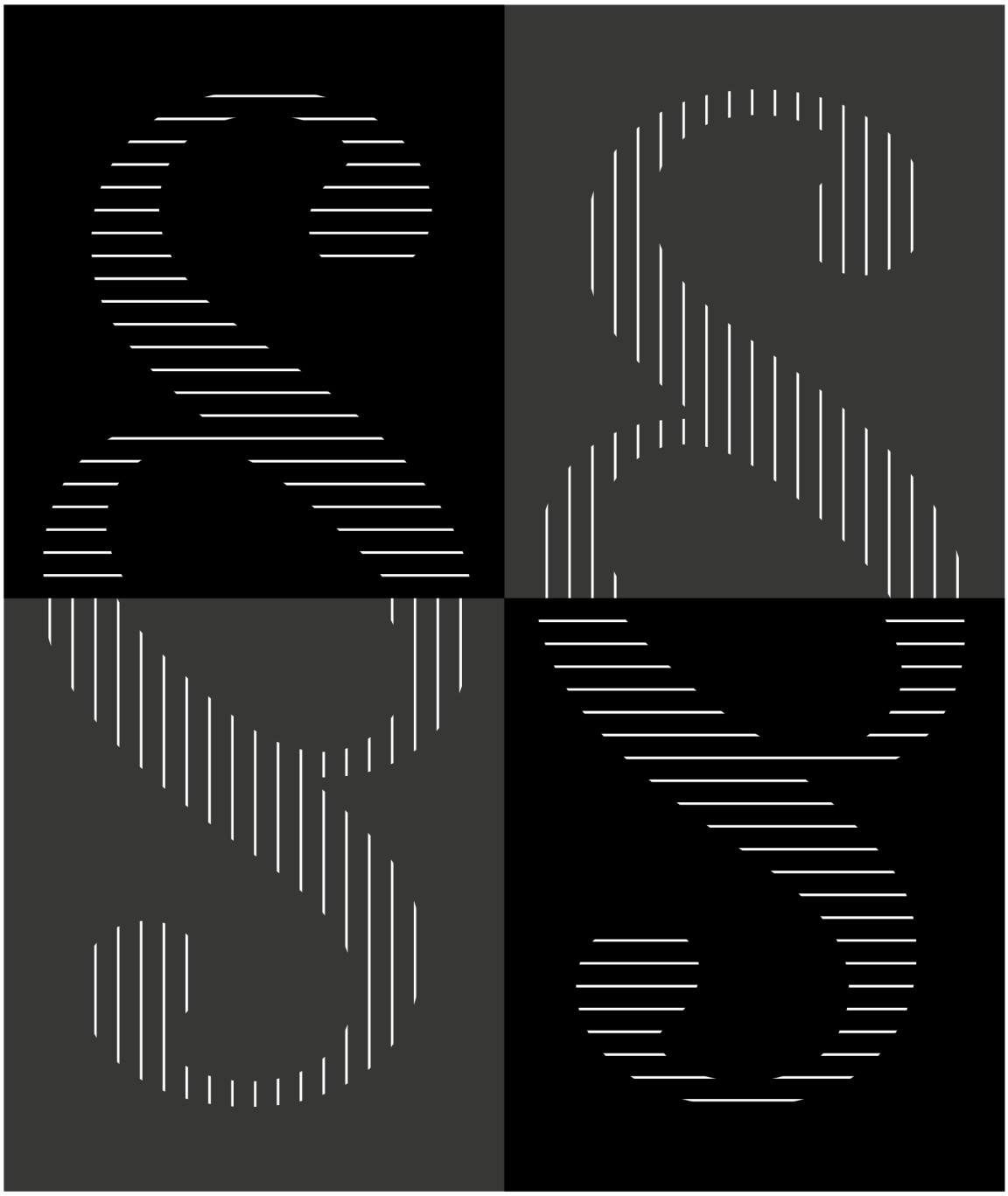
Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 2/2017 (32)

ISSN 1689–9601 | www.ipp.tbsp.pl



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2

Autorzy

Milena Katarzyna Borowik, Angelika Ciżyńska, Monika Gniadek, Katarzyna Kanafek, Jacek Karakulski, Katarzyna Kos, Hubert Kruk, Cyprian Liske, Paulina Obara, Szymon Osmola, Radosław Pałosz, Michał Passon, Tomasz Pilikowski, Justyna Pyłko, Olaf Raczyński

Recenzenci

dr hab. Piotr Tuleja, prof. UJ, dr Urszula Drozdowska, dr Katarzyna Grzelak-Bach, dr Tomasz Sroka

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Marcin Biskupski, Angelika Ciżynska, mgr Paweł Dziwiński, Mikołaj Duś, Tomasz Guzik, Michał Krudysz, Anna Mazur (p.o. Redaktora Naczelnego), mgr Ariel Mucha, mgr Mateusz Nowak, mgr Michał Warzycki

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–007 Kraków
internetowypp@gmail.com, www.ipp.tbsp.pl

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

ISSN 1689–9601

Spis treści

Angelika Ciżyńska
Słowo wstępne..... 5

Milena Katarzyna Borowik
Ochrona patentowa wynalazków biotechnologicznych w świetle zdefiniowania pojęcia embrionu ludzkiego w orzecznictwie TSUE..... 6

Angelika Ciżyńska
Życie dziecka kontra prawo do samostanowienia, czyli kilka uwag o relacji aborcji i prawa konstytucyjnego 22

Monika Gniadek
Znaczenie zgody na leczenie w odniesieniu do prawa konstytucyjnego i karnego..... 36

Katarzyna Kanafek
Rozwodowa niezgoda – dysponowanie niewykorzystanymi embrionami..... 55

Jacek Karakulski, Justyna Pyłko
Wątpliwości konstytucyjne w zakresie sądowej procedury zmiany płci 65

Katarzyna Kos
Granice wiedzy medycznej i moralna niepewność a rozstrzyganie o konstytucyjności norm prawnych 82

Hubert Kruk
Odpowiedzialność z tytułu *wrongful birth* w Rzeczypospolitej Polskiej i Stanach Zjednoczonych Ameryki. Analiza prawnoporównawcza 99

Paulina Obara
Ochrona danych genetycznych w ramach prawa do prywatności dawców – uwagi na tle regulacji o ochronie danych osobowych 112

Szymon Osmola
„Trzy pokolenia idiotów wystarczą", czyli przymusowa sterylizacja w orzecznictwie sądów 122

Radosław Pałosz
Polska regulacja eutanazji i wspomaganego samobójstwa z perspektywy filozoficznej i konstytucyjnej 131

Michał Passon
Równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej w ujęciu konstytucyjnym 144

Tomasz Pilikowski
Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie leczenia pacjenta małoletniego w wyniku braku zgody przedstawiciela ustawowego .. 158

Olaf Raczyński
Klauzula sumienia – gwarancja wolności sumienia przy wykonywaniu zawodu lekarza czy ograniczenie dostępu do świadczeń zdrowotnych? 173

Cyprian Liske
Między prawem a polityką: pozycja ustrojowa sądownictwa konstytucyjnego w Polsce i na Węgrzech 189

Internetowy Przegląd
Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Słowo wstępne

Numer ten jest pokłosiem ogólnopolskiego seminarium naukowego „Prawo medyczne w świetle prawa konstytucyjnego" zorganizowanego przez Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego TBSP UJ we współpracy z Kołem Naukowym Prawa Medycznego UJ w grudniu 2016 r.

Niewątpliwie rozwój medycyny i technologii medycznych sprawia, że aktualny staje się dyskurs na temat kontrowersyjnych zagadnień dotyczących wpływu tego postępu na status praw i wolności konstytucyjnych takich jak prawo do życia, prawo do ochrony zdrowia, czy też prawo do prywatności. Problematyczna jest zarówno kwestia dopuszczalności niektórych zabiegów medycznych, jak i autonomii woli jednostki w kwestii ich podejmowania. W związku z tym w niniejszej publikacji Autorzy tekstów starają się odpowiedzieć na pytanie, czy konieczne jest zredefiniowanie pewnych utrwalonych w dogmatyce praw i wolności konstytucyjnych pojęć.

Temat publikacji potraktowany został szeroko i wieloaspektowo, Autorzy analizując dotychczasowe doświadczenia zarówno Polski, jak i innych państw, podejmując dyskusję tak nad obecnym stanem prawnym, jak i nad postulatami *de lege ferenda*.

Numer zamyka artykuł Cypriana Liske, który zwyciężył w konkursie na esej konstytucyjny pt. „Sądownictwo konstytucyjne państw Grupy Wyszehradzkiej". Organizatorem konkursu było Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego TBSP UJ we współpracy z Kołem Naukowym Prawa Europy Środkowo-Wschodniej TBSP UJ.

Z życzeniami miłej lektury,
Angelika Ciżyńska
Przewodnicząca
KN Prawa Konstytucyjnego TBSP UJ

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Milena Katarzyna Borowik[1]

Ochrona patentowa wynalazków biotechnologicznych w świetle zdefiniowania pojęcia embrionu ludzkiego w orzecznictwie TSUE

Streszczenie

W ostatnich latach doszło do niezwykłego rozwoju technologicznego co spowodowało, iż prawodawca stanął więc m.in. przed dylematem uregulowania kwestii związanych z początkiem życia ludzkiego w aspekcie bioetycznym. Kwestie bioetyczne są niezwykle zawiłą materią, w której ciężko o kompromis, gdyż wynika z różnego podłoża aksjologicznego państw członkowskich oraz obywateli funkcjonujących w Unii Europejskiej. W tekście omówiono zatem dylematy bioetyczne związane z problematyką wynalazków bioetycznych. Artykuł przybliża czytelnikowi obszary związane z ochroną wynalazków biotechnologicznych w aspekcie zdefiniowania w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE pojęcia „embrionu ludzkiego", jako terminu użytego w dyrektywie 98/44/WE z dnia 6 lipca 1998 r. o ochronie wynalazków biotechnologicznych. Zanalizowano w nim dwa orzeczenia TSUE: *Brüstle* oraz *International System Cell* oraz wyjaśniono termin „komórki macierzyste" a także omówiono gospodarcze znaczenie wynalazku biotechnologicznego.

Słowa kluczowe: embrion, patent, dyrektywa biotechnologiczna, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, prawo europejskie, bioetyka

---

[1] Autorka jest studentką V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie oraz twórcą publikacji i wystąpień z zakresu prawa konstytucyjnego. Członek Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego TBSP UJ.

1. Rozważania wstępne

Rozwój nowych technologii przyczynił się bezapelacyjnie do poprawy stanu życia ludzkości. Niezwykle istotną rolę odgrywają w tym zakresie wynalazki biotechnologiczne, które wnoszą nieprzeciętny wkład w rozwój badań nad wieloma poważnymi chorobami, nowymi odmianami roślin, mikroorganizmami czy procesami zachodzącymi w środowisku. Wskazane badania wykorzystywane są głównie w celach medycznych ale także w innych celach użyteczności – odpowiednich dla swej kategorii.

O ile działalność służąca przezwyciężaniu schorzeń, na które nie wynaleziono jeszcze leku, oceniana jest pozytywnie przez społeczeństwo[2], to jednak sposób wykorzystywania do badań w tym celu elementów posiadających komórki pochodzenia ludzkiego budzi wiele wątpliwości, które wynikają ze specyficznie ukształtowanego systemu aksjologicznego, właściwego nie tylko dla społeczeństwa danego państwa jako całości, ale także dla jednostki i jej autonomii. Szczególnie sporną kwestią jest praktyka niszczenia embrionów ludzkich w trakcie badań, lub tuż po ich zakończeniu. Abstrakcyjnie ujmowane wykorzystywanie embrionów ludzkich jako takie niezaprzeczalnie rodzi problemy natury etycznej, jak i prawnej, dlatego też do tej pory brak jest jasnego i precyzyjnego uregulowania kwestii początku życia ludzkiego, zarówno na płaszczyźnie zarówno europejskiej, jak i krajowej.

Ustawodawca unijny zaprzestał na regulacji wkraczającej w konkretne obszary działalności człowieka w zakresie związanym z wykorzystaniem materiałów biologicznych pochodzenia ludzkiego. Uniknął jednak jasnego zdefiniowania pojęcia embrionu ludzkiego poprzez stworzenie definicji legalnej – a tym samym przemilczał rozwiązanie kwestii kontrowersyjnej moralnie, powodując narastanie problemów związanych z coraz to bardziej rozwiniętym przemysłem biotechnologicznym. Warto zauważyć, iż współczesność niejako obliguje do nowatorskiego stosunku i analizy prawa, także w kontekście regulowania tego, co wydaje się trudne, niejasne, niezrozumiałe lub zbadane w nieznacznym tylko stopniu.

Celem opracowania będzie zatem ukazanie sposobu ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych w kontekście pojawienia się orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w których zdefiniowano pojęcie embrionu ludzkiego a także określenie wpływu tych orzeczeń na możliwość patentowania wynalazków biotechnologicznych w tym zakresie. Odnosząc się do wskazanych kwestii, nieuniknione pozostanie ustosunkowanie się do problemów bioetycznych, które wynikły na tle wskazanych regulacji a także terminologii medycznej z zakresu omawianej tematyki. Dopiero wskazana analiza doprowadzić może bowiem do rozważań prawnych, które w swej istocie nie powinny zostać oderwane od kontekstu moralnego. Na uwagę zasługiwać będzie także aspekt ekonomiczny sprawy, bowiem przemysł biotechnologiczny jest

[2] Zob. T. Twardowski, *Aspekty społeczno – prawne biotechnologii w Polsce*, Wynalazczość i ochrona własności intelektualnej – ochrona prawna rozwiązań biotechnologicznych, biuletyn nr 16, Polska Izba Rzeczników Patentowych Kielce 1996, s. 8–16 a także zob. T. Twardowski, A. Twardowska, *Refleksje biotechnologa i rzecznika patentowego* [w:] *Księga pamiątkowa z okazji 85-lecia ochrony własności przemysłowej w Polsce*, Warszawa 2003, s. 335–344.

niezwykle wartościowym rynkiem, który corocznie osiąga wysokie dochody. Wszystko to powoduje, iż omawiana sprawa pozostaje w dalszym ciągu polem kontrowersji i miejscem ścierania się przeciwległych poglądów.

2. Ramy prawne Unii Europejskiej[3] oraz interpretacja pojęcia „embrion ludzki"

Odnosząc się w pierwszej kolejności do uregulowań europejskich należy podkreślić, iż najpełniej uregulowaną ochronę embrionów ludzkich przedstawia Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny tzw. Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie, podpisana w Oviedo 4 kwietnia 1997 r. Konwencja pozostaje niewątpliwie standardem ochrony embrionów o poziomie ponadnarodowym. Warto nadmienić, że tworząc Kartę Praw Podstawowych, a konkretniej jej art. 3 wzorowano się na art. 21 Konwencji z Oviedo. Konwencję tę należy stosować wspólnie z Europejską Konwencją Praw Człowieka, bowiem jak stwierdził ETPCz stosowanie ochrony jedynie na podstawie Konwencji o prawach człowieka i medycynie byłoby niecelowe, z uwagi na brak jednolitego systemu i aksjologicznego podejścia do ochrony embrionów ludzkich[4].

Ochronę prawną wynalazków biotechnologicznych w Unii Europejskiej ugruntowało wydanie dyrektywy 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. o ochronie wynalazków biotechnologicznych[5]. Każde państwo członkowskie na podstawie zobowiązań traktatowych[6] zobligowane było do implementacji przepisów tejże dyrektywy, aby ujednolicić system ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych. Do tej pory z uwagi na prężnie rozwijającą się dziedzinę biotechnologii dochodziło do skrajnie różnych i niejednolitych interpretacji prawa

[3] W tym zakresie skupiono się przede wszystkim na analizie dyrektywy biotechnologicznej. TSUE w swoim orzecznictwie wskazuje także na inne źródła prawa dotyczące badanej sprawy, w tym:
– art. 27 Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, stanowiącego załącznik 1C do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), sporządzonego w Marakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r. i zatwierdzonego decyzją Rady 94/800/WE z dnia 22 grudnia 1994 r. dotyczącą zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej, w dziedzinach wchodzących w zakres jej kompetencji, porozumień, będących wynikiem negocjacji wielostronnych w ramach Rundy Urugwajskiej (1986–1994) (Dz.U. L 336, s. 1),
– art. 52 ust. 1 i art. 53 Konwencji o udzielaniu patentów europejskich, podpisanej w Monachium w dniu 5 października 1973 r. (zwanej dalej „KPE"), której Unia nie jest stroną, lecz której sygnatariuszami są państwa członkowskie.
Źródła te jednak wskazano w niniejszy opracowaniu jedynie pomocniczo, bowiem w żadnym z nich nie występuje pojęcie „embrionu ludzkiego" tak, jak w dyrektywie biotechnologicznej.
Na temat prawa międzynarodowego, dotyczącego ochrony prawnej embrionów ludzkich zob. L. Bosek, *Ochrona embrionów w prawie międzynarodowym i europejskim*, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, rok LXIX, zeszyt 3/2007, Poznań 2007, s. 11–23.

[4] *Ibidem*.

[5] Dziennik Urzędowy L 213, 30/07/1998 P. 0013 – 0021, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:31998L0044&qid=1484384465070&from=en.

[6] Zobowiązanie takie wynika głównie z zasady lojalniej współpracy wyrażonej w art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej – publikator: Dz.U. C 202 (2016). Por. także orzeczenie TSUE o sygn. C 459/03 Komisja przeciwko Irlandii.

patentowego w zakresie patentowania wynalazków biotechnologicznych w poszczególnych państwach Unii Europejskiej[7].

Należy jednak stwierdzić, iż pomimo wydania wskazanej dyrektywy, wciąż dochodzi do wielu kontrowersji związanych z patentowaniem wynalazków, z których struktury wynika, iż zawierają w sobie komórki, które mogą zostać uznane za embrion ludzki. Tego bowiem pojęcia używa dyrektywa biotechnologiczna. Ochrona embrionów ludzkich jest jednak niezwykle różnorodna w zależności od państwa członkowskiego. L. Bosek[8] wskazuje na dwa modele regulacyjne ochrony embrionów. Pierwszy – tzw. brytyjski polega na liberalizacji wykorzystywania embrionów ludzkich do celów badawczych i naukowych w związku z szeroko rozwiniętym przemysłem biotechnologicznym. Pojęcie embrionu jest zatem definiowane na gruncie biologiczno-medycznym, czyli zgodne z aktualnym stanem wiedzy medycznej w tym zakresie. Poza tym, system taki w niezwykle szeroki sposób gwarantuje wolność sumienia – w zasadzie nie wprowadzając przesłanek limitujących skorzystanie z klauzuli sumienia. Kolejny model zwany jest kontynentalnym i polega na pełnej ochronie embrionu ludzkiego, który traktowany jest jak człowiek. W związku z tym, co do zasady zakazany jest obrót gametami, w tym komórkami jajowymi, klonowanie, wykorzystywanie komórek ludzkich do celów badawczych a następnie niszczenie ich.

Wedle motywu 20 dyrektywy 98/44/WE „należy wyłączyć możliwość udzielenia patentu na stosowanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych; w żadnym przypadku takie wyłączenie nie ma wpływu na wynalazki służące do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które dotyczą embrionu ludzkiego i są dla niego użyteczne". Zaś art. 6 ust. 2 lit. c jasno stanowi, iż „na podstawie ust. 1 uważa się za niemające zdolności patentowej, w szczególności: wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych".

Należy zaznaczyć, iż dyrektywa używa pojęcia embrion ludzki, jednakże brak w jej treści dokładnej definicji tego terminu, co spowodowało tak szerokie spektrum problemów, które obejmują wiele podmiotów. Tymi podmiotami są przede wszystkim twórcy wynalazków, urzędy patentowe, legislatywa państw członkowskich, sądy stosujące prawo a także na samym końcu Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który sam miał problem ze zdefiniowaniem tego pojęcia.

Jeśli chodzi zatem o zdefiniowanie tego pojęcia przez TSUE, to pomocne okażą się dwa orzeczenia, mianowicie w sprawach: *Oliver Brüstle* przeciwko *Greenpeace eV*[9] oraz *International Stem Cell Corporation* przeciwko *Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*[10]. W obu orzeczeniach problem dotyczył art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy

[7] Por. J. Stanek, *Patentowanie genów ludzkich*, Warszawa 2016, s. 31 i n.

[8] Zob. L. Bosek, *Prawna ochrona embrionu in vitro w państwach europejskich, nagranie audio*, Sympozjum „Sięgając po owoc z drzewa życia…?" Początek i koniec życia człowieka. Warszawa, 22.11.2008 r., http://diak-aw.com.pl/index.php/konferencje-diak-aw/262-siegajac-po-owoc-z-drzewa-zycia.html.

[9] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 18 października 2011 r. Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace eV. O sygn. C-34/10.

[10] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 18 grudnia 2014 r. International Stem Cell Corporation przeciwko Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks o sygn. C-364/13.

biotechnologicznej zakresie, w jakim wyłącza ona wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych.

W pierwszym orzeczeniu – w sprawie Brüstle, niemiecki neurolog Oliver Brüstle zgłosił wniosek patentowy, w którym żądał opatentowania produkcji tzw. prekursorowych komórek neuronowych, które pochodziły z komórek macierzystych (komórki macierzyste pochodzą zaś z embrionów ludzkich). Prekursorowe komórki nerwowe były w stanie rozwinąć się w pełne komórki nerwowe, które były pomocne w leczeniu chorób neurologicznych, w tym choroby Parkinsona. Na wniosek organizacji Greenpeace orzeczono, iż wskazany patent jest nieważny bowiem dotyczy on komórek pochodzących z embrionów ludzkich.

Sprawę rozpoznawał Federalny Trybunał Sprawiedliwości, który zwrócił się w trybie prejudycjalnym do TSUE o wydanie orzeczenia dotyczącego interpretacji art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy biotechnologicznej. Trybunałowi zadano następujące pytania:

> 1) Co należy rozumieć pod pojęciem «embrionów ludzkich» zawartym w art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy (…)?
>
> a) Czy obejmuje ono wszystkie stadia rozwoju życia ludzkiego od zapłodnienia komórki jajowej, czy też muszą być spełnione dodatkowe przesłanki, jak na przykład osiągnięcie określonego stadium rozwoju?
>
> b) Czy obejmuje ono również następujące organizmy:
>
> – niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, w które wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej;
>
> – niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, które zostały pobudzone do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy?
>
> c) Czy obejmuje ono również komórki macierzyste, które zostały pozyskane z embrionów ludzkich w stadium blastocysty?
>
> 2) Co należy rozumieć pod pojęciem „wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych"? Czy obejmuje ono każde wykorzystanie handlowe w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy, w szczególności również wykorzystanie do celów badań naukowych?
>
> 3) Czy wiedza techniczna jest wyłączona z opatentowania na mocy art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy (…) również wtedy, gdy wykorzystanie embrionów ludzkich nie należy do wiedzy technicznej zastrzeżonej patentem, ale jest niezbędną przesłanką zastosowania tej wiedzy:
>
> – ponieważ patent dotyczy wyrobu, którego wytworzenie wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich,
>
> – ponieważ patent dotyczy procesu, dla którego wyrób taki jest konieczny jako materiał wyjściowy?[11].

[11] Zob. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 18 października 2011 r. Oliver Brüstle…

Jeśli chodzi o pierwsze pytanie, to odpowiadając na nie TSUE w następujący sposób zbudował definicję embrionu ludzkiego: „embrionem ludzkim" w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy jest każda ludzka komórka jajowa począwszy od stadium jej zapłodnienia, każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej oraz każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy; do sądu krajowego należy ustalenie, w świetle rozwoju nauki, czy komórka macierzysta, która została pozyskana z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, stanowi „embrion ludzki" w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c) dyrektywy.

Argumentacja Trybunału oparta była przede wszystkim na zasadzie jednolitego stosowania prawa europejskiego. Z tego względu, pomimo braku definicji wskazanego pojęcia w samej dyrektywie, TSUE wyprowadził, opierając się na godności człowieka definicję, którą należy stosować jednolicie we wszystkich państwach członkowskich. Argumenty natury medycznej i etycznej nie zostały jednak przedstawione przez Trybunał, bowiem według niego nie tego dotyczyły pytania zadane przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości (niem. *Bundesgerichtshof*).

Definicję embrionu ludzkiego zawęził TSU w orzeczeniu o sygn. C 364/13[12], bowiem w prezentowanym wyroku stwierdził, iż „niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która w drodze partenogenezy została pobudzona do podziału i rozwoju, nie stanowi «embrionu ludzkiego» w rozumieniu tego przepisu, jeżeli w świetle aktualnej wiedzy naukowej nie ma ona jako taka wrodzonej zdolności rozwinięcia się w jednostkę ludzką, czego ustalenie należy do sądu odsyłającego".

Skoro zatem doszło do zdefiniowania pojęcia „embrion ludzki" należy przybliżyć terminologię medyczną w tym zakresie.

Komórki macierzyste są najbardziej pierwotnymi komórkami, które mają zdolność ciągłego podziału a także samoodnowy (oznacza to zdolność do nieskończonej liczby samopodziału). Komórki takie mogą przemienić się w poszczególne typy komórek potomnych o zróżnicowanym charakterze, co można uzyskać za pomocą stymulacji takich komórek poprzez różnorakie bodźce.

Istnieją cztery typy komórek macierzystych[13]:

1. Komórki totipotencjalne – są to jedyne komórki w organizmie, które mogą różnicować się do każdego typu komórek danego organizmu, czyli inaczej są zdolne do utworzenia całego organizmu. Przykładem najbardziej podstawowej komórki totipotencjalnej jest komórka powstała w wyniku zapłodnienia – zygota, lub następne komórki, które powstają w wyniku dalszego rozwoju zygoty – blastomery.

2. Komórki pluripotencjalne – następne komórki powstające podczas kolejnego etapu rozwoju zapłodnionej komórki – zygoty. Są to komórki, które posiadając zdolność różnicowania się do każdego z trzech rodzajów części składowych występujących u człowieka podczas rozwoju przed urodzeniem – listków zarodkowych:

[12] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 18 grudnia 2014 r. *International Stem Cell Corporation*…

[13] Definicja wskazana przez Polski Bank Komórek Macierzystych FamiCord Group na stronie https://www.pbkm.pl/o-komorkach-macierzystych/komorki-macierzyste.

mezodermy, ektodermy i endodermy. Komórki te mogą również dać początek każdemu typowi komórek – nie mogą jedynie przekształcić się z powrotem w komórki totipotencjalne – obecne na początku rozwoju człowieka.

3. Komórki multipotencjalne – powstające w zakresie „tylko" pojedynczego listka zarodkowego. Komórki te mogą przekształcać się we wszystkie typy komórek tylko w obrębie danego listka zarodkowego z którego pochodzą. Np. w obrębie mezodermy mogą dać początek komórkom szpiku, krwi lub mięśni, do tej grupy należą krwiotwórcze komórki macierzyste, których źródłem jest ludzka krew pępowinowa.

4. Komórki unipotencjalne – ostatnie w rozwoju – różnicują się już tylko do jednego – ściśle określonego typu komórek dojrzałych (np. komórek nabłonka), zachowując w porównaniu z komórkami dojrzałymi zdolność podziału.

Pojęcie partenogenezy użyte w sprawie *International System Cell* wyjaśniono w orzeczeniu w ten sposób, iż „partenogeneza polega na aktywacji oocytu bez obecności plemników za pomocą szeregu technik chemicznych i elektrycznych. Taki oocyt, zwany partenotą, jest w stanie dzielić się i rozwijać. Niemniej zgodnie z aktualnym stanem wiedzy partenoty ssaków nigdy nie są zdolne do zakończenia rozwoju zarodkowego, ponieważ w przeciwieństwie do zapłodnionej komórki jajowej nie zawierają one ojcowskiego DNA, które jest niezbędne do wykształcenia się tkanek pozazarodkowych. W odniesieniu do partenot ludzkich wykazano, iż mogą one rozwinąć się wyłącznie do stadium blastocysty w ciągu około pięciu dni"[14].

W obliczu wyjaśnienia użytej terminologii, powyższe stanowisko TSUE (określone w sprawie o sygnaturze C 34/10) według mnie należy opatrzeć komentarzem pozytywnym, jednak z kilkoma negatywnymi odniesieniami. Pozytywne jest to, iż TSUE przeprowadził rozumowanie, z którego wynikało, iż na gruncie językowej wykładni nie da się jednoznacznie stwierdzić, czym dokładnie jest embrion ludzki. Należało zatem zaznaczyć, iż jest to pojęcie języka technicznego z zakresu medycyny i tak powinno się je traktować. Dodatkowo uwzględnić należało także motywy (przede wszystkim motyw 16) dyrektywy, z których wynika poszanowanie integralności i ochrona godności jednostki ludzkiej. Tak przeprowadzony proces myślowy doprowadził Trybunał do wniosku, iż cel ochronny dyrektywy musi zostać spełniony poprzez szerokie zdefiniowanie pojęcia embrion ludzki. Jednakże w mojej ocenie była to zbyt szeroka interpretacja[15]. W konsekwencji wydanego orzeczenia w sprawie *Brüstle* Federalny Sąd Najwyższy stwierdził częściową nieważność patentu. Jak się następnie okazało TSUE zmuszony był zrewidować swoje stanowisko, bowiem jak sam stwierdził mylnie określił definicję embrionu ludzkiego z uwagi na niejasne stanowiska stron. W orzeczeniu

[14] Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 18 grudnia 2014 r. *International Stem Cell Corporation*…

[15] Zob. A. Abbott, *System cells: the cell division, Nature*, s. 310–312, http://www.nature.com/news/stem-cells-the-cell-division-1.9634. Autorka wskazuje, iż wysiłki O. Brüstle zostały zaprzepaszczone na skutek podjęcia decyzji o unieważnieniu patentu: „The latest dispute centred on the ethics of patenting discoveries that stem from the use of human embryos. Brüstle argued that patenting was crucial because, without it, industry would not be interested in pursuing what he saw as potentially life-saving therapies. And whereas some people charge that patenting could actually impede research, Brüstle argues that patents held by academics are normally free for other researchers to use".

International System Cell TSUE zasadnie poparł opinię Rzecznika Generalnego Pedra Cruza Villalóna, przedstawioną dnia 17 lipca 2014 r. Uwzględniono bowiem aktualny stan wiedzy, który jednoznacznie wskazywał na to, że partenoty nie są ani elementem ciała ludzkiego w trakcie rozwoju, ani tym bardziej elementem wyizolowanym z ciała ludzkiego. Wytwarzane są jednak za pomocą zróżnicowanego procesu technologicznego i właśnie ta cecha nie może pozbawiać ich ochrony patentowej określonej w art. 5 ust. 1 dyrektywy. Warto podkreślić, że podstawowym kryterium w przypadku partenot pozostaje w dalszym ciągu stwierdzenie, czy ma ona zdolność do samodzielnego przekształcenia się w jednostkę ludzką, tak jakby była tożsama z zapłodnioną komórką jajową[16]. Fakty są takie, iż partenota samodzielnie nie posiada takiej zdolności, zaś wszelkie modyfikacje genetyczne dokonane później nie mogą *a priori* przesądzać o tym, iż wyłączymy zdolność patentową partenoty. Jedynie takie partenoty, które nie zostały następnie poddane manipulacyjnym zabiegom genetycznym, podlegają pełnej ochronie patentowej. Spółka[17] ISCO podnosiła, że w sprawie *Brüstle* interpretacyjnie wyłączono zdolność patentową jedynie w zakresie organizmów mogących zapoczątkować proces rozwoju, który prowadzi do powstania jednostki ludzkiej, zaś brytyjski urząd patentowy, opierając się na wyżej wymienionym orzeczeniu, zakwalifikował taki organizm jak embrion, który powstał w wyniku zapłodnienia komórki jajowej. TSUE wskazał, że ramy naukowe i techniczne przedstawione przed Trybunałem w trakcie postępowania mogły zostać przedstawione w sposób niewłaściwy i nieuwzględniający rzeczywistego stanu rzeczy. Dlatego też należało zawęzić definicję do stwierdzenia, że niezapłodnioną ludzką komórkę jajową należy uznać za embrion ludzki jedynie wtedy, gdy może ona zapoczątkować proces rozwoju jednostki ludzkiej – tzn. musi ona posiadać „wrodzoną zdolność rozwinięcia się w jednostkę ludzką"[18]. Jeśli wykorzystywany organizm rozpoczyna proces rozwoju, ale nie spełnia przesłanki wrodzonej zdolności przekształcenia się w organizm ludzki, to taka okoliczność nie może przesądzać, że należy on do desygnatu pojęcia „embrion ludzki". Zmiana stanowiska Trybunału polegała zatem na uwzględnieniu nowych okoliczności – w tym badań medycznych, a co za tym idzie na uściśleniu stanowiska w sprawie definiowania embrionu ludzkiego.

Taka rewizja stanowiska Trybunału powinna niezaprzeczalnie zostać oceniona pozytywnie, bowiem TSUE nie zastosował tu tzw. argumentacji z niepewności normatywnej, lecz skupił się na aktualnym dorobku naukowym przez co zawężono pojęcie embrionu ludzkiego w ten sposób, że jego istota pozostała niezachwiana. Stanowisko to pozostaje w zgodzie z nadrzędną zasadą poszanowania godności osoby ludzkiej, a z drugiej strony pozwala na odpowiedni dostęp do ochrony patentowej wynalazków, które z biotechnologicznego punktu widzenia wyłączone były ze zdolności patentowej, gdyż stosowano do nich dorobek myślowy przedstawiony w orzeczeniu C 34/10.

[16] Zob. Opinia Rzecznika Generalnego *Pedra Cruza Villalóna* z dnia 17.07.2014 r. w sprawie C-364/13, CURIA – dokumenty.

[17] Zob. A. Nowicka, *Wynalazek biotechnologiczny jako przedmiot patentu. Prawnopatentowy status embrionu ludzkiego* [w:] *Aktualne wyzwania prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Michałowi du Vallowi*, Warszawa 2015, s. 441 i n.

[18] Zob. Opinia Rzecznika Generalnego…

Sytuacja taka powodowała krzywdzące traktowanie osób składających wnioski patentowe. Miejmy nadzieję, że wydanie orzeczenia *International System Cell* spowoduje propatentowe traktowanie wniosków z zakresu biotechnologii.

Jednakże pozostaje także odnieść się negatywnie do stanowiska Trybunału, szczególnie w odniesieniu do pierwszego opublikowanego orzeczenia. Poprzez szeroką interpretację pojęcia embrionu ludzkiego TSUE doprowadził do ograniczenia przedmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy, a tym samym pozbawił ochrony patentowej pewne kategorie wynalazków biotechnologicznych.

Należy zarzucić Trybunałowi pewną niekonsekwencję. Stworzenie definicji embrionu ludzkiego zostało uargumentowane poprzez odniesienie się do zasady jednolitej wykładni prawa unijnego. Trybunał stwierdził, że to pojęcie zasługuje na skonstruowanie jednolitej definicji, gdyż jej brak powodowałby zagrożenie występowania z wnioskami patentowymi w państwach o liberalnym podejściu do kwestii embrionów. Taka sytuacja miałaby negatywny wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Można zgodzić się z taka tezą, jednakże jak już zostało wspomniane wcześniej, to różnorodność systemów aksjologicznych spowodowała, iż w dyrektywnie nie zdefiniowano tego pojęcia. Jednakże należy zauważyć, że dyrektywa biotechnologiczna zawiera definicje legalne pewnych pojęć, np. materiału biologicznego. Brak kompromisu w trakcie tworzenia dyrektywy doprowadził do tego, iż nie ujednolicono pojęcia embrionu ludzkiego. Warto zastanowić się jednak nad kwestią integralności i samodzielności państw członkowskich, które mogłyby samodzielnie zdefiniować, w zgodzie z własnym porządkiem prawnym i dobrymi obyczajami, definicję embrionu. Wspomniane powyżej pojęcia (porządek publiczny i dobre obyczaje) również pozostają wymienione w tekście dyrektywy i stanowią obszar do interpretacji przez państwa członkowskie. Można zastanowić się nad zasadnością odmówienia takiego przymiotu pojęciu embrion ludzki?

Przydatny w analizie może okazać się punkt 8 preambuły dyrektywy, który stanowi iż „ochrona prawna wynalazków biotechnologicznych nie wymaga tworzenia odrębnej dziedziny prawa w miejsce zasad krajowego prawa patentowego; zasady krajowego prawa patentowego pozostają zasadniczą podstawą dla ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych, muszą one zostać dostosowane lub uzupełnione pod niektórymi szczególnymi względami w celu odpowiedniego uwzględnienia nowych osiągnięć technologicznych związanych z materiałem biologicznym, który również spełnia wymagania dotyczące posiadania zdolności patentowej". Oznacza to, że dyrektywa miała za zadanie tylko ujednolicić porządki prawne państw członkowskich w takim zakresie, w jakim byłoby to niezbędne dla utrzymania wspólnego rynku i inwestycji z zakresu biotechnologii, tak aby dostęp do nich nie był utrudniony. Dodatkowo zakres przedmiotowy dyrektywy dotyczy wynalazków biotechnologicznych, nie jest zatem swoistym prawem bioetycznym Unii Europejskiej.

Poprzez szerokie określenie definicji embrionu, TSUE wyłączył możliwość patentowania w zasadzie większości, o ile nie wszystkich wynalazków biotechnologicznych opartych na embrionalnych komórkach macierzystych[19]. Nie tak był jednak cel dy-

[19] Zob. A. Nowicka, *Wynalazek biotechnologiczny*…, s. 424 i n.

rektywy, która zakładała harmonizację prawa w celu zniesienia barier w handlu wewnętrznym. Nie można się zgodzić na tak szeroką interpretację wyłączeń spod zakresu zdolności patentowej wynalazku.

Wynalazki biotechnologiczne są takimi samymi wynalazkami jak inne wynalazki należące do różnych kategorii badawczych, gdyż dyrektywa (jej motyw 15) klarownie stwierdza, że nie istnieje zakaz ani wyłączenie materii biologicznej spod zdolności patentowej. Wynalazek musi spełnić przesłanki określone prawem. Przesłankami tymi są nowość, poziom wynalazczy oraz zdolność rozwiązania technicznego do przemysłowego zastosowania. Nie ma zatem przeszkód, aby wynalazki biotechnologiczne były traktowane w ten sam sposób i według takich samych zasad jak inne wynalazki. Zbyt szerokie wyłączenie zakresu przedmiotowego stosowania dyrektywy może jedynie spowodować pozostawanie wynalazków biotechnologicznych bez ochrony prawnej, którą to dyrektywa biotechnologiczna miała zapewnić.

Kolejnym argumentem jest powołanie się na treść patentu. Patent gwarantuje bowiem uprawnionemu wyłączność korzystania z wynalazku i możliwość rozporządzania prawami do niego. Tak też należy traktować kwestię patentowania wynalazków biotechnologicznych, nie przesądzając *a priori* o ich wprowadzeniu do obrotu na rynku europejskim. Te dwie kwestie należy ściśle odseparować. Wprowadzenie do obrotu danych materiałów regulują przepisy krajowe i są one z pewnością dziedziną inną niż prawo patentowe. Jednakże ta granica została zatarta we wskazanym orzeczeniu.

Ocena zgodności handlowej wykorzystania wynalazku została przez orzecznictwo Trybunału oceniona jako kompetencja państw członkowskich, dlatego też zaskakuje odpowiedź TSUE na pytanie drugie w którym akcentuje, iż objęcie wynalazku patentem oznacza definitywnie jego wykorzystanie w przemyśle i handlu. Z tego też powodu urzędy patentowe odmawiają uznania wniosków patentowych na wynalazki biotechnologiczne, które bazują na embrionalnych komórkach macierzystych, przesądzając, iż ich handlowe wykorzystanie jest z góry niezgodne z dobrymi obyczajami i porządkiem publicznym.

Reasumując, wskazane stanowisko TSUE, pomimo tego, iż jest istotnym punktem w debacie nad wykorzystaniem embrionów ludzkich, powoduje istotne zawężenie ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych, co wywołuje szereg kontrowersji i problemów pojawiających się w praktyce stosowania prawa.

3. Dylematy bioetyczne

Od dawna już rozwój nowych technologii wpłynął na to, iż problematyczne pozostaje określenie początku życia ludzkiego. Prawnicy także biorą udział w powyższej debacie, bowiem sądownictwo stanęło przed dylematami interpretacyjnymi w tym zakresie. Oprócz płaszczyzny prawnej elementem sporu pozostaje także sfera moralna. Aktualne pozostają bowiem kontrowersje o dopuszczalność stosowania metody *in vitro*, dokonywania modyfikacji genowych w tym także klonowania ludzi oraz wykorzystywania komórek macierzystych[20]. W niektórych przypadkach powyższe

[20] Zob. M. Muzalewski, *Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 18.10.2011 r. w sprawie Brüstle*, KPPu, rok XII, nr 2/2012, Warszawa 2012, s. 184 i przywołana tam literatura.

procesy łączą się także ze zniszczeniem embrionów ludzkich i ta kwestia uważana jest za najbardziej kontrowersyjną.

Według nauki Kościoła Katolickiego, określonej w Instrukcji *Dignitas personae* dotyczącej niektórych problemów bioetycznych, stworzonej przez Kongregację Nauki Wiary dnia 8.09.2008 r.: „każdej istocie ludzkiej, od poczęcia aż po naturalną śmierć, należy się godność osoby. Ta podstawowa zasada, wyrażająca wielkie «tak» dla ludzkiego życia, powinna znaleźć się w centrum refleksji etycznej nad badaniami naukowymi w dziedzinie biomedycyny, które w dzisiejszym świecie nabierają coraz większego znaczenia. (…) Ciała istoty ludzkiej, od pierwszych stadiów jej istnienia, nie można traktować tylko jako zespołu komórek. Ciało w stadium embrionalnym rozwija się stopniowo, zgodnie z wyraźnie określonym «zaprogramowaniem» i własnym celem, który ujawnia się z chwilą narodzin każdego dziecka". Jak twierdzi J. Hartmann to właśnie w kierunku doktryny bioetycznej Kościoła podążył TSUE w komentowanym orzeczeniu.

Kolejna kwestia to spór o status embrionu ludzkiego[21]. Nie jest bowiem wiadome, czy należy traktować go jak zapłodnioną komórkę jajową, czy nie. Według M. Muzalewskiego to dyrektywa biotechnologiczna odpowiada na to pytanie, gdyż gdyby ustawodawca europejski rzeczywiście unikał zdefiniowania pojęcia embrionu, to kwestia miałaby odzwierciedlenie w pracach nad dyrektywą[22]. Brak jest jednak wzmianki na ten temat, choć prace były długotrwałe. Dodatkowo autor podkreśla, iż uczestnicy warsztatów zorganizowanych przez Nordycki Komitet Bioetyczny nie kwestionowali tezy, iż zapłodniona komórka jajowa jest embrionem.

W aspekcie powstałej kontrowersji kwestią wartą omówienia jest z pewnością ochrona godności istoty ludzkiej, którą Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej akcentował w swoim orzecznictwie, jednakże głębiej nie wypowiedział się na ten temat i nie rozwinął argumentacji natury etycznej w prezentowanych powyżej orzeczeniach dotyczących niniejszej sprawy.

Już z samego katalogu wyłączeń ze zdolności patentowej i przesłanek wskazanych w art. 6 dyrektywy, czyli sprzeczność z dobrymi obyczajami oraz ochrona porządku publicznego, można wywieść iż ustawodawca unijny z uwagi na godność osoby ludzkiej połączył wskazane przesłanki w parze z zasadą ochrony godności ludzkiej. Nie są to więc autonomiczne pojęcia, tylko takie które należy interpretować w duchu progodnościowej wykładni.

Godność w prawie europejskim została zaakcentowana w Traktacie lizbońskim, którego art. 1a stanowi, iż Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Tym samym wyeksponowano godność jako wartość nadrzędną, na której opiera się prawo Unii Europejskiej. Ponadto, nakaz ochrony godności wyraża także Karta Praw Podstawowych, którą Traktat lizboński podniósł do rangi prawa o mocy wiążącej równej traktatom. Art. 1 KPP akcentuje zasadę nienaruszalności godności człowieka i wyraża prawny

[21] Zob. Red. L. Bosek, M. Królikowski, *Współczesne wyzwania bioetyczne*, Warszawa 2010.

[22] Zob. M. Muzalewski, *Wyrok*…

obowiązek poszanowania godności. Ochrona godności człowieka w prawie unijnym najpełniej wyrażana jest poprzez normy wyrażone w Karcie Praw Podstawowych. Godność nie tylko jest nienaruszalna, ale także równa i przyrodzona. Dlatego też, jak podkreśla L. Bosek: „Skoro godność jest wartością absolutną – co nie jest kwestionowane, to pragmatyczne względy konkurencji, jednolitego rynku, jednolitości stosowania prawa wspólnotowego, swobody przepływu lub inne wartości instrumentalne nie mogą przeważać nad różnorodnością kulturową państw członkowskich i zróżnicowanymi standardami ochrony godności”[23].

TSUE niejednokrotnie w swoim orzecznictwie odnosił się do godności człowieka jako fundamentu praw[24]. Jednakże w aspekcie powyższych rozważań warte przypomnienia jest orzeczenie Królestwo Niderlandów przeciwko Parlamentowi Europejskiemu i Radzie Unii Europejskiej[25], które dotyczyło wniosku Holandii o anulowanie dyrektywy biotechnologicznej. Warto nadmienić, iż aż osiem państw członkowskich nie implementowało powyższej dyrektywy na czas, z uwagi na argumenty dotyczące godności istoty ludzkiej. Królestwo Niderlandów twierdziło, iż wprowadzenie możliwości opatentowania wyizolowanych części ciała ludzkiego sprowadzi człowieka do roli środka, który służyć ma określonemu celowi. Sprzeciwia się to bowiem godności ludzkiej.

TSUE stwierdził jednak, iż „jeśli chodzi o należyte poszanowanie godności ludzkiej, to co do zasady gwarantuje je art. 5 ust. 1 dyrektywy, który zakazuje, aby ciało ludzkie, w różnych jego stadiach formowania się i rozwoju mogło stanowić wynalazek posiadający zdolność patentową. Jeśli chodzi o elementy ciała ludzkiego, to również nie mają one same w sobie zdolności patentowej i ich odkrycie nie może być przedmiotem ochrony. Przedmiotem wniosku o udzielenie patentu mogą być jedynie wynalazki, które łączą element naturalny z procesem technologicznym umożliwiającym jego wyizolowanie lub wytworzenie w celu zastosowania przemysłowego. Zatem, jak stanowią motywy dwudziesty i dwudziesty pierwszy dyrektywy, element ciała ludzkiego może stanowić część produktu, na który można uzyskać ochronę patentową, lecz w swym środowisku naturalnym nie może stanowić przedmiotu jakiegokolwiek zawłaszczenia”. Stanowisko to rozwiało wątpliwości w tym zakresie i było istotnym głosem aprobującym nowe rozwiązania technologiczne, które nie powinny zostać wyłączone spod ochrony prawnej.

Jeśli zaś chodzi o prawo do ochrony życia w zakresie dyskusji na temat embrionów ludzkich, to na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ochrona życia następuje poprzez wykorzystanie art. 2 Konwencji oraz protokołów 6 i 13 do Konwencji. W zakresie ochrony płodu ludzkiego, który już nie jest embrionem ludzkim, Trybunał jasno odrzucił dwa skrajne poglądy według których płód podlega takiej samej ochronie prawnej jak człowiek, albo płód nie podlega żadnej ochronie prawnej. Według Trybunału państwa – strony Konwencji posiadają margines oceny przy uwzględnianiu poziomu ochrony życia na gruncie art. 2 Konwencji, jednakże należy zauważyć, że płód

[23] L. Bosek, *Ochrona godności człowieka w prawie Unii Europejskiej a konstytucyjne granice przekazywania kompetencji państwa*, Przegląd Sejmowy. Studia i Materiały, nr 2 (85)/2008, Warszawa 2008, s. 85.

[24] *Ibidem*, s. 61–92.

[25] Wyrok Trybunału z dnia 9 października 2001 r. Królestwo Niderlandów przeciwko Parlamentowi Europejskiemu i Radzie Unii Europejskiej, sygn. C-377/98.

podlega pewnej ochronie prawnej, która nie jest jednak zrównana z ochroną prawną przysługującą człowiekowi. W sprawie *Evans* przeciwko Wielkiej Brytanii[26], która dotyczyła wycofania zgody na wykorzystanie zapłodnionych komórek jajowych w celach zapłodnienia *in vitro*, co wiązało się z ich zniszczeniem, Trybunał zauważył, że rozstrzygnięcie sprawy zależy od odpowiedzi na pytanie, czy embrion jest istotą ludzką. Jak zostało podkreślone, ustawodawstwa państw europejskich nie są jednolite i wykazują istotne różnice, jeśli chodzi o zakres ochrony obejmującej embriony. Trybunał odwołał się w tym przypadku do koncepcji marginesu oceny (*margin of appreciation*), stwierdzając, że ustawodawstwo brytyjskie dopuszczając możliwość zniszczenia embrionów, nie narusza wyżej wymienionego marginesu ochrony.

4. Gospodarcze znaczenie wynalazku biotechnologicznego

Nowoczesne metody i techniki wykorzystywane w biotechnologii niezaprzeczalnie wymagają ogromnych nakładów finansowych związanych z prowadzeniem długoletnich badań nad wynalazkiem, poszukiwaniem coraz to lepszych rozwiązań, nabywaniem profesjonalnego sprzętu i technologii pozwalających na osiąganie zadowalających rezultatów, zgromadzeniem potencjału ludzkiego w postaci najbardziej wykwalifikowanych osób prowadzących badania a także pokryciem opłat związanych z prowadzonymi procedurami administracyjnymi. Należy dodać, iż dziedzina biotechnologii dodatkowo potęguje wykorzystywanie zasobów finansowych. To właśnie wyniki badań z tej kategorii są pożądane przez społeczeństwo, co powoduje bindowanie cen ostatecznie otrzymanego produktu lub usługi[27]. Wszystko to wskazuje, że biotechnologia nie tylko należy do najbardziej prężnie rozwijających się dziedzin nauki, ale także i przede wszystkim z gospodarczego punktu widzenia tworzy niezwykle dochodowy rynek[28].

Według badań przeprowadzonych przez *Transparency Market Research*[29] globalny rynek biotechnologiczny odnotował wzrost o 11,6% wskaźnika CAGR od roku 2012 do roku 2017 i do końca roku 2017 osiągnie wartość 414,5 bilionów USD[30]. Rynek ten był wyceniany na 216,5 bilionów USD w roku 2011, co wskazuje na żywiołowy wzrost jego wartości.

---

[26] Evans przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 6339/05. Zob. także Adelina Parrillo przeciwko Włochom, skarga nr 46470/11.

[27] Wystarczy spojrzeć na przykład branży farmaceutycznej a także medycznej, gdzie nowe leki albo skomplikowane metody leczenia są niezwykle drogie i często dochodzi tam do podnoszenia cen danego produktu czy usługi.

[28] Według Raportu Rocznego na rok 2015, stworzonego przez Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, w roku 2015 dokonano 4676 zgłoszeń wynalazków dokonanych przez podmioty krajowe oraz 139 dokonanych przez podmioty zagraniczne, z czego w zakresie biotechnologii dokonano 81 zgłoszeń przez podmioty krajowe i 5 przez podmioty zagraniczne. Raport dostępny w wersji drukowanej a także elektronicznej na stronie www.uprp.pl.

[29] Więcej o *Transparency Market Reserach* na stronie: http://www.transparencymarketresearch.com.

[30] Zob.http://www.prnewswire.com/news-releases/global-biotechnology-market-to-value-usd-4145-billion-2017-transparency-market-research-276915571.html.

Powyższe dane jasno wskazują, iż to właśnie wynalazczość jest – jak stwierdził K. Studnicki – „stymulatorem postępu technicznego i elementem w cyklu rozwojowym”[31]. Wyróżnił on cztery elementy owego cyklu rozwojowego:

– prace badawcze[32],

– odkrycia i wynalazki powstające najczęściej w wyniku prac badawczych,

– prace wdrożeniowe[33],

– innowacje techniczne.

Tak zawiły proces tworzenia wynalazku, a także ogrom czynności związanych z jego wprowadzeniem do obrotu, musi rodzić pytanie o kwestię znalezienia kompromisu pomiędzy względami etycznymi a racjami ekonomicznymi. Z jednej strony wykorzystywanie, modyfikowanie i niszczenie embrionów ludzkich jest niewątpliwie czynem nagannym moralnie i dlatego też dyrektywa wyłącza zdolność patentową wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych. Z drugiej strony to właśnie dynamiczny rozwój nauki, do którego przyczynia się biotechnologia, powoduje, że nie jesteśmy w stanie jednoznacznie określić, czy dany twór jest desygnatem pojęcia embrion ludzki[34]. Jak widać w praktyce, nie był tego w stanie dokonać także TSUE, który w orzeczeniu *Brüstle* błędnie zdefiniował pojęcie embrionu ludzkiego i rewizji swojego poglądu dokonał dopiero w orzeczeniu *International Stem Cell Corporation*.

Jako uzasadnienie ochrony patentowej wskazuje się przede wszystkim wyraz naturalnej więzi twórcy z własnymi dokonaniami umysłu, ekwiwalent w postaci rekompensaty za osiągnięcie twórcy wykorzystane korzystnie przez społeczeństwo, bodziec do prowadzenia prac nad wynalazkami a także do ich ujawniania i rozpowszechniania[35].

Dlaczego więc odmawiać ochrony twórcy, który za przedmiot swoich badań obrał taką dziedzinę jak biotechnologia, jedynie z tego powodu, iż prawodawca nie jest

[31] Zob. K. Studnicki, *Ekonomiczne zagadnienia wynalazczości* [w:] *Prawne i ekonomiczne zagadnienia wynalazczości*, red. A. Kopff, Warszawa 1980, s. 106 i n.

[32] *Ibidem.* Prace badawcze polegają na prowadzeniu badań w celu pogłębienia wiedzy i odnalezienia nowych twierdzeń, prawidłowości oraz zastosowaniu tej wiedzy w praktyce.

[33] Prace wdrożeniowe rozumiane są przez autora jako zespół czynności prowadzących do wdrożenia danego wynalazku do funkcjonowania na rynku poprzez uruchomienie produkcji a także wykonaniem dokumentacji technicznej produktu, oprzyrządowania służącego do jego wytwarzania a finalnie także wytworzeniem pierwszej serii produktu.

[34] W związku z tym problemem należy wskazać na ogólną refleksję, którą wyraziła mgr K. Kos w trakcie Ogólnopolskiego Seminarium Naukowego „Prawo medyczne w świetle prawa konstytucyjnego” Szczyrk, 10-11.12.2016 w referacie pt. „Moralna niepewność, granica wiedzy medycznej a rozstrzyganie hierarchicznej zgodności norm prawnych” a mianowicie, czy prawodawca może reagować na fakt, że społeczeństwo nie posiada informacji na dany temat, a prościej jak prawodawca może reagować na to, że czegoś nie wiemy. Ta refleksja może także odnieść się do kwestii braku wiedzy czy dany twór jest embrionem ludzkim, czy nim nie jest. Prowadzi to do argumentacji opartej na niepewności normatywnej co do faktów, co prowadzi do stwierdzenia, iż jeśli nie jesteśmy pewni, czy dany twój jest np. embrionem, to powinniśmy unikać ryzyka jego zniszczenia.

[35] Zob. M. du Vall, *Prawo patentowe*, Warszawa 2008, s. 129.

w stanie precyzyjnie określić desygnatu pojęcia embrion ludzki i z racji aksjologicznych odmienności nie jest w stanie dojść do kompromisu w tej sprawie.

Brak jednoznacznego stanowiska powoduje, iż potencjał naukowy i ekonomiczny biotechnologii z zakresu badań nad komórkami ludzkimi może zostać zaprzepaszczony[36], bowiem naukowcy, w obawie o odmowną decyzję w sprawie uzyskania patentu, będą ograniczać swoje badania oraz modyfikować wnioski patentowe. To właśnie owa niepewność normatywna może doprowadzić do zniechęcenia osób inwestujących w wynalazki biotechnologiczne, zaś zachęcić ewentualnych posiadaczy patentu do stworzenia sytuacji niekontrolowanego wzrostu cen wynalazków biotechnologicznych, które zostały opatentowane.

4. Konkluzja

Współcześnie rozwój technologiczny jest kwestia oczywistą i nie budzi wątpliwości, iż pozostaje on nieodwracalnym procesem towarzyszącym życiu ludzkiemu. Wysoki standard ochrony życia, zakorzeniony w poszanowaniu godności osoby ludzkiej, nie może jednak przesłaniać względów biotechnologii w szczególności, gdy wnosi ona wkład naukowy, m.in. w zakresie leczenia chorób nieuleczalnych. W tym zakresie prawo powinno operować funkcją porządkującą, czyli tworzyć w systemie zasady określające patentowanie wynalazków, i jeśli dotyczyć one mają komórek ludzkich, to jasno określić, czy dany zbiór komórek można nazwać embrionem ludzkim i w jakich sytuacjach.

Pojawiające się coraz częściej sprawy, w których doszło do ingerowania w system komórkowy człowieka powodują, iż sądy zobligowane są do interpretacji zagadnień skomplikowanych, takich jak m.in. początek życia ludzkiego czy dopuszczalność przerywania ciąży. Prawodawca jednak posiada obowiązek nie tyle tworzyć prawo w sposób kazuistyczny, by dopuścić określone sytuacje jako zgodne z normami, ale przede wszystkim uwzględniać rozwój technologiczny. Taki postulat nie zawsze jest jednak realizowany.

Pomimo wielu systemów aksjologicznych i poglądów, należałoby jednak podjąć próbę jasnego, precyzyjnego i zgodnego ze stanem nauki zdefiniowania początku życia[37]. Jest to niezwykle skomplikowany problem, jednakże dziedzina biotechnologii i omówione powyżej sprawy pokazują, iż brak regulacji albo pozostawienie regulacji niedostosowanych do towarzyszących okoliczności może wyrządzić wiele złego. Sytuacją niedopuszczalną jest hamowanie rozwoju, który korzystny jest dla ludzkości.

Jedno jest pewne, orzecznictwo TSUE, w którym trybunał podejmuje się trudu zdefiniowania tego, co do tej pory było pomijane z uwagi na niesamowite trudności oscylujące wokół ścierających się poglądów, daje nadzieję, iż prawo europejskie pragnie podążać za nowością. Jak trafnie zauważył prof. M. du Vall[38], nie można powierzyć urzędom patentowym roli „strażnika moralności". Niewątpliwie warto monitorować sytuację

[36] Zob. T. Twardowski, *Patenty w biotechnologii* [w:] *Księga pamiątkowa z okazji 80-lecia ochrony własności przemysłowej w Polsce*, Warszawa 2001, s. 67 i n.

[37] Zob. U. Goodenough, *Naturalizing Morality, Biodiveristy & the law, intellectual property, Biotechnology & traditiona knowledge*, edited by Ch. McManis, Londyn 2007, s. 35 i n.

[38] M. du Vall, *Prawo patentowe...*, s. 380.

na rynku biotechnologicznym, bowiem zmiany podążają w prawidłowym kierunku. W każdej sytuacji należy jednak uwzględnić poszanowanie godności człowieka i jego integralności, tak aby ochrona życia nie została naruszona co do swej istoty.

* * *

Patent Protection of the Biotechnological Inventions in the Light of Defining the Term of Embryo in Case-Law of the Court of Justice of the European Union

The enormous biotechnological development which arised in recent years, resulted in the dilemma of regulation the origination of human life in the context of bioethics. However, the bioethics issues are extremely difficult matter in which it is hard to compromise. Undoubtedly, it is a consequence of a different axiological ground which believe not only the member states, but also the citizens themselves, existing in European Union. Therefore, the text discusses the bioethical dilemmas related to the biotechnological inventions. The aim of the article is to familiarize the reader with issues related to the protection of biotechnological inventions in the terms defined in the case law of the CJEU on the basis of the concept of a human embryo, as the term used in directive 98/44/WE. Moreover, in this article the author analyzed two judgements of the CJEU: the Brüstle and the International System Cell with explanation of the term „stem cells" and discussion about the economic importance of biotechnological invention.

Key words: human embryo, patent, biotech directive, Court of Justice of the European Union, European law, European Union, bioethics

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Angelika Ciżyńska[1]

Życie dziecka kontra prawo do samostanowienia, czyli kilka uwag o relacji aborcji i prawa konstytucyjnego

Streszczenie:

Ostatnimi czasy problem aborcji w Polsce był szeroko dyskutowany, wywołując przy tym dużo emocji i fale protestów. Zagadnienie to jest jednym z najtrudniejszych nie tylko z punktu widzenia prawnego, ale również etycznego. Prezentowane są stanowiska od pełnego zakazu aborcji, ze względu na nienaruszalność życia ludzkiego, przez uznające prawo kobiety do przerwania ciąży w pewnych, zmuszających ją do tego przypadkach, do umożliwienia aborcji z jakichkolwiek względów do pewnego momentu ciąży. W Polsce prawna ochrona życia obowiązuje od 1993 r., a wprowadziła ją ustawa o planowaniu rodziny. Niemniej jednak sporne jest, czy zapewniona przez nią ochrona jest wystarczająca. Z jednej strony prawo polskie pozwala kobietom dokonywać aborcji w przypadku zagrożenia ich życia i zdrowia, poważnego uszkodzenia płodu oraz gdy chcą usunąć ciążę z gwałtu. Jednak wyrok ETPCz w sprawie Alicji Tysiąc wskazuje na to, że polski porządek prawny niekoniecznie musi spełniać odpowiednie standardy dostępności aborcji. Z drugiej strony jednak, nie można zapominać o tym, że powinien on również zapewniać ochronę życia ludzkiego od poczęcia, a więc konieczne jest ważenie wartości zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Dokonanie testu proporcjonalności prowadzi do wniosku, że niedopuszczalna jest liberalizacja prawa aborcyjnego, jednak licząc się ze zdrowiem i prawem do prywatności kobiet, w krańcowych przypadkach należy dopuścić aborcję.

Słowa kluczowe: aborcja, prawo do ochrony życia, prawo do samostanowienia

---

[1] Autorka jest studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

1. Wstęp

Celem pracy jest prezentacja i analiza jednego z najważniejszych bioetycznych sporów, jakim jest aborcja, ze szczególnym uwzględnieniem wartości i jakości ludzkiego życia. Ukazane zostanie prawo kobiet do decydowania o sobie, jak i etyczne dylematy związane z życiem płodu i zakazem aborcji. Jest to temat stale powracający w mediach i parlamencie, dotyczący fundamentalnych spraw wokół których organizuje się życie społeczne.

Na wstępie warto zauważyć, że przerywanie ciąży jest praktyką stosowaną już przez ludy pierwotne, ponieważ historia medycyny zna receptę na poronienie, która liczy ponad 4600 lat[2]. Analizując przyczyny dokonywania aborcji należy wskazać m.in. zagrożenie życia i zdrowia kobiety, niechciana ciąża, głębokie wady wrodzone płodu, ciąża będąca wynikiem przestępstwa itd.

Usuniecie ciąży, przerwanie ciąży, spędzenie płodu – te wszystkie nazwy są synonimami pojęcia aborcja, czyli zabiegu, który polega na chirurgicznym uśmierceniu w łonie matki, przy pomocy odpowiednich narzędzi, płodu ludzkiego i wydobycie go w stanie martwym na zewnątrz. Od aborcji należy odróżnić sztuczne poronienie, przez które należy rozumieć stosowanie środków wczesnoporonnych mających na celu uniemożliwienie zagnieżdżenia się w macicy zapłodnionego jaja kobiecego, powodujących w ten sposób śmierć rozwijającego się w nim zawiązku ludzkiego życia[3].

2. Ograniczanie konstytucyjnych praw i wolności

Większość praw i wolności nie ma charakteru absolutnego i mogą one zostać ograniczone. Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP stanowi, że ograniczenie wolności i praw konstytucyjnych musi być uzasadnione ochroną takich wartości jak: bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia publicznego, moralności publicznej oraz wolności i praw innych osób (przesłanka materialna), zaś ograniczenia te muszą być zawarte w ustawie (przesłanka formalna). Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP zabrania również naruszania istoty wolności i praw. W treści każdego konstytucyjnego prawa lub wolności odnaleźć można bowiem pewne elementy podstawowe (rdzeń, jądro), których istnienie jest konieczną przesłanką zachowania przez dane prawo lub wolność swej konstytucyjnej tożsamości. Naruszenie ich powinno być uznane za nieproporcjonalne wkroczenie w sferę praw danej jednostki[4]. Ustawodawca może zatem ograniczać jedynie te elementy praw lub wolności konstytucyjnych, które nie stanowią ich istoty[5].

Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych muszą również spełniać trójstopniowy test proporcjonalności. Należy ocenić, czy dane rozwiązanie prawne spełnia postulaty przydatności (czy jest właściwe do osiągnięcia zamierzonego celu?), niezbędności

[2] R. Tokarczyk, *Prawo narodzin, życia i śmierci*, Kraków 1997, s. 63.

[3] T. Ślipko, M. Starowieyski, A. Muszala, *Aborcja*, Kraków 2010, s. 28–29.

[4] Wyrok TK z 20 marca 2006 r., K 17/05, OTK ZU nr 3A/2006, poz. 30 oraz wyrok TK z 25 lipca 2013, P 56/11, OTK ZU nr 6A/2013, poz. 85.

[5] Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK ZU, nr 1/2000, poz. 3.

(czy jest konieczne dla realizacji i ochrony celu z którym jest związana?) i proporcjonalności *sensu stricto* (czy jego efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do zakresu ciężarów nakładanych na obywatela?)[6]. Zasada proporcjonalności w szczególności kładzie nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, a jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi[7].

3. Prawo do samostanowienia

Prawo do samostanowienia nie jest prawem, które znalazło swoje odzwierciedlenie w odrębnym przepisie rangi konstytucyjnej, ale można je pośrednio wyinterpretować z wielu konstytucyjnych przepisów określających poszczególne prawa i wolności jednostki[8]. Jako przykłady konstytucyjnych regulacji, w których można doszukać się prawa do samostanowienia, można wskazać m.in. prawo do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji RP), wolność sumienia i religii (art. 53 Konstytucji RP), prawo swobodnego opuszczania terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 52 Konstytucji RP), wolność wyboru szkół przez rodziców dla swoich dzieci (art. 70 Konstytucji RP). Wspomniane przepisy konstytucyjne, gwarantujące prawo do samostanowienia, są doprecyzowywane w przepisach prawa powszechnie obowiązującego rangi ustawowej. Zgodnie z tematem niniejszej pracy rozważania te zostaną ograniczone do prawa do prywatności oraz wolność sumienia i wyznania.

Prywatność może być definiowana na kilka sposobów. W ujęciu wąskim jest stanem, w ramach którego jednostka decyduje o zakresie i zasięgu informacji udostępnianych i zakomunikowanych innym osobom. Zaś ujęcie szerokie odnosi się do sfery, w której jednostka podejmuje decyzje dotyczące jej osoby bez ingerencji osób trzecich[9]. Bez wątpienia omawiane prawo uległo jurydyzacji jako wyraz upowszechniającego się poczucia indywidualności i niepowtarzalności jednostki[10]. Przez życie prywatne należy rozumieć wszelkie sfery życia, w których istnieje prymat interesu jednostki nad interesem publicznym oraz domniemanie przewagi prawa jednostki do bycia pozostawioną samej sobie, a zatem prawa do odosobnienia.

Art. 47 Konstytucji RP w ogólny sposób zakreśla ramy, w jakich chroniona jest prywatność jednostki, statuując prawo do ochrony życia prywatnego, które obejmuje wszelkie jego aspekty. Prawo to oznacza, iż z jednej strony państwo zobowiązane jest do nieingerowania w konstytucyjnie określony zakres sfery życia prywatnego jednostek, zaś z drugiej strony gwarantuje stosowaną ochronę, gdyby takie działania zostały już

[6] Wyrok TK z 27 kwietnia 1999 r., P 7/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 72.

[7] R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, s. 100.

[8] E. Kulesza, *Prawo człowieka do samostanowienia a obowiązek udzielenia pomocy przez instytucje pomocy społecznej*, http://www.mops.krakow.pl/sites/default/files/content/news/9308757/prawo_czlowieka_do_samostanowienia.pdf, 16.03.2017.

[9] M. Jabłoński, *Prywatność jako przesłanka ograniczenia dostępu do informacji publicznej*, Przegląd Prawa i Administracji nr 86/2007, s. 280.

[10] A. Mednis, *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Kraków 2006, s. 39.

podjęte[11]. Według zwolenników przerywania ciąży jako przejaw prawa do decydowania o swoim życiu osobistym należy uznać podejmowanie przez kobietę decyzji o poddaniu się zabiegowi aborcji.

Przechodząc analizy uregulowanej w art. 53 Konstytucji RP wolności sumienia należy wyjaśnić, czym jest owo sumienie. Według św. Tomasza z Akwinu jest to zdolność do intelektualnej oceny własnych aktów jako dobrych albo złych, której podstawą jest oczywiście rozum[12]. Podobną definicję sformułował Kościół Katolicki: „sumienie moralne jest sądem rozumu, przez który osoba ludzka rozpoznaje jakość moralną konkretnego czynu"[13]. Należy dodać, że Konstytucja RP nie definiuje sumienia[14].

Analizując zakres wolności sumienia trzeba rozróżnić jej dwie sfery – wewnętrzną i zewnętrzną. Wyrazem pierwszej z nich jest możliwość określenia i wyboru własnego światopoglądu. W tym aspekcie wolność sumienia oznacza swobodę człowieka poszukiwania i odnajdywania odpowiedzi na pytanie o to, co dobre i właściwe oraz konstruowanie wokół niej własnego systemu przekonań i w dalszej kolejności definiowanie własnego światopoglądu. Zaś druga oznacza wolność człowieka do postępowania zgodnie z własnym sumieniem oraz wolność od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu. Zatem realizacja wolności sumienia z konieczności przejawia się w konkretnych zachowaniach, które jako takie mogą stanowić przedmiot regulacji prawnej. Wynikającej z wolności sumienia ochronie prawnej podlegają jedynie te zachowania, u których podstaw leży decyzja moralna kwalifikująca dane zachowanie jako moralnie dobre bądź nie[15], do takich zachowań można zaliczyć poddawanie się zabiegowi aborcji.

4. Prawo do ochrony życia

Prawo do prawnej ochrony życia stanowi jedną z fundamentalnych zasad konstytucyjnych i zostało uregulowane w art. 38 Konstytucji RP. Przysługuje ono każdemu człowiekowi, bowiem nie jest to tylko prawo obywatelskie, ale odnosi się do każdej jednostki objętej oddziaływaniem prawa polskiego[16]. Ochrona życia to podstawowe założenie wszystkich państw demokratycznych i praworządnych, bowiem wpisana jest ona w istotę funkcjonowania państwa. Różnie sformułowane przepisy dotyczące ochrony życia na poziomie konstytucyjnym i ustawowym znane są wielu konstytucjom. Jako ciekawy przykład można wskazać art. 40 ust. 3 pkt 3 Konstytucji Irlandii z 1937 r. (dodany w 1992 r.), który odnosi się do kwestii przerywania ciąży[17]: „Państwo uznaje

[11] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 94.

[12] Wyrok TK z 7 października 2015 r., K 12/14, OTK ZU nr 9A/2015, poz. 143.

[13] Katechizm Kościoła Katolickiego, Pallottinum 2002, Nr 1778 i 1796.

[14] M. Olszówka, *Komentarz do art. 53 Konstytucji RP* [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis.

[15] *Ibidem*.

[16] A. Rodzik, *Ochrona prawa do życia w okresie obowiązywania Konstytucji Rzeczypospolitej z 1997 r.*, www.wspia.eu/file/20281/84-RODZIK+ANNA.pdf, 16.03.2017.

[17] P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008.

prawo do życia nienarodzonych, w pełni szanując analogiczne prawo matki do życia, i gwarantuje respektowanie go w ustawodawstwie oraz, w miarę możliwości, obronę i dochodzenie tego prawa zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem. Niniejszy punkt nie ogranicza wolności podróżowania między Państwem a innymi państwami. Niniejszy punkt nie ogranicza wolności otrzymywania lub udostępniania w Państwie informacji o legalnych usługach dokonywanych w innych państwach, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów". Na skutek rozwiązania wprowadzonego w Irlandii, z danych opublikowanych przez Amnesty International, wynika, że w latach 1980–2012 średnio 12 kobiet dziennie podróżowało z Irlandii do Wielkiej Brytanii w celu dokonania aborcji[18].

Wracając do polskiego porządku prawnego, konsekwencją art. 30 jest art. 38 Konstytucji RP i ma on szczególne znaczenie i rodzi przez to określone konsekwencje wobec ustawodawcy pozytywnego. W związku z tym nie można mówić o ochronie godności człowieka, jeżeli nie zostały stworzone wystarczające podstawy do ochrony życia[19]. Prawną ochronę życia można analizować w ujęciu klasycznej wolności negatywnej, ponieważ tworzy barierę wokół jednostki, którą państwu wolno przekraczać jedynie wyjątkowo i istnieje bezwzględny obowiązek respektowania go przez innych. Na państwo nałożone są również obowiązki pozytywne – nie tylko niepozbawiania życia, ale także obowiązki w zakresie zapewnienia i ochrony biologicznej egzystencji człowieka.

Konstytucja RP nie definiuje pojęcia „życie", nie wskazuje również jego temporalnych granic. Największe problemy budzi wskazanie, od kiedy rozpoczyna się prawna ochrona życia oraz ustalenie, czy można ją wartościować według faz rozwojowych. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28 maja 1997 r. (K 26/96)[20] wyraził pogląd, że wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego – życia – nie może być różnicowana i odnosi się to również do życia rozwijającego się w fazie prenatalnej. W tym samym wyroku Trybunał uznał, że „życie człowieka, w tym życie dziecka poczętego, stanowi wartość konstytucyjną (…) [więc] ustawa zwykła nie może prowadzić do swoistej cenzury i zawieszenia obowiązywania norm konstytucyjnych. (…) W takiej sytuacji ustawodawca zwykły nie może więc być uprawniony do decydowania o warunkach obowiązywania takiego zakazu, czyniąc tym samym normy konstytucyjne normami o charakterze warunkowym. Nie może w szczególności uzależniać go od regulacji zawartych w ustawach zwykłych. (…) Ustawodawca zwykły władny jest jedynie do określenia ewentualnych wyjątków, przy zaistnieniu których – ze względu na kolizję dóbr stanowiących wartości konstytucyjne, praw lub wolności konstytucyjnych – konieczne jest poświęcenie jednego z kolidujących ze sobą dóbr. Wynikająca z kolizji dobra konstytucyjnego z innym dobrem, prawem lub wolnością konstytucyjną zgoda ustawodawcy na poświęcenie jednego z kolidujących dóbr nie odbiera mu przymiotu dobra konstytucyjnego podlegającego ochronie". Co więcej, przyjęcie tezy o nadrzędności życia ludzkiego pociąga za sobą przyjęcie dyrektywy interpretacyjnej – *in dubio pro*

[18] https://amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2016/07/AI_przerywanie-ci%C4%85%C5%BCy-a-prawa-czlowieka_web.pdf, 16.03.2017.

[19] Wyrok TK z 7 stycznia 2004, K 14/03, OTK ZU nr 1/A/2004, poz. 23.

[20] OTK ZU nr 2/1997, poz. 19, Legalis.

vita humana, która zakłada, że wszelkie pojawiające się wątpliwości co ochrony życia ludzkiego powinny być rozstrzygane na rzecz tej ochrony[21].

5. Trzy stanowiska względem aborcji

Stanowisko absolutystyczne

Według zwolenników stanowiska absolutystycznego, przerywanie ciąży jest niedopuszczalne moralnie i bezwzględnie złe. Prawem do prawnej ochrony życia objęty jest już płód od chwili poczęcia[22], ponieważ w genach płodu zawarty jest cały człowiek a rozwój od poczęcia do narodzin jest procesem ciągłym[23]. Jako główny argument za zakazem aborcji jej przeciwnicy wskazują, że przerwanie ciąży jest zabójstwem i jako zabójstwo powinno podlegać sankcjom prawnym i moralnym. Ważnym elementem tej teorii jest odwoływanie się do kwestii religijnych, szczególnie do piątego z Dziesięciu Przykazań Bożych, bowiem norma nie zabijaj jest święta i nienaruszalna (to Bóg panuje nad ludzkim życiem). Co więcej, zwolennicy stanowiska absolutystycznego utrzymują, że aborcja podlega takiej samej ocenie moralnej jak zabójstwo z premedytacją. Stanowisko to w dużej mierze zgodne jest z koncepcją prezentowaną przez Kościół Katolicki a która zostanie omówiona w dalszej części artykułu.

Stanowisko umiarkowane

Stanowisko to jest bardzo rozbudowane i obejmuje ono kilka odmian, które łączy przekonanie, że stawanie się człowiekiem to proces, ale pojawiają się rozbieżności dotyczące ustalenia momentu, od którego zaczyna się antropogeneza[24]. Jego zwolennicy utrzymują, że przerwanie ciąży jest co do zasady złe moralnie, ale czasami nie można tego uniknąć. Przerwanie ciąży możliwe jest tylko w we wczesnych fazach ciąży, kiedy embrion nie jest człowiekiem.

Karalność aborcji nie zmniejsza liczby dokonywanych zabiegów, ale przyczynia się do wzrostu śmiertelności kobiet i częstszych przypadków dzieciobójstwa. D. Ślęczak-Czakon słusznie zauważa, że gdyby wykrywalność aborcji była większa, pojawiłby się problem wyboru sankcji dla kilkudziesięciu (kilkuset) tysięcy osób rocznie – kobiet poddających się zabiegowi i lekarzy, którzy go przeprowadzają. Chyba lepszym pomysłem wydaje się skupienie uwagi na zapobieganiu powodom, dla których kobiety usuwają ciąże poprzez wykształcenie podstaw świadomego rodzicielstwa, zapewnienie dostępu do taniej antykoncepcji i opieki zdrowotnej[25]. Co więcej, według zwolenników tej koncepcji zmuszanie kobiet do urodzenia chorych, upośledzonych dzieci lub tych pochodzących z gwałtu, kazirodztwa, czy też zagrażających życiu lub zdrowiu kobiety, godzi w godność kobiety.

---

[21] A.M. Kania, *Z problematyki granic ochrony życia ludzkiego,* http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/34578/008.pdf, 16.03.2017.

[22] D. Ślęczek-Czakon, o*p.cit.,* s. 94.

[23] J. Kis, *Aborcja*, Warszawa 1993, s. 20.

[24] D. Ślęczek-Czakon, *op.cit.,* s. 95.

[25] *Ibidem*, s. 96.

Z powyższych względów przerywanie ciąży powinno być prawnie dopuszczalne, w przypadkach: zagrożenia życia lub zdrowia kobiety, stwierdzenia wrodzonych wad płodu, ciąży pochodzącej z przestępstwa. Takie uregulowanie dopuszczalności aborcji jest zgodne z koncepcją Minimalnie Przyzwoitego Samarytanina, którą prezentuje Judith Jarvis Thomson. Koncepcja ta na pytanie o dopuszczalności aborcji nie daje ani ogólnej odpowiedzi „tak", ani ogólnej odpowiedzi „nie"[26].

