

Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK Nr 1/2022 (9)



ISSN 2657-8573

Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK nr 1/2022 (9)



PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

kwartalnik

Czasopismo recenzowane według wytycznych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Czasopismo punktowane MEiN: 70 pkt.

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 Rejda, 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 Alichniewicz, 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 Malarewicz-Jakubów, prof. dr hab. Agnieszka Liszewska, prof. dr hab. Teresa Mróz, prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz, prof. dr hab. Alicja Przyłuska-Fischer, 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 Machala

Redaktorzy naukowci

dr hab. Kinga Bączek-Rozwadowska, dr hab. Maria Boratyńska, dr hab. Przemysław Konieczniak, dr hab. Wojciech Machala, dr Jacek Malczewski, dr Ewa Plebanek, dr Joanna Różyńska

Sekretarz redakcji

mgr Wojciech Rożdżeński

Redaktor językowy

dr 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: Zofia Rożdżeńska

Nakład 500 egz.

ISSN 2657-8573 e-ISSN 2719-3748

Tytuł dofinansowany przez Śląską Izbę Lekarską

Spis treści

dr Ewa Plebanek

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Kilka uwag o odpowiedzialności karnej za nakłanianie lub udzielenie pomocy w przerwaniu ciąży za zgodą kobiety i o aborcji ze wskazań terapeutycznych	4
--	----------

mgr Patryk Kościelny

Aplikant adwokacki w Kardas & Kardas Kancelaria Adwokacka, Kraków

Podstawy odpowiedzialności karnej za zachowania podjęte względem istoty ludzkiej w okresie prenatalnym - wybrane problemy.....	48
---	-----------

Natalia Nieróbca, studentka III roku prawa

Uniwersytet Warszawski

Zakaz przerywania ciąży z przyczyn embriopatologicznych w praktyce orzekania organów międzynarodowych jako tortury oraz niehumanitarne lub poniżające traktowanie naruszające prawa człowieka	95
--	-----------

mgr Monika Kupis

Uniwersytet Jagielloński

Stosowanie przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 do sztucznej inteligencji	145
--	------------

Zuzanna Maj

Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu

Elektroniczna dokumentacja medyczna – wybrane aspekty prawne	165
---	------------

Z SALI SĄDOWEJ

dr hab. Wojciech Machała

Uniwersytet Warszawski

Problem naruszenia dóbr osobistych wskutek wypowiedzi niekierowanych do indywidualnego adresata. Głos do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 lutego 2022 r. w sprawie VI ACa 141/21.....	175
---	------------

mgr Anna Wszolek
Uniwersytet Jagielloński

**Badanie dopełnienia obowiązku informacyjnego i odpowiedzialność za
powikłania po zabiegu wykonanym lege artis bez zgody pacjenta. Głos do
wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 9.06.2020 r., V ACa 89/20 189**

Kilka uwag o odpowiedzialności karnej za nakłanianie lub udzielenie pomocy w przerwaniu ciąży za zgodą kobiety i o aborcji ze wskazań terapeutycznych.

1. Uwagi wprowadzające

W artykule poddano analizie wybrane zagadnienia związane z przepisami stypizowanymi w art. 152 § 2 Kodeksu karnego (KK) polegającymi na nakłanianiu lub udzielaniu pomocy w przerwaniu ciąży za zgodą kobiety z naruszeniem przepisów ustawy. W badanym kontekście szerzej poruszono także kwestię bezprawności i karalności ułatwiania oraz przeprowadzanie aborcji ze wskazań terapeutycznych, tj. z uwagi na stan zagrożenia dla życia lub zdrowia pacjentki¹ oraz karalności osób współ-

¹ Asumpt dla uzupełnienia rozważań i poczynienia kilku uwag nieco poza głównym tematem pracy dał budzący uzasadnione emocje przypadek, który miał miejsce we wrześniu 2021 roku na oddziale ginekologiczno-polożniczym Szpitala Powiatowego w Pszczynie. Doszło tam do śmierci 30-letniej pacjentki w wyniku wstrząsu septycznego, pacjentka była osobą zdrową a wstrząs septyczny pojawił się w toku trwającego kilkadziesiąt godzin procesu obumierania 22-tygodniowego płodu obciążonego poważnymi wadami wrodzonymi i bezwodniem (<https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/8286968,aborcja-legalna-w-sytuacji-zagrozenia-zycia-lub-zdrowia-kobiety.html> ; https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/8304160,szpital-w-pszczynie-kontrola-rpp-izabela.html?fbclid=IwAR33A_auem-VjellJmdLk7maytuhkZHweL-Ho0miiE4kI8PpaM3BPvtJvJQ; <https://www.gov.pl/web/zdrowie/zycie-i-zdrowie-matki-najwazniejsze?fbclid=IwAR2kMvB4JHeVV9zySk-g4qRMpzROduWIQEOwa9yTHnOMNHYDRCZNjk7GIAQY> – dostęp z dnia 10 XII 2021). Nie bez znaczenia dla decyzji o poszerzeniu pola rozważań jest także przypadek pacjentki Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku, u której dwóch niezależnych lekarzy psychiatrów potwierdziło poważne zagrożenie dla życia i zdrowia związane z zaburzeniami psychicznymi powstałymi w

działających w przerwaniu ciąży za zgodą kobiety ze wskazań embriopatologicznych. Za podstawę rozważań przyjęto perspektywę prawa karnego materialnego, w szczególności zagadnienie praktycznej wykładni przestępstw z art. 152 § 2 KK na płaszczyźnie stosowania prawa. Z uwagi na ramy opracowania na uboczu pozostawiłam zagadnienia kryminologiczne, medyczne, społeczne oraz kontrowersje aksjologiczne. Na marginesie pozostawiłam także zagadnienia odnoszące się do płaszczyzny stanowienia prawa, tj. postulaty *de lege ferenda* oraz wątpliwości odnośnie do uzasadnienia, w perspektywie podstawowych zasad prawa karnego, tak szerokiego zakresu kryminalizacji zachowań stanowiących naruszenie przepisów ustawy o planowaniu rodziny i ochronie płodu ludzkiego, jak ma to miejsce w aktualnym stanie prawnym. Poza zakresem analizy pozostawiono ocenę aktualnie obowiązujących przepisów regulujących dostęp do legalnej aborcji w perspektywie konstytucyjnej.

Jak pokazują statystyki udostępniane przez organy ścigania oraz statystyki dotyczące prawomocnych skazań, a także dane prezentowane przez organizacje społeczne stawiające sobie za zadanie ułatwienie kobietom dostępu do samodzielnego przerwania ciąży w warunkach domowych; legalnego przerwania ciąży na terenie Polski oraz legalnej aborcji poza granicami Polski, są to problemy mające aktualnie istotne znaczenie praktyczne².

wyniku konieczności donoszenia ciąży i urodzenia dziecka obciążonego ciężką wadą letalną (braku kości pokrywcy czaszki). Pacjentce odmówiono legalnej aborcji w białostockim szpitalu, legalną aborcję wykonano ostatecznie w innym szpitalu (<https://bip.brpo.gov.pl/index.php/pl/content/rpo-aborcja-odmowa-szpital-bialystok> - dostęp z dnia 10 XII 2021)

² Patrz dane przedstawione np. w: Sprawozdanie Rady Ministrów z wykonywania oraz o skutkach stosowania w 2018 r. Ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. poz. 78, z późn. zm.) <https://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=2F92367F>; <https://www.gov.pl/web/premier/sprawozdania-sejm-2020>; https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8276237,wyrok-tk-ws-aborcji-turystyka-aborcyjna.html?fbclid=IwAR2o1-rrmaU-NXb0m1sF-LhhIFl6Fuk1bhCnAA9RZSHtx7AcZ-r7lZi-dA_k; https://oko.press/przez-rok-dzialaczki-aborcji-bez-granic-pomogly-34-tys-osob/?fbclid=IwAR3uIvO8rftocOzZlD_t3utYCYwatLv0P2y-Tj1CpKz8474gDwFBE70VYHA. Szeroką analizę statystyk, prawnych uregulowań dotyczących aborcji oraz kryminalizacji zachowań związanych z nielegalnym przerwaniem ciąży a także uwagi na tle prawnoporównawczym do roku 1990 zaprezentowała

W niniejszym artykule świadomie pominęłam zagadnienie budzące aktualnie poważne rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie, tj. prawnokarną ocenę „układów transgranicznych”, w których: 1) wedle zamiaru podżegacza lub pomocnika, przerwanie ciąży za zgodą kobiety miałyby zostać zrealizowane legalnie - na terenie państwa odmiennie regulującego dostęp do aborcji niż obowiązująca na terenie RP ustawa o planowaniu rodziny i ochronie płodu ludzkiego; 2) sytuacji w której podżegacz lub pomocnik podejmuje zachowania sprawcze w państwie, w którym aborcja będąca przedmiotem nakłaniania lub ułatwiania, byłaby legalna, jednak przerwanie ciąży ma się wedle zamiaru sprawcy dokonać na terytorium polskiej jurysdykcji i niezgodnie z obowiązującymi na terenie RP przepisami regulującymi dostęp do aborcji. To nie tylko doniosłe problemy praktyczne, ale i złożone problemy dogmatyczne, wymagające pogłębionej analizy i argumentacji - zasługujące na uczynienie ich przedmiotem odrębnego opracowania.

Zatem dalsze rozważania koncentrować się będą, z nielicznymi wyjątkami, wokół takich układów sytuacyjnych, w których osoba nakłaniająca lub ułatwiająca przerwanie ciąży podejmuje zachowania sprawcze na terenie polskiej jurysdykcji, co niekoniecznie oznacza, że sprawca musi fizycznie znajdować się na terytorium Polski. Przykładowo w sytuacji w której sprawca przebywający poza terytorium polskiej jurysdykcji, nakłania lub ułatwia za pomocą środków komunikowania się na odległość lub nadawanych spoza terytorium Polski przesylek z zestawami do domowej aborcji farmakologicznej lub przelewów środków przeznaczonych na aborcję³, a do przerwania ciąży miałyby dość wedle zamiaru sprawcy na terytorium Polski.

Asumpt do powstania niebagatelnych wątpliwości wykładniczych, m.in. odnoszących się do kryminalizacji zachowań polegających m.in. na nakłanianiu lub ułatwianiu przerwania ciąży dostarczył wyrok K 1/20 z

w swojej znakomitej E. Zielińska w monografii: *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990.

³ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.).

dnia 22 października 2020 r., uznający za niekonstytucyjną przesłankę dopuszczalności przerwania ciąży z uwagi na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.o.p.). W doktrynie prawa karnego podnosi się pytanie: czy od momentu opublikowania wyroku w dniu 27 stycznia 2021 r. nakłanianie lub ułatwianie przerwania ciąży ze wskazań embriopatologicznych jest czynem „tylko” bezprawnym, czy też także karalnym – realizującym znamiona przestępstwa z art. 152 § 2 lub 3 KK?

Odpowiedź na postawione powyżej pytanie przesądza o odpowiedzi na pytania bardziej szczegółowe typu: Czy popełnia czyn zabroniony lekarz, który przekazuje informację pacjentce będącej w ciąży obarczonej wadą letalną, że gdyby pojawiła się w szpitalu z rozpoznanym poronieniem „w toku”, to może liczyć na adekwatną pomoc medyczną, zaś dochodzenie przyczyny poronienia bez zgody pacjentki leży poza zakresem faktycznych możliwości i nie należy do ich prawnych obowiązków personelu medycznego? Czy odpowiada karnie lekarz, który przekaze pacjentce numer telefonu do godnego polecenia lekarza specjalisty zatrudnionego w zagranicznej klinice przeprowadzającej legalne aborcje ze wskazań embriopatologicznych albo poleci pacjentce konkretny ośrodek zagraniczny? Czy odpowiada karnie partner nakłaniający kobietę do terminacji ciąży z uwagi na wadę letalną płodu lub wspierający kobietę finansowo, psychicznie, organizacyjnie w dokonaniu legalnej aborcji ze wskazań embriopatologicznych poza granicami Polski?

W artykule wyjaśniam, w jakich sytuacjach ułatwianie lub nakłanianie do aborcji nie stanowi czynu zabronionego. Czy lekarz wystawiający zaświadczenie potwierdzające, że kontynuacja ciąży zagraża zdrowiu kobiety wraz z wnioskiem, że spełnione są przesłanki legalnej terminacji ciąży ze wskazań terapeutycznych (art. 4 pkt 1 u.p.r.o.p. „ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej”) może odpowiadać karnie za pomocnictwo innej niż kobieta osobie w przeprowadzeniu nielegalnej aborcji za zgodą kobiety (art. 18 § 3 w zw. z 152 § 1 KK) lub udzielenie kobiecie pomocy w nielegalnej aborcji (art. 152 § 2 KK)? Czy popełnia przestępstwo lekarz, który przeprowadza aborcję ze

wskazań terapeutycznych jeżeli diagnoza potwierdzająca stan zagrożenia dla pacjentki w związku z kontynuacją ciąży jest następnie kwestionowana przez innego specjalistę, urzędnika, przedstawiciela organizacji społecznej? Czy odpowiada karnie przedstawiciel organizacji społecznej wspierający kobietę w uzyskaniu dostępu do legalnej aborcji w Polsce w sytuacji, w której odmówiono kobiecie przeprowadzenia legalnej aborcji w innym ośrodku do którego się zgłosiła? Czy odpowiadają karnie przedstawiciele organizacji społecznych udzielający rad i informacji kobietom uciekającym do Polski przed działaniami wojennymi, na temat dostępu do legalnej aborcji w Polsce, w tym realnych możliwości wykonania legalnej aborcji ze wskazań kryminalnych (np. z uwagi na gwałt wojenny, którego ofiarą padła uchodźczyni) oraz informacje odnośnie możliwości uzyskania realnej, a nie teoretycznej pomocy w tym zakresie?

Są to zagadnienia mające niebagatelne znaczenie praktyczne. Dokładne liczby farmakologicznych „aborcji domowych” wykonywanych w Polsce nie są znane. Dość wskazać, że organizacje zajmujące się bezpłatnym wysyłaniem do Polski środków do samodzielnej aborcji medycznej oraz służeniem radą i informacją w zakresie korzystania z dostarczonego w przesyłce zestawu wskazują, że rocznie „odpowiadają” na „ponad 80 000” wiadomości z Polski⁴. Nie wiadomo jak wiele kobiet rocznie, bez pomocy ze strony organizacji społecznych, uzyskuje dostęp do aborcji domowej. Nie są znane dane na temat liczby kobiet, które rocznie bez pomocy organizacji społecznych finansują i organizują wyjazdy zagraniczne, celem dokonania legalnej aborcji poza terytorium RP. Nie wiadomo, jak wiele aborcji chirurgicznych oraz celowych indukcji poronień, kończonych nie w domu a w szpitalu - jako poronienie o niewyjaśnionej etiologii, ma miejsce „w polskim podziemiu aborcyjnym”.

Polską specyfiką jest także okoliczność, że ten sam przypadek w jednym ośrodku medycznym nie budzi wątpliwości odnośnie do zaistnienia prawnych przesłanek przeprowadzenia legalnej aborcji, zaś w innym

⁴ <https://womenhelp.org/>; https://oko.press/przez-rok-dzialaczki-aborcji-bez-granic-pomogly-34-tys-osob/?fbclid=IwAR3uIvO8rftoeOzZlD_t3utYCJwatLv0P2y-Tj1CpKz8474gDwFBE70VY-HA

ośrodkiem medycznym wykładnia obowiązującego prawa oraz klasyfikacja danego przypadku jest odmienna. Dostępne dane wskazują, że na terenie Polski od wielu lat istnieją nie tylko szpitale, ale wręcz „województwa wolne od aborcji”. Jak się wydaje, wiele placówek w trosce o bezpieczeństwo personelu medycznego nieformalnie stosuje procedurę push backu pacjentek u których zachodzą przesłanki legalnej terminacji ciąży, do placówek, których kierownictwo nastawione jest nieco mniej asekurancko⁵. W konsekwencji, pacjentki chcące uzyskać dostęp do legalnej procedury medycznej, niejednokrotnie szukają pomocy u przedstawicieli organizacji społecznych, którzy wspierają je w odnalezieniu ośrodka medycznego skłonnego do przeprowadzenia legalnej terminacji ciąży lub pomagają kobiecie w uzyskaniu finansowego wsparcia w wykonaniu aborcji, nie tylko ze wskazań społecznych ale także ze wskazań terapeutycznych, embriopatologicznych oraz kryminalnych, poza granicami RP. Czy można te zachowania określić mianem karalnego pomocnictwa do aborcji i to niejednokrotnie odbywającego się w warunkach zorganizowanej w tym celu grupy? Można przypuszczać, że po 24 lutego 2022 r. te same organizacje przejęły „opiekę” nad kobietami – uchodźczyniami, chcącymi przerwąć ciążę powstałą w wyniku czynu zabronionego mającego miejsce na terytorium Ukrainy. Czy pojawienie się na terytorium Polski milionów uchodźców wojennych, przede wszystkim kobiet i dzieci, osób szczególnie narażonych na wiktymizację, w tym metodycznie popełniane przez

⁵ Patrz np. wnioski Rzecznika Praw Obywatelskich odnośnie wywiązywanie się przez państwo z obowiązku zapewnienia realnego dostępu pacjentek do legalnych zabiegów przerywania ciąży zawarte w piśmie adresowanym do Ministra Zdrowia z dnia 2.VI.2020 <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/WG%20do%20Ministerstwa%20Zdrowia%20ws%20dost%C4%99pu%20do%20legalnej%20aborcji.pdf>. Patrz np. Uwagi Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie wykonania wyroków ETPC w sprawach: P i S przeciwko Polsce (skarga nr 57375/08), R.R. przeciwko Polsce (skarga nr 2761/04), Tysiąc przeciwko Polsce (skarga nr 5410/03) https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-i-S-v.-Poland-komunikacja-lipiec-2018_POL.pdf. Patrz wątpliwości RPO co do poszanowania praw pacjentki w Uniwersyteckim Szpitalu Klinicznym w Białymstoku <https://bip.brpo.gov.pl/index.php/pl/content/rpo-aborcja-odmowa-szpital-bialystok> [dostęp z 10.XII.2021]. Na stronach internetowych Federacji na Rzecz Kobiet i Planowania Rodziny można znaleźć opisy licznych przypadków, gdy przedstawiciele tej organizacji „znajdują szpital” pacjentce chcącej dokonać legalnej aborcji terapeutycznej (a wcześniej także embriopatologicznej) na terenie RP i która nie może uzyskać pomocy w placówce obsługującej region jej zamieszkania (<https://federa.org.pl/>)

żołnierzy agresora przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, znajdzie odbicie w statystykach legalnych aborcji za rok 2022? Jak do tej pory oficjalne statystyki rokrocznie potwierdzały, że w niemal 40 milionowym państwie praktycznie nie występują przypadki, w których kobieta chciałaby przerwać ciążę będącą wynikiem czynu zabronionego. Nieujawnienie tego rodzaju przypadków w oficjalnych statystykach może świadczyć, że pomoc świadczona uchodźczyniom przejawia się w ułatwianiu aborcji poza granicami Polski lub w ułatwianiu dostępu do środków pozwalających kobiecie przerwać ciążę samodzielnie.

Nie ulega wątpliwości, że orzeczenie K 1/20 prawdopodobnie zwiększa tylko skalę zarysowanych powyżej zjawisk, albowiem w okresie obowiązywania tzw. kompromisu aborcyjnego, tj. od grudnia 1997 r. do stycznia 2021 r., znacząca większość legalnych zabiegów terminacji ciąży przeprowadzanych na terenie Polski była wykonywana w oparciu o przesłankę embriopatologiczną⁶. Dane za rok 2021 prawdopodobnie wykażą znacznie mniejszą liczbę legalnych aborcji w porównaniu do lat poprzednich oraz że znakomita większość legalnych aborcji, która uprzednio byłaby wykonana w oparciu o przesłankę embriopatologiczną, jest aktualnie przeprowadzona w oparciu o przesłankę terapeutyczną (art. 4 pkt 1 u.p.r.o.p. „ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej”). Jak się wydaje, kształtująca się od stycznia 2022 roku praktyka pokazuje, że przesłanka terapeutyczna jest jeszcze różnorodniej interpretowana w poszczególnych ośrodkach medycznych⁷, niż dominująca do

⁶ Przykładowo Rząd Belgii przekazał pieniądze ze środków publicznych Ministerstwa Zdrowia oraz Instytutu ds. Równego Traktowania Kobiet i Mężczyzn, z przeznaczeniem na finansowanie aborcji na terenie i na zasadach obowiązujących w Belgii lub innych krajach europejskich obywatelkom polskim, które pozbawiono dostępu do legalnej aborcji w Polsce. Podobnie Holenderska Izba Reprezentantów (Tweede Kamer) przyjęła w dniu 24 listopada 2021 uchwałę, która pozwoli rządowi na wykorzystanie środków z Funduszu Praw Człowieka na lata 2022-2027 na sfinansowanie aborcji Europejek, w tym Polek (<https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/swiat/artykuly/8258452,belgijski-rzad-gotow-placic-za-aborcje-polek.html>; <https://www.radiomaryja.pl/informacje/belgijski-rzad-zaplaci-za-tzw-a-aborcje-polek/>; https://www.gazeta.pl/0,0.html?mtpromo=enc02qhrmpup536udraocblesrjdksifjicroec2jemjmm24gsjmudrqmcblet2mgrbnqt3ig2ri&utm_campaign=amtpc_FB_Gazeta

⁷ Patrz np. uwagi RPO odnośnie oficjalnego stanowiska Dyrektora Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku (<https://bip.brpo.gov.pl/index.php/pl/content/>

czasu publikacji orzeczenia K 1/20, przesłanka „dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu”⁸.

2. Ogólna charakterystyka pomocnictwa i podżegania do przerwania ciąży za zgodą kobiety

W art. 152 § 2 KK typizowane są czyny polegające na udzielaniu kobiecie ciężarnej pomocy w przerywaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy oraz na nakłanianiu kobiety ciężarnej do przerywania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy. Przestępstwa stypizowane w art. 152 § 2 KK mają w zgodnej i utrwalonej opinii orzecznictwa i doktryny charakter pomocnictwa lub podżegania *sui generis* i jednocześnie „w pełni odpowiadają pomocnictwu i podżeganiu w rozumieniu art. 18 § 2 i 3 KK”⁹. Ta konstatacja przesądza, iż dokonując wykładni znamion przestępstw stypizowanych w art. 152 § 2 KK można czerpać z bogatego dorobku doktryny i judykatury opracowanego na tym gruncie ogólnych zasad przypisywania odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo. Wprowadzenie do części szczególnej Kodeksu karnego typu zawierającego znamiona podżegania i pomocnictwa *sui generis* wynika z rezygnacji przez ustawodawcę z kryminalizacji nielegalnego przerywania własnej ciąży przez kobietę, co wyklucza pociągnięcie do odpowiedzialności

rpo-aborcja-odmowa-szpital-bialystok) oraz wytyczne opublikowane przez Ministerstwo Zdrowia w reakcji na śmierć pacjentki Szpitala Powiatowego w Pszczynie (<https://www.gov.pl/web/zdrowie/zycie-i-zdrowie-matki-najwazniejsze?fbclid=IwAR2kMvB4JHeVV9zySkg4qRMpzROduWIQEOwa9y-THnOMNHYDRCZNjk7GIAQY>) – dostęp w dniu 10 XII 2021.

⁸ <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8166757,legalne-aborcje-w-polsce-statystyki.html>

⁹ Patrz np. Wyrok SA w Gdańsku z 9.02.2017 r., II AKa 294/16, LEX nr 2341089; wyrok SN z 20.11.2014 r., IV KK 257/14, LEX nr 1941900; wyrok SA w Katowicach z 30.09.2008 r., II AKa 231/08, LEX nr 477588; wyrok SA w Warszawie z 16.03.2015 r., II AKa 33/15, LEX nr 1680078; wyrok SA w Warszawie z 21.12. 2015 r., II AKa 401/15, LEX nr 2004473; M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2013, t. 1, s. 246-247.

podżegaczy i pomocników na zasadach ogólnych. Z podobnego zabiegu legislacyjnego ustawodawca skorzystał kryminalizując w art. 151 KK namowę oraz ułatwianie targnięcia się przez samobójcę na własne życie, gdyż de lege lata ustawodawca pozostawił poza zakresem kryminalizacji zachowanie niedosłego samobójcy.

Nieakcesoryjny charakter form niesprawczych przestępnego współdziałania powoduje, że podżeganie i pomocnictwo stanowią odrębne typy czynu zabronionego w zestawieniu z typami czynów zabronionych, które są przedmiotem podżegania lub pomocnictwa (tj. do typu, do którego podżegacz nakłania albo do typu, który pomocnik ułatwia popełnić)¹⁰. Teza ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. Oznacza to, że osoba, na którą nakierowane było działanie sprawcy, nie musi podjąć jakichkolwiek działań w kierunku nielegalnego przerwania ciąży, a nawet „poczuć się nakloniona”.

Warto nadmienić, że z uwagi na niekwestionowaną w doktrynie i orzecznictwie możliwość „krzyżowania się” podżegania i pomocnictwa z formami stadialnymi (usiłowaniem) istnieje możliwość przypisania odpowiedzialności karnej za usiłowanie, w tym nieudolne nakłanianie lub ułatwianie przerwania ciąży w sytuacji, w której faktycznie nie istnieje nawet ciąża, która miałaby zostać nielegalnie przerwana. Przykładowo partner, który nakłania partnerkę do nielegalnej aborcji, może ponieść odpowiedzialność karną za usiłowanie nieudolne nakłaniania do przerwania ciąży, jeżeli kobieta którą nakłania, nie jest w ciąży albo ciąża obumarła samoistnie (poronienie zatrzymane) – o czym sprawca nie wiedział w momencie

¹⁰ Celem zobrazowania można przywołać przykład z orzecznictwa (wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2006 r. V KK 316/2005) w którym skazano za podżeganie do zabójstwa osobę, której zaoferowano zabicie „niewygodnego współnika” w zamian za gratyfikację finansową. Jednak po uzyskaniu zapłaty w wysokości 10 tysięcy dolarów osoby, które przyjęły zlecenie zabójstwa, okazały się nieuczciwe i zawiadomiły organy ścigania (jak wynika z uzasadnienia wyroku, z uwagi na zbyt intensywne domaganie się zwrotu należności przez rozczarowanego niewykonaniem usługi podżegacza. Jak ustalono, osoby którym podżegacz zlecił płatne zabójstwo, od początku nie miały zamiaru zabić człowieka ale zamierzały poprzestać na wyludzeniu pieniędzy.

podejmowania czynności nakłaniania lub ułatwiania (art. 13 § 2 w zw. z 152 § 1 KK)¹¹.

