBl. I, Jg. 1938, s. 973, http://www.ns-quellen.at/gesetz_anzeigen_detail.php?gesetz_id=39510&action=B_Read (online: 27.08.2018).

⁵⁵ K. Jonca, *op. cit.*, s. 94.

⁵⁶ H. Olszewski, M. Zmierczak, *Faszyzm i prawo*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1982, z. 3, s. 48.

⁵⁷ B. Rudawski, *Mienie i rasa. Wybrane aspekty „aryzacji” majątku żydowskiego w Trzeciej Rzeszy i w Kraju Warty*, „Meritum” 2016, t. VIII, ss. 311-326.

⁵⁸ Reichsbürgergesetz. Vom 15. September 1935, RGBl. I, Jg. 1935, s. 1146.

⁵⁹ Dreizehnte Verordnung zum Reichsbürgergesetz. Vom 1. Juli 1943 (RGBl. I, Jg. 1943, s. 1146), <http://www.verfassungen.ch/de/de33-45/reichsbuerger35-v13.htm> (online: 27.08.2018).

tom, które nie spełniały kryteriów czystości rasy⁶⁰.

Ziemia została wyłączona z obrotu prawnego i nie mogła stanowić towaru w rozumieniu prawideł gospodarki wolnorynkowej. Władanie nią podlegało centralnej reglamentacji, zorientowanej na realizację celów państwowego. Hedemann zastanawiał się nawet nad rekonstrukcją dawnej idei własności podzielonej, tj. własności podrzędnej, użytkowej, którą właściciel wykonywałby jedynie jako powiernik oraz własności zwierzchniej⁶¹.

Wstęp do ustawy o zagrodach dziedzicznych z dnia 29 września 1933 r.⁶² sugerował powrót do starej tradycji przechodzenia gospodarstwa w całości na jednego ze spadkobierców⁶³. Gospodarstwa uznane za takie zagrody (liczące od 7,5 do 125 ha) traktowane były przez ustawę jako niepodzielne, niepozbywalne i nieobciążalne, a mógł je nabyć tylko chłop (Bauer) – obywatel niemiecki krwi, niemieckiej lub pokrewnej, posiadający na dodatek tzw. Bauernfähigkeit, czyli specjalne kwalifikacje chłopskie pod względem etycznym i gospodarczym. Ustawa wykluczyła możliwość rozdrobnienia takich gospodarstw drogą podziału przez ustawową kolejność dziedziczenia. Podobnemu celowi służył zakaz sprzedaży zagrody dziedzicznej i wchodzących w jej skład części, a także jej ochrona przed egzekucją⁶⁴.

Narodowosocjalistyczna reforma agrarna stanowi wyraźne przeciwieństwo względem wielkich przekształceń uwłaszczeniowych i reformy stołypinowskiej w Rosji przedwojennej⁶⁵, podczas gdy oznaczały one zapoczątkowanie rozpadu wspólnoty gminnej, pojawienie się chłopskiej gospodarki indywidualnej i ustanowienie na wsi prywatnej własności ziemi, reformy hitlerowskie likwidowały własność indywidualną i tworzyły nowe prawo własności, w którym chłop był już tylko dziedzicznym użytkownikiem ziemi, której mógł zostać pozbawiony w określonych przez państwo warunkach⁶⁶.

Tak skonstruowanych regulacji nie da się pogodzić z własnością pry-

⁶⁰ L. Górnicki, *op. cit.*, s. 187.

⁶¹ Ibidem, s. 188.

⁶² Reichserbhofgesetz. Vom 29. September 1933 (RGBl. I, Jg. 1933, s. 685), <http://www.verfassungen.ch/de/de33-45/reichserbhof33.htm> (online 27.08.2018); Por. A. Mycielski, *Hitlerowska ustawa o zagrodach dziedzicznych na tle ogólnych założeń niemieckiego rasizmu*, „Rocznik Prawniczy Wileński” 10, Wilno 1939, ss. 121-124, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/plain-content?id=40823> (online: 25.08.2018).

⁶³ Por. Ch.Grass, *Tradition mit Zukunft? – Das Anerbenrecht*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2016, nr 2 (19), ss. 167-185.

⁶⁴ A. Mycielski, *op. cit.*, s. 121.

⁶⁵ J. Sobczak, *Mikołaj II – ostatni car Rosji: studium postaci i ewolucji władzy*, Bellona, Pułtusk-Warszawa 2009, s. 377.

⁶⁶ L. Górnicki, *op. cit.*, s. 189.

watną. Nie da się również pogodzić z wolnością testowania. Trudno bowiem mówić o dziedziczeniu, gdy zmarły jest jedynie administratorem czy zarządcą rzeczy, której własność pozostaje w rodowej wspólnocie, a jej posiadanie i korzystanie z niej, przysługuje nadal pozostałym członkom rodu.

Podsumowanie

Ustawodawstwo prywatne Trzeciej Rzeszy ulega istotnemu przewartościowaniu na gruncie prawa osobowego, rodzinnego i majątkowego. Do tej ostatniej kategorii zalicza klasyczna cywilistyka także prawo zobowiązań, które – jak zapewnia L. Górnicki – nie przeszło aż tak głębokich przeobrażeń⁶⁷.

Reformistyczne dążenia hitleryzmu i próba rozprawienia się z klasycznymi założeniami prawa cywilnego, skutkuje wytworzeniem nowych, skonkretyzowanych definicji i formalizuje „wielkoniemieckie” prawo w myśl politycznej indoktrynacji.

Publicyzacja prawa prywatnego zatracza jego względną autonomię i burzy przekonanie o ideowej neutralności. Wpływ totalizmu prowadzi do całkowitej absorpcji prywatności życia i zmusza do minimalizacji interesów jednostki w imię dobra ogółu.

Piśmiennictwo

- Bałtruszajtys G. (red.), *Profesorowie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808-2008*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Brüggemeier G., *Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes: Das Projekt des „Volksgesetzbuches”*, „Juristen-Zeitung” 1990, nr 1(12).
- Burleigh M., *Trzecia Rzesza – nowa historia*, Znak, Kraków 2010.
- Celnikier F., *Żyd, czyli kto? Pojęcie Żyda w doktrynie i hitlerowskich poczynaniach prawodawczych. Studium absurdu i mistyfikacji*, Żydowski Instytut Historyczny, Warszawa 2014.
- Gajda-Roszczyńska K., *Sprawy o ochronę indywidualnych interesów konsumentów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2011.
- Górnicki L., Kruszewski T., *Zasadnicze przejawy ingerencji w prawa podmiotowe prywatne jednostek przez III Rzeszę*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 39, 2017, nr 1.
- Górnicki L., *Prawo Trzeciej Rzeszy w nauce i publicystyce prawniczej Polski Międzywojennej (1933-1939)*, Wydawnictwo AS, Bielsko-Biała 1993.
- Grass Ch., *Tradition mit Zukunft? – Das Anerbenrecht*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2016, nr 2 (19).
- Helios J., *Publicyzacja prawa prywatnego – prywatyzacja prawa publicznego w kontekście*

⁶⁷ *Ibidem*, s. 193.

- rozważań nad prawem europejskim, „Przegląd Prawa i Administracji”, 2013, nr 92.
- Humann D., *Arbeitsschlacht – Arbeitsbeschaffung und Propaganda in der NS-Zeit 1933-1939*, Göttingen 2011.
- Jaworska-Dębska B., Duniewska Z., Michalska-Badziak R., Olejniczak-Szałowska E., *Prawo administracyjne: Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Jędrzejewski E., *Hitlerowska koncepcja administracji państwowej 1933-1945*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1975.
- Jonca K., *Koncepcje narodowosocjalistycznego prawa w Trzeciej Rzeszy*, „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” 1977, t. III.
- Kelsena H., Jaworska-Dębska B., Duniewska Z., Michalska-Badziak R., Olejniczak-Szałowska E., *Prawo administracyjne: Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013.
- Mostert H., *The Constitutional Protection and Regulation of Property and its Influence on the Reform of Private Law and Landownership in South Africa and Germany*, Berlin 2002.
- Musielak M., *Sterylicacja ludzi ze względów eugenicznych w Stanach Zjednoczonych, w Niemczech i w Polsce (1899-1945)*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2008.
- Mycielski A., *Hitlerowska ustawa o zagrodach dziedzicznych na tle ogólnych założeń niemieckiego rasizmu*, „Rocznik Prawniczy Wileński” 1939, 10, Wilno.
- Namowicz T. (red.), *J.G. Herder, Wybór pism*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1987.
- Olszewski H., Zmierczak M., *Faszyzm i prawo*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1982, z. 3.
- Pietrzak M., *Henryk Świątkowski*, [w:] G. Bałtrusajtys (red.), *Profesorowie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808-2008*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- Rudawski B., *Mienie i rasa. Wybrane aspekty „aryzacji” majątku żydowskiego w Trzeciej Rzeszy i w Kraju Warty*, „Meritum” 2016, t. VIII.
- Ryszka F., *Noc i mgła. Niemcy w okresie hitlerowskim*, Książka i Wiedza, Warszawa 1997.
- Ryszka F., *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1964.
- Safjan M. (red.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne. Część ogólna*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Sobczak J., *Mikołaj II – ostatni car Rosji: studium postaci i ewolucji władzy*, Bellona, Pułtusk-Warszawa 2009.
- Szlachetko H., *Koncepcje eugeniczne a polityka III Rzeszy*, „Przegląd Naukowy Disputatio”, t. VIII – Reżimy, Gdańsk 2009.
- Tyrowicz S., *Światło wiedzy zdeprawowanej. Idee niemieckiej socjologii i filozofii (1933-1945)*, Universitas, Kraków 2009.
- Wieliczka-Szarek J., *III Rzesza – narodziny i zmierzch szaleństwa*, Wydawnictwo Kluszczyński, Kraków 2006.
- Zmierczak M., *Czy stosunek do prawa rzymskiego jest miarą kultury prawnej? Rozważania na przykładzie III Rzeszy*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2016.
- Żurawik A., *Problem publicyzacji prawa prywatnego w kontekście ustrojowym*, „Państwo i Prawo”, Warszawa 2010, nr 5.

Autor

mgr Patrycja Skurska-Popielas
Uniwersytet Wrocławski

9. SHARING ECONOMY I COLLABORATIVE CONSUMPTION NA PRZYKŁADZIE DZIAŁALNOŚCI KORPORACJI AIRBNB – WYBRANE ASPEKTY PRAWNE

Radosław Mieszala

Słowa kluczowe: ekonomia współdzielenia, kolaboratywna konsumpcja, lobbying, Airbnb.

Wprowadzenie

Celem opracowania jest analiza i ocena aktywności korporacji Airbnb w kontekście koncepcji ekonomii współdzielenia i kolaboratywnej konsumpcji w ujęciu prawnym, z uwzględnieniem grup wpływu i lobbyingu przeciwko działalności korporacji.

W pierwszej części opracowania zarysowano profil działalności spółki Airbnb w Polsce. Kolejno przeanalizowano kwestię opłat związanych z użytkowaniem portalu internetowego „Airbnb”. Dalej omówiono grupy wpływu, *lobbying* przeciwko działalności portalu.

W opracowaniu zwrócono uwagę na wzrost konsumpcji jaki można było zauważyć od drugiej połowy XX wieku, chodzi tutaj nie tylko o poziom ale również sposób i przedmiot konsumpcji w kontekście zaspokajania potrzeb konsumentów¹. Zjawisko to rzecz jasna wiąże się z koncepcją (idea) ekonomii współdzielenia (z ang. *sharing economy*) czy też kolaboratywnej konsumpcji (z ang. *collaborative consumption*), która wypiera trend do posiadania i skupia się na korzystaniu, użytkowaniu. Taki model oparty jest zgodnie z definicją Botsmana i Rogersa, na: „płatnym dostępie do dóbr, umowach barterowych, pożyczki, wymianie²”.

¹ K. Majchrzak, *Nowe tendencje w konsumpcji a turystyka*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne problemy turystyki” 2005, nr 5, s. 147.

² R. Botsman, R. Rogers, *What's mine Is Yours: the Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins, New York 2010, P. 9.