Stanowisko liberalne

Zwolennicy tej koncepcji utrzymują, że przerwanie ciąży jest moralnie obojętne, ponieważ płód jest tylko częścią ciała kobiety, która ma prawo do dysponowania własnym ciałem (jest to najważniejszy aspekt prawa do decydowania o samym sobie). A nawet jeżeli płód to autonomiczny organizm ludzki, to i tak jest bytem, któremu nie przysługują moralne uprawnienia[27]. Kobieta, decydując o losach ciąży, decyduje niekiedy o całym swoim życiu, dlatego niedopuszczalne jest, aby państwo uniemożliwiało jej decydowanie o własnym losie, czyli pozbawiało ją korzystania z należnego jej prawa. Kolejnym argumentem zwolenników prawa do aborcji jest twierdzenie, że każdy człowiek ma prawo do swobodnego dysponowania informacjami związanymi z jego osobą. To on sam może dysponować informacjami, które mają intymny związek z jego tożsamością, a których zebranie przez państwo uniemożliwia realizację prawa do decydowania o samym sobie. Podążając tym tokiem rozumowania można dojść do wniosku, że motywy dla których kobieta chce urodzić dziecko, bądź poddać się zabiegowi aborcji, są jej osobistą sprawą. Dość kontrowersyjnym argumentem jest teza, zgodnie z którą narodziny niechcianego dziecka nie są dobre nawet dla niego, ponieważ jeżeli kobieta nie chce wydać na świat dziecka, to nie ma ono większych szans na pełnowartościowe życie, szczególnie jeżeli płód jest uszkodzony lub powoduje zagrożenie życia bądź zdrowia matki. Podsumowując, zwolennicy prawa do aborcji podtrzymują, że prawo kobiety do dysponowania swoim ciałem, losem i informacjami jej dotyczącymi wymaga, aby państwo nie ingerowało w decyzje związane z ciążą[28].

6. Kościół Katolicki o aborcji

Teologia moralna opiera się na Objawieniu Bożym, więc przyjmuje się, że przy moralnej ocenie aborcji należy powołać się na Pismo Święte[29]. Zarówno Stary, jak i Nowy Testament nie głoszą nic o przerywaniu ciąży. Jednak Pismo Święte traktuje poczęte życie z szacunkiem, przeświadczeniem, że powstaje za przyczyną samego Boga. Według bp. K. Majdańskiego człowiek przeciwstawiający się życiu, przeciwstawia się Bogu Życia, jego zamiarowi i błogosławieństwu[30].

---

26 *Początki ludzkiego życia. Antologia Bioetyki Tom 2*, red. W. Galewicz, Kraków 2010, s. 163.

27 D. Ślęczek-Czakon, *op.cit.,* s. 97.

28 J. Kis, *op.cit.,* s. 26.

29 M. Zakrzewska, *Aborcja a moralność,* Warszawa 2010, s. 8.

30 bp K. Majdański, *Cywilizacja życia*, Lublin 1988, s.14.

W konstytucji *Apostolicae Sedis* z 1869 r. Pius IX żądał ekskomuniki za aborcję dokonaną w każdym stadium ciąży. Dla Piusa IX każda aborcja jest zabójstwem. Jest to pierwsze potwierdzenie przez Kościół faktu uczłowieczenia w chwili zapłodnienia.

W 1968 r. Paweł VI w encyklice *Humanae vitae* stwierdził, że każde życie ludzkie wymaga, by każdy rodzaj aborcji był zakazany. Stanowisko to oparte zostało na konieczności powiązania stosunku seksualnego z prokreacją, a także bazowało na doktrynie o uczłowieczeniu w chwili poczęcia[31]. Sześć lat później Święta Kongregacja do Spraw Wiary opublikowała Deklarację o przerwaniu ciąży. Deklaracja ta dowodzi, że płód jest bytem ludzkim od chwili poczęcia, choćby nawet nie był kompletną ludzką istotą: „Niewątpliwie wszelkie życie ludzkie domaga się poszanowania już od momentu poczęcia. Skoro tylko jajeczko ulega zapłodnieniu, rozpoczyna się życie, które nie należy już ani do ojca, ani do matki, ale do nowej żyjącej istoty ludzkiej, która rozwija się dla siebie samej. I nigdy nie stanie się ludzka, jeśli już wtedy nią nie była".

Jan Paweł II w encyklice *Evangelium Vitae* z 1995 r. uznał, że „wśród wszystkich przestępstw przeciw życiu, jakie człowiek może popełnić, przerwanie ciąży ma cechy, które czynią z niego występek szczególnie poważny i godny potępienia. Sobór Watykański II określa je wraz z dzieciobójstwem jako okropne przestępstwa". Według Jana Pawła II „tym, kto zostaje zabity, jest istota ludzka u progu życia, a więc istota najbardziej niewinna, jaką w ogóle można sobie wyobrazić: nie sposób uznać jej za napastnika, a tym bardziej za napastnika niesprawiedliwego! Jest ona słaba i bezbronna do tego stopnia, że jest pozbawiona nawet tej znikomej obrony, jaką stanowi dla nowo narodzonego dziecka jego błagalne kwilenie i płacz. Jest całkowicie powierzona trosce i opiece tej, która nosi ją w łonie. Ale czasem to właśnie ona, matka, podejmuje decyzję i domaga się zabójstwa tej istoty, a nawet sama je powoduje"[32].

Papież Franciszek w ogłoszonym liście apostolskim z okazji zakończenia Roku Świętego udzielił wszystkim kapłanom władzy rozgrzeszania osób, które dokonały aborcji (wcześniej mogli go udzielać co najmniej biskupi)[33]. W ten sposób papież przedłużył swoją decyzję, jaka obowiązywała w Roku Świętego Miłosierdzia i została wyrażona w liście z 1 września 2015 r.[34]

7. Aborcja – obecny stan prawny w Polsce, czyli kilka uwag o ustawie z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (dalej: ustawa o planowaniu rodziny)[35]

Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. wprowadziła normatywną ochronę życia, ponieważ zarówno Konstytucja PRL-u z 1952 r., jak i akty prawne niższej rangi nie znały wcześniej

[31] http://www.humanizm.net.pl/wspol.htm 17.03.2017.

[32] Encyklika Jana Pawła II *Evangelium Vitae* z 1995 r.

[33] „To, czego udzieliłem w sposób ograniczony na okres Jubileuszu zostaje obecnie przedłużone w czasie, niezależnie od jakichkolwiek przeciwnych rozporządzeń".

[34] Papież Franciszek napisał wtedy, że upoważnia wszystkich kapłanów w Roku Jubileuszowym „do rozgrzeszenia z grzechu aborcji osób, które jej dokonały, żałują z całego serca i proszą o przebaczenie".

[35] Dz.U. nr 17 poz. 78.

tego typu postanowień[36]. Pracom legislacyjnym poprzedzającym uchwalenie ustawy z 1993 r. towarzyszyła gorąca debata dotycząca prawa do życia, prawnej ochrony życia i jej granic. Pokłosiem tej dyskusji było wniesienie w grudniu 1991 r. do Sejmu projektu ustawy dotyczącej ochrony życia w fazie prenatalnej. Wspomniana ustawa została uchwalona podczas trzeciego czytania w Sejmie 213 głosami, przy 171 przeciwnych oraz 29 wstrzymujących się[37].

Art. 1 ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny początkowo stanowił, że „Każda istota ludzka ma od chwili poczęcia przyrodzone prawo do życia", a ust. 2 „Życie i zdrowie dziecka od chwili jego poczęcia pozostają pod ochroną prawa". Można zauważyć niekonsekwencję terminologiczną ustawodawcy, który raz wymienia jako podmiot praw wywodzonych z przywołanych regulacji „istotę ludzką", zaś inny razem „dziecko od chwili jego poczęcia".

Omawiany artykuł został znowelizowany ustawą 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 (dalej: ustawa o zmianie ustawy o planowaniu rodziny)[38]. Art. 1 ustawy o planowaniu rodziny zyskał następujące brzmienie: „Prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej w granicach określonych w ustawie". Taka zmiana była świadectwem liberalizacji podejścia do kwestii ochrony życia płodu, ponieważ uznano, że ochrona życia w fazie prenatalnej może doznawać ograniczeń wprowadzanych w drodze ustawowej[39].

11 grudnia 1996 r. grupa senatorów wniosła wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności m.in. art. 1 ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny z wtedy obowiązującym art. 1, art. 67 ust. 1 i 2 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym[40].

W wyroku z dnia 28 maja 1997 r. (K 26/96)[41] Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny są niezgodne z art. 1 oraz art. 79 ust 1 przepisów konstytucyjnych pozostających w mocy na podstawie art. 77 Małej Konstytucji z 1992 r., ponieważ naruszają konstytucyjne gwarancje ochrony życia ludzkiego w każdej fazie rozwoju. W uzasadnieniu Trybunał stwierdził, że „Obowiązujące w Polsce regulacje o charakterze konstytucyjnym nie zawierają przepisu bezpośrednio odnoszącego się do ochrony życia. Nie oznacza to wszakże, iż życie ludzkie nie ma charakteru wartości konstytucyjnej. Podstawowym przepisem, z którego należy wyprowadzać konstytucyjną ochronę życia ludzkiego, jest art. 1 przepisów konstytucyjnych utrzymanych w mocy, w szczególności zaś zasada demokratycznego państwa prawnego. Państwo takie realizuje się bowiem wyłącznie jako wspólnota ludzi,

[36] R. Grabowski, *Prawo do ochrony życia w polskim prawie konstytucyjnym,* Rzeszów 2006, s. 111.

[37] http://orka.sejm.gov.pl/proc1.nsf/opisy/190.htm, 17.03.2017.

[38] Dz.U. nr 139 poz. 646.

[39] http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=1349, 17.03.2017.

[40] Dz.U. nr 84 poz. 426; http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=1349, 17.03.2017.

[41] OTK ZU nr 2/1997, poz. 19, Legalis.

i tylko ludzie mogą być właściwymi podmiotami praw i obowiązków stanowionych w takim państwie. Podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków".

Orzeczenie to jest przełomowe, bowiem uznaje życie za wartość konstytucyjną, jak i prawo do jego ochrony. W opinii Trybunału wspomniana wartość konstytucyjna odnosi się również do fazy prenatalnej, co stoi na przeszkodzie różnicowania wartości życia na różnych etapach jego rozwoju. Spore kontrowersje wywołało przypisanie przez Trybunał prawu do życia charakteru absolutnego. Przeciwnicy tego stwierdzenia powoływali się na to, że prawo do życia nie ma takiego charakteru ani w świetle obowiązujących wtedy przepisów ani w świetle przepisów ratyfikowanych umów międzynarodowych[42].

Najważniejszymi dla aktualnej ustawy o planowaniu rodziny są art. 4a, 4b i 4c, które zostały dodane ustawą o zmianie ustawy o planowaniu rodziny. W przepisach tych określono m.in. kwestie dopuszczalności przerwania ciąży oraz tryb, w jakim zabieg ten może zostać dokonany. W aktualnej wersji art. 4a ust. 1 ustalono okoliczności, w których można dokonać przerwania ciąży, z zastrzeżeniem, iż może to uczynić jedynie lekarz. Może to nastąpić, tylko i wyłącznie gdy:

1. ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej,

2. badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu,

3. zachodzi uzasadnione podejrzenie, iż ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego.

Artykuł ten w pozostałych swoich ustępach zawiera wytyczne, kiedy i w jakich okolicznościach mogą znaleźć zastosowanie poszczególne punkty ust. 1[43].

[42] R. Grabowski, *op.cit.,* s. 142–143.

[43] „2. W przypadkach określonych w ust. 1 pkt 2 przerwanie ciąży jest dopuszczalne do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej; w przypadku określonym w ust. 1 pkt 3 lub 4, jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni.
3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 2, przerwania ciąży dokonuje lekarz w szpitalu.
4. Do przerwania ciąży wymagana jest pisemna zgoda kobiety. W przypadku małoletniej lub kobiety ubezwłasnowolnionej całkowicie wymagana jest pisemna zgoda jej przedstawiciela ustawowego. W przypadku małoletniej powyżej 13 roku życia wymagana jest również pisemna zgoda tej osoby. W przypadku małoletniej poniżej 13 roku życia wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego, a małoletnia ma prawo do wyrażenia własnej opinii. W przypadku kobiety ubezwłasnowolnionej całkowicie wymagana jest także pisemna zgoda tej osoby, chyba że na wyrażenie zgody nie pozwala stan jej zdrowia psychicznego. W razie braku zgody przedstawiciela ustawowego, do przerwania ciąży wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego.
5. Wystąpienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 1 i 2, stwierdza inny lekarz niż dokonujący przerwania ciąży, chyba że ciąża zagraża bezpośrednio życiu kobiety. Okoliczność, o której mowa w ust. 1 pkt 3, stwierdza prokurator.
6. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, kobieta składa pisemne oświadczenie, a ponadto zaświadczenie o odbytej konsultacji u lekarza podstawowej opieki zdrowotnej, innego niż dokonujący przerwania ciąży, lub u innej wybranej przez siebie uprawnionej osoby. Przerwanie ciąży może być dokonane, jeżeli kobieta podtrzymuje zamiar przerwania ciąży po upływie 3 dni od konsultacji.

W art. 4a ust. 9 ustawy o planowaniu rodziny wyrażona została norma legitymująca Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej do określenia, w drodze rozporządzenia, po zasięgnięciu opinii Naczelnej Rady Lekarskiej, kwalifikacji zawodowych lekarzy, uprawniających do dokonania przerwania ciąży oraz kwalifikacji lekarzy, o których mowa we wspomnianym art. 4a ust. 5. Jednak kwestie związane z samym rozporządzeniem, jak i klauzulą sumienia, nie są bezpośrednio związane z celem niniejszej pracy, w związku z czym zostaną w niej pominięte.

Jak już zostało wspomniane we wstępie, aborcja stanowi od pewnego czasu gorący temat w mediach i parlamencie. 22 września 2016 r. w Sejmie RP przedstawiono dwa projekty ustaw, które zmieniały podstawowe założenia ustawy o planowaniu rodziny[44]. Pierwszy z nich został złożony przez komitet Stop Aborcji i zakładał likwidację istniejących obecnie trzech wyjątków dopuszczających aborcję. Co więcej, karane miało być „spowodowanie śmierci dziecka poczętego" – kara od trzech do pięciu lat pozbawienia wolności. Zaś drugi był autorstwa komitetu Ratujmy Kobiety i prezentował całkowicie odmienne stanowisko. Komitet ten chciał liberalizacji prawa aborcyjnego, m.in. legalnej aborcji do końca 12 tygodnia ciąży. Jeżeli kobieta zdecydowałaby się na zabieg w tym terminie, to zostałby przeprowadzony w ciągu 72 godzin.

Oba projekty wywołały falę protestów (m.in. czarne protesty) i negatywnych emocji w całym kraju mimo, że żaden z nich nie został ostatecznie uchwalony. Według wyników sondażu CBOS z pierwszej połowy listopada 2016 r., przeprowadzony na próbie 1019 osób, 58% ankietowanych opowiedziało się za pozostawieniem przepisów dotyczących możliwości przerywania ciąży w niezmienionej formie. Za zaostrzeniem prawa opowiedziało się 7% ankietowanych, zaś za jego liberalizacją 27%. W tym samym badaniu 58% ankietowanych wyraziło poparcie czarnym protestom organizowanym m.in. jako sprzeciw wobec inicjatywom zaostrzającym prawo aborcyjne i walkę o prawa kobiet. Swój sprzeciw w tej kwestii wyraziło 26% respondentów[45].

Jak wskazuje powyższa analiza, aktualne regulacje dotyczące możliwości dokonywania legalnych aborcji satysfakcjonują większość Polaków i nie potrzebują one radykalnych zmian.

8. Wyrok ETPCz w sprawie Alicja Tysiąc przeciwko Polsce

Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie rozpatrywał skargi dotyczące kwestii związanych z przerywaniem ciąży. Najbardziej znanym wyrokiem ETPCz odnoszącym

7. Celem konsultacji, o której mowa w ust. 6, jest w szczególności ustalenie sytuacji zdrowotnej i życiowej kobiety, pomoc w rozwiązaniu jej problemów, między innymi poprzez wskazanie dostępnych form pomocy przysługujących kobietom w związku z ciążą i po urodzeniu dziecka, poinformowanie kobiety o ochronie prawnej życia w fazie prenatalnej, o aspektach medycznych ciąży oraz przerwania ciąży, a także ośrodkach i metodach antykoncepcyjnych. Za zgodą kobiety w konsultacji może wziąć udział jej partner, członkowie rodziny lub inna bliska osoba".

[44] http://www.polskatimes.pl/fakty/polityka/a/spor-o-aborcje-w-sejmie-dwa-przeciwstawne-projekty-i-propozycja-referendum-video,10657680/, 16.03.2017.

[45] http://www.rp.pl/Spoleczenstwo/161129039-Sondaz-CBOS-wiekszosc-Polakow-przeciwnych-zmianom-przepisow-aborcyjnych.html#ap-1, 16.03.2017.

się do aborcji, a który zapadł przeciwko Polsce, jest wyrok z dnia 20 marca 2007 r. w sprawie *Alicja Tysiąc przeciwko Polsce* (skarga nr 5410/03)[46]. Trybunał stwierdził w nim naruszenie przez Polskę art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[47] i zasądził na rzecz A. Tysiąc zadośćuczynienie w wysokości 25 000 EUR oraz zwrot kosztów postępowania w wysokości 14 000 EUR.

Skarga dotyczyła naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego poprzez nieuzasadnioną odmowę wykonania zabiegu przerwania ciąży z powodów medycznych. Ciąża i poród mogły przyczynić się do odklejenia się siatkówki, a w konsekwencji do utraty wzroku kobiety. Zagrożenie to zostało potwierdzone przez trzech specjalistów z zakresu okulistyki. Warto dodać, że w 2000 r. kobieta miała wadę wzroku – 20 dioptrii, co było spowodowane postępującą retinopatią. Wykonanie zabiegu aborcji okazało się niemożliwe, ponieważ lekarze pracujący w publicznej opiece zdrowotnej stwierdzili, że przypadek A. Tysiąc nie upoważnia ich do dokonania legalnej aborcji ze względów zdrowotnych.

Alicja Tysiąc w skardze do ETPCz wskazała naruszenia art. 3, 8, 13, i 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W staraniach o zadośćuczynienie kobietę wspierały Federacja na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny oraz Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Podmioty te wystąpiły z wnioskiem o zgodę na udział w sprawie *Alicja Tysiąc przeciwko Polsce* i przedstawiły swoje opinie. HFPC wskazywała na to, że w praktyce kobiety w Polsce mają poważnie ograniczony dostęp do aborcji dozwolonych na podstawie art. 4a Ustawy o planowaniu rodziny. Świadczyć o tym miała liczba aborcji dozwolonych na podstawie prawa, dokonywanych w ostatnich latach, bowiem liczba ta spadła z 782 w 1994 r. do nie więcej niż 200 w kolejnych latach[48]. Trybunał podzielił stanowisko Alicji Tysiąc i uznał, że państwo będące sygnatariuszem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ma obowiązek zapewnienia efektywnych mechanizmów chroniących indywidualne osoby przed ingerencją państwa w sferę życia prywatnego. W opinii ETPCz (stosunek głosów sześć do jednego) sytuacja A. Tysiąc stanowiła naruszenie art. 8 Konwencji, ponieważ kobieta z powodu braku procedur odwoławczych nie miała żadnej możliwości kwestionowania decyzji lekarskich. Jednomyślnie odrzucono wniosek o potwierdzenie złamania art. 3 Konwencji. Zaś rozpatrywanie naruszenia art. 13 i art. 14 Trybunał uznał za bezzasadne, ze względu na stwierdzenie naruszenia art. 8 Konwencji[49].

Należy zaznaczyć, iż Trybunał podczas rozpatrywania skargi nie analizował ani czy przepisy Konwencji dawały A. Tysiąc prawo do dokonania legalnej aborcji ani tego, czy decyzja lekarzy, którzy odmówili kobiecie przeprowadzenia aborcji była słuszna.

---

[46] http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79812, 16.03.2017.

[47] Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).

[48] http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/aktualnosci/sprawa-alicji-tysiac-trybunal-podzielil-uwagi-psp.html, 17.03.2017.

[49] Wyrok ETPCz z dnia 20 marca 2007 r., *Alicja Tysiąc przeciwko Polsce.*

Trybunał skupił się na wykazaniu, że państwo polskie powinno respektować prawo do poszanowania życia prywatnego jednostki.

Rząd polski zdecydował się złożyć odwołanie od wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie Alicji Tysiąc. Jednak 24 września 2007 r. 5 sędziów Wielkiej Izby Trybunału w Strasburgu odrzuciło je i tym samym wyrok, który zapadł 20 marca, stał się ostateczny.

9. Podsumowanie

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania można dojść do wniosku, że to nie brak prawa do aborcji, ale brak zapewnienia dostępu do niej, w niektórych przypadkach może doprowadzić do naruszeń praw człowieka. W związku z tym zasadny wydaje się postulat Amnesty International, zgodnie z którym państwo powinno zapewniać realny dostęp do możliwości przerywania ciąży w przypadkach, którym nie da się zapobiec, poprzez dostęp do antykoncepcji czy edukacji seksualnej[50]. Do takich przypadków należy zaliczyć sytuacje, gdy ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety, gdy jest wynikiem zgwałcenia lub innego czynu zabronionego, oraz gdy płód jest poważnie i nieodwracalnie uszkodzony.

Aby zrealizować powyższy postulat, kobietom należy zagwarantować dostęp do rzetelnych informacji o ich stanie zdrowia. To właśnie wtedy będą mogły podjąć decyzję o przerwaniu lub kontynuowaniu ciąży. Nawet jeżeli dokonają one aborcji w sposób nielegalny i cierpią z powodu komplikacji, to państwo musi zapewnić im opiekę medyczną. Stopień wspomnianych nielegalnych aborcji spadnie, jeżeli państwo w sytuacjach w których dopuszcza przerywanie ciąży, usunie bariery w dostępie do tych świadczeń, tak aby były one zagwarantowane realnie a nie tylko prawnie.

W tym miejscu należy przytoczyć sprawę Savity Halappanavar z Irlandii, państwa w którym aborcja jest nielegalna, nie licząc przypadku realnego i poważnego zagrożenia życia kobiety. Savita Halappanavar trafiła w październiku 2012 r. do szpitala z powodu zagrożonej ciąży. Stwierdzono, że płód jest na tyle uszkodzony, że nie przeżyje, ale i tak odmówiono jej usunięcia ciąży. Kilka dnia później kobieta zmarła na sepsę. W Irlandii kobiecie i lekarzowi grozi do 14 lat kary pozbawienia wolności za przerwanie ciąży, nawet jeżeli jest ona wynikiem gwałtu lub zagraża zdrowiu[51].

Mając na uwadze przykład Savity Halappanavar nasuwa się stwierdzenie, że nakładanie odpowiedzialności karnej na lekarza i kobietę prowadzi do naruszeń praw człowieka. Kryminalizacja przerywania ciąży powoduje, że lekarz nie może podjąć zasadnej medycznie decyzji o możliwości przerwania ciąży, ponieważ obawia się odpowiedzialności. Niewątpliwie powoduje to zagrożenie życia i zdrowia kobiet.

Na zakończenie pozwolę sobie przytoczyć klasykę, czyli słowa Jana Pawła II „Naród, który zabija własne dzieci, jest narodem bez przyszłości"[52] i zestawić je ze stanowiskiem

[50] https://amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2016/07/AI_przerywanie-ci%C4%85%C5%BCy-a-prawa-czlowieka_web.pdf, 16.03.2017.

[51] *Ibidem*.

[52] Słowa wypowiedziane przez Jana Pawła II podczas Homilii w Sanktuarium św. Józefa w Kaliszu, 4 czerwca 1997 r.

Simone de Beauvoir, że „Przerwanie ciąży jest zabiegiem podobnym do wyrwania zęba", wybór konkretnego stanowiska pozostawiam osobom czytającym ten artykuł, ale należy mieć na uwadze słowa Ronalda Regana, który kiedyś powiedział tak: „Zauważyłem, że wszyscy którzy są za aborcją, zdążyli się urodzić"[53]. Może dlatego dobrym rozwiązaniem jest stanowisko kompromisowe?

* * *

Child's Life Versus the Right to Self-Determination, a Few Remarks about the Relationship of Abortion and Constitutional Law

During last months abortion problem was widely discussed in Poland, causing many emotions and waves of protests. This issue is one of the hardest not only from the legal, but also ethic perspective. Presented views begin from opting for full forbidding an abortion because of the inviolability of human life, through those recognizing woman's right to termination of pregnancy in some, extraordinary cases, to the allowance of pregnancy termination in any case if it didn't last too long already. In Poland, protection of human life began in 1993 and was introduced by the bill on planning the family. However it is unclear if protection granted by the statute is enough. On the one side Polish law enables women to abort a pregnancy in cases when their lives are in danger, when the fetus is severely damaged or when it was a result of rape. However, the ECHR's judgment in the case of Alicja Tysiąc points out that Polish legal system not necessarily fulfills the standards of abortion's availability. On the other hand one shouldn't forget that the law should also provide the protection of human life so it is inevitable to skip the waging of values on the basis of article 31 pas. 3 of Polish Constitution. Applying the test of proportionality leads to the conclusion that liberalization of abortion law is impossible in current law structure, but taking the health and privacy of women under consideration, abortion should be possible in extreme conditions.

Key words: abortion, right to life, right to self-determination

[53] Słowa wypowiedziane 21 września 1980 r. podczas debaty prezydenckiej w Baltimore.

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Monika Gniadek[1]

Znaczenie zgody na leczenie w odniesieniu do prawa konstytucyjnego i karnego

Streszczenie

Zgoda pacjenta na leczenie jest przedmiotem wielu regulacji prawnych, niekoniecznie spójnych ze sobą. Artykuł koncentruje się na tych zawartych głównie w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta odnoszących się do problematyki zgody, jej charakteru prawnego oraz wymogów powodujących jej pełną skuteczność prawną.

W kontekście konstytucyjnym istotne jest przedstawienie ewolucji podstawowych wartości konstytucyjnych i wyprowadzenia z nich ważnego w omawianym temacie prawa do samostanowienia. Warto zastanowić się jaki, ze względu na specyfikę prawa medycznego, prawo to ma przybrać kształt. Pomocne będzie zilustrowanie dwóch, przeciwne spojrzenia na charakter relacji pacjent – lekarz rozwijanych w doktrynie – model paternalistyczny oraz autonomiczny, by wreszcie doprowadzić do pewnego kompromisu, który najpełniej odpowiada wymogom rzeczywistości medycznej pozwalając rozłożyć odpowiedzialność za leczenie na obie strony we względnie równym stopniu i będzie to model partnerski.

Kolejnym omawianym aspektem będą regulacje chroniące pacjenta przed bezprawną ingerencją w prawo do samostanowienia, zawarte w art. 192 Kodeksu Karnego. Zostanie przeprowadzona analiza niezwykle nieostrych i nieprecyzyjnych znamion typu czynu zabronionego, co może prowadzić do faktycznych problemów w jego zastosowaniu.

Słowa kluczowe: zgoda pacjenta na leczenie, prawo medyczne, art. 192 k.k., ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentysty

---

[1] Autorka jest studentką III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

1. Wprowadzenie

Przedmiotem artykułu jest zgoda pacjenta na leczenie ujęta w trzech aspektach – konstytucyjnym, medycznym oraz karnym. Takie wieloaspektowe przedstawienie tematu wydaje się być konieczne by w sposób pełny przedstawić charakter tej instytucji. Omówienie jest tym bardziej istotne ze względu na powoli następujące rzeczywiste przewartościowanie w istniejącym od wieków konflikcie prawa do autonomii oraz prawa lekarza, jako podmiotu wyspecjalizowanego, do decydowania niejako za pacjenta o jego zdrowiu i życiu. Konflikt jest wpisany w istotę problemu, jednak został zauważony szerzej dopiero w XIX w. wraz z powstaniem nowych idei politycznych i socjalnych, które przyznawały człowiekowi prawo do życia w godności i wolności. Jednak sam wymóg uzyskania niewadliwej zgody pojawił się dopiero w polskim ustawodawstwie międzywojennym i rozwijany był w XX w. Ciągły postęp medycyny oraz podniesienie poziomu świadomości społeczeństwa na temat zdrowia doprowadził obecnie do rzeczywistego respektowania przez lekarzy wymogu uzyskania zgody pacjenta, niezależnie od skutków, jakie ona niesie. O wzroście świadomości społecznej świadczą dane zarejestrowane przez Instytut Zdrowia Publicznego UJ w 2013 r – aż 64 tysiące osób twierdziło, że złamano ich prawa jako pacjentów[2].

2. Aspekt konstytucyjny

Prawo pacjenta do decydowania o swoim losie za pomocą omawianej instytucji, jaką jest zgoda na leczenie, ma konstytucyjne podłoże umiejscowione w niezbywalnych i przyrodzonych prawach człowieka. Warto prześledzić ewolucję tych praw na gruncie prawa konstytucyjnego oraz zastanowić się, w jaki sposób praktyka lekarska może dać jej najpełniejszy wyraz przy uwzględnieniu swoistego charakteru tej specjalizacji.

2.1. Konstytucyjne uwarunkowania zgody na leczenie

Obecnie obowiązek uzyskania uświadomionej zgody pacjenta na zabieg leczniczy wyprowadza się z art. 41 Konstytucji (nietykalność osobista i wolność osobista) oraz z art. 47 (prawo do decydowania o swoim życiu osobistym). Zanim jednak wprowadzono te podstawowe prawa do Konstytucji z 1997 r., droga wiodąca do ochrony prywatności prowadziła początkowo przez regulacje stosunków wertykalnych w Kodeksie Cywilnym. Przełomem w zakresie regulacji stosunków horyzontalnych, chroniących jednostkę przed działaniami państwa oraz jednocześnie zobowiązujących władze do wprowadzenia mechanizmów otaczających opieką obywatela, była działalność orzecznicza Trybunału Konstytucyjnego i praca nad zasadą demokratycznego państwa prawnego. Była to swoista konstytucyjna klauzula generalna tworząca ramy normatywne dla określenia pozycji jednostki, jej praw niezbywalnych oraz wyznaczająca kierunek ewolucji całego systemu. Wskutek tego, prawo do życia prywatnego uzyskało rangę konstytucyjną jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r.

[2] Dane podane na V Kongresie Prawa Medycznego, Kraków 1–2.12.2016 przez M. Jóźwik, *Nowoczesne zasady uzyskiwania zgody na zabieg z punktu widzenia lekarza.*

Potwierdziło to szereg orzeczeń TK wspieranych jednocześnie Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. W sprawie o sygn. K 21/96 Trybunał stwierdził, że „Decydujące znaczenie ma uznanie prawa do prywatności przez międzynarodowe regulacje dotyczące praw człowieka i powiązanie przez orzecznictwo europejskie tego prawa z ogólną zasadą rządów prawa. Pozwala to przyjąć, że uznanie i zapewnienie należytej ochrony prawu do prywatności jest koniecznym elementem demokratycznego państwa prawa, a tym samym mieści się w ogólnej klauzuli art. 1 przepisów konstytucyjnych. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ustabilizowało się już przeświadczenie, że zasada demokratycznego państwa prawnego obejmuje swym zakresem także pewne treści materialne, w szczególności powiązane z prawami i wolnościami jednostki. To rozumowanie doprowadziło do wydobycia z art. 1 Konstytucji RP z 1952 r. takich elementów sytuacji prawnej jednostki, jak prawo do sądu, prawo do godności, prawo do życia. Trybunał Konstytucyjny uważa, że art. 1 daje też podstawy do sformułowania konstytucyjnego prawa do prywatności rozumianego m.in. jako prawo do zachowania w tajemnicy informacji o swoim życiu prywatnym”[3]. Podniesienie tym samym prawa do prywatności na poziom konstytucyjny doprowadziło do uznania, że jest to samodzielna sfera wolności jednostki, która nie może być sprowadzana do innych wyodrębnionych praw takich jak tajemnica korespondencji czy nienaruszalność mieszkania.

Wreszcie Konstytucja z 1997 r. potwierdziła prawo do ochrony życia prywatnego w art. 47. Art. 233.1 zaliczający prawo do prywatności do praw, które nie mogą zostać ograniczone w stanach wojennym lub wyjątkowym, umiejscowiło prawo to w sferze najsilniejszej ochrony konstytucyjnej. Prywatność znajduje oparcie w dwóch prawach podstawowych – godności człowieka oraz wolności. Jednakże wyodrębnienie prywatności i objęcie ją wyodrębnioną ochroną kieruje uwagę na te aspekty godności i wolności człowieka, które szczególnie dziś, w dobie rozwoju cywilizacyjnego, mogą być wyjątkowo zagrożone.

Z tego powodu istotne jest zwrócenie uwagi na prawo do prywatności przejawiające się w dysponowaniu przez pacjenta swoimi własnymi dobrami za pomocą zgody na leczenie. To pacjent pozostaje jedynym władnym podmiotem decydującym o swojej wolności, nawet w tak ekstremalnych kolizjach z prawem do życia i zdrowia. Wynika to z wyodrębnienia często pomijanego aspektu prawa do prywatności – wolność do decydowania o swoim życiu osobistym, rodzinnym, swoiste prawo do samostanowienia przysługujące każdej osobie. Sąd Najwyższy podkreślił, że w demokratycznym państwie prawnym wolność, w tym także wolność życia prywatnego oraz autonomia dokonywanych wyborów, jest chroniona w sposób szczególny, jako jedna z fundamentalnych zasad współczesnej doktryny praw człowieka, powierzona specjalnej opiece państwa przez Konstytucję[4].

Pojęcie nietykalności osobistej charakteryzuje „zagwarantowaną możliwość utrzymania przez jednostkę swej tożsamości i integralności tak fizycznej, jak i psychicznej

[3] OTK ZU nr 2/1997, poz. 23.

[4] Postanowienie SN z dnia 27.10.2005 r., III CK 155/05.

oraz zakaz jakiejkolwiek, bezpośredniej i pośredniej ingerencji z zewnątrz, naruszającej tę integralność"[5].

Jak wcześniej wspomniałam, składnik prawa do prywatności, jakim jest prawo do decydowania o swoim życiu osobistym, często pomijany, również w niewielkim stopniu znalazł wyraz w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W interesującym nas zakresie Trybunał zajął się kwestią zgody w uchwale o sygn. W 16/92 stwierdzając, że „eksperyment biomedyczny na człowieku, niemający charakteru leczniczego, dokonany bez osobiście wyrażonej zgody osoby poddanej temu eksperymentowi nie jest prawnie dopuszczalny (…). Dopuszczenie, bowiem eksperymentu badawczego bez zgody osoby, na której eksperyment jest dokonywany, narusza zasadę demokratycznego państwa prawa poprzez pogwałcenie godności człowieka sprowadzonego w takim przypadku do roli obiektu doświadczalnego"[6]. Standard, który tym orzeczeniem wprowadzono, nie powinien w żadnym wypadku ograniczać się do eksperymentów o charakterze nieterapeutycznym. Każdorazowo podjęcie świadczenia zdrowotnego bez zgody pacjenta narusza w sposób karygodny jego prawo do samostanowienia i decydowania o swojej sferze osobistej wolności.

2.2. Prawo do samostanowienia a specyfika prawa medycznego

Co jednak dało asumpt do położenia prymatu prawu do samostanowienia na gruncie prawa medycznego? Odpowiedzi na to pytanie udzieli nam analiza modeli relacji pacjent – lekarz przyjmowanych w przeszłości oraz obecnie aprobowanych i stosowanych. Historycznie pierwszym był model paternalistyczny, który zakładał celowe ingerowanie jednej osoby w priorytety innej, mając na uwadze dobro tej ostatniej[7]. Naturalne było podporządkowanie pacjenta lekarzowi, co wynikało z bezgranicznego zaufania dla lekarza, różnicy intelektualnej, ograniczonych metod leczenia oraz wysokiego poziomu deontologii lekarskiej[8]. W dobie nowych idei politycznych i socjalnych, które przyznawały człowiekowi prawo do życia w godności i wolności, pojawiło się tym samym podważenie tak jednostronnej relacji. Obecnie w medycynie paternalizm krytykowany jest za to, że „stosuje autorytarne podejście do pacjenta" mimo jego dobroczynnego celu[9]. Według I. Berlina[10] paternalizm należy traktować jako największe zagrożenie dla autonomii, gdyż traktuje ludzi jako istoty bezwolne i pozbawia ich prawa do samostanowienia.

Na kanwie tej krytyki, w związku z postępującym rozwojem medycyny oraz podniesieniem poziomu świadomości społeczeństwa, pojawiały się głosy za dopuszczeniem udziału pacjenta w procesie decyzyjnym. Wypracowywano model autonomiczny. Przejawem autonomii jest prawo do samodecydowania, w tym do wyboru metody leczenia. T.L. Beauchamp i J.F. Childress wyodrębniają dwa konstytutywne elementy

[5] P. Sarnecki, *Komentarz do art. 41* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom III*, red. L. Garlicki.

[6] Dz.U. 1993 nr 023 poz. 103.

[7] G. Dworkin, *Paternalism* [w:] *The Standford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, Witer Edition 2002.

[8] T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2012, s. 45-46.

[9] T. Biesaga, *Autonomia lekarza i pacjenta a cel medyczny*, Medycyna Praktyczna 2005, nr 6, s. 20.

[10] I. Berlin, *Cztery eseje o wolności*, Warszawa 1994, s. 197.

autonomii: wolność (niezależność od czynników kontrolujących) oraz spontaniczne działanie (zdolność do intencjonalnego działania)[11]. Warto przytoczyć klasyczne uzasadnienie zasady autonomii Johna Stuarta Milla, które lepiej przystaje do specyfiki rzeczywistości lekarskiej ze względu na odrzucenie bezwzględnej bezkompromisowości i dopuszczenie pewnych wyjątków od niej np. w sytuacji, gdy „poszanowanie autonomii człowieka szkodziłoby jemu samemu lub drugiemu człowiekowi"[12]. Zgodnie z filozofią J. Locke'a prawo do autonomii przyznawane jest jednostce, która jest myśląca, obdarzona rozumem, ujmująca siebie myślą, jako samą siebie, taka, która doświadcza własnych aktów poznawczych.

Prawidłowa relacja lekarz – pacjent powinna opierać się na zaufaniu, jakim obdarza lekarza pacjent. To zaufanie lekarz zdobywa przez udzielanie pacjentowi pełnych informacji na każdym etapie leczenia. Wydaje się, zatem, że to model partnerski umożliwia pacjentowi w sposób najpełniejszy uczestniczenie w procesie decyzyjnym, a przez to w terapeutycznym, który jego dotyczy. Zdaniem T.L. Beauchampa i J.F. Childressa „w wielu decyzjach podejmowanych w medycynie nie chodzi tyle o poszanowanie autonomii, ile o podtrzymanie zdolność do autonomii oraz sensownego życia. Wzgląd na autonomię liczy się często mniej niż potrzeba współczucia i okazania dobroci"[13].

Jednak również ten model relacji, mimo że zapewnia w sposób całkowity ochronę podstawowego prawa jednostki – prawa od samostanowienia – generuje pewne niebezpieczeństwa i obawy. Wynika to ze specyfiki sfery, jaką jest praktyka lekarska i tym samym prowadzi do wypracowania własnej, pochodnej konstrukcji odpowiadającej jej istocie. T. Brzeziński zauważa niebezpieczeństwo w tendencji przesuwania pełnej odpowiedzialności za decyzję z lekarza na pacjenta, która wynika z prób przekształcenia partnerskiego układu w usługowy[14]. Według Konstantego Radziwiłła „partnerstwo rozumiane jako równość stron, negocjacyjny sposób ustalania porozumienia i kompromis jako idealna droga do ustalania dalszego postępowania – nie pasuje do stosunku między lekarzem i jego podopiecznym". Postuluje on „przyjęcie przez lekarza postawy mądrego, życzliwego i przekonującego doradcy, który wczuwając się w potrzeby i oczekiwania pacjenta, wyjaśniając mu zawiłości jego stanu zdrowia i proponowanych metod diagnostyki i leczenia, znajduje sposób przekonania go do najlepszego wyboru"[15].

3. Charakter prawny zgody

Zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie pojawia się spór dotyczący charakteru prawnego zgody, o której traktuje artykuł. Część doktryny[16] uznaje ją za szczególną formę

[11] T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1996, s. 132.

[12] J.S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 8-9, 12-13, 91.

[13] T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady…*, s. 137.

[14] T. Brzeziński, *Etyka...,* s. 47, 61-62.

[15] K. Radziwiłł, *Kodeks Etyki Lekarskiej: odcinek 22: zgoda pacjenta w działaniach diagnostycznych, leczniczych i zapobiegawczych*, Medycyna Praktyczna, 2015, 3, s. 126-128.

[16] Tak: M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 249; T. Dukiet-Nagórska, Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim, Pr. i Md. 2000, nr 2 (6/7, vol. 2), s. 82; M. Nestorowicz, *Kontraktowa*

oświadczenia woli w rozumieniu cywilistycznym, co początkowo przyjął również Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu, twierdząc że „można bronić poglądu kwalifikującego zgodę pacjenta jako oświadczenie woli, bowiem jej wyrażenie jest zdarzeniem, które zmierza do wywołania skutku prawnego w postaci uchylenia bezprawności działania lekarza dokonującego zabiegów”[17]. Skutkiem przyjęcia tej koncepcji będzie odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu Cywilnego do udzielonej zgody.

Przeciwnicy takiego stanowiska podnoszą, że jest to akt znacznie różniący się od oświadczenia woli jako czynności prawnej. Wyraża ona wyłącznie niezależność człowieka odnośnie zarządzania własnymi dobrami osobistymi i nie chroni interesów osób, do których jest adresowana[18].

W duchu powyższego stanowiska uchwalono dyrektywę unijną dotyczącą ochrony danych osobowych. Uznano, że zgoda jest świadomym i dobrowolnym wyrażeniem przyzwolenia na przetwarzanie odnoszących się do niej danych osobowych przez udzielającą osobę, której dane dotyczą[19]. Stwierdzono tym samym, że zgoda jest nowym typem oświadczenia woli, odrębnym od cywilistycznej definicji i podkreślono jej dobrowolny, świadomy charakter[20].

W związku z tym, na gruncie prawa medycznego jednolicie i słusznie przyjmuje się, że zgoda jest jednostronnym aktem woli o charakterze upoważniającym i odwołalnym, lecz nie jest *stricte* czynnością prawną w ujęciu cywilistycznym i tym samym dla jej ważności nie musi zostać spełniony wymóg posiadania zdolności do czynności prawnych. Końcowo podobnie przyjął Sąd Najwyższy w nowszym wyroku[21].

Na gruncie Kodeksu Cywilnego wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta wiąże się z naruszeniem dóbr osobistych jako dóbr przysługujących każdej osobie fizycznej, nierozerwalnie z nią związanych.

---

i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy, Warszawa-Poznań 1972, s. 20–21; S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 120; L. Ogiegło, *Wstęp do rozważań nad problematyką jednostronnych czynności prawnych w prawie zobowiązań*, SIS 1991, nr 16, s. 40; W. Nowak, *Prawne formy zgody pacjenta na eksperyment medyczny (zagadnienia cywilno-prawne),* Pr. i Med. 2005, br 3 (20, vol. 8), s. 52.

[17] Wyrok SN z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 303/04.

[18] M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 35; L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (Przestępstwo z art. 192 k.k.),* Prawo i Medycyna nr 3/2000, s. 36; A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzynkiewicz, M, Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, t. 2, Warszawa 2013, s. 559.

[19] Artykuł 2 lit. h) dyrektywy 95/46/WE Parlamentu europejskiego i Rady Unii Europejskiej w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych, Dz. Urz. WE L nr 81 z 23 listopada 1995 r., s. 31–50, Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 13, t. 15, s. 355.

[20] P. Fajgielski, *Zgoda na przetwarzanie danych osobowych* [w:] G. Sibiga, X. Konarski, *Ochrona danych osobowych. Aktualne problemy i nowe wyzwania*, Kraków 2007, s. 42–44; A. Adamus, *Zgoda na przetwarzanie danych osobowych jako wyraz autonomii informacyjnej jednostki*, Radca Prawny 2008, nr 2, s. 7–10; M. Jagielski, *Pojęcie świadomej zgody w naukach prawnych* [w:] *Realizacja zasady informed consent w kontekście realizacji lekarz-pacjent: wyzwania i bariery rozwojowe w Polsce*, Warszawa 2012, s. 21–31.

[21] Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2006 r., I CSK 191/06.

Pojęcie zgody występuje w aktach prawa międzynarodowego takich jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (artykuł 7), Konwencja Bioetyczna (artykuł 5), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (artykuł 3). Również Konstytucja RP wprowadza pojęcie zgody w kontekście eksperymentu medycznego, co było przedmiotem interpretacji Trybunału Konstytucyjnego.

4. Wymogi ustawowe

Po wypracowaniu jednolitego poglądu na charakter prawny zgody istotne jest doprecyzowanie problematyki dokonane w przepisach ustawy o prawach pacjenta oraz o zawodzie lekarza, które określają podstawowe wymogi dla zgody wiążącej i wywołującej skutki prawne. Wymagania te są jednocześnie rozwijane w judykaturze. Spełnienie ich gwarantuje pacjentowi zachowanie podmiotowości w procesie leczenia, lekarzowi zaś stan bezpieczeństwa prawnego. Warunki te są takie same dla wszelkich przypadków występujących w medycynie, gdzie potrzebna jest zgoda pacjenta. Są nimi: wymogi przedmiotowe – dokładnie określony przedmiot zgody; wymogi podmiotowe – zgoda wyrażona przez pacjenta lub inny uprawniony podmiot mający odpowiednią do tego kompetencję; zgoda wyrażona w sposób jasny, jednoznaczny i szczegółowy; zgoda wyrażona w sposób swobody; zgoda świadoma, objaśniona; zachowanie wymaganej formy oświadczenia.

4.1. Wymogi przedmiotowe

Przedmiotem zgody jest badanie[22] lub inne świadczenie zdrowotne[23] oraz zabiegi operacyjne i zastosowanie metod leczniczych lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta[24]. Warto podkreślić, że przedmiotem zgody ma być określone świadczenie zdrowotne. Konieczność konkretyzacji przedmiotu zgody nie budzi wątpliwości w nauce prawa, mimo iż brzmienie art. 32 jednoznacznie na to nie wskazuje. Artykuł ten należy bezwzględnie interpretować jako „określone świadczenia zdrowotne". Stanowisko to podzielił Sąd Najwyższy w wyroku II CR 74/81 jeszcze na gruncie poprzedniej ustawy o zawodzie lekarza.

Za M. Safjanem oraz B. Janiszewską można przyjąć, że art. 32 i in. dotyczą zabiegów o charakterze leczniczym tzn. podejmowanych w celu leczniczym oraz wykonanym *lege artis* (terapia, diagnostyka, profilaktyka, rehabilitacja, opieka paliatywno-hospicyjna, badania, zabiegi operacyjne, lecznicze i diagnostyczne). Jednakże ze względu na rozwój potrzeb oraz oczekiwań związanych z interwencjami lekarskimi rozszerzono

[22] Badanie jest *de facto* jedną z postaci świadczeń zdrowotnych, na co zwraca uwagę R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 341–342. J. Ignaczewski (*Zgoda pacjenta na leczenie*, Warszawa 2003, s. 10–11) pojęciem badania obejmuje „takie działania, które, nie naruszając integralności cielesnej, nie niosą za sobą żadnego ryzyka dla pacjenta" oraz „wszelkie inne czynności służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia pacjenta, których nie można według powyższych reguł zaliczyć do innych kategorii, którymi posługuje się Ustawa o zawodzie lekarza".

[23] Art. 32 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty.

[24] *Ibidem*, art. 34.

tę interpretację i objętą nią również zabiegi nieterapeutyczne (niemających na celu leczenia np. eksperymenty badawcze, operacje plastyczne). Część zabiegów nieterapeutycznych jest uregulowana ustawowo i w związku z tym należy spełnić wymogi wprowadzone przez ustawy[25].

Istnieje pytanie, czy można przyjąć, że dopuszczalnymi zabiegami nieterapeutycznymi (niezależnie od wyrażonej na nie zgody) są tylko te, które mają regulacje ustawową (*numerus clausus*). Racjonalne wydaje się odrzucenie tego stanowiska i dopuszczenie legalnego wykonywania niektórych zabiegów nieterapeutycznych. By uznać ich legalność konstruuje się odpowiedni katalog warunków[26]. Najważniejszym z nich zawsze jest zgoda zainteresowanego. Nie oznacza to, że pacjent może wyrazić zgodę na wszystkie zabiegi. Dokonanie zabiegu musi być zawsze uzasadnione stanem zdrowia pacjenta. W przypadku, gdy lekarz udzieli świadczenia zdrowotnego za zgodą pacjenta, lecz niezgodnie z zasadami wiedzy medycznej, może ponieść odpowiedzialność. Lekarz powinien podjąć decyzję, czy podjęcie stosowanego świadczenia jest zasadne i czy możliwe jest poprzestanie na mniej ryzykownych i ingerujących w organizm pacjenta działaniach.

Z konstrukcji dóbr o bezwzględnej wartości społecznej wywodzi się granice przedmiotowe zgody – będzie to pozbawienie człowieka życia oraz spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Bezwzględną granicą przedmiotową zgody jest sprzeczność z prawem lub zasadami współżycia społecznego. Przykładami są sytuacje wywołania przez lekarza uszczerbku na zdrowiu pacjenta, by ten mógł ubiegać się o zwolnienie ze służby wojskowej lub dokonanie chirurgicznej zmiany wyglądu zewnętrznego pacjenta ściganego za popełnienie przestępstwa.

Brak jest natomiast wyraźnej regulacji ustawowej odnoszącej się do hospitalizacji w znaczeniu samego umieszczenia pacjenta w szpitalu w celu wykonania badań (na te jest oczywiście konieczne uzyskanie dalszych zgód, lecz nie zgody bankietowej[27]). Poprzednie brzmienie ustawy o działalności leczniczej nakładało wymóg uzyskania zgody pacjenta, obecnie można pośrednio dopatrzeć się podstawy ku temu w zapisie stanowiącym, że wypisanie ze szpitala następuje na żądanie pacjenta. Skoro pacjent może zdecydować o zakończeniu hospitalizacji, to może tym bardziej nie wyrazić zgody na jej rozpoczęcie. Zasadne jest w mojej opinii podtrzymywanie stanowiska, że zgoda na przyjęcie do szpitala jest wymagana[28].

---

[25] Przykładowo art. 4a ustawy o ochronie płodu (Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78) oraz art. 25 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152) odnoszący się do eksperymentów badawczych.

[26] Odrębnie, co do zabiegów nieterapeutycznych nieuregulowanych ustawowo M. Safjan, *Prawo…*, s. 38–39.

[27] Szerzej na temat problematyki zgody blankietowej M. Boratyńska, *Wolny wybór*, s. 76 i in. oraz s. 146–153, Warszawa 2012 oraz M. Nestorowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2016, s. 165–166, który argumentuje, że pacjent wyrażający zgodę na bliżej nieokreślone świadczenia zdrowotne przez diagnozą i określenie sposobu leczenie nie jest zgodą na jakiekolwiek świadczenia zdrowotne. Zgoda blankietowa nie obejmuje późniejszych zabiegów, lekarz działający na jej podstawie działa poza zakresem zgody. Stanowisko podzielił Sąd Najwyższy w orzeczeniu I CR 463/72. Instytucja zgody blankietowej jest zbyt daleko idąca i tym samym nie do pogodzenia z godnością ludzką.

[28] Art. 29 ust 1 pkt 2 ustawy o działalności leczniczej (Dz.U. 2011 nr 112 poz. 654). Pogląd poparty jest również wymogami dotyczącymi dokumentacji medycznej sporządzanej w szpitalu. § 27 ust.1 pkt 12

4.2. Wymogi podmiotowe

Zgoda jest przede wszystkim wyrażana przez pacjenta – osobę, której świadczenie ma być udzielone[29]. Osoba taka musi kompetentna do wyrażenia zgody. W ramach tej kompetencji wyróżniamy jej aspekt prawny i psychologiczny. Nierozstrzygnięta w doktrynie jest interpretacja aspektu prawnego kompetencji. Odnosi się ona do spełnienia stawianych przez system prawa wymagań, dotyczących wieku i faktu (nie) ubezwłasnowolnienia pacjenta oraz zdolności do czynności prawnych. Część doktryny opowiada się za przyjęciem pełnej zdolności do czynności prawnych[30]. Przeciwnicy podnoszą, że jedynym kryterium prawnym jest wiek oraz stan ubezwłasnowolnienia wprowadzone *explicite* przez ustawę[31]. Zgodzę się, że nie ma potrzeby ograniczania autonomii jednostki przez wprowadzenie dodatkowego prawnego kryterium. Istotniejsze będzie zawsze odwołanie się do stanu psychicznego pacjenta w zakresie zdolności udzielenia zgody. Również przyjęcie stanowiska uznającego zgodę za oświadczenie woli, lecz nie w rozumieniu niecywilistycznym, przemawia na korzyść odrzucenia wymogu posiadania zdolności do czynności prawnych.

Aspekt psychologiczny kompetencji odwołuje się zasadniczo do kondycji samego pacjenta (na nią wpływ mają w przeważającej większości czynniki zewnętrze jak też w mniejszym zakresie wewnętrzne). Pojęcie „uświadomionego pacjenta" pozwala na szeroką interpretację i wzięcie pod uwagę licznych okoliczności: poinformowania, zrozumienia informacji, rozważenia istotnych racji do podjęcia decyzji oraz aspektów jej dobrowolności. Istotne jest ustalenie, czy osoba wyrażająca zgodę jest niezdolna do świadomego wyrażenia zgody. Każdorazowo oceny tej dokonuje lekarz[32]. Brak jest natomiast kryteriów pomocnych w tej ocenie. Według M. Safjana osobą niezdolną do świadomego wyrażenia zgody będzie w przypadku całkowitego braku świadomości, a nie tylko utrudnionego kontaktu ze światem zewnętrznym lub ograniczonej percepcji[33]. Takie rozwiązanie może prowadzić do niebezpieczeństwa związania lekarza stanowiskiem osoby, która faktycznie nie ma rozeznania w sprawie interwencji, o której decyduje i wydaje się zbyt radykalne. Przyjmuje się, że wola pacjenta zakłócona w stopniu znacznym[34] spowoduje wadliwość zgody i w takim wypadku lekarz powinien zwrócić się do sądu opiekuńczego bądź przedstawiciela ustawowego

Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania (Dz.U. 2015 poz. 2069).

[29] Art. 32 i nast. Ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152) oraz art. 16 ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (Dz.U. 2009 nr 52 poz. 417).

[30] Tak R. Kubiak, *Prawo…*, s. 259; *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz,* E. Buczek, Ł. Caban, Ł. Dziamski, W. Grecki, M. Kopeć (red.), A. Plichta, L. Retkowska-Mika, M. Urbańska, Warszawa 2016; tak T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda…*, s. 87.

[31] Tak: L. Kubicki: *Nowy rodzaj…* s. 37; M. Safjan, *Prawo i medycyna…*, s. 35–36; A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016, s. 110–112; B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 432–444.

[32] Tak B. Janiszewska, *Zgoda…*, s. 433.

[33] M. Sajfan, *Prawo i medycyna…*, s. 41.

[34] Tak M. Świderska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 39; R. Kubiak, *Prawo…*, s. 263.

o zezwolenie[35]. Postulowane jest jednak podejmowania wyważonej oceny stanu pacjenta, by nie doprowadzić do pochopnego naruszenia jego autonomii[36].

Nie będzie rodzić wątpliwości sytuacja udzielenia zgody właściwej przez osobę pełnoletnią, zdolną do pełnego rozpoznawania rzeczywistości. Będzie ona uznana za wystarczającą i w pełni legitymizującą działanie lekarza. W przypadku, gdy pacjent nie ma zdolności do czynności prawnych albo, mimo jej posiadania, jest w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli, koniecznie jest zastosowanie konstrukcji zgody zastępczej albo kumulatywnej. Gdy pacjentem jest małoletni poniżej 16 roku życia[37], osoba ubezwłasnowolniona całkowicie albo podmiot niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, zgodę zastępczą wyraża przedstawiciel ustawowy (w przypadku badania również opiekunowie faktyczni), a gdy pacjent takiego przedstawiciela nie ma lub porozumienie z nim nie jest możliwe – sąd opiekuńczy. Warto odnotować pewną granicę władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, gdy ich stanowisko jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (odmowa leczenia dziecka, gdy jest to niezbędne dla ratowania jego życia i zdrowia) i może być przełamane orzeczeniem sądowym[38].

Zgoda kumulatywna wyrażana jest przez pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego. Dotyczy małoletniego, który ukończył 16 lat, co do zabiegów prostych oraz operacji i zabiegów o podwyższonym ryzyku oraz ubezwłasnowolnionego całkowicie dysponującego rozeznaniem. W drodze wykładni logicznej z argumentem *a minori ad maius* przyjmuje się, że prawo wypowiedzenia opinii przez osobę ubezwłasnowolnioną całkowicie przysługuje nie tylko na temat badania, jak stanowi art. 32 ust. 4 ustawy o zawodzie lekarza, ale również innych świadczeń zdrowotnych, a nawet zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku[39].

Sytuacja osób ubezwłasnowolnionych częściowo budzi znaczne wątpliwości. Według R. Kubiaka[40] osoby te są władne samodzielnie wyrazić zgodę na zabieg prosty, a wobec braku regulacji ustawowej do zabiegów operacyjnych lub o podwyższonym ryzyku postuluje on zastosowanie zgody zastępczej lub kumulatywnej. Za B. Janiszewską[41] przyjmuję jednak, że wobec braku uregulowania ustawowego należy kierować się zasadą *in dubio pro libertate* i w stosunku do tej kategorii osób stosować ograniczenia wynikające tylko z kompetencji psychologicznej.

Istnieje jednak faktyczna możliwość zaistnienia kolizji zgód w ramach zgody kumulatywnej[42]. W przypadku świadczeń zdrowotnych i badań, prawo do sprzeciwu przy-

---

35 Art. 32 ust. 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

36 B. Janiszewska, *Zgoda…*, s. 444.

37 Rozwiązanie krytykuje m.in. R. Kubiak, *Prawo…*, s. 264–265 ze względu brak możliwości uwzględnienia osobniczych cech rozwoju intelektualnego i psychicznego dziecka.

38 M. Świderska, *Przymus leczenia i innych zabiegów medycznych*, PiM 2004, nr 3, s. 18–19; wyr. SN z 21.12.1971 r. (II CR 481/71); K. Daszkiewicz, *Uchylenie odpowiedzialności lekarza za wykonanie zbiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Palestra 2002, nr 11–12, s. 37–38.

39 R. Kubiak, *Prawo…*, s. 272.

40 *Ibidem*.

41 B. Janiszewska, *Zgoda…*, s. 458–470.

42 Art. 32 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

sługuje tylko pacjentowi (małoletniemu, który ukończył 16 lat, ubezwłasnowolnionemu oraz choremu psychicznie, lecz dysponującymi dostatecznym rozeznaniem) przy jednoczesnej zgodzie jego przedstawiciela. Sporne jest przełamanie podwójnego sprzeciwu obu podmiotów[43], ale dopuszczalne przełamanie oporu przedstawiciela ustawowego, gdy podopieczny wyraża zgodę, w sytuacji niezbędnych zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku, które usuwają niebezpieczeństwo utraty życia lub odniesienia ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia[44]. W każdym z tych przypadków przełamania zgody dokonuje sąd opiekuńczy. Skutkiem sprzeciwu jest zatem uniemożliwienie podjęcia bieżącej interwencji oraz otwarcie kontroli sądowej podstaw jej wykonania.

Rozstrzygnięcie sądowe występuje w sytuacji, gdy brak jest podmiotu posiadającego kompetencję do wyrażenia zgody lub jego wola jest sprzeczna z interesem pacjenta. Orzeczenie jest niezbędne, gdy pacjentem jest małoletni, który nie posiada przedstawiciela ustawowego albo nie można się z nim porozumieć. Sąd ingeruje również w przypadku osób posiadających pełną zdolność do czynności prawnych, lecz znajdujących się w stanie, w którym nie mogą świadomie wyrazić zgody. Według Rafała Kubiaka[45], w przypadku osób ubezwłasnowolnionych całkowicie, które nie mają przedstawiciela ustawowego lub nie można się z nim porozumieć, wobec braku regulacji prawnej dotyczącej zabiegów prostych, można w drodze analogii postulować podjęcie rozstrzygnięcia przez sąd opiekuńczy.

4.3. Zgoda świadoma

Każda interwencja medyczna wymaga świadomej zgody pacjenta. Dopiero pacjent, który posiada niezbędną wiedzę na temat swojego stanu, alternatywnych rozwiązań oraz następstw rozstrzygnięcia, jest w stanie wyrazić zgodę z pełną odpowiedzialnością. Zaistnienie takiego stanu jest możliwe po uprzednim dostatecznym poinformowaniu pacjenta (oraz innych osób decydujących o poddaniu go świadczeniu) przez lekarza o naturze świadczenia, jego celu, rokowaniu, przewidywanym scenariuszu i potencjalnych zagrożeniach. Obowiązek informacyjny wynika z partnerskiej relacji pacjenta i lekarza oraz zapewnia pełną ochronę autonomii pacjenta. Oba prawa – do informacji i wyrażenia zgody – mają charakter etyczny i wynikają z Kodeksu Etyki Lekarskiej[46], aktów o randze międzynarodowej oraz ustaw o lekarzu[47] oraz o prawach pacjenta[48].

---

[43] Większość autorów nie dopuszcza takiej możliwości, odmiennie T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 70. Argumentuje ona istnienie możliwości przełamania podwójnego sprzeciwu przez sąd opiekuńczy, by dobro pacjenta było najpełniej chronione. Według R. Kubiaka „Przyjęcie koncepcji o możliwości przełamania oporu przedstawiciela ustawowego w każdej konfiguracji sytuacyjnej powoduje, iż art. 32 ust. 6 miałby zastosowanie zarówno do zgody kumulatywnej, jak i zastępczej".

[44] Art. 34 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

[45] R. Kubiak, *Prawo…*, s. 275. Tak samo M. Świderska, *Zgoda pacjenta…*, s. 54. Wobec zabiegów operacyjnych oraz o podwyższonym ryzyku art. 34 ust. 3 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

[46] Art. 13, 16, 17 Kodeksu Etyki Lekarskiej.

[47] Art. 31 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

[48] Rozdział 3 ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (Dz.U. 2009 nr 52 poz. 417).

Lekarz ma obowiązek w każdym wypadku dostosować formę przekazu do możliwości percepcyjnych konkretnego chorego, jego wieku, wykształcenia, a zatem sformułować informację w sposób zrozumiały oraz przystępny. Oznacza to, że specjalista powinien unikać fachowego nazewnictwa, parametrów liczbowych i skrótów literowych. Przekazanie tych informacji musi nastąpić przed wyrażeniem zgody pacjenta z inicjatywy lekarza, a jego kontakt z pacjentem powinien być maksymalnie spersonalizowany.

4.4. Dobrowolność i szczegółowość

Decyzja musi być wyrażona bez jakichkolwiek nacisków zewnętrznych – fizycznych oraz przede wszystkim psychicznych (ze strony lekarza jak i innych osób), takich jak szantażowanie odstąpienia od leczenia, zatajenie istotnych informacji bądź wprowadzenie pacjenta w błąd, przekazując fałszywe informacje, nawet w sytuacji, gdy lekarz działa w dobrej wierze. Zgoda musi być wyrażona w sposób dostatecznie precyzyjny, nie wywoła, zatem skutków prawnych zgoda blankietowa. Każdy zabieg wymaga odrębnej zgody, bez względu na rodzaj ryzyka. Mimo wyrażenia jej na hospitalizację, każdy przeprowadzany zabieg musi być poprzedzony aprobatą. Zgoda na przyjęcie do szpitala ich nie wyraża uprzednio. Ciekawym wątkiem jest udzielanie zgody blankietowej w kontekście poszerzenia zakresu wykonywanego zabiegu. Co do zasady doktryna[49] oraz judykatura[50] nie dopuszczają takiej możliwości, jednak samo poszerzenie sfery zabiegu jest dopuszczalne pod określonymi wymogami ustawowymi bez dodatkowej „ogólnej" zgody pacjenta i jest to tzw. wyjątek terapeutyczny[51].

4.5. Forma zgody

Ustawa[52] wprowadza regulacje dotyczącą formy zgody dla zabiegów prostych, która ma być wyrażona wyraźnie, lecz co do zasady w dowolny sposób – konkludentnie, ustnie lub w jakikolwiek inny sposób niebudzący wątpliwości co do woli pacjenta. W przypadku zabiegów operacyjnych oraz o podwyższonym ryzyku dla pacjenta, wymagana jest forma pisemna[53]. Rozgraniczenie tych rodzajów zabiegów dokonywane jest każdorazowo ze względu na kryteria obiektywne (statystyczne ryzyko zabiegu lub techniczny stopień skomplikowania) oraz subiektywne (odnoszące się do stanu zdrowia konkretnego pacjenta, stosowanej wobec niego równolegle innej terapii, możliwości techniczne placówki, doświadczenie i umiejętności lekarza). Warto zauważyć, że część doktryny próbuje konstruować pewien katalog zabiegów o podwyższonym ryzyku dla pacjenta[54], mimo że sformułowanie zamkniętego katalogu wydaje się niemożliwe. Zgo-

[49] M. Świderska, *Zgoda pacjenta…,* s. 93.

[50] Wyr. SA w Krakowie z 12.10.2007 r. (I ACa 920/07).

[51] Art. 35 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

[52] *Ibidem*, art. 32 ust. 7.

[53] *Ibidem*, art. 34 ust. 1.

[54] M. Nestorowicz, *Prawo medyczne…*, s. 83; M. Boratyńska, *Umowa w sprawie zapłodnienia pozaustrojowego,* PiM 2008, nr 1, s. 81. Wykaz taki zawarty jest również w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 24.12.2012 r. w sprawie wykazu świadczeń zdrowotnych stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta, których udzielenie wymaga zgody (Dz.U. 2012 poz. 494).

da konkludenta może być wyrażona gestem lub poddaniem się badaniom. Milczenie interpretowane jest na ogół jako zgoda, jednak tylko gdy z całokształtu okoliczności wynika bezsprzecznie, że pacjent wyraża swoje zdanie.

Dla dochowania formy pisemnej (koniecznej przy zabiegach operacyjnych oraz o podwyższonym ryzyku) zgodnie z art. 78 k.c. wystarcza złożenie własnoręcznego (nawet nieczytelnego[55]) podpisu pod oświadczeniem woli, byleby identyfikował pacjenta. W mojej opinii niedopuszczalne jest podpisywanie przez pacjenta gotowego formularza zgody (*permission sheet*), gdyż praktyki te (niestety stosowane powszechnie) uważane są za czynnik odhumanizujący relację pacjent – lekarz oraz budzą wątpliwości w zakresie dopełnienia obowiązku informacyjnego. Cechują się one zawsze pewnym stopniem abstrakcji i przez to nie uwzględniają w odpowiednim stopniu osobniczych uwarunkowań danego pacjenta. Formularze te nie mogą zastąpić odrębnego oświadczenia woli.

Wymóg formy pisemnej zrodził wątpliwości, co do skutków jego niedochowania. Wywodząc skutki z prawa cywilnego, część doktryny uznaje, że forma pisemna została zastrzeżona *ad probationem* (art. 73 k.c.) i jej niedochowanie nie rzutuje na ważność oświadczenia chorego. Przedstawiciele nauki prawa karnego podnoszą, że ustawodawca zastosował rygor *ad solemnitatem*[56], lecz dopuszczają pewne wyjątki właściwe dla specyfiki prawa medycznego. Nie zgodzę się z tak radykalnym poglądem i rozsądniejszym wydaje się przyjęcie, że niedochowanie formy pisemnej nie rzutuje na ważność oświadczenia chorego[57]. Dla ochrony autonomii pacjenta najważniejszy jest przecież czyn, a nie jego forma.

Należy zastanowić się jednakże czy tym samym przesądzone jest, że forma została zastrzeżona *ad probationem*. Zwolennicy takiego stanowiska oraz Sąd Najwyższy[58] podnoszą, że w przypadku niedochowania formy pisemnej lekarz może napotkać problemy dowodowe na drodze procesowej, chyba, że, zgodnie z art. 74 par 2 k.c., uprawdopodobni dokonanie czynności prawnej za pomocą pisma, czyli odnotuje ten fakt w dokumentacji medycznej. Gdy tego nie zrobi, w trakcie procesu niemożliwe będzie powołanie się na dowód z zeznań personelu lub osób postronnych będącymi świadkami składania oświadczenia przez pacjenta.

Część doktryny wyraża się krytycznie na temat ścisłego zastosowania przepisu k.c. do prawa medycznego twierdząc, że zgoda pacjenta nie stanowi w ogóle oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego. Przyjęcie przeze mnie tej właśnie interpretacji charakteru prawnego zgody pozwala na poparcie stanowiska przeciwników stosowania art. 74 k.c. Jednakże zasadne jest postulowanie, by lekarz dokumentował za każdym razem fakt udzielenia zgody w dokumentacji medycznej by uniknąć ewentualnych komplikacji w procesie. Co więcej, zastosowanie art. 79 k.c. i wykorzystanie uregulowanej tam procedury uzyskania zastępczej formy oświadczenia woli nie wydaje się szczególnie

[55] Wyr. NSA z 10.11.2006 r. (II FSK 1144/05).

[56] M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 275.

[57] T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia…*, s. 86–87; wyr. SA w Lublinie z 27.02.1991 r. (I ACr 16/91); SN II CSK 11/10; SN II CSK 191/05.

[58] Wyr. SN z 11.04.2006 r. (I CSK 191/05).

pomocne w ramach praktyki lekarskiej, lecz ciągle brak jest odpowiedniej regulacji w prawie medycznym rozwiązującej ten problem. W przeciwieństwie do formy zgody, ustawodawca nie uregulował formy sprzeciwu[59], uznaje się, że może być on wyrażony w dowolny sposób. Postulowałabym jednak, ze względów dowodowych, sporządzenie go na piśmie, bądź co najmniej odnotowanie tego faktu w dokumentacji medycznej pacjenta.

5. Zgoda domniemana

Ustawodawca przewiduje kilka przypadków, gdy interwencja medyczna może być podjęta bez jakiegokolwiek oświadczenia pacjenta lub nawet wbrew jego woli. Działanie lekarza nie będzie wtedy czerpało swojej legitymacji ze zgody pacjenta. Zgoda domniemana ma zastosowanie w określonych sytuacjach, gdy pacjent jest wyłącznie kompetentny do wyrażenia swojego stanowiska, lecz nie może tego uczynić ze względu na stan, w jakim się znajduje (np. jest nieprzytomny, odurzony, cierpiący na demencję) oraz gdy prawo wymaga zgody zastępczej albo kumulatywnej, a brak jest podmiotu, który mógłby jej udzielić lub nie można się z nim porozumieć. W takich przypadkach przyjmuje się, że gdyby pacjent mógł udzielić zgody, to zostałaby przez niego udzielona, by ratować jego życie i zdrowie. Na tym właśnie założeniu (racjonalnej decyzji człowieka) oparto regulacje tej niezwykle trudnej sytuacji wyjątkowej. Lekarz może zastosować tę konstrukcję w określonych okolicznościach, różnych ze względu na niezwłoczność pomocy lekarskiej[60] oraz ze względu na charakter świadczenia zdrowotnego[61]. Zawsze jednak przesłanki, którymi się kieruje, leżą w sferze prawa medycznego i nie uwzględniają innych okoliczności np. konfesyjnych, osobiście istotnych dla pacjenta.

W art. 33 wprowadzono możliwość przeprowadzenia badania bez zgody pacjenta, gdy istnieje potrzeba niezwłocznej pomocy lekarskiej (warto zauważyć, że nie ma tu mowy o bezpośrednim zagrożeniu życia i zdrowia, gdyż sytuację tę reguluje art. 34), a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może on wyrazić zgody i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym. Nie zawężono jednak zakresu przedmiotowego świadczenia zdrowotnego. W zgodzie z interesem pacjenta regulacja ta dotyczy świadczeń zdrowotnych wszelkiego rodzaju, oprócz zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku. Takie sytuacji będą miały miejsce, gdy zwlekanie z zabiegiem mogłoby wykluczyć lub ograniczyć skuteczność zabiegu, spowodować wydłużenie procesu terapeutycznego lub spowodować konieczność zastosowania bardziej skomplikowanych metod leczenia.

Trzeba podkreślić, że nie będzie tu chodzić o przypadek niezwłocznej potrzeby udzielenia pomocy, ale już o sytuację prognozy zaistnienia zagrażających pacjentowi następstw zdrowotnych. Lekarz podejmując decyzję będzie kierował się stanem zdrowia pacjenta, ale też czasowej perspektywy uzyskania oświadczenia o zgodzie. Niezasadne byłoby oczywiście bezowocne oczekiwanie na zgodę i doprowadzenie pacjenta do stanu konieczności niezwłocznego udzielenia pomocy. Lekarz ma bowiem obowiązek podjąć

[59] Art. 17 ust 4 ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta (Dz.U. 2009 nr 52 poz. 417).

[60] Art. 32. 8 oraz art. 33 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152)

[61] *Ibidem*, art. 34 ust. 7 i 8.

interwencję medyczną w celu uniknięcia jakichkolwiek negatywnych skutków dla zdrowia pacjenta. Ceną za to jest odsunięcie na dalszy plan indywidualnych preferencji pacjenta. Ustawa wymaga, by w takiej sytuacji lekarz dokonał, w miarę możliwości, konsultacji z innym lekarzem oraz odnotował ją w dokumentacji medycznej.

Art. 34 ust. 7 i 8 dotyczy zabiegów operacyjnych i o podwyższonym ryzyku i dopuszcza wykonanie ich bez zgody przedstawiciela ustawowego albo sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie (otrzymanie zgody zastępczej, kumulatywnej oraz wyrażonej przez sąd opiekuńczy) mogłaby skutkować niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszczerbku ciała oraz ciężkiego rozstroju zdrowia. W takich sytuacjach lekarz jest obowiązany do konsultacji z innym lekarzem, w miarę możliwości tej samej specjalności, niezwłocznego zawiadomienia przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego lub sądu opiekuńczego oraz odnotowania okoliczności w dokumentacji medycznej. Regulacja ta stanowi kolejny wyjątek od zasady, że interwencje medyczne są dokonywane po uzyskaniu zgody pacjenta. Z tego powodu zasadna jest dokładna interpretacja przesłanek, które na to zezwalają. Podnoszone jest, że niebezpieczeństwo nie musi być bezpośrednie, ale zgodnie z wiedzą medyczną bez udzielenia pomocy przerodzi się bezpośrednie w zwykłym toku wydarzeń. W tym jednak przypadku lekarz podejmując decyzję kieruje się tylko przesłankami medycznymi, nie mają doniosłości prognozy co do prawdopodobnej treści oświadczenia woli uprawnionego podmiotu. Ponownie preferencje osobiste pacjenta nie mają znaczenia. Warto zauważyć, że sąd opiekuńczy podczas podejmowania decyzji w większym zakresie odwołuje się do istotnych dla pacjenta wartości.

6. Aspekt karny

Wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta narusza zarówno normy prawne, jak i etyczne. Uzasadnia tym samym pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności cywilnej, zawodowej, jak i karnej. W k.k. z 1969 r. nie przewidziano typu przestępstwa polegającego na wykonaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Stosowano konstrukcję pozaustawowego kontratypu czynności leczniczych. Uznawano, że zachowanie lekarza jest pierwotnie nielegalne, lekarz mógł swoim działaniem wyczerpać znamiona czynu zabronionego np. spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Jednakże szczególne warunki, w jakich podejmowano czynności leczniczych miały powodować, że bezprawność zostanie wyłączona. Zgoda stanowiła jedno ze znamion wymaganych do wyłączenia bezprawności. Rozwiązanie to budziło znaczne wątpliwości. Krytycy podnosili, że lekarz podejmując się interwencji medycznej *lege artis* nie atakuje życia i zdrowia pacjenta. Zatem nie może być jednocześnie ukierunkowany na ochronę dóbr i dopuszczać się na nie zamachu. W związku z tym jego czyn jest pierwotnie legalny. Wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta narusza jego inne dobro: wolność w sensie prawa do samostanowienia. W tym duchu został skonstruowany art. 192 k.k.[62]

[62] „Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2".

Warto podkreślić, że miejsce prawa do samostanowienia w hierarchii wartości wyklucza możliwość powołania się przez lekarza na stan wyższej konieczności w celu obejścia zgody pacjenta. Ustawodawca samodzielnie reguluje potencjalną kolizję dóbr, dając prymat prawu do wolności. Nie ma tym samym kolizji dóbr stanowiącej podstawowy element stanu wyższej konieczności. Gdyby lekarz mógł wedle uznania, powołując się na ten stan, poświęcać prawo pacjenta do decydowania o sobie by ratować jego życie lub zdrowie, tym samym przekreślone byłoby znaczenie wyrażenia zgody przez pacjenta na przeprowadzenie zabiegu i jedynym decydentem pozostawałby lekarz, a norma prawna byłaby pusta.

Odpowiedzialność karną na gruncie art. 192 k.k. będą rodzić następujące przypadki: zabieg podjęty wbrew wyraźnemu sprzeciwowi (chyba, że będzie to sytuacja dozwolonego leczenia przymusowego); zabieg podjęty przy braku zgody (chyba że zachodzi sytuacja z art. 33 lub 35 ustawy o zawodach lekarza) lub z przekroczeniem zakresu zgody (chyba że sytuacja z art. 35 tej samej ustawy); zabieg podjęty na podstawie rażąco wadliwej zgody tj. zgoda na podstawie fałszywych informacji, pod wpływem manipulowania nimi przez lekarza czy po udzieleniu zgody blankietowej.

Warto dodać, że dla realizacji znamion tego typu czynu zabronionego jest bez znaczenia, czy zabieg leczniczy podjęty był *lege artis*. W sytuacji naruszenia tych zasad oraz wykonania zabiegu bez zgody, lekarz oprócz odpowiedzialności na podstawie art. 192 k.k. może ją ponieść za przestępstwo przeciw zdrowiu i życiu (kumulatywny zbieg przepisów).

Po ustaleniu zakresu przedmiotowego tego przepisu należy zastanowić się, jakie podmioty są jego adresatami. W nowszej literaturze przyjmuje się, że jest to przestępstwo indywidualne, bowiem podmiotami, które mogą wypełnić jego znamiona, są wyłącznie osoby, które posiadają uprawnienia do wykonywania takich zabiegów. Wynika to ze zwrotów „pacjent" oraz „zabieg leczniczy". Zakres podmiotowy art. 192 k.k. jest ukształtowany w oparciu o przepisy prawa medycznego. Precyzują one, na kim ciąży obowiązek odebrania zgody[63]. Jednak słusznym wydaje się uznanie, że zakres ten rozciąga się na każdego, kto jest uprawniony do wykonania świadczeń zdrowotnych ze względu na otrzymane wykształcenie i kwalifikacje potwierdzone urzędowo – w tym również na pielęgniarki, sanitariuszy, dentystów oraz względem, którego osoba jemu poddana jest pacjentem[64]. Rozciągnięcie zakresu podmiotowego na wszystkie osoby, które zabieg przeprowadzają, niezależnie od posiadanych kwalifikacji, prowadzi do uznania przestępstwa za powszechne. Według Rafała Kubiaka[65] za słusznością takiego przyjęcia przemawia nieuzasadnione zróżnicowanie pozycji pracowników medycznych i innych osób i wykluczenie odpowiedzialności tej części z nich, którzy nie posiadają stosownych uprawnień, a zabieg wykonują. Uznanie przestępstwa za powszechne najpełniej służyło-

[63] Według T. Dukiet-Nagórskiej uprawnieni są tylko lekarze i to on są jedynymi adresatami art. 192 k.k.; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia…*, s. 147–153.

