

Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK nr 4/2020 (6)



PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

kwartalnik

Czasopismo recenzowane według wytycznych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Rada Programowa

Przewodniczący prof. dr hab. Mirosław Wielgoś

Medycyna

dr Marek Balicki, prof. dr hab. Zbigniew Czernicki, prof. dr hab. Jan Doroszewski, prof. dr hab. Barbara Górnicka, prof. dr hab. Marcin Gruchala, prof. dr hab. Paweł Krajewski, prof. dr hab. Marek Krawczyk, prof. dr hab. Tomasz Pasierski, prof. dr hab. Leszek Pączek, prof. dr hab. Robert Rejdak, prof. dr hab. Wojciech Rokita, prof. dr hab. Piotr Rutkowski, dr Tadeusz Urban, prof. dr hab. Andrzej Witek, prof. dr hab. Paweł Włodarski

Prawo i etyka

dr Anna Alchiewicz, prof. dr hab. Teresa Dukiet-Nagórska, prof. dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska, prof. dr hab. Adam Górski, prof. dr hab. Leszek Kubicki, prof. dr hab. Agnieszka Liszewska, prof. dr hab. Teresa Mróz, prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz, prof. dr hab. Alicja Przyłuska-Fiszer, prof. dr hab. Zbigniew Szawarski, prof. dr hab. Małgorzata Świdorska, prof. dr hab. Mirosław Wyrzykowski, prof. dr hab. Eleonora Zielińska

Redaktor naczelny

dr hab. Maria Boratyńska

Redaktor ds. medycznych

prof. dr hab. Agnieszka Cudnoch-Jędrzejewska

Redaktor ds. bioetycznych

dr Joanna Różyńska

Redaktor ds. praw autorskich

dr hab. Wojciech Machała

Redaktorzy naukowci

dr hab. Maria Boratyńska, dr hab. Przemysław Konieczniak, dr hab. Wojciech Machała, dr Jacek Malczewski, dr Joanna Różyńska

Sekretarz redakcji

mgr Wojciech Rożdżeński

Redaktor językowy

Maciej Ganczar, mgr Marta Puścion

Dział promocji

dr Antonina Doroszevska, mgr Barbara Krzyżewska

Redaktor statystyczny

mgr inż. Krzysztof Krasuski

Adres redakcji

Warszawski Uniwersytet Medyczny, Wydział Lekarski, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa

Wydawca

Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa

Projekt okładki

CORNERIA

Opracowanie graficzne Global Scientific Platform/www.pandawer.pl

Nakład 500 egz.

ISSN 2657-8573 e-ISSN 2719-3748

Tytuł dofinansowany przez Śląską Izbę Lekarską

Spis treści

Dr Małgorzata Szeroczyńska <i>prokurator Prokuratury Rejonowej w Żyrardowie</i>	
Ocena legalności prawnej terapii konwersyjnych w prawie polskim	5
Dr Marcin Szwed <i>Uniwersytet Warszawski</i>	
Aspekty prawne terapii konwersyjnej	67
Prof. UW dr hab. Tatiana Chauvin Mgr Karolina Czapska-Malecka <i>Uniwersytet Warszawski</i> Dr Paweł Gogol <i>Warszawski Uniwersytet Medyczny</i>	
Stosunek pracy lekarzy na kontraktach w kontekście ochrony przed mobbingiem	103
Dr Anna Sporczyk-Popielarczyk <i>Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu</i>	
Prawna charakterystyka zawodowej tajemnicy aptekarskiej	153

ORZECZNICTWO

Dr Jan Ciechorski <i>Wyższa Szkoła Humanistyczna w Sosnowcu</i>	
Głos do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2015 r., sygn. V CSK 456/15	179
Prof. UW dr hab. Maciej Kaliński <i>Uniwersytet Warszawski</i>	
Głos do uchwały SN (7) z dnia 22 lipca 2020 r., sygn. III CZP 31/19. Objęcie pojęciem kosztów z art. 444 § 1 zd. 1 k.c. opieki sprawowanej nieodpłatnie nad poszkodowanym	193

Ocena legalności prawnej *terapii* konwersyjnych w prawie polskim

1. Wprowadzenie

Dnia 28 sierpnia 2020 r. wydane zostało „Stanowisko Konferencji Episkopatu Polski w kwestii LGBT+”. Biskupi Kościoła katolickiego w Polsce, uznając heteroseksualność za jedyną naturalną orientację seksualną, propagują w nim m.in. *leczenie* homoseksualizmu. W dokumencie tym znajdujemy postulat: „Wobec wyzwań tworzonych przez ideologię gender i ruchy LGBT+, a zwłaszcza mając na uwadze trudności, cierpienia i duchowe rozdarcia przeżywane przez te osoby, konieczne jest tworzenie poradni (również z pomocą Kościoła, czy też przy jego strukturach) służących pomocą osobom pragnącym odzyskać zdrowie seksualne i naturalną orientację płciową. Przychodnie te mają sens również wtedy, kiedy pełna transformacja seksualna okaże się być zbyt trudna, ale jednak w istotnym stopniu pomogą radzić sobie z psychoseksualnymi wyzwaniami. (...) Nie można jednak pomijać świadectw osób, które w pewnym momencie uświadomiły sobie, że ich odmienna seksualność nie jest jakimś nieodwołalnym wyrokiem czy bezpowrotnym zakodowaniem, ale jest objawem zranień na różnych poziomach ich osobowości. Pragnąc więc szczerze uzdrowienia doświadczanego bólu, uczyniły długi, nieraz heroiczny wysiłek i z pomocą kompetentnych osób odzyskały zdrową tożsamość i duchową harmonię, albo przynajmniej osiągnęły zdolność do życia w zgodzie z samym sobą w wewnętrznym pokoju. Powyższe stwierdzenia nie chcą w partykularnych przypadkach zadawać nowych ran, ale dla wszystkich osób

szukających uzdrowienia pragną być ważnym światłem na początku nowej drogi życia i zachętą do podążania po niej”¹.

Głosząc powyższy postulat, biskupi wychodzą z założenia nie tylko, że homoseksualizm jest zaburzeniem i to zaburzeniem osobowości, ale także że jest uleczalny. Paradoksalnie, stojąc na tym stanowisku, episkopat zdaje sobie sprawę, że jest ono sprzeczne z opiniami naukowymi², co jednak prowadzi go jedynie do podważenia ich „naukowości”³. Co więcej, biskupi zdają się nie zauważać medialnych doniesień o traumie osób, które przeszły tego typu *terapię*⁴, a nawet oświadczeń „kompetentnych i uznanych terapeutów” przez wiele lat je stosujących, którzy obecnie przepraszają „pacjentów” za zadane im krzywdy i przyznają się do braku ich skuteczności, mimo iż wśród nich są znane autorytety medyczne, jak prof. Zbigniew Lew-Starowicz⁵ lub prof. Andrzej Jaczewski⁶,

¹ <http://www.katolsk.no/nyheter/2020/09/dokument-stanowisko-konferencji-episkopatu-polski-w-kwestii-lgbt> [dostęp: 6.12.2020].

² American Psychiatric Association, *Position statement on therapies focused on attempts to change sexual orientation (reparative or conversion therapies)*, „The American Journal of Psychiatry”, 2000, nr 157, s. 1719–1721; American Psychological Association, *Report of the task force on appropriate therapeutic responses to sexual orientation*, 2009, <https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf> [dostęp: 10.01.2021]; *Stanowisko Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego na temat zdrowia osób o orientacji homoseksualnej*, <https://pts-seksuologia.pl/sites/strona/59/stanowiskopts-na-temat-zdrowia-osob-o-orientacji-homoseksualnej> [dostęp: 10.01.2021]; World Psychiatric Association, *WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviours*, 2016, http://www.wpanet.org/detail.php?section_id=7&content_id=1807 [dostęp: 10.01.2021].

³ „Postulat takich poradni stoi w oczywistej sprzeczności z oficjalnymi opiniami obowiązującymi w kręgach LGBT+, ze stanowiskami uważanymi za naukowe, a także z tak zwaną «poprawnością polityczną»”; <http://www.katolsk.no/nyheter/2020/09/dokument-stanowisko-konferencji-episkopatu-polski-w-kwestii-lgbt> [dostęp: 6.12.2020].

⁴ G. Conley, *Wymazać siebie*, Wydawnictwo Poradnia K sp. z o.o., Warszawa, 2019.

⁵ L. Woźnicki, *Prof. Lew-Starowicz przepraszają gejów za leczenie elektrostrząsami*, Wyborcza.pl, 28 lipca 2015 r., <https://wyborcza.pl/1,75398,18441165,prof-lew-starowicz-przepraszaja-gejow-za-leczenie-elektrowstrzasami.html> [dostęp: 6.12.2020].

⁶ K. Apiecionek, *Tajemniczy homoseksualizm. Co determinuje naszą orientację seksualną?*, Focus.pl, 11 marca 2020 r., <https://www.focusnauka.pl/arttykul/tajemniczy-homoseksualizm-co-determinuje-nasza-orientacje-seksualna?page=2> [dostęp: 6.12.2020].

czy organizacje chrześcijańskie, jak Exodus International⁷ lub Hope for Wholeness⁸.

W niniejszym tekście zostanie przedstawione, czym jest owo promowane przez episkopat *leczenie* homoseksualizmu, jaka jest szansa jego skuteczności w świetle najnowszych badań nad etiologią homoseksualizmu, a także czy jest ono legalne w świetle polskich przepisów dotyczących szeroko pojętych działań na osobie, zarówno medycznych, psychoterapeutycznych, jak i religijnych czy nieterapeutycznych. Celem tej analizy jest uzyskanie odpowiedzi na pytanie, czy zasadne jest wprowadzenie w Polsce regulacji prawnej *leczenia* homoseksualizmu, a jeśli tak, to jak powinna ona wyglądać, mając na uwadze rekomendacje samorządów lekarskich, zalecenia organizacji międzynarodowych, a także przykłady tego typu regulacji w innych państwach.

1. Definicja i metody *terapii* konwersyjnych

Działania *terapeutyczne* podejmowane dla „odzyskania zdrowia seksualnego i naturalnej orientacji płciowej”, które promują polscy biskupi, powszechnie nazywane są *terapią* konwersyjną lub *terapią* reparatywną bądź *leczeniem* homoseksualizmu (ang. *conversion therapy*, *reparative therapy*, *sexual orientation change efforts* – SOCE). W uzasadnieniu projektu ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych z 28 lutego 2019 r. Nowoczesna, za „Protokołem ustaleń w sprawie terapii konwersyjnej w Wielkiej Brytanii”⁹ podpisanym w 2015 r. przez przedstawicieli szeregu towarzystw

⁷ T. Baliszewski, *Przez lata „leczyli” homoseksualistów. Teraz przepraszają i kończą działalność*, naTemat, 19 czerwca 2013 r., <https://natemat.pl/65413,przez-lata-leczyli-homoseksualistow-teraz-przepraszaja-i-koncza-dzialalnosc#> [dostęp: 6.12.2020].

⁸ E. Stawnikowska, *20 lat „leczyli” z homoseksualizmu. Nagle ogłosił, że jest gejem*, Newsweek Polska, 5 września 2019 r., <https://www.newsweek.pl/swiat/mckrae-game-leczyli-homoseksualistow-przyznal-ze-jest-gejem/yfxlxsx> [dostęp: 6.12.2020].

⁹ *Memorandum of Understanding on Conversion Therapy in the UK*, listopad 2015: „‘Conversion therapy’ is the umbrella term for a type of talking therapy or activity which attempts to change sexual orientation or reduce attraction to others of the same sex. It is also sometimes called ‘reparative’ or ‘gay cure’ therapy”; <https://www.psychotherapy.org.uk/media/nbjy1cw/memorandum-of-understanding-on-conversion-therapy.pdf> [dostęp: 6.12.2020].

psychoterapeutycznych zdefiniowała tego typu działania jako: „każde oddziaływanie, w tym forma leczenia bądź psychoterapii, mające na celu zmianę lub stłumienie danej orientacji seksualnej, tożsamości płciowej lub ekspresji płciowej osoby”¹⁰.

Problemem jest doprecyzowanie tej definicji poprzez przedstawienie zestawu świadczeń leczniczych proponowanych przez ośrodki prowadzące tego typu działalność lub *terapeutów* oferujących je w ramach gabinetów prywatnych. Wszystkie informacje na ten temat pozostają bowiem anegdotyczne i pochodzą albo od pojedynczych osób, które doświadczyły tego rodzaju *terapii*¹¹, albo od osób, które z niej skorzystały w ramach prowokacji dziennikarskiej¹². Wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu projektu ustawy z 28 lutego 2019 r. o zakazie praktyk konwersyjnych¹³, na

¹⁰ [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1241-2019/\\$file/8-020-1241-2019.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1241-2019/$file/8-020-1241-2019.pdf) [dostęp: 6.12.2020].

¹¹ G. Conley, op. cit.; R. Gębura, *Katolicka terapia miała nyleczyć do z homoseksualizmu. O włos nie zakończyła się samobójstwem*, Newsweek Polska, 16 lutego 2018 r., <https://www.newsweek.pl/polska/spoleczenstwo/leczenie-homoseksualizmu-psychoterapia-nest/967g29v> [dostęp: 6.12.2020]; A. Król et al., *Intersections between disabilities and sexual orientation, gender identity and sex characteristics: The situation in Poland. Alternative submission to the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*, 31 stycznia 2018 r., https://kph.org.pl/wp-content/uploads/2018/02/Submission-to-the-UN-Committee-on-the-Rights-of-Persons-with-Disabilities_Poland_final.pdf [dostęp: 6.12.2020]; E. Siedlecka, *Polska powinna zakazać terapii konwersyjnej osób LGBT*, Polityka, 9 kwietnia 2018 r., <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1743880,1,polska-powinna-zakazac-terapii-konwersyjnej-osob-lgbt.read> [dostęp: 6.12.2020]; *Wasze historie*, <https://popierwszenieszkodzie.pl/> [dostęp: 6.12.2020]; *Zalamany Tomek leczył się z homoseksualizmu. Zdradza efekty terapii*, Wiadomości Pikio, 21 maja 2017 r., <https://pikio.pl/zalamany-tomek-leczył-sie-z-homoseksualizmu-zdradza-efekty-terapii> [dostęp: 6.12.2020].

¹² A. Ambroziak, *Kary za masturbację, przytulanie z liderem, spanie nago, modlitwa i sport. Tak wygląda „leczenie” z homoseksualności. Opowieść uczestnika*, Oko.press, 1 kwietnia 2018 r., <https://oko.press/kary-masturbacje-przytulanie-liderem-spanie-nago-modlitwa-sport-wyglada-leczenie-homoseksualnosci-opowiesc-uczestnika/> [dostęp: 6.12.2020]; R. Gębura, *Pacierzem w grzeszną miłość. Jak Kościół wypędzał ze mnie geja*, Newsweek Polska, 24 lutego 2018 r., aktualizacja 28 sierpnia 2020 r., <https://www.newsweek.pl/polska/leczenie-homoseksualizmu-dziennikarz-uczestniczył-w-katolickiej-terapii-newsweekpl/cgq5d43> [dostęp: 6.12.2020]; K. Rogalska, *Poszłam na „leczenie” homoseksualizmu. To, co usłyszałam, nprawia w osłupienie*, Onet Kobieta, 19 czerwca 2020 r., <https://kobieta.onet.pl/poszlam-na-leczenie-homoseksualizmu-to-co-uslyszalam-wprawia-w-oslupienie/18brt8l> [dostęp: 6.12.2020].

¹³ [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1241-2019/\\$file/8-020-1241-2019.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1241-2019/$file/8-020-1241-2019.pdf) [dostęp: 6.12.2020].

stronach internetowych www.odwaga.org.pl¹⁴ czy www.pomoc2002.pl¹⁵ prowadzonych przez ośrodki stosujące praktyki konwersyjne brak jakichkolwiek informacji o wykorzystywanych przez nich metodach *terapeutycznych*. Najwięcej danych odnośnie do proponowanych działań można znaleźć na stronie pascha.pl, zgodnie z którą Pascha jest „modlitewną grupą wsparcia dla mężczyzn doświadczających niechcianych odczuć homoseksualnych” i wykorzystuje takie metody, jak: warsztaty, trening interpersonalny, terapia indywidualna lub grupowa, udział w grupie wsparcia¹⁶.

Jak przyznają Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwo Zdrowia w odpowiedziach na interpelacje poselskie nr 526 i 6860 – odpowiednio z 13 lutego 2020 r. i 17 czerwca 2020 r. (IK: 2077235.JK) – brak oficjalnych danych na temat liczby i sposobu funkcjonowania ośrodków prowadzących *terapię konwersyjną* czy ilości osób poddanych ich oddziaływaniom, jak również nie ma „rzetelnych danych o wykonywaniu niezgodnie z obowiązującymi przepisami takich terapii w ramach systemu ochrony zdrowia, czy też przez przedstawicieli zawodów medycznych”¹⁷. Takie same wnioski wynikają z publikacji Rzecznika Praw Obywatelskich¹⁸ i ze strony popierwszenieszkodzic.pl¹⁹ prowadzonej przez Kampanię Przeciwko Homofobii.

¹⁴ Dostęp: 6.12.2020.

¹⁵ Dostęp: 6.12.2020.

¹⁶ Dostęp: 6.12.2020.

¹⁷ <http://search.sejm.gov.pl/SejmSearch/ADDL.aspx?SelectResult> [dostęp: 10.12.2020].

¹⁸ *Informacja Rzecznika Praw Obywatelskich o działaniach podjętych przez Rzeczpospolitą Polską w celu implementacji postanowień Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z uwzględnieniem Listy kwestii (CRPD/C/POL-Q/1). Rekomendacje dalszych działań państwa*, 31 lipca 2018 r., <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowied%C5%BA%20RPO%20na%20pytania%20komitetu%20ONZ%20ws.%20wdra%C5%BCania%20Konwencji%20o%20prawach%20os%C3%B3b%20z%20niepe%C5%82nosprawno%C5%9Bciami%20%28j%C4%99z.%20polski%29.pdf> [dostęp: 10.12.2020]; *Sytuacja prawna osób nieheteroseksualnych i transpłciowych w Polsce. Międzynarodowy standard ochrony praw człowieka osób LGBT i stan jego przestrzegania z perspektywy Rzecznika Praw Obywatelskich*, 2019, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Sytuacja_prawna_raport_ZRT.pdf [dostęp: 10.12.2020]

¹⁹ <https://popierwszenieszkodzic.pl/wp-content/uploads/2019/02/FAKTY-I-MITY.pdf> [dostęp: 10.12.2020].

Początkowo homoseksualizm usiłowano *leczyć* metodami medycznymi takimi, jak: operacyjne usuwanie i uszkodzanie narządów płciowych²⁰, a nawet lobotomia²¹, podawanie hormonów płciowych czy stymulantów albo depresantów seksualnych²². Najdłużej z metod medycznych stosowano elektrowstrząsy²³. Z powyżej przytoczonych raportów i doniesień medialnych oraz wspomnień Gerarda Conleya można wywnioskować, że obecnie w ramach terapii konwersyjnych proponowane są:

1. oddziaływania psychologiczne, w tym: psychoterapia indywidualna, psychoterapia rodzinna, psychoterapia grupowa, grupy wsparcia, warsztaty, treningi interpersonalne, metody behawioralne bazujące na bodźcach awersyjnych na wzór stosowanych w terapii uzależnień, metody ustawień itp.;
2. oddziaływania religijne, jak: modlitwa, czytanie pism świętych, udział w nabożeństwach, a nawet egzorcyzmy;
3. oddziaływania społeczne i inne, m.in. odcięcie od środowiska, w tym pozbawienie łączności telefonicznej poprzez odebranie telefonów; tworzenie nowej zamkniętej grupy znajomych, w tym wspólne wyjazdy *terapeutów* i *pacjentów*; sport; kary pieniężne za naruszenie norm grupy; „oswojenie dotyku” osoby tej samej płci, poprzez bliski

²⁰ F. Daniel, *Castration of Sexual Perverts*, „Texas Medical Journal”, 1893, nr 9, s. 255–271; *Results of Castration in Sexual Abnormalities*, „Urologic & Cutaneous Review”, 1929, nr 33, s. 351; E. Talbot, H. Ellis, *A Case of Developmental Degenerative Insanity, with Sexual Inversion, Melancholia, Following Removal of Testicles, Attempted Murder and Suicide*, „Journal of Mental Science”, 1896, nr 42, s. 341–344.

²¹ J. Friedlander, R. Banay, *Psychosis Following Lobotomy in a Case of Sexual Psychopathology. Report of a Case*, „Archives of Neurology & Psychiatry”, 1948, t. 59, s. 303–311, 315, 321.

²² J. Katz, *Gay American history: lesbians and gay men in the U.S.A.: a documentary anthology*, Crowell, New York, 1976, s. 129; N. Owensby, *Homosexuality and Lesbianism Treated with Metrazol*, „Journal of Nervous & Mental Disease”, 1940, nr 92, s. 65–66; S. Rosenzweig, R. Hoskins, *A Note on the Ineffectualness of Sex-Hormone Medication in a Case of Pronounced Homosexuality*, „Psychosomatic Medicine”, 1941, nr 3, s. 87–89.

²³ S. Liebman, *Homosexuality, Transvestism, and Psychosis: Study of a Case Treated with Electroshock*, „Journal of Nervous & Mental Disease”, 1967, nr 99, s. 945–957; Ł. Woźnicki, *Prof. Lew-Starowicz przeprasza gejów za leczenie elektrowstrząsami*, op. cit.

kontakt fizyczny, np. przytulanie, także nago; promowanie abstynencji płciowej, zachęcanie do małżeństwa itp.²⁴

Poniżej przedstawione zostaną zasady legalności tego typu działań. Zanim jednak do nich przejdziemy, warto przyrzeć się współczesnej wiedzy na temat homoseksualizmu, celem weryfikacji, czy stanowi on zaburzenie oraz czy jest to stan odwracalny.

2. Definicja i przyczyny homoseksualizmu

Według prof. Zbigniewa Lwa-Starowicza homoseksualizm to ukierunkowanie zainteresowań i potrzeb seksualnych wyłącznie lub prawie wyłącznie na osoby własnej płci, przy nieskrępowanej możliwości swobodnego wyboru partnera erotycznego²⁵, czemu nie zawsze towarzyszą konkretne praktyki i zachowania²⁶. Istotne w tej definicji są następujące elementy:

1. zgodność pociągu seksualnego z własną płcią, a tak dokładnie z płcią, z którą dana osoba się identyfikuje psychicznie, jako że identyfikacja z płcią i orientacja seksualna to dwa niezależne od siebie i odrębne elementy tożsamości człowieka; dowodzi tego fakt, że osoby transseksualne też mogą być homoseksualne;
2. same zachowania seksualne z osobą tej samej płci bez odczucia pociągu seksualnego nie są przejawem homoseksualizmu, mogą one być wykonywane przez osoby heteroseksualne, choćby w przypadku braku partnera płci odmiennej, np. w więzieniach;
3. pociąg homoseksualny jest dominujący, a nie wyłączny, osoba homoseksualna może więc incydentalnie odczuwać pociąg i przejawiać

²⁴ *Curbing Deception. A world survey on legal regulation of so-called "conversion therapies"*, ilga.org, 2020, https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Curbing_Deception_world_survey_legal_restrictions_conversion_therapy.pdf [dostęp: 31.01.2021]; *Practices of so-called "conversion therapy". Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, 1 maja 2020 r., <https://undocs.org/A/HRC/44/53> [dostęp: 31.01.2021].

²⁵ Z. Lew-Starowicz et al., *Homoseksualizm* (w:) K. Slany et al. (red.), *Homoseksualizm. Perspektywa interdyscyplinarna*, Nomos, Kraków, 2008, s. 39.

²⁶ Ibidem, s. 9.

zachowania seksualne wobec osób płci odmienniej, co może tłumaczyć fakt posiadania przez osoby homoseksualne dzieci poczętych w wyniku współżycia seksualnego;

4. homoseksualnemu pociągowi seksualnemu nie muszą towarzyszyć zachowania seksualne wobec osoby tej samej płci, utrzymywanie kontaktów seksualnych z osobą płci przeciwnej, a nawet zawarcie małżeństwa heteroseksualnego nie oznacza, że osoba przestała być homoseksualna, gdyż zachowania heteroseksualne nie prowadzą do zaniknięcia pociągu seksualnego do osób tej samej płci;
5. odczuwanie pociągu seksualnego nie musi prowadzić w ogóle do zachowań seksualnych, czyli fakt utrzymywania wstrzemięźliwości seksualnej nie oznacza, że osoba przestała być homoseksualna, gdyż celibat nie ma wpływu na odczuwanie pociągu seksualnego.

Etiologia homoseksualizmu wciąż nie jest znana. Panują w tym zakresie różne hipotezy. Jednakże dominujące są obecnie teorie związane z kształtowaniem się orientacji seksualnej w czasie życia płodowego, odchodzi się natomiast od teorii zakładających wpływ doświadczenia, w tym wychowania, na powstanie homoseksualnej orientacji płciowej²⁷. Większość badaczy nie stwierdziła bowiem silnej korelacji pomiędzy strukturą rodziny a orientacją seksualną wychowanego w niej dziecka w okresie jego dorosłości. Brak też dowodów na poparcie hipotezy, że wczesne doświadczenia z dzieciństwa, wpływ rodzeństwa, wykorzystywanie seksualne lub inne niekorzystne zdarzenia życiowe wpływają na kształtowanie się orientacji seksualnej²⁸. Warto również pamiętać, że badania, które wykazują istnienie korelacji między homoseksualizmem a doświadczeniami z wczesnego dzieciństwa

²⁷ Współczesnym przedstawicielem teorii środowiskowych wpływów, przed- i pourodzeniowych jest A. Paszewski, *Przyczyny orientacji homoseksualnej – co wnoszą do wiedzy badania nad bliźniakami*, 5 lipca 2016 r., http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-414373bb-4810-41b9-a266-11d2abac54b7/c/02_Paszewski.pdf [dostęp: 10.01.2021].

²⁸ A. Brodziak, T. Kłopotowski, *Biologiczne i środowiskowe uwarunkowania orientacji seksualnej*, „Annales Academiae Medicae Silesiensis” 4/2013, s. 263.

(jak rozwód rodziców, brak miłości ze strony ojca, starszy wiek matki²⁹ itp.) tak naprawdę nie mówią nic o przyczynie homoseksualizmu, gdyż stwierdzenie korelacji – a więc współwystępowania dwóch zjawisk – w żaden sposób nie pokazuje relacji przyczynowo-skutkowej między nimi.

Pośrednie przesłanki sugerują, że za wykształcenie u płodu struktur mózgu wywołujących pociąg seksualny do określonej płci odpowiada poziom stężenia testosteronu w czasie ciąży. Niezależnie bowiem od genetycznej natury zarodka mózg płodu ukształtuje się jako męski tylko wtedy, gdy obecne będą hormony męskie w odpowiednim stężeniu, a stanie się żeński, gdy te będą niższe niż pewien poziom graniczny stężenia tego hormonu. W braku dostatecznie dużej ilości hormonów męskich w drugiej połowie ciąży, gdy kształtują się struktury mózgu odpowiedzialne za cechy i zachowania typowe dla danej płci, u płodu męskiego dojdzie do wyrobienia się pociągu do mężczyzn, mimo istnienia już męskich genitaliów, które kształtują się dużo wcześniej (w ciągu dwóch pierwszych miesięcy ciąży). W ten sam sposób, poprzez poddanie płodu żeńskiego działaniu zbyt dużej ilości hormonu męskiego w drugiej połowie ciąży, narodzić się może dziewczynka z pociągiem do kobiet. Zjawisko to tłumaczy również fenomen transeksualizmu³⁰.

Nie do końca wiadomo, dlaczego podczas rozwoju niektórych płodów występują zaburzenia poziomu testosteronu. Z jednej strony przyczyną, choć klinicznie występującą rzadko, mogą być zaburzenia hormonalne matki (wynikające z np. wrodzonego przerostu rdzenia nadnerczy³¹;

²⁹ M. Frisch, A. Hviid, *Childhood family correlates of heterosexual and homosexual marriages: a national cohort study of two million Danes*, „Archives of Sexual Behavior”, 2006, nr 35, s. 533–547.

³⁰ A. Garcia-Falgueras, D. Saab, *Sexual Hormones and the Brain: An Essential Alliance for Sexual Identity and Sexual Orientation*, „Endocrine Development”, styczeń 2010, s. 23–24; A. Moir, D. Jessel, *Płeć mózgu*, PIW, Warszawa 2010, s. 33.

³¹ H. Meyer-Bahlburg et. al., *Sexual orientation in women with classical or non-classical congenital adrenal hyperplasia as a function of degree of prenatal androgen excess*, „Archives of Sexual Behavior”, 2008, nr 37, s. 85–99.

podawania sterydów w czasie ciąży³²; doznawania podwyższonego stresu w czasie ciąży, który powoduje wyzwalanie znacznych ilości androstendionu, działającego podobnie do testosteronu, który może przekraczać barierę łożyskową i ingerować w działanie hormonów płciowych płodu³³; czy wystąpienia mechanizmu matczynej immunizacji przy kolejnej ciąży męskiej³⁴). Z drugiej, co ma miejsce częściej, chodzi o wydzielanie hormonów przez płód. To z kolei może mieć przyczynę genetyczną, przy czym nie istnieje gen homoseksualizmu, ale wpływy wielogenowe (wykryto m.in. powiązanie między markerami genetycznymi dla locus Xq28 chromosomu X³⁵, jak również z polimorfizmami genów kilku loci na chromosomach autosomalnych 7, 8 i 10³⁶). Istnieje również teoria epigenetyczna, czyli mówiąca o nieprawidłowej realizacji programu aktywacji genów³⁷.

Wskazuje się też na różnice neuroanatomiczne u osób o różnej orientacji seksualnej, w szczególności u mężczyzn homoseksualnych:

1. jądro nadwzrokowe, ośrodek wydzielający wazopresynę argininową, jest większe u homoseksualnych mężczyzn niż u kobiet i mężczyzn heteroseksualnych³⁸;

³² J. Lish et al., *Prenatal exposure to diethylstilbestrol (DES): childhood play behavior and adult gender-role behavior in women*, „Archives of Sexual Behavior”, 1992, nr 21, s. 423–441.

³³ A. Brodziak, T. Kłopotowski, op. cit., s. 261.

³⁴ A. Bogaert, M. Skorska, *Sexual orientation, fraternal birth order, and the maternal immune hypothesis: a review*, „Frontiers in Neuroendocrinology”, 2011, nr 32, s. 247–254.

³⁵ D. Hamer et al., *A linkage between DNA markers on the X chromosome and male sexual orientation*, „Science”, 1993, nr 261, s. 321–327.

³⁶ B. Mustanski et al., *A genomewide scan of male sexual orientation*, „Human Genetics”, 2005, nr 116, s. 272–278.

³⁷ W. Rice et al., *Homosexuality via canalized sexual development: A testing protocol for a new epigenic model*, „Bioessays”, 2013, nr 35, s. 764–770.

³⁸ D. Swaab et al., *Sexual differentiation of the human hypothalamus: Differences according to sex, sexual orientation, and transsexuality*, [w:] L. Ellis, L. Ebertz (red.), *Sexual orientation: Toward biological understanding*, Praeger Publishers/Greenwood Publishing Group, Inc., Westport, 1997, s. 129–150.

2. trzecie jądro śródmiaższowe przedniego podwzgórza (INAH-3) u homoseksualnych mężczyzn jest mniejsze niż u heteroseksualnych i zbliżone wielkością do jądra u kobiet³⁹;
3. spoidło przednie u homoseksualnych mężczyzn jest większe niż u kobiet i mężczyzn heteroseksualnych⁴⁰;
4. jądro nadskrzyżowaniowe jest ok. 2 razy większe i zawiera 2 razy większą ilość neuronów u mężczyzn homoseksualnych niż u kobiet i mężczyzn heteroseksualnych⁴¹.

Żadna z powyższych hipotez nie została w pełni potwierdzona ze względu na brak możliwości eksperymentalnych badań na płodach, które są niedopuszczalne ze względów etycznych⁴², a więc bazują one jedynie na modelach zwierzęcych oraz na badaniach dorosłych⁴³. Jeśli jednak orientacja seksualna powstaje faktycznie w okresie płodowym, to niezależnie od przyczyny i procesu jej powstania nie może być ona zmieniona w życiu dorosłym (poziom hormonów płciowych u osobnika dorosłego nie ma wpływu na jego orientację seksualną⁴⁴). Tym samym ewentualne zapobieżenie wykształcenia się homoseksualnej orientacji seksualnej u danego osobnika mogłoby nastąpić jedynie w okresie prenatalnym, jednakże działanie takie niewątpliwie miałoby charakter eksperymentu leczniczego, co wymagałoby dla jego legalności uznania homoseksualizmu za chorobę.

³⁹ A. Garcia-Falgueras, D. Swaab, *A sex difference in the hypothalamic uncinate nucleus: relationship to gender identity*, „Brain”, 2008, nr 131, s. 3132–3146.

⁴⁰ W. Byne et al., *The interstitial nuclei of the human anterior hypothalamus: an investigation of variation with sex, sexual orientation, and HIV status*, „Hormones and Behavior”, 2001, nr 40, s. 86–92.

⁴¹ D. Swaab, M. Hofman, *An enlarged suprachiasmatic nucleus in homosexual men*, „Brain Research”, 1990, nr 537, s. 141–148.

⁴² W Polsce zakaz eksperymentów medycznych na płodach wprowadza art. 23a ust. 1 pkt. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty z 5 grudnia 1996 r., t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 514 z późn. zm.

⁴³ J. Bailey et al., *Sexual Orientation, Controversy, and Science*, „Psychology & Counseling”, kwiecień 2016, https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1529100616637616?url_ver=Z39.88-2003&rft_id=ori:rid:crossref.org&rft_dat=cr_pub%3dpubmed [dostęp: 10.01.2020].

⁴⁴ J. Balthazart, *Minireview: Hormones and Human Sexual Orientation*, „Endocrinology”, 2011, nr 8, s. 2937–2947.

Obecnie panuje natomiast konsensus naukowy, że homoseksualizm jest normalnym wariantem ludzkiej seksualności. Na stanowisku takim stoją zarówno światowe⁴⁵ i regionalne⁴⁶ organizacje medyczne i psychologiczne, jak i analogiczne organizacje krajowe⁴⁷ w większości państw świata.

⁴⁵ D. Bhugra et al., *WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction and Behaviours*, „World Psychiatry”, 2016, nr 3, s. 299–300; S. Pużyński, J. Wciórka (red.), *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania w ICD-10: Opisy kliniczne i wskazówki diagnostyczne*, Uniwersyteckie Wydawnictwo Medyczne „Vesalius”, Instytut Psychiatrii i Neurologii, Kraków–Warszawa 2000, s. 185; World Medical Association, *WMA Statement on Natural Variations of Human Sexuality*, 2013, <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-natural-variations-of-human-sexuality/> [dostęp: 11.01.2020]; World Association for Sexual Health, *Homosexuality is not a disease*, 2011, <https://worldsexualhealth.net/homosexuality-is-not-a-disease/> [dostęp: 11.01.2020].

⁴⁶ Asociación Psiquiátrica de América Latina, *Comunicado de la Asociación Psiquiátrica de América Latina (APAL) en el Día Internacional contra la Homofobia, la Lesbofobia y la Transfobia*, 2012, <http://www.apalweb.org/docs/diaint2012.pdf> [dostęp: 11.01.2020]; Pan American Health Organization, *“Cures” for an illness that does not exist*, 2012, <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Conversion-Therapies-EN.pdf> [dostęp: 11.01.2020]; Standing Committee of European Doctors, *CPME Statement on Natural, Non-pathological Variations of Human Sexuality*, 2013, http://doc.cpme.eu:591/adopted/2013/CPME_AD_Brd_23112013_136_Final_EN.Non-pathological.variations.human.sexuality.pdf [dostęp: 11.01.2020].

⁴⁷ Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne, Amerykańskie Towarzystwo Psychologiczne, Amerykańskie Towarzystwo Psychoanalityczne, Amerykańska Akademia Pediatria, Amerykańska Akademia Psychiatrii Dzieci i Młodzieży, Amerykańskie Towarzystwo Medyczne, Amerykańskie Kolegium Lekarzy, Amerykańskie Stowarzyszenie Zdrowia Publicznego, Amerykańskie Stowarzyszenie Zdrowia Szkolnego, Amerykańska Akademia Lekarzy Rodzinnych, Amerykańskie Towarzystwo Zdrowia i Medycyny Młodzieży, Amerykańska Akademia Asystentów Lekarskich, Amerykańska Akademia Pielęgniarstwa, Amerykańskie Stowarzyszenie Pielęgniarek, Amerykańskie Narodowe Stowarzyszenie Dyplomowanych Pielęgniarek Pediatricznych, Amerykańskie Narodowe Stowarzyszenie Pielęgniarek Szkolnych, Stowarzyszenie Amerykańskich Uczelni Medycznych, Amerykańskie Stowarzyszenie Edukatorów, Doradców i Terapeutów Seksualnych, Amerykańskie Stowarzyszenie Psychologów Szkolnych, Amerykańskie Towarzystwo Terapii Małżeńskiej i Rodzinnej, Amerykańskie Narodowe Stowarzyszenie Pracowników Socjalnych, Amerykańskie Towarzystwo Terapii Behawioralnej i Poznawczej, Amerykańskie Stowarzyszenie Poradnictwa Psychologicznego, Amerykańskie Stowarzyszenie Doradców Szkolnych, Kanadyjskie Towarzystwo Psychiatryczne, Kanadyjskie Towarzystwo Psychologiczne, Kanadyjskie Towarzystwo Pediatria, Brytyjskie Królewskie Kolegium Psychiatrów, Brytyjskie Towarzystwo Psychologiczne, Brytyjska Rada Psychoanalityczna, Rada Psychoterapii Zjednoczonego Królestwa, Brytyjskie Towarzystwo Medyczne, Brytyjskie Królewskie Kolegium Lekarzy Rodzinnych, Brytyjskie Stowarzyszenie Poradnictwa Psychologicznego i Psychoterapii, Brytyjskie Towarzystwo Terapii Behawioralnej i Poznawczej, Brytyjskie Narodowe Stowarzyszenie Poradnictwa Psychologicznego, Królewskie Australijsko-Nowozelandzkie Kolegium Psychiatrów, Australijskie Towarzystwo Psychologiczne, Australijskie Towarzystwo Medyczne, Australijska Federacja Psychoterapii i Poradnictwa Psychologicznego, Nowozelandzkie Towarzystwo Psychologiczne, Polskie Towarzystwo Psychologiczne, Polskie Towarzystwo

Według DSM homoseksualizm przestał być uznawany za zaburzenie psychiczne w 1973 r. W lipcu 1974 r. ukazał się siódmy wydruk podręcznika DSM-II, w którym homoseksualność zastąpiono nową kategorią diagnostyczną – zaburzeniem orientacji seksualnej. Następnie w DSM-III z 1980 r. zaburzenie orientacji seksualnej przemianowano na homoseksualność egodystoniczną i umieszczono w grupie innych zaburzeń psychoseksualnych. W DSM-III-R, opublikowanym w 1987 r., ta jednostka

Seksuologiczne, Stowarzyszenie Niemieckich Specjalistów w Dziedzinie Psychiatrii i Psychoterapii, Niemieckie Towarzystwo Psychiatrii, Psychoterapii, Psychosomatyki i Neurologii, Niemieckie Towarzystwo Psychologiczne, Niemieckie Towarzystwo Medyczne, Austriackie Towarzystwo Psychiatrii, Psychoterapii i Psychosomatyki, Federalna Grupa Ekspertów Psychiatrii i Medycyny Psychoterapeutycznej Austriackiego Towarzystwa Medycznego, Austriackie Towarzystwo Zdrowia Publicznego, Austriackie Towarzystwo Seksuologiczne, Francuska Federacja Seksuologii i Zdrowia Seksualnego, Holenderski Instytut Psychologii, Królewskie Holenderskie Towarzystwo Medyczne, Holenderskie Towarzystwo Seksuologiczne, Hiszpańskie Towarzystwo Psychiatryczne, Hiszpańska Generalna Rada Psychologii, Madryckie Kolegium Psychologów, Hiszpańskie Towarzystwo Podstawowej Opieki Pediatricznej, Hiszpańska Federacja Stowarzyszeń Seksuologicznych, Włoskie Towarzystwo Psychologiczne, Włoska Krajowa Rada Psychologów, Włoskie Towarzystwo Seksuologiczne i Edukacji Seksualnej, Szwedzkie Towarzystwo Psychologiczne, Stowarzyszenie Portugalskich Psychologów, Portugalskie Towarzystwo Seksuologii Klinicznej, Szwajcarskie Towarzystwo Psychologiczne, Duńskie Towarzystwo Medyczne, Norweskie Towarzystwo Psychiatryczne, Norweskie Towarzystwo Psychologiczne, Fińskie Towarzystwo Medyczne, Irlandzkie Kolegium Psychiatryczne, Irlandzkie Towarzystwo Psychologiczne, Rosyjskie Towarzystwo Psychologiczne, Węgierskie Towarzystwo Psychologiczne, Południowoafrykańskie Stowarzyszenie Psychiatrów, Południowoafrykańskie Towarzystwo Psychologiczne, Południowoafrykańska Akademia Nauk, Chambre Camerounaise des Acteurs en Psychologie, Brazylijskie Towarzystwo Psychiatryczne, Brazylijska Federalna Rada Psychologii, Brazylijskie Towarzystwo Psychologii Analitycznej, Brazylijska Federalna Rada Medycyny, Associação Brasileira de Ensino de Psicologia, Brazylijskie Towarzystwo Psychologii Prawnej, Brazylijskie Towarzystwo Psychologii Szkolnej i Edukacyjnej, Brazylijskie Towarzystwo Psychoterapii, Instituto Brasileiro de Avaliação Psicológica, Brazylijskie Associação Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Psicologia, Meksykańskie Towarzystwo Zdrowia Seksualnego, Kolumbijskie Towarzystwo Psychiatryczne, Kolumbijska Krajowa Rada Psychologii, Kolumbijskie Kolegium Psychologów, Kolumbijska Fundacja na Rzecz Postępu Psychologii, Chilijskie Kolegium Psychologów, Gwatemalskie Towarzystwo Psychologiczne, Izraelskie Towarzystwo Psychiatryczne, Izraelskie Towarzystwo Psychologiczne, Izraelskie Towarzystwo Pediatriczne, Izraelskie Towarzystwo Psychiatrii Dzieci i Młodzieży, Izraelskie Towarzystwo Medyczne, Izraelskie Towarzystwo Lekarzy Rodzinnych, Izraelskie Towarzystwo Medycyny Młodzieży, Libańskie Towarzystwo Psychiatryczne, Libańskie Towarzystwo Psychologiczne, Libańskie Towarzystwo Medyczne na Rzecz Zdrowia Seksualnego, Indyjskie Towarzystwo Psychiatryczne, Japońskie Towarzystwo Psychiatrii i Neurologii, Filipińskie Towarzystwo Psychologiczne, Hongkońskie Kolegium Psychiatrów, Hongkońskie Towarzystwo Psychologiczne, Tajwańskie Towarzystwo Psychiatryczne, Tajwańskie Towarzystwo Medyczne, linki do stanowisk poszczególnych organizacji na: <https://pl.wikipedia.org/wiki/Homoseksualizm> [dostęp: 11.01.2020].

diagnostyczna została usunięta, wprowadzono natomiast „utrwalone i znaczne cierpienie związane z orientacją seksualną”, które zaliczono do kategorii zaburzeń seksualnych nieokreślonych inaczej. Ta jednostka chorobowa została ostatecznie usunięta w 2013 r. wraz z wejściem w życie DSM-V⁴⁸. Z kolei z ICD usunięto homoseksualizm jako zaburzenie psychiczne w 1992 r. wraz z wejściem w życie ICD-10, pozostawiając w niej kategorię orientacji seksualnej niezgodnej z ego, tzw. egodystonicznej. W 2022 r. zacznie obowiązywać ICD-11, w którym usunięto tę kategorię razem ze wszystkimi odniesieniami do orientacji seksualnej⁴⁹.

Jeśli więc homoseksualizm nie jest chorobą, co więcej, zaburzeniem nie jest (według DSM już obecnie, a według ICD zaraz przestanie nim być) także odczuwanie cierpienia wynikającego z braku akceptacji własnej orientacji seksualnej, rodzi się pytanie, czy w ogóle mówienie o *leczeniu* homoseksualizmu jest medycznie uprawnione. Co prawda, jak wspomniano powyżej, brak jakichkolwiek dowodów, żeby współcześnie w ramach *terapii* konwersyjnych stosowane były działania stricte medyczne, warto jednak na moment pochylić się nad warunkami legalności takich świadczeń, choćby po to, by ocenić propozycje, które być może pojawią się w przyszłości – jako odpowiedź na wyniki badań wskazujących na kształtowanie się orientacji seksualnej w życiu płodowym – by z homoseksualizmu *leczyć* już dzieci poczęte.

3. Warunki legalności czynności leczniczych

Fundacja Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris w komentarzu do złożonego przez Nowoczesną 20 lutego 2019 r. w Sejmie projektu ustawy zakazującej praktyk konwersyjnych podkreśla m.in., że pozostaje on „w konflikcie z prawem do autonomicznego wyboru

⁴⁸ J. Drescher, *Queer Diagnoses Revisited: The Past and Future of Homosexuality and Gender Diagnoses in DSM and ICD*, „International Review of Psychiatry”, 2015, nr 5, s. 386–395.

⁴⁹ S. Cochran et al., *Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)*, „Bulletin of the World Health Organization”, 2014, nr 92, s. 672–679.

przez klienta (pacjenta) profesjonalnego wsparcia ukierunkowanego na realizację *jego* celów podczas terapii, zgodnie z *jego* własnymi wartościami”⁵⁰. Autor tego stanowiska zdaje się zapominać, że zgoda na leczenie nie jest według prawa polskiego wystarczającym (choć oczywiście koniecznym) warunkiem legalności działań leczniczych, przynajmniej jeśli chodzi o terapie medyczne. Żeby mówić o legalnych świadczeniach zdrowotnych, niezbędne jest, by były one podejmowane w celu leczniczym⁵¹, zgodnie z aktualną wiedzą medyczną⁵² oraz przez osobę do tego uprawnioną⁵³. Dopiero na takie świadczenie medyczne pacjent może wyrazić prawnie wiążącą zgodę i to pod warunkiem, że został poinformowany, m.in. o diagnozie, rokowaniach, a także ryzyku wystąpienia skutków ubocznych podejmowanego leczenia, czyli tzw. zgodę świadomą⁵⁴.

Każdy lekarz, a więc także psychiatra czy seksuolog, który chciałby się w Polsce podjąć prowadzenia *terapii* konwersyjnej, musi pamiętać, że ustawowo wiązą go powyższe warunki, i to niezależnie od stosowanych praktyk, także niemedycznych, a tym samym może się spodziewać, że jego działalność zostanie uznana za nielegalną, a przynajmniej za nieetyczną, jeśli którykolwiek z tych warunków nie zostanie spełniony. Spójrzmy więc, czy *terapia* konwersyjna spełnia owe cztery warunki dopuszczalności działań leczniczych.

Po pierwsze, każde działanie terapeutyczne musi mieć cel leczniczy. Ma więc służyć przywróceniu lub polepszeniu zdrowia albo też powstrzymaniu postępów choroby⁵⁵. Jeśli homoseksualizm nie jest chorobą,

⁵⁰ R. Dorosiński, *Problematyka terapii reparatornej na tle projektu ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych*, 16 maja 2019 r., <https://ordoiuris.pl/wolnosc-sumienia/problematyka-terapii-reparatornej-na-tle-projektu-ustawy-o-zakazie-praktyk> [dostęp: 18.01.2021].

⁵¹ R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 99.

⁵² Art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

⁵³ Art. 58 ust. 1 i 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

⁵⁴ Art. 31, 32 i 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz art. 9, 16–18 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta z 6 listopada 2008 r., t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 849.

⁵⁵ R. Kędziora, op. cit., s. 99.

a tak – jak wskazano powyżej – uznaje obecnie powszechnie większość świata medycznego, to nie można mówić o działaniu nakierowanym na jego leczenie. Jak wprost stwierdzono w „Rekomendacjach dla polskich towarzystw naukowych w sprawie postępowania oraz pomocy terapeutycznej osobom homo- i biseksualnym”, „używanie terminu «terapia» na określenie oddziaływań mających na celu zmianę orientacji homo-/biseksualnej na heteroseksualną («konwersyjnych») nie znajduje merytorycznego uzasadnienia. Terapia oznacza «leczenie», to zaś powinno mieć swój przedmiot. Osoby podejmujące się zmiany czyjejś orientacji seksualnej przedmiotem swoich oddziaływań czynią orientację homo- i biseksualną, traktując je jak zaburzenia. Tymczasem, żadna z orientacji seksualnych nie stanowi zaburzenia, choroby psychicznej ani objawów tego typu stanów – stąd nie może być przedmiotem leczenia. W związku z tym oddziaływania ukierunkowane na zmianę orientacji seksualnej nie spełniają kryteriów uzasadniających nazywanie ich «terapią»⁵⁶.

Propagatorzy *terapii* konwersyjnych obchodzą ten warunek w taki sposób, że mówią nie o *leczeniu* homoseksualizmu, ale o łagodzeniu cierpienia osób, które nie akceptują swojej orientacji seksualnej (czyli cierpią na homoseksualizm egodystoniczny, który według ICD-10 wciąż na chwilę obecną pozostaje jednostką chorobową)⁵⁷, a przecież łagodzenie cierpienia, także psychicznego, z pewnością spełnia cel leczniczy działań medycznych⁵⁸. Tyle tylko, że tak naprawdę proponowane przez te ośrodki działania *terapeutyczne* mają na celu nie złagodzenie cierpienia związanego z brakiem akceptacji swojego popędu seksualnego, ale na „wyciszeniu”, „przezwytyczeniu” czy „zmianie” tego popędu⁵⁹. Mimo deklaracji celem więc nie jest leczenie

⁵⁶ T. Pietras et al., *Rekomendacje dla polskich towarzystw naukowych w sprawie postępowania oraz pomocy terapeutycznej osobom homo- i biseksualnym*, „Seksuologia Polska”, 1/2016, s. 52–53.

⁵⁷ Por. „Pascha jest modlitewną grupą wsparcia dla mężczyzn, którzy doświadczają niechętnych odczuć homoseksualnych. Niesie pomoc osobom z homoseksualizmem ego-dystonicznym (ICD 10 F66.1.) kładąc nacisk na wsparcie grupowe, terapię (indywidualną lub grupową) oraz rozwój życia duchowego w Kościele katolickim. Pascha jest grupą rozwojową. Nikogo w niej nie leczymy, ponieważ nie uznajemy homoseksualizmu za chorobę”, <http://pascha.pl/> [dostęp: 18.01.2021].

⁵⁸ R. Kędziora, op. cit., s. 99.

⁵⁹ R. Dorosiński, op. cit.

psychiki, ale manipulacja popędem seksualnym, czyli dokładnie: dążenie do *nylleczenia* z odczuwania homoseksualnego popędu seksualnego, który, jak wskazano powyżej, jest przecież jednym z naturalnych, choć mniejszościowych, popędów seksualnych⁶⁰. W żadnej mierze nie można więc mówić o celu leczniczym takich działań, ale o pozbawieniu człowieka zdrowego popędu seksualnego lub doprowadzeniu go do zaniechania współżycia seksualnego zgodnego z tym popędem, albo nawet w ogóle.

Po drugie, co dużo ważniejsze, *terapię* konwersyjne nie spełniają wymogu zgodności z aktualną wiedzą medyczną. Jednoznacznie podkreśliło to Ministerstwo Zdrowia w odpowiedzi z 17 czerwca 2020 r. (IK:2077235.JK) na interpelację poselską nr 6860, wskazując, iż właśnie z powodu braku zgodności z aktualną wiedzą medyczną *terapię* te nie są ujęte wśród świadczeń gwarantowanych, a tym samym nie są finansowane ze środków publicznych w ramach umów z Narodowym Funduszem Zdrowia. W piśmie tym Ministerstwo Zdrowia wskazało bardzo dobitnie, że obowiązek udzielania świadczeń zdrowotnych zgodnych z wymaganiami aktualnej wiedzy medycznej jest nie tylko obowiązkiem lekarza wynikającym z art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, ale i prawem pacjenta, zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁶¹.

Wyraźnie brak oparcia naukowego dla owych *terapii* podkreśliła grupa inicjatywna składająca się z lekarzy psychiatrów i lekarzy seksuologów oraz z psychologów, w tym seksuologów, w wydanych w 2016 r. wspomnianych powyżej „Rekomendacjach dla polskich towarzystw naukowych w sprawie postępowania oraz pomocy terapeutycznej osobom homo- i biseksualnym”. Stwierdzili oni wprost, że „w świetle aktualnego stanu wiedzy naukowej postulat korygowania kierunku psychoseksualnych potrzeb osób homoseksualnych i biseksualnych jest w równym stopniu pozbawiony empirycznych i teoretycznych podstaw, co postulat

⁶⁰ *Stanowisko Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego na temat zdrowia osób o orientacji homoseksualnej*, <https://pts-seksuologia.pl/sites/strona/59/stanowiskopts-na-temat-zdrowia-osob-o-orientacji-homoseksualnej> [dostęp: 10.01.2021].

⁶¹ <http://search.sejm.gov.pl/SejmSearch/ADDL.aspx?SelectResult> [dostęp: 10.12.2020].

korygowania kierunku psychoseksualnych potrzeb osób heteroseksualnych. Kierowanie się w pracy pomocowej założeniem typowym dla tzw. «terapii naprawczych» (zwanych też «oddziaływaniami reparatornymi» lub «konwersyjnymi»), zgodnie z którym homoseksualne lub biseksualne potrzeby klientów/ek lub pacjentów/ek same w sobie miałyby być nieprawidłowością i wymagały wyeliminowania jako warunku osiągnięcia zdrowia psychicznego i fizycznego, uznajemy za oparte na nieprzychylnym osądzie moralnym oraz za niezgodne z etyką zawodową profesjonalistów zajmujących się pomocą osobom homoseksualnym i biseksualnym⁶². Co więcej, autorzy tego dokumentu podkreślają, że nie tylko nie można w tym przypadku mówić o działaniu zgodnie z wiedzą medyczną, a wręcz mamy do czynienia ze sprzeciwieniem się podstawowej zasadzie medycyny, która głosi „po pierwsze, nie szkodzić”, gdyż działania takie stanowią „w świetle dotychczasowych wyników badań, a także doniesień organizacji, które do niedawna same zajmowały się prowadzeniem tego typu oddziaływań «naprawczych» – działanie na szkodę klientów/ek lub pacjentów/ek”⁶³.

Na analogicznym stanowisku stoi Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne, które uznaje, że „stosowanie terapii reparatornej jest nieetyczne z natury, ponieważ narusza wiele podstawowych zasad etyki terapeutycznej: ignoruje wiedzę naukową, uwłacza godności pacjentów, powoduje wzrost ich napiętnowania społecznego, w końcu poważnie szkodzi relacjom między pacjentami a ich otoczeniem”⁶⁴. Identyczną opinię głosi m.in. Światowe Towarzystwo Psychiatryczne⁶⁵ czy Panamerykańska Organizacja Zdrowia⁶⁶.

⁶² T. Pietras, op. cit., s. 52–53.

⁶³ Ibidem, s. 52–53.

⁶⁴ American Psychiatric Association, *Opinions of the Ethics Committee on The Principles of Medical Ethics With Annotations Especially Applicable to Psychiatry*, 2001, http://www.psych.org/psych_pract/ethics/ethics_opinions53101.cfm [dostęp: 20.01.2021].

⁶⁵ World Psychiatric Association, *WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviours*, 2016, http://www.wpanet.org/detail.php?section_id=7&content_id=1807 [dostęp: 20.01.2021].

⁶⁶ Pan American Health Organisation, *“Therapies” to change sexual orientation lack medical justification and threaten health*, 2012, https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=

Warto także podkreślić, że postępowanie lekarza sprzeczne z aktualną wiedzą medyczną za nieetyczne uznaje polski Kodeks Etyki Lekarskiej⁶⁷. Zgodnie bowiem z art. 6 KEL „lekarz ma swobodę wyboru metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Powinien jednak ograniczać czynności medyczne do rzeczywiście potrzebnych choremu zgodnie z aktualnym stanem wiedzy”. Nadto, według art. 2 ust. 1 KEL „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”. Z zapisów tych wynika jednoznacznie, że lekarzowi nie wolno stosować metod nieopartych na aktualnej wiedzy medycznej ani tym bardziej podejmować działań medycznych w innych celach niż leczniczy. Tym samym reguły wykonywania zawodu lekarza w Polsce wykluczają legalne prowadzenie przez lekarzy *terapii* konwersyjnych. Przy tym lekarzom, którzy takie praktyki będą prowadzić, grozi nie tylko odpowiedzialność zawodowa wobec naruszenia KEL, ale także odpowiedzialność prawna, gdyż obowiązek przestrzegania zasad etyki został wprowadzony wprost do art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁶⁸, obok obowiązku leczenia tylko chorób i to zgodnie z zasadami aktualnej wiedzy medycznej. Niestosowanie się do którejkolwiek z tych reguł powoduje, że działanie lekarza przestaje być legalne.

Wracając w tym miejscu do poglądów wyrażonych na stronie *Ordo Iuris*, ponownie należy podkreślić, że sama zgoda pacjenta nie wystarcza do legalności działań lekarza, jeśli są one sprzeczne z prawem (bo nieetyczne, niezgodne z wiedzą medyczną czy pozbawione celu leczenia choroby). Należy bowiem przypomnieć, że pacjent nie ma uprawnienia żądania od lekarza podejmowania wszelkich działań medycznych,

6803:2012-therapies-change-sexual-orientation-lack-medical-justification-threaten-health&Itemid=1926&lang=en [dostęp: 20.01.2021].

⁶⁷ https://nil.org.pl/uploaded_images/1574857770_kodeks-etyki-lekarskiej.pdf [dostęp: 20.01.2021].

⁶⁸ „Lekarz ma obowiązek wykonywać zawód, zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością”.

które chciałby, żeby zostały wobec niego podjęte, niezależnie od ich medycznej zasadności⁶⁹. Prawo pacjenta do samostanowienia w procesie leczenia wiąże lekarza wyłącznie w aspekcie negatywnym, a więc w zakresie wyrażania sprzeciwu na proponowane leczenie – w takim wypadku lekarz jest związany brakiem zgody pacjenta i poza przypadkami wyrażnie określonymi w ustawie nie ma prawa działać wbrew jego woli pod groźbą odpowiedzialności karnej. Odmiennie przedstawia się sytuacja z samostanowieniem pacjenta w aspekcie pozytywnym, czyli z kierowaniem pod adresem lekarza żądania wykonania określonego świadczenia medycznego lub zastosowania określonej metody medycznej. Takie życzenie pacjenta powinno być przez lekarza rozważone, ale nie musi być uwzględnione, zwłaszcza gdy według osądu lekarza pozostawałoby w kolizji ze wskazaniami wynikającymi z wiedzy medycznej⁷⁰. Wynika stąd, że pacjent nie dysponuje prawem domagania się od lekarza stosowania wszystkich możliwych świadczeń medycznych⁷¹. Co więcej, żeby można było w ogóle mówić o świadomej zgodzie, niezbędne są dwa elementy: informacja i swoboda podjęcia decyzji.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty lekarz ma obowiązek udzielić pacjentowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu. Z tym obowiązkiem lekarza koreluje prawo pacjenta wyrażone w art. 9 ust. 1–2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta do uzyskania informacji w takim samym zakresie. Oczywiście informacja ta ma być prawdziwa i zgodna z wiedzą medyczną w zakresie rozpoznania, proponowanych metod, następstw (także negatywnych) ich zastosowania oraz rokowania. Przy *terapii* konwersyjnej nie da się takiej informacji rzetelnie

⁶⁹ M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 205–206.

⁷⁰ E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 377.

⁷¹ M. Szeroczyńska, *Prawo do godnego umierania w ustawodawstwie polskim*, w: M. Górecki (red.), *Prawa umierania i tajemnica śmierci*, Wydawnictwo Akademickie Żak, 2009, s. 152.

przekazać. Szczery *terapeuta* powinien bowiem powiedzieć wprost, że homoseksualizm nie jest chorobą, nie istnieje żadna medycznie potwierdzona metoda zmiany orientacji seksualnej, a skutkiem ubocznym mogą być zaburzenia nastroju i poczucia własnej wartości, pogorszenie relacji z innymi osobami, a wręcz depresja i myśli samobójcze. Nie ulega wątpliwości, że nikt z osób zajmujących się *leczeniem* homoseksualizmu takich informacji nie podaje, wręcz przeciwnie – zapewniają oni o własnej wysokiej skuteczności, choć wskazują, że leczenie może być długotrwałe i kosztowne⁷². Już sama taka dezinformacja powoduje, że nie można w przypadku pacjentów poddających się tego typu *terapiom* mówić o świadomej zgodzie. Co więcej, z reguły ich decyzja o podjęciu tego rodzaju *leczenia* nie jest swobodna.