Charakterystyka działalności serwisu „Airbnb”

Serwis Airbnb działający na terenie Polski, czyli dostawca strony internetowej <https://www.airbnb.pl/> działa pod spółką zarejestrowaną jako *Private Unlimited Company* od 12 kwietnia 2012 roku w Irlandii pod adresem: 25/28 North Wall Quay, Dublin 1 z Numerem Rejestru Handlowego: IE 511825³. Airbnb powstało w roku 2008 zaraz po tym kiedy dwóch projektantów ugościło trzech podróżników szukających noclegu⁴. Portal dostarcza możliwość krótkoterminowego wynajmu pokoi, mieszkań lub całych domów. Ponadto, oprócz tych standardowych opcji, najemca może wynajmować w celach mieszkaniowych chociażby: zamek, igło, samolot, łódź, latarnię morską, mieszkanie na wieży ciśnień, jaskinię, pociąg a nawet wyspę na wyłączność⁵. Airbnb działa w formule P2P (*peer-to-peer*), czyli bez pośrednika. Przedsiębiorstwo dostarcza jedynie serwis za pomocą którego szukający lokum wynajmują je bezpośrednio od „gospodarza” – wynajmującego (najczęściej właściciela), a firma umożliwia tym dwóm stronom kontakt. Aby portal mógł jednak funkcjonować pobiera odpowiednio zarówno od gospodarzy jak i najmującego tzw. „opłatę serwisową”⁶. Zgodnie z danymi przedstawionymi w artykule M. Derek oraz K. Dycht, na obszarze o promieniu 1 km od punktu centralnego w Rynku Starego Miasta w Warszawie, w ostatnim czasie zidentyfikowano ok. 1,5 tysiąca miejsc noclegowych, przy czym ok. 2/3 oferowanych miejsc przypada na mieszkania i apartamenty na wynajem. Stanowi to niezwykle potencjał dla omawianego portalu Airbnb⁷. Bazując na informacjach, które przedstawia serwis Airbnb, w samej Warszawie istnieje 4438 mieszkań na wynajem. Średnia liczba miejsc noclegowych w mieszkaniu wynosi 3,9, a wskaźnik obłożenia mieszkań to 76% (nie należy mylić z miejscami noclegowymi)⁸. Jak więc można wywnioskować z wyżej wskazanych danych, popyt na takiego rodzaju oferowane do wynajmu pomieszczenia sprzyja dynamicznemu rozwojowi tzw. ekonomii współdzielenia (z ang. *sharing economy* albo *collabo-*

³ <https://search.cro.ie/company/CompanyDetails.aspx?id=511825&type=C>, (online: 11.06.2018).

⁴ <https://www.airbnb.pl/help/getting-started/how-it-works>, (online: 11.06.2018).

⁵ E. Markiewicz, *Trendy w popycie turystycznym jako determinanty współkonsumpcji na rynku turystycznym*, „Zeszyt Naukowy – Wyższa Szkoła Handlu i Usług w Poznaniu” 2013, nr 26, s. 84-85.; B. Moźdzysłowski, *Airbnb: biznes z gościnności*, B. Moźdzysłowski, *Airbnb: biznes z gościnności*, <https://www.forbes.pl/pierwszy-milion/airbnb-historia-od-pierwszego-noclegu-do-biznesu-za-10-mln-dol/cezfej#slide-4>, (online: 11.06.2018).

⁶ *Ibidem*.

⁷ M. Derek, K. Dycht, *lokalizacja usług noclegowych w otoczeniu Rynku Starego miasta w Warszawie*, „Prace Geograficzne. Instytut Geografii i Gospodarki Przestrzennej Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2018, z. 152, s. 64.

⁸ *Ibidem*, s. 58.

native economy). Serwis jest więc ciekawym przykładem współkonsumpcji w turystyce (*collaborative lifestyle*) w globalnym tego słowa znaczeniu (*sensu largo*) z powodu faktu, iż działa już w ponad 160 krajach⁹. Jak już wspomniano wcześniej, cechą charakterystyczną portalu jest dość szeroka i zróżnicowana oferta, zarówno pod kątem specyfiki miejsca które można wynająć jak i ceny. Gospodarz czyli wynajmujący może stworzyć ofertę wg własnego upodobania, portal daje tutaj w sporej mierze tzw. „wolną rękę”, zarówno do samego opisu, jak i regulaminu który powinien być przestrzegany podczas krótkoterminowego najmu. Pewne informacje – te bardziej szczegółowo opisujące najmowany obiekt, są udostępniane dopiero po potwierdzeniu – akceptacji oferty przez najemcę („gościa”). Po zakończeniu najmu, „gość” ma możliwość wystawienia opisowej recenzji „gospodarzowi” która w przyszłości może być potencjalną sugestią dla kolejnych najmujących. Dodatkowo, „goście” oceniają w skali pięciu gwiazdek różne elementy – czynniki wchodzące w skład jakości najmowanego obiektu¹⁰, takie jak chociażby czystość, komunikacja, lokalizacja.

Należy krótko wyjaśnić jak działa ów forma irlandzkiej spółki, która dostarcza serwis na terenie Polski. Nielimitowaną spółką (*Unlimited Company*) lub prywatną nieograniczoną spółką (*Private Unlimited Company*) jest spółka hybrydowa zarejestrowana z udziałem lub bez kapitału akcyjnego (idzie tutaj dostrzec podobieństwo do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), ale w której odpowiedzialność prawna członków lub akcjonariuszy nie jest ograniczona: to znaczy jej członkowie lub akcjonariusze mają wspólny, nieograniczony obowiązek zaspokojenia niedoboru aktywów spółki, aby umożliwić uregulowanie wszelkich zaległych zobowiązań finansowych w przypadku formalnej likwidacji spółki¹¹. Jest to jak można przeczytać forma dość dogodna z punktu widzenia wierzycieli. Podczas gdyby doszło do likwidacji spółki, osoby takie mogą dochodzić swoich roszczeń nie tylko z masy upadłościowej ale subsydiarnie, także z majątku osobistego członków lub akcjonariuszy spółki. W związku z tym, są osoby zobowiązane są tutaj wierzycielami solidarnymi¹². Zobowiązanie solidarne względem wierzycieli oznacza tutaj tyle, że będą oni zarówno łącznie, jak i z pojedyncza odpowiedzialni za swoje „długi biznesowe”. W polskim prawie handlowym, zasada odpowiedzialności subsydiarnej wspólników została określona w art. 31. Kodeksu spółek handlowych¹³. Definicja subsy-

⁹ <https://www.airbnb.pl/sitemaps>, (online:12.06.2018).

¹⁰ <https://www.airbnb.pl/>, (online: 12.06.2018).

¹¹ *Limited and Unlimited Liability*, <https://www.encyclopedia.com/finance/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/limited-and-unlimited-liability>, (online: 12.06.2018).

¹² J. Korchak, *What is an unlimited company?* <https://www.informdirect.co.uk/company-information/unlimited-company-what-is-it/>, (online” 11.06.2018).

¹³ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych

diarnej odpowiedzialności w związku z egzekucją wierzytelności jest zawarta w paragrafie pierwszym tego artykułu i brzmi następująco: „Wierzyciel spółki może prowadzić egzekucję z majątku wspólnika w przypadku, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna (subsydiarna odpowiedzialność wspólnika)”¹⁴. Zgodnie z opiniami wyrażanymi w polskiej doktrynie prawnej¹⁵, odpowiedzialność subsydiarna jest konstrukcją-instrumentem który wzmacnia bezpieczeństwo obrotu, ma ona zastosowanie zarówno w większości systemów prawa *common law*, jak i prawa kontynentalnego¹⁶. Zwracając więc uwagę na powyższe, spółka ma charakter bardzo sprzyjający w zakresie odzyskiwania wierzytelności.

Podatkowy aspekt opłat związanych z portalem „Airbnb”

Airbnb pobiera opłaty serwisowe od osób, które krótkoterminowo wynajmują mieszkania poprzez ich stronę internetową (tzw. gospodarzy) wraz z podatkiem¹⁷. Podatku natomiast nie należy tutaj rozumieć rozszerzająco. Zgodnie z informacjami udostępnionymi na stronie internetowej, co do zasady (w zależności od miejsca), pobierana jest opłata w wysokości 3% danej transakcji a od tej kwoty portal również odprowadza (w określonych rejonach) podatek VAT. Można więc tutaj posłużyć się następującym przykładem: jeśli za opłaty serwisowe gospodarz zapłaci 4 zł, Airbnb pobiera od tej kwoty jeszcze 0,92 gr. (23% VAT) więc opłatą serwisową gospodarza z podatkiem VAT będzie 4,92 zł. Należy postawić sobie tutaj pytanie – czy to wszystkie opłaty, które tyczą się wynajmujących i czy zgodnie z informacją która jest przedstawiona na stronie internetowej portalu¹⁸, odprowadzany jest też właściwy podatek? Zgodnie z interpretacją Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 2 marca 2018 r. od takiego przychodu, dany gospodarz powinien się rozliczyć zgodnie z regułami właściwymi dla opodatkowania przychodów z najmu lokalu¹⁹. Nawiązując do

(t.j. Dz.U. 2017, poz. 1577).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A.J. Witosz, *Pojęcie odpowiedzialności pierwszorzędnej i subsydiarnej*, [w:] A.J. Witosz, *Subsydiarna odpowiedzialność wspólników spółek osobowych. Zasady naczelne*, LexisNexis Warszawa 2009.

¹⁶ S. Sołtysiński, *Kodeks spółek handlowych. Tom I. Przepisy ogólne. Spółki osobowe. Komentarz do artykułów 1-150*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 282.

¹⁷ <https://www.airbnb.pl/help/article/1857/what-is-the-airbnb-service-fee> (online: 11.06.2018).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Pismo z dnia 2 marca 2018 r, Opodatkowanie przychodów z najmu lokalu przez portal Airbnb. Pismo wydane przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (0114-KDIP3-1.4011.499.2017.2.KS).

tej interpretacji, zgodnie z art. 9 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 pkt 3 i 6 Ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, podatkowi dochodowemu podlegają: „najem, podnajem, dzierżawa, poddzierżawa oraz inne umowy o podobnym charakterze, w tym również dzierżawa, poddzierżawa działów specjalnych produkcji rolnej oraz gospodarstwa rolnego lub jego składników na cele nierolnicze albo na prowadzenie działów specjalnych produkcji rolnej, z wyjątkiem składników majątku związanych z działalnością gospodarczą.”²⁰. W związku z powyższą interpretacją, jeśli dana osoba nie złoży pisemnego oświadczenia o wyborze opodatkowania w formie ryczałtu od przychodów ewidencjonowanych na dany rok podatkowy do naczelnika urzędu skarbowego właściwego według miejsca zamieszkania podatnika, nie później niż do dnia 20 stycznia roku podatkowego, wówczas podatnik osiągający przychody z najmu, o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 6 powoływanej ustawy, jest zobowiązany do opłacenia podatku na zasadach określonych w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych. Nawiązując do powyższego, podatnika osiągającego dochód z najmu, który nie zgłosił wyboru o rozliczanie się na za zasadzie ryczałtem od przychodów ewidencjonowanych we właściwym czasie, co do zasady – będzie obowiązywać skala określona w art. 27.1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych²¹. Zważywszy na powyższe, można by stwierdzić że informacja podana na stronie internetowej portalu²²: „Pobieramy opłatę serwisową od gospodarzy (łącznie z obowiązującymi podatkami) przy każdej ukończonej rezerwacji. Wysokość takiej opłaty wynosi z reguły 3%” zdaje się mylna. Fraza „łącznie z obowiązującymi podatkami” jak widać, po uprzednio przedstawionej interpretacji Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, nie zawiera w swoim zakresie podatku, który należy odprowadzić od zarobionych przez gospodarza (wynajmującego) pieniędzy. Co prawda na innej podstronie²³, portal informuje gospodarza, że gdy ma obowiązek pobierania lokalnego podatku, może go dodać za specjalną opcją dodania „oferty specjalnej” do mieszkania, które chce wynajmować lub też poprosić gościa o opłacenie tego podatku samemu. Niestety informacja ta nie daje do zrozumienia gospodarzowi że musi on dodać podatek dochodowy, który musiałby po wynajęciu mieszkania opłacić. Nazwa „lokalny podatek” nie kojarzy się tutaj z podatkiem dochodowym, który musi zapłacić wynajmujący.

²⁰ Art. 9 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 pkt 3 i 6 Ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1509 z późn. zm.)

²¹ Ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych.

²² <https://www.airbnb.pl/help/article/1857/what-is-the-airbnb-service-fee>, (online: 11.06.2018).

²³ <https://www.airbnb.pl/help/article/481/how-do-taxes-work-for-hosts>, (online: 11.06.2018).