[64] Tak R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 131; M. Kondycka, S. M. Przyjemski, *Aspekt karnoprawny braku zgody pacjenta na zabieg medyczny*, WPP 2008, nr 2, s. 25.

[65] R. Kubiak, *Prawo…*, s. 372–373.

by ochronie prawa do samostanowienia. Wobec przytoczonych wątpliwości niezwykle istotne wydaje się doprecyzowanie zakresu podmiotowego omawianego czynu.

Kolejny problem interpretacyjny jawi się na tle zwrotu określającego czynność sprawczą „wykonywanie zabiegu leczniczego". Literalne brzmienie przepisu pozwala postawić tezę, że przepis dotyczy tylko zabiegów terapeutycznych. Wydaje się jednak, że właśnie w przypadku osób poddawanych zabiegom nieterapeutycznym ochrona ich autonomii powinna być wyjątkowo istotna. Te celowościowe argumenty pozwalają części doktryny na rozciągnięcie zakresu przepisu również na zabiegi nieterapeutyczne, co z drugiej strony narusza podstawową zasadę prawa karnego *nullum crimen sine lege* oraz wynikający z niej zakaz analogii na niekorzyść sprawcy. W związku z tym postulowana jest zmiana brzmienia przepisu i użycie zwrotu „zabieg medyczny"[66] albo „świadczenie zdrowotne"[67].

Warto zauważyć, że sama odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu bez zgody pacjenta kształtuje się inaczej w przypadku zabiegów nieterapeutycznych. Przyjmuje się, że nie są one pierwotnie legalne, tak jak terapeutyczne. Wyłączenie odpowiedzialności następuje wtórnie i wymaga zastosowania mechanizmu kontratypowego. W przypadku niezrealizowania znamion kontratypu osoba przeprowadzająca zabieg może ponieść odpowiedzialność za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu. Ponadto przeprowadzenie go bez zgody może doprowadzić do odpowiedzialności na podstawie art. 192 k.k. (jeżeli uznamy, że przepis ten ma zastosowanie również do zabiegów nieterapeutycznych).

Znamię negatywne – brak zgody pacjenta – obejmuje wszystkie przypadki, gdy brak było oświadczenia niezbędnego dla legalności zabiegu. Wynika z tego, że jeżeli ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty albo o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta nie wymaga wyjątkowo zgody pacjenta i warunek ten zastępuje zgodą innej osoby lub sądu opiekuńczego albo dopuszcza przeprowadzenie zabiegu w ogóle bez uzyskania zgody na jego przeprowadzenie, to w wypadkach tych wyłączona jest także odpowiedzialność z art. 192. Przy takiej interpretacji unormowanie dotyczyłoby jedynie przypadków, gdy zgody nie wyraził sam pacjent. Temu literalnemu rozumieniu przepisu przeciwstawiany jest pogląd, że obejmuje on każdą zgodę wymaganą przez przepisy prawa medycznego – udzielaną zarówno przez pacjenta, jak również przez przedstawiciela ustawowego i inne upoważnione przez ustawę podmioty. Tezę tę wywodzi się z *ratio legis* artykułu, który ma stać na straży autonomii pacjenta. Również takie rozwiązanie nie jest idealne, gdyż ponownie prowadzi do rozszerzenia zakresu penalizacji.

Przestępstwo określone w art. 192 § 1 ma charakter formalny. Dokonanie go następuje z chwilą zrealizowania samej czynności sprawczej. Może być popełnione tylko umyślnie, zarówno z zamiarem bezpośrednim (sprawca wie o braku zgody pacjenta na wykonanie zabiegu), jak i z ewentualnym (sprawca przewiduje możliwość, że pacjent nie wyraził zgody na zabieg i godzi się na to, że wykona zabieg bez wymaganej zgody).

[66] R. Kędziora, *Odpowiedzialność…*, s. 130.

[67] R. Kubiak, *Prawo…*, s. 374.

Przestępstwo jest ścigane na wniosek pokrzywdzonego, co również stanowi przejaw autonomii pacjenta. Można powziąć wątpliwość, czy takie rozwiązanie nie wpłynęło na niski współczynnik skazań za ten czyn – jest ich zaledwie kilka rocznie[68].

7. Podusumowanie

Tematyka zgody pacjenta na leczenie była i jest podejmowana szeroko w literaturze, jednak mimo to nadal budzi wątpliwości. Wiele aspektów problemu już na poziomie interpretacyjnym, co przedstawiono w powyższym artykule, oraz tym bardziej w momencie ich zastosowania. Wynika to nie tylko z błędów w sztuce legislacji, ale przede wszystkim natury omawianego tematu, który bazuje na pograniczu prawa i wiedzy medycznej. W związku z tym, oprócz wskazanych w artykule postulatów zmiany brzmienia aktów prawnych, istotne jest by następowały one również w relacji lekarz – pacjent. Budowa sprawnie funkcjonującej relacji, ze względu na jej specyfikę, jest niezwykle ważna. Lekarz, jako zawód zaufania publicznego, na którego barkach spoczywa odpowiedzialność za najistotniejsze dla człowieka wartości – życie i zdrowie, powinien być obdarzany tym zaufaniem w sposób świadomy. Pacjent powinien być jednocześnie, w miarę możliwości rzeczywistości medycznej, traktowany jako partner, jedyny uprawniony do decydowania o swojej osobie. Z tych powodów każdorazowe budowanie takiej relacji jest niezwykle trudnym zadaniem dla lekarza, ale też dla, często roszczeniowego, pacjenta. Obie strony powinny zdawać sobie sprawę, że jej wypracowanie zapewni im korzyści. Lekarz w przyjaznej atmosferze wykonywania zawodu zyska bezpieczeństwo prawne pod warunkiem wypełnienia wszystkich nałożonych na niego normatywnych obowiązków, a pacjent ochronę jego autonomii, prawa do wolności osobistej i godności oraz poczucie pełnej i aktywnej decyzyjności w procesie leczenia. Sam proces ten będzie przebiegał możliwie jak najsprawniej.

* * *

The Significance of the Patient's Consent to Treatment in Terms of Constitutional and Penal Adjustments

In this article the author's attention is focused firstly on constitutional aspects of patient's consent to treatment. The evolution of primitive constitutional values and the most important in this subject – the right to decide about yourself. The question here will be – how to implement this precious right to the specificity of medical law. Making an analysis will be helpful of two contrary views on the essence of the relation between the patient and the doctor which has been developed in medical and constitutional doctrine – paternalistic and autonomic models. Afterwards, it leads us to some compromise which is based on partnership that fully responds to the contemporary medical requirements and allows to put the responsibility for treatment on both sides.

[68] Dane przywołane przez R. Kubiaka, *Prawo…*, s. 377-378. W latach 2008-2013 zostały orzeczone prawomocne wyroki odpowiednio w 6, 6, 6, 6, 6, 5 sprawach.

Furthermore, the author turns the attention on penal regulations to protect the patient from the unlawful intervention in the right to self-determination, contained in article 192 of the Penal Code. There will be done an analysis of extremely blurred criteria of prohibited act which may lead to the real problems in enforcement. This article is supplemented by the regulations of the medical law regulating patient's consent to treatment contained in Medical Profession Act and Patients' Rights and the Patient Ombudsman Act.

Key words: patient's consent to treatment, medical law, article 192 of the Penal Code, Medical Profession Act

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Katarzyna Kanafek[1]

Rozwodowa niezgoda – dysponowanie niewykorzystanymi embrionami

Streszczenie

W roku 1978 na świat przyszła pierwsza osoba urodzona dzięki zapłodnieniu pozaustrojowemu. Obecnie jest to jedna z najpopularniejszych technik medycznie wspomaganej prokreacji. Charakterystyczną jej cechą jest tworzenie większej ilości embrionów niż ta, która ostatecznie zostaje przeznaczona do implantacji. Kluczową kwestią jest zatem decyzja co do postępowania z utworzonymi, a nie implantowanymi embrionami. Aktualny stan prawny dostarcza pewnych norm, jednak kwestią nierozwiązaną legislacyjnie jest to zagadnienie w kontekście tego, czy i któremu z byłych małżonków (partnerów) powinno się przyznać prawo do decydowania o nich, jeśli nie prezentują oni wspólnego stanowiska. Kwestia ta wymaga nie tylko analizy prawnej, przede wszystkim ustawy z dnia 25 czerwca 2015 roku o leczeniu niepłodności, ale również zbadania na gruncie etycznym.

Słowa kluczowe: embrion, ustawa o leczeniu niepłodności

1. Uwagi wprowadzające

Postępy dokonujące się na przestrzeni lat w obrębie medycyny, biotechnologii, genetyki i nauk pokrewnych można by określić mianem ciągu geometrycznego. Każde udoskonalenie znanej już metody, bądź zupełnie nowe odkrycie, powoduje zmultiplikowanie ilości dostępnych rozwiązań medycznych. Skalę zjawiska można zobrazować, jeśli by uświadomić sobie, że zaledwie sto siedemdziesiąt lat temu nowatorskim rozwiązaniem było przeprowadzanie operacji pod narkozą, czyli w stanie efektywnego

[1] Autorka jest studentką V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

znieczulenia (uśpienia)[2]. Dziś z powodzeniem można nie tylko leczyć choroby, które niegdyś oznaczały dla pacjenta wyrok śmierci, ale również dokonywać transplantacji organów, korygować wady rozwojowe płodu dzięki operacjom wewnątrzmacicznym, dokonywać pozaustrojowego zapłodnienia, czy przedłużać trwanie terminalnej fazy życia człowieka. Od strony prawnej taki stan rzeczy wymaga nieustannego aktualizowania pytań o uprawnienia pacjenta, obowiązki lekarza i dalekosiężność rozwiązań legislacyjnych. Zasadniczym trzonem problemu jest jednak niedające się uniknąć zagadnienie sprzęgnięcia kwestii medycznoprawnych z etyką, a „brak jest jasności co do kierunku, w jakim mają podążać przyszłe rozwiązania, zależy on bowiem od akceptacji określonych założeń aksjologicznych, przyjmowanych koncepcji filozoficznych i uznawanej w konsekwencji hierarchii wartości. Tymczasem jesteśmy odlegli od osiągniecia konsensusu w tej dziedzinie"[3]. Zmieniają się przekonania, które dotąd fundowały rozwiązania legislacyjne. Nadto, trzeba mieć świadomość, że prawo nigdy nie będzie w stanie nadążyć w pełni za rozwojem medycyny: jego wyzwaniem jest jak najlepsze ujęcie tego, co w postępie nauki już zostało dokonane.

2. Medycznie wspomagana prokreacja – wyzwanie dla prawa

2.1. Uwagi ogólne

Obszarem stanowiącym szczególne wyzwanie dla prawa jest procedura medycznie wspomaganej prokreacji oraz zagadnienia z nią powiązane, takie jak dawstwo komórek rozrodczych, zapłodnienie *post mortem*, przechowywanie i dysponowanie embrionami, czy zarodkowe komórki macierzyste. Płaszczyzny te przez długi czas w Polsce były zawieszone w próżni legislacyjnej, choć wskazywano na konieczność objęcia powyższych ramami prawnymi[4]. W tym bowiem zakresie mamy do czynienia ze skomplikowaną, wielostronną sytuacją prawną. W procedurze medycznie wspomaganej prokreacji – w zależności od jej rodzaju – mogą występować podmioty inne niż osoby, od których dziecko pochodzi oraz ono samo. Znamiennym jest, że rzymska paremia *mater semper certa est* nie jest już tak doniosła[5]. Obecnie możliwe jest wyróżnienie wielu rodzajów macierzyństwa: genetyczne (uwzględniające pochodzenie materiału genetycznego), biologiczne (związane z noszeniem ciąży i urodzeniem dziecka), prawne (odnoszące się do prawnej więzi rodzicielstwa) i społeczne (uwzględniające rzeczywistą chęć wychowania dziecka)[6].

---

[2] Był to rok 1847; por. W. Szumowski, *Historia medycyny*, Warszawa 1961, s. 351.

[3] M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 10.

[4] Por. M. Nestorowicz, *Prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna – konieczność regulacji prawnych*, Prawo i medycyna 2/2006, s. 5 i nast.

[5] M. Fras, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego VI/2008, s. 32.

[6] Rozróżnienie dokonane za M. Kramską; por. M. Kramska, *Problematyka prawna zastępczego macierzyństwa – regulacje prawnomiędzynarodowe i krajowe*, tekst dostępny na stronie: http://www.prawoimedycyna.pl/index.php?str=artykul&id=688&PHPSESSID=74177a443c2491416ddc85368946d1dd, 12.01.2017.

Sytuacja ulega dalszemu skomplikowaniu w momencie, kiedy w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji w postaci zapłodnienia *in vitro*[7] dojdzie już do powstania embrionów, które nie zostaną wykorzystane, a następnie dawcy komórek rozrodczych, będący małżeństwem, rozwiodą się, a ich stanowiska co do embrionów nie będą zbieżne. Oczywiście, podobny problem wystąpi, kiedy małżonkowie będą znajdowali się w faktycznej separacji czy życiowi partnerzy zdecydują o rozstaniu. Nie chodzi zatem o samo zdarzenie w postaci rozwodu (choć ta sytuacja zdaje się być najbardziej reprezentatywną); ale o stan, w którym dwie osoby przestają zgadzać się co do dalszych losów ich genetycznego materiału, z którego, w wyniku medycznie wspomaganej prokreacji, powstał embrion. Zakres przedmiotowy omawianego problemu będzie więc wyznaczony po pierwsze przez prawa byłych małżonków występujące w odniesieniu do embrionów, po drugie – przez relacje wzajemnych uprawnień i zobowiązań oraz zakres konfliktu rozwiedzionych, po trzecie zaś – poprzez status moralny i prawny samego embrionu.

2.2. Status embrionu

Wydaje się, że w pierwszej kolejności należy zastanowić się nad statusem embrionu. Aktualny stan prawny nie przesądza tej kwestii. Naturalnie, zagadnienie jest przedmiotem tak licznych kontrowersji oraz rozważań zarówno prawników, jak i filozofów i etyków, że w tym miejscu możliwe jest wskazanie jedynie węzłowych problemów w omawianym zakresie, a nie jednoznaczne przesądzanie występujących dylematów.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na mnogość terminów, którymi określa się owoc zapłodnienia pozaustrojowego. Odróżnieniu ulega *preembrion* od *embrionu*, a ich mianem określa się odpowiednio: zapłodnioną komórkę jajową do momentu wytworzenia smugi pierwotnej (co dokonuje się w około dwa tygodnie po zapłodnieniu) oraz połączone gamety od trzeciego do ósmego tygodnia[8], czy też klasyfikuje się *preembrion* jako produkt połączenia gamet uzyskany poza organizmem matki, dokonując dodatkowo dystynkcji: *surronasciturus* (powstały w procedurze IVF i implantowany matce zastępczej) – *pronasciturus* (zapłodniona komórka przed implantacją matce genetycznej lub poddana zamrożeniu)[9]. Wszystkie te subtelne rozróżnienia mają w zamierzeniu służyć ułatwieniu w konstruowaniu poglądów dotyczących prawnego i moralnego statusu połączonych gamet i w zależności od ich stadium rozwojowego, przyjmując za relewantne określone okoliczności (np. potencjalną zdolność do samoświadomości czy zdolność do doznawania wrażeń zmysłowych), nadać im – lub nie – status istoty ludzkiej, a co za tym idzie – określoną ochronę. Zasadniczą trudnością jest jednak wyznaczenie uniwersalnych cezur czasowych, które stanowiłyby o kolejnych etapach rozwoju i skuteczne dzięki temu twierdzenie, że dokonały się określone zmiany.

---

[7] Przyjęło się określać zapłodnienie *in vitro* (tj. pozaustrojowe, w którym dochodzi do połączenia plemnika i komórki jajowej laboratoryjnie) angielskim akronimem IVF – In Vitro Fertilisation.

[8] Tak przyjmuje C. Strong przywołując powszechność takiego rozróżnienia; por. C. Strong, *Moralny status preembrionów, embrionów, płodów i noworodków* [w:] *Antologia bioetyki. Tom 2. Początki ludzkiego życia*, red. W. Galewicz, Kraków 2010, s. 87.

[9] Rozróżnienia takiego dokonała A. Breczko; por. A. Breczko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011, s. 177–178.

Wobec tych trudności w definiowaniu, trzeba by przyjąć ostrożne założenie, że omawiany przedmiot rozważań uznać należy za niebędącą rzeczą szczególną jednostkę biologiczną, złożoną z grupy komórek dwóch dawców, której – ze względu na potencjał rozwojowy – należy nadać co najmniej minimalną ochronę prawną w aspekcie podmiotowym. Teza ta znajdzie swoje uzasadnienie w dalszym toku wywodu.

3. Dysponowanie niewykorzystanymi embrionami

Chcąc rozpocząć rozważania na temat możliwości dysponowania embrionami pod względem prawnym, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę regulacje Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w dziedzinie zastosowania biologii i medycyny: Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie z 4 kwietnia 1997 roku[10], dyrektywy 2004/23/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 roku w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich[11], jak również ustawy z 25 czerwca 2015 roku o leczeniu niepłodności[12], implementującą do polskiego prawa postanowienia dyrektywy. Wyznaczają one ramy prawne omawianego zagadnienia.

3.1. Sprzedaż

Jednym z nasuwających się rozwiązań dotyczących niewykorzystanych embrionów jest zadysponowanie nimi w sposób komercyjny, to znaczy ich sprzedaż. Jest to oczywiście bardziej możliwość teoretyczna niż realistyczna. Przeciwko takiemu rozwiązaniu stoi szereg doniosłych argumentów. Przede wszystkim, należy rozpocząć od odnotowania, że takie działanie mogłoby mieć miejsce jedynie w sytuacji, jeśli by przyznać embrionom status rzeczy, względnie – jakiegoś swoistego obiektu, do którego statut rzeczowy mógłby być aplikowalny, tj. można byłoby nimi rozporządzać, a nawet – wedle własnego uznania – zniszczyć.

Taki stan rzeczy stoi w pierwszym rzędzie w sprzeczności z pewnymi podstawowymi intuicjami etycznymi: „Uznawanie preembrionów[13] za własność wydaje się niespójne z poglądem, wedle którego należy im się przynajmniej w jakimś stopniu poszanowanie”[14]. To ostatnie twierdzenie nie ulega zaś żadnym wątpliwościom: chodzi bowiem nie tyle o posiadanie przez nie jakichś praw czy roszczeń, ale o potencjalność stania się istotą ludzką i rozwinięcia swojego człowieczeństwa: „W związku ze swoim pochodzeniem oraz drzemiącymi w nim możliwościami, zasługuje on na (…) szacunek”[15]. Nawet jeśli za embrionem *per se* nie stoją wystarczające racje do przyznania mu szacunku, należy

[10] Nieratyfikowana.

[11] Dz.Urz. UE L 102, 7.04.2004.

[12] Dz.U. 2015 poz. 1087 z późn. zm.

[13] Zgodnie z powołaną wyżej terminologią autora, chodzi o embriony do drugiego tygodnia po zapłodnieniu.

[14] C. Strong, *op.cit*., s. 105.

[15] L.R. Kass, *O „Tworzeniu dzieci” raz jeszcze* [w:] *Antologia bioetyki…*, s. 249.

to uczynić ze względu na tkwiącą w nim możność. Wydaje się to być przekonaniem powszechnym, o czym świadczy już sam fakt prowadzenia na ten temat bioetycznych rozważań, debat, istnienia regulacji prawnych, w których – bez przesądzania jego statusu prawnego – podkreśla się potrzebę ochrony życia w fazie prenatalnej[16]. W tymże kierunku zmierzają również zalecenia Rady Europy, podkreślające konieczność traktowania embrionów „z poszanowaniem należnym godności ludzkiej"[17]. Nie można z tego faktu wysnuwać znaku równości stawianego między embrionem a człowiekiem – jest to przecież oś niezgody pomiędzy adwersarzami.

Nadto, zwrócić należy uwagę, że nawet gamety nie mogłyby być uznane za rzeczy: dominującym jest pogląd, wedle którego statusu rzeczy nie posiadają odłączone części ludzkiego ciała, a rozważania o nim można prowadzić tylko, jeśli przyjmujemy w stosunku do tych części istnienie praw majątkowych – to zaś nie daje się pogodzić ze ściśle reglamentowanym obrotem częściami ciała: konstrukcja ta nie miałaby racji bytu[18]. Trudno zatem byłoby, rozumując *a fortiori*, nadać go embrionom, skoro odmawiamy takiego statusu jego „częściom składowym", uznając je za część ciała. Co więcej, nieodłącznym elementem statutu rzeczowego jest możliwość rozporządzania danym przedmiotem, w tym – jego zbywanie. Tymczasem art. 21 konwencji biomedycznej wyraźnie stanowi: „Ciało ludzkie i jego części nie mogą, same w sobie, stanowić źródła zysku". Jest to wyraźne wskazanie co do kierunku, w którym należy podążać, rozważając o przedstawianej możliwości.

Jak już wspomniano, sprzedaż jest możliwością czysto abstrakcyjną. W zakresie regulacji polskich, od niedawna obowiązująca ustawa o leczeniu niepłodności wprost przewiduje w art. 79, że kto, w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej, nabywa lub zbywa zarodek, pośredniczy w jego nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w zastosowaniu uzyskanego wbrew przepisom ustawy zarodka, podlega odpowiedzialności karnej. Występek ten jest zagrożony karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

3.2. Wykorzystanie

Rozważyć należy również możliwość wykorzystania embrionów; ostatecznie, dochodzi do ich wytworzenia właśnie z taką intencją. Ustawa o leczeniu niepłodności[19] stanowi w rozdziale 3 o postępowaniu z komórkami rozrodczymi i zarodkami w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji. W świetle doświadczenia życiowego trudno jednak oczekiwać, że w takim wypadku stanowiska obojga dawców będą zbieżne, a u.l.n. nie precyzuje, co ma się stać z zarodkiem w takiej sytuacji[20]. W omawianym zakresie najbardziej adekwatną regulację stanowi art. 21 u.l.n. Przewiduje on sytuacje, w których nie jest dopuszczalne przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków. Chodzi o:

[16] O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 123–140.

[17] *Ibidem*, s. 127.

[18] L. Bosek, *Status gamet ludzkich* [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, red. M. Safjan, Warszawa 2011, s. 377.

[19] U.l.n. posługuje się nie terminem *embrion* a *zarodek* i w odniesieniu do rozważań ustawowych, w dalszej części pracy używane będzie to określenie.

[20] J. Haberko, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 144.

okoliczność wycofania przez biorczynię zgody w formie pisemnej, niewyrażenie zgody na przeniesienie zarodka przez dawcę (w przypadku dawstwa partnerskiego) lub męża biorczyni, względnie – niezłożenie przez niego oświadczenia o uznaniu ojcostwa w trybie art. 75[1] k.r.o. (w przypadku dawstwa innego niż partnerskie) oraz istnienie przeciwwskazań medycznych do przeniesienia zarodka.

Podkreślić należy, że w świetle ustawy fakt pozostawania lub niepozostawania w związku małżeńskim, jest irrelewantny. Wprowadza się bowiem rozróżnienie na dawstwo partnerskie, zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt. 8 u.l.n., oraz inne niż partnerskie (którego definicji brak, zatem trzeba pod tym pojęciem rozumieć wszelkie przypadki dawstwa, które nie spełniają kryteriów z powołanego powyżej przepisu). Pojawia się jednak pytanie, czy w przypadku osób rozwiedzionych lub byłych konkubentów regulacja ta dalej będzie adekwatna i będzie można mówić o dawstwie partnerskim. Z pewnością nie będzie można uznać tego stanu rzeczy za dawstwo inne niż partnerskie. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy, „z dawstwem innym niż partnerskie mamy natomiast do czynienia w sytuacjach, w których co najmniej jedna z komórek rozrodczych pochodzi od anonimowego dawcy"[21]. Z drugiej strony, definicja opiera się na kryterium podmiotowym[22], które w momencie rozwodu lub rozstania konkubentów przestaje istnieć. Zasadnym wydaje się spetryfikowanie rozumienia pojęcia i przyjęcie, że adekwatnym jest moment, w którym rozpoczęto procedurę medycznie wspomaganej prokreacji. W takiej sytuacji nadal trzeba będzie odwoływać się do regulacji uwzględniających dawstwo partnerskie, rozpatrując dwie z powyżej przytoczonych ewentualności.

Pierwszą z okoliczności uniemożliwiającą wykorzystanie zarodka (*de lege lata*: przeniesienie do organizmu biorczyni) jest wycofanie przez nią zgody. Presuponuje to konstrukcję, w której zgoda pierwotnie została wyrażona – chodzi zatem o tę na przeniesienie zarodków, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt. 1 u.l.n. Dysproporcją jest, że taka możliwość nie istnieje w stosunku do dawcy komórek, tymczasem biorczyni może uczynić to bez żadnych przeszkód: u.l.n. nie obwarowuje takiej możliwości wystąpieniem jakichkolwiek przesłanek, a zatem przyjąć należy, że takie wycofanie jest możliwe w każdej sytuacji. Co prawda przepis wymaga, aby oświadczenie takie było złożone w formie pisemnej, jednak należy przychylić się do poglądu, wedle którego rygor ten zastrzeżony jest jedynie *ad probationem*: równie dobrze biorczyni przez swoje faktyczne zachowanie może nie zezwolić na przeprowadzenie przeniesienia, w czym uzewnętrzniłoby się wycofanie jej zgody[23].

Jak już odnotowano, możliwość wycofania zgody jest pewnym dodatkowym środkiem, przysługującym tylko i wyłącznie biorczyni. Do „dyspozycji" dawcy pozostaje jedynie możliwość niewyrażenia zgody na przeniesienie zarodka, która – jak się wydaje, choć u.l.n. wprost tego nie wysławia – przysługuje też biorczyni: skoro może wycofać zgodę, to tym bardziej może jej nie wyrazić; zaś jej zaistnienie jest warunkiem dopuszczalności przeniesienia zarodków z art. 20 ust. 1 pkt. 1 u.l.n. na równi ze zgodą dawcy.

[21] Druk Sejmowy nr 3245 z 13 marca 2015 roku, s. 4.

[22] J. Haberko, *op.cit*., s. 38.

[23] *Ibidem*, s. 145.

O ile konsekwencje cofnięcia zgody z art. 21 ust. 1 pkt. 1 u.l.n. można by określić jako bezwzględne, tj. nie istnieją dalsze prawne możliwości działania, to w sytuacji opisanej w art. 21 ust. 1 pkt. 2 istnieje możliwość „przełamania" stanowiska dawcy. Art. 21 ust. 2 stanowi, że w przypadku braku zgody męża lub dawcy komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego, z których utworzono zarodek, na przeniesienie zarodka, zezwolenie na przeniesienie wydaje sąd opiekuńczy.

Nie jest to zbyt trafne rozwiązanie legislacyjne. W przypadku małżonków można jeszcze dopatrzeć się w tym przepisie refleksu instrumentu zawartego w art. 24 k.r.o., według którego w braku porozumienia co do istotnych spraw rodziny, każdy z małżonków może zwrócić się do sądu o rozstrzygnięcie. Jakkolwiek ocena istotności sprawy dokonuje się każdorazowo w toku postępowania[24], to procedura medycznie wspomaganej prokreacji wydaje się taką być: w przeciwnym bowiem razie trzeba by uznać, że jest to sprawa należąca do sfery codziennego życia, która nie ma bezpośredniego wpływu na interes rodziny[25]. Mimo tego podobieństwa, należy zauważyć dwie kwestie. Po pierwsze, należy poddać w wątpliwość, czy absolutnie każda istotna sprawa z zakresu życia rodziny może być rozstrzygnięta na drodze sądowej, jeśli się weźmie pod uwagę delikatność materii i możliwe konsekwencje dla dalszych relacji małżeńskich. Po drugie, w odniesieniu do rozstrzygnięcia z art. 24 k.r.o. przyjmuje się, że nie wiąże ono małżonków, którzy następnie mogą dojść do porozumienia w sprawie innego sposobu rozwiązania sprawy, a sąd ma przyjąć jedynie rolę rozjemcy[26]. Tymczasem charakter zezwolenia sądu z art. 21 ust. 2 u.l.n. wydaje się odmienny: kreuje on zezwolenie na przeniesienie zarodka, do którego musi dojść. Tym bardziej dziwi więc możliwość zastosowania takiej procedury w odniesieniu do dawcy niebędącego mężem biorczyni.

Truizmem jest stwierdzenie, że chyba nie istnieje dobre rozwiązanie impasu, który powstaje na skutek niemożności podjęcia decyzji co do niewykorzystanych embrionów. Dlatego być może rozsądnym rozwiązaniem jest poddanie sprawy pod rozstrzygnięcie sądu. Posiadałoby ono tę zaletę, że każdorazowo wzięte byłyby pod uwagę konkretne okoliczności sprawy, co umożliwiłoby ważenie interesów stron. Stany faktyczne spraw, które dotychczas zawisały przed różnymi sądami w podobnych sytuacjach, potwierdzają, że nie wszystkie okoliczności da się ująć *in abstracto* w aktach prawnych. Przykładem może być sprawa Evans vs. Zjednoczone Królestwo, w której Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł 10 kwietnia 2007 roku[27]. Skarżąca domagała się od byłego męża ponownego wyrażenia zgody na kontynuowanie procedury IVF: kiedy byli małżeństwem, z komórek pobranych od państwa Evans utworzono, za zgodą obydwojga, sześć embrionów, które nie zostały jednak wykorzystane w trakcie trwania ich małżeństwa. W późniejszym czasie, pan Evans (wobec istnienia takiej możliwości) wycofał swoją

[24] J. Gajda [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 214.

[25] *Ibidem*. Przez pryzmat takich cech charakteryzuje się nieistotność sprawy.

[26] T. Smyczyński [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014, s. 218.

[27] Orzeczenie dostępne w bazie ETPC pod adresem: http://hudoc.echr.coe.int/eng# {%22fulltext%22: [%22evans%22],%22documentcollectionid2%22: [%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22], %22itemid%22: [%22001-80046%22]}, 12.01.2017.

zgodę na wykorzystanie embrionów. Pani Evans – po wyczerpaniu drogi prawnej – złożyła skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zarzucając ustawie o płodności i embriologii z 1990 roku[28] naruszenie art. 2, 8 i 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[29]. Ostatecznie, Trybunał orzekł, że do takiego naruszenia nie doszło, jednak istotnym aspektem sprawy był fakt, że skarżąca cierpiała na nowotwór jajnika i implantacja embrionów była jej jedyną szansą na urodzenie genetycznie spokrewnionych dzieci. ETPC stanął zatem wobec konieczności odpowiedzi na pytanie, czy w danym stanie faktycznym bardziej godne ochrony jest prawo mężczyzny do niezostania ojcem mimo woli, czy kobiety do posiadania genetycznego potomstwa oraz czyja zgoda bardziej się „liczy". Natomiast w sprawie Davis vs. Davis, w której Sąd Najwyższy Tennessee wydał orzeczenie 1 czerwca 1992 roku[30] stan faktyczny był podobny tj. po rozpadzie małżeństwa pojawił się problem wykorzystania uprzednio utworzonych zarodków. Wydając rozstrzygnięcie, sąd wziął pod uwagę okoliczność bardzo istotną z punktu widzenia przeciwstawiającego się wykorzystaniu embrionów Juniora Davisa, a mianowicie, że on sam wychowywał się w niepełnej rodzinie, dlatego stanowczo oponował przeciwko wykorzystaniu embrionów przez Mary Davis i taki stan rzeczy (świadomość, że jego dziecko nie będzie wychowane przez oboje rodziców) niekorzystnie odbiłby się na nim. Można sobie wyobrazić wiele podobnych sytuacji, w których okoliczności konkretnego stanu faktycznego przeważają szalę na rzecz stanowiska jednej lub drugiej strony.

3.3. Zniszczenie vs. przekazanie

Czy uprawnione jest niszczenie niewykorzystanych zarodków? *De lege lata*, sytuacja jest przepołowiona. U.l.n. przewiduje w art. 23 ust. 3, że nie jest dopuszczalne niszczenie zarodków, które powstały w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji i nie zostały przeniesione do organizmu biorczyni, ale wykazują zdolność do prawidłowego rozwoju. Tę ostatnią ocenia się zgodnie z kryteriami zawartymi w ust. 2 (w zakresie oceny tych przesłanek trzeba mieć na względzie przede wszystkim stanowisko przedstawicieli medycyny). Będą to jedyne kryteria, jakie trzeba wziąć pod uwagę, oceniając ją. *A contrario*, przyjąć należy, że dopuszczalne jest niszczenie tych zarodków, które są niezdolne do prawidłowego rozwoju. Należy zwrócić uwagę, że *biorczyni* niekoniecznie będzie tożsama z osobą, u której pierwotnie miało dojść do implantacji zarodka. U.l.n. przewiduje również możliwość dawstwa zarodka (art. 21 ust. 3) – wskutek upływu terminu określonego umownie na przechowywanie zarodków lub śmierci dawców zarodka, względnie – biorczyni i jej męża lub osoby pozostającej z nią we wspólnym pożyciu.

Taki stan prawny odzwierciedla współbrzmienie z przedstawionym już uprzednio statusem moralnym embrionu i wyraża intuicję, zgodnie z którą na tyle, na ile jest

[28] The Human Fertilisation and Embriology Act 1990.

[29] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 roku (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).

[30] Tekst orzeczenia dostępny pod adresem: http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm, 12.01.2017.

to możliwe, należy dążyć do ochrony przed jego unicestwieniem, mając na uwadze fakt potencjalności człowieczeństwa w nim tkwiącej.

Z punktu widzenia małżonków rozwiedzionych, regulacja ta nie wprowadza rozwiązania problemu. O ile powstały z ich materiału genetycznego zarodek jest zdolny do prawidłowego rozwoju, nie może on zostać zniszczony, nawet jeśli obydwoje wyrażaliby chęć takiego nim zadysponowania. W zakresie przekazania zarodka do dawstwa (czyli potocznie mówiąc do jego „adopcji"), pewien „automatyzm" ma miejsce jedynie przy wystąpieniu powyżej wskazanych przesłanek z art. 21 ust. 3 u.l.n. Tymczasem w sytuacji chęci dobrowolnego przekazania zarodka do dawstwa wymaga wyrażenia zgody przez obydwoje dawców (art. 20 ust. 1 pkt 3 u.l.n.), którą zresztą można w późniejszym czasie wycofać (art. 22 pkt 2 u.l.n.). Co prawda ustawa stanowi w dwóch powołanych wyżej przepisach o zgodzie wyrażanej lub wycofywanej przez dawców, jednak takie sformułowanie wydaje się być tylko niezręcznością językową. W świetle tego, że u.l.n. silnie podkreśla konieczność każdorazowego wyrażania przez wszystkich zainteresowanych zgód na każdym etapie procedury oraz ich autonomię, nie byłoby zasadnym przyjmować – zgodnie z brzmieniem literalnym – że mamy tutaj do czynienia z pewną wspólnością stanowiska: należy przyjąć, że wycofanie zgody już przez jednego z dawców powoduje zaistnienie przesłanki wycofania jej przez *dawców*, jak stanowi przepis.

4. Podsumowanie

Jak wynika z powyższego, dostępne obecnie rozwiązania prawne nie kreują rozwiązań, które umożliwiłyby rozwiedzionym zadecydowanie o losach niewykorzystanych embrionów. W omawianym zakresie trudno jednak postulować jakiekolwiek uwagi *de lege ferenda*. Oczywistym jest, że prawo nigdy nie jest w stanie odpowiedzieć na wszystkie mogące wystąpić stany faktyczne. Trzeba mieć jednak świadomość, że w szczególności tutaj chęć objęcia wszystkich ewentualności rozwiązaniami legislacyjnymi może w rezultacie nie przynieść zamierzonych efektów. Zasadniczym problemem jest dwustronność medalu autonomii prokreacyjnej, co doskonale unaocznia przywołana sprawa Evans vs. Zjednoczone Królestwo. Z tego względu, sensownym rozwiązaniem wydaje się być, w razie niemożliwości porozumienia co do sposobu rozwiązania konfliktu, poddanie sprawy pod rozstrzygnięcie sądu. Taka propozycja pojawiła się już w polskiej literaturze: M. Żelichowski sugerował, że remedium może być wydawanie przez sąd zarządzeń, o których mowa w art. 109 k.r.o.[31] Prawdopodobnie w chwili obecnej problem ten nie jest aż tak rozprzestrzeniony. Trzeba mieć jednak świadomość, że w miarę upływu czasu najprawdopodobniej stanie się on na tyle żywotny, że aktualny stan prawny nie będzie wystarczającą odpowiedzią. Znany jest wszakże przypadek hollywoodzkiej aktorki, która została pozwana przez swoje zamrożone embriony (którym nadano imiona Emma i Isabella), w których imieniu wystąpił ich specjalnie powołany przedstawiciel prawny. Takie rozwiązanie było inicjatywą dawcy i byłego partnera pozwanej, który w ten sposób ma nadzieję doprowadzić do możliwości wykorzystania

[31] Por. M. Żelichowski, *Zarządzenie sądu opiekuńczego w trybie art. 109 k.r.o. względem embrionów nadliczbowych*, Prawo i medycyna 2/2006, s. 77 i nast.

embrionów. Choć powyższy przykład może budzić wesołość, to doskonale obrazuje on, że podobne konflikty są rzeczywistością co do których należy spodziewać się, że raczej będą eskalować aniżeli słabnąć.

* * *

Divorce Disagreement – Disposition of Unexploited Embryos

In the 1978 the first person was born thanks to in vitro fertilisation. Nowadays, it is one of the most popular technique of medically assisted procreation. It is characteristic to create more embryos than it is programmed to implant. The crucial point is the decision about what to do with created and non-implanted embryos. Legal situation gives some norms, but it is not legally decided wheter and alternatively – to who should the right to decide about embryos given to in case of a divorce whereas there is no possibility to present a joint standpoint. It is required not only to analyse the situation from the legal perspective, especially taking into consideration The Infertility Treatment Act, but also from the moral one.

Key words: embryo, The Infertility Treatment Act

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Jacek Karakulski, Justyna Pyłko[1]

Wątpliwości konstytucyjne w zakresie sądowej procedury zmiany płci

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu są konstytucyjne podstawy sądowej procedury zmiany płci. Autorzy wskazują na problem kolizji wartości występujący na gruncie konstytucyjnym w przedmiocie procedury ukształtowanej orzecznictwem Sądu Najwyższego oraz prawa do prywatności. Ustalona przez orzecznictwo grupa podmiotów legitymowanych biernie w omawianej procedurze budzi uzasadnione wątpliwości. Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego osoba transseksualna jest zmuszona pozwać swoich najbliższych krewnych: swoich rodziców, współmałżonka oraz dzieci. Autorzy uważają, że jest to nieproporcjonalne wkroczenie w prawo do prywatności osób transseksualnych. Jednym z postulatów wynikających z niniejszego tekstu jest ukształtowanie procedury sądowej zmiany płci w trybie nieprocesowym.

Słowa kluczowe: transseksualizm, prawo konstytucyjne, procedura sądowej zmiany płci, prawo do prywatności

1. Wprowadzenie

Praca ta ma na celu wyeksponowanie obiekcji dotyczących stosowanej obecnie procedury zmiany płci metrykalnej (prawnej). Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego[2] (dalej: SN) możliwe jest przeprowadzenie zmiany płci (i szerzej tożsamości) osoby

[1] Autorzy są studentami odpowiednio III i V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

[2] Uchwała SN z dnia 22 września 1995 r., sygn. III CZP 118/95, LEX nr 9240.

zainteresowanej na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.)[3].

W pierwszej kolejności zaprezentowane zostanie skrótowo materialnoprawne i procesowe podłoże konstytucyjne żądania przez jednostkę prawnej zmiany jej płci oraz jedynie w niezbędnym zakresie zagadnienie chirurgicznej jej korekty. W dalszej części nastąpi przybliżenie rozwoju linii orzeczniczej w omawianym zakresie, w szczególności odniesienie się *ad meritum* do poglądu SN wyrażonego we wspomnianej uchwale (w składzie 3 sędziów) z 1995 r., iż pozwanymi winni być w przedmiotowej sprawie rodzice lub ustanowiony na ich miejscu kurator – co upowszechniło takową praktykę orzeczniczą sądów niższej instancji. Ponadto katalog podmiotów posiadających legitymację bierną w omawianym procesie został w 2013 r. poszerzony przez SN o współmałżonka i dzieci powoda[4]. Autorzy skupią się na przedstawieniu istniejących w tym zakresie kolizji na płaszczyźnie praw i wolności konstytucyjnych oraz zaprezentują odpowiednie postulaty *de lege ferenda*.

2. Konstytucyjne podstawy zmiany płci

2.1. Uwagi ogólne

Jak stanowi art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[5] z dnia 2 kwietnia 1997 r. (dalej: Konstytucja RP), przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło przysługujących mu praw i wolności. Oczywiście nie ulega wątpliwości, iż część z przyznanych jednostce przez Konstytucję RP praw jest mocniej związanych z godnością (tu chociażby prawo do prawnej ochrony życia – art. 38 Konstytucji RP) a niektóre zdecydowanie słabiej (jak prawo do składania petycji, wniosków i skarg – art. 63 Konstytucji RP). Toteż w tym miejscu zaznaczyć należy, iż im ściślej dane prawo lub wolność związane jest z nienaruszalną godnością istoty ludzkiej, tym bardziej ostrożnym należy być w zakresie ograniczania jednostce swobodnego z nich korzystania. Powyższe związane jest również z zakazem naruszania istoty praw i wolności – co wyrażone zostało *explicite* w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Istota prawa oceniana może być czysto abstrakcyjnie lub kazuistycznie. Zgodnie z już większościowym poglądem ulegać powinna ona dookreśleniu dopiero w oparciu o konkretny stan faktyczny[6]. Niemniej jednak, przy próbie bardziej abstrakcyjnego jej wyłączenia z zakresu danego prawa lub wolności, często przydatna może być perspektywa ulokowania jej źródła w godności z art. 30 Konstytucji RP. Uzasadnionym jest postawienie tezy, iż im bardziej zbliżamy się bezpośrednio do zakresu przedmiotowego art. 30 Konstytucji RP analizując konkretne prawo lub wolność, tym większe jest prawdopodobieństwo, że w danym stanie

[3] Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296 z późn. zm.

[4] Zob. wyrok SN z dnia 6 grudnia 2013r., sygn. I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

[5] Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.

[6] Trybunał Konstytucyjny zdaje się podzielać ten pogląd. Zob. wyr. TK z dnia 12.01.1999r. w sprawie o sygn. P 2/98: „Wskazanie istoty prawa lub wolności powinno uwzględniać przy tym kontekst sytuacji, w której dochodzi do ograniczenia danego uprawnienia".

faktycznym (w określonych okolicznościach – również normatywnych) naruszenie tej sfery normowania prawa lub wolności będzie wiązało się z naruszeniem jego istoty.

Uprawnienie jednostki do żądania prawnego uznania dokonanej przez nią zmiany płci może wynikać z dwóch sytuacji niezgodności stanu faktycznego ze stanem prawnym. Pierwszą okolicznością, aktualizującą owe uprawnienie jednostki, jest istniejący błąd w dokumentach urzędowych polegający na tym, że jednostka od początku zakwalifikowana powinna zostać jako przynależąca do płci przeciwnej (zgodnie z istniejącymi w chwili urodzenia standardami wyznaczania płci dziecka). Drugą z nich jest sytuacja, w której jednostka dokonała całkowitej medycznej (w tym chirurgicznej) zmiany płci[7].

Pierwsza nadmieniona wyżej sytuacja związana jest w opinii autorów z uprawnieniem jednostki wynikającym z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Zostanie to poruszone szerzej pod koniec niniejszego punktu opracowania, przy generalnym odniesieniu się do żądania przez jednostkę formalnej zmiany płci. W pierwszej kolejności warto bowiem przywołać materialnoprawne konstytucyjne podłoże dla dokonania fizycznej jej zmiany, w celu poszerzenia perspektywy istniejących dylematów dotyczących prawnego uznania przez władzę publiczną dokonanych zmian w rzeczywistości.

Druga wymieniona przesłanka zaktualizowania się omawianego uprawnienia związana jest z prawem podmiotowym do samostanowienia. Prawo to zostało wyrażone przede wszystkim w art. 47 Konstytucji RP *in fine*. Nie sposób jednak nie zauważyć, iż owo fundamentalne prawo jednostki znajduje wyraz w szeregu innych norm konstytucyjnych. Przywołać w tym miejscu można choćby generalną (meta) zasadę wolności (z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP), czy też mającą charakter absolutny wolność sumienia (z art. 53 ust. 1 Konstytucji RP). Zdefiniować je można jako „prawo do życia własnym życiem, układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej"[8].W zakresie omawianej autonomii mieści się również zdrowie każdego człowieka, które jest elementem jego życia osobistego, podlegającego ochronie prawnej i objętego gwarancją dysponowania tym dobrem według własnego uznania w myśl art. 47 Konstytucji RP[9]. Jakkolwiek byśmy uszczegółowili zakres normowania art. 47 Konstytucji RP *in fine*, z pewnością jest ono jednym z praw silniej związanych z zasadą godności z art. 30 Konstytucji RP.

2.2. Wokół zmiany płci biologicznej

W tym miejscu warto przystąpić do skrótowej analizy problematyki chirurgicznej ingerencji w fizyczne cechy płciowe jednostki, powiązanej immanentnie z prawem jednostki do samostanowienia. Oczywiście problem dotyczy również prawa do tożsamości płciowej, które ma swoje głębsze usadowienie w generalnej klauzuli godności istoty ludzkiej. Jednakże uznać należy, iż prawo do tożsamości płciowej ma charakter nieco bardziej wewnętrzny (związany ze sferą osobistej akceptacji i gotowości do pełnienia

[7] Dokonanie chirurgicznej zmiany płci nie zawsze jest jednak uznawane za przesłankę konieczną do sądowej jej zmiany. Zob. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1978 r., sygn. III CZP 100/77, LEX nr 1104539.

[8] Wyrok TK z dnia 11 października 2011 r., sygn. K 16/10, OTK 2011, nr 8 A, poz. 80.

[9] *Ibidem*.

określonych funkcji społecznych). Prawo do samostanowienia nie ma charakteru absolutnego w sferze integralności cielesnej jednostki (a szerzej jej zdrowia). Oczywistym jest fakt, iż państwo ma prawo ograniczać pewne prawa i wolności jednostki w celu ochrony pewnych interesów całej wspólnoty budującej dobro wspólne (jakim jest Rzeczpospolita). Nie jest to jednak tak jasne w przypadku paternalistycznej chęci ochrony jednych praw na niekorzyść innych praw tej samej osoby. Zaznaczyć należy, iż jedynie w sposób wyjątkowy władza publiczna może ingerować w (bardzo szerokie) prawo jednostki do samostanowienia ze względu na potrzebę ochrony wartości, jakimi są inne jej prawa lub wolności. Jedyną taką przesłanką ograniczania praw i wolności dającą się wprost powiązać z jednostką, której to prawa lub wolności są ograniczane, jest zdrowie publiczne *sensu largo*. Niezasadne jest powoływanie się wprost na prawo do ochrony zdrowia (z art. 68 ust. 1 Konstytucji RP) jednostki chcącej zmienić płeć, gdyż przesłanką wprowadzenia ograniczeń nie mogą być inne prawa lub wolności tej samej jednostki. Na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie powinny stanowić adekwatnej przesłanki usprawiedliwienia wprowadzania ograniczeń omawianych praw i wolności także ani moralność publiczna ani porządek publiczny, bowiem żaden organ władzy publicznej a tym bardziej społeczeństwo nie ma prawa arbitralnie decydować (odnosić się prawnie relewantnie) w kwestiach stanowiących tak istotną sferę autonomii jednostki. W związku z powyższym, można się zastanowić, czy w tej sytuacji nie można skutecznie powołać się jedynie na owo wspomniane zdrowie publiczne, które w szerokim ujęciu rozumiane może być jako chroniące jednostki przed zagrożeniami płynącymi od zewnątrz (zdrowie publiczne *sensu stricto*) jak i tymi pochodzącymi od niej samej – od wewnątrz (zdrowie publiczne *sensu largo*). Kazuistyczną ocenę możliwości ograniczenia prawa przeprowadzać mógłby sąd.

Zgoda sądu na samo dokonanie stosowanych zmian biologicznych służyłaby temu, aby nie dochodziło do zbyt daleko idącego szkodzenia sobie samej przez jednostkę. Pamiętać należy również, iż dokonanie zabiegu chirurgicznej zmiany płci przez osobę trzecią (w przypadku braku wykazania koniecznych przesłanek medycznych) jest *de lege lata* ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu[10], na dokonanie którego jednostka samodzielnie nie może wyrazić zgody, w związku z czym przewidzenie odrębnego orzeczenia sądu w kwestii samej zgody na dokonanie zmian biologicznych może być tym bardziej pożądane. Oczywiście pochodną zapobiegania niezasadnej zmianie płci jest chęć przeciwdziałania woli uchylenia się od obowiązków publicznych (jak obowiązek wojskowy) lub chęci korzystania z warunków socjalnych przewidzianych dla płci przeciwnej (tu np. wcześniejsze przejście na emeryturę). Można zastanowić się również, czy dokonanie takiej zmiany (póki co jedynie fizycznej, a nie prawnej) w czasie trwania związku małżeńskiego i tak nie byłoby próba obejścia przepisów prawnorodzinnych, czemu również przeciwdziałałoby wtedy takowe (wstępne) orzeczenie sądu.

W kontekście niniejszego opracowania warto przywołać pewną zawisłą przed Sądem Kasacyjnym we Włoszech sprawę. W polskich realiach systemowych nie wydaje

[10] Problem ten jest jednak jeszcze dyskutowany w nauce prawa karnego; zob. L. Lachowski, *Inne kontratypy* [w:] *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 501–502.

się możliwe do zaakceptowania stanowisko włoskiego Sądu w sprawie Massimiliano Marchesiego[11], w której stwierdził on, iż płeć jest kwestią odgrywania pewnych ról społecznych a nie zagadnieniem czysto biologicznym, w związku z czym zezwolił na zmianę płci metrykalnej bez przeprowadzenia chirurgicznej zmiany płci biologicznej. Sytuacja ta doprowadza do tego, iż będąca w świetle prawa kobietą Sonia Marchesi (wcześniej Massimiliano Marchesi) dalej posiada cechy płciowe męskie i o ile kuracja hormonalna nie uczyniła jej bezpłodną, to może ona skutecznie zapłodnić inną kobietę. Sprawa ta przywołana zostaje ze względu na fakt, iż w niej również sąd oparł się na zasadzie godności człowieka (która jest punktem wyjścia dla całokształtu przedstawianych tu rozważań) i z niej wywiódł szereg konstatacji, z których najistotniejszą (a zarazem najbardziej kontrowersyjną) zdaje się być ta o niedopuszczalności uniemożliwienia formalnej zmiany płci ze względu na odmowę poddania się przez petenta zabiegowi chirurgicznemu z powołaniem się na względy zdrowotne.

Na kanwie tej włoskiej sprawy tym bardziej uzasadnione wydaje się stwierdzenie, iż godność istoty ludzkiej (przynajmniej tej o której mowa w art. 30 Konstytucji RP[12]) winna być w kontekście zmiany płci rozumiana jako bezwzględne prawo jednostki do wewnętrznego ustalenia własnej tożsamości płciowej oraz względne (uzależnione jedynie od jej stanu cywilnego oraz fizycznej zmiany cech płciowych) prawo jednostki do żądania formalnej zmiany płci. Tylko tak rozumiane prawo do tożsamości płciowej (oraz szerzej prawo do samostanowienia) zdaje się wynikać z treści art. 30, art. 31 ust. 1 i 2 oraz art. 47 Konstytucji RP. Reasumując, należy zdecydowanie odróżnić prawo do tożsamości płciowej (oraz prawo do płci) od prawa do prawnego uznania tej tożsamości.

Na koniec rozważań o materialnoprawnej problematyce zmiany płci w zakresie regulacji konstytucyjnej zwróćmy uwagę na jeszcze jedno zagadnienie. Zauważmy, iż występujący tu konflikt wartości, biorąc pod uwagę płaszczyznę ewentualnej karnoprawnej odpowiedzialności lekarza za dokonanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, cechuje się więcej niż jedną relacją kolizyjną. Przywołać w tym miejscu należy konflikt pomiędzy prawem do samostanowienia jednostki, wartość jaką jest zdrowie publiczne *sensu largo* oraz będące z brzegu prawa i obowiązki chirurga, mogącego ponosić ewentualną odpowiedzialność karną za dokonanie „nielegalnego" zabiegu. To ostatnie winno zależeć od sposobu rozwiązania kolizji wartości wymienionych w pierwszej kolejności. Kolizja ta z pewnością może być rozwiązana na korzyść prawa jednostki do samostanowienia. Niemniej jednak zasadnym jest przyjęcie, aby to bezstronny sąd każdorazowo oceniał, czy w danej sytuacji zasadnym jest przyjęcie takiego wyważenia. Niewątpliwie w interesie całego społeczeństwa jest to, aby płeć metrykalna odpowiadała płci fizycznej jednostki. Co najistotniejsze w kontekście materialnoprawnych podstaw dokonania i formalizacji zmiany płci jednostki, wszystkie te uprawnienia związane

[11] http://www.rp.pl/Swiat/307219817-Moze-byc-ojcem-i-moze-byc-kobieta.html#ap-1, 30.04.2017.

[12] Autor zdaje sobie sprawę z szerokiego pozatekstualnego znaczenia art. 30 Konstytucji RP, warunkowanego jego prawnonaturalnym charakterem; niemniej jednak zasadnym jest przyjęcie różnego do pewnego stopnia rozumienia godności w różnych porządkach prawnych jednakowo osadzonych w europejskiej kulturze (chrześcijańskiej).

są bardzo silnie z godnością człowieka, której istotnym elementem jest dbałość o jego integralność fizyczną i psychiczną. Regulacja ustawowa normująca tak newralgiczną kwestię, jak prawna możliwość dokonania omawianych modyfikacji, musi być tworzona mając uwadze ryzyko naruszenia art. 30 Konstytucji RP, istoty wymienionych już praw i wolności oraz nieproporcjonalnego ich naruszenia. Na marginesie warto zaznaczyć, iż integralność seksualna człowieka oraz jego poczucie przynależności do danej płci stanowią dobra osobiste podlegające ochronie na gruncie prawa cywilnego[13] (art. 23 i 24 k.c.). Dobro osobiste, będące pojęciem ustawowym, przez doktrynę prawa cywilnego dość silnie wiązane jest właśnie z godnością[14].

2.3. Wokół zmiany płci metrykalnej

Żądanie formalnej (prawnej) korekty płci jednostki jest jedynie pochodną jej uprawnienia do kształtowania własnej tożsamości płciowej i finalnie dokonania fizycznej zmiany płci. „Artykuł 51 ust. 4 mówi o szczególnym uprawnieniu wynikającym z ogólnej zasady art. 47 Konstytucji, obejmującej prawo do przedstawiania/kształtowania swego publicznego obrazu, rysującego się na tle danych zebranych przez władzę"[15]. Zbieżność biologicznej płci jednostki z figurującymi w dokumentach danymi jest wręcz dalej idąca aniżeli tylko publiczny obraz jednostki o jakim mówi TK. Skoro płeć prawna jednostki oddziałuje na szereg jej uprawnień i obowiązków – co wiąże się również z ogólnospołecznym interesem do prawidłowego jej ustalenia – to jednostka ma uzasadniony interes, aby żądać sprostowania wszelkich nieprawidłowości w tym zakresie. System prawny demokratycznego państwa prawnego (jaki wynika z art. 2 Konstytucji RP) powinien każdorazowo odpowiednio reagować na zaistniałe niezgodności pomiędzy obiektywnie istniejącym stanem faktycznym oraz prawnym jego odzwierciedleniem. Oczywiście zasada ta, między innymi w imię pewności prawa, może podlegać ograniczeniom (w szerszym kontekście chociażby terminy prekluzyjne na wznowienie postępowania[16]); niemniej jednak w sytuacji tak newralgicznej sfery prywatnej jednostki, jaką jest jej prawo to tożsamości (również płciowej), przez wzgląd na godność istoty ludzkiej, nie sposób jest odmówić jej żądania sprostowania jej danych metrykalnych. Jedyną podstawą ograniczenia tego uprawnienia, hipotetycznie, mógłby być stan cywilny jednostki.

---

[13] Postanowienie SN z 22 marca 1991 r., sygn. III CRN 28/91, LEX nr 519375.

[14] Zob. m.in. P. Machnikowski, *Komentarz do art. 23 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2016, Legalis.

[15] Tak co prawda w innym od omawianego kontekście TK w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK 2005, nr 11 A, poz. 132.

[16] Zob. m.in. wyrok TK z dnia 22 września 2015r., sygn. SK 21/14, OTK 2015, nr 8 A, poz. 122: „Zdaniem Trybunału, pięcioletni termin prekluzyjny jest rozwiązaniem przydatnym w świetle zakładanych przez prawodawcę celów. (…) Przechodząc do oceny niezbędności ograniczenia Trybunał stwierdził, że prawo do wznowienia postępowania cywilnego (…) nie może pozostać nieograniczone w czasie z uwagi na konstytucyjny nakaz ochrony praw nabytych, praw majątkowych i niemajątkowych oraz prawa do sądu. (…) Wyrok Trybunału nie podważa przydatności i niezbędności pięcioletniego terminu na wniesienie skargi o wznowienie postępowania cywilnego. Trybunał Konstytucyjny stwierdził jedynie, że w wypadku, o którym mowa w sentencji niniejszego wyroku, pięcioletni ustawowy termin prekluzyjny stanowi rozwiązanie nadmiernie obciążające adresata wyroku ETPC".

W tym kontekście przywołany powinien zostać wzgląd na ochronę życia rodzinnego, ustalonych praw drugiego współmałżonka, skorelowane z (dyskusyjnym) poglądem o niedopuszczalności związków małżeńskich osób tej samej płci wynikającym z art. 18 Konstytucji RP. Tylko tak ujęty kontekst normatywny pozwala na stwierdzenie dopuszczalności ograniczenia uprawnienia jednostki do sprostowania nieprawdziwych danych, bowiem zmiana taka prowadziłaby wtedy do powstania stanu nielegalności związku małżeńskiego, do czasu ewentualnego stwierdzenia jego nieważności (z pominięciem wszelkich praw współmałżonka do podtrzymania związku małżeńskiego, które nie są brane pod uwagę w tym procesie).

Jedną z konstytucyjnych gwarancji ochrony praw i wolności jest podmiotowe prawo jednostki do sądu. Jak stanowi Konstytucja RP w art. 77 ust. 2 ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Owa funkcja ochronna art. 45 Konstytucji RP – mająca na celu umożliwienie dochodzenia przez jednostkę swoich praw lub wolności przed niezależnym sądem i niezawisłym sędzią – stanowi jądro tego prawa (w zakresie dostępu do sądu)[17]. Zarówno w przypadku fizycznej zmiany płci, jak i w sytuacji wystąpienia błędu w metryce urodzenia, jednostka posiada uzasadnione żądanie sprostowania (zmiany) jej płci prawnej. W przypadku chirurgicznej zmiany płci, osoba transseksualna swoje uprawnienie do żądania respektowania tej zmiany przez państwo, wywodzić powinna z zasady godności (art. 30 Konstytucji RP), przywołanej związkowo z zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). To właśnie prawo do tożsamości płciowej (skorelowane na płaszczyźnie stanu faktycznego z dokonaną zmianą płci biologicznej, będącą korzystaniem z wynikającego z art. 47 Konstytucji RP *in fine* prawa do samostanowienia), połączone z obowiązkiem respektowania przez państwo prawa zmian zachodzących w świecie – o ile wynikają one właśnie z korzystania przez jednostkę z przyznanych jej uprawnień (*vide* art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP i art. 47 Konstytucji RP *in fine*) a nie stanowią postępowania *contra legem* – dają materialnoprawną podstawę żądania przez jednostkę prawnego uznania tej zmiany. Po pierwsze dzieje się tak w celu jak najpełniejszego umożliwienia dostosowania regulacji normatywnych do (rzeczywistych cech) podmiotu prawa tak, aby nie naruszano godności istoty ludzkiej. Po drugie, przyjęcie przeciwnych założeń (o braku prawa podmiotowego do żądania korekty płci metrykalnej) będzie prowadziło do powstania swoistej pułapki prawnej (przez co naruszony zostałby art. 2 Konstytucji RP). Pułapka ta polegała by na tym, iż jednostka korzystająca z uprawnienia do dokonania stosownych zmian fizycznych we własnym ciele – z uwagi na istniejące ku temu przesłanki medyczne – decyduje się na to, lecz zarazem pogodzić musi się z ewentualnym brakiem respektowania tej zmiany przez system prawa (poprzez co zastosowanie do niej będą znajdować w rzeczywistości nieadekwatne normy prawne – chociażby wiek emerytalny) oraz szeregiem innych niedogodności mogących mieć charakter nieproporcjonalnego wkroczenia w jej prawa lub wolności, czy to na płaszczyźnie horyzontalnego, czy wertykalnego ich oddziaływania. W przypadku istniejącego *ab initio* (w perspektywie oceny prawidłowości postępowania lekarza w kwestii określenia płci

[17] Tak też M. Florczak-Wątor, *Prawo do sądu jako prawo jednostki i jako gwarancja horyzontalnego działania praw i wolności*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2016, nr 3, s. 53.

dziecka po jego urodzeniu) błędu co do wpisanej płci metrykalnej, żądanie jednostki może wynikać już wprost z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Przepis ten statuuje bezpośrednie prawo do żądania sprostowania nieprawdziwych informacji widniejących w dokumentach urzędowych – z jaką w tej sytuacji z pewnością mamy do czynienia. Jak już zostało wspomniane, podstawowym konstytucyjnym instrumentem służącym jednostce w celu dochodzenia naruszenia jej praw (jeśli organy państwa nie chcą uznać zaszłej zmiany), jest sądowe ich dochodzenie.

W ramach prawa do sądu z art. 45 Konstytucji RP powszechnie wyodrębnia się prawo do odpowiedniego ukształtowania postępowania. Istotnym komponentem tego prawa jest tzw. sprawiedliwość proceduralna. „W świetle dotychczasowych wypowiedzi TK można przyjąć, że sprawiedliwość proceduralna stanowi w istocie odzwierciedlenie nakazu takiego ukształtowania rozwiązań procesowych, aby zapewniały one, że sprawa zostanie należycie i sprawiedliwie rozpoznana, z poszanowaniem uprawnień stron i uczestników postępowania, które powinny być traktowane w sposób podmiotowy”[18]. Uszczegółowić należy to pojęcie w oparciu o generalny nakaz podmiotowego traktowania człowieka (zakaz uprzedmiotowienia) z art. 30 Konstytucji RP. Jednostka ma prawo korzystać ze wszystkich przyznanych jej praw i wolności w prawnie dopuszczalnych granicach. Skoro więc jednostka dysponuje prawem do prywatności (art. 47 Konstytucji RP) oraz posiada podmiotowe (względne) prawo do prawnego uznania zmiany płci, to należy przeanalizować, czy obecna regulacja (a raczej praktyka orzecznicza) dopuszczająca owe prawne uznanie jedynie w postępowaniu procesowym, nie narusza w rzeczywistości nieproporcjonalnie pierwszego z wymienionych praw (wątek ten szeroko omówiony zostanie w pkt. 4 pracy).

Podsumowując, nie powinno budzić większych wątpliwości istnienie pochodnego od istniejącej rozbieżności między płcią biologiczną (fizyczną) a płcią metrykalną, prawa jednostki do respektowania przez władzę państwową rzeczywistej jej płci. Również Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) opowiada się za wynikaniem prawa to tożsamości płciowej z prawa do poszanowania życia prywatnego z art. 8 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[19] (dalej: EKPC). Jak twierdzi ETPC osobista autonomia jednostki, w ramach której mieści się jej prawo do określania własnej tożsamości, jest fundamentem art. 8 EKPC[20]. Oczywiście prawo do prywatności na gruncie konwencyjnym – tak samo jak na płaszczyźnie Konstytucji RP – nie ma charakteru absolutnego[21]. Jednakże, co istotne z perspektywy niniejszej pracy, z punktu widzenia EKPC stwierdzić należy obowiązek państwa zagwarantowania określonej procedury nadającej doniosłość prawną dokonanej korekcie zmiany płci[22].

---

[18] P. Grzegorczyk, K. Weitz, *Komentarz do art. 45 Konstytucji* [w:] M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, Legalis i przywołane tam orzecznictwo.

[19] Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.

[20] Zob. wyrok ETPC z dnia 12 czerwca 2003 r., 35968/97, Van Kück przeciwko Niemcom, HUDOC.

[21] Art. 8 ust. 2 EKPC *in extenso*.

[22] Tak ETPC w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r., 37359/09, Hämäläinen przeciwko Finlandii, HUDOC: „Trybunał rozpatrywał już kilka spraw dotyczących braku prawnego uznania płci po operacji korekty

3. Rozwój aktualnej praktyki orzeczniczej

W prawie polskim nie istnieje definicja legalna płci. W doktrynie przeważa stanowisko uznające ją za element stanu cywilnego człowieka, taki jak imię, nazwisko, miejsce i data urodzenia[23]. Niewątpliwie płeć jest pojęciem relewantnym prawnie – przynależność do poszczególnej płci ma znaczenie chociażby w prawie pracy (regulującym np. kwestie związane z okresem okołoporodowym), prawie ubezpieczeń społecznych (różnicującym wiek przejścia na emeryturę dla kobiet i mężczyzn), a zwłaszcza w prawie cywilnym i rodzinnym, w których ma wpływ nie tylko na możliwość zawarcia małżeństwa, ale także na dochodzenie pewnych praw stanu cywilnego. Jak już było wspomniane powyżej, w cywilistyce przynależność do poszczególnej płci traktowana jest także jako dobro osobiste konkretnego człowieka, podlegające prawnej ochronie[24].

Pomimo iż metrykalna zmiana płci wywołuje tak znaczące konsekwencje w sferze prawnej człowieka, to w polskim porządku prawnym nie została przewidziana regulacja jej procedury, co już od lat 60. wywołuje kontrowersje w zakresie sposobu jej przeprowadzenia. Główny problem dotyczy podstawy prawnej takiej zmiany – część doktryny uważa, że należałoby ją przeprowadzać w drodze sprostowania aktu urodzenia na podstawie Ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, inni – że procedura jej zmiany powinna polegać na dokonaniu wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia po uzyskaniu wyroku sądu powszechnego, w wyniku powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c. Inne kontrowersje dotyczą tego, czy orzeczenie w sprawie zmiany płci ma skutek *ex nunc* czy *ex tunc* oraz tego, kto jest legitymowany biernie w przypadku zmiany płci w drodze powództwa o ustalenie.

Praktykę zmiany płci w drodze sprostowania aktu urodzenia zapoczątkowało pierwsze orzeczenie w tego typu sprawie – wyrok z dnia 24 września 1964 r. Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy[25], w którym stwierdzono, że zagadnienie zmiany dotychczasowej treści aktu stanu cywilnego na skutek zmiany płci należy rozstrzygnąć *per analogiam* na zasadzie art. 26 ust. 3 prawa o aktach stanu cywilnego[26], dotyczącego prostowania aktu urodzenia, z tą różnicą, że takie sprostowanie miałoby mieć skutek

płci (zob. np.: Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii [Wielka Izba], wyrok cytowany powyżej; Van Kück przeciwko Niemcom, nr 35968/97, ETPCZ 2003VII; Grant przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok cytowany powyżej; oraz L. przeciwko Litwie, wyrok cytowany powyżej, § 56). Trybunał, przyznając Państwom pewien margines oceny w tym zakresie, uznał, że Państwa są zobowiązane, zgodnie z ich pozytywnym obowiązkiem wynikającym z art. 8, uznać zmianę płci u osób transseksualnych, które przeszły operację poprzez między innymi umożliwienie zmiany danych dotyczących ich stanu cywilnego" (tłumaczenie dokonane przez Trybunał Konstytucyjny).

[23] Tak m.in. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 143.

[24] Tak m.in. K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty zmiany płci u transseksualistów* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa: aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009, s. 197; *Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 87. Również w judykaturze wskazuje się, że płeć to dobro osobiste podlegające ochronie; zob. m.in. postanowienie SN z 22 marca 1991 r., sygn. III CRN 28/91, LEX nr 9052.

[25] Orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z dnia 24 września 1964 roku, sygn. akt II Cr 515/64, LEX nr 1726970.

[26] Dekret – Prawo o aktach stanu cywilnego z dnia 8 czerwca 1955 (Dz.U. nr 25 poz. 151).

ex nunc. Do stanowiska tego przychylił się następnie Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 25 lutego 1978 r., który ponadto stwierdził, że stosowne sprostowanie aktu urodzenia może nastąpić także przed poddaniem się operacyjnym zabiegom zewnętrznych narządów płciowych, o ile „cechy nowo kształtującej się płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny"[27]. Zdaniem Sądu Najwyższego w takim przypadku zastosowanie znajduje tryb nieprocesowy sprostowania aktu cywilnego, ponieważ tryb procesowy, zgodnie z zasadą dwustronności, wymaga istnienia dwóch przeciwstawnych podmiotów – natomiast w przypadku zmiany płci brak jest drugiej strony. Jako że zgodnie z art. 26 prawa o aktach stanu cywilnego o sprostowaniu aktu sąd miał orzekać „w razie błędnego lub nieścisłego jego sporządzenia"[28], a w przypadku zmiany płci akt ten został sporządzony zgodnie ze stanem rzeczywistym (który to dopiero następnie uległ zmianie), przepisy te zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego miały znaleźć zastosowanie nie wprost, ale *per analogiam*.

Zmiana powyższego stanowiska nastąpiła w drodze uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.[29], w której stwierdzono, że sprostowanie aktu urodzenia może nastąpić jedynie w przypadku błędnego lub nieścisłego zredagowania tego aktu, które to było błędne lub nieścisłe od samego początku, zaś samo występowanie transseksualizmu takiej podstawy nie daje. Nie można zatem, zdaniem Sądu Najwyższego, ujawniać późniejszych zmian w trybie sprostowania, a „funkcjonująca w tym zakresie praktyka sądowa stwarza zagrożenie dla porządku prawnego". Sąd Najwyższy wyraził ponadto w uzasadnieniu kategoryczne stanowisko że „żaden inny przepis nie przewiduje możliwości tzw. sądowej zmiany płci". W odniesieniu do treści tego orzeczenia pojawiły się pewne wątpliwości co do rzeczywistego jego znaczenia – czy w ogóle wyklucza ono możliwość sprostowania aktu urodzenia w przypadku transseksualizmu, czy jedynie stwierdza, że jest to niemożliwe przed dokonaniem chirurgicznego zabiegu korekcyjnego.

Orzeczenie to spotkało się z żywym zainteresowaniem doktryny i było różnie komentowane. M. Filar w glosie aprobującej wyrażał przekonanie o niepodzielności „stanu cywilnego" osoby, uzasadniając ponadto trafność komentowanego orzeczenia deklaratoryjnym charakterem aktów stanu cywilnego[30]. Z. Radwański co do zasady zgodził się z orzeczeniem Sądu Najwyższego, wskazując jednocześnie na możliwość stosowania w takich wypadkach art. 189 k.p.c. w zw. z art. 23 i 24 k.c.[31] J. Pisuliński krytycznie odniósł się do wskazywanej w uchwale niemożliwości analogicznego zastosowania art. 31 prawa o aktach stanu cywilnego[32] oraz również wskazał (w przypadku podzielania poglądu wyrażonego w orzeczeniu Sądu Najwyższego) na alternatywną możliwość rozwiązania problemu poprzez zastosowanie żądania ustalenia

[27] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1978 r., sygn. III CZP 100/77, LEX nr 1104539.

[28] Dekret – Prawo o aktach stanu cywilnego z dnia 8 czerwca 1955 (Dz.U. nr 25 poz. 151).

[29] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 roku, sygn. akt III CZP 37/89, LEX nr 3502, uchwała ta ma moc zasady prawnej.

[30] M. Filar, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, PiP 1990, nr 10, s. 116-118.

[31] Z. Radwański, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, OSP 1991 z. 2 poz. 35.

[32] Prawo o aktach stanu cywilnego z dnia z dnia 29 września 1986 r. (Dz.U. nr 36 poz. 180).

prawa do płci (uznając poczucie przynależności do płci za dobro osobiste) na ogólnych zasadach z art. 189 k.p.c.[33]

Poglądy doktryny dotyczące możliwości dokonywania zmiany płci w drodze powództwa z art. 189 k.p.c. znalazły wyraz w postanowieniu z 22 marca 1991 r.[34], w którym Sąd Najwyższy uznał, że poczucie przynależności do określonej płci jest dobrem osobistym i z tego też względu zmiana płci może dokonywać się przy wykorzystaniu instytucji wzmianki dodatkowej w aktach stanu cywilnego[35]. Podstawą zamieszczenia takiej wzmianki może być prawomocne orzeczenie sądu, wydane w wyniku wytoczenia powództwa o ustalenie dobra osobistego, jakim jest owo poczucie przynależności do płci (art. 189 k.p.c.). SN wskazuje na interes prawny w uzyskaniu obiektywnej ochrony wobec niepewności stanu prawnego lub prawa jako na podstawę takiego powództwa. Wyrok ustalający powinien w danym przypadku, zdaniem Sądu Najwyższego, działać ze skutkiem *ex nunc*.

Jednoznaczne przesądzenie w orzecznictwie, że to powództwo o ustalenie jest właściwą drogą zmiany płci metrykalnej, otworzyło problem legitymacji biernej w tym postępowaniu. W uchwale z 1995 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że legitymacja bierna przysługuje w takim przypadku rodzicom powoda, a gdy rodzice Ci nie żyją – pozwanym powinien być kurator ustanowiony przez sąd[36]. Takie rozstrzygnięcie SN oparł na analizie obowiązujących przepisów w sprawach dotyczących praw stanu, w których stronami są zazwyczaj osoby związane odpowiednimi stosunkami prawnorodzinnymi, tak jak np. małżonkowie w procesie o rozwód, czy też rodzice i dzieci w procesie o ustalenie ojcostwa. Powyższe stanowisko SN zostało skrytykowane przez J. Ignatowicza[37]. Stwierdził on, że niewłaściwe jest powoływanie się na zasady rządzące dochodzeniem stanu cywilnego, ponieważ stanowi on przedmiot tzw. spraw stanu cywilnego, regulujących sytuację prawną człowieka w rodzinie, która to sytuacja charakteryzuje się wzajemnością – prawu jednego z członków rodziny odpowiada prawo drugiego. W przypadku płci zaś, mamy do czynienia z prawem składającym się na stan osobisty człowieka, pozbawionym przymiotu owej wzajemności – gdzie zainteresowanym w funkcjonowaniu tego prawa jest jedynie podmiot dokonujący zmiany płci. Jak zauważył J. Ignatowicz, rodzice nie mają interesu prawnego dotyczącego realizowania przez ich dziecko prawa do płci, a ich faktyczne zainteresowanie ma charakter raczej interesu uczuciowego czy też moralnego. Z tego też względu (tj. braku podmiotu posiadającego przeciwny interes) J. Ignatowicz sprzeciwia się dokonywaniu zmiany płci w postępowaniu procesowym, a jako właściwy tryb wskazuje tryb sprostowania aktu urodzenia na podstawie art. 31 prawa o aktach stanu cywilnego.

---

[33] J. Pisuliński, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r. III CZP 37/89*, PiP 1991, nr 6, s. 112–116.

[34] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 roku, sygn. akt III CRN 28/91, LEX nr 519375.

[35] Art. 21 Ustawy z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jednolity Dz.U. 2011 poz. 212).

[36] Uchwała SN z dnia 22 września 1995 r., sygn. akt III CZP 118/95, OSNC nr 1/1996, poz. 7, LEX nr 9240.

[37] J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r., III CZP 118/95*., OSP 1996, z. 4 poz. 78.

W wyroku z dnia 6 grudnia2013 r.[38] SN skorygował swoje stanowisko i stwierdził, że po stronie pozwanej (poza rodzicami – w przypadku ich pozwania) powinni wystąpić nierozwiedziony małżonek oraz dzieci osoby zmieniającej płeć. Uwagi do wspomnianego stanowiska SN przedstawione zostaną w dalszej części niniejszego opracowania. Z kolei w postanowieniu z dnia 7 marca 2016 r.[39], dotyczącym precedensowej sprawy urodzenia dziecka przez osobę o męskiej płci prawnej, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu uznał, że transseksualista, który zmienił płeć na męską, w przypadku urodzenia dziecka po dokonaniu zmiany płci prawnej, powinien być wpisany do aktu urodzenia dziecka jako jego matka. Jako że tezy i argumentacja zawarte w powyższych orzeczeniach ściśle łączą się z zagadnieniem dobra dziecka to zostaną one szerzej omówione w części dotyczącej tej problematyki.

4. Ograniczenie prawa do prywatności?

Osoby transseksualne, chcące dokonać zmiany płci metrykalnej, niejednokrotnie postrzegają sądową procedurę jej zmiany jako wywołującą znaczny dyskomfort psychiczny i przysparzającą im cierpień, przede wszystkim ze względu na konieczność pozwania w tym celu własnych rodziców. Sytuacja ta jest szczególnie trudna dla tych osób, które nie utrzymują kontaktów z rodziną, zwłaszcza jeżeli rodzice nie zdają sobie sprawy z ich transpłciowości, bądź gdy owa odczuwana tożsamość płciowa stanowi zarzewie konfliktów rodzinnych.

Wyrażany jest niekiedy pogląd, że przyjęta w orzecznictwie procedura sądowej zmiany płci narusza prawo do prywatności osób transseksualnych poprzez to, że obliguje je do ujawnienia faktu zmiany płci swoim rodzicom[40]. Należałoby się zatem zastanowić, czy rzeczywiście z prawa do prywatności można wywodzić prawo do utrzymania w tajemnicy faktu dokonania zmiany płci i w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy takie prawo przysługiwałoby także wobec osób najbliższych.

Art. 47 Konstytucji RP wyraża prawo do ochrony prawnej życia prywatnego. W doktrynie twierdzi się, że sfera życia prywatnego obejmuje te okoliczności, co do których występuje prymat interesu jednostki nad interesem publicznym i że najłatwiej opisać pojęcie życia prywatnego od strony negatywnej – jako przeciwieństwo życia publicznego, tj. obszaru zaangażowania jednostki w działalność społeczną, polityczną etc.[41] Nie ulega żadnej wątpliwości, że tożsamość płciowa jednostki i fakt zmiany płci są okolicznościami ściśle dotyczącymi życia prywatnego, osobistego jednostki i co do zasady nie wiążą się z jej zaangażowaniem w życie publiczne.

---

[38] Wyrok SN z dnia 6 grudnia 2013 r., sygn. I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

[39] Postanowienie SA we Wrocławiu z 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15 z glosą M. Boratyńskiej, PiM 4/2016, s. 131 i n.