Motyacją do podjęcia *terapii* konwersyjnej jest najczęściej odrzucenie osoby homoseksualnej przez ważnych dla niej bliskich. Osoby, które nie akceptują swojej orientacji seksualnej, z reguły odczuwają tak dlatego, że ich otoczenie im tej akceptacji nie daje, a wręcz przeciwnie – stygmatyzuje je, uznaje za gorsze, grzeszne, patologiczne. W poszukiwaniu akceptacji otoczenia są gotowe poświęcić część swojej osobowości, a wręcz uśmiercić własny popęd seksualny czy zrezygnować w ogóle ze współżycia. Kierują się bowiem nadzieją, że jeśli usuną problem, jakim jest ich homoseksualizm, to zostaną uznane przez innych, staną się na powrót częścią grupy – rodzinnej, towarzyskiej, wyznaniowej⁷³. Jeśli dodatkowo rodziny wywierają presję na podjęcie tego rodzaju *terapii* jako warunek np. dalszego utrzymania czy kontynuowania relacji, trudno mówić o swobodzie podjęcia decyzji⁷⁴, szczególnie w przypadku ludzi młodych, zwłaszcza nastolatków, o których uczestnictwie w *terapii* praktycznie decydują rodzice. Charakterystyczne jest, że ośrodki *terapii* konwersyjnej są najczęściej związane z jakimś wyznaniem. Trafiają więc tam

⁷² K. Rogalska, op. cit.

⁷³ A. Hebenstreit-Maruszewska, *Terapia konwersyjna. Leczenie homoseksualizmu w Polsce?*, <https://www.swps.pl/strefa-psyche/blog/relacje/18755-terapia-konwersyjna-leczenie-homoseksualizmu-nadal-dozwolone-w-polsce> [dostęp: 20.01.2021].

⁷⁴ G. Conley, op. cit., s. 151.

osoby głęboko wierzące, które właśnie przez nieakceptację homoseksualizmu w ich Kościele czują się odcięte od swojej wspólnoty religijnej i skazane na wieczne potępienie. Głoszenie przez przedstawicieli różnych wyznań tezy o niemoralności homoseksualizmu⁷⁵ prowadzi jedynie do pogłębienia się problemu nieakceptacji własnej seksualności przez osoby religijne. Przymus psychiczny, jak odczuwa osoba głęboko wierząca straszona wiecznym potępieniem, stawia pod znakiem zapytania jej zdolność do prawdziwie swobodnego podejmowania decyzji.

Jak wynika z przytoczonych powyżej odpowiedzi Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwa Zdrowia na interpelacje poselskie nr 526 i 6860, brak dowodów, by w Polsce *terapię* konwersyjne prowadzili przedstawiciele zawodów medycznych. Warto jednak podkreślić, że w naszym kraju udzielanie świadczeń zdrowotnych wymaga posiadania odpowiednich uprawnień, a leczenie przez osobę ich nieposiadającą jest zakazane⁷⁶. Mimo iż w wielu państwach coraz bardziej akceptuje się, także na poziomie prawnym, niekonwencjonalne metody leczenia, poza medycyną naukową, to *terapię* konwersyjne nie spotkały się z takim samym uznaniem jak medycyna naturalna, homeopatia, medycyna chińska czy inne rodzaje współczesnego znachorstwa⁷⁷. Wynika to przede wszystkim z faktu, że w przeciwieństwie do niekonwencjonalnych metod leczenia (pomijając nawet ich wątpliwą skuteczność czy aspekt

⁷⁵ Por. poglądy katolickie: „Jedynie antropologia odpowiadająca pełnej prawdzie o człowieku może udzielić właściwej odpowiedzi na ten problem, który posiada różne aspekty zarówno na płaszczyźnie społecznej, jak i kościelnej. (...) Przeszkodą jest też brak przesłanek dla relacji opartej na wzajemnym dopełnianiu się osób, jaką Stwórca ustanowił między mężczyzną a kobietą zarówno na płaszczyźnie fizyczno-biologicznej, jak i ściśle psychologicznej. Tylko w związku między dwiema osobami odmiennej płci możliwe jest udoskonalenie jednostki przez jednoczące połączenie i wzajemne dopełnianie się w sferze psycho-fizycznej. Osoba homoseksualna powinna być w pełni uszanowana w swojej godności i zachęcana do wypełniania zamysłu Bożego przez szczególne zaangażowanie w praktykowanie cnoty czystości. Należy jej szacunek nie oznacza aprobaty dla zachowań niezgodnych z prawem moralnym”; Papieska Rada Iustitia Et Pax, *Kompendium nauki społecznej Kościoła*, wyd. Jedność, Kielce, 2005, s. 71–72.

⁷⁶ Art. 58 ust. 1 i 2 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty; R. Kędziora, op. cit., s. 101 i n.; M. Wolińska, *Znachorstwo. Problematyka prawno-kryminalistyczna*, Warszawa, 2018, s. 155 i n.

⁷⁷ M. Wolińska, op. cit., s. 61 i n.

etyczny), przy *terapiach* konwersyjnych po prostu nie mamy do czynienia z chorobą i potrzebą leczenia.

Jednakże powyższe regulacje tak naprawdę pozostają najczęściej nieadekwatne, gdyż – o czym wspomniano na wstępie – obecnie *terapię* konwersyjne nie są działaniami medycznymi, ale w zasadniczym stopniu psychoterapeutycznymi, a więc nie stosuje się w ich przypadku (poza sytuacją, gdy techniki te wykorzystuje lekarz) przepisów dotyczących zawodów medycznych, ale ustawę o zawodzie *psychologa* i samorządzie zawodowym *psychologów* z 8 czerwca 2001 r.⁷⁸ z wszystkimi jej wadami.

4. Warunki legalności terapii psychologicznej

Formalnie ustawa o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów stawia dla legalności psychoterapii analogiczne wymagania jak ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty przed lekarzami przy wykonywaniu czynności medycznych, czyli wymagane jest, by wykonywana ona była w celu terapeutycznym (choć chodzi tu szerzej niż o leczenie chorób – o działanie dla dobra klienta celem poprawy jego samopoczucia psychicznego, uzyskania dobrostanu psychicznego), za zgodą osoby jej poddawanej, zgodnie z uznanymi standardami oraz przez osobę uprawnioną. Problem polega na tym, że mimo wejścia w życie tej ustawy (z 2 sierpnia 2001 r.) do dnia dzisiejszego brak zarówno niezbędnych dla jej działania aktów wykonawczych, jak również mimo wymogu ustawy nie powstał samorząd psychologów, co w praktyce powoduje, że ustawa ta pozostaje prawem „martwym”.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów wykonywanie zawodu psychologa polega na świadczeniu usług psychologicznych, a w szczególności na: 1) diagnozie psychologicznej; 2) opiniowaniu; 3) orzekaniu; 4) psychoterapii; 5) udzielaniu pomocy psychologicznej; 6) prowadzeniu badań naukowych w dziedzinie psychologii; 7) prowadzeniu dydaktyki w dziedzinie psychologii.

⁷⁸ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1026.

W ramach *terapii* konwersyjnych proponowane są działania psychologiczne, które można określić jako psychoterapię, ew. pomoc psychologiczną. Wynika stąd, że te czynności należą do wykonywania zawodu psychologa, a więc wykonywać je może tylko osoba, która spełnia wymagania określone ustawą (art. 3). Jednakże zgodnie z jej brzmieniem prawo wykonywania zawodu *psychologa* powstaje z chwilą dokonania wpisu na listę *psychologów* Regionalnej Izby Psychologów (art. 7), a warunkiem do dokonania takiego wpisu jest m.in. odbycie podyplomowego stażu zawodowego, pod merytorycznym nadzorem *psychologa* mającego prawo wykonywania zawodu (art. 8 ust. 1 pkt. 4). Wpisu na listę *psychologów* dokonuje Rada Regionalnej Izby Psychologów (art. 8 ust. 3), która jest organem samorządu psychologów (art. 32). Wobec nieistnienia samorządu psychologów nikt nie ma kompetencji przyznania uprawnień do wykonywania zawodu psychologa, co w praktyce powoduje, że w naszym kraju w zasadzie każdy może świadczyć usługi psychologiczne⁷⁹. Nie ma też żadnej możliwości sprawowania kontroli nad wykształceniem osób prowadzących psychoterapię w Polsce⁸⁰. W praktyce każdy, niezależnie od posiadanych kompetencji i wykształcenia, kto chce świadczyć usługi psychologiczne, w tym prowadzić psychoterapię, może otworzyć działalność gospodarczą na podstawie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej⁸¹, wpisując jako symbol własnej działalności EKD-85.90.E – „pozostała działalność w zakresie opieki zdrowotnej, gdzie indziej niesklasyfikowana”, jak czynią to wszyscy współcześni znachorzy⁸². Brak samorządu psychologów uniemożliwia certyfikację osób tego rodzaju działalność

⁷⁹ I to mimo istnienia w tej ustawie art. 61 ust. 1, który uznaje za wykroczenie świadczenie usług psychologicznych przez osobę niemającą prawa do wykonywania zawodu psychologa. Restrykcyjne stosowanie tego przepisu powinno bowiem prowadzić do ukarania wszystkich psychologów w Polsce, którzy wykonują usługi wymienione w art. 4 ust. 1 lub 2 tej ustawy, co oczywiście jest niemożliwe, gdyż prawo nie może karać, jeśli jednocześnie nie umożliwia wypełnienia warunków formalnej legalności podejmowanego działania.

⁸⁰ RPO: *Z powodu nad ustawionych psychologowie nie mają prawa wykonywania zawodu*, Dziennik Gazeta Prawna, 3 lipca 2019 r., <https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/1420357,rpo-bodnar-psychologowie-samorzadz-zawodowy-wada-ustawowa.html> [dostęp: 27.01.2021].

⁸¹ Ustawa z 2 lipca 2004 r., t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2168.

⁸² M. Wolińska, op. cit., s. 150 i n.

prowadzących, co powoduje, że wobec owych przedsiębiorców „martwy” pozostaje również przepis art. 19 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, wymagający formalnie, by wykonywanie usług świadczone było przez osobę mającą uprawnienia zawodowe.

Z kolei brak certyfikacji dla osób wykonujących zawód psychologa pociąga za sobą niemożność kontroli jakości świadczonych usług psychologicznych. Co prawda, zgodnie z art. 4 ust. 4 ustawy o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów minister właściwy do spraw zdrowia, po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Psychologów, ma określić, w drodze rozporządzenia, standardy stosowania przez *psychologów* psychoterapii wobec osób z chorobami i problemami zdrowotnymi określonymi w obowiązującej Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ogłaszanej przez Światową Organizację Zdrowia (WHO), jednakże wobec braku tego rozporządzenia nie można od psychoterapeutów wymagać tak naprawdę żadnych jednolitych standardów. Zresztą rozporządzenia tego nie ma się co spodziewać w najbliższym czasie, bo najpierw musiałaby powstać Krajowa Rada Psychologów, co raczej – po 20 latach od wejścia w życie tej ustawy – jest po prostu niewykonalne.

O ile w medycynie istnieje bowiem – niezależnie nawet od wydawanych przez ministra standardów czy prawnie uznanych wytycznych towarzystw medycznych – obiektywna wiedza, jak powinno się leczyć daną jednostkę chorobową i jaka jest skuteczność poszczególnych świadczeń zdrowotnych, o tyle weryfikacja zasadności stosowania i skuteczności różnych metod psychoterapeutycznych pozostaje raczej domeną „wróżenia z fusów” niż wiedzy ścisłej. Współczesna medycyna opiera się przede wszystkim na dostępnych dowodach naukowych dotyczących skuteczności, efektywności i bezpieczeństwa danych procedur medycznych, dostarczonych zarówno przez wiarygodne badania kliniczne, jak i badania obserwacyjne. Stąd nazywa się ją wręcz medycyną opartą na dowodach (*evidence-based medicine*)⁸³. W psychologii jednak takich standardów

⁸³ P. Gajewski et al., *Evidence Based medicine (EBM) współczesną sztuką lekarską. Cele Polskiego Instytutu Evidence Based Medicine*, „Medycyna Praktyczna”, 3/2003, s. 31–34.

diagnozy i terapii brak. Nie ma żadnych wspólnych dla wszystkich szkół psychoterapii wskazań, w jaki sposób rozpoznawać dane zaburzenie ani jak pracować z pacjentem na nie cierpiącym, nie mówiąc już o wskazaniach skuteczności danego postępowania terapeutycznego i o ocenie ryzyka wystąpienia jego negatywnych skutków ubocznych, np. w postaci pojawienia się myśli czy nawet prób samobójczych. Brak sformułowania takich jednoznacznych i wspólnych dla wszystkich psychoterapeutów zasad prowadzenia terapii powoduje, że z punktu widzenia prawa nie możemy mówić o świadczeniach, do których psychoterapeuta byłby prawnie zobowiązany, ani nawet o świadczeniach, których nie powinien udzielać jako sprzecznych ze „sztuką psychologiczną”⁸⁴.

Mimo braku naukowych standardów w psychologii część towarzystw reprezentujących poszczególne szkoły psychoterapii zajęła, na wzór psychiatrów i seksuologów, stanowiska sprzeciwiające się *terapii* konwersyjnej jako sprzecznej z zasadami prowadzenia psychoterapii⁸⁵. Przykładowo w uchwale, którą w tym przedmiocie przyjęło Polskie Towarzystwo Psychoterapii Gestalt, można przeczytać: „Polskie Towarzystwo Psychoterapii Gestalt uznaje za nieetyczne oddziaływania konwersyjne mające na celu zmianę tożsamości seksualnej i płciowej klientek i klientów/pacjentów i pacjentek. Oddziaływania takie uznajemy za sprzeczne ze współczesną wiedzą opartą na dowodach naukowych oraz teorią i praktyką

⁸⁴ M. Szeroczyńska, *Odpowiedzialność karna psychoterapeuty w przypadku samobójstwa pacjenta*, „Prokuratura i Prawo”, 4/2012, s. 41–42.

⁸⁵ American Psychological Association, *Resolution on Appropriate Affirmative Responses to Sexual Orientation Distress and Change Efforts*, 2009, <https://www.apa.org/about/policy/sexual-orientation> [dostęp: 27.01.2021]; Australian Psychological Society, *APS Position Statement on the use of psychological practices that attempt to change sexual orientation*, 2015, https://www.psychology.org.au/getmedia/95cfcca4-009c-4a75-a0e7-597d68e5a55c/Position_statement_on_psychological_practices_that_attempt_to_change_sexual_orientation_members.pdf [dostęp: 27.01.2021]; *Conversion therapy. Consensus statement*, 2014, http://www.bps.org.uk/system/files/Public_files/conversion_therapy_final_version.pdf [dostęp: 27.01.2021]; D. Haak, *Terapie konwersyjne, terapie reparatywne – pseudoterapie, które są krzywdzące, nienaukowe i nieetyczne*, 4 marca 2020 r., <https://dominikhaak.pl/terapie-konwersyjne-terapie-reparatywne-pseudoterapie-ktore-sa-krzywdzace-nienaukowe-i-nieetyczne/> [dostęp: 27.01.2021]; *Memorandum of Understanding on Conversion Therapy in the UK*, 2017, <https://www.bacp.co.uk/media/6526/memorandum-of-understanding-v2-reva-jul19.pdf> [dostęp: 27.01.2021].

psychoterapii”⁸⁶. Niestety, w przeciwieństwie do środowisk psychologicznych w innych krajach, gdzie panuje konsens w tym przedmiocie, jest to w Polsce jedyna szkoła psychoterapii, która na dzień dzisiejszy zajęła oficjalne stanowisko potępiające praktyki konwersyjne.

Mimo braku oficjalnego potępienia *terapii* reparatornych przez większość organizacji psychologów w Polsce ich niedopuszczalność można wywnioskować z przyjętych przez nie kodeksów etyki. Co prawda mamy tu do czynienia z różnymi kodeksami etyki poszczególnych organizacji psychologów, a więc wiążą one jedynie członków tych organizacji, jednakże ich przekaz w tym aspekcie jest dość spójny. Z jednej strony podkreślają one bowiem konieczność postępowania zgodnie z obowiązującą wiedzą i doświadczeniem zawodowym oraz zgodnie z zasadą odpowiedzialności wobec klienta i działania na rzecz jego dobra, tak unikające wyrządzenia mu szkody, jak i dbające o podniesienie jakości jego życia. Z drugiej natomiast zakazują kierowania się uprzedzeniami i stosowania wszelkich działań niehumanitarnych, nielegalnych, sprzecznych z prawami człowieka i dyskryminujących, także ze względu na orientację seksualną, a wręcz przeciwnie – nakazują uwzględniać kontekst i potrzeby klienta wynikające również z jego orientacji seksualnej⁸⁷. Tym samym *terapia* konwersyjna jako sprzeczna z aktualną wiedzą, która świadczy o niezmienności orientacji seksualnej, oraz niesłużąca dobru pacjenta, czego dowodzą relacje o licznych jej skutkach negatywnych dla psychiki osób jej poddawanych, a także sprzeczna z poszanowaniem praw i potrzeb osób homoseksualnych, jest według polskich psychologów zrzeszonych

⁸⁶ *Uchwała przeciwko terapii konwersyjnej*, lipiec 2020 r., <https://gestaltpolska.org.pl/pl/uchwala-przeciwko-terapii-konwersyjnej> [dostęp: 27.01.2021].

⁸⁷ Kodeks Etyczny Psychologa Polskiego Towarzystwa Psychologicznego, 2018, http://www.ptp.org.pl/teksty/NOWY_KODEKS_PTP.pdf [dostęp: 27.01.2021]; Deklaracja Zasad Etyki Psychoterapeuty Sekcji Psychoterapii Polskiego Towarzystwa Psychologicznego, 2007, <http://www.sekcjapsychoterapii.pl/kodeks-etyczny/> [dostęp: 27.01.2021]; Kodeks Etyczny Polskiego Towarzystwa Terapii Poznawczej i Behawioralnej im Prof. Zdzisława Bizonia, <http://www.pttpb.pl/dokumenty/kodeks-etyczny/> [dostęp: 27.01.2021]; Kodeks Etyki Zawodowej Polskiej Federacji Psychoterapii, <http://pipi.org.pl/kodeks-etyczny-psychoterapeuty/> [dostęp: 27.01.2021]; Kodeks etyki psychoterapeuty Polskiego Towarzystwa Psychoterapii Psychodynamicznej, 2016, <http://ptppd.pl/kodeks-etyki-psychoterapeuty/> [dostęp: 27.01.2021].

w towarzystwach psychologicznych po prostu nieetyczna. Niestety nie mogą być za jej stosowanie wyciągnięte inne sankcje niż wykluczenie z danej organizacji, a ponadto do zasad tych nie mają obowiązku stosować się psychologowie niezrzeszeni.

Tych ostatnich wiąże w zasadzie jedyna reguła, którą da się oprzeć na ułomnej ustawie o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów i która notabene jest także zasadą etyczną, zawartą we wszystkich istniejących kodeksach etyki psychologa lub psycho-terapeuty – zasada świadczenia terapii za zgodą klienta, wyrażoną po uzyskaniu pełnej informacji odnośnie do proponowanej formy terapii i jej przewidywanych skutków. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 1 ustawy podjęcie usług psychologicznych następuje za zgodą osoby stanowiącej podmiot diagnozowania i oddziaływania psychologicznego. Natomiast art. 13 ust. 1 tej ustawy nakłada na psychologa obowiązek poinformowania klienta o celu postępowania, jego przebiegu, wynikach i sposobie ich udostępniania oraz obowiązek uzyskania akceptacji wszystkich planowanych czynności. Wyjątki od obowiązku uzyskania świadomej zgody mogą wynikać jedynie z ustawy.

W tym miejscu wracamy dokładnie do tych samych wątpliwości, o których była mowa przy świadczeniach medycznych. Także w wypadku terapii psychologicznej niezbędne jest dokładne powiadomienie o szansach na *wyleczenie*, czyli w zasadzie każdy homoseksualny klient powinien na wstępie uzyskać informację o nieistnieniu szans na zmianę jego popędu seksualnego, a jedynie o ewentualnej możliwości wyuczenia go bodźcami awersyjnymi powstrzymywania się od homoseksualnych zachowań seksualnych (na podobieństwo leczenia uzależnienia). Po drugie, powinien być uprzedzony o potencjalnych skutkach ubocznych, które wiążą się z powstrzymywaniem się od zaspokajania własnych potrzeb seksualnych, w tym o możliwych zaburzeniach nastroju, obniżeniu poczucia własnej wartości, a nawet ryzyku pojawienia się tendencji samobójczych. Po trzecie, na bieżąco terapeuta powinien informować swojego klienta o wynikach *terapii*, a więc tak naprawdę o ich braku (co również niesie ryzyko wystąpienia stanów depresyjnych). Gdyby *terapeuci* konwersyjni wykonywali ten obowiązek informacji zgodnie z dostępną wiedzą naukową,

w pełni i w sposób zrozumiały, należy zakładać, że nikt by się na taką *terapię* po prostu nie zgodził.

Jak już wspomniano przy analizie legalności świadczeń medycznych, brak poprawnej informacji powoduje, że wyrażona zgoda jest nieprawidłowa, gdyż nie jest świadoma. Co więcej, także w przypadku korzystania z usług psychologicznych w ramach *terapii* konwersyjnej pojawia się wątpliwość co do swobody wyrażenia na nią zgody.

W swoim stanowisku Ordo Iuris głosi, że wystarczające do zapewnienia poszanowania autonomii i wolności wyboru osób nieheteronormatywnych przed poddaniem ich takim niechcianym działaniom są przepisy kodeksu karnego⁸⁸ sankcjonujące np. zmuszanie do określonego zachowania (art. 191 k.k.), pozbawienie wolności (art. 189 k.k.) czy przeprowadzenie leczenia bez zgody (art. 192 k.k.)⁸⁹. Z podobnego założenia zdają się wychodzić Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej oraz Ministerstwo Zdrowia, które w odpowiedziach na wszystkie interpelacje dotyczące *terapii* konwersyjnych stwierdzały, że niepotrzebne jest wprowadzenie ustawowego ich zakazu, gdyż wystarczy wykorzystanie istniejących już przepisów⁹⁰.

Wbrew pozorom sytuacja nie jest tak oczywista. Przede wszystkim należy w tym miejscu podkreślić, że w przypadku podjęcia wobec kogośkolwiek działań psychologicznych lub psychoterapeutycznych bez jego zgody, mimo iż takie działania pozostają nielegalne (pomijając oczywiście prawnie dopuszczalne wypadki przymusowych działań psychologicznych), nie istnieje przepis karny je sankcjonujący, gdyż art. 192 k.k. przewidujący karalność przeprowadzenia zabiegu medycznego bez zgody pacjenta nie może mieć tu zastosowania, jako że nie mówimy o świadczeniach medycznych. Natomiast jeśli chodzi o zmuszanie do określonego zachowania czy pozbawienie wolności, to wymaganym znamieniem tych czynów jest przymus – przełamanie woli człowieka siłą fizyczną bądź

⁸⁸ Ustawa z 6 czerwca 1997 r., t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 z późn. zm.

⁸⁹ R. Dorosiński, op. cit.

⁹⁰ Tak m.in. w odpowiedzi na interpelację 6860 – pismo z 17 czerwca 2020 r., IK: 2077235.JK, <http://orka2.sejm.gov.pl/INT9.nsf/kucz/ATTBSCHVZ/%24FILE/i06860-o1.pdf> [dostęp: 10.12.2020].

psychiczną, a więc za pomocą groźby użycia siły fizycznej. Oczywiście jest, że we współczesnym świecie, przynajmniej w Polsce, osoby zgłaszające się na *terapię* konwersyjną takiego przymusu nie doświadczają. Jak wspomniano już wcześniej, wywierany na nich nacisk jest dużo bardziej wysublimowany: opiera się na zagrożeniu odrzuceniem czy nawet po prostu na autorytecie psychoterapeuty⁹¹, co w przypadku ludzi młodych i zagubionych wewnętrznie jest całkowicie wystarczające, by złamać ich wolną wolę, ale nie stanowi żadnego przestępstwa. Tak więc w rzeczywistości, choć naprawdę trudno mówić o świadomej i swobodnej zgodzie na *terapię* konwersyjną, jej brak nie wywołuje żadnej sankcji, a ewentualne dochodzenie roszczeń może się odbywać jedynie na drodze cywilnej i to wyłącznie w przypadku wyrządzenia przez terapeutę szkody na zdrowiu korzystającej z jego usług osoby, co wobec braku standardów postępowania osób świadczących usługi psychologiczne będzie realnie w zasadzie niemożliwe do udowodnienia.

Analogiczna sytuacja dotyczy obecnie wszystkich osób świadczących usługi psychologiczne mimo nieposiadania wykształcenia psychologicznego. Co prawda nie będzie się stosowała do nich ustawa o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów, ale zasada świadczenia usług za zgodą klienta i zgodnie z zasadami ostrożności, by nie spowodować mu szkody, wynika po prostu z ogólnych reguł prawa zobowiązań. Oczywiście, także w odniesieniu do przedsiębiorców bez wykształcenia psychologicznego, naruszenie zasady zgody nie spowoduje odpowiedzialności karnej, a w przypadku wystąpienia ewentualnej szkody będzie musiał zostać udowodniony adekwatny związek przyczynowo-skutkowy między działaniem *terapeuty* a ową szkodą oraz będzie musiało być wykazane, że podjęte przez niego działanie, które do tej szkody doprowadziło, było nieprawidłowe z punktu widzenia zasad świadczenia usług psychoterapeutycznych, co z tego

⁹¹ R. Gębura, *76-letni gej szczerze o życiu w Polsce*. „Psychiatrzy wmaniali mi, że będę szczęśliwy z kobietami”, na: Temat, 24 stycznia 2019 r., <https://natemat.pl/261519,zycie-homoseksualistow-w-polsce-senior-lgbt-w-7-metrow-pod-ziemia> [dostęp: 27.01.2021].

samego powodu jak przy osobach z wykształceniem psychologicznym będzie praktycznie nieudowodnialne.

Jeszcze trudniej egzekwować powyższe wymogi w przypadku wykorzystywania w *terapii* konwersyjnej praktyk religijnych, w tym najbardziej z nich ryzykownych w postaci egzorcyzmów.

5. Warunki legalności praktyk religijnych

Nie ulega wątpliwości, że wolność wyznania i uprawiania kultu zgodnie z wybraną religią jest uprawnieniem konstytucyjnym⁹² przynależnym każdej jednostce, także niezależnie od jej orientacji seksualnej. Oczywiście jest też, że nikt nie może być zmuszany do uczestniczenia albo nieuczestniczenia w praktykach religijnych (art. 53 ust. 6 Konstytucji). Znowu formalnie chodzi tu o zakaz stosowania przymusu fizycznego lub psychicznego w formie groźby, ale należy mieć świadomość, że oficjalne stanowiska episkopatu Polski mają dla osób głęboko wierzących duży autorytet, a tym samym głos biskupów w sprawie zasadności *leczenia* homoseksualizmu może powodować bezpośrednio u osób homoseksualnych lub u ich rodzin poczucie moralnego nacisku, żeby korzystać z *terapii* konwersyjnych, a tym samym zaburzać ich wolność wyboru.

Przytoczone we wstępie wystąpienie biskupów polskich w tej kwestii jest tym bardziej manipulujące opinią wiernych, że stoi w sprzeczności z oficjalnymi poglądami Watykanu. Jak mówi bowiem ojciec James Martin, doradca Watykańskiego Sekretariatu do Spraw Komunikacji, *terapia* konwersyjna „została odrzucona przez prawie wszystkich renomowanych psychiatrów i psychologów. Może wyrządzić człowiekowi ogromne szkody psychiczne, emocjonalne, a nawet fizyczne. Należy ją całkowicie odrzucić. Znam ludzi, którzy przeszli tak zwaną «terapię» i opowiedzieli mi o jej absolutnym koszmarze”⁹³. Samo odrzucenie przez Kościół katolicki

⁹² Art. 53 ust. 1 i 2 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78 poz. 483 z późn. zm.

⁹³ A. Nowak, S. Obirek, O. Martin: *Kościół powinien pomagać prześladowanym mniejszościom, a nie zwiększać prześladowania*, Wiąż.pl, 3 września 2020 r., <https://wiaz.pl/2020/09/03/o-martin-kosciol-powinien-pomagac-przesladowanym-mniejszosciom-a-nie-zwiekszac-przesladowania/> [dostęp: 27.01.2021].

możliwości zawierania małżeństw przez homoseksualistów nie oznacza promowania przez to wyznanie *leczenia* homoseksualizmu. „Papież Franciszek ma przyjaciół gejów, nawet żonatych przyjaciół gejów: jest pierwszym papieżem, który wypowiedział słowo «gej»; i ciepło mówił o naszej potrzebie przyjęcia ich”⁹⁴.

Oficjalna nauka Kościoła katolickiego przyznaje, że geneza homoseksualizmu jest niewyjaśniona i że skłonności homoseksualne stanowią trudne doświadczenie dla osób je odczuwających. Potępia jednak bezwzględnie praktyki homoseksualne jako grzech sodomii i wzywa homoseksualistów do życia w czystości, a więc do celibatu, powstrzymania się od współżycia seksualnego⁹⁵. Na podobnym stanowisku stoją prawosławie i większość Kościołów protestanckich. Wyjątkiem wśród wyznań chrześcijańskich są Kościół episkopalny, Kościół Szkocji, Zjednoczony Kościół Chrystusa, Kościół Szwecji, unitarianizm, starokatolicyzm (z wyjątkiem Kościoła polskokatolickiego), które akceptują praktyki homoseksualne, w tym oficjalne związki homoseksualne, a także wysławianie osób homoseksualnych na kapłanów⁹⁶.

Wszystkie odłamy chrześcijaństwa, które restrykcyjnie potępiają praktyki homoseksualne, opierają się wprost na cytatach z Biblii, m.in. na Księdze Kapłańskiej, która głosi „nie będziesz obcował z mężczyzną, tak jak się obcuje z kobietą. To jest obrzydliwość” (18,22) oraz „ktokolwiek obcuje cielesnie z mężczyzną, tak jak się obcuje z kobietą, popelnia obrzydliwość. Obaj będą ukarani śmiercią, sami tę śmierć na siebie ściągnęli” (20,13); czy na Liście do Koryntian, zgodnie z którym „czyż nie wiecie, że niesprawiedliwi nie posiadą królestwa Bożego? Nie ludźcie się! Ani rozpustnicy, ani bałwochwalcy, ani cudzołożnicy, ani rozwiązli, ani mężczyźni współżyjący z sobą” (6,9). Niektórzy badacze Biblii podważają jednak te zapisy. Przykładowo według Dershowitza pierwotny tekst Księgi

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ *Katechizm Kościoła Katolickiego*, Warszawa, wyd. Pallottinum, 1994, 2357–2359.

⁹⁶ T. Terlikowski, *LGBT dzieli chrześcijan*, Rzeczpospolita, 3 października 2019 r., <https://www.rp.pl/Plus-Minus/309279996-LGBT-dzieli-chrzescijan.html> [dostęp: 30.01.2021].

Kapłańskiej nie zawierał fragmentów potępiających homoseksualizm⁹⁷. Z kolei odnośnie do Listu do Koryntian można spotkać interpretacje, że fragment ten nie potępiał homoseksualizmu, a męską prostytutkę, gdyż użyte przez świętego Pawła słowo było neologizmem powstałym ze zlepienia wyrazów „mężczyzna” i „łóżko”⁹⁸. Zaś w wypowiedziach Jezusa nie można znaleźć ani słowa o homoseksualizmie⁹⁹.

Jeśli chodzi o religie pozachrześcijańskie, to praktyki homoseksualne potępiane są w fundamentalistycznych odłamach judaizmu (z kolei liberalne odłamy judaizmu obecnie akceptują praktyki i związki homoseksualne)¹⁰⁰ i w islamie¹⁰¹ oraz w hinduizmie¹⁰², natomiast neutralnie podchodzi do nich buddyzm¹⁰³.

Niezależnie od głoszonej religii i jej stosunku do homoseksualizmu nigdzie nie spotyka się oficjalnego stanowiska propagującego *leczenie* homoseksualizmu. Zarówno zachowanie wstrzemięźliwości seksualnej, jak i udział we wszystkich formach praktyk religijnych mogą wynikać tylko z wolnej woli, którą Bóg obdarzył każdego człowieka. Tym samym manipulowanie wiernymi, wmawianie im grzeszności, wywoływanie lęku przed wiecznym potępieniem lub wyrzutów sumienia z powodu odczuwania danego popędu seksualnego czy prowadzenia współżycia seksualnego,

⁹⁷ I. Dershowitz, *Revealing Nakedness and Concealing Homosexual Intercourse: Legal and Lexical Evolution in Leviticus 18*, „Hebrew Bible and Ancient Israel”, 2017, nr 4, s. 510–526.

⁹⁸ J. Cannon, *The Bible, Christianity & Homosexuality*, 2012, <https://truthsetsfree.yolasite.com/resources/The%20Bible-PDF.pdf> [dostęp: 30.01.2021]; B. Robinson, *Same gender sexual behavior in the Christian Scriptures: The “clobber passages” Meanings of the Greek word “arsenokoitai” (1 Corinthians 6 & 1 Timothy 1)*, 2011, <http://www.religioustolerance.org/homarsen.htm> [dostęp: 30.01.2021].

⁹⁹ B. Robinson, op. cit.

¹⁰⁰ W. Homolka, *Jewish Perspectives on Homosexuality*, „Teologia i Moralność”, 1/2020, s. 89–108.

¹⁰¹ I. Metzner, *Spółczesność. Islam i homoseksualizm*. „Albo orientacja seksualna, albo religia”, DW, 27 listopada 2014 r., <https://www.dw.com/pl/islam-i-homoseksualizm-albo-orientacja-seksualna-albo-religia/a-18091722> [dostęp: 30.01.2021].

¹⁰² Erotyka w kulturze – encyklopedia część II, Portal Farmaceutyczno-Medyczny, 21 listopada 2003 r., <http://web.archive.org/web/20101128021314/http://pfm.pl/u235/navi/169085/back/169083> [dostęp: 30.01.2021].

¹⁰³ Lama Ole Nydahl, *Dakini to żeńska zasada oświecenia*, 27 sierpnia 2007 r., <http://www.buddyzm.konin.pl/Nauki006.html> [dostęp: 30.01.2021].

które nie krzywdzi drugiej osoby, należy uznać za naruszające ich wolną wolę i poczucie przyrodzonej godności, uznanej zarówno przez wszystkie religie świata, w tym Kościół katolicki (kan. 208)¹⁰⁴, jak i Konstytucję RP (art. 30).

Przy wszystkich praktykach religijnych muszą więc być poszanowane prawa człowieka – wolność osobista, nietykalność cielesna, autonomia oraz ochrona życia i zdrowia. Niedopuszczalne są namawianie wiernych do praktyk (a tym bardziej nakazywanie ich wykonania w ramach pokuty po spowiedzi), które narażają na niebezpieczeństwo zdrowie fizyczne lub psychiczne wiernego (jak biczowanie, samookaleczenia, pielgrzymowanie na kolanach, zbyt długie trwanie na modlitwie, zbyt długie i restrykcyjne posty itp.). Co prawda nie istnieją żadne prawne standardy bezpieczeństwa wykonywania praktyk religijnych, jednakże oznacza to jedynie, że respektowane muszą być powszechne reguły ostrożności. Tym samym stosowane w ośrodkach prowadzących *terapię* konwersyjną praktyki religijne muszą być dostosowane do możliwości wiekowych i zdrowotnych ich uczestników, tak by nie spowodowały u nich krzywdy fizycznej lub psychicznej.

Najbardziej ryzykowne spośród praktyk dokonywanych przez duchownych są egzorcyzmy. Stosuje się je zarówno w Kościele katolickim, jak i w innych odłamach chrześcijaństwa¹⁰⁵, a także w islamie¹⁰⁶ czy hinduizmie¹⁰⁷. Zgodnie z Katechizmem Kościoła Katolickiego, „gdy Kościół publicznie i na mocy swojej władzy prosi w imię Jezusa Chrystusa, by jakaś osoba lub przedmiot były strzeżone od napaści Złego

¹⁰⁴ Decretum Num. 48/84/P. Primas Poloniae, Kodeks prawa kanonicznego z dnia 4 grudnia 1983 r., <https://sip.lex.pl/akty-prawne/akty-korporacyjne/kodeks-prawa-kanonicznego-286754792> [dostęp: 30.01.2021].

¹⁰⁵ W. Udobang, „*The exorcism was over in 15 minutes but nothing changed*” – LGBT life in Nigeria, The Guardian, 21 lutego 2017 r., <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2017/feb/21/from-exorcism-to-acceptance-lgbt-life-in-nigeria> [dostęp: 30.01.2021].

¹⁰⁶ *Gay Chechens flee threats, beatings and exorcism*, BBC News, 5 kwietnia 2018 r., <https://www.bbc.com/news/world-europe-43658689> [dostęp: 30.01.2021].

¹⁰⁷ N. Sudhish, *Shock treatment, exorcism, psychotropic drugs: behind 'conversion therapy' for queers*, The Hindu, 28 czerwca 2020 r., <https://www.thehindu.com/society/it-is-dangerous-and-unethical-but-queer-people-continue-to-be-subjected-to-conversion-therapy/article31922458.ece> [dostęp: 30.01.2021].

i wolne od jego panowania, mówimy o egzorcyzmach. Praktykował je Jezus, a Kościół od Niego przyjmuje władzę i obowiązek wypowiadania egzorcyzmów. W prostej formie egzorcyzmy występują podczas celebracji chrztu. Egzorcyzmy uroczyste, nazywane «wielkimi», mogą być wypowiadane tylko przez prezbitera i za zezwoleniem biskupa. Egzorcyzmy należy traktować bardzo roztropnie, przestrzegając ściśle ustalonych przez Kościół norm. Egzorcyzmy mają na celu wypędzenie złych duchów lub uwolnienie od ich demonicznego wpływu, mocą duchowej władzy, jaką Jezus powierzył Kościołowi. Czymś zupełnie innym jest choroba, zwłaszcza psychiczna, której leczenie wymaga wiedzy medycznej. Przed podjęciem egzorcyzmów należy więc upewnić się, że istotnie chodzi o obecność Złego, a nie o chorobę” (1673). Z kolei kodeks prawa kanonicznego precyzuje w kanonie 1173, że „nikt nie może dokonywać zgodnie z prawem egzorcyzmów nad opętanymi, jeśli nie otrzymał od ordynariusza miejsca specjalnego i wyraźnego zezwolenia (§ 1). Takiego zezwolenia ordynariusz miejsca może udzielić tylko prezbiterowi odznaczającemu się pobożnością, wiedzą, roztropnością i nieskazitelnością życia (§ 2)”.

Zastrzeżenia co do konieczności posiadania uprawnień do prowadzenia rytuału egzorcyzmów są jednak wyłącznie natury wyznaniowej. Dokonanie egzorcyzmów przez osobę nieuprawnioną stanowi naruszenie prawa kanonicznego i grzech, dla prawa świeckiego nie ma jednak to większego znaczenia. Egzorcysta nie jest bowiem z punktu widzenia prawa zawodem, do wykonywania którego należy mieć określone kwalifikacje udowodnione jakimś dyplomem czy zaświadczeniem. Stąd w zasadzie całkowita niemożność weryfikacji, czy i kto faktycznie egzorcyzmy w Polsce wykonuje¹⁰⁸. Kontrola tego typu działalności jest możliwa jedynie, jeśli jest ona prowadzona w ramach organizacji pozarządowych,

¹⁰⁸ G. Starzak, *Księga egzorcysty ostrzega przed... pseudoegzorcystami*, Dziennik Polski, 23 listopada 2012 r., <https://dziennikpolski24.pl/ksieza-egzorcysty-ostregaja-przed-pseudoegzorcystami/ar/3199260> [dostęp: 30.01.2021].

które podlegają nadzorowi organów władzy publicznej¹⁰⁹. Do tej pory jednakże nie stwierdzono oficjalnie żadnych uchybień w działaniach organizacji pozarządowych o charakterze wyznaniowym prowadzących *terapię konwersyjną*¹¹⁰.

Na pierwszy rzut oka rytuał egzorcyzmów nie wydaje się niebezpieczny. Polega on bowiem na skropleniu święconą wodą, odmawianiu odpowiednich modlitw, nakładaniu rąk, czynieniu znaku krzyża, dmuchaniu w twarz itp.¹¹¹ Z punktu widzenia poszanowania praw człowieka istotne są jednak dwa elementy. Po pierwsze, egzorcysta powinien w miarę możliwości uzyskać zgodę osoby, nad którą będzie odprawiał egzorcyzmy. Jeśli jednak jest wewnętrznie przekonany, że odmowa tej zgody wynika z opętania, i tak może przystąpić do rytuału. Po drugie, co w kontekście egzorcyzmów stosowanych w ramach *terapii konwersyjnej* jest niezmiernie ważne, osoby im poddawane ryzykują negatywne skutki psychiczne takich obrzędów, z próbami samobójczymi włącznie. Statystyki wskazują, że osoby homoseksualne częściej podejmują próby samobójcze niż osoby heteroseksualne. Już samo nazwanie osoby homoseksualnej opętaną może spowodować u niej tak silne poczucie odrzucenia, że wywoła objawy depresyjne, a wręcz właśnie skłoni ją do próby samobójczej¹¹². Z punktu widzenia prawa karnego jednakże możliwość pociągnięcia egzorcysty do odpowiedzialności w takim wypadku w zasadzie jest niemożliwa. Problemem jest bowiem jak zwykle udowodnienie adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego między egzorcyzmem a targnięciem się na własne życie. Udowodnienie tego związku będzie trudne zarówno, gdy egzorcyzm był jedynym elementem

¹⁰⁹ W zależności od statusu organizacji zgodnie z ustawą o stowarzyszeniach z 7 kwietnia 1989 r., t.j. 2020, poz. 2261; albo ustawą o fundacjach z 6 kwietnia 1984 r., t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2167.

¹¹⁰ Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 15565 w sprawie działalności ośrodków terapeutycznych zajmujących się leczeniem osób homoseksualnych z 15 kwietnia 2013 r., <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=25E54718> [dostęp: 30.01.2021].

¹¹¹ Dokładny opis obrzędu znajduje się w: Komisja ds. Kultu Bożego i Dyscypliny Sakramentów Episkopatu Polski, *Egzorcyzmy i inne modlitwy błagalne – rytuał – obrzędy*, wyd. Księgarnia św. Jacka, 2019.

¹¹² C. Piatt, *Christian 'Exorcism' Leads to Gay Teen's Suicide*, Sojourners, 3 lutego 2012 r., <https://sojo.net/articles/christian-exorcism-leads-gay-teens-suicide> [dostęp: 30.01.2021].

działania konwersyjnego, jak i gdy samobójca poddawany był całościowej *terapii* konwersyjnej, zawierającej zarówno elementy działań psychologicznych, religijnych, jak i innych. Konieczne byłoby bowiem udowodnienie, że bez poddania tej osoby tym działaniom nie podjęłaby ona próby samobójczej. Przy często labilnych osobowościach osób homoseksualnych, szczególnie tych, które nie akceptują własnej orientacji seksualnej, i występujących u nich dość powszechnie objawach depresyjnych oraz niskim poczuciu własnej wartości, przeprowadzenie testu *sine qua non* może okazać się po prostu niewykonalne. Zresztą problem ten dotyczy nie tylko wpływu na te osoby egzorcyzmów i innych praktyk religijnych czy działań psychologicznych, ale także każdej innej metody wpływania na ich osobę, celem ich przekonania o niewłaściwości doznawanego przez nich pożądania seksualnego i próby jego zmiany.

6. Warunki legalności praktyk nieterapeutycznych

Jak wspomniano na wstępie, w ramach *terapii* konwersyjnych stosuje się także różne praktyki, których nie sposób zaliczyć ani do świadczeń medycznych, ani do oddziaływań psychologicznych, ani do rytuałów religijnych. Mowa tu o sporcie, karach finansowych, odcięciu od środowiska, kontaktach fizycznych itp. Fakt, że działań tych nie można zakwalifikować do żadnej działalności zawodowej, a więc nie wymagają one żadnych uprawnień i kwalifikacji do ich podejmowania ani nie wiążą się z nimi żadne standardy działania, nie oznacza, że są one zawsze legalne.

Spełnione muszą być bowiem zawsze dwa warunki, o których była już mowa także przy powyżej opisanych kategoriach działań podejmowanych na człowieku – mogą one się odbywać wyłącznie na podstawie świadomej zgody danej osoby, a także muszą być przestrzegane ogólne reguły bezpieczeństwa, by nie spowodować szkody na jej zdrowiu fizycznym i psychicznym.

Wszystkie uwagi, które zostały wcześniej zgłoszone, jeśli chodzi o jakość świadomej zgody i swobodę jej wyrażania przez pacjentów *terapii* konwersyjnych, pozostają w tym miejscu adekwatne. Podobne zastrzeżenie dotyczy

udowodnienia naruszenia reguły bezpieczeństwa i związku przyczynowego między działaniami nieterapeutycznymi a ewentualnymi negatywnymi skutkami na zdrowiu osób tym działaniom poddawanych. W związku z tym nie ma potrzeby tych rozważań powtarzać. Należy natomiast się zastanowić, czy zebrane jako całość wszystkie te zachowania nie mogą być traktowane jako forma znęcania się (art. 207 k.k.) albo nękania (art. 190a k.k.).

O ile bowiem samo działanie bez prawidłowej zgody (z wyłączeniem wykonywania zabiegów medycznych) nie stanowi przestępstwa, o tyle kumulacja takich zachowań może prowadzić właśnie do ich potraktowania jako przejawu znęcania się lub nękania. Co więcej, przy przestępstwach znęcania się i nękania nie jest konieczne udowodnienie zaistnienia negatywnych skutków zdrowotnych u osoby poddawanej takim działaniom.

W przypadku znęcania się wystarczy wykazać, że chodziło o zachowania negatywne wobec tych osób – niewłaściwe traktowanie, powodujące ich cierpienie, przy czym wystarczą zachowania negatywne z punktu widzenia psychologicznego – tzw. znęcanie się psychiczne, np. poniżanie, obrażanie, zawstydzanie, wzbudzanie poczucia winy, zastraszanie, deprywacja snu, pożywienia, kontaktów z bliskimi, powodowanie dyskomfortu psychicznego, psychiczne zmuszanie do ujawnienia przed innymi swoich najskrytszych myśli, pragnień, wspomnień¹¹³. Jednakże przestępstwo znęcania się w polskim prawie karnym dotyczy w zasadzie wyłącznie relacji między członkami najbliższej rodziny (a dokładnie między osobami bliskimi). Poza rodziną można mówić o tym przestępstwie wyłącznie w odniesieniu do osób fizycznie lub psychicznie nieporadnych ze względu na wiek, stan psychiczny lub fizyczny (czyli nad małymi dziećmi, osobami w bardzo zaawansowanym wieku lub osobami z niepełnosprawnością), ewentualnie nad osobami pozostającymi w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy (art. 207 § 1 i 1a k.k.). W odniesieniu do osób poddawanych *terapii* konwersyjnej nie mamy do czynienia ani z jej pokrewieństwem z *terapeutą*, ani z nieporadnością ze względu na wiek czy

¹¹³ J. Lachowski, *Komentarz do art. 207 Kodeksu karnego*, w: V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WKP, 2020, Lex.

niepełnosprawność. Nawet jeśli bowiem *terapii* poddawane są nastolatki, to sam fakt małoletności nie wystarcza do uznania, że osoba taka jest nieporadna ze względu na wiek, a nowelą, która weszła w życie 13 lipca 2017 r.¹¹⁴, zdepenalizowano przestępstwo znęcania się nad małoletnim niepowiązanym rodzinnie ze sprawcą, czyli obecnie dla zaistnienia przestępstwa trzeba nie tylko wykazać, że pokrzywdzonym jest dziecko, ale także że jest ono na tyle małe, że można mówić o jego nieporadności wobec sprawcy. Analogicznie, nie da się przyjąć, że homoseksualizm powoduje nieporadność z powodu stanu psychicznego. W zasadzie jedyną możliwością zakwalifikowania cierpienia doznawanego przez osoby poddane *terapii* konwersyjnej jako znęcania się psychicznego byłoby wykazanie, że pozostawały one w stanie przynajmniej przemijającej zależności od *terapeuty*. Zależność taka będzie jednak bardzo trudna do udowodnienia, gdyż prowadzący *terapię* będą się bronić, że ich klienci zawsze mogli opuścić ośrodek i zrezygnować z dalszego *leczenia*, a oni żadnego przymusu w prawnokarnym znaczeniu tego słowa wobec nich nie stosowali.

Przy niemożności zastosowania art. 207 k.k. wobec braku cechy pokrzywdzonego wymaganej tym przepisem, należy sprawdzić, czy zachowania *terapeutów* konwersyjnych nie mogą być potraktowane jako przestępstwo nękania z art. 190a k.k., które nie wymaga istnienia żadnej relacji między pokrzywdzonym a sprawcą ani żadnej cechy po stronie pokrzywdzonego. Jest to co prawda w przeciwieństwie do przestępstwa znęcania się czyn ścigany na wniosek pokrzywdzonego, jednakże także w tym przypadku nie wymaga się wykazania skutku w postaci uszczerbku na jego zdrowiu. Skutek, który musi wywołać uporczywe nękanie, ma polegać na wzbudzeniu u pokrzywdzonego uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotnie naruszyć jego prywatność. Jak wskazują świadectwa osób poddawanych *terapii* konwersyjnej, z pewnością przynajmniej większość z nich odczuwała poniżenie, a nawet udręczenie, wynikające z pogłębianego w nich przez *terapeutów*

¹¹⁴ Ustawa z 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. poz. 773.

poczucia nieprzystosowania, odrzucenia, degeneracji czy grzechu. Wymaganie obnażania wobec grupy własnych, często skrywanych nawet przed samym sobą, emocji i lęków, a także opowiadania o doświadczeniach i fantazjach seksualnych z kolei naruszało ich prywatność¹¹⁵.

Problem z zakwalifikowaniem *terapii* konwersyjnej jako nękania leży jednak w czymś innym. Ustawodawca wymaga, by owo nękanie było uporczywe, przy czym w literaturze powszechnie uznaje się, że o owej uporczywości świadczy nie tylko długotrwałość nękania (co najmniej kilkumiesięczna) czy częstotliwość zachowań nękających, lecz także ignorowanie przez sprawcę próśb pokrzywdzonego o zaprzestanie tego typu zachowań. Dopóki pokrzywdzony stanowczo nie zażąda od sprawcy zaprzestania zachowań wyczerpujących znamię nękania, nie mamy do czynienia z tym przestępstwem¹¹⁶. Wynika stąd jednoznacznie, że w przypadku *terapii* konwersyjnej, mimo nawet wielkiego cierpienia osób jej poddanych, nie będziemy mieć do czynienia z tym przestępstwem, ponieważ w momencie, gdy są one w stanie zażądać zaprzestania wobec nich powodujących ich udręczenie lub naruszających ich prywatność zachowań, po prostu z tej *terapii* rezygnują.

Jest jeszcze jeden problem materialnoprawny z ewentualnym pociągnięciem do odpowiedzialności *terapeutów* konwersyjnych za przestępstwa znęcania się albo nękania. Oba te czyny należą do przestępstw umyślnych. Nie można się ich dopuścić nieumyślnie. Tak więc sprawca musi stosować dane zachowania wobec pokrzywdzonego z zamiarem uczynienia mu krzywdy psychicznej. *Terapeutami* konwersyjnymi kieruje natomiast zupełnie inny cel – używanie awersyjnych metod ma według nich prowadzić do uszczęśliwienia osoby im poddawanej – ma się stać ona heteroseksualna, zaakceptowana przez siebie i otoczenie, zbawiona. Cierpienie *terapii* ma być więc przejściowe i służyć pozytywnemu celowi, co całkowicie wyklucza przestępczą umyślność po stronie *terapeutów*.

¹¹⁵ G. Conley, op. cit.

¹¹⁶ W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, s. 592.

Równocześnie, wobec braku możliwości zakwalifikowania działań wykonywanych w ramach *terapii* konwersyjnych jako znęcania się albo nękania, brak też możliwości prawnokarnych pociągnięcia kogokolwiek do odpowiedzialności za targnięcie się na własne życie przez osoby im poddawane. Ta niemożność nie wynika zresztą tylko ze wspomnianej wcześniej niemożności udowodnienia związku przyczynowego między ową *terapią* a próbą samobójczą, ale z faktu, że według polskiego kodeksu karnego nieumyślne spowodowanie czyjejś próby samobójczej jest karane tylko wtedy, gdy stanowi następstwo właśnie znęcania się (art. 207 § 3 k.k.) albo nękania (art. 190a § 3). Brak znamion znęcania się albo nękania powoduje brak odpowiedzialności za próbę samobójczą pokrzywdzonego.

Reasumując wszystkie powyższe rozważania, nieuchronnie rodzi się konkluzja – wbrew cytowanym powyżej twierdzeniom Ordo Iuris i obu ministerstw – że obecnie obowiązujące przepisy nie chronią w wystarczający sposób osób, które zostały skrzywdzone poprzez poddanie ich *terapii* konwersyjnej. Z związku z powyższym zasadne jest postawienie pytania, czy wskazane jest wprowadzenie wprost do polskiego prawa ustawowego zakazu *terapii* konwersyjnych.

7. Regulacje prawne dotyczące zakazu *terapii* konwersyjnych

Organy i eksperci ONZ stoją od lat na stanowisku potępiającym *terapię* konwersyjną. W 2016 r. w Komentarzu Ogólnym nr 22 w sprawie prawa do zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych wskazał, że traktowanie osób LGBTI jako pacjentów w celu *wyleczenia* ich w drodze *terapii* stanowi naruszenie ich prawa do zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego (pkt 23)¹¹⁷. Z kolei Komitet Praw Dziecka w Komentarzu Ogólnym nr 20 z tego samego roku dotyczącym realizacji praw dziecka w okresie adolescencji wprost potępił narzucanie tak zwanych *terapii* mających na celu próbę zmiany orientacji

¹¹⁷ Komentarz Ogólny nr 22 Komitetu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych z 2016 r. (E/C.12/GC/22), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en [dostęp: 31.01.2021].

seksualnej (pkt 34)¹¹⁸. Victor Madrigal-Borloz, niezależny ekspert ONZ ds. praw człowieka, w swoim raporcie wzywa wprost do wprowadzenia powszechnego zakazu *terapii* konwersyjnych¹¹⁹. W 2018 r. Komitet ds. Praw Osób z Niepełnosprawnościami ONZ w pkt. 31 uwag końcowych dotyczących pierwszego sprawozdania okresowego Polski wprost zalecił naszemu krajowi wprowadzenie zakazu praktyk konwersyjnych i wskazał na konieczność respektowania orientacji seksualnej i tożsamości płciowej przy wdrażaniu wsparcia dla osób z niepełnosprawnościami psychospołecznymi¹²⁰.

Na poziomie europejskim przeciwko *terapiom* konwersyjnym wypowiedziała się zarówno Rada Europy, jak i Unia Europejska. Komitet Ministrów Rady Europy wskazał, że zadaniem państwa jest podjęcie niezbędnych środków, by nikt nie był zmuszony do poddania się jakiegokolwiek formie leczenia, procedurze lub badaniu lekarskiemu lub psychologicznemu lub nie był umieszczany w instytucji medycznej z powodu jego orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej¹²¹. Z kolei Parlament Europejski z zadowoleniem przyjął „inicjatywy zakazujące praktyk konwersyjnych osób LGBTTT” i wezwał „wszystkie państwa członkowskie do przyjęcia podobnych środków, które szanują i podtrzymują prawo do tożsamości płciowej i ekspresji płciowej”¹²². W październiku 2020 r. dwie parlamentarzystki europejskie, Helena

¹¹⁸ Komentarz Ogólny nr 20 Komitetu Praw Dziecka z 2016 r. (CRC/C/GC/20), <https://undocs.org/en/CRC/C/GC/20> [dostęp: 31.01.2021].

¹¹⁹ *Practices of so-called “conversion therapy”. Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, 1 maja 2020 r., <https://undocs.org/A/HRC/44/53> [dostęp: 31.01.2021].

¹²⁰ *Concluding observations on the initial report of Poland*, 29 października 2018 r., https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPOL%2fCO%2f1&Lang=en [dostęp: 31.01.2021].

¹²¹ *Combating Discrimination on Grounds of sexual orientation and Gender Identity. Council of Europe Standards*, 2011, pkt 34, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047f2a6> [dostęp: 31.01.2021].

¹²² European Parliament resolution of 1 March 2018 on the situation of fundamental rights in the EU in 2016 (2017/2125(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0056_EN.html [dostęp: 31.01.2021].

Dalli i Stella Kyriakides, skierowały pismo do Komisji Europejskiej z wnioskiem, by uznać terapię konwersyjną za tortury i wprowadzić jej powszechny zakaz w państwach europejskich¹²³.

Jeśli chodzi o regulacje krajowe, to w Ekwadorze¹²⁴, na Malcie¹²⁵ i w Albanii¹²⁶ wprowadzony został pełny ustawowy zakaz *terapii* konwersyjnych. Podobny zakaz wprowadzono lokalnie w 2019 r. w Edmonton (Kanada), Madrycie, Murcii, Andaluzji, Aragonii i Walencji (Hiszpania)¹²⁷. Z kolei w Brazylii zakaz ten nie jest na poziomie ustawowym, ale wynika z decyzji Federalnej Rady Psychologów z 1999 r.¹²⁸ Natomiast w niektórych stanach Kanady i USA¹²⁹, a także w Niemczech¹³⁰ wprowadzono ustawowy zakaz stosowania takich praktyk wobec osób małoletnich

¹²³ L. Hutchinson, *MEPs condemn LGBT conversion therapy in appeal to European Commission*, The Parliament Magazine, 12 października 2020 r., <https://www.theparliamentmagazine.eu/news/article/meps-condemn-lgbt-conversion-therapy-in-appeal-to-european-commission> [dostęp: 31.01.2021].

¹²⁴ Organic Penal Code nr 180 z 10 lutego 2014 r., art. 151 § 3: Podlega karze osoba, która zadaje innej osobie silny ból lub cierpienie fizyczne lub psychiczne lub poddaje warunkom lub metodom, które niweczą jej osobowość lub zmniejszają jej zdolności fizyczne lub psychiczne, nawet jeśli nie powodują fizycznego bólu lub cierpienia, jeśli czyni to w celu modyfikacji tożsamości płciowej lub orientacji seksualnej, <https://www.global-regulation.com/translation/ecuador/3349985/comprehensive-criminal-code.html> [dostęp: 31.01.2021].

¹²⁵ Affirmation of Sexual Orientation, Gender Identity and Gender Expression Act nr LV z 9 grudnia 2016 r., art. 3: Zakazane jest przeprowadzanie przez kogokolwiek praktyk konwersyjnych na osobie poniżej 16. roku życia lub z niepełnosprawnością intelektualną, pod przymusem oraz reklamowanie praktyk konwersyjnych, a w przypadku lekarzy, psychologów, pracowników socjalnych i osób wykonujących podobne zawody: oferowanie lub wykonywanie praktyk konwersyjnych, także za darmo, skierowanie kogokolwiek na praktykę konwersyjną prowadzoną przez inną osobę, <https://parlament.mt/media/81828/act-lv-sexual-orientation-gender-identity-and-gender-expression-act.pdf> [dostęp: 31.01.2021].

¹²⁶ M. Konarski, *Albania delegalizuje „nawracanie” na heteroseksualizm*, wPunkt, 18 maja 2020 r., <https://wpunkt.online/swiat/albania-delegalizuje-nawracanie-na-heteroseksualizm/> [dostęp: 31.01.2021].

¹²⁷ *Curbing Deception. A world survey on legal regulation of so-called “conversion therapies”*, ilga.org, 2020, https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Curbing_Deception_world_survey_legal_restrictions_conversion_therapy.pdf [dostęp: 31.01.2021].

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ *Bundestag zakazał terapii konwersyjnej wobec nieletnich*, TVP INFO, 9 maja 2020 r., <https://www.tvp.info/47962077/bundestag-zakazal-terapii-konwersyjnej-wobec-nieletnich-lgbt-wieszwieciej> [dostęp: 31.01.2021].

(w Nowej Szkocji poniżej 19. roku życia, a na Wyspie Księcia Edwarda do 16.) lub niepełnosprawnych intelektualnie. Prace nad ustawowym zakazem prowadzą Izrael¹³¹, Norwegia¹³², UK¹³³ i Francja¹³⁴.

Dnia 20 lutego 2019 r. do Sejmu VIII Kadencji został złożony przez Nowoczesną projekt ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych¹³⁵. Zgodnie z tym projektem pod pojęciem praktyki konwersyjnej ujęto każde oddziaływanie, które miałyoby na celu zmianę lub stłumienie orientacji seksualnej, tożsamości płciowej lub ekspresji płciowej, z wyjątkiem działań, które 1) zapewniałyby pomoc w procesie uzgodnienia płci; 2) zapewniałyby wsparcie w zrozumieniu i akceptacji własnej orientacji seksualnej, tożsamości płciowej lub ekspresji płciowej; 3) służyłyby leczeniu zaburzeń psychicznych uznawanych w powszechnie akceptowanych międzynarodowych klasyfikacjach medycznych i diagnostycznych – przy czym żadna orientacja seksualna, tożsamość płciowa lub ekspresja płciowa nie powinna być traktowana jako choroba lub zaburzenie (art. 2 pkt. 1). Projekt zakładał, że wykroczeniem będzie: 1) stosowanie praktyk konwersyjnych, 2) oferowanie stosowania praktyk konwersyjnych, 3) prowadzenie reklamy lub promocji praktyk konwersyjnych, 4) wskazywanie osób lub podmiotów stosujących, oferujących, prowadzących reklamę lub promocję praktyk konwersyjnych w kraju lub za granicą, w celu umożliwienia zastosowania tego rodzaju praktyk, przy czym działania powyższe miałyby

¹³¹ Izrael: *Problemy w koalicji po głosowaniu nad zakazem terapii konwersyjnej*, Jewish.pl, 23 lipca 2020 r., <https://jewish.pl/pl/2020/07/23/izrael-problemy-w-koalicji-po-glosowaniu-nad-zakazem-terapii-konwersyjnej/> [dostęp: 31.01.2021].