Nie ma teoretycznych przeszkód, aby konstrukcję łańcuszkowego podżegania oraz pomocnictwa zastosować do zachowań związanych z nakłanianiem lub ułatwianiem aborcji wbrew przepisom ustawy. W przedmiotowych stanach faktycznych oznaczałoby to, że sprawca który nie nakierowuje czynności nakłaniania lub ułatwiania przerwania ciąży bezpośrednio na kobietę ciężarną, ale na inną osobę, która miałaby taką czynność podjąć wobec kobiety, także realizuje znamiona przestępstwa¹².

Tak szeroki zakres kryminalizacji budzi niepokój w perspektywie subsydiarnej roli prawa karnego w państwie prawa. De lege lata można jedynie zauważyć, że łańcuszkowy charakter podżegania oraz pomocnictwa – z każdym ludzkim „ogniwem” oddalający sprawcę od realnego ataku na dobro prawnie chronione (tj. „życie dziecka poczętego”), powinien znaleźć odzwierciedlenie w ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu – w kierunku jego redukcji aż do stopnia, który jest znikomy (art. 1 § 2 KK) i wyklucza przestępczość czynu zabronionego. Podobny wniosek wypada postawić w przypadku usiłowania nieudolnego nakłonienia lub ułatwienia nielegalnej aborcji. Wszak art. 115 § 2 KK *expressis verbis* stanowi, iż „przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę

¹¹ Aprobując na temat przyjęcia konstrukcji usiłowania nieudolnego w odniesieniu do nielegalnego przerwania ciąży w sytuacji, w której płód był martwy (o czym sprawca nie wiedział) wypowiedział się już w 1934 SN (Wyrok SN z 29.10.1934 r., III K 1052/34, OSN 5/1935, poz. 195.)

¹² Przykładowo: partner ciężarnej kobiety nakłania jej przyjaciółkę aby ta z kolei nakłoniła kobietę do przerwania ciąży; 18 -letni chłopak nakłania swoich rodziców, aby sfinansowali przerwanie ciąży partnerki; matka nastoletniej ciężarnej dziewczyny nakłania znajomego lekarza aby udzielił córce informacji i środków farmakologicznych, dzięki którym będzie mogła samodzielnie wywołać poronienie albo wydał fałszywe zaświadczenie, że zachodzi przesłanka pozwalająca na legalne przerwanie ciąży (np. zagrożenie dla życia kobiety); lekarz ginekolog nakłania inną osobę aby ta pośredniczyła w dostarczeniu kobiecie pigułek wczesnoporonnych, które ta uprzednio u niego „zamówiła”; ojciec młodej dziewczyny nakłania znajomego prokuratora aby ten wystawił fałszywe zaświadczenie o pochodzeniu ciąży z czynu zabronionego.

naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia.”.

Na koniec uwag wprowadzających wypada zaznaczyć, że nawet świadome udzielenie kobiecie wsparcia po przeprowadzeniu nielegalnej aborcji nie nosi znamion karalnego pomocnictwa. Na gruncie zasad ogólnych przyjmuje się, że karalne ułatwienie popełnienia czynu zabronionego musi mieć miejsce przed jego realizacją albo najpóźniej w jej trakcie. Oznacza to, że udzielenie pomocy po dokonaniu aborcji (np. udzielenie pomocy medycznej, wsparcia psychicznego, wsparcia finansowego, opieki nad dziećmi w okresie rekonwalescencji) nie stanowi nielegalnego ułatwiania aborcji.

Pomoc w zacieraniu dowodów nielegalnej aborcji nie nosi znamion poplecznictwa z art. 239 KK¹³, gdyż kobieta nie jest „sprawcą przestępstwa” w rozumieniu tego przepisu. Natomiast wykładnia rozszerzająca tego pojęcia (w kierunku uznania kobiety przerywającej własną ciążę za „sprawcę przestępstwa w rozumieniu art. 239 KK) byłaby wykładnią na niekorzyść sprawcy – niedopuszczalną w prawie karnym.

Warto dodać, że w przypadku braku możliwości wykazania, że tabletki poronne nie były przeznaczone dla kobiety która je zamówiła, opłaciła lub odebrała przesyłkę, wszelkie wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego. Przykładowo w razie braku możliwości podważenia tezy, że adresatka przesyłki z pigułkami wczesnoporonnymi będąca zarazem matką (współlokatorką, przyjaciółką) kobiety, co do której potwierdzono fakt bycia w ciąży (przerwania ciąży), jest jednocześnie kobietą, która miała zamiar z tych środków skorzystać, adresatkę przesyłki

¹³ Art. 239. § 1. Kto utrudnia lub udaremnia postępowanie karne, pomagając sprawcy przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego uniknąć odpowiedzialności karnej, w szczególności kto sprawcę ukrywa, zaciera ślady przestępstwa, w tym i przestępstwa skarbowego albo odbywa za skazanego karę, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Nie podlega karze sprawca, który ukrywa osobę najbliższą. § 3. Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia, jeżeli sprawca udzielił pomocy osobie najbliższej albo działał z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższemu.

należy uwolnić od odpowiedzialności za przestępstwo z art. 152 § 2 KK. Nie jest przecież wykluczone, że osoba zapobiegliwa chce posiadać w domu zestaw do aborcji farmakologicznej na wypadek zajścia w ciążę.

Nie stanowi karalnego pomocnictwa ani innego czynu zabronionego niezawiadomienie organów ścigania o podejrzeniu nielegalnej aborcji. Przestępstwa aborcyjne nie są wymienione w katalogu przestępstw objętych prawnym obowiązkiem denuncjacji wymienionych w art. 240 KK. Natomiast jeżeli informacja o nielegalnej aborcji została uzyskana przez lekarza lub pielęgniarkę w okolicznościach uzasadniających objęcie tych informacji tajemnicą lekarską, to ujawnienie tego rodzaju informacji – poza wyjątkami wskazanymi *expressis verbis* w ustawie o zawodzie lekarza¹⁴ oraz zawodach pielęgniarki i położnej¹⁵, jest możliwe tylko po zwolnieniu przedstawiciela zawodu medycznego z obowiązku ochrony tajemnicy w trybie przewidzianym w ustawie. Należy jednoznacznie podkreślić, że samowolne zwolnienie się z tajemnicy lekarskiej lub pielęgniarskiej celem zadenuncjowania organom ścigania pacjentki po zabiegu nielegalnej aborcji może rodzić odpowiedzialność za przestępstwo skierowanie przeciwko obowiązkowi ochrony tajemnicy zawodowej ciężącego na przedstawicielach m.in. zawodów medycznych (art. 266 § 1 k.k.)¹⁶

3. Legalne nakłanianie i ułatwianie legalnej aborcji. Umyślność - warunek konieczny przypisania odpowiedzialności za przestępstwo z art. 152 par. 2 KK.

Nakłanianie lub ułatwianie aborcji „zgodnej z przepisami ustawy” jest zachowaniem legalnym. Czynem zabronionym jest umyślne (art. 8,

¹⁴ Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 790 z późn. zm.).

¹⁵ Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 479 z późn. zm.).

¹⁶ Szerzej E. Plebanek, Zachowanie a ujawnianie tajemnicy lekarskiej i pielęgniarskiej - kolizja obowiązków oraz próba jej rozwiązania, „Palestra” 6/2020, s. 137-160.

art. 9 § 1 KK) nakłanianie lub ułatwianie aborcji „niezgodnej z przepisami ustawy”. Nie stanowi przestępstwa nieumyślne: przerwanie ciąży, nakłanianie do przerwania ciąży, ułatwianie przerwania ciąży - niezgodnie z przepisami ustawy. Wykładnia rozszerzająca, w kierunku kryminalizacji wszelkich zachowań nakierowanych na nakłonienie lub ułatwienie kobiecie przerwania ciąży, w tym na legalne przerwanie ciąży, jest niedopuszczalna z uwagi na podstawowe zasady gwarancyjne prawa karnego. Podobnie jak wykładnia, która mogłaby objąć kryminalizacją nieumyślne (art. 9 § 2 KK) ataki na życie lub zdrowie płodu. Ustawą, do której odsyłają znamiona przestępstw stypizowanych w art. 152 KK, jest ustawa o planowaniu rodziny¹⁷. Nie stanowi czynu zabronionego udzielanie pacjentce rzetelnych informacji na temat: stanu zdrowia płodu, możliwości wykonania legalnej aborcji w Polsce; możliwości dostępnych po opuszczeniu granic RP; prowadzenie polskojęzycznych stron internetowych zawierających szczegółowe informacje na temat legalnej aborcji dostępnej poza granicami RP oraz możliwości uzyskania wsparcia finansowego od organizacji społecznej lub ze środków publicznych państwa przeprowadzenia legalnej aborcji..

Informowanie pacjentki o stanie zdrowia płodu, o algorytmach postępowania medycznego zalecanych w tego rodzaju sytuacjach we współczesnej światowej medycynie, o stanie prawnym obowiązującym w Polsce i w krajach ościennych oraz o praktycznym funkcjonowaniu konkretnych zagranicznych ośrodków medycznych wykonujących legalne aborcje, nie może stanowić nawet czynu bezprawnego, gdyż w istocie stanowi realizację obowiązku informacyjnego ciążyącego na lekarzu wobec pacjentki. Nie stanowi też czynu zabronionego udzielenie kobiecie ciężarnej pomocy w znalezieniu placówki medycznej skłonnej wykonać legalną aborcję w sytuacji, w której wykonania terminacji ciąży odmówiono w innym ośrodku.

Truizmem jest stwierdzenie, że znamiona strony podmiotowej (w analizowanym przypadku chodzi o zamiar sprawcy), tak jak i znamiona strony przedmiotowej muszą zostać udowodnione w procesie dowodzenia, nie

¹⁷ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17/1993 ze zm.)

mogą być domniemywane na niekorzyść sprawcy, a wszelkie wątpliwości powinny być rozstrzygane na korzyść oskarżonego. Dowiedzenie okoliczności świadczących o realizacji przez sprawcę znamion przedmiotowych i podmiotowych typu, a mówiąc innymi słowy - pozytywne wykazanie realizacji znamion typu w procesie dowodowym – określane jako „ciężar dowodu” zawsze spoczywa na oskarżycielu, podobnie jak kwestionowanie okoliczności świadczących o zachodzeniu okoliczności wyłączających przestępność¹⁸. Zamiar, choć istnieje tylko w świadomości sprawcy, jest faktem psychologicznym, podlega identycznemu dowodzeniu, jak okoliczności ze sfery przedmiotowej, z zastosowaniem odpowiednich zasad dowodzenia bądź wnioskowania¹⁹.

Strona podmiotowa jako element definiujący nastawienie psychiczne sprawcy do czynu nie powinna być utożsamiana z winą, rozumianą jako możliwość postawienia sprawcy zarzutu, że zachował się sprzecznie z normą sankcjonowaną. Brak winy przesądza brak przestępności czynu zabronionego (art. 1 § 3 KK), a stopień winy miarkuje dolegliwość kary (art. 53 § 1 KK). W przypadku nakłaniania lub ułatwiania nielegalnej aborcji ze wskazań embriopatologicznych, ale także z uwagi na ciężką sytuację osobistą kobiety lub kryminalne pochodzenie ciąży mogą pojawić się okoliczności umniejszające stopień winy z uwagi na anormalną sytuację motywacyjną, w której znalazł się podżegacz lub pomocnik. Ocena stopnia winy sprawcy pomocnictwa do aborcji powinna uwzględniać: presję na psychikę pomocnika ze strony kobiety ciężarnej, wpływ pojawienia się dziecka na sytuację życiową pomocnika, charakter relacji jaka łączy pomocnika z kobietą zwracającą się o pomoc w przerwaniu ciąży, okoliczności które motywują kobietę do przerywania ciąży. Przykładowo ma to miejsce w sytuacji, w której otoczenie kobiety-uchodźczyny, kierując się współczuciem dla ofiary gwałtu wojennego i chcąc ją chronić przed wtórną wiktyimizacją, odradza jej ubieganie się o dostęp do legalnej aborcji ze wskazań kryminalnych, na rzecz nakłaniania kobiety do

¹⁸ P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, WKP 2018, s. 213-340.

¹⁹ Postanowienie SN z 2.12.2006 r., II KK 92/06, OSNwSK 2006/2576.

przeprowadzenia nielegalnego przerwania ciąży w warunkach domowych. W anormalnej sytuacji motywacyjnej umniejszającej stopień winy mogą znaleźć się także rodzice młodej dziewczyny, która nie posiada dostatecznych dla utrzymania dziecka zasobów finansowych ani możliwości faktycznych, zaś wizja przedwczesnego macierzyństwa zamiast realizacji planów życiowych przyprawia ją o załamanie psychiczne. Podobnie mąż kobiety, która dowiaduje się, że ich kolejne dziecko będzie obciążone ciężką i nieuleczalną chorobą, co znacząco zaważy nie tylko na dalszym życiu potencjalnego dziecka, ale także na wszelkich aspektach życia kobiety, ojca, innych małoletnich dzieci pary.

Motywacja sprawcy (np. szczere współczucie dla położenia kobiety chcącej przerwać ciążę) ma także znaczenie dla oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego (art. 115 par. 2 KK).

4. Usunięcie martwej ciąży jako zwykły zabieg leczniczy.

Zabiegi lecznicze podejmowane względem pacjentki w razie stwierdzenia obumarłej ciąży nie są kwalifikowane jako zabiegi przerwania ciąży i nie stosuje się wobec nich rygorów ustawy o planowaniu rodziny. Warunkiem jest potwierdzenie śmierci „dziecka poczętego”, przy czym w odniesieniu do ciąży zbyt wczesnej na odnotowanie akcji serca zarodka tym potwierdzeniem będą np. wyniki badań stężeń hormonów wskazujące, że rozwój ciąży nie postępuje. Usunięcie tego rodzaju ciąży, a w zasadzie jej pozostałości, nie jest „przerwaniem”²⁰ procesu ciąży, rozumianej jako proces zachodzący w organizmie kobiety. Zachowanie polegające na ewakuacji martwego zarodka (płodu) z organizmu kobiety nie godzi w dobra prawnie chronione przez art. 152 KK (nieprzerwany rozwój ciąży, życie dziecka poczętego). Osoba usuwająca ciążę martwą nie realizuje znamion

²⁰ Słownik języka polskiego definiuje czasownik przechodni „przerwać” w następujący sposób: „przestać, coś robić zanim dana czynność została ukończona”, „przeszkodzić w czymś, nie pozwolić skończyć, wstrzymać działanie czegoś” (Słownik języka polskiego PWN, Warszawa 1979, tom II, s. 1001).

typu czynu zabronionego opisanego w art. 152 KK²¹. Nie stanowi czynu bezprawnego usunięcie z organizmu kobiety pozostałości po obumarłej ciąży (łyżeczkowanie jamy macicy). Nie stanowi czynu bezprawnego udzielenie kobiecie środków farmakologicznych mających wywołać proces wydalenia z macicy pozostałości po martwej ciąży. Warunkiem legalności wymienionych zachowań jest to, aby osoba udzielająca kobiecie pomocy działała zgodnie z zasadami współczesnej wiedzy medycznej i ze świadomością, że ciąża obumarła²². Przykładowo nie popełni przestępstwa lekarz ginekolog, który diagnozując w prywatnym gabinecie martwą ciążę przekazuje kobiecie środki farmakologiczne mające ułatwić wydalenie z organizmu martwej ciąży tudzież dokona zabiegu mechanicznego oczyszczenia jamy macicy z tego rodzaju pozostałości²³. Natomiast błędne zakwalifikowanie przez lekarza ciąży jako martwej i przystąpienie do jej usunięcia nie może prowadzić do przypisania medykowi odpowiedzialności karnej za przestępstwo nielegalnego przerwania ciąży (art. 152 par. 1 KK). Jest to bowiem przestępstwo umyślne, a brak świadomości po stronie lekarza, że usuwana ciąża jest wciąż żywa, dekompletuje znamiona strony podmiotowej. Czyn taki pozostaje czynem bezprawnym, nie stanowi jednak przestępstwa o ile nie dochodzi jednocześnie do uszczerbku na zdrowiu kobiety w wyniku podjęcia błędnych działań medycznych. Z tych samych względów, brak świadomości lekarza, że kobieta jest w żywej ciąży w czasie podjęcia działań medycznych, które doprowadzają do poronienia, wyłącza odpowiedzialność karną za przestępstwa skierowane przeciwko życiu lub zdrowiu „dziecka poczętego”, stypizowane w art. 152 oraz 157a KK.

Bezkarnym pozostanie błąd diagnostyczny po stronie sprawcy prowadzący do zakończenia żywej ciąży (przykładowo jeżeli lekarz przed przystąpieniem do zabiegu oczyszczania macicy z resztek po poronieniu

²¹ Wyrok SA w Katowicach z 16.10.2008 r. II AKa 255/08, LEX nr 477889. Szerzej E. Plebaniak, *Przestępstwa aborcyjne - praktyczna interpretacja znamion czynności wykonawczej*, „PiMP” 2/2011, s. 33-55.

²² Patrz Wyrok SA w Katowicach z 16.10.2008 r., II AKa 255/08, LEX nr 477889.

²³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 października 2008 r. II AKa 255/08

mylnie sądzi, iż ciąża jest martwa podczas gdy jest żywa bądź gdy lekarz przeprowadzający aborcję mylnie sądzi, iż spełnione są przesłanki legalnej aborcji terapeutycznej). Brak świadomości lekarza, który przeprowadza aborcję, że przesłanka stanowiąca podstawę do legalnego przerwania ciąży została stwierdzona przez innego specjalistę w sposób nieprawidłowy, wyklucza możliwość przypisania odpowiedzialności karnej za nielegalne przerwanie ciąży.

Powyższe tezy wynikają z faktu, że przestępstwa mające za przedmiot ochrony życie lub zdrowie płodu („dziecka poczętego”) są to przestępstwa umyślne (art. 157a KK oraz 152, 153 KK) – wymagające wykazania zamiaru zaatakowania życia lub zdrowia „dziecka poczętego”. Innymi słowy: nieumyślny atak na życie lub zdrowie „dziecka poczętego” np. na skutek błędu w leczeniu tudzież w wyniku niedostatecznie krytycznego podejścia do opinii specjalisty z innej dziedziny medycyny, pozostaje prawnokarnie irrelevany²⁴.

5. Zaniechanie aborcji ze wskazań terapeutycznych jako błąd w leczeniu

Jeżeli zarodek lub płód daje jednoznaczne objawy życia, konieczne jest zastosowanie rygorów ustawy o planowaniu rodziny. W praktyce oznacza to, że lekarze kierując się niekiedy względami innymi niż medyczne, unikają interwencji przyspieszających naturalny proces poronienia, pomimo pewności, że poronieniu nie da się zapobiec, dziecko nie ma zdolności do przetrwania poza organizmem kobiety i umrze w toku poronienia lub bezpośrednio po opuszczeniu organizmu matki. W takiej sytuacji należy zdecydowanie podkreślić, że jeżeli naturalny tok poronienia lub obumierania płodu, zaczyna zagrażać zdrowiu kobiety (np. pojawiają się

²⁴ Szeroka analiza prawnokarnej ochrony istoty ludzkiej przed momentem porodu w kontekście błędów w leczeniu: E. Plebanek, *Ochrona płodu ludzkiego w perspektywie odpowiedzialności za niewłaściwe leczenie* [w:] *System Prawa Medycznego*, tom III, red. nauk T. Dukiet Nagórska, A. Liszewska, (Wolters Kluwer), Warszawa 2021, s. 667-689.

pierwsze objawy stanu zapalnego), aktualizuje się po stronie personelu medycznego obowiązek udzielenia pacjentce adekwatnej do zagrożenia dla jej zdrowia pomocy medycznej, a jeżeli jest to potrzebne - także przez uzasadnioną medycznie, a więc legalną aborcję terapeutyczną lub farmakologiczne przyspieszenie procesu poronienia – o ile tylko są to metody optymalne z perspektywy skutecznej neutralizacji narastającego niebezpieczeństwa dla zdrowia pacjentki²⁵.

Zaniechanie wdrożenia adekwatnych do zagrożenia dla zdrowia pacjentki procedur medycznych, w tym dopuszczenie do samoistnego dynamizowania się stanu niebezpieczeństwa dla zdrowia kobiety w wyniku niedostatecznie kontrolowanego medycznie lub przedłużającego się procesu poronienia lub obumierania płodu, może stanowić podstawę do przypisania odpowiedzialności karnej osobom, na których ciążył prawny szczególnie obowiązek opieki medycznej nad pacjentką - za przestępstwo skierowane przeciwko życiu lub zdrowiu kobiety (art. 160 KK, 155, 156 § 2 KK, 157 § 2 KK – w zależności od skutku). Przykładowo: dla przyjęcia kwalifikacji prawnej z art. 160 § 2 KK wystarczające jest, aby osoby odpowiadające za opiekę medyczną nad pacjentką wbrew zasadom dyktowanym współczesną wiedzą medyczną dopuścili do stanu, w którym przedłużający się naturalny tok poronienia lub obumierania ciąży zagroził pacjentce w sposób bezpośredni ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu w postaci chociażby choroby realnie zagrażającej życiu, choroby psychicznej, czy utraty zdolności płodzenia²⁶. Jak bowiem trafnie zauważa Sąd

²⁵ Szerzej E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych)*, „CzPKiNP” 4/2016, s. 7-34.

²⁶ Patrz też np. T. Sroka „skutek w przypadku czynu zabronionego z art. 160 k.k. polega na zaistnieniu w stanie faktycznym określonego stopnia stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Co do zasady skutek ten może zaistnieć w określonym stanie faktycznym na dwa sposoby. Po pierwsze, może wystąpić sytuacja, w której przed podjęciem przez sprawcę czynu analizowanego prawnokarne nie istniało wskazane wyżej niebezpieczeństwo grożące życiu lub zdrowiu człowieka, zaś po tym fakcie owo niebezpieczeństwo, szczegółowo opisane w art. 160 k.k., wystąpiło. Po drugie, możliwa jest i taka sytuacja, w której przed podjęciem przez sprawcę ocenianego czynu niebezpieczeństwo określonego stopnia grożące życiu i zdrowiu z art. 160 k.k. już istniało, zaś po podjęciu przez sprawcę zachowania zmienił się jedynie poziom owego

Najwyższy w wyroku z dnia 21 sierpnia 2012 r., (IV KK 42/12) zapadłym na kanwie stanu faktycznego, w którym lekarzowi przypisano odpowiedzialność karną za przestępstwo z art. 160 KK: „Skoro skutkiem przestępstwa jest samo „narażenie” na niebezpieczeństwo (czyli sprowadzenie już samej możliwości wystąpienia określonych niebezpiecznych dla zdrowia lub życia następstw), to odpowiedzialności karnej z art. 160 k.k. podlega lekarz-gwarant, który w wyniku zaniechania udzielenia właściwego świadczenia zdrowotnego zdynamizował swą bezczynnością przebieg i rozwój procesów chorobowych u pacjenta w ten sposób, że zaczęły one bezpośrednio zagrażać jego życiu i zdrowiu”²⁷.

W tym kontekście należy podkreślić, że ustawa o planowaniu rodziny dla przeprowadzenia legalnej aborcji terapeutycznej nie wymaga, aby: stan zagrożenia dla zdrowia lub życia kobiety miał charakter: 1) bezpośredniego niebezpieczeństwa; 2) stan zagrożenia dla zdrowia łączył się ze stanem zagrożenia ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu wymienionym w katalogu art. 156 § 1 KK, 3) stan zagrożenia dotyczył innych aspektów zdrowia niż aspekt psychiczny. Przeciwnie, bagatelizowanie zagrożenia dla zdrowia psychicznego kobiety, jako choroby uzasadniającej legalną aborcję ze wskazań terapeutycznych, jest wykładnią sprzeczną z wszystkimi funkcjonującymi w doktrynie prawa medycznego definicjami „zdrowia”, a nawet z rozumieniem „zdrowia” przyjmowanym w prawie karnym. Dość zauważyć, że ustawodawca w enumeratywnym wyliczeniu najpoważniejszych uszczerbków na zdrowiu o charakterze „ciężkim” (art. 156 § 1 KK) obok pozbawienia zdolności płodzenia (np. utraty jajowodu w wyniku zbyt późno przeprowadzonego zabiegu usunięcia ciąży pozamacicznej, pęknięcia macicy w wyniku spóźnionej interwencji medycznej), innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu (np. wstrząs septyczny, krwotok wewnętrzny), trwałego, istotnego zeszpecenia lub zniekształcenia ciała,

niebezpieczeństwa na odpowiednio wyższy” (4. Treść obowiązku gwaranta nienastąpienia skutku [w:] tegoż: Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku, Warszawa 2013, SIP Lex)

²⁷ Wyrok SN z 21.08.2012 r., IV KK 42/12, LEX nr 1220930.

wymienia *expressis verbis* „trwałą chorobę psychiczną” oraz „całkowitą albo znaczną trwałą niezdolności do pracy w zawodzie”, która to niezdolność niekoniecznie musi wynikać z zasadniczego pogorszenia stanu zdrowia w aspekcie czysto fizjologicznym.

Z powyższych względów pozbawione podstaw prawnych jest twierdzenie, że przeprowadzenie aborcji lub ułatwienie przeprowadzenia aborcji w oparciu o potencjalne (a nie „bezpośrednie”) zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety²⁸, w tym dla zdrowia psychicznego, stanowi czyn bezprawny, a tym bardziej że może realizować znamiona przestępstwa z art. 152 § 1 KK.

Wykładnia przesłanki terapeutycznej zawartej w art. 4 a pkt 1 u.p.r.o.p. w kierunku jej zawężenia w porównaniu do rezultatów wykładni językowej, poszerzałaby zarazem pole kryminalizacji przestępstw stypizowanych w art. 152 KK, co jest nie do pogodzenia z elementarnymi zasadami prawa karnego w państwie prawa (*nullum crimen sine lege* i zakaz analogii na niekorzyść - art. 42 Konstytucji RP, art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²⁹, art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁰, art. 49 Karty Praw Podstawowych³¹, art. 1 KK).

W związku z powyższym nie ma możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za przeprowadzenie aborcji niezgodnej z przepisami ustawy, ułatwianie lub nakłanianie do aborcji niezgodnej z przepisami ustawy w oparciu o zawężającą wykładnię art. 4a pkt 1 u.p.r.o.p. w porównaniu do rezultatów wykładni gramatycznej.