[40] M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany płci prawnej transseksualistów a ochrona prawa do życia prywatnego w prawie polskim i zagranicznym*, SP 2009, z. 1–2, s. 260.

[41] M. Wild, *Komentarz do art. 47 Konstytucji* [w:] M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Tom I, Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, Legalis.

Podkreśla się także, że prywatność obejmuje także autonomię informacyjną jednostki, w ramach której każdy może decydować o zakresie udostępnianych informacji o swoim życiu[42], a z art. 47 Konstytucji RP wynika roszczenie o zachowanie w tajemnicy pewnych informacji o sobie[43]. Należy zauważyć, że informacja o tym, że dana osoba jest w trakcie procedury zmiany płci, jest nie tylko informacją ściśle związaną z życiem prywatnym tej osoby, ale także, w świetle uznawania transseksualizmu za zaburzenie[44], informacją o stanie zdrowia tej osoby. Są to zatem dane szczególnie wrażliwe, których ochrona powinna być bardziej intensywna.

Przyznanie rodzicom legitymacji biernej nie jest jedynie ujawnieniem faktu zmiany płci, ale także umożliwia rodzicom osoby zmieniającej płeć aktywne uczestnictwo w procesie, wyrażanie swojego (często negatywnego) stanowiska w tym zakresie poprzez składanie pism procesowych (art. 127 i 207 k.p.c.) czy też zapoznawanie się ze szczegółami dotyczącymi procedury tej zmiany (art. 9 k.p.c.). Wskazane uprawnienia rodziców osoby zmieniającej płeć stanowią zarazem wkroczenie w sferę prywatności osoby dokonującej tej zmiany, która ma uzasadniony interes, aby cała jej procedura (zarówno terapia hormonalna, zabiegi chirurgiczne jak i procedura sądowa) pozostawała poza zainteresowaniem osób, co do których nie istnieje konieczność ich zaangażowania.

Jako że prawo do prywatności nie ma charakteru absolutnego, to należy rozważyć, czy owa ingerencja w to prawo (polegająca na konieczności pozwania rodziców) jest usprawiedliwiona, tj. czy spełnia ona wymogi proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Zgodnie z treścią art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wartościami ze względu na które można ograniczać prawa i wolności jednostki są: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz wolności i prawa innych osób. Spośród wymienionych wartości jedynymi mogącymi znaleźć zastosowanie we wskazanym przypadku są ewentualne prawa i wolności rodziców osoby dokonującej zmiany płci. Trudno jednak doszukać się jakiegokolwiek interesu prawnego rodziców osoby zmieniającej płeć do uczestniczenia w procesie, a tym bardziej powiązać taki interes z ich konstytucyjnymi prawami i wolnościami. Wątpliwości dotyczące interesu rodziców powoda w przydzielaniu im statusu osoby pozwanej w procesie o ustalenie płci zostało wyrażone w przywoływanym już orzeczeniu SN z 6 grudnia 2013 r., w którym SN zauważył, że płeć dziecka nie ma znaczenia dla treści praw i obowiązków rodziców wobec niego i odwrotnie. Wobec powyższego należałoby uznać, że przyjęta w drodze orzecznictwa ścieżka sądowej zmiany płci w nieuzasadniony, nieusprawiedliwiony żadnymi konstytucyjnymi wartościami sposób ogranicza prawo do prywatności osoby dokonującej tej zmiany.

Odmienne uwagi należy poczynić w odniesieniu do legitymacji biernej nierozwiedzionego małżonka i dzieci osoby zmieniającej płeć, które w świetle wyroku SN z 6 grudnia 2013 r. także powinny zostać pozwane przez osobę transseksualną

[42] Wyrok TK z 19 maja 1998 r., sygn. U 5/97, OTK 1998 nr 4, poz. 46.

[43] M. Wild, *Komentarz do art. 47 Konstytucji…*

[44] Światowa Organizacja Zdrowia w obowiązującej wersji Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych opisuje transseksualizm jako zaburzenie tożsamości płci, zob. http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/F60-F69, 31.04.2017.

w procesie o ustalenie płci. Jak zauważył SN we wskazanym wyroku, o ile płeć człowieka nie ma znaczenia dla jego praw i obowiązków wobec krewnych, to ma ona znaczenie dla zdolności do zawarcia związku małżeńskiego i rodzicielstwa. Toteż, jeżeli w przypadku biernej legitymacji rodziców transseksualisty trudno było doszukać się wartości uzasadniających ograniczenie jego prawa do prywatności, to już interes taki można znaleźć w przypadku legitymacji jego nierozwiedzionego małżonka i dzieci, który to interes powiązany jest z ich prawem do ochrony życia rodzinnego wyrażonym w art. 47 Konstytucji RP. Mogą jednak pojawić się wątpliwości dotyczące konstytucyjnej przesłanki konieczności takiego rozwiązania (polegającego na wymogu ich pozwania przez osobę transseksualną), biorąc pod uwagę, że owe interesy małżonka i dzieci dotyczące ochrony ich życia rodzinnego mogą zostać uwzględnione w procesie o rozwód, który z uwagi na wynikającą z art. 18 Konstytucji RP i art. 1 k.r.o. niemożliwość pozostawania w związku małżeńskim z osobą tej samej płci musi poprzedzać orzeczenie sądu o metrykalnej zmianie płci.

5. Dobro dziecka osoby transseksualnej

Jedną z wartości konstytucyjnych, które powinny zostać wzięte pod uwagę w rozważaniach dotyczących procedury zmiany płci prawnej, jest dobro dziecka osoby transseksualnej. Zasada dobra dziecka na gruncie konstytucyjnym wynika głównie z art. 72 Konstytucji RP. Dobro dziecka z pewnością nie powinno być bezwzględną barierą dla możliwości korzystania przez jednostkę z jej prawa do samostanowienia w omawianym zakresie. Niemniej jednak są sytuacje, w przypadku których zarówno ustawodawca (na etapie tworzenia regulacji prawnej), jak i sąd (na etapie stosowania prawa) winni mieć wzgląd na art. 72 Konstytucji. Konieczne jest rozróżnienie dwóch sytuacji relewantnych z perspektywy dobra dziecka: pierwszej, w której zmiany płci prawnej dokonać chce osoba, która posiada już potomstwo oraz drugiej, w której osoba po zmianie płci metrykalnej z żeńskiej na męską rodzi dziecko.

W przypadku dziecka osoby zmieniającej płeć Sąd Najwyższy w przywoływanym już orzeczeniu z 2013 r. zauważył, że „ustalenie przynależności ojca albo matki dziecka do innej płci niż na to wskazuje wypełniona przez tę osobę rola w procesie poczęcia i narodzin ma zatem znaczenie dla dziecka, bo dotyczy osoby, od której przypisze się mu pochodzenie", a przy wydawaniu wyroku ustalającego przynależność do płci „należy uwzględnić nie tylko dążenie transseksualisty do uzgodnienia przypisanej mu płci metrykalnej z psychicznym poczuciem płci, ale i okoliczności leżące po stronie dziecka, a mianowicie jego szeroko rozumianą gotowość do znalezienia się w takiej sytuacji, że w swoim rodzicu ma widzieć osobę innej płci, niż wypełniona przez tę osobę rola w procesie poczęcia i narodzin dziecka, a być może także w wychowaniu dziecka, na jakichś etapach jego życia". Powyższy fragment uzasadnienia SN jest o tyle niezrozumiały, że sama metrykalna zmiana płci nie wpływa na wygląd, sposób zachowania się czy funkcjonowania w społeczeństwie osoby transseksualnej, a orzeczenie sądu wydawane jest już po przejściu przez nią kuracji hormonalnej, a niekiedy także zabiegów chirurgicznych (tym bardziej że mogą być one dokonywane w niektórych krajach bez

jakichkolwiek ograniczeń). Sama zmiana imienia i oznaczenia płci w dokumentach osoby transseksualnej nie sprawi, że dziecko „zacznie widzieć w rodzicu osobę innej płci", gdyż tego typu zmiana w odbiorze rodzica może nastąpić raczej w trakcie dostosowywania jego wyglądu do płci odczuwanej, co następuje jeszcze przed wydaniem takiego orzeczenia. Orzeczenie sądu o ustaleniu płci ma zaś, zgodnie z konsekwentną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego, skutek *ex nunc*, zatem nie wpłynie ono na treść aktu urodzenia dzieci osoby transseksualnej urodzonych przed jego wydaniem i nie istnieją obawy, że wywoła ono skutek w postaci przypisania dziecku pochodzenia od dwóch matek lub dwóch ojców. Powyższe orzeczenie w omawianym zakresie skrytykowała M. Szeroczyńska, zauważając że „(…) wskazanie na konieczne przypozwanie dzieci powoda nie znajduje żadnego usprawiedliwienia prawnego, moralnego, a wręcz narusza prawo do prywatności transpłciowego rodzica, jak i jego dzieci (szczególnie w przypadku ich małoletniości), prowadzi do zaostrzenia konfliktów wewnątrz rodzinnych i zwiększenia obciążenia psychologicznego u osoby transpłciowej i jej dzieci, czego żaden system prawny nie może wprowadzać jako zasady procesowej[45]".

Odmienna sytuacja powstaje w przypadku urodzenia dziecka przez osobę transpłciową już po dokonaniu przez nią zmiany płci prawnej z żeńskiej na męską. Jako że w procedurze sądowej zmiany płci sądy często nie wymagają przeprowadzenia chirurgicznej operacji narządów płciowych, to urodzenie dziecka przez osobę o płci metrykalnej męskiej nie jest wykluczone, co więcej – przypadek taki wystąpił niedawno w Polsce i sprawił ogromne trudności urzędnikom, w wyniku czego dziecko nie posiadało aktu urodzenia przez ponad rok od dnia narodzin. Sprawa trafiła do Sądu Okręgowego, a ostatecznie do Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, który powoływanym już postanowieniu z dnia 7 marca 2016 r.[46] uznał, że transseksualista, który urodził dziecko, po zmianie płci na męską powinien zostać wpisany do aktu urodzenia tego dziecka jako jego matka. Sąd uzasadnił to twierdzeniem, że Kodeks rodzinny i opiekuńczy wywodzi macierzyństwo właśnie z faktu urodzenia dziecka. Orzeczenie powyższe zostało skrytykowane w glosie M. Boratyńskiej, która wskazała, że jest ono słuszne jedynie pod względem stwierdzenia, że z wystawieniem aktu urodzenia dziecka nie należy czekać do czasu wyjaśnienia kwestii płci prawnej rodzica we wznowionym postępowaniu o uzgodnienie jego płci[47]. Zdaniem autorki ustawodawstwo w sprawie przynależności do określonej płci nie operuje kategoriami czysto biologicznymi, ale również prawnymi, stąd też sprowadzanie kobiecości do zdolności rozrodczych jest błędne.

Innym interesującym zagadnieniem, które powstało na kanwie tej sprawy, jest kwestia ewentualnej konieczności powrotu do pierwotnej (żeńskiej) płci metrykalnej przez osobę transseksualną, po urodzeniu przez nią dziecka. W literaturze problem ten rozważany był *in abstracto* jeszcze przed pojawieniem się medialnych relacji dotyczących

[45] M. Szeroczyńska, *Dzieci powstaną przeciw rodzicom – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2013 r. w sprawie I CSK 146/13*, http://prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=301377d6f91551c76bdeceb505896fd2d31b918e-d3, 30.04.2017.

[46] M. Boratyńska, *Glosa do Postanowienia SA we Wrocławiu z 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15*, PiM 4/2016, s. 131 i n.

[47] *Ibidem*, s. 142.

powyższego kazusu. J. Ostojska wyraziła postulat, aby w przypadku zaistnienia takiej sytuacji transseksualista powracał do poprzedniej płci metrykalnej, motywując to dobrem dziecka i jego prawem do pochodzenia od kobiety i mężczyzny[48]. Uzasadnienie to skrytykowała M. Boratyńska, która m.in. wskazała, iż „prawo do pochodzenia od kobiety i mężczyzny" jest sformułowaniem gołosłownym, jako że nie zostało ono wyrażone w żadnym akcie prawnym[49]. Wydaje się, że także dobro dziecka nie jest adekwatnym argumentem na rzecz konieczności powrotu osoby transseksualnej do poprzedniej płci metrykalnej – wręcz przeciwnie, w interesie dziecka pozostaje raczej, aby płeć metrykalna jego rodzica była tożsama z płcią, w ramach której realizuje się on w procesie wychowawczym.

6. Konkluzje

W świetle przytoczonych uwag należy podnieść, że ukształtowany w drodze orzecznictwa SN sposób zmiany płci metrykalnej budzi uzasadnione wątpliwości w zakresie zapewnienia odpowiedniego standardu ochrony konstytucyjnych praw osoby transseksualnej, przede wszystkim jej prawa do prywatności a przez to prawa do sądu. Zarówno dokonywanie tej zmiany poprzez sprostowanie aktu urodzenia, jak też poprzez powództwo o ustalenie, nie są odpowiednimi ścieżkami sądowymi, dostosowanymi do tak specyficznej sytuacji, jaką jest zmiana płci prawnej. Stąd też w pełni uzasadnione wydają się od dawna podnoszone w doktrynie postulaty dotyczące stworzenia odrębnej regulacji, kompleksowo normującej całokształt tej procedury (także w zakresie dokonywanych zmian fizycznych jednostki). Zasadnym jest przyjęcie, iż w perspektywie istniejących naruszeń prawa do prywatności osób transseksualnych, w przedmiotowym zakresie najlepszym rozwiązaniem byłoby ukształtowanie tej procedury z zastosowaniem trybu postępowania nieprocesowego. Interesy prawne osób trzecich, związane z dokonywaną przez osobę transseksualną zmianą, chronione mogą być *de lege lata* w innych postępowaniach, o ile podtrzymany zostanie pogląd o zakazie finalizacji tej procedury w przypadku pozostawania przez osobę transseksualną w związku małżeńskim. Jedyny postulat w zakresie ochrony praw innych jednostek, jaki winien być sformułowany, to takie uregulowanie procedury zmiany płci metrykalnej, które zapobiegłoby pewnym sytuacjom patowym, takim jak opisane wyżej trudności ze sporządzeniem aktu urodzenia dziecka urodzonego przez osobę transseksualną. Regulacja taka powinna jednoznacznie normować sytuację prawną dziecka osoby transseksualnej, w sposób możliwie jak najszerzej uwzględniający jego dobro.

[48] J. Ostojska, *Sądowa procedura zmiany płci*, https://depotuw.ceon.pl/bitstream/handle/item/1014/S%C4%85dowa%20zmiana%20p%C5%82ci_Joanna%20Ostojska.pdf?sequence=1, s. 244.

[49] M. Boratyńska, *Glosa…*, s. 147.

* * *

Constitutional Qualms about the Judicial Sex Reassignment Procedure

The following article raises constitutional basis for gender reassignment procedure. The authors indicates a problem of value collisions occurring on constitutional grounds in terms of current procedure found by the Polish Supreme Court and the right to privacy of the transgender people. The group of entities having passive legitimacy in that procedure appointed by the jurisdition causes reasonable doubts. According to the Supreme Court statements, a transgender person is compelled to sue following relatives: their parents, spouse and children. Authors consider that as a dispropotionate restriction of their right to privacy. One of the postulates ensued from the following text is to base this procedure on non-contentious judisdiction.

Key words: transsexualism, constitutional law, gender reassignment procedure, right to privacy

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Katarzyna Kos[1]

Granice wiedzy medycznej i moralna niepewność a rozstrzyganie o konstytucyjności norm prawnych

Streszczenie

Podstawowa dla niniejszego artykułu jest teza, że powszechne w polskiej doktrynie stwierdzenie, iż w ramach kontroli konstytucyjności prawa w Polsce operuje się – przynajmniej w większości przypadków – jedynie na normach prawnych zajmujących różne miejsce w hierarchii źródeł prawa, wydaje się opisem zbyt uproszczonym. W niniejszej pracy kwestię tę rozważono na przykładzie dwóch, pozornie bardzo odległych od siebie zagadnień – wiedzy medycznej i moralności. Wydaje się, że Trybunał Konstytucyjny dotychczas niedostatecznie zdecydowanie odnosił się do problemów prawnych, których źródłem były wątpliwości powstających na gruncie nauki, jak i wobec powszechnie akceptowanego pluralizmu światopoglądowego. Niniejszy artykuł ma na celu wskazanie potencjalnych zagrożeń z tym związanych oraz wykazanie, w jakim kierunku można rozwinąć orzecznictwo polskiego sądu konstytucyjnego, aby podjąć próbę wyjaśnienia powyższych niejasności.

Słowa kluczowe: moralna niepewność, medycyna, zaburzenia psychiczne, aborcja, kontrola konstytucyjności prawa

1. Wstęp

Rozstrzyganie o hierarchicznej zgodności norm prawnych, wbrew pierwotnym założeniom, nie opiera się jedynie na wykładni przepisów stanowiących przedmiot i wzorzec kontroli. Należy mieć bowiem na uwadze, że wypracowane mechanizmy oceny

[1] Doktorantka w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

konstytucyjności prawa wymagają poczynienia dalej idących ustaleń niż tylko treść prawa. Przykładowo, oceniając skuteczność, czy też bardziej precyzyjnie, przydatność regulacji, koniecznym jest rozważenie wpływu rozwiązań prawnych na rzeczywistość. Zatem niejednokrotnie owa przydatność będzie musiała zostać oceniona przez pryzmat osiągnięć nauki. Natomiast na pytanie, czy dane ograniczenie konstytucyjnego prawa lub wolności może zostać uzasadnione przesłanką moralności publicznej, należy przynajmniej ustalić, co w kontekście konkretnego problemu konstytucyjnego jest moralne[2].

W obszarze medycyny każde z wyżej wskazanych zagadnień ma swoją doniosłość praktyczną. Z jednej strony można wskazać przypadki, w których w procedurze kontroli konstytucyjności prawa sąd konstytucyjny powinien uwzględniać dorobek współczesnej wiedzy medycznej. Z drugiej, aby dokonać oceny konstytucyjności prawa w kwestiach związanych z bioetyką, nie sposób odejść od uprzedniego rozstrzygnięcia problemów na płaszczyźnie światopoglądowej. Nie ulega większej wątpliwości, że granice wiedzy medycznej i wątpliwości co do moralności mają różne znaczenie przy ocenie konstytucyjności prawa. Warto jednak potraktować te kwestie łącznie i postawić pytanie, czy Konstytucja bierze pod uwagę, że na dany moment nie mamy, jako społeczeństwo, możliwości udzielenia jednoznacznych odpowiedzi na wszystkie pytania, które powstają w związku z koniecznością odniesienia problemów konstytucyjnych do otaczającej nas rzeczywistości.

Na wstępie należy także zaznaczyć, że zasygnalizowane problemy nie ograniczają się do konsekwencji wyboru jednej z koncepcji wykładni konstytucji, przykładowo oryginalistycznej albo *living constitutionalism*[3]. Choć genezy powyższych wątpliwości należy poszukiwać w podstawowym sporze o teorie interpretacji ustawy zasadniczej, to już w tym miejscu warto podkreślić, iż założeniem niniejszej pracy jest to, że współczesne modele kontroli konstytucyjności prawa[4] wypracowały mechanizmy, które wykraczają poza problem wykładni przepisów prawnych.

2. Znaczenie ustaleń pozaprawnych dla rozstrzygnięć o konstytucyjności norm prawnych

W polskich realiach okrzepło sformułowanie, że sąd konstytucyjny jest sądem prawa, nie zaś sądem faktów[5]. W doktrynie zdarza się ponadto zauważać, że Trybunał

[2] Zob. szerzej L. Bosek, M. Szydło, *Komentarz do art. 31 Konstytucji* [w:] *Konstytucja RP. Komentarz,* red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 32–33.

[3] Szerzej na temat różnic założeń tych koncepcji zob. np. T. Gizbert-Studnicki, *Oryginalizm i living constitutionalism a koncepcja państwa prawnego* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 147–165.

[4] Niewątpliwie bowiem, choć kwestie ustrojowej pozycji organów mających właściwe kompetencje w tym zakresie, czy też skutków stwierdzenia niekonstytucyjności są bardzo różne, pewne mechanizmy mają charakter uniwersalny, np. ocena proporcjonalności ograniczenia konstytucyjnych praw podmiotowych.

[5] Przy czym nie budzi wątpliwości, że ustawodawca przewidział pewne wyjątki w tym zakresie. Przede wszystkim należy mieć tu na względzie możliwość wydania postanowienia tymczasowego, ingerującego w konkretne postępowanie toczone w sprawie, której skarga dotyczy (art. 79 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym [Dz.U. poz. 2072]).

Konstytucyjny nie dokonuje ustaleń natury faktycznej[6]. Pojawiają się jednak również głosy, że formuła Trybunału jako „sądu prawa" nie rozwiązuje wielu problemów występujących w postępowaniu rozpoznawczym, w szczególności w zakresie wyjaśniania okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy[7]. Przykładowo w wyroku o sygn. akt P 23/05[8] Trybunał Konstytucyjny wprost przyznał, że choć jest sądem prawa a nie faktów, to w danej sprawie przeanalizował sytuację faktyczną leżącą u podstaw pytania prawnego. Analiza ta miała znaleźć odzwierciedlenie w późniejszej sentencji orzeczenia, w której stwierdzono niekonstytucyjność braku możliwości przyznania zasiłku stałego w sytuacji, gdy osoba obciążona obowiązkiem alimentacyjnym, zdolna do pracy, niezatrudniona ze względu na konieczność sprawowania opieki nad innym niż jej dziecko niepełnosprawnym członkiem rodziny.

Niewątpliwie Trybunał Konstytucyjny dokonuje jednak dalej idących ustaleń na potrzeby oceny konstytucyjności prawa, niestanowiących interpretacji prawa. Konkretne kompetencje Trybunału w tym zakresie formułuje już Konstytucja, umożliwiając wystąpienie do Rady Ministrów o określenie skutków finansowych powstałych w przypadku ewentualnego orzeczenia o niekonstytucyjności (art. 190 ust. 3 Konstytucji). O możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego wprost stanowiły także wszystkie dotychczasowe ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, odsyłając, w przypadku kontroli konstytucyjności prawa[9], do Kodeksu postępowania cywilnego[10].

Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniach swoich orzeczeń niejednokrotnie korzysta z różnych analiz naukowych. W szczególności służą one ocenie przydatności danej regulacji w ramach testu proporcjonalności, czy też pomagają wyważyć wartości pozostające ze sobą w kolizji w konkretnej sprawie. Dobrym przykładem będzie wyrok Trybunału o sygn. K 48/05[11], dotyczący obowiązku zapinania pasów bezpieczeństwa w pojazdach samochodowych. Powołując się na wyniki licznych badań naukowych dotyczących znaczenia stosowania pasów bezpieczeństwa dla ochrony zdrowia i życia jednostek, zauważono jednocześnie, że: „(…) przywołane badania naukowe obejmujące statystyki wypadków stanowią zagadnienie pozaprawne, niepodlegające kontroli Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał orzekając w niniejszej sprawie ocenia jedynie, czy wyniki tych badań są pomocne do orzekania o zgodności z Konstytucją zaskarżonych rozwiązań prawnych oraz czy można je uznać za miarodajne, wiarygodne i aktualne".

Zob. postanowienia TK z: 26 czerwca 2001 r., sygn. akt SK 19/01, OTK ZU nr 6/2001, poz. 168, 23 czerwca 2008 r., sygn. akt SK 48/07, OTK ZU nr 1/A/2008, poz. 12.

[6] Zob. np. W. Mojski, *Kilka uwag o przedmiocie i funkcjach kontroli konstytucyjności prawa w Polsce*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2–3/2010, s. 286.

[7] P. Tuleja, *Czy ewolucja ustrojowa Trybunału Konstytucyjnego powoduje konieczność zmiany prawnych podstaw jego działania?* [w:] *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a ich praktyczna realizacja*, red. K. Budziło, Warszawa 2010, s. 357.

[8] Wyrok TK z 15 listopada 2006 r., sygn. akt P 23/05, OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 151.

[9] Natomiast w przypadku kompetencji kontroli zgodności z Konstytucją celów lub działalności partii politycznych (art. 188 pkt 4 Konstytucji) ustawodawca – w ogólności – odsyłał do ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2016 poz. 1749 z późn. zm.).

[10] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2016 poz. 1822 z późn. zm).

[11] Wyrok TK z 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108.

W tym fragmencie orzeczenia TK zawarto kilka ciekawych z perspektywy niniejszego artykułu tez. Po pierwsze, *a contrario* można przyjąć, że orzekanie o konstytucyjności prawa bez uwzględnienia badań naukowych byłoby przynajmniej utrudnione. Po drugie, do kompetencji Trybunału należy pewna weryfikacja tych badań, przynajmniej w zakresie ich przydatności dla sprawy. Po trzecie, Trybunał sygnalizuje problem aktualności, albo wręcz aktualizacji wiedzy naukowej.

Wyżej omówione kwestie pojawiły się również w sprawie o sygn. akt SK 55/13[12], dotyczącej kryminalizacji posiadania konopi indyjskich. Za orzeczeniem o zgodności z ustawą zasadniczą tego rodzaju regulacji przemawiało m.in. dążenie przez ustawodawcę do ograniczenia skali uzależnień od narkotyków, do których w znacznej mierze przyczyniało się używanie tych produkowanych z konopi indyjskich. Choć w uzasadnieniu pojawiają się odwołania jedynie do wyników badań, mówiących jednoznacznie o znaczącej szkodliwości marihuany, Trybunał ostatecznie stwierdził, że z piśmiennictwa i raportów dotyczących problemów narkomanii, skala zjawiska (w jakim stopniu konopie mogą prowadzić do uzależnienia od „twardych narkotyków") jest ciągle sporna. Uznał ponadto że: „Zasadniczą trudność w jednoznacznym sklasyfikowaniu marihuany pod kątem stopnia jej faktycznej szkodliwości dla życia i zdrowia człowieka stanowi różnorodność przyjętych kryteriów ocen w tym zakresie oraz brak jednoznacznych wniosków na ten temat potwierdzonych stosownymi badaniami empirycznymi. (…) Dostępne materiały badawcze pozwalają jednak sformułować wniosek, że używanie marihuany nie pozostaje bez wpływu na organizm zażywającej ją osoby oraz jego określone funkcje życiowe". Trybunał przyjął zatem raczej bezsporną, aczkolwiek bardzo ogólną tezę, która w jego ocenie wystarczyła dla rozstrzygnięcia problemu konstytucyjnego. Na tle tej sprawy pojawia się jednak pytanie, w jakim stopniu sąd konstytucyjny mógłby selekcjonować wyniki badań naukowych. Czy przykładowo w jego kompetencjach jest wybór „bardziej wiarygodnych" wniosków, czy Trybunał powinien przyjąć, że teza jest nieudowodniona już w sytuacji, gdy różne badania (które na poziomie zupełnie podstawowej analizy można zakwalifikować jako wiarygodne) dają sprzeczne wyniki. W tym miejscu warto jedynie zaznaczyć, że problemy te nie były przedmiotem rozważań TK.

Powyższe przykłady dobrze uzupełnić także o orzeczenie, w którym Trybunał wręcz wymagał, aby uzasadnienie zarzutu niekonstytucyjności nie ograniczało się jedynie do argumentacji związanej z wykładnią norm prawnych. W wyroku TK o sygn. K 9/11[13], poświęconemu prawu wyborczemu, jednym z powodów umorzenia postępowania w zakresie zarzutu niekonstytucyjności wprowadzenia jednomandatowych okręgów wyborczych w wyborach do Senatu był brak powołania się przez wnioskodawcę na badania socjologiczne.

W kontekście powyższego warto także zwrócić uwagę na wyrok TK o sygn. K 52/13, dotyczący uboju rytualnego[14]. W orzeczeniu tym Trybunał badał m.in. wagę wartości określonej jako „dobrostan zwierząt", mającej uzasadniać zakaz uboju. Istotna w tej

[12] Wyrok TK z 4 listopada 2014 r., sygn. akt SK 55/13, OTK ZU nr 10/A/2014, poz. 111.

[13] Wyrok TK z 20 lipca 2011 r., sygn. akt K 9/11, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 61.

[14] Wyrok TK z 10 grudnia 2014 r., sygn. akt K 52/13, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 118.

części prowadzonej przez Trybunał analizy była próba ustalenia różnicy w cierpieniu zwierząt przy uboju tradycyjnym a rytualnym. Przyjęcie, że ta różnica nie jest dostatecznie znacząca[15], niewątpliwie ułatwiło stwierdzenie niekonstytucyjności zakazu uboju rytualnego. Z pewną ostrożnością można przyjąć ponadto wniosek, że ustalenie niejednoznaczności wyników badań naukowych dotyczących cierpienia zwierząt poddawanych ubojowi rytualnemu determinowało także założenie, iż problem uboju rytualny nie jest zbyt doniosły z perspektywy moralności[16] – *de facto* jedynej klauzuli limitacyjnej mogącej uzasadniać zakaz szechity. Przy czym sygnalizacji wymaga, że w tej sprawie wątpliwości również budziło, jakie zachowania należy kwalifikować jako moralne[17].

3. Wiedza medyczna i jej granice jako podstawa rozważań na temat konstytucyjności norm prawnych

W dotychczasowej działalności orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego nie było potrzeby częstego odwoływania się dorobku medycyny. Niemniej jednak wydaje się, że ustalenie aktualnej wiedzy medycznej może mieć znaczenie na kilku płaszczyznach analizy konstytucyjności prawa. Okaże się bowiem między innymi, że nauka może współwyznaczać treść konstytucyjnych praw i wolności.

Na wstępie warto zacząć od mniej istotnego problemu konstytucyjnego. Konieczność reakcji prawodawcy na zmiany zachodzące w medycynie sygnalizował Trybunał Konstytucyjny w wyroku o sygn. akt K 13/15[18], dotyczącym instytucji względnego zakazu małżeńskiego. W orzeczeniu tym zwrócono uwagę, że w psychiatrii nie posługuje się już obecnymi w zakwestionowanych przepisach pojęciami „choroba psychiczna" i „niedorozwój umysłowy". Natomiast współcześnie wskazane wyżej sformułowania, jak zauważył Trybunał, mają „negatywny kontekst znaczeniowy"[19]. Wadliwość ta nie

[15] Trybunał stwierdził, że: „W obecnym stanie wiedzy badania naukowe nad odczuwaniem bólu, cierpienia i stresu przez zwierzęta nie pozwalają jednoznacznie stwierdzić, że prawidłowo wykonany ubój zwierząt metodą wymaganą przez niektóre wyznania w każdym przypadku jest bardziej bolesny dla zwierząt niż prawidłowo wykonany ubój z wykorzystaniem metod z ogłuszeniem".

[16] Argumentacja Trybunału w tym zakresie wydaje się nie być dostatecznie spójna. Konkluzja została sformułowana na podstawie spostrzeżenia Trybunału, że: „(…) dopóki w społeczeństwie polskim niemal powszechnie akceptowany jest ubój zwierząt gospodarskich w celu uzyskania pożywienia dla człowieka, to całkowite zakazanie tylko jednej z jego metod (metody rytualnej), podlegającej ochronie w ramach wolności religii, co do której badania naukowe nie rozstrzygają jednoznacznie, że w każdym przypadku jest bardziej bolesna niż inne metody, nie jest konieczne do ochrony moralności".

[17] Zob. w szczególności zdania odrębne do wyroku sędziego W. Hermelińskiego.

[18] Wyrok TK z 22 listopada 2016 r., sygn. akt K 13/15, OTK ZU nr A/2016, poz. 88.

[19] Zwraca się na to uwagę także w literaturze przedmiotu, sugerując usunięcie z polskiego systemu prawnego pojęcia „choroba psychiczna" (Zob. np. S. Pużyński, *Choroba psychiczna – problemy z diagnostyką oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych*, Psychiatria Polska 2007, tom XLI, nr 3, s. 308). Przyczyną jest nie tylko negatywny nośnik wydźwięk tego sformułowania, ale także problem metodologiczny. Zauważa się, że: „(…) opisywane w podręcznikach psychiatrii choroby psychiczne nie spełniają w pełni kryteriów jednostek nozologicznych, takich jak większość wyodrębnionych chorób w innych działach medycyny" (*Ibidem*, s. 301–302).

została uznana za wystarczającą dla stwierdzenia niekonstytucyjności przepisu, ponieważ uznano, że bez większych trudności można ustalić zakres znaczeniowy tych pojęć. Przykład ten pokazuje jednak, że dostosowanie pojęć do aktualnych tendencji w nauce, może być zarzutem natury konstytucyjnej, nie dotyka natomiast zagadnienia wykładni prawa.

Dużo poważniejszy problem, wymuszający odniesienie współczesnej wiedzy medycznej do praw i wolności jednostki, można dostrzec w wyroku TK o sygn. akt K 6/14[20], w którym przedmiotem oceny konstytucyjnej była ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej[21] (dalej także: u.p.o.z.p.). Ten akt prawny był odpowiedzią na pojawiające się, nie tylko zresztą w Polsce, tendencje do zapewnienia większego bezpieczeństwa poprzez izolację najbardziej niebezpiecznych sprawców przestępstw[22]. Zgodnie z uzasadnieniem projektu[23], przedmiotowa ustawa ma na celu zapewnić terapię osobom kończącym odbywanie kary pozbawienia wolności lub kary 25 lat pozbawienia wolności, wykonywaną w systemie terapeutycznym, które z powodu zaburzeń psychiki mogą ponownie popełnić przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej („osoby stwarzające zagrożenie"). Należy przy tym wskazać, że ustawodawca zdecydował się zawęzić zakres podmiotowy ustawy do osób, u których stwierdzono zaburzenia psychiczne, przybierające postać upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzeń preferencji seksualnych (art. 1 pkt 2 u.p.o.z.p.). Co istotne, na taką terapię mogą być kierowani sprawcy najgroźniejszych przestępstw, wobec których nie było podstawy do orzeczenia środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym z powodu ich całkowitej lub częściowej poczytalności w trakcie popełnienia przestępstwa[24]. Wobec osób stwarzających zagrożenie może być zastosowany nadzór prewencyjny lub umieszczenie w specjalnie tworzonym na potrzeby powyżej opisanej terapii ośrodku (art. 3 u.p.o.z.p.). Kończąc przydatny dla dalszych rozważań opis podstawowych regulacji przedmiotowej ustawy, wymaga jeszcze zaznaczenia, że umieszczenie w ośrodku może nastąpić jedynie w przypadku, gdy istnieje bardzo wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez osobę zaburzoną psychicznie kolejnego przestępstwa, a nadzór prewencyjny – gdy owo prawdopodobieństwo można określić jako wysokie.

Wśród licznych zarzutów, na które wskazywały podmioty inicjujące postępowanie – Rzecznik Praw Obywatelskich, Prezydent i Sąd Okręgowy w Lublinie i Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, warto zwrócić uwagę na dwie kwestie, *stricte* związane

[20] Wyrok TK z 23 listopada 2016 r., sygn. akt K 6/14, OTK ZU nr A/2016, poz. 96.

[21] Ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej (Dz.U. 2014 poz. 24 z poźn. zm.).

[22] Zob. szerzej A. Barczak-Oplustil, *Środki reakcji „prawnokarnej" wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenia dla życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób w perspektywie zasad zawartych w Konstytucji. Wybrane zagadnienia*, Czasopismo Prawa Karanego i Nauk Penalnych 4/2014, s. 54 i n.

[23] Druk sejmowy nr 1577/VII kadencja.

[24] *Ibidem.*

z pojęciami stosowanymi przez ustawodawcę. Po pierwsze, podniesiono, że pojęcia „wysokie prawdopodobieństwo" i „bardzo wysokie prawdopodobieństwo" (art. 14 ust. 2 i 3 u.p.o.z.p.) nie spełniają zasady określoności przepisów prawa wynikającej z art. 2 Konstytucji. Zwracano uwagę, że nie zapewniają one jednolitości wykładni i stosowania prawa. Trybunał nie uznał tego zarzutu za wystarczająco przekonujący dla orzeczenia o niekonstytucyjności normatywnej konstrukcji stopniowania prawdopodobieństwa w przypadku oceny zagrożenia popełnienia przestępstwa w przyszłości. Właściwie jedynym uzasadnieniem dla Trybunału przemawiającym przeciwko argumentom inicjatorów postepowania było spostrzeżenie, że: „(…) prawo karne – materialne oraz procesowe zawiera przepisy, w których ustawodawca kwantyfikuje prawdopodobieństwo popełnienia po raz kolejny czynu zabronionego, określając przesłanki zastosowania wobec sprawcy środka zabezpieczającego albo poddania go obserwacji w zakładzie psychiatrycznym". Wydaje się jednak, że Trybunał nie docenił w tym miejscu, iż żaden z podanych w uzasadnieniu orzeczenia przykładów karnoprawnych regulacji nie nakazuje niuansować prawdopodobieństwa pomiędzy dwoma wartościami, które uznać należałoby jako co najmniej „wysokie prawdopodobieństwo". W kontekście niniejszego artykułu warto jednak postawić pytanie o kryteria oceny i sposób weryfikacji stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa. W przypadku przedmiotowych regulacji ustawodawca stawia wymaganie, aby jego ocena była oparta o „charakter stwierdzonych zaburzeń psychicznych lub ich nasilenie". Przy szacowaniu owego prawdopodobieństwa sąd nie ma zatem możliwości odwoływania się do doświadczenia życiowego. Ryzyko popełnienia przestępstwa należy ustalić w oparciu o wiedzę medyczną, odwołując się do pojawiających się objawów zaburzeń psychicznych. Ustawodawca założył zatem, że obecny poziom rozwoju nauki w tym zakresie będzie pozwalał stosunkowo szczegółowo stopniować to ryzyko. Tymczasem wydaje się, że zasadnym byłoby, aby Trybunał poczynił ustalenia w tym zakresie. Jeżeli analiza wykazałaby, że współczesna psychiatria nie dysponuje możliwościami wymaganymi przez ustawodawcę, należałoby rozważyć orzeczenie o niekonstytucyjności art. 14 ust. 2 i 3 u.p.o.z.p. ze względu na niedookreśloność regulacji. Niezależnie jednak od analizy powyższego problemu konstytucyjnego przez Trybunał, warto zaznaczyć, że powyższy przykład dotyczy wprowadzania mechanizmów prawnych, które, dla utrzymania ich domniemania konstytucyjności, powinny być możliwe do zrealizowania w rzeczywistości, w oparciu o dostępną wiedzę medyczną. Jest to pierwszy argument za tym, też granice tej wiedzy współwyznaczają możliwość ingerowania w prawa i wolności konstytucyjne.

Drugi problem, na który warto zwrócić uwagę w kontekście wyroku TK o sygn. K 6/14, jest zupełnie podstawowy z punktu widzenia relacji nauki do praw i wolności konstytucyjnych. W kontekście przedmiotowego orzeczenia postawić można pytanie, na ile Konstytucja pozostawia swobodę w kształtowaniu praw i wolności konstytucyjnych działaniom pozaprawotwórczym, przykładowo na ile determinuje dopuszczalność ograniczeń praw podmiotowych przez pryzmat aktualnych tendencji w medycynie. Ustawa, której przepisy kontrolował Trybunał Konstytucyjny, miała zastosowanie do osób, u których stwierdzono zaburzenia psychicznie (w postaci

upośledzeń umysłowych, zburzeń umysłowych lub zaburzeń preferencji seksualnych). W literaturze przedmiotu wskazuje się natomiast, że pojęcie zaburzenia psychicznego nie jest w jednoznaczne[25]. Sposób jego rozumienia zależy między innymi od norm kulturowych i społecznych. Podkreśla się, że także te czynniki, obok postępu wiedzy neuropsychiatrycznej, wpływają na kształt klasyfikacji zaburzeń psychicznych[26]. W kontekście powyższego należy odnotować, że w uzasadnieniu orzeczenia o sygn. akt K 6/14 zauważono, iż współcześnie psychiatrzy posługują się kilkoma tego rodzaju klasyfikacji[27]. Trybunał Konstytucyjny zdawał się zatem dostrzegać poniekąd problem rozumienia pojęcia „zaburzeń psychicznych", jednak wprost odniósł się tylko do jednego pojęcia ustawowego, istotniejszego pod kątem definicji osoby stwarzającej zagrożenie, tj. pojęcia „zaburzenia osobowości". W uzasadnieniu orzeczenia zauważono, że kontrowersje pojawiają się już na etapie definicji zaburzeń osobowości, a kolejny poziom sporów stanowi, niezwykle zresztą doniosła z perspektywy ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej, kwestia sposobu diagnozy i możliwości terapii zaburzeń osobowości[28]. Wydaje się, że te spostrzeżenia nie powinny być bez znaczenia z perspektywy oceny konstytucyjności prawa.

Mimo dostrzeżonych niejednoznaczności Trybunał dąży jednak w uzasadnieniu wyroku do precyzyjnego ustalenia zakresu podmiotowego u.p.o.z.p. Analiza pojęcia „zaburzenie psychiczne" prowadzi TK do wniosku, że brak jest w polskim systemie prawnym jego legalnej definicji oraz że traktować je należy rozłącznie od pojęcia „choroba psychiczna". Pomińmy w tym miejscu wątek, który mógłby koncentrować się na spostrzeżeniu, że w analizowanym poprzednio, wydanym dzień wcześniej orzeczeniu[29], Trybunał Konstytucyjny sugerował konieczność usunięcia z systemu prawnego pojęcia „choroba psychiczna", jako noszącego negatywny kontekst znaczeniowy, i zastąpieniu go pojęciem „zaburzenie psychiczne". Warto, w kontekście zauważonego przez Trybunał problemu możliwości jedynie szczątkowego zdefiniowania zaburzeń psychicznych, skoncentrować się na tym, że polski system prawny bez wątpienia wskazuje, iż pojęcie „zaburzenie psychiczne" powinno być zdefiniowane przez medycynę. Przykładowo, zgodnie z art. 3 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, stwierdzenie

[25] A. Depko, K. Z. Eichstaedt, P. Gałecki, *Metodyka pracy biegłego psychiatry, psychologa oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroczeń*, Warszawa 2014, s. 173.

[26] *Ibidem*.

[27] Trybunał ograniczył się w tym fragmencie tylko do przytoczenia następujących informacji: „W praktyce diagnostycznej i terapeutycznej psychiatrzy i psychologowie posługują się również klasyfikacją Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego — tzw. DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*). W odróżnieniu od klasyfikacji WHO, zaburzenia psychiczne w podręczniku DSM są pogrupowane zgodnie z modelem wieloosiowym (a nie wymieniane kolejno). Wieloosiowość oznacza zastosowanie w diagnozie zaburzeń kilku osi, z których każda reprezentuje inny rodzaj lub inne źródło informacji. W praktyce psychiatrycznej przeważa opisowe ujęcie zaburzeń osobowości w kategoriach tzw. cech (dyspozycji) psychofizycznych jako stałych właściwości osobowościowych".

[28] E. Habzda-Siwek, *Zaburzenia osobowości jako problem psychologicznej diagnozy penitencjarnej*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 1/2007, s. 357.

[29] Wyrok TK z 22 listopada 2016 r., sygn. akt K 13/15.

zaburzeń psychicznych następuje zgodnie ze stanem wiedzy medycznej[30]. Czy jednak w dostateczny sposób gwarantuje to prawidłową ochronę praw i wolności jednostek? Nie można bowiem nie zauważać ryzyka wystąpienia w psychiatrii nowych tendencji. Ryzyko to jest względnie wysokie, jako że obecny etap rozwoju tej nauki nie daje jednoznacznych odpowiedzi co do podstawowych klasyfikacji zachowań ludzkich, uznawanych za przejawy zaburzeń psychicznych. Warto także dla przykładu zauważyć, że w piśmiennictwie pojawiła się koncepcja uznania moralno-propagandowego celu definicji choroby psychicznej i w konsekwencji przyjęcia, że choroba psychiczna stanowi rzeczywiste i dominujące zło[31]. Jednak już obecnie wprost stwierdza się, że: „Nazewnictwo zjawisk klinicznych z zakresu zdrowia psychicznego i jego zaburzeń stosowane w psychiatrii (nazwy objawów psychopatologicznych, zespołów, zaburzeń, chorób) jest w dużym stopniu odzwierciedleniem poglądów społeczeństwa na zaburzenia psychiczne, na granice pomiędzy normą a patologią"[32]. W sprawie o sygn. akt K 6/14 Trybunał mógłby zatem postawić pytanie, czy znajduje konstytucyjne usprawiedliwienie możliwość izolacji osób w oparciu o przesłankę zaburzeń psychicznych. Czy z perspektywy Konstytucji można byłoby dowolnie kształtować pojęcie zaburzeń psychicznych, po to, aby wyeliminować wszystkie zachowania uznane za odbiegające od normy społecznej.

Niewątpliwie, mimo różnych zagrożeń stanowiących konsekwencję powierzenia nauce kształtowania niektórych kwestii związanych z prawami i wolnościami jednostek, których część została zasygnalizowana powyżej, nie sposób z tej metody zrezygnować, czy uznać ją za mało wartościową. Należy mieć jednak na uwadze problem, zakładanej przez samego ustawodawcę, dynamicznej wykładni pojęć, które kształtują prawa i wolności konstytucyjne[33]. Wiąże się to także z ryzykiem milczącego przyjęcia, że wszystko, co zostało zaakceptowane w medycynie, mieści się w zakresie norm konstytucyjnych, nawet przy braku zmiany interpretacji przepisów ustawy zasadniczej. Tymczasem, o ile można byłoby założyć, że współczesne regulacje prawne chronią społeczeństwo przed eksperymentami naruszającymi prawa człowieka, o tyle zbyt optymistycznym byłoby założenie, że wypracowano również mechanizmy blokujące instrumentalne wykorzystywanie przez prawodawcę wniosków naukowych albo tylko stwarzające pozory naukowości. Jest stosunkowo niepokojące, że Trybunał Konstytucyjny, mając okazję wypowiedzieć się w tej kwestii, jedynie niemal sprawozdawczo stwierdził, że istnieje w nauce spór co do rozumienia jednego z podstawowych pojęć ustawowych, od którego zależeć będzie możliwość izolacji osoby nieskazanej prawomocnym wyrokiem sądu. Nawet jeżeli Trybunał nie dopatrzyłby się w tym momencie niekonstytucyjności, to byłaby to znakomita okazja,

[30] Art. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowa psychicznego (Dz.U. 2016 poz. 546 z późn. zm.). Powyższy wniosek wynika także pośrednio z art. 96 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90 poz. 557 z późn. zm.), który posługuje się specjalistycznym pojęciem „niepsychotyczne zaburzenia psychiczne".

[31] J. Hartman, *Definicja choroby psychicznej i koncepcje dyskursywne w psychiatrii*, Folia Medica Cracoviensa 3–4/1998, s. 151–157.

[32] S. Pużyński, *op.cit.*, s. 299.

[33] Warto tutaj jeszcze raz wskazać tu na art. 3 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, który wprost wskazuje, że zaburzenia psychiczne należy rozumieć przez pryzmat aktualnej wiedzy medycznej.

żeby sformułować pewne oczekiwania dla posługiwania się przez ustawodawcę pojęciami, które w założeniu mają odnosić się do obecnego stanu wiedzy.

Ponadto w związku z zaburzeniami osobowości pojawia się sygnalizowana wyżej wątpliwość co do skuteczności terapii tego rodzaju zaburzeń. W sytuacji, gdy skutek terapeutyczny stanowi podstawowy cel uzasadniający izolację osób stwarzających zagrożenie, wydaje się, że przydatną dla oceny proporcjonalności ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności byłoby zwrócenie uwagi na ten problem. Tymczasem, choć zarówno Rzecznik Praw Obywatelskich, jak i Prezydent zarzucali w swoich pismach inicjujących postępowanie pozorność terapeutycznego charakteru izolacji w Ośrodku, Trybunał Konstytucyjny pominął tę kwestię w uzasadnieniu orzeczenia.

Podsumowując, choć ocena konstytucyjności w przypadku powyższych problemów napotyka poważne trudności, to dotychczasowe rozważania prowadzą do wniosku, że zasada określoności prawa (ewentualnie powiązana z odpowiednim prawem lub wolnością konstytucyjną) mogłaby być tym wzorcem, który opisuje prawidłową relację pojęć z języka prawnego i projektowanych przez prawodawcę mechanizmów do rzeczywistości kształtowanej przez naukę. Co warte podkreślenia, wydaje się, że rozstrzygnięcia w tym zakresie mogą podlegać aktualizacji, w zależności od rozwoju danej dziedziny nauki. Powyższe skłania także do czynionej niejako na marginesie konkluzji związanej z formalną oceną wniosków, pytań prawnych i skarg konstytucyjnych. W przypadku, gdy problem konstytucyjny wymaga dokonania odpowiednich ustaleń pozaprawnych, przykładowo w zakresie aktualnej wiedzy medycznej, samo powtórzenie, w stosunku do sprawy rozpoznanej przez Trybunał merytorycznie, przedmiotu i wzorca kontroli, nie uzasadnia umorzenia postepowania ze względu na zasadę *res iudicata*. Postulaty te wydają się jednak wtórne wobec prymarnej potrzeby kształtowania pewnego rodzaju wrażliwości sądu konstytucyjnego na podejmowanie pogłębionej refleksji nad relacją norm prawnych do osiągnięć nauki.

4. Moralna niepewność a kontrola konstytucyjności prawa

Brak jednoznacznych odpowiedzi na fundamentalne z punktu widzenia natury ludzkiej pytania stanowi także jedną z przyczyn występujących w społeczeństwie różnic na płaszczyźnie światopoglądowej. Jako że nie ma powszechnej zgody co do wielu bardzo doniosłych z perspektywy Konstytucji kwestii, wciąż aktualne pozostaje pytanie o sposób postępowania w sytuacjach granicznych. Warto poświęcić tym problemom uwagę ze względu na interesujące propozycje argumentacji na rzecz określonych rozstrzygnięć moralnych.

W tej części artykułu zagadnieniem wstępnym, ułatwiającym prowadzenie dalszych rozważań, będzie zwrócenie uwagi na to, że trudno bez wątpliwości przyjąć, czy sama Konstytucja preferuje określoną doktrynę moralną.

Z jednej strony występuje koncepcja, zgodnie z którą Konstytucja tworzy określony katalog wartości, przybierający formę obiektywnych zasad, tworzących

pewną – aczkolwiek trudną do zrekonstruowania – strukturę[34]. Taki pogląd, zaczerpnięty z orzecznictwa niemieckiego sądu konstytucyjnego, został przedstawiony także w kilku wyrokach TK[35]. Z drugiej jednak strony, obecnie powszechnie przyjmuje się, że immanentną cechą demokratycznego społeczeństwa jest pluralizm światopoglądowy[36]. Przy czym racjonalne zdaje się założenie, że nie każdy odmienny od dominującego światopogląd musi postulować zmiany w Konstytucji. Zaakceptowanie pluralizmu światopoglądowego wiąże się natomiast z dopuszczeniem występowania w społeczeństwie różnych doktryn moralnych. Utrudnia to kontrolę hierarchicznej zgodności norm prawnych, ze względu na ryzyko odmiennej oceny moralnej. Warto mieć ponadto na względzie, że niejednokrotnie ważenie wartości konstytucyjnych będzie również odbywało się przez pryzmat preferencji moralnych.

Argumentacji przy analizie powyższego problemu należałoby szukać także w konstytucyjnej zasadzie bezstronności (neutralności) światopoglądowej państwa (art. 25 ust. 2 Konstytucji). Choć zagadnienie to jest nader złożone, wystarczającym w tym miejscu powinno być jedynie przywołanie raczej bezspornego założenia, że neutralność światopoglądowa nie oznacza braku możliwości wartościowania przez państwo ludzkich przekonań, także w celu ochrony przed dyskryminacją[37].

Powyżej wskazane wątpliwości są zazwyczaj pomijane przy ocenie konstytucyjności prawa. Warto jednak zauważyć, że rozstrzygnięcie tych kwestii będzie miało znaczenie dla określenia granic swobody ustawodawcy. Przyjmijmy w tym miejscu, że niezależnie od tego, w jaki sposób rozstrzygniemy zarysowany problem interpretacyjny, samo jego pojawienie się jest konsekwencją trudności ustalenia, co jest, hasłowo rzecz ujmując, moralne według społeczeństwa *in genere*. Teza ta stanowić będzie jedynie punkt wyjścia dla rozważań na temat argumentacji konstytucyjnej w przypadku problemów konstytucyjnych najbardziej wrażliwych na problem moralności.

Dla przeanalizowania części z powyżej wskazanych dylematów znakomitym przykładem będzie orzeczenie TK o sygn. akt K 26/96[38]. Spośród kilku problemów, którymi zajmował się w tej sprawie Trybunał, przede wszystkim należy zwrócić uwagę na zagadnienie tzw. aborcji z względów „społecznych", czyli dokonanej z powodu ciężkich warunków życiowych lub trudnej sytuacji osobistej[39]. Orzeczono, że regulacja ta jest

[34] Na temat rozwoju koncepcji obiektywnego porządku wartości zob. szerzej M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014, s. 228–229. Jeszcze dalej idącą koncepcją w tym zakresie byłoby nieprzekonujące jednak autora niniejszego artykułu założenie o hierarchii norm konstytucyjnych; zob. A. Kustra, *Współczesny paradygmat nadrzędności Konstytucji*, Studia Iuridica Toruniensa, t. IV, 2008, s. 105–127.

[35] Zob. np. wyroki TK z: 23 marca 1999 r., sygn. akt K 2/98, OTK ZU nr 3/1998, poz. 38, 8 lipca 2008 r., sygn. akt P 36/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 103.

[36] Zob. np. wyroki TK z: 14 grudnia 2009 r., sygn. akt K 55/07, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 167 i 6 października 2015 r., sygn. akt K 54/13, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 142.

[37] Zob. W. Brzozowski, *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2010, s. 158 i n.

[38] Orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, OTK ZU nr 2/1997, poz. 19.

[39] Art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. nr 17 poz. 78 oraz z 1995 nr 66 poz. 334).

niezgodna z zasadą demokratycznego państwa prawnego przez to, że legalizuje przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz posługuje się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego. Zgodnie z uzasadnieniem orzeczenia za taką oceną problemu konstytucyjnego przemawiało to, że: „(…) przesłanki ujęte w zakwestionowanym przepisie zostały ukształtowane w sposób zupełnie nieadekwatny do kolizji wartości konstytucyjnych, jakie miały być ich podstawą". W doktrynie wskazuje się, że prejudykat ten przesądził, iż status człowieka nie może być definiowany przez ustawodawcę zwykłego oraz określił minimalny poziom ochrony życia dziecka poczętego[40]. Warto jednocześnie zauważyć, że Trybunał formalnie zdystansował się tutaj od problemu oceny moralności aborcji. Jednak na związek ostatecznego rozstrzygnięcia z przyjętymi uprzednio założeniami światopoglądowymi zwrócono uwagę w zdaniach odrębnych. Sędzia Lech Garlicki stwierdził, że: „(…) nie jest rolą ani zadaniem Trybunału Konstytucyjnego rozwiązywanie kwestii generalnych o charakterze filozoficznym, religijnym czy medycznym, są to bowiem kwestie pozostające poza wiedzą sędziów i kompetencją sądów. Niezależnie od moralnej oceny aborcji, Trybunał Konstytucyjny może orzekać tylko o prawnych aspektach tego zagadnienia". Sędzia Zbigniew Czeszejko-Sochacki uznał natomiast, że: „Poddane kontroli Trybunału kwestie nie mają charakteru sporu o prawo w jego szczególnej relacji, a mianowicie konstytucyjności, lecz wynikają z odmiennych ocen filozoficznych oraz politycznych. (…) Już jednak próba równorzędnego traktowania obu podmiotów (matki i płodu) i wyprowadzania wniosku o ochronie zdrowia «dziecka poczętego» zmierza do definiowania początków życia ludzkiego, co – jak trafnie zauważył ekspert – jest problemem nie prawnym, lecz medycznym i filozoficznym oraz próbę abstrakcyjnego wartościowania chronionych dóbr". Podobnie problem ten ujął sędzia Wojciech Sokolewicz. W tych trzech zdaniach odrębnych opowiadano się zatem za przyjęciem, że w przypadku kwestii aborcji nie ma możliwości rozstrzygnięcia, którym wartościom Konstytucja daje prymat. Uznano zatem, że rozważania Trybunału w tym zakresie są oparte jedynie o przekonania moralne sędziów.

Krótkie przytoczenie treści uzasadnienia orzeczenia i zdań odrębnych może skłaniać do wniosku, że na kanwie sprawy oznaczonej sygn. akt K 26/96 główny dyskurs nie dotyczył kwestii przyjęcia konserwatywnej albo liberalnej wizji oceny dopuszczalności aborcji w Polsce. Problem dotyczył raczej argumentacji, która miałaby przemawiać za konkretnym kierunkiem rozstrzygnięcia. Sędziowie TK składający zdania odrębne stanęli *de facto* na stanowisku, że Trybunał nie może dokonywać ustaleń dotyczących kwestii filozoficznych, czy światopoglądowych. W opozycji do powyższych tez wymaga stwierdzenia, że w wielu sprawach rozstrzyganych przez Trybunał konieczne jest dokonanie pewnych założeń światopoglądowych. Co do zasady nie są one jedynie kontrowersyjne. Natomiast w orzeczeniu dotyczącym dopuszczalności aborcji Trybunał zapewne wziął pod uwagę, że odnośnie do tej kwestii w społeczeństwie występuje kilka doktryn moralnych.

[40] L. Bosek, *Status dziecka poczętego* [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, red. M. Safjan, Warszawa 2011, s. 45 i n.

Niewątpliwie w uzasadnieniu tego orzeczenia opowiedziano się za prymatem życia ludzkiego jako wartości konstytucyjnej. W znacznej części wynika to z powszechnie uznawanego bliskiego związku tej wartości z nienaruszalną godnością ludzką. Z drugiej strony, przyjmujemy, że na gruncie ustawy można różnicować intensywność ochrony życia w różnych momentach jego rozwoju. Powyższa argumentacja zdaje się być zupełnie przekonująca co do większości przypadków związanych z zagadnieniem przerywania ciąży. Pojawia się jednak problem rozstrzygania sytuacji granicznych. Można tu zakwalifikować niektóre przesłanki, których wystąpienie uzasadnia dokonania aborcji (przykładowo, z jednej strony właśnie rozstrzygana przez TK kwestia trudnych warunków życiowych, a z drugiej, powstanie ciąży w wyniku czynu zabronionego), jak i wskazania granicznych terminów dla przeprowadzenia zabiegu. Wydaje się jednak, że narzędzia kontroli konstytucyjności, które poszukują obiektywnych kryteriów na poziomie wykładni prawa, okazują się jednak w pewnym momencie niewystarczające. Jedynie wprowadzenie argumentacji opartej o przekonania moralne daje możliwość przekonującego uzasadnienia, dlaczego w danej sytuacji przyznajemy większą wartość jednej z kolidujących ze sobą wartości konstytucyjnych.

Natomiast w związku z tym, że trudno jednoznacznie przesądzić, zwłaszcza w perspektywie występującego w społeczeństwie pluralizmu światopoglądowego, które przekonania moralne są właściwe, niezwykle atrakcyjną może wydawać się obecna w bioetyce, *prima facie* bardzo silna, tzw. argumentacja z moralnej niepewności[41]. Jest to typ argumentacji, który w założeniu umożliwia porównanie wartości między różnymi doktrynami moralnymi.

W rozstrzyganiu problemu aborcji argumentacja z moralnej niepewności bazuje na dwóch wątpliwościach. Po pierwsze, należy uwzględnić, że brak jest jednoznacznej odpowiedzi co do momentu rozpoczęcia życia ludzkiego[42]. W analizowanym tutaj modelu argumentacji kwestię tę rozstrzyga się poprzez założenie domniemania, że w przypadku niepewności należy przyjąć, że mamy do czynienia z osobą ludzką[43]. Zwolennicy tej metody podejmowania decyzji w pełni uznają zatem zasadę *in dubio pro vita humana*. Nie będzie bez znaczenia dla dalszych rozważań, że zasada ta została także zakotwiczona w orzecznictwie TK i powiązana z godnością człowieka[44]. Po drugie, argumentacja z moralnej niepewności bierze pod uwagę, że zawsze istnieje ryzyko błędnego wyboru doktryny moralnej, przykładowo poprzez przyjęcie błędnych

[41] Znana też pod pojęciem argumentacji z normatywnej niepewności. Dla uniknięcia jednak nieporozumień pojęciowych zdecydowano się na jaśniejsze w perspektywie niniejszego artykułu sformułowanie „argumentacja z moralnej niepewności". Zob. szerokie omówienie np. T. Żuradzki, *Argument z niepewności normatywnej a etyczna ocena badań naukowych wykorzystujących ludzkie embriony*, Diametros nr 32 (czerwiec 2012), s. 131–159.

[42] Nie rozstrzygnięto, czy powinno się uznawać moment zapłodnienia, czy implantacji zarodka (7–10 dni po zapłodnieniu). Problem ten przemilczał niestety Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu o sygn. K 26/96; zob. krytycznie J. Woleński, *Glosa do orzeczenia z 28 V 1997 r., K 26/96*, PiP 1/1998, s. 91–92.

[43] Zob. szerzej T. Żuradzki, *Moralna niepewność w argumentacji bioetycznej,* filozofiawpraktyce.pl, 4.02.2017.

[44] Wyrok TK z 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03, OTK ZU nr 1/A/2004, poz. 1.

argumentów, przemawiających za konkretną doktryną, za prawdziwe. Zawsze należy zatem stawiać pytanie, które wartości chcielibyśmy chronić, w przypadku gdybyśmy brali pod uwagę zmianę własnej doktryny moralnej[45]. W przypadku aborcji odpowiedź zwolenników argumentacji z moralnej niepewności jest oczywista – chcielibyśmy, aby zostało chronione życie ludzkie.

Moralna niepewność wiąże się zatem z koniecznością oceny ryzyka i dążenia do jego minimalizacji na kilku polach. Takie podejście do rozstrzygania kwestii moralności bywa krytykowane. Z jednej strony, brak jest zgody, co do założenia skrajnej ostrożności, że moralnie dopuszczalne będzie zachowanie, które nie niesie ze sobą ryzyka zabicia osoby. Wskazuje się, że kłóci się to z powszechnie przyjętymi praktykami życia społecznego[46]. Z drugiej strony, zauważa się, że co do zasady nie jest możliwe dokonanie międzydoktrynalnego porównania wartości, ponieważ przyjęcie, co jest „bardziej moralne" zależy tylko od przyjętej doktryny[47]. Wydaje się zatem, że ta metoda podejmowania decyzji co do moralności stanowi w zasadzie wzmocnienie konserwatywnych stanowisk w kwestiach bioetycznych[48]. Argumentacja z moralnej niepewności może okazać się całkowicie przydatna jedynie w przypadku, gdy – mimo różnic co do oceny moralności – jedna doktryna ma charakter deflacyjny, tzn. w ramach możliwego wyboru wartości wszystkie opcje są równowartościowe[49]. Wówczas uznaje się za wartościowe ograniczanie ryzyka i rezygnowanie z zachowań uznawanych za niemoralne według jednej z doktryn, nawet mimo że zgodnie z akceptowaną przez nas wizją dane zachowanie jest moralnie neutralne. W pozostałych przypadkach, do których należy zaliczyć także kwestię aborcji, krytycy argumentacji z moralnej niepewności, uważają, że najlepszym rozwiązaniem jest postępowanie zgodnie z własną doktryną moralną[50].

Uszczegółowiając powyższe uwagi w kontekście problemu aborcji, warto jeszcze raz zwrócić uwagę, że zasada *in dubio pro vita humana* wpisuje się w model argumentacji z moralnej niepewności. Tymczasem, jak wskazują przeciwnicy stosowania zasady *in dubio pro vita humana*, inną zasadą rozsądzająca, jak się należy zachować w przypadku wątpliwości, jest zasada *in dubio pro libertate*[51]. Choć zgodnie z prezentowanym w niniejszej pracy poglądem, stosowanie jednej z tych zasad nie zawsze będzie wynikało jedynie z rozumowań prawniczych, warto zmienić nieco optykę na ten problem i postawić pytanie o to, która z zasad byłaby preferowana w przypadku wystąpienia tendencji zmniejszania się wątpliwości w kwestiach naukowych i etycznych związanych z życiem w fazie prenatalnej. Czy w sytuacji ponoszenia coraz mniejszego ryzyka związanego

[45] Zob. rozważania na ten temat D. Moller, *Abortion and Moral Risk*, Philosophy 86 (2011), s. 436–439.

[46] T. Żuradzki, *Moralna niepewność…*

[47] *Ibidem*.

[48] Podobnie T. Żuradzki, *Argument z niepewności…*, s. 155.

[49] *Ibidem*, s. 149 i n.

[50] J E. Gustafsson, O. Torpman, *In defence of my favourite theory*, Pacific Philosophical Quarterly 95 (2014), s. 159–174.

[51] T. Kaczmarek, *Prawo karne wobec moralności. Spory wokół moralnego i prawnego statusu płodu ludzkiego* [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, Warszawa 2007, s. 90.

z brakiem przyznania życiu odpowiedniej ochrony prawnej, społeczeństwo byłoby bardziej skłonne do przyjęcia zasady *in dubio pro libertate*[52]? Wydaje się, że do tego zmierzają zabiegi prawodawcze w Europie w zakresie ochrony życia. Jest to jednak jedynie hipoteza, której weryfikacja nie jest celem niniejszej pracy.

W ramach rozważań na temat argumentacji z moralnej niepewności nie powinno umknąć uwadze, że dotychczasowa analiza dotyczyła decyzji w zakresie moralności podejmowanych jedynie przez jednostkę. Należy zatem zastrzec, że nie można przyjąć wprost argumentów za i przeciw tej teorii do rozstrzygania konfliktów wartości przez organy państwa. Jednak dylematy podniesione wyżej bardzo dobrze odzwierciedlają problemy, które związane są z oceną konstytucyjności prawa. Mimo wypracowania licznych sposobów ważenia wartości konstytucyjnych, nie ma obecnie metod, które umożliwiałyby każdorazowo dokonywanie jednoznacznych rozstrzygnięć co do zgodności prawa z Konstytucją, w szczególności z prawami i wolnościami konstytucyjnymi. Przyznanie poszczególnym wartościom konstytucyjnym określonej „wagi" niejednokrotnie będzie wynikało ze światopoglądu dokonującego ważenia dóbr, w tym własnych preferencji moralnych. Warto przy tym zaznaczyć, że powyższe tezy nie stanowią argumentów przeciwko koncepcji obiektywnego porządku wartości konstytucyjnych. Opisywany na wstępie tej części artykułu spór, czy w pluralistycznym społeczeństwie jest miejsce na tę koncepcję, znajdzie jednak swoje odzwierciedlenie na innej płaszczyźnie.

Powracając do dylematów, przed którymi stanął Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. akt K 26/96, warto w oparciu o dotychczasowe rozważania wskazać możliwości rozwiązania problemu konieczności sięgania przy kontroli konstytucyjności prawa do kwestii natury światopoglądowej. Z jednej strony, można przyjąć dość proste założenie, że możliwość oceny hierarchicznej zgodności norm kończy się tam, gdzie zaczyna się konieczność odwoływania się do argumentów moralnych. Kwestie związane z moralnością są bowiem immanentnie związane z pluralizmem światopoglądowym społeczeństwa, zatem interpretacja Konstytucji sama jednoznacznie nie przesądza, którym wartościom konstytucyjnym należy dać prymat. W takim przypadku Trybunał Konstytucyjny uznawałby swobodę ustawodawcy. Niewątpliwą wadą tego rozwiązania jest konieczność dopuszczenia decydującego znaczenia woli większości w rozstrzyganiu kwestii najbardziej wrażliwych światopoglądowo. Z drugiej strony, uprawnionym byłoby przyjęcie, że nie ma przekonujących argumentów, które przemawiałyby za odmówieniem sędziom konstytucyjnym kompetencji nadawania wagi wartościom konstytucyjnym, zgodnie z ich przekonaniami. Zaakceptowalibyśmy wówczas koncepcję obiektywnego porządku wartości konstytucyjnych. Trzecią ewentualnością byłoby rozumowanie zgodne z modelem argumentacji z moralnej niepewności, co oznaczałoby także możliwość stosowania zasady *in dubio pro vita humana*. Ta metoda podejmowania decyzji ma jednak dużo wad, z których najpoważniejszą byłby zarzut, że zazwyczaj jedynie w sposób pozorny dokonuje ona uzgodnień wartości między doktrynami moralnymi.

[52] Pytanie niestety jest obarczone wadliwością, ponieważ samo w sobie również proponuje porównywanie wartości między doktrynami moralnymi. Wydaje się jednak, że warto je postawić, intuicyjnie zakładając, że argument ze „zmniejszaniem wątpliwości", a zatem ograniczeniem ryzyka, mógłby w przypadku części społeczeństwa spowodować zmianę optyki na problem aborcji.

W ramach niniejszego artykułu nie jest możliwa odpowiedź na pytanie o odpowiedni model rozstrzygania o kwestiach związanych z moralnością w ramach procedury konstytucyjności prawa. Dlatego też głównym celem tych rozważań było wykazanie, że obecnie przy ocenie hierarchicznej zgodności norm prawnych Trybunał niejednokrotnie powinien przynajmniej dostrzegać problemy pozaprawne, w tym te natury światopoglądowej. Poczynione ustalenia będą natomiast mogły uzasadniać określone rozstrzygnięcia w ramach kolizji norm konstytucyjnych, czy ocenę realizacji wartości konstytucyjnych usprawiedliwiających ograniczenie praw i wolności.

5. Podsumowanie

Powszechne w polskiej doktrynie stwierdzenie, że w ramach kontroli konstytucyjności prawa w Polsce operuje się – przynajmniej w większości przypadków – jedynie na normach prawnych zajmujących różne miejsce w hierarchii źródeł prawa, wydaje się opisem zbyt uproszczonym. Dostępne instrumenty umożliwiające ocenę hierarchicznej zgodności prawa wręcz wymagają sięgania do licznych argumentów natury pozaprawnej. Dlatego też za niezwykle cenne, także dla późniejszego „stosowania" orzeczenia TK, należy uznać powoływanie się przez Trybunał na badania naukowe. Wciąż jednak brakuje szerszych rozważań na temat znaczenia dla Trybunału Konstytucyjnego zdarzeń zachodzących w społeczeństwie, niezwiązanych z tworzeniem, czy stosowaniem prawa. W tym kontekście należy mieć na względzie także kwestie natury światopoglądowej, w niniejszym artykule koncentrujące się na zagadnieniu moralności. Wciąż nie zostało bowiem przesądzone, w jakim zakresie pomocne dla hierarchicznej kontroli norm mogą być ustalenia dokonywane w tym zakresie.

Powściągliwość Trybunału w przyznaniu określonego znaczenia pozaprawnym osiągnięciom społeczeństwa w procedurze kontroli konstytucyjności prawa niesie za sobą pewne ryzyko, które doskonale można zaobserwować na gruncie problemów wynikających z trudności określenia relacji prawa do medycyny. Na chwilę obecną trudno bowiem przyjąć, że system prawny jest odporny na ograniczanie gwarancji konstytucyjnych dokonywanych przykładowo poprzez pojawianie się nowych tendencji w nauce, czy zmianę aksjomatów mających swoje źródło w doktrynach moralnych. Należy jednak pamiętać, że choć ustawa zasadnicza dąży do ukształtowania odpowiednich postaw jednostek i społeczeństwa *in genere*, to system prawny jest podatny m.in. na analizowane w niniejszej pracy czynniki. Niepokojąca byłaby natomiast pasywność sądu konstytucyjnego wobec zmian zachodzących w otaczającej nas rzeczywistości. Niestety dotychczasowe orzecznictwo TK nie stanowi oparcia dla tezy o możliwym krytycznym podejściu Trybunału do osiągnięć nauki. Polski sąd konstytucyjny w analizowanych zagadnieniach związanych z medycyną nie brał pod uwagę tego, że wiedza naukowa ma swoje granice. *A priori* przyjmowano, że każde zadanie nałożone na medycynę może być w satysfakcjonujący sposób zrealizowane, a powstające w ramach nauki spory – również w ramach nauki zostaną rozwiązane.

Podobne wątpliwości można mieć wobec działalności orzeczniczej Trybunału dotyczącej zagadnień natury światopoglądowej. Sukcesywnie unika się bowiem przyznania,

że rozstrzygnięcia w zakresie moralności nie są zwykłą wykładnią przepisów prawa, ale próbą ustalenia, co w przestrzeni publicznej może być akceptowane i uzasadnienia tym sposobem dalszych rozważań, co do zasady dotyczących ważenia wartości konstytucyjnych. W związku z tym dotychczas brakuje jednoznacznych odpowiedzi o granice swobody ustawodawcy w sprawach najbardziej wrażliwych społecznie.

* * *

Tytuł

The fundamental thesis of this article is that common statement in the Polish doctrine of constitutional law, which says that constitutional review in Poland operates – at least in most cases – merely on legal norms, seems to be too simplified. In this paper above mentioned problem was considered on two, seemingly quite distant issues – medical knowledge and morality. It is seemed that Constitutional Tribunal hasn't sufficiently referred to legal problems which had occurred on the ground of science and plurality of worldviews so far. The aim of this article is to indicate potential risks concerned to these issues. On the other hand, the author is going to show in which direction jurisdiction of Polish constitutional court may be developed to try to clarify above mentioned doubts.

Key words: moral uncertainty, medicine, mental disorder, abortion, constitutional review

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Hubert Kruk[1]

Odpowiedzialność z tytułu wrongful birth w Rzeczypospolitej Polskiej i Stanach Zjednoczonych Ameryki. Analiza prawnoporównawcza

Streszczenie

Artykuł porusza problematykę odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu *wrongful birth* w ujęciu komparatystycznym, dotyczącym Stanów Zjednoczonych oraz Rzeczypospolitej Polskiej. W pierwszej części pracy dokonana zostanie analiza omawianej instytucji w amerykańskim porządku prawnym, a następnie omówione zostaną regulacje obowiązujące w Polsce. Główna uwaga poświęcona zostanie poglądom wypracowanym przez orzecznictwo i literaturę w obu państwach.

W podsumowaniu autor postara się zwrócić uwagę na zachodzące podobieństwa jak i różnice, a także skupić się na podsumowaniu odpowiedzialności z tytułu *wrongful birth* w obecnych regulacjach w Polsce.

Słowa kluczowe: złe urodzenie, odpowiedzialność cywilna, ujęcie komparatystyczne, prawo medyczne

1. Wstęp

Ponad pół wieku funkcjonowania skargi *wrongful birth* w systemie amerykańskim może stanowić dobry punkt odniesienia do krajowych rozważań w omawianej materii.

---

[1] Hubert Kruk – student IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji na Uniwersytecie Jagiellońskim.

Na wstępie, aby prawidłowo omówić *wrongful birth*, należy zdefiniować niniejszą konstrukcję. *Wrongful birth* jest to powództwo wnoszone przez rodziców dziecka przeciwko pozwanemu (lekarzowi lub szpitalowi), który przez niezachowanie należytej staranności uniemożliwił dokonanie aborcji, w wyniku czego narodziło się dziecko z wadami genetycznymi lub innymi ciężkimi uszkodzeniami[2]. Jest to tzw. „złe urodzenie" lub „urodzenie w warunkach pokrzywdzenia"[3]. *Wrongful birth* nie jest tożsame z ze szkodami prenatalnymi poniesionymi przez dziecko, ponieważ wtedy odpowiedzialność wynika z art. 446^1 k.c. Oprócz omawianej instytucji w doktrynie i orzecznictwie wyróżniono jeszcze dwie inne skargi o podobnym charakterze.

Wrongful life oznacza powództwo dziecka lub rodziców w imieniu dziecka, które uważa, że przez zaniedbanie pozbawiono rodziców decyzji co do dalszego utrzymywania ciąży, w wyniku czego urodziło się dziecko obarczone wadami[4].

Z kolei *wrongful conception* to powództwo rodziców przeciwko pozwanemu, którego zaniedbanie doprowadziło do zajścia w ciążę lub urodzenia dziecka. *Wrongful conception* czasami traktowane jako podkategoria *wrongful birth*, dotycząca jednak urodzenia zdrowego dziecka[5].

Piśmiennictwo amerykańskie wskazuje także na występowanie tzw. *wrongful adoption*, czyli skargi w której powodami są adoptujący, wnoszący, że agencja adopcyjna nie ujawniła wszystkich informacji koniecznych do podjęcia świadomej decyzji co do wyboru adoptowanego dziecka (m.in. wcześniejszych losów dziecka, stanu zdrowia, ewentualnych chorób genetycznych itp.).

W literaturze amerykańskiej wskazuje się że pierwotnie określenie *wrongful birth* służyło do opisywania wielu różnorodnych powództw, z których obecnie część klasyfikuje się jako *wrongful conception* lub *wrongful life*.

2. *Wrongful birth* w Stanach Zjednoczonych

Omawiana skarga ukształtowała się w USA w latach 60. XX wieku. Jak zauważa W. Hensel, pierwsze powództwa dotyczące *wrongful birth* (a także *wrongful life*) był wynikiem urodzenia zdrowych dzieci, której jednak nie były przez rodziców pożądane lub oczekiwane[6]. Sprawy te toczyły się przeciwko osobom dokonującym zabiegu sterylizacji lub aborcji, jak też przeciwko producentom środków antykoncepcyjnych. Przykładem może być wyrok w sprawie Custodio v. Bauer[7]. Takie postrzeganie *wrongful birth* było bliskie powództwom z tytułu nadużyć medycznych, jak i odpowiedzialności producenta

[2] Z. Pepłowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu wrongful life, wrongful birth i wrongful conception w prawie USA*, Nowa Medycyna 1/2007, s. 13.

[3] Określenia „złe urodzenie" używa m.in. M. Nesterowicz, z kolei „urodzenie w warunkach pokrzywdzenia" M. Bilecka.

[4] Z. Pepłowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza…*, s. 13.

[5] *Ibidem.*

[6] W. Hensel, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol40_1/hensel.pdf, 15.01.2017.

[7] Custodio v. Bauer, 59 Cal. Rptr. 463.

za nieprawidłowe działanie jego produktu medycznego. Sądy zgodnie przyznawały odszkodowanie za wydatki medyczne oraz poniesione szkody emocjonalne związane z ciążą i narodzinami dziecka. Większość sądów odrzucała jednak przyznanie odszkodowania za okres od momentu urodzenia aż do osiągnięcia pełnoletniości przez „niechciane" dziecko, wyjątkowo odstępując od zasady, gdy przesłankami sterylizacji były przykładowo względy finansowe[8].

Obecnie ponad połowa stanów dopuszcza powództwo z tytułu *wrongful birth* (m.in. Floryda, Nowy Jork), a kilkanaście wyraźnie zabrania jego wnoszenia (np. Arkansas, Michigan, Georgia).

Wskazuje się na ukształtowanie pojęcia niedbalstwa prowadzącego do odpowiedzialności na podstawie *wrongful birth*. Niedbalstwo może być rozpatrywane na wielu płaszczyznach, może to być: przemilczenie wyników badań, przemilczenie możliwości przeprowadzenia badań, błędnie przeprowadzone testy prenatalne, bądź też błędna interpretacja testów prenatalnych.