¹³² E. Bogumił, *ONZ apeluje: Norwegia musi zakazać kontrowersyjnej terapii dla homoseksualistów*, MojaNorwegia, 9 lipca 2020 r., <https://www.mojanorwegia.pl/aktualnosci/onz-apeluje-norwegia-musi-zakazac-kontrowersyjnej-terapii-dla-homoseksualistow-17601.html> [dostęp: 31.01.2021].

¹³³ K. Reszkowska, *Boris Johnson zakazuje terapii konwersyjnej? „Nie ma miejsca dla takich praktyk w cywilizowanym społeczeństwie”*, ofeminin, 23 lipca 2020 r., <https://www.ofeminin.pl/swiat-kobiet/to-dla-nas-wazne/premier-boris-johnson-zakaze-terapii-konwersyjnej/gzhzwvg> [dostęp: 31.01.2021].

¹³⁴ *Francuzi wprowadzają zakaz terapii dla homoseksualistów*, Najwyższy Czas, 4 czerwca 2020 r., <https://nczas.com/2020/06/04/francuzi-wprowadzaja-zakaz-terapii-dla-homoseksualistow/> [dostęp: 31.01.2021].

¹³⁵ [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1241-2019/\\$file/8-020-1241-2019.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1241-2019/$file/8-020-1241-2019.pdf) [dostęp: 6.12.2020].

by być zabronione nawet w przypadku zgody osoby, która chciałaby się takim praktykom poddać (art. 3 ust. 1). Nadto, karane miałyby być także usiłowanie, podżeganie i pomocnictwo (art. 3 ust. 3). Wobec lekarza lub lekarza dentystry, pielęgniarki, położnej, psychoterapeuty lub osoby prowadzącej psychoterapię lub innej osoby udzielającej świadczeń zdrowotnych, psychologa, pracownika socjalnego lub pedagoga dopuszczających się powyższych zakazanych zachowań kara miałaby być surowsza (art. 3 ust. 2), a w przypadku ich prawomocnego skazania sąd miałby z urzędu obowiązek powiadomić odpowiedni samorząd lub stowarzyszenie wydającego certyfikat psychoterapeuty lub inny organ regulujący lub nadzorujący wykonywanie zawodu sprawcy (art. 3 ust. 4), w domyśle – bo ustawa ani jej uzasadnienie już tego nie precyzowały – celem wszczęcia postępowania z zakresu odpowiedzialności zawodowej.

Projekt, któremu nie nadano numeru druku sejmowego, został skierowany do konsultacji i „umarł śmiercią naturalną” wraz z końcem kadencji. Przyczyną tego był brak woli politycznej zajęcia się kwestią *terapii* konwersyjnych, a nie jego słabość. Projekt ten ocenić bowiem należy ze wszelkich miar pozytywnie. Projektodawcom udało się w zwięzłej formie – co rzadkie w obecnych aktach prawnych – zawrzeć to, co najważniejsze dla zagadnienia. Po pierwsze, sformułowali tak definicję niedozwolonych praktyk konwersyjnych, by wyłączyć z nich działania jak najbardziej potrzebne na rzecz osób, które nie akceptują własnej płciowości lub seksualności, w tym psychoterapię osób homoseksualnych zmierzającą do akceptacji samego siebie i radzenia sobie w sytuacjach trudnych emocjonalnie w związku z odczuwanym popędem płciowym. Umiejętnie wydzielili też z tej definicji terapie osób transpłciowych i leczenie wszelkich zaburzeń psychicznych, które przecież nie omijają także osób homoseksualnych, choć nie są z orientacją seksualną związane. Po drugie, wykazali się niespotykaną w dzisiejszych czasach powściągliwością w represji. Tym samym wykazali, że nie tyle zależy im na karaniu *terapeutów* konwersyjnych, ile na działaniu prewencyjnym, kierując się ewidentnie nadzieją, że już samo wprowadzenie nakazu będzie działało powstrzymująco na rozwój tego typu praktyk. Spójne z tym założeniem było wprowadzenie obowiązku informowania odpowiednich organów samorządowych

lub nadzorczych przez sąd wydający wyrok skazujący. Pozwoliłoby to bowiem przede wszystkim na usunięcie z zawodu profesjonalistów naruszających zakaz, jak i na efektywną kontrolę nad organizacjami pozarządowymi prowadzącymi tego typu działalność.

Jedną wątpliwość budzi sformułowanie projektu, wskazujące, że zakazane miałby być praktyki konwersyjne wykonywane nawet za zgodą osoby, która miałaby być im poddawana (projektodawcy niefortunnie użyli tu słowa: „zainteresowanego”). Ordo Iuris uznało, że takie rozwiązanie ogranicza konstytucyjnie zagwarantowaną autonomię każdej jednostki¹³⁶. Tak można odczytać ten projekt na pierwszy rzut oka. Warto jednak w tym miejscu powtórzyć już kilkukrotnie wskazywane w tym tekście wątpliwości, czy *zgody* uzyskiwane na *terapię* konwersyjną są naprawdę świadome i swobodne. Wszystkie dane wskazują, że nie – bo brak przed ich wyrażeniem rzetelnej informacji o skuteczności takiego *leczenia*, a osoba się mu poddająca z reguły pozostaje pod silnym wpływem osób dla niej ważnych (rodziny lub wspólnoty religijnej). Tym samym tak naprawdę nie możemy mówić o wiążącej zgodzie na tego typu *leczenie*. Sformułowanie projektu oznacza więc jedynie podważenie i tak prawnie nieważnej zgody, bez konieczności udowadniania przed sądem jej ułomności.

Co więcej, wprowadzenie zakazu praktyk konwersyjnych także za zgodą byłoby spójne ze stanowiskiem instytucji międzynarodowych, które obecnie wskazują wręcz, że należy je uznać za formę tortury. Tak przykładowo wprost traktowane jest to przestępstwo w Ekwadorze, a cel w postaci modyfikacji orientacji seksualnej tworzy jedynie typ kwalifikowany tortur¹³⁷. Jeśli natomiast tak podejmiemy także w Polsce do *terapii* konwersyjnej, to zastrzeżenia o konstytucyjnej randze obowiązku poszanowania autonomii człowieka przestają mieć znaczenie, ponieważ zakaz tortur jest zakazem absolutnym i nikt nie może się wiążąco zgodzić na poddawanie jego osoby torturom, co zostało wielokrotnie

¹³⁶ R. Dorosiński, op. cit.

¹³⁷ Organic Penal Code nr 180 z 10 lutego 2014 r., art. 151 § 1 i 3, <https://www.global-regulation.com/translation/ecuador/3349985/comprehensive-criminal-code.html> [dostęp: 31.01.2021].

potwierdzone przez Trybunał w Strasburgu w orzeczeniach wydawanych na podstawie z art. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Próbie namówienia polityków do ponownego zajęcia się tym tematem podjął w zeszłym roku Rzecznik Praw Obywatelskich. Pismem z 14 maja 2020 r. Rzecznik zwrócił się do Ministra Zdrowia¹³⁸, a pismem z 7 października 2020 r. do premiera, o wprowadzenie zakazu *terapii* konwersyjnych, podając dokładnie te same argumenty i dane, które można znaleźć w uzasadnieniu projektu Nowoczesnej¹³⁹. W odpowiedzi rzecznikowi datowanej na 3 lipca 2020 r. minister zdrowia przyznał, że *terapię* konwersyjne nie są zgodne z aktualną wiedzą medyczną. Uznał jednak równocześnie, że „skoro *terapię* te nie odnoszą się do systemu ochrony zdrowia, to nie jest zasadne uregulowanie ich zakazu w przepisach dotyczących ochrony zdrowia”¹⁴⁰. Na moment sporządzania niniejszego artykułu brak było odpowiedzi od premiera. Ewidentnie widać, że polski rząd nie ma najmniejszej woli wprowadzać żadnych przepisów w tym zakresie, tym bardziej że premier w wywiadzie udzielonym Radiu Rodzina stwierdził, że zgadza się z stanowiskiem Konferencji Episkopatu Polski o konieczności tworzenia poradni prowadzących *terapię* konwersyjną¹⁴¹.

8. Wnioski końcowe

Jak wynika wyraźnie z powyższych rozważań, obecnie obowiązujące przepisy karne nie chronią w sposób wystarczający osób, które odniosły negatywne skutki w wyniku poddania się *terapii* konwersyjnej. Nie dają też

¹³⁸ <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do%20MZ%20ws%20sytuacji%20LGBTI%2C%2014.05.2020.pdf> [dostęp: 31.01.2021].

¹³⁹ <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pienie%20RPO%20do%20premera%20ws.%20zakazu%20terapii%20konwersyjnych%2C%208.10.2020.pdf> [dostęp: 31.01.2021].

¹⁴⁰ <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/mz-do-rpo-terapię-konwersyjne-niezgodne-z-wiedza-medyczna> [dostęp: 31.01.2021].

¹⁴¹ „Mamy w Polsce pełen zakres swobód i tolerancji”. Premier poparł stanowisko Episkopatu ws. LGBT, Gazeta.pl, 29 sierpnia 2020 r., <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,26250636,mamy-w-polsce-pelen-zakres-swobod-i-tolerancji-premier-poparl.html> [dostęp: 31.01.2021].

żadnej gwarancji świadczenia wobec osób homoseksualnych nieakceptujących własnego popędu usług o odpowiednim standardzie, przez osoby wykwalifikowane.

Naukowo nie ma żadnych wątpliwości, że popęd seksualny kształtowany jest w życiu płodowym. Dyskusje panują jedynie nad przyczyną tworzenia się osobników homoseksualnych. Z punktu widzenia nieodwracalności orientacji seksualnej w życiu dorosłym dyskusje te nie mają jednak znaczenia. Głoszenie przez biskupów i popieranie przez najwyższych rangą polityków *terapii* konwersyjnych prowadzi jedynie do pogłębienia się tendencji odrzucenia osób homoseksualnych przez te grupy społeczne, które ulegają autorytetowi osób głoszących takie poglądy, a wręcz do ich znienawidzenia i pogardzania nimi, czyli jest po prostu przejawem mowy nienawiści. Natomiast wśród osób homoseksualnych propagowanie *leczenia* homoseksualizmu wyłącznie zwiększa poczucie osamotnienia i nieakceptacji przez innych i przez samego siebie oraz nieprzystosowania społecznego. Jedno jest jednak pewne: samo wprowadzenie ustawowego zakazu *terapii* konwersyjnych nie byłoby wystarczające. Zmienić należy przede wszystkim nastawienie społeczne. Gdyby homoseksualizm w społeczeństwie polskim traktowany był jako zjawisko normalne, mniejszościowe, ale niebudzące żadnych negatywnych uczuć, nie byłoby homoseksualistów nieakceptujących swojej orientacji, a więc nie byłoby kogo *leczyć* z homoseksualizmu.

Cały proces należy zacząć od edukacji. Edukacji tolerancji, akceptacji inności, szacunku do każdego człowieka, niezależnie od jego cech. Jedyną granicą takiej akceptacji powinno być dobro drugiej osoby. Prawo i organy państwa mają obowiązek traktować wszystkich równo, z poszanowaniem ich przyrodzonej godności. Dopóki ktoś nie krzywdzi innego, zasługuje na pełną wolność w ekspresji swojej osobowości, potrzeb i poglądów. Homoseksualizm nikogo nie krzywdzi. Krzywdą jest jedynie przemoc seksualna¹⁴², która nie jest przecież związana z konkretną orientacją seksualną. I tylko

¹⁴² Przez pojęcie przemocy seksualnej rozumiem każdą czynność seksualną bez zgody drugiej osoby, jak też wykorzystanie seksualne dzieci, nawet bez użycia siły i przy wyrażonej woli, gdyż ze względu na ich wiek rozwojowy każdą formę seksu należy traktować jako krzywdzenie.

owa szeroko pojęta przemoc seksualna powinna być potępiana, zwalczana i zakazana. Wszelkie pozostałe przejawy seksualności człowieka zasługują na pełen szacunek, a nie promowanie jednych nad drugie.

Edukacja społeczna to droga powolna i wymaga też dobrej woli rządzących, której obecnie nie ma. Należy więc ją prowadzić oddolnie. Legislacja to równie powolna droga, która tym bardziej wymaga dobrej woli, a wręcz zaangażowania rządzących. Tej też nie można się obecnie spodziewać. Co nie znaczy, że inicjatywy ustawodawcze i lobbying mają być zaniechane. Wręcz przeciwnie, wskazane jest, by były one kontynuowane i to nawet w szerszym zakresie niż jedynie promowanie wprowadzenia samego zakazu *terapii* konwersyjnych. Powinny też obejmować lobbying na rzecz gruntownej reformy ustawy o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów. Niezbędne jest bowiem wprowadzenie wreszcie egzekwowalnych zasad nadawania uprawnień psychologom, w tym psychoterapeutom, weryfikacji ich kompetencji zawodowych i standardów udzielanych świadczeń. Tylko wtedy będzie można ukrócić świadczenie usług psychologicznych przez osoby do tego merytorycznie nieprzygotowane, a także efektywnie kontrolować organizacje pozarządowe, również religijne, i wymagać od nich, by świadczenia psychologiczne wykonywali w ramach ich działalności psychologowie mający prawo do wykonywania tego zawodu, a więc dający gwarancję jakości i bezpieczeństwa usług. Wtedy to towarzystwa psychologiczne, jak obecnie mogą to skutecznie czynić towarzystwa medyczne, będą uprawnione do wprowadzania wiążących regulacji zawodowych zakazujących tego typu praktyk, co już samo w sobie, bez zakazu ustawowego powinno okazać się wystarczające, albo wręcz prowadzące do zakazu ustawowego, czego przykładem jest Brazylia czy Albania¹⁴³.

Drugą kwestią, którą warto promować, jest zmiana definicji przestępstw znęcania się i nękania. Przede wszystkim należy przywrócić jako czyn zabroniony znęcanie się nad małoletnim, nawet jeśli sprawcy i pokrzywdzonego

¹⁴³ *Albania trzecim krajem europejskim z zakazem przeprowadzania „terapii” konwersyjnych. Zrzeszenie psychologów i psycholożek zdecydowało*, queer, 19 maja 2020 r., <https://queer.pl/news/204410/albania-trzecim-krajem-europejskim-z-zakazem-przeprowadzania-terapii-konwersyjnych> [dostęp: 31.01.2021].

nie wiążą więzy rodzinne. Wtedy nawet bez wprowadzenia zakazu *terapii* konwersyjnej tego typu praktyki będą mogły być traktowane, o ile wywołają cierpienie dziecka, po prostu jako forma znęcania się, a więc staną się i tak zakazane, przynajmniej wobec dzieci.

Ponadto warto rozważyć zasadność połączenia obu tych czynów. Warto odciąć przestępstwo znęcania się od relacji sprawca – pokrzywdzony lub od cech pokrzywdzonego (jak jest obecnie przy nękanii, które – czego warto mieć świadomość – jest dziś zagrożone paradoksalnie znacznie wyższą sankcją niż typ podstawowy znęcania się). Wtedy będzie można zlikwidować w ogóle przestępstwo nękania, gdyż zostałoby ono praktycznie pochłonięte przez znęcanie się, jako że pozostałe jego znamiona (czyli uporczywe wzbudzanie poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotne naruszanie prywatności), choć nie są wyrażone literalnie w treści art. 207 k.k., po prostu stanowią element definicji słowa „znęca się”. Powinniśmy odejść od przywiązania do koncepcji „przemocy domowej” (relacja rodzinna, wiek, niepełnosprawność itp. mogłyby być znamionami typów kwalifikowanych). Powinniśmy się skupić na walce z przemocą jako taką, a każdą jej formę uznawać za torturę lub poniżające traktowanie, analogicznie jak czyni to kodeks karny Ekwadoru, stanowiący, iż „podlega karze osoba, która zadaje innej osobie silny ból lub cierpienie fizyczne lub psychiczne lub poddaje warunkom lub metodom, które niweczą jej osobowość lub zmniejszają jej zdolności fizyczne lub psychiczne, nawet jeśli nie powodują fizycznego bólu lub cierpienia”¹⁴⁴. Także w przypadku przyjęcia takiego rozwiązania wprowadzanie dodatkowej regulacji odnośnie do zakazu *terapii* konwersyjnych stanie się po prostu zbędne.

Bibliografia

Albania trzecim krajem europejskim z zakazem przeprowadzania „terapii” konwersyjnych. Zrzeszenie psychologów i psycholożek zdecydowało, queer, 19 maja 2020 r., <https://queer.pl/news/204410/albania-trzecim-krajem-europejskim-z-zakazem-przeprowadzania-terapii-konwersyjnych> [dostęp: 31.01.2021].

¹⁴⁴ Organic Penal Code nr 180 z 10 lutego 2014 r., art. 151 § 1.

- A. Ambroziak, *Kary za masturbację, przytulanie z liderem, spanie nago, modlitwa i sport. Tak wygląda „leczenie” z homoseksualności. Opowieść uczestnika*, Oko.press, 1 kwietnia 2018 r., <https://oko.press/kary-masturbacje-przytulanie-liderem-spanie-nago-modlitwa-sport-wyglada-leczenie-homoseksualnosci-opowiesc-uczestnika/> [dostęp: 6.12.2020].
- Asociación Psiquiátrica de América Latina, *Comunicado de la Asociación Psiquiátrica de América Latina (APAL) en el Día Internacional contra la Homofobia, la Lesbofobia y la Transfobia*, 2012, <http://www.apalweb.org/docs/diaint2012.pdf> [dostęp: 11.01.2020].
- American Psychiatric Association, *Opinions of the Ethics Committee on The Principles of Medical Ethics With Annotations Especially Applicable to Psychiatry*, 2001, http://www.psych.org/psych_pract/ethics/ethics_opinions53101.cfm [dostęp: 20.01.2021].
- American Psychiatric Association, *Position statement on therapies focused on attempts to change sexual orientation (reparative or conversion therapies)*, „The American Journal of Psychiatry”, 2000, nr 157, s. 1719–1721.
- American Psychological Association, *Report of the task force on appropriate therapeutic responses to sexual orientation*, 2009, <https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf> [dostęp: 10.01.2021].
- American Psychological Association, *Resolution on Appropriate Affirmative Responses to Sexual Orientation Distress and Change Efforts*, 2009, <https://www.apa.org/about/policy/sexual-orientation> [dostęp: 27.01.2021].
- K. Apiecionek, *Tajemniczy homoseksualizm. Co determinuje naszą orientację seksualną?*, Focus.pl, 11 marca 2020 r., <https://www.focusnauka.pl/artukul/tajemniczy-homoseksualizm-co-determinuje-nasza-orientacje-seksualna?page=2> [dostęp: 6.12.2020].
- Australian Psychological Society, *APS Position Statement on the use of psychological practices that attempt to change sexual orientation*, 2015, https://www.psychology.org.au/getmedia/95cfcca4-009c-4a75-a0e7-597d68e5a55c/Position_statement_on_psychological_practices_that_attempt_to_change_sexual_orientation_members.pdf [dostęp: 27.01.2021].
- J. Bailey et al., *Sexual Orientation, Controversy, and Science*, Psychology & Counseling, kwiecień 2016, https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1529100616637616?url_ver=Z39.88-2003&rft_id=ori:rid:crossref.org&rft_dat=cr_pub%3dpubmed [dostęp: 10.01.2020].
- T. Baliszewski, *Przez lata „leczyli” homoseksualistów. Teraz przepraszają i kończą działalność*, na: Temat, 19 czerwca 2013 r., <https://natemat.pl/65413,przez-lata-leczyli-homoseksualistow-teraz-przepraszaja-i-koncza-dzialalnosc#> [dostęp: 6.12.2020].

- J. Balthazart, *Minireview: Hormones and Human Sexual Orientation*, „Endocrinology”, 2011, nr 8, s. 2937–2947.
- D. Bhugra et al., *WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction and Behaviours*, „World Psychiatry”, 2016, nr 3, s. 299–300.
- Bundestag zakazał terapii konwersyjnej wobec nieleńnich*, TVP INFO, 9 maja 2020 r., <https://www.tvp.info/47962077/bundestag-zakazal-terapii-konwersyjnej-wobec-nieleńnich-lgbt-wieszwiecej> [dostęp: 31.01.2021].
- A. Bogaert, M. Skorska, *Sexual orientation, fraternal birth order, and the maternal immune hypothesis: a review*, „Frontiers in Neuroendocrinology”, 2011, nr 32, s. 247–254.
- E. Bogumił, *ONZ apeluje: Norwegia musi zakazać kontrowersyjnej terapii dla homoseksualistów*, MojaNorwegia, 9 lipca 2020 r., <https://www.mojanorwegia.pl/aktualnosci/onz-apeluje-norwegia-musi-zakazac-kontrowersyjnej-terapii-dla-homoseksualistow-17601.html> [dostęp: 31.01.2021].
- A. Brodziak, T. Kłopotowski, *Biologiczne i środowiskowe uwarunkowania orientacji seksualnej*, „Annales Academiae Medicae Silesiensis” 2013, nr 4, s. 256–267.
- W. Byne et al., *The interstitial nuclei of the human anterior hypothalamus: an investigation of variation with sex, sexual orientation, and HIV status*, „Hormones and Behavior”, 2001, nr 40, s. 86–92.
- J. Cannon, *The Bible, Christianity & Homosexuality*, 2012, <https://truthsetsfree.yolasite.com/resources/The%20Bible-PDF.pdf> [dostęp: 30.01.2021].
- S. Cochran et al., *Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)*, „Bulletin of the World Health Organization”, 2014, nr 92, s. 672–679.
- Combating Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity. Council of Europe Standards*, 2011, pkt 34, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047f2a6> [dostęp: 31.01.2021].
- Concluding observations on the initial report of Poland*, 29 października 2018 r., https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPOL%2fCO%2f1&Lang=en [dostęp: 31.01.2021].
- Curbing Deception. A world survey on legal regulation of so-called “conversion therapies”*, ilga.org, 2020, https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Curbing_Deception_world_survey_legal_restrictions_conversion_therapy.pdf [dostęp: 31.01.2021].

- G. Conley, *Wymazać siebie*, Wydawnictwo Poradnia K sp. z o.o., Warszawa 2019.
- Conversion therapy. Consensus statement*, 2014, http://www.bps.org.uk/system/files/Public_files/conversion_therapy_final_version.pdf [dostęp: 27.01.2021].
- Curbing Deception. A world survey on legal regulation of so-called "conversion therapies"*, ilga.org, 2020, https://ilga.org/downloads/ILGA_World_Curbing_Deception_world_survey_legal_restrictions_conversion_therapy.pdf [dostęp: 31.01.2021].
- F. Daniel, *Castration of Sexual Perverts*, „Texas Medical Journal”, 1893, nr 9, s. 255–271.
- Decretum Num. 48/84/P. Primas Poloniae, Kodeks prawa kanonicznego z dnia 4 grudnia 1983 r., <https://sip.lex.pl/akty-prawne/akty-korporacyjne/kodeks-prawa-kanonicznego-286754792> [dostęp: 30.01.2021].
- Deklaracja Zasad Etyki Psychoterapeuty Sekcji Psychoterapii Polskiego Towarzystwa Psychologicznego, 2007, <http://www.sekcjapsychoterapii.pl/kodeks-etyczny/> [dostęp: 27.01.2021].
- I. Dershowitz, *Revealing Nakedness and Concealing Homosexual Intercourse: Legal and Lexical Evolution in Leviticus 18*, „Hebrew Bible and Ancient Israel”, 2017, nr 4, s. 510–526.
- R. Dorosiński, *Problematyka terapii reparatywnej na tle projektu ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych*, 16 maja 2019 r., file:///C:/Users/Krystyna%20Sz/Desktop/terapia%20konwersyjna/Problematyka%20terapii%20reparatywnej%20na%20tle%20projektu%20ustawy%20o%20zakazie%20praktyk%20konwersyjnych%20Ordo%20Iuris.htm [dostęp: 18.01.2021].
- J. Drescher, *Queer Diagnoses Revisited: The Past and Future of Homosexuality and Gender Diagnoses in DSM and ICD*, „International Review of Psychiatry”, 2015, nr 5, s. 386–395.
- L. Ellis, L. Ebertz (red.), *Sexual orientation: Toward biological understanding*, Praeger Publishers/Greenwood Publishing Group, Inc., Westport, 1997.
- Erotyka w kulturze – encyklopedia część II*, Portal Farmaceutyczno-Medyczny, 21 listopada 2003 r., <http://web.archive.org/web/20101128021314/http://pfm.pl/u235/navi/169085/back/169083> [dostęp: 30.01.2021].
- Francuzi wprowadzają zakaz terapii dla homoseksualistów*, Najwyższy Czas, 4 czerwca 2020 r., <https://nczas.com/2020/06/04/francuzi-wprowadzaja-zakaz-terapii-dla-homoseksualistow/> [dostęp: 31.01.2021].
- J. Friedlander, R. Banay, *Psychosis Following Lobotomy in a Case of Sexual Psychopathology. Report of a Case*, „Archives of Neurology & Psychiatry”, 1948, t. 59, s. 303–321.

- M. Frisch, A. Hviid, *Childhood family correlates of heterosexual and homosexual marriages: a national cohort study of two million Danes*, „Archives of Sexual Behavior”, 2006, nr 35, s. 533–547.
- P. Gajewski et al., *Evidence Based medicine (EBM) współczesną sztuką lekarską. Cele Polskiego Instytutu Evidence Based Medicine*, „Medycyna Praktyczna”, 2003, nr 3, s. 31–34.
- A. Garcia-Falgueras, D. Swaab, *A sex difference in the hypothalamic uncinate nucleus: relationship to gender identity*, „Brain”, 2008, nr 131, s. 3132–3146.
- A. Garcia-Falgueras, D. Swaab, *Sexual Hormones and the Brain: An Essential Alliance for Sexual Identity and Sexual Orientation*, „Endocrine Development”, styczeń 2010, s. 23–24.
- Gay Chechens flee threats, beatings and exorcism*, BBC New, 5 kwietnia 2018 r., <https://www.bbc.com/news/world-europe-43658689> [dostęp: 30.01.2021].
- R. Gębura, *76-letni gej szczerze o życiu w Polsce. „Psychiatrzy wmawiali mi, że będę szczęśliwy z kobietami”*, na: Temat, 24 stycznia 2019 r., <https://natemat.pl/261519,zycie-homoseksualistow-w-polsce-senior-lgbt-w-7-metrow-pod-ziemia> [dostęp: 27.01.2021].
- R. Gębura, *Katolicka terapia miała wyleczyć z homoseksualizmu. O włos nie zakończyła się samobójstwem*, Newsweek Polska, 16 lutego 2018 r., <https://www.newsweek.pl/polska/spoleczenstwo/leczenie-homoseksualizmu-psychoterapia-nest/967g29v> [dostęp: 6.12.2020].
- R. Gębura, *Pacierzem w grzeszną miłość. Jak Kościół wypędzał ze mnie geja*, Newsweek Polska, 24 lutego 2018 r., aktualizacja 28 sierpnia 2020 r., <https://www.newsweek.pl/polska/leczenie-homoseksualizmu-dziennikarz-uczestniczy-l-w-katolickiej-terapii-newsweekpl/cgq5d43> [dostęp: 6.12.2020].
- M. Górecki (red.), *Prawda umierania i tajemnica śmierci*, Wydawnictwo Akademickie Żak, 2009.
- D. Haak, *Terapie konwersyjne, terapie reparatywne – pseudoterapie, które są krzywdzące, nienaukowe i nieetyczne*, 4 marca 2020 r., <https://dominikhaak.pl/terapie-konwersyjne-terapije-reparatywne-pseudoterapie-ktore-sa-krzywdzace-nienaukowe-i-nieetyczne/> [dostęp: 27.01.2021].
- D. Hamer et al., *A linkage between DNA markers on the X chromosome and male sexual orientation*, „Science”, 1993, nr 261, s. 321–327.
- A. Hebenstreit-Maruszewska, *Terapia konwersyjna. Leczenie homoseksualizmu w Polsce?*, <https://www.swps.pl/stefa-psyche/blog/relacje/18755-terapia-konwersyjna-leczenie-homoseksualizmu-nadal-dozwolone-w-polsce> [dostęp: 20.01.2021].

- W. Homolka, *Jewish Perspectives on Homosexuality*, „Teologia i Moralność”, 2020, nr 1, s. 89–108.
- L. Hutchinson, *MEPs condemn LGBT conversion therapy in appeal to European Commission*, The Parliament Magazine, 12 października 2020 r., <https://www.theparliamentmagazine.eu/news/article/meps-condemn-lgbt-conversion-therapy-in-appeal-to-european-commission> [dostęp: 31.01.2021].
- Informacja Rzecznika Praw Obywatelskich o działaniach podjętych przez Rzeczpospolitą Polską w celu implementacji postanowień Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z uwzględnieniem Listy kwestii (CRPD/C/POL-Q/1). Rekomendacje dalszych działań państwa*, 31 lipca 2018 r., <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowied%C5%BA%20RPO%20na%20pytania%20komitetu%20ONZ%20ws.%20wdra%C5%BCania%20Konwencji%20o%20prawach%20os%C3%B3b%20z%20niepe%C5%82nosprawno%C5%9Bciami%20%28j%C4%99z.%20polski%29.pdf> [dostęp: 10.12.2020].
- Izrael: Problemy w koalicji po głosowaniu nad zakazem terapii konwersyjnej*, Jewish.pl, 23 lipca 2020 r., <https://jewish.pl/pl/2020/07/23/izrael-problemy-w-koalicji-po-glosowaniu-nad-zakazem-terapii-konwersyjnej/> [dostęp: 31.01.2021].
- Katechizm Kościoła Katolickiego*, Warszawa, Pallottinum, 1994.
- J. Katz, *Gay American history: lesbians and gay men in the U.S.A.: a documentary anthology*, Crowell, Nowy Jork, 1976.
- R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Oficyna, Warszawa, 2009.
- Kodeks Etyczny Polskiego Towarzystwa Terapii Poznawczej i Behawioralnej im Prof. Zdzisława Bizonia, <http://www.pttpb.pl/dokumenty/kodeks-etyczny/> [dostęp: 27.01.2021].
- Kodeks Etyczny Psychologa Polskiego Towarzystwa Psychologicznego, 2018, http://www.ptp.org.pl/teksty/NOWY_KODEKS_PTP.pdf [dostęp: 27.01.2021].
- Kodeks Etyki Psychoterapeuty Polskiego Towarzystwa Psychoterapii Psychodynamicznej, 2016, <http://ptppd.pl/kodeks-etyki-psychoterapeuty/> [dostęp: 27.01.2021].
- Kodeks Etyki Zawodowej Polskiej Federacji Psychoterapii, <http://pipi.org.pl/kodeks-etyczny-psychoterapeuty/> [dostęp: 27.01.2021].
- Komentarz Ogólny nr 20 Komitetu Praw Dziecka z 2016 r. (CRC/C/GC/20), <https://undocs.org/en/CRC/C/GC/20> [dostęp: 31.01.2021].

- Komentarz Ogólny nr 22 Komitetu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych z 2016 r. (E/C.12/GC/22), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en [dostęp: 31.01.2021].
- Komisja ds. Kultu Bożego i Dyscypliny Sakramentów Episkopatu Polski, *Egzorcyzmy i inne modlitwy błagalne – rytuał – obrzędy*, Księgarnia św. Jacka, 2019.
- V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WKP, 2020, Lex.
- M. Konarski, *Albania delegalizuje „nawracanie” na heteroseksualizm*, wPunkt, 18 maja 2020 r., <https://wpunkt.online/swiat/albania-delegalizuje-nawracanie-na-heteroseksualizm/> [dostęp: 31.01.2021].
- A. Król et al., *Intersections between disabilities and sexual orientation, gender identity and sex characteristics: The situation in Poland. Alternative submission to the UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*, 31 stycznia 2018 r., https://kph.org.pl/wp-content/uploads/2018/02/Submission-to-the-UN-Committee-on-the-Rights-of-Persons-with-Disabilities_Poland_final.pdf [dostęp: 6.12.2020].
- Lama Ole Nydahl, *Dakini to żeńska zasada oświecenia*, 27 sierpnia 2007 r., <http://www.buddyzm.konin.pl/Nauki006.html> [dostęp: 30.01.2021].
- S. Liebman, *Homosexuality, Transvestism, and Psychosis: Study of a Case Treated with Electroshock*, „Journal of Nervous & Mental Disease”, 1967, nr 99, s. 945–957.
- J. Lish et al., *Prenatal exposure to diethylstilbestrol (DES): childhood play behavior and adult gender-role behavior in women*, „Archives of Sexual Behavior”, 1992, nr 21, s. 423–441.
- Memorandum of Understanding on Conversion Therapy in the UK*, listopad 2015, <https://www.psychotherapy.org.uk/media/nbjy1cw/memorandum-of-understanding-on-conversion-therapy.pdf> [dostęp: 6.12.2020].
- „Mamy w Polsce pełen zakres swobód i tolerancji”. Premier poparł stanowisko Episkopatu n.s. LGBT, Gazeta.pl, 29 sierpnia 2020 r., <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,26250636,mamy-w-polsce-pelen-zakres-swobod-i-tolerancji-premier-poparl.html> [dostęp: 31.01.2021].
- I. Metzner, *Spółczesność. Islam i homoseksualizm. „Albo orientacja seksualna, albo religia”*, DW, 27 listopada 2014 r., <https://www.dw.com/pl/islam-i-homoseksualizm-albo-orientacja-seksualna-albo-religia/a-18091722> [dostęp: 30.01.2021].
- H. Meyer-Bahlburg et al., *Sexual orientation in women with classical or non-classical congenital adrenal hyperplasia as a function of degree of prenatal androgen excess*, „Archives of Sexual Behavior”, 2008, nr 37, s. 85–99.

- A. Moir, D. Jessel, *Płeć mózgu*, PIW, Warszawa 2010.
- B. Mustanski et al., *A genomewide scan of male sexual orientation*, „Human Genetics”, 2005, nr 116, s. 272–278.
- A. Nowak, S. Obirka, O. Martin: *Kościół powinien pomagać prześladowanym mniejszościom, a nie zwiększać prześladowania*, Wiąż.pl, 3 września 2020 r., <https://wiaz.pl/2020/09/03/o-martin-kosciol-powinien-pomagac-przesladowanym-mniejszosciom-a-nie-zwiekszac-przesladowania/> [dostęp: 28.01.2021].
- N. Owensby, *Homosexuality and Lesbianism Treated with Metrazol*, „Journal of Nervous & Mental Disease”, 1940, nr 92, s. 65–66.
- Pan American Health Organization, *“Cures” for an illness that does not exist*, 2012, <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Conversion-Therapies-EN.pdf> [dostęp: 11.01.2020].
- Pan American Health Organization, *“Therapies” to change sexual orientation lack medical justification and threaten health*, 2012, https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=6803:2012-therapies-change-sexual-orientation-lack-medical-justification-threaten-health&Itemid=1926&lang=en [dostęp: 20.01.2021].
- Papieska Rada Iustitia Et Pax, *Kompendium nauki społecznej kościoła*, Jedność, Kielce, 2005.
- A. Paszewski, *Przyczyny orientacji homoseksualnej – co wnoszą do wiedzy badania nad bliźniakami*, 5 lipca 2016 r., http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-414373bb-4810-41b9-a266-11d2abac54b7/c/02_Paszewski.pdf [dostęp: 10.01.2021].
- C. Piatt, *Christian ‘Exorcism’ Leads to Gay Teen’s Suicide*, Sojourners, 3 lutego 2012 r., <https://sojo.net/articles/christian-exorcism-leads-gay-teens-suicide> [dostęp: 31.01.2021].
- T. Pietras et al., *Rekomendacje dla polskich towarzystw naukowych w sprawie postępowania oraz pomocy terapeutycznej osobom homo- i biseksualnym*, „Seksuologia Polska”, 2016, nr 1, s. 52–53.
- Practices of so-called “conversion therapy”. Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, 1 maja 2020 r., <https://undocs.org/A/HRC/44/53> [dostęp: 31.01.2021].
- S. Puzyński, J. Wciórka (red.), *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania w ICD-10: Opisy kliniczne i wskazówki diagnostyczne*, Uniwersyteckie Wydawnictwo Medyczne „Vesalius”, Instytut Psychiatrii i Neurologii, Kraków–Warszawa 2000.

- B. Robinson, *Same gender sexual behavior in the Christian Scriptures: The “lobber passages” Meanings of the Greek word “arsenokoitai” (1 Corinthians 6 & 1 Timothy 1)*, 2011, <http://www.religioustolerance.org/homarsen.htm> [dostęp: 30.01.2021].
- Results of Castration in Sexual Abnormalities*, „Urologic & Cutaneous Review”, 1929, nr 33, s. 351.
- W. Rice et al., *Homosexuality via canalized sexual development: A testing protocol for a new epigenic model*, „Bioessays”, 2013, nr 35, s. 764–770.
- K. Reszkowska, *Boris Johnson zakazuje terapii konwersyjnej? „Nie ma miejsca dla takich praktyk w cywilizowanym społeczeństwie”*, ofeminin, 23 lipca 2020 r., <https://www.ofeminin.pl/swiat-kobiet/to-dla-nas-wazne/premier-boris-johnson-zakaze-terapii-konwersyjnej/gzhzwg> [dostęp: 31.01.2021].
- K. Rogalska, *Poszłam na „leczenie” homoseksualizmu. To, co usłyszałam, wprawia w osłupienie*, Onet Kobieta, 19 czerwca 2020 r., <https://kobieta.onet.pl/poszlam-na-leczenie-homoseksualizmu-to-co-uslyszalam-wprawia-w-oslupienie/18brt8l> [dostęp: 6.12.2020].
- S. Rosenzweig, R. Hoskins, *A Note on the Ineffectualness of Sex-Hormone Medication in a Case of Pronounced Homosexuality*, „Psychosomatic Medicine”, 1941, nr 3, s. 87–89.
- RPO: *Z powodu wad ustawionych psychologowie nie mają prawa wykonywania zawodu*, Dziennik Gazeta Prawna, 3 lipca 2019 r., <https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/1420357,rpo-bodnar-psychologowie-samorzadzawodowy-wada-ustawowa.html> [dostęp: 27.01.2021].
- E. Siedlecka, *Polska powinna zakazać terapii konwersyjnej osób LGBT*, Polityka, 9 kwietnia 2018 r., <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1743880,1,polska-powinna-zakazac-terapii-konwersyjnej-osob-lgbt.read> [dostęp: 6.12.2020].
- K. Slany et al. (red.), *Homoseksualizm. Perspektywa interdyscyplinarna*, Nomos, Kraków, 2008.
- Standing Committee of European Doctors, *CPME Statement on Natural, Non-pathological Variations of Human Sexuality*, 2013, http://doc.cpme.eu:591/adopted/2013/CPME_AD_Brd_23112013_136_Final_EN.Non-pathological.variations.human.sexuality.pdf [dostęp: 11.01.2020].
- Stanowisko Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego na temat zdrowia osób o orientacji homoseksualnej*, <https://pts-seksuologia.pl/sites/strona/59/stanowiskopts-na-temat-zdrowia-osob-o-orientacji-homoseksualnej> [dostęp: 10.01.2021].

- G. Starzak, *Księża egzorcysti ostrzegają przed... pseudoegzorcystami*, Dziennik Polski, 23 listopada 2012 r., <https://dziennikpolski24.pl/ksieza-egzorcysti-ostrzegaja-przed-pseudoegzorcystami/ar/3199260> [dostęp: 31.01.2021].
- E. Stawnikowska, *20 lat „leczył” z homoseksualizmu. Nagle ogłosił, że jest gejem*, Newsweek Polska, 5 września 2019 r., <https://www.newsweek.pl/swiat/mckrae-game-leczyl-homoseksualistow-przyznal-ze-jest-gejem/yfxlxsx> [dostęp: 6.12.2020].
- N. Sudhish, *Shock treatment, exorcism, psychotropic drugs: behind ‘conversion therapy’ for queers*, The Hindu, 28 czerwca 2020 r., <https://www.thehindu.com/society/it-is-dangerous-and-unethical-but-queer-people-continue-to-be-subjected-to-conversion-therapy/article31922458.ece> [dostęp: 30.01.2021].
- D. Swaab, M. Hofman, *An enlarged suprachiasmatic nucleus in homosexual men*, Brain Research, 1990, nr 537, s. 141–148.
- Sytuacja prawna osób nieheteroseksualnych i transpłciowych w Polsce. Międzynarodowy standard ochrony praw człowieka osób LGBT i stan jego przestrzegania z perspektywy Rzecznika Praw Obywatelskich*, 2019, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Sytuacja_prawna_raport_ZRT.pdf [dostęp: 10.12.2020].
- M. Szeroczyńska, *Odpowiedzialność karna psychoterapeuty w przypadku samobójstwa pacjenta*, „Prokuratura i Prawo”, 2012, nr 4, s. 34–56.
- M. Świdarska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Dom Organizatora, Toruń 2007.
- E. Talbot, H. Ellis, *A Case of Developmental Degenerative Insanity, with Sexual Inversion, Melancholia, Following Removal of Testicles, Attempted Murder and Suicide*, „Journal of Mental Science”, 1896, nr 42, s. 341–344.
- T. Terlikowski, *LGBT dzieli chrześcijan*, Rzeczpospolita, 3 października 2019 r., <https://www.rp.pl/Plus-Minus/309279996-LGBT-dzieli-chrzescijan.html> [dostęp: 30.01.2021].
- Uchwała przeciwko terapii konwersyjnej*, lipiec 2020 r., <https://gestaltpolska.org.pl/pl/uchwala-przeciwko-terapii-konwersyjnej> [dostęp: 27.01.2021].
- W. Udobang, *“The exorcism was over in 15 minutes but nothing changed” – LGBT life in Nigeria*, The Guardian, 21 lutego 2017 r., <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2017/feb/21/from-exorcism-to-acceptance-lgbt-life-in-nigeria> [dostęp: 30.01.2021].
- Wasze historie*, <https://popierwszenieszkodzic.pl/> [dostęp: 6.12.2020].
- M. Wolińska, *Znachorstwo. Problematyka prawno-kryminalistyczna*, Difin, Warszawa, 2018.

- World Association for Sexual Health, *Homosexuality is not a disease*, 2011, <https://worldsexualhealth.net/homosexuality-is-not-a-disease/> [dostęp: 11.01.2020].
- World Medical Association, *WMA Statement on Natural Variations of Human Sexuality*, 2013, <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-natural-variations-of-human-sexuality/> [dostęp: 11.01.2020].
- World Psychiatric Association, *WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviours*, 2016, http://www.wpanet.org/detail.php?section_id=7&content_id=1807 [dostęp: 10.01.2021].
- Ł. Woźnicki, *Prof. Lew-Starowicz przeprosza gejów za leczenie elektrowstrząsami*, Wyborcza.pl, 28 lipca 2015 r., <https://wyborcza.pl/1,75398,18441165,prof-lew-starowicz-przeprosza-gejow-za-leczenie-elektrowstrzasami.html> [dostęp: 6.12.2020].
- W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do art. 117–211a*, Beck, Warszawa 2017.
- Załamany Tomek leczył się z homoseksualizmu. Zdradza efekty terapii*, Wiadomości Pikio, 21 maja 2017 r., <https://pikio.pl/zalamany-tomek-leczył-sie-z-homoseksualizmu-zdradza-efekty-terapii> [dostęp: 6.12.2020].
- E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Wyd. Liber, Warszawa 2001.

Summary

The author analyzes the legality of the „conversion” therapy in Polish law and considers the need for a ban of such practices.

The discussion starts with the definition of homosexuality, the scientific theories on its etiology and on the possibilities of changing the sexual orientation. According to the majority of the contemporary scientists, the sexual orientation develops during prenatal life, so the expectation of its post-natal change is not scientifically founded. Therefore, the use of any measures aimed at this direction is devoid of a therapeutic goal, because it is, on the one hand, unattainable, and, on the other hand, homosexuality is not considered to be a disease.

Taking into account the uncertain data on what kind of “treatment” is proposed by the entities proposing such “therapies”, the legality of

medical, psychological, religious and non-therapeutic activities was discussed. It was indicated that the sole consent of the person undergoing conversion “therapy” is not sufficient to legalize any of these actions, what is more, it was questioned that in these cases it was possible to speak of informed and free consent at all.

The legal analysis proves that none of the proposed conversion measures meets the legality requirements. Nevertheless, the existing criminal and civil laws do not provide full protection for those who have been harmed by submitting to such activities. Hence, it seems justified to introduce a direct regulation prohibiting these practices, according to the requirements of international organizations and similar to foreign regulations, concerning both children and adults. In the context of these examples, the paper assesses the project submitted by Nowoczesna in 2019 about the prohibition of conversion practices.

Aspekty prawne terapii konwersyjnej

1. Wstęp

Mianem „terapii konwersyjnej” określa się działania podejmowane „w odniesieniu do osób homo- lub biseksualnych, w celu zmiany ich orientacji na wyłącznie heteroseksualną”¹. Oddziaływania takie, pomimo w zasadzie zgodnego odrzucenia ich przez wszystkie najważniejsze światowe towarzystwa psychiatryczne i psychologiczne², w dalszym ciągu prowadzone są w wielu państwach świata. Tego rodzaju terapie często świadczone są przez wspólnoty religijne³, postrzegające homoseksualizm nie jako neutralną cechę wrodzoną, lecz skłonność człowieka do ciężkiego grzechu. Również w Polsce dyskusja wokół prawnych i psychologicznych aspektów terapii konwersyjnej rozgorzała niedawno na nowo za sprawą „Stanowiska Konferencji Episkopatu Polski w kwestii LGBT+”, w którym stwierdzono m.in., że „konieczne jest tworzenie poradni (również z pomocą Kościoła, czy też przy jego strukturach) służących pomocą osobom pragnącym odzyskać zdrowie seksualne i naturalną orientację płciową”⁴. Sformułowanie to zostało przez niektórych odczytane właśnie

¹ M. Dora, M. Mijas, B. Dobroczynski, *Primum non nocere. Kontrowersje wokół terapii konwersyjnych dla osób homoseksualnych*, „Psychoterapia” 4/2013, s. 79.

² Zob. przykłady przywołane w drugiej sekcji niniejszego artykułu.

³ Zob. np. L.R. Mendos, *Curbing Deception. A world survey on legal regulation of so-called “conversion therapies”* (raport organizacji „ILGA World”), Genewa 2020, s. 38–45.

⁴ Stanowisko Konferencji Episkopatu Polski w kwestii LGBT+, pkt 38, dokument dostępny pod adresem: <https://ekai.pl/dokumenty/stanowisko-konferencji-episkopatu-polski-w-kwestii-lgbt-dokument/> [dostęp: 1.12.2020].

jako wezwanie do podejmowania działań mających na celu promowanie terapii konwersyjnej⁵.

Jednocześnie w ostatnich latach można dostrzec coraz mocniejszą krytykę terapii konwersyjnych nie tylko ze strony wspomnianych już środowisk medycznych i psychologicznych, ale i międzynarodowych i krajowych organów praw człowieka oraz środowisk pozarządowych. Postrzegają one praktyki konwersyjne jako poważne zagrożenie dla praw człowieka i postulują wprowadzenie prawnego całkowitego lub choćby częściowego zakazu ich prowadzenia. Jak zostanie wskazane w dalszej części niniejszego artykułu, w niektórych państwach zakazy takie zostały już wprowadzone.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie problematyki świadczenia terapii konwersyjnych przez pryzmat prawa polskiego. Rozważę w szczególności, czy prawo polskie zakazuje, ogranicza lub w jakikolwiek sposób reguluje zasady prowadzenia terapii konwersyjnej. Szczególny nacisk zostanie położony na analizę, z perspektywy konstytucyjnej, postulatów ustanowienia zakazu prowadzenia tego typu terapii. Zakres artykułu obejmuje wyłącznie praktyki konwersyjne stosowane wobec osób dorosłych.

Artykuł został podzielony na cztery części (nie licząc wstępu i zakończenia). W pierwszej omówiono dominujące wśród psychiatrów i psychologów poglądy na temat tej terapii. Zważywszy na to, że artykuł koncentruje się na aspektach prawnych, rozważania te zostały przedstawione jedynie skrótowo. Część druga skupia się na przedstawieniu analizy problemu terapii konwersyjnej z perspektywy aktualnie obowiązującego ustawodawstwa. W części trzeciej rozważono zasadność postulatu wprowadzenia ustawowego zakazu prowadzenia terapii konwersyjnej oraz oceniono go pod kątem zgodności z Konstytucją.

⁵ Zob. np. A. Ambroziak, *Biskupi chcą leczyć z homoseksualności. Siegają po niebezpieczną pseudonaukę*, „OKO.press”, artykuł z 28 sierpnia 2020 r., dostępny pod adresem: <https://oko.press/biskupi-chca-leczyc-z-homoseksualnosci-siegaja-po-niebezpieczna-pseudonauke/> [dostęp: 1.12.2020]; T. Nyczka, *Biskupi chcą „leczyć” z homoseksualizmu. Seksuologka prof. Maria Beisert: Kuriozalne sprzeciwianie się wiedzy*, „Wyborcza.pl”, artykuł z 1 września 2020 r., dostępny pod adresem: <https://poznan.wyborcza.pl/poznan/7,36001,26257493,biskupi-chca-leczyc-z-homoseksualizmu-seksuologka-prof-maria.html> [dostęp: 1.12.2020].

2. Terapia konwersyjna – zagadnienia wstępne

W literaturze wskazuje się, że choć już w XIX w. podejmowano pewne próby „leczenia” homoseksualizmu, to jednak koncepcja terapii konwersyjnej ukształtowała się w pełni dopiero w drugiej połowie XX w. Jak podają M. Dora, M. Mijas i B. Dobroczyński, z biegiem lat wobec osób homoseksualnych stosowano oddziaływania medyczne (hormonalne, farmakologiczne i chirurgiczne), behawioralne i psychodynamiczne⁶. Te ostatnie były w pewnym zakresie oparte na dorobku psychoanalityków, a szczególną rolę w ich promowaniu odegrały poglądy Sandora Rado – węgierskiego psychoanalityka od lat 30. XX w. pracującego w Stanach Zjednoczonych⁷. Według Rado homoseksualizm stanowił swego rodzaju fobię, strach przed stosunkami heteroseksualnymi wynikający z niewłaściwego wychowania przez rodziców⁸.

Poglądy o możliwości i medycznej zasadności terapii konwersyjnych zostały jednak porzucone przez środowiska medyczne i psychologiczne wiele lat temu. Już w 1973 r. Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne (ang. American Psychiatric Association – APA) zdecydowało się na wykreślenie homoseksualizmu z drugiej edycji Diagnostycznego i statystycznego podręcznika zaburzeń psychicznych (ang. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* – DSM)⁹. Znacznie dłużej homoseksualizm widniał za to w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych (ang. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems* – ICD), opracowanej przez Międzynarodową

⁶ M. Dora, M. Mijas, B. Dobroczyński, *Primum non nocere...*, s. 83. Szereg metod prowadzenia terapii konwersyjnych omawia także L.R. Mendos w cytowanym wyżej raporcie (L.R. Mendos, *Curbing Deception...*, s. 21–49).

⁷ Zob. J. Drescher, A. Schwartz, F. Casoy, Ch. A. McIntosh, B. Hurley, K. Ashley, M. Barber, D. Goldenberg, S.E. Herbert, L.E. Lothwell, M.R. Mattson, S.G. McAfee, J. Pula, V. Rosario, D.A. Tompkins, *The Growing Regulation of Conversion Therapy*, „Journal of Medical Regulation” 2016, vol. 102, no. 12, s. 7–8.

⁸ Tamże, s. 8.

⁹ M. Dora, M. Mijas, B. Dobroczyński, *Primum non nocere...*, s. 81.

Organizację Zdrowia (WHO). Do jego wykreślenia doszło dopiero wraz z przyjęciem dziesiątego wydania klasyfikacji (ICD-10) w 1990 r.¹⁰

Obecnie wszystkie najważniejsze światowe towarzystwa medyczne i psychologiczne zdecydowanie potępiają prowadzenie terapii konwersyjnych. Przykładowo, Światowe Towarzystwo Psychiatryczne opublikowało stanowisko, w którym wskazało, że orientacja homoseksualna nie jest zaburzeniem, a próby jej zmiany nie są skuteczne i mogą być szkodliwe¹¹. Podobnie w oświadczeniu z 2013 r. Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne wskazało, że „nie uważa, by orientacja homoseksualna mogła lub powinna zostać zmieniona, a ponadto działania podejmowane w tym celu wiążą się ze znacznym ryzykiem krzywdy poprzez poddawanie osób formom leczenia, które nie zostały naukowo potwierdzone oraz poprzez podważanie ich poczucia własnej wartości, gdy orientacja seksualna nie ulega zmianie”¹². Analogiczne stanowisko zaprezentowało w 2009 r. Amerykańskie Towarzystwo Psychologiczne¹³. Podkreśliło w nim, że „nie istnieją wystarczające dowody uzasadniające posługiwanie się interwencjami psychologicznymi w celu zmiany orientacji seksualnej”¹⁴. Towarzystwo zaleciło też młodym ludziom, ich rodzicom oraz opiekunom, by „unikali podejmowania działań zmierzających do zmiany orientacji seksualnej, ufundowanych na przekonaniu, że

¹⁰ Tamże.

¹¹ D. Bhugra, K. Eckstrand, P. Levounis, A. Kar, K.R. Javate, *WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviours*, stanowisko dostępne pod adresem: https://3ba346de-fde6-473f-b1da-536498661f9c.filesusr.com/ugd/e172f3_2842912d737742fdb5d549d2b7ebfc5c.pdf [dostęp: 16.12. 2020].

¹² D. Scasta, P. Bialer, *Position Statement on Issues Related to Homosexuality*, stanowisko dostępne pod adresem: <https://www.psychiatry.org/File%20Library/About-APA/Organization-Documents-Policies/Policies/Position-2013-Homosexuality.pdf> [dostęp: 16.12. 2020] – tłumaczenie własne.

¹³ American Psychological Association, *Resolution on Appropriate Affirmative Responses to Sexual Orientation Distress and Change Efforts*, stanowisko dostępne pod adresem: <https://www.apa.org/about/policy/sexual-orientation> [dostęp: 1.12.2020]. Tłumaczenie na język polski: W. Chańska, K. Grunt-Mejer, *Właściwe afirmatywne postępowanie wobec osób odczuwających stres z powodu swojej orientacji seksualnej oraz prób jej zmiany. Tłumaczenie rezolucji Amerykańskiego Towarzystwa Psychologicznego „Resolution on appropriate affirmative responses to sexual orientation distress and change efforts” by the American Psychological Association*, „Seksuologia Polska” 2/2018, t. 16, s. 72–76.

¹⁴ W. Chańska, K. Grunt-Mejer, *Właściwe afirmatywne...*, s. 74.

homoseksualność jest chorobą psychiczną lub zaburzeniem rozwojowym”¹⁵. Również w Polsce środowiska psychiatryczne i psychologiczne w oficjalnych wystąpieniach jednoznacznie odrzucają praktyki konwersyjne. Szczególną uwagę należy zwrócić na stanowisko Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego z 2016 r. Wskazano w nim, że „Orientacja seksualna nie podlega możliwości dowolnego kształtowania zgodnie z kulturowo-społecznymi oczekiwaniami, nie jest kwestią wyboru lub mody. (...) Propagowanie terapii polegających na korekcie, konwersji czy reparacji orientacji homo- czy biseksualnej w kierunku wyłącznie heteroseksualnej jest niezgodne ze współczesną wiedzą na temat seksualności człowieka i może zaowocować poważnymi niekorzystnymi skutkami psychologicznymi dla osób poddawanych tego typu oddziaływaniom”¹⁶. Jak zostanie wskazane w dalszej części artykułu, do odrzucenia terapii konwersyjnej wzywają nie tylko środowiska medyczne i psychologiczne, ale i międzynarodowe organy praw człowieka. Można zatem stwierdzić, że istnieje już pewien konsens na temat nieefektywności i szkodliwości tego typu praktyk.

Powyższe nie oznacza jednak, że terapia konwersyjna w ogóle nie jest prowadzona. Zarówno bowiem w Polsce, jak i w innych państwach zdarzają się przypadki stosowania tego typu praktyk. W Stanach Zjednoczonych szczególną rolę w propagowaniu terapii zmierzających do zmiany orientacji seksualnej odgrywało założone w 1992 r. Narodowe Stowarzyszenie na rzecz Badań i Terapii Homoseksualizmu (ang. National Association for Research & Therapy of Homosexuality – NARTH)¹⁷. Choć

¹⁵ Tamże. Zestawienie stanowisk innych amerykańskich towarzystw psychologicznych i psychiatrycznych jest dostępne pod adresem: <https://www.hrc.org/resources/policy-and-position-statements-on-conversion-therapy> [dostęp: 1.12.2020].

¹⁶ Stanowisko Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego na temat zdrowia osób o orientacji homoseksualnej, dostępne pod adresem: <https://pts-seksuologia.pl/sites/strona/59/stanowiskopts-na-temat-zdrowia-osob-o-orientacji-homoseksualnej> [dostęp: 1.12.2020]; zob. także: W. Chańska, K. Grunt-Mejer, *Komentarz do stanowiska Amerykańskiego Towarzystwa Psychologicznego pt. „Właściwe afirmatywne postępowanie wobec osób odczuwających stres z powodu swojej orientacji seksualnej oraz prób jej zmiany”*, „Seksuologia Polska” 2/2018, t. 16, s. 69.

¹⁷ L.R. Mendos, *Curbing Deception...*, s. 32.

organizacja ta nie była afiliowana przy żadnym Kościele ani związku wyznaniowym i formalnie deklarowała oparcie się na naukowym, psychologicznym podejściu do kwestii homoseksualizmu, w literaturze amerykańskiej wskazywano na jej bliskie związki z organizacjami chrześcijańskimi¹⁸. W 2014 r. NARTH zastąpił nowy podmiot, Sojusz na rzecz Wyboru Terapeutycznego i Integralności Naukowej (ang. The Alliance for Therapeutic Choice and Scientific Integrity – ATCSI), który kontynuuje działania poprzednika¹⁹. Na swojej stronie internetowej ATCSI wyraźnie podkreśla, że nie jest organizacją religijną, lecz naukową i zawodową, a w jej skład „wchodzi wysoko wykwalifikowani naukowcy, lekarze i w pełni licencjonowani specjaliści zajmujący się zdrowiem psychicznym”²⁰. Również polskie media donosiły w ostatnim czasie o przypadkach prowadzenia terapii konwersyjnej²¹. Na problem ten zwrócił także uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich, który w wystąpieniu do Prezesa Rady Ministrów z października 2020 r. wskazał, że z informacji, którymi dysponuje, wynika, że „praktyki konwersyjne są oferowane i prowadzone w Polsce przede wszystkim przez ośrodki o profilu religijnym – związane lub nie z kościołem katolickim, oraz przez psychologów i terapeutów, w ramach publicznej lub niepublicznej służby zdrowia”²².

¹⁸ Zob. np. R. Clucas, *Sexual Orientation Change Efforts, Conservative Christianity and Resistance to Sexual Justice*, „Social Sciences” 2017, vol. 6, issue 2, s. 9–10.

¹⁹ L.R. Mendos, *Curbing Deception...*, s. 35.

²⁰ Cytat (tłum. własne) z oficjalnej strony internetowej ATSCI: <https://www.therapeuticchoice.com/frequently-asked-questions> [dostęp: 1.12.2020].

²¹ Zob. np. P.P. Reszka, *Zakochałem się w chłopaku z grupy. Zamadlałem tę miłość i godzinami leżałem kerzyżem. Leczyli mnie z choroby, której nie ma*, „Wyborcza.pl” (Duży Format), artykuł z 21 września 2020 r., dostępny pod adresem: <https://wyborcza.pl/duzyformat/7,127290,26314701,zakochałem-sie-w-chlopaku-z-grupy-zamadlałem-te-milosc-i.html> [dostęp: 1.12.2020]; K. Rogaska, *Poszłam na „leczenie” homoseksualizmu. To, co usłyszałam, wprawia w osłupienie*, Onet.pl, artykuł z 19 czerwca 2020 r., dostępny pod adresem: <https://kobieta.onet.pl/poszlam-na-leczenie-homoseksualizmu-to-co-uslyszalam-wprawia-w-oslupienie/18brt8l> [dostęp: 1.12.2020].

²² Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów z 7 października 2020 r., sygn. XI.812.225.2020.MA, s. 8, dokument dostępny pod adresem: <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pienie%20RPO%20do%20premiera%20ws.%20zakazu%20terapii%20konwersyjnych%2C%208.10.2020.pdf> [dostęp: 1.12.2020].