Grupy wpływu, *lobbying* przeciwko działalności portalu – studia przypadków

Mając na uwadze oczywisty fakt, że obiekty wynajmowane za pośrednictwem serwisu Airbnb są m.in. tańsze aniżeli pokoje wynajmowane w hotelach²⁴ – nierzadko pozwalają one również najmującemu na większą swobodę wyboru, portal Airbnb jest bardzo konkurencyjny. Z tego względu, między tradycyjnymi usługami hotelarskimi a opisywaną platformą *sharing economy* powstał i utrzymuje się w różnych krajach tzw. konflikt interesów. Niekiedy jednak (na niektórych obszarach) konflikt interesów nie pojawia się między graczami biznesowymi a występuje np. między społeczeństwem (np. mieszkańcami) a graczem biznesowym. Należy także pamiętać, że w konflikcie tym – co do zasady – nieodłączną stroną są również sprawujący władzę na danym obszarze.

Barcelona

W przypadku Barcelony władze już od kilku lat próbują ograniczyć turystykę w tym mieście. Burmistrz Ada Colau wspomniała zaraz po wygranych wyborach w roku 2015, o granicy nasycenia turystycznego, niekorzystnym niskobudżetowym modelu masowej turystyki rozwijanej w mieście. Burmistrz już wtedy deklaruowała dążenie do zmiany istniejącego stanu rzeczy. Władze Barcelony od roku 2015 zaczęły wprowadzać ograniczenia – wprowadzono roczne ograniczenie w koncesjach na wszelkiego rodzaju typy zakwaterowania w mieście a w roku 2017, uchwalony został plan przestrzenny regulujący zagospodarowanie turystyczne w określonych strefach miasta który ograniczał liczbę miejsc w hotelach oraz wstrzymywał wydawanie pozwoleń na mieszkania turystyczne. Zaostrzono również prawo wobec Airbnb, ponieważ spory odsetek wynajmujących nie płacił w tym czasie podatków turystycznych. W związku z tym, władze nałożyły na portal w roku 2016 karę w wysokości 600 tys. euro w następstwie czego, w 2017 roku platforma Airbnb zezwoliła wynajmującym („gospodarzą”) na ogłaszanie wyłącznie jednego lokalu, a wszystkie rezerwacje w mieście automatycznie pobierają od tego czasu podatek turystyczny²⁵. J. Kowalczyk-Anioł i P. Zmyślony zauważają, że w tym specyficznym przypadku

²⁴ B. Peck, *Hotels Vs. Airbnb For New York City Visitors*, <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/010215/hotels-vs-airbnb-new-york-city-visitors.asp>, (online: 11.06.2018).

²⁵ AFP News, 2017, *Airbnb imposes limits on rentals in Barcelona*, „Yahoo News”, <https://sg.news.yahoo.com/airbnb-imposes-limits-rentals-barcelona-165111406.html>, (online: 7.02.2017); J. Kowalczyk-Anioł, P. Zmyślony, *Turystyka miejska jako źródło protestów społecznych: przykłady Wenecji i Barcelony*, „Turystyka Kulturowa” 2017, nr 2, s. 28.

– gdyż Barcelona słynie z nadmiaru turystów – ruchem przeciwko zarówno platformie, jak i usługom hotelowym były oraz wciąż są, generalnie rzecz ujmując mieszkańcy Barcelony którzy urządzają protesty antyturystyczne²⁶. Wyglądałoby więc na to, że w Barcelonie zaistniała sytuacja wykorzystania ekonomicznego modelu polityki, która przez zaangażowanie się rządu (polityki Ada Colau) za pośrednictwem regulacji, ograniczyła aktywność usług czy to hotelarskich czy wynajmu turystycznego, krótkoterminowego. Warto jednak zastanowić się nad takim poglądem. Prawdopodobnie wystąpił tu nacisk w postaci naporu (z ang. *push*) określany przez Bentleya²⁷, jako zjawisko bardzo szerokie, obejmujące między innymi walki i rozruchy społeczne, które miały miejsce w Barcelonie ze strony mieszkańców. Zgodnie z artykułem M. Piotrkowskiego²⁸, mieszkańcy Barcelony od lat protestują ze względu na to, że liczba turystów jest za duża. Na niektórych kamienicach pojawiają się napisy i transparenty antyturystyczne, głośno było również o autobusie który został obmalowany przez mieszkańców Barcelony napisem: *El Turisme Mata Els Barris*, czyli „Turystyka zabija nasze dzielnice”. Ten sam autor pisze też o organizacji „Arran”, która chociażby pocięła nożami opony turystycznych rowerów: „sprzeciwiamy się okupacji przestrzeni publicznej w naszym mieście przez firmy turystyczne – mówią przedstawiciele tej organizacji”²⁹. Ugrupowań takich jest o wiele więcej (głównie są to tzw. grupy pierwotne, które zakorzenione są w społeczeństwie, a ich członkostwo opiera się na kryterium urodzenia oraz grupy interesu – nacisku, gdyż stawiają sobie za cel wywarcie konkretnego wpływu na działania władzy) zarówno formalnych, jak i tych nieformalnych, np. *Assemblea de Barris per un Turisme Sostenible ABTS* (Związek Dzielnic na Rzecz Turystyki Zrównoważonej) czy partia CUP (Popular Unity Candidatey)³⁰ i wywierają one jak widać spory nacisk zarówno na politykę, jak i są w wysokiej mierze zauważalne w mediach, co stymuluje resztę mieszkańców Barcelony (uważających, że w mieście turystów jest za dużo) do działania. Fakt że grupy te wywierają presję na władzy, popiera koncepcja Olsona, który postawił tezę, iż w „społeczeństwie demokratycznym interesy większości obywateli nie będą reprezentowane na rynku politycznym”³¹.

²⁶ Ibidem, ss. 28-29.

²⁷ A.F. Bentley, *The Process of Government*, University of Chicago Press, Chicago 1908.

²⁸ M. Piotrowski, *To już nie jest śmieszne! W Barcelonie miejscowi atakują turystów, groźnie na Majorce*, <https://www.fly4free.pl/to-juz-nie-jest-smieszne-w-barcelonie-miejscowi-atakuja-turystow-groźnie-na-majorce/> (online: 8.09.2018).

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ B. Borkowska, *Regulacja monopolu naturalnego w teorii i praktyce*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Seria: Monografie i Opracowania” 2009, nr 187, s. 62.

Jak uważał Olson, znacznie większy wpływ na politykę władzy (rządu) uzyskują mniejsze grupy. Mogą one zmobilizować się skuteczniej w związku z ich mniejszym rozmiarem „i/lub dostępem do bodźców selektywnych”, należy więc takie zjawisko „przechwycenie władzy” określić jako efekt „rządów mniejszości”³². Przypadek Barcelony pokazuje, że grupy te w skuteczny sposób wpłynęły na władzę, która to następnie ogranicza turystykę, zaczynając od braku udzielania koncesji na powstanie nowych hoteli oraz zaostrzenia prawa, ograniczenie Airbnb do wynajmu tylko i wyłącznie jednego mieszkania oraz obwarowania użytkowników dodatkowym podatkiem, co powoduje, że wynajem nie jest już tak opłacalny jak wcześniej. Koncepcja Olsona zostaje więc potwierdzona w tym przypadku, mniejsze grupy są więc efektywniejsze w uzyskaniu takich celów, z kilku względów: presja społeczna działa lepiej w małych grupach, mniejsza grupa to mniejsze koszty organizacyjne, mniejsza grupa może działać bez powoływania formalnej organizacji; osoby w modelu Olsona cenią nie tyle korzyści materialne, co korzyści społeczne, co również potwierdza się w przedstawionym przypadku³³.

Spoglądając na problem z innej perspektywy – zarówno portal Airbnb, jak i hotele są zwalczane w Barcelonie, mogłaby więc tu między tymi dwoma podmiotami – choć są to podmioty wobec siebie konkurencyjne – wystąpić symetria interesów grup.

Berlin

W przypadku Berlina, urzędnicy niemieccy obwiniają Airbnb o rosnące czynsze i deficyty w obszarze mieszkalnictwa w tym mieście³⁴. W Berlinie portal Airbnb w pełni nie może wykorzystać swojego potencjału od momentu wprowadzenia zakazu obowiązującego od 1 maja, 2016 roku. W Berlinie nie można od tego czasu wynajmować krótkoterminowo więcej niż 50% powierzchni danego obiektu (najczęściej mieszkania). Za zignorowanie zakazu, wynajmujący może otrzymać mandat nawet w wysokości 100 tys. euro. Niemiecki senat uważa, że znany z języka niemieckiego *Zweckentfremdungsverbot* – zakaz „niepoprawnego użytkowania”, pomoże w walce z problemem braku mieszkań gdy chodzi o długoterminowy wynajem oraz problemem rosnącego niedoboru mieszkań w ogóle³⁵. Należy jednak zadać pytanie, czy restrykcje te nie idą za daleko i czy nie ograniczają pewnego

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, s. 66, 68.

³⁴ P. Oltermann, *Berlin ban on Airbnb short-term rentals upheld by city court*, www.theguardian.com/technology/2016/jun/08/berlin-ban-airbnb-short-term-rentals-upheld-city-court, (online: 12.06.2018).

³⁵ *Ibidem*.

rodzaju swobody obrotu gospodarczego?

W Berlinie wśród urzędników oraz polityków jest spotykane przekonanie, że Airbnb jest powodem braku mieszkań oraz wysokich czynszów na terenie miasta (z tych względów tamtejsi aktywiści organizują wiele strajków³⁶), próbują oni ograniczyć działalność tego portalu odpowiednimi regulacjami. Ta sytuacja może uzasadniać koncepcję regulacji ekonomicznej Peltzmana. Podjął się on próby modyfikacji koncepcji Stiglera, podtrzymując jednocześnie jego założenia o redystrybucyjnym celu regulacji oraz interesowności polityków, dodatkowo jednak podkreśla najbardziej cenioną rentę ekonomiczną dla polityków, jaką są głosy wyborców. Można wysunąć więc hipotezę że ruch w kierunku ograniczenia działania Airbnb na terenie Berlina ze strony polityków (urzędników) może polegać na „kupieniu” sobie głosów wyborców. Ograniczanie Airbnb na tym terenie jest niejako jednym z działań naprawczych, które podjęli politycy aby zmniejszyć wysokie czynsze oraz zwiększyć ilość miejsc mieszkaniowych na terenie miasta. Aby zweryfikować hipotezę postawioną powyżej, należałoby sprawdzić czy Airbnb faktycznie oddziałuje na te czynniki. Regulator postępuje jednak na zasadzie wysokiej przezorności, ostrożności – nie jest pewien, czy Airbnb ma duży wpływ na te czynniki, ale z ostrożności ogranicza działalność portalu, jednocześnie zwiększając szansę na przychyłność wyborców. Zgodnie więc z koncepcją Peltzmana, regulator działa hiperracjonalnie³⁷.

Nowy Jork

Należy zwrócić uwagę na fakt, że chyba najbardziej restrykcyjnym pod względem ograniczeń prawnych był Nowy Jork. Nowojorski senat zaczął w czerwcu 2016 roku wprowadzać ustawę, która końcowo 21 października tego samego roku zaczęła obowiązywać (Senate Bill S6340A, 2016). Ustawa ta zakazuje wynajmu całego obiektu przez okres krótszy niż 30 dni. Innymi słowy, „gospodarz” może wynajmować mieszkanie krótkoterminowo, jeśli wynajmuje jedynie część obiektu. Akt ten nakłada ewentualne kary na „gospodarza”, a nie najemcę. Za pierwszym razem jest to mandat w wysokości 1 tys. dolarów, drugim – 5 tys. dolarów a trzecim, 7 tys. dolarów. Nowojorskie ustawodawstwo nakłada również szereg podatków na wynajmujących, są to: państwowy podatek od sprzedaży i użytkowania, podatek od zakwaterowania w hotelu City oraz opłaty za noclegi w stanie i mieście³⁸. Gospodarze wynajmujący obiekty mieszkalne w Nowym Jorku

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ B. Borkowska, *Regulacja monopolu naturalnego w teorii i praktyce*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Seria: Monografie i Opracowania” 2009, nr 187, ss. 74-77.

³⁸ *Ibidem*; <https://www.airbnb.com/help/article/868/new-york--ny>, (online: 12.06.2018).

przez portal są więc bardzo podobnie opodatkowani jak osoby prowadzące usługi hotelarskie. Ponadto, niektórzy gospodarze chcący wynajmować obiekty mieszkalne krótkoterminowo (na okres krótszy niż 30 dni) w specyficznych regionach Nowego Jorku, muszą jednocześnie zamieszkiwać wynajmowane mieszkanie³⁹.