2.1. Sprawa Harbeson v. Parke-Davis jako przykład przemilczenia wyników badań lub konsekwencji przyjmowania określonych leków

Za niedbalstwo może być uważane przemilczenie wyników badań lub konsekwencji stosowania dotychczasowych leków przez pacjentkę (Harbeson v. Parke-Davis[9]). W omawianej sprawie powódce w czasie ciąży przepisano lek na epilepsję – Dilantin. W 1971 roku urodziła ona zdrowe dziecko. Mąż powódki, służący w Siłach Powietrznych USA, został przeniesiony, w związku z czym przy kolejnej ciąży konsultowała się ona z innym lekarzem. Pomiędzy listopadem 1972 roku a czerwcem 1973 roku powodowie informowali trzech lekarzy o chęci posiadania kolejnego dziecka i obawach związanych z przyjmowaniem Dilantinu w czasie ciąży. Wszyscy lekarze zgodnie wskazywali na możliwość wystąpienia rozszczepu podniebienia oraz tymczasowego hirsutyzmu. Istotne, iż spośród trzech lekarzy żaden nie dokonał głębszej analizy (obejmującej m.in. zapoznanie się z literaturą przedmiotu czy też przeprowadzenie dodatkowych konsultacji) co do wpływu Dilantinu na ciążę i płód. Działając w zaufaniu do lekarzy powódka dwukrotnie zaszła w ciążę, rodząc dwie córki (w kwietniu 1974 roku i maju 1975 roku). U obu córek po urodzeniu zdiagnozowano płodowy zespół hydantoinowy. Państwo Harbeson stwierdzili, że gdyby byli poinformowani o potencjalnych konsekwencjach przyjmowania leku w czasie ciąży, nie zdecydowaliby się na kolejne dzieci. Sąd pochylił się nad opisanym problemem, rozważając kiedy można mówić o zaniedbaniu i odpowiedzialności dostawców usług medycznych. Wyliczenie przyczyn zaniedbania dokonanego przez lekarza na omawianej płaszczyźnie ukształtowało się w Stanach Zjednoczonych już w latach 70 w sprawie Hayes v. Hulswit[10], z której wskazano że: powód musi wykazać standard i stopień umiejętności przeciętnego lekarza działającego w takich samych lub podobnych okolicznościach; powód musi przedstawić dowody,

[8] Burke v. Rivo, 551 N.E.2d 1, 6 (Mass. 1990).

[9] Harbeson v. Parke-Davis, Inc., 98 Wn.2d.460 (1983).

[10] Hayes v. Hulswit, 73 Wn.2d 796 (1968).

że lekarz nie sprostał standardom ochrony; oraz niesprostanie standardom było bezpośrednią przyczyną szkody powoda.

Standard ochrony przedstawiony w sprawie Hayes v. Hulswit został zmodyfikowany w wyroku w sprawie Helling v. Carey[11] dotyczącej przeprowadzania testu na jaskrę.

Orzecznictwo amerykańskie stopniowo ewoluowało i z czasem przyjęło tzw. doktrynę świadomej zgody (*informed consent*), oznaczała ona nałożenie na lekarza obowiązku ujawnienia pacjentowi informacji o ryzyku związanym z proponowanym leczeniem (ZeBarth v. Swedish Hosp.[12]). Dalszy rozwój doktryny świadomej zgody nastąpił w sprawie Miller v. Kennedy[13]. Działanie w oparciu o wspomnianą doktrynę oparte jest na występowaniu istotnego ryzyka nieznanego pacjentowi, przy czym nieujawnienie tego ryzyka prowadzi do przekonania powoda, że gdyby wiedział o jego istnieniu wybrałby inny przebieg leczenia, nieprowadzący do powstałej szkody.

W sprawie Haberson sąd przyrównywał *wrongful birth* z cywilistycznymi pojęciami obowiązku, naruszenia prawa, szkody i bezpośredniej przyczyny. Kluczowym pytaniem, zdaniem sądu, było to, czy można nałożyć na lekarza obowiązek będący korelatem prawa rodziców do zapobieżenia urodzeniu dziecka z wadami. Sąd wskazał na istnienie wskazanego prawa rodziców i wynikającego z niego obowiązku lekarza do zapewnienia odpowiedniego zakresu informacji co do prawdopodobieństwa urodzenia dziecka z wadami i możliwości podjęcia przez rodziców świadomej decyzji co do ewentualnego przerwania ciąży. Dalsza część argumentacji sądu jest już bardziej kontrowersyjna: po pierwsze, z obowiązku nałożonego na lekarza wynika też wymóg odpowiedniej staranności przy ewentualnym przeprowadzeniu aborcji. Co niezwykle sporne, sąd wskazał, że z prawa rodziców i obowiązków informacyjnych lekarza nie wynika prawo do odmowy przeprowadzenia aborcji z pobudek moralnych lub religijnych, wskazując jednak na powstałe wątpliwości na płaszczyźnie moralnej istniejące na kanwie innych orzeczeń[14].

Naruszenie prawa, rozumiane jako niesprostanie standardowi opieki, umiejętności lub wiedzy, w oczywisty sposób miało miejsce w omawianej sprawie.

Najbardziej problematycznym zagadnieniem powstałym w związku ze sprawą Harbeson był problem, czy urodzenie dziecka z wadami może stanowić szkodę wynikłą po stronie rodziców. Sąd uznał, że odszkodowanie może zawierać wydatki medyczne, szpitalne i wydatki na leki związane urodzeniem dziecka i jego wadami oraz, co najistotniejsze, odszkodowanie dla rodziców za urazy emocjonalne powstałe w związku z urodzeniem dziecka obarczonego wadami. Sąd zaznaczył jednak, że powinno się uwzględnić także pozytywne emocje związane z narodzinami dziecka. Ostatnim rozważanym elementem było ustalenie, czy naruszenie obowiązku było bezpośrednią przyczyną narodzin dziecka.

Sąd przyznał powodom zwrot kosztów utrzymania chorych córek ponad koszty utrzymania zdrowych dzieci oraz odszkodowanie za psychiczne cierpienia i stres emocjonalny jakiego doświadczać będą rodzice, uwzględniając jednak szczęście jakie wynikło dla

[11] Helling v. Carey, 83 Wn.2d 514 (1974).

[12] ZeBarth v. Swedish Hosp. Med. Center, 81 Wn.2d 12 (1972).

[13] Miller v. Kennedy, 91 Wn.2d.155 (1978).

[14] Są to przykładowo orzeczenia w sprawach: Roe v. Wade i Gildiner v. Thomas Jefferson Univ. Hosp.

rodziców w związku z urodzeniem dzieci. W omawianym okresie (listopad 1972 r. – lipiec 1973 r.) doktryna świadomej zgody była już ukształtowana na mocy wspomnianego wyroku w sprawie ZeBarth, w związku z tym niepoinformowanie powodów przez lekarzy o istniejącym ryzyku przyjmowania Dilantinu było niewątpliwie naruszeniem obowiązku na nich ciążącym oraz bezpośrednią przyczyną wniesionego powództwa.

2.2. Wyrok Berman v. Allan oraz Munro v. Regents, przemilczenie możliwości przeprowadzenia badań

Z przemilczeniem możliwości przeprowadzenia badań sądownictwo miało do czynienia w sprawie Berman v. Allan[15]. W omawianej sprawie powodowie podnieśli zarówno zarzut *wrongful birth* jak i *wrongful life*. Powódka w czasie ciąży miała 38 lat i znajdowała się pod opieką dwóch lekarzy będących specjalistami z zakresu ginekologii i położnictwa. Wnosiła ona, że nie została poinformowana przez lekarzy o możliwości przeprowadzenia amniocentezy, badania umożliwiającego m.in. wykrycie wad chromosomalnych płodu. Stwarzałoby to okazję do wykrycia potencjalnych chorób, w tym zespołu Downa, z którym jak się później okazało, urodziła się córka powódki. W powództwie dowodzono, iż z uwagi na wiek matki, prawdopodobieństwo urodzenia dziecka z zespołem Downa było znacznie wyższe niż przeciętnie, a praktyka nakazywała poinformować rodziców o tym fakcie oraz o możliwości przeprowadzenia amniocentezy, aby określić ryzyko wystąpienia chorób wrodzonych w tym konkretnym przypadku. Powodowie argumentowali, iż w przypadku gdyby wiedzieli, że urodzone dziecko będzie obarczone zespołem Downa, zdecydowaliby się na przerwanie ciąży.

Powództwo obejmowało zarówno odszkodowanie dla dziecka za psychiczny i fizyczny ból, jakiego będzie doświadczało przez całe swoje życie w związku ze wspomnianą chorobą, a także odszkodowanie dla rodziców za ich psychiczne cierpienia oraz koszty medyczne i inne koszty, jakie ponoszą celem prawidłowego wychowania, kształcenia i sprawowania opieki nad chorym dzieckiem.

Sąd pierwszej instancji nie przychylił się do powództwa, twierdząc że powodowie nie dostarczyli odpowiednich dowodów.

Bardzo ważnym stwierdzeniem sądu było przyznanie, iż w omawianej sprawie nie da się dokonać prostego ważenia wartości na zasadzie porównania macierzyństwa i ojcostwa z emocjonalnymi i finansowymi kosztami ponoszonymi przez rodziców. Takie rozumowanie doprowadziło do nieprzyznania odszkodowania z powodu wydatków ponoszonych przez rodziców. Dokonywanie tego rodzaju ważenia wartości, o ile oczywiście przyjmie się możliwość „wyceny" życia ludzkiego, jest popularną metodą określania ewentualnego odszkodowania dla rodziców. Zastrzeżenia budzi proste, procentowe przeciwstawianie narodzin dziecka z ponoszonymi kosztami.

W omawianej sprawie zwrócono uwagę, iż w przypadku gdyby lekarze nie dopuścili się zaniedbania, dziecko nie urodziłoby się. Zdaniem sądu nie można przyznać odszkodowania na korzyść rodziców, bo zgodnie z przedstawionymi zarzutami, chcą oni

[15] Berman v. Allan, 80 N.J 421 (1979).

czerpać pełnię radości związanej z urodzeniem dziecka przy jednoczesnym obarczeniu pozwanych nieproporcjonalnie wysokimi kosztami popełnionego błędu.

Inaczej zinterpretowano szkody psychiczne poniesione przez powodów. Zatajenie możliwości przeprowadzenia amniocentezy pozbawiło rodziców możliwości podjęcia decyzji co do chęci wychowywania dziecka, w dalszej perspektywie skutkowało to psychicznym i emocjonalnym cierpieniem związanym z urodzeniem dziecka dotkniętego zespołem Downa. Sąd przyjął, iż rekompensata pieniężna jest stosownym wynagrodzeniem za niemożność przerwania ciąży przez powódkę, wynikłą z zaniedbania jakiego dopuścili się lekarze.

Z drugiej strony w sprawie Munro v. Regents[16] sąd przyznał, iż lekarz nie jest zobowiązany do poinformowania o możliwości przeprowadzenia badania (w omawianym przypadku był to test na chorobę Taya-Sachsa), w przypadku gdy brak jest przesłanek, że istnieje zwiększone ryzyko zachorowania w porównaniu zresztą populacji. Powódka została skierowana na dodatkową konsultację przez lekarza, ponieważ w momencie zajścia w ciążę miała 37 lat, a więc była w grupie zwiększonego ryzyka urodzenia dziecka chociażby z zespołem Downa. Oskarżona po przeprowadzeniu wywiadu rodzinnego zdecydowała, żeby nie sugerować przeprowadzenia testu na chorobę Taya-Sachsa. Rok po urodzeniu, w 1986 roku wykryto u dziecka wspomnianą chorobę.

2.3. Lodato v. Kappy; Schroeder v. Perkel oraz Procanik v. Cillo, błędnie przeprowadzone testy prenatalne oraz błędna ich interpretacja

Sąd w sprawie Lodato v. Kappy[17] pochylił się nad błędnie przeprowadzonymi testami prenatalnymi. Powódka wnosiła, że pozwany błędnie zinterpretował wyniki testu USG, nie poinformował o możliwości przeprowadzenia badań prenatalnych umożliwiających wykrycie potencjalnych wad płodu, nie określił odpowiedniego terminu przeprowadzenia badań oraz doradził, aby nie przeprowadzać aminocentezy. Dziecko urodziło się m.in. z rozszczepem kręgosłupa, przepukliną oponowo-rdzeniową oraz wodogłowiem. Sąd uznał, że w ramach odszkodowania za *wrongful birth* należy uwzględnić radość płynącą z urodzenia dziecka. W stosunku do matki uznano, że szkody emocjonalne wynoszą 65% a radość wynikająca z urodzenia dziecka 35%, szkody emocjonalne ojca oceniono na 75% a radość na pozostałe 25%. Z uwagi na to zmniejszono odszkodowanie matce o 35% a ojcu o 25%. Zdaniem autora krytycznie należy spojrzeć na stosowanie procentowego kryterium przy dookreślaniu wysokości odszkodowania, samo oznaczenie kwoty z podaniem uzasadnienia wydaje się bardziej stosowne w odniesieniu do istoty ludzkiej. W argumentacji sądu zastosowanie znalazła zasada *burden vs. benefit* (oznacza iż przy poniesionej stracie i ustalaniu odszkodowania należy brać pod uwagę każdy uboczny zysk drugiej strony). Jednak sąd apelacyjny stwierdził, że zastosowanie zasady *burden vs. benefit* było błędne – po stronie rodziców brak jest radości w oglądaniu cierpienia i śmierci dziecka. Zapłodnienie jak i urodzenie dziecka

[16] Munro v. Regents of the University of California, 263 Cal. Rptr. 878, 882 (1989).

[17] Lodato v. Kappy, 803 A.2d 160 (2002).

było naturalnym procesem, niezależnym od udziału pozwanego. Wina pozwanego leżała w tym, że przeszkodził powodom w podjęciu decyzji co do posiadania dziecka.

Sprawa Schroeder v. Perkel[18] dotyczyła zaniedbania lekarza polegającego na niewykryciu mukowiscydozy u pierwszego dziecka, przez co powodowie byli pozbawieni możliwości dokonania świadomego wyboru, co do posiadania drugiego dziecka, które także urodziło się z mukowiscydozą. Co ważne, wykrycie mukowiscydozy u płodu było możliwe wyłącznie zaraz po urodzeniu dziecka, taka możliwość nie istniała jeszcze na etapie życia płodowego. Pozwani podnosili, że ich pacjentką było dziecko a nie rodzice, wobec czego nie mieli obowiązku informować rodziców o mukowiscydozie, dalej argumentując że ponieważ nie mieli obowiązku informacyjnego wobec rodziców, to nie mogą ponosić odpowiedzialności za uniemożliwienie podjęcia świadomej decyzji co do poczęcia kolejnego dziecka. Sąd nie zgodził się z linią prezentowaną przez obronę, zauważając iż szkody dla rodziców z urodzenia dziecka wynikają nie tylko z istniejących więzów pomiędzy dzieckiem a rodzicami, ale także z obowiązku do zapewnienia dziecku opieki zdrowotnej. Obciążenie rodziców pełnymi kosztami opieki medycznej, bez angażowania pozwanych, było dla sądu wysoce niesłuszne.

Błędna interpretacja testów prenatalnych dotyczy przykładowo sprawy Procanik v. Cillo[19], w której powód (dziecko) wnosił, iż pozwany przez swoje zaniedbanie nie zdiagnozował u matki różyczki w pierwszym trymestrze ciąży. Było to przyczyną urodzenia się powoda z zespołem różyczki wrodzonej. W 1977 roku matka poinformowała lekarza iż niedawno zdiagnozowano u niej odrę, zgłaszając obawy co do możliwości zachorowania na różyczkę. Pozwany, po przeprowadzeniu badań, zarządził wykonanie testu na różyczkę. Wynik testu wskazywał na przebycie różyczki, pozwany zamiast zamówić dalsze testy, przez swoje zaniedbanie poinformował matkę, iż nie ma się czego obawiać, ponieważ nabyła odporność na różyczkę już jako dziecko. W rzeczywistości różyczka zaklasyfikowana przez lekarza jako przebyta, okazała się różyczką, o czym lekarz nie wiedział. Niecały miesiąc po urodzeniu powoda, wykryto u niego zespół różyczki wrodzonej. Rodzice wnieśli, iż zostali pozbawieni prawa do przerwania ciąży a syn urodził się z wieloma wadami, m.in. serca i słuchu.

Z. Pepłowska wskazuje na wypracowane dyrektywy oceny staranności lekarza[20], wymagają one wyjaśnienia pacjentce jej sytuacji i potencjalnego ryzyka, w sposób dzięki któremu kobieta będzie w stanie podjąć świadomą decyzję co do dalszego losu ciąży. Na lekarzu ciąży też obowiązek zdobycia wiedzy na temat sytuacji pacjentki i powodów dla których zwróciła się ona do lekarza. Lekarz ma ustalić istotne informacje i omówić je wraz z pacjentką (Canesi v. Wilson[21]).

Zasadność skargi z tytułu *wrongful birth* oparta jest na udowodnieniu, że: lekarz dopuścił się niedbalstwa, dziecko jest dotknięte wrodzonymi wadami, rodzice nie zdecydowaliby się na urodzenie dziecka gdyby wiedzieli o ryzyku związanym z urodzeniem (ryzyko „zatajonej" choroby dziecka było do przewidzenia oraz musi być kluczową

[18] Schroeder v. Perkel, 87 N.J. 53 (1981).

[19] Procanik v. Cillo, 478 A.2d 755.

[20] Z. Pepłowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza…*, s. 14.

[21] Canesi v. Wilson, 295 N.J. super. 354 (1996).

przesłanką przerwania ciąży), rodzice będą ponosić będą nadzwyczajne koszty związane z utrzymaniem dziecka.

Istotne jest wskazanie iż w omawianej skardze nie chodzi o udowodnienie, że zaniedbanie doprowadziło do choroby, nie jest to przedmiot skargi.

Podsumowując, skarga *wrongful birth* sprowadza się do pozbawienia rodziców indywidualnego prawa do zdecydowania o urodzeniu dziecka zagrożonego wadami genetycznymi[22].

Zdaniem przywoływanej już autorki, na znaczny wzrost popularności omawianej skargi wskazuje się wpływają dwa główne czynniki: ustanowienie przez Sąd Najwyższy USA konstytucyjnego prawa do aborcji przez dwa pierwsze trymestry ciąży (wyrok w sprawie Roe v. Wade) oraz możliwość lepszej kontroli zdrowia płodu dzięki rozwojowi techniki[23].

Warto wspomnieć iż w 2013 roku sąd w stanie Waszyngton przyznał, w wyniku ugody, rodzicom dziecka 50 milionów dolarów z tytułu *wrongful birth*[24]. Rodzice twierdzili, że gdyby wiedzieli że ich 5 letni syn urodzi się z wadami genetycznymi, zdecydowaliby się na aborcję. Syn urodził się z wadami powodującymi niemożność chodzenia oraz IQ poniżej 70. Firma przeprowadzająca badania prenatalne (LabCorp) stwierdziła że dziecko w 50–55% urodzi się bez żadnych wad, ale rodzice stwierdzili że klinika nie przesłała LabCorp informacji, gdzie szukać potencjalnych wad genetycznych.

Doktryna amerykańska wskazuje na istnienie prawa do autonomii prokreacji (zawiera się w prawie do prywatności, mieszczącym się w konstytucyjnym prawie do wolności). Prawo do autonomii prokreacji składa się z dwóch równych praw: prawa do prokreacji (*right to procreate*) oraz prawa do uniknięcia prokreacji (*right to avoid procreate*), w którym zawiera się prawo do aborcji w ustawowych granicach

3. *Wrongful birth* w Rzeczypospolitej Polskiej

Życie ludzkie podlega ochronie od chwili poczęcia (wynika to z respektowania podmiotowości prawnej człowieka), ale nie oznacza to jednakowej ochrony w każdych okolicznościach. Z macierzyństwa wynika ochrona zarówno interesów matki, jak i dziecka. Przyznanie pierwszeństwa ochronie matki musi być wynikiem racjonalnej kolizji wartości, praw lub wolności konstytucyjnych oraz tego, czy jest to zgodne z zasadą proporcjonalności. Zdaniem Trybunału prawo do planowania rodziny zawiera w sobie dwa aspekty: aspekt pozytywny (prawo do poczęcia i urodzenia dziecka) oraz aspekt negatywny (prawo do odmowy poczęcia dziecka). Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż z samego prawa do odmowy poczęcia nie wynika prawo do przerwania ciąży, ponieważ naruszałoby to godność dziecka poczętego.

Problem w*rongful birth* poruszony został w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 roku, K26/96. Zdaniem Trybunału, w przypadku dopuszczalności prawa

[22] Tak przykładowo wskazał sąd w wyroku w sprawie Reynolds v. Gonzalez, 798 A.2d 67 (2002).

[23] Z. Pepłowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza…*, s. 16.

[24] http://www.seattlepi.com/local/article/50-million-verdict-against-state-run-hospital-5052174.php, 15.01.2017.

do przerywania ciąży, zachodzi kolizja dóbr prawnie chronionych matki i dziecka. Dobra te są obecnie chronione przez szereg przepisów Konstytucji, m.in. zapewniających ochronę godności człowieka, życiu każdego człowieka, czy też zdrowiu.

Ustawa o planowaniu rodziny w ściśle określonych przypadkach (art. 4a ustawy) przyznaje ochronę zdrowiu matki ponad zdrowie dziecka poczętego, co jak się wydaje jest jedynie wyjątkiem, którego nie powinno się interpretować w sposób rozszerzający[25]. Możliwość przerwania ciąży, w świetle wyroku TK, nie stanowi więc części prawa do planowania rodziny.

Jak wskazuje L. Bosek, roszczenia z tytułu *wrongful birth* i *wrongful life* zagrażają bezpośrednio bezwzględnie chronionym wartościom konstytucyjnym, tj. ochronie życia i ochronie godności człowieka. Trybunał odrzucił przepisy dopuszczające przerwanie ciąży z uwagi na „subiektywne preferencje lub interesy majątkowe"[26].

W Polsce skarga z tytułu *wrongful birth* poruszona została w tzw. sprawie łomżyńskiej. Pierwsze dziecko powodów urodziło się z nieuleczalną chorobą genetyczną (ciężka dysplazja kręgosłupowo-przynasadowa). Choroba ta oraz ciężka sytuacja materialna i zdrowotna uzasadniały niechęć powodów do kolejnej ciąży. Gdy okazało się, że powódka jest w ciąży, udała się do lekarza na konsultację. Po odmowie dokonania aborcji z uwagi na sytuację materialną, powódka podniosła zły stan zdrowia oraz nieuleczalną chorobę genetyczną pierwszego dziecka jako przesłanki przerwania ciąży. Lekarz odmówił dokonania aborcji a także skierowania powódki na badania prenatalne, twierdząc że choroba pierwszego dziecka nie uzasadnia skierowania na badania a tym bardziej przerwania ciąży. Co niezwykle istotne, powódka nie dysponowała odpowiednimi środkami, aby leczyć się w innych placówkach medycznych, dlatego też pozostała w tym ośrodku. We wrześniu 1999 roku, po wykonaniu badań, powódka została zapewniona, że dziecko urodzi się zdrowe, pomimo dysproporcji pomiędzy długością kości udowej a średnicą główki. W październiku tego roku, na konsultacji w innej placówce, lekarz stwierdził, że szanse na urodzenie zdrowego dziecka wynoszą 50%, stwierdzając istnienie wady płodu. W tym samym miesiącu powódka urodziła dziecko obarczone ciężką dysplazją kręgosłupowo-nasadową.

Podsumowując, powódka nie została skierowana na badania prenatalne, przez co nie mogła skorzystać z prawa do przerwania ciąży w sytuacji ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu (na podstawie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży). Na skutek błędu dziecko urodziło się z wadami genetycznymi powodującymi karłowatość. Co istotne, powódka poinformowała lekarzy o posiadaniu jednego dziecka z wadą genetyczną, przedstawiając stosowną dokumentację. Lekarze wiedzieli więc, że ryzyko wad genetycznych wynosiło pomiędzy 25 a 50%.

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

[26] L. Bosek [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, red. M. Safjan, Warszawa 2010, s. 46.

W 1999 roku rodzice wystąpili o zadośćuczynienie za krzywdę oraz o odszkodowanie obejmujące koszty utrzymania i wychowania dziecka, utracone zarobki oraz koszty leczenia matki.

Zarówno sąd I instancji (Sąd Okręgowy w Łomży) jak i sąd II instancji (Sąd Apelacyjny w Białymstoku) uznał że rodzice nie są czynnie legitymowani do występowania z powództwem z tytułu *wrongful birth*, ponieważ zgodnie z art. 444 k.c. poszkodowanym jest dziecko. Sąd okręgowy przyznał zadośćuczynienie w kwocie 60 000 zł na podstawie art. 19a ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, w związku z art. 448 k.c. oraz odszkodowanie wynoszące 6 899 zł. Sąd Apelacyjny uznał, że odpowiedzialność szpitala ogranicza się do 60 000 zł z tytułu naruszenia prawa do rzetelnej informacji o stanie zdrowia, oddalając powództwo o zasądzone odszkodowanie w kwocie 6 899 zł.

Sąd Najwyższy w wyroku z 13.10.2005 r. (IV CK 161/05) uchylił sprawę do ponownego rozpatrzenia, jednocześnie przyznając rodzicom legitymację czynną do dochodzenia roszczeń. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał m.in. na podmiotowy charakter prawa do świadomego planowania rodziny, oraz przysługującego kobiecie prawa do przerwania ciąży, po spełnieniu stosownym przesłanek. Pogląd ten wyraźnie kwestionuje W. Borysiak wskazując iż prawo do planowania rodziny nie zawiera w sobie prawa do przerwania ciąży, a oznacza jedynie prawo do odmowy poczęcia dziecka[27]. Zaniedbanie lekarza, które prowadzi do urodzenia dziecka obarczonego wadami genetycznymi, wbrew woli rodziców, jest podstawą zadośćuczynienia z art. 448 k.c. oraz roszczenia odszkodowawczego na podstawie art. 444 § 1 k.c. w związku z art. 361 § 1 i 2 k.c. Odpowiedzialność odszkodowawcza obejmuje zarówno koszty ciąży, porodu, utraty zarobku przez matkę, ale także zwiększone koszty utrzymania upośledzonego dziecka. Szkodą jest więc ponoszenie dodatkowych kosztów, na które to rodzice nie godzili się i które ponoszą w wyniku błędu lekarza i pozbawienia przysługujących praw podmiotowych. Odpowiedzialność lekarzy dotyczy jednak samego pozbawienia rodziców możliwości podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży, nie można jej rozciągać na urodzenie się dziecka z wadami genetycznymi. Sąd wyraźnie zaznaczył, iż szkodą w żadnym wypadku nie jest samo urodzenie dziecka obarczonego wadami genetycznymi.

Ostatecznie, przyznano rodzicom, a nie dziecku, legitymację czynną do dochodzenia należnych roszczeń. Uzasadniając iż urodzenie samo w sobie nie może być szkodą dla dziecka, a także że nie istnieje prawo dziecka do nieurodzenia się w przypadku istnienia wad genetycznych.

Na płaszczyźnie dowodowej Sąd zaprzeczył jakoby powodowie mieli wykazać istnienie związku przyczynowego, z uwagi na rozbieżność oceny sytuacji nawet przez biegłych lekarzy. Dlatego też, zgodnie z doktryną i orzecznictwem, wystarczające było wykazanie z dostateczną dozą prawdopodobieństwa istnienia związku przyczynowego.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 4 lipca 2008 roku (I Aca 278/08) uwzględnił powództwo o odszkodowanie i zadośćuczynienie.

Sąd Najwyższy ponownie pochylał się nad problemem dopuszczalności powództwa z tytułu *wrongful birth* w wyroku z 6 maja 2010 roku (II CSK 580/09). Powódka udała

[27] W. Borysiak [w:] *Prawo wobec medycyny i biotechnologii…*, s. 306.

się na pierwsze badanie ultrasonograficzne (USG) do pozwanego w 8 tygodniu ciąży, nie stwierdzono w nim nieprawidłowości. Pozwany lekarz nie zauważył w czasie badania ultrasonograficznego, przeprowadzonego w 21 tygodniu ciąży, występujących nieprawidłowości. W 29 tygodniu USG wykazało skrócenie kończyn, o czym nie poinformował powódki i nie skierował na diagnostykę prenatalną, podnosząc że poinformowanie powódki mogło pogorszyć stan płodu. Powódka, wraz z mężem, dowiedziała się o wadach dziecka już po porodzie.

Zarówno sąd okręgowy jak i sąd apelacyjny zgodnie przyznały, iż niewykrycie wad płodu było konsekwencją niedochowania należytych standardów badania (błąd diagnostyczny). Przesłanką odpowiedzialności deliktowej na podstawie art. 415 k.c. jest wina sprawcy, sąd okręgowy wskazał na przeprowadzenie badania niezgodnie ze standardami jako na kryterium winy. W omawianym wyroku sąd odrzucił możliwość oparcia roszczenia na art. 444 § 1 k.c., dowodząc iż podstawą odpowiedzialności jest w tym przypadku uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia poszkodowanego, a dziecko nie występuje jako poszkodowany. Pogląd ten aprobuje M. Nesterowicz wskazując jako podstawę odpowiedzialności art. 415 w zw. z art. 361 § 2 k.c.[28]

Ponownie, winy nie stanowi urodzenie dziecka z wadami, ale uniemożliwienie podjęcia decyzji co do wychowywania dziecka lub też przerwania ciąży.

Istotne jest odróżnienie *wrongful birth* od urodzenia dziecka z wadami, powszechnie w doktrynie polskiej jak i europejskiej przyjmuje się, że urodzenie z upośledzeniem samo w sobie nie jest szkodą, ponieważ godziłoby to w godność człowieka[29].

Jak już zwrócono uwagę, w orzecznictwie SN istnieje ugruntowana linia orzecznicza, zgodnie z którą prawo do aborcji jest dobrem osobistym, wynika ono z podmiotowego prawa do planowania rodziny, jest to element prawa decydowania o swoim życiu osobistym (dobro osobiste do wolności)[30]. Zdanie to ostatnio podzielił Sąd Apelacyjny w Krakowie 12 maja 2015 r. (IACa 204/15), stwierdzając iż: „Gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu, rodzice winni mieć prawo do świadomego podjęcia decyzji, czy chcą i mogą obciążyć siebie i swoją rodzinę skutkami urodzenia dziecka upośledzonego i podjąć decyzję o przerwaniu ciąży". Prawo do aborcji jako prawo podmiotowe wyrażone jest także w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny.

Stanowisko to aprobuje m.in. M. Nesterowicz, wskazując jednak na „konkurencyjne" poglądy, zgodnie z którymi prawo do aborcji nie jest prawem podmiotowym a kontratypem (okolicznością uchylającą odpowiedzialność karną[31]) lub konstrukcją zbliżoną do kontratypu[32].

Jak wskazuje A. Szutowska, doktryna krytycznie odnosiła się do pomijania aspektu konstytucyjnego w początkowych orzeczeniach dotyczących niechcianego poczęcia

[28] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarz i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014, s. 430.

[29] Tak Sąd Najwyższy w wyrokach: II CSK 580/09, IV CK 161/05, III CZP 8/06.

[30] Tak Sąd Najwyższy wypowiedział się w wyrokach: V CK 16/03, III CSKL 16/08m16/08, II CSK 580/09 oraz uchwale IV CK 161/05.

[31] Pogląd ten wyraża W. Borysiak w glosie do wyroku IV CK 161/05.

[32] Orzeczenie TK z 28.05.1997 r., K26/96 oraz uchwała SN III CZP 8/06.

i niedobrego urodzenia (wyroki V CK 16/03 oraz IV CK 161/05), pogląd taki głosił m.in. L. Bosek. Kontrowersje budziło pomijanie płaszczyzny etycznej, w tak istotnym temacie jak prawo do aborcji[33].

Aspekt konstytucyjny został poruszony w uchwale Sądu Najwyższego III CZP 8/06 (bezprawne uniemożliwienie przerwania ciąży jako następstwa gwałtu). Sąd uznał, iż prawo do prawo do posiadania dziecka należy interpretować w aspekcie „względnie pozytywnym", a w aspekcie negatywnym sprowadza się wyłącznie do prawa odmowy poczęcia dziecka. Tak więc prawo do aborcji, w świetle uchwały III CZP 8/06, nie jest dobrem osobistym.

M. Nesterowicz wskazuje na precedensowy charakter omawianego wyroku w Polsce, *de lege ferenda* wskazując na potrzebę stworzenia funduszu ubezpieczeniowego z udziałem państwa, będącego gwarancją zabezpieczenia materialnego dla upośledzonych dzieci[34].

4. Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić iż polskie sądownictwo i doktryna dopiero utrwalają stanowiska w niektórych kluczowych kwestiach związanych z *wrongful birth*, przykładem może być określenie charakteru prawa do aborcji, co jest niezwykle istotnym czynnikiem przy ustalaniu odpowiedzialności z tytułu *wrongful birth*.

Na omawianą problematykę należy nałożyć płaszczyznę kulturową, niektóre obce systemy dopuszczają prawo do aborcji w znacznie większym stopniu (dotyczy to m.in. Stanów Zjednoczonych).

Pomiędzy oboma systemami zachodzą podobieństwa w wypracowanych poglądach, takie jak chociażby problematyka zaniedbań lekarskich i standardu, jakiego muszą przestrzegać osoby wykonujące zabiegi lub też dokonujące analizy przeprowadzonych badań. Przyjęcie wysokiego standardu świadczonych usług ma na celu ochronę płodu oraz rodziców przed ewentualnymi zaniedbaniami.

Sama skala powództw z tytułu *wrongful birth*, jak i wysokość odszkodowań przyznawanych przez sądy, są na zupełnie innych pułapach. Z uwagi na federalny charakter państwa, w Stanach Zjednoczonych zachodzą znaczne różnice w dopuszczalności omawianej skargi – przykładem stanu zdecydowanie odmawiającego uznania *wrongful birth* jest Georgia, odmawiająca przyznania prawa do aborcji wynikającego z prawa do planowania rodziny.

Oczywiście nie sposób jest pominąć płaszczyzny moralnej, należy uwzględnić sytuację dziecka, które w omawianym powództwie z istoty jest niechciane a jego urodzenie jest wynikiem błędu popełnionego przez lekarza na etapie życia płodowego. Podkreślanie w stosunku do urodzonego dziecka chęci przerwania ciąży gdyby nie błąd lekarski, może miejscami budzić wątpliwości.

---

[33] K. Szutowska, *Odpowiedzialność za szkodę z tytułu wrongful conception i wrongful birth w świetle funkcji odpowiedzialności odszkodowawczej w polskim prawie cywilnym – część I*, TPP 1/2008, s. 68.

[34] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne…*, s. 448.

Powstaje problem tego, co właściwie jest rekompensowane; przykładowo w Stanach Zjednoczonych, Francji czy też Anglii nie budzi wątpliwości, iż szkoda w związku z urodzeniem niechcianego dziecka jest przyjmowana, jednak samo odszkodowanie związane z kosztami utrzymania dziecka jest ograniczane.

Co do samej odpowiedzialności cywilnej za powstałą szkodę, odszkodowanie nie służy w tym przypadku w żaden sposób dokonywaniu „wyceny" życia ludzkiego. W obecnym stanie prawnym jest to jedyny skuteczny mechanizm zapewniający rodzicom możliwość dochodzenia odszkodowania w tak nietypowej sytuacji. Ma ono na celu ułatwienie rodzicom dalszego wychowywania dziecka, a nie „rekompensowanie" samego faktu jego urodzenia, co byłoby z pewnością absurdalne.

Przyznanie odszkodowania zdecydowanie nie jest w sprzeczności z interesem dziecka, co więcej jest to działanie na jego korzyść, ułatwia ono funkcjonowanie w społeczeństwie, zwłaszcza wobec konieczności ponoszenia dodatkowych nakładów finansowych, przykładowo na sprzęt rehabilitacyjny.

Z całą pewnością należy apelować o rozsądek w wytaczaniu wspomnianego powództwa, powinno ono stanowić wyjątkowy mechanizm dochodzenia odszkodowania służący rodzicom, ale także dziecku.

* * *

Wrongful Birth Liability in United States of America and Republic of Poland. Comparative Approach

This paper discusses wrongful birth action in United States and Republic of Poland in comparative approach. Firstly, Author presents topic of discussion in the American legal system. The next part focuses on compensative liabilities for wrongful birth in Poland. Main attention will be paid to doctrine and case law in both countries. The conclusions reviews similiarities and differences betwenn legal systems in United States and Poland, Author will also focus on liability for wrongful birth in Polish law.

Key words: wrongful birth, liability, comparative approach, medical law

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Paulina Obara[1]

Ochrona danych genetycznych w ramach prawa do prywatności dawców – uwagi na tle regulacji o ochronie danych osobowych

Streszczenie

Od pewnego czasu obserwujemy ciągły i szybki rozwój medycyny, a zwłaszcza genetyki oraz biotechnologii. Dzięki temu rozwija się również działalność biobanków ludzkiego materiału genetycznego o celach naukowych, które wpływają na poszerzenie naszej wiedzy na temat różnych chorób oraz profilaktyki. Jednak oprócz pozytywnych aspektów działalności biobanków oraz często prowadzonych przez nich testów genetycznych, rysuje się szereg problemów związanych z prawami dawców na tle Konstytucji oraz aktów prawa międzynarodowego. W szczególności istotne jest poszanowanie ich prawa do prywatności poprzez ochronę danych genetycznych, wymóg udzielenia przez nich świadomej zgody na pobranie próbki oraz udział w badaniu, zapewnienie im dostępu do informacji o wynikach testów, a także zapobieganie możliwej dyskryminacji ze względu na dziedzictwo genetyczne.

Słowa kluczowe: biobanki, dane genetyczne, prawo do prywatności

1. Wstęp

Biobanki populacyjne odgrywają obecnie znaczącą rolę zarówno w nauce, jak i medycynie, ale także w przemyśle farmaceutycznym i biotechnologicznym. Powstanie tych dużych banków, o bardzo szerokim potencjale badawczym, zawdzięczamy rozwojowi genetyki i bioinformatyki, który pozwolił na pozyskiwanie zarówno znaczącej liczby

[1] Autorka jest studentką III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

próbek materiału genetycznego, jak i wydobywanie większej ilości informacji z pojedynczej próbki.

Badania prowadzone przez te podmioty wpływają na poszerzenie wiedzy, m.in. z zakresu populacyjnej podatności zapadania na pewne choroby, jak i skutecznej profilaktyki.

Beneficjentami badań naukowych prowadzonych przez biobanki mogą być również sami pacjenci dzięki indywidualnemu podejściu, czyli poprzez rozwój tak zwanej „medycyny spersonalizowanej". Umożliwia ona, na podstawie genetycznej oceny pacjenta, opracowanie indywidualnej strategii terapeutycznej co do wyboru leku i jego dawkowania[2]. Może również ujawnić skłonność do zapadania na niektóre choroby, zanim u pacjenta pojawią się symptomy choroby, pozwalając lekarzowi wspólnie z pacjentem ułożyć plan obserwacji i ewentualnej profilaktyki[3].

Nie kwestionując pozytywnej roli, jaką odgrywają biobanki oraz dostrzegając potrzebę ich istnienia i umożliwienia jeszcze szybszego rozwoju, warto jednak pochylić się nad problemami, jaki ten rozwój za sobą niesie. Bo choć tak zwana ustawa transplantacyjna[4] nie zawiera regulacji dotyczących zasad pozyskiwania, przechowywania i prowadzenia eksperymentów na materiale biologicznym pochodzenia ludzkiego, to na gruncie praw zagwarantowanych w Konstytucji RP oraz szeregu dokumentów międzynarodowych, zawierających rekomendacje w tej kwestii, należy się zgodzić, że w szczególności istotnymi problemami, z którymi należy się zmierzyć, są: wymóg uzyskania świadomej zgody od dawcy na wzięcie udziału w badaniu, zapewnienie dawcom prywatności oraz poufnego przechowywania danych tak, aby nie doszło do możliwej dyskryminacji z powodu wyników badań genetycznych.

2. Definicje

Określenie „biobank" nie jest jednolicie definiowane w literaturze oraz prawodawstwie, zatem, w ślad za profesorem J. Pawlikowskim, przywołam kilka przykładowych definicji.

Biobank lub inaczej „bank danych genetycznych", może obejmować takie instytucje, które powstały dla celów naukowo-badawczych, jak również klinicznych czy policyjno-sądowych[5]. Na wymienienie zasługuje definicja z dokumentu opublikowanego w 2004 r. przez ekspertów Komisji Europejskiej, która definiuje biobanki jako różne typy zbiorów próbek biologicznych, oznaczających same zbiory próbek biologicznych plus powiązane z nimi bazy danych, dopuszczające pewien poziom dostępności, osiągalności i wymiany dla celów naukowych[6]. Z kolei Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, w dokumencie z 2009 r. określa biobanki, jako „zorganizowane zasoby,

[2] E. Chmara, *Medycyna spersonalizowana. Farmacja współczesna*, 2011, s. 133–135.

[3] M. Zagulski *Medycyna personalizowana.* Menadżer Zdrowia 2010, nr 10, s. 65.

[4] Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. 2005 nr 169 poz. 1411).

[5] J. Pawlikowski, *Biobankowanie ludzkiego materiału biologicznego dla celów badań naukowych – aspekty organizacyjne, etyczne, prawne i społeczne*, Lublin 2013, s. 11.

[6] Komisja Europejska, *25 Rekomendacji dotyczących etycznych, prawnych i społecznych implikacji badań genetycznych*, 2004.

które zawierają: 1) materiały biologiczne pochodzenia ludzkiego i/lub wygenerowane z nich dane oraz 2) powiązane z nimi informacje dodatkowe" podkreślając, że mogą one być wykorzystane do prowadzenia badań naukowych nad genetyką człowieka[7]. Możemy zatem w skrócie określić pojęciem „biobank" wszelkie zorganizowane zbiory próbek biologicznych oraz powiązane z nimi informacje dodatkowe.

Do zdefiniowania danych genetycznych posłużę się definicją rozporządzenia Parlamentu Europejskiego oraz Rady[8], w którym definiuje się je jako dane osobowe dotyczące odziedziczonych lub nabytych cech genetycznych osoby fizycznej, uzyskane z analizy próbki biologicznej danej osoby fizycznej, w szczególności z analizy chromosomów, kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA) lub kwasu rybonukleinowego (RNA) lub z analizy innych elementów umożliwiających pozyskanie równoważnych informacji.

W doktrynie podkreśla się, że dane genetyczne nie mają charakteru wyjątkowego, tj. nie wymagają zastosowania szczególnie wysokiego poziomu ochrony, ale wystarczające jest zagwarantowanie im równie wysokiej ochrony co innym danym dotyczącym zdrowia (ujawniającym informacje o przeszłym, obecnym lub przyszłym stanie fizycznego lub psychicznego zdrowia osoby, której dane dotyczą[9]). Wciąż jednak w opinii publicznej dane te są postrzegane jako szczególnie wrażliwe[10], mogące prowadzić, m.in. do powstania wrażliwych informacji dotyczących dawców oraz ich krewnych.

W celu oceny, czy możliwe jest analogiczne zastosowanie regulacji eksperymentu medycznego w stosunku do badań na materiale genetycznym, konieczne jest wprowadzenie definicji eksperymentu medycznego. Przytoczę tu definicję W. Wróbla, który na gruncie art. 39 Konstytucji rozumie go jako „wszelkie działania, które mogą oddziaływać na sferę praw lub wolności innego człowieka, w tym w szczególności na sferę jego prywatności, integralności cielesnej oraz zdrowia, a których rezultat nie jest pewny lub których ryzyka nie można oszacować"[11]. Ustawodawca zwykły podzielił tak rozumiany eksperyment medyczny na badawczy oraz leczniczy[12]; eksperyment badawczy ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej, a eksperyment leczniczy bezpośrednio służy osiągnięciu korzyści dla zdrowia osoby leczonej.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że w definicję eksperymentu medycznego wpisują się badania na materiale genetycznym, gdyż ingerują one w sferę praw i wolności osób, w szczególności tych, na których materiale genetycznym są one przeprowadzane, a także ich rezultat nie jest pewny. Co do zasady (z wyjątkiem badań w zakresie medycyny spersonalizowanej) badania te nie będą jednak cechować się elementem

[7] *Wytyczne OECD w zakresie biobankowania materiału ludzkiego i tworzenia baz danych genetycznych dla celów badań naukowych* [w:] J. Pawlikowski, *Biobankowanie*…, s. 229 i nast.

[8] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz.U. UE, L 119 z 4.05.2016, s. 1–88).

[9] *Ibidem.*

[10] J. Pawlikowski, *op.cit.*, s. 127.

[11] W. Wróbel, *Opinia na temat projektu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2012, nr 4, s. 101.

[12] Art. 21 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i dentysty (Dz.U. 2017 poz. 125).

terapeutycznym, więc możliwe będzie odpowiednie stosowanie do nich regulacji odpowiadających eksperymentowi badawczemu, dla przeprowadzenia którego ustawa przewiduje spełnienie wyższych wymagań niż w przypadku eksperymentu leczniczego.

3. Prawo do prywatności

Prawna regulacja biobankowania ludzkiego materiału biologicznego ma przede wszystkim na celu ochronę godności oraz praw podstawowych uczestników badań. Są to, między innymi, prawo do prywatności, autonomia jednostki, zakaz dyskryminacji oraz związane z nimi: wymóg świadomej zgody na pobranie materiału genetycznego, prawo do wycofania danych z biobanku oraz prawo do informacji na temat wyników badań.

W kontekście biobankowania, ochrona prawa do prywatności skupiała się będzie głównie wokół ochrony danych osobowych dawców. Punktem wyjścia jest zatem art. 47 Konstytucji, ustanawiający prawo do ochrony prawnej życia prywatnego. Gwarancje poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania można odnaleźć również w art. 7 Karty Praw Podstawowych, a także art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Jak zauważa Trybunał Konstytucyjny[13], sfera prywatności jednostki, chroniona na gruncie art. 47 Konstytucji, obejmuje zarówno informacje na temat stanu zdrowia człowieka, gdyż ochrona danych medycznych ma podstawowe znaczenie dla możliwości korzystania przez jednostkę z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, jak również dane o kodzie genetycznym, odnoszące się do cech indywidualnych jednostki. Obejmuje ona także autonomię informacyjną, która oznacza prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących siebie, jak również prawo do kontrolowania tych informacji, jeżeli znajdują się w dyspozycji innych podmiotów[14]. Zasada ustanowiona przez art. 47 Konstytucji RP stanowi punkt wyjścia dla całego zespołu gwarancji konstytucyjnych. Prawo do prywatności, wyrażone w art. 47, zagwarantowane jest m.in. w aspekcie ochrony danych osobowych, przewidzianej w art. 51 Konstytucji RP[15]. Art. 51 ust. 2 Konstytucji zakazuje władzom publicznym pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania „innych informacji o obywatelach niż jest to niezbędne w demokratycznym państwie prawnym". Pomimo iż najczęściej rozumie się ten przepis, jako adresowany do ustawodawcy, to jednak w orzecznictwie Trybunał zaznacza, że należy z niego wywodzić prawo podmiotowe jednostki do ochrony jej autonomii informacyjnej[16]. W skład autonomii informacyjnej wchodzą takie prawa, jak prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących siebie, czy możliwość określenia przez każdego we własnym zakresie sfery informacji o sobie, do której będą miały dostęp inne osoby. Zdecydowanie należy się opowiedzieć za tym, że dane uzyskane z próbek materiału biologicznego, jako dane wrażliwe,

[13] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 października 2016 r., sygn. SK 28/15, OTK Seria A 2016, poz. 79.

[14] *Ibidem.*

[15] M. Wild [w:] M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP Tom I Komentarz Art. 1 – 86*, Warszawa 2016, s. 1173.

[16] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 lipca 2014 r., sygn. K 25/13, OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 76.

zawierające bardzo osobiste informacje, w tym te o stanie zdrowia, pochodzenia i cechach dziedzicznych, są również chronione na gruncie przepisu art. 51 ust. 2. Chroni on bowiem każdą informację na temat człowieka bez względu na sposób utrwalenia tej informacji, czyli w naszym przypadku, w próbce materiału biologicznego[17].

3.1. Świadoma zgoda uczestnika badań

Wyrazem konstytucyjnie zagwarantowanej autonomii informacyjnej jest ustawa o ochronie danych osobowych[18], która za dane osobowe uważa wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Dane zbierane przez biobanki należą do kategorii danych wrażliwych, wymienionych w ustawie w przepisie art. 27, wśród których znajdują się dane o stanie zdrowia oraz kodzie genetycznym (choć należy uznać, że chodzi tu o wszystkie dane genetyczne). Przepis ten ustanawia zakaz automatycznego przetwarzania takich danych, statuując wymóg pisemnej zgody uczestnika badań. Jak już wskazano wcześniej, w stosunku do badań na danych genetycznych możliwe jest odpowiednie zastosowanie regulacji dotyczących eksperymentu medycznego[19]. W związku z tym, taka zgoda powinna odpowiadać wymogom zgody na przeprowadzenie eksperymentu w celach naukowych, to znaczy powinna być szczegółowa, wyrażona *expressis verbis*, dobrowolnie i odpowiednio udokumentowana (forma pisemna). Dla jej ważności niezbędne jest poinformowanie uczestnika badań, przed ich rozpoczęciem, w sposób zrozumiały, zwłaszcza o celu i naturze badania, jego konsekwencjach, oraz możliwości odstąpienia od udziału w eksperymencie na każdym jego etapie, bez podania przyczyny. W zakres tej zgody powinna wchodzić zgoda na pobranie materiału biologicznego oraz danych, a także informacji, które mogą zostać uzyskane z tej próbki. Poza tym, dawca powinien być poinformowany o tym, jak długo jego próbka będzie przechowywana przez biobank[20]. Problem pojawia się, gdy na początku badań, tj. etapie zbierania próbek, nie jest możliwe precyzyjne określenie celu projektu. Również istnieje możliwość, że próbki zostaną wykorzystane w kilku badaniach jednocześnie. W związku z tym powstaje pytanie, czy lekarze powinni kontaktować się z uczestnikami badań naukowych w celu uzyskania nowej zgody za każdym razem, gdy rozpoczynane są nowe projekty badawcze na istniejącym materiale biologicznym lub gdy nowe odkrycia pozwalają ujawnić dotychczas nieznane informacje na temat zdrowia poszczególnych uczestników badań[21]. Powstaje także problem pogodzenia wymogu uzyskania świadomej zgody na pobranie materiału genetycznego oraz na udział w badaniu naukowym z zakazem automatycznego przetwarzania informacji z niego uzyskanych[22]. Z pomocą przychodzi przepis art. 27 ust. 2 pkt. 9 ustawy, który zezwala na przetwarzanie danych wrażliwych bez zgody

[17] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 października 2016 r.…

[18] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. 1997 nr 133 poz. 883).

[19] Por. art. 27 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i dentysty (Dz. U. 2017 poz. 125).

[20] *Wytyczne OECD*…, s. 238.

[21] *Ibidem*.

[22] A. Krajewska, *Badania naukowe na ludzkim materiale biologicznym* [w:] J. Różyńska, M. Waligóra, *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie; Standardy międzynarodowe*, Warszawa 2012, s. 176.

osoby, której dane dotyczą, gdy jest to niezbędne do prowadzenia badań naukowych, przy czym zakazuje publikowania wyników umożliwiających identyfikację osób, których dane zostały przetworzone – czyli innymi słowy, w takim przypadku wymagana jest anonimizacja danych. Nadal nie rozwiązuje to problemu, ponieważ dane niezanonimizowane są zazwyczaj bardziej atrakcyjne dla biobanków. Dla pełniejszej odpowiedzi na powyższe pytanie warto wziąć pod uwagę regulację rozporządzenia[23], gdzie w motywie 33 wskazuje się na możliwość udzielenia tak zwanej zgody rozszerzonej, która pozwala osobie fizycznej wyrazić zgodę na wykorzystanie jej danych genetycznych w pewnym obszarze badań naukowych[24], o ile badania te są zgodne z normami etycznymi. W związku z tym projekt badawczy powinien zostać zatwierdzony przez odpowiednią komisję etyczną[25]. Rozwiązanie takie jest również akceptowane w rekomendacjach OECD[26], jednak wskazuje się w nich, że w takim przypadku potrzebna jest szczególna ochrona danych, poprzez wprowadzenie dodatkowych zabezpieczeń.

3.2. Ochrona danych

Sposobem ochrony przechowywanych próbek i danych jest ich pseudonimizacja i anonimizacja. W obu wypadkach chodzi o to, aby przetwarzane, przechowywane i udostępniane badaczom próbki były pozbawione danych umożliwiających identyfikację osoby dawcy. Pseudonimizacja oznacza przetworzenie danych osobowych w taki sposób, by nie można ich było przypisać osobie, której dane dotyczą bez użycia dodatkowych informacji, pod warunkiem, że te dodatkowe informacje są przechowywane osobno i są objęte środkami technicznymi oraz organizacyjnymi, uniemożliwiającymi ich przypisanie zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej[27]. Taki proces depersonalizowania próbki jest względnie łatwy do odwrócenia, a w przypadku anonimizacji powinien być on nieodwracalny (dane takie jak imię i nazwisko, adres, data urodzenia, wiek, telefon, odciski palców itd. są usuwane z bazy)[28]. Z tego względu, gdy określimy dane osobowe jako informacje dotyczące możliwej do zidentyfikowania osoby, a tę możliwość jako przypadek, w którym „możliwe jest określenie tożsamości osoby, której ta informacja dotyczy, w sposób bezpośredni lub pośredni, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników"[29], dojdziemy do wniosku, że co do zasady dane pseudonimizowane na gruncie ustawy są nadal danymi osobowymi, które wymagają ochrony.

---

[23] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz.U. UE, L 119 z 4.05.2016, s. 1–88).

[24] J. Pawlikowski, *op.cit.,* s. 69.

[25] *Ibidem.*

[26] *Wytyczne OECD*…, s. 238.

[27] Z. Warso, *Przetwarzanie danych osobowych do celów badań naukowych w świetle ogólnego rozporządzenia o ochronie danych osobowych* [w:] *Wybrane aspekty praw człowieka a bioetyka*, red. A. Białek, M. Wróblewski, Warszawa 2016.

[28] J. Pawlikowski, *op.cit.*, s. 76.

[29] P. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2007, s. 352.

Inaczej będzie w przypadku danych zanonimizowanych, bo chociaż nie możemy wykluczyć, że proces zanonimizowania danych (nawet całkowicie) wraz z rozwojem techniki będzie odwracalny, to wymagałoby to znacznych nakładów pracy oraz kosztów. Nie sposób zatem twierdzić, że dane zanonimizowane dają możliwość określenia tożsamości osoby, chociażby w sposób pośredni, a zatem nie są one danymi osobowymi w rozumieniu ustawy.

Wobec braku prawnej regulacji biobanków dla celów badań naukowych w Polsce (regulacja tak zwanej ustawy transplantacyjnej[30] odnosi się tylko do banków krwi oraz banków dla celów transplantacyjnych), aktualne pozostają postulaty Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju[31] w kwestii ochrony danych genetycznych zgromadzonych przez biobanki, które, choć niewiążące, ustawodawca *de lege ferenda* powinien uwzględnić. Należą do nich, oprócz pseudonimizacji lub anonimizacji danych, konieczność rozdzielenia informacji, które pozwalają na zidentyfikowanie osoby fizycznej od jej danych genetycznych oraz rejestrowanie każdego jednorazowego dostępu do próbek w systemie informatycznym. Organizacja podkreśla, że prawdziwą ochronę danych genetycznych biobank zapewni dopiero wtedy, gdy wprowadzi kilka takich procedur, które w sumie dadzą spójny system ochronny, jak na przykład: bezpieczeństwo oraz określony odgórnie czas przechowywania próbek, ich kodowanie, wysoko wykwalifikowana i przeszkolona kadra odpowiedzialna za bank danych genetycznych wraz z rejestracją każdorazowego dostępu badaczy do próbek.

4. Dyskryminacja z powodu genetyki

Najczęstszą obawą związaną z testami genetycznymi jest możliwość wykorzystania informacji z nich płynących, tj. na temat charakterystyki genetycznej oraz podatności zachorowania na niektóre choroby, w celu selekcji oraz dyskryminacji pewnych grup osób.

Zakaz dyskryminacji w polskiej Konstytucji został uregulowany w art. 32 ust. 2 i jest on konsekwencją zasady równości, wyrażonej w art. 32 ust. 1. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie zaznacza, że przepis ten „wyraża uniwersalny charakter zasady równości, nakazując jej przestrzeganie we wszystkich sferach życia – zarówno w życiu politycznym, społecznym jak i gospodarczym"[32]. Bez wątpienia zatem w treść tej zasady wpisuje się zakaz dyskryminacji z powodu charakterystyki genowej oraz powiązanymi z nią informacjami. Definiuje się ją jako dyskryminację danej osoby na podstawie różnic między jej genetyką a genetyką „normalnego" człowieka, niezależnie od tego, czy u tej osoby choroba się rozwinie[33]. Dyskryminacja taka może się ujawnić przede wszystkim w przypadku nierównego traktowania przez ubezpieczycieli i pracodawców. W doktrynie

[30] Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. 2005 nr 169 poz. 1411).

[31] *Wytyczne OECD…*

[32] L. Bosek, W. Borysiak [w:] Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP Tom I Komentarz Art. 1 – 86*, Warszawa 2016 i treść przywołanego tam wyr. TK z 24.10.2001 r., SK 22/01, OTK 2001, Nr 7, poz. 216, Nb. 107, s. 838.

[33] J. Pawlikowski *op.cit.,* s. 82.

rysuje się zatem pogląd, że przetwarzanie danych genetycznych w sferze pracy i ubezpieczeń co do zasady powinno być niedopuszczalne, a możliwe jedynie w drodze wyjątku. I tak, art. 12 Europejskiej Konwencji Bioetycznej[34] określa możliwość wykonywania genetycznych testów prognozujących dla celów medycznych lub naukowych. *A contrario* można wysnuć wniosek, że przeprowadzanie takich testów dla celów zatrudnienia lub ubezpieczenia jest niedopuszczalne. W związku z tym ubezpieczyciele czy pracodawcy nie powinni mieć prawa żądania przeprowadzenia badań genetycznych w celu wywnioskowania prawdopodobieństwa wystąpienia określonej choroby i na tej podstawie ustalenia kwoty ubezpieczenia lub możliwości zatrudnienia na danym stanowisku (wyjątkiem są sytuacje, w których badania muszą być przeprowadzone przez wzgląd na ochronę zdrowia samego pracownika, jak na przykład badania kandydatów na pilotów). Na takim stanowisku stoi również polskie prawodawstwo, które zakazuje żądania przez ubezpieczycieli wykonania testów prognozujących w celu oceny ryzyka ubezpieczeniowego, ustalenia prawa do świadczenia oraz wysokości tego świadczenia[35], a także nie zezwala podmiotom wykonującym działalność leczniczą na udostępnianie danych genetycznych przeprowadzonych dla celów medycznych zakładom ubezpieczeniowym[36].

W chwili obecnej w Europie dane genetyczne w zakresie ubezpieczeń i pracy nie są, póki co, istotnym przedmiotem sporu – wskazują na to badania genetyczne oraz niewielka ilość postępowań sądowych[37]. Nie powinno się jednak bagatelizować tego potencjalnego problemu, który wraz z rozwojem genetyki, może stać się realny. Poza tym, istnieje także niebezpieczeństwo, że społeczeństwo, w obawie przed wykorzystaniem ich danych genetycznych dla celów naukowych, a także może nastąpić negatywnego postrzegania podmiotów oferujących wykonywanie testów genetycznych, w tym biobanków.

5. Najnowsze regulacje

23 marca 2017 r. została uchwalona przez Sejm ustawa o zmianie ustawy transplantacyjnej[38], implementująca przepisy dwóch dyrektyw Komisji UE[39]. Wprowadza ona przede wszystkim regulację dotyczącą zasad sprowadzania na terytorium Polski tkanek i komórek przeznaczonych do przeszczepu z państw trzecich, tj. państw nienależących do Unii Europejskiej oraz EFTA. Wprowadza również „jednolity kod europejski", czyli

[34] Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w kontekście zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z dnia 4 kwietnia 1997 (ETS nr 164).

[35] Art. 37 ust. 1 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej z dnia 11 września 2015 r. (Dz.U. 2015 poz. 1844).

[36] *Ibidem*, art. 38 ust. 3.

[37] J. Pawlikowski *op.cit.*, s. 85.

[38] Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. 2017 poz. 798).

[39] Zob. Dyrektywa Komisji (UE) 2015/565 z dnia 8 kwietnia 2015 r. zmieniającej dyrektywę 2006/86/WE w odniesieniu do niektórych wymagań technicznych dotyczących kodowania tkanek i komórek ludzkich (Dz. Urz. UE L 93 z 09.04.2015, s. 43) oraz Dyrektywa Komisji (UE) 2015/566 z dnia 8 kwietnia 2015 r. w sprawie wykonania dyrektywy 2004/23/WE w odniesieniu do procedur weryfikacji równorzędnych norm jakości i bezpieczeństwa przywożonych tkanek i komórek (Dz. Urz. UE L 93 z 09.04.2015, s. 56).

niepowtarzalny identyfikator tkanek i komórek dystrybuowanych w Unii Europejskiej, zawierający informacje dotyczące głównych cech i właściwości tkanek i komórek, a także kilka nowych definicji, w tym na przykład „bank tkanek i komórek prowadzący działalność przywozową" czy „kod tkanek i komórek".

Omówienie całej ustawy przekracza ramy tego opracowania, należy jednak wskazać na regulacje dotyczące problemu w nim poruszonego, tj. regulacji biobanków dla celów badań naukowych. Ustawodawca, wprowadzając zmiany w powyższej ustawie, miał możliwość rozszerzenia jej regulacji na podmioty biobankujące próbki materiału biologicznego w celach badań naukowych, jednak tego nie zrobił. Pomimo zmienionej i rozszerzonej definicji banku tkanek i komórek, która mówi, że jest to „jednostka organizacyjna prowadząca działalność w zakresie gromadzenia, przetwarzania, sterylizacji, przechowywania, dystrybucji, dopuszczania do obiegu, przywozu, wywozu tkanek i komórek lub działalności przywozowej; jednostka tego rodzaju może również pobierać lub testować tkanki i komórki po spełnieniu wymagań przewidzianych w ustawie", nadal art. 25 zawęża nam jego definicję tylko do podmiotów biobankujących tkanki i komórki przeznaczone do przeszczepienia. Z tego względu należy stwierdzić, że zmiana ustawy nie zmienia sytuacji biobanków ludzkiego materiału biologicznego gromadzonego w celach naukowych, a także nadal postulować potrzebę całościowego uregulowania ich sytuacji prawnej.

6. Konkluzja

Niewątpliwie w dobie rozwoju medycyny, a w szczególności genetyki i biotechnologii, biobanki, jako podmioty dbające o stały rozwój wiedzy medycznej w zakresie poznania chorób i skutecznej profilaktyki, są istotnym krokiem naprzód, zatem należy wspierać ich działalność. Powinno się to jednak odbywać przy zachowaniu pewnych standardów, które wpłyną na poszanowanie praw dawców, którzy chcąc przyczynić się do rozwoju medycyny, nie powinni być narażeni na negatywne skutki, które mogą wyniknąć z udostępniania bądź przetwarzania danych genetycznych, których wrażliwość wyraża się w ilości istotnych informacji, które zawierają. Aby temu zapobiec, należy przede wszystkim uzyskać zgodę osoby na pobranie materiału genetycznego, która powinna być zgodą świadomą, to jest wyrażoną na konkretny cel badawczy, który został jej uprzednio wyjaśniony w zrozumiały sposób. Oprócz tego należy zwrócić uwagę na możliwość wycofania tej zgody bez negatywnych konsekwencji dla dawcy, a także poinformować o możliwości skorzystania z prawa do informacji na temat wyników badań genetycznych przeprowadzonych na próbce (o ile biobank je oferuje). Także prawodawstwo powinno sprostać problemom, które mogą wyniknąć z dalszego rozwoju genetyki, takim jak możliwość dyskryminacji dawców, zwłaszcza przez ubezpieczycieli oraz pracodawców, ze względu na genetyczne dziedzictwo. Ustanowienie skutecznych instytucji, które zapobiegną uzyskaniu negatywnego wizerunku przez podmioty wykonujące testy genetyczne w oczach społeczeństwa, jest jednym z kroków, które należy podjąć, aby potencjalni dawcy chcieli brać udział w rozwoju medycyny i czuli, że nie grożą im z tego tytułu żadne negatywne konsekwencje. Istotna jest także

sama organizacja biobanku, która powinna gwarantować bezpieczne przechowywanie danych oraz ich udostępnianie, a także ich pseudonimizację lub anonimizację. Do tego wszystkiego nie można zapomnieć o odpowiedniej edukacji i popularyzacji działań naukowych wśród społeczeństwa, zwłaszcza w szkołach, a w działania edukacyjne powinny angażować się zarówno media, portale społecznościowe, jak i przedstawiciele podmiotów biobankujących. Tylko te wszystkie mechanizmy pozwolą na poszerzanie wiedzy o działalności biobanków, a także na wzrost zaufania do tych instytucji.

* * *

Genetic Data Protection in a View of Donors' Right to Privacy

For some time we can observe a constant development of medicine, in particular genetics and biotechnology. It influences our rising knowledge about different diseases and their prophylaxis, especially due to the activity of human biobanks for scientific purposes, which aim is to extend the knowledge in this area. Nevertheless, except for those beneficial aspects of biobanking and the genetic tests they often conduct, there unearth number of problems connected with donors rights in the light of the polish Constitution and several international law acts. Specifically important is to respect the participants' right to privacy by ensuring the right to legal protection of genetic data, obtaining an informed consent for a DNA material's collection and participation in a study, as well as providing the access to data collections and preventing a genetic discrimination.

Key words: biobanks, genetic data, right to privacy

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Szymon Osmola[1]

„Trzy pokolenia idiotów wystarczą", czyli przymusowa sterylizacja w orzecznictwie sądów

Streszczenie

Przymusowa sterylizacja, jako jedna z form ubezpłodnienia, jest ważnym tematem debat toczonych na gruncie bioetyki. W dzisiejszych czasach zabieg ten oceniany jest jednoznacznie negatywnie, choć jeszcze w 1927 r. Olivier W. Holmes opowiedział się za przymusową sterylizacją Carrie Buck twierdząc, że „trzy pokolenia idiotów wystarczą". Zakaz przymusowej sterylizacji jest wyrażany przez wiele aktów normatywnych, zarówno na poziomie europejskim, jak i krajowym, jest również przedmiotem kilku orzeczeń ETPCz, z których najważniejsze zapadło w sprawie *V. C. przeciwko Słowacji*. I choć stanowisko Trybunału w rzeczonej kwestii wydaje się być jasne i zgodne z powszechnymi ocenami moralnymi, to zdarzają się przypadki, gdzie postęp technologiczny, a także nieostrość pojęć i przepisów prawnych, stawiają sędziów przed niezwykle trudnymi wyzwaniami interpretacyjnymi, czego najlepszym przykładem jest orzeczenie w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.

Słowa kluczowe: przymusowa sterylizacja, ETPCz, V.C. przeciwko Słowacji, Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu

1. Wstęp

W 1927 roku, w słynnym uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *Buck v. Bell*, sędzia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Olivier W. Holmes pisał:

> Sąd uznał, że Carrie Buck jest potencjalną matką dzieci, podobnie jak ona, niezdolnych do życia w społeczeństwie, w związku z czym może zostać poddana sterylizacji

[1] Autor jest studentem V roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie.

> bez szkody dla zdrowia publicznego, a w związku z tym zabiegiem poprawi się zarówno jej własny dobrostan, jak i dobrostan całego społeczeństwa (…). Niejednokrotnie widzieliśmy, że dobro społeczeństwa wymaga czasem poświęcenia życia swoich najlepszych obywateli. Byłoby doprawdy czymś dziwnym, gdyby nie mogło ono wezwać do znacznie mniejszych poświęceń tych, którzy i tak żerują na jego sile (…) w celu uniknięcia pogrążenia nas w otchłani niedołęstwa. Zamiast czekać na egzekucję zdegenerowanego potomstwa po pełnieniu przezeń zbrodni, bądź zamiast pozwolić mu zagłodzić się na śmierć w wyniku jego niedorozwoju, o wiele lepszym wyjściem będzie dla społeczeństwa pozbawienie możliwości rodzenia tych, którzy w oczywisty sposób się do niego nie nadają (…). Trzy pokolenia idiotów wystarczą[2].

Słowa te we współczesnym odbiorcy wywołują zapewne moralne oburzenie lub przynajmniej pewne uczucie dyskomfortu – zwłaszcza, gdy weźmie się pod uwagę, że pochodzą one od jednego z największych autorytetów prawnych i moralnych swoich czasów. Przymusowa sterylizacja, choć nie jest tak szeroko dyskutowanym problemem bioetycznym jak aborcja czy eutanazja, jest również kwestią wzbudzającą o wiele mniej kontrowersji. W oczach przeważającej większości ludzi jest ona czymś moralnie nagannym, niezależnie od przesłanek stojących za jej stosowaniem[3]. Stanowisko to znajduje swój wyraz również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz), a także sądów krajów członkowskich Unii Europejskiej, zarówno powszechnych, jak i konstytucyjnych. Celem niniejszej pracy jest pochylenie się nad wybranymi orzeczeniami ETPCz dotyczącymi kwestii przymusowej sterylizacji, a także zbadanie, czy Trybunałowi udało się wypracować w tym zakresie spójną linię orzeczniczą oraz wskazać ewentualne niekonsekwencje w jego decyzjach. Zanim jednak przejdziemy do zasadniczego tematu rozważań, warto wyjaśnić kilka kwestii terminologicznych.

2. Przymusowa sterylizacja – uwagi ogólne

Sterylizacja jest jedną z dwóch, obok kastracji, form ubezpłodnienia. Formy te odróżnia sposób pozbawiania człowieka zdolności płodzenia – podczas gdy sterylizacja to zabieg polegający na trwałym uniedrożnieniu przewodów, przez które odbywa się transport komórek rozrodczych – nasieniowodów u mężczyzn, jajowodów u kobiet (najczęściej poprzez ich podwiązanie lub podcięcie[4]), istotą kastracji jest chirurgiczne usunięcie gonad – jąder lub jajników[5]. Przeprowadzenie zabiegu kastracji powoduje nieodwracalne pozbawienie człowieka zdolności płodzenia, a także zaburzenie funkcjonowania układu hormonalnego organizmu i zanik popędu seksualnego. Zabieg sterylizacji natomiast, w dużej części przypadków, jest zabiegiem odwracalnym, nie wpływa na czynności

[2] Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927), https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/200/case.html, 02.01.2017. Tłum. własne.

[3] Zob. m.in. fachowe opracowanie problemu przymusowej sterylizacji w kontekście współczesnych sporów bioetycznych, z odniesieniami do wyroku Buck v. Bell [w:] T. L. Beauchamp, L.Walters, J. P. Kahn, A. C. Mastroianni, *Contemporary Issues in Bioethics*, Belmont 2008, s. 199–291.

[4] Nie ma potrzeby rozpatrywania w tym miejscu szczegółów medycznych zabiegu sterylizacji.

[5] Choć mówi się czasami o „kastracji" radiologicznej, farmakologicznej czy tzw. chemicznej kastracji w przypadku pedofilów.

hormonalne i nie ogranicza możliwości seksualnych. Choć to właśnie sterylizacja stanowi główny temat niniejszego artykułu, to wiele z podniesionych tu kwestii analogicznie można odnieść do kastracji, co stanie się szczególnie widoczne w ostatnim punkcie pracy. Mimo tego, że ubezpłodnienie, czy to w formie kastracji, czy sterylizacji, dotyczyć może zarówno kobiet, jak i mężczyzn, rozważania ograniczone zostaną do sterylizacji kobiet, co podyktowane jest względami pragmatycznymi – orzeczenia sądów w interesujących nas kwestiach dotyczyły bowiem w zdecydowanej większości właśnie kobiet[6].

Należy również rozróżnić sterylizację przymusową oraz sterylizację dobrowolną. Tę drugą traktować można jako pewną radykalną formę antykoncepcji, podejmowaną z własnej inicjatywy danego podmiotu – jako taka może spotykać się z różnorodną oceną moralną, uwarunkowaną światopoglądem oceniającego. Ta pierwsza, sterylizacja przymusowa, polega natomiast na pozbawieniu danego podmiotu zdolności płodzenia bez jego zgody. Przymusowość jest tu rozumiana szeroko – może ona polegać zarówno na użyciu siły, manipulacji czy podstępu w stosunku do danej jednostki, ale za przymusową można również uznać chociażby sterylizację będącą skutkiem błędu lekarskiego. Kluczową kwestią jest tutaj brak świadomej zgody podmiotu w pełni poinformowanego o istocie, sposobie przeprowadzenia i skutkach danego zabiegu. Pewien wyjątek stanowi tutaj art. 35 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty (i analogicznych do niego regulacji innych krajów), który mówi, że jeżeli w trakcie wykonywania zabiegu operacyjnego albo stosowania metody leczniczej lub diagnostycznej wystąpią okoliczności, których nieuwzględnienie groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia, a nie ma możliwości niezwłocznie uzyskać zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, lekarz ma prawo, bez uzyskania tej zgody, zmienić zakres zabiegu bądź metody leczenia lub diagnostyki w sposób umożliwiający uwzględnienie tych okoliczności. W takim przypadku lekarz ma jednakże obowiązek, o ile jest to możliwe, zasięgnąć opinii drugiego lekarza, w miarę możliwości tej samej specjalności. Zgodnie z ust. 2 tego artykułu, lekarz ma również obowiązek poinformowania o okolicznościach, o których mowa w ust. 1, pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo sąd opiekuńczy, a także dokonania odpowiedniej adnotacji w dokumentacji medycznej. Ten wyjątek, który niewątpliwie można odnieść również do przeprowadzenia zabiegu sterylizacji, nie ma jednak aż tak dużego znaczenia w kontekście naszych rozważań.

W dalszej części artykułu zajmować się będziemy wyłącznie kwestią sterylizacji przymusowej, skupiając się na samej istocie zabiegu i jego ocenie prawnej, abstrahując od jej możliwych przyczyn – jak bowiem wspomnieliśmy we wstępie, ocena moralna takiego zabiegu wydaje się być jednoznacznie negatywna, niezależnie od stojących za jego wykonaniem przesłanek[7]. Stanowisko to znajduje wyraz w treści rozmaitych aktów normatywnych, zarówno europejskich, jak i krajowych.

---

[6] Nie będziemy zajmować się również kontrowersyjną kwestią przymusowej sterylizacji osób transseksualnych, nad którą pochylał się m.in. niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny, jak również ETPCz.

[7] Takimi przesłankami mogą być chociażby dobrostan społeczeństwa czy danej jednostki, względy demograficzne czy ekonomiczne, jak również np. religijne czy etniczne. Najbardziej znane historyczne przykłady przeprowadzanych na masową skalę, motywowanych względami demograficznymi przymusowych

3. Regulacje prawne

Tzw. prawa reprodukcyjne po raz pierwszy zostały włączone do katalogu praw człowieka podczas Międzynarodowej Konferencji Praw Człowieka ONZ, która odbyła się w 1968 r. w Teheranie – zostały one ujęte w ramach Proklamacji teherańskiej[8]. Szczegółowa definicja prawa człowieka do zdrowia reprodukcyjnego, zdefiniowanego jako „stan pełnego dobrostanu (*well-being*) w aspekcie fizycznym, psychicznym i społecznym, a nie wyłącznie brak choroby lub niedomagań, we wszystkich sprawach związanych z układem rozrodczym oraz jego funkcjami i procesami", opracowana została podczas Międzynarodowej Konferencji na rzecz Ludności i Rozwoju ONZ w 1994 r. w Kairze[9]. Warto wspomnieć również o przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie z 1996 r., regulującej kwestie autonomii pacjentów w relacjach ze służbą zdrowia – m.in. poprzez wymóg uzyskania swobodnej i świadomej zgody osoby mającej być poddanej jakiejkolwiek interwencji medycznej, czy zapewnienie pacjentom prywatności i prawa do informacji[10], jak również o Zaleceniu ogólnym nr 24 Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (CEDAW) z 1971 r., które w punkcie 31e gwarantuje prawo kobiet do autonomii i podejmowania samodzielnych wyborów w kontekście opieki zdrowotnej[11]. Przytoczone przepisy – podobnie jak wiele postanowień Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz), o czym niżej – niewątpliwie dotyczą również zakazu wykonywania zabiegu sterylizacji bez dobrowolnej i świadomej zgody w pełni poinformowanej pacjentki.

Z bardziej szczegółowych przepisów zakazujących przymusowej sterylizacji warto wymienić chociażby art. 7 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze (MTK), który stanowi (w punkcie e), iż „przymusowa sterylizacja oraz jakiekolwiek inne formy przemocy seksualnej", popełnione „w ramach rozległego lub systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej" stanowią zbrodnię przeciwko ludzkości[12]. Przymusowa sterylizacja jest również czynem penalizowanym przez polski kodeks karny, którego art. 156 § 1 stanowi, iż kto powoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci m.in. pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy lub **zdolności płodzenia** (pkt 1), podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

sterylizacji to m.in. tzw. „polityka jednego dziecka" prowadzona do niedawna w Chinach, czy wysterylizowanie ok. 400 tys. peruwiańskich kobiet w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku.

[8] Proclamation of Teheran, Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April to 13 May 1968, U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3 (1968), http://hrlibrary.umn.edu/instree/l2ptichr.htm, 02.01.2017.

[9] Zob. Program Działania Konferencji na rzecz Ludności i Rozwoju, Kair 1994, 7.2.

[10] Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny z dnia 19 listopada 1996 r., http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/ets164polish.pdf, 02.01.2017.

[11] Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz.U. 1982), http://niebieskalinia.info/pliki/dokumenty/Wa%C5%BCne%20dokumenty/Konwencja%20w%20sprawie%20likwidacji%20wszelkich%20form%20dyskryminacji%20kobiet%20z%20dnia%2018%20grudnia%201979%20roku.pdf, 02.01.2017.

[12] Artykuł ten do polskiego porządku prawnego wprowadza art. 118a k.k.

Zgodnie z dominującym poglądem, artykuł ten w równym stopniu penalizuje zarówno sterylizację przymusową, jak i dobrowolną – przeprowadzenie zabiegu sterylizacji (lub kastracji) jest dozwolone wyłącznie w szczególnych wypadkach, podyktowanych głównie względami medycznymi[13]. Ustawodawstwa innych krajów Unii Europejskiej kwestię tę traktują w sposób różnorodny, przymusowa sterylizacja jest jednak czynem zabronionym przez kodeksy karne większości z nich. Przeprowadzenie zabiegu przymusowej sterylizacji wielokrotnie stanowiło przedmiot rozstrzygnięć sądów polskich i europejskich. Przyjrzymy się teraz najbardziej relewantnym w interesującej nas sprawie orzeczeniom ETPCz.