3. Terapia konwersyjna w świetle polskiego prawa – stan *de lege lata*

Obecnie żaden akt prawa polskiego nie normuje *expressis verbis* kwestii dopuszczalności prowadzenia terapii konwersyjnej oraz zasad, zgodnie z którymi może być ona prowadzona. Brak bezpośredniej regulacji nie przesądza jednak jednoznacznie, że materia ta jest kompletnie irrelevantna prawnie. Należy bowiem rozważyć, czy prowadzenie terapii konwersyjnej nie jest objęte zakresem normowania innych, bardziej ogólnych, aktów prawnych.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na ustawę o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów²³ (dalej: u.z.p.). Zgodnie z jej art. 4 ust. 1 „Wykonywanie zawodu psychologa polega na świadczeniu usług psychologicznych, a w szczególności na: 1) diagnozie psychologicznej; 2) opiniowaniu; 3) orzekaniu, o ile przepisy odrębne tak stanowią; 4) psychoterapii; 5) udzielaniu pomocy psychologicznej”. Ustawa nie definiuje żadnego z tych terminów, ale jak się wydaje, przynajmniej niektóre formy terapii konwersyjnej mogłyby zostać zakwalifikowane jako psychoterapia. W takiej sytuacji, zgodnie z ustawą, terapia konwersyjna mogłaby być świadczona wyłącznie przez profesjonalnego psychologa wpisanego na listę prowadzoną przez Regionalną Izbę Psychologów (art. 7 u.z.p.), do czego potrzebne byłoby m.in. uzyskanie dyplomu magistra psychologii (lub równorzędnego wykształcenia za granicą) oraz odbycie podyplomowego stażu zawodowego (art. 8 u.z.p.). Zważywszy jednak na wspomniany wyżej konsens co do braku naukowych podstaw do prowadzenia terapii konwersyjnej oraz co do szkód, jakie może ona wywołać w psychice i poczuciu własnej wartości u osób, które w niej uczestniczą, jest wysoce prawdopodobne, że profesjonalni psychologowie nie trudniliby się jej prowadzeniem. Gdyby zaś to czynili, mogliby podlegać odpowiedzialności dyscyplinarnej na zasadach określonych w ustawie. Z kolei świadczenie usług psychologicznych bez

²³ Ustawa z dnia 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów (Dz.U. z 2019 r. poz. 1026).

uprawnień stanowi, zgodnie z art. 61 u.z.p., wykroczenie zagrożone karą grzywny lub ograniczenia wolności.

Wydawałoby się więc, że poprzez nadzór samorządu zawodowego psychologów nad dochowywaniem zasad etycznych przez psychologów oraz karanie prowadzenia różnego rodzaju szkodliwych terapii i pseudo-terapii przez osoby nieuprawnione można byłoby w znaczącym zakresie zapobiec nadużyciom związanym z praktykowaniem terapii konwersyjnej. Niestety, wskutek niewydania odpowiednich aktów wykonawczych i niepowołania samorządu zawodowego psychologów u.z.p. pozostaje w praktyce martwa²⁴. W literaturze trafnie wskazuje się, że w tej sytuacji „problematiczną kwestią jest uznanie psychologów za wykonujących zawód faktycznie regulowany”²⁵. Sytuacja taka jest niewątpliwie szkodliwa i utrudnia, o ile nie uniemożliwia, skuteczną walkę z nadużyciami związanymi z prowadzeniem terapii konwersyjnej²⁶.

Terapii konwersyjnej nie można byłoby natomiast uznać za „świadczenie zdrowotne” w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty²⁷ (dalej: u.z.l.). Wprawdzie ustawa nie definiuje pojęcia w sposób szczegółowy, zawierając jedynie nieenumeratywny katalog świadczeń zdrowotnych, niemniej nie ulega wątpliwości, że w świetle aktualnego stanu wiedzy medycznej orientacja homoseksualna nie jest chorobą ani jakimkolwiek innym zaburzeniem

²⁴ Pogląd taki przedstawił m.in. Komitet Psychologii Polskiej Akademii Nauk w liście do Minister Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, 1 grudnia 2016 r., dokument dostępny pod adresem internetowym: http://www.kompsych.pan.pl/images/Uchwa%C5%82y/KP_PAN_Pismo_w_sprawie_Ustawy_Minister_Rafalska.pdf [dostęp: 16.12.2020]. Zob. także: L.J. Żukowski, *Zawód psychologa w ochronie zdrowia. Reglamentacja prawnoadministracyjna*, Legalis/el. 2017.

²⁵ L.J. Żukowski, *Psycholog jako zawód zaufania publicznego – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa Publicznego” 3/2017, s. 43.

²⁶ Zob. np. K. Jankowska, E. Barabasz, *Opinia dotycząca poselskiego projektu ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych*, Stanowisko nr 1 Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2019 r., opinia dostępna pod adresem: <https://www.ora-warszawa.com.pl/aktualnosci/wiadomosci/stanowisko-ora-w-warszawie-dotyczaca-poselskiego-projektu-ustawy-o-zakazie-praktyk-konwersyjnych/> [dostęp: 1.12.2020].

²⁷ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. z 2020 r. poz. 514 ze zm.).

stanu zdrowia. Co więcej, jak już wskazano, obecnie dominuje pogląd o niemożności zmiany orientacji seksualnej wskutek jakichkolwiek oddziaływań „terapeutycznych”. Nie sposób zatem uznać tego rodzaju oddziaływań za „leczenie”²⁸. W tej sytuacji prowadzenie terapii konwersyjnej przez osoby niemające uprawnień do wykonywania zawodu lekarza nie wypełniałoby znamion wykroczenia stypizowanego w art. 58 ust. 1 u.z.l.: „Kto bez uprawnień udziela świadczeń zdrowotnych polegających na rozpoznawaniu chorób oraz ich leczeniu, podlega karze grzywny”. Z tych samych względów nie wchodzi w grę odpowiedzialność za przestępstwo określone w art. 58 ust. 2 u.z.l. (udzielanie świadczeń zdrowotnych bez uprawnień w celu osiągnięcia korzyści majątkowej albo w sytuacji wprowadzenia w błąd co do posiadania stosownego uprawnienia).

Warto jednak rozważyć, czy, przynajmniej w pewnych przypadkach, prowadzenie terapii konwersyjnej mogłoby wypełniać znamiona innych czynów zabronionych, w szczególności przestępstw określonych w kodeksie karnym²⁹. Odpowiedź na tak postawione pytanie jest trudna, gdyż zależy w dużym stopniu od tego, z jaką formą terapii konwersyjnej mamy do czynienia. Wydaje się, że w realiach polskich w grę mogą wchodzić przede wszystkim oddziaływania psychologiczne, a nie np. wykorzystywanie elektrowstrząsów, które, jak podaje w swoim raporcie Niezależny Ekspert ONZ, nadal stosowane są w tym celu w niektórych państwach świata³⁰. Tego typu praktyki z pewnością byłyby w Polsce niedopuszczalne i, w zależności od ich rodzaju i skutków, mogłyby wypełniać znamiona różnych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu stypizowanych w kodeksie karnym.

Jednakże w przypadku terapii ograniczającej się wyłącznie do oddziaływań psychologicznych, tj. rozmów dorosłego „pacjenta” z terapeutą,

²⁸ Podobnie: I.Y. Nugraha, *The compatibility of sexual orientation change efforts with international human rights law*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 2017, vol. 35, issue 3, s. 181.

²⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 z późn. zm.).

³⁰ *Practices of so-called “conversion therapy”. Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, 1 maja 2020 r., A/HRC/44/53, pkt 43, 46–47, 52, 79, raport dostępny pod adresem: <https://undocs.org/A/HRC/44/53> [dostęp: 24.05.2021].

trudno byłoby doszukać się znamion jakiegoś przestępstwa. Byłoby to tym trudniejsze, że, jak się wydaje, w zdecydowanej większości przypadków terapia konwersyjna prowadzona jest w Polsce wyłącznie wobec takich osób dorosłych, które wyraziły na to zgodę, choć powstaje oczywiście pytanie, na ile zgoda ta była dobrowolna i świadoma. Osoby homoseksualne, zwłaszcza te w młodym wieku, mogą być bowiem poddawane silnej presji ze strony swojej rodziny³¹ czy wspólnoty religijnej bądź wprowadzane w błąd co do rzekomej skuteczności tego typu oddziaływań psychologicznych. Co więcej, wskutek wspomnianego wyżej braku regulacji i nadzoru nad prowadzeniem praktyk konwersyjnych można zakładać, że osoby je prowadzące często (o ile nie jest to wręcz normą) nie informują swoich „pacjentów” o możliwym negatywnym wpływie terapii na ich zdrowie psychiczne i samopoczucie.

Niezależnie jednak od tych wątpliwości, w większości przypadków postawienie zarzutów prowadzącemu terapię konwersyjną może się okazać niemożliwe. Przykładowo, trudno byłoby uznać, że prowadzenie terapii konwersyjnej mogłoby stanowić przestępstwo znęcania się psychicznego, gdyż między osobą dorosłą a prowadzącym terapię nie zachodzi zazwyczaj stosunek zależności (art. 207 § 1 k.k.). Stosunek taki mógłby zachodzić np. w jakiejś zamkniętej wspólnotie religijnej czy sekcie³², są to jednak przypadki nadzwyczajne. W większości sytuacji w grę nie będzie także wchodziła nieporadność „pacjenta” ze względu na wiek czy stan psychiczny lub fizyczny (art. 207 § 2 k.k.). Być może, w przypadkach skrajnych, w których terapia konwersyjna doprowadziłaby „pacjenta” do choroby psychicznej, próby samobójstwa lub rozstroju zdrowia psychicznego, w grę mogłaby wchodzić odpowiedzialność karna „terapeuty” za przestępstwo z art. 156 k.k. lub art. 157 k.k.³³ Nie wykluczałbym także

³¹ Zob. np. K. Gierdal, P. Knut, J. Skonieczna, *Zakazanie pseudoterapii konwersyjnej obowiązkiem państwa*, „Rzeczpospolita”, artykuł z 13 marca 2019 r., dostępny pod adresem: <https://www.rp.pl/Publicystyka/190319709-Zakazanie-pseudoterapii-konwersyjnej-obowiazkiem-panstwa.html> [dostęp: 18.12.2020].

³² Zob. np. Z. Gądzik, *Prawnokarna ocena samobójstw popełnianych z motywów religijnych*, „Acta Iuris Stetinensis” 1/2019, s. 39.

³³ Zob. M. Szeroczyńska, *Odpowiedzialność karna psychoterapeuty w przypadku samobójstwa pacjenta*, „Prokuratura i Prawo” 4/2012, s. 34–56.

możliwości uznania zachowania nieuczciwych terapeutów, prowadzących terapię odpłatnie i wprowadzających klientów w błąd co do jej skuteczności, za oszustwo w rozumieniu art. 286 k.k.

Warto także rozważyć, czy osoba prowadząca terapię konwersyjną mogłaby w pewnych przypadkach zostać skutecznie pociągnięta do odpowiedzialności cywilnej. Opisywane w literaturze negatywne skutki dla psychiki ludzkiej, do których mogą doprowadzić oddziaływania nakierowane na zmianę orientacji seksualnej³⁴, z pewnością mogą zostać zakwalifikowane jako naruszenie dóbr osobistych (art. 23 kodeksu cywilnego³⁵). W grę mogłyby tu wchodzić takie dobra jak godność, zdrowie psychiczne, prywatność, autonomia seksualna. Niewykluczone jest także wyrządzenie szkody na osobie w postaci rozstroju zdrowia psychicznego (art. 444 k.c.). Niemniej, do skutecznego pociągnięcia osoby prowadzącej terapię konwersyjną do odpowiedzialności cywilnej wymagane byłoby zaistnienie wszystkich przesłanek odpowiedzialności deliktowej. Konieczne byłoby więc wykazanie szkody, bezprawności czynu, adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego i winy „terapeuty”. Pomijając kwestię szkody i związku przyczynowo-skutkowego, które w dużej mierze zależą od okoliczności faktycznych konkretnej sprawy, warto zauważyć, że bezprawność może polegać także na naruszeniu zasad współżycia społecznego³⁶. Można byłoby więc argumentować, że przynajmniej w pewnych przypadkach tego rodzaju oddziaływania psychologiczne są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdyż

³⁴ Zob. np. J.M. Glassgold, L. Beckstead, J. Drescher, B. Greene, R.L. Miller, R.L. Worthington, *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, 2009, s. 42–43, dokument dostępny pod adresem: <https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf> [dostęp: 16.12.2020]; A. Shidlo, M. Schroeder, *Changing Sexual Orientation: A Consumers' Report*, „Professional Psychology: Research and Practice” 2002, Vol. 33, No. 3, s. 254–256; I.Y. Nugraha, *The compatibility of...*, s. 181–182; Ch. Romero, *Praying for Torture: Why The United Kingdom Should Ban Conversion Therapy*, „The George Washington International Law Review” 2019, vol. 51, no. 1, s. 213.

³⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740).

³⁶ Zob. np. M. Pazdan, *Komentarz do art. 24 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, pod red. K. Pietrzykowskiego, Legalis/el. 2020; T. Karaś, S. Żółtek, *Bezprawność w prawie cywilnym i karnym*, „Prokuratura i Prawo” 11/2006, s. 116.

nie mają one podstaw naukowych i są obiektywnie szkodliwe. Również zgoda pacjenta nie zawsze będzie wyłączała bezprawność zachowania terapeuty – nie stanie się tak zwłaszcza wtedy, gdy zgodę taką terapeuta uzyskał, wprowadzając klienta w błąd³⁷ (przykładowo – co do skuteczności terapii, braku skutków ubocznych, swoich kwalifikacji zawodowych itd.).

Podsumowując tę część rozważań, moim zdaniem obecnie obowiązujące przepisy nie pozwalają na efektywne ograniczenie prowadzenia działalności polegającej na świadczeniu terapii konwersyjnej. Jedynie w przypadkach skrajnych, a więc gdy terapia wiązałaby się np. ze stosowaniem metod inwazyjnych, zwłaszcza gdyby prowadzona była bez dobrowolnej i świadomej zgody danej osoby, w grę mogłaby wchodzić odpowiedzialność karna „terapeuty”. Uważam też, że w pewnych okolicznościach osoba prowadząca terapię konwersyjną mogłaby zostać pociągnięta do odpowiedzialności cywilnej, jednak i tę formę odpowiedzialności trudno uznać za skuteczne narzędzie ograniczania tego rodzaju działalności. W praktyce bowiem wykazanie zaistnienia przesłanek odpowiedzialności deliktowej może być skomplikowane, jeśli terapia konwersyjna prowadzona jest wobec osoby dorosłej, za jej zgodą i ograniczona jest do form oddziaływania psychologicznego.

4. Postulat wprowadzenia zakazu prowadzenia terapii konwersyjnej

W ostatnich latach różne międzynarodowe organy ochrony praw człowieka coraz częściej prezentują pogląd o potrzebie prawnego zwalczania praktyk konwersyjnych. Szczególną uwagę należy tu zwrócić na raport Niezależnego Eksperta ONZ ds. ochrony przed przemocą i dyskryminacją ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową³⁸. W raporcie tym Niezależny Ekspert omówił sposoby prowadzenia terapii

³⁷ Zob. np. P. Księżak, *Komentarz do art. 24 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, wyd. II, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej, LEX/el. 2014; P. Sobolewski, *Komentarz do art. 24 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Legalis/el. 2020.

³⁸ *Practices of so-called “conversion therapy”...*

konwersyjnej w różnych państwach świata (i poważne naruszenia praw człowieka, jakie się z tym wiążą) oraz szkody, jakie tego typu oddziaływania mogą wywołać u osób, które są im poddawane. Do tego rodzaju negatywnych konsekwencji zaliczył m.in. utratę poczucia własnej wartości, niepokój, depresję, izolację społeczną, trudności w nawiązywaniu kontaktów intymnych, nienawiść do samego siebie, poczucie wstydu i winy oraz skłonności samobójcze³⁹. Zdaniem Niezależnego Eksperta terapię konwersyjną prowadzą do naruszeń szeregu praw człowieka, w tym prawa do równego traktowania i prawa do ochrony zdrowia, a także mogą być postrzegane jako tortury i maltretowanie, gdyż są oparte na niedopuszczalnym założeniu o niższości osób homoseksualnych względem osób heteroseksualnych⁴⁰. Mając to na uwadze, w raporcie zalecono państwu wprowadzenie odpowiednich rozwiązań prawnych mających na celu zapobieganie prowadzeniu terapii konwersyjnych⁴¹. W tym celu prawo krajowe powinno precyzyjnie zdefiniować zakres niedozwolonych praktyk, zakazać ich reklamowania, wprowadzić sankcje za naruszanie zakazu ich prowadzenia oraz zapewnić ofiarom tego typu praktyk dostęp do odpowiednich mechanizmów skargowych (w tym odszkodowawczych) i niezbędnej pomocy prawnej⁴². Podobne postulaty formułowały także inne ciała funkcjonujące w ramach ONZ. Warto odnotować choćby Obserwacje końcowe Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych w sprawie sprawozdania Polski (2018 r.), w którym organ ten wezwał władze Polski do doprowadzenia do zaprzestania stosowania praktyk konwersyjnych⁴³.

Takie rekomendacje organów międzynarodowych znajdują odzwierciedlenie w przepisach krajowych niektórych państw europejskich

³⁹ Tamże, pkt 19.

⁴⁰ Tamże, pkt 59–65.

⁴¹ Tamże, pkt 87. Również w literaturze zagranicznej wyrażany był pogląd, że terapia konwersyjna może być postrzegana jako forma tortur bądź niehumanitarnego lub poniżającego traktowania (zob. np. I.Y. Nugraha, *The compatibility of...*, s. 189–192; Ch. Romero, *Praying for Torture...*, s. 222–228).

⁴² Tamże.

⁴³ Obserwacje końcowe Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych w sprawie sprawozdania Polski, 29 października 2018 r., CRPD/C/POL/CO/1, pkt 31.

i pozaeuropejskich, które ograniczają lub wręcz całkowicie zakazują prowadzenia terapii konwersyjnych. Co ważne, choć obecnie na wprowadzenie tego typu zakazów zdecydowało się stosunkowo niewiele państw, to jednak ich liczba ciągle rośnie i w mediach można znaleźć doniesienia o planach wprowadzenia analogicznych rozwiązań także w szeregu innych państw⁴⁴. Szczegółowe rozwiązania przyjmowane w poszczególnych krajach w celu zwalczania terapii konwersyjnych znacząco się jednak różnią – w celu ilustracji omawianych problemów warto przeanalizować kilka z nich.

Pierwszym krajem europejskim, który zdecydował się na wprowadzenie zakazu prowadzenia terapii konwersyjnych do ustawodawstwa krajowego, była Malta. Ustawa z grudnia 2016 r.⁴⁵ definiuje „praktyki konwersyjne” jako „każdą terapię, praktykę lub trwale oddziaływanie nakierowane na zmianę, stłumienie lub wyeliminowanie orientacji seksualnej danej osoby, jej tożsamości lub ekspresji płciowej” (art. 1). Jednocześnie, z zakresu tego pojęcia wyłączono usługi i interwencje związane z eksploracją i rozwojem osoby oraz afirmacją jej tożsamości oraz „usługi medyczne związane z rozwojem osoby, afirmacją jej tożsamości lub ekspresji płciowej” oraz lub leczeniem zaburzeń psychicznych (art. 1 lit. a–c). Ustawa wprowadza generalny zakaz reklamowania praktyk konwersyjnych oraz ograniczenie możliwości ich prowadzenia (art. 3). Zakres tego drugiego został zróżnicowany w zależności, czy mamy do czynienia z profesjonalistą (tj. osobą mającą kwalifikacje lub uprawnienia do wykonywania niektórych wymienionych w ustawie zawodów takich jak np. terapeuta rodzinny, lekarz, pielęgniarka, psychiatra, psycholog, pracownik

⁴⁴ Zob. np. *Israel: 'Gay conversion' therapy ban bill passed by MPs*, BBC World, 23 lipca 2020 r., artykuł dostępny pod adresem: www.bbc.com/news/world-middle-east-53511329 [dostęp: 1.12.2020]; *Gay conversion therapy to be banned in France*, „The Connexion”, 9 lipca 2020 r., artykuł dostępny pod adresem: <https://www.connexionfrance.com/French-news/new-bid-to-ban-gay-conversion-therapy-is-being-considered-in-France> [dostęp: 1.12.2020].

⁴⁵ Act No. LV of 2016 – Sexual Orientation, Gender Identity and Gender Expression Act, ustawa, w wersji maltańsko- i anglojęzycznej, dostępna na stronie internetowej Parlamentu Malty: <https://parlament.mt/media/81828/act-lv-sexual-orientation-gender-identity-and-gender-expression-act.pdf> [dostęp: 2.12.2020] – wszelkie cytaty pochodzą z tłumaczenia własnego autora.

społeczny itp.) czy też z podmiotem nieprofesjonalnym. W odniesieniu do podmiotów profesjonalnych obowiązuje całkowity zakaz oferowania i prowadzenia terapii konwersyjnej (niezależnie od tego, czy miałaby ona być prowadzona odpłatnie czy też bez wynagrodzenia), a także zakaz kierowania osoby do innego podmiotu, w którym terapia taka miałaby być świadczona. Węższy zakres ma ograniczenie adresowane do podmiotów nieprofesjonalnych. Nie mogą one bowiem prowadzić praktyk konwersyjnych jedynie wobec osób szczególnie wrażliwych (tj. osób poniżej 16. roku życia, osób z zaburzeniami psychicznymi oraz osób uznanych przez sąd za szczególnie narażone na naruszenia ich praw z powodu wieku, dojrzałości, zdrowia, niepełnosprawności psychicznej i innych czynników takich jak stan zależności, stan psychologiczny lub emocjonalny) oraz wobec innych osób, które nie wyraziły na to zgody (terapia przymusowa). Naruszenie zakazów zagrożone jest karą grzywny lub karą pozbawienia wolności, przy czym dolna i górna granica ustawowego zagrożenia karą jest wyższa w przypadku podmiotów profesjonalnych.

Nieco inne rozwiązania wprowadziła niemiecka ustawa o ochronie przed terapiami konwersyjnymi z 12 czerwca 2020 r.⁴⁶ Terapia konwersyjna została tu zdefiniowana jako „wszelkie praktyki nakierowane na zmianę lub stłumienie orientacji seksualnej albo odczuwanej przez osobę tożsamości płciowej” (§ 1 ust. 1). *Expressis verbis* wyłączono jednak stosowanie ustawy do terapii polegających na leczeniu „uznawanych medycznie zaburzeń preferencji seksualnych” oraz „zabiegów chirurgicznych i terapii hormonalnych mających na celu zapewnienie osobie możliwości wyrażania odczuwanej przez nią tożsamości płciowej lub zaspokojenie jej potrzeby osiągnięcia bardziej kobiecego lub męskiego wyglądu zewnętrznego” (§ 1 ust. 2–3). Ustawa niemiecka bezwzględnie zakazuje reklamowania i oferowania terapii konwersyjnych (§ 3), a także ich prowadzenia wobec osób poniżej 18. roku życia (§ 2 ust. 1) oraz wobec takich osób

⁴⁶ Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen vom 12. Juni 2020 (BGBl. I S. 1285), ustawa dostępna pod adresem: <http://www.gesetze-im-internet.de/konvbehsg/BjNR128500020.html> [dostęp: 3.12.2020] – wszelkie cytaty pochodzą z tłumaczenia własnego autora.

dorosłych, które nie wyraziły na to świadomie i dobrowolnie zgody (§ 2 ust. 2). W przeciwieństwie do przepisów maltańskich nie wprowadza ona zatem rozróżnienia na terapie prowadzone przez profesjonalistów i nieprofesjonalistów. Naruszenie tych zakazów zagrożone jest karą grzywny (w przypadku niedozwolonego reklamowania lub oferowania terapii) lub karą pozbawienia wolności (w przypadku prowadzenia terapii – ustawa przewiduje jednak wyłączenie odpowiedzialności karnej w odniesieniu do opiekunów osób poddawanych praktykom konwersyjnym, o ile nie naruszają oni w sposób rażący obowiązku opieki i wychowania podopiecznego) (§ 5). Ustawa przewiduje też uruchomienie specjalnej linii telefonicznej oraz usług internetowych mających na celu zapewnienie poradnictwa dla osób, które padły lub mogą ofiarą praktyk konwersyjnych, a także dla wszystkich innych osób potrzebujących porady w związku ze swoją orientacją seksualną lub odczuwaną tożsamością płciową (§ 4).

W niektórych państwach federalnych ograniczenia prowadzenia terapii konwersyjnej ustanawiane są na poziomie regulacji stanowych. Przykładowo, w USA tego rodzaju przepisy obowiązują w 20 stanach⁴⁷. Na tle omówionych wyżej regulacji niemieckich i maltańskich amerykańskie ustawy stanowe są jednak dość ograniczone. Zakazy adresowane są bowiem wyłącznie do profesjonalistów (lekarzy, psychologów, terapeutów i podobnych grup zawodowych), obejmują zazwyczaj jedynie prowadzenie terapii wobec osób poniżej 18. roku życia, a ich naruszenie wiąże się jedynie z sankcjami dyscyplinarnymi⁴⁸. Różnie sformułowane zakazy prowadzenia terapii konwersyjnej wobec osób małoletnich obowiązują także w niektórych prowincjach i terytoriach Kanady, np. w Ontario⁴⁹, Nowej

⁴⁷ L.R. Mendos, *Curbing Deception...*, s. 95–102.

⁴⁸ Tamże; zob. także N.A. Meier, *A Proposed Cure: More Expansive Conversion Therapy Legislation and the Limits of Parental Rights*, „Southern California Law Review” 2020, vol. 93, no. 2, s. 351–357; T.C. Graham, *Conversion Therapy: A Brief Reflection on the History of the Practice and Contemporary Regulatory Efforts*, „Creighton Law Review” 2019, vol. 52, no. 4, s. 423–425.

⁴⁹ An Act to amend the Health Insurance Act and the Regulated Health Professions Act, 1991 regarding efforts to change sexual orientation or gender identity, ustawa dostępna pod adresem: <https://www.ontario.ca/laws/statute/s15018> [dostęp: 3.12.2020].

Szkocji⁵⁰ i Jukonie⁵¹. Warto jednak odnotować, że zarówno w USA⁵², jak i w Kanadzie⁵³ trwają obecnie prace legislacyjne nad projektami ustaw mających wprowadzić zakaz prowadzenia i reklamowania terapii konwersyjnych na poziomie federalnym. Co ciekawe, w obu państwach procedowane projekty idą dużo dalej niż obecnie obowiązujące ustawodawstwo stanowe. Przewidują bowiem ustanowienie ogólnego zakazu prowadzenia i reklamowania terapii konwersyjnych zarówno wobec nieletnich, jak i dorosłych, i to niezależnie, czy praktyk takich miałby się dopuszczać profesjonalista, czy też osoba niemająca odpowiednich uprawnień zawodowych. Projekt kanadyjski obwarowuje omawiane zakazy sankcjami karnymi, zaś amerykański powierza kompetencje w zakresie ścigania i karania osób nielegalnie prowadzących terapię konwersyjną Federalnej Komisji Handlu.

Interesującego przykładu prawnego ograniczenia możliwości prowadzenia terapii konwersyjnych dostarcza Brazylia. W państwie tym tego rodzaju praktyki nie są zakazane z mocy ustawy, jednakże w 1999 r. stosowną uchwałę w tym zakresie przyjęła Federalna Rada Psychologów. W jej świetle psychologowie nie mogą podejmować żadnych działań zmierzających do patologizacji zachowań homoseksualnych, prowadzić przymusowego leczenia homoseksualizmu, jak również współpracować przy wydawaniach i usługach, które proponują terapię i leczenie z homoseksualizmu. Psychologom nie wolno także udzielać wypowiedzi ani uczestniczyć w formułowaniu publicznych komunikatów w mediach, które mogłyby wzmacniać społeczne uprzedzenia wobec osób homoseksualnych⁵⁴. W 2018 r.

⁵⁰ An Act Respecting Sexual Orientation and Gender Identity Protection, ustawa dostępna pod adresem: <https://nslaw.ca/sites/default/files/legc/statutes/sexual%20orientation%20and%20gender%20identity%20protection.pdf> [dostęp: 3.12.2020].

⁵¹ Sexual Orientation and Gender Identity Protection Act, ustawa dostępna pod adresem: <https://legislation.yukon.ca/acts/sogip.pdf> [dostęp: 3.12.2020].

⁵² H.R.3570 – Therapeutic Fraud Prevention Act of 2019, projekt dostępny pod adresem: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/3570/text> [dostęp: 3.12.2020].

⁵³ Bill C-6: An Act to amend the Criminal Code (conversion therapy), projekt dostępny pod adresem: <https://parl.ca/DocumentViewer/en/43-2/bill/C-6/first-reading> [dostęp: 3.12.2020].

⁵⁴ L.R. Mendos, *Curbing Deception...*, s. 85–86.

Federalna Rada Psychologów podjęła analogiczną uchwałę nakierowaną na ochronę praw osób transpłciowych⁵⁵.

Jak już wskazano wyżej, w Polsce jak dotąd nie uchwalono żadnych przepisów, które *expressis verbis* regulowałyby omawianą tu problematykę. Warto jednak w tym miejscu zwrócić uwagę na wniesiony do Sejmu VIII kadencji w lutym 2019 r. poselski projekt ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych⁵⁶. Termin „praktyki konwersyjne” został zdefiniowany jako „każde oddziaływanie, które ma na celu zmianę lub stłumienie orientacji seksualnej, tożsamości płciowej lub ekspresji płciowej” (art. 2 pkt 1). Z zakresu tego pojęcia *expressis verbis* wyłączono świadczenia zdrowotne i usługi, które „zapewniają pomoc w procesie uzgodnienia płci”, „zapewniają wsparcie w zrozumieniu i akceptacji własnej orientacji seksualnej, tożsamości płciowej lub ekspresji płciowej” lub „służą leczeniu zaburzeń psychicznych uznawanych w powszechnie akceptowanych międzynarodowych klasyfikacjach medycznych i diagnostycznych” (art. 2 pkt 1 lit. a–c). Projekt stanowił przy tym, że orientacja seksualna, tożsamość płciowa lub ekspresja płciowa (każdy z tych terminów został zdefiniowany) nie mogą być traktowane jako choroba ani zaburzenie. Warto podkreślić, że w porównaniu do omówionych wyżej przepisów maltańskich i niemieckich rozwiązania proponowane w projekcie były daleko idące. Przewidywały one bowiem ustanowienie całkowitego zakazu prowadzenia praktyk konwersyjnych. Niedopuszczalne miało więc być świadczenie tego rodzaju terapii zarówno przymusowo, jak i za zgodą „pacjenta”, wobec osób dorosłych oraz nieletnich oraz przez profesjonalistów, jak i przez osoby niemające uprawnień zawodowych (art. 3 ust. 1 pkt 1). Naruszenie tego zakazu stanowiłoby wykroczenie zagrożone karą grzywny, której minimalna wysokość zależeć miała od tego, czy sprawca był profesjonalistą (2000 zł – art. 3 ust. 2) czy też podmiotem nieprofesjonalnym (1000 zł – art. 3 ust. 1). Dodatkowo projekt przewidywał ustanowienie

⁵⁵ Tamże, s. 86.

⁵⁶ Projekt ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych (projektowi nie nadano numeru druku sejmowego), dostępny pod adresem: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1241-2019/\\$file/8-020-1241-2019.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/Projekty/8-020-1241-2019/$file/8-020-1241-2019.pdf) [dostęp: 3.12.2020].

zakazu oferowania, reklamowania i promowania praktyk konwersyjnych (art. 3 ust. 1 pkt 2–3). Niedozwolone miało też być wskazywanie osób lub podmiotów prowadzących, oferujących, reklamujących czy promujących terapię konwersyjną w Polsce lub za granicą, „w celu umożliwienia zastosowania tego rodzaju praktyk” (art. 3 ust. 1 pkt 4). Złamanie tych zakazów również było zagrożone karą grzywny, której wysokość zależała od tego, czy sprawca miał uprawnienia zawodowe. Projekt przewidywał ponadto nałożenie na sądy obowiązku poinformowania właściwego organu samorządu zawodowego lub innego organu nadzorującego o fakcie prawomocnego skazania podmiotu profesjonalnego z tytułu naruszenia któregoś z wyżej wymienionych zakazów (art. 3 ust. 4). Projekt został pozytywnie oceniony m.in. przez warszawską Okręgową Radę Adwokacką, która w swojej opinii wskazała, że „Projektodawcy stworzonymi przepisami projektu ustawy wypełniają istniejącą lukę prawną, która pozwala na prowadzenie działalności, ocenianej negatywnie na gruncie praw człowieka. Praktyki konwersyjne nie odpowiadają aktualnemu stanowi wiedzy naukowej, w tym przede wszystkim medycznej i szkodzą zdrowiu osób, które się im poddają. Ustawa wypełnia rekomendacje dla Polski, wydane w 2018 roku przez Komitet ds. Praw Osób z Niepełnosprawnościami ONZ i jako taka zasługuje na aprobatę”⁵⁷. Negatywnie do omawianych propozycji legislacyjnych odniosła się natomiast organizacja Ordo Iuris, zdaniem której wprowadzenie zakazu prowadzenia terapii konwersyjnej nie byłoby uzasadnione naukowo, a ponadto naruszałoby takie wolności i prawa człowieka, jak prawo do nieingerowania w życie prywatne, rodzinne i domowe, prawo do opieki lekarskiej, wolność myśli, sumienia i wyznania⁵⁸. Ostatecznie prace nad projektem zostały przerwane wraz z końcem kadencji Sejmu, zgodnie z zasadą dyskontynuacji. W Sejmie IX kadencji analogicznego projektu jak dotąd nie wniesiono.

⁵⁷ K. Jankowska, E. Barabasz, *Opinia dotycząca poselskiego projektu...*

⁵⁸ R. Dorosiński, *Problematyka terapii reparatornej na tle projektu ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych*, opinia dostępna na stronie: <https://ordoiuris.pl/wolnosc-sumienia/problematyka-terapii-reparatornej-na-tle-projektu-ustawy-o-zakazie-praktyk> [dostęp: 3.12.2020].

5. Zakaz terapii konwersyjnej w świetle Konstytucji

Zważywszy na wspomniane wyżej rekomendacje organów międzynarodowych, jak i stanowisko RPO rekomendujące wprowadzenie prawnego zakazu prowadzenia terapii konwersyjnych, zasadne jest rozważenie, na ile ustanowienie tego zakazu byłoby dopuszczalne i uzasadnione w świetle Konstytucji RP. W tym zakresie warto zwrócić uwagę, że nie tylko wspomniany wyżej projekt ustawy wniesiony w VIII kadencji Sejmu RP, ale i analogiczne rozwiązania proponowane i wdrażane w innych państwach wywoływały, przynajmniej w pewnych środowiskach, kontrowersje co do ich zgodności ze standardami ochrony wolności i praw jednostki⁵⁹.

Niewątpliwie wprowadzenie całkowitego zakazu prowadzenia terapii konwersyjnych wobec osób dorosłych, które wyraziły w sposób dobrowolny zgodę na poddanie się takim oddziaływaniom, może być postrzegane jako ingerencja w szereg wolności i praw konstytucyjnie chronionych. Po pierwsze, zakaz prowadzenia terapii konwersyjnych oddziaływałby na sferę wolności i praw osób świadczących tego rodzaju usługi – to do tej grupy przecież skierowane byłyby przepisy o zakazie i to osoby świadczące tego rodzaju praktyki narażone byłyby na sankcje. W tym kontekście należałoby rozpatrywać omawiane tu regulacje w świetle przepisów Konstytucji dotyczących ogólnego prawa podmiotowego do wolności (art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji), z którego w przeszłości Trybunał Konstytucyjny wywiódł m.in. konstytucyjną ochronę wolności umów⁶⁰, a nawet wolności wykonywania zawodu (art. 65 ust. 1 Konstytucji), o ile przyjmiemy, że prowadzenie terapii konwersyjnych może być uznane za działalność zawodową. W kontekście działalności organizacji religijnych,

⁵⁹ Przykładowo, na temat konstytucyjności amerykańskich ustaw stanowych zob. np. C. Calvert, K. Carnley, B. Link, L. Riedmann, *Conversion Therapy and Free Speech: A Doctrinal and Theoretical First Amendment Analysis*, „William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice” 2014, vol. 20, issue 3, s. 525–571; D. Greene, *The Right to “Cure” a Child’s Homosexuality?: A Constitutional Analysis of State Laws Banning Sexual Orientation Change Efforts on Minors*, „Florida Law Review Forum” 2016, vol. 67, s. 176–201.

⁶⁰ Wyrok TK z 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02, OTK ZU 4A/2003, poz. 33.

zakaz prowadzenia terapii konwersyjnej mógłby być postrzegany także jako ograniczenie wolności wyznania (zob. niżej).

Zakaz prowadzenia terapii konwersyjnych doprowadziłby jednak pośrednio również do ingerencji w sferę wolności i praw osób zainteresowanych skorzystaniem z takiej terapii. Na pierwszy plan wysuwają się tu zwłaszcza przepisy Konstytucji RP gwarantujące każdemu wolność decydowania o swoim życiu osobistym. Szczególną uwagę należałoby zatem zwrócić na art. 47 Konstytucji, stosownie do którego „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Niebezzasadne byłoby także odwołanie się do wolności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji), którą Trybunał Konstytucyjny pojmuje w sposób szeroki, tj. nieograniczony wyłącznie do ochrony fizycznej wolności człowieka (przeciwieństwo stanu pozbawienia wolności rozumianego jako przymusowe umieszczenie człowieka na jakiejś zamkniętej przestrzeni), lecz obejmujący „możliwość podejmowania przez jednostkę decyzji zgodnie z własną wolą, dokonywania swobodnego wyboru postępowania w życiu publicznym i prywatnym, nieograniczonego przez inne osoby”⁶¹. W świetle orzecznictwa TK oba te przepisy gwarantują również prawo pacjenta do podejmowania decyzji w obszarze swojego zdrowia „Dyspozycje art. 41 ust. 1 i art. 47 Konstytucji, jakkolwiek ogólnie sformułowane, obejmują swym zakresem stosowania prawo autonomii pacjenta. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zdrowie każdego człowieka (...) jest elementem jego życia osobistego, podlegającego ochronie prawnej i objętego gwarancją dysponowania tym dobrem według własnego uznania. Również jej art. 41 ust. 1 (...) zapewnia każdemu dobrowolność korzystania ze świadczeń zdrowotnych, implikującą zarówno możliwość poddania się im («wolność do»), jak i świadomej rezygnacji z nich («wolność od»)”⁶². Oczywiście, terapia konwersyjna, jak już wyżej wskazano, nie może być postrzegana jako świadczenie medyczne, niemniej wolność jednostki do poddania

⁶¹ Zob. np. wyrok TK z dnia 17 maja 2012 r., sygn. akt K 10/11, OTK ZU 5A/2012, poz. 51.

⁶² Wyrok z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt K 16/10, OTK ZU 8A/2011, poz. 80.

się jej można postrzegać jako decydowanie o własnym życiu osobistym. Konstatacji tej nie zmienia nawet fakt, że w świetle aktualnych ustaleń naukowych terapia ta jest nieskuteczna i może być szkodliwa – wolność ludzka nie ogranicza się bowiem przecież tylko do wolności jednostki do podejmowania działań, które są dla niej korzystne, lecz obejmuje także możliwość podejmowania przez nią takich zachowań, które mogą być dla niej obiektywnie szkodliwe⁶³.

Całkowity zakaz świadczenia terapii konwersyjnych można byłoby również postrzegać jako ingerencję w wolność sumienia i wyznania. Jak powszechnie wiadomo, Kościół katolicki i wiele innych odmian chrześcijaństwa głosi pogląd o grzesznym charakterze praktyk homoseksualnych. W tej sytuacji niektóre osoby głęboko wierzące, będące jednocześnie orientacji homoseksualnej, mogą odczuwać cierpienia psychiczne, postrzegając swój pociąg do osób tej samej płci jako coś niezgodnego z zasadami wiary. To z kolei może skłaniać je do poszukiwania terapii, która będzie nakierowana na zmianę tych, w ich ocenie grzesznych, popędów. Terapię taką mogą one wręcz traktować jako coś niezbędnego do życia w zgodzie z wyznawaną wiarą⁶⁴.

Należy jednak podkreślić, że wolność osobista, prawo do decydowania o swoim życiu osobistym oraz wolność wyznania, tak jak większość pozostałych konstytucyjnych wolności i praw jednostki, mogą podlegać ograniczeniom na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Konieczne jest więc ustalenie, czy wprowadzenie całkowitego zakazu prowadzenia terapii konwersyjnych byłoby przydatne do ochrony konstytucyjnie legitymowanego celu publicznego, byłoby konieczne w demokratycznym państwie prawnym, a także spełniałoby kryterium proporcjonalności *sensu stricto*.

⁶³ Zob. np. M. Szwed, *Przymusowe umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2020, s. 94–95, 220.

⁶⁴ Na okoliczności te zwrócono uwagę m.in. w przywoływanej wyżej opinii Ordo Iuris (R. Dorosiński, *Problematyka terapii...*), a także w literaturze amerykańskiej (zob. np. E.K. De Boer, *Sex, Psychology, and the Religious "Gerrymander": Why the APA's Forthcoming Policy Could Hurt Religious Freedom*, „Regent University Law Review” 2008/2009, vol. 21, no. 2, s. 407–433).

Do celów, które mogłyby uzasadniać ustanowienie całkowitego zakazu prowadzenia terapii konwersyjnych, można byłoby zaliczyć ochronę zdrowia publicznego⁶⁵. Skoro bowiem w świetle wielu opracowań oraz w zasadzie jednogłośnie stanowiska najważniejszych światowych towarzystw psychologicznych terapia konwersyjna nie ma podstaw naukowych, a do tego może wywoływać wiele negatywnych konsekwencji w sferze zdrowia psychicznego osób, które są jej poddawane, zasadna jest konstatacja, że działania służące ograniczeniu dostępu do niej służą ochronie zdrowia publicznego. Niewątpliwie tego rodzaju zakaz, obejmujący także świadczenie terapii wobec osób dorosłych za ich dobrowolnie wyrażoną zgodą, byłby do pewnego stopnia motywowany paternalistycznie. Ograniczałby bowiem osobom dorosłym i zdolnym do decydowania o sobie możliwość korzystania z praktyk konwersyjnych, po to by chronić je przed szkodą, którą same sobie mogą wyrządzić, dobrowolnie decydując się na poddanie tego rodzaju terapii. Istotne jest jednak, że paternalizm ten nie polegałby na stosowaniu wobec osób przymusu czy sankcji dla ich dobra, a jedynie ograniczeniu im możliwości „szkodzenia sobie”. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego Konstytucja nie zakazuje całkowicie podejmowania przez państwo tego rodzaju interwencji. W jednym z wyroków Trybunał stwierdził, że przesłanka zdrowia publicznego z art. 31 ust. 3 Konstytucji powinna być rozumiana „jako obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by usuwać zarówno zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (np. zwalczanie chorób zakaźnych, pomoc w sytuacjach nadzwyczajnych, opieka medyczna), jak i eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia”⁶⁶. Można zresztą odnaleźć przykłady już obowiązujących regulacji, które pozbawiają jednostkę możliwości skorzystania z jakichś świadczeń albo ograniczają jej to ze względu na ich obiektywną szkodliwość. Cytowany wyżej przepis penalizujący udzielanie świadczeń zdrowotnych przez osoby niemające odpowiednich uprawnień zawodowych także przecież

⁶⁵ Podobnie, w odniesieniu do EKPC – Ch. Romero, *Praying for Torture...*, s. 229.

⁶⁶ Wyrok z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05, OTK ZU 7A/2009, poz. 108.

w pewnym zakresie ogranicza pacjentom możliwość decydowania o własnym zdrowiu poprzez odebranie (czy utrudnienie) im dostępu do usług rozmaitych znachorów czy pseudolekarzy. Niemniej regulacja taka obiektywnie służy ochronie zdrowia publicznego ze względu na zapobieganie szkodom, jakie mogłoby wyrządzić udzielanie świadczeń zdrowotnych przez nieprofesjonalistów.

Wydaje się, że wprowadzenie zakazu terapii konwersyjnych mogłoby także zostać uznane za przydatne do realizacji celu w postaci „ochrony wolności i praw innych osób”. Po pierwsze bowiem regulacja taka mogłaby chronić osoby homoseksualne przed naruszaniem ich wolności i praw poprzez poddawanie ich terapii konwersyjnej bez zgody lub za zgodą udzieloną pod wpływem presji wywieranej przez ich otoczenie. Można się bowiem zastanawiać, na ile zgoda wyrażona przez osobę pod wpływem silnej środowiskowej presji, wzmacniającej w niej wewnętrzne przekonanie o swojej grzesznej czy zaburzonej naturze oraz zaniżającej poczucie własnej wartości, jest w ogóle „wolna”. Po drugie, całkowity zakaz świadczenia praktyk konwersyjnych może być również postrzegany jako przydatny do ochrony wolności i praw wszystkich osób homoseksualnych, a w szczególności – ochrony ich godności. Jak trafnie wskazał RPO, już samo głoszenie poglądu o słuszności praktyk konwersyjnych „godzi w dobre imię osób nieheteronormatywnych i transpłciowych, wzmacnia stereotypy na temat tej grupy, a w konsekwencji przyczynia się do pogłębiania podziałów społecznych i kształtowania postaw nienawiści”⁶⁷. Trafnie wskazuje się zatem w literaturze amerykańskiej, że przepisy zakazujące świadczenia terapii konwersyjnej służą także osiągnięciu „efektu ekspresyjnego”, stanowiąc jednoznaczne potwierdzenie przez państwo, że orientacja homoseksualna nie jest chorobą czy zaburzeniem psychicznym, a osób homoseksualnych nie można traktować jak dewiantów wymagających leczenia⁶⁸.

⁶⁷ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów z 7 października 2020 r., cyt. wyżej, s. 5.

⁶⁸ M.-A. George, *Expressive Ends: Understanding Conversion Therapy Bans*, „Alabama Law Review” 2017, vol. 68, issue 3, s. 821–822.

W świetle powyższego uważam, że wprowadzenie całkowitego zakazu świadczenia praktyk konwersyjnych można byłoby uznać za przydatne do realizacji celu w postaci ochrony zdrowia publicznego oraz wolności i praw innych osób. Konstatacja ta sama w sobie nie przesądza jednak, że zakaz taki byłby zgodny z Konstytucją – niezbędne jest bowiem jeszcze ustalenie, czy spełnione byłyby dwie pozostałe przesłanki wynikające z konstytucyjnej zasady proporcjonalności, tj. wymóg konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*.

Przesłanka niezbędności (zwana też niekiedy przesłanką konieczności) zakłada, że założony przez ustawodawcę legitymowany konstytucyjnie cel musi zostać osiągnięty za pomocą jak najmniej restrykcyjnych środków⁶⁹. Należy zatem zawsze rozważyć, czy w danym przypadku istniały jakieś łagodniejsze rozwiązania alternatywne. Co jednak istotne, do naruszenia przesłanki niezbędności dojdzie jedynie wówczas, jeśli owe łagodniejsze środki pozwalałyby na realizację założonego przez ustawodawcę celu w sposób co najmniej równie skuteczny, co te wykorzystane⁷⁰. W przypadku całkowitego zakazu prowadzenia terapii konwersyjnej najłagodniejszą alternatywą byłoby pozostawienie tej kwestii do rozwiązania przez samorządy zawodowe lekarzy i psychologów. Środek ten nie byłby jednak równie skuteczny co całkowity zakaz, gdyż, po pierwsze, w przypadku psychologów brakuje efektywnego systemu odpowiedzialności dyscyplinarnej (zob. wyżej), a po drugie przyjęcie takiego rozwiązania nie rozwiązywałoby problemu świadczenia terapii konwersyjnej przez osoby niebędące zawodowymi lekarzami lub psychologami. Innym łagodniejszym rozwiązaniem alternatywnym byłoby precyzyjne uregulowanie w prawie zasad świadczenia terapii konwersyjnej, w tym m.in. nałożenie na osoby prowadzące tego rodzaju działalność obowiązku poinformowania „pacjentów” o braku podstaw naukowych terapii czy jej możliwych skutkach ubocznych, a także zakazanie

⁶⁹ Zob. np. wyrok TK z dnia 13 marca 2007 r., sygn. akt K 8/07, OTK ZU 3A/2007, poz. 26; wyrok z dnia 16 maja 2018 r., sygn. akt K 12/15, OTK ZU A/2018, poz. 29.

⁷⁰ Zob. np. L. Bosek, M. Szydło, *Komentarz do art. 31 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis/el. 2016.

reklamowania tego rodzaju praktyk. Takie środki też nie byłyby jednak równie skuteczne co całkowity zakaz. Nie tylko bowiem nie doprowadziłyby do wyeliminowania takich terapii, ale też sprawiałyby, że państwo, poprzez szczegółową regulację prawną, niejako sankcjonowałoby ich świadczenie. Wreszcie, także ograniczenie zakazu tylko do świadczenia terapii wobec osób małoletnich lub takich dorosłych, którzy nie wyrazili na to dobrowolnie i świadomie zgody, nie pozwoliłoby na równie efektywne osiągnięcie celów ustawodawcy w postaci ochrony zdrowia oraz godności osób homoseksualnych.

Ostatnią przesłanką składającą się na konstytucyjny test proporcjonalności jest tzw. zasada proporcjonalności *sensu stricto*. Zakłada ona, że „ograniczenia konstytucyjnych praw podmiotowych nie mogą w sposób nieadekwatny nakładać ciężarów na podmioty praw i wolności. Ograniczenia powinny pozostawać w bezpośrednim związku i odpowiedniej proporcji do nałożonych ciężarów”⁷¹. Oceniając, czy dana regulacja ustanawiająca całkowity zakaz prowadzenia terapii konwersyjnej spełnia konstytucyjny wymóg proporcjonalności *sensu stricto*, należałoby wziąć pod uwagę szereg okoliczności.

Po pierwsze, konieczne byłoby rozważenie, jak poważne jest ryzyko wystąpienia u osoby dorosłej poddawanej terapii konwersyjnej negatywnych konsekwencji zdrowotnych (zwłaszcza w obszarze zdrowia psychicznego – zob. wyżej). Im poważniejsze byłoby to zagrożenie, tym silniejszy interes ustawodawcy w ustanowieniu całkowitego zakazu tego typu praktyk. Szczegółowa analiza tej kwestii wykracza jednak poza zakres niniejszego artykułu.

Po drugie, niezbędne byłoby także odpowiednie zdefiniowanie „praktyk konwersyjnych” oraz wprowadzenie precyzyjnie zakreślonych wyłączeń od zakazu prowadzenia terapii. Chodzi tu przy tym nie tylko o dochowanie wynikającego z art. 2 Konstytucji nakazu dostatecznej określoności prawa oraz, jeśli zakaz świadczenia praktyk konwersyjnych miałby być obwarowany sankcjami karnymi, spełnienie standardu z art. 42

⁷¹ Zob. np. wyrok TK z 20 stycznia 2015 r., sygn. akt K 39/12, OTK ZU 1A/2015, poz. 2; wyrok TK z 25 lipca 2013 r. sygn. akt P 56/11, OTK ZU 6A/2013, poz. 85.

ust. 1 Konstytucji (zasada *nullum crimen sine lege certa*). Istotne byłoby bowiem także zapobieżenie wystąpieniu negatywnego skutku w postaci „efektu mrozącego” odstrasżającego terapeutów od udzielania niezbędnej pomocy psychologicznej potrzebującym osobom⁷². Warto w tym zakresie odnotować, że aktualna wersja ICD (ICD-10) wyróżnia m.in. zaburzenia dojrzwania seksualnego, polegające na tym, że „Pacjent cierpi z powodu niepewności dotyczącej własnej identyfikacji czy orientacji seksualnej, co powoduje lęk lub depresję”⁷³ (F66.0), a także orientację seksualną egodystoniczną, w której „Identyfikacja płciowa czy też preferencja seksualna (heteroseksualna, homoseksualna, biseksualna lub przedpokwitaniowa) nie budzą wątpliwości, ale jednostka z powodu współistniejących zaburzeń psychologicznych i behawioralnych chciałaby, by było inaczej, i chce leczyć się w celu zmiany płci” (F66.1)⁷⁴. Sens istnienia obu kategorii był podważany w literaturze medycznej⁷⁵ i ostatecznie zostały one usunięte z najnowszej wersji klasyfikacji, ICD-11, która zacznie obowiązywać od 1 stycznia 2022 r.⁷⁶ Mimo to nadal można sobie wyobrazić sytuację, w której osoba odczuwa poważny dyskomfort psychiczny w związku ze swoją orientacją seksualną i z tego powodu poszukuje pomocy psychologa. Przepisy prawne, dążąc do słusznego wyeliminowania praktyk nakierowanych na zmianę odczuwanej przez osobę orientacji seksualnej, nie powinny więc wywoływać skutku ubocznego

⁷² B. Kmieciak, *Seksualna orientacja polityczna*, „Rzeczpospolita”, artykuł z 1 marca 2019 r., artykuł dostępny pod adresem: <https://www.rp.pl/Publicystyka/190309974-Blazej-Kmieciak-Seksualna-orientacja-polityczna.html> [dostęp: 17.12.2020].

⁷³ Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych – X Rewizja, Tom I, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia 2012, s. 243, <https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/icd10/pdf/ICD10TomI.pdf> [dostęp: 6.12.2012]. Na okoliczności te zwraca uwagę także B. Kmieciak (tenże, *Seksualna orientacja...*).

⁷⁴ Tamże.

⁷⁵ Zob. S.D. Sohran, J. Drescher, E. Kismödi, A. Giami, C. García-Moreno, E. Atalla, A. Marais, E. Meloni Vieira, G.M. Reed, *Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)*, „Bulletin of the World Health Organization” 2014, vol. 92, issue 9, s. 672–679.

⁷⁶ ICD-11 jest dostępna pod adresem internetowym: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en> [dostęp: 17.12.2020].

w postaci odstraszenia terapeutów od prowadzenia działań nakierowanych na poznanie i zrozumienie własnej orientacji seksualnej oraz akceptację samego siebie.

Pozostając jeszcze w temacie definicji „praktyk konwersyjnych” oraz ewentualnych wyjątków od zakazu ich świadczenia, należałoby rozważyć, w jaki sposób uwzględnić wspomnianą wyżej kwestię ochrony wolności wyznania osób świadczących terapię w ramach organizacji religijnych oraz osób zainteresowanych taką terapią z powodu przeżywanych rozterek religijnych w związku z odczuwaną orientacją homoseksualną. W tym zakresie pragnę wskazać, że w mojej ocenie konstytucyjna przesłanka proporcjonalności *sensu stricto* nie wymagałaby wcale ustanowienia szerokiego wyłączenia od zakazu prowadzenia terapii konwersyjnych obejmującego wszelkie przypadki ich świadczenia przez podmioty związane z Kościołami i związkami wyznaniowymi. Taki wyjątek podważałby bowiem sens zakazu, czyniąc go bardzo mało efektywnym⁷⁷. Wydaje się natomiast, że konieczność poszanowania wolności wyznania mogłaby przemawiać za dozwoleniem prowadzenia takich terapii, których celem jest nie zmiana orientacji seksualnej, lecz pomoc w dochowaniu wstrzeźliwości seksualnej (niezależnie od płci potencjalnych partnerów). Jak wskazano w literaturze amerykańskiej: „Dokonując odróżnienia praktyk nakierowanych na zmianę orientacji seksualnej od tych nakierowanych na zmianę zachowania, kampania (przeciwko terapiom konwersyjnym – dop. aut.) może przyczynić się do przyjęcia bardziej złożonego pojmowania tożsamości seksualnej. Kampania powinna sprzeciwiać się praktykom nakierowanym na zmianę orientacji seksualnej. Musi jednak także uznać, że ekspresja seksualna to wybór, który zasługuje na szacunek”⁷⁸. Przyjęcie takiego poglądu umożliwiałoby Kościołom i związkom wyznaniowym uznającym utrzymywanie stosunków homoseksualnych za grzech dalsze głoszenie zasad swojej wiary i prowadzenie dla wiernych zajęć na temat czystości seksualnej. Jednocześnie prawo wyznaczałoby pewne granice:

⁷⁷ Por. D. Greene, *The Right to “Cure”...*, s. 198–200.

⁷⁸ M.-A. George, *Expressive Ends...*, s. 848 – tłum. własne.

zajęcia takie nie mogłyby się przekształcić w pseudonaukowe praktyki konwersyjne. Oczywiście nie można wykluczyć, że tego rodzaju rozwiązanie doprowadziłoby do pewnych nadużyć i omijania zakazu prowadzenia praktyk konwersyjnych pod pretekstem głoszenia nauki o czystości seksualnej, niemniej w mojej ocenie umożliwiałoby ono wzięcie pod uwagę w optymalnym zakresie potrzeby poszanowania wolności wyznania. Ryzyka omijania zakazu prowadzenia terapii konwersyjnych nie da się zresztą całkowicie wyeliminować.

Rozważając kwestię proporcjonalności *sensu stricto* hipotetycznego zakazu prowadzenia terapii konwersyjnej, z pewnością należałoby także uwzględnić charakter i surowość sankcji grożących za jego naruszenie. Problem ten jest w znacznym zakresie związany ze wspomnianą wyżej potrzebą ustalenia, jak bardzo szkodliwe jest świadczenie praktyk konwersyjnych – im większa szkodliwość, tym surowsze sankcje może wdrożyć ustawodawca. Wydaje się, że skoro terapia konwersyjna prowadzona jest zwykle w formie psychoterapii, to pewną wskazówką co do tego, jakie sankcje mogłyby obowiązywać za złamanie zakazu jej prowadzenia, może być już obowiązujący (przynajmniej formalnie) przepis penalizujący świadczenie usług psychologicznych bez uprawnień. Jak już wskazano, popełnienie tego wykroczenia zagrożone jest karą ograniczenia wolności albo grzywny.

6. Podsumowanie

Podsumowując, w prawie polskim nie ma generalnego zakazu prowadzenia terapii konwersyjnej. Jednocześnie, choć nie można wykluczyć, że w pewnych przypadkach osoby prowadzące taką terapię mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności karnej lub cywilnej, to w praktyce taka możliwość będzie zarezerwowana raczej dla przypadków skrajnych. Co więcej, wskutek *de facto* niewdrożenia przepisów ustawy o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów nie można liczyć na skuteczny nadzór nad działalnością zawodowych psychoterapeutów ze strony samorządu zawodowego ani też na zwalczanie praktyk polegających na oferowaniu pseudoterapii przez osoby niemające odpowiednich

uprawnień zawodowych. W tej sytuacji zasadna jest konstatacja, że w obecnym stanie prawnym brakuje efektywnych mechanizmów, za pomocą których można byłoby ograniczyć zjawisko prowadzenia praktyk konwersyjnych.

W mojej ocenie wprowadzenie do polskiego systemu prawnego zakazu prowadzenia terapii konwersyjnej, zbliżonego do rozwiązań już wprowadzonych w niektórych państwach świata, byłoby konstytucyjnie dopuszczalne, a także urzeczywistniałoby rekomendacje międzynarodowych organów ochrony praw człowieka. Przepisy takie powinny być jednak odpowiednio sformułowane, w tym przede wszystkim zapewnić poszanowanie standardów wynikających z zasady proporcjonalności. Należałoby jednak rozważyć, czy lepszym rozwiązaniem nie byłoby uchwalenie nowej ustawy o zawodzie psychologa⁷⁹, która zapewniłaby skuteczniejszą regulację wykonywania tego zawodu oraz umożliwiałaby realną penalizację świadczenia usług psychologicznych bez uprawnień. W ten bowiem sposób można byłoby osiągnąć nie tylko skutek w postaci wyeliminowania (albo przynajmniej znaczącego ograniczenia) praktyk konwersyjnych, ale i znacząco ograniczyć przypadki innych nadużyć wynikających z prowadzenia różnych szkodliwych form pseudoterapii.

Bibliografia

- American Psychological Association, *Resolution on Appropriate Affirmative Responses to Sexual Orientation Distress and Change Efforts*, <https://www.apa.org/about/policy/sexual-orientation>.
- A. Ambroziak, *Biskupi chcą leczyć z homoseksualności. Siegają po niebezpieczną pseudonaukę*, „OKO.press”, artykuł z 28 sierpnia 2020 r., <https://oko.press/biskupi-chca-leczyc-z-homoseksualnosci-siegaja-po-niebezpieczna-pseudonauke/>.

⁷⁹ Ogólnopolski Związek Zawodowy Psychologów poinformował, że obecnie toczą się prace nad przygotowanym przez posłów Lewicy projektem nowej ustawy o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów: <https://www.ozzp.org.pl/ustawa-o-zawodzie-psychologa.html> [dostęp: 24.05.2021].

- D. Bhugra, K. Eckstrand, P. Levounis, A. Kar, K.R. Javate, *WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviors*, https://3ba346de-fde6-473f-b1da-536498661f9c.filesusr.com/ugd/e172f3_2842912d737742fdb5d549d2b7ebfc5c.pdf.
- L. Bosek, M. Szydło, *Komentarz do art. 31 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis/el. 2016.
- C. Calvert, K. Carnley, B. Link, L. Riedmann, *Conversion Therapy and Free Speech: A Doctrinal and Theoretical First Amendment Analysis*, „William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice” 2014, vol. 20, issue 3.
- W. Chańska, K. Grunt-Mejer, *Właściwe afirmatywne postępowanie wobec osób odczuwających stres z powodu swojej orientacji seksualnej oraz prób jej zmiany* Tłumaczenie rezolucji Amerykańskiego Towarzystwa Psychologicznego „Resolution on appropriate affirmative responses to sexual orientation distress and change efforts” by the American Psychological Association, „Seksuologia Polska” 2/2018, t. 16.
- W. Chańska, K. Grunt-Mejer, *Komentarz do stanowiska Amerykańskiego Towarzystwa Psychologicznego pt. „Właściwe afirmatywne postępowanie wobec osób odczuwających stres z powodu swojej orientacji seksualnej oraz prób jej zmiany”*, „Seksuologia Polska” 2/2018, t. 16.
- R. Clucas, *Sexual Orientation Change Efforts, Conservative Christianity and Resistance to Sexual Justice*, „Social Sciences” 2017, vol. 6, issue 2.
- E.K. De Boer, *Sex, Psychology, and the Religious “Gerrymander”: Why the APA’s Forthcoming Policy Could Hurt Religious Freedom*, „Regent University Law Review” 2008/2009, vol. 21, no. 2.
- M. Dora, M. Mijas, B. Dobroczyński, *Primum non nocere. Kontrowersje wokół terapii konwersyjnych dla osób homoseksualnych*, „Psychoterapia” 4/2013.
- R. Dorosiński, *Problematyka terapii reparatornej na tle projektu ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych*, <https://ordoiuris.pl/wolnosc-sumienia/problematyka-terapii-reparatornej-na-tle-projektu-ustawy-o-zakazie-praktyk>.
- J. Drescher, A. Schwartz, F. Casoy, Ch.A. McIntosh, B. Hurley, K. Ashley, M. Barber, D. Goldenberg, S.E. Herbert, L.E. Lothwell, M.R. Mattson, S.G. McAfee, J. Pula, V. Rosario, D.A. Tompkins, *The Growing Regulation of Conversion Therapy*, „Journal of Medical Regulation” 2016, vol. 102, no. 12.
- Z. Gądzik, *Prawnokarna ocena samobójstw popełnianych z motywów religijnych*, „Acta Iuris Stetinensis” 1/2019.
- M.-A. George, *Expressive Ends: Understanding Conversion Therapy Bans*, „Alabama Law Review” 2017, vol. 68, issue 3.