²⁸ Zagrożeniem dla życia lub zdrowia kobiety uzasadniającym przeprowadzenie legalnej aborcji jest np. możliwa próba samobójcza związana z poważnymi zaburzeniami depresyjnymi wywołanymi stresem związanym z ciążą obciążoną poważną wadą, możliwa sepsa wywołana koniecznością przeprowadzenia ewakuacji martwego płodu, w sytuacji w której medycznie zasadne z uwagi na stan płodu jest zakończenie ciąży na znacznie wcześniejszym etapie.

²⁹ Konwencja O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

³⁰ Międzynarodowy Pakt PRAW OBYWATELSKICH I POLITYCZNYCH otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

³¹ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm.).

Wydanie zaświadczenia potwierdzającego np. stan depresji wywołanej koniecznością kontynuowania obciążonej ciężką patologią ciąży wraz z wnioskiem, że to zaburzenie zagraża zdrowiu pacjentki, nie może realizować znamiona pomocnictwa do nielegalnej aborcji innej niż kobieta osobie (art. 18 § 3 w zw. z 152 § 1 KK) lub udzielenia kobiecie pomocy w tym zakresie (art. 152 § 2 KK), nawet jeżeli wniosek ten zostanie podważony przez innego specjalistę. Ocena, czy dane zakłócenie funkcjonowania organizmu, w tym zaburzenia na tle psychicznym, zagrażają życiu lub zdrowiu danego człowieka, należy do specjalisty z danej dziedziny medycyny (np. lekarza psychiatry) a nie do np. prawnika, polityka, dziennikarza, działacza społecznego, urzędnika i nie może być dokonana *in abstracto*, bez indywidualnej oceny całokształtu sytuacji zdrowotnej danej pacjentki.

W razie pojawienia się odmiennych poglądów na ocenę, czy dany przypadek chorobowy stanowi „zagrożenie dla zdrowia” lub „zagrożenie dla życia” pacjentki, lekarz nie musi obawiać się odpowiedzialności karnej za pomocnictwo do nielegalnej aborcji lub przeprowadzenie nielegalnej aborcji, o ile tylko w kontakcie z pacjentką zachował standardy rzetelnego opiniowania. Wszelkie wątpliwości, spory w ocenie danego przypadku pomiędzy przedstawicielami różnych szkół medycznych powinny być zawsze rozstrzygnięte na korzyść oskarżonego.

Ciężar dowodu, że specjalista świadomie potwierdził nieprawdziwe informacje w zaświadczeniu, na podstawie którego miała być przeprowadzona aborcja ze wskazań terapeutycznych oraz że sprawca chciał lub co najmniej godził się na ułatwienie nielegalnej aborcji, spoczywa na oskarżycielu. Przestępstwa stypizowane w art. 152 KK są to przestępstwa umyślne (art. 8 KK, art. 9 § 1 KK). Zatem odpowiedzialność karna za pomoc udzieloną innej niż kobieta osobie w nielegalnej aborcji za zgodą kobiety (art. 18 § 3 w zw. z 152 § 1 KK) lub pomoc kobiecie w dokonaniu nielegalnej aborcji za jej zgodą (art. 152 § 2) jest w zasadzie możliwa w tego rodzaju stanach faktycznych tylko wówczas, gdy lekarz świadomie preparuje fałszywe zaświadczenie o istnieniu przesłanki do przeprowadzenia legalnej aborcji ze wskazań terapeutycznych i to z zamiarem ułatwienia przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy. Nie poniesie odpowiedzialności karnej lekarz, który omyłkowo zdiagnozował stan zagrożenia

dla życia lub zdrowia pacjentki w związku z kontynuacją ciąży. Nie poniesie też odpowiedzialności karnej lekarz, który rzetelnie zdiagnozował stan pacjentki, jednak inny specjalista odmiennie go ocenił w zakresie istnienia zagrożenia dla zdrowia uzasadniającego aborcję terapeutyczną.

Lekarz, który przeprowadza aborcję, poniesie odpowiedzialność karną za umyślne przerwanie ciąży niezgodnie z przepisami ustawy jedynie wówczas, gdy ma świadomość, że zaświadczenie potwierdzające spełnienie przesłanki koniecznej dla dokonania legalnej aborcji fałszywie stwierdza tę okoliczność. Lekarz poniesie odpowiedzialności, jeżeli jedynie powinien był taki stan rzeczy podejrzewać. Nieudowodnienie zamiaru dekompletuje znamiona strony podmiotowej i wyklucza przypisanie odpowiedzialności karnej.

6. Bezkarność podżegania i pomocnictwa *ad incertam personam*

Nie stanowi czynu zabronionego informowanie na terenie Polski o usługach konkretnych placówek zagranicznych specjalizujących się w legalnym przerywaniu ciąży kobietom przybywającym z terytorium Polski oraz szerzenie w przestrzeni publicznej informacji na temat metod i możliwości samodzielnego przerwania ciąży w warunkach domowych.

Przedstawienie argumentacji celem poparcia powyższych tez nie stanowi większej trudności i wymaga odwołania się do powszechnie akceptowanych w doktrynie i orzecznictwie poglądów odnośnie do przypisania odpowiedzialności karnej za podżeganie lub pomocnictwo na zasadach ogólnych (art. 18 § 2 i § 3 KK). Na gruncie przypisania odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo przyjmuje się, że zachowanie podżegacza oraz pomocnika musi być nakierowane na zindywidualizowaną osobę (w analizowanym przypadku - na konkretną kobietę w ciąży), ewentualnie na zindywidualizowaną grupę osób i dotyczyć skonkretyzowanego czynu

zabronionego³². Za bezkarne uważa się tzw. podżeganie oraz pomocnictwo ad incertam personam.

Jak zauważa P. Kardas, „oznaczoność” bezpośredniego wykonawcy należy rozumieć jako ustalenie takich okoliczności związanych z osobą lub osobami, na które skierowane są czynności podżegacza lub pomocnika, które pozwalają przyjąć, że czynności te były skierowane na konkretnego adresata, nie zaś do nieoznaczonego i bliżej niezindywidualizowanego kręgu lub grupy osób³³. Przyjęcie tej konkluzji przesądza o bezkarności zachowań polegających na rozpowszechnianiu w przestrzeni publicznej informacji mogącymi znacząco ułatwić przeprowadzenie nielegalnej aborcji farmakologicznej w warunkach domowych lub dokonanie legalnej aborcji poza granicami RP.

Bezkarności podżegania i pomocnictwa ad incertam personam nie należy utożsamiać z koniecznością wykazania, że sprawca znalazł osobiście kobietę, na którą nakierowane były jego zachowania. Jak trafnie zauważa SA w Krakowie „podżegacz nie musi znać osobiście bezpośredniego wykonawcy, wystarczy, że jest to osoba konkretna, jednostka fizyczna, niekoniecznie zindywidualizowana w postępowaniu co do tożsamości z imienia i nazwiska”³⁴. Dla przypisania odpowiedzialności karnej za podżeganie lub pomocnictwo nie ma konieczności wykazania, że sprawca znalazł personalia osób, którym udzielił pomocy oraz dokładne okoliczności skorzystania z rady, informacji, dostarczonych środków. Nie ma zatem przeszkód dla przypisania odpowiedzialności karnej sprawcy, który nie znalazł osobiście i nie nawiązywał bezpośredniego kontaktu z kobietami, do których adresował przesyłki pocztowe zawierające tabletki wczesnoporonne³⁵.

Udzielenie pomocy lub nakłanianie do aborcji musi odnosić się do konkretnej kobiety w konkretnej sytuacji faktycznej. Bezkarne będzie

³² J. Giezek, K. Lipiński [w:] D. Gruszecka, G. Łabuda, J. Giezek, K. Lipiński, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18, teza 48.

³³ P. Kardas [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52, wyd. V, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, art. 18, teza 143.

³⁴ Wyrok SA w Krakowie z 8.02.2006 r., II AKa 207/05, KZS 2006, z. 3, poz. 30.

³⁵ Np. wyrok SA w Szczecinie z 14.04.2016 r., II AKa 36/16, OSASz 2/2016, poz. 38-48.

nakłanianie do aborcji lub udzielanie rad, informacji oraz wsparcia w tym zakresie „na wypadek” zajścia przez kobietę w ciążę w przyszłości i podjęcia przez nią decyzji o jej przerwaniu. Przykładowo nie popełnia przestępstwa partner, który informuje partnerkę, że gdyby zaszła w nieplanowaną ciążę, to udzieli jej wszelkiej pomocy w jej przerwaniu, a nawet gdy gromadzi na wypadek zajścia w ciążę stosowne środki lub informacje; nie poniesie odpowiedzialności karnej matka, która udziela rad i informacji nastoletniej córce podejmującej współżycie, co może zrobić gdyby zaszła w niechcianą ciążę; nie poniesie odpowiedzialności karnej lekarz, który ogólnie informuje pacjentkę o możliwościach samodzielnego zainicjowania poronienia w warunkach domowych i zakończenia poronienia w szpitalu

7. Tylko „obiektywne” i „istotne” ułatwienie stanowi karalne pomocnictwo

Na gruncie art. 18 KK jednogłośnie przyjmuje się, że karalne ułatwienie popełnienia czynu zabronionego powinno mieć charakter „obiektywny” i „istotny” - nie ma powodów, aby tę kwestię interpretować odmiennie na gruncie art. 152 KK. Karalne udzielenie pomocy do aborcji to nie jakiegokolwiek ułatwienie realizacji decyzji o nielegalnej aborcji, ale udzielenie takiej pomocy, bez której kobieta nie może się obyć aby zrealizować decyzję o nielegalnej aborcji lub pomocy i która stanowiła obiektywne ułatwienie realizacji decyzji o nielegalnym przerywaniu ciąży. Przykładowo, jak wskazuje P. Kardas, dla przypisania odpowiedzialności za pomocnictwo konieczne jest wywołanie przez zachowanie pomocnika rezultatu w postaci zmiany sytuacyjnej, przejawiającej się stworzeniem warunków, w których popełnienie czynu zabronionego przez inną osobę będzie łatwiejsze niż w sytuacji, gdyby pomocnik nie zrealizował swojego zachowania. Podstawą odpowiedzialności za pomocnictwo mogą być tylko takie zachowania, które „obiektywnie rzecz biorąc ułatwiają popełnienie

czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę”³⁶. Oznacza to, że skutkiem pomocnictwa, od wystąpienia którego uzależniona jest odpowiedzialność karna, jest wywołanie stanu ułatwiającego popełnienie czynu przez bezpośredniego wykonawcę³⁷. Jak zauważa A. Wąsek, chodzi o takie zachowania, które obiektywnie rzecz biorąc ułatwiają popełnienie czynu zabronionego, o czym przesądza określenie ustawowe „ułatwia”³⁸. Jednocześnie zarówno na gruncie odpowiedzialności za przestępstwo z art. 152 § 2 KK, jak i za pomocnictwo na zasadach ogólnych, tezy te nie oznaczają konkluzji, iż pomoc okazana przez sprawcę ma być warunkiem sine qua non popełnienia czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę dokonania nielegalnej aborcji przez kobietę.

Przechodząc do analizy pojawiających się w praktyce stanów faktycznych należy stwierdzić, że jeszcze kilkanaście lat temu uzyskanie możliwości bezpośredniego „kontaktu” z osobą przeprowadzającą nielegalne chirurgiczne aborcje „w polskim podziemiu”, przekazanie szczegółowej instrukcji w jaki sposób i jakimi środkami można przeprowadzić aborcję farmakologiczną, wskazanie w jaki sposób wejść w posiadanie nielegalnych pigułek wczesnoporonnych, mogło uchodzić za „obiektywne ułatwienie” wprowadzenia w życie decyzji o nielegalnej aborcji. Przykładowo, jak zauważył SA w Katowicach w wyroku z 30 września 2008 r.: „pomoc w postaci udzielonego kontaktu telefonicznego, mieści się w znamionach przypisanego przestępstwa z art. 152 § 2 KK. Była to pomoc istotna, gdyż umożliwiała podjęcie dalszych działań zmierzających już bezpośrednio do usunięcia ciąży, co w istocie nastąpiło”³⁹.

Wobec powyższych tez wypada postawić pytanie, czy aktualnie, w sytuacji w której pomoc sprowadza się do udzielenia informacji stanowiących fakt notoryjny, ogólnie dostępnych dla każdej zainteresowanej osoby (o ile tylko potrafi czytać i posiada dostęp do Internetu), można mówić o

³⁶ wyrok SA w Lublinie z 28.12.2000 r., II AKa 250/00.

³⁷ P. Kardas [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52, wyd. V, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, art. 18.

³⁸ A. Wąsek, Kodeks karny Komentarz t. I (art. 1-31), Gdańsk 1999 str. 271-272.

³⁹ wyrok SA w Katowicach z 30.09.2008 r., II AKa 231/08, LEX nr 477588.

„obiektywnym ułatwieniu” oraz „pomocy istotnej” w rozumieniu art. 152 § 2 KK? Przykładowo: czy przesłanie za pomocą komunikatora internetowego linków do stron internetowych, które jako pierwsze pojawiają się w każdej wyszukiwarce internetowej po wpisaniu bynajmniej nie aluzyjnego hasła, stanowi „obiektywne ułatwienie”?

W moim przekonaniu np. sfinansowanie nielegalnej aborcji, przekazanie „kontaktu” do lekarza skłonnego wykonać w Polsce nielegalny zabieg aborcji chirurgicznej lub zainicjować proces sztucznego poronienia (przedwczesnego porodu) pozorując poronienie z niewyjaśnionych przyczyn, sprzedaż lub bezpłatne udzielenie pigułek poronnych, udzielenie spersonalizowanych instrukcji w jaki sposób postąpić z danymi środkami farmakologicznymi, bez wątpienia stanowi „obiektywne ułatwienie” w rozumieniu art. 152 § 2 KK. Jednak nie sposób aktualnie określić mianem „istotnego ułatwienia” przysyłania kobiecie w ciąży „linków” do ogólnodostępnych stron internetowych pojawiających się w każdej wyszukiwarce na pierwszych pozycjach po wpisaniu haseł typu „aborcja pomoc”, „chcę przerwać ciążę”, „aborcja farmakologiczna krok po kroku”, „aborcja bez granic”. Oczywiście - poza przypadkami, w których aborcja miałaby zostać wykonana przez osobę nie umiejącą pisać i wykluczoną cyfrowo i wymagającą w zakresie tych prostych czynności pomocy, co jednak zważywszy na wiek i styl życia osób, których potencjalnie zagadnienie nielegalnego przerwania ciąży może dotyczyć, będzie mieć w praktyce miejsce raczej sporadycznie. Cytowane we wprowadzeniu dane, udostępniane przez organizacje wspierające kobiety chcące dokonać nielegalnej „domowej” aborcji farmakologicznej na terenie RP oraz kobiety chcące przeprowadzić legalną aborcję poza granicami Polski, wskazują jednoznacznie, że wiedza o istnieniu tego rodzaju podmiotów, umiejętność nawiązania z nimi kontaktu oraz skorzystania z pomocy, nie jest wśród polskich obywateli i obywaterek wiedzą tajemną, którą dzielenie się stanowi „obiektywne ułatwienie” przerwania ciąży. Podobnie jak faktem notoryjnym jest okoliczność, że obywatelki Polski bez przeszkód korzystają z usług aborcyjnych ośrodków położonych na terenie Słowacji, Czech, Niemiec, Holandii. Są to aktualnie informacje dostępne dosłownie

„na wyciągnięcie ręki” dla każdej zainteresowanej osoby mającej dostęp do urządzenia pozwalającego korzystać z wyszukiwarek internetowych.

8. Karalne pomocnictwo intelektualne a karalne podżeganie do aborcji

W orzecznictwie i doktrynie nie budzi wątpliwości pogląd, że zachowanie sprawcze polegające na nakłanianiu może polegać na kierowaniu komunikatu oddziałującego na proces decyzyjny adresata w dowolnej formie: pisemnej, ustnej, za pomocą jednoznacznych gestów. Wskazuje się, że nakłanianie może przybierać postać prośby, polecenia, zlecenia, rady, propozycji, sugestii⁴⁰. Jak zauważa SA w Krakowie w wyroku II AKa 121/99 „nakłanianiem jest oddziaływanie na wolę innej osoby (osób) w celu skłonienia jej do określonego działania lub zaniechania”. Karalne nakłanianie może polegać np. na wręczeniu zakupionych na czarnym rynku tabletek wczesnoporonnych wraz z instrukcją obsługi⁴¹; oferowaniu pieniędzy na pokrycie kosztów zabiegu przerwania ciąży i ewentualnej rekonwalescencji, zobowiązaniu się do znalezienia osoby, która podejmie się przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży⁴², zobowiązaniu do polepszenia relacji łączącej parę w razie przerwania ciąży, “grożeniu” zerwaniem związku w razie niepoddania się aborcji.

W przypadku pomocnictwa ustawodawca w art. 18 § 3 KK wylicza przykładowo takie zachowania sprawcze jak: słuzenie radą, informacją, dostarczenie środków, narzędzi. Przyjmuje się, że umacnianie innej osoby w podjętym uprzednio zamiarze nie realizuje znamion podżegania, ale realizuje znamiona pomocnictwa psychicznego.

Wskazuje się, że przez pomocnictwo psychiczne, w odróżnieniu od pomocnictwa udzielonego czynem, należy rozumieć pomoc udzieloną

⁴⁰ Wyrok SA w Krakowie z 8.07.1999 r., II AKa 121/99, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 8-9/1999, poz. 37.

⁴¹ Patrz stan faktyczny będący kanwą orzeczenia Wyrok SO w Kaliszu z 10.06.2016 r. III K 77/15.

⁴² Wyrok SO w Warszawie z 13.11.2014 r. VIII K 157/14.

przede wszystkim słownie. Karalna pomoc może polegać „nie tylko na udzielaniu rad i wskazówek mających ułatwić popełnienie przestępstwa, ale także na takim zachowaniu się, które w sposób szczególnie sugestywny manifestuje solidaryzowanie się całkowicie z zamiarem bezpośrednim sprawcy i może w pewnych wypadkach stworzyć atmosferę, w jakiej zamiar bezpośredniego sprawcy kształtuje się, dojrzewa oraz utwierdza, umacnia sprawcę w powziętym już postanowieniu popełnienia przestępstwa”⁴³. Jak jednak trafnie zauważa P. Kardas, pomocnictwo psychiczne musi znajdować odzwierciedlenie w świadomości osoby, której udzielane jest wsparcie psychiczne i musi stanowić istotny wpływ na psychikę tej osoby, analogiczny do tego, jaki realizują czynności polegające na udzielaniu rady lub informacji, pozwalające stwierdzić, iż udzielone wsparcie jest ułatwieniem popełnienia czynu zabronionego⁴⁴. Wyklucza to możliwość przyjęcia pomocnictwa psychicznego w wypadkach, gdy wspierający jedynie znajduje się w miejscu przestępnego zachowania i nie podejmuje żadnego realnego, obiektywnie postrzeganego oddziaływania na psychikę bezpośredniego wykonawcy⁴⁵. Sama obecność w miejscu zdarzenia w czasie akcji przestępczej i nieprzeciwdziałanie jej może być rozpatrywane w kategorii pomocnictwa jedynie w sytuacji, gdy na osobie obecnej tam ciążył prawny szczególny obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego⁴⁶.

Karalna pomoc w nielegalnym przerwaniu ciąży za zgodą kobiety nie musi mieć na celu „wymuszenia konkretnych czynności”, przeciwnie: może być udzielona na prośbę i z inicjatywy kobiety, która planuje ciążę przerwać.

⁴³ Wyrok SN z 9.08.1973 r., I KR 178/73, OSNKW 3/1974, poz. 43.

⁴⁴ wyrok SA w Lublinie z dnia 28 grudnia 2000 r., II AKa 250/00.

⁴⁵ wyrok SA w Lublinie z dnia 28 grudnia 2000 r., II AKa 250/00.

⁴⁶ Wyrok SN z 28.06.2002 r., III KKN 473/99.

9. Bezkarność nieumyślnego ułatwiania lub nakłaniania do aborcji

Strona podmiotowa podżegania i pomocnictwa została precyzyjnie określona na gruncie art. 18 § 2 i 18 § 3 KK. Jak zauważają J. Giezek i K. Lipiński „Podżeganie możliwe jest tylko w zamiarze bezpośrednim. Nie dochodzi zatem do prawnokarnie relewantnego podżegania, jeśli nakłaniający nieumyślnie wpływa na psychikę sprawcy, zachęcając go w sposób niezamierzony do popełnienia czynu zabronionego, bądź też czyni to w zamiarze ewentualnym, tzn. godzi się na to, że jego oddziaływanie na sprawcę spowoduje podjęcie zamiaru popełnienia czynu zabronionego”⁴⁷. Podżegacz musi mieć świadomość, że podejmowane przez niego zachowanie stanowi nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego. Podżeganie z zamiarem wynikowym oraz tzw. nieumyślne podżeganie pozostają de lege lata poza sferą kryminalizacji.

Nie ma powodu, aby przyjmować inną interpretację w przypadku przestępstw stypizowanych w art. 152 § 2 KK. Zatem dla przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo nakłaniania do nielegalnej aborcji należy wykazać, że sprawca działał z zamiarem bezpośrednim, tj. miał świadomość, że nakłania kobietę ciężarną do nielegalnej aborcji i chciał tego. Ponieważ podżeganie z zamiarem wynikowym jest bezkarne, nie poniesie odpowiedzialności karnej sprawca, który godzi się z tym, że jego uwagi lub sposób zachowania wobec ciężarnej mogą wywołać u ciężarnej zamiar nielegalnego przerwania ciąży.

Ponieważ nieumyślne podżeganie jest bezkarne, poza zakresem kryminalizacji pozostaje np. ogłoszenie wobec kobiety krytycznych uwag na temat kontynuacji ciąży w okolicznościach, w których znajduje się ciężarna; przekazanie kobiecie informacji, które skłaniają ją do podjęcia zamiaru usunięcia ciąży (np. o zdradzie ze strony partnera, o niechęci partnera odnośnie wspólnego wychowywania potomka, o innych biologicznych dzieciach partnera). Należy dodać, że zamiar sprawcy musi

⁴⁷ J. Giezek, K. Lipiński [w:] D. Gruszecka, G. Łabuda, J. Giezek, K. Lipiński, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18.

obejmować naklonienie kobiety do nielegalnej aborcji, a nie aborcji zgodnej z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 18 § 3 KK pomocnictwo charakteryzuje się „zamiarem”, może być zatem popełnione zarówno z zamiarem bezpośrednim jak i zamiarem ewentualnym. Jak trafnie zauważa SA w Gdańsku w wyroku II AKa 294/16: „Pomoc, o której mowa w art. 152 § 2 KK, może być zatem popełniona zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym i polega na zachowaniu ułatwiającym przerwanie ciąży, np. na dostarczeniu narzędzia, środka przewozu, udzieleniu rady lub informacji. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że zawieszenie ciężarnej do lekarza ginekologa w celu przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży oraz przekazanie lekarzowi zapłaty za ten zabieg stanowi udzielenie pomocy w rozumieniu art. 152 § 2 KK”⁴⁸.

Brak możliwości wykazania w procesie dowodowym zamiaru ułatwienia nielegalnej aborcji wyklucza możliwość przypisania odpowiedzialności za przestępstwo⁴⁹. Przykładowo: pozostawienie przez nieuwagę niezabezpieczonych lekarstw o właściwościach poronnych, które następnie znalazła i zażyła kobieta w ciąży, nie realizuje znamion przestępstwa z 152 § 2 KK. Użyczenie ciężarnej kobiecie samochodu, pieniędzy, odebranie paczki z pigułkami wczesnoporonnymi, pozostawienie włączonego komputera, na którego ekranie wyświetla się strona organizacji udostępniającej kobietom pigułki poronne - pozostaną bezkarne, o ile nie zostanie wykazane, że sprawca miał świadomość i co najmniej godził się na to, że swoimi działaniami ułatwia kobiecie przerwanie ciąży. Jeżeli zaś sprawca jedynie mógł lub powinien przypuszczać, że ułatwia nielegalne przerwanie ciąży (np. podejrzewał, że kobieta jest w ciąży i że nosi się z zamiarem jej usunięcia), jednak bezpodstawnie sądził, iż wymienione środki są potrzebne ciężarnej w innym celu niż przerwanie ciąży, następuje dekompletacja znamion strony podmiotowej.

⁴⁸ Wyrok SA w Gdańsku z 9.02.2017 r., II AKa 294/16, LEX 2341089.

⁴⁹ wyrok SA w Krakowie z 9.02.2011 r. II AKa 103/10.

10. Niezapobiegnięcie nielegalnej aborcji jako karalne pomocnictwo

Teoretycznie nie jest wykluczone przypisanie odpowiedzialności karnej za ułatwianie przerwania ciąży przez zaniechanie - tak jak nie jest wykluczone przypisanie odpowiedzialności za pomocnictwo przez zaniechanie na zasadach ogólnych (art. 18 § 3 KK). Wypada jednak zauważyć, że za pomocnictwo przez zaniechanie może odpowiadać tylko osoba, na której ciążył prawny, szczególnie obowiązek podjęcia określonych aktywności mogących obiektywnie zapobiec (utrudnić) popełnienie czynu zabronionego przez sprawcę wykonawczego. Nie oznacza to, że dla przypisania odpowiedzialności konieczne jest wykazanie, że działanie pomocnika zapobiegłoby popełnieniu przestępstwa; wystarczająca jest konstatacja, że obiektywnie utrudniłoby jego popełnienie.

W doktrynie pojawiają się poglądy wskazujące iż „w przypadku ojca dziecka poczętego, który nie przeciwstawia się działaniom kobiety ciężarnej zmierzającym do przerwania ciąży, nie jest wykluczona odpowiedzialność za przestępstwo z art. 152 § 2 KK popełnione przez zaniechanie”; „Czynność sprawcza polegałaby w tym przypadku na nieprzeszkodzeniu kobiecie ciężarnej w realizowaniu zamierzenia o przerwaniu ciąży (co stanowi ułatwienie przeprowadzenia aborcji). Jednocześnie konieczny byłby zamiar sprawcy odniesiony do ułatwienia przerwania ciąży, tj. sprawca musi przewidywać lub wiedzieć, że jego zachowanie ułatwia przerwanie ciąży i przynajmniej na to się godzić”⁵⁰.