4. Orzecznictwo

W sprawach dotyczących przymusowej sterylizacji ETPCz orzekał kilkukrotnie, ale rzadko – m.in. w sprawie *V.C. przeciwko Słowacji* (18968/07), czy *N.B. przeciwko Słowacji* (29518/10) – merytorycznie. Zanim przejdziemy do omówienia pierwszego z tych orzeczeń, przyjrzyjmy się jednak innym skargom zgłoszonym do Trybunału w związku z dokonaniem takiego zabiegu. Co ciekawe, dwie z nich również zostały wytoczone przeciwko Słowacji – chodzi tu o sprawy *K.H. i inni przeciwko Słowacji* (32881/04), oraz *I.G., M.K. i R.H. przeciwko Słowacji* (15966/04). W pierwszym z tych orzeczeń – po skardze ośmiu kobiet romskiego pochodzenia, które twierdziły, że po zabiegu cesarskiego cięcia, który, ich zdaniem, został połączony z dokonaniem, bez ich wiedzy i zgody, zabiegu przymusowej sterylizacji, nie są w stanie zajść w ciążę – Trybunał orzekł o obowiązku udostępnienia dokumentacji medycznej skarżącym przez szpital[14]. W drugim orzeczeniu natomiast Trybunał uznał za dopuszczalne zbadanie sprawy wniesionej ze skargi trzech kobiet, również romskiego pochodzenia, które, podobnie jak te w poprzedniej skardze, twierdziły, że dokonano na nich, bez ich zgody, zabiegu przymusowej sterylizacji połączonej z zabiegiem cesarskiego cięcia; sprawie nie nadano jednak dalszego biegu[15]. Jak widać, w obu tych orzeczeniach Trybunał nie wypowiedział bezpośrednio o dokonaniu zabiegu przymusowej sterylizacji, a jedynie o pewnych towarzyszących mu okolicznościach lub w ogóle nie wypowiadał się co do *meritum*. Podobnie sprawa ma się z orzeczeniem w sprawie *Gauer i inni przeciwko Francji* (61521/08) – w skardze do Trybunału pięć upośledzonych umysłowo kobiet twierdziło, że dokonano na nich zabiegu przymusowej sterylizacji, co wiązało się z naruszeniem ich integralności cielesnej. Skarżące podnosiły również, że dokonane zabiegi były wyrazem ich dyskryminacji związanej z upośledzeniem umysłowym. Jednak również i w tej sprawie Trybunał nie wydał merytorycznego orzeczenia, gdyż skarga została wniesiona po terminie – była więc niedopuszczalna na mocy art. 35 EKPCz[16].

---

[13] Zob. E. Zielińska, *Warunki dopuszczalności zabiegów sterylizacyjnych*, PiP, nr 9, 1985.

[14] *European Court of Human Rights, Zestawienie – prawa reprodukcyjne*, bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski.../download,2170,15.html, 02.01.2017.

[15] *Ibidem*.

[16] *European Court of Human Rights, Zestawienie – Osoby niepełnosprawne i Europejska Konwencja Praw Człowieka*, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Disabled_POL.pdf, 02.01.2017.

Przejdźmy teraz do bardziej szczegółowej analizy orzeczenia Trybunału w sprawie *V.C. przeciwko Słowacji.*

4.1. V. C. przeciwko Słowacji

Stan faktyczny sprawy przedstawiał się następująco:

> Skarżąca, V.C., była obywatelką Słowacji romskiego pochodzenia. W 2000 r. została przyjęta do szpitala w Preszowie z oznakami akcji porodowej. Skarżąca miała wówczas 20 lat i była to jej druga ciąża, poprzednie dziecko urodziło się w wyniku cesarskiego cięcia. Również w tym przypadku lekarze zadecydowali o przeprowadzeniu cesarskiego cięcia. Po kilku godzinach bólów porodowych, a na krótko przed rozpoczęciem zabiegu, skarżąca została poinformowana przez personel szpitala, że w przypadku kolejnych ciąż jej i jej dzieciom grozi śmierć. Na pytanie, co powinna w tej sytuacji zrobić, zalecono jej podpisanie zgody na przeprowadzenie zabiegu sterylizacji. Jak wskazała w toku postępowania przed ETPCz, podpisując zgodę, nie znała znaczenia terminu „sterylizacja". W rezultacie dokonano podwiązania jajowodów. (…) Przeprowadzony zabieg wywołał u skarżącej wiele konsekwencji zdrowotnych, takich jak ciąże urojone i potrzeba leczenia psychiatrycznego. Z powodu bezpłodności została porzucona przez męża, a społeczność romska odwróciła się od niej. Skarżąca pozwała władze szpitala o naruszenie dóbr osobistych, twierdząc, że nie została należycie poinformowana o samym zabiegu i jego konsekwencjach, a także o alternatywnych rozwiązaniach. Powództwo zostało oddalone. Oddalona została również skarga konstytucyjna wniesiona przez skarżącą. (…) W skardze do ETPCz V.C. podniosła, że dokonanie zabiegu sterylizacji bez jej pełnej i świadomej zgody stanowiło naruszenie wielu postanowień EKPCz: art. 3 (zakaz tortur oraz nieludzkiego lub poniżającego traktowania – zarówno w aspekcie materialnym, jak i proceduralnym – poprzez brak należytego zbadania sprawy), art. 8 (prawo do prywatności), art. 12 (prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny), art. 13 (prawo do skutecznego środka odwoławczego) oraz art. 14 (zakaz dyskryminacji)[17].

Trybunał jednogłośnie uznał, że przeprowadzający zabieg dopuścili się naruszenia art. 3 oraz art. 8 EKPCz. Zarzutów naruszenia art. 12 oraz art. 14 EKPCz nie uznał za potrzebne rozpatrywać, natomiast art. 13 EKPCz nie został, w opinii Trybunału, naruszony. Kwestiami proceduralnymi nie będziemy się tutaj zajmować. Nie podejmiemy również ważnego wątku dyskryminacji – rasowej lub jakiejkolwiek innej – która przewija się przez wszystkie wspomniane powyżej skargi. Jak bowiem wspomnieliśmy wyżej, zajmuje nas tutaj kwestia samego zabiegu przymusowej sterylizacji, a nie motywy czy przesłanki jego przeprowadzenia. Naruszenia zakazu dyskryminacji, również podniesionego w skardze V. C., Trybunał nie uznał zresztą za zasadne rozstrzygać – co stanowić może przyczynek do ciekawej dyskusji, wykracza jednak poza ramy niniejszej pracy[18]. Ważne jest natomiast, że samo przeprowadzenie zabiegu

[17] Stan faktyczny przytoczono za: K. Sękowska-Kozłowska, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 8 listopada 2011 r., 18968/07*, http://www.lex.pl/akt/-/akt/glosa-do-wyroku-etpc-z-dnia-8-listopada-2011-r-1896807, 02.01.2017.

[18] *Ibidem.*

przymusowej sterylizacji[19] zostało przez Trybunał bezwarunkowo uznane za poniżające, nieludzkie traktowanie i niedopuszczalne naruszenie integralności cielesnej pacjentki, jej autonomii i prawa do samodzielnego podejmowania decyzji, a także prawa do informacji. Przeprowadzenie zabiegu przymusowej sterylizacji, w świetle orzeczenia Trybunału, stanowi naruszenie podstawowych praw człowieka – jego praw reprodukcyjnych. Stanowisko Trybunału w kwestii zabiegu przymusowej sterylizacji, jako naruszeniu praw reprodukcyjnych, wydaje się więc jasne i zgodne z dominującymi wśród współczesnych ludzi opiniami moralnymi. Merytoryczna ocena tego wyroku Trybunału, przynajmniej w kontekście rozpatrywanych powyżej wątków, winna być jednoznacznie pozytywna.

Warto jeszcze tylko dodać, iż niemal analogiczne orzeczenie wydane zostało we wspominanej sprawie *N.B. przeciwko Słowacji*, co może świadczyć o początkach pewnej linii orzeczniczej Trybunału w interesującym nas kontekście.

Wszystko, co do tej pory zostało powiedziane, wydaje się jasne i niekontrowersyjne. Czy jednak Trybunał zawsze, niezależnie od okoliczności, staje w obronie praw reprodukcyjnych kobiet związanych z kwestiami przymusowej sterylizacji? Spójrzmy na orzeczenie zapadłe w sprawie *Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (6339/05).

4.2. Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu

Sprawa, w skrócie, przedstawiała się następująco:

> Natalie Evans, która chorowała na raka jajnika, poddała się zapłodnieniu *in vitro* (IVF) ze swoim ówczesnym partnerem J., zanim jej jajniki zostały usunięte. Sześć zarodków zostało uformowanych i zagnieżdżonych. Kiedy para rozstała się, J. wycofał zgodę na wykorzystanie zarodków, ponieważ nie chciał być biologicznym ojcem dziecka Pani Evans. Wskutek tego, że prawo krajowe wymagało, aby jajeczka zostały zniszczone, uniemożliwiono pani Evans kiedykolwiek posiadanie dziecka, z którym byłaby genetycznie spokrewniona[20].

Po rozpatrzeniu skargi, Trybunał stwierdził, że w stosunku do Natalie Evans nie doszło do naruszenia art. 2 (prawo do życia), art. 8 (prawo do poszanowania życia rodzinnego) oraz art. 14 (zakaz dyskryminacji) EKPCz. Orzeczenie w sprawie Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu często komentowane w kontekście prawa zarodków do życia, czy równych praw kobiet i mężczyzn w kontekście sztucznych metod zapłodnienia[21]. Dla celów niniejszego artykułu skupimy się jednak na innym jego aspekcie, który nie jest już tak często, jeśli w ogóle, przywoływany w literaturze. Łatwo bowiem zauważyć, że w powyższej sprawie doszło w gruncie rzeczy do sterylizacji, czy nawet kastracji pani Evans – chirurgicznego wycięcia jajników. Oczywiście, było

[19] Nawet przy bardzo szerokim rozumieniu owej „przymusowości" – w końcu pacjentka wyraziła tu zgodę na jego przeprowadzenie.

[20] Stan faktyczny przytoczono za: *European Court of Human Rights, Zestawienie – prawa reprodukcyjne*, bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski.../download,2170,15.html, 02.01.2017.

[21] Zob. E. Goodemote, *Evans v. United Kingdom, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary*, Cornell International Law Journal, vol. 40, issue 2, 2007.

to podyktowane względami medycznymi i konieczne dla uratowania jej życia – przeprowadzenie samego zabiegu nie było więc w tym przypadku niczym nagannym, a wręcz czymś zasługującym na moralną aprobatę. Jeżeli jednak przyjrzeć się sprawie w szerszym świetle, można odnieść wrażenie, że mamy tu do czynienia z pewną formą przymusowej sterylizacji, która miała niezależnie od zabiegu usunięcia jajnika – sześć zarodków zostało bowiem uformowanych jeszcze przed jego wycięciem. Pani Evans miała więc szansę na posiadanie genetycznie z nią spokrewnionego potomstwa, która została zaprzepaszczona po tym, jak jej partner wycofał swoją zgodę na wykorzystanie zarodków. Czy nie można w tym wypadku mówić o przymusowym ubezpłodnieniu, które ETPCz, mimo swojego jednoznacznego stanowiska wobec owego procederu, uznał w tej sprawie za dopuszczalne? Niewątpliwie mamy tu do czynienia z trudnym problemem interpretacyjnym – skutek przeprowadzonych na pani Evans zabiegów był bowiem *de facto* identyczny ze skutkami ubezpłodnienia, pomimo tego, że formalnie nie miał tu miejsca zabieg przymusowej sterylizacji (pomijając oczywiście późniejszy zabieg chirurgiczny). Nawet jeżeli teza, że w przypadku pani Evans doszło do wykonania zabiegu przymusowej sterylizacji, jest zbyt daleko idąca, to mimo wszystko wydaje się, że jej prawa reprodukcyjne zostały z znacznym stopniu naruszone.

Z powyższych względów trudno jednoznacznie ocenić omawiane orzeczenie Trybunału. Z jednej strony wydaje się ono bowiem poprawne pod względem *stricte* prawniczym, jak również zgodne z wcześniejszym orzecznictwem Trybunału dotyczącym równych praw kobiet i mężczyzn, czy prawa zarodków do życia. Jednak z punktu widzenia etycznego (zwłaszcza etyki konwencjonalistycznej) wyrok ten jest wątpliwy i stawia on pod znakiem zapytania jego wcześniejsze deklaracje dotyczące szeroko zakrojonej ochrony praw reprodukcyjnych.

Powyższe uwagi mogą wydawać się kontrowersyjne, pokazują jednak, że możliwości, które niesie ze sobą postęp technologiczny, mogą przyczyniać się do powstawania skomplikowanych dylematów etycznych i prawnych. Przypominają one również a szeroko dyskutowanym w teorii prawa problemie otwartości przepisów prawa i wiążących się z nim trudności interpretacyjnych. Sztywność regulacji ustawowych, które nie zawsze nadążają za dynamicznymi zmianami w świecie sprawia, że również sądy, łącznie z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, zmuszone są do rozpatrywania bardzo trudnych, nie tylko z czysto prawniczego punktu widzenia, przypadków, na co często nie są dostatecznie przygotowane. Wydaje się bowiem, że w sprawie pani Evans Trybunał nie był w stanie zapewnić wystarczającej ochrony praw reprodukcyjnych, związanych z zakazem przymusowej sterylizacji czy kastracji, pomimo tego, że na pierwszy rzut oka żaden z tych zabiegów nie miał w powyższej sprawie miejsca.

5. Podsumowanie

Zakaz dokonywania zabiegu przymusowej sterylizacji, czy szerzej – przymusowego ubezpłodnienia – wydaje się być obecnie powszechnie uznanym prawem człowieka, o czym świadczą zarówno przytoczone w niniejszej pracy akty normatywne, jak i przywołane orzeczenia sądów. Zabiegi ubezpładniające, dokonane bez świadomej zgody

w pełni poinformowanego pacjenta, uznajemy za coś niedopuszczalnego, a wydawane w relewantnych sprawach wyroki są w większości łatwe do przewidzenia. Nasze odczucia moralne, a także regulacje prawne, są zupełnie inne niż te, którymi kierował się sędzia Holmes w 1927 r., podczas orzekania w sprawie *Buck v. Bell*. Mimo to, postęp technologiczny stawia nas wszystkich, również sądy mające za zadanie rozstrzygać w różnorakich precedensowych sprawach, przed niezwykle trudnym zadaniem nieustannego weryfikowania naszych intuicji moralnych i dostosowywania ich do nowych przypadków – często bardzo trudnych do jednoznacznej oceny, czego najlepszym przykładem jest kazus Natalie Evans.

* * *

'Three Generations of Imbeciles are Enough' or Compulsory Sterilization in Judical Decisions

Compulsory sterilization is an important issue in contemporary debate in bioethics. Nowadays, the moral evaluation of the compulsory sterilization is unamigously negative, although in 1927 Justice Holmes was able to say, in the *Buck v. Bell* case, that 'three generations of imbeciles are enough'. The prohibition of such form of sterilization is expressed by many normative acts – both national and European – and was the subject of several rulings of ECtHR, among which the *V. C. vs. Slovakia* case was the most important one. Court's standpoint in issues concerning compulsory sterilization seems to be very clear and compatible with common moral evaluations, although there are still some cases, where technological progress, as well as the open texture of legal concepts, raises some hard interpretative challenges, the best example of which is *Evans vs. United Kingdom* case.

Key words: compulsory sterilization, EctHR, V.C. vs. Slovakia, Evans vs. United Kingdom

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Radosław Pałosz[1]

Polska regulacja eutanazji i wspomaganego samobójstwa z perspektywy filozoficznej i konstytucyjnej

Streszczenie

Niełatwe jest przede wszystkim określenie granic pojęcia „eutanazji". Zwykle przyjmuje się, że jest to spowodowanie czyjejś śmierci wywołane litością. Definicja taka jest jednak zbyt nieostra i wymaga doprecyzowania. Ten często pomijany temat przyczynia się do zwiększenia kontrowersji w omawianej kwestii. Zwolennicy eutanazji argumentują, że życie człowieka, którego ktoś inny ma prawo jej poddać, bądź pomóc mu w dokonaniu samobójstwa, nie jest warte dalszego życia i dobrem będzie dla niego, jeśli skróci się jego cierpienia. Z kolei przeciwnicy eutanazji wskazują na wyjątkową wartość i pozycję życia ludzkiego, odwołując się do pojęcia godności, którą posiada się tylko dla tego, że jest się człowiekiem. Sposób sformułowania i usystematyzowania polskiego prawa wskazuje na to, że ustawodawca bardziej ceni sobie system wartości proponowany przez przeciwników eutanazji. Podobne konsekwencje wyciągnęła większość doktryny.

Słowa kluczowe: eutanazja, samobójstwo, etyka, Konstytucja, karne

1. Próba określenia znaczenia słowa „eutanazja"

„Eutanazja" jako taka jest pojęciem wyjątkowo trudnym do zdefiniowania i precyzyjnego uchwycenia. Niezbędne jest więc określenie, co może się za nim kryć.

Przede wszystkim należy zaznaczyć, że termin ten jest używany w znaczeniu szerszym oraz węższym. Interesującym zagadnieniem jest to, co stoi za takim, a nie innym rozumieniem pojęcia eutanazji. Naturalnym wydawałoby się, że kwestia ta jest dość

[1] Student V roku Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

jednoznaczna i prosta do rozstrzygnięcia. Niemniej jednak występuje tu rozbieżność, której nakreślenie może pozwolić na głębsze zrozumienie samej istoty zagadnienia. Jedni autorzy podkreślają znaczenie różnic wynikających z niejednoznacznych definicji różnych zjawisk możliwych do zakwalifikowania jako przykłady eutanazji. Inni jednak, jak dr Jacek Malczewski, uważają, że decydującą rolę odgrywają osobiste przekonania i światopogląd twórców takich kwalifikacji[2]. Zanim jednak omówione zostaną wspomniane podziały, wyszczególnić należy sytuacje, które zwykle są brane pod uwagę, kiedy mowa o określaniu zakresu omawianego pojęcia.

Potocznie eutanazja rozumiana jako „pozbawienie życia osoby nieuleczalnie chorej, wywołane współczuciem"[3], czy też „zadanie śmierci osobie nieuleczalnie chorej umotywowane skróceniem jej cierpień"[4]. Tak naprawdę jednak, przy bliższym zastanowieniu, powyższe definicje okazują się zbyt nieostre, aby móc posłużyć za dostateczną bazę do prowadzenia głębszych rozważań. Najczęściej dyskusja o eutanazji oparta jest o sytuacje, gdy lekarz odbiera życie umierającemu, bądź wyjątkowo cierpiącemu pacjentowi. Przeważa też podejście, wedle którego tylko takie zachowanie może być traktowane jako eutanazja[5]. Dr Jacek Malczewski wymienia 5 sposobów, w jakie lekarz może zakończyć życie pacjenta[6]. Są to: **zaniechanie (niepodjęcie lub przerwanie) kuracji** ze względu na beznadziejny stan zdrowia pacjenta; wprowadzenie pacjenta w stan zniesienia świadomości, aby oszczędzić mu cierpienia przed śmiercią **(terminalna sedacja)**; podawanie pacjentowi coraz większych dawek środków przeciwbólowych, które może prowadzić w pewnym momencie do śmierci **(letalna analgezja)**; **dostarczenie** pacjentowi przez lekarza niezbędnych środków do odebrania sobie życia **(wspomagane samobójstwo)**; **umyślne pozbawienie życia** nieuleczalnie chorego i cierpiącego pacjenta przez lekarza.

Jak już zostało wspomniane, istnieje spór co do tego, jaka jest prawdziwa przyczyna różnicy w klasyfikacjach szerokości rozumienia pojęcia eutanazji wśród rozmaitych autorów. Jakkolwiek nie należy stawiać tu zdecydowanych tez, da się mimo to odnaleźć w tej kwestii pewną regułę. I tak na przykład, stanowisko charakterystyczne dla postawy Kościoła Katolickiego, wyrażone wyraźnie w encyklice *Evangelium vitae*, definiuje „eutanazję w ścisłym i właściwym sensie" jako „czyn lub zaniedbanie, które ze swej natury lub w intencji działającego powoduje śmierć w celu usunięcia wszelkiego cierpienia. «Eutanazję zatem należy rozpatrywać w kontekście intencji oraz zastosowanych metod»"[7]. Ustanawia to jednoznaczne granice, za eutanazję uznając jedynie dwie z pięciu przedstawionych przez Malczewskiego sytuacji – uśmiercenie pacjenta na jego prośbę, oraz umyślne pozbawienie pacjenta życia. Pozostałe zalicza do tak zwanej opieki paliatywnej, czyli procedur mających na celu uśmierzenie cierpienia pacjenta, których celem nie jest jego uśmiercenie. Jakkolwiek zaprzestaje się w tym wypadku uporczywej

[2] J. Malczewski, *Eutanazja. Gdy etyka zderza się z prawem*, Warszawa 2012, s. 77.

[3] *Słownik języka polskiego PWN,* oprac. L. Drabik, A. Kubiak-Sokół, E. Sobol, L. Wiśniakowska, Warszawa 2006, s. 199.

[4] https://pl.wiktionary.org/wiki/eutanazja, 13.01.2017.

[5] J. Malczewski, *op.cit.,* s. 83–84.

[6] *Ibidem*, s. 84–85.

[7] Jan Paweł II, *Evangelium vitae*, Nr. 65.

terapii, która byłaby długotrwała, zaś jej efekty nieproporcjonalne do spodziewanych skutków, to czyniąc to dąży się do zapewnienia pacjentowi ograniczenia jego cierpień wynikających z choroby, godząc się jednak na jego śmierć.

Obok stanowiska wywodzącego się z teologii katolickiej, funkcjonują poglądy bazujące na nim, jednak zacierające obraz jasno wyłożony przez Jana Pawła II. I tak na przykład ks. prof. Artur Jerzy Katolo jedno ze swoich dzieł poświęcił nakreśleniu problematyki eugeniki i eutanazji w nazistowskich Niemczech[8]. Autor poświęca większość książki na faktograficzne przedstawienie podejmowanych przez NSDAP inicjatyw eugenicznych oraz eutanatycznych, cytując chociażby rozkaz Hitlera antydatowany na 1 IX 1939 r., w którym zezwolił on ciężko chorym, bez nadziei na poprawę, przyznać „śmierć z łaski"[9]. Opisane są też takie akcje jak akcja T-4, w wyniku której doszło do uśmiercenia w komorach gazowych niemalże 70 000 chorych ze specjalnie do tego utworzonych zakładów[10]. W zakończeniu rozwiązania praktykowane w III Rzeszy odnosi do aktualnej sytuacji na świecie[11]. Nie rozgranicza tam wyraźnie różnych zachowań, takich jak eutanazja, czy aborcja, co powoduje, że wszelkie przejawy pozbawiania życia człowieka z przyczyn bądź to medycznych, bądź też ideologicznych, są traktowane jednakowo. Autor nie ogranicza się jednak tylko do jednoznacznego potępienia eutanazji i aborcji. Nie definiując wyraźnie pojęć, o których pisze, porównuje współczesne programy tzw. kontroli urodzeń do inicjatyw nazistowskich. Pomija przy tym takie czynniki, jak przymusowość i masowość działań eugenicznych w III Rzeszy. Można odnieść wrażenie, że „Zakończenie" poświęcone jest tylko aborcji, jednak w świetle tego, że połowa książki poświęcona jest eutanazji, jak i tego, że składa się ono w znacznej mierze z pytań retorycznych, nie wskazując wprost, o jakie działanie chodzi, dopuszczalne wydaje się odniesienie tych słów również do eutanazji.

Co ciekawe, istnieją osoby stojące na stanowisku antyeutanazyjnym uważające, że nieetyczne jest przerwanie terapii, gdy ta została już podjęta (a również nie zwiastuje efektów)[12]. Podejście takie wydaje się niepotrzebnie restrykcyjne i bazuje na przekonaniu, że decyzja o cofnięciu środków mających na celu zapobieżenie śmierci pacjenta jest bardziej brzemienna w skutkach, niż decyzja o niepodjęciu żadnego leczenia. Powyższe stanowisko nie wydaje się przekonujące. W trakcie leczenia mogą bowiem ulec zmianie różne czynniki – pogorszeniu ulec może stan zdrowia pacjenta, albo też mogą nadejść wyniki badań podważające wcześniejszą diagnozę. Wówczas to terapia może stać się uporczywa i nie prowadząca do oczekiwanego skutku, mimo najlepszych chęci. Trudno wówczas uznać, aby zaprzestanie leczenia było zgodne nawet z restrykcyjnym nauczaniem Kościoła Katolickiego. Co więcej, chaos pojęciowy, który tworzy się przy okazji omawianej dyskusji, powoduje ponadto, że metody nie określane przez przeciwników eutanazji tym terminem, również pośrednio padają przedmiotem tej krytyki[13].

---

[8] A.J. Katolo, *Eugenika i eutanazja w medycynie hitlerowskiej*, Warszawa 2012, *passim*.

[9] *Ibidem*, s. 68.

[10] *Ibidem*, s. 72.

[11] *Ibidem*, s. 100–102.

[12] T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1996, s. 208.

[13] J. Malczewski, *op.cit.*, s. 82.

Z kolei zwolennicy eutanazji rozszerzają to pojęcie na inne zachowania z wymienionej grupy. I tak np. Jeff McMahan, autor *Etyki Zabijania*, eutanazją określa czyny spełniające dwie przesłanki. Po pierwsze, osoba zabijana, albo której pozwala się umrzeć, musi skorzystać na swojej śmierci (gdyż jej życie nie jest już warte życia). Po drugie, osoba, która zabija tę drugą, albo pozwala jej umrzeć, musi mieć intencję oraz przekonanie, że śmierć ta przyniesie więcej pożytku niż dalsze życie[14]. W tym wypadku w zasięg pojęcia eutanazji wejdzie również wspomagane samobójstwo. Przesądza o tym sformułowanie „pozwala jej umrzeć", które zakłada bierne zachowanie osoby obecnej przy śmierci tego, który odbiera sobie życie. Jak można zauważyć, akt eutanazji w tym przypadku jest rozumiany znacznie szerzej niż w przypadku wyżej cytowanych autorów. Zakładając bowiem, że przyjmując drogę opieki paliatywnej lekarze nie przewidują wyleczenia pacjenta, ograniczając się do łagodzenia jego cierpień. Nie dążąc co prawda bezpośrednio do śmierci pacjenta, lekarze ci nie czynią starań, aby ostatecznie jego życie zachować. Przekładając to na język etyki konsekwencjonalistycznej można uznać, że uznają, że śmierć będzie dlań lepsza od uporczywej terapii.

2. Zarys dyskusji o eutanazji i wspomaganym samobójstwie

Jednym z najbardziej głośnych i budzących największe emocje stanowisk jest myśl Jeffa McMahana przekazana w pracy *Etyka zabijania*. Autor próbuje określić granice, poza którymi można uznać za dopuszczalne pozbawienie życia drugiego człowieka.

Aby zilustrować różnicę między wspomaganym samobójstwem a aktywną eutanazją, McMahan przywołuje przykład dr. Kevorkiana, który w Szwajcarii prowadził swą klinikę, w której ludzie pozbawieni chęci życia, mogli dokonać, dzięki aparaturze udostępnionej przez doktora, samobójstwa. Jednak inaczej zostaje sklasyfikowana sytuacja, gdy Kevorkian pomaga pacjentowi niezdolnemu do naciśnięcia przycisku, którym zada sobie śmierć, naciskając go za niego. Według filozofa jest to już przypadek aktywnej eutanazji. Nacisk więc pada na uzewnętrznione działanie[15]. Obrazuje to, jak niewielka jest granica między tymi dwoma zachowaniami. Sytuacja ta jeszcze trudniejszym czyni jednoznaczne określenie, kiedy mowa o eutanazji, a kiedy o wspomaganym samobójstwie. Wydaje się, że tak drobny element niekoniecznie musi przesądzać o w gruncie rzeczy doniosłej zmianie. Zasadnie jest zadać pytanie, czy intencja nie odgrywa decydującej roli w przypadku tego typu zachowań?

Kolejnym poruszanym zagadnieniem jest to, czy w ogóle można różnicować między aktywnym a pasywnym udziałem w śmierci człowieka, to znaczy, czy do jednego i drugiego można przypisywać różną wartość etyczną. Skoro już takie rozróżnienie istnieje, to stanowi to dla nas przesłankę do następującego wniosku: zabicie kogoś jest bardziej godne potępienia, niż pozwolenie komuś umrzeć przez to właśnie, że bez naszego bezpośredniego działania do takiego skutku by nie doszło. Z drugiej strony, nieingerencja w ciąg wydarzeń prowadzących do czyjejś śmierci, uznajemy za mniej szkodliwe, gdyż po prostu nie zapobiegliśmy czemuś, na co sami nie mieliśmy wpływu. McMahan stoi

[14] J. McMahan, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of life*, Nowy Jork 2002, s. 456.

[15] *Ibidem*, s. 460.

na stanowisku, że tak naprawdę między pozbawieniem kogoś życia, a pozwoleniem na jego śmierć, nie ma istotnej różnicy. Nawet jeśli jest, to powinno dojść do odwrócenia wartości – jeśli rzeczywiście mówimy o eutanazji, to, zgodnie z przytoczoną już definicją autora, jednym z jej warunków jest to, aby życie tego, którego zabijamy bądź pozwalamy mu umrzeć, nie było już warte dalszego trwania. W tej sytuacji, zabijając kogoś, wyrządzamy mu tak naprawdę dobro, skracając jego cierpienia. Z kolei nie zapobiegając jego śmierci, nie bierzemy udziału w uwolnieniu go od brzemienia życia[16].

Warto przedstawić argumenty McMahana przeciwko jednemu z deontologicznych uzasadnień ochrony prawa do życia, które jest jednym z najpopularniejszych stanowisk sceptycznych wobec dopuszczalności eutanazji. Chodzi o argument ze świętości życia ludzkiego, które posiada nienaruszalną wartość samą w sobie. Polemika jest prowadzona w oparciu o poglądy R. Dworkina, który uznaje, że świętość życia swoje uzasadnienie znajduje z „inwestycji", jaką życie jest i ze względu na dobro, które może ono przynieść, nie powinniśmy go likwidować. Takie uzasadnienie świętości życia ludzkiego wprowadza to pojęcie na grunt McMahana, który wskazuje, że życie człowieka ciężko cierpiącego, którego śmierć nie byłaby szkodą dla osób trzecich, trudno uznać za inwestycję, która może jeszcze przynieść wymierne korzyści. Wskazane są też słabe strony rozumienia życia jako wartości samej w sobie, oderwanej od jednostki i obowiązku jego ochrony właśnie ze względu na ten szczególny status. Odwołując się do argumentacji Dwornika, McMahan zwraca uwagę na fakt, że nie budzą zastrzeżeń ograniczenia prawa do życia, powstające na przykład w wyniku obrony koniecznej. Dworkin staje na stanowisku, że prawo do życia zostaje tu uchylone jako prawo przez tego, który traci swą „niewinność" dopuszczając się zamachu na cudze życie. Oznacza to, że zdaje się on jednak traktować świętość prawa do życia jako okoliczność nieistotną w kontekście kryteriów i możliwości jego uchylenia[17].

Stanowiskiem stojącym w opozycji do postawy reprezentowanej przez amerykańskiego filozofa jest zdecydowanie antyeutanatyczna postawa, zamieszkałego w Holandii polskiego kardiologa żydowskiego pochodzenia, Ryszarda Fenigsena. Był on poważnie zaniepokojony problemem dokonywania masowych eutanazji w Holandii, który zaistniał od początku lat 70. XX w. i nie zmalał do momentu wydania wykorzystanego w pracy wydania książki, czyli do 1997 r. Mimo penalizacji eutanazji przez holenderskie prawo karne, była ona dokonywana bardzo często przez holenderskich lekarzy, którzy konsekwencje ponosili w niewielu przypadkach, a jeśli już zostawali pociągnięci do odpowiedzialności, to czysto symbolicznej[18]. Swoje rozważania o eutanazji prowadzi *stricte* w kontekście relacji pacjent – lekarz, co jednak nie wydaje się osłabiać jego argumentacji, biorąc pod uwagę, że większość eutanazji ma miejsce w szpitalach, czy jest przeprowadzana w innym miejscu.

Autor przede wszystkim podważa jakąkolwiek możliwość działania dla dobra chorego przez dokonanie na nim aktu eutanazji[19]. Przywołuje on co prawda ten argument

[16] *Ibidem*, s. 461.

[17] *Ibidem*, s. 464–472.

[18] R. Fenigsen, *Eutanazja. Śmierć z wyboru?*, Poznań 1997, s. 91–92.

[19] *Ibidem*, s. 16–19.

w kontekście eutanazji bez zgody i wiedzy chorego, jednak należy pamiętać, że taki czyn również jest eutanazją zgodnie z definicją McMahana. Jeśli pewna osoba udaje się do szpitala, to po to, aby zostać wyleczoną, a nie po to, aby jej życie zostało skrócone w łagodny sposób. Fenigsen podobne nastawienie porównuje do nastawienia „ideologów ludobójstwa". Wskazuje nadto, że nie zawsze „dobra" śmierć pozbawiona jest cierpienia. Dochodziło bowiem do przypadków, w których nie udzielano wsparcia pacjentowi z ciężką mocznicą, która powoduje bolesne i długotrwałe umieranie. Skutkiem upowszechnienia eutanazji jest załamanie komunikacji między lekarzem a pacjentem, gdyż ten pierwszy tylko sobie przyznaje kompetencje to oceny tego, czy życie pacjenta „jest warte życia".

Kolejnym czynnikiem, który przemawia na niekorzyść eutanazji, jest fakt, że zasady etyki lekarskiej nie pozwalają lekarzowi na odmowę udzielenia pomocy pacjentowi[20]. Lekarz ma ratować życie pacjentów, nie czyniąc różnic między osobami. Tak więc osoby cierpiące, nawet jeśli nie widzą nadziei na wyzdrowienie, powinny być ratowane tak długo, jak długo terapia będzie w stanie przynieść pozytywne owoce. Tradycja etyki lekarskiej nie przewiduje w żadnym aspekcie skrócenia cierpień pacjenta przez jego uśmiercenie. Powyższe stanowisko wspierają nie tylko utrwalone zasady wykonywania zawodu lekarza, lecz również etyka kantowska. Kant sformułował trzy odmiany swojego imperatywu kategorycznego. Jedną z nich jest ta głosząca, aby „człowiek był zawsze celem, nigdy środkiem"[21]. Przyjęcie takiej zasady stawia człowieka i jego istnienie na pierwszym miejscu i niemożliwe jest przyjęcie, aby uśmiercenie go usprawiedliwiało to, że lekarz mu współczuje, a jego życie nie niesie ze sobą żadnych perspektyw. Oznaczałoby to bowiem, że celem jest skrócenie cierpień jednostki i zaspokojenie potrzeby współczucia lekarza. Fenigsen wskazuje jeszcze inny ciekawy aspekt podobnego podejścia. Osoby stojące na przeciwnym do jego stanowisku, wartościują ludzkie życie. Jedno życie może przynieść korzyści społeczeństwu, inne być dla niego ciężarem. Człowiek staje się wówczas środkiem do budowania silniejszego społeczeństwa[22].

3. Regulacja zagadnienia w polskim prawie konstytucyjnym i karnym

Art. 38 Konstytucji RP ustanawia prawo do ochrony życia w dość enigmatyczny sposób. Owszem, jest ono wymienione jako pierwsze z praw osobistych, jednak sama konstrukcja przepisu pozostawia szeroką swobodę interpretacji tej ochrony. Analizując więc status prawa do życia odwołać się należy do zdobyczy doktryny i orzecznictwa konstytucyjnego. Dr Tomasz Sroka, w komentarzu do art. 38 Konstytucji RP, bardzo wyraźnie podkreśla wagę prawa do życia, powołując się na orzecznictwo Trybunału i poglądy prof. Andrzeja Zolla. Prawo do życia na gruncie polskiej Konstytucji zajmuje wartość nadrzędną nad innymi prawami i wolnościami oraz jest gwarantem realizacji godności człowieka, która jest nienaruszalna, niezbywalna i przyrodzona. Bez istnienia życia nie byłoby możliwe wykonywanie wszelkich praw i wolności, nie istniałby bowiem

[20] *Ibidem*, s. 26.

[21] *Ibidem*, s. 27.

[22] *Ibidem*, s. 28.

zdolny do tego podmiot. Art. 38, w świetle tego stanowiska, nakłada na organy państwa obowiązek takiego kształtowania prawa i stosunków społecznych, które umożliwiałoby pełną realizację prawnej ochrony życia. Oznacza to oczywiście działania prewencyjne, utrata życia jest bowiem nieodwracalna[23].

Autor zdaje się traktować eutanazję w wąskim znaczeniu, zdecydowanie stając na stanowisku, że na gruncie polskich norm konstytucyjnych jest ona niedopuszczalna. Odrywa przy tym życie jako dobro przysługujące konkretnej jednostce, a traktując je jako wartość również międzyludzką, która ma znaczenie sama w sobie i nie jest możliwe swobodne nią dysponowanie. Wszelkie ograniczenia prawa do życia, jakkolwiek dopuszczalne, należy dopuszczać w najwęższym możliwym zakresie, unikając stosowania testu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w pełnym zakresie, co mogłoby prowadzić do nieuzasadnionych nadużyć[24]. Trybunał Konstytucyjny nałożył w tej mierze dwa istotne ograniczenia, opierając się na art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[25] (dalej: EKPCz). W orzeczeniu o sygnaturze K 44/07[26] (dotyczącym dopuszczalności procedury *Renegade*, umożliwiającej zestrzelenie samolotu cywilnego opanowanego przez terrorystów), stwierdził, że do ograniczenia prawa do życia po pierwsze – musi zachodzić przesłanka absolutnej konieczności, a więc ograniczyć prawo do życia można jedynie w ostateczności, a po drugie – katalog dóbr umożliwiających ograniczenie prawa, zawarty w art. 31 ust. 3, w przypadku prawa do życia jest ograniczony. Stanowi ono fundamentalną wartość konstytucyjną, zajmującą bezwzględnie jedną z najwyższych pozycji w hierarchii. Po wykluczeniu dóbr stojących niżej w hierarchii konstytucyjnych wartości, pozostaje jedynie możliwość ograniczenia prawa do życia „symetrycznie", to znaczy przez wzgląd na zagrożenie dla życia innego człowieka.

Na marginesie wypada dodać, że jeszcze bardziej radykalne stanowisko wyraził sędzia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, Antonin Scalia, stając na stanowisku, że państwo ma pełne prawo do absolutnej ochrony życia, nawet kosztem cierpienia danej osoby tak dużego, że lepiej dla niej byłoby umrzeć. Życie bowiem stanowi wartość znaczącą więcej niż dobro jednostki[27].

Istotnym głosem w dyskusji, który należy odnieść do argumentów Jeffa McMahana, jest stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, wyrażone w orzeczeniu K 44/07, że życie ludzkie nie podlega wartościowaniu. Życie jednego człowieka nie jest warte mniej, niż życie kilku osób. Docieramy tu do pytania – czyż nie wartościujemy życia ludzkiego, godząc się na odebranie go komuś, gdy uznamy, że jego dalsza egzystencja

[23] T. Sroka, *Komentarz do art. 38 Konstytucji RP* [w:] *Konstytucja. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogizdkmjsha2tsmroobqxalrsgu4dsnq, 15.01.2017.

[24] *Ibidem*.

[25] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).

[26] Wyrok TK z dnia 30.09.2008 r., sygn. K 44/07, OTK-A 2008, Nr 7, poz. 126.

[27] Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, No. 88-1503, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/497/261, 15.01.2017.

jest pozbawiona sensu? Krytykę pojęcia „jakości życia" podjął również Fenigsen[28], wskazując, że przyjmując takie pojęcie, z góry zakładamy obiektywną skalę tego, czyje życie jest lepsze, a czyje gorsze. Wydaje się to naruszać zasadę równości w najbardziej fundamentalnej sferze wartości.

W kontekście badania norm generalnych, warto odnieść się również do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który wypowiadał się wielokrotnie na temat prawa do życia w kontekście eutanazji i wspomaganego samobójstwa. Bardzo istotne spostrzeżenie uczynił w przypadku rozpatrywania sprawy Pretty vs. United Kingdom[29], kiedy to uznał, że kobiecie chorej na stwardnienie zanikowe boczne nie przysługiwało prawo do uzyskania od władz zgody na dokonanie wspomaganego przez jej męża samobójstwa. Trybunał stanął bowiem na stanowisku, że z prawa do życia nie wynika jego negatywne sformułowanie, mianowicie „prawo do śmierci". Uznał więc, że jeśli lokalny system prawny nie przewidział takiej możliwości, to jest to kwestia na tyle złożona i niejednoznaczna, że nie można arbitralnie uznać, że prawo tak skonstruowane musi koniecznie naruszać art. 2 EKPCz.

Nie ulega wątpliwości, że życie jest jedną z najistotniejszych wartości, co celnie opisują argumenty przywoływane przez Srokę oraz Trybunał Konstytucyjny. W istocie jest ono najściślej związane z możliwością działania, a w konsekwencji realizowania i zabezpieczania konstytucyjnych wolności i praw. Może jednak budzić zastrzeżenia pogląd, wedle którego prawo do życia nie podlega swobodnemu nim dysponowaniu. W komentarzu Tomasz Sroka nie podaje wyraźnego argumentu, który miałby uzasadniać tego typu wyjątkowość omawianego prawa. Trudno uznać, aby wystarczającym uzasadnieniem było wielkie znaczenie prawa do życia w porządku praw konstytucyjnych. Argumentów nie dostarcza również przywołany przez autora komentarza artykuł[30]. Klasyfikuje on jedynie życie jako wartość będącą niezależną od jej posiadacza korzyścią, którą zgodnie z teorią korzyści (*benefit theory*) nie może on z tego względu swobodnie dysponować. Przywołane są w nim jedynie przykłady nieograniczalności prawa do nauki, czy wolności osobistej. Samo zyskanie dobra zupełnie niezależnie od siebie nie jest czymś, co nie pozwala w żaden sposób nim dysponować. Ogromna większość przysługujących nam konstytucyjnych dóbr nie jest tak naprawdę zasługą tych, którym przysługują, wypływając z przyrodzonej i niezbywalnej godności. A jednak wieloma z nich możemy dysponować.

Niemniej jednak wydaje się, że istnieje uzasadnienie dla poglądu dotyczącego niemożności swobodnego dysponowania swym życiem. Jednym ze sposobów na obronę argumentu, że nie można dysponować dobrem otrzymanym zupełnie niezależnie od jednostki, jest uznanie, że w jakiś sposób jego pozbycie się, narusza jego wolę czy prawa. Unikając rozważań metafizycznych, należy uznać, że tymi, od których pochodzi

[28] R. Fenigsen, *op.cit.*, s. 22.

[29] Pretty vs. United Kingom, 2346/02, http://hudoc.echr.coe.int/eng# {%22fulltext%22: [%22pretty%20v.%20united%20kingdom%22],%22documentcollectionid2%22: [%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22: [%22001-60448%22]}, 15.01.2017.

[30] M. Piechowiak, *Wokół konstytucyjnej ochrony Życia. Próba oceny propozycji nowelizacji Konstytucji RP*, Przegląd Sejmowy 2010, nr 1 (96) s. 30.

życie jednostki, są rodzice. To powoduje jednak problem polegający na tym, że po śmierci rodziców, albo w patologicznej sytuacji, gdy nie życzą sobie śmierci swojego dziecka, życie znów przechodzi do pełnej dyspozycji jego posiadacza. W konsekwencji trzeba uniezależnić brak możliwości dowolnego dysponowania swoim życiem od tego, od kogo zostało ono nabyte. Jednego uzasadnienia można szukać w społecznej odpowiedzialności jednostki, to znaczy sytuacji, w której w konsekwencji odebrania sobie przez nią życia, jej bliscy oraz osoby, za które była ona odpowiedzialna, pozostają bez pomocy. Argument ten jest słaby w sytuacji, gdy dana osoba nie ma możliwości zapewnić im dłużej środków utrzymania, czy pomocy, której wcześniej udzielała. Inną z dróg jest przywołanie wspomnianej już etyki kantowskiej, wedle której działanie dążące do odebrania swego życia jest sprzeczne z ludzką naturą i bezpośrednio godzi w ludzką godność. Nie jest bowiem możliwy do pomyślenia świat, w którym powszechnie obowiązującym prawem jest sytuacja, w której wszyscy odbierają sobie życie.

Powyższe argumenty służyć miały wzmocnieniu tezy o bardzo ograniczonej możliwości dysponowania życiem. Umożliwienie bowiem czynienia tego na szerszą skalę godzi nie tylko w wartości konstytucyjne, ale też w fundamentalny składnik człowieczeństwa. W związku z tym omawiane stanowisko należy poprzeć, uznając, że zwiększenie dostępności eutanazji w polskim porządku prawnym mogłoby prowadzić do poświęcania życia w imię mniej ważnych wartości.

Przechodząc teraz do konkretnych uregulowań polskiego prawa, to interesujące są w tym przedmiocie art. 150 oraz art. 151 Kodeksu karnego – ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz.U. 2016 poz 1137) (dalej: Kodeks karny). Pierwszy z nich penalizuje zabicie człowieka na jego żądanie i pod wpływem silnego współczucia dla niego. Jest to więc typ powszechny, nieograniczony tylko do lekarzy, czy nawet osób uśmiercających jednostki ciężko chore. Z paragrafu drugiego tego przepisu wynika, że „w wyjątkowych wypadkach" sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary bądź odstąpić od jej wymierzenia. Co istotne, sprawcą czynu może być również gwarant bezpieczeństwa dobra prawnego, który nie dochował swych zaktualizowanych obowiązków. Zachowanie sprawcy musi doprowadzić do skutku, to znaczy śmierci ofiary. Nie jest dopuszczalne, aby sprawca działał za zgodą ofiary, gdy sam zaproponuje dokonanie eutanazji, gdyż przepis wyraźnie wymienia w tym przypadku żądanie. Musi być to więc w pewien sposób jednoznacznie wyrażona wola ofiary, która jednak nie powinna być interpretowana w *stricte* cywilistycznych ramach. Co ponadto powoduje, że odpowiedzialność sprawcy powinna być oceniana na podstawie art. 150 k.k., to konieczność działania pod wpływem współczucia do cierpienia ofiary. Wystąpienie innego nastawienia emocjonalnego uniemożliwia zastosowanie tego przepisu[31]. Należy podkreślić, że współczucie ma się odnosić do cierpienia ofiary, a nie jej bliskich, które nie ma znaczenia przy ocenie znamion tego czynu[32].

Ogólne uregulowanie kodeksowe wskazuje na to, że również polskiemu ustawodawcy karnemu blisko do pozycji mocno stojących na straży życia i niechęci do eutanazji.

[31] M. Królikowski, *Art. 150 [Eutanazja]* [w:] M. Królikowski, R Zabłocki, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, Warszawa 2013, s. 2–3.

[32] R. Stefański, *Art. 150* [w:] R. Stefański, *Kodeks Karny. Komentarz,* Warszawa 2016, s. 9.

Co prawda § 2 opisanej wyżej regulacji przewiduje, że sąd może odstąpić od wymierzenia kary w stosunku do sprawcy, co mogłoby sprawiać wrażenie, jakoby ustawodawca tym samym chciał stworzyć grunt do zalegalizowania eutanazji. Jednak Michał Królikowski słusznie zauważa, że pogląd taki wynika z nierozróżniania sposobów kształtowania polityki kryminalnej państwa od instytucji mającej sądowi umożliwić w wyjątkowych przypadkach wydanie sprawiedliwego wyroku[33].

Wypada się w tym miejscu odnieść do zagadnienia uporczywej terapii, o którym była mowa przy opisywaniu stanowiska Kościoła Katolickiego. Podjęcie leczenia niosącego ze sobą dużo cierpień pacjenta, nieprzynoszące przy tym poprawy stanu jego zdrowia, godziłoby w jego godność, z której wszak, zgodnie z art. 30 Konstytucji RP, wynikają wszystkie prawa i wolności, w tym prawo do życia. Z tego też względu, takie zachowanie nie jest ze strony lekarza zaniechaniem, gdyż realizuje on swe obowiązki jako gwaranta, nałożone na niego przez Kodeks Etyki Lekarskiej[34]. Rozpoznanie musi być oparte na wskazaniach obecnej wiedzy medycznej i zależeć od specyfiki każdego kolejnego przypadku. To w gestii lekarza jest stwierdzenie tego, czy zastosowanie leczenia w danym przypadku byłoby celowe, czy też nie[35]. Jeśli więc tylko lekarz może określić, czy dalsza terapia ma sens, to jego ewentualna pomyłka, czy pochopne odstąpienie od ratowania życia pacjenta będzie trudne do wykrycia. Nie wydaje się jednak, aby ta sytuacja mogła, a nawet powinna, ulec zmianie. Istotą zawodu lekarza jest ratowanie życia i jego społeczna rola ściśle wiąże się z pokładanym w nim zaufaniem. Stworzenie komisji lekarskich przy podejmowaniu takich decyzji mogłoby doprowadzić do rozmycia odpowiedzialności[36] i zwolnić tempo pracy. Istotną różnicą, która pozwala na odróżnienie uporczywej terapii od eutanazji biernej, jest cel, który przyświeca działającemu. Jest nim nie śmierć chorego, a oszczędzenie mu cierpień na ostatnim etapie rozwoju choroby. Innym wyznacznikiem, wedle którego można określić różnicę między tymi zachowaniami jest to, czy w leczeniu stosuje się środki proporcjonalne, czy nieproporcjonalne. Środki proporcjonalne prowadzą do wyleczenia, nie powodując przy tym „nieznośnego cierpienia, bądź stanu niewygody". Z kolei środki nieproporcjonalne odznaczają się tym, że „nie niosą za sobą racjonalnej nadziei na wyzdrowienie albo złagodzenie bólu lub które pociągają za sobą skutki uboczne w postaci nieznośnego cierpienia lub stanu niewygody". A. Gałęska-Śliwka oraz M. Śliwka zwracają uwagę na problematyczność zakwalifikowania sztucznego odżywiania[37]. Z jednej bowiem strony odżywianie w normalnych przypadkach, w świetle polskiego prawa, powinno zostać zaliczone do grupy świadczeń towarzyszących, nie wiążących się bezpośrednio z dbaniem o zdrowie pacjenta[38], z drugiej jednak w sytuacji

[33] M. Królikowski, *Art. 150…*, s. 2

[34] Art. 32 i 33 Kodeksu Etyki Lekarskiej, http://www.nil.org.pl/__data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf, 15.01.2017.

[35] *Ibidem*, s. 4–5.

[36] R. Fenigsen, *op.cit.,* s. 93–94.

[37] A. Gałęska-Śliwka, M. Śliwka, *Stan wegetatywny, eutanazja, zaniechanie uporczywej terapii*, PiP 11/2009, s. 21.

[38] Art. 5 pkt 34 ustawy z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz.U. nr 164/2008 poz. 1027 ze zm).

osoby, co do której może mieć zastosowanie uporczywa terapia, często jest to, według autorów przytoczonego artykułu, czynność mająca dążyć do zachowania zdrowia lub życia pacjenta i w związku z tym powinno się dopuścić do zaniechania również tych czynności. Na poparcie tej tezy używają argumentu, że sztuczne odżywanie może się wiązać z przedłużaniem cierpień pacjenta. Z drugiej jednak strony należy pamiętać, że śmierć głodowa również wiąże się z cierpieniem, a nie sposób z całą pewnością uznać, że osoba w stanie wegetatywnym nie jest w stanie odczuwać bólu[39]. Stąd pogląd powyższy należy uznać za nietrafny i wiążący się ze zbyt daleko idącym ryzykiem.

Zakaz uporczywej terapii jest też czym innym niż sprzeciw pacjenta wobec zalecanego sposobu leczenia. Prawo to wynika z jego prawa do prywatności i znajduje potwierdzenie w wielu aktach prawa międzynarodowego. Nie można bowiem ograniczać czyjejś autonomii woli za cenę leczenia za wszelką cenę. Odmowa leczenia jednak nie jest tożsama z prośbą o uśmiercenie. Przyczyny stojące za taką decyzją mogą być rozmaite i wiązać się choćby z osobowością, czy wyznaniem pacjenta. Z tego też względu odmowa leczenia nie musi mieć na celu dążenia do śmierci a przede wszystkim brak woli, aby ktoś ingerował w stan psychofizyczny jednostki[40].

Art. 151 Kodeksu Karnego ustanawia sankcję karną za pomocnictwo bądź podżeganie do samobójstwa. W polskim systemie prawnym nie występuje przy tym żadna regulacja, która penalizowałaby samobójstwo. W związku z tym podnoszone są głosy jakoby brak było z tego względu uzasadnienia dla penalizacji czynów do samobójstwa ze swej istoty akcesoryjnych, to znaczy właśnie podżegania czy pomocnictwa[41]. Michał Królikowski wskazuje jednak na to, że samobójstwo, mimo iż nie karane przez ustawę karną, jest jednak potępiane przez sam system prawny jako czyn naruszający godność człowieka. Nikt bowiem nie posiada prawa swobodnego rozporządzania swoim życiem[42]. Nie należy też zapominać, że samobójstwo w dalszym ciągu pozostaje naruszeniem prawa do życia.

Omawiana regulacja nie przewidując przy tym wyjątku podobnego jak w art. 150 § 2. Porównując tę regulację z poprzednio omawianym artykułem, wypada zadać sobie pytanie, czy ustawodawca konstruując je był konsekwentny w swoich zamierzeniach. Art. 150 k.k. bywa nazywany „zabójstwem eutanatycznym", gdyż zakłada, że ktoś uśmierca drugą osobę, przy jej zgodzie oraz współczując jej. Z kolei art. 151 k.k. dotyczy kwestii wspomaganego samobójstwa, gdy to samobójca wykonuje czynność, która ma zakończyć jego życie, druga osoba zaś bądź go do tego podżega, bądź udziela pomocy. W takim wypadku trudno zrozumieć, dlaczego ustawodawca uznał, iż powinno się umożliwić sądowi nadzwyczajne złagodzenie kary, gdy sprawca wykonuje daną czynność, a zamknąć tę możliwość, gdy sprawca jedynie sprawia dogodne ku temu warunki[43].

---

[39] J. Sklar, *People In a vegetative state May feel pain*, https://www.newscientist.com/article/mg21729055-500-people-in-a-vegetative-state-may-feel-pain/, 6.05.2017.

[40] A. Gałęska-Śliwka, M. Śliwka, *Stan wegetatywny…*, s. 26–27.

[41] J. Malczewski, *op.cit.*, s. 182.

[42] M. Królikowski, *Art. 151 [Wspomagane samobójstwo]* [w:] M. Królikowski, R. Zabłocki, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, Warszawa 2013, s. 1.

[43] J. Malczewski, *op.cit.,* s. 186.

Jeśli chodzi o problem zaniechania uporczywej terapii, to adekwatny typ czynu nie znajduje regulacji w polskim prawie karnym. W tej sytuacji uzupełniająco należy stosować przepisy Kodeksu Etyki Lekarskiej, w którym następuje rozróżnienie eutanazji, pomocy w samobójstwie oraz uporczywej terapii. Tak więc, podczas gdy niedopuszczalne jest pomaganie pacjentom w samobójstwie oraz eutanazja, to lekarz ma prawo, a nawet obowiązek, nieść ulgę pacjentom w stanach terminalnych[44]. Stosowanie się do tych wskazań powoduje, że lekarze nie podlegają odpowiedzialności cywilnej za naruszenie prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności. Przed odpowiedzialnością karną z kolei, według części autorów, ma bronić lekarza kontratyp pozaustawowy, który oparcie znajduje w przepisach KEL oraz ustawy z 17.05.2017 r. o izbach lekarskich (Dz.U. nr 30 poz 158 ze zm.). Biorąc jednak pod uwagę wątpliwą zasadność tworzenia kontratypów pozaustawowych, należy opowiedzieć się za wyraźnym wyłączeniem odpowiedzialności lekarza stosującego zaniechanie uporczywej terapii w Kodeksie Karnym.

4. Podsumowanie

Dyskusja o eutanazji w Polsce wydaje się problemem dosyć zaniedbanym. Niejasności pojęciowe, jakie występują, nie zawsze są wyjaśniane przez osoby na jej temat się wypowiadające. Przez to trudno określić, do czego odnosi się dana argumentacja. Pewne definicje przyjmuje się jako aksjomaty niewymagające wyjaśniania. Tego typu stanowisko zdają się reprezentować przede wszystkim osoby niechętne eutanazji, podczas gdy jej zwolennicy szerzej opisują pojęcia, o których mówią.

Zarówno polskie prawo, jak i doktryna w kwestii eutanazji i ochrony życia są mocno zakorzenione w myśli społecznej Kościoła. Dzięki temu interpretacja art. 150 i 151 Kodeksu Karnego nie stanowi zasadniczego problemu, pokrywając się z twierdzeniami większości przeciwników eutanazji na temat tego co jest, a co nie jest dopuszczalne. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że przesłanki określone w powyższych normach różnią się nieco od powszechnie używanych pojęć eutanazji oraz wspomaganego samobójstwa. Na przykład art. 150 za zabójstwo eutanatyczne uznaje jedynie zabójstwo na żądanie pacjenta. Trudno znaleźć uzasadnienia dla takiego ograniczenia. Zgoda również jest pewnym przejawem woli, a kiedy już zostanie wyrażona, tak naprawdę cel ma podobny jak żądanie, to znaczy jej nadawca dąży do osiągnięcia jakiegoś celu. Klasyfikacja wówczas nie musi ulec zmianie na wspomagane samobójstwo, jako że to nie ofiara pozbawi się życia. Nie wydaje się w tej sytuacji właściwa, gdyż art. 150, będąc typem uprzywilejowanym do art. 148, łagodzi odpowiedzialność na podstawie tego, że sprawcą powodują szlachetne pobudki. Ten stan nie zmienia się, nawet, jeśli propozycja wyjdzie od sprawcy, który może już nie móc znieść oglądania cierpień osoby umierającej.

Niemniej jednak uznać należy, że polski system prawny w kwestii eutanazji i wspomaganego samobójstwa jest dość spójny i jednoznaczny. Wynika to, w mojej opinii,

[44] Art. 30–32 Kodeksu Etyki Lekarskiej, http://www.nil.org.pl/__data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf, 6.05.2017.

w pewnej mierze z faktu, że nie funkcjonuje w tym zakresie naukowa debata na szerszą skalę. Niekoniecznie zresztą musi to być zjawisko niepożądane. Polskie prawo gwarantuje bardzo daleko idącą ochronę życia, jako jednej z fundamentalnych wartości. Co więcej, stanowisko stawiające na pierwszym miejscu ratowanie życia a nie przynoszenie ulgi w cierpieniu, jest bliższe zasadom tradycyjnej etyki lekarskiej i nie sprzyja znajdowaniu wytłumaczeń dla skracania życia chorego ze względu na oszczędzenie mu cierpienia. Postulatem *de lege ferenda*, który należy podnieść, jest jednak odpowiednie uregulowanie problematyki zaniechania uporczywej terapii. W obecnym stanie prawnym bowiem lekarze, stosując powszechnie akceptowaną praktykę, nie posiadają dla niej mocnego oparcia w obowiązującym prawie.

* * *

Differences in Understanding of the Concept of Euthanasia and Assisted Suicide in Polish Law

It is uneasy to find borders of the term „euthanasia". It is usually understood as causing someone's dead because of the compassion. This definition is however to unsharp. This often-ignored topic is followed by the increase of controversies. Supporters of euthanasia argue, that life of the human, who someone else has a right to kill, or help him to commit suicide, is not worth living and it would be good for him if his life would be terminated. On the other hand, the contesters of euthanasia point at the extraordinary value and position of human life, connecting it to the concept of dignity which exists only because one is a human being. The way of formulating and systematizing polish law indicates that the legislator values the second system more. Similar consequences were found by the larger part of the doctrine.

Key words: euthanasia, suicide, ethics, constitution, criminal law

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Michał Passon[1]

Równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej w ujęciu konstytucyjnym

Streszczenie

Artykuł będzie obejmować problematykę równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, wyrażonego w art. 68 ust. 2 polskiej Konstytucji. Celem artykułu jest omówienie tego przepisu w jak najszerszym stopniu. Do tej pory zarówno orzecznictwo jak i doktryna koncentrowała się przede wszystkim na ustępie pierwszym, czyli na prawie do ochrony zdrowia. Eksploracja ta jest o tyle ciekawa, że stanowi próbę wyodrębnienia treści ustępu drugiego z treści ustępu 1, albowiem prawo do ochrony zdrowia jest pojęciem szerszym niż pojęcie równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej. Wobec powyższego można przyjąć tezę o podrzędności zakresowej omawianej normy w relacji do prawa do ochrony zdrowia. W artykule pokrótce zostanie także przedstawiony aspekt historyczny w kontekście omawianej regulacji. W treści artykułu poruszony jest również problem związany z kwalifikacją prawną omawianej normy, jej charakteru oraz normatywności. Przedmiotem rozważań będzie jednak przede wszystkim obowiązek, który Konstytucja nakłada na ustawodawcę i związane z tym wymogi w zakresie operatywności, dostępności rzeczywistej, zasady równości, finansowania, które ograniczają swobodę prawodawcy. W treści opracowania zostaną wskazani beneficjenci tego uprawnienia oraz zakres świadczeń, który będzie im przysługiwać. Problematyka ta ma niezwykle istotne znaczenie dla obywateli polskich, zwłaszcza w systemie, w którym obowiązuje, w dużym uproszczeniu, system obowiązkowego ubezpieczenia zdrowotnego.

Słowa kluczowe: zasada równości, dostęp do świadczeń, opieka zdrowotna, ochrona zdrowia, świadczenia zdrowotne, Konstytucja

---

[1] Autor jest studentem III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

1. Wprowadzenie

Wyrażone w artykule 68 ust. 1 Konstytucji[2] prawo obywateli do równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych niewątpliwie ma coraz bardziej istotne znaczenie, zwłaszcza w dobie tendencji do rozszerzenia zakresu świadczonych usług zdrowotnych i socjalnych przez państwa Unii Europejskiej. Wpisanie tej normy do treści polskiej ustawy zasadniczej przez ustrojodawcę może stanowić dobrą ilustrację dla dokonanej zmiany ustrojowej, która miała miejsce w końcówce XX wieku. Umieszczenie tej normy w akcie prawnym o najwyższej randze w polskim systemie prawa jest przede wszystkim instrumentem służącym ochronie praw człowieka i obywatela. Jest ono również pewnym obowiązkiem dla władzy publicznej, które zobowiązana jest realizować i przestrzegać. Jednakże, aby stwierdzić, w jakim stopniu władza publiczna związana jest wskazanym obowiązkiem, konieczne jest dokonanie bardziej szczegółowej analizy określonej normy. Będzie to również istotne dla określenia stopnia uprawnień, których zaspokojenia wymagać może polski obywatel. W treści tego artykułu postaram się w jak największym stopniu doprecyzować normę określoną w art. 68 ust.2 Konstytucji.

2. Zdefiniowanie

Rozpoczynając moje rozważania warto zaznaczyć, że należy dokonać rozróżnienia między wyrażonym w ust. 1 art. 68 Konstytucji, prawem do ochrony zdrowia, a wyrażonym w ust. 2 tegoż artykułu, równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, chociażby ze względu na fakt, że każda z tych norm odnosi się do innego adresata. Warto zaznaczyć, że pojęcia te nie są legalnie zdefiniowane w Konstytucji[3]. Adresatem z ustępu pierwszego jest „każdy", czyli wszystkie osoby fizyczne[4], a w ustępie drugim jest to władza publiczna – organy państwa i samorządu terytorialnego. Wskazaną różnicę podkreślił przede wszystkim Trybunał Konstytucyjny w swoim wyroku o sygnaturze K 14/03[5]. Ponadto, normy te cechuje również zupełnie inny zakres, co zdaje się potwierdzać literalne znaczenie brzmienie porównywanych norm. Posłużywszy się definicją słownikową, warto wskazać, że opiekę zdrowotną można definiować, za Encyklopedią PWN, jako: „zorganizowane działanie określonego systemu świadczeń zdrowotnych opartych na instytucjach służby zdrowia, mające na celu zapewnienie zachowania dobrego stanu zdrowia lub jego przywrócenie w przypadku utraty, a gdy jest to niemożliwe — zmniejszenie skutków choroby i łagodzenie dolegliwości"[6]. Natomiast

[2] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483).

[3] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 lipca 2008 r. sygn. akt K 24/07 (Dz.U. 2008 nr 138 poz. 874).

[4] Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lutego 2002 r., sygn. akt Ts 171/01, OTK 2002, nr 2B, poz. 168.

[5] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

[6] Encyklopedia PWN, http://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/opieka%20zdrowotna.html, 07.01.2017.

ochrona zdrowia może być rozumiana, za encyklopedią PWN, jako: „polityka społ.; wszelka społeczna działalność, której celem jest zapobieganie chorobom i ich leczenie, utrzymanie rozwoju psychicznego, fizycznego i społecznego człowieka, przedłużanie życia, zapewnienie zdrowego rozwoju następnym pokoleniom”[7]. Wskazane definicje potwierdzają tezę o odmienności zakresowej przedstawionych norm i konieczności ich wyodrębnienia. Również TK dostrzegł potrzebę odróżniania od siebie tych pojęć, ze względu na ich różne zakresy znaczeniowe. Ochrona zdrowia będzie miała szerszy zakres znaczeniowy niż opieka zdrowotna[8]. Choć dopuszczalne jest zarówno wykładanie tych przepisów wspólnie jak i samodzielnie, to na potrzeby tego opracowania przyjmę tezę o tym, że między ust. 1 a ust. 2 nie ma nierozerwalnego związku i dlatego też, mogą być one „wykładane samodzielnie”[9]. Wobec powyższego, na potrzeby tego artykułu postaram się odnieść przede wszystkim do treści ustępu drugiego, w jak największym oderwaniu od normy zawartej w ustępie pierwszym. Jest to zadanie niezwykle skomplikowane, ponieważ wskazane normy, ze względu na realizowany cel są ze sobą immanentnie związane[10].

3. Aspekt historyczny

Na uwagę zasługuje fakt, iż norma stanowiąca o równym dostępie do świadczeń opieki zdrowotnej jest *novum* w porównaniu do zawartości treściowej Konstytucji PRL[11]. Obowiązujący system polityczno-gospodarczy w Polsce w okresie obowiązywania ówczesnej konstytucji odcisnął piętno również i na treści art. 60. Konstytucja z 1952 r. nie wyrażała bowiem *expressis verbis* takiego uprawnienia. Ograniczyła się ona tylko lakonicznego stwierdzenia, polegającego na zapewnieniu ochrony zdrowia oraz wyliczeń, które miały temu służyć. Wskazaną zmianę należy uznać bez wątpienia za pozytywną. Jest ona oczywistym potwierdzeniem wspólnej tożsamości aksjologicznej występującej w ramach europejskiej kultury prawnej, jak i określonego podejścia do praw i wolności człowieka i obywatela.

Z kolei tzw. „Mała Konstytucja” z 1992 r.[12] w ogóle nie dotyczyła problematyki wolności i praw, co było z oczywistych względów uzasadnione. Miała ona bowiem na celu uregulowanie podstawowych relacji między organami władzy publicznej. Z tego też powodu, co do zasady, utrzymała ona w mocy wolności i prawa wyrażone w Konstytucji PRL. Jednakże „Mała Konstytucja” derogowała przepis traktujący o prawie do ochrony zdrowia z 1952 r. oraz nie wprowadziła żadnego substytutu powyższego

[7] Encyklopedia PWN, http://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/ochrona%20zdrowia.html, 07.01.2017.

[8] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 lipca 2008 r. sygn. akt K 24/07 (Dz.U. 2008 nr 138 poz. 874).

[9] J. Trzciński, *Komentarz do art. 68 Konstytucji* [w:] K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzciński, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2001, t. 2, s. 2.

[10] K. Kurowski, *Wolności i prawa człowieka i obywatela z perspektywy osób z niepełnosprawnościami,* Warszawa 2014, s. 163.

[11] Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (Dz.U. 1952 nr 33 poz. 232).

[12] Ustawa Konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym. (Dz.U. 1992 nr 84 poz. 426).

uprawnienia. Wobec powyższego nie jest konieczna dalsza analiza historycznego brzmienia tegoż artykułu i jak najbardziej zasadne będzie przejście do omawiania problematyki równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej na gruncie obecnie obowiązującej Konstytucji.

4. Kompetencja adresata

Rozpocząwszy analizę merytoryczną treści omawianej normy, konieczne jest szersze odniesienie się do problematyki adresata. Warto zastanowić się nad kompetencją nałożoną na niego, wynikającą z treści art. 68 ust. 2 Konstytucji. Posługując się pojęciem kompetencji, należy zwrócić uwagę, że wskazana powyżej norma nie tylko przyznaje pewną możliwość działania, ale nakłada obowiązek jej realizacji przez adresata[13]. W konsekwencji władza publiczna, a więc adresat, będzie nie tylko upoważniona do zapewnienia dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, ale również będzie ona zmuszona go zagwarantować. Również Trybunał Konstytucyjny opowiedział się za tym rozumieniem pojęcia „kompetencji": „Norma zawarta w art. 68 ust. 2 zdanie drugie nie jest jedynie upoważnieniem ustawodawcy zwykłego do określenia warunków i zakresu świadczeń, lecz nakłada na ustawodawcę taki obowiązek"[14]. W ten sposób wykluczono dopuszczalność arbitralnego działania ustawodawcy w zakresie uregulowania kwestii dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej. Wskazany przepis zawęża również swobodę ustawodawcy w tym zakresie, chociażby poprzez sformułowanie wymogu finansowania dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych. Zatem niemożliwe będzie stworzenie takiego systemu opieki zdrowotnej, który w jakimkolwiek stopniu nie byłby finansowany ze środków publicznych[15]. Warto podkreślić fakt, że dla niektórych przedstawicieli doktryny, w przypadku tej delegacji ustawowej, przyznano ustawodawcy zbyt duży zakres swobody w doprecyzowaniu normy konstytucyjnej[16].

5. Prawo socjalne i norma programowa

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej dokonuje podziału zawartych w niej wolności i praw na osobiste, polityczne oraz ekonomiczne, socjalne i kulturalne. Dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej należy uznać za prawo socjalne, ustrojodawca umieścił ją bowiem w podrozdziale zatytułowanym „wolności i prawa ekonomiczne, socjalne i kulturalne". Również orzeczenie TK przemawia za tą interpretacją, ponieważ prawo do ochrony zdrowia zostało uznane całościowo za prawo socjalne (bez rozróżnienia na ust. 1 i ust. 2)[17], wobec czego być może wydaje się zasadne dokonanie podziału na prawo do ochrony zdrowia *sensu largo* i *sensu stricto.* Wyróżnienie tej grupy praw i wolności budziło kontrowersje podczas prac nad tworzeniem konstytucji, co znalazło

[13] J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 142.

[14] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

[15] *Ibidem.*

[16] Tak np. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.* Warszawa 2012, s. 410.

[17] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2004 r. sygn. akt K 54/02 (Dz.U. 2004 nr 40 poz. 374).

swoje odzwierciedlenie w ich ostatecznym kształcie i brzmieniu[18]. W porównaniu do innych praw i wolności, prawa ze wskazanego podrozdziału będą mieć bardziej ogólny i niedoprecyzowany charakter, którego celem jest pozostawienie ustawodawcy większy zakres swobody w realizacji nałożonego na niego obowiązku[19]. Swoboda ustawodawcy nie jest jednak nieograniczona[20]. Na tym etapie moich rozważań warto jest również pokrótce odnieść się do kwestii charakteru norm socjalnych w rozumieniu polskiej konstytucji. Odnośnie tego, czy normy socjalne mają charakter normatywny, w przeszłości pojawiło się wiele kontrowersji i rozbieżności w nauce prawa konstytucyjnego[21]. Należy jednak przyjąć, że kwestia ta obecnie nie budzi większych kontrowersji oraz wątpliwości[22]. Wobec tego właściwym będzie zakwalifikowanie praw socjalnych jako normatywnych, a nie tylko jako przepisów będących swoistą deklaracją bez wiążącego charakteru[23]. Warto podkreślić, że znaczącą rolę w dekodowaniu normatywnej treści normy ma przede wszystkim TK[24]. Zaznaczyć warto, że wskazane prawo socjalne z ust. 2 nie stwarza jednak po stronie beneficjenta prawa podmiotowego[25], można je jedynie zakwalifikować jako normę programową – „Norma programowa nie wskazuje zatem, jak należy się zachowywać, aby zrealizować pewien cel, lecz określa, jaki cel powinien zostać zrealizowany"[26]. Innymi słowy, norma taka nie wskazuje jak jej adresat powinien w danej sytuacji postąpić, ale jedynie wskazuje „efekt końcowy", pozostawiając jednocześnie pewien zakres swobody adresatowi w realizacji danego celu. Nie stoi to w sprzeczności z przedstawioną powyżej kwalifikacją omawianego przepisu. W konsekwencji norma ta będzie miała charakter normy socjalnej, normatywnej (a więc wiążącej, niedeklaratywnej) jak i programowej.

6. Zasada równości

Warto już na tym etapie zasygnalizować, że posłużenie się przez ustrojodawcę pojęciem „równego" nie jest przypadkowe. Jest to celowe odesłanie (technika prawodawcza)

---

18 W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – Komentarz*, Warszawa 2009, s. 69.

19 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2004 r. sygn. akt K 54/02 (Dz.U. 2004 nr 40 poz. 374).

20 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

21 P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP,* Warszawa 1997, s. 33 i n.

22 Tak np. J. Trzciński [w:] K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzciński, *Konstytucja…*, s. 5.

23 *Ibidem*; P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997, s. 33 i n. oraz Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 lipca 2008 r. sygn. akt K 24/07 (Dz.U. 2008 nr 138 poz. 874) i Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r. sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

24 P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP,* Warszawa 1997, s. 88 i n.

25 A. Surówka, *Miejsce konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia w systemie praw i wolności człowieka i obywatela*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 3/2012, s. 12, 18-19, http://www.marszalek.com.pl/przegladprawakonstytucyjnego/ppk11/05.pdf, 07.01.2017.

26 J. Trzciński, *Komentarz do art. 68 Konstytucji…,* s. 4 i n.

do ogólnej zasady równości wyrażonej w sposób generalny w art. 32 Konstytucji RP[27], która będzie miała kluczowe znaczenie dla właściwego wyznaczenia stopnia i zakresu przysługującego uprawnienia. Treść zasady równości jest również przydatna przy ocenie, czy nie doszło do nieuzasadnionej dyskryminacji. Warto zaznaczyć, że w orzecznictwie wskazuje się na dwa aspekty zasady równości: równość stosowania prawa oraz równość w prawie[28]. Zasadę równości należy rozumieć przede wszystkim jako nakaz adresowany do władzy publicznej, który formułuje obowiązek traktowania w sposób jednakowy wszystkich podmiotów charakteryzujących się daną cechą relewantną w takim samym stopniu (a więc zarówno bez zróżnicowań jak i dyskryminacji)[29]. Na gruncie zasady równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej niemniej ważne znaczenie będzie miała zasada równości stosowana jako kryterium, według którego weryfikuje się legalność danej dyferencjacji. Warto podkreślić, że: „nie każdy stan odstąpienia od zasady równości oznacza automatycznie stan niekonstytucyjności"[30]. Potwierdził to wprost TK w jednym ze swoich wyroków: „Jeżeli kontrolowana norma traktuje odmiennie adresatów, którzy charakteryzują się wspólną cechą istotną, to mamy do czynienia z odstępstwem od zasady równości, nie zawsze jest to jednak równoznaczne z istnieniem dyskryminacji lub uprzywilejowania. Konieczna jest jeszcze ocena kryterium, na podstawie którego dokonano owego zróżnicowania"[31]. Wobec powyższego właściwym będzie przyjęcie konstatacji, zgodnie z którą zasada równości nie ma charakteru absolutnego i dopuszcza ona dyferencjację pewnych grup podmiotów. Dyferencjacja może mieć charakter pozytywny, a więc być swoistym uprzywilejowaniem, którego celem będzie zrealizowanie zasady równości poprzez zlikwidowanie faktycznie występujących nierówności. Takie działania powinny mieć jednak charakter tymczasowy i być oczywiście w jakiś sposób uzasadnione[32]. Analizę legalności danej dyferencjacji można ograniczyć do trzystopniowego działania. Najpierw należy sprawdzić, czy zróżnicowanie jest relewantne, a więc czy jest „racjonalnie uzasadnione"[33]. Kolejnym krokiem jest weryfikacja proporcjonalności, a więc „waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku

[27] J. Oniszczuk, *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne*, Warszawa 2005, s. 79 i n.

[28] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 października 1989 r., sygn. akt K 6/89, OTK 1986–1995, t. 2, 1989, 7, OTK 1989 s. 100–111 poz. 26.

[29] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r. sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 1997 nr 140 poz. 941) oraz Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 1994 r. sygn. akt K 3/94, OTK 1986–1995, t. 5, 1994, cz. 2, 42, poz. 47 i Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 lutego 1999 r. sygn. akt SK 11/98 (Dz.U. 1999 nr 20 poz. 182).

[30] J. Oniszczuk, *Wolności i prawa socjalne oraz orzecznictwo konstytucyjne,* Warszawa 2005, s. 100 i n. oraz orzeczenia tam przytoczone.

[31] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 1998 r. sygn. akt U 17/97 (Dz.U. 1998 nr 62 poz. 400).

[32] A. Rytel-Warzocha, *„Dyskryminacja pozytywna" jako przejaw urzeczywistniania zasady sprawiedliwości społecznej,* Gdańskie Studia Prawnicze Tom XXXV/2016, s. 386, 387, http://prawo.ug.edu.pl/sites/default/files/_nodes/strona-pia/33461/files/35rytel.pdf, 08.01.2017.

[33] Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 1994 r. sygn. akt K 3/94, OTK 1986–1995, t. 5, 1994, cz. 2, 42, poz. 47.

nierównego potraktowania podmiotów podobnych"[34]. Po trzecie, argumenty te muszą pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami bądź normami, które mogłyby uzasadniać odmienne traktowania podobnych podmiotów. Za przykładową zasadę, która *in abstracto* mogłaby uzasadniać taką dyferencjację, TK wskazał zasadę sprawiedliwości społecznej[35]. Jak widać, zasada równości będzie miała niebagatelne znaczenie dla treści różnych uprawnień zawartych w ustawie zasadniczej, w tym również dla omawianej zasady równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej. Jest ona swoistą osią oraz punktem odniesienia jak i weryfikacji przyznawanych uprawnień oraz wolności w Konstytucji RP jak i w ustawach.

7. Adresat

Przechodząc do głównej części mojej analizy, warto rozpocząć od kwestii adresata i nieco rozwinąć to zagadnienie. Art. 68 ust. 2 Konstytucji odnosi się do zupełnie innego podmiotu niż ust. 1 art. 68 Konstytucji. Jest on adresowany do władzy publicznej a nie tak jak ust. 1 do obywateli[36]. Dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej będzie miał więc charakter wertykalny, czyli występował na płaszczyźnie relacji jednostka – państwo (rozumiane jako władza publiczna). Przy okazji, warto zastanowić się nad tym, co składa się na pojęcie „władzy publicznej". Pojęcie to nie zostało *expressis verbis* zdefiniowane w treści ustawy zasadniczej. Możliwe jest jednak uznanie, że bez wątpienia na organy władzy publicznej składać się będą organy konstytucyjne, w tym również organy samorządu terytorialnego[37]. Wniosek ten zdaje się dobrze uzasadniać teoria państwowa, która łączy powstanie samorządu terytorialnego z przekazaniem pewnych zadań gminie[38], co prowadzi do konstatacji o pewnej pochodności organów samorządu terytorialnego jako emanacji władzy publicznej. Jednak w przypadku omawianej normy, organami zobowiązanymi do realizacji zasady równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej będą Sejm i Senat (władza ustawodawcza), których głównym celem będzie stworzenie określonego systemu normatywnego, będący podstawą działania utworzonego systemu. Wynika to wprost z treści omawianej normy, a konkretniej zdania drugiego, w którym to ustrojodawca jednoznacznie przesądził, że: „warunki i zakres udzielanych świadczeń określa ustawa"[39]. Oczywiście warto raz jeszcze podkreślić, że swoboda ustawodawcy

[34] Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 września 1996 r. sygn. akt K 10/96 (Z.U. 1996 nr 4 poz. 33) oraz Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 grudnia 1997 r. sygn. akt K 8/97, (Z.U. 1997 nr 5_6 poz. 70).