- K. Gierdal, P. Knut, J. Skonieczna, *Zakazanie pseudoterapii konwersyjnej obowiązkiem państwa*, „Rzeczpospolita”, artykuł z 13 marca 2019 r., <https://www.rp.pl/Publicystyka/190319709-Zakazanie-pseudoterapii-konwersyjnej-obowiazkiem-panstwa.html>.
- J.M. Glassgold, L. Beckstead, J. Drescher, B. Greene, R.L. Miller, R.L. Worthington, *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, 2009, <https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf>.
- T.C. Graham, *Conversion Therapy: A Brief Reflection on the History of the Practice and Contemporary Regulatory Efforts*, „Creighton Law Review” 2019, vol. 52, no. 4.
- D. Greene, *The Right to “Cure” a Child’s Homosexuality?: A Constitutional Analysis of State Laws Banning Sexual Orientation Change Efforts on Minors*, „Florida Law Review Forum” 2016, vol. 67.
- K. Jankowska, E. Barabasz, *Opinia dotycząca poselskiego projektu ustawy o zakazie praktyk konwersyjnych*, Stanowisko nr 1 Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2019 r., <https://www.ora-warszawa.com.pl/aktualnosci/wiadomosci/stanowisko-ora-w-warszawie-dotyczaca-poselskiego-projektu-ustawy-o-zakazie-praktyk-konwersyjnych/>.
- T. Karaś, S. Żółtek, *Bezprawność w prawie cywilnym i karnym*, „Prokuratura i Prawo” 11/2006.
- B. Kmiecik, *Seksualna orientacja polityczna*, „Rzeczpospolita”, artykuł z 1 marca 2019 r., <https://www.rp.pl/Publicystyka/190309974-Blazej-Kmiecik-Seksualna-orientacja-polityczna.html>.
- P. Księżak, *Komentarz do art. 24 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, wyd. II, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej, LEX/el. 2014.
- N.A. Meier, *A Proposed Cure: More Expansive Conversion Therapy Legislation and the Limits of Parental Rights*, „Southern California Law Review” 2020, vol. 93, no. 2.
- L.R. Mendos, *Curbing Deception. A world survey on legal regulation of so-called “conversion therapies”* (raport organizacji „ILGA World”), Genewa 2020.
- Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych – X Rewizja, Tom I, Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia 2012, <https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/icd10/pdf/ICD-10TomI.pdf>.
- I.Y. Nugraha, *The compatibility of sexual orientation change efforts with international human rights law*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 2017, vol. 35, issue 3, s. 181.

- T. Nyczka, *Biskupi chcą „leczyć” z homoseksualizmu. Seksuologka prof. Maria Beisert: Kuriozalne sprzeciwianie się wiedzy*, „Wyborcza.pl”, artykuł z 1 września 2020 r., <https://poznan.wyborcza.pl/poznan/7,36001,26257493,biskupi-chca-leczyc-z-homoseksualizmu-seksuologka-prof-maria.html>.
- M. Pazdan, *Komentarz do art. 24 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, pod red. K. Pietrzykowskiego, Legalis/el. 2020.
- P.P. Reszka, *Zakochałem się w chłopaku z grupy. Zamadlałem tę miłość i godzinami leżałem krzyżem. Leczyli mnie z choroby, której nie ma*, „Wyborcza.pl” (Duży Format), artykuł z 21 września 2020 r., <https://wyborcza.pl/duzyformat/7,127290,26314701,zakochałem-się-w-chłopaku-z-grupy-zamadlałem-te-miłość-i.html>.
- K. Rogaska, *Poszłam na „leczenie” homoseksualizmu. To, co usłyszałam, wprawia w osłupienie*, Onet.pl, artykuł z 19 czerwca 2020 r., <https://kobieta.onet.pl/poszlam-na-leczenie-homoseksualizmu-to-co-uslyszałam-wprawia-w-osłupienie/18brt8l>.
- Ch. Romero, *Praying for Torture: Why The United Kingdom Should Ban Conversion Therapy*, „The George Washington International Law Review” 2019, vol. 51, no. 1.
- D. Scasta, P. Bialer, *Position Statement on Issues Related to Homosexuality*, stanowisko dostępne pod adresem: <https://www.psychiatry.org/File%20Library/About-APA/Organization-Documents-Policies/Policies/Position-2013-Homosexuality.pdf>.
- A. Shidlo, M. Schroeder, *Changing Sexual Orientation: A Consumers’ Report*, „Professional Psychology: Research and Practice” 2002, Vol. 33, No. 3.
- P. Sobolewski, *Komentarz do art. 24 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, Legalis/el. 2020.
- S.D. Sochran, J. Drescher, E. Kismödi, A. Giami, C. García-Moreno, E. Atalla, A. Marais, E. Meloni Vieira, G.M. Reed, *Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11)*, „Bulletin of the World Health Organization” 2014, vol. 92, issue 9.
- Stanowisko Polskiego Towarzystwa Seksuologicznego na temat zdrowia osób o orientacji homoseksualnej, <https://pts-seksuologia.pl/sites/strona/59/stanowiskopts-na-temat-zdrowia-osob-o-orientacji-homoseksualnej>.
- M. Szeroczyńska, *Odpowiedzialność karna psychoterapeuty w przypadku samobójstwa pacjenta*, „Prokuratura i Prawo” 4/2012.

- M. Szwed, *Przymusowe umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2020.
- L.J. Żukowski, *Psycholog jako zawód zaufania publicznego – wybrane problemy*, „Przeгляд Prawa Publicznego” 3/2017.
- L.J. Żukowski, *Zawód psychologa w ochronie zdrowia. Reglamentacja prawnoadministracyjna*, Legalis/el. 2017.

Summary

The purpose of the article is to discuss problems related to conversion therapies provided to adults through the prism of Polish law and to analyse the postulate of prohibiting the provision of this type of therapy from the constitutional perspective. Conversion therapy is defined as activities aimed at changing the sexual orientation of homosexual or bisexual people to heterosexual orientation. In modern psychiatry and psychology, the dominant view is that conversion therapy is ineffective and may even lead to detrimental consequences. Nevertheless, in practice this type of therapy is still conducted in many countries around the world. At the same time, along with the development of standards the protection of LGBT rights, it is sometimes proposed to introduce a legal ban on therapy aimed at changing sexual orientation. Such prohibitions have already been introduced, among others in Malta, Germany and some US states. The solutions adopted in this area differ significantly, e.g. in terms of the scope of the prohibition (some legislations prohibit the provision of therapy to children, others – also to adults) or the sanctions provided for its violation. In the Polish law, however, so far no solutions in this area have been introduced. The current legal regulations cannot be used as an effective tool to limit the provision of conversion therapy – only in extreme cases related to the use of coercion, deception or invasive methods, the activity of persons engaged in this type of practice could be classified as a crime. Also, bringing the therapist to civil liability, although it may not be excluded in some cases, may be difficult if the therapy is provided with the consent of the adult concerned and it is limited to psychological interventions. At the same time, due to the ineffectiveness of

the Law on the profession of psychologist and the professional self-government of psychologists, there are no effective tools to punish people who provide various types of harmful pseudo-therapies. However, also in Poland there postulates to prohibit the provision of conversion therapy have been raised. The introduction of such regulations would undoubtedly interfere with the sphere of constitutional freedoms and rights of persons providing therapy and those interested in it, and therefore they would have to comply with the requirements resulting from the principle of proportionality. In this regard, it may be argued that the prohibition of conversion therapy could be considered useful and necessary to achieve legitimate aims, such as the protection of public health and the freedom and rights of others. It would also be possible to meet the requirement of proportionality *sensu stricto*, if the concept of conversion therapy was sufficiently clearly defined, so as not to lead to difficulties in conducting reliable psychological activity towards people experiencing problems related to their sexual orientation and to allow religious organizations to proclaim the principles of their faith on the basis of morality in the sphere of sexuality.

Key words: conversion therapy, LGBT, sexual orientation

Stosunek pracy lekarzy na kontraktach w kontekście ochrony przed mobbingiem

1. Wprowadzenie

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w art. 24 zobowiązuje państwo (władze publiczne) do ochrony pracy i do sprawowania nadzoru nad warunkami jej wykonywania¹. W doktrynie prawa konstytucyjnego zaznacza się, że użyte przez ustrojodawcę pojęcie **pracy** nie jest precyzyjne, a jego odczytania dokonuje się na potrzeby stosowania konkretnych przepisów Konstytucji². Wynika to z wieloznaczności tego terminu i z kontekstu (naukowego, ekonomicznego, prawnego, socjologicznego, filozoficznego³), w jakim o niego pytamy. Konstytucja nie określa jednoznacznie pojęcia „praca”. Doktryna prawa konstytucyjnego stoi na stanowisku, że art. 24 dotyczy każdego rodzaju pracy, czyli zarówno tej wykonywanej przez pracowników, zleceniobiorców, samozatrudnionych, jak i pracy w gospodarstwie rolnym oraz pracy nieodpłatnej⁴. Kodeks pracy także nie zawiera definicji legalnej tego pojęcia. A mimo to każdy z nas zapytany, czy jego zdaniem ten czy inny człowiek pracuje

¹ *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 24*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, teza 2, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2paik81fea.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogizdkmjsha2tsmroobqxalrsgu4dqm9> [dostęp: 20.11.2020].

² A. Krzywoń, *Konstytucyjna ochrona pracy i praw pracowniczych*, Warszawa 2017, s. 47–48.

³ Tamże.

⁴ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 140–141.

(lekarz, nauczyciel, pracownik wodociągów, sklepikarz), odpowie bez wahania, że tak. Nie zastanawiamy się przy tym – dopóki nie musimy – jaka jest podstawa zatrudnienia, jakie cechy ma stosunek pracy ani jaki zakres odpowiedzialności wiąże się z wykonywaniem danej pracy. Pytania te nabierają sensu dopiero, kiedy sami podejmujemy decyzje dotyczące własnego zatrudnienia⁵ lub kiedy konieczne jest poprowadzenie teoretycznej i dogmatycznej refleksji nad działalnością mającą charakter pracy. Praca to aktywność, której treść stanowi ludzki wysiłek podejmowany przede wszystkim w celu zaspokojenia potrzeb życiowych, ale także ze względu na potrzebę realizacji innych, wyższych celów (zdobywania wiedzy, osiągania kolejnych szczebli w karierze czy nawet sławy)⁶. Inaczej niż widziała to Hannah Arendt w *Kondycji ludzkiej*, praca może przecież mieć charakter twórczy⁷. Praca może oznaczać konieczność, ale też powinność⁸. W ujęciu społecznej nauki Kościola decyduje wręcz o naszym człowieczeństwie, gdyż jego znaczenie i realizacja domaga się wysiłku wkładanego w pracę: „praca zaś oznacza każdą działalność, jaką człowiek spełnia, bez względu na jej charakter i okoliczności, to znaczy każdą działalność człowieka, którą za pracę uznać można i uznać należy pośród całego bogactwa

⁵ Wiaże się to z gromadzeniem odpowiednich informacji o prawie – obok informacji podstawowych, niezbędnych każdemu obywatelowi, i informacji akcydentalnych, nabywamy informacje związane z odgrywaną przez daną jednostkę rolą społeczną i np. wykonywanym zawodem: S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 201.

⁶ A. Zwolińska wskazuje na trzy słownikowe znaczenia słowa pojęcia „praca”: 1) celowa działalność człowieka zmierzająca do wytworzenia określonych dóbr materialnych lub kulturowych; 2) wytwór takiej działalności, zwłaszcza w dziedzinie nauki lub kultury; 3) zatrudnienie jako źródło zarobku – A. Zwolińska, *Prawo do odpoczynku a zatrudnienie cywilnoprawne*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 1/2019, s. 59.

⁷ H. Arendt, *Kondycja ludzka*, Warszawa 2000, t. III; O pracy o charakterze twórczym w kontekście koncepcji tzw. podporządkowania autonomicznego – T. Duraj, *Koncepcja „autonomicznego podporządkowania” – konflikt między autonomią pracownika a jego podporządkowanie pracodawcy*, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0006/175533/dr-Tomasz-Duraj.pdf [dostęp: 20.09.2020].

⁸ Komentarz do art. 24 w: B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, teza 1, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2paik81fea.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogeztkmbyga4timzoobqxlrgsu4dqmj> [dostęp: 20.11.2021].

czynności, do jakich jest zdolny i dysponowany poprzez samą swoją naturę, poprzez samo człowieczeństwo”⁹.

Jako że natura pracy ludzkiej uwidacznia się przede wszystkim w jej aspekcie ekonomicznym i społecznym (należyte, godne wynagrodzenie za pracę, zakaz wyzysku), tradycyjnie już za najważniejszą funkcję prawa pracy uważa się jego funkcję ochronną. Wynika ona nie tylko z treści norm prawa pracy, ale także ze specyficznego mechanizmu ich oddziaływania¹⁰. Funkcja ta wiąże się z podstawowym założeniem przyświecającym filozofii prawa pracy, a mianowicie, że więź łącząca pracodawcę z pracownikiem jest relacją silniejszego i słabszego. Zgodnie z tym założeniem normy prawa pracy działać mają w sposób zabezpieczający interesy pracowników jako słabszej strony stosunku pracy. Osiąga się to między innymi przez semiimperatywny charakter tych norm, zasadę uprzywilejowania, system obowiązków niewzajemnych (widocznych w jednostronności wielu świadczeń, do których zobowiązany jest pracodawca i co do których przysługuje pracownikowi prawo podmiotowe), jak również karne i cywilne sankcje stosowane wobec pracodawcy naruszającego prawa pracownicze¹¹.

Podkreślić jednak należy, że w polskim prawie ochrona gwarantowana przez przepisy prawa pracy dotyczy sytuacji prawnej **pracownika w rozumieniu art. 2 kodeksu pracy**, czyli osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Jej oddziaływanie, z bardzo nielicznymi wyjątkami, nie obejmuje osób znajdujących się w sytuacji tzw. zatrudnienia niepracowniczego¹². Za A. Musiałą, jako zatrudnienie niepracownicze rozumieć

⁹ Jan Paweł II, encyklika *Laborem exercens*.

¹⁰ M. Jarota, *Funkcja ochronna prawa pracy na przykładach wybranych regulacji państw europejskich*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia”, vol. LXII, 2, 2015, s. 67.

¹¹ A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2013, https://www.ksiegarnia.beck.pl/media/product_custom_files/9/1/9170-prawo-pracy-w-swietle-konstytucji-rp-tom-i-teoria-publicznego-i-prywatnego-indywidualnego-prawa-pracy-arkadiusz-sobczyk-darmowy-fragment.pdf, s. 2 [dostęp: 18.09.2020].

¹² Osoby zatrudnione na umowach cywilnoprawnych nie są pracownikami – por. art. 2 KP, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K. Walczak, Warszawa 2020, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pai2815e6.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvq4ydgnoobqxalruhezdcmyshayq> [dostęp: 5.10.2020].

będziemy taki rodzaj zatrudnienia, w którym zatrudniony na podstawie innej umowy niż umowa o pracę (będący najczęściej samozatrudnionym) jest związany zasadniczo z jednym podmiotem zatrudniającym, w stosunku do którego pozostaje w relacji uzależnienia ekonomicznego¹³. Na potrzeby tego opracowania definicja ta zostanie zawężona do jednej grupy zawodowej – lekarzy, świadczących pracę na tzw. kontraktach, czyli umowach cywilnoprawnych o charakterze zlecenia lub świadczenia usług.

Potrzeba rozciągnięcia ochronnej funkcji prawa pracy na stosunki niepracownicze, bez konieczności zmiany cywilnoprawnego charakteru węzła łączącego pracodawcę z zatrudnionym, jest w doktrynie dostrzegana. Odnotowano także, że w tych obszarach, w których ustawodawca stara się oddziaływać na stopień ochrony zatrudnienia niepracowniczego, czyni to na dwa sposoby: drogą nakładania obowiązków na podmiot zatrudniający albo przyznając określone uprawnienia osobie zatrudnionej¹⁴. Do pierwszej grupy przepisów należy regulacja z art. 304 § 1 k.p., która nakłada na pracodawcę obowiązek zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy osobom fizycznym wykonującym pracę na innej podstawie niż stosunek pracy w zakładzie pracy lub w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę, a także osobom prowadzącym w zakładzie pracy lub w miejscu wyznaczonym przez pracodawcę na własny rachunek działalność gospodarczą. Przepis ten rozciąga więc swoje skutki na samozatrudnionych związanych z pracodawcą umową cywilnoprawną¹⁵. Co do drugiej grupy regulacji, uprawnienia zatrudnionych niepracowniczo dotyczą przede wszystkim gwarancji płacy minimalnej¹⁶ oraz możliwości przynależności do związków zawodowych (o czym niżej).

¹³ A. Musiała, *Zatrudnienie niepracownicze*, Warszawa 2011, s. 16 i s. 63.

¹⁴ A. Gersdorf, *Miedzy ochroną a efektywnością. Systemowe i terminologiczne aspekty objęcia cywilnoprawnych umów o zatrudnienie ustawodawstwem pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 1/2019, s. 3.

¹⁵ Szerzej na ten temat M. Raczkowski, *Bezpieczne i higieniczne warunki pracy w zatrudnieniu cywilnoprawnym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 1/2019, s. 66 i n.

¹⁶ Ustawa z 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2016 r. poz. 1265). Interesujące nas rozwiązania znajdują się w art. 1 pkt 1a) i 1b) oraz art. 8a. (ust. 1). W przypadku umów, o których mowa w art. 734 i art. 750 kodeksu cywilnego, wykonywanych

Powyższe rozwiązania są istotne ze względu na przedmiot niniejszego opracowania. Naszym zamiarem jest bowiem zbadanie możliwości rozciągnięcia ochronnej funkcji prawa pracy, przede wszystkim ochrony przed mobbingiem, na osoby zatrudnione na umowach cywilnoprawnych. Wychodzimy z założenia, że tak jak gwarancja minimalnego wynagrodzenia dla osób świadczących usługi czy wybrane uprawnienia z zakresu porozumień zbiorowych, zagwarantowanie ochrony przed mobbingiem na podstawie przepisów prawa pracy powiązane jest po prostu z godnością człowieka, a nie tylko z kodeksowym statusem pracownika. Dlatego bliska nam jest konwencja, przyjęta przez A. Sobczyka, mówienia raczej o człowieku pracującym niż o pracowniku¹⁷, które to określenie sprowadzone jest na podstawie regulacji kodeksowej tylko do podmiotów pozostających w stosunku pracy. Podnosimy temat mobbingu, dostrzegając, jak niebezpieczne skutki przynosi w każdej grupie zawodowej, także wśród lekarzy. Wobec tego stoimy na stanowisku konieczności rozciągnięcia kodeksowej ochrony przed mobbingiem także na osoby zatrudnione na podstawie innych form zatrudnienia niż umowa o pracę.

Grupą zawodową leżącą w polu naszego zainteresowania są lekarze zatrudnieni na tzw. kontraktach. Środowisko zawodowe pracowników ochrony zdrowia poddane jest bardzo specyficznym warunkom pracy, trudno porównywalnym z warunkami, w jakich świadczą pracę inne grupy pracowników. Z jednej strony są to osoby, których zawodowym zadaniem, a często także powołaniem, jest szeroko pojęta ochrona zdrowia i życia innych ludzi. Można więc zakładać, że za wyborem zawodu stoją odpowiednie predyspozycje psychiczne. Nie bez przyczyny cechami lekarza oczekiwanymi przez pacjentów, oprócz empatii i szacunku, są

przez przyjmującego zlecenie lub świadczącego usługi, wysokość wynagrodzenia powinna być ustalona w umowie w taki sposób, aby wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług nie była niższa niż wysokość minimalnej stawki godzinowej ustalonej zgodnie z art. 2 ust. 3a, 3b i 5.

¹⁷ A. Sobczyk, *Prawo i człowiek pracujący – między ochroną godności a równości*, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0006/173499/Sobczyk-Prawo-i-czowiek-pracujcy-midzy-ochron-godnoci-a-rownoci.pdf, s. 1 [dostęp: 22.08.2020].

sumienność, odpowiedzialność, spokój i opanowanie¹⁸. Ze względu na te predyspozycje, a w związku ze zjawiskiem mobbingu, lekarze znakomicie wydają się odpowiadać tzw. wzorcowi ofiary rozsądnej, której nie może cechować w relacjach z pacjentami, kolegami czy kierownictwem nadmierna wrażliwość (przewrażliwienie)¹⁹. Z drugiej strony jednak, ta szczególna grupa zawodowa wystawiona jest na szereg nieznanych innym profesjom zagrożeń natury psychofizycznej (biologicznej, chemicznej, fizycznej i psychologicznej)²⁰. Zatrudnieniu w ochronie zdrowia towarzyszy często stres i wyczerpanie. Zatem stworzenie warunków wprowadzających spokój i poczucie bezpieczeństwa w pracy stanowi bardzo ważny element efektywnego i zaangażowanego wywiązywania się ze swoich obowiązków. Tymczasem, tak jak każdy inny pracownik, osoba pracująca w ochronie zdrowia może podlegać w swoim środowisku mobbingowi czy ostracyzmowi i powinna być chroniona przed tymi zjawiskami tak jak każdy inny pracownik. Jednak doktryna i praktyka przychylają się do opinii, że poddani mobbingowi tzw. pracownicy kontraktowi mogą jedynie samodzielnie dochodzić swoich praw albo w drodze powództwa o naruszenie dóbr osobistych (art. 23 i 24 k.c.), albo poprzez wykazanie, iż forma ich zatrudnienia jest tak naprawdę stosunkiem pracy, ale zawartym na podstawie innej umowy na skutek obejścia prawa²¹. W tym drugim przypadku należałoby wykazać, że pracodawca narusza przepisy prawa pracy, ale taka droga nie jest pożądana ani przez pracodawców, ani przez

¹⁸ S. Leszczyński, *Osobowość lekarza*, <http://www.oil.org.pl/xml/oil/oil56/gazeta/numery/n2003/n200309/n20030904> [dostęp: 20.09.2020]; por. także CBOS, Komunikat z badań: *Opinie na temat funkcjonowania opieki zdrowotnej*, nr 89/2018.

¹⁹ Tak np. w wyroku z dnia 7 maja 2009 r. (III PK 2/09), <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia1/iii%20pk%202-09-1.pdf> [dostęp: 5.10.2020].

²⁰ J. Żółtańska, M. Bujnowska, *Zawodowe zagrożenia zdrowia pracowników ochrony zdrowia w miejscu pracy*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy”, 6/2010, s. 47–48.

²¹ K. Sikorska-Bednarczyk, *Mobbing w placówkach medycznych*, <https://mobbingwmiestcupracy.pl/wp-content/uploads/2018/12/ebook-Mobbing-w-plac%C3%B3wkach-medycznych.pdf> [dostęp: 9.09.2020]; tak też: K. Służewska-Woźnicka, J. Krupka: <https://medycynaipasje.com.pl/a498/Ochrona-przed-mobbingiem-osob-zatrudnionych-na-tzw--kontraktach.html/> [dostęp: 15.07.2020].

lekarzy, którym co do zasady odpowiada zatrudnienie cywilnoprawne²². Chcielibyśmy więc poszukać argumentów za jeszcze innymi możliwymi rozwiązaniami.

2. Zatrudnienie cywilnoprawne a zmiany w prawie pracy

Ostatnia dekada charakteryzuje się istotnym wzrostem zatrudnienia niepracowniczego i rozmaitych form zatrudnienia modyfikujących zakładaną przez ustawodawcę konstrukcję stosunku pracy²³ i charakterystykę podporządkowania będącego jego elementem²⁴. O swoistej destandaryzacji stosunków pracy w Polsce, jej przyczynach i efektach pisze szeroko K. Muszyński²⁵. Autor ten wskazuje, że w latach 2007–2015 odsetek samozatrudnionych wśród wszystkich pracujących wzrósł z 6% do 7%. Do grupy tej należą lekarze, zarówno świadczący usługi na rzecz jednego podmiotu, jak i prowadzący prywatną praktykę²⁶. Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej²⁷ lekarze (oraz pielęgniarki i fizjoterapeuci) mogą wykonywać swój zawód w ramach działalności leczniczej na zasadach określonych w ustawie oraz w przepisach odrębnych. W przypadku lekarzy działalność lecznicza może być wykonywana m.in. w formie jednoosobowych lub grupowych praktyk zawodowych w ramach

²² K. Golusińska, *Kontrakty w medycynie – o wadach i zaletach dla zarządzających i lekarzy*, <http://medicalmaestro.pl/index.php/kontrakty-w-medycynie-o-wadach-i-zaletach-dla-zarządzających-i-lekarzy/> [dostęp: 5.10.2020].

²³ E.S., *Zmiana pojęć kierownictwa pracodawcy i podporządkowania pracownika w stosunku do poszczególnych grup pracowników lub z uwagi na rodzaj wykonywanej pracy*, „Monitor Prawa Pracy”, 1/2018, <https://czasopisma.beck.pl/monitor-prawa-pracy/aktualnosc/zmiana-pojec-kierownictwa-pracodawcy-i-podporzadkowania-pracownika-w-stosunku-do-poszczegolnych-grup-pracownikow-lub-z-uwagi-na-rodzaj-wykonywanej-pracy/> [dostęp: 16.09.2020].

²⁴ Chodzi tu np. o przyjmowaną w doktrynie i w orzecznictwie formę tzw. podporządkowania autonomicznego – por. T. Duraj, *Koncepcja autonomicznego podporządkowania...*, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0006/175533/dr-Tomasz-Duraj.pdf [dostęp: 20.09.2020].

²⁵ K. Muszyński, *Polityka regulacji zatrudnienia w Polsce. Kryzys ekonomiczny a destandaryzacja stosunków pracy*, Warszawa 2019, passim.

²⁶ Tamże, s. 141–142.

²⁷ Ustawa z 15 kwietnia 2011 o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 295, 567, 1493, 2112, 2345, 2401).

działalności gospodarczej. Regulacje te znamionują obecną w ustawodawstwie tendencję odchodzenia od zatrudniania personelu medycznego na podstawie umów o pracę na rzecz tworzenia praktyk zawodowych i zatrudnienia cywilnoprawnego (samozatrudnienia). Ze względu na wynikające z tej formy zatrudnienia eliminowanie ograniczeń związanych ze stosunkiem pracy dostrzegalne jest wręcz promowanie przez prawodawcę tego typu zatrudnienia, przede wszystkim w wymiarze indywidualnym²⁸. Jednak rosnąca liczba osób zatrudnionych na innych niż umowa o pracę podstawach nie przekłada się na szersze objęcie tych osób reżimem ochronnym kodeksowego prawa pracy²⁹, a czyni jedynie rodzajem zatrudnionych stanowiącym kategorię pośrednią między pracownikami a usługodawcami³⁰.

Mamy więc, z jednej strony, pożądaną – jak wskazaliśmy powyżej – powszechność zatrudnienia na umowach cywilnoprawnych w ochronie zdrowia. Ma ona wiele zalet zarówno z perspektywy pracodawcy, jak i podmiotu świadczącego usługi. Zatrudnionemu chodzi przede wszystkim o brak podległości służbowej, wyższe wynagrodzenie niż w przypadku pracy na etacie, samodzielne ustalanie czasu świadczenia usług i godzin ich wykonywania oraz, co do zasady, brak ograniczeń wynikających z norm czasu pracy³¹. Z kolei pracodawca zwolniony jest z obowiązku odprowadzania składek ZUS, wypłacania rozmaitych świadczeń pracowniczych i socjalnych. Nie musi wypłacać wynagrodzenia za czas urlopu i choroby. Zatrudniony na kontrakcie lekarz

²⁸ M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 79.

²⁹ Tak przykładowo: art. 2 KP, K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pai6e101f.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvg4ydgnoobqxlruhezdcmzshayq> [dostęp: 9.09.2020]. Pracownikami w znaczeniu k.p. nie są m.in. osoby: wykonujące pracę na podstawie umów typu cywilnoprawnego, np. umowy zlecenia, umowy o dzieło, umowy agencyjnej, kontraktu menedżerskiego, oraz osoby jednoosobowo prowadzące samodzielną działalność gospodarczą.

³⁰ L. Florek, Ł. Pisarczyk, *Prawo pracy*, Warszawa 2020, s. 4.

³¹ Ograniczenia są narzucane przez firmy ubezpieczeniowe, które – dodatkowo – wzorują postanowienia swoich umów z zatrudnionymi na umowach cywilnoprawnych na k.p.

ponosi także pełną odpowiedzialność za błąd w sztuce³². Z drugiej jednak strony nie można nie dostrzegać, że faktycznie przyjmowane w konkretnych umowach rozwiązania (przedstawiamy je poniżej) zbliżają status pracowniczy i charakter więzi łączącej usługodawcę z pracodawcą do stosunku pracy³³.

Kwestia rozszerzania czy wręcz ekspansji prawa pracy, czasami wbrew pierwotnym intencjom ustawodawcy, na stosunki zatrudnienia niepracowniczego, nie jest tematem nowym³⁴. Już w uzasadnieniu do projektu nowego kodeksu pracy opracowywanego w pierwszej dekadzie XXI w. zauważano, że stosowanie nowych form zatrudnienia jest uwarunkowane potrzebami gospodarki rynkowej. Postulowane rozwiązania przewidywały zapobieganie stosowaniu niepracowniczych form zatrudnienia w celu obejścia przepisów prawa pracy, poprzez objęcie osób zatrudnionych na umowach cywilnoprawnych określonym zakresem kodeksowych przepisów ochronnych³⁵. Założenia te, niezrealizowane, miały zgolać inny wydźwięk niż ostatecznie obowiązujące nadal rozwiązanie z art. 22 § 1¹ i 1² k.p., stanowiące o swobodnym wyborze podstawy zatrudnienia, ale połączonym z zakazem uznawania za stosunek pracy zatrudnienia, które nie wypełnia jego podstawowych cech³⁶.

³² Szeroko na ten temat: K. Golusińska, *Kontrakty w medycynie – o wadach i zaletach...*

³³ Art. 2 KP, J. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018; <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pai6e101f.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damr9gy3denjoobqxa1rugi4tinbqha2a#tabs-metrical-info> [dostęp: 9.09.2020].

³⁴ Ż. Grygiel-Kaleta, *Ekspansja przepisów ochronnych na niepracownicze stosunki zatrudnienia – rozważania de lege lata i de lege ferenda na przykładzie umów zlecenia – zagadnienia wybrane*, „Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej”, 1/2018, 25, *passim*.

³⁵ Uzasadnienie projektu kodeksu pracy – https://archiwum.mpips.gov.pl/gfx/mpips/userfiles/File/Departament%20Prawa%20Pracy/kodeksy%20pracy/KP_04.08_uzasad.pdf, s. 17–18 [dostęp: 11.09.2020].

³⁶ Art. 22 § 1. Przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. § 1¹. Zatrudnienie w warunkach określonych w § 1 jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy (ustawa z 2 lutego 1996 r. o zmianie k.p. i niektórych innych ustaw). § 1². Nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy określonych w § 1.

Choć już obecnie można wskazać przykłady świadczące o stopniowym obejmowaniu ochronną funkcją prawa pracy rozmaitych form zatrudnienia wynikających z rozwoju sytuacji gospodarczo-rynkowej³⁷, w opinii części doktryny zakres tej ochrony jest wciąż niewystarczający, i to w stopniu naruszającym konstytucyjną zasadę równości³⁸. Wydaje się jednak, że odczuwalna nie tylko w Polsce dynamika zmian zmierzających do zbliżania prawnych statusów zatrudnienia na różnych podstawach stawia ustawodawcę przed koniecznością wypracowania odpowiednich standardów ochronnych również dla zatrudnionych niepracowniczo³⁹.

Naszym zdaniem, ze względu na dostrzeganą w doktrynie anachroniczność, czy, łagodniej rzecz ujmując, nieelastyczność przepisów kodeksu pracy, a z drugiej strony na bardzo szczególną charakterystykę umów cywilnoprawnych zawieranych w ochronie zdrowia, można sformułować w tej kwestii określone postulaty *de lege ferenda* lub przynajmniej *de sententia ferenda*. Orzecznictwo odgrywa już bowiem istotną rolę nie tylko w uszczegóławianiu podstawowych cech stosunku pracy, ale i w definiowaniu w nowy sposób podstawowych kategorii tej gałęzi prawa. Za czytelny przykład tego ostatniego posłużyć może wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 czerwca 2015 r. (K 1/13) kwestionujący podmiotowe ograniczenia prawa koalicji. W wyroku tym, na potrzeby zgodnej z Konstytucją wykładni prawa do zrzeszania się w związki zawodowe, odczytane zostało w sposób znacznie szerszy, niż przewidują to przepisy ustawowe, pojęcie „pracownika”. Trybunał rozszerzył je na wszystkie osoby wykonujące pracę zarobkową (art. 2 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych mówi także o wykonywaniu pracy bez pomocy innych⁴⁰), pozostające w stosunku prawnym

³⁷ Art. 750 KC, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pai6e101f.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrxgqy dqmzoobqxalrvgu4tcnrxha3a> [dostęp: 24.09.2020].

³⁸ Ż. Grygiel-Kaleta, *Ekspancja przepisów ochronnych...*, s. 28.

³⁹ P. Grzebyk, Ł. Pisarczyk, *Krajobraz po reformie. Zbiorowa reprezentacja praw i interesów zatrudnionych niebędących pracownikami*, „Prawo i Zabezpieczenie Społeczne”, 1/2019, s. 81.

⁴⁰ Nowelizacja tego przepisu weszła w życie 1 stycznia 2019 r.

z podmiotem, na rzecz którego ją świadczą, oraz mające takie interesy zawodowe związane z wykonywaniem pracy, które mogą być grupowo chronione⁴¹. Te trzy elementy statusu pracownika stanowią jego konstytucyjną definicję, autonomiczną względem rozwiązań kodeksowych. Swoboda zakładania i przystępowania do związków zawodowych nie jest przy tym uzależniona ani od poziomu dochodów, ani od czasu trwania umowy⁴². I choć w doktrynie wskazuje się na zbyt wąski, w obrębie zbiorowego prawa pracy, zakres praw zatrudnionych niepracowniczo, to jest to obiecująca ścieżka⁴³.

Wyrok ten ukazuje jednak szerszy problem rozdźwięku między ustawowym a konstytucyjnym ujęciem prawa pracy⁴⁴. Pewną pomoc w argumentacji stanowić więc mogłaby konstytucyjna koncepcja pracy i pracownika, choć i tam wskazuje się, że już na etapie prac nad Konstytucją upadła idea sformułowania uniwersalnej definicji tych terminów. Pozostaje więc konstruowanie ich poszczególnych elementów *ad casum*. Jednak i tak ten ograniczony zabieg interpretacyjny pozwala na rozwinięcie szerszej niż kodeksowa wizji interesujących nas pojęć⁴⁵. W opinii doktryny art. 65 Konstytucji, gwarantujący każdemu wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, odwołuje się do zaspokajania potrzeb życiowych dochodem z pracy, przez co włącza do definicji pracy formę wykonywania jej na podstawie umów cywilnoprawnych i tzw. samozatrudnienia⁴⁶ (w warunkach ograniczonego podporządkowania podmiotowi zatrudniającego i relatywnej swobody w zakresie kształtowania wzajemnych praw i obowiązków⁴⁷).

⁴¹ Wyrok TK z dnia 2 czerwca 2015 r., K 1/13, 4.3. (OTK ZU 6A/2015, poz. 80).

⁴² P. Grzebyk, Ł. Pisarczyk, *Krajobraz po reformie...*, s. 85.

⁴³ Tamże, s. 96.

⁴⁴ O tym szeroko A. Krzywoń, *Konstytucyjna ochrona pracy...*, s. 56.

⁴⁵ Tamże, s. 47–57.

⁴⁶ L. Florek, Ł. Pisarczyk, *Prawo pracy*, s. 341. A. Szepelska, *Samozatrudnienie jako forma wspierania rozwoju przedsiębiorczości regionów*, „Ekonomia i Prawo”, B.Polszakiewicz, J. Boehlke (red.), Tom XII, 1/2013, s. 70–73.

⁴⁷ A. Krzywoń, *Konstytucyjna ochrona pracy...*, s. 51.

2.1. Stosunek prawny i pracownik w świetle kodeksu pracy a zatrudnienie na podstawie umowy cywilnoprawnej

Zgodnie z art. 2 k.p. pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę. Przez nawiązanie stosunku pracy w wyniku skorzystania z którejś z wymienionych podstaw zatrudnienia pracownik zobowiązuje się wykonywać osobiście i w sposób ciągły pracę na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem, w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym. Pracodawca natomiast obowiązany jest do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem (art. 22 § 1 k.p.). W znaczeniu socjologicznym pracownikiem jest każdy, kto zarobkowe świadczenie pracy uważa za podstawowe źródło utrzymania swoje i swoich najbliższych, czyli jest nim także zatrudniony niepracowniczo. Jednak już znaczenie prawne ogranicza tę kwalifikację do osób pozostających w kodeksowo uregulowanym stosunku pracy, niezależnie od tego, czy praca stanowi dla nich zajęcie główne czy uboczne i jaką rolę odgrywa wynagrodzenie za nią w ich statusie majątkowym⁴⁸. Wskazuje się, przy okazji tego przepisu, na pewną interesującą dla nas niespójność. Na pracodawcy ciąży bowiem wobec pracowników określone, jednostronne, obowiązki o charakterze socjalnym, niezależnie od tego, jakie znaczenie dla ich sytuacji majątkowej ma wykonywana praca. Tymczasem praca świadczona na podstawie umowy cywilnoprawnej może stanowić jedyne źródło utrzymania, a wynagrodzenie pełnić podobną, socjalną, funkcję⁴⁹ – z perspektywy ochronnej funkcji prawa pracy ograniczonej do pracowników nie ma to jednak znaczenia. Na niespójność tę bardzo krytycznie zwraca uwagę A. Sobczyk: „(...) aksjologia praw człowieka dowodzi, że element podporządkowania w związku z wykonywaniem pracy nie może być żadnym uzasadnieniem dla różnicowania sytuacji prawnej osób wykonujących pracę w celu zaspokojenia potrzeb życiowych. Ustawodawca chroni bowiem społeczne (w szczególności

⁴⁸ Art. 2 KP, A.Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pai2815e6.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damvguzdqmjoobqxaalruhezdczmzshayq> [dostęp: 5.10.2020].

⁴⁹ Tamże.

socjalne) prawa człowieka przy okazji zatrudnienia. Charakter zatrudnienia nie ma znaczenia. (...) Prawa te służą ochronie godności człowieka podejmującego starania o zapewnienie sobie życia godnego przez pracę. (...) Prawa socjalne na poziomie konstytucyjnym przysługują więc także zatrudnionym na umowach cywilnych, samozatrudnionym czy też osobom znajdującym się w stosunku służby. Ich potrzeby są wszak takie same. Różnicowanie praw socjalnych jest oczywiście możliwe, o ile występują istotne kryteria różnicujące. Kryterium takim jest np. to, czy dane zatrudnienie jest podstawowym źródłem utrzymania człowieka⁵⁰.

Zagadnienie stosunku pracy jest najważniejszą kwestią prawa pracy. Między podmiotami tego stosunku tworzy się, jak uważa przeważająca część doktryny, węzeł zobowiązaniowy, w wyniku którego pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez niego, a pracodawca zobowiązuje się do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. W rezultacie otrzymujemy obraz, w którym pracownik świadczy pracę na rzecz pracodawcy dobrowolnie i odpłatnie, pod jego kierownictwem⁵¹.

W wyniku zastosowania wykładni językowej uznać należy, że art. 22 § 1 k.p. reguluje rodzaj zobowiązania wzajemnego, w którym świadczenie jednej strony stosunku ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej strony, przy czym świadczenia te są wzajemnie zależne (art. 487 § 2 k.c.)⁵². Wykładnia systemowa i funkcjonalna ukazują już inny obraz.

⁵⁰ A. Sobczyk, *Prawo i człowiek pracujący – między ochroną godności a równości*, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0006/173499/Sobczyk-Prawo-i-czowiek-pracujacy-midzy-ochron-godnoci-a-rownoci.pdf, s. 1 [dostęp: 22.08.2020].

⁵¹ Art. 22 KP, J. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2paik604b7.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damr9gy3denjoobqxlrugit4tinbrg43a> [dostęp: 14.11.2020].

⁵² „Stosunek pracy jest dobrowolnym stosunkiem prawnym o charakterze zobowiązaniowym, zachodzącym między dwoma podmiotami, z których jeden, zwany pracownikiem, obowiązany jest świadczyć osobiście i w sposób, powtarzający się, na rzecz i pod kierownictwem drugiego podmiotu, zwanego pracodawcą, pracę określonego rodzaju oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca zatrudniać pracownika za wynagrodzeniem” – A.M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2014, s. 21.

Za A. Musiałą⁵³ i A. Sobczykiem⁵⁴ wskazać należy na powierzchowność ujęcia stosunku pracy jako stosunku zobowiązaniowego, dodatkowo zakładającego ekwiwalentność świadczeń. Pomijając już możliwość dokonania wiarygodnego wyważenia odpowiedniości wykonywanej przez pracownika pracy i świadczenia pracodawcy za nią w formie wynagrodzenia, należy zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, stosunku pracy nie powinno się określać mianem zobowiązaniowego ze względu na to, że praca nie jest towarem, a wartością społeczną⁵⁵. Po drugie, decydujące dla istnienia stosunku pracy kategorie kierownictwa i podporządkowania *explicite* wskazują na szczególnie pojętą zasadę podporządkowania jednego podmiotu stosunku drugiemu. Za J. Świątkowskim przyjmujemy, że „podporządkowanie pracownika kierownictwu pracodawcy w procesie świadczenia pracy stanowi swoistą linię demarkacyjną, pozwalającą na wyróżnienie elementu konstrukcyjnego zatrudnienia w ramach stosunku pracy”⁵⁶. Choć inaczej niż przywołani Autorzy jesteśmy raczej ostrożni w dosłownym przykładaniu kategorii prywatno- lub publicznoprawnych (czyli charakterystyki stosunków cywilnoprawnych lub administracyjnoprawnych) do stosunku pracy, to widoczna nierównorzędność stron tego „zobowiązaniowego” stosunku każe traktować go jako stosunek prawny o trudno kwalifikowalnym charakterze.

Pomimo formalnej równorzędności stron stosunku pracy jako stosunku o charakterze zobowiązaniowym ustawodawca gwarantuje pracodawcy szczególną pozycję, która umożliwia mu realizację uprawnień kierowniczych, i to nie tylko w płaszczyźnie faktycznej, ale i prawnej. Pracodawca ma bowiem prawną możliwość dokonywania jednostronnych zmian stosunku pracy. Dotyczy to nie tylko wypowiedzenia warunków pracy lub/i płacy, które stanowi czynność prawną, na skutki której pracownik ma wpływ, ale zmian dokonywanych w formie poleceń, jak

⁵³ Autorka akcentuje swoje stanowisko, określając ten pogląd doktryny jako „absolutnie błędny” – A. Musiała, *Prawo pracy: czyje? Res publica! O stosunku pracy teoretycznoprawnie*, Poznań 2020, s. 120.

⁵⁴ A. Sobczyk, *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015, s. 256.

⁵⁵ Szeroko na ten temat: A. Musiała, *Prawo pracy: czyje?...*, s. 138–143.

⁵⁶ Art. 22 KP, J. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018.

czasowe powierzenie innej pracy niż określona w umowie o pracę (art. 42 § 4 k.p.) oraz powierzenie innej odpowiedniej pracy na czas przestoju (art. 81 § 3 k.p.). Zmiany te dotyczą samej istoty stosunku pracy – rodzaju pracy jako elementu przedmiotowo istotnego, i mogą pociągać za sobą zmiany także innych elementów treści stosunku pracy⁵⁷.

Można uznać, że odwołanie się do zobowiązaniowego charakteru stosunku pracy mniej wątpliwe będzie w przypadku zatrudnienia na umowie cywilnoprawnej. Umowa jest w polskim prawie cywilnym instrumentem pozwalającym stronom na kształtowanie stosunku prawnego mocą swojej woli, nawiązującym do zasady autonomii tej woli: „koncepcja ta umacnia wolność jednostki, a także umożliwia rozwój obrotu gospodarczego opartego na indywidualnej przedsiębiorczości i aktach wymiany dóbr i usług”⁵⁸. Umowy zawierane przez lekarzy to przede wszystkim umowy o świadczenie usług z art. 750 k.c. Przepis ten, inaczej niż art. 734 regulujący umowy zlecenia, dotyczy rozmaitego typu czynności faktycznych, nie prawnych, świadczonych na rzecz innego podmiotu. Świadczenia zdrowotne niewątpliwie do takich należą. Jak każda umowa, kontrakt zawierany przez lekarza stanowi dla jego stron źródło określonych zobowiązań, których treść, zgodnie z istotą umów, jest swobodnie kształtowana. Brak definicji legalnej umowy, ale polskie piśmiennictwo definiuje ją jako zgodny zamiar stron umowy doprowadzenia do nawiązania stosunku cywilnoprawnego i określenia jego treści, przekształcenia stosunku już istniejącego lub jego zniesienie⁵⁹. Istotą umowy jest „samozobowiązanie się” stron. Zawierając umowę, zobowiązują się one zarazem do jej wykonania zgodnie z jej treścią (obowiązuje tu zasada *pacta sunt servanda*)⁶⁰.

⁵⁷ A. Dubowik, *Podporządkowanie w umownym zatrudnieniu cywilnoprawnym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 1/2019, s. 20.

⁵⁸ *System prawa prywatnego. Tom 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2019, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pair215dd.han.buw.uw.edu.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damrugaydcmy> [dostęp: 24.09.2020].

⁵⁹ Art. 750 KC, K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2020.

⁶⁰ *System prawa prywatnego. Tom 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2019, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pair215dd.han.buw.uw.edu.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogi3damrugaydcmy> [dostęp: 24.09.2020].

Przedmiotem umowy o świadczenie usług medycznych jest udzielanie przez osobę mającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitacja chorych, udzielanie porad lekarskich, a także wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich⁶¹ (w warunkach ambulatoryjnych i szpitalnych). Zobowiązanie lekarza uznaje się za typowe zobowiązanie starannego działania, zgodnie z orzecznictwem nie obejmuje więc skutku „wyleczenia”⁶².

2.2. Postanowienia umów cywilnoprawnych zawieranych przez lekarzy a cechy stosunku pracy

Z art. 22 bezpośrednio lub pośrednio (wywodzone głównie w drodze wykładni operatywnej) wynikają następujące cechy stosunku pracy; dobrowolność, wzajemny charakter zobowiązania, osobiste świadczenie pracy⁶³, odpłatny charakter pracy, ciągłość (trwałość) świadczenia pracy, fakt, że stosunek pracy jest stosunkiem starannego działania (w odróżnieniu od zobowiązań rezultatu), ponoszenie przez pracodawcę ryzyka w procesie pracy oraz wykonywanie pracy w systemie podporządkowania (pod kierownictwem pracodawcy)⁶⁴. Przy tym do cech konstytutywnych zaliczyć należy dobrowolność i osobiste wykonywanie pracy, pozostawanie z pracodawcą w stosunku podporządkowania, wykonywanie pracy w określonych godzinach⁶⁵ i za wynagrodzeniem⁶⁶.

Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie stoi na stanowisku, że zatrudnienie może być wykonywane na podstawie stosunku cywilnoprawnego albo stosunku pracy. O odpowiedniej kwalifikacji decyduje przewaga cech

⁶¹ Art. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 514, 567, 1291, 1493, 2112, 2345, 2401, z 2021 r. poz. 159).

⁶² Zob. wyrok SA w Warszawie z 3 marca 1998 r. (I ACa 14/98).

⁶³ Wyrok SN z 18 maja 2006 r. (III UK 30/06).

⁶⁴ Por. art. 22 KP, K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, oraz przywoływane tam orzecznictwo.

⁶⁵ Wyrok SN z 26 marca 2008 r. (I UK 282/07).

⁶⁶ Wyrok NSA w Warszawie z 26 marca 2007, I OSK 630/06; por także wyrok SA z 26 kwietnia 2018 r. (III AUa 730/17).

typowych dla danej formy zatrudnienia: „decyzja co do rodzaju więzi prawnej, na podstawie której praca ma być wykonywana, należy wprawdzie do swobodnego uznania stron, jednakże o tym, czy strony łączy stosunek pracy, rozstrzygają warunki, w jakich praca jest wykonywana na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem, w czasie i miejscu przez pracodawcę wskazanym”⁶⁷. Nie dyskwalifikuje więc co do zasady żadnej z tych form. A jednak pracodawca zgodnie z art. 22 § 2 pod groźbą sankcji nie ma prawa zastępować umowy o pracę umową cywilnoprawną, jeżeli zachowane pozostają warunki wykonywania pracy, określone w paragrafie poprzedzającym⁶⁸. Dodatkowo, jeżeli cechy typowe dla stosunku pracy mają przewagę nad elementami cywilnoprawnymi, to uznać należy, że mamy do czynienia ze stosunkiem pracy. Łączy się to z obowiązkiem zbadania, w jakich proporcjach te elementy występują w ramach konkretnej indywidualnej więzi łączącej pracownika z pracodawcą⁶⁹. O ustaleniu charakteru umowy o świadczenie pracy nie może przesądzać jednoznacznie jeden jej element, ale całokształt okoliczności faktycznych związanych z jej wykonywaniem oraz wola stron⁷⁰. Niemożliwa jest natomiast ocena, że umowa ma charakter mieszany, łączący elementy umowy o pracę i umowy zlecenia⁷¹. Kluczowy jest tu sposób wykonywania pracy, który, co do zasady, w przypadku obu typów umów jest inny.

2.3. Podporządkowanie

Umowa cywilnoprawna nie może wypełniać kryteriów stosunku pracy, czyli m.in. przewidywać stałego miejsca i godzin pracy, wykonywania pracy w podporządkowaniu organizacyjnemu i służbowemu oraz bezwzględnego

⁶⁷ Wyrok SN z 26 marca 2008 r. (I UK 282/07).

⁶⁸ Zgodnie z art. 281 pkt 1) k.p.: „kto, będąc pracodawcą lub działając w jego imieniu – zawiera umowę cywilnoprawną w warunkach, w których zgodnie z art. 22 § 1 powinna być zawarta umowa o pracę, podlega karze grzywny od 1000 zł do 30000 zł”.

⁶⁹ A. Krzywoń, *Konstytucyjna ochrona pracy...*, s. 46.

⁷⁰ Art. 22 KP, K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020; por. także: wyrok SN z 7 października 2009 r., III PK 38/09, OSP 11/2010, poz. 115; wyr. SN z 7 października 2009 r., III PK 39/09.

⁷¹ Art. 22 KP, K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020.

wymogu osobistego świadczenia pracy i zachowania jej ciągłości. Tymczasem analiza (poniżej) niektórych postanowień kontraktów lekarskich ukazuje nam, jak dalece obraz ten odbiega od rzeczywistości.

Wymóg wykonywania pracy w systemie podporządkowania, z użyciem określenia „podporządkowanie”, nigdy nie został zawarty wprost w przepisie art 22 § 1 k.p. Kluczowe dla stosunku pracy znaczenie, jakie mu nadano, pochodzi z bardzo rozbudowanego i konsekwentnego orzecznictwa⁷². Już w roku wejścia w życie pierwotnego tekstu kodeksu pracy Sąd Najwyższy, w wyroku z 2 grudnia 1975 r. (I PRNż42/75), określił podporządkowanie jako cechę istotną umowy o pracę. SN uznał, iż podporządkowanie jest elementem, którego obecność decyduje o zakwalifikowaniu usług jako umowy o pracę, niezależnie od nazwy nadanej takiej umowie⁷³. Nowelizacją art. 22 § 1 kp ustawą z 2 lutego 1996 r. wprowadzono do tego przepisu zobowiązanie dla pracownika do wykonywania przez niego pracy określonego rodzaju na rzecz i **pod kierownictwem** pracodawcy. Nowa formuła regulacji poskutkowała uznaniem, że poprzez ten zwrot wzmocniono tylko kwestię podporządkowania⁷⁴. W rezultacie w orzecznictwie dominuje stanowisko głoszące, że „cechą konstytutywną stosunku pracy jest wykonywanie jej **pod kierownictwem pracodawcy i w warunkach podporządkowania**”⁷⁵. Podporządkowanie w orzecznictwie SN jest „najbardziej podstawową cechą odróżniającą stosunek pracy od innych stosunków zobowiązaniowych”, stanowi „istotę stosunku pracy, jego cechę konstrukcyjną, cechę kategoryczną”⁷⁶. Istnienie stosunku podporządkowania w danej relacji wyklucza, zdaniem doktryny i judykatury, możliwość stosowania w konkretnym przypadku cywilnoprawnych umów

⁷² Są autorzy, którzy uznają na tej podstawie, że orzecznictwo, które narosło wokół kategorii podporządkowania, nosi cechy „prawa sędziowskiego” – A. Drozd, *Przemiany pojęcia „stosunek pracy” – wpływ orzecznictwa i prawa sędziowskiego?*, [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy*, Warszawa 2011, s. 72 i n.

⁷³ Tamże, s. 72.

⁷⁴ Wyrok SN z 4 grudnia 1988 r., I PKN 484/98.

⁷⁵ Wyrok SO Warszawa-Praga z 12 lipca 2017 r., (VII U 1752/16).

⁷⁶ Wyrok SN z 17 października 2017 r. (II UK 451/16).

o świadczenie usług⁷⁷, chociaż w orzecznictwie można także spotkać stanowisko przeciwne⁷⁸.

Jak wskazuje Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 28 listopada 2018 r. (III AUa 223/17), instrumentem umożliwiającym pracodawcy wykonywanie uprawnień kierowniczych i zarazem realizację podporządkowania jest polecenie. Polecenie odnosi się nie tylko do sposobu wykonywania poszczególnych czynności składających się na proces pracy, ale także do realizacji obowiązków pracowniczych w ogólności. Zgodnie z art. 100 § 1 k.p. pracownik jest obowiązany wykonywać pracę **sumiennie i starannie** oraz stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy, jeżeli nie są one sprzeczne z przepisami prawa lub umową o pracę. W szczególności do obowiązków pracownika należy przestrzeganie czasu pracy ustalonego w zakładzie pracy (w tym zwłaszcza: godzin rozpoczęcia oraz zakończenia pracy, wykorzystywania przerw w pracy, obowiązku usprawiedliwiania nieobecności, pozostawiania w dyspozycji pracodawcy czy świadczenia pracy w określonym systemie czasu pracy), regulaminu pracy i ustalonego w zakładzie pracy porządku, przepisów oraz zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, a także przepisów przeciwpożarowych. Zobowiązany jest on także do przestrzegania zasad współżycia społecznego, dbania o dobro zakładu pracy, ochrony jego mienia oraz zachowania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę. Ma także przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach.

Podporządkowanie pracownika dotyczy zarówno wymiaru osobowego, jak i organizacyjnego⁷⁹ i zasadza się na prawnej kompetencji

⁷⁷ T. Duraj, *Tradycyjne ujęcie pracowniczego podporządkowania – wybrane problemy prawne*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, t. LXXXIII, 2011, s. 37–38 oraz cyt. tam literatura.

⁷⁸ Por. wyrok SN z 16 maja 2019 r. (II PK 27/18): „W wyroku z dnia 11 września 2013 r. (II PK 372/12, OSNP 2014 nr 6, poz. 80) Sąd Najwyższy uznał bowiem, że także w umowie zlecenia mogą wystąpić cechy kierownictwa i podporządkowania, a praca organizowana przez zatrudniającego, nawet pod jego kierownictwem i kontrolą, nie jest właściwa tylko stosunkowi pracy, dlatego nie bez znaczenia w wyborze podstawy zatrudnienia jest wola stron, która nie może być pomijana w sporze o kwalifikację zatrudnienia”.

⁷⁹ Wyrok SN z 2 września 1998 r. (I PKN 293/98).

pracodawcy do wydawania poleceń⁸⁰. Nie jest ona wszakże jednoznaczna z permanentnym nadzorem przełożonego nad sposobem czy tempem wykonywania czynności przez pracownika⁸¹. Dodatkowo nowe sposoby organizacji i wykonywania pracy (zadaniowy czas pracy, telepraca) ewoluują w stronę tzw. podporządkowania autonomicznego, w którym pracownik dostaje jedynie zadania do wykonania, natomiast ich realizacja leży już w jego gestii⁸². Wynika to z rozwoju społeczno-gospodarczego, przechodzenia w kierunku gospodarki opartej na wiedzy i kwalifikacjach. Jest to szczególnie widoczne w przypadku osób zajmujących stanowiska samodzielne (prawników, lekarzy) albo wykonujących zawody oparte na kreatywności (artyści, naukowcy). Pracodawca nie jest w stanie w pełni kierować merytorycznie takimi osobami⁸³. W przypadku podporządkowania autonomicznego pracodawca określa czas pracy i wyznacza zadania, natomiast pracownik dysponuje pewnym zakresem swobody co do sposobu ich realizacji. Pracownik ma jednak obowiązek respektować wyznaczone zasady organizacji i funkcjonowania zakładu pracy, a pozycja pracodawcy wynikająca z art. 22 § 1 k.p. nie ulega zmianie. W dalszym ciągu korzysta on z atrybutów kierowniczych, a relacja między stronami stosunku pracy nie nabiera cech równorzędności⁸⁴. Wynikająca z podporządkowania pracownika relacja między stronami stosunku pracy jest przesądzona przez ustawodawcę i stanowi niezbywalny element tego zobowiązania, którego strony nie mogą wyłączyć⁸⁵.

⁸⁰ Wyrok SA w Białymstoku z 26 kwietnia 2018 r., (III AUa 730/17).

⁸¹ E.S., *Zmiana pojęć kierownictwa pracodawcy i podporządkowania pracownika...*, „Monitor Prawa Pracy”, 1/2018, <https://czasopisma.beck.pl/monitor-prawa-pracy/aktualnosc/zmiana-pojec-kierownictwa-pracodawcy-i-podporzadkowania-pracownika-w-stosunku-do-poszczegolnych-grup-pracownikow-lub-z-uwagi-na-rodzaj-wykonywanej-pracy/> [dostęp: 16.09.2020].

⁸² Tamże; o uelastycznieniu stosunków pracy w tym kierunku i o tzw. zadaniowym czasie pracy pisze J. Wrątny: tegoż, *Przemiany stosunku pracy w III RP*, [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011, s. 41.

⁸³ T. Duraj, *Koncepcja autonomicznego podporządkowania – konflikt...*

⁸⁴ A. Dubowik, *Podporządkowanie w umownym zatrudnieniu cywilnoprawnym*, s. 20.

⁸⁵ Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa pracodawcy*, [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI-go wieku: księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, Warszawa–Łódź 2002, s. 242.

Autonomia i samodzielność lekarzy w tym kontekście dotyczy przede wszystkim diagnozy i terapii. Nie wyłącza jednak wszystkich ich decyzji spod kierownictwa pracodawcy⁸⁶. Jak pokazują poniższe przykłady postanowień umów o świadczenie usług⁸⁷ zawieranych przez lekarzy z podmiotami prowadzącymi działalność leczniczą, twierdzenie to pozostaje w mocy zarówno w przypadku lekarzy zatrudnionych na umowy o pracę, jak i lekarzy kontraktowych.

Przykład nr 1:

Przyjmujący Zamówienie zobowiązuje się do:

(...)

3) przestrzegania procedur właściwych dla miejsca udzielania świadczeń zdrowotnych, stosowania się do wskazówek Ordynatora/Kierownika komórki organizacyjnej lub osoby zastępującej Ordynatora/Kierownika,

4) monitorowania zdrowia pacjentów,

5) udzielania świadczeń zdrowotnych zgodnie ze wskazaniem współczesnej wiedzy medycznej w oparciu posiadane kwalifikacje, dostępnymi metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością,

6) prowadzenia dokumentacji medycznej w sposób dokładny, systematyczny i czytelny, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zgodnie z wymogami płatnika systemu ubezpieczeń zdrowotnych, a także innej dokumentacji wymaganej przez Udzielającego Zamówienie,

(...)

W związku z wykonywaniem niniejszej umowy Przyjmujący Zamówienie wyraża zgodę na poddanie się kontroli prowadzonej przez Udzielającego

⁸⁶ S. Puzynowska, *Pracownicze podporządkowanie lekarzy – czy przełożeni mogą weryfikować ich decyzje*, <https://www.rp.pl/Kadry/307129996-Pracownicze-podporzadzanie-lekarzy---czy-przelezni-moga-weryfikowac-ich-decyzje.html&cid=44&template=restricted> [dostęp: 31.08.2020].