Zważywszy jednak na zasygnalizowane powyżej zasady ogólne przypisania odpowiedzialności karnej za pomocnictwo, należy zdecydowanie odrzucić tezę o możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za nieprzeszkodzenie nielegalnej aborcji mężczyzny który kobietę zapłodnił. Podobnie należy zdecydowanie odrzucić tezę o możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej np. rodziców małoletniej dziewczyny, którzy

⁵⁰ K. Kmak, Nakłanianie lub udzielanie pomocy do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy, „Prok.i Prawo” 2/2018, s. 52-80.

nie przeciwstawiają się przerwaniu ciąży przez córkę oraz lekarza, który nie zniechęca do przerywania ciąży pacjentki ujawniającej taki zamiar.

Celem uzasadnienia należy przywołać wiadomości ogólne dotyczące realizacji znamion pomocnictwa przez zaniechanie.

Po pierwsze, pomocnictwo przez zaniechanie określonego prawem działania zawsze stanowi przestępstwo indywidualne. Istnieje konieczność wykazania, że na podmiocie pomocnictwa z zaniechania ciąży prawny, szczególnie obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę⁵¹. Innymi słowy - sprawcą przestępstwa z art. 152 § 2 KK popełnionego przez zaniechanie może być jedynie osoba, na której ciąży szczególnie, prawny obowiązek podjęcia określonego działania w celu niedopuszczenia do wykonania przez kobietę aborcji niezgodnej z przepisami ustawy. Należałoby zatem wykazać, iż na mężczyźnie, który zapłodnił kobietę, ciąży nie etyczny, nie moralny, nie religijny - ale prawny i szczególnie obowiązek ochrony „dziecka poczętego” biologicznie pochodzącego od tej osoby. Znalezienie podstawy prawnej, z której taki obowiązek można wywodzić, jest niemożliwe w tych wszystkich wypadkach, w których przed dokonaniem aborcji nie nastąpiło uprzednie uznanie ojcostwa przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego potwierdzone przez kobietę (jednocześnie albo w ciągu trzech miesięcy od dnia oświadczenia mężczyzny) tudzież gdy pochodzenie dziecka poczętego wynika z domniemania ojcostwa męża kobiety ciężarnej. W tych dwóch ostatnich wypadkach wywodzenie prawnego szczególnego obowiązku opieki nad płodem opiera się natomiast na takiej wykładni art. 87 lub 95 § 1 k.r.o., która wydaje się być rozszerzająca i niedopuszczalna na gruncie prawa karnego⁵². Art. 92 KRiO nie wskazuje jednoznacznie chwili powstania władzy rodzicielskiej, a dominujący sposób wykładni tego przepisu przyjmuje, że władza ta powstaje ex lege z chwilą narodzin dziecka w

⁵¹ Patrz np. J. Giezek, K. Lipiński [w:] D. Gruszecka, G. Łabuda, J. Giezek, K. Lipiński, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18.

⁵² Szerzej E. Plebanek, Analiza konieczności wprowadzenia zmian legislacyjnych w rozdziale XIX KK w zakresie prawnokarnej ochrony dziecka poczętego [w:] Reforma Prawa karnego, red. I. Sepioło-Jankowska, Warszawa 2014, s. 355-392.

odniesieniu do obydwójga rodziców, jeżeli pozostają oni w związku małżeńskim, zaś w sytuacji gdy zdarzenie, jakim jest urodzenie, nie wiąże się automatycznie z przyznaniem władzy rodzicielskiej, władza rodzicielska powstaje po narodzinach dziecka i orzeczeniu sądu bądź oświadczeniu o uznaniu ojcostwa⁵³.

Po drugie, nawet uznanie mężczyzny, który zapłodnił kobietę, za osobę na której ciąży prawny szczególny obowiązek troski o dobrostan płodu, nie przesądza możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za pomocnictwo przez zaniechanie. Nawet gdyby uznać, że mężczyźni którzy kobietę zapłodnił, przysługuje władza rodzicielska wobec zarodka/płodu wraz z jej wszelkimi atrybutami, to nie oznacza jeszcze że podobna władza przysługuje mężczyźnie wobec kobiety będącej w ciąży. Tymczasem dla przypisania odpowiedzialności za pomocnictwo przez zaniechanie należałoby wykazać, że „ojciec dziecka poczętego” miał obiektywną możliwość podjęcia czynności, które mogłyby zapobiec nielegalnej aborcji oraz że zaniechanie wymaganego działania obiektywnie ułatwiło popełnienie czynu zabronionego. Pojawia się zatem pytanie, jakie konkretnie działania zobowiązany jest podjąć mężczyzna który zapłodnił kobietę aby utrudnić kobiecie przerwanie własnej ciąży. Czy mężczyzna jest prawnie zobowiązany pozbawić kobietę na czas trwania ciąży dostępu do telefonu lub internetu? Do umieszczenia kobiety na okres ciąży w zamkniętym pomieszczeniu? Odebrania kobiecie pieniędzy, z których może sfinansować aborcję?

K. Kmąk zauważa, że może chodzić o zaniechanie przejawiające się tym, że mężczyzna od którego dziecko pochodzi „nie próbuje przeszkodzić takiej sytuacji (np. nie próbuje odwieść matki od tej decyzji)”. Zdaniem autora „bez wątpienia stanowi to umyślne ułatwienie przerywania ciąży wbrew przepisom ustawy pod warunkiem, że bez zaniechania gwaranta przeprowadzenie aborcji byłoby trudniejsze niż w przypadku jego

⁵³ H. Haak, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Władza rodzicielska. Komentarz, Toruń 1995, s. 35; H. Ciepla [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, red. K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 621; T. Smyczyński, Prawo rodzinne i opiekuńcze, Warszawa 2009, s. 215 i n.; M. Andrzejewski, Prawo rodzinne i opiekuńcze, Warszawa 2006, s. 137.

przeciwdziałania”. Pomijając już brak możliwości wywiedzenia obowiązku gwaranta, pojawia się wątpliwość: czy sytuacja w której ktoś „nie odwodzi” dorosłej osoby od realizacji dość istotnej decyzji życiowej, stanowi „obiektywne ułatwienie” jej wykonania. Czy sytuacja w której dowolna osoba, w tym „mężczyzna, od którego dziecko pochodzi” powstrzymuje się od rozmowy na temat aborcji z dorosłą kobietą, która podjęła decyzję aby przerwać ciążę, stanowi czyn bezprawny, z którym polski ustawodawca wiąże odpowiedzialność karną? Czy idąc tym tropem należy konsekwentnie przypisywać odpowiedzialność karną za pomocnictwo przez zaniechanie np. matce dorosłego syna, która podejrzewa, że 25 - letni syn trudni się handlem narkotykami ale powstrzymuje się od wychowawczej pogadanki z latoroślą? Czy ponosi odpowiedzialność karną partnerka, która podejrzewa, że mąż popełnia przestępstwa gospodarcze, ale celem niezakłócania milej atmosfery panującej w ognisku domowym nie podejmuje rozmowy odwodzącej męża z bezdroży przestępstwa? Czy popełnia przestępstwo lekarz, który w czasie kontaktu ze swoim dorosłym pacjentem, z nadwagą, nie stroniącym od alkoholu i tytoniu, poprzestaje na informacji jak określone nawyki i używki mogą wpłynąć na zdrowie, ale powstrzymuje się od wygłaszania tyrady na temat zgubnych dla zdrowia skutków obranego przez pacjenta stylu życia? Jak wykazać, że obiektywnie ułatwia aborcję powstrzymanie się od wygłoszenia słownej krytyki tej decyzji? Czy psychika ciężarnej kobiety jest tak krucha, a tryb podejmowania kluczowych decyzji życiowych i wcielania ich w życie tak chaotyczny i chwiejny, że wystarczy perswazja ze strony bliskiego mężczyzny aby je czym prędzej zmienić? Podobne uwagi krytyczne należałoby wypowiedzieć w sytuacji, w której tego rodzaju prawnym szczególnym obowiązkiem zapobiegnięcia przerwania ciąży poprzez przeprowadzenie dyscyplinującej rozmowy obciążono by np. lekarza lub rodziców dziewczyny noszącej się z zamiarem przerwania ciąży.

Powyższe uwagi nie oznaczają, że przestępstwa ułatwiania kobiecie przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy nie można popełnić przez zaniechanie. Teoretycznie można wyobrazić sobie takie sytuacje – paradoksalnie w innych relacjach niż kobieta – „mężczyzna od którego dziecko pochodzi”. Przykładowo, jeżeli osoba odpowiedzialna za

prawidłowe przechowywanie w aptece lub w szpitalu medykamentów o znanych właściwościach poronnych świadomie pozostawia je niezabezpieczone przed dostępem niepowołanych osób, co najmniej godząc się na to, że w tym czasie kobieta chcąc przerwać ciążę uzyska do nich nieuprawniony dostęp. Podobnie, jeżeli medyk mający uprawnienia do wystawiania recept na medykamenty o znanych właściwościach poronnych świadomie pozostawia niezabezpieczony komputer z dostępem do systemu wystawiania recept elektronicznych, co najmniej godząc się na to, że w tym czasie kobieta nosząca się z zamiarem przerwania ciąży (albo inna osoba działająca na prośbę takiej kobiety) uzyska dostęp do systemu i wygeneruje taką receptę, celem wykorzystania leku do wywołania poronienia.

10. Przerwaniu ciąży ze wskazań embriopatologicznych – wątpliwości odnośnie karalności

Wyrok K 1/20 uznał za niezgodny z Konstytucją art. 4a ust. 2 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży - przenosząc przerwanie ciąży ze wskazań embriopatologicznych w krąg zachowań bezprawnych. Pojawia się pytanie: czy publikacja orzeczenia K 1/20 poszerzyła nie tylko krąg zachowań bezprawnych, ale także krąg zachowań przestępnych – realizujących znamiona przestępstw stypizowanych w art. 152 KK? W doktrynie podnoszone są zasadne wątpliwości, czy zakres kryminalizacji przestępstw stypizowanych w art. 152 KK, w tym przestępstw polegających na nakłanianiu lub ułatwianiu przerwania ciąży za zgodą kobiety, mógł zostać poszerzony bez ingerencji ustawodawcy na mocy orzeczenia derogacyjnego sądu konstytucyjnego.

W pierwszej kolejności wypada zauważyć, że w doktrynie prezentowane są poglądy, iż wymienione orzeczenie nie powinno być uznawane

za istniejący wyrok Trybunału Konstytucyjnego⁵⁴. Podnosi się liczne problemy związane z legitymacją formalną części osób zasiadających w Trybunale Konstytucyjnym, w tym osób biorących udział w wydawaniu orzeczenia. Chodzi tu przykładowo o osoby wybrane na miejsca sędziowskie już wcześniej obsadzone oraz o udział w składzie orzekającym osoby, która wcześniej występowała w sprawie jako jeden z posłów wnioskujących o stwierdzenie niekonstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. 1 ustawy o planowaniu rodziny i ochrony płodu ludzkiego⁵⁵.

Koncentrując się na wątku karnistycznym i przyjmując założenie (nie da się wykluczyć że nietrafne), że wyrok K 1/20 jest jednak orzeczeniem istniejącym, wypada zauważyć, że J. Giezek i P. Kardas zasadnie poddali w wątpliwość, czy w konsekwencji orzeczenia derogacyjnego Trybunału Konstytucyjnego, które wprost nie odnosi się do regulacji ze sfery prawa karnego materialnego może dojść do poszerzenia zakresu kryminalizacji. Innymi słowy autorzy kwestionują, tezę że w wyniku orzeczenia sądu konstytucyjnego, zachowania stypizowane w art. 152 KK obejmują od momentu publikacji orzeczenia także przerywanie, nakłanianie, ułatwianie przerywania ciąży ze wskazań embriopatologicznych⁵⁶. Autorzy prezentują przekonujące argumenty za tezą, iż fundamentalna i konstytucyjna zasada prawa karnego *nullum crimen, nulla poena sine lege* nie pozwala na stwierdzenie, że doszło do ustanowienia karalności na podstawie orzeczenia sądu konstytucyjnego, w szczególności orzeczenia derogacyjnego. Wskazują, iż uprawnienie sądu konstytucyjnego do modyfikacji zakresu karalności należy rozumieć wąsko i nie wydaje się możliwe, aby tego rodzaju organ mógł ustanowić karalność, przejmując w ten sposób kompetencję ustawodawcy⁵⁷.

⁵⁴ A. Rakowska-Trela, Wyrok czy „niewyrok”. Głosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, dotyczącego możliwości przerywania ciąży, „Przegląd Sądowy” 6/2021, s. 106-118; R. Piotrowski, Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji, „PiP” 8/2021, s. 62-80.

⁵⁵ Szerzej D. Szumilo-Kulczycka, K. Kozub-Ciembroniewicz, Konsekwencje uchybień w obsadzie TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20), „PiP” 8/2021, s. 81-100.

⁵⁶ J. Giezek, P. Kardas, Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawnokarne konsekwencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20, „PiP” 8/2021, s. 40-60.

⁵⁷ J. Giezek, P. Kardas, Kompetencje derogacyjne TK..., s. 44.

Podsumowując: uznanie aborcji ze względów embriopatologicznych za zachowanie bezprawne nie przesądza, że stanowią czyny karalne zachowania wiążące się ze współdziałaniem w przerwaniu ciąży obciążonej ciężką patologią płodu. Wedle J. Giezka i P. Kardasa dopiero stosowna ingerencja ustawodawcy na płaszczyźnie norm prawa karnego pozwoli uznać tego rodzaju przypadki za czyny karalne.

Przyjęcie poglądu przeciwnego musiałoby prowadzić do wniosków, iż racjonalny ustawodawca w państwie prawa nakłada sankcje karne oraz określa ich wysokości „w ciemno”, „blankietowo” – nie wiedząc, jakie zachowania w istocie sankcjonuje i oddaje pole w tym zakresie np. sądowi konstytucyjnemu. Można dodać, że w opinii przedstawicieli doktryny prawa konstytucyjnego TK nie został wyposażony przez Konstytucję w prawo kreowania własnych kompetencji, a czyniąc przeciwnie zastępuje niejako ustawodawcę zwykłego. Jak zauważa R. Piotrowski „Przypisywana Trybunałowi rola strażnika konstytucji nie oznacza, że zyskuje on prawo rozstrzygania nierozstrzygalnych dylematów moralnych i staje się twórcą jej postanowień, dotyczących praw człowieka – także wtedy, kiedy owe postanowienia naruszają utrzymujący się z trudem konsens społeczny, a konstytucyjna tożsamość Trybunału budzi zastrzeżenia”⁵⁸. Wskazuje się, że TK przejmując rolę ustawodawcy zwykłego „nie tylko narusza art. 7 Konstytucji, ale także jej art. 10 ust. 2, zgodnie z którym nie sprawuje on władzy ustawodawczej, oraz art. 235 Konstytucji, w świetle którego Trybunał nie sprawuje władzy ustrojodawczej”⁵⁹.

Jednak nawet przyjęcie poglądu przeciwnego do prezentowanego powyżej i uznanie, że de lege lata współdziałal w aborcji ze wskazanymi embriopatologicznymi za zgodą kobiety czyni z osób współdziałających sprawców czynu zabronionego, nie przesądza jeszcze o konieczności przypisania odpowiedzialności karnej. Na dalszych etapach prawnokarnego wartościowania możliwe jest wyłączenie odpowiedzialności z uwagi na działanie w warunkach okoliczności wyłączającej bezprawność; brak

⁵⁸ R. Piotrowski, op. cit. s. 71.

⁵⁹ R. Piotrowski, op. cit. s. 68.

karygodności czynu (art. 1 § 2 oraz 115 § 2); brak winy (art. 1 § 3 KK) wywołany anormalną sytuacją motywacyjną lub kolizją dóbr (art. 26 KK)⁶⁰.

W niniejszym tekście świadomie pomijam zasadnicze zastrzeżenia zgłaszane do orzeczenia K 1/20 podnoszone w zakresie zgodności z Konstytucją przyjętego w nim rozstrzygnięcia oraz zaprezentowanej argumentacji⁶¹. Tylko tytułem przykładów można zauważyć, że R. Piotrowski podnosi, iż orzeczenie K 1/20 budzi wątpliwości w zakresie zgodności z art. 2 Konstytucji, zgodnie z którym Rzeczpospolita jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej, tj. takim w którym „racjonalność prawa, stanowiąca w myśl orzecznictwa konstytucyjnego podstawę demokratycznego państwa prawnego, wyklucza zastępowanie dialogu w procesie kształtowania prawa przesłankami religijnymi, które jedynie legitymizują uznanie absolutnego charakteru ochrony prawnej nasciturusa”; z art. 40 Konstytucji RP zgodnie z którym „Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, niehumanicznemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych”; z art. 47 Konstytucji RP gdyż prawo „do decydowania o swoim życiu osobistym zostało przez wyrok odebrane tym, którzy będą doświadczali skutków tego orzeczenia i prowadzi do zastąpienia sumienia indywidualnego sumieniem władzy publicznej, zaś człowiek przestaje już być celem samym w sobie, ale staje się „środkiem do realizacji jakiegoś celu”; art. 18 Konstytucji, w myśl którego „macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej”; z art. 47 Konstytucji, poręczającym prawo do ochrony prawnej życia prywatnego i rodzinnego”; z art. 71 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, że „Matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych, której zakres określa ustawa”; z art. 53 ust. 1

⁶⁰ Szerzej np. S. Tarapata, W. Zontek, Prawnokarne skutki wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20 (zagadnienia wybrane), „PiP” 8/2021, s. 212 – 225; M. Malecki, Przerwanie ciąży wyłączające winę, „PiP” 8/2021, s. 196-210.

⁶¹ Patrz R. Piotrowski, Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji, s. 62-80 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane

Konstytucji, gdyż odbierając jednostce współistotne jej godności prawo do kierowania się własnym sumieniem

Wskazuje się, że gdyby K 1/20 miałby być oceniany miarą zastosowaną przez TK w sprawie K 26/96 (proporcjonalność i określoność), to należałoby go uznać za niezgodny z Konstytucją, ze względu na właściwe wyważenie praw kobiety i „dziecka poczętego”. Można zauważyć, że także orzeczenie K 26/96 wzbudza pewne kontrowersje odnośnie kompetencji jakie przyznał sobie TK w zakresie kształtowania prawa aborcyjnego, niezależnie od poglądów ustawodawcy o tym, co jest konstytucyjnie dopuszczalne w państwie prawnym i że w istocie sąd konstytucyjny uzupełnił tekst Konstytucji z 1956 r., nadając nowe znaczenie przepisom ustawy zasadniczej w drodze wykładni.

Zamiast podsumowania

Zamiast podsumowania, tytułem dopełnienia rozważań warto zadać pytanie: czy tak szeroki zakres kryminalizacji zachowań osób współdziałających z kobietą chcącą przerwać własną ciążę jak ma to miejsce de lege lata jest uzasadniony w perspektywie podstawowych zasad kryminalizacji obowiązujących prawodawcę w państwie prawa?

Konstytucyjność przesłanek legalnej aborcji dwukrotnie była przedmiotem orzekania sądu konstytucyjnego⁶². Konstytucyjność przepisów kryminalizujących aborcję nie została do tej pory poddana chociażby testowi proporcjonalności. Tymczasem zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP sięganie do instrumentów prawnokarnych uzasadnione jest wtedy tylko, gdy pożądanego celu nie można osiągnąć w inny sposób (wymóg konieczności, zasada subsydiarności prawa karnego). Ustawodawca nie może stosować sankcji oczywiście nieadekwatnych, nieracjonalnych, niewspółmiernie dolegliwych nawet jeżeli jest to uzasadnione ochroną innej

⁶² R. Piotrowski, Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji, s. 62-80.

wartości⁶³. Ustanowiona przepisami karnymi ochrona musi być proporcjonalna, adekwatna do wagi chronionych praw i wolności (zasada racjonalności aksjologicznej). Zgodnie z zasadami przyjmowanymi w państwie prawa decyzja o kryminalizacji, w szczególności na przedpolu realnego naruszenia danego dobra prawnego (a tak dzieje się w przypadku przestępstw stypizowanych w art. 152 § 2 KK) powinna zależeć od miejsca danego dobra prawnego w hierarchii dóbr prawnych. Im wyższe znaczenie danego dobra, tym mniej intensywny może być charakter naruszenia, czy nawet spowodowania niebezpieczeństwa będący przesłanką wprowadzenia mechanizmów odpowiedzialności karnej. Przyjmuje się, że ocena dochowania zasad konieczności oraz racjonalności instrumentalnej i aksjologicznej w prawie represyjnym jest bardziej rygorystyczna niż w pozostałych gałęziach prawa, a margines swobodnego uznania ustawodawcy węższy⁶⁴. Zgodnie z wymogiem przydatności dopuszczalne jest zastosowanie jedynie środków skutecznych, czyli rzeczywiście i bezpośrednio prowadzących do realizacji założonego celu⁶⁵. Dla utrzymywania kryminalizacji danej kategorii zachowań nie wystarczy, by wkroczenie ustawodawcy w sferę konstytucyjnie chronionych praw i wolności jednostki jedynie „sprzyjało” realizacji założonych celów czy „ułatwiał”

⁶³ Np. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 166-192; tenże, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „CzPKiNP” 2/1999, s. 40-46; L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „PiP” 10/2001, s. 16; M. Derlatka, *Konstytucyjność kryminalizacji posiadania narkotyków*, „Prok. i Prawo” 7-8/2010, s. 89; A. Jezusek, *Przeciwdziałanie narkomanii; prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia (konopie)*. Głos do wyroku TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13, „PS” 11-12/2015, s. 194-204. Patrz też wyrok TK z 4.11.2014 r., SK 55/13, OTK-A 10/2014, poz. 111; Wyrok TK 1 lipca 2014 r., SK 6/12, OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 68; wyrok TK z 9 października 2012 r., P 27/11, OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 104.

⁶⁴ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa 2001, s. 314; K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „CzPKiNP” 2/1999, s. 51; T. Dukiet-Nagórska, *Uwagi o znaczeniu zasady proporcjonalności dla stanowienia prawa*, [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty*. Księga jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego, red. A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Nielaczna, P. Wiktorska, Warszawa 2013, s. 57.

⁶⁵ Patrz np. Wyrok TK z 8.07.2008 r., K 46/07, OTK-A 6/2008, poz. 104; Wyrok TK z 5.04.2011 r., P 26/09, OTK-A 3/2011, poz. 18; Wyrok TK z 16.10.2014 r., SK 20/12, OTK-A 9/2014, poz. 102.

ich osiągnięcie. Wymóg racjonalności instrumentalnej (przydatności) oznacza, że według dostępnego stanu wiedzy kryminalizacja umożliwia osiągnięcie założonych celów społecznych. W sytuacji wątpliwej ustawodawca powinien działać (powstrzymać się od działania) zgodnie z regułą *in dubio pro libertate*. Im wkroczenie ustawodawcy w sferę wolności i praw większe, tym bardziej restrykcyjne zasady wiążą ustawodawcę⁶⁶.

Celem wykazania, że obowiązujące przepisy karne spełniają test proporcjonalności, ustawodawca powinien zgromadzić aktualne dane dotyczące liczby przerywanych ciąży oraz przesłanek terminacji ciąży dokonywanych na terenie RP i poza jej granicami (przez kobiety zamieszkujące teren RP i udające się poza jej granice celem wykonania legalnej aborcji), a także dane pozwalające realnie oszacować liczbę aborcji wykonywanych nielegalnie na terenie RP. Istotne są także dane i doświadczenia pochodzące z państw europejskich o podobnej strukturze społecznej oraz państw, nie tylko europejskich, które w nieodległej przeszłości odstąpiły od restryktywnego prawa aborcyjnego na rzecz modelu przyjmowanego powszechnie w Europie.

Po zgromadzeniu tego rodzaju informacji należałoby odpowiedzieć na pytanie: czy założenia i cele polskiego modelu prawa aborcyjnego, zarówno po publikacji orzeczenia K 1/20, jak i w czasie obowiązywania stanu prawnego określanego mianem „kompromisu aborcyjnego” są w praktyce realizowane? Czy dzięki obowiązującym przepisom chronione jest ludzkie życie i zdrowie bardziej efektywnie niż miałyby to miejsce w modelu zbliżonym do obowiązującego w innych państwach europejskich o podobnej strukturze społecznej? Czy posłużenie się przez ustawodawcę środkami prawnokarnymi spełnia wymóg racjonalności instrumentalnej?

⁶⁶ K. Wojtyczek, Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP, *Kra-ków 1999*, s. 166-192; tenże, Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania, *„CzPKiNP” 2/1999*, s. 40-46; L. Garlicki, Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, *„PiP” 10/2001*, s. 16; M. Derlatka, Konstytucyjność kryminalizacji posiadania narkotyków, *„Prok. i Prawo” 7-8/2010*, s. 89; A. Jezusek, Przeciwdziałanie narkomanii; prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia (konopie). Głos do wyroku TK z dnia 4 listopada 2014 r., SK 55/13, *„PS” 11-12/2015*, s. 194-204. Patrz też wyrok TK z 4.11.2014 r., SK 55/13, OTK-A 10/2014, poz. 111; Wyrok TK

Czy normy prawnokarne nadają się do realizacji celów zadeklarowanych przez ustawodawcę? Czy dzięki obowiązującemu prawu polskie obywatelki są bardziej skłonne aby zachodzić w ciążę? Czy obowiązujący model zapewnia lepszą ochronę życia i zdrowiu polskich pacjentek oraz ich dzieci niż miałyby to miejsce na gruncie bardziej liberalnych przepisów? Czy też przeciwnie – obowiązujące przepisy doprowadziły do powstania zjawisk społecznych utrudniających optymalną ochronę życia i zdrowia ludzkiego? Czy aktualnie obowiązujące prawo doprowadziło do wykreowania nowej kategorii przestępców, tj. osób współdziałających z kobietami, które z przyczyn ekonomicznych nie stać na legalną aborcję za granicą; osób które nie miały dostatecznie silnych nieformalnych „wpływów” społecznych, zaradności życiowej lub odporności psychicznej, aby uzyskać dostęp do legalnej aborcji w Polsce? Czy aktualnie obowiązujące prawo chroni ludzkie życie i zdrowie, czy też przeciwnie: realnie wpływa na algorytmy postępowania medycznego przyjmowane wobec kobiet ciężarnych w taki sposób, że z obawy o bezpieczeństwo prawne medycy są skłonni raczej zaryzykować życiem i zdrowiem kobiety, narażać ją na traumatyczne i okrutne traktowanie, zmniejszyć szanse na urodzenie kolejnego dziecka w przyszłości (np. z uwagi na konieczne cesarskie cięcie lub długotrwałą rekonwalescencję po zakończeniu wysokiej ciąży powikłanej poważną patologią płodu), a w optymistycznej wersji „wypchnąć” ciężarną pacjentkę w stanie zagrożenia życia lub zdrowia do innego ośrodka, byleby tylko nie narażać się na rzeczywiste lub domniemane „problemy prawne”? Czy obowiązujące przepisy, w tym analizowane przepisy karne, sprzyjają zagwarantowaniu pacjentce i dziecku pomocy medycznej na poziomie adekwatnym do możliwości współczesnej medycyny, czy wręcz przeciwnie? Czy skazanie dziecka obciążonego wadą letalną na powolną agonię w ciele nie akceptującej takiego rozwiązania kobiety lub bezpośrednio w czasie porodu bądź po porodzie jest optymalnym rozwiązaniem z perspektywy zasad współczesnej medycyny oraz zasady poszanowania godności człowieka?