[35] *Ibidem.*

[36] W. Skrzydło, *Konstytucja…*, s. 74.

[37] *Ibidem,* s. 24-25, 204-205 oraz L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne – zarys wykładu.* Warszawa 2011, s. 97 i B. Banaszak, M. Jabłoński, J. Boć [w:] *Konstytucje Rzeczypospolite oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 126.

[38] J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 153.

[39] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483).

nie może być w tym zakresie nieograniczona[40]. Jest on związany np. co do zakresu finansowania opieki zdrowotnej ze środków publicznych[41]. Ponadto, obowiązek ten nie ciąży tylko i wyłącznie na organach władzy ustawodawczej. Dotyczy on również (choć w mniejszym stopniu) organów władzy wykonawczej (rządu), chociażby w zakresie ustawy budżetowej (i przeznaczanych na jej podstawie środków na utrzymywanie systemu opieki zdrowotnej) oraz sądów. Zwłaszcza kompetencja sądów w tym zakresie jest istotna, czego potwierdzeniem są przytoczone w treści tego opracowania orzeczenia TK. Działalność sądów ma swój wymiar przede wszystkim w kontroli nad zapewnianiem równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, głównie poprzez konfrontowanie przyjętych przez ustawodawcę rozwiązań z treścią zasady równości oraz immanentnie z nią związaną zasadą sprawiedliwości społecznej.

8. Beneficjenci

Konieczne jest zwrócenie uwagi na to, do kogo omawiane uprawnienie się odnosi. Za beneficjentów Konstytucja RP z 1997 r. *expressis verbis* wskazuje obywateli polskich. Warto podkreślić, że beneficjentem są obywatele polscy, a nie tylko osoby ubezpieczone[42]. Porównując jednak ust. 2 z ust. 1 art. 68 można zauważyć, że w przypadku równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej mamy do czynienia z zawężeniem kręgu podmiotów uprzywilejowanych. Prawo do ochrony zdrowia z ust. 1. przysługuje bowiem „każdemu". Wobec tego, uprawnienie z ust. 1 przysługuje również cudzoziemcom, natomiast dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej, przynajmniej na poziomie ustawy zasadniczej, został zawężony tylko do obywateli polskich. Ze względu na „szczególny charakter praw socjalnych jako przejawu troski władzy publicznej o obywateli"[43], wydaje się być to uzasadnione. Ponadto, stan ekonomiczny państwa (deficyt budżetowy) oraz ograniczona ilość środków publicznych przemawiają za ograniczeniem tego uprawnienia. *Ratio legis* jest więc „zadbanie" przede wszystkim o tych, którzy generują środki publiczne, czyli obywateli polskich. *De lege lata* bez wątpienia dopuszczalne jest rozszerzenie tego uprawnienia na „każdego". Mogłoby to nastąpić w drodze ustawowej[44]. Jako przykład sytuacji, w której na poziomie konstytucyjnym prawo jest zawężone do obywateli, ale zostaje rozszerzone w drodze ustawowej, warto wskazać ustawę o dostępie do informacji publicznej[45], która w art. 2 przyznaje tytułowe uprawnienie „każdemu". Warto zaznaczyć, że ustawodawca skorzystał z powyższego rozwiązania i w ustawie doprecyzowującej dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej[46] nieco rozszerzył krąg beneficjentów, również na takich, którzy nie

[40] Np. M. Chmaj, *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2008, s. 173.

[41] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

[42] B. Bosek [w:] *Konstytucja RP*, red. M. Safjan, L, Bosek, Warszawa 2016, t. 1, *komentarz do art. 68 konstytucji*, s. 1550.

[43] A. Surówka, *Miejsce …*, s. 7.

[44] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne…*, s. 94.

[45] Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. 2001 nr 112 poz. 1198).

[46] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (Dz.U. 2004 nr 210 poz. 2135).

są obywatelami polskimi. Dla przykładu warto jedynie wskazać, że uprawnienie to zostało w drodze ustawowej rozciągnięte m.in. na osoby, które uzyskały status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą. Pozwala to przyjąć wniosek, że o ile tendencje rozszerzające dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej na inne podmioty (do tej pory nim nieobjęte) są korzystne, to wciąż działanie to nie będzie odpowiadać swoją treścią zakresową pojęciu „każdy". Oczywiście ustawodawca powinien dążyć do jak najszerszego zagwarantowania wszystkim takiego dostępu, jednak niestety ze względów ekonomicznych, przynajmniej obecnie, jest to niewykonalne.

9. Zakres przedmiotowy i kwalifikacja nałożonego na władzę obowiązku

Przechodząc do kolejnej części moich rozważań, chcę zaznaczyć, że postaram się w tym fragmencie omówić charakter omawianej normy, a następnie pokrótce wskazać problem związany z finansowaniem, jak i odpłatnością. W następnej kolejności spróbuję wyjaśnić na czym owa „dostępność" ma polegać oraz omówić związany z nią problem operatywności utworzonego systemu ochrony zdrowia. Na samym końcu postaram się wyznaczyć jej zakres (zwłaszcza w kontekście zachodzących kolizji i problemów natury funkcjonalnej).

Punktem wyjścia dla analizy nałożonego na władzę obowiązku będzie analiza jego charakteru. Nałożone na władzę obowiązki można bowiem sklasyfikować jako obowiązki o charakterze pozytywnym (które polegają na podjęciu pewnego działania, celem umożliwienia jednostce korzystania ze swojego uprawnienia) albo negatywnym (które cechować będzie pewien brak działania ze strony państwa, czyli powstrzymanie się od ingerencji)[47]. Bez wątpienia dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej należy sklasyfikować jako obowiązek o charakterze pozytywnym. Władza będzie bowiem zobowiązana, zgodnie z treścią omawianej normy, do podjęcia pewnych działań cechujących się aktywnością. Czynności te będą musiały znaleźć odzwierciedlenie w szeroko rozumianym świecie zewnętrznym i mieć praktyczne zastosowanie, a nie być tylko wzniosłą, nic nie znaczącą deklaracją. Aktywność ta będzie przede wszystkim polegać, znacznie upraszczając, na zorganizowaniu systemu zdrowotnego w taki sposób, aby zapewnić równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej dla wszystkich obywateli. Będzie to niezbędne, aby zapewnić obywatelom rzeczywistą możliwość skorzystania z przyznanego im przez Konstytucję uprawnienia. W konsekwencji, państwo nie będzie mogło pozostać bierne i nie podjąć żadnych czynności w kierunku wskazanym przez ustawę zasadniczą – ciąży bowiem na nim realny, konstytucyjny obowiązek podjęcia określonego i faktycznego działania.

9.1. Finansowanie i odpłatność

Odnosząc się do problemu finansowania utworzonego systemu, warto raz jeszcze podkreślić, że zakres swobody ustawodawcy jest ograniczony treścią normy delegującej kompetencje. W ustawie zasadniczej wprowadzono wymóg „finansowania ze środków

[47] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*…, s. 97.

publicznych". Treść tej normy nie przesądza o tym, że utworzony system miałby być w całości finansowany ze środków publicznych oraz nie określa, w jakim stopniu ma być finansowany ze środków publicznych, albowiem jak orzekł TK: „Powierzchowny byłby w szczególności wniosek, że (…) jest to argument na rzecz całkowicie budżetowego modelu tegoż systemu"[48]. Ponadto, wskazuje się, że wolą ustrojodawcy nie było to, żeby utworzony system był finansowany tylko i wyłącznie ze środków publicznych[49]. Co więcej TK podkreśla, że wolą ustrojodawcy było to, żeby nie doszło do powstania „rynkowego systemu ochrony zdrowia"[50]. Interpretacja ta prowadzi do wniosku, że przekroczeniem wyznaczonego przez ustrojodawcę zakresu swobody będzie w zasadzie finansowanie systemu ochrony zdrowia tylko ze środków niepublicznych. Takie działanie prawodawcy, w świetle obecnie obowiązującej regulacji, byłoby niewątpliwie naruszeniem Konstytucji.

W odniesieniu do problemu sytuacji finansowej obywateli a ich dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, omawiany dostęp nie może być ograniczony ze względu na stan majątkowy obywateli. W doktrynie wskazuje się bowiem, że: „zgodnie z brzmieniem art. 68 ust. 2 sytuacja materialna obywatela nie może być podstawą do całkowitego formalnego albo faktycznego wykluczenia najbiedniejszych lub nieubezpieczonych z kręgu obywateli uprawnionych do równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych"[51]. Obowiązek ten ma nie tylko charakter prawny, ale wynika też z pewnych norm pozaprawnych o charakterze religijnym, etycznym, czy też moralnym, będących podstawą jak i fundamentem aksjologicznym europejskiej cywilizacji. Mam tutaj na myśli przede wszystkim Biblię, jak i naukę Kościoła Katolickiego. Zgodnie z nimi, konieczne jest zapewnienie nawet najuboższym i najbardziej zmarginalizowanym członkom naszego społeczeństwa pewnej fundamentalnej i rudymentarnej pomocy, która w analizowanej sytuacji może zaktualizować się w postaci zapewnienia podstawowych świadczeń opieki zdrowotnej. Co więcej, dostęp do świadczeń ratujących przed ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu i w konsekwencji przed śmiercią nie mógłby być uzależniony od ubezpieczenia, nawet w systemie, w którym istniałby obowiązek ubezpieczenia zdrowotnego[52].

Odnosząc się pokrótce do problemu odpłatności, a konkretniej przymusowej składki na ubezpieczenie zdrowotne, warto podkreślić, że osobom, które dokonały wymaganej składki, należy się – zdaniem TK – precyzyjne określenie rodzaju świadczeń, które mają im „w zamian przysługiwać"[53]. Wydaje mi się, że czynność polegająca na dokonaniu takiej zapłaty może powodować powstanie jakieś ekspektatywy odnośnie tego, które świadczenia będą zapewnione. Oczywiście nie tworzyłoby to po stronie beneficjenta żadnego prawa podmiotowego w stosunku do państwa (władzy publicznej). TK jako argument w treści przytoczonego orzeczenia wskazuje nie tylko na pewność prawa, ale również na konieczność poznania swojej sytuacji i możliwości w zakresie

[48] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

[49] B. Bosek [w:] *Konstytucja RP*…, s. 1559.

[50] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

[51] B. Bosek [w:] *Konstytucja RP*…, s. 1550.

[52] *Ibidem.*

[53] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

przysługujących świadczeń. Przede wszystkim jednak znajomość świadczeń nieobjętych dostępem („bezpłatnym") pozwoliłaby obywatelom na zniwelowania ryzyka poprzez uprzednie „przygotowanie i zabezpieczenie się" na przyszłość, w odniesieniu do świadczeń nieobjętych finansowaniem przez państwo[54].

Warto raz jeszcze dobitnie podkreślić, że nie jest dopuszczalne niezapewnienie omawianego dostępu osobom nieubezpieczonym w sytuacjach zagrożenia życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu[55]. Przy omawianiu tego problemu pomocny będzie art. 19 ust. 2 ustawy[56], który zapewnia uzyskanie określonych świadczeń w stanie nagłym. Oczywiście świadczeniobiorcy w drodze wyjątku taka pomoc przysługuje ze względu na sytuację, w której się znalazł, jednak nie jest to zasada ogólna. Wyjątek ten jest uzasadniony stanem zdrowia pacjenta, najczęściej koniecznością ratowania życia.

9.2. Dostępność i operatywność systemu

Kolejną kwestią, do której warto się odnieść, jest problem „dostępności rzeczywistej". Niewątpliwie wymóg „dostępności rzeczywistej" jest ograniczeniem dla ustawodawcy przy tworzeniu systemu ochrony zdrowia. TK orzekł, że owa dostępność nie może mieć tylko charakteru formalnego, lecz powinna mieć ona charakter „rzeczywisty", ponieważ stanowi pewną gwarancję uprawnień[57]. Wynika z tego, że nie może mieć ona jedynie charakteru deklaratywnego, ale powinna być wiążąca i powinny z niej wynikać określone, możliwe do zrealizowania faktycznie uprawnienia. Z kwestią tą jest związany problem operatywności utworzonego systemu ochrony zdrowia. Ustrojodawca formułując ten wymóg chciał, aby system ochrony zdrowia funkcjonował i jednocześnie był tak zorganizowany, żeby umożliwić zapewnienie faktycznej dostępności (zgodnie z zasadą równości)[58]. TK w treści powyżej przytoczonego orzeczenia wskazuje również, że ustalenie zakresu świadczeń w drodze ustawowej, gdy system nie jest operatywny, powoduje niemożliwość zapewniania realnego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej (w zgodzie z zasadą równości)[59]. Zatem, należy uznać, że realny dostęp do tzw. „pomocy" jest immanentnie związany z wymogiem operatywności (funkcjonalności) utworzonego systemu ochrony zdrowia. Niespełnienie wymogów funkcjonalności przyjmowanych w odniesieniu do organizacji systemu opieki zdrowotnej prowadzi do naruszenia prawa do ochrony zdrowia – jak przyjął TK[60].

9.3. Gwarantowane świadczenia i ich zakres oraz jakość

Kolejnym problemem, który warto przeanalizować, jest kwestia relacji pomiędzy równością gwarantowanych świadczeń a ich zakresem. Dość dobrze wyczuwalna

[54] *Ibidem.*

[55] B. Bosek [w:] *Konstytucja RP…*, s. 1550.

[56] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (Dz.U. 2004 nr 210 poz. 2135).

[57] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

[58] *Ibidem.*

[59] *Ibidem.*

[60] *Ibidem.*

jest tutaj kolizja pomiędzy tymi dwoma dobrami. Niewątpliwie nie jest możliwe zagwarantowanie każdemu obywatelowi nieograniczonej ilości świadczeń najwyższej możliwej jakości. Punktem wyjścia będzie stwierdzenie TK zgodnie z którym: „Konstytucja nie zakłada powszechnej dostępności do wszystkich znanych i stosowanych zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej świadczeń opieki zdrowotnej"[61]. Jest to oczywiście zrozumiałe, nie tylko ze względów prawnych, ale przede wszystkim ekonomicznych. W konsekwencji kompetencja do ustalenia zakresu tych świadczeń została przez Konstytucję delegowana na rzecz ustawodawcy. Zdaniem TK prawodawca, konkretyzując normę konstytucyjną, powinien określić tzw. „koszyk" świadczeń[62], w którego zawartość przede wszystkim wchodzić powinny świadczenia, które mają chronić życie obywateli. TK jednak w treści przytoczonego orzeczenia wskazał, że określenie przysługujących świadczeń w sposób pozytywny – zdaniem znawców tej problematyki – może być niemożliwe. Postulowane było natomiast uregulowanie koszyka w sposób negatywny – a więc poprzez wskazanie świadczeń, które nie będą finansowane przez państwo (w ogóle bądź częściowo)[63]. „Złotym środkiem" i odpowiedzią na pozornie nierozstrzygalną kwestię jest treść wyroku K 14/03, w którym TK wskazał, że powinien być zagwarantowany: „ograniczony pakiet wysokiej jakości dla każdego". Nie sposób nie zgodzić się z tym rozwiązaniem; bez wątpienia nie mogło ono mieć charakteru arbitralnej decyzji o tym, co powinno wchodzić w skład koszyka, a co nie. Stanowi ono natomiast wskazówkę dla ustawodawcy przy tworzeniu operatywnego systemu jak i określenia gwarantowanego zakresu świadczeń (i ich jakości).

10. Konkluzja

Podsumowując poczynione do tej pory rozważania, postaram się dokonać całościowego, skondensowanego i przekrojowego opisu równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, który gwarantuje obowiązująca ustawa zasadnicza.

Wobec powyższego warto ponownie podkreślić, że statuowana w art. 68 ust. 2 Konstytucji norma stanowi *novum* w porównaniu do poprzednio obowiązujących ustaw zasadniczych. Bez wątpienia takie rozwiązania należy uznać za pozytywne i jednocześnie zgodne z duchem czasów oraz okresem prymatu praw człowieka. Tendencje te mają swój wyraz w jak największym rozszerzaniu zakresu swobód, jak i dookreślaniu ich, poprzez interpretację zasad ogólnych takich jak prawo do życia lub godność człowieka.

Omawiany przepis ma charakter normy socjalnej, co potwierdził TK w swoim orzecznictwie[64]. Jest on również wiążący, a więc nie ma charakteru wyłącznie

[61] *Ibidem.*

[62] *Ibidem.*

[63] *Ibidem.*

[64] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2004 r. sygn. akt K 54/02 (Dz.U. 2004 nr 40 poz. 374).

deklaratywnego[65]. A co więcej, jest on normą programową, do której realizacji państwo, w miarę możliwości, powinno w jak największym stopniu dążyć[66].

Norma ta jest adresowana do władzy publicznej – przede wszystkim do władzy prawodawczej. Formułuje ona obowiązek utworzenia operatywnego systemu ochrony zdrowia[67], który będzie rzeczywiście dostępny, czyli faktycznie i realnie będzie funkcjonować. Celem utworzonego systemu ma być zapewnienie beneficjentom[68], a więc obywatelom polskim, dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej. Ustawodawca przy tworzeniu wspomnianego systemu i zapewnieniu świadczeń jest związany treścią art. 68 ust. 2 i nie ma nieograniczonego zakresu swobody – taką granicą może być np. kwestia finansowania ze środków publicznych[69]. Ta kwestia nie tylko nie wyklucza, ale wręcz dopuszcza istnienie „mechanizmów rynkowych i konkurencyjnych"[70] obok świadczeń finansowanych ze środków publicznych. TK potwierdził, że omawiany obowiązek nie obejmuje i nie powinien obejmować wszystkich możliwych świadczeń. W przytoczonej treści wskazano, że w odniesieniu do koszyka świadczeń powinien być zagwarantowany „ograniczony zakres wysokiej jakości" świadczeń. Jednakże zaznaczono, że dostęp do świadczeń ratujących życie nie powinien być uzależniony od ubezpieczenia[71]. Wobec czego truizmem będzie stwierdzenie, że ze względu na sytuację ekonomiczną państwa nie jest możliwe zagwarantowanie wszystkich możliwych środków opieki zdrowotnej i w konsekwencji nie można żądać od państwa ich zapewnienia. Stwierdzenie to jest doniosłe, zwłaszcza w odniesieniu do zabiegów medycznych o charakterze estetyczno-upiększającym.

Warto zwrócić uwagę również na znaczenie zasady równości w kontekście omawianego przepisu. Dopuszczać ona będzie dyferencjację określonych kategorii podmiotów w postaci uprzywilejowania. Warto wskazać, że dopuszczalna na gruncie tej normy będzie możliwość dyferencjacji w postaci dyskryminacji pozytywnej[72]. Przykładem takiej klasy podmiotów są zasłużeni honorowi dawcy krwi, którym, w dużym uproszczeniu, przysługuje dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej poza kolejnością. Należy uznać to za racjonalne zróżnicowanie, które można uzasadnić ich korzystnym działaniem na rzecz poprawy stanu zdrowia społeczeństwa, polegającym na oddawaniu krwi.

Konkludując, norma statuowana w art. 68 ust. 2 Konstytucji, wbrew pozorom, ma fundamentalne znaczenie dla obywateli polskich. Na ustawodawcy stoi niezwykle istotne i doniosłe w skutkach zadanie, polegające na rozwinięciu i skonkretyzowaniu omawianej normy. Drogocenną wskazówką w tym zakresie może być orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, a zwłaszcza wyrok o sygnaturze K 14/03.

---

65 J. Trzciński, *Komentarz do art. 68 Konstytucji*…, s. 5.

66 *Ibidem*, s. 4 i n.

67 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

68 B. Bosek [w:] *Konstytucja RP*…, s. 1550.

69 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03 (Dz.U. 2004 nr 5 poz. 37).

70 *Ibidem.*

71 *Ibidem.*

72 A. Rytel-Warzocha, „*Dyskryminacja pozytywna*"…, s. 386, 387.

* * *

The Equal Access to Health Care Services in Polish Constitution

The aim of the article is to present an equal access to health care services, grounded in article 68 paragraph 2 of the Polish Constitution. Until now, judicature mostly focused on the previous excerpt which states right to the health protection. It is not easy to define it legally, because a health protection includes health care services. The article will begin by presenting historical aspect (comparison to previous constitutions), then it will move on to the classification of this right; its character and normativity. The main goal of this article is to present the obligation which binds the legislator. He is obliged to create a functional system which will also obey the rules of accessibility, equality, financing. Those rules and standards delimit Parliament leeway. What is more, in this article beneficiaries will be presented and the extent of services which they can obtain. Right to health care services is crucial for polish citizens, especially in the polish system of health care, where a medical insurance is mandatory.

Key words: principle of equality, health care, health protection, health protection system, right, access to health care, Polish Constitution

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Tomasz Pilikowski[1]

Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie leczenia pacjenta małoletniego w wyniku braku zgody przedstawiciela ustawowego

Streszczenie

Do podstawowych zasad współczesnego prawa medycznego należy zasada poszanowania autonomii pacjenta. Jej wyrazem jest konieczność uzyskania zgody pacjenta na każde udzielane mu świadczenie zdrowotne. Co do zasady pacjent samodzielnie podejmuje decyzję w przedmiocie poddania się określonej interwencji lekarskiej. W pewnych sytuacjach – ze względu na wiek albo stan fizyczny lub psychiczny pacjenta, decyzja ta musi należeć do innego podmiotu. Jest tak między innymi w odniesieniu do pacjentów małoletnich. Skuteczne udzielenie zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego osobie małoletniej należy do jej przedstawiciela ustawowego. Jeżeli pacjent ukończył lat 16, wymagana jest także jego zgoda. Nie można jednak zaakceptować sytuacji, w której brak zgody przedstawiciela ustawowego narażałby podopiecznego na utratę życia lub poważny uszczerbek na zdrowiu. Dlatego w określonych sytuacjach ustawodawca pozwala lekarzowi przełamać jego sprzeciw i podjąć interwencję medyczną mimo braku stosownej zgody, względnie zwrócić się do sądu opiekuńczego o jej wyrażenie. Artykuł stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, w jakich sytuacjach lekarz jest zobowiązany „przemywać" sprzeciw przedstawiciela ustawowego pacjenta małoletniego, czy to w drodze własnej decyzji, czy też poprzez zawiadomienie sądu opiekuńczego. Istotne jest też określenie czy i pod jakimi warunkami niewypełnienie przez lekarza tego obowiązku skutkować będzie jego odpowiedzialnością karną.

Słowa kluczowe: prawo medyczne, prawo ochrony zdrowia, zgoda pacjenta, pacjent małoletni

---

[1] Autor jest studentem III roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie.

1. Wprowadzenie

Podstawowym warunkiem udzielenia pacjentowi świadczenia zdrowotnego jest obowiązek uzyskania przez lekarza (względnie innego świadczeniodawcę) stosownej zgody[2]. Podejście to – oparte na respektowaniu autonomii pacjenta i dążeniu do wytworzenia między lekarzem a pacjentem partnerskiej relacji współpracy – przeciwstawia się powszechnemu w przeszłości podejściu paternalistycznemu[3]. Poszanowanie autonomii pacjenta jest fundamentalną wartością etyczną i podstawą współczesnych regulacji bioetycznych[4]. Podejmowanie decyzji w przedmiocie poddania się opiece lekarskiej mieści się w sferze konstytucyjnie chronionego prawa do ochrony życia osobistego i prywatnego[5], a w jeszcze szerszym kontekście – stanowi przejaw poszanowania godności człowieka. Normatywnym tego wyrazem jest art. 16 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[6] oraz art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[7].

Obowiązek uzyskania zgody pacjenta na zabieg leczniczy ma więc mocne podstawy normatywne. Dostrzegając istotność tego obowiązku ustawodawca zabezpieczył jego wykonywanie sankcją karną[8]. Działanie takie może skutkować odpowiedzialnością cywilną, co podkreśla art. 4 ust. 1 u.p.p. rozumiany w związku z art. 16 tej ustawy. Obowiązek szanowania woli pacjenta w przedmiocie lub jego zaprzestania jest także etyczną powinnością lekarza[9].

Co do zasady podmiotem legitymowanym do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego jest sam pacjent (zgoda własna). W pewnych sytuacjach pacjent nie będzie mógł jednak, z przyczyn natury faktycznej lub prawnej, samodzielnie podjąć świadomej decyzji w procesie leczenia i wyrazić skutecznej zgody[10]. W takim wypadku zgodę na zabieg wyrazi albo inny podmiot, np. przedstawiciel ustawowy[11] (zgoda zastępcza[12]) albo konieczne będzie współdziałanie pacjenta i innego podmiotu (zgoda

---

[2] A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *Dopuszczalność prowadzenia postępowania diagnostyczno-terapeutycznego na podstawie upoważnienia ustawowego przy sprzeciwie osoby uprawnionej do wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne – analiza wybranych regulacji prawnych*, PiP 2014, nr 1, s. 47.

[3] B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 403–404.

[4] P. Łuków, *Etyczne podstawy świadomej zgody na postępowanie medyczne w świetle Europejskiej Konwencji Bioetycznej*, PiM 2007, nr 4, s. 18.

[5] Wyr. TK z dnia 11 października 2011 r. sygn. akt K 16/10.

[6] T.j. Dz.U. 2016 poz. 186 z późn. zm.; dalej u.p.p.

[7] T.j. Dz.U. 2017 poz. 125 z późn. zm.; dalej u.z.l.

[8] Zob. art. 192 k.k.

[9] Zob. art. 15 Kodeksu etyki lekarskiej.

[10] J. Zajdel, *Naruszenie prawa do informacji i wyrażenia świadomej zgody jako podstawa roszczeń majątkowych* [w:] *Praktyczne aspekty prawa medycznego*, red. M. Urbaniak, Poznań 2015, s. 97.

[11] Przedstawicielem ustawowym dziecka jest co do zasady rodzic (art. 93 § 1 w zw. z art. 98 § 1 k.r.o.). Przedstawicielem tym może być też przysposabiający, opiekun lub kurator. Zob. A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *op.cit.*, s. 49.

[12] M. Migalska, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy,* Roczniki Nauk Prawnych, Tom XX Nr 1 (2010), s. 145.

kumulatywna[13]). W szczególnych sytuacjach ustawodawca pozwala wykonać czynności lecznicze na podstawie zgody innego podmiotu (sądu opiekuńczego) wbrew woli podmiotu zasadniczo uprawnionego (zgoda przełamująca[14]). Wyjątkowo także lekarz (lub inna osoba) będzie uprawniona, a nawet obowiązana, do udzielenia świadczeń zdrowotnych bez zgody pacjenta lub osoby reprezentującej jego interesy[15].

2. Zgoda na leczenie pacjenta małoletniego

Regulacje u.p.p. i u.z.l. nie są identyczne, a różnice dostrzegalne są przede wszystkim na płaszczyźnie terminologicznej. Jednak zastosowanie reguł wykładni systemowej, odwołanie się do zasady racjonalności prawodawcy oraz zrekonstruowanie wartości, jakie leżą o podstaw poszczególnych uregulowań, pozwala wyinterpretować z nich w miarę spójny system reguł określających zasady uzyskiwania przez lekarza zgody na leczenie pacjenta małoletniego oraz warunki podjęcia interwencji medycznej przy braku takiej zgody lub mimo sprzeciwu[16] uprawnionego podmiotu.

Art. 17 ust. 1 u.p.p. określa, iż prawo do wyrażenia zgody ma „pacjent, w tym małoletni, który ukończył lat 16". Podobnie art. 32 ust. 5 u.z.l. wymaga uzyskania zgody pacjenta, który ukończył 16 lat. Stanowisko pacjenta młodszego będzie więc – z punktu widzenia oceny legalności działań lekarza – irrelewantne[17]. Bardziej złożona jest sytuacja pacjenta, który ukończył lat 16, ale nie jest pełnoletni. Ustawodawca, biorąc pod uwagę wyższy stopień rozwoju takiego dziecka oraz okoliczność, że jest ono zasadniczo świadome własnej sytuacji oraz powagi podejmowanych wobec niego interwencji medycznych, włączył takich małoletnich do procesu decydowania o udzieleniu świadczenia zdrowotnego. Zgodnie z art. 17 ust. 2 u.p.p. oraz art. 32 ust. 2 u.z.l. wykonanie świadczenia zdrowotnego wobec takiego małoletniego wymaga uzyskania przez lekarza zgody kumulatywnej przedstawiciela ustawowego (w odniesieniu do badania może ją wyrazić także opiekun faktyczny) oraz samego małoletniego. Jeżeli między zdaniem

[13] *Ibidem*, s. 147.

[14] M. Garwol, *Prawnokarne aspekty przeprowadzenia zabiegu leczniczego bez zgody – rozważania na gruncie art. 192 Kodeksu karnego*, ZNTD UJ Nauki społeczne 2016, nr 4, s. 81.

[15] Artykuł wprost odnosi się do problematyki wyrażania zgody na leczenie osób małoletnich. Przedstawione w nim uwagi można, z uwzględnieniem specyfiki poszczególnych rozwiązań, przenieść także na pozostałe przypadki, gdzie zgodę na leczenie wyraża podmiot inny niż sam pacjent, np. sytuację osób ubezwłasnowolnionych całkowicie czy niezdolnych do wyrażenia zgody.

[16] Mimo pewnych wątpliwości w doktrynie i próby różnicowania tych instytucji stoję na stanowisku, że „sprzeciw" jest tym samym co odmowa wyrażenia zgody. Cel i znaczenie tych czynności są takie same, a więc ich odróżnianie byłoby zbędnym formalizmem i wyrazem interpretowania ustawy w oderwaniu od rzeczywistości społecznej. Także ze względu na okoliczności stosowania ustawy i to, że w praktyce musi być stosowana głównie przez osoby nieposiadające wykształcenia prawniczego, często pod znaczną presją czasową uważam, że jej wykładnia powinna zmierzać do stworzenia spójnego, dającego się zastosować w praktyce zestawu reguł, a nie tworzyć sztuczne, akademickie koncepcje.

[17] R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 265. Tylko na rodzicach ciąży, z mocy art. 95 § 4 k.r.o., obowiązek wysłuchania, a w razie możliwości uwzględnienia rozsądnych życzeń dziecka, jeżeli jego rozwój umysłowy, stan zdrowia i stopień dojrzałości na to pozwala.

przedstawiciela ustawowego a małoletniego dojdzie do rozbieżności, rozstrzygnięcie należy do sądu opiekuńczego[18].

Pacjent wyrażający zgodę własną może wedle własnego uznania poddać się zabiegom medycznym lub odmówić poddania się im, a jego decyzja jest dla lekarza wiążąca. Wiąże się to z założeniem, że uznanie zasady autonomii pacjenta jest najlepszą metodą stworzenia jednostkom warunków osiągania dobra, choć decyzja pacjenta nie musi być optymalna ze *stricte* medycznego punktu widzenia[19]. Pacjent – korzystając z przyznanej mu autonomii decyzyjnej – może oprzeć się zarówno na przesłankach medycznych, jak i pozamedycznych. Decyzja pacjenta jest wyrazem jego samostanowienia i nie może być kwestionowana z uwagi na motywy, z których została podjęta[20].

Powyższe zasady stosuje się także w odniesieniu do zabiegów operacyjnych oraz zastosowania metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta[21]. Przedmiotowa regulacja jest spójna z uregulowaniem art. 29 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej[22], zgodnie z którym żądanie pacjenta lub przedstawiciela ustawowego jest podstawą wypisania ze szpitala albo innego zakładu leczniczego.

3. Dopuszczalność leczenia pacjenta małoletniego bez zgody

3.1. Podstawy konstytucyjne i aksjologiczne leczenia pacjenta małoletniego bez zgody lub wbrew woli przedstawiciela ustawowego

Specyfika zawodu lekarza wymaga uwzględnienia sytuacji, w których pełna realizacja zasady autonomii woli będzie niemożliwa. Nie zawsze bowiem – ze względów faktycznych – możliwe jest uzyskanie zgody pacjenta lub jego przedstawiciela na udzielanie świadczeń zdrowotnych. W odniesieniu do osób małoletnich swoboda działania przedstawiciela ustawowego powinna być dodatkowo ograniczona. O ile brak zgody świadomej, dorosłej osoby usprawiedliwia zaniechanie leczenia, nawet za cenę życia pacjenta[23], to nie można takiego stanowiska zaakceptować gdy chodzi o dzieci. O ile „rodzice nie chcący poddać się leczeniu mogą stać się męczennikami, (to) nie mają takiego prawa wobec dzieci"[24]. Rodzic nie jest dysponentem życia i zdrowia dziecka. Udzielona mu władza rodzicielska ma za zadanie służyć dobru dziecka[25] i nie obejmuje

[18] Art. 32 ust. 6 u.z.l. oraz art. 17 ust. 3 u.p.p.

[19] P. Łuków, *op.cit.*, s. 21.

[20] Post. SN z dn. 27 października 2005 r., III CK 155/05.

[21] Art. 18 ust. 1 u.p.p. Ta kategoria świadczeń będzie w dalszej części artykułu nazywana – dla uproszczenia – świadczeniami podwyższonego ryzyka. Regulacja art. 34 u.z.l. dotycząca udzielania zgody na zabiegi operacyjne i stwarzające podwyższone ryzyko dla pacjenta nie jest kompletna, toteż konieczne jest odwoływanie się do regulacji ogólnej art. 32–33 u.z.l.

[22] T.j. Dz.U. 2015 poz. 618 z późn. zm.; dalej u.d.l.

[23] A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *op.cit.*, s. 48.

[24] Stwierdzenie pochodzi z orzeczenia amerykańskiego Sądu Federalnego w Illinois w sprawie *Staelens vs. Yoke* (1980). Wydaje się jednak, że jest uniwersalne.

[25] Art. 95 § 3 k.r.o.

prawa działania na jego szkodę. Zachowanie rodzica prowadzące do narażenia dziecka na śmierć lub uszczerbek na zdrowiu jest nadużyciem władzy rodzicielskiej[26]. Dlatego – w odniesieniu do sytuacji, w których zgoda na zabieg nie jest zgodą własną podmiotu – prawo do samostanowienia (choć w gruncie rzeczy nie jest ono **samo**stanowieniem) nie zawsze zajdzie ochronę[27]. Prawo przewiduje stosowne instrumenty przełamania sprzeciwu przedstawiciela ustawowego wobec udzielenia świadczeń zdrowotnych małoletniemu pacjentowi.

Ustawa o prawach pacjenta nie zawiera autonomicznej regulacji problemu udzielania świadczeń zdrowotnych bez zgody pacjenta, odsyłając w tym zakresie do u.z.l. (art. 19 u.p.p.)[28]. Ustawa ta, zależnie od sytuacji, przewiduje możliwość „przełamania" braku zgody właściwego podmiotu w „dwóch trybach" – na podstawie decyzji lekarza albo na podstawie orzeczenia sądu opiekuńczego. Zasada poddania kontroli sądowej dopuszczalności podjęcia czynności medycznych wbrew woli uprawnionego jest konsekwencją przyjęcia zasady autonomii woli i ścisłego limitowania odstępstw od niej. Ponadto pozwala dokonać bardziej kompleksowej oceny sytuacji – o ile lekarz z uwagi na posiadaną wiedzę i zakres obowiązków zapewne – podejmując ewentualną decyzję o wykonaniu zabiegu wbrew woli przedstawiciela ustawowego – kierowałby się przede wszystkim przesłankami medycznymi, sąd weźmie pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy, w tym oceni, na ile podjęta przez przedstawiciela ustawowego (czy – w innym układzie sytuacyjnym – przez małoletniego) o odmowie wyrażenia zgody na proponowane leczenie mieści się w granicach przyznanych tym podmiotom autonomii, czy też poza nie wykracza.

W świetle tych argumentów rozsądna jest konstatacja, że rodzice – ewentualnie inne podmioty wyrażające zgodę zamiast pacjenta – nie mogą dysponować takim samym zakresem swobody jak dorosły, świadomy swojej sytuacji pacjent. Nie dysponują bowiem swoją wolnością, lecz ich zadanie sprowadza się do rozpoznania dobra osoby, nad którą sprawują pieczę oraz zabezpieczenia jej interesów[29]. Osoby niezdolne do samodzielnego wyrażenia woli w przedmiocie leczenia zachowują własne prawo do ochrony życia i zdrowia zawarowane przepisami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i nie można zaakceptować twierdzenia, że wola przedstawiciela ustawowego może ich tych dóbr pozbawić. Przedstawiciel ustawowy nie jest bowiem dysponentem życia i zdrowia osoby którą reprezentuje[30].

---

[26] M. Nesterowicz, *Działanie lekarza bez zgody pacjenta w świetle Konwencji Bioetycznej, prawa i etyki*, http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/?l=1&p=wyk55&m=45&ik=18&ij=1, 14.01.2017.

[27] M. Garwol, *op.cit.*, s. 79.

[28] Przepis art. 19 u.p.p. odsyła do art. 33 i 34 ust. 7 u.z.l. z nieznanych przyczyn pomijając art. 32 ust. 6 i 8 u.z.l.

[29] Odnośnie do władzy rodzicielskiej zob. art. 87, 95 i 96 k.r.o.

[30] B. Janiszewska, *Zgoda…*, s. 692. Zasadę tę można wyrazić przy pomocy popularnego stwierdzenia: „dziecko nie jest własnością rodziców". W odniesieniu do problematyki omawianej w niniejszym artykule warto jeszcze przywołać art. 72 ust. 1 Konstytucji nakładający na władze publiczne obowiązek ochrony dziecka przed zachowaniami godzącymi w jego dobro.

3.2. Warunki leczenia pacjenta małoletniego bez zgody lub wbrew woli przedstawiciela ustawowego

Zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie uregulowaniami lekarz może udzielić świadczenia zdrowotnego bez zgody pacjenta, gdy:

1) wymaga on niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może wyrazić zgody i nie ma możliwości skontaktowania się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym[31],
2) gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody na leczenie groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia – zarówno w odniesieniu do zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta[32], jak i w odniesieniu do innych świadczeń[33].

Pierwszy z wymienionych przypadków opiera się na założeniu domniemania zgody pacjenta[34] i odnosi się do wszystkich pacjentów, drugi zaś jest dedykowany właśnie małoletnim, jednocześnie pozwalając przełamać nawet wprost wyrażony sprzeciw przedstawiciela ustawowego[35]. Aby zapewnić prawidłowość realizacji tych norm, ustawodawca nakazał, o ile jest to możliwe, skonsultować decyzję z innym lekarzem (w drugim z wymienionych przypadków – w miarę możliwości tej samej specjalności)[36], a nadto – dokonać odpowiednich wpisów w dokumentacji medycznej[37].

W pewnych, określonych sytuacjach lekarz może podejmować czynności lecznicze wobec małoletniego pacjenta na podstawie postanowienia sądu opiekuńczego. Będzie tak w przypadku:

1) gdy nie ma on przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z nim jest niemożliwe[38],
2) „konfliktu" między stanowiskiem podmiotów upoważnionych do udzielania zgody kumulatywnej[39],
3) nawet w razie sprzeciwu przedstawiciela ustawowego, gdy podjęcie czynności jest niezbędne dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez małoletniego pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia[40].

Wątpliwości w doktrynie budzi dopuszczalność wyrażenia zgody zastępczej na zabiegi inne niż wymienione w art. 34 ust. 1 u.z.l. Moim zdaniem podstawą takiej zgody jest art. 32 ust. 6 u.z.l., gdyż paradoksem byłoby zaakceptowanie sytuacji, że sąd może „przełamać" podwójny sprzeciw – pacjenta, który ukończył 16 lat oraz jego

---

31 Art. 33 ust. 1 u.z.l.

32 Art. 34 ust. 7 u.z.l.

33 Art. 32 ust. 9 w zw. z art. 34 ust. 7 u. z. l.

34 B. Janiszewska, *Uwagi o charakterze prawnym odmowy zgody na interwencję medyczną*, PiM 2007, nr 4, s. 29–30.

35 T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 71–72.

36 Art. 33 ust. 2 i art. 34 ust. 7 zd. 2 u.z.l.

37 Art. 33 ust. 3 i art. 34 ust. 8 u.z.l.

38 Art. 32 ust. 2 i 8 u.z.l. oraz art. 34 ust. 3 u.z.l.

39 Art. 32 ust. 6 u.z.l.

40 Art. 34 ust. 6 u.z.l.

przedstawiciela ustawowego[41], a nie może przełamać braku zgody samego przedstawiciela[42]. Skoro sąd może przełamać brak dwóch zgód, to tym bardziej może przełamać brak jednej zgody. Ponadto przyjęcie, że możliwe jest przełamanie braku zgody na tzw. zabieg podwyższonego ryzyka – a więc wiążący się ze szczególnym niebezpieczeństwem negatywnych konsekwencji, w tym śmierci lub kalectwa – jest dopuszczalne podczas, gdy nie jest to dopuszczalne w wypadku innych, zasadniczo mniej ryzykownych czynności medycznych albo że w takich sytuacjach lekarz musi czekać, aż ziszczą się przesłanki uprawniające go do działania bez zgody sądu, na podstawie art. 32 ust. 9 u.z.l. prowadzi do niespójności rozwiązań ustawowych (a zatem jest sprzeczne z zasadą racjonalności ustawodawcy) oraz nie daje się pogodzić z ogólną aksjologią, na jakiej opierają się przepisy art. 32–34 u.z.l.[43] Proponowany sposób wykładni art. 32 ust. 6 u.z.l. – choć przepis ten jest niejasny – mieści się w granicach wykładni językowej. Dopuszczalność przełamania braku zgody przedstawiciela ustawowego na czynności medyczne inne niż wymienione w art. 34 ust. 1 u.z.l. jest aprobowana także w doktrynie, przynajmniej przez niektórych autorów[44].

3.3. Obowiązek „przełamywania" sprzeciwu przedstawiciela ustawowego dotyczącego udzielenia małoletniemu pacjentowi świadczenia zdrowotnego

Z omawianą wyżej regulacją spójny jest art. 572 k.p.c. statuujący obowiązek zawiadomienia sądu opiekuńczego o zdarzeniu uzasadniającym wszczęcie postępowania z urzędu. Ustawa nie przewiduje odrębnej sankcji za niewykonanie tego obowiązku, lecz jego naruszenie może skutkować odpowiedzialnością deliktową lub karną[45]. O ile *de facto* trudno wyobrazić sobie egzekwowanie wykonania tego obowiązku przez przeciętnego „zjadacza chleba" (w tym zakresie może on być rozumiany podobnie do społecznego obowiązku zawiadomienia o przestępstwie określonego w art. 304 § 1 k.p.k.), to uzasadnionym jest pociągnięcie do odpowiedzialności osób za niewykonanie tego obowiązku w wypadkach określonych § 2 tej regulacji, a także w wypadkach, gdy taka powinność wynika z przepisów szczególnych. Przykładem takich przepisów może być omawiana regulacja ustawy lekarskiej.

Zgodnie z ogólnymi regułami prawa rodzinnego sąd opiekuńczy może dokonywać ingerencji w wykonywanie władzy rodzicielskiej we wszystkich przypadkach, gdy

[41] D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 328; M. Malczewska [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 609.

[42] Tak samo argumentuje K. Gromek [w:] K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 656; zob. T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia…*, s. 70.

[43] Uznanie, że brak jest podstaw do sądowego wkroczenia w zakres wykonywania władzy rodzicielskiej w odniesieniu do zabiegów innych niż określone w art. 34 ust. 1 u.z.l. prowadziłoby bowiem – w skrajnej sytuacji – do nieudzielenia pomocy dziecku – ofierze przestępstwa popełnionego przez opiekuna. W sytuacji jednak gdy byłyby wskazania medyczne do tzw. zabiegu podwyższonego ryzyka, pomoc mogłaby być udzielona. Ponadto, z uwagi na treść art. 109 § 1 k.r.i.o. trudno uznać dlaczego ten jeden, jedyny aspekt wykonywania władzy rodzicielskiej miałby być wyłączony spod nadzoru i ingerencji sądu.

[44] M. Malczewska [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz…*, s. 647.

[45] P. Pruś, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II*, red. M. Manowska, Warszawa 2015, s. 147.

wymaga tego dobro dziecka[46]. Nie wynika z tego jednak obowiązek sprawowania przez lekarza bieżącego nadzoru nad sposobem wykonywania władzy rodzicielskiej. Za dobro dziecka odpowiedzialni są w przede wszystkim jego przedstawiciele ustawowi. Toteż określenie zakresu obowiązku lekarza musi prowadzić do jego limitacji. Konieczne jest bowiem wyznaczenie cezury między zakresem decyzji i odpowiedzialności lekarza, a zakresem swobody i odpowiedzialności przedstawiciela ustawowego[47]. Zarzucenie lekarzowi naruszenia prawa jest możliwe tylko wtedy, gdy naruszył on ciążący bezpośrednio na nim obowiązek. W związku z tym trzeba dokonać rekonstrukcji zakresu obowiązku „przełamywania" przez lekarza sprzeciwu przedstawiciela ustawowego przez – zależnie od okoliczności – udzielenie świadczenia zdrowotnego wbrew jego woli lub zawiadomienie sądu opiekuńczego w celu uzyskania stosownej zgody na leczenie. Podstawą rekonstrukcji obowiązku lekarza winien być art. 30 u.z.l. formułujący lekarski obowiązek niesienia pomocy w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia[48] oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Przepis ten nie znosi jednak bardziej szczegółowych zasad wykonywania zawodu lekarza, a nade wszystko nie jest samoistną podstawą ograniczenia lub zniesienia wymogu uzyskania zgody pacjenta na zabieg[49]. Toteż pełna rekonstrukcja warunków dopuszczalności „przełamywania" sprzeciwu przedstawiciela ustawowego wymaga uzupełnienia tego obowiązku o regułę stwarzającą lekarzowi możliwość legalnego przełamania zasady autonomii woli. Możliwość taka wynika z przepisów u.z.l. określających przesłanki udzielenia świadczenia zdrowotnego bez zgody lub wbrew woli przedstawiciela ustawowego, przy czym „ominięcie" wymogu zgody przedstawiciela ustawowego może nastąpić dwuwariantowo.

W pierwszym z nich lekarz jest uprawniony, a w gruncie rzeczy zobowiązany, udzielić stosownego świadczenia zdrowotnego na podstawie decyzji własnej, bez zwracania się do sądu opiekuńczego. Obejmuje to sytuację wskazaną w art. 34 ust. 7 u.z.l., a więc gdy zwłoka w podjęciu czynności lekarskich „groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia". Choć literalnie przepis ten odnosi się do „czynności, o których mowa w ust. 1", czyli czynności podwyższonego ryzyka, to z mocy art. 32 ust. 9 u.z.l. należy go stosować także do innych świadczeń. Tak więc w sytuacji rzeczywistego zagrożenia, że małoletni pacjent umrze lub poniesie ciężki uszczerbek na zdrowiu, a okoliczności wskazują że nie ma czasu na przeprowadzenie stosownego postępowania sądowego – lekarz

[46] Art. 109 § 1 k.r.o.

[47] Rozdzielenie zakresów desygnatów tych kategorii nie jest jednak ścisłe, gdyż nie jest wykluczone, że zaniechanie leczenia pacjenta będzie skutkiem zarówno niewykonania obowiązku przez lekarza, jak i naruszenia obowiązku przez przedstawiciela ustawowego. Niniejszy artykuł nie porusza też problematyki zakresu obowiązku lekarza w sytuacji, gdy skontaktowanie się z przedstawicielem ustawowym jest w ogóle niemożliwe.

[48] Pojęcia „ciężkiego uszkodzenia ciała" i „ciężkiego rozstroju zdrowia" użyte w u.z.l. można sumarycznie rozumieć jako „ciężki uszczerbek na zdrowiu" w rozumieniu art. 156 § 1 k.k. Pojęcie to będzie – dla uproszczenia – używane w dalszej części artykułu.

[49] B. Janiszewska, *Uwagi*…, s. 28.

ma obowiązek udzielić pacjentowi świadczenia zdrowotnego nawet wbrew woli przedstawiciela ustawowego.

Druga z możliwych sytuacji związana jest z uprawnieniem lekarza do dokonania czynności na podstawie postanowienia sądu opiekuńczego. W takim przypadku obowiązek lekarza polega na wypełnieniu dyspozycji art. 572 k.p.c., a więc zawiadomienia sądu opiekuńczego[50], a dopiero wtórnie – w razie wyrażenia zgody przez sąd – na udzieleniu określonego świadczenia zdrowotnego. Zawiadomienie sądu o stanie zdrowia małoletniego pacjenta – skoro stanowi realizację ustawowego obowiązku lekarza – nie może prowadzić do jego odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy lekarskiej[51].

Podstawy wyrażenia zgody przez sąd wynikają z art. 32 ust. 6 u.z.l. w odniesieniu do czynności „zwykłych"[52] oraz z art. 34 ust. 6 u.z.l. w odniesieniu do czynności podwyższonego ryzyka. O ile art. 34 ust. 6 u.z.l. samoistnie wskazuje przesłanki stosowania określonej w nim procedury, to jest „niezbędność dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego uszczerbku na zdrowiu" to art. 32 ust. 6 u.z.l. na ten temat milczy. Wobec braku regulacji szczególnej należy przyjąć, że zakres obowiązku „dążenia do udzielenia świadczenia" małoletniemu jest konsekwencją zakresu obowiązku udzielania pomocy lekarskiej określonego w art. 30 u.z.l. W pozostałym zakresie formułowanie przedmiotowego obowiązku lekarza jest pozbawione podstawy prawnej. Podobnie art. 30 u.z.l. wyznacza zakres obowiązku proaktywnego działania lekarza na wypadek rozbieżności stanowisk podmiotów upoważnionych do wyrażenia zgody kumulatywnej oraz podmiotów upoważnionych do wyrażenia zgody zastępczej[53], gdy rozstrzygnięcie takiego konfliktu należy do sądu opiekuńczego[54].

W związku z powyższym stwierdzić należy, że obowiązek zawiadomienia sądu opiekuńczego ograniczony jest do sytuacji, w których istnieją wynikające z przepisów prawa lekarskiego przesłanki uzasadniające podjęcie czynności medycznych wbrew woli przedstawiciela ustawowego, względnie przełamania przez sąd opiekuńczy jego sprzeciwu[55]. Lekarz ma obowiązek podjąć taką inicjatywę zawsze, gdy zaniechanie

---

[50] Zauważyć należy, że lekarz lub zakład leczniczy ma obowiązek dokonać tylko czynności technicznej zawiadomienia, a postępowanie w tej sprawie prowadzone jest z urzędu. Z tej racji wystarczające jest np. powiadomienie faksem; niepotrzebne jest składanie prawidłowego z punktu widzenia uregulowań k.p.c. wniosku o wszczęcie postępowania (R. Kubiak, *Prawo…*, s. 172).

[51] Art. 40 ust. 2 pkt 1 u.z.l. Z ostrożności można wskazać tu także na przepis art. 40 ust. 2 pkt. 3 u.z.l. który stanowi, że lekarz nie ma obowiązku zachowania informacji o pacjencie w tajemnicy także w wypadku, gdy „zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób".

[52] Podstawa wyrażania zgody przez sąd na udzielenie świadczeń innych niż określone w art. 34 ust. 1 jest przedmiotem dyskusji. Zob. B. Janiszewska, *Zgoda…*, s. 683–718.

[53] Zazwyczaj będą to rodzice. Należy zauważyć, że lekarz dysponujący zgodą jednego rodzica nie musi sam z siebie dowiadywać się, jakie jest stanowisko drugiego. Musi je uwzględnić tylko wtedy, gdy jest mu znane. Zob. A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *op.cit.*, s. 49–51.

[54] Art. 17 ust. 3 u.p.p. oraz art. 32 ust. 6 i art. 34 ust. 5 u.z.l. W odniesieniu do konfliktu między rodzicami wynika to z art. 97 § 2 k.r.o.

[55] Nie uchybia to obowiązkowi określonemu w art. 304 k.p.k.

udzielenia świadczenia zdrowotnego sprowadza niebezpieczeństwo dla życia lub spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. „Inny wypadek niecierpiący zwłoki" należy – na gruncie związków z wspominanymi przepisami regulującymi „wymuszanie" zgody na zabieg – rozumieć wąsko, ograniczając go do takich sytuacji, gdzie można przewidywać taki rozwój wypadków, który spowoduje wystąpienie niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu pacjenta. Jest to rozumienie nieco węższe niż generalne rozumienie tego znamienia na gruncie art. 30 u.z.l.[56] Jednak nawet ze względów praktycznych trudno nakładać na lekarza obowiązek „wymuszania" zgody na dokonywanie czynności medycznych, których zaniechanie będzie odwracalne ani niegrożących poważnymi konsekwencjami zdrowotnymi. Ten zakres przypadków należy w mojej ocenie pozostawić ocenie i odpowiedzialności przedstawiciela ustawowego[57].

3.4. Analiza obowiązku „przełamywania" przez lekarza sprzeciwu przedstawiciela ustawowego w kontekście art. 29 ustawy o działalności leczniczej

Art. 29 ust. 2 u.d.l. pozwala odmówić wypisu ze szpitala lub innego zakładu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju całodobowe i stacjonarne świadczenia zdrowotne pacjenta, na żądanie przedstawiciela ustawowego, jeżeli stan zdrowia wymaga dalszego udzielania świadczeń zdrowotnych do czasu wydania orzeczenia w tej sprawie przez właściwy sąd opiekuńczy. Choć przepis ten nie jest skierowany *expressis verbis* do lekarza, to jednak ze względu na treść jego hipotezy decydujący głos w przedmiocie wypisania pacjenta lub jej odmowy musi należeć właśnie do lekarza[58], który albo będzie podejmował decyzję osobiście albo posłuży radą osobie upoważnionej (np. kierownikowi zakładu leczniczego). Przepis nie definiuje co to znaczy, że „stan zdrowia wymaga dalszego udzielania świadczeń zdrowotnych" i z jak istotnym zagrożeniem zdrowotnym musi wiązać się zaprzestanie leczenia, aby obowiązek ten się aktualizował. Zakres tego znamienia można jednak zrekonstruować w oparciu o funkcję tego przepisu i dzięki odwołaniu do wykładni systemowej. Nie mam wątpliwości, iż przesłanka „zatrzymania" pacjenta małoletniego w zakładzie leczniczym aktualizuje się

[56] Ł. Caban i M. Urbańska zasadnie wskazują, że „sytuacje niecierpiące zwłoki nie zawsze muszą być związane z niebezpieczeństwem powstania konsekwencji zdrowotnych po stronie osoby, która potrzebuje pomocy lekarskiej (np. pilny wyjazd pacjenta, potrzeba wystawienia recepty) (…). Wydaje się, że mogą to być sytuacje, kiedy brak pomocy lekarskiej spowoduje negatywne trudno odwracalne konsekwencje dla zdrowia osoby potrzebującej pomocy, a przy tym nie tak niebezpieczne, że mogłyby być zakwalifikowane jako ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężki rozstrój zdrowia" (Ł. Caban, M. Urbańska [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*…, s. 69-660). E. Zielińska wskazuje (nieco upraszczając stanowisko autorki), że: „Z pewnością wchodzą tu w grę sytuacje, w których nieudzielenie pomocy spowoduje niebezpieczeństwo wystąpienia negatywnych skutków dla zdrowia, ale nie na tyle poważnych, żeby można było je zakwalifikować jako ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężki rozstrój zdrowia. Chodzi o sprawy pilne, wymagające natychmiastowego załatwienia za względu na niebezpieczeństwo pogorszenia stanu zdrowia, utrudnienia procesu diagnozowania lub skomplikowania procesu terapeutycznego" (E. Zielińska, *op.cit.*, s. 562-563).

[57] Nie zwalnia to oczywiście lekarza z wykonania obowiązku informacyjnego, w tym szczegółowego poinformowania przedstawiciela ustawowego oraz pacjenta, który ukończył 16 lat o konsekwencjach odmowy zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego; zob. art. 31 ust. 1 u.z.l. oraz art. 9 ust. 2 u.p.p.

[58] A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *op.cit.*, s. 50.

w przypadkach zobowiązujących lekarza do udzielenia świadczeń zdrowotnych wbrew woli przedstawiciela ustawowego oraz uzasadniających zwrócenie się do sądu opiekuńczego o wyrażenie stosownej zgody[59]. W ten sposób ustawodawca tworzy mechanizm umożliwiający lekarzowi wykonanie jego prawnego obowiązku.

Tak więc – w kontekście omawianego w artykule problemu – można postawić tezę, iż każdy przypadek uzasadniający leczenie małoletniego pacjenta bez zgody lub wbrew woli przedstawiciela ustawowego, uzasadnia odmowę jego wypisania z zakładu leczniczego. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „może odmówić", zamiast kategorycznego „odmawia", jest związane tylko z przyjętą konwencją językową. Nie wyłącza odpowiedzialności zakładu (i jego pracowników) za negatywne konsekwencje wypisu[60]. Formuła taka może być użyta w związku z uznaniowym charakterem decyzji w przedmiocie wypisu, jaki w kontekście nieprecyzyjności przesłanek art. 29 ust. 2 u.d.l. jest nieunikniony.

4. Odpowiedzialność karna za zaniechanie leczenia pacjenta małoletniego

W polskim systemie prawnym nie istnieją szczególne reguły określające odpowiedzialność lekarza za niepowodzenie w leczeniu. Opiera się ona na ogólnych regulacjach Kodeksu karnego, a przede wszystkim rozdziału XIX poświęconego przestępstwom przeciwko życiu i zdrowiu. Na lekarzu – z mocy obowiązujących przepisów prawa[61] – spoczywa szczególny, prawny obowiązek zapobiegania skutkowi godzącemu w dobra prawne, jakimi są życie i zdrowie pacjentów. Jest on gwarantem w rozumieniu art. 2 k.k., a więc jego zaniechaniu można – w oparciu o kryteria normatywne – przypisywać skutki. Oznacza to, iż istnieje możliwość powiązania (choć wyłącznie na płaszczyźnie normatywnej[62]) zaniechania lekarza ze skutkiem w postaci spowodowania śmierci lub uszczerbku na zdrowiu.

Powiązanie zaniechania ze skutkiem rozumianym jako oderwana od zachowania sprawcy zmiana w świecie zewnętrznym wymaga więc wykazania, iż dany podmiot

[59] Powstaje pytanie, dlaczego ustawodawca zrezygnował ze wskazania w art. 29 ust. 2 u.d.l. precyzyjnych przesłanek (analogicznych np. do wskazanych w art. 34 ust. 6 u.z.l.), ograniczając się do ogólnego sformułowania „pacjenta, którego stan zdrowia wymaga dalszego udzielania świadczeń zdrowotnych". Wydaje się, że za takim rozwiązaniem może przemawiać kilka argumentów. Przede wszystkim aktualizacja przesłanki określonej w u.z.l., a w szczególności przesłanki niebezpieczeństwa śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu ma charakter dynamiczny i zmieniający się wraz ze stanem zdrowia pacjenta. Znamiona te mają ponadto charakter nieostry, trudno bowiem ze stuprocentową pewnością stwierdzić, w którym momencie stan zdrowia pacjenta już jest wspomnianym niebezpieczeństwem, a w którym jeszcze nie. Nie można więc przerzucać na lekarza pełnego ryzyka skutków podjęcia nietrafnej decyzji. Ustawodawca pozwala więc tymczasowo zatrzymać pacjenta w zakładzie leczniczym, aż do czasu wydania stosownego rozstrzygnięcia przez sąd. Nadto warto zauważyć, że norma art. 29 ust. 2 dotyczy nie tylko przypadków leczenia w wyniku „przełamania" zgody przedstawiciela ustawowego opisywanego w niniejszym artykule. Może mieć zastosowanie chociażby w sytuacji sporu między rodzicami dziecka czy innych okoliczności, w których prawdopodobne jest wydanie przez sąd stosownego orzeczenia na podstawie art. 109 § 1 k.r.o.

[60] T. Rek [w:] T. Rek, M. Dercz, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 146.

[61] Przede wszystkim z wielokrotnie już przywoływanego art. 30 u.z.l.

[62] W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 202–203.

nie wypełnił należycie obowiązków gwaranta. Dla określenia ich zakresu konieczne jest zrekonstruowanie – przynajmniej powinnych – „umiejętności, uprawnień i kompetencji" (jak to trafnie określił T. Sroka) gwaranta gdyż czynności, które poza ten zakres wykraczają nie znajdują się w zakresie obowiązku wynikającego z art. 2 k.k.[63]

Jako że udzielanie świadczeń zdrowotnych jest dopuszczalne pod warunkiem uzyskania zgody pacjenta, odmowa jej udzielenia legalizuje bierność lekarza niezależnie od tego, jakie skutki dla pacjenta przyniesie zaniechanie leczenia[64]. W określonych okolicznościach przepisy prawa nakazują jednak lekarzowi „przełamać" sprzeciw przedstawiciela ustawowego małoletniego pacjenta i legalnie dokonać zabiegu leczniczego lub zwrócić się do sądu o udzielenie stosownej zgody. Jeżeli zachodzą uzasadniające to okoliczności to zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego byłoby nieusprawiedliwione, a brak zgody uprawnionego podmiotu nie legalizuje bezczynności lekarza. Na gruncie doktryny prawa karnego nie budzi wątpliwości, że brak możliwości zażegnania przez gwaranta niebezpieczeństwu grożącemu dobru prawnemu nie wyłącza przypisania odpowiedzialności za jego zniszczenie bądź narażenie, jeżeli to sam gwarant pozbawił się możliwości wykonania obowiązku[65]. Lekarz jako gwarant życia i zdrowia swoich pacjentów powinien zadbać o stworzenie sobie takich warunków pracy, w których jego podstawowe powołanie wynikające z art. 30 u.z.l. może być realizowane. Trafnie wskazuje T. Sroka, iż warunki te mieszczą się w trzech kategoriach: „techniczno-organizacyjnych, medycznych i prawnych" oraz że dążenie do uzyskania wymaganej prawem zgody na leczenie mieści się w ostatniej z wymienionych kategorii[66]. W świetle tych konstatacji należy przyjąć, że zachowanie lekarza polegające na zaniechaniu dążenia do uzyskania zgody na leczenie pacjenta małoletniego będzie można oceniać w kontekście niewykonania obowiązków gwaranta, a co za tym idzie – powiązać normatywnie ze skutkiem w postaci śmierci człowieka, uszczerbku na jego zdrowiu lub wystąpienia niebezpieczeństwa takiego skutku. Z przyczyn wskazywanych już przy okazji omawiania art. 572 k.p.c. stoję na stanowisku, iż w świetle art. 2 k.k. przedmiotowy obowiązek lekarza ma charakter prawny.

Kwalifikacja prawna zachowania lekarza polegającego na nieudzieleniu świadczenia zdrowotnego pacjentowi małoletniemu musi być z oczywistych względów ustalana *ad casum*. Potencjalnie najwłaściwszymi przepisami, które mogłyby mieć w takiej sytuacji zastosowanie, są typy penalizujące umyślne i nieumyślne pozbawienie życia[67], spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu[68] oraz sprowadzenie bezpośredniego

[63] T. Sroka, *Zaniechanie stworzenia warunków umożliwiających wykonanie obowiązku zapobieżenia skutkowi jako podstawa odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo materialne przeciwko życiu i zdrowiu* [w:] *Kiedy lekarz mówi nie czyli prawne aspekty odmowy udzielenia świadczenia zdrowotnego*, red. A. Białek, T. Sroka, Kraków 2015, s. 88.

[64] A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, *op.cit.*, s. 48.

[65] A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna. Tom I. Część I*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 98.

[66] T. Sroka, *op.cit.*, s. 92, 95–97.

[67] Art. 148 § 1 i art. 155 k.k.

[68] Art. 156 k.k.

niebezpieczeństwa utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu[69]. Ze względu na zakres przypadków, w których lekarz ma obowiązek dążyć do „przełamania" braku zgody przedstawiciela ustawowego, raczej wykluczone będzie pociągnięcie go do odpowiedzialności na podstawie innych przepisów, w szczególności w związku z powstaniem średniego lub lekkiego uszczerbku na zdrowiu[70]. Ograniczenie zakresu odpowiedzialności lekarza do takich, rzec można ekstremalnych przypadków, wiąże się z limitacją zakresu jego odpowiedzialności i powierzeniem zasadniczego obowiązku troski o małoletniego przedstawicielowi ustawowemu[71]. Trudno bowiem w sytuacjach zwyczajnych, gdy dziecku nie grozi niepowetowana szkoda (a w obrębie sfery życia i zdrowia przejawia się ona właśnie w utracie życia lub ryzyku ciężkiego uszczerbku na zdrowiu) wymagać od lekarza wkraczania w sferę relacji rodzinnych i życia prywatnego pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego, które to dobra przecież także podlegają ochronie[72]. To rodzic (względnie inny przedstawiciel ustawowy) jest „pierwszym gwarantem" ochrony interesów dziecka, a jego autonomia rodziców podlega prawnej i to konstytucyjnej ochronie[73]. Jeżeli zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego było wynikiem odmowy zgody, a nie zachodziły okoliczności nakazujące lekarzowi „przełamywanie" sprzeciwu przedstawiciela ustawowego, to nie będzie można zarzucić mu naruszenia reguł postępowania z dobrami prawnymi, które ma on obowiązek chronić. W związku z tym wykluczone będzie przypisanie mu odpowiedzialności za przestępstwo[74]. Ewentualne naruszenie tych reguł będzie można przypisać przedstawicielowi ustawowemu. Wskazać też należy, iż naruszenie obowiązku „przełamania" sprzeciwu przedstawiciela ustawowego będzie skutkowało odpowiedzialnością karną lekarza tylko wtedy, gdy wypełni znamiona przestępstwa[75].

5. Podsumowanie

Niekwestionowaną, wywodzoną z konstytucyjnej zasady godności człowieka, zasadą prawa medycznego jest zasada autonomii pacjenta. Legalność udzielenia świadczenia zdrowotnego zależy od zgody pacjenta. Obiektywne okoliczności powodują jednak,

[69] Art. 160 § 2-3 k.k.

[70] Art. 157 k.k.

[71] Słusznie bowiem zauważa się, że omawiany w niniejszym opracowaniu konflikt – między oceną zasadności interwencji medycznej dokonaną przez lekarza a stanowiskiem przedstawiciela ustawowego – jest w gruncie rzeczy konfliktem pomiędzy gwarantem „uniwersalnym" wszystkich dóbr prawnych małoletniego a gwarantem „specjalnym" życia i zdrowia pacjenta. Zob. T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 204-205.

[72] Zob. art. 47 Konstytucji.

[73] Zob. art. 48 Konstytucji.

[74] E. Zielińska, *op.cit.*, s. 561; W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 174.

[75] Przykładowo niewykonanie takiego obowiązku „w innym przypadku niecierpiącym zwłoki" nie będzie przestępstwem, jeśli w wyniku zaniechania lekarza nie dojdzie do śmierci, ciężkiego uszczerbku na zdrowiu albo co najmniej bezpośredniego niebezpieczeństwa powstania takiego skutku. Samo ryzyko jego powstania, jeżeli nie będzie „bezpośrednie" nie pozwala bowiem przypisać odpowiedzialności karnej ze względu na niewypełnienie znamion typu czynu zabronionego. Zob. art. 148, 155, 156 i 160 k.k.

że pacjenci małoletni nie będą zdolni do samodzielnego wypowiedzenia się w przedmiocie swojego leczenia – uczynią to za nich (lub obok nich) przedstawiciele ustawowi lub sąd opiekuńczy. W wypadkach niecierpiących zwłoki, określonych w art. 33 u.z.l., lekarz udzieli stosownych świadczeń zdrowotnych bez uzyskiwania stosownej zgody na takich samych zasadach, jak uczyniłby to wobec pacjenta dorosłego.

Zakres, w jakim przedstawiciel ustawowy dysponuje swobodą w zakresie wyrażania zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego małoletniemu pacjentowi, musi być ograniczony. Nie jest on bowiem dysponentem jego dóbr, a jego rola ogranicza się do ich strzeżenia i poszukiwania dobra podopiecznego. Gdy postąpienie zgodnie z wolą przedstawiciela ustawowego sprowadziłoby niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu małoletniego, lekarz ma obowiązek przejąć obowiązek troski nad tym pacjentem i udzielić mu stosownego świadczenia zdrowotnego. W przypadku, gdy ochrona małoletniego przed utratą życia lub ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu nie wymaga niezwłocznego działania, decyzja o przełamaniu stanowiska przedstawiciela ustawowego powinna leżeć w kompetencji niezależnego i niezawisłego sądu, który w najbardziej obiektywny i uwzględniając całe spektrum kryteriów – zarówno medycznych jak i pozamedycznych – może podjąć najbardziej stosowną decyzję co do dalszego postępowania[76].

Analiza przepisów u.z.l. prowadzi do wniosku, iż lekarz zobowiązany jest zwrócić się do sądu opiekuńczego, gdy przedstawiciel ustawowy odmawia wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne, jeżeli zaniechanie jego udzielenia mogłoby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu małoletniego pacjenta. Obowiązek ten rozciąga się także na sytuacje uzasadniające przewidywanie, że zaniechanie leczenia doprowadzi w konsekwencji do takiego niebezpieczeństwa. Jeżeli konieczność udzielenia świadczenia zdrowotnego jest na tyle pilna, że zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody sądu opiekuńczego groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, lekarz ma obowiązek udzielić tego świadczenia nawet bez uzyskiwania zgody sądu. W innych przypadkach trudno wymagać od lekarza, aby ingerował w sposób wykonywania władzy rodzicielskiej, a nawet gdyby takie zaniechanie skutkowało jakąś szkodą czy uszczerbkiem po stronie pacjenta – to zachowanie lekarza trudno będzie uznać za zawinione.

Zaniechanie wskazanych powyżej czynności stanowi – we wskazanych powyżej przypadkach – naruszenie prawa i jest podstawą wyciągnięcia wobec lekarza konsekwencji prawnych. Jeżeli jego zachowanie będzie wyczerpywało znamiona przestępstwa, poniesie on odpowiedzialność karną. W kontekście obowiązku udzielenia świadczenia zdrowotnego i konsekwencji jego nieudzielenia odpowiedzialność ta będzie się opierała na odpowiednich przepisach Kodeksu karnego typizujących przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu.

[76] T. Sroka, *op.cit.*, s. 98.

* * *

The Doctor's Criminal Responsibility of Abandoning of Juvenile Patient's Treatment in the Wake of Legal Guardian's Objection

One of the most important contemporaty healthcare law rule is the respect for a patient's authonomy. Because of it each medical benefit requires a patient's consent. Actually, giving a consent for medical benefit is a patient's own decision. However, in certain situations – according to patient's age and physical or mental condition – this decision has to be undertaken by a diffrent person, e.g. in case of juvenile patients. The consent for the medical benefit to a juvenile patient shall be undertaken by a legal guardian. If the patient is over sixteen, his own consent is also required. However, a situation when the lack of consent to give the medical benefit which is necesarry to safe patient's life or health would make it impossible, is – in a case of the juvenile patients – unacceptable. So, in the strictly certain circumstances the legal system gives the doctor possibility to ignore guardian's objection and give a medical benefit or inform the guardianship court about the situation. This article tries to show in which situatons the doctor is obliged to breaching guardian's objection by ignoring they opinion or noticing the guardianship court. The next problem is, whether and when non-performing of this duty gives a reason to bring the doctor to the justice on the basis of the criminal law.

Key words: medical law, healthcare law, patient's consent, juvenile patient

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Olaf Raczyński[1]

Klauzula sumienia – gwarancja wolności sumienia przy wykonywaniu zawodu lekarza czy ograniczenie dostępu do świadczeń zdrowotnych?

Streszczenie

Ochrona wolności sumienia i wyznania, jednej z podstawowych kategorii wolności praw i człowieka, w przypadku zawodów medycznych pełni szczególną rolę. Znajduje to wyraz w normowaniu przez ustawodawcę sytuacji, w których lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem. Z drugiej strony ze względu na to, że prawo do ochrony zdrowia, podobnie jak wolność sumienia i wyznania, jest konstytucyjnie gwarantowane, państwo zobligowane jest również do zapewnienia dostępu do opieki zdrowotnej swoim obywatelom. Powoduje to konieczność wprowadzenia ograniczeń możliwości zastosowania przez lekarzy klauzuli sumienia oraz obarczenia skorzystania z niej obowiązkami mającymi zagwarantować pacjentowi dostęp do świadczenia zdrowotnego. Sposób, w jaki należy rozwiązać tę konfliktową sytuację między sumieniem a normą prawną, pozostaje kwestią sporną, w której obszarze prezentowane są różne poglądy i stanowiska.

Słowa kluczowe: klauzula sumienia, wolność sumienia i wyznania

1. Wstęp

Kwestia regulacji klauzuli sumienia w kontekście zawodów medycznych w polskim porządku prawnym od lat wywołuje głębokie emocje i rodzi społeczne podziały. Najczęściej wszelkie kontrowersje wiążą się przede wszystkim z zabiegiem przerywania

[1] Autor jest studentem IV roku Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

ciąży, ale również z badaniami prenatalnymi, przeprowadzeniem zabiegu zapłodnienia pozaustrojowego czy też przepisaniem tabletek antykoncepcyjnych lub środków wczesnoporonnych. Głośnym echem w opinii publicznej odbiła się sprawa prof. Bogdana Chazana z 2014 roku, który odmówił dokonania aborcji powołując się na klauzulę sumienia i według pacjentki celowo przedłużał wszelkie procedury, by wykonanie legalnego zabiegu przerywania ciąży nie było już możliwe, nie wskazując przy tym innej możliwości jego przeprowadzenia, mimo, że taki obowiązek, wynikający z Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, ciąży na lekarzu chcącemu skorzystać z klauzuli sumienia. W wyniku zaistniałej sytuacji prof. Chazan stracił stanowisko dyrektora Szpitala im. Świętej Rodziny w Warszawie, a na samą placówkę została nałożona kara finansowa. Na kanwie tej sprawy Naczelna Rada Lekarska skierowała wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisu Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty z dnia 5 grudnia 1996 r.[2] przepisu regulującego ograniczenia możliwości zastosowania klauzuli sumienia przez lekarzy, a także obowiązki do jakich zobligowany jest lekarz w razie powołania się na klauzulę sumienia. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r.[3], w którym rozpatrywany był wniosek Naczelnej Rady Lekarskiej, skłania do ponownego pochylenia się nad zagadnieniem klauzuli sumienia, w szczególności mając na uwadze nowy stan prawny, jaki ukształtował się po owym wyroku Trybunału Konstytucyjnego.

2. Regulacja klauzuli sumienia w polskim porządku prawnym

Klauzula sumienia najczęściej rozumiana jest jako instrument prawny, który umożliwia konkretnej jednostce w przypadku poważnego i niemożliwego do pogodzenia konfliktu wyznawanych wartości z prawnym obowiązkiem, mającym swe źródło w prawie pozytywnym, rozstrzygnąć go na korzyść przekonań reprezentowanych przez tę daną jednostkę[4]. Inaczej ujmując, jest to swoiste prawo do postępowania w zgodzie z własnym sumieniem, a w konsekwencji także wolność od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu, którego rola sprowadza się do ochrony konkretnej jednostki w sytuacji konfliktu jej sumienia z nakazem zachowania się wynikającym z normy prawnej[5]. A zatem istotą klauzuli sumienia jest zachowanie integralności moralnej poprzez możliwość odmowy postępowania, które zgodnie z sumieniem danej jednostki i posiadanymi przez nią przekonaniami jest niegodziwe i stoi z nimi w sprzeczności. Stanowi więc klauzula sumienia gwarancję wolności sumienia i wyznania – jednej z podstawowych wolności osobistych. Charakterystyka wolności sumienia i wyznania wymaga większej refleksji – rozważania na ten temat zostaną przedstawione w kolejnej części artykułu.

---

[2] Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

[3] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 143.

[4] R. Paprzycki, *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania,* Warszawa 2015, s. 64.

[5] M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia w europejskim i krajowym systemie ochrony praw człowieka*, Przegląd Sejmowy 6/2013, s. 10.

W obecnym stanie prawnym klauzula sumienia w przypadku zawodów medycznych została uregulowana w art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[6], jak i w art. 12 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej[7]. Zgodnie z treścią art. 39 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego. Art. 30, do którego odwołuje się wyżej cytowany przepis, normuje sytuacje, w których lekarz nie będzie mógł powołać się na klauzulę sumienia, a mianowicie w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Już w tym miejscu należy wskazać, że po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r.[8] przepis ten w zakresie, w jakim nakłada na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego w „innych przypadkach niecierpiących zwłoki", oraz w zakresie, w jakim nakłada na lekarza powstrzymującego się od wykonania świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem obowiązek wskazania realnych możliwości uzyskania takiego świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym, utracił moc obowiązującą. Natomiast art. 12 ust. ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej stanowi, że pielęgniarka i położna mogą odmówić wykonania zlecenia lekarskiego oraz wykonania innego świadczenia zdrowotnego niezgodnego z ich sumieniem lub z zakresem posiadanych kwalifikacji, podając niezwłocznie przyczynę odmowy na piśmie przełożonemu lub osobie zlecającej, chyba że zwłoka w jego udzieleniu mogłaby spowodować stan nagłego zagrożenia zdrowotnego. Ustawy te więc w obszerny sposób regulują warunki, według których przedstawiciele zawodów medycznych mogą powołać się na klauzule sumienia oraz ograniczenia, jakie temu towarzyszą. Należy jednak stwierdzić, że nie stanowią one źródła dla sprzeciwu sumienia. Tak jak sama wolność sumienia i wyznania, wraz z innymi najistotniejszymi prawami i wolnościami człowieka, wynika z samej natury istoty ludzkiej i ma charakter pierwotny względem prawa stanowionego, które jedynie właściwie odnosi się do zastanej rzeczywistości, by uregulować daną wolność lub głównie w celu jej zabezpieczenia, ale nie konstytuuje jej, tak samo do możliwości powołania się na klauzulę sumienia, która stanowi nie tylko gwarancję wolności sumienia i wyznania, ale także, w przypadku jej zastosowania, także realizację tej wolności, nie jest konieczne istnienie regulacji ustawowej[9]. W przypadku innych zawodów niż medycznych brak jest

[6] Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

[7] Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. 2011 nr 174 poz. 1039).

[8] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 143.