Przeciwko Airbnb w Nowym Jorku są przede wszystkim od dłuższego czasu przedsiębiorstwa hotelarskie. New York Times podaje że American Hotel and Lodging Association, do których zaliczają się tacy giganci na rynku hotelowym jak: Marriott International, Hilton Worldwide i Hyatt Hotels, zaczęła już od 2016 roku zwalczać działanie serwisu Airbnb⁴⁰. „New York Times” deklaruje, że pozyskało dwa dokumenty, w których zawarty był plan działania przeciwko portalowi Airbnb. Zgodnie z informacją, plan zawierał opis kampanii jaka była realizowana zarówno na poziomie lokalnym, jak i federalnym. Dokument ten został przedstawiony zarządowi organizacji. „New York Times” podaje, że opublikował ten dokument na swojej stronie internetowej⁴¹. Zgodnie z informacjami znajdującymi się w dokumencie, hotelarska organizacja pozarządowa skupiła się na działaniach przeciwko Airbnb w kontekście prawnym na wybranych obszarach: Nowego Jorku, Chicago, San Francisco, Los Angeles. W planie tym był zawarty cel, aby zbudować kompleksowe ustawodawstwo na określonym obszarze, czyli potrzebę zdroworozsądkowej regulacji wynajmu krótkoterminowego. Zasiadający w zarządzie organizacji hotelarskiej, wiceprezydent Troy Flanagan, powiedział w wywiadzie, że portal Airbnb działa w obszarze hotelarskim, ale nie na tych samych zasadach, co podmioty oferujące usługi hotelarskie. Głównym zadaniem organizacji było również opłacanie badań, które miały pokazywać jak za pośrednictwem Airbnb można prowadzić działalność na poziomie podobnej skali jak podmioty świadczące usługi hotelarskie i unikać płacenia podatków, do których płacenia są te podmioty zobowiązane. Oprócz tego badania miał również pokazywać, że wynajem za pośrednictwem Airbnb, nie wymaga odpowiedniego dostosowania się do regulacji związanych z bezpieczeństwem i ochroną zdrowia, a takimi regułami muszą podążać firmy hotelarskie. New York Times deklaruje że organizacja posiada roczny budżet na tego rodzaju działania lobbingowe w wysokości 5,6 milionów dolarów⁴². Gdyby założenie, że grupa hotelarska

³⁹ *New York State multiple Dwelling Law*, <https://www1.nyc.gov/assets/buildings/pdf/MultipleDwellingLaw.pdf> (online: 12.06.2018).

⁴⁰ K. Benner, *Inside the Hotel Industry's Plan to Combat Airbnb*, <https://www.nytimes.com/2017/04/16/technology/inside-the-hotel-industrys-plan-to-combat-airbnb.html>, (online: 12.06.2018).

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

potrafi wykreować pożądaną stan za pośrednictwem odpowiedniego wpływu potwierdziło się, doszłoby jednocześnie do potwierdzenia hipotezy Stiglera. Zakłada ona, że „celem regulacji nie jest korygowanie błędów rynku, a więc poprawa jego efektywności gospodarowania, lecz redystrybucja bogactwa społecznego”. Założenie takie stanowi o tym, że osoby działające w sferze polityki – podobnie do osób gospodarujących (przedsiębiorców) – są interesowne. Plan zawarty w dokumentach które pozyskał „New York Times” (jak sam deklaruje), potwierdza założenie Stiglera, który uważa, że grupy te dążą głównie do: regulacji ograniczających wejście na rynek potencjalnych konkurentów; uzyskanie administrowanych cen na oferowane produkty przez branżę, subsydariów⁴³.

Efektom takich działań jest kartelizacja a w rezultacie końcowym, zwiększenie zysków⁴⁴. Podsumowując działania tego rodzaju grup interesu (które nastawione są tylko na zysk, a nie dobro społeczne) należy stwierdzić, że dążenie przez przedsiębiorców do renty politycznej może powodować straty w dobrobycie społecznym. Taki rezultat jest niewątpliwie negatywny (w tym przypadku) efektem działań grup interesu.

Podsumowanie

Opracowanie podkreśla siłę potencjału Airbnb, a w tym koncepcji tzw. *sharing economy*. Różnego rodzaju grupy wpływu próbują zwalczać działalność platformy w wybranych obszarach świata, w głównej mierze za pośrednictwem „pakietów” legislacyjnych które mają za zadanie ograniczyć korzystanie z portalu. Zanalizowane przykłady skłaniają do wniosku, że regulacja danego rynku jest implementowana poprzez nacisk grup interesu, które dążą do uzyskania rent politycznych. Ponadto działania przeciw portalowi wspiera również społeczeństwo (Barcelona), władza (Barcelona, Berlin) czy pozarządowa organizacja hotelarska (Nowy Jork). Faktem pozostaje jednak, że Airbnb wciąż cieszy się niezwykle wysoką popularnością w wielu miejscach na świecie. Wszystko to pokazuje, że koncepcja takiego rodzaju portali jest sama w sobie „mechanizmem nie do zatrzymania”. Trzeba też wspomnieć, że najwięcej ograniczeń wymierzanych w stronę serwisu funkcjonuje na obszarach najbardziej dochodowych pod względem turystycznego najmu. Działalność Airbnb w największej mierze jest ograniczana na obszarach światowych centr turystycznych. Mimo ujętych w ostatniej części opracowania działań grup wpływu, które mają za zadanie ograniczyć aktywność portalu Airbnb, serwis ten działający w ramach koncepcji

⁴³ B. Borkowska, *op. cit.*, s. 71.

⁴⁴ *Ibidem*.

colaborative economy prawdopodobnie wciąż będzie się rozwijał ze względu zarówno na korzyści jakie przynosi dla całej gospodarki w ujęciu *sensu largo*, jak i *stricte* dla gospodarzy oraz najmujących, czyli innymi słowy konsumentów. Konsumenty cenią sobie niezwykłą łatwość zawierania transakcji, dostęp do informacji zarówno o usłudze (recenzje-oceny, zdjęcia, dokładne opisy), jak i o osobie wynajmującej daną przestrzeń. Oprócz tego kluczową korzyścią filozofii dzielenia się jest niższa cena za kupowane dobro (usługę) oraz szeroki wachlarz oferty.

Piśmiennictwo

- Borkowska B., „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Seria: Monografie i Opracowania” 2009, nr 187.
- Botsman R., Rogers R., *What’s mine Is Yours: the Rise of Collaborative Consumption*, Harper Collins, New York 2010;
- Derek M., Dycht K., *Lokalizacja usług noclegowych w otoczeniu Rynku Starego miasta w Warszawie*, „Prace Geograficzne. Instytut Geografii i Gospodarki Przestrzennej Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2018, z. 152.
- Kowalczyk-Anioł J., Zmyślony P., *Turystyka miejska jako źródło protestów społecznych: przykłady Wenecji i Barcelony*, „Turystyka Kulturowa” 2017, nr 2.
- Majchrzak K., *Nowe tendencje w konsumpcji a turystyka*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Ekonomiczne problemy turystyki” 2005, nr 5.
- Markiewicz Ewa, *Trendy w popycie turystycznym jako determinanty współkonsumpcji na rynku turystycznym*, „Zeszyt Naukowy– Wyższa Szkoła Handlu i Usług w Poznaniu” 2013, nr 26.
- Sołtysiński S., *Kodeks spółek handlowych. Tom I. Przepisy ogólne. Spółki osobowe. Komentarz do artykułów 1-150*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Witosz J.A., *Pojęcie odpowiedzialności pierwszorzędnej i subsydiarnej*, [w:] A.J. Witosz, *Subsydiarna odpowiedzialność wspólników spółek osobowych. Zasady naczelne*, LexisNexis Warszawa 2009.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych. (t.j. Dz.U. 2017, poz. 1577).
- Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 200 z późn. zm.)

Inne

- Pismo z dnia 2 marca 2018 r, Opodatkowanie przychodów z najmu lokalu przez portal Airbnb. Pismo wydane przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (0114-KDIP3-1.4011.499.2017.2.KS).

Źródła internetowe

- AFP NEWS, <https://sg.news.yahoo.com/airbnb-imposes-limits-rentals-barcelona-165111406.html>
- Benner K., *Inside the Hotel Industry's Plan to Combat Airbnb*
<https://www.nytimes.com/2017/04/16/technology/inside-the-hotel-industrys-plan-to-combat-airbnb.html>
- <https://search.cro.ie/company/CompanyDetails.aspx?id=511825&type=C>
- <https://www.airbnb.com/help/article/868/new-york-ny>
- <https://www.airbnb.pl/help/article/1857/what-is-the-airbnb-service-fee>
- <https://www.airbnb.pl/help/article/481/how-do-taxes-work-for-hosts>
- <https://www.airbnb.pl/help/getting-started/how-it-works>
- <https://www.airbnb.pl/sitemaps>
- Korchak J., *What is an unlimited company?* <https://www.informdirect.co.uk/company-formation/unlimited-company-what-is-it>
- Limited and Unlimited Liability*, <https://www.encyclopedia.com/finance/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/limited-and-unlimited-liability>
- Możdżyński B., *Airbnb: biznes z gościnności*, <https://www.forbes.pl/pierwszy-milion/airbnb-historia-od-pierwszego-noclegu-do-biznesu-za-10-mld-dol/cezfesj#slide-4>, (online: 11.06.2018).
- New York State multiple Dwelling Law*,
<http://www1.nyc.gov/assets/buildings/pdf/MultipleDwellingLaw.pdf>
- Oltermann P., *Berlin ban on Airbnb short-term rentals upheld by city court*,
www.theguardian.com/technology/2016/jun/08/berlin-ban-airbnb-short-term-rentals-upheld-city-court
- Peck B., *Hotels Vs. Airbnb For New York City Visitors*,
<https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/010215/hotels-vs-airbnb-new-york-city-visitors.asp>

Autor
mgr Radosław Mieszala
Uniwersytet Ekonomiczny
we Wrocławiu
Wydział Zarządzania, Informatyki i Finansów

10. PRAWO MIĘDZYNARODOWE A PRAWO WEWNĘTRZNE PAŃSTW – ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM KWESTII PRAWA WSPÓLNOTOWEGO I OBOWIĄZUJĄCEJ W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH ZASADY PIERWSZEŃSTWA PRAWA WSPÓLNOTOWEGO

Aleksandra Nowacka

Słowa kluczowe: zasada pierwszeństwa, monizm i dualizm, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, prawo wspólnotowe, prawo wewnętrzne.

Wprowadzenie

Przy analizowaniu kwestii źródeł prawa, przedstawiciele doktryny zgadzają się co do stwierdzenia, iż jednym ze źródeł prawa są na przykład umowy międzynarodowe, których stroną jest państwo. Może to skłaniać do rozważań nad kwestią istnienia obok siebie dwóch porządków prawnych: międzynarodowego oraz krajowego. Interesującym jest dylemat stosowania przepisów wynikających z tych porządków prawnych, zwłaszcza w momencie występującej między nimi sprzeczności. Celem opracowania jest prześledzenie kwestii stosowania prawa międzynarodowego, w pierwszej kolejności na płaszczyźnie teorii doktrynalnych, następnie na podstawie sformułowań zawartych w aktach prawnych innych państw oraz analiza artykułów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących zarówno katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej¹ jak i tych dotyczących pozycji aktów prawa międzynarodowego w polskim porządku prawnym. W drugiej części pracy przybliżono kwestię zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem wewnętrznym państw członkowskich, jej pochodzenie i obowiązywanie w Polsce, a także jej konsekwencje na podstawie orzeczeń sądów orzekających w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483).

Monizm i dualizm prawa międzynarodowego

Problem stosowania prawa międzynarodowego i jego ewentualnych kolizji z prawem wewnętrznym państwa był przedmiotem dyskusji i teorii naukowych już wiele lat temu.

Teorie monistyczne sprowadzają się do stwierdzenia, iż prawo międzynarodowe oraz prawo wewnętrzne nie są dwoma całkiem odrębnymi bytami, ale tworzą jeden system prawny, w którego hierarchii prawo wewnętrzne podporządkowuje się prawu międzynarodowemu. Pośród przedstawicieli monizmu dochodzi jednak do sporu dotyczącego tego prymatu. Na podstawie tych rozbieżności, monistów dzielić możemy na należących do szkoły bońskiej i wiedeńskiej. Szkoły te różnią się między sobą w poglądach dotyczących nadrzędności lub podrzędności prawa międzynarodowego.