Jeżeli analiza dostępnych danych doprowadzi do wniosku, iż obowiązująca na przestrzeni już niemalże 30 lat, kryminalizacja przewidziana w omawianych przepisach nie doprowadziła rzeczywiście i bezpośrednio

do realizacji choćby w części założonych celów, to wypada stwierdzić, że przepisy te nie spełniają testu proporcjonalności. W Polsce eksperyment społeczny, testujący jak w praktyce wygląda realizacja „ochrony życia” za pomocą restryktywnego prawa aborcyjnego, sprzężonego z tworzo-nymi z nieumiarkowanym rozmachem przepisami prawa karnego, trwa już dostatecznie długo i przyniósł dostatecznie mroczne żniwo, że można pokusić się o racjonalne wnioski zarówno w sferze prawa karnego jak i w sferze przepisów regulujących dostępność do legalnej aborcji.

Bibliografia

- J. Giezek, K. Lipiński [w:] D. Gruszecka, G. Łabuda, J. Giezek, K. Lipiński, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18
- J. Giezek, P. Kardas, Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawnokarne konsekwencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20, „Państwo i Prawo” 8/2021
- P. Kardas [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52, wyd. V, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, art. 18
- K. Kmań, Nakłanianie lub udzielanie pomocy do przerywania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy, „Prokuratura i Prawo” 2/2018
- M. Królikowski [i] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2013, t. 1, art. 152
- E. Plebanek, Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych), „zasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 4/2016
- R. Piotrowski, Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji, „Państwo i Prawo” 8/2021
- D. Szumiło-Kulczycka, K. Kozub-Ciembroniewicz, Konsekwencje uchybień w obsadzie TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20), „Państwo i Prawo” 8/2021
- K. Wojtyczek, Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP, Kraków 1999

E. Zielińska, *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990.

Abstract

Criminal liability for incitement or the assistance to terminate pregnancy
(Selected Issues)

This paper focuses on selected Issues of the criminal liability for the participation in the abortion on the basis of provisions being in force. Analysis concerns the possibility of punishing for the incitement and the assistance to terminate pregnancy. The following paper examines the criteria of the act prohibited under Article 152 of the Polish Criminal Code with the blanket clause referring to the Act on Family Planning after the Constitutional Tribunal's Judgment of 22 October 2020, K 1/20 which judgment eliminated the embryopathological grounds for termination of pregnancy.

Podstawy odpowiedzialności karnej za zachowania podjęte względem istoty ludzkiej w okresie prenatalnym – wybrane problemy

Uwagi wprowadzające

Niniejszy artykuł ma na celu ukazanie problematyki przypisania odpowiedzialności karnej za zachowania skierowane przeciwko życiu ludzkiemu, które w czasie czynu podejmowanego przez sprawcę znajdowało się w okresie prenatalnym. Tematyka opracowania stanowi od lat przedmiot sporów w doktrynie prawa karnego i orzecznictwie sądowym, w szczególności z uwagi na możliwość spowodowania przez sprawcę tym samym zachowaniem całkowicie odmiennych skutków na życiu lub zdrowiu pokrzywdzonego podmiotu. Zachowanie sprawcze podjęte względem dziecka poczętego, a zatem jeszcze w okresie ciąży, może bowiem prowadzić do spowodowania śmierci lub uszczerbku na zdrowiu bądź dziecka poczętego, bądź człowieka w rozumieniu przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego¹. Rozważania należy zatem przeprowadzić na kilku płaszczyznach. Z jednej strony wypada uwzględnić, że tak określona grupa stanów faktycznych zasadniczo dzieli się na dwie kategorie, rozgraniczone czasem wystąpienia spowodowanego przez sprawcę skutku przestępnego. Z drugiej zaś, liczne wyłączenia podmiotowe w zakresie możliwości ponoszenia odpowiedzialności karnej za przestępstwa na szkodę dziecka poczętego powodują konieczność odrębnego

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. 1997, nr 88, poz. 553).

rozpatrzenia omawianego zagadnienia przez pryzmat zachowań lekarza oraz kobiety ciężarnej.

W związku z powyższym w pierwszej kolejności dokonano analizy podstaw odpowiedzialności karnej za spowodowanie skutku na życiu lub zdrowiu dziecka poczętego, który nastąpił jeszcze w okresie ciąży, a więc przed uzyskaniem przez nie statusu człowieka w rozumieniu Kodeksu karnego². Rozważania w tym zakresie ograniczono do wyjaśnienia najważniejszych kwestii związanych z charakterystyką typu czynu zabronionego opisanego w art. 157a § 1 k.k. W związku z ujęciem znamienia przedmiotu czynności wykonawczej omawianego typu w postaci „dziecka poczętego”, koniecznym było przedstawienie sporów doktrynalnych na tle zakresu desygnatów tak określonego pojęcia oraz podjęcie próby rozwiązania dylematu w zgodzie z aktualnymi wskazaniem wiedzy medycznej oraz elementarnymi zasadami wykładni systemowej, przy uwzględnieniu ograniczeń wynikających z prawidłowego zastosowania koncepcji obiektywnego przypisania skutku. Omawianą część opracowania domknęły analizy dotyczące zakresu odpowiedzialności karnej lekarza oraz kobiety ciężarnej, przeprowadzone w perspektywie brzmienia art. 157a § 2 i 3 k.k., przewidujących instytucje wyłączające odpowiedzialność karną wymienionych podmiotów. Szczególną uwagę poświęcono konstrukcji przewidzianej w § 2 omawianego przepisu, wyłączającej w pewnych okolicznościach bezprawność zachowania lekarza, której charakterystyka jest przedmiotem sporu w piśmiennictwie karnistycznym.

W drugiej części artykułu dokonano analizy kształtowania się odpowiedzialności karnej w sytuacji, w której zachowanie sprawcze zostało wprowadzie podjęte w czasie, gdy przedmiotem czynności wykonawczej było jeszcze dziecko poczęte, jednak skutek nastąpił już względem człowieka w rozumieniu Kodeksu karnego³. Proces prawnokarnego wartościowania stanów faktycznych, należących do omawianej kategorii

² Chodzi zatem o sytuacje, w których zarówno zachowanie sprawcze, jak i skutek przestępny następują względem dziecka poczętego.

³ Przykładowo, lekarz pomimo zachodzącej konieczności nie zleca przeprowadzenia badań prenatalnych, które pozwoliłyby na wykrycie rozwijającej się u płodu wady serca i przeprowadzenie

zachowań generuje szereg problemów, nierzadko nierozwiązywalnych na gruncie funkcjonującego stanu prawnego. Punkt wyjścia dla rozważań przeprowadzonych w tej części opracowania stanowić będzie problem konieczności (lub jej braku) istnienia przedmiotu czynności wykonawczej w czasie czynu dla przypisania realizacji znamion zarzucanego przestępstwa. Kwestią, która stanowić będzie główny przedmiot dociekań, będzie próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest przypisanie sprawcy odpowiedzialności karnej za skutek na życiu lub zdrowiu człowieka pomimo tego, że w czasie inkryminowanego zachowania tak rozumiany przedmiot czynności wykonawczej jeszcze nie istniał, lecz pojawił się dopiero na etapie wystąpienia skutku. Innymi słowy, czy możliwe jest pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za śmierć lub uszczerbek na zdrowiu człowieka, podczas gdy w czasie czynu sprawca miał do czynienia jedynie z dzieckiem poczętym. W tym kontekście przedstawiono dwie zaproponowane w doktrynie prawa karnego koncepcje, aprobujące (mniej lub bardziej) możliwość przypisania tak rozumianego skutku we wskazanych okolicznościach. Zarówno jednak założenia, jak i rezultaty zastosowania każdej z tych koncepcji są całkowicie odmienne w perspektywie możliwego zakresu przypisania odpowiedzialności karnej. Na gruncie porównania obu propozycji dogmatycznych uwidocznione zostały kolejne wątpliwości, związane z 1) wzajemną relacją normy sankcjonowanej i sankcjonującej, 2) odpowiedzialnością gwaranta za przestępne zaniechanie, czy 3) ryzykiem stosowania wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy, w sprzeczności z zasadą *nullum crimen sine lege certa*. Ich uwzględnienie będzie miało istotne znaczenie dla udzielenia ostatecznej odpowiedzi na pytanie o możliwość, a także zasadność przypisania odpowiedzialności za skutek względem człowieka, pomimo istnienia w czasie podejmowanego czynu jedynie dziecka poczętego. Innymi słowy, pozwoli rozstrzygnąć, czy w takiej sytuacji możliwe będzie pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej za przestępstwo np. nieumyślnego spowodowania śmierci z art. 155 k.k. Powyższe rozważania, podobnie

niezbędnej operacji. Na skutek braku przeprowadzenia badań, a w konsekwencji także zabiegu dziecko umiera jednak dopiero po porodzie.

jak w pierwszej części niniejszego rozdziału, zostały częściowo zogniskowane wokół zagadnienia odpowiedzialności karnej lekarza oraz kobiety ciężarnej. Jednocześnie zasygnalizowano potrzebę częściowych zmian w przepisach chroniących życie i zdrowie ludzkie w rozdziale XIX Kodeksu karnego, celowo nie formułując jednak skonkretyzowanych postulatów *de lege ferenda*, mając na uwadze złożoność problematyki oraz związaną z tym konieczność przeprowadzenia w pierwszej kolejności wnikliwych konsultacji ze środowiskiem akademickim oraz praktyką prawa karnego, jak również samorządem lekarskim.

W końcowej części pracy przedstawiono krytyczną ocenę formułowanych w ostatnich latach propozycji legislacyjnych⁴, przewidujących rażące rozszerzenie zakresu odpowiedzialności karnej za zachowania skierowane przeciwko życiu lub zdrowiu istoty ludzkiej w fazie prenatalnej. Szczególnej krytyce poddano rozwiązania polegające na wprowadzeniu do ustawy karnej możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za zachowania skierowane przeciwko życiu lub zdrowiu dziecka poczętego.

1. Odpowiedzialność karna za uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego.

1.1. Charakterystyka regulacji z art. 157a § 1 k.k. Przedmiot ochrony, znamiona przedmiotowe i podmiotowe.

Prawnokarna ochrona dziecka poczętego została przez ustawodawcę przewidziana w przepisach art. 152, 153 oraz 157a k.k. Jak

⁴ Zob. Informacja o działalności Rzecznika Praw Dziecka w 2019 roku oraz uwagi o stanie przestrzegania praw dziecka w Polsce, www.brpd.gov.pl/sprawozdania-z-dzialalnosci/ [dostęp na dzień 13.11.2021] oraz Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 września 2021 r., druk nr 1693, dostęp na www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1693, [dostęp na dzień 13.11.2021].

wspomniano na wstępie niniejszego rozdziału, rozważania w tym zakresie zostaną ograniczone jedynie do analizy uregulowania z art. 157a k.k.

Art. 157a k.k.⁵ został wprowadzony do polskiego porządku prawnego na podstawie ustawy z dnia 8 lipca 1999 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza⁶. Przedmiot ochrony omawianego przepisu nie jest w doktrynie interpretowany w sposób jednolity⁷. Najbardziej przekonuje stanowisko, wskazujące art. 157a k.k. jako instrument służący ochronie życia i zdrowia dziecka poczętego⁸. Nie wydaje się zasadnym wyodrębnianie dalszych przedmiotów ochrony, takich jak chociażby nietykalność cielesna⁹, w swej istocie nierozzerwalnie związana ze

⁵ Art. 157a. § 1. Kto powoduje uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

⁶ 2. Nie popełnia przestępstwa lekarz, jeżeli uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego są następstwem działań leczniczych, koniecznych dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego.

⁷ 3. Nie podlega karze matka dziecka poczętego, która dopuszcza się czynu określonego w § 1.

⁸ Ustawa z dnia 8 lipca 1999 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza (Dz. U. Nr 64, poz. 729).

⁹ Przedmiot ochrony art. 157a k.k. interpretuje się w doktrynie jako: 1) zdrowie dziecka poczętego (tak O. Sitarz, Uszkodzenie ciała dziecka poczętego [w:] System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, E. Zielińska, Warszawa 2021, s. 663; M. Szwarczyk [w:] Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, art. 157(a)); 2) zdrowie i życie dziecka poczętego (tak J. Giezek [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, red. D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Warszawa 2014, art. 157(a); A. Zoll [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, art. 157(a)); jak również 3) zdrowie, życie i integralność cielesną dziecka poczętego (tak M. Budyn-Kulik [w:] Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2021, art. 157(a); V. Konarska-Wrzošek [w:] Kodeks karny. Komentarz, wyd. III, red. A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020, art. 157(a)). Błędnie jako przedmiot ochrony L. Tyszkiewicz wskazuje samo dziecko poczęte, będące w rzeczywistości należącym do znamion omawianego typu przedmiotem czynności wykonawczej, zob. L. Tyszkiewicz [w:] Kodeks karny. Komentarz, wyd. V, red. M. Filar, Warszawa 2016, art. 157(a).

⁸ J. Giezek [w:] Kodeks karny..., art. 157(a); A. Zoll [w:] Kodeks karny. Część szczególna..., art. 157(a).

⁹ Tak M. Budyn-Kulik [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a); V. Konarska-Wrzošek [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a).

swobodą dysponowania przez pokrzywdzonego własnym ciałem¹⁰, do której przecież dziecko poczęte z oczywistych względów nie jest zdolne.

Występek z art. 157a k.k., popełniony w formie działania, należy do kategorii przestępstw powszechnych. Z kolei w formie zaniechania może być on popełniony jedynie przez osobę, na której ciążył prawny, szczególnie obowiązek niedopuszczenia do skutku w postaci uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia dziecka poczętego, zagrażającego jego życiu¹¹. W tej formie jest to zatem przestępstwo indywidualne. Podmiotem czynu zabronionego może być także matka dziecka poczętego – jej zachowanie, stanowiące realizację znamion omawianego typu będzie stanowić zachowanie bezprawne, lecz niekaralne¹², z uwagi na zawartą w art. 157a § 3 k.k. klauzulę bezkarności. Na pozór powyższe rozwiązanie może wydawać się spójne systemowo z przewidzianym w Kodeksie karnym, konsekwentnym założeniem wyłączenia odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za przerwanie ciąży. Jednakże, na gruncie typów aborcyjnych, zachowanie kobiety ciężarnej – w przeciwieństwie do czynu opisanego w art. 157a § 1 k.k. – w ogóle nie stanowi przestępstwa. W doktrynie wskazuje się, że instytucja przewidująca jedynie wyłączenie karalności czynu matki dziecka poczętego, wypełniającego znamiona art. 157a § 1 k.k., celowo stanowi pewną odrębność, podkreślającą naganność zachowania matki, umyślnie powodującej uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia swojego dziecka¹³. Powyższe wyjaśnienie nie wydaje się jednak do końca przekonujące, o czym będzie mowa w dalszej części rozdziału, poświęconej przewidzianym w art. 157a § 2 i 3 k.k. instytucjom wyłączającym odpowiedzialność karną.

¹⁰ J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1935 r., s. 336. Na podobny aspekt rozumienia integralności cielesnej wskazał chociażby Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 9 sierpnia 2012 r., sygn. II AKa 137/12: „Naruszeniem nietykalności cielesnej są wszystkie czynności oddziałujące na ciało innej osoby, które nie są przez nią akceptowane”.

¹¹ V. Konarska-Wrzošek [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a).

¹² Por. A. Zoll [w:] Kodeks karny. Część szczególna... art. 157(a).

¹³ O. Sitarz, Uszkodzenie ciała dziecka..., s. 666.

Znamie czynności sprawczej omawianego typu zostało ujęte jako „powodowanie” uszkodzenia ciała dziecka poczętego lub rozstroju zdrowia zagrażającego jego życiu, które w świetle obowiązujących reguł obiektywnego przypisania skutku należy interpretować jako każde zachowanie, które stworzyło lub znacząco zwiększyło społecznie nieakceptowalny stopień ryzyka dla chronionego dobra prawnego, jakim na gruncie art. 157a § 1 k.k. jest życie i zdrowie dziecka poczętego¹⁴, które urzeczywistniło się w opisanym w treści przepisu skutku przestępnym. Komentowane przestępstwo ma zatem charakter materialny. Skutek został wskazany alternatywnie jako 1) uszkodzenie ciała lub 2) rozstrój zdrowia dziecka poczętego, zagrażający jego życiu. W doktrynie powszechnie przyjmuje się, że znamie „zagrażający życiu” charakteryzuje jedynie skutek w postaci rozstroju zdrowia¹⁵. W przypadku zaś uszkodzenia ciała dziecka poczętego chodzi o spowodowanie jakiegokolwiek uszkodzenia, o ile zachodzą przesłanki przypisania sprawcy tak rozumianego skutku¹⁶.

Najwięcej kontrowersji wzbudza sposób ujęcia przez ustawodawcę znamienia przedmiotu czynności wykonawczej, którym na gruncie art. 157a § 1 k.k. jest „dziecko poczęte”. Wymienione znamie generuje zasadnicze wątpliwości, związane z wyznaczeniem zakresu jego desygnatów. W perspektywie odpowiedzialności za występki opisany w art. 157a § 1 k.k., kluczowa jest zarówno prawidłowa demarkacja początkowego, jak i końcowego momentu istnienia „dziecka poczętego”. Powstaje zatem konieczność wyznaczenia swoistego kryterium delimitacyjnego, określającego wzajemną relację używanych przez ustawodawcę pojęć: zarodek – dziecko poczęte – człowiek.

Z wyznaczeniem początkowego momentu istnienia dziecka poczętego w rozumieniu art. 157a § 1 k.k. wiąże się przede wszystkim odpowiedź na pytanie, czy omawiana regulacja stanowi narzędzie prawnokarnej represji

¹⁴ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 2000 r., sygn. IV KKN 509/98.

¹⁵ Zob. chociażby V. Konarska-Wrzošek [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a); L. Tyszkiewicz [w:] Kodeks karny..., art. 157(a); A. Zoll [w:] Kodeks karny. Część szczególna... art. 157(a).

¹⁶ Por. M. Budyn-Kulik [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a).

również za zachowania, popełnione na szkodę zarodków ludzkich¹⁷. W wypadku odpowiedzi twierdzącej, koniecznym jest rozważenie, czy chodzi jedynie o zarodki *in vivo* (wewnątrz organizmu kobiety ciężarnej), czy także zarodki *ex vivo* (pozaustrojowe, np. przechowywane w ramach procedury *in vitro*). Ponadto sporna w doktrynie jest kwestia, czy art. 157a § 1 k.k. dotyczy zarodków od momentu zapłodnienia, czy dopiero od chwili zagnieżdżenia w macicy. Zwolennicy tezy wskazującej art. 157a § 1 k.k. także jako instrument ochrony zarodków znajdujących się poza organizmem kobiety, uzasadniają swe przekonanie głównie przez odwołanie do słownikowych definicji „poczęcia”, które zrównują je z „zapłodnieniem”¹⁸, posiłkując się jednocześnie orzecznictwem międzynarodowym i europejskim¹⁹. Z kolei przeciwnicy takiej wykładni wskazują na jej systemową sprzeczność z założeniem, zgodnie z którym kompleksowa ochrona zarodków ludzkich została przewidziana w przepisach ustawy o leczeniu niepłodności²⁰. Wskazani autorzy upatrują jednocześnie celu art. 157a § 1 k.k. w ochronie niezakłóconego przebiegu ciąży²¹. Wskazują jednak przede wszystkim na względy natury pragmatycznej, związane z brakiem realnej możliwości zastosowania kryteriów przypisania opisanego w

¹⁷ W znaczeniu nawiązującym do treści art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n., z tym że chodzi zarówno o zarodki powstałe pozaustrojowo (np. w procedurze *in vitro*), jak również *in utero*.

¹⁸ Tak M. Gałązka, *Prawnokarna ochrona ludzkiego embrionu in vitro*, „Prok. i Prawo” 5/ 2007, s. 26-30.

¹⁹ Tak A. Zoll, który na poparcie aprobowanego przez M. Gałązkę stanowiska, użyte w art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy 98/44/WE z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych pojęcie „embrionu ludzkiego” zestawia z „dzieckiem poczętym” w rozumieniu polskiego Kodeksu karnego. Autor wskazuje przy tym na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 października 2011 r. (C-34/10), w którym embrion ludzki zdefiniowano jako „każdą ludzką komórkę jajową, począwszy od stadium jej zapłodnienia, każdą niezapłodnioną komórkę jajową, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej oraz każdą niezapłodnioną ludzką komórkę jajową, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy” i uznano, że przysługuje mu godność człowieka, co zdaniem autora stanowi dodatkowy argument za zasadnością rozszerzonego zastosowania art. 157a k.k. także do zarodków *ex vivo*; A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczegółowa...* art. 157(a).

²⁰ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz. U. 2015 poz. 1087). Co do argumentu ze sprzeczności por. uwagi O. Sitarz, *Uszkodzenie ciała dziecka...*, s. 663-664.

²¹ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 231-232.

art. 157a § 1 k.k. skutku, przy posłużeniu się nieuchwytnym w praktyce momentem zapłodnienia. Proponują tym samym wyznaczenie początkowego momentu istnienia „dziecka poczętego” na chwilę zagnieżdżenia zarodka w macicy (implantacji)²².

Nie ignorując argumentów za rozszerzoną wykładnią znamienia „dziecka poczętego”, związanych w szczególności z koniecznością zapewnienia realizacji zasady określoności przepisów prawa karnego, z której wynika szczególny nacisk na ich warstwę językową, należy jednak przychylić się do poglądu wyłączającego zarodki *ex vivo*, jak również zarodki *in vivo* przed momentem implantacji z zakresu desygnatów omawianego pojęcia. Innymi słowy, za linię demarkacyjną, wyznaczającą początkowy moment zaistnienia „dziecka poczętego” w rozumieniu Kodeksu karnego należy uznać chwilę zagnieżdżenia zarodka w macicy kobiety, definiowaną także jako początek ciąży. Szczegółowe uzasadnienie aprobowanego wyżej ujęcia przekracza ramy niniejszego opracowania. Należy jednak wskazać, że adekwatność takiego rozwiązania przejawia się na kilku zasadniczych płaszczyznach, które syntetycznie można określić jako:

1) konieczność uwzględnienia wymogów natury systemowej, wynikających z zestawienia właściwych przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego z przepisami ustawy o leczeniu niepłodności,

2) zgodność z aktualnym stanem wiedzy medycznej,
jak również

3) adekwatność w stosunku do powszechnie stosowanych reguł obiektywnego przypisania skutku przestępnego, które wykluczają przyjęcie realizacji znamion art. 157a § 1 k.k. przed momentem biologicznie rozumianej ciąży.

Słusznie wskazuje się, że względy natury systemowej nakazują przyjęcie rozłącznego zakresu użytych przez ustawodawcę pojęć „zarodek”,

²² Zob. V. Konarska-Wrzosek [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a); E. Zielińska, [w:] Prawne problemy ludzkiej prokreacji, red. W. Lang, Toruń 2002, s. 266–267.

którego definicję legalną zawiera art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n.²³ oraz „dziecko poczęte”, używanego w Kodeksie karnym. Wskazanie w art. 2 ust. 1 pkt 28 u.l.n. końcowego momentu definicyjnego „zarodka” jako „chwilę zagnieżdżenia się w śluzówce macicy” powoduje utratę przez tak rozwiniętą istotę ludzką ochrony przewidzianej w przepisach ustawy o leczeniu niepłodności i wyznacza jednocześnie początkowy moment przyznania ochrony, przewidzianej dla „dziecka poczętego” przez przepisy Kodeksu karnego. Analizowana definicja zarodka, w której ustawodawca nieprzypadkowo odwołuje się do terminologii medycznej, nie pozostawia żadnego pola do interpretacji w zakresie ram czasowych jego istnienia. Przyjęcie tezy o rozłącznym charakterze pojęć „zarodek” i „dziecko poczęte” prowadzi do stwierdzenia, że przedmiotem czynności wykonawczej z art. 157a § 1 k.k. nie może być zarodek *ex vivo*, ale także zarodek *in vivo*, przed momentem zagnieżdżenia w śluzówce macicy. Innymi słowy, regulacja z art. 157a § 1 k.k. nie znajduje zastosowania do zarodka powstałego w procedurze *in vitro*, ani w okresie przed przeniesieniem do organizmu kobiety, ani po takim przeniesieniu, lecz jeszcze przed zagnieżdżeniem w śluzówce macicy. Ochroną na gruncie omawianego przepisu nie będzie również objęty zarodek powstały *in utero*, do chwili zakończenia procesu zapłodnienia (zagnieżdżenia w śluzówce macicy)²⁴. Takie rozumowanie jest w pełni zasadne w świetle wskazań wynikających z aktualnego stanu wiedzy medycznej i ich wpływu na możliwość poprawnego zastosowania reguł obiektywnego przypisania skutku²⁵. Większość bowiem zarodków, nie tylko powstałych pozaustrojowo, ale również gdy do zapłodnienia

²³ Według definicji ustawowej zarodek oznacza grupę komórek powstałą wskutek pozaustrojowego połączenia się żeńskiej i męskiej komórki rozrodczej, od zakończenia procesu zlewania się jąder komórek rozrodczych (kariogamia) do chwili zagnieżdżenia się w śluzówce macicy.

²⁴ Por. E. Plebanek, *Ochrona zarodka in vitro* [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, E. Zielińska, Warszawa 2021, s. 697.