[9] O. Nawrot, *Sprzeciw sumienia, a prawa człowieka* [w:] *Klauzula sumienia w państwie prawa*, red. O. Nawrot, Sopot 2015, s. 34.

analogicznych uregulowań, nie budzi jednak żadnych wątpliwości, że również przedstawiciele innych profesji korzystają w pełni z wolności sumienia, a więc mogą samodzielnie kształtować swój światopogląd i podejmować decyzje moralne, są więc co do zasady uprawnieni do odmowy zachowania stojącego w sprzeczności ich z sumieniem, a nakazanego przez normę prawa stanowionego. Wydaje się zasadne przytoczenie stanowiska prof. Andrzeja Zolla, według którego klauzula sumienia nie ma charakteru podstawy prawnej powołania się na możliwość postępowania w zgodzie z własnym sumieniem, lecz ma ona charakter ograniczający ową wolność ze względu regulowania warunków, które jeśli zostaną spełnione, umożliwiają rozwiązanie konfliktu między sumieniem, a normą prawną, kosztem wolności sumienia[10]. Celem regulowania klauzuli sumienia na poziomie ustawowym jest więc przede wszystkim wskazanie sposobu korzystania i realizowania wolności sumienia i wyznania (w tym ujawnia się rola klauzuli sumienia jako gwarancji wolności sumienia i wyznania), ale także sytuacji, w których wchodzi ona w konflikt z innymi chronionymi dobrami, dlatego też uchylenie się od obowiązku prawnego uderzające w sferę przekonań danej jednostki nie będzie możliwe – w tym ujawnia się jej charakter ograniczający. W każdym razie, jeśli przyjąć pogląd przyjęty przez prof. A. Zolla za właściwy, to możliwe by było, aby lekarz odmówił wykonania danego świadczenia zdrowotnego, które jest niezgodne z jego sumieniem bez wskazania konkretnej normy prawnej wynikającej z prawa stanowionego, powołując się na samą wolność sumienia i wyznania, jednakże wskazanie takiej możliwości w akcie prawnym przez ustawodawcę stanowi dodatkową gwarancję poszanowania i ochrony wolności kształtowania poglądów bez zewnętrznej ingerencji.

3. Charakterystyka wolności sumienia i wyznania

Wolność sumienia i wyznania jest jednym z podstawowych przejawów wolności jednostki –„jest ona wyrazem absolutnej, w żaden sposób nieskrępowanej i nieograniczonej wolności posiadania (a w konsekwencji także i uzewnętrzniania) wszelkiego rodzaju ocen, poglądów i przekonań"[11], a także „jest daniem jednostce skutecznej rękojmi poszanowania przez państwo jej prywatności, w tym zwłaszcza w tej szczególnie intymnej sferze, jaką jest sumienie, myśl i wszelkie możliwe przekonania"[12]. Jej szczególny charakter przejawia się w tym, że jest ona „swoistym «prawem praw»", czyli prawem warunkującym z jednej strony poszanowanie aksjologicznych założeń konstytucyjnej koncepcji człowieka (zawierających się w godności, wolności i równości), z drugiej zaś możliwość egzekwowania innych praw i wolności będących pośrednią lub bezpośrednią konsekwencją tej wolności"[13]. Jak wszelkie prawa i wolności osobiste ma ona względem prawa pozytywnego tworzonego przez organy państwowe charakter pierwotny, co oznacza, że normowanie jej w katalogach praw i wolności w konstytucjach

[10] A. Zoll, *Klauzula sumienia w medycynie – gwarancja czy ograniczenie wolności sumienia pracowników* [w:] *Klauzula sumienia w państwie prawa…*, s. 120.

[11] J. Szymanek, *Wolność sumienia i wyznania w Konstytucji RP,* Przegląd Sejmowy 2/2006, s. 41.

[12] *Ibidem*.

[13] *Ibidem*.

krajowych czy też regulacjach na poziomie ustawowym nie kreuje jej, lecz tylko udziela jej niezbędnej ochrony i zabezpieczenia[14]. Wolność sumienia i wyznania tkwi w istocie człowieczeństwa, jednostka nie potrzebuje więc powoływać się na akt prawny, by móc samodzielnie kształtować swój światopogląd i na jego podstawie podejmować decyzje z zakresu etyki i moralności. W tym, że wolność sumienia i wyznania ma swoje źródło w samej naturze człowieka, przez co jest przyrodzona i niezbywalna, przysługując niezależnie od jakichkolwiek decyzji, a szczególności decyzji organów władzy państwowej, jawi się ścisły związek z godnością[15]. Wprost mówi o tym art. 30 Konstytucji RP: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych". Godność ludzka jest pojęciem trudnym do zdefiniowania ze względu na istnienie różnych koncepcji prawa naturalnego w zależności od przyjmowanych i preferowanych w danej społeczności systemów religijnych bądź filozoficznych. Brak jest jej legalnej definicji, czy to w Konstytucji RP i innych aktów prawa krajowego, czy też w konwencjach międzynarodowych[16], jednakże można wskazać na jej immanentne cechy, a mianowicie przyrodzoność i niezbywalność. Przyrodzoność oznacza że godność powstaje razem z człowiekiem i nie jest zależna od niczyjej decyzji, w szczególności organów państwowych – wszelakie akty prawne potwierdzają jedynie jej istnienie i zapewniają ochronę, ale nie ustanawiają jej, gdyż względem prawa pozytywnego ma ona charakter pierwotny[17]. Niezbywalność natomiast sprawia, że zarówno organy władzy publicznej jak i podmioty prywatne nie mogą pozbawić jednostki godności, ani jej w żaden sposób ograniczyć, jak też sama jednostka nie może jej się zrzec[18]. W tym właśnie przejawia się szczególny związek między godnością, a wolnością sumienia i wyznania, dla której stanowi ona źródło i przysługuje każdemu z racji bycia człowiekiem. Ma ona względem prawa pozytywnego charakter pierwotny, dlatego też nie może zostać mu usunięta z systemu prawnego.

Również na gruncie prawa międzynarodowego wolność sumienia i wyznania doznaje szczególnej ochrony. W obecnej rzeczywistości w kręgu naszej cywilizacji ustrój demokracji liberalnej stał się standardem w większości państw, natomiast zasada demokratycznego państwa prawnego jednym z jej podstawowych filarów. Normowanie szerokiego katalogu praw i wolności zapewniającego odpowiednią im ochronę należy do fundamentu współczesnych społeczeństw demokratycznych. Idea międzynarodowej ochrony praw i wolności rozwinęła się tuż po II wojnie światowej na skutek tragicznych doświadczeń wojennych. Pierwszym istotnym krokiem w tym kierunku było uchwalenie w 1948 r. przez Organizację Narodów Zjednoczonych Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka[19], której art. 18 stanowi, że każdy człowiek ma prawo wolności

[14] L. Bosek, *Istota konstytucyjności wolności człowieka* [w:] *Klauzula sumienia w państwie prawa…*, s. 47.

[15] J. Szymanek, *Wolność sumienia…*, s. 43.

[16] R. Paprzycki, *Prawna ochrona…*, s. 40.

[17] *Ibidem*, s. 43.

[18] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej: komentarz,* Warszawa 2013, s. 63.

[19] Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, https://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czlowieka/onz/pdpc.pdf, 20.03.2017.

myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje swobodę zmiany wyznania lub wiary oraz swobodę głoszenia swego wyznania lub wiary bądź indywidualnie, bądź wespół z innymi ludźmi, publicznie i prywatnie, poprzez nauczanie, praktykowanie, uprawianie kultu i przestrzeganie obyczajów. Społeczność międzynarodowa potwierdziła więc w ten sposób, że wolność sumienia i wyznania „odgrywa kluczową rolę w kreowaniu i trwaniu społeczeństwa demokratycznego"[20]. Należy jednak pamiętać, że ten dokument stanowi tylko deklarację, nie ma więc mocy wiążącej, a zatem nie może być podstawą żadnych zobowiązań ani roszczeń względem państw. Natomiast charakter wiążący ma już również przyjęty w obrębie ONZ w roku 1966 r. Międzynarodowy Pakt Prawy Obywatelskich i Politycznych[21], który został ratyfikowany przez Polskę w 1977 r., czym zobowiązała się do przestrzegania jego postanowień. Art. 18 ust. 1 Paktu mówi, że każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania. Prawo to obejmuje wolność posiadania lub przyjmowania wyznania lub przekonań według własnego wyboru oraz do uzewnętrzniania indywidualnie czy wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swej religii lub przekonań przez uprawianie kultu, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Natomiast ust. 3 art. 18 wskazuje na sytuacje, w których wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonania może podlegać ograniczeniom, a mianowicie jedynie takim, które są przewidziane przez ustawę i są konieczne dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia lub moralności publicznej albo podstawowych praw i wolności innych osób. Traktat ten więc potwierdził znaczenie wolności sumienia i sumienia jako jednej z podstawowych wolności osobistej.

Również państwa europejskie rozwinęły swój własnym system ochrony praw i wolności. Najważniejszym aktem z zakresu ochrony praw człowieka jest Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (inaczej zwana Europejską Konwencją Praw Człowieka)[22], którą Polska ratyfikowała w 1993 r., po dwóch latach od przystąpienia do Rady Europy. Art. 9 ust.1 Konwencji brzmi następująco: „Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne". Ust. 2 zaś zawiera przesłanki ograniczające wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań w zasadzie zbieżne z postanowieniami Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, czyli mogą być to tylko takie ograniczenia, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Istotną gwarancją ochrony praw i wolności w systemie Rady Europy jest możliwość kierowania skarg indywidualnych do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Trybunał niejednokrotnie wypowiadał się już odnośnie zakresu ochrony wolności sumienia i wyznania. Przytoczyć można byłoby chociażby wyrok w sprawie Kokkinakis przeciwko

[20] O. Nawrot, *Sprzeciw sumienia…*, s. 13.

[21] Międzynarodowy Pakt Prawy Obywatelskich i Politycznych (Dz.U. 1977 nr 38 poz. 167).

[22] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).

Grecji[23], w której Trybunał wskazał, „że wolność sumienia i wyznania jest jednym z fundamentów demokratycznego społeczeństwa. W przypadku osób wierzących chroni ich religijną tożsamość oraz koncepcję życia, ale ma znaczenie również dla ateistów, agnostyków, sceptyków i osób obojętnych na sprawy religii. Pluralizm, o który walczono przez wieki, jest nierozłącznie związany z demokratycznym społeczeństwem i zależy od niego". Niektóre z orzeczeń ETPC ściśle odnosiły się do zagadnienia klauzuli sumienia. Trybunał stwierdzał w jednym z nich między innymi, że „państwo jest zobowiązane do zorganizowania systemu opieki zdrowotnej w taki sposób, aby zapewnić skuteczne korzystanie z wolności sumienia pracownikom służby zdrowia"[24].

Nie można również zapominać, że Unia Europejska także stworzyła swój własny system ochrony praw i wolności. Art. 10 Karty Praw Podstawowych[25] gwarantuje każdemu prawo do wolności myśli, sumienia i religii. Prawo to obejmuje wolność zmiany religii lub światopoglądu oraz wolność uzewnętrzniania, indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swej religii lub światopoglądu poprzez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i uczestniczenie w obrzędach. Co warte podkreślenia, Karta Praw Podstawowych po wejściu w życie Traktu Lizbońskiego w 2009 r. nabrała mocy wiążącej.

Należy jednak mieć na uwadze, że przepisy prawa międzynarodowego nie konstytuują praw i wolności człowieka, jedynie określają ich istnienie i wskazują na ich źródło znajdujące się poza prawem stanowionym, a mającym swoje oparcie na systemie aksjologicznym i prawie naturalnym[26]. Jako dobre podsumowanie może służyć zdanie O. Nawrota, według którego „wolność sumienia i wyznania ma charakter prawa przyrodzonego. Tym samym wolność ta stanowi rzeczywistość pierwotną w stosunku państwa i systemu prawnego. Konsekwentnie treść rzeczonej wolności i powiązanych z nią praw nie jest i nie może być wyznaczana wyłącznie przez normy pozytywistyczne rozumianego systemu prawnego. Uwaga ta w pełni rozciągłości dotyczy zarówno systemu międzynarodowego, jak i systemów prawa krajowego, wraz z zawartymi w nich normami konstytucyjnymi, jakkolwiek niewątpliwie normy te pomagają w rekonstrukcji konotacji rzeczonych wolności i powiązanych z nimi praw"[27].

W naszym krajowym porządku konstytucyjnym ochronę wolności i sumienia zapewnia art. 53 Konstytucji RP, którego ust. 1 stanowi o tym, że każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii. Na marginesie należy zaznaczyć treść ust. 2 art. 53 rozwija zakres tej wolności w aspekcie religijnym podkreślając, że obejmuje ona wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie

[23] Wyrok ETPC z dnia 25 maja 1993 r. w sprawie Kokkinakis przeciwko Grecji, skarga nr 14307/88.

[24] Wyrok ETPC z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie Herrmann przeciwko Niemcom, skarga nr 9300/07.

[25] Karta Praw Podstawowych (Dz. Urz. UE 2016 C 202).

[26] M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia…*, s. 17.

[27] O. Nawrot, *Sprzeciw sumienia…*, s. 21.

się znajdują. Kwestie to choć immanentnie związane z wolnością sumienia i wyznania nie są przedmiotem niniejszego artykułu, dlatego też nie będą rozwijane.

Dość spornym zagadnieniem w doktrynie jest to, jak należy rozumieć pojęcia „sumienie" i wyznanie" i jakie jest między nimi rozróżnienie. Część utożsamia wolność wyznania z wolnością wyznawania lub przyjmowania religii, a także uzewnętrznia swoich przekonań religijnych, natomiast wolność sumienia ma gwarantować kształtowanie i ekspresję określonego światopoglądu osobom niewierzącym[28], inna część zaś traktuje „sumienie" i „wyznanie" w kontekście tej wolności za synonimy[29]. Bardziej przekonujący wydaje się pogląd, zgodnie z którym „sumienie" i „wyznanie" mają różne znaczenia, a temu ostatniemu pojęciu nadaje szeroki zakres znaczeniowy, rozumiejąc je jako wyznawanie wszelakich systemów norm, wartości, idei w celu uwolnienia wolności sumienia i wyznania od konotacji wyłącznie religijnych[30]. Można sobie wyobrazić sytuację, w której dana jednostka nie wyznaje żadnej wiary ani też nie utożsamia się z żadną religią, natomiast system wartości przez nią wyznawany jest mocno zbliżony do jednego z systemów religijnych. Tak samo osoba mocno wierząca, a także praktykująca, może posiadać światopogląd, który kształtował się nie tylko przez pryzmat religii i nie musi całkowicie pokrywać się z uznawanymi przez nią wartościami i zasadami. Dlatego też wolność sumienia powinno rozumieć się jako „swobodę przyjmowania i uzewnętrznia dowolnego światopoglądu odpowiadającego osobistym przekonaniom człowieka", zaś wolność wyznania jako „swobodę wyznawania lub niewyznawania określonej religii"[31]. Jednakże idąc za J. Szymankiem „wolności sumienia i wolności wyznania nie należy traktować jako całkowicie odrębnych kategorii, ale jako dwa odrębne przejawy korzystania z ogólnego prawa do posiadania poglądów, w tym poglądów religijnych i niereligijnych, które także mieszczą się w formule «wolności sumienia». Wolność wyznania nie jest zatem jakąś szczególną formą zagwarantowania prawa do posiadania poglądów religijnych, ale jest istotnym uzupełnieniem i dopełnieniem wolności sumienia, która wiąże się z wewnętrznymi przejawami uznawanej przez jednostkę doktryny światopoglądowej (w tym także i religijnej)"[32]. W podobny sposób wyraził się sam Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 2 grudnia 2009 r.[33], według którego „łącząc wolność sumienia i wyznania, podkreśla się, że chodzi o dwie części składowe świadomości człowieka w sferze religijnej, a mianowicie: wewnętrzną, związaną z kształtowaniem się myśli i przekonań jednostki w sprawach religii, i zewnętrzną, polegającą na ujawnianiu tych myśli i przekonań oraz postępowaniu zgodnym z ich nakazami".

Samo sumienie rozumie się jako wewnętrzne przekonanie każdego człowieka kształtujące własne odczucia w zakresie pojmowania wartości, powinności dobra i zła[34].

---

[28] W. Skrzydło, *Konstytucja…*, s. 63.

[29] R. Paprzycki, *Prawna ochrona…*, s. 45.

[30] J. Szymanek, *Wolność sumienia…*, s. 44.

[31] *Ibidem*, s. 46.

[32] *Ibidem*.

[33] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 października 2009 r., sygn.U10/07, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 163.

[34] R. Paprzycki, *Prawna ochrona…*, s. 65.

Sumienie jako indywidualny i subiektywny imperatyw wewnętrzny, oparty na samodzielnie ukształtowanym systemie wartości, nakazuje dokonywać ocen własnego postępowania i wykazywać świadomość odpowiedzialności moralnej za swoje czyny[35]. Stanowi także ono swoiste „centrum osobowości" i poprzez możliwość swobodnego kształtowania zespołu reguł i norm postępowania bez żadnych wpływów z zewnątrz, daje jej poczucie zachowania suwerenności i integralności molarnej[36]. Właśnie ta szczególna sfera życia ludzkiego podlega ochronie poprzez wolność sumienia. Gwarantuje ona nadawanie wartości moralnej czynom i postawom własnym oraz innych podmiotów prawa, budowanie własnego systemu wartości bez wpływów z zewnątrz, a także wyrażanie tych ocen, określonego światopoglądu, postępowanie zgodnie z własnym sumieniem, jak i wolność od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu[37]. W ogólnym ujęciu można scharakteryzować wolność sumienia jako prawo do swobodnego wyboru przekonań, poglądów, wyznawania religii. Wolność sumienia oznacza również to, że państwo nie będzie utożsamiało się z określonym systemem wartości, ale gwarantując jedynie pewne „etyczne minimum" zapewni każdej jednostce nieskrępowane kierowanie swoim postępowaniem według przez siebie przyjętych kryteriów[38]. Nie bez znaczenia jest więc ujęcie wolności sumienia wyznania jako „wolności", a nie „prawa". Wiąże się z tym to, że jednostce w celu korzystania z wolności sumienia i wyznania, zostaje przyznana sfera możności postępowania w określony sposób, w którą to państwo, jak i inne podmioty, ma zakaz ingerencji. Jednostka ma względem państwa zarówno roszczenie o nienaruszanie jej sfery autonomii, jak i zapewnienie jej odpowiedniego poziomu ochrony przez państwo[39]. W zależności od tego, czy wolność sumienia i wyznania realizowana jest przez jednostkę w wymiarze zewnętrznym lub wewnętrznym, różna jest intensywność tej ochrony. W obrębie *forum internum*, czyli wszystkiego co wiąże się z wyborem, kształtowaniem, posiadaniem bądź nieposiadaniem, a także zmianą określonego światopoglądu, jest wolność sumienia i wyznania wolnością absolutną, co znaczy, że w tym aspekcie nie podlega ona żadnym ograniczeniom. Natomiast uzewnętrznianie i prezentowanie swoich przekonań, czyli tzw. *forum externum*, może podlegać ograniczeniom, oczywiście jeśli spełniają one wszystkie przesłanki z art. 31 ust. 3 Konstytucji[40]. Korzystanie z wolności sumienia i wyznania nie polega więc jedynie na możliwości wyboru i posiadania przekonań, ale także ich ekspresji. Jako podsumowanie powyższych rozważań może służyć fragment wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15.01.1991 r.[41] – „wolność sumienia nie oznacza jedynie prawa do reprezentowania określonego światopoglądu, ale przede wszystkim

[35] I. Andrych-Brzezińska, *Możliwość powołania się na klauzule sumienia w prawie zobowiązań umownych. Przyczynek do dyskusji* [w:] *Klauzula sumienia w państwie prawa…*, s. 81.

[36] J. Szymanek, *Wolność sumienia…*, s. 56.

[37] L. Bosek, *Istota konstytucyjności…*, s. 81.

[38] I. Andrych-Brzezińska, *Możliwość powołania…*, s. 92.

[39] M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia…*, s. 19.

[40] W. Zalewski, *Klauzula sumienia w prawie karnym* [w:] *Klauzula sumienia w państwie prawa…*, s. 61.

[41] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 stycznia 1991 r., sygn. U 8/90, OTK 1991, Nr 1, poz. 8.

prawo do postępowania zgodnie z własnym sumieniem, do wolności od przymusu postępowania wbrew własnemu sumieniu".

4. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r.[42]

Przedmiotem wniosku Naczelnej Rady Lekarskiej skierowanego do Trybunału Konstytucyjnego był art. 39 Ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty[43], formułujący ograniczenia możliwości powołania się na klauzule sumienia. Wniosek ten zawierał cztery zarzuty niekonstytucyjności odnośnie art. 39 tej ustawy. Dwa ostatnie odnosiły się do obowiązku uzasadnienia i odnotowania w dokumentacji medycznej faktu powstrzymania się od wykonania świadczenia zdrowotnego oraz obowiązku uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego spoczywającym na lekarzu wykonującym swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby. W obydwóch przypadkach Trybunał nie dopatrzył się naruszenia Konstytucji przez ustawodawcę. Wydaje się, że kwestie te nie są przedmiotem większych kontrowersji ani też nie dotykają istoty problemu zagadnienia, dlatego w dalszej części nie zostanie poświęcona im uwaga.

Zdecydowanie większe znaczenie w kontekście tematyki artykułu ma pozostała część wniosku. Pierwszy zarzut odnosił się do art. 39 zd. 1 ustawy zawodach lekarza i lekarza dentysty w części określonej słowami „z zastrzeżeniem art. 30", w zakresie, w jakim nakłada na lekarza obowiązek wykonania niezgodnego z jego sumieniem świadczenia zdrowotnego, pomimo że zwłoka w udzieleniu tego świadczenia nie spowodowałaby niebezpieczeństwa utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Naczelna Rada Lekarska podnosiła we wniosku, że „określone w zaskarżonej normie «inne przypadki niecierpiące zwłoki» nie powinny mieć «pierwszeństwa» przed prawem lekarza do korzystania z wolności sumienia", gdyż „lekarz powinien bezwzględnie zachować prawo do odmowy ich wykonania, w tych sytuacjach gdy nie stwarza to zagrożenia życia pacjenta ani nie powoduje ciężkiego uszkodzenia jego ciała, czy ciężkiego rozstroju zdrowia". Trybunał Konstytucyjny w zasadzie podzielił zdanie wnioskodawcy twierdząc, że formuła „inne przypadki niecierpiące zwłoki" jest niedookreślona, „obejmując swym zakresem ogół świadczeń zdrowotnych (art. 39 u.z.l.), całkowicie traci klarowność. W konsekwencji na tle art. 39 zdanie pierwsze u.z.l. nie jest możliwe ustalenie, w jakich konkretnych sytuacjach «niecierpiących zwłoki` lekarz miałby obowiązek wykonania świadczenia zdrowotnego wbrew swemu sumieniu", co powoduje, że nie jest w wiadome w jakim zakresie wolność sumienia i wyznania podlega ograniczeniu. Trybunał uznał także, że „ogólnikowość tej formuły (…) nie pozwala na identyfikację wartości czy praw konstytucyjnych, wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, których realizacja mogłaby uzasadniać ograniczenie wolności sumienia". Stwierdził również, że tym dobrem chronionym nie może być prawo do prywatności, które rozumie się jako „obowiązek państwa powstrzymania się od wkraczania w sprawy osobiste obywateli i zabezpieczenia ich

[42] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2015 r., sygn. K 12/14, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 143.

[43] Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

przed ingerencją innych podmiotów", gdyż wiązało by się to z przedmiotowym potraktowaniem osób wykonujących zawód medyczny.

Uzasadnienie Trybunału odnośnie pierwszego zarzutu budzi pewne wątpliwości. Po pierwsze, co prawda uznaje Trybunał sformułowanie „inne przypadki niecierpiące zwłoki" za niedookreślone, sam jednak utożsamia je z przypadkami „związanymi ze stanem zdrowia pacjenta, któremu wprawdzie nie grozi śmierć, ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężki rozstrój zdrowia, ale który jednak wymaga niezwłocznej pomocy medycznej". Oczywiście Trybunał podniósł tutaj problem posługiwania się różnymi pojęciami przez ustawodawcę, a mianowicie w art. 30 u.z.l. „udzielenie pomocy lekarskiej", a w art. 39 u.z.l. „wykonywanie świadczeń zdrowotnych", przez co inne przypadki niecierpiące zwłoki miałaby się odnosić także do świadczeń zdrowotnych o charakterze nieleczniczym, a sformułowanie to stracić całkowicie klarowność. Wydaje się jednak, że choć pojęcie „inne przypadki niecierpiące zwłoki" wymaga interpretacji, to przez to, że mogłoby się pod nim kryć także świadczenia zdrowotne o charakterze nieleczniczym nie powoduje, że nie jest możliwe odczytanie jego treści. Sama formuła przypadków „niecierpiących zwłoki", używana przecież przez ustawodawcę wielokrotnie w różnym kontekście i różnych dziedzinach prawa, prowadzi do tego, że większość świadczeń zdrowotnych, czy to o charakterze leczniczym i nieleczniczym, nie będzie się kwalifikowała do takich przypadków. Na ten problem zwraca w zdanie odrębnym uwagę prof. S. Biernat, według którego „jest to wąska grupa świadczeń zdrowotnych, a nie wszystkie inne niż te, których odmowa powodowałaby zagrożenie życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia pacjenta. Chodzi tu zarówno o sytuacje, w których zwłoka w udzieleniu wykonania świadczenia zdrowotnego spowodowałaby zagrożenie dla zdrowia pacjenta inne niż ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężki rozstrój zdrowia, ale również przypadki, w których odmowa wykonania świadczenia w konkretnym czasie, w którym zgłosił się on do lekarza, spowoduje poważne, negatywne zmiany sytuacji życiowej pacjenta. Należy zauważyć, że w przypadkach, gdy wykonanie świadczenia w innym terminie nie wpłynie na sytuację zdrowotną lub w poważnym stopniu na sytuację życiową pacjenta, nie występuje «inny przypadek niecierpiący zwłoki», a lekarz może odmówić świadczenia, powołując się na art. 39 u.z.l.".

Bardziej zastanawiający jest jednak brak przeprowadzenia testu proporcjonalności przez Trybunał. Tutaj również pozwolę sobie zacytować fragment zdania odrębnego prof. Biernata: „Trybunał koncentruje się w swojej argumentacji na wolności sumienia lekarzy, praktycznie pomijając wolności i prawa pacjentów. Pacjenci zostali zatem potraktowani przez Trybunał przedmiotowo. Z uzasadnienia wyroku Trybunału wynika bowiem, że los pacjentów, polegający na tym, że albo zostaną im udzielone pewne świadczenia zdrowotne przewidziane przez prawo, albo odmówione, zależy od tego, co wykazuje sumienie lekarzy, natomiast wskazania sumienia, jak również prawa i wolności pacjentów, w szczególności prawo do ochrony zdrowia (art. 68 Konstytucji) oraz prawo do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji) nie są wzięte pod uwagę". Lekarze właściwie każdą swoją czynnością, która przyjmuje charakter świadczenia zdrowotnego, wkraczają w sferę praw i wolności pacjenta, dokonując chociażby ingerencji w ludzkie ciało, co oczywiście najczęściej dzieje się za uprzednią zgodą

pacjenta. Wykonywanie zawodu lekarza odnosi się do jednego z najbardziej podstawowego prawa człowieka, jakim jest zdrowie, czyli właściwie najważniejszej sfery życia ludzkiego, określającej sytuację egzystencjalną człowieka. Lekarze więc w swojej pracy dotykają bardzo delikatnej i intymnej materii. Pacjent nie ma tak obszernej wiedzy medycznej jak lekarz, co wiąże się z tym, że w ramach ochrony swojego zdrowia musi niejako polegać na zdaniu specjalisty, a także obdarzyć go pewną dozą zaufania. Niejako więc lekarz, względem pacjenta, jest na uprzywilejowanej pozycji. Prawo do prywatności nie oznacza jedynie, jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, zakazu ingerencji przez państwo w sprawy osobiste obywateli i zapewnienie im odpowiedniej ochrony, ale również składa się na nie prawo do decydowaniu o swoim życiu osobistym, w tym także prawo do decydowania o ochronie swojego życia i zdrowia, więc jednostce powinna przysługiwać ochrona od państwa także w tym obszarze. Wydaje się więc, że można wskazać dobro, na rzecz którego podlegałaby ograniczeniu wolność sumienia i wyznania, a jeśli tak to do zbadania, czy taka ingerencja spełnia wszystkie przesłanki z art. 31 ust. 3 Konstytucji konieczne jest przeprowadzenie testu proporcjonalności.

Należy też zwrócić uwagę na to, że lekarz odmawiający pacjentowi udzielenia świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem, wkracza w sferę praw i wolności pacjenta, któremu oprócz prawa do decydowania o swoim życiu, przysługuje również, tak samo jak pacjentowi, wolność sumienia i wyznania. Rolą klauzuli sumienia jest zapewnienie integralności moralnej lekarzowi, tak, żeby nie musiał on dokonywać zabiegów medycznych sprzecznych z wyznawanym przez niego systemem wartości. Powołanie się na sprzeciw sumienia nie może mieć jednak na celu narzucenia pacjentowi swojego światopoglądu, a także decydowania za niego o jego życiu i zdrowiu przez wymuszenie konkretnego sposobu leczenia. Jest to o tyle ważne, gdyż pacjent nie posiadający wiedzy medycznej posiadanej przez lekarzy, może być narażony na brak dostępu do każdej możliwości poprawienia swojego stanu zdrowia, stąd dla ochrony jego praw konieczne jest w pewnych wypadkach ograniczenie sposobności zastosowania klauzuli sumienia. Zaskakujące więc jest to, że rozważania doktryny dotyczące klauzuli sumienia skupiają się przede wszystkim na możliwości wkraczania przez władzę w sferę wolności jednostek, możliwości ograniczenia jednostki w zakresie kierowania się w życiu jej własnym sumieniem, wartościami, które w najgłębszym przekonaniu uznaje za słuszne[44]. Nie budzi wątpliwości, że wszelkie prawa i wolności mają swe podstawowe znaczenie w układzie wertykalnym, czyli relacji jednostka-państwo, ponieważ to przede wszystkim organy władzy publicznej zobowiązane są do realizacji praw człowieka[45]. Jednakże znaczna część praw i wolności działa również w układzie horyzontalnym, czyli w stosunkach między jednostkami. Taką sytuację mamy w przypadku klauzuli sumienia; wprawdzie służy ona lekarzowi do uchylenia się od obowiązku nałożonego przez normę prawną prawa pozytywnego, jednakże odmowa udzielenia konkretnego świadczenia zdrowotnego nie jest kierowana do państwa, tylko do pacjenta. Nie budzi jednak wątpliwości, że to na państwie spoczywa obowiązek gwarantowania jednostce

[44] O. Nawrot, *Sprzeciw sumienia…*, s. 9.

[45] P. Sarnecki, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polski,* Warszawa 2011, s. 91.

ochrony zdrowia, co przejawia się między innymi w normowaniu przesłanek ograniczających możliwość powołania się przez lekarzy na sprzeciw sumienia. Problematyka klauzuli sumienia dotyczy więc zarówno ochrony praw i wolności w płaszczyźnie wertykalnej, jak i horyzontalnej.

Często przy omawianiu zagadnienia ograniczania wolności sumienia i wyznania zestawia się ze sobą klauzulę sumienia z odmową służby wojskowej. Nie są to jednak tożsame sytuacje. Po pierwsze, w porównaniu do odmowy obowiązkowej służby wojskowej, powołanie się przez lekarza na sprzeciw sumienia, czyli odmowa udzielenia konkretnego świadczenia zdrowotnego, nie jest skierowana do państwa – nie ponosi ono z tego powodu bezpośrednio żadnych negatywnych konsekwencji, a w pewnych przypadkach jego organy mogą w ogóle nie uzyskać o tym fakcie żadnych informacji. Następnie jedyną możliwością uchylenia się od obowiązkowej służby wojskowej jest, co do zasady, odbycie służby zastępczej. Natomiast w przypadku zawodów medycznych możliwe jest stworzenie mechanizmu, który umożliwiałoby niezajmowanie się przez lekarza danym zakresem spraw, które mogłyby wywołać sprzeciw sumienia albo także wybór takiej specjalizacji, która nie wiązałaby się z takiego rodzaju obowiązkami[46], abstrahując od tego, że w wypadku ostrego konfliktu między obowiązkiem niesienia pomocy lekarskiej, a normami wynikającymi z przyjętego systemu wartości lub własnymi predyspozycjami, najrozsądniejszym rozwiązaniem byłby wybór innego zawodu. Podejmując decyzje o swojej przyszłości zawodowej każdy powinien rozważyć, czy będzie w stanie podołać wszystkim obowiązkom, które są związane z daną profesją. Co warte podkreślenia, obowiązek ten jest istotą wykonywania zawodu lekarskiego, a nie ciężarem czy niedogodnością autorytatywnie nałożoną przez państwo. Wprost wynika to z art. 2 ust. 1 Kodeksu Etyki Lekarskiej[47]: „Powołaniem lekarza jest ochrona życia i zdrowia ludzkiego, zapobieganie chorobom, leczenie chorych oraz niesienie ulgi w cierpieniu; lekarz nie może posługiwać się wiedzą i umiejętnością lekarską w działaniach sprzecznych z tym powołaniem". W tym ujawnia się także inny aspekt problematyki klauzuli sumienia, zawożony zresztą przez Trybunał Konstytucyjny w omawianym orzeczeniu. Obowiązek świadczenia pomocy zdrowotnej przez lekarzy, nałożony przez normę prawną wynikającą z prawa stanowionego przez organy państwowe, można wywnioskować z trzech ustaw. Z art. 15 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej[48] wynika, że podmiot leczniczy nie może odmówić udzielenia świadczenia zdrowotnego osobie, która potrzebuje natychmiastowego udzielenia takiego świadczenia ze względu na zagrożenie życia lub zdrowia. Podobnie brzmienie ma art. 7 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[49]: „Pacjent ma prawo do natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia". Natomiast wielokrotnie już przytaczany art. 30 ustawy o zawodach

[46] M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia…*, s. 24.

[47] Kodeks Etyki Lekarskiej z dnia 2 stycznia 2004 r., Biuletyn NRL 2004, nr 1 (81).

[48] Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. 2011 nr 112 poz. 654).

[49] Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. 2009 nr 52 poz. 417)

lekarza i lekarza dentysty[50] stanowi, że „lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych przypadkach nie cierpiących zwłoki". Norma prawna, która ma swoje źródło w prawie pozytywnym, nakłada więc obowiązek udzielania świadczeń zdrowotnych w ściśle określonym zakresie. Poza tym obowiązek udzielania pomocy lekarskiej nie wynika tylko z norm prawnych takiego rodzaju, ale również z norm etycznych stanowionych przez Kodeks Etyki Lekarskiej, uchwały wydanej podczas Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy, czyli przez samo środowisko lekarskie. Sam Trybunał w rozważanym orzeczeniu wskazuje, że „Kodeks Etyki Lekarskiej – nie będąc aktem prawa obowiązującego – ustanawia niezależny od prawa zbiór norm etycznych, które mogą być inkorporowane do systemu prawa i stanowić obowiązujące lekarzy normy postępowania". Należy też pamiętać o Przyrzeczeniu Lekarskim stanowiącym część Kodeksu Etyki Lekarskiej, w którym lekarze zobowiązują się do „służyć życiu i zdrowiu ludzkiemu" oraz „przeciwdziałać cierpieniu i zapobiegać chorobom". Wydaje się także, że skoro obowiązek taki ściśle związany jest z powołaniem lekarskim, można byłoby wywieść bezpośrednio z norm etycznych czy też norm obyczajowych, które tworzą reguły postępowania w danej społeczności, a osoby wykonujące zawody medyczne, ze względu na swoją znaczącą rolę, bez względu na poziom rozwoju cywilizacyjnego, są niezbędnym elementem każdej społeczności.

Powracając do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego – drugi zarzut niekonstytucyjności sformułowany przez Naczelną Radę Lekarską odnosił się do obowiązku wskazania realnej możliwości uzyskania świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym. Wnioskodawca podnosił, że taki „obowiązek wskazania realnej możliwości uzyskania świadczenia u innego lekarza lub w innym podmiocie leczniczym jest w istocie prawnym obowiązkiem pomocnictwa w zakresie wykonania świadczenia uznanego przez tego lekarza za niegodziwe. Przepis ten zmusza bowiem lekarza do czynnej, konkretnej i realnej pomocy w uzyskaniu świadczenia niezgodnego z jego sumieniem". Także i w tym wypadku Trybunał przychylił się do wniosku Naczelnej Rady Lekarskiej, podnosząc między innymi, że taki system, w którym to na lekarzu a nie na placówce zdrowotnej spoczywa taki obowiązek, jest nieefektywny, dlatego też nie realizuje zamierzonego celu w adekwatny sposób, jakim jest udzielanie jak najszybciej informacji o możliwości uzyskania świadczenia zdrowotnego. W doktrynie głosy o niekonstytucyjności tego zapisu były dosyć powszechne i najczęściej wskazywały na to, że lekarz jest zmuszony do współdziałania w zabiegu, który w jego mniemaniu jest niegodziwy[51]. W moim przekonaniu taki obowiązek, choć oczywiście jest ograniczeniem wolności sumienia i wyznania, to nie narusza istoty klauzuli sumienia, która polega na tym, że lekarz może odmówić udzielenia świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jego sumieniem, natomiast obowiązek poinformowania pacjenta o realnych możliwościach uzyskania świadczenia medycznego nie wiąże się z osobistym jego wykonaniem przez

[50] Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152).

[51] A. Zoll, *Klauzula sumienia…*, s. 123.

lekarza powołującego się na sprzeciw sumienia. Przy przyjęciu jednak, że taki obowiązek narusza istotę klauzuli sumienia, mogłoby to powodować, że stałaby się ona instrumentem do narzucania pacjentowi swojego światopoglądu. Taki obowiązek jest więc ograniczeniem wolności sumienia i wyznania, ale nie narusza jej istoty i gdyby spełniał on wszystkie warunki testu proporcjonalności tzn. byłby to środek niezbędny do osiągnięcia zamierzona celu i w sposób adekwatny realizował ten cel, to takie ograniczenie mogłoby funkcjonować w porządku prawnym. Wydaje się jednak, że rozwiązanie zaproponowane przez Trybunał Konstytucyjny w sposób bardziej efektywny gwarantuje prawo do informacji pacjenta, a w takim wypadku ograniczenie to nie jest zgodne z zasadą proporcjonalności.

5. Podsumowanie

Bez wątpienia prawo człowieka do wolności sumienia i wyznania jest jednym z praw najmocniej związanych z ochroną rdzenia godności konkretnej jednostki, która nie może w pełni realizować swojego człowieczeństwa bez postępowania w zgodzie ze swoimi przekonaniami, zwłaszcza sumieniem czy wyznaniem[52]. Klauzula sumienia zaś w przypadku zawodów medycznych jest gwarancją ochrony wolności sumienia i wyznania. Umożliwia ona lekarzom wykonywania swojej pracy z możliwością postępowania zgodnie z wyznawanym przez siebie systemem wartości, poprzez rozwiązywanie konfliktu między normą prawną a nakazem moralnym. Jednakże ustawodawca powinien uregulować możliwość powołania się na sprzeciw sumienia przez lekarza tak, żeby skorzystanie z niej nie prowadziło do naruszenia praw i wolności, w szczególności nie prowadziło do narzucenia swojego światopoglądu ani nie utrudniało dostępu do legalnego świadczenia zdrowotnego. W tym właśnie przejawia się szczególna rola państwa, na którym to spoczywa zarówno obowiązek zapewnienia ochrony wolności sumienia i wyznania, jak i obowiązek gwarantowania jednostkom dostępu do świadczeń zdrowotnych w celu zabezpieczenia konstytucyjnego prawa do ochrony zdrowia. Regulacja klauzuli sumienia powinna więc być uregulowana z jak największym poszanowaniem sfery praw i wolności zarówno lekarzy, jak i pacjentów.

* * *

Tytuł

Protection freedom of religion and conscience, it's one of the basic rights of human rights and freedom, which plays vital role in medical jobs. The act regulate issue in which case doctor is able to reject health benefit, which is against his conscience. On the other hand right to health care as well as freedom of conscience and religion is guaranteed by government, which is obligate to provide healthcare to citizens. Consequently restrictions has to be imposed in order to limit permission of use conscience clause by doctors and has to guarantee access

[52] M. Skwarzyński, *Sprzeciw sumienia…*, s. 26.

to healthcare. The way of solving the problem between the conscience and law has been a debatable point. In this specific issue, there are different ideas and standpoints.

Key words: conscience clause, freedom of conscience and religion

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/2
ISSN 1689–9601

Cyprian Liske[1]

Między prawem a polityką: pozycja ustrojowa sądownictwa konstytucyjnego w Polsce i na Węgrzech

Streszczenie

Z racji swojej newralgicznej pozycji ustrojowej oraz nieuchronnych powiązań z polityką państwa, sądownictwo konstytucyjne stało się bardzo wrażliwym elementem ładu konstytucyjnego w zachodniej kulturze prawnej. Jednocześnie specyficzna funkcja najwyższego „sądu nad prawem" pozostaje źródłem licznych kontrowersji co do właściwej roli sądów konstytucyjnych we współczesnym państwie prawa. Na tym tle zaprezentowana została ewolucja ustrojowa sądownictwa konstytucyjnego w Polsce i na Węgrzech – w dwóch krajach Europy Środkowo-Wschodniej o podobnej historii najnowszej i wyjściowej sytuacji politycznej.

Wiele podobieństw wykazuje przebieg obecnego kryzysu konstytucyjnego w Polsce w zestawieniu z działaniami partii Fidesz po zdobyciu przez nią w 2010 roku większości mandatów w węgierskim Zgromadzeniu Krajowym, podobnie są też formułowane zarzuty wobec idei sądownictwa konstytucyjnego. Analiza poszczególnych instytucji w kontekście przemian politycznych w obu krajach pozwala określić dalsze tendencje w kształtowaniu pozycji ustrojowej polskiego Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Konstytucyjnego Węgier.

Słowa kluczowe: sądownictwo konstytucyjne, Trybunał Konstytucyjny, Sąd Konstytucyjny Węgier, kryzys konstytucyjny

Idea nowoczesnego konstytucjonalizmu wywodzi swe korzenie z osiemnastowiecznego przewrotu myślowego w filozofii prawa, który wyznaczyły takie akty jak Deklaracja Praw

[1] Autor jest studentem II roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

Wirginii czy rewolucyjna Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela. Jednak kanon wartości konstytucyjnych z wolna torował sobie drogę do powszechnego uznania, z początku nieuzbrojony w gwarancje zapewniające jego rzeczywiste stosowanie[2]. To sądownictwo konstytucyjne stało się jednym z najważniejszych instrumentów, przeistaczających ustawy zasadnicze z pięknie brzmiących deklaracji w realnie egzekwowany system zasad. Choć przykłady tworzenia niezależnych instytucji, kontrolujących z prawnego punktu widzenia posunięcia rządzących, możemy odnaleźć już w dobie Wiosny Ludów, to dopiero czasy powojenne przynoszą ich powszechne ugruntowanie w zachodniej kulturze prawnej[3]. Europa Środkowo-Wschodnia podjęła trud implementacji rozwiązań wykształconych na Zachodzie z ponad ćwierćwieczem opóźnienia. Burzliwe wydarzenia polityczne i symbolika kolejnych jubileuszów (w Polsce jest to 30 lat działalności Trybunału Konstytucyjnego i 20 lat obowiązywania obecnej konstytucji) skłaniają do pogłębionej refleksji nad kształtowaniem się idei sądownictwa konstytucyjnego w krajach takich jak Polska i Węgry. W obu wymienionych państwach koncepcja niezależnej instytucji kontrolnej wyłaniała się w okolicznościach transformacji ustrojowej lub – w ściśle ograniczonym kształcie – na kilka lat przed upadkiem bloku komunistycznego. Co zrozumiałe w tak zarysowanej sytuacji, w obu krajach jest to idea nie do końca ugruntowana w świadomości obywateli, wciąż młoda i podatna na polityczne wstrząsy, wciąż intensywnie redefiniowana, co unaoczniają znaczne zmiany wprowadzane w strukturze i sposobie zorganizowania obu trybunałów konstytucyjnych. Otwarte pozostaje pytanie o kierunek dalszych przeobrażeń i o długoterminowe skutki inżynierii ustrojowej przeprowadzanej – mniej lub bardziej subtelnie – przez obozy rządzące w obu państwach.

Instytucja Trybunału Konstytucyjnego po raz pierwszy pojawia się w polskim prawie za sprawą nowelizacji Konstytucji PRL, wprowadzonej w 1982 roku. Dopiero jednak w 1985 roku uchwalona została ustawa szczegółowo regulująca jego funkcjonowanie. Rok później Trybunał rozpoczął działalność orzeczniczą[4]. Przykład Polski jest o tyle ciekawy, że w żadnym z pozostałych państw Grupy Wyszehradzkiej, w tym na Węgrzech, początki sądownictwa konstytucyjnego nie sięgały tak daleko czasów sprzed załamania się ustroju socjalistycznego[5]. Ten fakt był nieraz instrumentalnie wykorzystywany w dyskusji medialnej jako argument ideologicznie obciążający działalność Trybunału[6]. Realizacja idei niezależnego sądownictwa konstytucyjnego nie była jednak pożądana przez

[2] „Katalog ten zawiera ideę suwerenności narodu, ograniczonego rządu (w szerszym ujęciu jako system wykluczający koncentrację władzy), odpowiedzialnego rządu, konstytucji jako prawa najwyższego, praw człowieka, niezawisłości sądownictwa czy też prawa narodu do reformy rządu" A. Tarnowska, *Koncepcja nowoczesnego konstytucjonalizmu w historii prawa*, Studia Iuridica Toruniensia 2009/5, s. 63.

[3] A. Dziadzio, *Ochrona konstytucyjności prawa w Europie XIX wieku*, Studia z dziejów państwa i prawa polskiego 2008/11, s. 169.

[4] A. Deryng, *Trybunał Konstytucyjny jako organ władzy sądowniczej w Polsce*, Zeszyty Naukowe Instytutu Administracji Akademii im. Jana Długosza w Częstochowie, 2014/10, s. 97–98.

[5] S. Kubas, *Sąd Konstytucyjny Węgier* [w:] *Sądownictwo konstytucyjne w państwach Grupy Wyszehradzkiej. Perspektywa politologiczno-prawna,* red. M. Barański *et al.*, Katowice 2015, s. 21.

[6] Tak dla przykładu C. Ryszka, *Trybunał Konstytucyjny – PRL-owski relikt stojący na straży socjalistycznego państwa*, https://prawy.pl/39259-trybunal-konstytucyjny-prl-owski-relikt-stojacy-na-strazy-socjalistycznego-panstwa/, 03.02.2017.

włodarzy partyjnych, na co wskazuje chociażby opieszałość w formułowaniu podstaw organizacyjnych funkcjonowania TK czy ustanowienie przepisu, umożliwiającego odrzucanie jego orzeczeń przez Sejm większością 2/3 głosów przy zachowaniu wymaganego kworum[7]. W rzeczywistości wprowadzenie w latach osiemdziesiątych do ustroju PRL instytucji takich jak Rzecznik Praw Obywatelskich, Najwyższy Sąd Administracyjny czy w końcu Trybunał Konstytucyjny stanowiło odpowiedź na część postulatów opozycji i sposób na obniżenie politycznego ciśnienia. Próba wciągnięcia koncepcji typowych dla demokratycznego zachodu w cugle socjalizmu może uchodzić za formę pragmatycznego „samoograniczenia się" władzy ludowej[8]. Jak wskazuje A. Deryng, „należy przy tym przypomnieć fakt, iż TK był na pewno «dzieckiem niechcianym» poprzedniej władzy, a już z całą pewnością instytucją w jakiś sposób na władzy wymuszoną"[9].

W okresie między przełomem roku 1989 a uchwaleniem obecnie obowiązującej Konstytucji, Trybunał funkcjonował w pewnego rodzaju „próżni" prawnej, za oparcie mając przede wszystkim lakoniczne przepisy Małej Konstytucji (a między 89 i 92 rokiem nowelizacji grudniowej) z zasadą demokratycznego państwa prawnego na czele[10]. Wyinterpretowane wówczas zasady prawne stworzyły solidne fundamenty kształtującego się ustroju konstytucyjnego i jednocześnie pozwoliły na tymczasowe uregulowanie wielu palących problemów prawnych transformacji. Podobnie istotną rolę odegrał utworzony w 1989 roku Sąd Konstytucyjny Węgier (węg. *Alkotmánybíróság*)[11]. Sytuacja, w jakiej znalazła się ta świeżo powołana instytucja, w dużej mierze przypominała sytuację polskiego Trybunału Konstytucyjnego, z kilkoma wszakże istotnymi wyjątkami. Po pierwsze: oprócz kompetencji, które posiadał polski TK (tj.: przede wszystkim orzekania o konstytucyjności aktów prawnych i rozstrzygania sporów kompetencyjnych), Sąd Konstytucyjny Węgier przejął również funkcję Trybunału Stanu i miał orzekać o odpowiedzialności konstytucyjnej Prezydenta[12]. Po drugie, podczas kiedy w Polsce od roku 1989 prowadzono prace nad nową konstytucją, która stała się w 1997 roku podstawą orzekania przez TK, w warunkach węgierskich aż do 2010 roku funkcjonowała „konstytucja z łatek" – wielokrotnie nowelizowana stalinowska ustawa zasadnicza z 1949 roku[13]. W tych warunkach Sąd Konstytucyjny Węgier uzyskał bardzo

[7] Ustawa z dnia 29 kwietnia 1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. 1985 nr 22 poz. 98 ze zm.).

[8] Komunikat biura Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 grudnia 2015 r., http://trybunal.gov.pl/informacja-publiczna/zespol-prasy-i-informacji/komunikaty/art/9215-komunikat-biura-trybunalu-konstytucyjnego-z-23-grudnia-2015-r/, 03.02.2017.

[9] A. Deryng, *op.cit.*, s. 98.

[10] A. Miętek, *Zasada demokratycznego państwa prawnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Dialogi polityczne 2009/11, s. 79–81.

[11] W polskim piśmiennictwie spotyka się zarówno nazwę Trybunał Konstytucyjny jak i Sąd Konstytucyjny Węgier. Na oficjalnej stronie tego sądu widnieje angielskie tłumaczenie węgierskiego „*Alkotmánybíróság*" jako „The Constitutional Court of Hungary", http://hunconcourt.hu/, 04.02.2017.

[12] S. Kubas, *op.cit.*, s. 76–77.

[13] A. Wołek, *Stary ustrój i personalna rewolucja* [w:] *Węgry Orbána – wzór czy przestroga?*, red. L. Skiba *et al.*, Warszawa 2014, s. 10. W literaturze zauważa się również, że rozmiar nowelizacji wprowadzonych do węgierskiej ustawy zasadniczej był na tyle znaczny, aby można było mówić o zupełnie nowej konstytucji w sensie materialnym (W. Brodziński, *System Konstytucyjny Węgier*, Warszawa 2003, s. 19).

silną pozycję polityczną, spełniając podobną rolę jak polski Trybunał Konstytucyjny w latach 1989–1997, jednak dłużej i z większą mocą. Wagi decyzji podejmowanych przez sędziów tej instytucji dowodzi opracowana przez nich, budząca wiele kontrowersji doktryna „niewidzialnej konstytucji". To László Sólyom, pierwszy Przewodniczący Sądu Konstytucyjnego Węgier w latach 1990–1998, był głównym twórcą tej koncepcji, zakładającej orzekanie w sprawach konstytucyjnych przy uwzględnieniu zbioru wyinterpretowanych („niewidzialnych"), abstrakcyjnych zasad prawnych, często niemożliwych do bezpośredniego stwierdzenia w drodze wykładni językowej[14]. Jednoczesne zastosowanie przez Węgrów – odmiennie niż w Polsce – niemieckiego modelu *actio popularis* (skargi konstytucyjnej, którą może złożyć każdy obywatel bez względu na jego związek ze sprawą) wymiernie rozszerzyło kognicję sądu i sprawiło, że przez kilka pierwszych lat działalności przez węgierski Trybunał Konstytucyjny przewinęło się właściwie większość możliwych do zaistnienia kontrowersji natury ustrojowej.

Jak podaje A. Wołek, „w latach 1990–1993 TK uznał za niezgodne z konstytucją ponad 1/3 badanych aktów normatywnych, zaś w okresie 1994–1995 była to ponad 1/4"[15]. Wśród bogatego orzecznictwa węgierskiego Sądu Konstytucyjnego znalazły się dwa szczególnie kontrowersyjne wyroki. W pierwszym z nich Sąd zablokował przedłużenie biegu przedawnienia wobec przestępstw popełnionych przez zbrodniarzy komunistycznych podczas powstania z 1956 roku, powołując się na zasadę państwa prawa („*Rechtsstaat*") i niedziałania prawa wstecz. Drugi raz Sąd wzbudził znaczne kontrowersje, kiedy pozbawił budżet węgierski 1/3 oszczędności zgromadzonych w ramach ekonomicznej terapii szokowej ministra Bokrosa, wskazując na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa prawnego i uszanowania zasady praw (słusznie) nabytych[16]. Choć orzecznictwo polskiego Trybunału Konstytucyjnego również wzbudzało silne emocje wśród obserwatorów, to jednak należałoby je oceniać jako bardziej zachowawcze, co szczególnie dobrze unaocznia ostrożność, z jaką TK wypowiadał się dotychczas w sprawach dotyczących praw oraz wolności socjalnych i ekonomicznych[17]. Polska konstytucja zresztą w art. 81 umożliwia[18] dochodzenie części praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych jedynie w granicach określonych ustawowo.

[14] Ch. Boulanger, *Europeanization Through Judicial Activism? The Hungarian Constitutional Court's Legitimacy and the „Return to Europe"*, s. 11. Referat, do którego się odnoszę, został opublikowany online po konferencji „The Contours of Legitimacy in Central Europe: New Approaches in Graduate Studies", która miała miejsce w 2002 roku w St Antony's College w Oksfordzie, http://users.ox.ac.uk/~oaces/conference/papers.html, 04.02.2017.

[15] A. Wołek, *op.cit.,* s. 11.

[16] Ch. Boulder, *op.cit.*, s. 9; O. Jádi, *Notes on the Bokros-package*, http://arsboni.org/portfolios/notes-on-the-bokros-package/, 06.02.2017.

[17] W publicystyce bywało to powodem zarzutów, jakoby TK przedkładał stan finansów państwa nad prawa obywateli (tak dla przykładu E. Radlińska, *Trybunał Konstytucyjny stał się strażnikiem spadających dochodów państwa*, http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/698758,trybunal-konstytucyjny-stal-sie-straznikiem-spadajacych-dochodow-panstwa.html, 19.02.2017). Pod koniec 2015 roku duże kontrowersje wzbudził z tego powodu wyrok w sprawie Otwartych Funduszy Emerytalnych (sygn. akt K 1/14). Dość jaskrawo kontrastuje to ze swobodą, z jaką węgierski Sąd Konstytucyjny wypowiadał się na tematy związane z ekonomiczną sytuacją państwa.

[18] Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 ze zm.

Kolejna, istotna różnica między polskim a węgierskim sądownictwem konstytucyjnym, dotyczyła sposobu wybierania sędziów. Początkowo węgierski Sąd Konstytucyjny, podobnie jak polski Trybunał, składał się z 15 sędziów wybieranych na kadencję trwającą 9 lat. Jednak podczas gdy polskich sędziów Sejm wybierał bezwzględną większością głosów (przy wymaganym kworum), na Węgrzech niezbędna była większość „konstytucyjna" 2/3 spośród parlamentarzystów jednoizbowego Zgromadzenia Krajowego[19]. Co więcej, nominacji dokonywała komisja, na którą składało się obowiązkowo po jednym przedstawicielu każdej partii. Podobna regulacja nie występowała w zasadzie w Polsce ani w odniesieniu do komisji opiniującej kandydatury na sędziów TK, ani jakiejkolwiek innej komisji sejmowej[20]. Co ciekawe, propozycja wprowadzenia większości 2/3 dla wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego w Polsce pojawiła się w debacie publicznej na kanwie kryzysu konstytucyjnego z przełomu 2015 i 2016 roku[21]. Autorzy projektu powoływali się przede wszystkim na rozwiązanie niemieckie, które w 1989 roku stanowiło inspirację dla podobnego uregulowania trybu powoływania sędziów TK na Węgrzech. Jak się jednak boleśnie przekonały węgierskie elity polityczne, implementacja zasad z powodzeniem funkcjonujących w niektórych krajach Zachodu nie musi wcale doprowadzić do takich samych skutków w zupełnie innych realiach politycznych kraju post-komunistycznego. Jak pisze A. Wołek: „W Niemczech nakaz współpracy różnych sił politycznych i organów władzy tkwi tak mocno w mentalności, że 2/3 wszystkich ustaw Bundestag uchwala głosami dwóch największych partii"[22]. Tymczasem na Węgrzech zastosowanie rozwiązania wymuszającego poszukiwanie konsensu w szerszych gremiach doprowadziło do poważnego kryzysu, bowiem partie obecne w Zgromadzeniu Krajowym nie mogły w żaden sposób dojść do porozumienia co do kolejnych kandydatur na sędziów Sądu Konstytucyjnego. W konsekwencji aż do 1994 roku pięć stanowisk sędziowskich pozostawało nieobsadzonych, co zagrażało paraliżem całej instytucji przez wzgląd na istotne ryzyko nieuzyskania wymaganego podczas podejmowania decyzji kworum[23]. Ostatecznie Zgromadzenie Krajowe wybrało tylko jednego kandydata, po czym zgodziło się na sztuczne obniżenie liczby sędziów z 15 do 11, by choć tymczasowo rozwiązać problem[24].

Po „rewolucji nad urnami" z 2010 roku partia Fidesz (wraz z Chrześcijańsko-Demokratyczną Partią Ludową) za sprawą arytmetyki parlamentarnej zyskała mandat

[19] S. Kubas, *op.cit.*, 77.

[20] Wskazania dotyczące składu pojawiają się przy Komisji Śledczej oraz Komisji do Spraw Unii Europejskiej, ale nie narzucają formalnej równości przedstawicieli poszczególnych klubów i porozumień. Zob. art. 2 Ustawy o sejmowej komisji śledczej (Dz.U. 1999 nr 35 poz. 321 ze zm.) oraz art. 148a Regulaminu Sejmu RP (M.P. 1992 nr 26 poz. 185 ze zm.).

[21] *Ruch Kukiz'15 proponuje wybór sędziów TK większością 2/3 głosów*, http://www.rp.pl/Sedziowie-i-sady/312039936-Ruch-Kukiz15-proponuje-wybor-sedziow-TK-wiekszoscia-23-glosow.html#ap-1, 06.02.2017.

[22] A. Wołek, *op.cit.*, s. 10.

[23] S. Kubas, *op.cit.*, s. 77–78.

[24] K. Kelemen, *The Hungarian Constitutional Court in the New Constitutional Framework*, http://www.academia.edu/1760644/The_Hungarian_Constitutional_Court_in_the_new_constitutional_framework, 08.02.2017.

do jednostronnego decydowania o ustroju państwa[25]. Posiadając większość konstytucyjną 2/3 w Zgromadzeniu Krajowym, mogła podjąć próbę wprowadzenia nowego ładu konstytucyjnego w miejsce dotychczas obowiązującej „konstytucji z łatek", nadbudowanej licznym i kreatywnym orzecznictwem Sądu Konstytucyjnego. Zwraca uwagę, że nowa konstytucja zachowała około 80% przepisów poprzedniczki, wbrew zatem przekazowi medialnemu forsowanemu przez Fidesz, nie była to zmiana absolutna, zrywająca całkowicie z kłopotliwym bagażem przeszłości[26]. Modyfikacje skupiły się na chirurgicznych cięciach w ustroju państwa tak, aby przeformułowane instytucje lepiej odpowiadały nowej wizji politycznej. Publicyści zwracają przy tym uwagę, że tak naprawdę większość zmian zmierzała raczej do wymiany składu osobowego poszczególnych urzędów na sprzyjający planom obozu rządzącego, a nie do realnego przeorganizowania zasad ich funkcjonowania[27].

Wśród instytucji, które podlegały przeobrażeniom, znalazł się Sąd Konstytucyjny Węgier. W pierwszej kolejności obóz rządzący zdecydował się na reorganizację komisji nominującej kandydatów na sędziów, tak aby zerwać z zasadą równego udziału każdej partii w procesie decyzyjnym. Zamiast formalnej równości przedstawicieli każdego ugrupowania (jedna partia = jeden przedstawiciel), wprowadzono proporcję głosów odpowiadającą liczbie mandatów posiadanych przez daną partię w Zgromadzeniu Krajowym, czyli podobne rozwiązanie do tego, które w Polsce stosuje się w Komisji ds. Unii Europejskiej. Dzięki temu rządząca koalicja mogła swobodnie nominować własnych kandydatów[28]. Jeszcze zanim w życie weszła nowa ustawa zasadnicza, zdecydowano się na przedłużenie kadencji sędziów węgierskiego TK z 9 do 12 lat przy jednoczesnym wprowadzeniu zakazu reelekcji. Zwiększono również skład Sądu Konstytucyjnego z 11 do 15 sędziów, zgodnie zresztą z pierwotną koncepcją z lat dziewięćdziesiątych, która jednak, jak wskazałem wcześniej, nie wytrzymała próby czasu i upadła w atmosferze sporu politycznego[29]. Nie są to zmiany same w sobie rewolucyjne ani groźne dla idei sądownictwa konstytucyjnego, wiele z nich zresztą upodobniło węgierski Sąd do polskiego Trybunału (chociażby jeśli chodzi o procedurę wyboru sędziów czy zakaz reelekcji). Po doświadczeniach lat wcześniejszych, kiedy to Sąd zdobył nieprawdopodobną pozycję polityczną, rozstrzygając o ogromnej liczbie spraw z powodu *actio popularis*, zdecydowano się na wprowadzenie konstrukcji bardzo podobnej do tej, która obowiązuje na gruncie polskiej konstytucji, czyli skargi indywidualnej w sprawie naruszenia określonego prawa lub wolności[30]. Kognicję węgierskiego TK ograniczono również tematycznie, określając wyczerpująco prawa i wolności, które mogą stać się podstawą

[25] A. Sadowski, M. Gniazdowski, *Konstytucja nowych Węgier – implikacje krajowe i regionalne,* Komentarze OSW 2011/60, s. 2.

[26] A. Wołek, *op.cit.,* s. 13.

[27] *Ibidem.*

[28] S. Kubas, *op.cit.*, s. 78.

[29] K. Kelemen, *op.cit.*

[30] A. Sadowski, M. Gniazdowski, *op.cit.*, s. 3. Kognicję Trybunału określa obecnie art. 24 Konstytucji Węgier. Korzystam z polskiego tłumaczenia opracowanego przez Wydawnictwo Sejmowe (*Ustawa Zasadnicza Węgier*, tłum. Jerzy Snopek, Warszawa 2015).

orzekania o konstytucyjności ustaw dotyczących spraw budżetowych, podatkowych i socjalnych w sytuacji wykroczenia długu publicznego ponad ½ PKB państwa[31]. W Polsce nie istnieje tak precyzyjne ograniczenie co do możliwości kontrolowania przez TK określonych typów ustaw. Wprowadzono jedynie podyktowane względami praktycznymi ograniczenie czasowe – przymus wydania orzeczenia w sprawie ustawy budżetowej w terminie 2 miesięcy (art. 224 ust. 2 Konstytucji RP). Z kolei szersza w warunkach węgierskich pozostaje kontrola prewencyjna, podczas gdy bowiem w Polsce do kontroli jeszcze przed promulgacją uchwalony akt prawny może skierować tylko Prezydent RP (art. 122 ust. 3 Konstytucji RP), na Węgrzech takie uprawnienie przysługuje również Zgromadzeniu Krajowemu na wniosek Rady Ministrów, inicjatora inicjatywy ustawodawczej lub Przewodniczącego Zgromadzenia (art. 6 Konstytucji Węgier). Podobnie jak w Polsce, również na Węgrzech funkcjonuje kontrola konstytucyjności aktów prawnych w oparciu o wniosek (pytanie prawne) sędziowskiego składu orzekającego w danej sprawie. Jeśli chodzi o kontrolę następczą, w Polsce jej zakres jest szerszy niż na Węgrzech i jednocześnie wewnętrznie zróżnicowany – oprócz podmiotów posiadających legitymację ogólną, do których należy w zasadzie większość konstytucyjnych organów państwa, wskazane zostały również podmioty mogące złożyć wniosek jedynie w sprawach objętych ich działaniem (art. 191 ust. 1 Konstytucji RP). Na Węgrzech lista organów, które mogą kierować w ramach abstrakcyjnej kontroli następczej wnioski do Sądu Konstytucyjnego, jest znacznie węższa i obejmuje Rząd, ¼ deputowanych do Zgromadzenia Krajowego, Prezesa Sądu Najwyższego, Prokuratora Generalnego oraz Rzecznika Praw Podstawowych (art. 24 ust. 2 Konstytucji Węgier). Zmiany w modelu węgierskiej skargi konstytucyjnej zostały opisane już wcześniej, na uwagę jednak zasługuje różnica w skutkach orzeczeń wydawanych w takim przypadku w Polsce i na Węgrzech. W Polsce, choć skarga ma charakter „konkretny" i może ją złożyć tylko uprawniony, który wyczerpał tok instancji, to jednak Trybunał Konstytucyjny orzeka wyłącznie o konstytucyjności przepisu, na podstawie którego zapadło ostateczne orzeczenie, a nie o orzeczeniu samym w sobie. Wyrok TK staje się dopiero podstawą do wznowienia postępowania na podstawie odrębnych przepisów[32]. Z kolei na Węgrzech Sąd Konstytucyjny, obok przepisów prawa wprost, bada zgodność skarżonego wyroku z ustawą zasadniczą i może go bezpośrednio unieważnić (art. 24 ust. 2 lit. c i d oraz ust. 3 lit. b Konstytucji Węgier). Podobnie ukształtowana jest w obu krajach regulacja dotycząca niezależności i statusu sędziego, obejmując przyznanie sędziom immunitetu czy ustanowienie zasady *incompatibilitas*[33]. Wyroki są wiążące i niepodważalne, tak przynajmniej wynika z litery prawa[34].

[31] Zgodnie z art. 37 ust. 4 Ustawy Podstawowej Węgier są to: prawo do życia i ludzkiej godności, prawo do ochrony danych osobowych, prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania oraz prawa związane z obywatelstwem węgierskim. Bez ograniczeń dopuszczalna jest kontrola spraw proceduralnych.

[32] M. Safjan, *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, http://trybunal.gov.pl/informacja-publiczna/archiwum/wystapienia-bylych-prezesow-tk/marek-safjan-2/, 14.02.2017.

[33] S. Kubas, *op.cit.*, s. 80–82.

[34] *Ibidem*, s. 88; art. 190 Konstytucji RP.

W publicystyce często pojawiają się tezy, jakoby Fidesz, posiadając silną legitymację społeczną, zdecydował się na „wyłączenie bezpieczników" i takie przeprogramowanie starych instytucji (w tym Trybunału Konstytucyjnego), by te nie mogły realnie ograniczać polityki rządu. Wprowadzone zmiany faktycznie ograniczyły rolę Sądu Konstytucyjnego Węgier, w większości przypadków nie bardziej jednak niż w warunkach polskich Konstytucja z 1997 roku. Partia rządząca oddziałuje na sądownictwo konstytucyjne raczej za pomocą polityki personalnej, wpływu politycznego i „sterowania ręcznego". Widać to chociażby po zmianie, jaką przewidziano dla trybu wyboru Prezesa Sądu Konstytucyjnego, którego rolą jest kierowanie pracami instytucji i reprezentowanie jej na zewnątrz. Obecnie Prezes nie jest wybierany przez samych sędziów, ale przez Zgromadzenie Krajowe większością 2/3 głosów[35]. Również w Polsce dużą wagę rządzący przywiązywali do zyskania jak największego wpływu na kreację stanowiska Prezesa Trybunału Konstytucyjnego, co stało się powodem licznych kontrowersji. Najpierw w nowelizacji Ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 19 listopada 2015 roku próbowano arbitralnie „wygasić" kadencje Prezesa i Wiceprezesa Trybunału Konstytucyjnego oraz znacznie zmodyfikować tryb ich wyboru – zmiany te zostały uznane za niekonstytucyjne przez TK[36]. Następnie przedłużająca się absencja sędziów wybranych w obecnej kadencji, a także nieprzyjęcie przez Prezydenta RP ślubowania od trzech sędziów wybranych przez Sejm poprzedniej kadencji, uniemożliwiły Zgromadzeniu Ogólnemu przedstawienie w ustawowym terminie kandydatów na stanowisko Prezesa[37]. W najnowszych „ustawach naprawczych" wytworzone zostało zagadkowe, pozakonstytucyjne stanowisko „pełniącego obowiązki Prezesa Trybunału Konstytucyjnego", które przypadło sędzi Julii Przyłębskiej[38]. Zwołane w wielkim pośpiechu i w atmosferze kontrowersji Zgromadzenie Ogólne doprowadziło ostatecznie do wyłonienia kandydatur głosami zaledwie sześciu sędziów – legalność tego wyboru była kwestionowana[39].

Na Węgrzech obóz rządzący wykorzystał swoją silną pozycję polityczną do jednostronnego ukształtowania części składu sędziowskiego, wszystkie wakaty zapełniając kandydatami kojarzonymi z partią[40]. Na ewentualne niekorzystne wyroki Sądu większość parlamentarna znalazła bardzo prosty sposób – nadawała podważonym

[35] A. Sadowski, M. Gniazdowski, *op.cit.*, s. 3.

[36] Dz.U. 2015 poz. 1928; wyrok TK z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn. akt K 35/15.

[37] Niestety komunikaty Biura TK w tej sprawie nie są już dostępne na stronie internetowej Trybunału. Umieszczam odnośnik do jednego z artykułów w tej sprawie: *Biuro TK o uchwale Trybunału Konstytucyjnego*, http://infogmina.com/pl/news/view/10516/, 19.02.2017.

[38] Zob. art. 17 i art. 18 Ustawy Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz.U. 2016 poz. 2074).

[39] Wpis *Posiedzenie w sprawie wyłonienia kandydatów na prezesa TK nielegalne?* ze strony internetowej Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, http://www.hfhr.pl/posiedzenie-w-sprawie-wylonienia-kandydatow-na-prezesa-tk-nielegalne/, 18.02.2017.

[40] Bardzo interesującą analizę w tym zakresie przedstawił Węgierski Komitet Helsiński, *Analysis of the performance of hungary's „one-party elected" constitutional court judges between 2011 and 2014*, http://helsinki.hu/wp-content/uploads/EKINT-HCLU-HHC_Analysing_CC_judges_performances_2015.pdf, 18.02.2017.

regulacjom rangę konstytucyjną, w ten sposób uniemożliwiając ich dalszą weryfikację[41]. Czyni to z Sądu Konstytucyjnego instytucję fasadową, pomimo jego teoretycznie wciąż silnej pozycji ustrojowej. Jednocześnie trudno kierować na gruncie prawa pozytywnego zarzuty wobec obozu rządzącego, skoro posiadana przezeń większość parlamentarna w pełni uprawnia go do samodzielnych modyfikacji ustawy zasadniczej. W warunkach polskich jeszcze bardziej kreatywny pomysł, aby wstrzymywać publikację niekorzystnych wyroków Trybunału Konstytucyjnego, nie zachowywał, zdaniem wielu komentujących, nawet pozorów legalności[42].

Dążenie sił politycznych na Węgrzech do podporządkowania instytucji kontrolnych ich wizji państwa poddaje się analogii do kryzysu konstytucyjnego, który rozpoczął się w Polsce w 2015 roku. Przede wszystkim widoczna jest w obu przypadkach chęć, aby nie tyle wykluczyć sądownictwo konstytucyjne z udziału w systemie demokratycznym, co przekształcić je w taki sposób, aby zaczęło legitymizować aktualne rządy. W Polsce z wielu najbardziej kontrowersyjnych modyfikacji regulacji dotyczących TK zrezygnowano, kiedy jasnym stało się, że najważniejsze cele polityczne zostały już osiągnięte[43]. Retoryka środowisk rządzących podczas kryzysu bywała w obu krajach podobna: Trybunał Konstytucyjny strzeże starego porządku, jest instytucją polityczną, torpeduje ambitne plany pod pozorem niezgodności z obowiązującą konstytucją. To parlament reprezentuje Suwerena; sędziowie nie zostali wybrani w wyborach, a tworzą „trzecią izbę" parlamentu[44]. Propozycje nowych rozwiązań nie były jednak poddawane pod szeroką dyskusję. Sytuację komplikuje waga argumentów, wysuwanych przeciw obecnie funkcjonującym koncepcjom sądownictwa konstytucyjnego, dyskutowanych zresztą w środowisku naukowym na długo przed początkiem kryzysów konstytucyjnych w Polsce i na Węgrzech. Ustrojodawca musi mierzyć się z problemem deficytu demokracji w sądownictwie konstytucyjnym (kilkunastu

[41] S. Kubas, *op.cit.*, s. 90.

[42] Krytycznie o działaniach Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z przełomu roku 2015 i 2016 wypowiadali się między innymi prof. Andrzej Zoll, prof. Andrzej Bałaban i sędzia Waldemar Żurek. Umieszczam źródła poszczególnych opinii: http://www.rp.pl/Sedziowie-i-sady/312119893-Konstytucjonalista-Publikacji-wyrokow-TK-nie-mozna-wstrzymywac.html; http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/spor-o-tk-komentarze-po-pismie-szefowej-kprm-do-prezesa-tk,602243.html; http://weekendfm.pl/arch.php?n=58458&, 17.02.2017.

[43] Zob. przepisy Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. 2016 poz. 2072) oraz Ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz.U. 2016 poz. 2073). Zrezygnowano między innymi z niekonstytucyjnej koncepcji podejmowania decyzji w części spraw przez sędziów większością 2/3 głosów czy z możliwości złożenia sędziego z urzędu przez Sejm.

[44] W takim duchu wypowiadał się między innymi Jarosław Kaczyński: „Trybunał Konstytucyjny jest instytucją specyficzną, ma ogromną władzę, całkowicie niekontrolowaną i jednocześnie bardzo słabą legitymację. Jest w istocie organem politycznym, trzeba to zmienić. (…) [W ustawie z 25 czerwca 2015 r.] chodziło o to, by powstała trzecia izba parlamentu, która bez żadnej legitymacji powstrzymywała reformatorskie działania naszej strony", http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/tk-mial-powstrzymywac-reformatorskie-dzialania-pis-kaczynski,597746.html, 17.02.2017; O Trybunale Konstytucyjnym jako ciele politycznym pisała dla Gazety Prawnej w interesującym artykule M. Suchodolska, http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/902459,trybunal-konstytucyjny-to-polityczny-twor.html, 18.02.2017.

sędziów o legitymacji jedynie pośrednio pochodzącej od Suwerena może wymiernie wpływać na politykę całego państwa), z wyzwaniem zagwarantowania możliwie wysokiej apolityczności instytucji, z aktywizmem sądowym (*casus* „niewidzialnej konstytucji"). Zamiast jednak dyskusji nad tymi dylematami i nad pozycją ustrojową sądów konstytucyjnych w państwie prawa, rządząca w obu krajach większość zaproponowała „ścieżkę na skróty", szybkie środki układające pozycję Trybunałów wedle woli politycznej, bez szczególnej troski o potrzebę osiągania kompromisowych, stabilnych rozwiązań. Wydaje się zresztą, że niezależnie od kształtu poszczególnych regulacji, stabilność demokratycznego państwa prawa zależeć będzie od jakości kultury politycznej i wysokiej świadomości obywatelskiej społeczeństwa. Przepis nie wystarczył, aby zapewnić rozważną współpracę w węgierskim parlamencie podczas wyboru sędziów Sądu Konstytucyjnego w latach dziewięćdziesiątych, choć sprawdził się w dojrzalszej demokracji niemieckiej. Jak instrumentalnie władza czasem traktuje zmiany w systemie kontroli może dowodzić wprowadzone na Węgrzech ograniczenie orzekania Sądu Konstytucyjnego w sprawach ekonomicznych, o którym pisałem już wcześniej. Pewne zmiany w tym zakresie mogłyby być wszakże głęboko uzasadnione troską o stabilizację finansów państwa. Na gruncie prawnoustrojowym można sformułować wiele argumentów, które mogą przemawiać za pewną formą ograniczenia zakresu (czy też „głębokości") orzekania w sprawach powiązanych dla przykładu z podatkami i budżetem państwa albo różnymi prawami socjalnymi. W tę stronę zmierza zresztą art. 81 Konstytucji RP. Ostatecznie zmiany, wprowadzone w tym zakresie przez Fidesz, nie wyłączały całkowicie orzekania Sądu w wymienionych kategoriach spraw, ale wskazały wyraźnie prawa i wolności, z poziomu których można rozpatrywać naruszenia ustawy zasadniczej. Cały jednak problem w tym, że planów obozu rządzącego nie poprzedził głęboki namysł i szeroka debata publiczna, a jedynie chęć szybkiego pozbycia się niewygodnego orzecznictwa Sądu w bardzo konkretnej sprawie – w tym przypadku chodziło o wprowadzony ze wsteczną mocą obowiązywania podatek od odpraw w wysokości 98%[45]. Zamiast zatem początku konstruktywnej dyskusji o pozycji ustrojowej sądownictwa konstytucyjnego, obserwować możemy wprowadzanie politycznie skalkulowanych, doraźnych decyzji, nieraz poza granicami obowiązującego w danej chwili prawa, jak miało to miejsce w Polsce. Zmierza to do odjęcia powagi sądownictwu konstytucyjnemu i do obniżenia jego roli jako prawnego zabezpieczenia na wypadek naruszania przez rządzących ustalonych przez Suwerena-ustrojodawcę konstytucyjnych „reguł gry". Na Węgrzech jest to już w zasadzie proces zakończony. Wydaje się, że nie należy rezygnować z dyskusji o dylematach współczesnego konstytucjonalizmu, powinno to jednak następować w zgoła innej atmosferze i celem osiągania możliwie najbardziej stabilnych, najlepszych rozwiązań. Analiza ewolucji pozycji ustrojowej sądownictwa konstytucyjnego na Węgrzech i podobieństw do wydarzeń polskiego kryzysu konstytucyjnego obrazuje niski stan kultury politycznej i prawnej w obu krajach oraz słabość wielu dotychczas funkcjonujących

[45] M. Potocki, *Węgierski premier walczy o 98-proc. podatek od super odpraw w budżetówce*, http://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/461503,wegierski-premier-walczy-o-98-proc-podatek-od-super-odpraw-w-budzetowce.html, 17.02.2017.

rozwiązań ustrojowych, a także wskazuje na tendencję do dalszego ograniczania roli instytucji kontrolnych w tych państwach.

* * *

Between Law and Politics: the Position of Constitutional Courts in Poland and Hungary

Because of its crucial position in the state structures and inevitable connections with domestic policy, constitutional judiciary has become a sensitive part of constitutional systems in western legal culture. At the same time, the specific function of „final arbiter of the law" is the source of many controversies about an apropriate role of constitutional courts in a modern state of law. The evolution of constitutional judiciary in Poland and Hungary, two countries with similar recent history and initial political situation, has been presented against this background.

The course of recent constitutional crisis in Poland appears to be similar to the actions of „Fidesz" party taken after collecting majority in The Hungarian National Assembly in 2010, analogous are allegations concerning the idea of constitutional judiciary as well. The analysis of legal institutions in the context of recent political changes in both countries allows us to specify further tendencies in shaping the constitutional position of The Constitutional Tribunal in Poland and The Constitutional Court of Hungary.

Key words: constitutional courts, The Constitutional Tribunal (Poland), The Constitutional Court of Hungary, constitutional crisis