Poglądy dualistów natomiast zdecydowanie zaprzeczają twierdzeniu o istnieniu jednego wspólnego systemu prawnego prawa wewnętrznego i międzynarodowego, uznając je za całkowicie niezależne od siebie. Uznają oni, że przedmioty każdego z tych systemów nie nachodzą na siebie i nie mają punktów stykowych. Twórcą najbardziej znanej teorii dualistycznej – tak zwanej teorii dwóch kół, jest Heinrich Triepel, będący jednym z głównych przedstawicieli teorii dualistycznych. Jego teoria ma na celu wskazanie, iż między prawem międzynarodowym i prawem krajowym nie zachodzi zjawisko nachodzenia się pojęć. Oznacza to, że nie ma przedmiotów prawa, które mogłyby być desygnatami zbioru przedmiotów zainteresowania prawa międzynarodowego i prawa krajowego. Teorie dualistyczne zakładają, że nie można bezpośrednio stosować prawa międzynarodowego w systemie prawa krajowego, co stanowi słabość tej teorii, ze względu na udowodniony fakt stosowania bezpośredniego prawa międzynarodowego, na przykład w wyniku działania zasady *pacta sunt servanda*.

Stosowanie prawa międzynarodowego na przykładzie poszczególnych państw

Zasada *pacta sunt servanda* jest jedną z podstawowych zasad prawa międzynarodowego obowiązujących państwa. Oznacza ona obowiązek dotrzymywania zaciągniętych zobowiązań, którego wyjaśnienie znajdujemy w opinii doradczej Sąłego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej: „Państwo, które ważnie zaciągnęło zobowiązania międzynarodowe, winno wprowadzić do swego ustawodawstwa zmiany konieczne dla zapewnienia

wykonania zobowiązań.”² Zasadę tę uwzględnia artykuł 26 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów³, stanowiąc iż: „Każdy będący w mocy traktat wiąże jego strony i powinien być przez nie wykonywany w dobrej wierze”. Kolejny artykuł Konwencji odnosi się już bezpośrednio do kolizji między stosowaniem prawa wewnętrznego a przestrzeganiem traktatów. Stanowi on, że: „Strona nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nią traktatu”. Oznacza to, że żadne odstępianie od wykonania traktatu nie może być tłumaczone stosowaniem się do prawa wewnętrznego, nawet gdyby przepisy tego prawa pochodziły z dokumentu o najwyższej randze, takiego jak konstytucja państwa. Zostaje natomiast na państwo nałożony obowiązek dokonania takich zmian i uzupełnień w swoim prawodawstwie, aby traktaty podpisane przez państwo mogły być odpowiednio wykonywane. Nie można tu jednak postawić zarzutu odbierania państwu suwerenności, czy też usilnego wpływania na prawodawstwo, ponieważ to państwo podejmuje decyzję o przyjęciu danego traktatu, mając świadomość jakie będą tego konsekwencje.

Odniesienia dotyczące stosowania prawa międzynarodowego w ramach wewnętrznego porządku prawnego można odnaleźć w aktach prawnych wielu krajów. Jako przykład można przytoczyć fragment art. VI Konstytucji Stanów Zjednoczonych z roku 1787⁴ mówiący: „Wszystkie traktaty, które zostały lub zostaną zawarte z ramienia Stanów Zjednoczonych, stanowią najwyższe prawo krajowe”. Również Konstytucja Republiki Federalnej Niemiec w art. 25 zawiera sformułowanie dotyczące stosowania prawa międzynarodowego: „Ogólne zasady prawa międzynarodowego są częścią składową prawa federalnego. Mają one pierwszeństwo przed ustawami i rodzą prawa i obowiązki bezpośrednio dla mieszkańców obszaru federalnego”⁵. W art. 10 Konstytucji włoskiej zamieszczony jest natomiast przepis: „Włoski porządek prawny dostosowuje się do powszechnie uznanych norm prawa międzynarodowego”⁶.

Kwestia stosowania prawa międzynarodowego w polskim porządku prawnym uregulowana została w przepisach Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z roku 1997. Przepis art. 87 zawierający katalog źródeł prawa po-

² W. Góralczyk, S. Sawicki *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017, s. 36

³ Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. 1990 nr 74 poz. 439).

⁴ Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki, za: *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Tłum. Andrzej Pułto*. Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html> (online: 10.09.2018).

⁵ Za: P. Sarnecki, *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, LEX, Warszawa 2013, s. 177.

⁶ Konstytucja Republiki Włoskiej z 27 grudnia 1947 roku, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wl-cz0.htm> (online: 10.09.2018).

wszechnie obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej wymienia na miejscu trzecim, zaraz po Konstytucji i ustawach, ratyfikowane umowy międzynarodowe. Tym samym włącza stosowanie prawa pochodzącego z tych umów do wewnętrznego porządku prawnego. Umowa międzynarodowa, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, aby być uważaną za źródło prawa powszechnie obowiązującego musi być ratyfikowana. Przepisy dotyczące ratyfikacji umów międzynarodowych zawarte są w artykule 89 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Jest to artykuł normujący kwestię tak zwanej „dużej ratyfikacji”. Z dużą ratyfikacją mamy do czynienia tylko w wymienionych w Konstytucji przypadkach. Są to przepisy dotyczące: „1) pokoju, sojuszy, układów politycznych lub układów wojskowych, 2) wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji, 3) członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w organizacji międzynarodowej, 4) znacznego obciążenia państwa pod względem finansowym, 5) spraw uregulowanych w ustawie lub w których Konstytucja wymaga ustawy⁷”. W polskim prawie znamy także pojęcie małej ratyfikacji, która od poprzedniej różni się zdecydowanie prostszą drogą ustawodawczą, nie wymaga bowiem uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie. Najbardziej odmiennym systemem ratyfikacji umowy jest ratyfikacja w trybie artykułu 90 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a mianowicie ratyfikacja umów dotyczących przeniesienia części kompetencji należących do państwa w ręce organizacji międzynarodowych lub organów międzynarodowych. Sposób uzyskania zgody na ratyfikację takiej umowy jest zdecydowanie bardziej skomplikowany. Może ona zostać wyrażona przez uchwalenie w Sejmie ustawy wyrażającej zgodę większością 2/3 głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów oraz przez Senat większością 2/3 głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby senatorów. Istnieje również druga możliwość wyrażenia potrzebnej zgody, może być ona zgodnie z art. 90 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wyrażona w referendum ogólnokrajowym zgodnie z art. 125.

Dla sklasyfikowania pozycji prawa międzynarodowego w polskim porządku prawnym decydujący jest art. 91 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Stanowi on, iż każda ratyfikowana umowa międzynarodowa, jeżeli została ogłoszona w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej staje się częścią krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. Pozycja ratyfikowanej umowy międzynarodowej jest wyższa niż ustawy, jeżeli ratyfikowana ona została za zgodą wyrażoną w ustawie, w wypadku gdy nie da się jej pogodzić z ustawą. Bardzo istotne znaczenie ma ustęp 3 art. 91 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Według niego prawo stanowione przez organi-

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.

zacje międzynarodową stosowane jest bezpośrednio i ma pierwszeństwo przed ustawami w przypadku kolizji, jeżeli organizacja międzynarodowa została konstituowana przez Rzeczpospolitą Polską w ratyfikowanej umowie międzynarodowej.

Z przepisów zawartych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wynika więc, że umowy międzynarodowe stanowią niezaprzeczalnie część polskiego porządku prawnego, a ich pozycja zależy od sposobu ratyfikacji.

Stosowanie prawa wspólnotowego Unii Europejskiej przez kraje członkowskie

Szczególnym przypadkiem stosowania prawa międzynarodowego w krajowym porządku prawnym jest kwestia stosowania prawa wspólnotowego przez państwa członkowskie Wspólnot Europejskich (obecnie Unii Europejskiej). Zgodnie ze wspomnianą wcześniej, zawartą w Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów, zasadą *pacta sunt servanda*, państwa członkowskie zobowiązane są do przestrzegania praw zawartych w traktatach dotyczących funkcjonowania Wspólnot, których są stronami. Spośród zasad prawa wspólnotowego ciekawy przypadek stanowi zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym, mająca fundamentalne znaczenie dla kwestii stosowania prawa wspólnotowego i jego pozycji w wewnętrznych stosunkach prawnych państw członkowskich.

Pewnego rodzaju wyjątkowość zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego wynika z jej pochodzenia. Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego nie została ugruntowana w żadnym z podpisanych przez państwa członkowskie traktacie, została ona wskazana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich). Jej stosowanie stanowi więc poniekąd wyjątek, nie wynika bowiem ze stosowania podpisanych traktatów, a jest dowodem na wpływ orzecznictwa trybunałów na prawodawstwo. Jej źródła odnajdujemy w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, takich jak: z dnia 5 lutego 1963 roku w sprawie 26/62, w sporze pomiędzy Spółką NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos⁸, z dnia 9 marca 1978 roku w sprawie 106/77, w sporze pomiędzy Amministrazione delle Finanze de Stato a Simmenthal SA, z siedzibą w Mon-

⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Europejskich z dnia 5 lutego 1963 roku w sprawie 26/62, w sporze pomiędzy Spółką NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos a Holenderską administracją celną. – curia.europa.eu

za⁹, oraz z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/64, w sporze pomiędzy Flaminio Costa a E.N.E.L.¹⁰

Zasada pierwszeństwa w wyrokach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wyrażenie zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym w wyrokach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zamiast w treści wiążącego państwa członkowskie traktatu stanowi o jej wyjątkowości. Gdyby brać pod uwagę jedynie zasadę, iż państwa zobowiązane są do stosowania prawa wynikającego z umów, których są stroną, zasada pierwszeństwa nigdy nie weszłaby w życie. Wyroki te oraz sformułowana w nich zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego są odpowiedzią wspomnianego Trybunału na zadawane w procedurze prejudycjalnej zapytania. W aktach prawnych dotyczących prawa wspólnotowego nie spotykamy się nigdzie z nakazem stosowania wskazań zawartych w orzeczeniach Trybunału w procesie stosowania prawa przez sądy krajowe, a jedynie w danej konkretnej sprawie, której dotyczyło pytanie prejudycjalne. Zasada jest stosowana i odnoszą się do niej w swoich wyrokach sądy powszechne państw członkowskich – w tym sądy orzekające w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej, zarówno okręgowe czy rejonowe, jak i Sąd Najwyższy.

Samo istnienie zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym państw członkowskich nie jest bez znaczenia. Zgodnie z zawartym w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 9 marca 1978 roku w sprawie 106/77, w sporze pomiędzy Amministrazione delle Finanze de Stato a Simmenthal SA, z siedzibą w Monza sformułowaniem: „(...) każdy sąd krajowy orzekający w ramach swoich kompetencji ma obowiązek stosować w całości prawo wspólnotowe i zapewnić ochronę uprawnień wynikających z tego prawa dla jednostek, odmawiając zastosowania jakiegokolwiek przepisu prawa krajowego, który byłby ewentualnie z nim sprzeczny, zarówno wcześniejszego jak i późniejszego od normy wspólnotowej;¹¹”, na sądach krajowych spoczywa obowiązek zastosowania prawa unijnego z pominięciem przepisów prawa krajowego w razie ewentualnej sprzeczności. Zdecydowane stanowisko dotyczące zakazu uchylania przepisów wynikających z traktatów przez prawo krajowe zaj-

⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 9 marca 1978 roku w sprawie 106/77, w sporze pomiędzy Amministrazione delle Finanze de Stato a Simmenthal SA, z siedzibą w Monza. – curia.europa.eu

¹⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/64, w sporze pomiędzy Flaminio Costa a E.N.E.L. – curia.europa.eu

¹¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 9 marca 1978 roku w sprawie 106/77.

muje Trybunał w orzeczeniu w sprawie Flaminio Costa v. E.N.E.L.¹²: „zobowiązania podjęte na podstawie traktatu ustanawiającego Wspólnotę nie miałyby charakteru bezwarunkowego, lecz jedynie ewentualny, gdyby mogły zostać zakwestionowane w drodze późniejszych aktów ustawodawczych umawiających się stron¹³”.

Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym nie ma na celu uchylenia przepisów prawa państwa członkowskiego sprzeciwiającego się wykonaniu praw wynikających z traktatów, ale jedynie niestosowanie tych przepisów wewnętrznego porządku prawnego w danej sytuacji. Prawo wspólnotowe będąc ważniejsze, ogranicza stosowanie prawa krajowego w normowanych przez nie sferach.

Pierwszeństwo prawa wspólnotowego Unii Europejskiej przed polskim prawem krajowym

Potwierdzeniem obowiązywania zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem wewnętrznym państwa członkowskiego, jak i samego pierwszeństwa prawa wspólnotowego w przypadku kolizji z prawem krajowym, są wyroki sądów orzekających w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej zarówno sądów powszechnych jak i Sądu Najwyższego.

Analizując kwestię obowiązywania zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego warto wziąć pod uwagę na przykład wyrok z dnia 3 czerwca 2013 roku wydany przez Sąd Rejonowy w Strzelcach Opolskich Wydział I Cywilny, sygn. akt I C 104/3 oraz wyrok z dnia 8 sierpnia 2013 roku wydany przez Sąd Okręgowy w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy, sygn. akt II Ca 2/13¹⁴. Obydwa wyroki odnoszą się do spraw bardzo podobnych pod względem merytorycznym. Dotyczą one kwestii nałożenia przez powiat opłaty w wysokości 500 zł za wydanie karty pojazdu zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 28 lipca 2003 r. w sprawie opłat za kartę pojazdu¹⁵, w przypadku samochodów używanych, które już uprzednio rejestrowane były za granicą. Prawo stanowione w rozporządzeniu Ministra sprzeczne jest jednak z przepisami prawa wspólnotowego zawartymi w art. 90 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską¹⁶.

¹² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/64.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 8 sierpnia 2013 roku, sygn. akt II Ca 2/13.

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 28 lipca 2003 r. w sprawie opłat za kartę pojazdu (Dz.U. 2003 nr 137 poz. 1310).

¹⁶ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE) (Dz.Urz. UE 2006 C 321E).

Zdaniem obydwu sądów działania powiatu, czyli nałożenie na właścicieli opłat rejestracyjnych było sprzeczne z prawem Unii Europejskiej. Oznacza to, że właściciel od samego początku nie był zobowiązany do uiszczenia opłaty. Takie orzeczenia sądów, zarówno okręgowego jak i rejonowego wskazujące na to, iż działania zgodne z prawem krajowym a sprzeczne z prawem wspólnotowym są bezprawne, są dowodem na fakt przestrzegania zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego. W wyroku sądu okręgowego znajdujemy bardzo istotne zdanie „(...) podstawową zasadą obowiązującą w polskim prawie jest zasada pierwszeństwa prawa unijnego nad krajowym, która oznacza, że organy administracji i sądy krajowe mają obowiązek stosowania tego prawa i odstąpienia od stosowania sprzecznych z nim przepisów prawa krajowego (...)”¹⁷. Udowodniony więc zostaje fakt pierwszeństwa prawa unijnego i stosowania go przed odpowiadającymi w tym przypadku przepisami wewnętrznymi kraju. Pozycja prawa Unii Europejskiej jest tu wyższa i ma ono decydujące znaczenie, jednak należy podkreślić, że nie sprawia ono, iż prawo krajowe zostaje całkowicie uchylone. Nie można go jedynie stosować w tej konkretnej sprawie, której dotyczy kolizja.

Również na podstawie orzeczeń Sądu Najwyższego orzekającego w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej można szukać dowodów na stosowanie w polskim porządku prawnym zasady pierwszeństwa prawa unijnego przed prawem krajowym państw członkowskich. W analizie takiej można wziąć pod uwagę na przykład dwa wyroki: z dnia 25 sierpnia 2011 roku, sygn. akt II CNP 11/11 oraz z dnia 11 maja 2012 roku, sygn. akt II CNP 65/11¹⁸. Tak jak analizowane uprzednio wyroki sądów powszechnych, orzeczenia te odnoszą się do niezgodności stosowanie przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 28 lipca 2003 r. w sprawie opłat za kartę pojazdu¹⁹. Sąd Najwyższy podobnie jak wspomniane wcześniej sądy powszechne, uznał stosowanie przepisów rozporządzenia za niedozwolone, ze względu na ich sprzeczność z przepisami prawa unijnego. W jednym ze wspomnianych wyroków spotykamy się ze stwierdzeniem składu orzekającego: „(...) istnieje samodzielna kompetencja sądu do ustalania niezgodności wskazanego rozporządzenia Ministerstwa Infrastruktury, jako aktu prawnego niższego rzędu z ustawą i prawem wspólnotowym. (...) sądy powinny same ustalić wskazaną niezgodność zarówno jako przesłankę odpowiedzialności deliktowej jak i jako podstawę nienależności świad-

¹⁷ Wyrok z dnia 3 czerwca 2013 roku wydany przez Sąd Rejonowy w Strzelcach Opolskich Wydział I Cywilny, sygn.. akt I C 104/3.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego orzekającego w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 maja 2012 roku, sygn. akt II CNP 65/11.

¹⁹ Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 28 lipca 2003 r. w sprawie opłat za kartę pojazdu.

czenia (...)”²⁰. Jeżeli takie są stwierdzenia Sądu Najwyższego, to niezaprzeczalnym jest fakt istotności i obowiązywania zasady pierwszeństwa prawa unijnego unormowanej przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Z analizy wyroków sądów orzekających w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej wynika więc, że w polskim porządku prawnym nie tylko stosowane jest prawo wspólnotowe, ale ma ono także pierwszeństwo przed prawem krajowym.

Podsumowanie

W doktrynie znane są rozbieżne, monistyczne i dualistyczne, poglądy dotyczące stosunku między prawem międzynarodowym i prawem krajowym. W rzeczywistości prawnej, na podstawie przytoczonych sformułowań zawartych w aktach prawnych jakimi są Konstytucje krajów, wiemy iż przepisy prawa międzynarodowego mogą należeć do katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego w państwie, jeżeli ustawa tak stanowi. Pozycja prawa międzynarodowego w polskim porządku prawnym, zgodnie z postanowieniami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, jest wysoka i sytuuje akty prawa międzynarodowego będące ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi na miejscu trzecim po Konstytucji i ustawach.

Znaczenie dla stosowania prawa międzynarodowego (w tym przypadku prawa unijnego), ma zasada pierwszeństwa prawa unijnego przed prawem wewnętrznym państwa członkowskiego. Na podstawie tej, zawartej w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zasady, w wypadku kolizji między przepisami prawa unijnego a krajowego, pierwszeństwo mają przepisy prawa unijnego, które mają być zastosowane. Po analizie wyroków sądów orzekających w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej oczywistym staje się fakt obowiązywania tej zasady w Polsce oraz jej przestrzegania przez organy stosowania prawa.

Można więc postawić podsumowujące stwierdzenie, iż prawo międzynarodowe pełni rolę swego rodzaju ograniczenia prawa krajowego. Nadaje mu pewien ogólny kształt a w razie kolizji, sprzeczności między przepisami prawa krajowego a prawa międzynarodowego, rozstrzygane są w oparciu o przepisy Konstytucji, tak jak jest to w przypadku prawa unijnego o zasadę pierwszeństwa.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego orzekającego w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 maja 2012 roku, sygn. akt II CNP 65/11

Piśmiennictwo

Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.

Sarnecki P., *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, LEX, Warszawa 2013.

Akty prawne

Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE) (Dz.Urz. UE 2006 C 321E).

Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz.U. 1990 nr 74 poz. 439).

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483).

Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 28 lipca 2003 r. w sprawie opłat za kartę pojazdu (Dz.U. 2003 nr 137 poz. 1310).

Konstytucja Republiki Włoskiej z 27 grudnia 1947 roku, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wl-cz0.htm> (online: 10.09.2018).

Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki, za: *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Tłum. Andrzej Pułło. Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002*, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html> (online: 10.09.2018).

Orzecznictwo

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 5 lutego 1963 roku w sprawie 26/62, w sporze pomiędzy Spółką NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos a Holenderską administracją celną. – curia.europa.eu

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 9 marca 1978 roku w sprawie 106/77, w sporze pomiędzy Amministrazione delle Finanze de Stato a Simmenthal SA, z siedzibą w Monza. – curia.europa.eu

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/64, w sporze pomiędzy Flaminio Costa a E.N.E.L. – curia.europa.eu

Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 8 sierpnia 2013 roku, sygn. akt II Ca 2/13.

Wyrok z dnia 3 czerwca 2013 roku wydany przez Sąd Rejonowy w Strzelcach Opolskich Wydział I Cywilny, sygn. akt I C 104/3.

Wyrok Sądu Najwyższego orzekającego w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 maja 2012 roku, sygn. akt II CNP 65/11.

Autor

Aleksandra Nowacka

Uniwersytet Marii Curie Skłodowskiej
w Lublinie

Wydział Prawa i Administracji

11. ANALIZA MOŻLIWOŚCI DOKONANIA ATRYBUCJI CYBERNETYCZNEGO UŻYCIA SIŁY Z TERYTORIUM SPORNEGO W ŚWIETLE TESTU SCHMITTA NA PRZYKŁADZIE WYSPI HANS I MIKRONACJI SEALANDII

Tomasz Welanik

Słowa kluczowe: cyberprzestrzeń, użycie siły, prawo międzynarodowe, mikronacje, suwerenność.

Wprowadzenie

Wyspę Hans i Sealandię dzieli bardzo wiele. Pierwsza jest niewielką, niezamieszkałą skalistą wyspą, położoną na środku Kanału Kennedy'ego, pomiędzy Grenlandią a wyspą Ellesmere¹. Druga natomiast to opuszczony fort morski należący do grupy tzw. Fortów Manusseła, powstających podczas II wojny światowej morskich instalacji obronnych, budowanych na torach podejściowych do brytyjskich portów², obecnie stanowiący terytorium nieuznawanej mikronacji, Sealandii³. Tym, co łączy obydwie te miejsca jest ich potencjalne znaczenie w kontekście jurysdykcji wykonywanej przez państwa w cyberprzestrzeni. Zmiany, zachodzące we współczesnym świecie zarówno w sensie prawnym, jak i faktycznym wzmocniły rolę niewielkich obiektów położonych na morzu. W sensie prawnym wejście w życie Konwencji Narodów Zjednoczonych o Prawie Morza⁴ przyznało państwom morskim możliwość brania pod uwagę wysp zamieszkałych przy wytyczaniu wyłącznej strefy ekonomicznej i delimitacji szelfu, oraz przy określaniu zakresu morza terytorialnego i wód przyległych⁵. Większość

¹ Kristensen R., *Desolate Dispute: A Study of a hypothetical International Court of Justice (ICJ) Decision* „Canadian Military Journal” 2013, vol.13, no. 3, p. 34.

² Pennington A., *A history of Red Sands Army Fort*, „Communication” 2007, no.6, p. 1.

³ Grimmelmann J., *Sealand, Havenco, and the Rule of Law* „University of Illinois Law Review” 2012, no.2, p. 405.

⁴ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, otwarta do ratyfikacji w 1982, wejście w życie w 1994 roku, po inkorporacji do polskiego porządku prawnego opublikowana w Dzienniku Ustaw 2002, nr 59 poz.543, dalej jako *UNCLOS*.

⁵ Zob. art. 121 *UNCLOS*.

wysp pozwala też na rozwinięcie – niemożliwej dawniej z powodów technicznych – działalności wydobywczej i pozyskiwanie zasobów naturalnych z dna morza. Nie może więc dziwić fakt, że coraz więcej państw zaczyna dokładnie przyglądać się możliwościom rozszerzenia swojej kontroli na pozornie nieistotne archipelagi. Niewiele jednak analiz bierze pod uwagę możliwość wykorzystania obiektu morskiego o niepewnym statusie prawnym do wykonania ataku cybernetycznego, w praktyce umożliwiającego odpowiedź państwu, które zostanie zaatakowane, właśnie ze względu na ów status praktyczny. Wynika to z faktu poddania jurysdykcji państw w cyberprzestrzeni normowaniu nie tylko za pomocą prawa, ale też za pomocą możliwości technicznych, normujących ją *de facto*⁶.

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie w jaki sposób miejsca o niejasnym statusie w prawie publicznym międzynarodowym mogą zostać wykorzystane do ominięcia tworzących się dopiero norm jurysdykcji wykonywanej przez podmioty tego prawa w cyberprzestrzeni i zagrożeń dla tej jurysdykcji, które mogą być skutkiem takich działań. W pierwszej części artykuł podejmuje próbę analizy sytuacji międzynarodowoprawnej obu wysp i jej porównanie. W części drugiej opisano symulację ataku cybernetycznego dokonanego z terytorium wysp, który przekracza poziom użycia siły i wskazano problemy, jakie napotkałoby państwo zaatakowane, próbując wykonywać prawa służące mu w takiej sytuacji. Część trzecia zawiera wnioski i uwagi *de lege ferenda*.