²⁵ Na temat reguł obiektywnego przypisania skutku zob. chociażby M. Bielski, *Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, t. II, Warszawa 2012, s. 503–528, a także M. Malecki, *Z problematyki obiektywnego przypisania skutku (przypadek płonącego anioła)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2/2013, s. 43-75.

doszło w organizmie kobiety, nigdy nie rozwinie się w kierunku ciąży, na co wpływ mają zarówno czynniki naturalne, jak i patologiczne²⁶. Zasadnie wskazuje E. Plebanek, że: „Zarówno w przypadku zapłodnienia *in vitro*, jak i *in utero* na etapie procesu zapłodnienia, a także na etapie wczesnej ciąży nie ma możliwości jednoznacznego ustalenia, z jakiej przyczyny nie doszło do pozytywnego zakończenia procesu zapłodnienia czy też poronienia, co skutecznie wyklucza wykazanie, że ze strony potencjalnego sprawcy doszło do zachowania stanowiącego atak na życie lub zdrowie „dziecka poczętego” pod postacią zapłodnionej komórki jajowej²⁷”.

Nie mniej kontrowersji wzbudza wyznaczenie końcowego zakresu definicji „dziecka poczętego”, związanego z relacją tak ujętego przedmiotu czynności wykonawczej do innych pojęć rozdziału XIX Kodeksu karnego, takich jak: „człowiek”, czy „dziecko w okresie porodu”. Dla interpretacji cezury końcowej znamienia „dziecka poczętego”, niezwykle istotnym jest orzecznictwo Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 26 października 2006 r. stwierdził, że: „Przedmiotem ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. jest życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodu), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – od podjęcia czynności zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu²⁸. Konkretyzacja, a jednocześnie poszerzenie ochrony prawnokarnej, przynależnej „człowiekowi” na gruncie przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego została dokonana postanowieniem SN z dnia 30 października 2008 r., gdzie stwierdzono, że: „Pełna prawnokarna ochrona zdrowia i życia przysługuje dziecku nienarodzonemu (...) w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności²⁹. Dokonana przez Sąd Najwyższy interpretacja „człowieka” w rozumieniu Kodeksu karnego w konsekwencji delimitowała

²⁶ Zob. E. Young, Second opinion, to be or not to be, „Stanford Medicine Magazine” 2004.

²⁷ E. Plebanek, Ochrona zarodka..., s. 695.

²⁸ Uchwała SN z dnia 26 października 2006 r., I KZP 18/06.

²⁹ Postanowienie SN z dnia 30 października 2008 r., I KZP 13/08.

także zbiór desygnatów użytego w art. 157a § 1 k.k. znamienia „dziecka poczętego”, bowiem pojęcia te pozostają ze sobą w stosunku wykluczającym. Nie tracąc z pola widzenia mankamentów przyjętego przez Sąd Najwyższy rozwiązania³⁰, należy zatem za E. Plebanek wskazać, że de lege lata z dzieckiem poczętym w rozumieniu art. 157a § 1 k.k. mamy do czynienia do chwili, w której „(...) dziecko poczęte, posiadające zdolność do autonomicznego podjęcia podstawowych funkcji życiowych, chociażby przy udziale urządzeń medycznych, ale nie za pośrednictwem matczynego organizmu, rozpoczyna proces emancypowania się z organizmu kobiety lub pojawia się medyczna konieczność przedterminowego oddzielenia go od organizmu kobiety z uwagi na brak warunków do dalszego niezakłóconego rozwoju”³¹.

Poczynione w tej części opracowania uwagi, odnoszące się do kwestii prawidłowego wyznaczenia zbioru desygnatów pojęcia „dziecka poczętego”, mają nie tylko walor interpretacyjny w kontekście analizy znamion art. 157a § 1 k.k. Stanowiąc będą także asumpt do podjęcia rozważań, dotyczących możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu człowieka w odniesieniu do zachowań podjętych w czasie, gdy tak rozumiany przedmiot czynności wykonawczej jeszcze nie istniał. Trudno bowiem byłoby dokonać rzetelnej analizy w tym zakresie bez chociażby fragmentarycznego wyjaśnienia istniejących w doktrynie rozbieżności definicyjnych na gruncie pojęć: zarodek – dziecko poczęte – człowiek.

Analizę znamion podmiotowych typu czynu zabronionego, opisanego w art. 157a § 1 k.k. należy rozpocząć od wskazania, że występek ten ma charakter umyślny – może być zatem popełniony zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar sprawcy musi przejawiać się przynajmniej w przewidywaniu możliwości spowodowania uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia dziecka poczętego zagrażającego jego życiu,

³⁰ Wyczerpująco na ten temat pisze O. Sitarz, *Bezprawne przerwanie...*

³¹ E. Plebanek, *Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych)*, „CPKiNP” 4/2016, s. 18.

jednak konkretna postać zamierzonego skutku nie musi znaleźć precyzyjnego odbicia w jego świadomości³². Decyzja ustawodawcy o rezygnacji z ochrony dziecka poczętego w perspektywie odpowiedzialności za zachowania nieumyślne spotkała się z krytyką w literaturze przedmiotu³³. Niezależnie od oceny zasadności takiego ograniczenia, słusznie wskazuje się, że z uwagi na charakterystykę czynów skutkujących uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia dziecka poczętego, mającą co do zasady postać nieumyślną, ochrona przewidziana w art. 157a § 1 k.k. ma tak naprawdę charakter pozorny³⁴. Taka konstatacja jest tym bardziej oczywista w perspektywie uwolnienia od odpowiedzialności karnej pewnych kategorii osób, przewidzianych w § 2 i 3 omawianego przepisu. W istocie rzeczy, jako że umyślne zachowania lekarza, pozostające poza zakresem wyłączenia z § 2 w rzeczywistości niemal nie mają miejsca, a skierowane przeciwko dziecku poczętemu czyny kobiety ciężarnej nie podlegają karze, rzeczywisty zakres zastosowania art. 157a § 1 k.k. przedstawia się wyjątkowo ubogo. Prawnokarnemu wartościowaniu podlegać będą w praktyce jedynie umyślne zachowania osób trzecich, całkowicie niezwiązanych z procesem monitorowania i leczenia płodu w trakcie ciąży. Dodatkowe ograniczenie zakresu zastosowania omawianego przepisu wynika z podstawowych zasad przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwa materialne, bowiem wywołany przez sprawcę skutek (pojmowany w sposób rodzajowy jako uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego, a nie jako konkretny, zindywidualizowany fragment rzeczywistości) musi znajdować w czasie czynu odbicie w jego świadomości. Innymi słowy, sprawcę dokonującego np. kopnięcia kobiety ciężarnej w brzuch, które wywołało skutek opisany w art. 157a § 1 k.k. będzie można pociągnąć do odpowiedzialności karnej tylko w razie wykazania, że w czasie czynu był świadomy istnienia ciąży, bądź też gdy na podstawie obiektywnych, ocenianych *ex ante* okoliczności sprawy będzie możliwe

³² J. Giezek [w:] Kodeks karny. Część szczególna..., art. 157 (a).

³³ R. Krajewski, Przestępstwo uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia dziecka poczętego, „Prok. i Prawo” 6/2007, s. 16; A. Marek [w:] Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 323.

³⁴ Tak V. Konarska-Wrzošek [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a).

uznanie, że sprawca powinien być świadomy takiego stanu kobiety ciężarnej. Nie trzeba zatem wyjaśniać, że zachowania opisane w art. 157a § 1 k.k., podjęte względem dziecka poczętego w początkowym okresie ciąży, w większości przypadków pozostaną bezkarne, chociażby z uwagi na niedostatki dowodowe, związane z brakiem możliwości wykazania sprawcy świadomości istnienia ciąży, a tym samym przedmiotu czynności wykonawczej, jakim jest dziecko poczęte. W istocie rzeczy, w początkowym okresie ciąży przypisanie odpowiedzialności karnej z art. 157a § 1 k.k. możliwe będzie w stosunku do bardzo wąskiej grupy osób, takich jak najbliżsi członkowie rodziny lub partner kobiety ciężarnej, co do których będzie możliwe dowodowe wykazanie, iż posiadali informację o ciąży. Natomiast nawet w stosunku do czynów dokonanych na dalszym etapie ciąży, (pozwalającym na obiektywne przyjęcie jej rozpoznawalności przez sprawcę) konieczne jest jeszcze wykazanie, że sprawca miał przynajmniej zamiar ewentualny uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia, zagrażającego życiu dziecka poczętego. Powyższe wydaje się zadaniem nadzwyczaj trudnym dowodowo. Mając zatem na względzie okoliczność, iż zakres ochrony (szczególnie prawnokarnej) przyznanej istocie ludzkiej na etapie prenatalnym i postnatalnym nie musi, a nawet nie powinien być tożsamy³⁵, być może należałoby rozważyć podnoszone w doktrynie postulaty, proponujące utworzenie w treści art. 157a k.k. osobnego typu nieumyślnego³⁶.

³⁵ Taka konkluzja wynika nie tylko z prostego porównania wysokości ustawowego zagrożenia karą za przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu istoty ludzkiej w okresie prenatalnym i postnatalnym, ale również z analizy prawodawstwa i orzecznictwa unijnego i europejskiego, zezwalającego państwom na dużą swobodę w zakresie kształtowania zakresu ochrony życia w fazie prenatalnej. W tym zakresie zob. krótkie zestawienie właściwych regulacji i orzeczeń unijnych oraz europejskich w T. Dukiet-Nagórska, O. Sitarz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu istoty ludzkiej w prenatalnej fazie rozwoju* [w:] *System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, E. Zielińska, Warszawa 2021.

³⁶ Zob. R. Krajewski, *Przestępstwo uszkodzenia ciała...*, s. 16; A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 323.

2. Zakres odpowiedzialności karnej lekarza oraz kobiety ciężarnej przez przyzmat instytucji z art. 157a § 2 i 3 k.k.

W art. 157a k.k. ustawodawca przewidział dwie instytucje, wyłączające możliwość przypisania odpowiedzialności karnej. Zgodnie z treścią § 2 analizowanego przepisu: „Nie popełnia przestępstwa lekarz, jeżeli uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego są następstwem działań leczniczych, koniecznych dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego”. W literaturze nie jest do końca wyjaśniony charakter niniejszego uregulowania. Komentatorzy są zgodni, że art. 157a § 2 k.k. odnosi się do kwestii bezprawności zachowania lekarza, jednak odmiennie charakteryzując tę instytucję jako: kontratyp zbliżony do stanu wyższej konieczności³⁷, wyodrębniony przez ustawodawcę kontratyp kolizji obowiązków³⁸, czy wreszcie okoliczność uzasadniającą uznanie opisanej kategorii zachowań za pierwotnie legalne³⁹.

W kontekście ostatniego z sygnalizowanych w tym zakresie poglądów należy wskazać, że stwierdzenie, iż zachowanie nie stanowi naruszenia zakazu lub nakazu, wyrażonego w normie sankcjonowanej, a zatem jest pierwotnie legalne, możliwe jest tylko w razie spełnienia co najmniej jednego z dwóch warunków:

- czyn nie był skierowany przeciwko dobru prawnemu
- nie doszło do naruszenia reguły postępowania z dobrem prawnie chronionym⁴⁰.

Niewątpliwie, w warunkach opisanych w art. 157a § 2 k.k., obejmujących działania lecznicze, skutkujące uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia dziecka poczętego, każdorazowo czyn lekarza będzie naruszał

³⁷ A. Zoll [w:] Kodeks karny. Część szczególna... art. 157(a); A. Marek [w:] Kodeks karny. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2010, art. 157(a); M. Królikowski [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Tom I, Komentarz. Art. 117-221, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 328

³⁸ M. Budyn-Kulik [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a).

³⁹ Tak V. Konarska-Wrzošek [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a).

⁴⁰ Por. W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2013, s. 171-172.

dobro prawne w postaci zdrowia/życia dziecka poczętego. Wydaje się zatem, że autorka krytykowanego poglądu wywiodła pierwotnie legalizujący charakter instytucji z § 2, dostrzegając brak naruszenia reguł postępowania przez tak ujęte zachowanie lekarza. Pierwotna legalność nie jest jednak charakterystyką, które zachowanie zyskuje poprzez odwołanie do jakiegokolwiek szczególnej konstrukcji prawnokarnej, przewidzianej w ustawie. Zabieg polegający na wyłączeniu bezprawności pewnej kategorii zachowań w drodze przepisu ustawy ma charakter wtórnie, a nie pierwotnie legalizujący. W rzeczywistości zatem zachowania nienaruszające obowiązujących *ex ante* reguł postępowania z dobrem nie wymagają odwołania do konstrukcji przewidzianej w art. 157a § 2 k.k. Takie zachowania pozostają poza zakresem zastosowania analizowanej regulacji. Sytuacje, które jako jedyne zawierają się w znamionach kontratypu z § 2, to zachowania lekarza, które przekroczyły stopień akceptowalnego społecznie ryzyka dla dobra (naruszały reguły postępowania), które można jednocześnie uznać za konieczne dla uchylenia niebezpieczeństwa, grożącego życiu lub zdrowiu matki albo dziecka poczętego. Jedyna rzeczywista trudność interpretacyjna na gruncie brzmienia art. 157a § 2 k.k. dotyczy w gruncie rzeczy znamienia „konieczności” podejmowanych przez lekarza działań leczniczych. Nie można bowiem art. 157a § 2 k.k. odczytywać jako regulacji całkowicie zwalniającej lekarza z odpowiedzialności karnej, niezależnie od tego, w jak wysokim stopniu sprzeczne z regułami sztuki lekarskiej było jego zachowanie, podjęte dla uchylenia niebezpieczeństwa, grożącego matce lub dziecku poczętemu. Klucz do prawidłowej oceny, w jakim stopniu zachowanie lekarza może te reguły w danych okolicznościach naruszać, stanowi znamie „konieczności” jego działań, badane przez organ procesowy *in concreto*, w praktyce na podstawie opinii biegłego. Należy zatem stwierdzić, że poza zakresem zastosowania komentowanego przepisu znajdują się również zachowania lekarza, które naruszają reguły sztuki lekarskiej (reguły postępowania z dobrem) w stopniu wyższym niż konieczny dla uchylenia niebezpieczeństwa, grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego. Takie zachowania pozostaną zachowaniami bezprawnymi, podlegającymi dalszej prawnokarnej ocenie.

Omawiana regulacja z pewnością statuuje zatem okoliczność wyłączającą bezprawność czynu lekarza. Wydaje się, że ma ona charakter mieszany – posiada bowiem zarówno pewne cechy stanu wyższej konieczności⁴¹, jak również kolizji obowiązków⁴². Wbrew zatem wypowiedziom części przedstawicieli doktryny, nie obejmuje ona w żadnym wypadku zachowań pierwotnie legalnych. Jak bowiem wcześniej wspomniano, zachowania lekarza, które w ogóle nie naruszają reguł postępowania z prawnie chronionym dobrem, nie wymagają usprawiedliwienia poprzez odwołanie do jakichkolwiek, szczególnych konstrukcji prawnych, zawartych w przepisach części szczególnej Kodeksu karnego⁴³. Upraszczając analizowane zagadnienie, normatywną treść art. 157a § 2 k.k. można dekodować jako: „Nie popełnia przestępstwa lekarz, jeżeli uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego są następstwem działań leczniczych, naruszających reguły sztuki lekarskiej (reguły postępowania z dobrem) w stopniu koniecznym dla uchylenia niebezpieczeństwa grożącego zdrowiu lub życiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego”. Nie można zatem zgodzić się z M. Królikowskim, który słusznie co prawda identyfikuje badaną instytucję jako kontratyp, lecz jednocześnie do wymogów wtórnej legalizacji czynu, przewidzianych w treści art. 157a § 2 k.k. zalicza: „zachowanie lekarza polegające na koniecznej w określonych okolicznościach czynności leczniczej, gdy potrzeba i sposób przeprowadzenia czynności jest zgodny ze sztuką medyczną”⁴⁴. Zachowanie lekarza zgodne z zasadami sztuki medycznej w ogóle nie narusza przecież normy sankcjonowanej, wyrażonej w art. 157a § 1 k.k. i jest pierwotnie legalne. W odniesieniu do czynności leczniczych podejmowanych przez lekarza, między regułami sztuki medycznej a regułami postępowania z dobrem należy w istocie postawić znak równości. Reguły postępowania z dobrem prawnym są bowiem wyrazem sumy wiedzy i doświadczenia, jaką

⁴¹ A. Zoll [w:] Kodeks karny. Część szczególna... art. 157(a).

⁴² M. Budyn-Kulik [w:] Kodeks karny. Komentarz..., art. 157(a).

⁴³ Por. W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2013, s. 174.

⁴⁴ M. Królikowski [w:] Kodeks karny. Część szczególna..., s. 328

ludzie dysponują w danej dziedzinie⁴⁵. Jak zauważa T. Sroka: „W pewnych dziedzinach życia w ogóle nie ma możliwości ujęcia reguł ostrożności w sposób konkretny, a możliwe jest określenie jedynie reguł tzw. wskaźnikowych. W związku z tym, reguły postępowania z dobrem prawnym bardzo często są nieskodyfikowane, stanowiąc jedynie podstawę doprecyzowania nakazu lub zakazu wynikającego z normy sankcjonowanej, a często nie stanowią nawet norm prawnych⁴⁶”. W literaturze wskazuje się, że do wyżej wspomnianych, nieskodyfikowanych reguł postępowania zalicza się m.in. zasady sztuki obowiązujące w medycynie⁴⁷. Ustalenie zatem zgodności zachowania lekarza z regułami sztuki medycznej (w praktyce oznaczającymi reguły postępowania z dobrem prawnym) wyklucza możliwość jego wartościowania pod kątem kontratypu z art. 157a § 2 k.k., w związku z pierwotną legalnością takiego czynu.

Prima facie ocena zasadności regulacji z art. 157a § 2 k.k. może generować pewne trudności. Z jednej strony może się wydawać, że efekt wyłączenia bezprawności opisanych w analizowanym przepisie zachowań lekarza można by osiągnąć poprzez zastosowanie ogólnej konstrukcji stanu wyższej konieczności z art. 26 § 1 i 2 k.k. oraz kolizji obowiązków z art. 26 § 5 k.k., bez potrzeby wprowadzania do ustawy karnej regulacji szczegółowych. W literaturze wskazuje się bowiem, że zastosowanie art. 157a § 2 k.k. wymaga m.in.: 1) działania lekarza w celu uchylenia niebezpieczeństwa⁴⁸, a 2) poświęcenie zdrowia dziecka poczętego musi okazać się jedynym sposobem uratowania jego życia lub zdrowia albo kobiety ciężarnej⁴⁹. Są to zatem immanentne przesłanki stanu wyższej konieczności, zawarte w znamieniu „konieczności” działań leczniczych z art. 157a § 2 k.k. Analizowana regulacja zawiera jednak pewną istotną odrębność

⁴⁵ K. Buchała, *Bezprawność przestępstw nieumyślnych i wyłączające ją dozwolone ryzyko*, Warszawa 1971, s. 122.

⁴⁶ T. Sroka, *Naruszenie zasad udzielania świadczeń zdrowotnych jako podstawa przypisania skutku [w:] tegoż, Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 378.

⁴⁷ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 33.

⁴⁸ A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna...* art. 157(a).

⁴⁹ J. Giezek [w:] *Kodeks karny. Część szczególna...*, art. 157 (a).

względem instytucji z art. 26 k.k., bowiem dla swego zastosowania nie przewiduje wystąpienia „bezpośredniości” stanu niebezpieczeństwa, którego odwrócenie ma być celem podejmowanych przez lekarza działań. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że niebezpieczeństwo bezpośrednio to „(...) takie, które grozi określonemu dobru natychmiast, a więc zagraża tak, że wszelka zwłoka w podjęciu czynności ratowniczych mogłaby czynić je bezprzedmiotowymi, względnie, że naruszenie dobra nie musi nastąpić natychmiast, ale ma charakter nieuchronny, a wstrzymanie się od czynności ratowniczych mogłoby powiększyć rozmiar grożącej szkody lub utrudnić zapobieżenie jej”⁵⁰. Z kolei zdaniem J. Giezka, niebezpieczeństwo na gruncie art. 26 k.k. musi zagrażać dobru aktualnie, a więc jeszcze przed podjęciem działań zmierzających do jego uchylenia, nie zaś dopiero w przyszłości⁵¹. Wobec braku tożsamego określenia w zestawie znamion art. 157a § 2 k.k., odpowiedzialność karna lekarza, działającego w warunkach przewidzianych w treści analizowanego przepisu jest wyłączona także wtedy, gdy niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego w czasie czynu jeszcze nie istniało, lecz z wysokim stopniem prawdopodobieństwa nastąpiłoby w przypadku niepodjęcia odpowiednich działań leczniczych. Niebezpieczeństwo to nie musi być zatem ani aktualne, ani nawet nieuchronne w odniesieniu do przyszłości – wystarczy, że będzie w wysokim stopniu prawdopodobne. Tak interpretowana treść art. 157a § 2 k.k. zdradza rzeczywisty sens wprowadzenia analizowanej regulacji do Kodeksu karnego. W praktyce pozwala on bowiem lekarzowi na dokonanie niezbędnych czynności leczniczych dla ratowania życia lub zdrowia przede wszystkim kobiety ciężarnej, łączących się z ryzykiem wywołania uszczerbku lub rozstroju zdrowia dziecka poczętego, w każdej sytuacji obiektywnie niebezpiecznej dla kobiety, o ile tylko działania podjęte przez lekarza będą „konieczne”. Jest to rozwiązanie adekwatne z uwagi na, z jednej strony, różnorodność zagrażających życiu lub zdrowiu kobiety ciężarnej sytuacji

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 30 maja 1973 r., III KR 6/73.

⁵¹ J. Giezek [w:] Kodeks karny. Część szczególna..., art. 157 (a).

w okresie ciąży, z drugiej zaś, w obliczu związania losów matki (w tym jej życia i zdrowia) z rozwijającym się w jej organizmie dzieckiem poczętym. Ponadto, ujęcie art. 157a § 2 k.k. stanowi swego rodzaju gwarancję dla lekarza, dzięki której nie musi on samodzielnie „ważyć” dóbr w sytuacji zagrażającej życiu lub zdrowiu kobiety ciężarnej albo dziecka poczętego, gdzie jego działanie może skutkować wywołaniem niekorzystnych następstw na zdrowiu dziecka poczętego. Zachodzącą kolizję w sposób konkretny rozstrzygnął bowiem za niego ustawodawca. Takiego komfortu z perspektywy sytuacji lekarza nie zapewnia stan wyższej konieczności z art. 26 k.k., odnoszący się do stosunku wartości dobra poświęcanego i ratowanego, który rozstrzygnąć musi najpierw potencjalny sprawca – lekarz, a następnie ewentualnie organy ścigania. Art. 157a § 2 k.k. kwestię tę rozstrzyga w sposób bezpośredni, zapewne celem uniknięcia tzw. efektu mrożącego (ang. chilling effect)⁵² przy podejmowaniu przez lekarzy działań ratunkowych względem kobiety ciężarnej lub dziecka poczętego, zagrażających jednocześnie zdrowiu tego dziecka. Rozwiązanie to należy zatem ocenić pozytywnie, zarówno pod kątem dogmatycznym, jak i kryminalnopolitycznym.

Drugą instytucją wyłączającą odpowiedzialność karną za spowodowanie uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia dziecka poczętego jest przewidziana w § 3 klauzula bezkarności zachowania matki. Takie rozwiązanie jedynie częściowo koresponduje z brakiem odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za przerwanie ciąży, które w świetle prawa karnego jest zachowaniem legalnym. Spowodowanie przez nią uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia dziecka poczętego jest bowiem na gruncie brzmienia art. 157a § 3 k.k. zachowaniem bezprawnym, lecz niekaralnym. Matka dziecka poczętego należy zatem do grona podmiotów czynu

⁵² Oznaczający zniechęcenie lub powstrzymanie się od korzystania przez jednostkę z realizacji swoich praw lub wykonywania swoich obowiązków, wynikające z poczucia zagrożenia konsekwencjami prawnymi. O charakterystyce i konsekwencjach „efektu mrożącego” (z tym że w kontekście funkcjonujących w Polsce przepisów aborcyjnych, co jednak nie pozostaje bez wpływu na analizę zagadnienia, stanowiącego przedmiot niniejszego opracowania) wypowiedział się ETPCz w wyroku z dnia 26 maja 2011 r. w sprawie R.R. przeciwko Polsce, skarga nr 27617/04, dostępne na: www.echr.coe.int. [dostęp na dzień: 14.11.2021 r].

zabronionego, opisanego w art. 157a § 1 k.k.⁵³ Jak wskazuje A. Zoll, taka regulacja podkreśla naganność samego czynu, bez karnoprawnej oceny jego sprawcy⁵⁴. Decyzja ustawodawcy o odmiennym potraktowaniu zachowania kobiety ciężarnej w zależności od tego, czy spowodowało ono przerwanie ciąży, czy jedynie uszczerbek lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego, może budzić pewne wątpliwości. Trudno bowiem uznać, aby w sposób generalny zachowania powodujące jedynie skutek na zdrowiu dziecka poczętego mogły podlegać ocenie jako bardziej „naganne”, aniżeli czyny powodujące jego unicestwienie⁵⁵. Wydaje się raczej, że różnorodność okoliczności, które mogą towarzyszyć zachowaniom kobiety ciężarnej, wypełniającym znamiona art. 157a § 1 k.k. jest co najmniej porównywalna w stosunku do czynników, związanych z działaniami prowadzącymi do przerwania własnej ciąży. Mowa zarówno o czynnikach motywacyjnych, jak i związanych z wyborem sposobu doprowadzenia do uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia dziecka poczętego lub przerwania ciąży. Również i sam skutek w postaci uszkodzenia płodu nie wydaje się bardziej doniosłym, aniżeli doprowadzenie do jego zniszczenia. Należy jednak mieć na uwadze, że uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia dziecka poczętego może w ostateczności prowadzić do równie, a nawet bardziej dotkliwych skutków na zdrowiu lub życiu dziecka po narodzinach, a zatem podlegającego wzmocnionej prawnokarnej ochronie „człowieka” w rozumieniu Kodeksu karnego. Przykładowo można tu wskazać przebieg alkoholowego zespołu płodowego (FAS). Z drugiej jednak strony, ryzyko spowodowania negatywnych konsekwencji na etapie postnatalnym nie należy do znamion typu opisanego w art. 157a § 1 k.k. Nie można też pominąć, że zachowanie kobiety ciężarnej, mające prowadzić do przerwania ciąży (w szczególności z pominięciem przeprowadzenia zabiegu aborcyjnego przez lekarza) również może zakończyć się jedynie uszkodzeniem płodu, a w dalszej perspektywie także szkodą na życiu lub zdrowiu dziecka po narodzinach. Być może zatem komentowana decyzja

⁵³ J. Giezek [w:] Kodeks karny. Część szczególna..., art. 157 (a).