⁸⁷ Przykładami z autentycznych umów dysponujemy dzięki uprzejmości Koleżanek i Kolegów lekarzy pracujących w różnych podmiotach leczniczych w Polsce.

Zamówienie lub inne uprawnione do tego podmioty, w szczególności w zakresie:

- 1) sposobu udzielania i jakości udzielanych świadczeń zdrowotnych
- 2) miejsca i czasu udzielania świadczeń zdrowotnych (...)
- 4) dokonywania rozliczeń procedur medycznych, zgodnie z wymogami płatnika systemu ubezpieczeń zdrowotnych (...)

Szczegółowy, comiesięczny **harmonogram udzielania świadczeń zdrowotnych** określa Ordynator/Kierownik (a w razie nieobecności osoba zastępująca Ordynatora/Kierownika) komórki organizacyjnej wskazanej jako podstawowe miejsce udzielania świadczeń zdrowotnych.

Przykład nr 2:

§ 6

Przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do:

(...)

6. stosowania się do zarządzeń wewnętrznych Udzielającego zamówienie o charakterze porządkowym i organizacyjnym (...)

10. poddania się kontroli w zakresie i na zasadach określonych w § 10 niniejszej Umowy (...).

§ 8

(...)

7. Świadczenia zdrowotne udzielane będą przez Przyjmującego zamówienie **osobiście**.

8. Przyjmujący Zamówienie zobowiązany jest do zapewnienia we własnym zakresie ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych, a w szczególności do ich osobistego wykonywania przez cały okres obowiązywania niniejszej Umowy. (...)

§ 10

1. Przyjmujący Zamówienie jest zobowiązany do poddania się kontroli przeprowadzanej przez Udzielającego Zamówienie, w tym również przez organy i instytucje uprawnione do kontroli Udzielającego Zamówienie,

w zakresie prawidłowości wykonywania przedmiotu niniejszej Umowy, w szczególności:

- a. sposobu udzielania świadczeń,
- b. gospodarowania użytkowanym sprzętem, aparaturą medyczną i innymi środkami niezbędnymi do udzielania świadczeń zdrowotnych,
- c. dokonywania rozliczeń ustalających koszty udzielanych świadczeń i należności za udzielane świadczenia,
- d. prowadzonej dokumentacji medycznej i sprawozdawczości statystycznej.

§ 15

1. Przedmiot niniejszej umowy wykonywany będzie przez Przyjmującego Zamówienie wobec pacjentów i osób trzecich w imieniu Udzielającego Zamówienie.

Przykład nr 3:

§ 2

1. Świadczenia zdrowotne, o których mowa w § 1 ust. 1.1. będą udzielane w siedzibie Szpitala (...) w terminach ustalonych dla potrzeb Oddziału, zgodnie z ust. 2.

2. Przyjmujący zamówienie zobowiązuje się do udzielania świadczeń zdrowotnych w dniach i godzinach ustalonych przez Udzielającego zamówienie. Dające się przewidzieć z wyprzedzeniem dane dotyczące okresu udzielania świadczeń będą ustalone w harmonogramach w cyklu miesięcznym (...). Planowane harmonogramy przekazywane będą przez kierownika komórki organizacyjnej do właściwego Z-cy Dyrektora Szpitala (...).

§ 3

1. Przyjmujący zamówienie oświadcza, że zlecone mu świadczenia zdrowotne wykonywać będzie samodzielnie z zachowaniem należytej staranności, zgodnie z posiadaną wiedzą (...). Zobowiązuje się do przestrzegania aktów wewnętrznych oraz regulacji wynikających z wdrożonego Zintegrowanego Systemu Zarządzania.

2. Udzielający zamówienia wskazuje Przyjmującemu Zamówienie dostępne u Udzielającego zamówienia metody i środki zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób oraz może dostarczać Przyjmującemu zamówienie wskazania aktualnej wiedzy medycznej w dziedzinie danej specjalizacji. (...)

§ 7

Przyjmujący zamówienie nie może powierzyć wykonania zamówienia osobie trzeciej, chyba że uzyska na to pisemną zgodę Udzielającego zamówienie.

Przykład nr 4:

§ 2

1. Przyjmujący Zamówienie zobowiązuje się do udzielania świadczeń zdrowotnych w dniach i godzinach określonych w harmonogramie (...) zatwierdzanym przez Kierownika Oddziału (...) lub osobę pełniącą jego obowiązki (...).

§ 4

1. Bezpośrednią kontrolę merytoryczną nad wykonywaniem świadczeń określonych w §1 sprawuje Kierownik (...) Oddziału lub osoba pełniąca jego obowiązki.

2. Pełną kontrolę nad organizacją udzielanych świadczeń zdrowotnych Udzielającego Zamówienie sprawuje Zastępca Dyrektora (...).

§ 5

(...)

3. Przyjmujący Zamówienie zobowiązuje się do pełnej dyspozycyjności w czasie ustalonym w § 2 (...).

§ 8

1. Przyjmujący Zamówienie przyjmuje obowiązek poddania się kontroli przeprowadzonej przez Udzielającego Zamówienie, a w szczególności:

- 1) sposobu udzielania świadczeń zdrowotnych
- 2) gospodarowania użytkowanym sprzętem i innymi środkami niezbędnymi do udzielania świadczeń zdrowotnych (...)

4) prowadzenia wymaganej dokumentacji medycznej i sprawozdawczości statystycznej.

Analiza powyższych przykładów ukazuje nietypowy charakter pozycji lekarza jako strony umowy cywilnej. Pomimo zakładanej swobody w kształtowaniu relacji z pracodawcą lekarze pracujący na umowach cywilnoprawnych, podobnie jak pracownicy, nie są wyłączeni spod podporządkowania kierownikom odpowiednich jednostek lub komórek organizacyjnych podmiotu leczniczego (resp. ordynatorom) i wydawanym przez nich poleceniom. Wynika to ze specyfiki organizacji pracy w podmiotach leczniczych/na oddziałach szpitalnych. Widać również, że pracodawca może kontrolować i oceniać dokonywane przez lekarza czynności. Zdaniem S. Puzynowskiej „przekazanie uprawnień kierowniczych przez pracodawcę ordynatorowi, jako osobie także będącej lekarzem i jednocześnie kierownikowi wyodrębnionej jednostki zakładu pracy, pozwala na rzetelne weryfikowanie działań lekarzy oraz udzielanie rad co do dalszego postępowania, również w zakresie wyodrębnionych wcześniej decyzji o diagnozie i terapii, w związku z posiadaniem odpowiedniej wiedzy oraz specjalistycznych kwalifikacji przez ordynatorów”⁸⁸. Fakt, że lekarz to jeden z zawodów cechujących się niezależnością i samodzielnością przy podejmowaniu decyzji w obrębie czynności dotyczących diagnozy i terapii⁸⁹, nie wykracza naszym zdaniem poza możliwość działania wpisaną w koncepcję podporządkowania autonomicznego, niezależnie od podstawy zatrudnienia. Nie zmienia tego także norma z art. 6 Kodeksu Etyki Lekarskiej, która głosi, że lekarz ma swobodę wyboru w zakresie metod postępowania, które uzna za najskuteczniejsze. Nadrzędnym celem pracy w ochronie zdrowia jest zdrowie, życie i bezpieczeństwo pacjentów. Zatem zagwarantowaniu lekarzom ustawowego zakresu samodzielności towarzyszyć

⁸⁸ S. Puzynowska, *Pracownicze podporządkowanie lekarzy...*, <https://www.rp.pl/Kadry/307129996-Pracownicze-podporzadkowanie-lekarzy---czy-przelozeni-moga-weryfikowac-ich-decyzje.html&cid=44&template=restricted> [dostęp: 31.08.2020].

⁸⁹ Tamże.

powinna przyznana pracodawcy możliwość panowania nad rezultatami wykonywanej pracy⁹⁰.

Dosyć restryktywne pod względem podmiotowym i przedmiotowym regulacje kodeksu pracy powodują, że zatrudnieni na podstawie umów cywilnoprawnych nie są objęci świadczeniami jednostronnymi przysługującymi pracownikom, takimi m.in. jak odpłatny urlop wypoczynkowy, uprawnienia wynikające z rodzicielstwa czy prawo do świadczeń z ubezpieczenia społecznego w razie wypadku przy pracy⁹¹. A dodatkowo w pewnym sensie odmawia im się nawet uznania, że podstawa ich zatrudnienia wypełnia większość podstawowych cech stosunku pracy⁹². Jako istotne argumenty za tym stanowiskiem powracają kwestie braku podporządkowania i brak konieczności osobistego świadczenia pracy w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, co, jak widzieliśmy, w przypadku lekarzy nie jest takie oczywiste. Nieemożliwość korzystania przez tę grupę z funkcji ochronnej prawa pracy

⁹⁰ Tamże.

⁹¹ Wyczerpującą listę takich świadczeń wymienia J. Świątkowski – Art. 2 KP, J. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018; <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pai6e101f.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrqgy3denjoobqxlrug4tinbqha2a#tabs-metrical-info> [dostęp: 9.09.2020].

⁹² Pomimo że postanowienia umów lekarzy z podmiotami zatrudniającymi wykazują wszelkie cechy podporządkowania i działania pod kierownictwem (osobistym i organizacyjnym) pracodawcy, za bardzo ważne uznać trzeba uwagi A. Sobczyka, który w kontekście dostępu np. do świadczeń gwarancyjnych nie traktuje cechy podporządkowania jako decydującej dla korzystania z nich/ich przyznawania: „Nie ma żadnych dowodów na to, że element podporządkowania ma aż tak istotne znaczenie, aby uzasadniał prawdziwą przepaść pomiędzy świadczeniami dla «pracujących podporządkowanych» i «pracujących niepodporządkowanych». Innymi słowy, nie da się wyjaśnić aksjologii znakomitej większości instytucji prawa pracy poprzez ich połączenie z «podporządkowaniem». Za równie niewystarczającą uważam – wciąż tak silnie występującą w prawie pracy – aksjologię ochrony «słabszego» przed «silniejszym», co ma uzasadniać ustawowe kształtowanie treści stosunku pracy, w imię wyrównywania pozycji faktycznej. Także i w tym wypadku nie ma żadnych dowodów na to, że pozycja «nie pracownika» w stosunku do podmiotu zatrudniającego jest silniejsza niż pozycja pracownika w stosunku do pracodawcy” – A. Sobczyk, *Prawo i człowiek pracujący – między ochroną godności a równości*, https://prawo.amu.edu.pl/__data/assets/pdf_file/0006/173499/Sobczyk-Prawo-i-czowiek-pracujacy-midzy-ochron-godnoci-a-rownoci.pdf, s. 1 [dostęp: 22.08.2020].

staje się z kolei atrakcyjna dla podmiotu zatrudniającego⁹³. Wydaje się, że cywilnoprawny charakter tych stosunków i właściwa im charakterystyka (równorzędność stron, normy *iuris dispositivi* itp) nie stanowią satysfakcjonującego wyjaśnienia tego problemu. Tym bardziej że wiele z tych cech odnajdujemy również w stosunku pracy (dobrowolność, autonomia woli stron, zobowiązaniowy charakter stosunku, zasada wzajemności⁹⁴). Problem ten i ewentualne drogi jego rozwiązania przedstawiła A. Musiała, wychodząc z założenia, że w obliczu konsekwentnego wzrostu tej formy zatrudnienia należy rozciągnąć na nią, w tej czy innej postaci, określone gwarancje ochronne w celu uniknięcia „swoistego dumpingu socjalnego”⁹⁵. Naszym zdaniem wskazane podobieństwa, a szczególnie wyraźne faktyczne podporządkowanie lekarza pracującego na kontrakcie ordynatorowi czy kierownikowi jednostki, uzasadniają możliwość rozciągnięcia na tych zatrudnionych ochrony przed mobbingiem w trybie przewidzianym przepisami prawa pracy.

3. Mobbing a wykonywanie zawodu lekarza

3.1. Mobbing – charakterystyka zjawiska

Przeprowadzona powyżej analiza, mająca na celu przybliżenie charakteru zatrudnienia cywilnoprawnego lekarzy oraz zagrożeń wynikających z wykonywania tego zawodu, prowadzi nas do tytułowego problemu, jakim jest mobbing w środowisku lekarskim. Mobbing nie jest zjawiskiem, które wpisuje się w listę zagrożeń charakterystycznych tylko dla zawodów medycznych, może dotknąć przedstawicieli każdej grupy zawodowej.

⁹³ A. Musiała, *Zatrudnienie niepracownicze*, s. 7. Należy zgodzić się z Autorką, gdy pisze: „nie można akceptować układu, w którym osoby świadczące pracę w warunkach zależności prawnych i ekonomicznych podobnych do tych, występujących w stosunku pracy zasadniczo nie korzystają z uprawnień i gwarancji ochronnych znamienych dla prawa pracy”.

⁹⁴ Art. 22 KP, K. Walczak (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020, <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pair20b4b.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrvvg4ydgngboobqxaalruhezdcmtg4zq> [dostęp: 20.09.2020].

⁹⁵ A. Musiała, *Zatrudnienie niepracownicze*, s. 255–256.

Jednak ze względu na szczególnie charakter pracy w ochronie zdrowia dużym wyzwaniem jest zapewnienie im kompleksowej ochrony przed tym wyjątkowo trudnym i niszczącym zjawiskiem.

W polskim kodeksie pracy definicja mobbingu pojawiła się w 2004 r.⁹⁶ Wcześniej kroki w kierunku przeciwdziałania mobbingowi w środowisku pracy podjęła Unia Europejska. W 2001 r. Parlament Europejski przyjął rezolucję w sprawie nękania w miejscu pracy. Rezolucja ta była punktem wyjścia dla wdrożenia regulacji prawnych w zakresie mobbingu w wielu krajach europejskich. W rezolucji wskazano, że mobbing jest przemocą psychiczną, która najczęściej rozpoczyna się od konfliktu z przełożonym, choć nie jest to regułą. Kolejne kroki podejmowane były przez Komisję Europejską, która w komunikacie dotyczącym strategii wspólnotowej w obszarze zdrowia i bezpieczeństwa w miejscu pracy na lata 2002–2006 wskazała na niebezpieczeństwa, jakie niesie za sobą nękanie i przemoc w pracy⁹⁷. Również Światowa Organizacja Zdrowia zajęła się tym tematem na początku XXI w., powołując grupę roboczą do spraw mobbingu i nękania psychicznego w pracy. Kolejne lata przyniosły rozwiązania w zakresie przeciwdziałania mobbingowi i innym trudnym zjawiskom w pracy, jak np. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 11 września 2018 r. w sprawie środków na rzecz zapobiegania mobbingowi i molestowaniu seksualnemu w pracy, przestrzeni publicznej i życiu politycznym w UE, a także zwalczania tych zjawisk⁹⁸.

Choć definicja mobbingu zawarta jest w k.p., a więc w świetle prawa odnosi się wyłącznie do pracowników w rozumieniu art. 2 k.p., w rzeczywistości mobbing jest aktem przemocy, który może spotkać każdą osobę wykonującą pracę, bez względu na podstawę zatrudnienia. Jest to na tyle poważne zjawisko, że rozszerzenie ochrony na pracowników zatrudnionych na podstawie kontraktów i innych umów powinno być działaniem priorytetowym. Doświadczenie mobbingu oddziałuje

⁹⁶ J. Marciniak, *Mobbing, dyskryminacja, molestowanie – zasady przeciwdziałania*, Warszawa 2011, s. 24.

⁹⁷ M.T. Romer, M. Najda, *Mobbing w ujęciu psychologiczno-prawnym*, Warszawa 2010, s. 190.

⁹⁸ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0331&from=EN> (2018/2055(INI) [dostęp: 22.01.2021]).

bowiem nie tylko na rozwój zawodowy, ale także kondycję psychofizyczną, często prowadząc do rozstroju zdrowia oraz odbijając się na relacjach z bliskimi.

Do lat 80. XX wieku mobbing nie był rozpatrywany jako zjawisko związane z miejscem pracy. Dopiero badania H. Leymanna, szwedzkiego lekarza, przyczyniły się do postrzegania mobbingu jako patologii istniejącej w środowisku zawodowym⁹⁹. Leymann, analizując przypadki swoich pacjentów, którzy zapadali na różne choroby z powodu złego traktowania w pracy, jako pierwszy podjął próbę przygotowania naukowego raportu na ten temat. Został on opublikowany przez Narodową Radę Bezpieczeństwa i Zdrowia Zawodowego w Sztokholmie w 1984 r. Leymann uznał mobbing przede wszystkim za zaburzenie prawidłowej komunikacji, które wpływa na wiele sfer życia, czyli zarówno życie zawodowe, jak i osobiste, a także na stan zdrowia pracownika. Leymann na podstawie przeprowadzonych badań wskazał na typowe zachowania komunikacyjne, mające destrukcyjny wpływ wobec ofiary. Zaliczył do nich: obrażanie, wyśmiewanie, deprecjonowanie, przy jednoczesnym uciśnianiu, przerywaniu wypowiedzi i niedopuszczaniu do głosu¹⁰⁰. Istotnym wnioskiem płynącym z jego badań jest uszeregowanie przejawów mobbingu w listę 45 kryteriów, podzielonych na pięć grup. Wyróżnienie tych przesłanek pokazuje, jak szkodliwe dla wielu sfer życia jest doświadczenie mobbingu. Wśród wyróżnionych przez Leymanna grup znajdują się przesłanki zaburzające możliwość komunikowania się, zaburzające stosunki społeczne, mające na celu zaburzenie społecznego odbioru osoby, mające wpływ na jakość sytuacji życiowej i zawodowej, a także mające szkodliwy wpływ na zdrowie ofiary¹⁰¹.

Do grupy oddziaływania zaburzającego możliwości komunikowania się zaliczył Leymann ograniczanie przez przełożonego oraz kolegów możliwości wypowiadania się, stałe przerywanie wypowiedzi, reagowanie na uwagi krzykiem lub głośnym wymyślaniem i pomstowaniem, ciągle

⁹⁹ M. Duffy, D.C. Yamada, *Workplace bullying and mobbing in the United States*, Praeger 2018, s. 7.

¹⁰⁰ M.T. Romer, M. Najda, *Mobbing w ujęciu psychologiczno-prawnym*, s. 18.

¹⁰¹ J. Marciniak, *Mobbing, dyskryminacja, molestowanie...*, s. 21–22.

krytykowanie wykonywanej pracy, ciągłe krytykowanie życia prywatnego, napastowanie przez telefon, ustne lub pisemne groźby i pogrożki, ograniczanie kontaktu przez poniżające, upokarzające gesty i spojrzenia, różnego rodzaju aluzje, bez jasnego wyrażania się wprost¹⁰². Ta grupa kryteriów ściśle odnosi się do mobbingu w środowisku lekarskim, bowiem najczęściej to właśnie przesłanki zaburzonej komunikacji charakteryzują akty nękania wśród pracowników ochrony zdrowia.

Druga grupa przesłanek opisanych przez Leymanna dotyczy działań i zachowań zaburzających relacje społeczne. W tej grupie wyróżnił Leymann działania, które mają na celu izolowanie w różnych formach ofiary od zespołu, np. poprzez unikanie przez przełożonego rozmów z ofiarą, niedawanie możliwości odezwania się, przesadzenie na miejsce z dala od kolegów, zabronienie kolegom rozmów z ofiarą czy traktowanie jak powietrza¹⁰³.

Leymann wskazał, że działania mobbera zmierzają także do zaburzenia reputacji osoby pokrzywdzonej (trzecia grupa przesłanek), co przejawia się poprzez mówienie źle za plecami tej osoby, rozsiewanie plotek, podejmowanie prób ośmieszenia pracownika, sugerowanie choroby psychicznej czy nieuzasadnione kierowanie na badanie psychiatryczne, wyśmiewanie niepełnosprawności czy kalectwa, parodiowanie sposobu chodzenia, mówienia lub gestów w celu ośmieszenia osoby, nacieranie na polityczne albo religijne przekonania, żarty i prześmiewanie życia prywatnego, wyśmiewanie narodowości, zmuszanie do wykonywania prac naruszających godność osobistą, fałszywe ocenianie zaangażowania w pracy, kwestionowanie podejmowanych decyzji, używanie wobec ofiary sprośnych przezwisk lub innych wyrażań, mających ją poniżyć, zaloty lub słowne propozycje seksualne. Zwróćmy uwagę, że w odniesieniu do lekarzy, dla których dobra opinia we własnym środowisku i wśród pacjentów jest kluczowa dla oceny ich kompetencji¹⁰⁴ i przekłada się np. na

¹⁰² Tamże, s. 21.

¹⁰³ Tamże, s. 22.

¹⁰⁴ Wystarczy popatrzeć na powodzenie serwisu Znanylekarz i stopień, w jakim potencjalni pacjenci kierują się ocenami sformułowanymi przez innych.

powodzenie w prywatnej praktyce, ta grupa działań może być bardzo krzywdząca.

W czwartej grupie wymienił Leymann przesłanki, które obniżają jakość sytuacji życiowej i zawodowej. Należą do nich np. niedawanie ofierze żadnych zadań do wykonania, odbieranie prac zadanych wcześniej do wykonania, ale także zlecanie wykonania prac bezsensownych czy zadań poniżej umiejętności pracownika. W grupie tej mieszczą się także zachowania odwrotne, czyli zarzucanie nowymi pracami do wykonania lub zadaniami przerastającymi możliwości pracownika, a także zlecanie zadań obraźliwych dla ofiary.

Do piątej grupy przesłanek zaliczył Leymann zachowania mobbera, które mają szkodliwy wpływ na zdrowie ofiary, za co uznać można zmuszanie do wykonywania prac szkodliwych dla zdrowia, grożenie przemocą fizyczną czy jej stosowanie lub znęcanie się fizyczne, przyczynianie się do ponoszenia kosztów, w celu zaszkodzenia poszkodowanemu, wyrządzanie szkód psychicznych w miejscu zamieszkania lub miejscu pracy ofiar, a także działania o podłożu seksualnym, co jest jednocześnie przesłanką molestowania seksualnego.

3.2. Regulacja zjawiska mobbingu w polskim prawie

Mobbing stanowi kwalifikowaną formę naruszenia godności pracownika, do ochrony której zobowiązany jest pracodawca zgodnie z brzmieniem art. 11¹ k.p. Definicja mobbingu wyrażona jest w art. 94³ § 2 k.p., który określa mobbing jako działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na uporczywym i długotrwałym nękaniu lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu współpracowników. Aby doszło do mobbingu, wszystkie przesłanki wymienione w tym przepisie muszą zostać spełnione łącznie¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 października 2019 r. o sygn. akt III APa 10/18 stwierdził, że ustawowe przesłanki mobbingu określone w art. 94³ § 2 k.p. muszą być spełnione łącznie i powinny być wykazane przez pracownika (art. 6 k.c.).

Do przejawów diagnostycznych mobbingu należy ciągłość negatywnych działań mobbera w stosunku do ofiary. By mówić o mobbingu, nękanie powinno trwać dłuższy czas, nie może to być zachowanie jednorazowe. Działania mobbera są zaś działaniami celowymi, nie są one przypadkowe i zmierzają do napiętnowania lub wręcz wykluczenia jednostki z grupy zawodowej. Samo nękanie, zgodnie z rozumieniem przyjmowanym przez polskie sądy pracy¹⁰⁶, oznacza natomiast trapienie, niepokojenie kogoś, niedawanie chwili spokoju, jak też ustawiczne dręczenie, niepokojenie czy też dokuczanie komuś (wyrządzanie mu przykrości). Nękanie w świetle kodeksowej definicji ma charakteryzować się uporczywością i długotrwałością. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego przesłanki te powinny występować razem. Sąd ten zauważył, że przesłanki „uporczywości” i „długotrwałości” na siebie oddziałują. Nie da się ich rozważać oddzielnie. Sama długotrwałość jest pojęciem, które zmieniałoby znaczenie: początkowo uważano, że aby można było mówić o długotrwałości, to negatywne działania muszą trwać minimum 6 miesięcy, przy częstotliwości nękania pracownika przynajmniej raz w tygodniu¹⁰⁷. Obecnie jednak odchodzi się od wskazywania 6 miesięcy jako granicy długotrwałości aktów mobbingu. Potwierdził to Sąd Najwyższy, wskazując, że długotrwałość nękania lub zastraszania pracownika w rozumieniu art. 94³ § 2 k.p. musi być rozpatrywana w sposób zindywidualizowany i musi uwzględniać okoliczności konkretnego przypadku¹⁰⁸. Nie jest zatem możliwe sztywne wskazanie minimalnego okresu niezbędnego do zaistnienia mobbingu. Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z 29 stycznia 2019 r. o sygn. akt III PK 6/18 stwierdził, że definicja mobbingu wyrażona w art. 94³ § 2 k.p. nie określa sztywnych granic czasowych ani częstotliwości występowania zachowań kwalifikowanych jako mobbingu na okres co najmniej 6 miesięcy. Wynika z niej jednak bezsprzecznie, że nie wystarczy jednokrotne lub kilkakrotne stosowanie mobbingu w krótkim okresie, gdyż

¹⁰⁶ Tak wskazuje SN w wyroku z 29 stycznia 2019 r., III PK 6/18.

¹⁰⁷ J. Marciniak, *Mobbing, dyskryminacja, molestowanie – przeciwdziałanie*, s. 16.

¹⁰⁸ Wyrok SN z 17 stycznia 2007 r. o sygn. akt I PK 176/06.

uporczywość i długotrwałość nękania lub zastraszania pracownika są cechami relewantnymi mobbingu.

Kolejną cechą mobbingu jest spowodowanie zaniżonej oceny pracowniczej u osoby nim dotkniętej. Wiąże się ona z profesjonalizmem i fachowością w stosunkach zawodowych, na które wskazuje definicja godności pracowniczej stworzona przez J. Jończyka w 1965 r. i często cytowana przez sądy¹⁰⁹. Zgodnie z nią godność pracownicza to poczucie własnej wartości, oparte na opinii dobrego fachowca i sumiennego pracownika oraz na uznaniu zdolności, umiejętności i wkładu pracy pracownika przez jego przełożonych¹¹⁰. Widzimy tu, jak istotnym elementem godności, która jest szczególnym rodzajem dobra osobistego chronionego przez pracodawcę, jest ocena pracownicza, wyrażająca się również w szacunku innych osób do pracownika i wkładu jego pracy. Tym samym zachowania mobbera dotyczą niezwykle ważnej dla każdego pracownika potrzeby bycia postrzeganym jako osoba kompetentna, mająca wiedzę i umiejętności. Nieco inną definicję godności pracowniczej stworzył J.A. Piszczek, określając godność pracowniczą jako zespół wartości wytworzonych na podstawie wskazanych procesów ocennych, składających się na sferę życia psychicznego jednostki w związku z jej uczestnictwem w stosunku pracy¹¹¹. Godność wyrażona w przepisach k.p. jest to szczególna kategoria, która nawiązuje i jednocześnie uszczegóławia zasadę konstytucyjną wyrażoną w art. 30 Konstytucji RP. Należy zauważyć jednak, że oba pojęcia, choć wydają się tożsame, w rzeczywistości mają inne źródła. Godność wyrażona w art. 30 Konstytucji jest godnością osobową, przyrodzoną i niezbywalną, natomiast godność wyrażona w k.p. jest dodatkowo dobrem osobistym, które co prawda w swej naturze nie jest niezbywalne i nawiązuje do katalogu dóbr osobistych zawartego w kodeksie cywilnym, ale co do istoty wychodzi od specyfiki ujęcia

¹⁰⁹ Na definicję godności pracowniczej powołał się m.in. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 3 listopada 2016 r. o sygn. akt III APa 23/16.

¹¹⁰ J. Jończyk, *Spory ze stosunku pracy*, Warszawa 1965, s. 135.

¹¹¹ J.A. Piszczek, *Cywilnoprawna ochrona godności pracowniczej*, Toruń 1981, s. 47–48.

konstytucyjnego¹¹². Obowiązek poszanowania godności wynikający z k.p. jest ponadto jedną z podstawowych zasad prawa pracy, co podkreśla wagę tej regulacji.

Kolejną istotną przesłanką mobbingu wskazaną w definicji kodeksowej jest izolowanie pracownika. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 14 listopada 2008 roku o sygn. akt II PK 88/08, izolacja pracownika w grupie współpracowników nie stanowi autonomicznej cechy mobbingu. Tylko izolacja w grupie pracowniczej będąca następstwem działań polegających na negatywnych zachowaniach objętych dyspozycją tej normy (nękanie, zastraszanie, poniżanie, ośmieszanie) uzasadnia przyjęcie zaistnienia mobbingu.

Mobbing bywa czasem mylony z konfliktem, ze zlecaniem zbyt dużej ilości pracy czy nadmierną kontrolą. Jednak by można było mówić o mobbingu, konieczne jest spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w definicji kodeksowej łącznie. Sądy w wielu wyrokach wskazywały, jakich zachowań nie należy postrzegać jako mobbingu. I tak, dla przykładu Sąd Najwyższy wskazał, że wykonywanie czynności kontrolnych wobec pracownika może naturalnie łączyć się dlań ze stresem, nie oznacza jednak od razu szykanowania pracownika¹¹³. Podobnie Sąd ten odniósł się do krytyki, którą pracownicy odbierają jako działania mobbingowe. Stwierdził, że nawet niesprawiedliwa, lecz incydentalna krytyka pracownika nie może być kwalifikowana jako mobbing. Samo poczucie pracownika, że podejmowane wobec niego działania i zachowania mają charakter mobbingu, nie są wystarczającą podstawą do stwierdzenia, że rzeczywiście on występuje¹¹⁴. Istnienie konfliktu może przyczyniać się do późniejszego powstania mobbingu, jednak sam w sobie konflikt nie wypełnia znamion mobbingu.

¹¹² Szerzej na temat konstytucyjnego ujęcia godności por. T. Chauvin, *Homo iuridicus-człowiek jako podmiot prawa publicznego*, Warszawa 2014, s. 268 in. oraz cytowana tam literatura.

¹¹³ Wyrok SN z 29 stycznia 2005 r., o sygn. akt II PK 198/04.

¹¹⁴ Tak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 8 lutego 2018 r. o sygn. akt III APa 74/17.

3.3. Zagrożenie mobbingiem w środowisku medycznym

Placówki medyczne ze względu na sam charakter stosunków w nich panujących często funkcjonują w oparciu o hierarchiczne, a czasem nawet feudalne relacje. Dochodzi do tego duża liczba zawodowych „stresorów”. Z tej racji są one szczególnie narażone na zjawisko mobbingu, co potwierdzają badania¹¹⁵. Wskazuje się, że hierarchiczna i paternalistyczna struktura organizacyjna sprzyja pojawianiu się takich praktyk. Mobbing może pojawić się w relacji pionowej między przełożonymi a pracownikami, ale także w relacjach poziomych, między współpracownikami¹¹⁶. Ocena psychospołecznych zagrożeń zawodowych zakłada, że im więcej w danym środowisku zawodowym/wspólnocie zakładowej jest tzw. stresorów, tym większe ryzyko pojawienia się zachowań niepożądanych w stosunkach pracy. Przegląd wskazywanych w literaturze zagrożeń zawodowych pokazuje, jak wiele z nich odpowiada warunkom, w jakich pracują pracownicy ochrony zdrowia. Zalicza się do nich: samodzielne podejmowanie odpowiedzialnych decyzji (za życie i zdrowie innych); wymóg gotowości do szybkiego reagowania; świadczenie pracy w trudnych warunkach; obawa o własne życie i zdrowie; praca wykonywana bez kontaktu z innymi osobami na równorzędnych stanowiskach; uzależnienie realizacji zadań od tego, czy i jak pracę wykonały inne osoby bez możliwości kontroli i kierowania nimi; wymóg ścisłej współpracy zespołowej; ciągle unowocześnianie technologii stosowanej do wykonywania pracy powodującej ustawiczny proces szkolenia¹¹⁷.

W środowisku lekarskim szczególnie często pojawiają się wspomniane negatywne działania o charakterze komunikacyjnym. Nieprawidłowe relacje między lekarzami, które tworzą nieprzyjazną atmosferę w pracy i skutkują mobbingiem, objawiają się przede wszystkim poprzez rozprowadzanie

¹¹⁵ J. Wykowski, *Mobber w szpitalu nadal czuje się jak ryba w wodzie*, rynekzdrowia.pl, <https://www.rynekzdrowia.pl/Po-godzinach/Mobber-w-szpitalu-nadal-czuje-sie-jak-ryba-w-wodzie-Po-godzinach,198388,10.html> [dostęp: 31.01.2021].

¹¹⁶ K. Sikorska-Bednarczyk, *Mobbing w placówkach medycznych*, <https://mobbingwmiescjupracuj.pl/wp-content/uploads/2018/12/ebook-Mobbing-w-plac%C3%B3wkach-medycznych.pdf> [dostęp: 9.10.2020].

¹¹⁷ Art. 94³ KP, A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020.

nieprawdziwych informacji o przebiegu pracy zawodowej ofiary czy rozprzestrzenianie plotek o jej życiu prywatnym. Często chodzi również o nieinformowanie jej o ważnych faktach związanych z pracą, a nawet zatajanie istotnych informacji oraz niedopuszczanie ofiary do głosu i oskarżanie o lenistwo. Ośmiesza się opinie głoszone przez osobę nękaną, a nawet jej wygląd czy styl bycia. Działania te wpływają na reputację lekarza i podważają jego kompetencje. Często ma miejsce kontrolowanie każdej podjętej przez ofiarę decyzji, pomimo oczywistej, wpisanej w ten zawód swobody działania. W relacjach między przełożonym a lekarzem najczęściej pojawiają się zachowania, które mają na celu umniejszenie kompetencji lekarza i zaniżenie jego oceny przydatności zawodowej, takie jak pozbawianie odpowiedzialnych zadań, zlecanie zadań poniżej kompetencji, przypisywanie niepopelnionych błędów, publiczne podawanie w wątpliwość kompetencji, pomijanie przy awansach i celowe pomijanie i niespełnianie próśb ofiary przy planowaniu pracy¹¹⁸, a także brak odpowiedzi na pytania i wątpliwości oraz traktowanie obrony ofiary jako buntu¹¹⁹. Środowisko to jest na tyle narażone na działania mobbingowe, że powstają grupy¹²⁰, które mają chronić lekarzy i młodych lekarzy rozpoczynających karierę przed trudnymi zjawiskami w pracy, o czym jest coraz głośniejsze w mediach¹²¹. Konsekwencje mobbingu w środowisku lekarskim są przykre i trudne do zaakceptowania, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę niejako misyjny charakter zawodów medycznych. Warto w tym kontekście przywołać zasady, którymi powinni kierować się lekarze w stosunkach

¹¹⁸ L. Sadowska, S. Kańczuła, *Występowanie mobbingu w środowisku służby zdrowia (Aspekty prawne, społeczne i terapeutyczne)*, „Przegląd Medyczny Uniwersytetu Rzeszowskiego i Narodowego Instytutu Leków w Warszawie”, 3/2010, s. 368.

¹¹⁹ K. Sikorska-Bednarczyk, *Mobbing w placówkach medycznych*, <https://mobbingwmiestcupracy.pl/wp-content/uploads/2018/12/ebook-Mobbing-w-plac%C3%B3wkach-medycznych.pdf> [dostęp: 9.10.2020].

¹²⁰ Przykładem może być specgrupa działająca w ramach Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Lekarzy. W ciągu miesiąca od powstania grupy jej założyciel otrzymał ponad 20 sygnałów o podejrzeniu mobbingu.

¹²¹ K. Kowalska, *Lekarze chcą walczyć z mobbingiem w branży i pomagać ofiarom*, <https://www.rp.pl/Lekarze-i-pielegniarki/307049894-Lekarze-chca-walczyć-z-mobbingiem-w-branży-i-pomagać-ofiarom.html> [dostęp: 8.10.2020].

pracy, czyli m.in. art. 52 zobowiązujący lekarzy do okazywania sobie wzajemnego szacunku oraz art. 53 Kodeksu Etyki Lekarskiej, który wyraźnie głosi, że lekarze pełniący funkcje kierownicze powinni traktować swoich pracowników zgodnie z zasadami etyki.

3.4. Wzorzec ofiary rozsądnej

Jak wspominaliśmy wyżej, w orzecznictwie utrwalił się pewien idealny wzór postępowania osoby, która doświadcza mobbingu, a który powinna przyjąć, by móc skutecznie się przed nim bronić. Wzór ten został nazwany „wzorcem ofiary rozsądnej”. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia z 7 maja 2009 r. o sygn. akt III PK 2/09, stworzenie takiego obiektywnego wzorca pozwoli z zakresu mobbingu wyeliminować przypadki wynikające z nadmiernego subiektywizmu pracownika bądź przesadnej wrażliwości. W postanowieniu z dnia 19 marca 2012 r.¹²² Sąd Najwyższy stwierdził z kolei, że badanie i ocena subiektywnych odczuć osoby, która uważa, iż znęca się nad nią przełożony, nie może stanowić podstawy do ustalania odpowiedzialności za mobbing. Ocena ta musi się opierać na obiektywnych kryteriach. Zgodnie z założonym w orzecznictwie modelem ofiara rozsądna powinna być osobą silną psychicznie, która doświadczając trudności, będzie w stanie jednocześnie zbierać dowody potwierdzające negatywne zachowania skierowane wobec pracownika i wykaże się asertywnością. W przeciwnym wypadku udowodnienie mobbingu staje się niemal niemożliwe ze względu na brak materiału dowodowego. Uzupełniając obraz osoby racjonalnej, wskazać należy na definicję wyrażoną w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2018 r. (I PK 70/17). Zgodnie z nią kwalifikowanie określonego zachowania (pracodawcy) jako naruszenia dóbr osobistych (w tym czci i godności osobistej pracownika) nie może się odbywać według miary indywidualnej wrażliwości zainteresowanego (ocena subiektywna), który czuje się dotknięty zachowaniem innej osoby, ale powinno też uwzględniać elementy obiektywne, a więc mieć na uwadze odczucia przeciętnego odbiorcy – osoby rozsądnej i racjonalnie

¹²² Postanowienie Sądu Najwyższego z 19 marca 2012 r. (II PK 303/11).

oceniającej, nieobciążonej uprzedzeniami, nieskłonnej do wyrażania ekstremalnych sądów. Przyjęty wzorzec ma przede wszystkim na celu ochronę pracodawcy przed nadmiernie wrażliwymi pracownikami, którzy stresujące sytuacje w pracy przedwcześnie przyjmują jako mobbing. Ochrona ta jest uzasadniona, z drugiej strony stanowi barierę dla pracowników, którzy w rezultacie mają problem z udowodnieniem mobbingu. Często osoba poddawana nękanii nie zachowuje się „rozsądnie” w rozumieniu zawartym w orzecznictwie, ze względu na mechanizmy psychologiczne działające w wyniku przeżytej traumy, jak wyuczona bezradność czy lęk przed stygmatyzacją.

Analizując przyjęty w orzecznictwie wzorzec ofiary rozsądnej, w odniesieniu do środowiska medycznego można wysnuć wniosek, że wiele cech lekarzy predestynuje ich do wypełnienia tego wzorca. Przy obiektywizacji zjawiska mobbingu sądy biorą pod uwagę wzór przeciętnie odpornego psychicznie człowieka. Oczywiście, nie można określić szczegółowo, na czym polega przeciętna odporność psychiczna człowieka, jednak z pewnością osoba o takiej odporności musi umieć postawić granice w przypadku nagannych zachowań kierowanych przeciwko niej i wykazywać postawę asertywną. Przypuszczać można, że ze względu na zakres obowiązków lekarza, osoby, które wybierają ten zawód, powinny charakteryzować się ponadprzeciętną odpornością psychiczną. Jak pisze J. Hartman, służba lekarza opiera się na wiedzy i kunszcie¹²³; przyjmuje się, że lekarz jako przedstawiciel zawodu zaufania publicznego powinien być człowiekiem inteligentnym i ogólnie wykształconym, mądrym życiowo, któremu pacjent nie będzie bał się powierzyć ochrony.

Zawód lekarza jest zatem szczególnym przypadkiem, z którego wykonywaniem wiąże się wzięcie odpowiedzialności za ludzkie zdrowie i życie. Najważniejsze w etosie lekarza wydają się zaufanie i postawa opiekuńcza¹²⁴. Poświęcenie, uwidaczniające się także w pracy w nocy czy w trakcie urlopu, dotyczy gotowości do ochrony życia ludzkiego

¹²³ J. Hartman, *Bioetyka dla lekarzy*, Warszawa 2012, s. 59.

¹²⁴ Tamże, s. 60.

nawet w sytuacjach niebezpiecznych. Lekarza powinna więc cechować także odwaga, np. gdy leczy pacjentów chorych na choroby zakaźne albo świadczy pomoc w przypadku katastrofy, jednocześnie narażając własne życie. Można przyjąć zatem z dużym prawdopodobieństwem, że lekarza nie będzie charakteryzowała nadwrażliwość w relacjach pracowniczych. Powinna go wręcz cechować większa odporność i siła psychiczna niż przedstawicieli innych zawodów. W rezultacie powstaje więc pytanie, czy te szczególne oczekiwania nie przekładają się zarazem na oczekiwanie słabszej ochrony w przypadku doświadczania mobbingu w stosunkach pracowniczych z kolegami i przełożonymi.

3.5. Ochrona przed mobbingiem wynikająca z kodeksu cywilnego i z kodeksu pracy

Zdaniem T. Liszcz stan rzeczy, w którym szersza ochrona przyznana jest pracownikom zatrudnionym na podstawie umów o pracę niż na kontraktach, powinien ulec zmianie nie tylko w odniesieniu do przepisów antymobbingowych¹²⁵. Osoby zatrudnione na innej podstawie niż umowa o pracę mogą chronić się przed mobbingiem jedynie w drodze cywilnoprawnej ochrony dóbr osobistych. Zgodnie z art. 23 k.c. dobra osobiste człowieka, w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny cywilistycznej, dobra osobiste to indywidualne wartości świata uczuć oraz stanu psychicznego człowieka, które mają charakter przyrodzony i przysługują na równi wszystkim ludziom, niezależnie od ich cech osobistych. Zarówno wyodrębnienie dóbr osobistych, jak i ocena, czy doszło do ich naruszenia, także w przypadku prawa cywilnego następuje w oparciu o kryteria obiektywne (społeczną aprobatę dla ochrony konkretnej wartości oraz negatywną ocenę zachowania naruszającego tę wartość), przy czym

¹²⁵ T. Liszcz, *Aksjologiczne podstawy prawa pracy, zarys problematyki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Skłodowskiej-Curie, Lublin 2018, s. 14–16.

pod uwagę należy brać jedynie opinię osób rozsądnie myślących (wyr. SN z 29 września 2010 r., V CSK 19/10, OSNC-ZD 2011, Nr B, poz. 37)¹²⁶. Sytuację mobbingu można odnieść przede wszystkim do naruszenia godności, czci (choć podkreślić należy, że nie jest to pojęcie tożsame z pojęciem godności wyrażonej w kodeksie pracy), zdrowia (w rozumieniu Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia¹²⁷) i prywatności. Osoba, która doznała mobbingu, ale zatrudniona jest na innej podstawie niż umowa o pracę, może bronić swoich dóbr osobistych zgodnie z przepisem art. 24 k.c. Może zatem żądać od mobbera zaniechania działania o charakterze nękania, może także żądać, ażeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Na zasadach przewidzianych w kodeksie ofiara mobbingu może również żądać zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. Korzystanie z ochrony cywilnoprawnej dóbr osobistych (dodajmy – dostępne również dla pracowników w sensie kodeksowym) można uznać za zarazem bardziej i mniej korzystne dla osób zatrudnionych na kontraktach. Z jednej strony bowiem w trybie tym można dochodzić naruszeń niewypelniających ściśle przesłanek przewidzianych dla stwierdzenia mobbingu w prawie pracy lub takich, które nie doprowadziły do rozstroju zdrowia. Z drugiej strony zastosowanie normy k.p., a nie k.c., pozwala dochodzić zadośćuczynienia od pracodawcy, także jeżeli nie jest on sprawcą mobbingu. Osoby zatrudnione na umowach cywilnoprawnych tej możliwości nie mają.

Inaczej prezentuje się ochrona pracowników zapewniona przez przepisy kodeksu pracy. Zgodnie z art. 94³ § 1 k.p. pracodawca jest obowiązany przeciwdziałać mobbingowi, a zadanie to należy do jego podstawowych

¹²⁶ Art. 23 KC, red. K. Osajda 2020, wyd. 27/P. Sobolewski; <https://sip-1legalis-1pl-1kn2pai6e0c6a.han.buw.uw.edu.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrxgqydmzooobqxalrvgu4tcnbzgi4a> [dostęp: 13.02.2021].

¹²⁷ Dz.U. z 1948 r. Nr 61, poz. 477 ze zm.; por także definicję zdrowia w: T. Chauvin, *Homo iuridicus...*, s. 344 i n. oraz cytowana tam literatura.

obowiązków¹²⁸. W postanowieniu z 30 sierpnia 2018 r. I PK 184/17 Sąd Najwyższy wskazał, że „pracodawca jest obowiązany wpływać na kształtowanie w zakładzie pracy zasad współzycia społecznego (co stanowi art. 94 pkt 10 k.p.), ma obowiązek przeciwdziałać mobbingowi (art. 94³ § 1 k.p.), ma obowiązek szanować godność i inne dobra osobiste pracownika (art. 11¹ k.p.). Z tych ogólnie sformułowanych obowiązków wynikają obowiązki szczegółowe – dbanie o dobrą atmosferę w pracy, przeciwdziałanie konfliktom, zapobieganie naruszaniu godności pracowników. Nie jest dopuszczalne (jest niezgodne z zasadami współzycia społecznego) wzajemne odnoszenie się do siebie pracowników z użyciem słów obraźliwych, wulgarnych, obelżywych i obscenicznych”.

Z kolei inne wyroki wyraźnie wskazują, że pracodawca jest również zobowiązany do dochowania należytej staranności w przeciwdziałaniu mobbingowi poprzez szkolenie pracowników, informowanie o niebezpieczeństwie i konsekwencjach mobbingu czy stosowanie procedur, które umożliwią wykrycie i zakończenie tego zjawiska, np. anonimowych ankiet¹²⁹. Dalej Sąd Najwyższy wskazuje, że dobór środków przeciwdziałania mobbingowi uzależniony jest od decyzji samego pracodawcy i jego możliwości.

W sytuacji wystąpienia mobbingu to pracodawca ponosi odpowiedzialność za zdarzenie, nawet jeśli nie on stosował mobbingu osobiście. W razie wyroku korzystnego dla pracownika, który doznał mobbingu, to pracodawca jest zobowiązany do wypłacenia odszkodowania lub zadośćuczynienia bądź obu tych świadczeń łącznie. W wyroku z 8 sierpnia 2017 r. o sygn. I PK 206/16 Sąd Najwyższy uznał, że za zdarzenie zwiększające lub potęgujące poczucie krzywdy pracownika poddanego mobbingowi powinno być uznane zawinione nieprzeciwdziałanie mobbingowi przez przełożonych mobbera. Obowiązek przeciwdziałania mobbingowi przez pracodawcę stanowi dodatkową ochronę dla pracownika, także pod kątem proceduralnym. Obowiązek ten wiąże się bowiem z koniecznością

¹²⁸ K. Jaworska, *Uprawnienia pracownika w razie zaistnienia mobbingu w zakładzie pracy*, „Studia Prawno-ustrojowe” 29, UWM 2015, s. 94 oraz cytowana tam literatura.

¹²⁹ Tak stwierdził SN w wyroku z 3 sierpnia 2011 r., o sygn. akt I PK 35/11.

wdrożenia procedury, z której mogliby korzystać pracownicy w sytuacji podejrzenia mobbingu. Oznacza to, że pracodawca powinien stworzyć politykę antymobbingową, w której określone będzie, do kogo i w jakiej formie pracownik może złożyć skargę w przypadku doświadczania mobbingu. Polityka taka określa również sposób procedowania w przypadku wpłynięcia skargi i dalszy tryb jej rozpatrywania. Szczególnie ważne jest powołanie bezstronnej komisji antymobbingowej, która zbada sprawę i w przypadku stwierdzenia mobbingu skieruje do pracodawcy rekomendacje dotyczące ochrony pracownika i wyciągnięcia określonych konsekwencji wobec osoby stosującej mobbing¹³⁰.

Obowiązek przeciwdziałania mobbingowi przez pracodawcę ma na celu również uwrażliwienie środowiska pracy na trudne zjawiska i przygotowanie na szybką reakcję w razie zaistnienia nieprawidłowości. Edukacja ma wielką wartość w zakresie ochrony pracowników przed działaniami niepożądanymi, a najczęściej realizowana jest wówczas, gdy pracodawca jest do tego zobowiązany. Przepisy k.c. nie nakładają takiego obowiązku, a jedynie wyżej omówiony obowiązek ochrony dóbr osobistych. Zatem ochrona ta ma znacznie węższy zakres i nie stanowi prawdziwej odpowiedzi na ryzyko pojawienia się mobbingu.

Inne są także roszczenia wynikające z ochrony ustawionej w k.p. Zatrudniona na umowę o pracę osoba, wobec której zastosowano mobbing, może skorzystać z dwóch możliwości dochodzenia swoich praw. Należą do nich zadośćuczynienie pieniężne oraz odszkodowanie. W sytuacji, gdy mobbing wywołał rozstrój zdrowia pracownika, może on dochodzić zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, o czym stanowi art. 94³ § 3 k.p. Roszczenie to aktualizuje się, jeśli rozstrój zdrowia jest udowodniony w kategoriach medycznych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2009 r., sygn. akt III PK 2/09). Sąd podkreślił, że nie jest wystarczające wykazanie następstw w sferze psychicznej poszkodowanego, takich jak uczucie smutku, przygnębienia, żalu i innych negatywnych emocji. Istnieje szereg chorób, które mogą być wywołane doświadczeniem

¹³⁰ M. Gajda, *Wewnątrzzakładowa polityka antymobbingowa jako środek przeciwdziałający mobbingowi w miejscu pracy*, „Monitor Prawa Pracy”, 2/2018, dostęp Legalis.

mobbingu. Należą do nich wszelkie choroby zachodzące w sferze psychiki, jednak choroby somatyczne, takie jak m.in. choroby układu krążenia czy choroby układu pokarmowego (zwłaszcza czynnościowe), również są charakterystyczne jako efekt mobbingu¹³¹.

Przy ustalaniu kwoty należnej z tytułu mobbingu brane są pod uwagę wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na rozmiar krzywdy. Zadośćuczynienie powinno więc mieć charakter całościowy i obejmować zarówno cierpienia fizyczne (a więc ból i inne dolegliwości), jak i psychiczne (czyli negatywne uczucia doznawane w związku z cierpieniami fizycznymi lub następstwami uszkodzenia ciała czy rozstroju zdrowia) już doznane oraz uwzględniać czas ich trwania. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 sierpnia 2017 r. I PK 206/16 wskazał jednak, że należy brać również pod uwagę krzywdę mogącą wystąpić w przyszłości. Co ważne, zasądzana kwota zadośćuczynienia musi być odpowiednia, utrzymana w rozsądnych granicach, ukierunkowana na utrzymanie dotychczasowych warunków i stopy życiowej osoby poszkodowanej. Kompensata nie może powodować wzbogacenia osoby poszkodowanej, ale wyrównywać krzywdę spowodowaną rozstrojem zdrowia wskutek doświadczonego mobbingu.

Oprócz zadośćuczynienia poddany mobbingowi pracownik może dochodzić od pracodawcy odszkodowania. W związku z tym typem roszczeń wskazać należy niedawną nowelizację k.p.¹³², zgodnie z którą można żądać odszkodowania bez konieczności rozwiązania umowy o pracę, co było konieczne we wcześniejszym stanie prawnym. Artykuł 94³ § 4 k.p. w obecnym kształcie stanowi, że pracownik, który doznał mobbingu lub wskutek mobbingu rozwiązał umowę o pracę, ma prawo dochodzić od pracodawcy odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone na podstawie odrębnych przepisów. Odszkodowanie zasądzone jest na podobnych zasadach jak zadośćuczynienie, jednak w celu przyznania odszkodowania nie jest konieczne udokumentowanie rozstroju zdrowia, a jedynie wykazanie, że doszło do mobbingu.

¹³¹ B.W. Wasilewski, *Następstwa psychologiczne i zdrowotne mobbingu*, „Sztuka Leczenia” 3–4 /2005, t. XII, s. 39–41.

¹³² Ustawa z dnia 7 września 2019 r.

Podsumowanie

Niniejszy artykuł ma na celu uwypuklenie istotnego problemu, z którym mierzą się zatrudnieni na umowach cywilnoprawnych (kontraktach) przedstawiciele zawodów medycznych, czyli brak należytej ochrony przed mobbingiem. Jak pokazała nawet mocno uproszczona analiza przepisów chroniących przed nękaniami w środowisku pracy, pracownik w znaczeniu kodeksowym podlega szczególnej ochronie w tym względzie w związku z zatrudnieniem na podstawie umowy o pracę. Tymczasem, co staraliśmy się wykazać, praca w placówkach medycznych, niezależnie od tego, na jakiej podstawie jest wykonywana, podlega *de facto* w tym samym stopniu podporządkowaniu kierownikowi jednostki. Umowy o świadczenie usług zawierane przez osoby samozatrudnione bardzo często zawierają postanowienia odpowiadające kodeksowym przesłankom stosunku pracy. Pomimo tego w sytuacji doświadczania zachowań mobbingowych (co w środowisku medycznym, z racji stresujących warunków pracy, a czasem nawet po prostu zawiści o kompetencje czy uznanie wśród pacjentów) osoby te pozostają bez należytej ochrony. Wskazywaliśmy na początku te przepisy k.p., które działaniem obejmują wszystkich zatrudnionych. W kwestii tak ważnej jak ochrona przed mobbingiem zasadne wydaje nam się takie znowelizowanie przepisów, by sytuacja pracownika i osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej została tu przybliżona, jeśli nie zrównana. Osoby, które doświadczają tego typu negatywnych zjawisk, często nie potrafią znaleźć instrumentów chroniących je w odpowiedni sposób. W rezultacie pozostają bezradne w obliczu nękania lub zmieniają miejsce pracy, choć ten ostatni manewr nie wyklucza ciągnięcia się za nimi „złej sławy” spowodowanej niezgłoszonymi aktami mobbowania. Wielu przedstawicieli doktryny prawa pracy prezentuje stanowisko, zgodnie z którym przynajmniej niektóre przepisy ochronne stosowane wobec pracowników w znaczeniu kodeksowym powinny obejmować wszystkich rozumianych jako osoby pracujące. W tym sensie mobbing należy traktować jako zjawisko uniwersalne, obecne w stosunkach pracowniczych, niezależnie od podstawy zatrudnienia, z jakiej wynikają. Pamiętajmy też, że mobbing dotyka nie tylko osobę go doświadczającą, ale również jego najbliższych i co ważne – całej

organizacji. Nie jest to problem jednostkowy, ale zbiorowy, często wynikający ze wspomnianego hierarchicznego stylu zarządzania. Zgodzić się trzeba z D. Dörre-Kolasą, która komentując obowiązek pracodawcy przeciwdziałania mobbingowi, zaznacza, że „prawo do świadczenia pracy w warunkach wolnych od mobbingu należy się bowiem pracownikowi nie w zamian za pracę na rzecz pracodawcy, ale dlatego, że jest członkiem pewnej społeczności, którą prawo chroni przed zdarzeniami mogącymi mieć negatywny wpływ na realizację prawa do godnego życia”, a w rezultacie „beneficjentem obowiązku przeciwdziałania mobbingowi jest każdy konkretny pracownik, ale tylko w tym znaczeniu, iż jest on częścią wspólnoty zakładowej jako całości, wobec której z mocy ustawy pracodawca zostaje zobowiązany do podejmowania działań prewencyjnych, a nie z mocy umowy zawartej z pracodawcą”¹³³. Takie ujęcie problemu mobbingu w naszej opinii uzasadnia „demokratyzację” ochrony przed nim: wspólnotę zakładową tworzą przecież wszystkie osoby zatrudnione w danym miejscu pracy.

Bibliografia

- H. Arendt, *Kondycja ludzka*, Warszawa 2000.
- B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009.
- CBOS, Komunikat z badań: *Opinie na temat funkcjonowania opieki zdrowotnej*, nr 89/2018.
- T. Chauvin, *Homo iuridicus – człowiek jako podmiot prawa publicznego*, Warszawa 2014.
- M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2019.
- A. Drozd, *Przemiany pojęcia „stosunek pracy” – wpływ orzecznictwa i prawa sędziowskiego?*, [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy*, Warszawa 2011.
- A. Dubowik, *Podporządkowanie w umownym zatrudnieniu cywilnoprawnym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1/2019.
- M. Duffy, D.C. Yamada, *Workplace bullying and mobbing in the United States*, Praeger 2018.

¹³³ Art. 943 KP, A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2020.

- T. Duraj, *Koncepcja „autonomicznego podporządkowania” – konflikt między autonomią pracownika a jego podporządkowanie pracodawcy*, https://prawo.amu.edu.pl/___data/assets/pdf_file/0006/175533/dr-Tomasz-Duraj.pdf.
- T. Duraj, *Tradycyjne ujęcie pracowniczego podporządkowania – wybrane problemy prawne*, „*Studia Prawno-Ekonomiczne*”, t. LXXXIII, 2011.
- M. Jarota, *Funkcja ochronna prawa pracy na przykładach wybranych regulacji państw europejskich*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia*”, vol. LXII, 2, 2015.
- L. Florek, Ł. Pisarczyk, *Prawo pracy*, Warszawa 2020.
- M. Gajda, *Wewnątrzzakładowa polityka antymobbingowa jako środek przeciwdziałający mobbingowi w miejscu pracy*, *Monitor Prawa Pracy*, 2/2018.
- A. Gersdorf, *Między ochroną a efektywnością. Systemowe i terminologiczne aspekty objęcia cywilnoprawnych umów o zatrudnienie ustawodawstwem pracy*, „*Praca i Zabezpieczenie Społeczne*” 1/2019.
- K. Golusińska, *Kontrakty w medycynie – o wadach i zaletach dla zarządzających i lekarzy*, <http://medicalmaestro.pl/index.php/kontrakty-w-medycynie-o-wadach-i-zaletach-dla-zarzadzajacych-i-lekarzy/>.
- Ż. Grygiel-Kaleta, *Ekspansja przepisów ochronnych na niepracownicze stosunki zatrudnienia – rozważania de lege lata i de lege ferenda na przykładzie umów zlecenia – zagadnienia wybrane*, „*Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej*” 1/2018.
- P. Grzebyk, Ł. Pisarczyk, *Krajobraz po reformie. Zbiorowa reprezentacja praw i interesów zatrudnionych niebędących pracownikami*, „*Prawo i Zabezpieczenie Społeczne*”, 1/2019.
- J. Hartman, *Bioetyka dla lekarzy*, Warszawa 2012.
- K. Jaworska, *Uprawnienia pracownika w razie zaistnienia mobbingu w zakładzie pracy*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 29, UWM 2015.
- J. Jończyk, *Spory ze stosunku pracy*, Warszawa 1965.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2020.
- Kodeks pracy. Komentarz*, red. K. Walczak, Warszawa 2020.
- Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 24*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- K. Kowalska, *Lekarze chcą walczyć z mobbingiem w branży i pomagać ofiarom*, <https://www.rp.pl/Lekarze-i-pielegniarki/307049894-Lekarze-chca-walczyz-z-mobbingiem-w-branzy-i-pomagac-ofiarom.html>.

- A. Krzywoń, *Konstytucyjna ochrona pracy i praw pracowniczych*, Warszawa 2017.
- Z. Kubot, *Pojęcie kierownictwa pracodawcy*, [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI-go wieku: księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, Warszawa–Łódź 2002.
- S. Leszczyński, *Osobowość lekarza*, <http://www.oil.org.pl/xml/oil/oil56/gazeta/numery/n2003/n200309/n20030904>.
- T. Liszcz, *Aksjologiczne podstawy prawa pracy, zarys problematyki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Skłodowskiej-Curie, Lublin 2018.
- J. Marciniak, *Mobbing, dyskryminacja, molestowanie – zasady przeciwdziałania*, Warszawa 2011.
- A. Musiała, *Prawo pracy: czyje? Res publica! O stosunku pracy teoretycznoprawnie*, Poznań 2020.
- A. Musiała, *Zatrudnienie niepracownicze*, Warszawa 2011.
- K. Muszyński, *Polityka regulacji zatrudnienia w Polsce. Kryzys ekonomiczny a destandaryzacja stosunków pracy*, Warszawa 2019.
- J.A. Piszczek, *Cywilnoprawna ochrona godności pracowniczej*, Toruń 1981.
- S. Puzynowska, *Pracownicze podporządkowanie lekarzy – czy przełożeni mogą weryfikować ich decyzje*, <https://www.rp.pl/Kadry/307129996-Pracownicze-podporzadkowanie-lekarzy---czy-przezozeni-moga-weryfikowac-ich-decyzje.html&cid=44&template=restricted>.
- M. Raczkowski, *Bezpieczne i higieniczne warunki pracy w zatrudnieniu cywilnoprawnym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 1/2019.
- M.T. Romer, M. Najda, *Mobbing w ujęciu psychologiczno-prawnym*, Warszawa 2010.
- L. Sadowska, S. Kańczuła, *Występowanie mobbingu w środowisku służby zdrowia (Aspekty prawne, społeczne i terapeutyczne)*, „Przegląd Medyczny Uniwersytetu Rzeszowskiego i Narodowego Instytutu Leków w Warszawie”, Rzeszów 3/2010.
- K. Sikorska-Bednarczyk, *Mobbing w placówkach medycznych*, <https://mobbingmiejscupracy.pl/wp-content/uploads/2018/12/ebook-Mobbing-w-plac%C3%B3wkach-medycznych.pdf>.
- K. Służewska-Woźnicka, J. Krupka, <https://medycynaipasje.com.pl/a498/Ochrona-przed-mobbingiem-osob-zatrudnionych-na-tzw--kontraktach.html/>.