Sytuacja prawna wyspy Hans

Większość piśmiennictwa poświęconego sytuacji wyspy Hans wskazuje, że jest ona przedmiotem sporu granicznego między Kanadą a Królestwem Danii. Jakkolwiek jest to stwierdzenie prawdziwe, nie jest ono kompletne. Spór o wyspę jest wyłącznie częścią szerszego sporu, dotyczącego suwerenności nad różnymi częściami Arktyki. Główną osią tego sporu pozostaje kwestia dotycząca Przejścia Północno-Zachodniego, które wiele państw świata, wliczając Stany Zjednoczone, uważa za wody międzynarodowe⁷. Spór ten jednak pozostaje poza zakresem niniejszego opracowania. Dlatego

⁶ Rzecz dotyczy uznania możliwości technicznych, jako wyznaczających granice postępowania w cyberprzestrzeni na równi z normami prawa międzynarodowego. zob. Lessig L., *The Laws of Cyberspace* – odczyt prezentowany na konferencji *Taiwan Net 98* w Taipei; cyt. za wydawnictwem pokonferencyjnym wydanym przez wydawnictwo Uniwersytetu Harvarda, także Goldsmith J., Wu T., *Who controls the Internet? Illusions of Borderless World* Oxford University Press, 2006.

⁷ A. McIlroy, *Hans off My Island* „Guardian Unlimited” 2005; <https://www.theguardian.com/world/2005/ug/30/arctic> (online:7.09. 2018).

dalsze rozważania koncentrują się wyłącznie na sporze wspomnianych już Kanady i Danii, do dziś bowiem Hans jest jedynym punktem spornym traktatu szelfowego zawartego przez obydwa państwa⁸. Roszczą sobie one prawa do wyspy na podstawie faktycznego wykonywania jurysdykcji na jej terytorium. Jurysdykcja najczęściej wykonywana jest poprzez manewry okrętów danego państwa w okolicach wyspy a także okazjonalne lądowania załóg tych okrętów, zakończone ceremonią podniesienia flagi danego państwa⁹. Obydwa państwa wskazują bardzo podobnie skonstruowane tytuły prawne do wyspy. Obydwa powołują się na wszystkie trzy podstawy jurysdykcji nad wyspą, wskazane przez Stały Trybunał Arbitrażowy w sprawie Palmas:¹⁰

- na prawo wynikające z odkrycia (Kanada wskazuje, że wyspa została odkryta przez wyprawy brytyjskie, a więc poprzedników prawnych Kanady¹¹; Dania powołuje się na rejsy duńskiego odkrywcy Hansa Hendrika Fiskenaesseta¹²);
- na prawo wynikające z bliskości *terra firma* należącego do odpowiedniego państwa (choć ten argument ma podwójną słabość – wyspa leży dokładnie na środku linii delimitacyjnej, a sam argument zgodnie z precedensem ma charakter wyłącznie subsydiarny), oraz
- na prawo wynikające z nieprzerwanego posiadania i faktycznego wykonywania jurysdykcji (jednakże obydwa państwa wykonują jurysdykcję w podobnym stopniu).

Spór pozostaje nierozwiązany pomimo presji międzynarodowej na obydwa państwa, związanej z faktem, że konflikt wokół Hans jest ostatnim nieregulowanym sporem terytorialnym w Arktyce¹³.

⁸ Agreement between the Government of Kingdom of Denmark and the Government of Canada relating to the Delimitation of the Continental Shelf between Greenland and Canada (podpisane-17.grudnia.1973); cyt. Za: United Nations Delimitation Treaties Infobase.

⁹ R. Kristensen, *Desolate Dispute: A Study of a hypothetical International Court of Justice (ICJ) Decision* „Canadian Military Journal” 2013, vol.13, no. 3, p. 8.

¹⁰ *Island of Palmas case* (Netherlands v. USA) Permanent Court of Arbitration, 1928 Award II RIAA 829.

¹¹ Lt.-Cmdr. Killaby G., *Great Game in Cold Climate. Canada's Arctic Sovereignty in Question* „Canadian Military Journal” 2001, no. 6(4).

¹² R. Roman, *Settling Sovereignty Claims over the Hans Island* „Masters of Public Policy and Global Affairs” University of British Columbia 2016, p. 3.

¹³ A.J. Roach, *A Guide to Arctic Issues for Arctic Council observers*, 2017, Centre for International Law of National University of Singapore p. 72. Dokument przygotowany dla rządu Singapuru po przyjęciu tego państwa do Rady Arktycznej w charakterze obserwatora.

Sytuacja prawna i faktyczna Sealandii

Jednym z podstawowych celów powstania Sealandii¹⁴ było zastosowanie prawa międzynarodowego, (konkretnie regulacji dotyczących suwerenności), do umożliwienia różnym podmiotom, walczącym o bezgraniczną wolność mediów (w tym internetu) do omijania prawa krajowego. Nie ma wątpliwości, że ten cel nie został zrealizowany; szczególnie nie powiódł się projekt stworzenia niezależnego hubu cyfrowego HavenCo, mającego być głównym projektem Sealandii¹⁵. Nie zmienia to jednak faktu, że Sealandia pozostaje mikronacją, która utrzymuje wiele aspektów państwowych. Emituje walutę, używa swojej flagi i godła na arenie międzynarodowej¹⁶. Powołuje się także na niepodległość zgodnie z teorią deklaratywnego uznania¹⁷, jak również na faktyczne uznanie swojej państwowości przez Zjednoczone Królestwo, kiedy podczas procesu założyciela Sealandii, R. Batesa (z oskarżenia publicznego), sąd brytyjski uznał się za niewłaściwy do rozpatrzenia skargi¹⁸. Na precedens wynikający z tego orzeczenia powołał się także rząd brytyjski wezwany przez Republikę Federalną Niemiec do interwencji w sprawie obywateli niemieckich, uwięzionych na platformie¹⁹ podczas tzw. Incydentu Achenbacha, czyli próby „przewrotu” na Sealandii. Wobec bierności rządu brytyjskiego, rząd niemiecki nakazał swojemu ambasadorowi w Londynie negocjowanie uwolnienia swoich obywateli bezpośrednio na Sealandii, co zostało podniesione przez jej władze jako kolejny dowód uzyskania przez nią uznania międzynarodowego²⁰.

¹⁴ S. Simon, *Weekend Edition: Profile-Sovereign Principality of Sealand* (N'tl P. Radio), audycja z 2001; cyt. za transkryptem: <https://www.npr.org/programs/wesat/features/2001/sealand/081101.sealand.html> (online: 1.08.2018).

¹⁵ J. Grimmelmann, *Death of a data haven: cypherpunks, WikiLeaks, and the world's smallest nation* „Ars Technica” 2012, no.3 p. 1.

¹⁶ S. Layock, Ch. West, *Lost Countries. Exotic Tales from an old Stamp Album 2017*, The History Press, rozdział *Sealand* p. 3 i następne.

¹⁷ E. Dynia, *Uznanie państwa w prawie międzynarodowym. Zarys problematyki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2017, ss. 75 i nast.

¹⁸ *Regina versus Bates, The case about Firearms Act 1968*.

¹⁹ J. Grimmelmann, *Sealand, HavenCo, and the Rule of Law* „University of Illinois Law Review” 2012, no. 2, p. 29.

²⁰ E.H.A. Lyon, *The Principality of Sealand and Its Case for Sovereign Recognition* „Emory International Law Review” 2015, vol. 29 issue 3, p. 7.

Atak cybernetyczny z terytorium Hans lub Sealandii

Należy wskazać, że z prawnego punktu widzenia problem opisywany w niniejszym opracowaniu istniał niejako od zawsze, jednakże w praktyce jest on zupełnie nowy. Tym, co powoduje aktualność niniejszych rozważań jest fakt, że dzięki rozwojowi techniki możliwe stało się przeprowadzenie ataku (o skutkach kinetycznych, a więc spełniającego definicję użycia siły zbrojnej²¹) przy pomocy cyberprzestrzeni, a więc w zasadzie z dowolnego punktu świata, przeciwko celom położonym w dowolnym innym punkcie. Dodatkowo, środki przeprowadzenia tego ataku, są praktycznie dowolnie przenaszalne. Realnym środkiem odstraszania dla takiego ataku jest możliwość przeprowadzenia ataku odwetowego, wliczając w to uderzenie kinetyczne, lub też przeprowadzenie takiego uderzenia w samoobronie, zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych²². Ataki takie można przeprowadzić przeciwko państwu, które ataku dokonało lub państwu, które nie dopełniło swojego obowiązku wykonania jurysdykcji zwyczajnej na własnym terytorium w sposób taki, by zapobiec działaniom aktorów niepaństwowych wymierzonym w inne państwa²³. Potwierdza to Prawidło 1 *Tallinn Manual*, wskazujące, że państwo ma obowiązek wykonywać jurysdykcję zwyczajną co do infrastruktury fizycznej cyberprzestrzeni położonej na jego terytorium²⁴. Co jednak w sytuacji, w której nie istnieje ani państwo, które wykonało atak ani też niemożliwe jest wskazanie państwa, które odpowiada za niedopełnienie obowiązków? Istniejące prawo cyberprzestrzeni nie różnicuje w tym zakresie konfliktu kinetycznego i cybernetycznego²⁵. Należy także wskazać, że w tym przypadku nie jest rozwiązaniem zastosowanie jurysdykcji nadzwyczajnej, która (zarówno subiektywna, jak i obiektywna) umożliwia wyłącznie działanie w fazie *in personam* w przypadku wykrycia sprawców ataku. Nie jest natomiast możliwe działanie państwa zaatakowanego na etapie *in rem*.

Uznaniem i powszechnie w doktrynie przyjmowanym testem pozwalającym określić czy dany atak cybernetyczny spełnia kryteria użycia siły w ro-

²¹ Zob. art.2(4) Karty Narodów Zjednoczonych (wraz ze Statutem Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości), podpisanej w 1945 w San Francisco, dalej jako KNZ.

²² *Ibidem*, art. 51.

²³ Ch. Tams, *The use of Force against terrorists*. „European Journal of International Law” 2009, vol. 20, no.2, pp.360-361.

²⁴ Rule 1 *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence International Group of Experts 2013, Cambridge University Press p.15, dalej jako TM.

²⁵ *Ibidem*, Rule 9

zumieniu art. 2(4) Karty Narodów Zjednoczonych, jest tzw. Test Schmitta²⁶. Test ten oparty jest na siedmiu kryteriach:

1. *Severity* – stopień naruszenia;
2. *Immediacy* – natychmiastowość wystąpienia skutku po przeprowadzeniu operacji;
3. *Directness* – bezpośredniość;
4. *Invasiveness* – stopień inwazyjności;
5. *Measurability* – mierzalność;
6. *Presumptive legitimacy* – domniemana legalność;
7. *Responsibility* – odpowiedzialność.

W zakresie zainteresowania niniejszego opracowania, pozostają dwa ostatnie punkty tego testu. Pierwszych pięć bowiem nie będzie się istotnie różnić ze względu na miejsce, z którego atak został przeprowadzony.

Niemożliwość dokonania atrybucji i jej konsekwencje

Domniemana legalność, założona przez punkt 6 opisanego wyżej Testu Schmitta, odnosi się do zasady prohibytywności prawa międzynarodowego, dopuszczającego wszystko, co nie jest przez nie wyraźnie zakazane i faktycznie możliwe do wyegzekwowania w kontekście zwyczaju oraz *opinio iuris* podmiotów prawa międzynarodowego. Dopuszcza się więc przeprowadzanie operacji szpiegowskich (w tym cyberataków), choć ich ewentualne kinetyczne konsekwencje mogą powodować odpowiedzialność państwa, które za te operacje odpowiada²⁷. Przeprowadzenie więc ataku cybernetycznego z terytorium Hans lub Sealandii byłoby legalne wobec istniejącego *opinio iuris*²⁸. Nielegalne i dające podstawę do odpowiedzi byłoby jedynie wyrządzenie strat materialnych. Jednak nie można byłoby w istocie wskazać państwa, które miałyby za nie odpowiadać. W przypadku Hans; dochodziłoby więc do paradoksalnej w istocie sytuacji, gdzie istniałby pozytywny spór jurysdykcyjny wykonywany w odniesieniu do zaistniałej szkody. Przyjęcie bowiem odpowiedzialności za atak, którego w istocie żadne z pozostałych w sporze państw nie jest sprawcą, byłoby argumentem wykonywania jurysdykcji nad wyspą. Jednak przyjęcie tej odpowiedzialności byłoby niemożliwe – przyjęcie przez państwo zaatakowane od-

²⁶ C.A. Foltz, *Stuxnet, Schmitt Analysis and the Cyber 'Use of Force' Debate* „Joint Forces Quarterly” 2012, issue 67(4), p. 3.