⁵⁴ A. Zoll [w:] Kodeks karny. Część szczególna... art. 157(a).

⁵⁵ Por. R. Krajewski, Przestępstwo uszkodzenia ciała..., s. 18.

ustawodawcy o odmiennym potraktowaniu zachowania kobiety ciężarnej z art. 157a § 1 k.k. ma swoje uzasadnienie w znacznie wyższym stopniu prawdopodobieństwa wywołania skutków także na życiu lub zdrowiu „człowieka” w rozumieniu Kodeksu karnego. Zachowanie prowadzące do przerwania ciąży z oczywistych względów przeważnie powyższe skutki wyklucza. Stąd może wynikać odmienne potraktowanie obu kategorii czynów kobiety ciężarnej. Trudno jednak nie oprzeć się wrażeniu, że w rzeczywistości komentowana decyzja legislacyjna stanowi zwykłą niekonsekwencję ustawodawcy, będącą wynikiem jego niedopatrzania.

Niezależnie od oceny rozwiązania, pozostawiającego możliwość realizacji przez kobietę ciężarną znamion typu czynu zabronionego z art. 157a § 1 k.k., jednocześnie słusznie zrezygnowano z karalności jej zachowania. Nie do zaakceptowania byłaby bowiem sytuacja, w której przerwanie ciąży przez kobietę ciężarną stanowiłoby zachowanie prawnokarnie irrelewantne, a spowodowanie uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia dziecka poczętego byłoby zagrożone karą. W tym miejscu wypada także zaznaczyć, że regulacja zawarta w art. 157a § 3 k.k. nie obejmuje „automatycznie” przypadków, w których spowodowany przez kobietę ciężarną skutek dotyka również dziecko po narodzinach, a zatem „człowieka” w rozumieniu Kodeksu karnego, o ile taka możliwość była lub powinna być dla matki *ex ante* przewidywalna. Powyższa kwestia będzie jednak przedmiotem rozważań dalszej części niniejszego rozdziału, odnoszącej się do zagadnienia konieczności (lub jej braku) istnienia przedmiotu czynności wykonawczej w czasie popełnianego czynu oraz celów polityki karnej.

3. Odpowiedzialność karna za spowodowanie skutku na życiu lub zdrowiu człowieka, wywołanego zachowaniem podjętym w jego okresie prenatalnym

Znacznie więcej problemów rodzi zagadnienie przypisania odpowiedzialności karnej sprawcy, którego zachowanie zostało podjęte jeszcze przed urodzeniem się dziecka, zaś skutek nastąpił dopiero po narodzinach. W takim wypadku czynność sprawcza zostaje podjęta względem „dziecka poczętego”, skutek zaś oddziałuje tylko bądź także na „człowieka” w

rozumieniu Kodeksu karnego. Omówiona wcześniej regulacja z art. 157a § 1 k.k. nie stanowi odpowiedniego instrumentu karnoprawnego dla zagospodarowania wyżej wymienionej kategorii stanów faktycznych, co dobrze ilustruje użyty przez A. Zolla przykład, w którym sprawca przed urodzeniem się dziecka nasączył trucizną pieluszkę, których nieświadoma matka użyła dopiero po narodzinach⁵⁶, w wyniku czego dziecko zmarło. Zdaniem przywołanego autora, w takiej sytuacji sprawca dopuszcza się zabójstwa człowieka, a zatem przestępstwa z art. 148 § 1 k.k., mimo że jego zachowanie zostało podjęte w czasie, w którym tak rozumiany przedmiot czynności wykonawczej jeszcze nie istniał. Przywołany przykład nie wyczerpuje jednak sygnalizowanej na wstępie problematyki, bowiem zachowanie sprawcy w tym wypadku było od początku zamierzone i skierowane przeciwko życiu dziecka po narodzinach (człowieka). Co jednak w sytuacji, gdy skutek na życiu lub zdrowiu człowieka był jedynie niezamierzoną konsekwencją zachowania sprawcy, działającego w czasie czynu względem dziecka poczętego? Czy możliwe będzie przypisanie chociażby jednego z typów nieumyślnych, chroniących życie i zdrowie człowieka? Na gruncie obowiązującego stanu prawnego nie jest także oczywiste, jak prawidłowo zakwalifikować np. sytuację, w których uszczerbek na zdrowiu lub śmierć dziecka nastąpiła po jego narodzinach, lecz w następstwie wcześniej przeprowadzonego, nieudanego zabiegu aborcyjnego. Wątpliwości budzi także bezkarność bezprawnych działań kobiety ciężarnej, których skutki nie ograniczają się jedynie do spowodowania następstw względem dziecka poczętego, ale rozciągają się także na okres po jego narodzinach. Tożsamy problem pojawia się na gruncie sygnalizowanego wcześniej braku możliwości przypisania lekarzowi odpowiedzialności karnej za błąd lekarski, (mający co do zasady charakter nieumyślny) popełniony wobec dziecka poczętego. Zakres karalności wynikający z art. 157a § 1 k.k. ogranicza się bowiem do zachowań umyślnych. Ustalenie kryteriów, od których zależeć będzie możliwość przypisania sprawcy odpowiedzialności za skutek na życiu lub zdrowiu człowieka, pomimo braku

⁵⁶ A. Zoll [w:] Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz, t. II, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 21.

istnienia tak rozumianego przedmiotu czynności wykonawczej w chwili podejmowanego przez niego zachowania, ma zatem kluczowe znaczenie dla kompleksowego omówienia problematyki niniejszego opracowania.

3.1. O (braku) konieczności istnienia przedmiotu czynności wykonawczej w czasie czynu.

Przypisanie realizacji znamion jednego z przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu człowieka (art. 148, 155 k.k. etc.) w sytuacji, w której działanie lub zaniechanie sprawcy miało miejsce w okresie, gdy pokrzywdzony znajdował się jeszcze w okresie prenatalnym, wymaga w szczególności odpowiedzi na pytanie, czy w czasie podejmowanego czynu musi istnieć wyrażony w przepisie przedmiot czynności wykonawczej. Jak słusznie zauważa A. Barczak–Oplustil, wątpliwości w tym zakresie pojawiają się doktrynie i orzecznictwie głównie w kontekście spraw związanych z odpowiedzialnością karną za błędy lekarskie⁵⁷, brak ich natomiast w odniesieniu do innych kategorii stanów faktycznych. Asumptem do podjęcia szerszej dyskusji w tym zakresie stało się orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2010 r.⁵⁸ Sądy rozpoznające sprawę, będącą

⁵⁷ A. Barczak–Oplustil, Kilka uwag na temat konieczności istnienia przedmiotu czynności wykonawczej w czasie czynu [w:] Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, tom II, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012. Autorka w kontrze do prezentowanych wątpliwości podaje przykład rozważania odpowiedzialności architekta, który na skutek błędnego zaprojektowania domu rodzinnego doprowadził do jego zawalenia, w wyniku którego zginęli jego mieszkańcy. Słusznie zauważa, że w takim wypadku brak podstaw do poszukiwania uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności za skutek w postaci śmierci człowieka w zależności od tego, czy w momencie projektowania budowli osoby te (będące przedmiotem wykonawczym zarzucanego czynu) żyły, czy też nie.

⁵⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2010 r., sygn. V KK 34/10. W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania, Zenon B. został oskarżony o to, że pełniąc obowiązki lekarza dyżurnego Oddziału Położniczo-Ginekologicznego, będąc zobowiązany do szczególnej opieki nad ciężarną Anną H. i jej mającym się narodzić dzieckiem Michałem H., pomimo tego, iż wykonane badanie KTG wskazywało na prawdopodobieństwo zagrożenia życia płodu, zaniechał hospitalizacji Anny H. oraz wykonania badań diagnostycznych, przez co nieumyślnie spowodował śmierć Michała H., syna Anny i Zbigniewa H., albowiem rozwiązanie 39-tygodniowej ciąży cięciem cesarskim zapobiegłoby wewnątrzmacicznej śmierci płodu spowodowanej uduszeniem, będącym następstwem zaciśnięcia się pępowiny wokół szyi dziecka, gdyż Michał H. z uwagi na stopień rozwoju wewnątrzmacicznego był

przedmiotem rozpoznania przez SN wcześniej trzykrotnie uniewinniły lekarza, oskarżonego o spowodowanie śmierci człowieka, powołując się na twierdzenie, że skoro nie rozpoczął się poród, jak również brak było medycznych wskazań do przeprowadzenia cesarskiego cięcia, to nienarodzone dziecko (którego śmierć nastąpiła na skutek uduszenia, spowodowanego zaciśnięciem pępowiny wokół szyi) nie korzystało w chwili czynu z pełnej prawnokarnej ochrony, przynależnej „człowiekowi”, a zatem nie doszło do realizacji znamion przestępstwa z art. 155 k.k. W kontrze do prezentowanego stanowiska Sąd Najwyższy przedstawił pogląd, zgodnie z którym obowiązek sprawowania ochrony życia dziecka nienarodzonego, zdolnego do życia poza organizmem matki przez lekarza: „rozpoczyna się w chwili wystąpienia zagrożenia płodu w stopniu uzasadniającym prawdopodobieństwo zaistnienia konieczności dokonania zabiegu cesarskiego cięcia, a więc w procesie diagnostycznym, i trwa do czasu ustania zagrożenia. (...) Nie ma więc sprzeczności między wynikającym z wykładni prawa poglądem, że ochrona życia dziecka nienarodzonego, jako życia człowieka, zaczyna się od zaistnienia medycznych wskazań do zabiegu cesarskiego cięcia, a wymogiem sprawowania takiej ochrony przez lekarza gwaranta już od chwili pojawienia się zagrożenia płodu w stopniu uzasadniającym prawdopodobieństwo konieczności dokonania takiego zabiegu.”. Przywołane orzeczenie stało się przedmiotem kontrowersji w piśmiennictwie karnistycznym. Sądowi Najwyższemu zarzucono ponowne⁵⁹ rozszerzenie początkowej granicy prawnokarnej ochrony, przynależnej człowiekowi⁶⁰, jak również próbę rozciągnięcia odpowiedzialności gwaranta na okres, w którym nie doszło jeszcze do aktualizacji jego obowiązku ochrony życia człowieka⁶¹. Dokonana przez

w tym dniu zdolny do samodzielnego życia poza organizmem matki. W związku z powyższym, oskarżonemu postawiono zarzut nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka z art. 155 k.k.

⁵⁹ Względem uchwały SN z dnia 26 października 2006 r., sygn. I KZP 18/06 oraz postanowienia SN z dnia 30 października 2008 r., sygn. I KZP 13/08.

⁶⁰ M. Malecki, Na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2010 r., sygn. V KK 34/10 (o znamieniu „człowiek”), „Prok. i Prawo” 7-8/2011, s. 78.

⁶¹ Por. J. Kulesza, Moment powstania obowiązku ochrony życia dziecka nienarodzonego, zdolnego do życia poza organizmem matki. Glosa do wyroku SN z dnia 27 września 2010 r., V KK 34/10,

Sąd Najwyższy wykładnia spotkała się również z zarzutem naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*⁶². Zakres niniejszego opracowania nie pozwala na szczegółowe omówienie wspomnianych zastrzeżeń. Przy dostrzeżeniu i podzieleniu w dużej mierze uwag kierowanych względem komentowanego wyroku wydaje się jednak, że celem wykładni dokonanej przez Sąd Najwyższy nie było bezpośrednie przesunięcie granicy prawnokarnej ochrony życia człowieka, przeciwnie do orzeczeń z 2006⁶³ i 2008 r.⁶⁴. Treść uzasadnienia wskazuje raczej, że Sąd Najwyższy podjął próbę (ostatecznie nie do końca udaną) odwołania się do zasad obiektywnego przypisania skutku przestępnego na gruncie konkretnego, rozpatrywanego stanu faktycznego. W ten sposób Sąd doszedł do wniosku, że oskarżonemu lekarzowi należało przypisać odpowiedzialność za śmierć człowieka, pomimo braku wskazań do przyjęcia, że w chwili zarzucanego czynu istniał tak rozumiany przedmiot czynności wykonawczej. Niestety w piśmiennictwie wybrzmiała bardziej teza komentowanego wyroku, której niefortunne sformułowanie wskazywało na chęć dokonania przez Sąd Najwyższy rozszerzonej wykładni znamienia „człowiek”. Jednak znacznie bardziej przekonujące wywody w kontekście zastosowania reguł obiektywnego przypisania skutku dla potrzeb usprawiedliwienia braku konieczności istnienia w chwili czynu przedmiotu czynności wykonawczej zaprezentowano w doktrynie dopiero w reakcji na komentowany wyrok.

Celem rozwiązania sygnalizowanego na wstępie problemu, związanego z odpowiedzialnością za skutek na życiu lub zdrowiu człowieka, podczas gdy w czasie czynu istniało „jedynie” dziecko poczęte, odwołano się przede wszystkim do interpretacji dobra prawnego chronionego w przepisach rozdziału XIX Kodeksu karnego, jak również prawidłowego

„PiP” 7-8/2011, s. 165.

⁶² Por. T. Sroka, Granica stosowania typów czynów zabronionych zawierających znamie „człowiek”, „Palestra” 11-12/2008, s. 136 oraz J. Kulesza, Moment powstania obowiązku ochrony życia dziecka nienarodzonego, zdolnego do życia poza organizmem matki..., s. 165.

⁶³ Uchwała SN z dnia 26 października 2006 r., sygn. I KZP 18/06.

⁶⁴ Postanowienie SN z dnia 30 października 2008 r., sygn. I KZP 13/08.

dekodowania reguł postępowania z tak rozumianym dobrem. Słusznie wskazano, że różnorodne określenie przedmiotu czynności wykonawczej w treści przepisów rozdziału XIX (człowiek; dziecko; dziecko poczęte, które osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki; dziecko poczęte) nie wskazuje w sposób precyzyjny, z jakim prawnie chronionym dobrem mamy do czynienia na gruncie konkretnego typu. Przedmiot czynności wykonawczej jest bowiem elementem normy sankcjonującej, dobro prawne zaś wchodzi w zakres normy sankcjonowanej. Racjonalne spojrzenie na tak utworzony przez ustawodawcę zbiór znamion, określających przedmioty czynności wykonawczych na gruncie przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu wskazuje, że tak naprawdę każdorazowo mamy do czynienia z tożsamym dobrem prawnym. Różne określenie przedmiotów czynności wykonawczych wynika ze względów językowych, umożliwiających prawidłowe oddanie zawartości treściowej poszczególnych typów. Zasadnie wskazuje zatem M. Małecki, że w rozdziale XIX Kodeksu karnego ustawodawca każdorazowo chroni życie i zdrowie⁶⁵, które można w zasadzie uszczegółowić jako życie i zdrowie ludzkie⁶⁶. Brak zatem podstaw do rozróżniania dóbr prawnie chronionych w postaci życia i zdrowia dziecka poczętego, dziecka w okresie porodu, czy człowieka.

Taka interpretacja dobra prawnego, wyeksponowanego w rozdziale XIX Kodeksu karnego, nie rozwiązuje jednak problemu. Pozwala jedynie na stwierdzenie, że sprawcy przestępstw, do znamion których należy czy „dziecko poczęte”, czy „człowiek”, narażają bądź naruszają w istocie to samo dobro. Konieczne jest jednak wyznaczenie precyzyjnych kryteriów pozwalających na każdorazowe, prawidłowe zakwalifikowanie zachowań skierowanych przeciwko życiu lub zdrowiu ludzkiemu do grupy przestępstw popełnionych na szkodę „człowieka”, bądź jedynie „dziecka poczętego”, bez jednoczesnego przesuwania linii demarkacyjnej, dzielącej oba pojęcia. Jak wcześniej wskazano, takiego kryterium z pewnością

⁶⁵ M. Małecki, Na marginesie..., s. 82-83.

⁶⁶ A. Barczak – Opluślił, Kilka uwag na temat konieczności..., s. 489.

nie może stanowić sama okoliczność istnienia przedmiotu czynności wykonawczej w czasie czynu. Wydaje się, że punkt ciężkości w tym zakresie należałoby położyć z jednej strony na moment wystąpienia skutku przestępnego, z drugiej zaś na kryteria jego przypisania.

Słusznie zauważa A. Barczak-Oplustil, że na gruncie przywołanego wcześniej uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2010 r. doszło do swoistego nieporozumienia. Zarzucane Sądowi rozszerzenie prawnokarnej ochrony przynależnej „człowiekowi” miało polegać na przeniesieniu momentu, od którego wystąpienie skutku przestępnego w postaci śmierci będzie każdorazowo implikować konieczność zastosowania przepisów odnoszących się do „człowieka”, a nie zaledwie „dziecka poczętego”. Jak już wcześniej wskazano, treść uzasadnienia pokazuje jednak, że intencją Sądu było raczej przeniesienie na wcześniejszy etap trwania ciąży momentu aktualizacji nakazu lub zakazu, wyrażonego w normie sankcjonowanej art. 155 k.k. lub innych przestępstw, w których występuje znamię „człowieka”⁶⁷. Takiego zaś zabiegu nie sposób przeprowadzić w sposób abstrakcyjny, w oderwaniu od realiów konkretnego stanu faktycznego, w szczególności od prawidłowego dekodowania zestawu reguł postępowania obowiązujących sprawcę *ex ante* oraz zbadania jego ówczesnego stanu świadomości w odniesieniu do obiektywnej przewidywalności ostatecznie spowodowanego skutku. Jako interesujące rozwiązanie sygnalizowanego na wstępie problemu braku przedmiotu czynności wykonawczej w chwili czynu jawi się zatem propozycja A. Barczak-Oplustil, aby „Odpowiedzi uzasadniającej zarówno przypisanie, jak i wyłączenie odpowiedzialności lekarza/personelu medycznego za skutek w postaci śmierci człowieka, spowodowany zachowaniem podjętym zanim dziecko uzyskało ten status, (...) szukać na płaszczyźnie reguł postępowania z dobrem prawnym, doprecyzowujących zachowanie, którego podjęcie jest zakazane lub nakazane przez normę sankcjonowaną”⁶⁸. Jak wcześniej wspomniano, przyjęcie założenia, zgodnie z którym

⁶⁷ A. Barczak – Oplustil, Kilka uwag na temat konieczności..., s. 491.

⁶⁸ Tamże, s. 495.

dobrem prawnie chronionym na gruncie wszystkich typów z rozdziału XIX Kodeksu karnego jest życie i zdrowie ludzkie, prowadzi do wniosku, że dla stwierdzenia naruszenia normy sankcjonowanej wynikającej z treści przepisu, opisującego znamię przedmiotu czynności wykonawczej jako „człowieka”, bez znaczenia pozostaje fakt, że w czasie zachowania sprawczego człowiek ten jeszcze nie istniał. Norma sankcjonowana, leżąca u podstaw zarówno przestępstw na szkodę dziecka poczętego jak również człowieka, chroni bowiem to samo dobro („życie i zdrowie ludzkie”). Przyjęcie omawianej koncepcji prowadzi do stwierdzenia, że jeśli zachowanie sprawcze (podjęte w czasie, w którym istniało jeszcze dziecko poczęte) naruszało reguły postępowania z życiem ludzkim, przypisanie odpowiedzialności karnej za śmierć człowieka będzie w dalszym ciągu możliwe, o ile niebezpieczeństwo nastąpienia tak rozumianego skutku było dla sprawcy w chwili czynu obiektywnie przewidywalne. Przy spełnieniu powyższych warunków, o ostatecznej kwalifikacji prawnej zachowania sprawczego decydować miałby moment nastąpienia skutku (w okresie prenatalnym lub postnatalnym). Taka argumentacja mogłaby otworzyć także możliwość zastosowania typów nieumyślnych z rozdziału XIX Kodeksu karnego do zachowań podjętych w okresie prenatalnym, gdy ostatecznie skutek nastąpił względem człowieka. Częściowo zapełniłoby to sygnalizowaną przez doktrynę lukę kryminalizacyjną⁶⁹, widoczną na gruncie przepisów chroniących dziecko poczęte w rozdziale XIX. Omawiana wyżej koncepcja stanowi zatem próbę rozwiązania sygnalizowanego na wstępie problemu braku przedmiotu czynności wykonawczej w chwili czynu poprzez odwołanie jedynie do analizy treści naruszanej przez sprawcę normy sankcjonowanej. O tym, czy zachowanie sprawcze będzie mogło zostać zakwalifikowane jako przestępstwo na szkodę człowieka, decydować będzie ustalenie, czy wysokie prawdopodobieństwo wywołania skutku nie tylko na dziecku poczętym, ale także bądź jedynie

⁶⁹ Zob. R. Krajewski, *Przestępstwo uszkodzenia ciała...*, s. 16; A. Marek [w:] *Kodeks karny...*, s. 323; Por. uwagi J. Kulesza, *Prawnokarna ochrona życia człowieka w fazie prenatalnej* (w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego), „PiP” 7/2015, s. 59-61 oraz J. Potulski, *Dziecko jako przedmiot czynu zabronionego*, Gdańsk 2007, s. 96.

wobec człowieka, było *ex ante* obiektywnie rozpoznawalne dla sprawcy⁷⁰. Istnienie człowieka jako przedmiotu czynności wykonawczej będzie w takim wypadku wymagane nie w chwili czynu, ale w chwili nastąpienia skutku. Na marginesie należy wskazać, że przypisanie sprawstwa przestępstwa na szkodę człowieka pomimo jego nieistnienia w czasie czynu będzie możliwe nawet przy braku akceptacji dla tezy, że przepisy rozdziału XIX Kodeksu karnego każdorazowo chronią życie i zdrowie ludzkie. Zdaniem A. Barczak-Oplustil w takim wypadku wystarczy odwołać się do ustalenia, jakie dobro prawne miały na celu chronić naruszone przez sprawcę reguły postępowania – czy życie lub zdrowie dziecka poczętego, czy także bądź jedynie człowieka⁷¹. Również przy takiej argumentacji pełną aktualność zachowuje wymóg obiektywnej rozpoznawalności spowodowania skutku względem człowieka po stronie sprawcy. Tak przeprowadzona analiza pozwoli na każdorazowe wyznaczenie, jakie dobro lub dobra prawne i w jakim stopniu zostały zagrożone bądź naruszone.

Przedstawiona argumentacja, bazująca na analizie normy sankcjonowanej, pozwala na stwierdzenie, że dla prawnokarnego wartościowania zachowania pod kątem realizacji znamion danego typu czynu zabronionego nie jest konieczne istnienie w czasie czynu przedmiotu czynności wykonawczej, wynikającego z treści danego przepisu. Jednakże, jak zostanie wykazane w dalszej części pracy, nie wystarczy jeszcze do przypisania odpowiedzialności karnej sprawcy. Koniecznym jest bowiem odwołanie także do treści normy sankcjonującej, co na gruncie omawianej kategorii stanów faktycznych związanych z zachowaniami podjętymi „na granicy” życia pre- i postnatalnego będzie rodzić pewne istotne ograniczenia. Zastosowanie wyżej przedstawionej koncepcji, sprowadzającej problem przypisania odpowiedzialności karnej do naruszenia normy sankcjonowanej, generuje bowiem słuszne wątpliwości na tle przestępstw popełnionych w formie zaniechania, w szczególności w odniesieniu do lekarza

⁷⁰ Przy przestępstwach umyślnych konieczne będzie także wykazanie na płaszczyźnie strony podmiotowej, że sprawca miał zamiar spowodowania skutku względem człowieka, a nie tylko dziecka poczętego.

⁷¹ Tak A. Barczak-Oplustil, Kilka uwag na temat konieczności..., s. 496.

– gwaranta⁷². Kwestia ta zostanie jednak omówiona odrębnie w kolejnej części opracowania.

3.2. Zakres odpowiedzialności karnej lekarza w perspektywie odpowiedzialności gwaranta za skutek względem człowieka.

Z uwagi na przedstawione wcześniej rozważania, kwestia odpowiedzialności karnej lekarza w perspektywie omawianej kategorii stanów faktycznych zasługuje na odrębne omówienie. Dotyczy ona bowiem w znakomitej większości problematyki błędów lekarskich popełnionych w okresie ciąży, a więc ze swej istoty zachowań nieumyślnych, których kryminalizacji – przynajmniej *prima facie* – próżno szukać w przepisach rozdziału XIX Kodeksu karnego chroniących dziecko poczęte. Ponadto powstaje konieczność uwzględnienia specyfiki przypisania odpowiedzialności karnej lekarzowi za zaniechanie, nierozzerwalnie związanej z pełnioną przez niego funkcją gwaranta nienastąpienia skutku.

Przy zastosowaniu przedstawionej w poprzednim podrozdziale koncepcji przypisania odpowiedzialności karnej, rozwiązującej problem braku przedmiotu czynności wykonawczej w chwili czynu na płaszczyźnie normy sankcjonowanej, pojawia się możliwość pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności za skutek w postaci śmierci człowieka pomimo istnienia w czasie czynu jedynie dziecka poczętego. Taka możliwość aktualizuje się również w odniesieniu do czynów popełnionych w formie zaniechania, w tym do zachowań nieumyślnych⁷³. Krytykę takiego rozwiązania szczegółowo przedstawił J. Kulesza w artykule poświęconym omówieniu założeń projektu Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego z 5 listopada 2013 r.⁷⁴ Zdaniem przywołanego autora, w odniesieniu do odpowiedzialności gwaranta za zaniechanie problem braku przedmiotu

⁷² Szczegółową argumentację w tym zakresie przedstawił J. Kulesza, *Prawnokarna ochrona życia człowieka...*, s. 65-68.

⁷³ Co zdaje się wprost sugerować autorka omawianej koncepcji, zob. A. Barczak – Oplustil, *Kilka uwag na temat konieczności...*, s. 501.