- A. Sobczyk, *Prawo i człowiek pracujący – między ochroną godności a równości*, https://prawo.amu.edu.pl/_data/assets/pdf_file/0006/173499/Sobczyk-Prawo-i-czowiek-pracujacy-midzy-ochron-godnoci-a-rownoci.pdf.
- A. Sobczyk, *Prawo pracy w świetle Konstytucji RP. Tom I. Teoria publicznego i prywatnego indywidualnego prawa pracy*, Warszawa 2013.
- A. Sobczyk, *Wolność pracy i władza*, Warszawa 2015.
- A. Szepelska, *Samożatrudnienie jako forma wspierania rozwoju przedsiębiorczości regionów*, „Ekonomia i Prawo”, B. Polszakiewicz, J. Boehlke (red.), Tom XII, 1/2013.
- System Prawa Prywatnego. Tom 5, Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, Warszawa 2019.
- A.M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2014.
- J. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Uzasadnienie projektu Kodeksu pracy*, https://archiwum.mpips.gov.pl/gfx/mpips/userfiles/File/Departament%20Prawa%20Pracy/kodeksy%20pracy/KP_04.08_uzasad.pdf.
- B.W. Wasilewski, *Następstwa psychologiczne i zdrowotne mobbingu*, „Sztuka Leczenia” 2005, tom XII.
- J. Wrątny, *Przemiany stosunku pracy w III RP*, [w:] L. Florek, Ł. Pisarczyk (red.), *Współczesne problemy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2011.
- S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997.
- J. Wykowski, *Mobber w szpitalu nadal czuje się jak ryba w wodzie*, rynekzdrowia.pl, <https://www.rynekzdrowia.pl/Po-godzinach/Mobber-w-szpitalu-nadal-czuje-sie-jak-ryba-w-wodzie-Po-godzinach,198388,10.html>.
- Zmiana pojęć kierownictwa pracodawcy i podporządkowania pracownika w stosunku do poszczególnych grup pracowników lub z uwagi na rodzaj wykonywanej pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 1/2018.
- A. Zwolińska, *Prawo do odpoczynku a zatrudnienie cywilnoprawne*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne”, 1/2019.
- J. Żółtańska, M. Bujnowska, *Zawodowe zagrożenia zdrowia pracowników ochrony zdrowia w miejscu pracy*, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 6/2010.

S u m m a r y

The employment relationship of doctors under civil law contracts in the context of protection against mobbing

Currently, the labour market shows an increase under civil-law employment. This also applies to doctors who are employed on the basis of civil law contracts, so-called contracts. Even though their work takes the features of employment relationship, they are not covered by protection against mobbing in comparison with employees in the meaning of article 2 of Labour Code. Mobbing, which is an extremely dangerous phenomenon, resulting in serious consequences, both in the professional and private sphere, can affect any professional group, regardless of the form of employment, and is increasingly visible among doctors. The protection against mobbing should be related not only to the labor law regime and the status of an employee, but also to the obligation to protect human dignity. The aim of this article is to examine the possibility of extending the protective function of labor law, primarily protection against mobbing, to health-care professionals employed under civil-law contracts.

The article analyzes the provisions of the Labor Code and the Civil Code as well as exemplary provisions of service contracts concluded by doctors. The psychological background of the title problem was also discussed. A key conclusion of this article is necessity to take steps facilitating extending protection against mobbing provided for Labour Code on health-care professionals.

Key words: health-care professionals, civil law contracts, mobbing, Labour Code

Prawna charakterystyka zawodowej tajemnicy aptekarskiej

1. Uwagi wstępne

Współcześnie, wśród sporej ilości tajemnic profesjonalnych uregulowanych w polskim systemie prawnym, doniosłe znaczenie ma tajemnica medyczna. Obowiązek zachowania dyskrecji tego typu jest wyprowadzany z prawa do prywatności i wynika z przyjętego modelu partnerskich relacji łączących pacjenta i pracownika medycznego¹. Zachowanie tajemnicy medycznej jest fundamentalną powinnością podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych, a równocześnie – podstawowym prawem pacjenta². Z uwagi na ogólne ujęcie przepisów uregulowania prawne dotyczące tajemnicy medycznej znajdują zastosowanie wobec wszystkich przedstawicieli zawodów medycznych. Ten rodzaj dyskrecji stanowi często odpowiedni wzorzec dla konstruowania innych tajemnic o charakterze profesjonalnym.

Interesująco przedstawia się zagadnienie obowiązku zachowania tzw. tajemnicy aptekarskiej. Jej beneficjentem jest, podobnie jak w przypadku pozostałych tajemnic medycznych, pacjent. Ten rodzaj dyskrecji może stanowić zarówno „kontynuację” tajemnicy lekarskiej (w sytuacji, w której pacjent nabywa produkty lecznicze zaordynowane przez lekarza), jak i „odpowiednik” tajemnicy lekarskiej (w przypadku gdy pacjent, bez uprzedniej wizyty u lekarza, zasięga porady od farmaceuty).

¹ Szerzej R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, s. 13; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. 12 popr. i uzupeł., Toruń 2019, s. 291.

² Por. R. Kubiak, op. cit., s. 1.

Problematyka prawnej charakterystyki tajemnicy aptekarskiej nie była jak dotąd szerzej analizowana w literaturze³. Ze względu na brak jawności orzeczeń sądów aptekarskich zasadniczo nie są też znane rozstrzygnięcia organów dyscyplinarnych w tej kwestii. Celem niniejszego artykułu jest próba uporządkowania zagadnień dotyczących dyskrecji aptekarskiej na wzór kryteriów tajemnicy zawodowej⁴. Z uwagi na ograniczone ramy prezentowanego opracowania omówione zostaną jedynie najistotniejsze elementy konstrukcyjne obowiązku zachowania tego rodzaju tajemnicy, zgodnie z przyjętą koncepcją selekcji zagadnień szczegółowych. Przedmiotem analizy będzie przede wszystkim zakres powinności zachowania dyskrecji aptekarskiej w ujęciu podmiotowym, przedmiotowym i temporalnym. Wyjaśnione zostaną również przypadki zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy aptekarskiej. Poza obszarem wyodrębnionych rozważań pozostaną natomiast zagadnienia związane ze skutkami prawnymi naruszenia obowiązku zachowania dyskrecji. W tym zakresie nie wylaniają się bowiem istotne różnice w porównaniu z regułami ogólnymi dotyczącymi tajemnic innych zawodów medycznych.

W artykule do przeprowadzenia badań zastosowano dogmatyczno-prawną metodę badawczą, opierającą się na analizie przepisów prawnych, orzecznictwa sądowego oraz aktów pozaprawnych.

2. Prawne podstawy obowiązku zachowania tajemnicy aptekarskiej

Powinność zachowania tajemnicy aptekarskiej wynika obecnie z treści przepisu art. 21 pkt 2 ustawy z 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich⁵. W świetle tej regulacji członkowie samorządu zawodu farmaceuty są obowiązani zachować w tajemnicy wiadomości dotyczące zdrowia pacjenta, uzyskane

³ Szerzej zob. A. Sporczyk-P opielarczyk, *Status prawny przedsiębiorcy prowadzącego aptekę w prawie polskim*, Toruń 2021, s. 201–223.

⁴ Na temat obowiązku zachowania innego typu tajemnic zawodowych zob. szerzej M. Bączyk, *Tajemnica zawodowa. Komentarz do art. 147–153 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi*, [w:] M. Wierzbowski i in. (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1376 i n.

⁵ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1419, dalej jako IzbAptU.

w związku z wykonywaniem zawodu. Przytoczony przepis jest obecnie jedyną normą ustawową odnoszącą się wprost do tej materii. Z uwagi na to fragmentaryczne uregulowanie duże znaczenie praktyczne mogą mieć reguły natury deontologicznej. Obciążający aptekarza obowiązek dyskrecji wynika z art. 10 Kodeksu Etyki Aptekarza⁶, zgodnie z którym aptekarz zachowuje w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w trakcie lub w związku z wykonywaniem czynności zawodowych. Zwolnienie z tajemnicy zawodowej może nastąpić jedynie w przypadkach określonych prawem. W literaturze trafnie przyjmuje się, że etyczne zasady postępowania zawodowego aptekarzy są adresowane do wielu podmiotów: aptekarzy będących właścicielami aptek lub hurtowni farmaceutycznych, a także farmaceutów zatrudnionych w aptekach lub hurtowniach należących do osób niemających wykształcenia farmaceutycznego⁷. Z tego względu analiza obowiązku zachowania dyskrecji aptekarskiej nie może pomijać także reguł pozaprawnych.

Regulacja tajemnicy aptekarskiej była inspirowana ujęciem tajemnicy medycznej, przewidzianym w art. 13–14 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁸. W piśmiennictwie wskazuje się, że normy prawne regulujące tajemnicę aptekarską mają charakter szczególnie wobec postanowień dotyczących tajemnicy medycznej, jednakże we wszystkich kwestiach nieuregulowanych w IzbaAptU uzupełniające zastosowanie znajdują przepisy PrPacJU⁹. W rezultacie należy przyjąć, że dokonując analizy problematyki tajemnicy aptekarskiej, można odwoływać się także do regulacji zawartej w przepisach PrPacJU, z uwzględnieniem jednakże pewnych różnic konstrukcyjnych obu postaci tajemnicy profesjonalnej.

W ostatnim czasie podejmowane są próby ujednolicenia przepisów prawnych dotyczących tajemnicy aptekarskiej. W rządowym projekcie ustawy

⁶ Uchwała Nr VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z 22 stycznia 2012 r. w sprawie przyjęcia Kodeksu Etyki Aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej [dostęp: 7.02.2021], <https://www.nia.org.pl/kodeks-etyki/>, dalej jako KEA.

⁷ Zob. D. Karkowska, *Zawody medyczne*, Warszawa 2012, s. 255.

⁸ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 849, dalej jako PrPacJU.

⁹ K. Świtała, *Tajemnice zawodów medycznych – podstawowa charakterystyka*, „Monitor Prawniczy” 11/2014, s. 603.

o zawodzie farmaceuty¹⁰ zawarto przepis art. 35, który w sposób kompleksowy regulował zagadnienie dyskrecji aptekarskiej, tj. odnosił się zarówno do płaszczyzny podmiotowej, przedmiotowej i temporalnej omawianej tajemnicy, jak i do wyłączeń od obowiązku jej zachowania¹¹. Na etapie prac legislacyjnych propozycja została wykreślona z projektu i ostatecznie nie znalazła się w wersji ustawy przyjętej przez Sejm¹², co ocenić należy negatywnie. Jak się wydaje, całościowa regulacja tajemnicy aptekarskiej zawarta w jednym akcie prawnym jest potrzebna. Obecnie źródła norm, z których możliwe jest rekonstruowanie standardów zachowania dyskrecji na rynku aptecznym, charakteryzują się znacznym rozproszeniem, co w praktyce może prowadzić do licznych wątpliwości interpretacyjnych oraz trudności przy realizowaniu założenia rozszerzania uprawnień zawodowych farmaceutów.

3. Podmiotowa płaszczyzna obowiązku zachowania zawodowej tajemnicy aptekarskiej

Podmiotowa konfiguracja obowiązku zachowania tajemnicy aptekarskiej pozwala przede wszystkim na wyróżnienie „beneficjenta” tajemnicy aptekarskiej i „podmiotu zobowiązanego” do jej zachowania.

W świetle art. 21 pkt 2 IzbAptU obowiązek dyskrecji obciąża członka samorządu zawodu farmaceuty. Samorząd ten tworzą farmaceuci

¹⁰ Zob. projekt ustawy o zawodzie farmaceuty, Archiwalny wykaz prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów, nr wykazu UD 562 [online] 17 lipca 2019 [dostęp: 21.05.2021], <https://archiwum.bip.kprm.gov.pl/>.

¹¹ Treść projektowanego przepisu art. 35 brzmiała następująco:

1. Farmaceuta ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu.
2. Przepisu ust. 1 nie stosuje się, gdy:
 - 1) zachowanie tajemnicy może spowodować niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób;
 - 2) pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy,
 - 3) jest to niezbędne do prawidłowego odbycia stażu, przeprowadzanego podczas jednolitych studiów magisterskich na kierunku farmacji, pod nadzorem farmaceuty.
3. Farmaceuta jest związany tajemnicą również po śmierci pacjenta.

¹² Ustawa z 10 grudnia 2020 r. o zawodzie farmaceuty, Dz.U. z 2021 r., poz. 97, dalej jako ZawFarmU.

wpisani do rejestru farmaceutów (art. 1 ust. 1 w zw. z art. 15 IzbAptU). Obowiązek zachowania tajemnicy aptekarskiej obciąża zatem przede wszystkim osoby, które ukończyły studia w szkole wyższej na kierunku farmacja i posługują się „prawem wykonywania zawodu farmaceuty”. Określenie kręgu osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy aptekarskiej jedynie w ujęciu art. 21 pkt 2 IzbAptU jest jednakże niewystarczające, wskazuje bowiem wyłącznie na jedną kategorię podmiotów mających w aptece dostęp do informacji związanych z pacjentem. Krąg takich osób jest natomiast szeroki.

Czynności fachowe w aptece mogą być wykonywane przez różne osoby o różnym statusie prawnym. Technicy farmaceutyczni świadczą usługi farmaceutyczne (art. 91 ustawy z 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne¹³) i mają dostęp do informacji związanych ze zdrowiem i życiem osobistym pacjentów. Konieczne jest zatem, aby oni również przestrzegali obowiązku zachowania w tajemnicy powierzonych im informacji. Źródłem tej powinności jest art. 13 PrPacjU, wskazujący na osoby wykonujące zawód medyczny jako podmioty zobowiązane do dyskrecji¹⁴. Dodatkowo na podstawie § 7 pkt 6 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 16 lutego 2009 r. w sprawie praktyki zawodowej w aptece¹⁵ obowiązek zachowania tajemnicy rozciąga się również na osoby odbywające praktykę zawodową w aptece¹⁶.

Warto podkreślić, że krąg podmiotów zobowiązanych do zachowania dyskrecji nie ogranicza się jedynie do osób mających bezpośredni kontakt z pacjentem. Z uwagi na dostęp do informacji konfidenacyjnych umieszczonych np. w treści recepty lekarskiej, obowiązek ten ciąży przede wszystkim na przedsiębiorcy prowadzącym aptekę.

¹³ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 944, dalej jako PrFarm.

¹⁴ Zob. szerzej T.J. Siemiński, *Tajemnica aptekarska*, Biuletyn Informacyjny Kierownika Apteki [online] 2018, nr 70 [dostęp: 7.02.2021], <https://www.kierownik-apteki.pl/>.

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 16 lutego 2009 r. w sprawie praktyki zawodowej w aptece, Dz.U. z 2009 r. Nr 31, poz. 215.

¹⁶ Tak też K. Świtała, *Pacjent jako beneficjent ograniczeń jawności elektronicznej dokumentacji medycznej* [online], Warszawa 2018 [dostęp: 7.02.2021], Legalis.

Z handlowego punktu widzenia to on pozostaje kontrahentem beneficjenta tajemnicy, niezależnie od tego, jakie podmioty występują w jego imieniu. Zatrudnionych przez niego farmaceutów i techników farmaceutycznych (bez względu na podstawę prawną zatrudnienia) uznać należy za osoby czynne w lokalu przedsiębiorstwa aptecznego.

Należy przyjąć, że poza osobami czynnymi w lokalu przedsiębiorstwa do zachowania tajemnicy aptekarskiej zobowiązane są także osoby pozostające w stosunku pracy, zlecenia lub w innym stosunku prawnym o podobnym charakterze z przedsiębiorcą aptecznym (np. księgowi, menedżerowie, personel sprząający) w zakresie, w jakim mają dostęp do nośników informacji konfidencyjnych.

W rezultacie tajemnicę aptekarską w aspekcie podmiotowym należy ujmować szeroko jako obowiązek dyskrekcji ciążyący nie tylko na „aptekarzach”, ale na wszystkich osobach, które w związku z wykonywaniem czynności w aptece mają dostęp do informacji związanych ze zdrowiem pacjenta¹⁷.

Omawiana płaszczyzna zawodowej tajemnicy aptekarskiej wymaga analizy również pod kątem określenia podmiotowego zasięgu dostępu do wiadomości konfidencyjnych. Regulacji prawnej w tym zakresie należy poszukiwać w wielu aktach prawnych, gdyż dostęp do tego rodzaju informacji związany jest przede wszystkim z wykonywaniem ustawowo określonych czynności przez różnego rodzaju organy państwowe. Można przyjąć, że pełny dostęp do informacji konfidencyjnych mają jedynie beneficjent i podmiot zobowiązany. Wobec innych podmiotów uprawnionych ujawniane są tylko niektóre wiadomości objęte tajemnicą aptekarską przy zastosowaniu różnych kryteriów ustawowych.

Podmiotem zobowiązanym do udzielenia informacji konfidencyjnych jest przedsiębiorca prowadzący aptekę lub działający w jego imieniu personel (w szczególności kierownik apteki). Co do zasady niewykonanie przez zobowiązanego obowiązku udzielenia wiadomości objętych tajemnicą aptekarską zagrożone jest sankcją o charakterze

¹⁷ Zob. szerzej A. Sporczyk-Popielarczyk, op. cit., s. 204–207.

administracyjnoprawnym, tj. cofnięciem zezwolenia na prowadzenie apteki (art. 103 PrFarm).

Natomiast podmiotem uprawnionym do uzyskania wiadomości są określone organy państwowe, które należy syntetycznie wymienić.

Po pierwsze, wiadomości poufne objęte tajemnicą mogą być udzielane na każde żądanie organów Państwowej Inspekcji Farmaceutycznej, dokonujących kontroli ewidencji zamówień produktów leczniczych sprzedanych w drodze wysyłkowej (art. 68 ust. 3g–3i PrFarm)¹⁸.

Po drugie, dostępu do danych poufnych chronionych tajemnicą może żądać Narodowy Fundusz Zdrowia w związku z wykonywaniem czynności kontrolnych w zakresie wydawania produktu refundowanego na receptę. Kontrola prawidłowej realizacji recept odbywa się zgodnie z wymaganiami określonymi w dziale IIIa ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹⁹ i jest przeprowadzana przez pracowników Funduszu na podstawie upoważnienia prezesa NFZ (art. 61e ŚwOpZdrU). Informacje uzyskane w związku z wykonywaniem obowiązków w ramach kontroli lub poszczególnych jej czynności stanowią tajemnicę kontrolerską (art. 61z ust. 1 ŚwOpZdrU). Zgodnie z regulacją ustawową podmiotami zobowiązanymi do zachowania tajemnicy kontrolerskiej są nie tylko osoby dokonujące kontroli, ale również prezes Funduszu oraz minister właściwy do spraw zdrowia i pracownicy podległych mu urzędów i jednostek (art. 61z ust. 3 ŚwOpZdrU).

Po trzecie, podmiotem uprawnionym do uzyskania wiadomości objętych dyskrecją aptekarską są sądy i prokuratura w związku z prowadzonym postępowaniami. W typowych stanach faktycznych pojawiają się sytuacje, w których podmiot zobowiązany pełni funkcję osobowego źródła dowodowego. W zależności od rodzaju postępowania zastosowanie znajdą odpowiednie przepisy ogólne określające, komu i w jakim trybie

¹⁸ Por. M. Jagielska, *Komentarz do art. 68 PrFarm*, [w:] L. Ogiegło (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 654.

¹⁹ T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1398, dalej jako ŚwOpZdrU.

mogą zostać udzielone konkretne informacje poufne objęte tajemnicą aptekarską²⁰.

4. Płaszczyzna przedmiotowa obowiązku zachowania zawodowej tajemnicy aptekarskiej

A. Szerokie ujęcie przedmiotowego zakresu tajemnicy aptekarskiej

Tajemnica aptekarska, jak każda tajemnica zawodowa, może być analizowana w płaszczyźnie przedmiotowej, wskazującej zakres informacji konfidenacyjnych, jaki może być przekazany osobom uprawnionym w określonych w ustawie sytuacjach. Ustalenie obszaru tej płaszczyzny może powodować problemy interpretacyjne, albowiem pod uwagę należy wziąć wiele przepisów regulujących ochronę danych dotyczących zdrowia pacjenta.

Wyjaśnić należy, że w odniesieniu do zakresu informacji konfidenacyjnych objętych tajemnicą aptekarską regulatory prawne posługują się dwojakim nazewnictwem: „wiadomości dotyczące zdrowia pacjenta” (art. 21 pkt 2 IzbAptU) oraz „informacje związane z pacjentem” (art. 13 PrPacjU). Z kolei regulator pozaprawny wskazuje na „wszystko, o czym [aptekarz] się dowiedział” (art. 10 KEA).

Samo pojęcie informacji konfidenacyjnych należy zatem pojmować szerzej niż tylko wiadomości o osobie pacjenta. Niewątpliwie wiadomości te obejmują dane osobowe w postaci imienia, nazwiska, numeru PESEL i adresu zamieszkania pacjenta, ale fakty poufne dotyczą przede wszystkim jego stanu zdrowia. Przykładowo w literaturze wymienia się informacje o wynikach przeprowadzonych badań diagnostycznych, rozpoznaniu, stosowanych metodach diagnostycznych i terapeutycznych, postępowaniu w leczeniu, rokowaniach²¹. Należy również

²⁰ Szerzej w tym zakresie zob. m.in. K. Świtała, *Katalog tajemnic związanych z wykonywaniem zawodów medycznych*, Monitor Prawniczy [online] 13/2014 [dostęp: 7.02.2021], Legalis; A. Sporczyk-Popielarczyk, op. cit., s. 212–213 i powołana tam literatura.

²¹ Na temat płaszczyzny przedmiotowej tajemnicy medycznej i lekarskiej zob. m.in. R. Kubiak, op. cit., s. 35; D. Karkowska, *Komentarz do art. 13 PrPacjU*, [w:] D. Karkowska (red.), *Ustawa o prawach pacjenta*

przyjąć, że sformułowanie „wszystko”, zawarte w treści art. 10 KEA, może nawiązywać do opracowanej w literaturze zasady maksymalizmu²². Oznacza to, że tajemnicą aptekarską objęte są także fakty konfidencyjne dotyczące życia osobistego i społecznego pacjenta. Typowe przykłady takiego rodzaju wiadomości stanowią informacje o sytuacji rodzinnej pacjenta, w tym chorobach genetycznych występujących wśród członków jego rodziny. Tę grupę informacji poufnych należy określić jako wiadomości okazjonalne, uzyskane w trakcie świadczenia całokształtu usług farmaceutycznych, w tym czasami w sposób incydentalny.

W konsekwencji należy przyjąć, że obowiązek zachowania dyskrecji aptekarskiej powstaje w związku z dokonywaniem czynności prawnych i faktycznych w sferze obrotu aptecznego. Obejmuje on wszystkie dane indywidualizujące pacjenta związane z jego życiem rodzinnym i osobistym.

B. Źródła informacji konfidencyjnych

Interesująco przedstawia się problematyka źródeł faktów konfidencyjnych. Tajemnicą aptekarską objęte są przede wszystkim wiadomości przekazane przez pacjenta ustnie podczas wizyty w aptecce. Niewykluczone jest również ujawnienie faktów poufnych telefonicznie lub za pośrednictwem innych środków porozumiewania się na odległość. W typowych stanach faktycznych sytuacja ta wiąże się z dokonywaniem zakupów produktów leczniczych w ramach sprzedaży wysyłkowej²³. Źródłem faktów konfidencyjnych może być

i Ręczniku Praw Pacjenta. Komentarz [online], Warszawa 2016 [dostęp: 4.02.2021], Lex; G. Rejman, *Tajemnica lekarska*, „Studia Iuridica” 1996, tom 31, s. 157.

²² Por. np. w zakresie tajemnicy bankowej M. Bączyk, *Komentarz do art. 104 prawa bankowego*, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska i in. (red.), *Prawo bankowe. Komentarz* [online], Warszawa 2005 [dostęp: 4.02.2021], Lex; uchwała SN z 23 maja 2006 r., I KZP 4/06, OSNKW 2006 nr 6, poz. 54, s. 10.

²³ Na temat sprzedaży wysyłkowej produktów leczniczych zob. szerzej m.in. A. Sporczyk-Popielarczyk, op. cit., s. 149 i n.; E. Chmielewska, *Apteki internetowe*, [w:] M. Krekora, J. Adamczyk (red.), *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2016, s. 747 i n.; M. Podleś, *Apteki internetowe w Polsce – status prawny i funkcjonowanie na tle prawnoporównawczym*, Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej e-Biuletyn [online] 1/2007 [dostęp: 6.02.2021], <http://www.bibliotekacyfrowa.pl>;

również sam portal internetowy (w szczególności formularz zamówienia), za pośrednictwem którego pacjent dokonuje zakupu w ramach tego rodzaju sprzedaży.

Obowiązek zachowania dyskrecji obejmuje również dane ujawnione na nośnikach informacji. W tym kontekście najistotniejszą rolę odgrywają recepty lekarskie. Konieczne jest zatem odpowiednie ich przechowywanie. Zgodnie z obowiązującymi przepisami recepty wystawione w postaci papierowej oraz wydruki informacyjne o wystawionej recepcie są przechowywane w aptece w sposób uporządkowany i zapewniający ochronę danych osobowych pacjentów oraz osób wystawiających i realizujących recepty (§ 17 ust. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 23 grudnia 2020 r. w sprawie recept²⁴). Natomiast recepty wystawione w postaci elektronicznej przechowywane są w Systemie Informacji Medycznej zgodnie z ustawą z 28 kwietnia 2011 r.²⁵ Szczegółowa regulacja pozwala na ograniczenie osobom nieuprawnionym możliwości dostępu do nośników informacji.

Fakty konfidencyjne mogą również wynikać z danych udostępnianych w ramach funkcjonowania tzw. mobilnych aplikacji aptekarskich. Obecnie na rynku farmaceutycznym dostępne są liczne programy na urządzenia przenośne skierowane do farmaceutów oraz pacjentów. Aplikacje służą przede wszystkim do wyszukiwania i rezerwowania produktów leczniczych, a nadto pełnią funkcję informacyjną, dostarczając podstawowych wiadomości o lekach. Na ogół pacjentom udostępniany jest także serwis internetowy służący do komunikacji z farmaceutą²⁶.

Z funkcjonowaniem aplikacji aptekarskich wiąże się jednakże pewne zagrożenia, na które należy zwrócić uwagę. W celu korzystania z możliwości

Z. Więckowski, *Sprzedaż leków na odległość – regulacje krajowe*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 8/2016, s. 54 i n.

²⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie recept, Dz.U. z 2020 r., poz. 2424.

²⁵ Ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 702.

²⁶ Ł. Waligórski, *Kolejna sieć aptek uruchamia aplikację mobilną. Czy wzbudzi kontrowersje?*, Magister Farmacji [online] 17 marca 2021 [dostęp: 21.05.2021], <https://mgr.farm/>.

oferowanych przez aplikacje pacjenci są zobowiązani do przekazania swoich danych osobowych, a często także konkretnych danych medycznych (np. kodu recepty wystawionej w formie elektronicznej). O ile przekazywanie tych informacji odbywa się po uzyskaniu zgody pacjenta, o tyle problematyczna wydaje się kwestia przetwarzania danych. Właścicielami aplikacji mobilnych są najczęściej spółki prawa handlowego, których działalność nie jest związana z prowadzeniem aptek. Są to zatem podmioty nieuprawnione do uzyskania informacji konfidenacyjnych objętych tajemnicą aptekarską. Ciążący na tych podmiotach obowiązek zachowania dyskrecji należy więc wyprowadzić z ogólnych przepisów gwarantujących ochronę danych osobowych dotyczących zdrowia. W odniesieniu do przedsiębiorców zastosowanie znajdzie przede wszystkim Rozporządzenie 2016/679 Parlamentu Europejskiego i Rady z 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/WE²⁷. Ryzyko dla bezpieczeństwa danych pacjenta wiąże się z praktyką wykorzystywania informacji konfidenacyjnych przez właścicieli aplikacji do tzw. profilowania klientów, tj. automatycznej oceny niektórych czynników osobowych dotyczących konkretnych pacjentów w celu dostosowania do nich treści materiałów komunikacyjnych i reklamowych²⁸. Toczące się obecnie postępowania związane z niewłaściwym wykorzystywaniem informacji poufnych udostępnianych w ramach działania aplikacji aptekarskich wskazują na realne zagrożenie bezpieczeństwa tych danych i doniosłość problemu odpowiedniej ich ochrony²⁹.

²⁷ Dz. Urz. UE L 2016, nr 119 z 4.5.2016, s. 1. Na ten temat zob. szerzej M. Jackowski (red.), *Ochrona danych medycznych. RODO w ochronie zdrowia*, Warszawa 2018.

²⁸ Zob. szerzej J. Styczyński, P. Słowik, *E-recepta w służbie sieci aptek. Korporacje poznają najwrażliwsze informacje*, Dziennik Gazeta Prawna [online] 23 czerwca 2020 [dostęp: 1.12.2020], <https://serwisy.gazetaprawna.pl/>; P. Bednarz, *Wojna aptekarzy. Aplikacja zbierała z recept dane o chorobach Polaków?*, Wprost [online] 31 lipca 2020 [dostęp: 1.12.2020], dostępny w: <https://www.wprost.pl/>.

²⁹ J. Styczyński, P. Słowik, *Poufne dane o pacjentach nielegalnie pozyskiwane? „Największy skandal na polskim rynku farmaceutycznym od lat”*, Dziennik Gazeta Prawna [online] 30 czerwca 2020 [dostęp: 21.05.2021], <https://serwisy.gazetaprawna.pl/>.

C. Relacja tajemnicy aptekarskiej do opieki farmaceutycznej

Źródłem informacji konfidencjonalnych jest również dokumentacja związana ze świadczeniem przez farmaceutę opieki farmaceutycznej. Zgodnie z art. 4 ust. 2 ZawFarmU opiekę farmaceutyczną zdefiniowano jako dokumentowany proces, w którym farmaceuta, współpracując z pacjentem i przedstawicielami zawodów medycznych, czuwa nad prawidłowym przebiegiem indywidualnej farmakoterapii. Opieka ta obejmuje prowadzenie konsultacji farmaceutycznych, wykonywanie przeglądów lekowych wraz z oceną farmakoterapii, opracowanie indywidualnego planu opieki farmaceutycznej, wykonywanie badań diagnostycznych oraz wystawianie recept w ramach kontynuacji zlecenia lekarskiego. Świadczenie opieki farmaceutycznej wiąże się zatem z koniecznością prowadzenia odpowiedniej dokumentacji, którą można nazwać „dokumentacją farmaceutyczną”.

Aktualnie w Ministerstwie Zdrowia trwają prace nad szczegółową regulacją prawną dotyczącą realizacji opieki farmaceutycznej. Odpowiednie przepisy mają określać zasady świadczenia pomocy przez farmaceutów, a także reguły wykorzystywania dokumentacji medycznej pacjenta, współpracy z lekarzem zlecającym oraz prowadzenia dokumentacji w aptece³⁰. Planuje się, by w związku z podejmowaniem działań wchodzących w zakres opieki farmaceutycznej, farmaceuta był zobowiązany do szczegółowego opisanie świadczenia udzielonego pacjentowi³¹. Niezbędne wydaje się zatem odpowiednie uregulowanie procedury dokumentowania opieki farmaceutycznej. Interesującą inspirację dla polskiego legislatora mogą stanowić przepisy francuskiego kodeksu zdrowia publicznego³². W większości aptek francuskich funkcjonuje rozbudowana sieć dokumentacji farmaceutycznej pacjentów (*le dossier pharmaceutique*).

³⁰ Por. K. Sobczak, *MZ przygotowuje pilotaż opieki farmaceutycznej* [online], 14 września 2020 [dostęp: 12.05.2021], <https://www.prawo.pl/>.

³¹ Zob. A. Szczepańska, *Do farmaceuty jak do lekarza. W aptekach powstaną gabinety*, Dziennik Gazeta Prawna [online] 20 maja 2021 [dostęp: 20.05.2021], <https://serwisy.gazetaprawna.pl/>.

³² *Code de la santé publique, Version en vigueur au 22 mai 2021* [dostęp: 22.05.2021], <https://www.legifrance.gouv.fr/>; dalej FrKZP.

Zawiera ona informacje na temat produktów leczniczych zakupionych przez konkretnego pacjenta w okresie ostatnich 4 miesięcy (art. R1111-20-12 FrKZP). Dodatkowo, każdy francuski pacjent ma osobistą kartę elektroniczną (*la carte de santé*), obejmującą informacje o jego danych osobowych i medycznych, w tym dotyczące wzrostu, wagi, przebytych schorzeń i urazów, wyniki badań laboratoryjnych (art. L161-31 francuskiego kodeksu zabezpieczenia społecznego³³). Wgląd do danych zgromadzonych na karcie ma zarówno lekarz, jak i farmaceuta. Mogą oni ponadto dokonywać uaktualnień informacji na temat zdrowia pacjenta³⁴.

Wzrost znaczenia opieki farmaceutycznej w polskim porządku prawnym implikuje konieczność dostosowania warunków lokalowych aptek do obowiązku zachowania tajemnicy aptekarskiej. W praktyce obrotu aptecznego zdarzają się sytuacje, w których klienci aptek doświadczają dyskomfortu podczas zakupu towarów związanych z antykoncepcją czy dolegliwościami intymnymi (np. produktów leczniczych stosowanych w leczeniu zaburzeń potencji czy odżywiania lub preparatów przeciwdziałających występowaniu hemoroidów)³⁵. Przyczyną uczucia wstydu jest brak odpowiedniej odległości od innych pacjentów obecnych w aptece lub niestosowne zachowanie farmaceuty³⁶. Poprzez głośne rozmowy czy formułowanie niedyskretnych uwag na temat konkretnego produktu leczniczego lub schorzenia informacje konfidencyjne na temat pacjenta mogą zostać ujawnione osobom nieuprawnionym. Należy przyjąć, że

³³ *Code de la sécurité sociale, Version en vigueur au 22 mai 2021* [dostęp: 22.05.2021], <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

³⁴ Zob. szerzej Ł. Waligórski, *Mityczne magnaterie francuskich farmaceutów*, Magister Farmacji [online] 8 lutego 2017 [dostęp: 10.08.2019], dostępny w: <https://mgr.farm/>, L. Bartowska-Lewicka, *Apteki nad Sekwaną*, Farmacja Praktyczna [online], 1 września 2009 [dostęp: 10.08.2019], <https://www.farmacjapraktyczna.pl/>.

³⁵ Zob. szerzej A. Zimmermann, *Pacjent czy klient?*, Magister Farmacji [online], 4 czerwca 2018 [dostęp: 9.01.2021], <https://mgr.farm/>.

³⁶ Z raportu *Oczekiwania kobiet wobec komunikacji z lekarzem ginekologiem i farmaceutą* sporządzonego na zlecenie LB Relations Sp. z o.o. dla Gedeon Richter Polska wynika, że poczucie zażenowania podczas nabycia produktów dostępnych w aptece deklaruje aż 41% Polek. Dane za: M. Markłowska-Tomar, *Dlaczego 24 proc. Polek rezygnuje z zakupu w aptece?* [online], 1 października 2020 [dostęp: 10.05.2021], <https://cowzdrowiu.pl/>.

nieprawidłowe zachowanie farmaceuty stanowi w takim przypadku naruszenie tajemnicy aptekarskiej. *De lege lata* brak przepisów prawnych, które *explicite* wskazywałyby na powinność wydzielenia z lokalu apteki odrębnego pomieszczenia przeznaczonego do realizacji usług farmaceutycznych i czynności składających się na opiekę farmaceutyczną. Brak odpowiednich warunków lokalowych nie uzasadnia jednakże postępowania sprzecznego z art. 22 PrPacjU, tj. w sposób niezapewniający poszanowania intymności i godności pacjenta w czasie udzielania mu świadczeń zdrowotnych. Przedstawiciele samorządu zawodu farmaceuty postulują, aby w sytuacji, w której zapewnienie odpowiedniej przestrzeni do rozmowy nie było możliwe, farmaceuta poprosił osoby oczekujące w kolejce o zachowanie odpowiedniego dystansu lub mówił ściszym głosem³⁷.

5. Temporalna płaszczyzna obowiązku zachowania zawodowej tajemnicy aptekarskiej

Zakres czasowy obowiązku zachowania dyskrecji aptekarskiej pozwala na określenie czasu powstania i trwania tej powinności.

W obecnie obowiązującym porządku prawnym zdarzeniem kreującym stosunek obligacyjny między podmiotem zobowiązanym do zachowania tajemnicy aptekarskiej a jej beneficjentem jest fakt powierzenia informacji konfidencjonalnej³⁸. Dla powstania tego stosunku nie jest konieczne istnienie między podmiotem zobowiązanym a pacjentem określonego, podstawowego stosunku obligacyjnego. W praktyce aptecznej, jeżeli powstaje stosunek podstawowy, to wynika on najczęściej z zawartej umowy sprzedaży produktów leczniczych. Do powstania stosunku prawnego związanego z obowiązkiem zachowania dyskrecji dochodzi *ex lege* po uzyskaniu przez podmiot zobowiązany informacji konfidencjonalnej.

Co do zasady obowiązek zachowania tego rodzaju dyskrecji należy uznać za nieograniczony w czasie. Żaden akt prawny nie wskazuje

³⁷ Por. M. Markłowska-Tomar, *op. cit.* [dostęp: 10.01.2021], <https://cowzdrowiu.pl/>.

³⁸ Por. rozważania w odniesieniu do obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej M. Bączyk, *Tajemnica zawodowa...*, s. 1376.

końcowego terminu związania podmiotów zobowiązanych powinnością zachowania poufności. Niewątpliwie zdarzeniem rozwiązującym ten stosunek prawny nie jest śmierć beneficjenta, co wynika wprost z treści art. 14 ust. 3 PrPacjU³⁹.

Interesująco przedstawia się problem ustalenia, czy podmiotem zobowiązanym do zachowania tajemnicy aptekarskiej jest pracownik apteki (farmaceuta, technik farmaceutyczny) po ustaniu stosunku pracy. W orzecznictwie przyjmuje się, że powinność ta jest bezterminowa i spoczywa również na byłym pracowniku. Jest to bowiem czynność powierzona pracownikowi nie tylko na czas trwania stosunku pracy⁴⁰.

6. Przypadki wyłączenia obowiązku zachowania tajemnicy aptekarskiej

W polskim systemie prawnym tajemnice zawodów medycznych nie mają charakteru bezwzględnego ani absolutnego⁴¹. W sytuacjach przewidzianych prawem informacje konfidencyjne mogą zostać ujawnione. Katalog przypadków umożliwiających zwolnienie osób wykonujących zawody medyczne od obowiązku zachowania tajemnicy jest enumeratywnie wyszczególniony w obowiązujących przepisach prawnych. Wprawdzie Izba Aptekarska, jako akt korporacyjny dotyczący samorządu aptekarskiego, nie odnosi się do wyłączeń obowiązku zachowania tajemnicy aptekarskiej, to odpowiednią regulację prawną o charakterze uniwersalnym, adresowaną do wszystkich grup zawodowych i pracowników medycznych, zawarto w regulacji prawnej dotyczącej tajemnicy medycznej. Te ogólne unormowania należy stosować do tajemnicy aptekarskiej odpowiednio, tj. z uwzględnieniem specyfiki czynności wykonywanych w aptece.

³⁹ Zob. w odniesieniu do tajemnicy lekarskiej M. Nesterowicz, op. cit., s. 292.

⁴⁰ Por. w zakresie tajemnicy bankowej wyrok SN z 19 lutego 2010 r., IV CSK 428/09, Legalis nr 356577.

⁴¹ Zob. szerzej m.in. postanowienie SA w Katowicach z 13 grudnia 2017 r., II AKz 796/17, niepubl.; K. Świtała, *Wyjątki od obowiązku zachowania tajemnic zawodów medycznych*, Monitor Prawniczy [online] 12/2014, [dostęp: 12.05.2021], Legalis.

Zakres wyłączeń powinności zachowania tajemnicy określa art. 14 ust. 2b PrPacjU. Ujawnienie tajemnicy może dotyczyć wszystkich informacji konfidenacyjnych lub ich części bądź może nastąpić wyłącznie w niezbędnym zakresie. Wyróżnić należy kilka przypadków.

Po pierwsze, podstawową przyczynę wyłączeń od obowiązku zachowania dyskrecji aptekarskiej stanowi zgoda (wola) beneficjenta lub jego przedstawiciela ustawowego na ujawnienie informacji konfidenacyjnych (art. 14 ust. 2 pkt 3 PrPacjU)⁴². Ma ona duże znaczenie w odniesieniu do wszystkich płaszczyzn obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. W szczególności wskazane podmioty są uprawnione do rozszerzenia podmiotowego zasięgu tajemnicy, upoważniając do uzyskania wiadomości poufnych podmioty spoza katalogu uprawnionych. Pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu przysługuje również uprawnienie do różnicowania sfery przekazywanych danych poszczególnym osobom oraz do odwołania, w każdym czasie, upoważnienia albo do zmiany jego zakresu⁴³. Uprawnieniem wskazanych podmiotów pozostaje również skrócenie czasu trwania powinności zachowania tajemnicy aptekarskiej.

Po drugie, przyczyną wyłączenia obowiązku zachowania analizowanej tajemnicy jest możliwe zagrożenie życia lub zdrowia pacjenta (art. 14 ust. 2 pkt 2 PrPacjU). W literaturze wskazuje się, że w sytuacji zagrożenia interes beneficjenta wymaga, aby podmiot zobowiązany do zachowania tajemnicy ujawnił informacje konfidenacyjne osobie trzeciej⁴⁴. Jednocześnie podnosi się, że z uwagi na wyjątkowy charakter dyskrecji związanej z ochroną danych medycznych zastosowanie tego wyłączenia jest uzasadnione tylko wówczas, gdy zagrożenie życia lub zdrowia pacjenta jest realne i poważne oraz nie wynika z dynamiki

⁴² Por. M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych*, [w:] B. Kordasiewicz, E. Lętowska (red.), *Prace z prawa cywilnego. Wydane dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piątowskiego*, Wrocław 1985, s. 71.

⁴³ Zob. szerzej M. Malczewska, *Komentarz do art. 40 ZawLekU*, [w:] E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentyści. Komentarz* [online], Warszawa 2014 [dostęp: 8.02.2021], Lex; M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 129.

⁴⁴ R. Kubiak, op. cit., s. 53.

choroby⁴⁵. W praktyce obrotu aptecznego konieczność ujawnienia danych poufnych pojawia się np. w sytuacji, w której pacjent dokonuje zakupu produktów leczniczych antydepresyjnych lub uspokajających w takiej ilości, że wywołuje w podmiocie zobowiązanym uzasadnione podejrzenie zamiaru popelnienia samobójstwa.

Po trzecie, okolicznością wyłączającą obowiązek zachowania tajemnicy aptekarskiej, zgodnie z art. 14 ust. 2 pkt 2 PrPacjU, jest stan niebezpieczeństwa zagrażającego życiu lub zdrowiu innych osób (poza pacjentem). Jako przykład zastosowania tego wyłączenia wskazuje się na sytuację pacjentów cierpiących na choroby zakaźne (np. żółtaczkę) lub HIV, a także chorych psychicznie, którzy ze względu na stan zdrowia mogą zagrażać innym osobom⁴⁶. Należy jednocześnie zwrócić uwagę na wrażliwy i intymny charakter takich danych. Z tego względu informacje nie powinny być ujawniane innym podmiotom bez realnej potrzeby. W piśmiennictwie podkreśla się, że omawiane wyłączenie powinno być stosowane w sytuacjach szczególnych, gdy istnieje bezpośrednie i poważne zagrożenie dla osób trzecich. Podejmując decyzję o ujawnieniu wiadomości konfidenacyjnych, pracownik medyczny powinien kierować się kryteriami obiektywnymi⁴⁷.

W praktyce obrotu aptecznego można wyobrazić sobie sytuację realizacji przez pacjenta recepty, której treść wskazuje na fakt, że jest on nosicielem wirusa HIV. Jednocześnie zachowanie pacjenta pozwala farmaceucie (lub innej osobie czynnej w lokalu apteki) na powzięcie uzasadnionego podejrzenia, że osoba pozostająca we wspólnym pożyciu z pacjentem nie ma wiedzy o jego chorobie (np. pacjent wprost artykułuje brak świadomości małżonka i deklaruje brak woli ujawnienia tej informacji). Jak się wydaje, w takim przypadku aptekarz powinien w pierwszej kolejności poinformować pacjenta o zagrożeniu, jakie z jego choroby wynika dla osób trzecich, a także podjąć działania mające na celu przekonanie pacjenta, aby

⁴⁵ Zob. M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 357.

⁴⁶ Tak np. M. Nesterowicz, op. cit., s. 293.

⁴⁷ Por. R. Kubiak, op. cit., s. 57; M. Safjan, *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 1/1995, s. 35.

zaniechał postępowania zwiększającego to niebezpieczeństwo. Ostatecznie, gdy perswazja nie przyniesie oczekiwanego rezultatu, farmaceuta powinien skorzystać z omawianego wyłączenia obowiązku zachowania tajemnicy aptekarskiej i ujawnić informacje konfidencyjne osobom, których niebezpieczeństwo faktycznie dotyczy⁴⁸. W orzecznictwie przyjmuje się przy tym, że przekaz powinien być skierowany w sposób na tyle wyraźny, aby zagrożone osoby mogły podjąć odpowiednie kroki zaradcze umożliwiające uniknięcie ryzyka zarażenia⁴⁹.

Po czwarte, przyczyna wyłączenia obowiązku zachowania dyskrecji, w tym tajemnicy aptekarskiej, unormowana w art. 14 ust. 2 pkt 4 PrPacjU, dotyczy potrzeby przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innym osobom wykonującym zawód medyczny, uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń. W piśmiennictwie trafnie wskazuje się, że samo wykonywanie zawodu medycznego nie jest wystarczającą podstawą do ujawnienia dyskrecji medycznej⁵⁰. Celem ujawnienia tajemnicy musi być bowiem potrzeba udzielenia świadczeń zdrowotnych choremu. Z tego względu należy przyjąć, że informacje konfidencyjne objęte tajemnicą aptekarską mogą być udostępnione tylko osobom, które kontynuują proces udzielenia tych świadczeń (np. farmaceuta może przekazać informacje poufne innym farmaceutom lub technikom farmaceutycznym zatrudnionym w aptece).

Po piąte, warto zwrócić uwagę na istotne *novum* w zakresie wyłączeń obowiązku zachowania tajemnicy aptekarskiej, wprowadzone do polskiego porządku prawnego na mocy ZawFarmU. W świetle art. 34 wskazanej ustawy obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem podlega ograniczeniu w zakresie, w jakim jest to niezbędne do prawidłowego odbycia praktyk zawodowych pod nadzorem

⁴⁸ Takie zachowanie proponuje się w literaturze w odniesieniu do lekarza, nie ma jednakże przeszkód, by analogicznego sposobu postępowania nie przyjąć w stosunku do osób czynnych w lokalu apteki. Por. R. Kubiak, op. cit., s. 59–60.

⁴⁹ Wyrok SA w Poznaniu z 9 maja 2002 r., I ACa 221/02, PiM 2004, nr 14, s. 116 z głosem M. Nesterowicza [w:] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014, s. 292–296.

⁵⁰ Zob. T.M. Zielonka, *Tajemnica lekarska – święta powinność czy przestarzały wymóg?*, PiM 4/1999, s. 80.

farmaceuty. Zmiana przepisów rozszerza zatem katalog wyłączeń powinności zachowania tajemnicy aptekarskiej. Regulację w takim kształcie należy ocenić pozytywnie – wydaje się ona się niezbędna z uwagi na szeroki krąg podmiotów zobowiązanych do zachowania dyskrecji, obejmujący również osoby odbywające praktykę zawodową w aptece.

7. Tajemnica aptekarska a tajemnica lekarska

Kształtowanie się tajemnic zawodów medycznych wiąże się nierozdzielnie z rozwojem medycyny. W piśmiennictwie nie budzi wątpliwości, że instrumentem o pierwotnym i podstawowym znaczeniu, służącym ochronie danych medycznych i tajemnicy informacji związanych z pacjentem jest tajemnica lekarska. Wskazuje się przy tym, że w miarę wyodrębniania się kolejnych profesji medycznych, ich unormowania dotyczące dyskrecji wynikały bezpośrednio z doświadczeń wypracowanych w procesie kształtowania się rozwiązań zapewniających ochronę tajemnicy lekarskiej⁵¹.

Szerokie ujęcie tajemnicy aptekarskiej w każdej z omówionych płaszczyzn (podmiotowej, przedmiotowej, temporalnej) skłania do refleksji na temat jej stosunku do tajemnicy lekarskiej. Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁵², lekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu.

Oba rodzaje tajemnic, tj. aptekarska i lekarska, należą do kategorii „tajemnic medycznych”, do zachowania których zobowiązane są *verba legis* osoby wykonujące zawód medyczny (art. 13–14 PrPacJ). Podmiotami zobowiązanymi do nieujawniania informacji konfidenacyjnych objętych dyskrecją lekarską są lekarze i lekarze dentyści, w tym również emerytowani⁵³. W piśmiennictwie przyjmuje się nadto, że powinnoś

⁵¹ Por. szerzej K. Świtała, *Katalog...*, Monitor Prawniczy [online] 13/2014 [dostęp: 12.05.2021], Legalis.

⁵² T.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 514, dalej jako ZawLekU.

⁵³ Tak m.in. K. Świtała, *Katalog...* [dostęp: 12.05.2021], Legalis. W odniesieniu do zakresu podmiotowego tajemnicy lekarskiej por. również M. Burdzik, *Lekarz w procesie karnym jako gwarant tajemnicy lekarskiej* [online], Warszawa 2021 [dostęp: 21.05.2021], Lex.

zachowania tajemnicy lekarskiej w odniesieniu do informacji zawartych w dokumentacji medycznej ciąży również na personelu zakładów leczniczych, niezależnie od podstawy zatrudnienia, oraz na osobach dokonujących czynności kontrolnych w tych zakładach⁵⁴. Podmiotowa konfiguracja obowiązku zachowania dyskrecji lekarskiej jest zatem, podobnie jak w przypadku tajemnicy aptekarskiej, ujmowana szeroko.

W płaszczyźnie przedmiotowej tajemnica lekarska obejmuje wszystkie informacje i fakty, dotyczące danego pacjenta i mające związek z procesem leczenia. W literaturze wskazuje się, że do wiadomości konfidencyjnych chronionych tego rodzaju tajemnicą zaliczyć należy także informacje niemające związku z leczeniem konkretnego schorzenia, ale dotyczące ogólnego stanu zdrowotnego pacjenta (np. innych chorób, faktu bezpłodności), sytuacji rodzinnej, zawodowej, kontaktów i preferencji seksualnych⁵⁵. Takie ujęcie pozwala na szerokie określenie zakresu przedmiotowego tajemnicy lekarskiej. Z tego względu nie jest możliwe ogólne ustalenie granicy, w której „kończy się” tajemnica lekarska, a „zaczyna” tajemnica aptekarska. Zakres faktów konfidencyjnych składających się na obie tajemnice może się nakładać. Nie można jednakże wykluczyć sytuacji, w której tajemnica lekarska, obejmująca informacje związane z pacjentem, „pochłania” tajemnicę aptekarską. Będzie tak w przypadku, w którym pacjent, po wizycie lekarskiej, udaje się do apteki w celu zrealizowania recepty i zakupu produktów leczniczych zaordynowanych przez lekarza. Określenie granic obu tajemnic wymaga zatem analizy konkretnych sytuacji.

Interesującym zagadnieniem wydaje się określenie, czy tajemnice zawodów lekarza i aptekarza obejmują również tzw. dane zanonimizowane, czyli niepozwalające na ustalenie tożsamości pacjenta. W kontekście tajemnicy aptekarskiej ani przepisy IzbAptU, ani PrPacjU nie odnoszą się do tego problemu. Odpowiednie przepisy obowiązują natomiast w odniesieniu

⁵⁴ Por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 296.

⁵⁵ Tak. A. Dyszlewska-Tarnawska, *Komentarz do art. 40 ZawLekU*, [w:] L. Ogiełło (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz* [online] Warszawa 2015 [dostęp: 20.04.2021], Legalis; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 292.

do lekarzy. Poza obowiązkiem zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu, lekarz nie może podać do publicznej wiadomości danych umożliwiających identyfikację pacjenta bez jego zgody (art. 40 ust. 1 i ust. 4 ZawLekU⁵⁶). W literaturze przyjmuje się, że *a contrario*, dopuszczalne jest takie przekazanie informacji, które nie pozwala na ustalenie tożsamości pacjenta. W sytuacji udostępnienia danych bez wskazywania, kogo one dotyczą, trudno uznać, że następuje naruszenie prawa do prywatności pacjenta⁵⁷. Wydaje się, że również obowiązek zachowania tajemnicy aptekarskiej nie obejmuje informacji zanonimizowanych przekazywanych do publicznej wiadomości.

Podobnie jak w przypadku tajemnicy aptekarskiej, obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej jest co do zasady bezterminowy. W świetle art. 40 ust. 3 ZawLekU lekarz, poza sytuacjami, w których prawo dopuszcza ujawnienie informacji konfidenalnych, jest związany tajemnicą również po śmierci pacjenta. Odpowiednią regulację w tym zakresie zawiera także art. 23 zd. 3 Kodeksu Etyki Lekarskiej⁵⁸, zgodnie z którym śmierć chorego nie zwalnia od obowiązku dochowania tajemnicy lekarskiej. W rezultacie należy uznać, że obowiązek zachowania obu rodzajów omawianych tajemnic po śmierci pacjenta ma charakter zarówno prawny, jak i deontologiczny. Warto jednakże podkreślić, że w odniesieniu do danych objętych dyskrecją lekarską zgodę na ujawnienie tajemnicy po śmierci pacjenta może wyrazić tzw. osoba bliska, chyba że ujawnieniu faktów poufnych sprzeciwiła się inna osoba bliska lub sam pacjent za życia (art. 40 ust. 3 i 3a ZawLekU)⁵⁹. Regulacja taka, chociażby w zakresie unormowań ogólnych zawartych w przepisach PrPacU, nie obowiązuje w stosunku do tajemnicy aptekarskiej.

⁵⁶ Zob. szerzej M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 293.

⁵⁷ Por. R. Kubiak, *op. cit.*, s. 37.

⁵⁸ Kodeks Etyki Lekarskiej z 2 stycznia 2004 r. [online, przeglądany 15.05.2021], <https://nil.org.pl/>.

⁵⁹ Zob. szerzej M. Świdarska, *Zgoda osoby bliskiej na ujawnienie tajemnicy lekarskiej po śmierci pacjenta (po nowelizacji)*, PPM 1/2019, s. 7–16.

8. Uwagi podsumowujące

Problematyka prawna zawodowej tajemnicy aptekarskiej obejmuje spory kompleks szczegółowych zagadnień prawnych, które nie były jak dotąd przedmiotem szerszej analizy. W literaturze temat ten był dotychczas poruszany jedynie sporadycznie. W zasadzie nie istnieją również rozstrzygnięcia organów sądowych odnoszących się do tej kwestii. Jak się wydaje, aktualnie brak dostatecznej świadomości społecznej w zakresie istnienia obowiązku zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem czynności w aptece.

Precyzyjne ustalenie zasięgu zawodowej tajemnicy aptekarskiej może *prima facie* powodować trudności interpretacyjne. Przyczyną takiego stanu rzeczy może być rozproszona regulacja prawna odnosząca się do obowiązku zachowania dyskrecji aptekarskiej. Analiza obowiązujących przepisów prawnych oraz regulacji pozaprawnych (w szczególności KEA) pozwala na zajęcie stanowiska, zgodnie z którym tajemnica aptekarska ma charakter uniwersalny, gdyż dotyczy każdej sfery działalności apteki.

Obowiązek zachowania dyskrecji w odniesieniu do danych osobowych i medycznych pacjentów stanowi fundamentalną powinność nie tylko przedsiębiorcy prowadzącego aptekę oraz osób czynnych w lokalu apteki (farmaceutów, techników farmaceutycznych, osób odbywających praktykę zawodową w aptece), ale także wszystkich osób, które w związku z wykonywaniem czynności w aptece mają dostęp do informacji związanych z pacjentem. Szeroko należy ujmować także zakres informacji konfidenacyjnych. Obejmuje on wszelkie podstawowe wiadomości o osobie pacjenta, jego stanie zdrowia, zażywanych produktach leczniczych, a także tzw. wiadomości okazjonalne, uzyskane w trakcie świadczenia usług farmaceutycznych. Pod względem temporalnym powinność zachowania dyskrecji aptekarskiej należy uznać za nieograniczoną w czasie. W zakresie przypadków umożliwiających zwolnienie podmiotów zobowiązanych od obowiązku zachowania tajemnicy, z uwagi na brak szczegółowej regulacji prawnej dotyczącej dyskrecji aptekarskiej, należy sięgnąć do unormowań dotyczących tajemnicy medycznej.

De lege ferenda warto opowiedzieć się za kompleksową i całościową regulacją tajemnicy aptekarskiej w jednym akcie prawnym. Rozwiązanie takie zapewni spójność systemu prawnego oraz pozwoli na realizację założenia rozszerzania uprawnień zawodowych farmaceutów.

Bibliografia

- M. Bączyk, *Komentarz do art. 104 prawa bankowego*, [w:] M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska i in. (red.), *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2005.
- M. Bączyk, *Tajemnica zawodowa. Komentarz do art. 147–153 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi*, [w:] M. Wierzbowski i in. (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2018.
- M. Burdzik, *Lekarz w procesie karnym jako gwarant tajemnicy lekarskiej*, Warszawa 2021.
- E. Chmielewska, *Apteki internetowe*, [w:] M. Krekora, J. Adamczyk (red.), *Prawo farmaceutyczne*, Warszawa 2016.
- A. Dyszlewska-Tarnawska, *Komentarz do art. 40 ZawLekU*, [w:] L. Ogiełło (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2015.
- M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000.
- M. Jackowski (red.), *Ochrona danych medycznych. RODO w ochronie zdrowia*, Warszawa 2018.
- M. Jagielska, *Komentarz do art. 68 PrFarm*, [w:] L. Ogiełło (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2015.
- D. Karkowska, *Komentarz do art. 13 PrPacjU*, [w:] D. Karkowska (red.), *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016.
- D. Karkowska, *Zawody medyczne*, Warszawa 2012.
- R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015.
- M. Malczewska, *Komentarz do art. 40 ZawLekU*, [w:] E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, Warszawa 2014.
- M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. 12 popr. i uzup., Toruń 2019.
- M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądonych*, Warszawa 2014.
- M. Podleś, *Apteki internetowe w Polsce – status prawny i funkcjonowanie na tle porównawczym*, Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych

- Komunikacji Elektronicznej e-Biuletyn 1/2007, <http://www.biblioteka.cyfrowa.pl>.
- G. Rejman, *Tajemnica lekarska*, „Studia Iuridica” 1996, tom 31.
- M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998.
- M. Safjan, *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 1/1995.
- T.J. Siemiński, *Tajemnica aptekarska*, Biuletyn Informacyjny Kierownika Apteki [online] 2018, nr 70; <https://www.kierownik-apteki.pl/>.
- M. Sośniak, *Funkcje i skuteczność zgody osoby uprawnionej w zakresie ochrony dóbr osobistych*, [w:] B. Kordasiewicz, E. Łętowska (red.), *Prace z prawa cywilnego. Wydane dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piątowskiego*, Wrocław 1985.
- A. Sporczyk-Popielarczyk, *Status prawny przedsiębiorcy prowadzącego aptekę w prawie polskim*, Toruń 2021.
- M. Świdarska, *Zgoda osoby bliskiej na ujawnienie tajemnicy lekarskiej po śmierci pacjenta (po nowelizacji)*, PPM 1/2019.
- K. Świtała, *Katalog tajemnic związanych z wykonywaniem zawodów medycznych*, „Monitor Prawniczy” 13/2014.
- K. Świtała, *Pacjent jako beneficjent ograniczeń jawności elektronicznej dokumentacji medycznej*, Warszawa 2018.
- K. Świtała, *Tajemnice zawodów medycznych – podstawowa charakterystyka*, „Monitor Prawniczy” 11/2014.
- K. Świtała, *Wyjątki od obowiązku zachowania tajemnic zawodów medycznych*, „Monitor Prawniczy” 12/2014.
- Ł. Waligórski, *Kolejna sieć aptek uruchamia aplikację mobilną. Czy wzbudzi kontrowersję?*, *Magister Farmacji* 17 marca 2021, <https://mgr.farm/>.
- Z. Więckowski, *Sprzedaż leków na odległość – regulacje krajowe*, *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny* 8/2016.
- T.M. Zielonka, *Tajemnica lekarska – święta powinność czy przestarzały wymóg?*, *PiM* 4/1999.
- A. Zimmermann, *Pacjent czy klient?*, *Magister Farmacji* 4 czerwca 2018, <https://mgr.farm/>.