²⁷ Por. Art. 1 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, United Nations International Law Commission (2001), dalej powoływane jako *ARSIWA*.

²⁸ Ziolkowski K. *Ius ad bellum in Cyberspace-Some thoughts on the "Schmitt-Criteria" for Use of Force* 2012 „NATO Centre Cooperative Defence Centre of Excellence Pub.” p. 300.

powiedzialności jednej ze stron sporu o Hans (lub odpowiedzialności obydwu), musiałyby w istocie być rozsądzeniem tego sporu. Tworzyłyby to bowiem *opinio iuris*, znacząco wpływające na siłę argumentacji państwa, które by tą odpowiedzialność przyjęło przy rozstrzygnięciu sporu przed trybunałem międzynarodowym. W istocie, brak zgody jednego z państw pozostających w sporze terytorialnym na przyjęcie przez drugie z nich tej odpowiedzialności, musiałyby więc prowadzić do uznania tego przyjęcia za nieważne, jako odmawiające drugiej stronie prawa do sądu w sprawie leżącej w kognicji jednego z trybunałów międzynarodowych²⁹, których statutów obydwaj te państwa są sygnatariuszami. W istocie więc, uznanie przez Kanadę lub Danię odpowiedzialności za atak z terytorium Hans byłby aktem bezprawnym³⁰, nieważnym w świetle prawa międzynarodowego i stanowiącym osobną podstawę do ewentualnych działań odszkodowawczych. Podobny skutek, choć z innych przyczyn, miałyby dochodzenie roszczeń za atak na gruncie Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts od Zjednoczonego Królestwa³¹ w przypadku ataku przeprowadzonego z terytorium Sealandii. Miałyby bowiem ono silną podstawę dla wskazania braku własnej jurysdykcji nad Sealandią, a co za tym idzie – odpowiedzialności; chodzi tu zarówno o orzeczenie sądu w sprawie *Regina versus Bates*, jak i możliwość powołania faktu nawiązania przez Republikę Federalną Niemiec kontaktów dyplomatycznych z Sealandią bezpośrednio, niewątpliwie spełniających kryteria wyznaczone w tzw. Sprawie Ihlena³². W obydwu więc przypadkach atak *per se* byłby legalny jako operacja cyberprzestrzenna (podobnie jak nie jest zakazana działalność szpiegowska). Nielegalne natomiast, mogłyby być wyłącznie jego skutki i to wyłącznie w sytuacji wystąpienia skutków kinetycznych pozwalających na uznanie ich za nielegalne użycie siły w rozumieniu art. 2(4) Karty Narodów Zjednoczonych³³. Jednakże skutki te nie mogłyby być przypisane, ze względu na faktyczną niemożliwość dokonania wymaganej przez prawo międzynarodowe publicznej atrybucji. Niemożliwość wykonania atrybucji uniemożliwia także skuteczne wykonywanie samoobrony. Jak wskazuje bo-

²⁹ Konkretnie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza.

³⁰ Zob. ARSIWA, art. 5.

³¹ Od rozszerzenia w latach 80. XX wieku zakresu morza terytorialnego Zjednoczonego Królestwa z 3 do 12 mil morskich – Sealandia.

³² *Legal Status of Eastern Greenland (Norway v. Denmark)*, Permanent Court of International Justice (1933) PCIJ Ser. A/B n. 53, 71.

³³ Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. 1947 nr 23 poz. 90).

wiem Tallinn Manual³⁴ (należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że ma on rangę bliską prawu zwyczajowemu cyberprzestrzeni, ze względu na fakt kompilacji dotychczasowego zwyczaju przestrzeganego tamże przez podmioty prawa międzynarodowego) – każde zaatakowane powyżej poziomu użycia siły państwo ma prawo nie tylko do retorsji i represaliów, skierowanych przeciwko państwu, które za atak jest odpowiedzialne, ale także do podejmowania odpowiednich środków, by do ataku nie dopuścić. Jednakże brak wskazania państwa odpowiedzialnego uniemożliwia przeprowadzenie skutecznego ataku. Ten bowiem nie jest niczym innym, niż wtórnie legalizowanym naruszeniem jurysdykcji suwerennego państwa. Brak możliwości wskazania, z powodów o których mowa powyżej, które państwo jest odpowiedzialne na gruncie Testu Schmitta, pozbawia to działanie owej wtórnej legalizacji. Podobnie, jak w przypadku przypisania odpowiedzialności, nie jest pomocne zastosowanie jurysdykcji nadzwyczajnej, tak w odniesieniu do samoobrony jeżeli atak taki nie jest przeprowadzany przy udziale jakiegokolwiek innego państwa – nie jest możliwe zastosowanie zwykłych testów przypisania odpowiedzialności³⁵, tę samoobronę uzasadniających.

Podsumowanie

Rozwijające się dopiero prawo cyberprzestrzeni pełne jest ciągle luk dających się wykorzystać do celów naruszania suwerenności państw. Okoliczności faktyczne dotyczące cyberprzestrzeni, jej zmienność, ulotność i często ścisła tajemnica otaczająca działania państw, utrudniają określenie praktyki i *opinio iuris* podmiotów uczestniczących w obrocie prawnomiędzynarodowym, w praktyce uniemożliwiając stworzenie norm prawa zwyczajowego. Stosowanie analogii z prawa już istniejącego, jak wskazano powyżej, często okazuje się niewystarczające. Prawo musi też brać pod uwagę techniczną stronę cyberprzestrzeni, jej szybki rozwój często wyprzedzający rozwój prawa i umożliwianie działań globalnych, przeddefiniowujących pojęcia jurysdykcji i suwerenności. Wobec powyższego, jedynym realnym sposobem na ukonstytuowanie się prawa materialnego dotyczącego konfliktu w cyberprzestrzeni wydaje się więc być *black-letter law*; szeroko przyjmowany traktat międzynarodowy, lub wypracowana kodyfikacja. Mu-

³⁴ Rule 9, także Komentarz do tego przepisu sporządzony przez InternetGoE CCD CoE NATO, red. M. Schmitt par. 1 i n.

³⁵ Dotyczy testów zastosowanych odpowiednio przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Nicaragua Armed Activities* i przez Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Byłej Jugosławii w sprawie *Prosecutor versus Tadic*.

siałyby ona jednak pochodzić od organu o większym uznaniu międzynarodowym niż Komisja Ekspertów North Atlantic Treaty Organization (NATO), prawdopodobnie od Komisji Prawa Międzynarodowego Organizacji Narodów Zjednoczonych. Brak takiej regulacji uniemożliwi skuteczną prawną obronę uzasadnionych interesów państw w cyberprzestrzeni.

Piśmiennictwo

- Dynia E., *Uznanie państwa w prawie międzynarodowym. Zarys problematyki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2017.
- Fotz A.C., *Stuxnet, Schmitt Analysis and the Cyber 'Use of Force' Debate* „Joint Forces Quarterly” no. 67.
- Goldsmith J., Wu T., *Who controls the Internet? Illusions of Borderless World* Oxford University Press 2006.
- Grimmelmann J., *Death of a data haven: cypherpunks, WikiLeaks, and the world's smallest nation* „Ars Technica” 2012, no. 3.
- Grimmelmann J., *Sealand, Havenco, and the Rule of Law* „University of Illinois Law Review” 2012, no. 2.
- Killaby G., *Great Game in Cold Climate. Canada's Arctic Sovereignty in Question* „Canadian Military Journal” 2001, no. 6(4).
- Kristensen R., *Desolate Dispute: A Study of a hypothetical International Court of Justice (ICJ) Decision* „Canadian Military Journal” 2013, vol. 13, no. 3
- Layock S., West Ch., *Lost Countries. Exotic Tales from an old Stamp Album*, The History Press 2017.
- Lessig L., *The Laws of Cyberspace* 1998, TaiwanNet.
- Lyon A.H.E., *The Principality of Sealand and Its Case for Sovereign Recognition*, „Emory International Law Review” 2015, vol. 29 issue 3.
- McIlroy A., *Hans off My Island* „Guardian Unlimited” 2005.
- Pennington A., *A history of Red Sands Army Fort*, „Communication” 2007, no.6.
- Roach J.A., *A Guide to Arctic Issues for Arctic Council observers*, Centre for International Law of National University of Singapore, 2017.
- Roman R., *Settling Sovereignty Claims over the Hans Island* „Masters of Public Policy and Global Affairs” University of British Columbia 2016.
- Simon S., *Weekend Edition: Profile-Sovereign Principality of Sealand* (N'tl P. Radio), audycja z 2001.
- Tams Ch., *The use of Force against terrorists*. „European Journal of Intl. Law” 2009, vol. 20 no. 2.
- Ziolkowski K. *Ius ad bellum in Cyberspace-Some thoughts on the „Schmitt-Criteria” for Use of Force* 2012 „NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence Pub.”

Akty prawne

- Agreement between the Government of Kingdom of Denmark and the Government of Canada relating to the Delimitation of the Continental Shelf between Greenland and Canada (podpisane-17.grudnia.1973).
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nic v. U.S.of A.) 1986 ICJ; Merits ICJ Reports 1986.

Island of Palmas case (Netherlands v. USA) Permanent Court of Arbitration, Award (1928) II RIAA 829.

Legal Status of Eastern Greenland (Norway v. Denmark), PCIJ (1933), PCIJ Ser. A/B no.53, no. 71.

Prosecutor v. Tadic United Nations International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (IT-94-1).

Regina versus Bates – The case about Firearms Act 1968.

Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. 1947 nr 23 poz. 90).

Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence IGoE 2013 Cambridge University Press Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, United Nations International Law Commission.

United Nations Convention on the Law of the Sea, otwarta do ratyfikacji w 1982, wejście w życie w 1994 roku, po inkorporacji do polskiego porządku prawnego opublikowana w Dzienniku Ustaw 2002, nr 59 poz.543.

Autor

mgr Tomasz Welanyk
Uniwersytet Jagielloński

O Wydawnictwie

EXANTE

⇒ Profil wydawniczy

Wydawnictwo Naukowe Exante specjalizuje się w publikacjach akademickich i publikacjach naukowych.

Nakładem Wydawnictwa Naukowego Exante ukazują się publikacje książkowe i publikacje elektroniczne, przede wszystkim: monografie naukowe autorskie, współautorskie i wieloautorskie.

W dorobku Wydawnictwa znajdują się publikacje naukowe z obszaru nauk społecznych, humanistycznych, ekonomicznych, prawnych, medycznych i innych.

Misja Wydawnictwa Naukowego Exante to popularyzacja dorobku naukowego Autorów publikacji.

⇒ Współpraca

Exante współpracuje z uczonymi z różnych ośrodków naukowych w kraju i za granicą w charakterze autorów, redaktorów i recenzentów. Obsługuje konferencje, targi, kongresy i sympozja.

⇒ Adresaci oferty wydawniczej

Oferta Wydawnictwa skierowana jest do studentów, doktorantów, pracowników naukowych i wszystkich zainteresowanych publikowaniem naukowym.

⇒ Oferta

Exante specjalizuje się w wydawaniu publikacji i prac naukowych w formie książkowej oraz elektronicznej.

Oferujemy możliwość wydania:

- monografii autorskiej,
- monografii współautorskiej lub rozdziału w monografii współautorskiej,
- rozdziału w ramach monografii naukowej wieloautorskiej,
- publikacji naukowej innej niż monografia,
- publikacji pokonferencyjnej,
- publikacji będącej rezultatem innych wydarzeń naukowych,
- prac habilitacyjnych i doktorskich (również w formie monografii naukowych),
- prac promocyjnych: magisterskich, inżynierskich, licencjackich (również w formie monografii naukowych).

Zapraszamy do współpracy



ISBN 978-83-66187-01-6 (PDF)
ISBN 978-83-66187-00-9 (oprawa miękka)