Summary

Legal characteristics of professional pharmaceutical confidentiality

The legal regulation of pharmaceutical confidentiality was inspired by the treatment of medical confidentiality. *De lege lata*, the legal basis for the obligation to maintain this type of discretion is the provision of Art. 21 point 2 of the Act of 19 April 1991 on pharmaceutical chambers, however, in all matters not regulated in that legal act, the provisions of the Act of 6 November 2008 on Patient Rights and the Patient Rights Ombudsman apply. At the same time, due to the fragmented statutory regulation, nonlegal regulators, including the rules of deontological nature expressed in the Code of Ethics for Pharmacists may also have practical significance.

Maintaining pharmaceutical discretion is an important element of pharmacy activities. It should be assumed that this kind of privacy is universal, as it concerns every sphere of pharmacy's activity.

The obligation of confidentiality with regard to the personal and medical data of patients is a fundamental duty not only of the entrepreneur running the pharmacy and people acting on the premises of an enterprise (pharmacists, pharmaceutical technicians, people practicing in the pharmacy), but also of all person who, in connection with the performance of activities at the pharmacy, has access to information related to the patient. The scope of confidential information should be understood broadly. It includes all the basic data about the patient, his health condition, used medicinal products, and the so-called occasional information obtained in the course of providing pharmaceutical services. From a temporal point of view, the obligation of maintaining The obligation of discretion should be considered as unlimited in time. The catalog of cases when "the obliged entities" should disclose the confidential information is also interesting. In this respect, due to the lack of detailed legal regulations regarding pharmaceutical confidentiality, it is necessary to refer to the regulations concerning medical confidentiality.

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2015 r., sygn. V CSK 456/15¹

Celem art. 30 ust. 3 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego jest umożliwienie sądowi zbadania w uzasadnionych przypadkach, a więc wtedy, gdy choroba psychiczna została uprawdopodobniona, czy istnieją przesłanki określone w art. 29 ustawy, jeżeli pacjent nie ma poczucia tej choroby i konsekwentnie odmawia badania psychiatrycznego.

Sąd Okręgowy oddalił apelację uczestnika od postanowienia Sądu Rejonowego, na podstawie którego miał zostać umieszczony bez zgody w szpitalu psychiatrycznym. Uzupełniając ustalając stan faktyczny, Sąd ten stwierdził, że uczestnik mieszka z niepełnosprawną konkubiną w bardzo zaniedbanym mieszkaniu. W 2012 r. sąd opiekuńczy rozpoznawał wniosek o umieszczenie go bez zgody w szpitalu psychiatrycznym, jednakże z uwagi na opinię biegłego lekarza psychiatry – który stwierdził u niego osobowość paranoiczną wymagającą psychiatrycznego leczenia ambulatoryjnego, wniosek ten oddalił z powodu niewyczerpania przesłanek określonych w art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego². Obecnie biegły psychiatra rozpoznał u uczestnika chorobę psychiczną w postaci zespołu paranoidalnego z utrzymującymi się objawami psychotycznymi, co skutkuje deficytami psychospołecznymi. Wskazano również na utrwalone objawy urojeniowe, osobowość ksobną i zagrożeniową ocenę rzeczywistości, wynikające

¹ LEX nr 1943231.

² T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 882 ze zm., dalej: ustawa lub u.o.z.p.

z tego skłonności do agresji werbalnej, utrzymującego się napięcia, niepokoju, drażliwości i zalegania afektywnego. Funkcjonowanie uczestnika podporządkowane jest doznaniom urojeniowym, wobec których wykazuje bezkrytycyzm. W konsekwencji biegły wskazał na konieczność leczenia uczestnika w szpitalu psychiatrycznym. Niepodjęcie leczenia spowoduje u niego dalsze pogorszenie stanu psychicznego, a istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że leczenie w warunkach szpitalnych doprowadzi do poprawy stanu zdrowia. W opinii uzupełniającej dopuszczonej w postępowaniu apelacyjnym biegły wskazał, że nieleczona psychoza ulega utrwaleniu, co utrudnia jej późniejsze wyleczenie, a leczenie szpitalne powinno doprowadzić do ograniczenia urojeń i zaburzeń afektywnych. Z przeprowadzonego postępowania dowodowego wynika, że uczestnik zagraża sobie i innym, wypowiada groźby, że wszystkich pozabija, powyrzyna. Utraciwszy swoje mieszkanie i źródło dochodu, żyje na koszt niepełnosprawnej konkubiny. Nie podjął leczenia, ponieważ nie ma poczucia choroby, a co za tym idzie i konieczności leczenia. W konsekwencji za zasadne uznano umieszczenie uczestnika postępowania bez jego zgody w szpitalu psychiatrycznym na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy.

Rozpoznając skargę kasacyjną, Sąd Najwyższy stwierdził, że bezpodstawny jest zarzut skarżącego niedołączenia przez wnioskodawcę do wniosku orzeczenia lekarza psychiatry (art. 30 ust. 1 u.o.z.p.), albowiem zarzut ten pomija przepis art. 30 ust. 3 ustawy, w którym dopuszczono przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego psychiatry przez sąd opiekuńczy w przypadku uprawdopodobnienia w treści wniosku lub dołączonych dokumentach zasadności przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jeżeli złożenie orzeczenia jest niemożliwe. Celem tej regulacji jest umożliwienie sądowi zbadania zaistnienia przesłanek określonych w art. 29 u.o.z.p. w razie uprawdopodobnienia choroby psychicznej uczestnika postępowania w sytuacji niewyrażania przez niego zgody na badanie. Uzasadnienie wniosku uprawdopodobniało występowanie u uczestnika choroby psychicznej poprzez podanie sygnatury akt poprzedniego postępowania o umieszczenie go bez zgody w szpitalu psychiatrycznym, w którym był on badany psychiatrycznie ze skutkiem rozpoznania zaburzeń paranoicznych. Natomiast w obecnym postępowaniu został zbadany przez

psychiatrę, którego sam wybrał, przedtem poinformowany o celu badania, a nadto był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, który nie wniósł zastrzeżeń do opinii. Odwołując się do swego orzecznictwa³, Sąd Najwyższy wskazał, że przy stosowaniu przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego należy mieć na względzie podstawowe jej założenia gwarantujące osobom z zaburzeniami psychicznymi ochronę ich praw oraz poszanowanie wolności i godności osobistej. Konsekwencją tego jest konieczność ścisłej wykładni przepisów tej ustawy umożliwiających umieszczenie bez zgody w szpitalu psychiatrycznym. Sąd opiekuńczy, wydając orzeczenie w tym przedmiocie, musi uwzględniać jego celowość z punktu widzenia dobra i interesów osoby, której dotyczy. Wskazano, że przesłanka „znacznego pogorszenia stanu zdrowia psychicznego” powinna być interpretowana jako sytuacja, w której osoba chora psychicznie wskutek niepodjęcia leczenia doprowadza się do stanu uniemożliwiającego jej funkcjonowanie w życiu rodzinnym i społecznym, czyli wówczas, gdy następuje degradacja ról społecznych. Jednakże przesłanka ta nie obejmuje sytuacji, w których osoba chora psychicznie zachowuje się w sposób odbiegający od przyjętych standardów społecznych, ale ma zachowaną zdolność funkcjonowania w rzeczywistości. W skardze kasacyjnej nie zakwestionowano choroby psychicznej uczestnika, do rozstrzygnięcia pozostaje wyłącznie, czy nieprzyjęcie go do szpitala psychiatrycznego doprowadzi do znacznego pogorszenia jego stanu zdrowia psychicznego. Prognozowanie tego należy oprzeć na ocenie dotychczasowego zachowania uczestnika postępowania, a także na ocenie, jak może wpłynąć niepodjęcie leczenia szpitalnego na stan tej osoby. Ustalenie zaś związku przyczynowego między odmową leczenia szpitalnego a znacznym pogorszeniem stanu zdrowia psychicznego przed wydaniem orzeczenia umożliwia pewniejszą prognozę odnośnie pogorszenia się tego stanu w przyszłości.

W stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy nie ulega wątpliwości, że stan zdrowia psychicznego uczestnika uległ pogorszeniu w porównaniu

³ Postanowienia: z dnia 12 lutego 1997 r., sygn. II CKU 72/96, OSNC 1997/6-7/84, z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. I CSK 402/08, z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. V CSK 384/09 – niepubl.

do wcześniej prowadzonego postępowania. Biegły wskazał na to pogorszenie w porównaniu z czasem wcześniejszego opiniowania. Poprzednio rozpoznał osobowość o cechach paranoicznych z okresowymi dekomensacjami afektywnymi, co uzasadniało leczenie ambulatoryjne. Natomiast w aktualnej opinii rozpoznał chorobę psychiczną, która przeszła w stan przewlekły, a przy uwzględnieniu zachowania uczestnika stwierdził, że brak leczenia szpitalnego spowoduje znaczne pogorszenie jego zdrowia. Jak wynika z ustaleń sądów *meriti*, uczestnik nie funkcjonuje w rolach społecznych, co jest spowodowane wywołanymi przez chorobę dysfunkcjami społecznymi. Utrzymywanie dotychczasowego stanu prowadzić będzie do degradacji jego ról społecznych poniżej akceptowanego poziomu. Z powyższych powodów Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną uczestnika postępowania.

Słusznie w głosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy wyeksponował celowość postanowienia sądu opiekuńczego z uwagi na dobro i interes osoby, która ma być umieszczona w szpitalu psychiatrycznym w tzw. trybie wnioskowym, a także ścisłego wykładania przesłanek umożliwiających przymusowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym. Przesłanki orzeczenia o umieszczeniu w tym trybie zostały określone w art. 29 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym osoba chora psychicznie może być przyjęta do szpitala psychiatrycznego bez zgody w przypadkach, gdy:

- jej dotychczasowe zachowanie wskazuje, że nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego,
- jest niezdolna do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, a uzasadnione jest przewidywanie, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę jej stanu zdrowia.

Analiza przyczyn umieszczenia pacjenta w szpitalu psychiatrycznym na podstawie omawianych przepisów potwierdza powyższe stanowisko. Ustawodawca wprost wskazał w nich niepogarszanie (pkt 1) lub poprawę (pkt 2) stanu zdrowia psychicznego jako jedyne relewantne prawnie przyczyny przyjęcia w trybie wnioskowym. Jednocześnie przy przesłance poprawy zdrowia psychicznego istotne jest, iż jej zaistnienie umożliwia przyjęcie w trybie wnioskowym wyłącznie osoby niezdolnej

do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych. W piśmiennictwie wskazuje się, iż niezdolność do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych należy rozumieć jako niezdolność do samodzielnej egzystencji, do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych⁴. W przeciwieństwie do przyjęcia do szpitala psychiatrycznego w tzw. trybach nagłych (art. 23 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 u.o.z.p.) ustawodawca nie wprowadził przesłanki behawioralnej przyjęcia bez zgody w postaci bezpośredniego zagrożenia swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych. W konsekwencji nie ma podstaw do twierdzenia, iż przy realizacji tego trybu przyjęcia szpital psychiatryczny realizuje również funkcję zabezpieczenia społeczeństwa przed niebezpiecznymi zachowaniami osób z zaburzeniami psychicznymi. W piśmiennictwie podnosi się, że taką funkcję pełni szpital psychiatryczny przy przyjęciu bez zgody na podstawie art. 23 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy, co dogmatycznie znalazło umocowanie w przesłankach behawioralnych tego przyjęcia⁵.

Z kolei przesłanką medyczną (psychiatryczną) przyjęcia na podstawie art. 29 ustawy jest stwierdzenie choroby psychicznej u osoby, która ma być przyjęta. Oznacza to, że w dacie orzekania o przyjęciu do szpitala u osoby przyjmowanej muszą być zdiagnozowane zaburzenia psychiatryczne. Takie ujęcie przesłanki medycznej przyjęcia w trybie wnioskowym wyklucza zastosowanie art. 29 u.o.z.p. do osób cierpiących na niepsychotyczne zaburzenia psychiczne w rozumieniu art. 3 pkt 1 tej ustawy⁶. W konsekwencji takie przyjęcie nie będzie mogło być zastosowane wobec

⁴ J. Ciechorski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2012 r., II CSK 678/11*, PiM 1-2/2013.

⁵ S. Dąbrowski, L. Kubicki, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Przegląd najważniejszych zagadnień*, Warszawa 1995, s. 34, J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r., sygn. I ACa 361/13*, OSP 4/2015, s. 41.

⁶ Zgodnie z powołanym przepisem określenie osoba z zaburzeniami psychicznymi odnosi się do osoby:

- 1) chorej psychicznie (wykazującej zaburzenia psychiatryczne),
- 2) upośledzonej umysłowo,
- 3) wykazującej inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychiatrycznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym.

np. osób upośledzonych umysłowo, które dodatkowo nie cierpią na zaburzenia psychiatryczne czy inne zakłócenia czynności psychicznych w rozumieniu art. 3 pkt 1 lit. c ustawy.

Zauważyć należy, iż Sąd Najwyższy przy wskazaniu na interes i dobro uczestnika postępowania odwołał się do przepisu ogólnego ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Ustawodawca w art. 12 tej ustawy nakazał przy wyborze rodzaju i metod postępowania leczniczego wobec pacjenta szpitala psychiatrycznego kierować się nie wyłącznie celami zdrowotnymi, ale także przyjął, że trzeba brać pod uwagę interesy i dobra osobiste pacjenta. Do dyrektyw postępowania zawartych w powołanym przepisie odwołał się również Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 kwietnia 2010 r.⁷, w którym stwierdził, że z perspektywy tego przepisu za najbardziej uciążliwy dla pacjenta sposób leczenia należy uznać hospitalizację. Dodać trzeba, że twierdzenie to dotyczy w szczególności hospitalizacji przymusowej. Ze swej istoty cytowane dyrektywy są adresowane do personelu medycznego, albowiem pracownicy ci podejmują decyzję o „wyborze rodzaju i metod postępowania leczniczego”, a następnie wykonują czynności wdrażające wybrane postępowanie. Jednakże, jak się wydaje, reguły te powinny również mieć zastosowanie w postępowaniu sądowym o przymusowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym. Przede wszystkim ich zastosowanie wzmacnia gwarancyjną funkcję tego postępowania, a nadto służy osobie, której to postępowanie dotyczy. W doktrynie podkreśla się, iż stosowanie powyższych dyrektyw jest wyrazem poszanowania podmiotowości i autonomii pacjenta⁸, jednocześnie wskazuje się, że zastosowanie przymusowego przyjęcia – w świetle powołanego przepisu – powinno być traktowane jako *ultima ratio*, zarówno w stosunku do leczenia ambulatoryjnego, jak i szpitalnego za uprzednią

Szerzej na temat przesłanki medycznej przyjęcia na podstawie art. 29 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 31 grudnia 2013 r.*, I ACA 766/12, „Palestra” 10/2014.

⁷ Sygn. IV CSK 9/10, LEX nr 1360297.

⁸ M. Balicki, *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, PiM 1/1999, s. 40.

zgoda pacjenta⁹. W konsekwencji przyjąć trzeba, że dyrektywy zawarte w art. 12 u.o.z.p. odnoszą się do każdego trybu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego.

Zgodnie z art. 30 ust. 1 ustawy, aby wykazać stan zdrowia osoby, której postępowanie dotyczy, wnioskodawca ma obowiązek dołączyć do tego wniosku orzeczenie lekarza psychiatry o potrzebie leczenia w szpitalu psychiatrycznym. Do orzeczenia tego należy zastosować art. 11 powołanej u.o.z.p., który dopuszcza wydanie takiego orzeczenia wyłącznie po osobistym badaniu osoby, której orzeczenie dotyczy. Ograniczenie to ma przeciwdziałać wydawaniu orzeczeń, zaświadczeń lekarskich wyłącznie w oparciu o dokumentację medyczną czy nawet na podstawie informacji przekazywanych przez osoby ubiegające się o ich wydanie. Wymóg przedłożenia tego orzeczenia lekarskiego sądowi ma za zadanie przeciwdziałać składaniu (z różnych przyczyn) nieuzasadnionych wniosków. Z tych względów przepis ma charakter gwarancyjny wobec osoby, której wniosek dotyczy. Zaświadczenie nie może być wystawione wcześniej niż 14 dni przed datą złożenia wniosku. Określenie terminu ma zapobiegać przedkładaniu nieaktualnych ocen stanu zdrowia psychicznego, który z uwagi na dynamikę zaburzeń psychicznych może ulegać istotnym zmianom w krótkim czasie. Skutkiem dołączenia orzeczenia niespełniającego tego wymogu jest zwrot wniosku przez sąd (art. 31 ust. 2 zd. 1 u.o.z.p.). Jednakże nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której wnioskodawca nie jest w stanie przy dołożeniu należytej staranności w ogóle przedłożyć takiego orzeczenia np. z powodu oporu osoby, której umieszczenie ma dotyczyć. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu, zwrotowi wniosku w takiej sytuacji ma zapobiegać unormowanie zawarte w art. 31 ust. 3 ustawy, który umożliwia jego rozpoznanie również w przypadku niezalążenia do niego orzeczenia lekarza psychiatry. W takiej sytuacji sąd ma obowiązek zarządzić poddanie badaniu osoby, której wniosek dotyczy, powinnoś ta wynika z użycia w omawianym przepisie zwrotu: „sąd zarządza badanie”, który ma niewątpliwie charakter

⁹ J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r., I ACa 361/13*, OSP 4/2015.

imperatywny. Jednocześnie skorzystanie z tej kompetencji zostało uzależnione od treści wniosku lub załączonych do niego dokumentów, które muszą uprawdopodobniać zasadność przyjęcia do szpitala psychiatrycznego. Sąd orzekający w sprawie musi mieć możliwość skonfrontowania twierdzeń zawartych we wniosku czy w dokumentach do niego załączonych z oceną stanu zdrowia osoby, której postępowanie dotyczy, dokonaną przez lekarza psychiatrę. O wiele bardziej złożone staje się to zagadnienie w przypadku, gdy wnioskodawca, mając wiedzę o chorobowych zachowaniach tej osoby, nie jest w stanie załączyć dokumentacji medycznej z ewentualnego wcześniejszego leczenia psychiatrycznego. W takim przypadku wniosek powinien wskazywać, gdzie znajduje się ta dokumentacja, oraz zawierać żądanie przeprowadzenia z niej dowodu na okoliczność wcześniejszego leczenia osoby. Uprawdopodobnienie zasadności hospitalizacji w szpitalu psychiatrycznym może nastąpić w każdy sposób, ustawodawca nie przewidział bowiem w art. 30 ust. 3 żadnych wymogów w tym zakresie. Słusznie w związku z tym przyjął Sąd Najwyższy, że uprawdopodobnienie to może być dokonane poprzez podanie sygnatury aktu poprzedniego postępowania o umieszczenie bez zgody w szpitalu psychiatrycznym. Przyjąć należy, że również może to być dokumentacja ze wcześniejszego leczenia psychiatrycznego (stacjonarnego lub ambulatoryjnego) osoby, której wniosek dotyczy, jeżeli wnioskodawca nią dysponuje. Jak już wcześniej wskazałem, może to być również wskazanie podmiotu, w którym leczyla się lub leczy osoba, której wniosek dotyczy, jak i opisanie zachowań tej osoby, w przypadku jeżeli wnioskodawca nie jest w stanie określić podmiotu, który sprawował opiekę psychiatryczną, czy też osoba, której wniosek dotyczy, nie korzystała ze świadczeń zdrowotnych z tego zakresu. Jednakże – co należy podkreślić – przesłankami, uprawniającymi sąd opiekuńczy do zarządzenia badania, o którym mowa, jest wystąpienie kumulatywne: braku możliwości przedłożenia orzeczenia lekarza psychiatry o potrzebie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego oraz uprawdopodobnieniu takiej potrzeby w treści wniosku lub w załączonych do niego dokumentach. Postulować należy wskazanie w uzasadnieniu wniosku okoliczności uniemożliwiających przedłożenie orzeczenia lekarskiego, aby sąd opiekuńczy w momencie zapoznawania się z jego

treścią mógł ocenić, czy rzeczywiście zachodził brak możliwości przedłożenia wymaganego dokumentu, a w konsekwencji aby nie dochodziło do niezasadnego zwrotu wniosku na podstawie art. 30 ust. 2 zd. 1 ustawy.

Sąd Najwyższy trafnie wskazał na konieczność restryktywnej wykładni przepisów ustawy uprawniających do przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego. Powyższe stanowisko jest ugruntowane zarówno w judykaturze¹⁰, jak i piśmiennictwie. Jest to również skutkiem traktowania zgody pacjenta na hospitalizację i leczenie jako prawa podmiotowego. Warto w tym aspekcie przytoczyć stanowisko Trybunału Konstytucyjnego z uzasadnienia wyroku z dnia 11 października 2011 r.¹¹, w którym wyjaśniono: „prawo decydowania o samym sobie, w tym o wyborze metody leczenia, jest przejawem autonomii jednostki. Instytucja zgody na wykonanie zabiegu medycznego stanowi refleks tego prawa i jest jedną z przesłanek legalności czynności leczniczych. Uwaga ta dotyczy w równym stopniu zabiegów najwyższego ryzyka i badań rutynowych nieniosących żadnego zagrożenia dla zdrowia. Odnosi się ona do rozległego spektrum działań lekarskich – od diagnostyki i badań do leczenia zabiegowego i operacyjnego, w warunkach ambulatoryjnych i szpitalnych. Szeroko rozumiane czynności lecznicze, podjęte – wbrew przepisom – bez zgody pacjenta, są bezprawne i mogą stanowić podstawę odpowiedzialności cywilnej, karnej lub zawodowej lekarza”. Restrykcyjna wykładnia przepisów dopuszczających przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego jest podyktowana bardzo głęboką ingerencją w podstawowe prawa jednostki, jaka następuje w wyniku skorzystania z tej kompetencji. Dotyczy to wartości chronionych konstytucyjnie: prawa do wolności i nietykalności osobistej,

¹⁰ Postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2016 r., sygn. V CSK 295/16, LEX nr 2188806, z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. III CSK 35/16, LEX nr 2191462, z dnia 5 kwietnia 2012 r., sygn. II CSK 575/11, LEX nr 1168539, z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. V CSK 390/10, LEX nr 1129178, z dnia 22 lipca 2010 r., sygn. I CSK 234/10, LEX nr 686075, z dnia 22 kwietnia 2010 r., sygn. V CSK 384/09, LEX nr 688047, z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. I CSK 402/08, LEX nr 560512, z dnia 27 lutego 2008 r., sygn. III CSK 318/07, LEX nr 452962, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. I ACa 1155/15, LEX nr 2188830, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r., sygn. I ACa 361/13, LEX nr 1342253.

¹¹ Sygn. K 16/10, OTK-A 2011/8/80.

prawa do decydowania o swoim życiu osobistym. Tym samym niedopuszczalna jest rozszerzająca interpretacja tych przepisów czy też stosowanie analogii. Powyższe słuszne założenie przyjęte przez Sąd Najwyższy doprowadziło w konsekwencji do twierdzenia, że również przesłanka „znacznego pogorszenia stanu psychicznego” musi być wykładana ściśle. Powinna ona być rozumiana jako doprowadzenie wskutek nieleczenia choroby psychicznej do stanu uniemożliwiającego choremu wykonywanie ról społecznych i rodzinnych z powodu ich degradacji. Nie może zaś obejmować sytuacji niestandardowych zachowań osoby chorej psychicznie, jeżeli zachowała ona zdolność do pełnienia powyższych ról społecznych. Wyklucza to możliwość przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego tylko z powodu jej uciążliwości dla otoczenia, rodziny czy organów władzy publicznej lub innych podmiotów. Tak też przesłanka ta jest interpretowana w orzecznictwie¹². Nadto umieszczenie osoby chorej psychicznie w szpitalu na podstawie przesłanek art. 29 ust. 1 pkt 1 ustawy wymaga, aby skutkiem owego nieprzyjęcia nie było tylko „pogorszenie się”, ale musi zagrażać „znaczne pogorszenie” zdrowia psychicznego¹³. Tak też wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 6 sierpnia 2014 r.¹⁴, stwierdzając, że „Możliwość występowania zaburzeń psychicznych oraz pogorszenia stanu psychicznego nie wystarczy, by orzec o umieszczeniu bez zgody w szpitalu psychiatrycznym. Konieczne jest ustalenie, że

¹² Np. w postanowieniu z dnia 22 kwietnia 2010 r. Sąd Najwyższy wskazał, że „Przez pojęcie «znacznego pogorszenia stanu zdrowia psychicznego» – uwzględniając art. 2 ust. 1 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego – należy rozumieć doprowadzenie się przez osobę chorą psychicznie, na skutek niepodejmowania leczenia, do stanu uniemożliwiającego jej funkcjonowanie w rodzinie, w miejscu zamieszkania lub w pracy. Takie rozumienie tego pojęcia pozwala ograniczyć hospitalizację przymusową tylko do tych osób, dla których jest ona niezbędna. Nie należy bowiem ułatwiać jej stosowania wobec osób chorych psychicznie, które zachowują się w sposób nawet rażąco odbiegający od wymagań społecznych, ale mogą funkcjonować bez większych trudności w rodzinie, miejscu zamieszkania i pracy”.

¹³ Tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. I CSK 402/08, LEX nr 560512, w którym podniósł, że „ustawa wymaga prognozy «znacznego» pogorszenia stanu zdrowia psychicznego osoby objętej postępowaniem w trybie art. 29 ust. 1 pkt 1, nie wystarczy więc samo tylko jego «pogorszenie»”.

¹⁴ Sygn. V 145/14, LEX nr 1504765.

dana osoba jest chora psychicznie i że bez podjęcia przymusowego leczenia pogorszenie jej zdrowia psychicznego będzie znaczne”. Można więc przyjąć, że w omawianym przepisie ustawodawca wskazał na kwalifikowane pogorszenie się zdrowia psychicznego osoby, której wniosek dotyczy.

W przypadku zarządzenia przymusowego badania przez lekarza psychiatrę mają zastosowanie przepisy art. 21 ustawy, które umożliwiają użycie przymusu bezpośredniego w celu umożliwienia przeprowadzenia tego badania. Wątpliwości interpretacyjne może stwarzać przepis art. 21 ust. 3 u.o.z.p., który uprawnia lekarza przeprowadzającego przymusowe badanie do zarządzenia przewiezienia osoby badanej do szpitala psychiatrycznego. Uważam, że również tę kompetencję należy wyklądać bardzo restryktywnie. Zwłaszcza że podejmuje taką decyzję lekarz, nie zaś niezależny sąd, nadto badanie to ma być podstawą orzeczenia o przymusowym umieszczeniu w takim szpitalu. Zarządzenie przewiezienia do szpitala psychiatrycznego może nastąpić wówczas, gdy badający lekarz przypuszcza, iż zachodzą przesłanki do przyjęcia pacjenta w trybie nagłym. Zarządzenie lekarza o przewiezieniu osoby badanej nie przesądza o jej przyjęciu do szpitala, nie powinno budzić wątpliwości, że lekarz decydujący o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego bez zgody samodzielnie dokonuje oceny zasadności przyjęcia, nie jest związany zarządzeniem lekarza, który wcześniej przeprowadził badanie, jednakże powinien wziąć pod uwagę jego wyniki.

Omawiając kwestię przymusowego badania, trzeba się również odnieść do relacji przepisu art. 30 ust. 3 w stosunku do art. 46 ust. 2 ustawy nakazującego przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lekarza psychiatry. Uważam, że orzeczenie lekarza psychiatry wydane w wyniku przymusowego badania na zarządzenie sądu opiekuńczego nie może w żaden sposób zastępować opinii, określonej w art. 46 ust. 2 u.o.z.p. Stanowisko to wynika z czterech powodów. Po pierwsze, orzeczenie to ma zastępować orzeczenie lekarskie, które wnioskodawca jest obowiązany dołączyć do wniosku, co wprost wynika z art. 30 ust. 3, w szczególności ustawodawca nie przewidział innych funkcji dla tego orzeczenia lekarskiego, w szczególności nie może być surogatem opinii. Po drugie, przepisy te mają charakter gwarancyjny dla osoby, której wniosek dotyczy. W związku z tym

niewątpliwie właściwe jest uzyskanie stanowiska więcej niż jednego lekarza psychiatry. Po trzecie, w przepisie art. 46 ust. 2 wprowadzono wymóg przeprowadzenia opinii bez możliwości zastępowania jej innym orzeczeniem lekarskim, tak też przyjmuje się w judykaturze i piśmiennictwie¹⁵. Bezspornie opinia sądowo-psychiatryczna jest orzeczeniem lekarskim, jednakże szczególnego rodzaju. Co prawda ustawodawca w art. 2 ust. 1 *in fine* z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty¹⁶, określając, co stanowi zakres przedmiotowy wykonywania zawodu lekarza i lekarza dentysty, rozróżnia orzeczenie i opinię, lecz w istocie opinia ta jest specyficznym orzeczeniem lekarskim o stanie zdrowia wydawanym na polecenie organu procesowego i stanowi specyficzny dowód w sprawie. Po czwarte zaś, opinia sądowo-lekarska ze swej istoty stanowi głębszą analizę stanu zdrowia opiniowanego aniżeli orzeczenie lekarskie. W konsekwencji opinii należy przypisać walor dowodu, który powinien wskazywać sądowi orzekającemu zaburzenia psychiczne występujące u osoby, której postępowanie dotyczy, wraz z oceną, czy są to zaburzenia psycho-tyczne, a także wyjaśniać, jakie znaczenie dla funkcjonowania tej osoby ma stwierdzony stan psychiczny, a także rokowania dotyczące poprawy albo niepogarszania się stanu zdrowia. Również ze względów procesowych opinia sądowo-psychiatryczna nie może być zastąpiona innym orzeczeniem lekarskim niemającym takiego charakteru, bowiem do wydania opinii lekarsko-sądowej uprawniony jest wyłącznie lekarz powołany przez sąd w charakterze biegłego. Z powyższą instytucją procesową związane są uprawnienia i obowiązki, które dla strony (uczestnika) postępowania

¹⁵ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. IV CSK 126/13, LEX nr 1360288, w którym wskazano: „Ze względu na wymaganie ustawowe (art. 46 ust. 2 ustawy z 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego), że podstawę ustaleń sądu musi stanowić, między innymi, dowód z opinii lekarzy psychiatrów”. W głosie do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2014 r., sygn. V CSK 145/14, wskazałem, że dowód ten jest konieczny z uwagi na unormowanie powołanego przepisu, a nadto wynika ze specyfiki wiadomości specjalnych posiadanych przez biegłego lekarza psychiatrę, a opinia ta nie może być zastąpiona żadnym innym środkiem dowodowym, w tym orzeczeniami lekarskimi o stanie zdrowia wydanymi przez psychiatrę, nie są one bowiem opinią w rozumieniu art. 46 ust. 2 ustawy – J. Ciechorski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2014 r. V CSK 145/14*, Glosa 2/2016.

¹⁶ T.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 125 ze zm.

stwarzają gwarancje składające się na wymóg – kierowany do sądu – prowadzenia rzetelnego procesu (postępowania). Natomiast lekarz wydający orzeczenie na potrzeby wniosku o umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym w trybie art. 29 u.o.z.p. nie podlega obostrzeniom przewidzianym dla biegłych (np. dotyczących wyłączenia biegłego). Samo zaś orzeczenie lekarskie nie musi spełniać wymogów dotyczących opinii. Z tych też względów nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego psychiatry będzie nie tylko naruszeniem art. 46 ust. 2 *in principio* ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, ale także art. 278 § 1 k.p.c., albowiem w sposób oczywisty dla ustalenia stanu zdrowia uczestnika postępowania oraz jego skutków dla funkcjonowania konieczna jest wiedza specjalistyczna w rozumieniu powołanego przepisu kodeksowego.

Z powyższych przyczyn stanowisko prezentowane przez Sąd Najwyższy w glosowanym orzeczeniu należy uznać za prawidłowe.

Summary

Gloss to the decision of the Supreme Court of 5/11/2015, V CSK 456/15

The Supreme Court in the commented judgment aptly pointed out that the conditions for admission to a psychiatric hospital in the application procedure (Article 29 of the Act on Mental Health Protection) as any reception without consent must be understood strictly, and thus can not be interpreted in a wide way. This means that the medical condition in the form of mental illness can not be extended to other psychiatric disorders, and the premise concerning the behavior of this person – inability to satisfy basic life needs – should be understood as a real life threatening situation in the long term, and there is a real opportunity to improve (not deteriorate) mental health as a result of admission. At the same time, compulsory admission should be treated as a last resort if it is not possible to prevent it through outpatient care or hospitalization with the

consent of the patient. When adjudicating that placement without consent, the court should consider not only health considerations, but also the interests and other good of the patient. A person applying for such a decision by a court should submit a psychiatrist's position regarding the need for treatment in a psychiatric hospital. If this is not possible, it should make the necessity of psychiatric hospitalization and the reasons for not submitting the position of a psychiatrist in the justification of the application. Then the court should order a psychiatric examination of the person concerned.

Glosa do uchwały SN (7) z dnia 22 lipca 2020 r., III CZP 31/19

Objęcie pojęciem kosztów z art. 444 § 1 zd. 1 k.c. opieki sprawowanej nieodpłatnie nad poszkodowanym

Wprowadzenie

Wyrządzenie szkody czynnością medyczną polega na uszkodzeniu ciała lub rozstroju zdrowia. Ustawodawca w ramach szczególnych przepisów o szkodzie na osobie (art. 444 i nn. k.c.) przewidział m.in. roszczenie poszkodowanego o zwrot „wszelkich kosztów” wynikłych z takiego uszkodzenia lub rozstroju. Sądowe rozumienie zakresu tych kosztów niebezpiecznie przesuwają się w stronę bezwzględnej obiektywizacji, to znaczy objęcia roszczeniem nie tego, co poszkodowany bądź inne osoby wydały (względnie utraciły – dotyczy to zarobku opiekuna z zajęcia alternatywnego wobec opieki), ale wszystkiego tego, co było niezbędne, choć nie wiązało się z wydatkami. Prowadzić to będzie do zgłaszania przez poszkodowanych roszczeń w procesach medycznych zwiększających sumy zasądzone dotychczas – bez potrzeby dowodzenia wydatków czy strat związanych z opieką nad poszkodowanym. Tak rozumiane pojęcie kosztów zacznie – niedopuszczalnie – obejmować pozycje, których w istocie nikt nie poniósł. Sam nakład pracy osoby bliskiej z związku z opieką nie jest bowiem kosztem. Mimo to Sąd Najwyższy włączył hipotetyczne wynagrodzenie opiekuna do odszkodowania z art. 444 § 1 zd. 1 k.c.

Rozszerzenie odpowiedzialności szpitali i personelu medycznego na nieponiesione w istocie koszty opieki oznacza obciążenie ich szkodami, które realnie nie zaistniały. Nikt nie zabrania osobie bliskiej świadczenia nieodpłatnej opieki. W normalnych warunkach wynika to ze współczucia

i poczucia moralnego obowiązku. Ale to nie oznacza, że można wliczać niedoszły koszt takiej opieki w ramy odszkodowania należnego bezpośrednio poszkodowanemu. Poza wszystkim razi to z punktu widzenia poczucia sprawiedliwości, ponieważ odszkodowanie uzyskuje bezpośrednio poszkodowany zdrowotnie, a nie jego opiekun i za szkodę, która w rzeczywistości nie zaistniała.

Kierunek ten stawia w gorszej sytuacji osoby, które zapłaciły za opiekę mniej, niż się przyzna w razie opieki nieodpłatnej. Będą one teraz pomijać w zakresie dowodów kosztów rzeczywiście uiszczone kwoty, ponieważ więcej uzyskają z tytułu „kosztów” rozumianych abstrakcyjnie. Zrywa to z ujmowaniem sytuacji poszkodowanego w sposób indywidualny. Zmusza zarazem do liczenia się przez jednostki służby zdrowia i część personelu zatrudnioną w nich poza stosunkiem pracy, a przez to i ubezpieczycieli, z każdorazowo występującym ryzykiem konieczności pokrycia wskazanych „kosztów”.

Rzecznik finansowy, występując z wnioskiem o podjęcie uchwały, działał oczywiście w interesie poszkodowanych, nie wziął jednak pod uwagę, że uwzględnienie postulowanego przezeń kierunku wykładni przełoży się na zwiększenie rozmiarów i tak już szerokiej odpowiedzialności za szkody zdrowotne, a w efekcie obciąży budżety potencjalnych dłużników – m.in. podmiotów leczniczych i znacznej części ich personelu – wyższymi składkami ubezpieczeniowymi. Nie można tracić z pola widzenia, że w prawie cywilnym, które rozstrzyga konflikty interesów, polepszenie sytuacji poszkodowanych odbywa się zawsze kosztem dłużników.

1

Problem rozumienia pojęcia „wszelkich kosztów” na gruncie art. 444 § 1 zd. 1 k.c. od dawna nasuwa rozmaite trudności interpretacyjne. Można powiedzieć, że wykładnia tego niedookreślonego pojęcia stanowi próbnik stosunku orzecznictwa do dłużników deliktowych i osób poszkodowanych. Z góry zaznaczam, iż nie zgadzam się ze stanowiskiem przyjętym w uchwale. Prześledźmy argumentację Sądu Najwyższego, która przywiodła go do kontrowersyjnych wniosków.

2

Rzecznik finansowy wystąpił o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego, polegającego na udzieleniu odpowiedzi na pytanie, czy bezpośrednio poszkodowany może dochodzić na podstawie art. 444 § 1 k.c. odszkodowania z tytułu kosztów opieki sprawowanej nad nim nieodpłatnie przez osoby bliskie. Trudno wskazać, czemu miało służyć zawężenie zakresu pytania do osób bliskich. Czyżby pomoc świadczona przez wolontariuszy miała być traktowana inaczej? Wydaje się, że nie zachodzi tu jakaś *differentia specifica*, która uzasadniałaby udzielenie odmiennej odpowiedzi w odniesieniu do tej grupy osób. Dlatego dalsze uwagi będę formułować w sposób ogólniejszy, nie ograniczając się do opieki sprawowanej przez osoby bliskie. Istotne jest natomiast, że bezpośrednio poszkodowany nie ponosi żadnych wydatków na tego rodzaju świadczenia. Oprócz tego założeniem uchwały jest niemożność wykazania, iż osoby bliskie poniosły jakiś uszczerbek, np. w postaci utraty dochodów. Nie ma zatem po ich stronie szkody ustalonej według metody dyferencyjnej. To jednak nie przesądza rozwiązania, ponieważ akurat na gruncie art. 444 § 1 zd. 1 k.c. ta metoda ustępuje miejsca obiektywnej (w każdym razie co do pierwszego uszczerbku ocenianego jako koszt)¹.

Sąd Najwyższy przyjmuje, iż szkodą jest „już samo doprowadzenie (...) do sytuacji, w której poszkodowany wymagał pomocy”. Z tak daleko idącą obiektywizacją nie można się jednak zgodzić. Nie ma tu bowiem szkody nie tylko według metody dyferencyjnej, ale i według metody obiektywnej. Majątek poszkodowanego ani opiekuna nie został uszczuplony. Zachodzi jedynie możliwość takiego uszczuplenia, ale trudno ją utożsamiać z już zaistniałą szkodą bez ryzyka indemnizacji „awansem”.

Stanowiące podstawę tego poglądu niedopowiedziane twierdzenie, że szkodą jest samo naruszenie, a nie jego skutki w majątku poszkodowanego, moim zdaniem nie zasługuje na aprobatę. Można bowiem wskazać liczne przypadki, gdy mimo naruszenia na pewno nie mamy do czynienia

¹ M. Kaliński, *Szkoda na osobie i jej naprawienie*, Warszawa 2021, s. 64, s. 78.

ze szkodą. Może nie jest to argument ściśle naukowy, ale kiedy przed 20 laty rozmawiałem o tym z A. Szpunarem, to mimo że wypowiedział on pośrednio pogląd, iż szkodą jest samo naruszenie², przyznał jego niewłaściwość. Wskazał przy tym na przykład, w dodatku z zakresu szkody na osobie: gdy ktoś, idąc ulicą, wpadnie do niezabezpieczonego wykopu, doznaje niewątpliwie naruszenia dóbr osobistych z winy wykonawcy wykopu. Jeżeli jednak podniesie się o własnych siłach i pójdzie dalej bez zauważalnych uszczerbków, trudno stwierdzić powstanie jakiejś szkody.

Z tego sfalsyfikowanego dorozumianego założenia SN wynikają dalsze konsekwencje. Okazuje się, iż rzekomo nie ma znaczenia, w jaki sposób bezpośrednio poszkodowany zlikwiduje szkodę: czy opłaci opiekę, czy też uzyska ją za darmo. Tymczasem w przypadku opieki świadczonej nieodpłatnie po prostu nie powstaje w majątku osoby dotkniętej uszkodzeniem ciała czy rozstrojem zdrowia żaden uszczerbek. Nie ma go również po stronie opiekuna. Gdyby wystąpiła tam jakaś szkoda, oczywiście byłaby objęta odszkodowaniem z art. 444 § 1 zd. 1 k.c.. Przyjmuje się bowiem, że przepis ten uprawnia bezpośrednio poszkodowanego do realizacji kosztów poniesionych przez osoby trzecie. Ale nie o te sytuacje chodzi.

3

Wydaje się, że glosowana uchwała próbuje zaradzić nieskuteczności przyjętych w polskim prawie odszkodowawczym rozwiązań. Otóż gdyby stosunki odszkodowawcze były realizowane natychmiast po ich powstaniu, problemu w ogóle by nie było. Tymczasem długość postępowań sądowych powoduje, że za już poniesione koszty objęte art. 444 § 1 zd. 1 k.c. próbuje się uznać pozycje, które mogą zostać objęte jedynie rentą na przyszłość na podstawie art. 444 § 2 k.c. jako zobiektywizowane zwiększenie

² A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 41; tenże, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998, s. 36. Zapatrywanie to jest wypowiedziane w sposób właściwie dorozumiany, przy okazji wywodu o przedmiocie naruszenia istotnym dla powstania odpowiedzialności.

potrzeb. Tak właśnie przyjęto w uchwale, niespecjalnie zastanawiając się nad różnicą między uprawnieniem z § 1 zd. 1, które stoi w kontrze do renty. Przeciwnie, SN próbuje zgłajchsztować obie instytucje. Twierdzi bowiem pod koniec uzasadnienia, że nie ma argumentów pozwalających uznać, iż koszty opieki mogą mieścić się w zakresie szkody kompensowanej rentą, a nie stanowią szkody podlegającej naprawieniu na podstawie art. 444 § 1 zd. 1 k.c. Otóż taki argument został wskazany przez samą uchwałę: jest nim przyszły charakter szkody obejmowanej świadczeniami rentowymi. Co do szkód przyszłych można zasądzić i to, czego nie daloby się zasądzić za okres wsteczny względem chwili wyrokowania. Przemawia za tym charakter świadczeń rentowych jako służących wynagrodzeniu szkody przyszłej, z czym nie mamy do czynienia w przypadku roszczenia o zwrot kosztów.

Rzecz charakterystyczna, że w uzasadnieniu na poparcie stanowiska uchwały powołano inną figurę stosowaną w orzecznictwie. Mam na myśli stwierdzenie, że w razie „uszkodzenia pojazdu uzyskanie odszkodowanie nie jest uzależnione od tego, czy poszkodowany dokonał naprawy, a nawet czy w ogóle zamierza ją przeprowadzić”. Nie będę głębiej analizować tego zapatrywania, za którym kryje się dopuszczenie obcej naszemu ustawodawstwu tzw. kosztorysowej metody ustalenia rozmiaru szkody. Jej akceptacja oczywiście wzmacnia pogląd wyrażony w głosowanej uchwale. Z ogólnych przepisów o naprawieniu szkody (art. 361–363 k.c.) wcale nie wynika tego rodzaju możliwość. Prawo polskie nie przyjęło bowiem³ trzeciej – poza restytucją i odszkodowaniem pieniężnym, postaci odszkodowania – czyli odszkodowania pieniężnego w wysokości kosztów niedokonanej jeszcze restytucji. Można na to pomstować, ale *de lege lata* odszkodowanie pieniężne zasadniczo obejmuje szkodę aktualną, a nie przyszłą. Jeżeli zatem poszkodowany wyda na naprawę więcej, niż wynosiła różnica w majątku wywołana zdarzeniem szkodzącym, jego szkoda przybierze tę wyższą wartość. Do tego jednak czasu wyraża się ona w niższej kwocie.

³ W przeciwieństwie do § 249 ust. 2 zd. 1 k.c.n.

4

Rzecznik wskazuje, że pośrednim rozwiązaniem przedstawionego zagadnienia prawnego jest objęcie kosztów opieki rentą z § 2, przy jednoczesnej odmowie zakwalifikowania ich w ramy kosztów z § 1 zd. 1. Miałaby to być „skapitalizowana renta”. Chciałbym się dowiedzieć, z którego przepisu wynika uprawnienie do takiej kapitalizacji. W istocie nie chodzi o żadną kapitalizację, a po prostu o zbiorcze zasądzenie świadczeń rentowych za okres sprzed momentu orzekania. Figura ta – trzeba przyznać, że obecna w judykaturze⁴ – nie ma żadnych podstaw w obowiązującym prawie. Jest jakby wyjściem przez orzecznictwo poza granice normatywne, ponownie ze względu na długość postępowań sądowych. Chodzi o to, że gdyby powód uzyskiwał wyrok niezwłocznie po wniesieniu pozwu, nie występowałaby w ogóle kwestia oceny uprawnień rentowych w okresie między wniesieniem pozwu a wydaniem wyroku. Wieloletni proces powoduje, że wymierzenie renty w wyroku nie obejmie okresu przeszłego i poszkodowany „straci” to, co uzyskalby, gdyby wyrok zapadł prędzej⁵. Renta bowiem ma służyć tylko naprawieniu szkody przyszłej. Jest to instytucja wyjątkowa w prawie odszkodowawczym i nie można jej stosować do szkód już doznanych. Te bowiem naprawia się na podstawie przepisów ogólnych (tzn. art. 361–363 k.c.) – dla nich renty po prostu nie potrzeba, a w każdym razie nie przewidział tego ustawodawca. Nie należy go w tym wyręczać. Trzeba zarazem pamiętać, że w polskim świecie prawniczym założenia szkoły wolnego prawa (m.in. *F. Geny*) na szczęście się nie przyjęły.

5

Przejdźmy do analizy motywów stanowiska zajętego w uchwale. Względnie obszerne wywody dotyczące możliwości objęcia rentą z art. 444

⁴ Orzecznictwo powołane w: M. Kaliński, *Szkoda na osobie...*, s. 121, przyp. 31.

⁵ Straci w tym zakresie, w jakim z przepisów ogólnych nie wynika możliwość objęcia odszkodowaniem pewnych pozycji, które może objąć renta, m.in. potrzeb polegających na opłaceniu opieki, gdy później w rzeczywistości nie była ona świadczona.

§ 2 k.c. nieponiesionych kosztów opieki zupełnie nie przekonują. Nie o to bowiem pytał rzecznik. Na gruncie § 2 kwestia jest bezdyskusyjna. Tyle tylko, że nic z tego nie wynika dla wykładni § 1 zd. 1. Następnie wskazano przypadki, w których SN opowiadał się za objęciem odszkodowaniem z § 1 zd. 1 utraty dochodów z pracy zarobkowej zaniechanej w celu opieki nad osobą bliską. Również ta kwestia jest niesporna.

Prawdą jest też, że w § 1 uregulowano dwa roszczenia. Jedno służy zwrotowi kosztów już poniesionych, drugie zaś – uzyskaniu z góry wskazanej tam sumy. Trafnie wskazano orzeczenie, w którym SN wyraźnie wymagał dla objęcia roszczeniem z § 1 zd. 1 rzeczywistego poniesienia wydatków, a nie jedynie ich prognozy (sprawa dotyczyła skutków szpitalnego zakażenia wzw b oraz c)⁶. Na poparcie przeciwnego poglądu, przyjętego w uchwale, powołano natomiast wyrok SN świeżej daty (roszczenie dotyczyło „kosztów” opieki po zabiegach czyszczenia rany i po amputacji palca)⁷. Przyjmuje on, że opiekę nieodpłatną należy traktować tak samo jak sprawowaną odpłatnie przez osoby obce, to znaczy ze skutkiem polegającym na powstaniu roszczenia z § 1 zd. 1. Trudno ustalić, dlaczego tak ma być, skoro są to krańcowo odmienne przypadki. W uzasadnieniu tego wyroku powołano na poparcie wyrażonego w nim zapatrywania trzy orzeczenia⁸ dotyczące renty z § 2 oraz jedno odnoszące się do przypadku, w którym żona ze względu na opiekę nad mężem zaniechała pracy zarobkowej⁹; nie o takie sytuacje chodzi w głosowanej uchwale. Dla wykładni § 1 zd. 1 przywołany wyrok okazuje się bezwartościowy, ponieważ nie przedstawia własnej argumentacji, a zapożyczona z innych orzeczeń jest nie na temat.

⁶ Wyrok SN z 31 stycznia 2019 r., V CSK 599/17, Legalis.

⁷ Wyrok SN z 17 lipca 2019 r. W uchwale powołano błędnie sygnaturę I PK 17/19. Tymczasem chodzi o sygnaturę I PK 68/18. Wyrok ten opublikowano w OSNP 2020, nr 7, poz. 66. Chodziło o skutki wypadku przy pracy, polegającego na przebicciu dużego palca stopy gwoździem.

⁸ Wyrok SN z 26 lipca 1977 r., I CR 143/77, Lex; wyrok SN z 28 listopada 1972 r., I CR 534/72, Lex; wyrok SN z 4 marca 1969 r., I PR 28/69, Lex.

⁹ Wyrok SN z 15 lutego 2007 r., II CSK 474/06, Lex.

6

Po takiej prezentacji poglądów dotychczasowej judykatury SN przeszedł do omówienia piśmiennictwa. Występują w nim poglądy zarówno popierające – na gruncie roszczenia z § 1 zd. 1 – skrajną obiektywizację, to jest objęcie nim „kosztów” opieki świadczonej nieodpłatnie, jak i odmienne. Jako jedyny argument za pierwszym zapatrywaniem ponownie wskazano, że szkodą jest sama konieczność zapewnienia poszkodowanemu opieki. Poczynione tu odwołania do założeń różnicowej metody ustalania rozmiaru szkody akurat na gruncie § 1 zd. 1 są niezbyt instruktywne. Koncepcja ta nie znajduje zastosowania w odniesieniu do regulowanego w nim roszczenia¹⁰. Natomiast nie oznacza to, że obiektywizacja ma być tak daleko posunięta, iżby obejmowała pojęciem kosztów coś, co jeszcze nie zostało poniesione jako koszt.

7

Dodatkowym argumentem, zreferowanym przez SN, jest twierdzenie, iż bezpośrednio poszkodowany wskutek nieodpłatnego świadczenia opieki uzyskuje korzyść majątkową, ponieważ zaoszczędza koniecznego wydatku. Budzi to jednak zastrzeżenia SN, skoro „koszt” według definicji słownikowej należy rozumieć m.in. jako cenę, wartość czegoś.

Rzeczywiście, w słownikach W. Doroszewskiego i M. Szymczaka można znaleźć takie znaczenia. W mowie potocznej nieraz stawia się znak równości między ceną a wartością, ale nie jest to ścisłe, ponieważ można temu przeciwstawić rozumienie, w którym są to kategorie z innych płaszczyzn. Cena jako synonim kosztu jest to kwota do uiszczenia (bądź uiszczona) w wyniku zawarcia umowy. Ale koszt hipotetyczny nie jest kosztem realnie zaistniałym.

Wartość natomiast to już pojęcie z arsenału teorii wartości. Jak wiemy, mogą być różne rodzaje wartości (*pretium commune, singulare, affectionis*)

¹⁰ Por. przyp. 1.

i dopasowanie wartości do pojęcia kosztu bez jej dookreślenia jakimś kwalifikatorem jest niemożliwe. Tymczasem SN z przedstawionej definicji „kosztu” wybrał jedynie rozumienie go jako „wartości”, od którego płynnie przeszedł do pojęcia „równowartość” (jakby miało ono znaczyć coś trochę innego niż wartość). W każdym razie wartość (czy też równowartość) to przecież co innego niż koszt rozumiany w języku potocznym jako cena i wartość. Upodobanie do rozumienia kosztu jako wartości każe zastanowić się, dlaczego zarazem SN pominął rozumienie kosztu jako ceny. Odpowiedź jest prosta: za bardzo zbliżałoby to interpretację pojęcia „kosztu” do rozumienia wymagającego jego rzeczywistego poniesienia.

8

Jeżeli koszty nieponiesione są objęte § 1 zd. 1, rodzi się zupełnie fundamentalne pytanie o sens wyróżnienia przez ustawodawcę osobnego roszczenia w zdaniu drugim w odniesieniu do pewnych tylko kategorii przyszłych kosztów: leczenia i przeszkolenia. Koszt faktycznie nieponiesiony nie różni się przecież od kosztu przyszłego w tym sensie, że oba nie łączą się z negatywną zmianą w majątku poszkodowanego czy jego opiekuna. Paremia *lex nihil frustra facit* znajduje tu pełne zastosowanie. Okazuje się zatem, że SN wydrążył całkowicie z treści normatywnej zdanie drugie w art. 444 § 1 k.c.. Refleksji w tym kierunku próżno się jednak dopatrzeć w głosowanej uchwale, podjętej – podkreślmy – w składzie siedmiu sędziów.

9

Sąd Najwyższy przytoczył także pogląd, że bezpośrednio poszkodowany jest legitymowany do dochodzenia kosztów opieki, niezależnie od tego, kto ją sprawował i czy czynił to odpłatnie. Rzekomo harmonizuje to z ogólnymi zasadami ustalania odszkodowania i naprawienia szkody, wskazującymi na możliwość dochodzenia odszkodowania bez względu na to, kto i w jaki sposób naprawił szkodę.

Mamy tu czynienia z dużym nagromadzeniem nieporozumień. To prawda, że tylko bezpośrednio poszkodowany może dochodzić zwrotu kosztów na podstawie art. 444 § 1 zd. 1 k.c. także w sytuacjach, gdy poniósł je kto inny. Ale to właśnie jest zasadnicze odstępstwo od zasad ogólnych, wprowadzone przez orzecznictwo po wojnie (i wbrew intencjom autora k.z.). Stosunek odszkodowawczy powstaje między określonymi podmiotami i szkody doznane *par ricochet* przez osoby trzecie (opiekunów) są dla jego treści bez znaczenia. Żeby było inaczej, to znaczy tak, jak się teraz przyjmuje na gruncie art. 444 § 1 zd. 1 k.c., musi istnieć unormowanie właśnie tego rodzaju. To nie jest wszystko jedno, kto i w jaki sposób naprawił szkodę oraz czy rzeczywiście do tego doszło.

Przypomnijmy, że polskie prawo w ramach roszczenia o restytucję nie przewiduje „samonaprawienia” szkody, przeciwnie, restytucji zasadniczo ma dokonać dłużnik. W razie zantagonizowania stron oczywiście poszkodowany nie dokona wyboru tego sposobu naprawienia szkody. Przeciwnie, będzie niejako „zmuszony” stosunkami z dłużnikiem do wyboru odszkodowania pieniężnego. Nic dziwnego, że powództwa o przywrócenie stanu poprzedniego należą dzisiaj do zupełnej rzadkości. Nasz ustawodawca zasadniczo¹¹ nie przewidział natomiast np. powierzenia rzeczy osobie trzeciej w celu jej naprawienia na koszt dłużnika. Jeżeli dojdzie do samonaprawienia szkody przez poszkodowanego, wówczas ten koszt staje się punktem wyjścia do ustalenia jego uszczerbku, ale w postaci odszkodowania pieniężnego.

10

Kolejny argument podniesiony przez SN nawiązuje do etyki. Nieodpłatna pomoc nie powinna odciążać dłużnika deliktowego, zwłaszcza że często poszkodowany nie ma środków na jej opłacenie. Czyżby potrzeba ukarania dłużnika miała w prawie cywilnym przeważać nad brakiem obiektywnie ujętego wydatku jako kosztu? Z rzekomo niedopuszczalnego skutku

¹¹ Pewien wyjątek przewiduje jedynie art. 1049 zd. 1 k.p.c. in fine.

SN ciągnie wniosek o konieczności objęcia roszczeniem o zwrot kosztów czegoś, co na pewno nie zostało jeszcze poniesione jako koszt. Nie tędy droga.

Szkoda, że SN nie zajął się kwestią ewentualnego roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, które opiekun – a nie bezpośrednio poszkodowany – mógłby kierować przeciw osobie odpowiedzialnej za delikt. Niewątpliwie darmowa opieka powoduje zaoszczędzenie przezeń koniecznego wydatku. Jest to postać bezpodstawnego wzbogacenia określana jako *damnum cessans*. Jak sądzę, przesłanka osiągnięcia korzyści „kosztem” roszczonego z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia nie stanowiłaby tu przeszkody, skoro odstępuje się od ujmowania tej przesłanki jako zubożenia¹². Niewątpliwie mamy tu do czynienia z eksploatacją sił opiekuna, w których tkwi immanentnie możliwość ich wyzyskania gospodarczego (*Auswertungsmöglichkeit*). Zamiast poszukiwać wątpliwego usprawiedliwienia dla roszczenia z art. 444 § 1 zd. 1 k.c., należało raczej skoncentrować się na wskazaniu tego kierunku. Pozwala on na osiągnięcie pożądanego skutku w postaci przyznania roszczenia bez naruszania poprawności konstrukcji odszkodowawczych. W mojej ocenie pozostaje on przy tym dużo bardziej sprawiedliwy niż uznanie za koszt czegoś, co nim nie jest. Oczywiście jeżeli się przyjmie, że w analizowanych tu sytuacjach wchodzi w rachubę roszczenie o zwrot kosztów, nie może być mowy o bezpodstawnym wzbogaceniu dłużnika deliktowego.

11

Nie przekonuje także argument SN o skłanianiu do działań fikcyjnych w razie wymagania realnego poniesienia kosztu. Poszkodowany może opłacić osobę bliską, która mu pomaga. Oczywiście zrodzi to obowiązki podatkowe i z zakresu ubezpieczeń społecznych. Natomiast

¹² Przekonująco E. Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Warszawa 2000, s. 70; P. Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie. Art. 405 – 414 KC*, Warszawa 2007, s. 69 i n., nb. 22–24.

jeżeli takiej odpłatności nie było, po prostu nie doszło do poniesienia kosztu. Ten truizm jakoś umyka z pola widzenia, dając silną podstawę do twierdzenia, że prawnicy są ludźmi, którzy skomplikują najprostszą sprawę.

12

Zastanówmy się nad konsekwencjami uchwały co do innych kategorii nieponiesionych faktycznie „kosztów”. Poszkodowani będą teraz nagminnie domagać się „zwrotu” rozmaitych kosztów, w rzeczywistości przez nikogo niepokrytych. Wystarczy bowiem, że zaszła „konieczność” ich poniesienia, która według SN rzekomo jest szkodą. Za to wszystko w znacznej mierze zapłacą ubezpieczyciele, co oczywiście przełoży się na podwyższenie składek.

Zakończenie

Przyjęta przez SN wykładnia nadmiernie rozszerza pojęcie kosztów z art. 444 § 1 zd. 1 k.c., co bezpośrednio przekłada się na odpowiedzialność dłużników w ramach szkód medycznych. Na tak szeroki gest w ramach odszkodowań mogą sobie pozwolić jedynie najbogatsze państwa. Polska jeszcze do nich nie należy. Obciążanie personelu medycznego odpowiedzialnością za nieodpłatną opiekę nad osobą, która doznała uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, niebezpiecznie przeważa szalę na rzecz poszkodowanych. Jestem za ochroną ich praw, ale w przypadku kosztów powinny być one realnie poniesione w postaci wydatków na opiekę czy utraty zarobków przez opiekuna z tytułu innego zajęcia, zaniechanego w celu podjęcia opieki. W innym razie aprobatą stanowiska SN spowoduje zalew roszczeń skierowanych przeciw placówkom służby zdrowia i osobom zatrudnionym w nich w ramach stosunków zlecenia z tytułu różnych nieponiesionych kosztów.

Bibliografia

- M. Kaliński, *Szkoda na osobie i jej naprawienie*, Warszawa 2021.
- P. Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie. Art. 405 – 414 KC*, Warszawa 2007.
- E. Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Warszawa 2000.
- A. Szpunar, *Odszkodowanie za szkodę majątkową. Szkoda na mieniu i osobie*, Bydgoszcz 1998.
- A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975.

Summary

**Gloss to the resolution of the Supreme Court (7)
of July 22, 2020, III CZP 31/19
Inclusion of unpaid care of the injured party
within the concept of costs under Article 444 § 1
sentence 1 of the Civil Code**

The paper analyses the argumentation of the Supreme Court regarding including in the claim for reimbursement under the first sentence of Article 444 § 1 of the Civil Code the „costs” of care provided free of charge by a close relative. The author disputes with the standpoint of the Supreme Court and opposes such a form of objectivisation. He accepts the conception of damage according to which it is not the violation itself that constitutes damage, but only its consequences in the assets of the injured party. He also believes that in the case of unpaid care, there is no compensable injury either to the directly injured party or to the caregiver. The prospective nature of the increased needs annuities due under the Article 444(2) of the Civil Code allows it to cover only projected damages. The future nature of annuities for increased needs, payable under Article 444(2) of the Civil Code, allows it to cover only foreseeable damage. Such a situation does not arise in the case of a claim for reimbursement of costs, which concerns only

the past. If the claim for reimbursement of costs under the first sentence of Article 444 § 1 of the Civil Code covered future damage, then the second sentence of this provision would be redundant. As an alternative to the criticised standpoint of the Supreme Court, the author proposes a claim for unjust enrichment, but for the guardian, not for the injured party directly.

Key words: compensation, liability for damages, reimbursement of expenses for bodily injury or health disorder