⁷⁴ J. Kulesza, *Prawnokarna ochrona życia człowieka...*, s. 65-68.

czynności wykonawczej („człowieka”) w chwili czynu nie może zostać sprowadzony jedynie do płaszczyzny naruszenia przez sprawcę normy sankcjonowanej. Dla przypisania odpowiedzialności gwarantowi nie wystarcza bowiem ustalenie naruszonego przez sprawcę dobra prawnego oraz chroniących je reguł postępowania, lecz konieczne jest również precyzyjne wyznaczenie zakresu prawnokarnej ochrony⁷⁵. Zwraca przy tym uwagę, że zakres prawnokarnej ochrony – jako element normy sankcjonującej – jest współwyznaczany również przez znamię przedmiotu czynności wykonawczej. Innymi słowy, stwierdzenie, że zachowanie sprawcy (lekarza) naruszało reguły postępowania z dobrem, jakim jest życie lub zdrowie ludzkie, nie przesądza jeszcze o możliwości ukarania za przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu człowieka⁷⁶. Karalność bezprawnego zachowania sprawczego znajduje bowiem swoje odzwierciedlenie w naruszeniu normy sankcjonującej, nazywanej zresztą normą właściwą prawa karnego⁷⁷. Przesądzenie o odpowiedzialności karnej sprawcy wymaga zatem stwierdzenia zrealizowania po jego stronie wszystkich znamion składających się na hipotezę normy sankcjonującej – a więc także spowodowania śmierci lub uszczerbku na zdrowiu „człowieka”, a nie jedynie „dziecka poczętego”. Słusznie zatem wskazuje M. Małecki, że w perspektywie brzmienia art. 2 k.k. nawet pomimo stwierdzenia naruszenia przez gwaranta normy sankcjonowanej, każdorazowo chroniącej w rozdziale XIX życie i zdrowie ludzkie, nie jest możliwe zrelacjonowanie jego obowiązku do ochrony życia lub zdrowia „człowieka”, skoro w momencie aktualizacji tego obowiązku, tak rozumiany przedmiot czynności wykonawczej jeszcze nie istniał⁷⁸. Próba rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej gwaranta poprzez odwołanie jedynie do naruszenia normy sankcjonowanej nie wydaje się zatem zabiegiem zasadnym, gdyż w żadnym

⁷⁵ Szerzej o relacji normy sankcjonowanej i sankcjonującej w prawie karnym zob. A. Zoll, O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego, „Krakowskie Studia Prawnicze” XXIII, 1990, s. 69-95.

⁷⁶ Ścisłej rzecz ujmując, naruszenie normy sankcjonowanej nie przesądza jeszcze o odpowiedzialności karnej za jakiegokolwiek przestępstwo.

⁷⁷ W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne..., s. 114.

⁷⁸ M. Małecki, Na marginesie..., s. 84.

stopniu nie odpowiada na pytanie, jaki był zakres jego obowiązków w chwili czynu (czy sprawca w ogóle był gwarantem życia lub zdrowia człowieka). Odpowiedzi należy poszukiwać na płaszczyźnie normy sankcjonującej. Z reguły zatem nie będzie możliwe uznanie lekarza za gwaranta nienastąpienia skutku na życiu lub zdrowiu człowieka, jeżeli przedmiot czynności wykonawczej, względem którego ma on pełnić swoje obowiązki, nie istniał w chwili podejmowanego przez niego czynu⁷⁹.

Przedstawiona we wcześniejszej części rozdziału propozycja okazuje się więc nieprzydatna dla rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej za zaniechanie. Wydaje się jednak, że w pewnych stanach faktycznych możliwe będzie odwołanie się do koncepcji zawinienia na przedpolu czynu zabronionego, co w kontekście sprawy V KK 34/10, będącej przedmiotem rozpoznania Sądu Najwyższego, uczynił M. Malecki⁸⁰. Zasadności pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności karnej za nieumyślne spowodowanie swoim zaniechaniem skutku w postaci śmierci człowieka, wyrażonego w art. 155 k.k.⁸¹, przywołany autor upatruje w odebraniu przez sprawcę swoim wcześniejszym zachowaniem możliwości podjęcia późniejszych działań, chroniących życie dziecka (człowieka). Wskazuje on przy tym, że przesłanką aktualizacji odpowiedzialności gwaranta za zachowanie na przedpolu czynu zabronionego może być nie tylko odebranie samemu sobie możliwości późniejszego działania, ale także odebranie tej możliwości innej osobie, która pełniłaby obowiązki gwaranta⁸². Możliwość poniesienia przez lekarza – gwaranta odpowiedzialności za skutek względem człowieka (pomimo że w chwili czynu miał do czynienia zaledwie z dzieckiem poczętym), ograniczałaby się zatem do tych sytuacji, w których swoim wcześniejszym zachowaniem odebrał on (sobie lub innym) szansę uratowania jego życia lub zdrowia, o ile możliwe było przewidzenie przez niego przyszłej aktualizacji obowiązku ochrony

⁷⁹ J. Kulesza, *Prawnokarna ochrona życia człowieka...*, s. 67.

⁸⁰ Zob. M. Malecki, *Na marginesie...*, s. 89-91.

⁸¹ Które ostatecznie w omawianej sprawie nie nastąpiło, gdyż oskarżony został u niewinniony od zarzucanego mu przestępstwa.

⁸² Por. M. Malecki, *Na marginesie...*, s. 90.

tak pojmowanego dobra. Odwołanie do instytucji zawinienia na przedpolu pozwala zatem na stworzenie racjonalnego kryterium aktualizacji odpowiedzialności gwaranta za skutek w postaci śmierci lub uszczerbku na zdrowiu człowieka, pomimo braku takiego przedmiotu czynności wykonawczej w chwili czynu. Jak wskazuje M. Małecki, konstrukcja ta: „umożliwia przesunięcie granicy ochrony dóbr prawnych na przedpole czynu zabronionego w sposób limitowany jedynie obiektywną przewidywalnością wystąpienia znamion zachowania zabronionego pod groźbą kary”⁸³. Wydaje się zresztą, że taki sam cel stał u podstaw zaprezentowanej we wcześniejszej części rozdziału koncepcji, której punkt ciężkości spoczywał na prawidłowym dekodowaniu dobra prawnego oraz chroniących je reguł postępowania. Z przedstawionych powyżej przyczyn, związanych z charakterystyką odpowiedzialności gwaranta, nie wydaje się ona jednak rozwiązaniem zasadnym⁸⁴.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że koncepcja zakładająca odwołanie się jedynie do treści normy sankcjonowanej wydaje się warta rozważenia jedynie w odniesieniu do czynów popełnionych w formie działania, okazując się całkowicie nieprzydatną w kontekście prawnokarnego wartościowania zaniechania. W perspektywie odpowiedzialności gwaranta (szczególnie interesującej na płaszczyźnie błędów lekarskich), adekwatnym byłoby, przynajmniej w odniesieniu do pewnej kategorii stanów faktycznych, odwołanie do konstrukcji zawinienia na przedpolu czynu zabronionego. Nie istnieje więc jednolity model przypisania odpowiedzialności za skutek względem człowieka, w sytuacji podjęcia zachowania sprawczego jeszcze w jego okresie prenatalnym. Trudno zatem wymagać spójnej w tym zakresie praktyki orzeczniczej. W obecnym stanie prawnym wyznaczenie racjonalnych kryteriów, pozwalających każdorazowo na prawidłowe zastosowanie przepisów chroniących życie i zdrowie ludzkie w fazie prenatalnej i postnatalnej, wymaga dokonania serii zabiegów wykładniczych uwzględniających z jednej strony potrzeby

⁸³ M. Małecki, *Na marginesie...*, s. 90.

⁸⁴ Za większą zasadnością odwołania do koncepcji zawinienia na przedpolu wydaje się obstawiać także J. Kulesza. Por. J. Kulesza, *Prawnokarna ochrona życia człowieka...*, s. 67.

ochrony życia nienarodzonego, z drugiej zaś zapobieżenia nadmiernej, nieuzasadnionej kryminalizacji zachowań podejmowanych przede wszystkim przez lekarzy oraz kobiety ciężarne. Rację mają autorzy wskazujący, że system ochrony życia ludzkiego (także w fazie prenatalnej) w przepisach Kodeksu karnego sprawia wrażenie przygotowanego ad hoc⁸⁵, wywołując szereg wątpliwości interpretacyjnych. W szczególności komentowana wcześniej regulacja, zawarta w art. 157a § 1 k.k., razi nieadekwatnością w perspektywie potrzeb kryminalizacyjnych na gruncie przestępstw popełnionych „na granicy” życia pre- i postnatalnego, nie obejmując swym zakresem chociażby zachowań nieumyślnych. Z kolei zachowania podjęte w okresie prenatalnym, a wywołujące skutek względem człowieka, znajdują się obecnie w swego rodzaju próżni. Obecny stan prawny nie pozwala bowiem na jednoznaczne sklasyfikowanie tak scharakteryzowanego zachowania do grupy przestępstw na szkodę człowieka, bądź dziecka poczętego bez narażenia się na zarzut wykładni rozszerzającej, czy zwykłego prawotwórstwa⁸⁶. Mając zatem na uwadze potrzebę zapewnienia obywatelom poczucia pewności prawa, które jest tym istotniejsze na gruncie przepisów prawnokarnych, koniecznym jest przychylenie się do formułowanego od lat w doktrynie prawa karnego postulatu dokonania częściowej nowelizacji przepisów, chroniących życie i zdrowie ludzkie w rozdziale XIX Kodeksu karnego⁸⁷. Wskazane luki kryminalizacyjne, widoczne na gruncie zachowań popełnionych względem życia ludzkiego w fazie prenatalnej, nie mogą zostać w całości zapełnione ani przez zastosowanie koncepcji zawinienia na przedpolu, ani poprzez odwołanie

⁸⁵ O. Nawrot, *Antropologia rozdziału XIX Kodeksu karnego*, „PiM” 4/2009, s. 29; por. także J. Kulesza, *Prawnokarna ochrona życia człowieka...*, s. 57.

⁸⁶ Który to zarzut – jak już wspomniano – słusznie czyniono względem poczyniań Sądu Najwyższego.

⁸⁷ Por. J. Kulesza *Prawnokarna ochrona życia człowieka...*, s. 57. Konieczność zmian w tym zakresie, wprawdzie w odniesieniu do zakresu ochrony, przyznanej dziecku poczętemu zdolnemu do samodzielnego życia poza organizmem matki wskazywali chociażby J. Potulski, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r.*, sygn. I KZP 13/08, *Prokuratura i Prawo* 5, 2009, s. 163, czy W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, [w:] *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, „Przed Pierwszym Czytaniem”, nr 3, Warszawa 2007.

jedynie do naruszenia przez sprawcę normy sankcjonowanej. Trudno też podnieść w tym miejscu konkretne postulaty *de lege ferenda*, które powinny stanowić przedmiot szczegółowej debaty wśród teoretyków, praktyków, ale również ogółu społeczeństwa. Problem zakresu i intensywności kryminalizacji zachowań podjętych względem życia ludzkiego w fazie prenatalnej nie sprowadza się bowiem jedynie do kwestii prawa, lecz także (a być może przede wszystkim) funkcjonującego w społeczeństwie światopoglądu.

3.3. Zakres odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej.

Zagadnienie możliwej odpowiedzialności kobiety ciężarnej za skutek na życiu lub zdrowiu człowieka w sytuacji podjęcia zachowania sprawczego jeszcze w okresie ciąży stanowiło przedmiot analiz w piśmiennictwie, chociażby na kanwie orzeczenia Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 20 stycznia 2015 r.⁸⁸ W omawianej sprawie matka dziecka została oskarżona o to, że będąc w ciąży, spożywała znaczne ilości alkoholu, czym spowodowała u swojego narodzonego już dziecka ciężki zespół abstynencyjny z bezdechami i drgawkami, tj. ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci choroby realnie zagrażającej życiu z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. Wywiedzioną od wyroku uniewinniającego w I instancji apelację prokuratora sąd odwoławczy uznał za oczywiście bezzasadną, wskazując w uzasadnieniu, że: „(...) przepis art. 156 § 1 pkt 2 k.k., którego przedmiotem jest podobnie jak w art. 160 k.k. zdrowie człowieka, nie ma zastosowania w przypadku podjęcia działań na szkodę „dziecka poczętego”, (...) czynności sprawcze zostały przez oskarżoną podjęte jeszcze przed narodzinami Ł. W. i zakończone przed rozpoczęciem porodu, stąd nie może ona odpowiadać za popełnienie przestępstwa z art. 156 § 1 pkt 2 k.k.”. Zaprezentowane w uzasadnieniu wywody poczynione przez Sąd Okręgowy są chybione, albowiem – jak wcześniej wskazano – z samego braku istnienia w czasie czynu przedmiotu czynności wykonawczej nie jest możliwe

⁸⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 20 stycznia 2015 r., sygn. akt VI Ka 624/14.

wykluczenie odpowiedzialności karnej za przestępstwo, do którego znamion taki przedmiot należy. Powyższe ilustruje przytoczony już wcześniej przykład autorstwa A. Zolla, w którym sprawca przed urodzeniem się dziecka nasącza pieluszki trucizną, których następnie po porodzie używa nieświadoma matka, w wyniku czego dziecko umiera⁸⁹. Odpowiedzialność sprawcy za zabójstwo człowieka z art. 148 k.k. nie powinna budzić w tym wypadku żadnych kontrowersji. W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania Sądu Okręgowego w Słupsku poszukiwanie podstaw pociągnięcia oskarżonej do odpowiedzialności karnej bądź usprawiedliwienia bezkarności jej działań powinno zostać dokonane na dalszej płaszczyźnie. Jednocześnie nie było możliwe zastosowanie konstrukcji przewidzianej w art. 157a § 3 k.k., bowiem wyłączenie karalności obejmuje jedynie zachowania skutkujące uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia dziecka poczętego, a nie człowieka w rozumieniu Kodeksu karnego. Koniecznym było rozważenie przez sąd odpowiedzialności kobiety za skutek na życiu lub zdrowiu człowieka, przy uwzględnieniu jednak krytycznych zastrzeżeń poczynionych we wcześniejszej części opracowania. Omówione w tym zakresie wątpliwości aktualizują się bowiem w całości również w odniesieniu do zachowań kobiety ciężarnej. Jednakże, niezależnie od ostatecznie przyjętego przez sąd zapatrywania, koniecznym było i tak odstąpienie od pociągnięcia matki do odpowiedzialności karnej za spowodowanie skutku na zdrowiu człowieka, w powołaniu na względy kryminalnopolityczne. Rację ma A. Barczak – Oplustil, wskazując w głosie do komentowanego wyroku: „Stwierdzenie, że skutek w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu dziecka można przypisać zachowaniu sprawcy, podjętemu przed narodzinami dziecka, nie oznacza jeszcze, że (...) można było pociągnąć matkę do odpowiedzialności karnej. Co jednak należy podkreślić – kwestia odpowiedzialności karnej matki za uszczerbek na zdrowiu dziecka to, w pierwszej kolejności, problem kryminalnopolityczny (potrzeby ukarania), a nie dogmatyczny”⁹⁰. Brak możliwości

⁸⁹ Zob. uwagi wstępne do podrozdziału 3 niniejszego opracowania.

⁹⁰ A. Barczak-Oplustil, Glosa do wyroku S. Okręg. z dnia 20 stycznia 2015 r., VI Ka 624/14, „Prok. i Prawo” 6/2016, s. 190.

ukarania kobiety ciężarnej nie wynika zatem z aprobaty dla niesłusznego założenia o konieczności istnienia w chwili czynu przedmiotu czynności wykonawczej, lecz z uwzględnienia potrzeb polityki karania. Jak wcześniej wskazano, regulacje wyłączające odpowiedzialność kobiety ciężarnej za skutek na życiu lub zdrowiu dziecka poczętego takie jak art. 157a § 3 k.k. nie znajdują w tym zakresie bezpośredniego zastosowania. Jednakże koniecznym jest uwzględnienie ich wpływu na zasadność ukarania kobiety za jej zachowania podjęte jeszcze w czasie ciąży. Konsekwentne założenie ustawodawcy, wyrażone na gruncie przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego, przewidujące bezkarność kobiety ciężarnej za jej czyny związane z terminacją własnej ciąży lub uszkodzeniem płodu prowadzi do wniosku, że jakiegokolwiek zachowanie, skierowane przeciwko swojemu dziecku, podjęte przez kobietę jeszcze w okresie ciąży nie powinno podlegać ukaraniu. Kluczowym jest tutaj położenie akcentu na stan ciąży, w jakim znajduje się w chwili czynu kobieta, a nie na ostatecznie spowodowany skutek przestępny. Sam argument systemowy wydaje się jednak niewystarczający – trudno bowiem wskazać konkretną podstawę prawną dla proponowanego usprawiedliwienia zachowania kobiety ciężarnej. Wydaje się, że wyłączenia odpowiedzialności karnej można poszukiwać na płaszczyźnie winy, w powołaniu na ogólną klauzulę zawinienia, wyrażoną w art. 1 § 3 k.k., w postaci chociażby anormalnej sytuacji motywacyjnej, związanej z charakterystyką samej ciąży, gdzie niemal każde zachowanie kobiety ciężarnej w stosunku do własnego ciała wiąże się nieuchronnie z ryzykiem wywołania skutków względem rozwijającego się dziecka.

4. Ocena propozycji legislacyjnych w przedmiocie rozszerzenia granic ochrony życia w fazie prenatalnej.

Tytułem zakończenia warto odnieść się do propozycji zmian w zakresie wytyczenia granic ochrony życia poczętego, a w szczególności odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej, które w ostatnich latach przedstawiono opinii publicznej. W pierwszej kolejności chodzi o przedstawioną

w marcu 2021 r. propozycję Rzecznika Praw Dziecka⁹¹, której ostatecznie nie nadano rangi inicjatywy ustawodawczej. W corocznym raporcie Rzecznika wskazano, iż: „Obecnie organy prowadzące postępowanie (...) uznają, że na gruncie przepisu art. 160 k.k. dziecko poczęte nie podlega ochronie prawnej. Zdaniem Rzecznika Praw Dziecka, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności i skutków z tym związanych, jak i uregulowania innych gałęzi prawa, nie można spod ochrony przepisu art. 160 k.k. wyłączyć dziecka poczętego.⁹² Co ciekawe, jako uzasadnienie postulowanej zmiany nie wskazano braku karalności zachowań osób trzecich, narażających dziecko poczęte na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, lecz jedynie zachowania kobiety ciężarnej. Jak wskazano: „Wciąż bardzo niepokojący jest wysoki odsetek kobiet spożywających alkohol w trakcie ciąży. Może prowadzić to do występowania nieprawidłowości neurobehawioralnych oraz innych trwałych uszkodzeń organizmu dziecka. Należy podjąć działania edukacyjne, profilaktyczne i prawne, aby pomóc dziecku i matce, w szczególności wprowadzić ochronę prawnokarną dziecka poczętego i odpowiedzialność karną matki spożywającej alkohol w trakcie ciąży”⁹³. Zastanawiającym jest fakt, że z jednej strony wprost postuluje się podjęcie działań edukacyjnych i profilaktycznych celem zapewnienia pomocy dziecku i jego matce, z drugiej zaś wskazany problem proponuje rozwiązać poprzez dyscyplinowanie kobiet ciężarnych przy pomocy norm prawa represyjnego. Zasygnalizowanego w raporcie problemu nadużywania przez kobiety w ciąży alkoholu nie należy oczywiście bagatelizować. Nie wydaje się jednak, aby wprowadzanie nowych instrumentów prawnokarnych mogło stanowić rozwiązanie jakiegokolwiek, a już z pewnością omawianej kwestii. Na marginesie należy zauważyć, że w raporcie Rzecznika Praw Dziecka nie podano, dlaczego proponowane zmiany ograniczono „zaledwie” do art. 160 k.k.

⁹¹ Zob. Informacja o działalności Rzecznika Praw Dziecka w 2019 roku oraz uwagi o stanie przestrzegania praw dziecka w Polsce, www.brpd.gov.pl/sprawozdania-z-dzialalnosci/ [dostęp na dzień 13.11.2021].

⁹² Informacja o działalności Rzecznika..., s. 242-243.

⁹³ Informacja o działalności Rzecznika..., s. 242.

Nie wskazano także postulowanego brzmienia przepisu. Ponadto wydaje się, że rozszerzenie zakresu zastosowania art. 160 k.k. musiałoby także objąć pozostałe przepisy rozdziału XIX Kodeksu karnego, na gruncie których ustawodawca posługuje się znamieniem „człowiek”, co z resztą zasugerowano na s. 242 raportu, wskazując, że: „Zasadnym byłoby, w celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych, rozważenie podjęcia inicjatywy ustawodawczej, która wprowadziłaby wprost unormowanie, zgodnie z którym przepisy przewidujące odpowiedzialność karną za czyny skierowane przeciwko życiu i zdrowiu człowieka, stosuje się również do czynów skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu dziecka poczętego”⁹⁴. Wypada wskazać, że rzeczona zmiana, z uwagi na wymogi spójności systemowej musiałaby doprowadzić chociażby do wprowadzenia karalności przerwania ciąży przez kobietę ciężarną, czy wprowadzenia odpowiedzialności każdego (w tym również kobiety ciężarnej) za zabójstwo z art. 148 k.k. w razie unicestwienia dziecka poczętego. Trudno bowiem byłoby odnaleźć uzasadnienie dla zrównania prawnokarnej oceny zachowań polegających na narażeniu życia lub zdrowia dziecka poczętego na niebezpieczeństwo z zachowaniami narażającymi tożsame dobro człowieka, bez jednoczesnego zrównania prawnokarnych konsekwencji unicestwienia takiego życia. Skutki postulowanych zmian byłyby zatem nie do pogodzenia z przyjętym przez ustawodawcę od lat modelem odpowiedzialności karnej, znacząco różnicującym stopień ochrony życia ludzkiego w okresie prenatalnym i postnatalnym. Innymi słowy, pod przykryciem ochrony dziecka przed nieodpowiedzialnymi zachowaniami matki w okresie ciąży, ukryto postulat rażącego zaostrzenia większości przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego, co stanowi jaskrawy przykład populizmu penalnego⁹⁵.

Czego nie wysłowiono wprost w raporcie Rzecznika, dokonano natomiast w najnowszym, obywatelskim projekcie ustawy z dnia 22

⁹⁴ Tamże, s. 242-243.

⁹⁵ Szerzej o populizmie penalnym zob. M. Grzyb, M. J. Lubelski, E. Plebanek, M. Szafrńska, J. Wi-dacki, *Populizm penalny*, red. J. Władcki, Kraków 2017.

września 2021 r.⁹⁶, autorstwa Komitetu „Stop aborcji”. W drodze krótkiego zabiegu legislacyjnego, polegającego na dodaniu do słowniczka wyrażeń ustawowych w Kodeksie karnym art. 115 § 25: „Dzieckiem jest człowiek w okresie od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności; dzieckiem poczętym jest dziecko w okresie do rozpoczęcia porodu w rozumieniu art. 149”, zaplanowano zrównanie ochrony życia ludzkiego w fazie pre- i postnatalnej. Jednocześnie zaproponowano usunięcie art. 152 – 154 oraz art. 157a k.k., zrównując przerwanie ciąży z zabójstwem człowieka w rozumieniu art. 148 k.k., a uszkodzenie płodu z przestępstwami z art. 156 k.k. oraz 157 k.k. Konsekwentnie przewidziano uchylenie w całości ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁹⁷. W treści poszczególnych przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego dodano zaś odpowiednie regulacje, które – wedle wyboru autorów projektu – wyłączają karalność zachowań kobiety ciężarnej, bądź pozwalają sądowi jedynie na nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpienie od jej wymierzenia. W uzasadnieniu projektu powołano się m.in. na treść wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn K 26/96⁹⁸, gdzie wskazano, że: „Wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się więc wartością chronioną konstytucyjnie. Dotyczy to także fazy prenatalnej”. Przywołany fragment orzeczenia jest od lat przytaczany przez część środowisk politycznych dla poparcia swoich pomysłów legislacyjnych. Jest on zresztą dosyć niefortunny

⁹⁶ Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 22 września 2021 r., druk nr 1693, dostępny na www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1693, [dostęp na dzień 13.11.2021].

⁹⁷ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. 1993 nr 17 poz. 78).

⁹⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn K 26/96.

– Trybunał przyznając brak możliwości różnicowania ochrony życia ludzkiego w zależności od fazy rozwoju jednocześnie dopuścił możliwość jej ograniczenia w wypadku ewentualnych kolizji. Takie uregulowane przez ustawodawcę przykłady kolizji stanowią chociażby przesłanki legalnego przerwania ciąży z art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Samo istnienie tych przesłanek jest natomiast dowodem na to, że wartość życia ludzkiego w zależności od fazy rozwoju może być różnicowana w drodze przepisów ustawy. Nie ma bowiem odpowiednika dokonania np. legalnego zabójstwa dziecka urodzonego z uwagi na uzasadnione podejrzenie powstania ciąży w wyniku czynu zabronionego. Nie istnieje z resztą możliwość uśmiercenia człowieka w powołaniu na jakąkolwiek okoliczność. W oczywisty sposób taka dychotomia wynika z dostrzeżenia przez ustawodawcę różnicy pomiędzy potrzebami w zakresie intensywności ochrony życia ludzkiego w fazie prenatalnej i postnatalnej. Wracając jednak do oceny krytykowanego projektu, wypada wskazać, że usprawiedliwienie potrzeby jego wprowadzenia poprzez odwołanie do art. 38 Konstytucji RP⁹⁹, jak również zapisów Konwencji o Prawach Dziecka¹⁰⁰ stanowi całkowite nieporozumienie. Z przepisów żadnego z wymienionych aktów prawnych nie wynika konieczność, czy nawet sugestia zrównania ochrony życia na każdym z etapów jego rozwoju. Wybiórcze przytoczenie założeń tych regulacji oraz fragmentów wielokrotnie z resztą krytykowanego orzeczenia TK z dnia 28 maja 1997 r. nie może stanowić uzasadnienia dla komentowanych zmian.

Jak wynika z treści niniejszego opracowania, system prawnokarnej ochrony życia i zdrowia ludzkiego, przewidziany w przepisach rozdziału XIX Kodeksu karnego, wymaga częściowych zmian, niwelujących szereg rozbieżności interpretacyjnych, widocznych na gruncie omawianych regulacji. Przede wszystkim istotne jest wyraźne wypowiedzenie się ustawodawcy w przedmiocie karalności zachowań, podjętych względem życia

⁹⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., (Dz.U. 2009 nr 114 poz. 946).

¹⁰⁰ Konwencja o Prawach Dziecka z dnia 20 listopada 1989 r., (Dz. U. 1991, nr 120, poz. 526).

ludzkiego w okresie prenatalnym, lecz wywołujących skutek wobec człowieka w rozumieniu ustawy karnej. Istotnym jest jednak, aby w ramach takowych zmian nie zapomnieć, w jakich warunkach nowelizowane przepisy mają funkcjonować i czemu (a raczej komu) mają służyć. Ważnym jest, aby unikać pomysłów ustawodawczych, takich jak omówiona wyżej, najnowsza inicjatywa obywatelska. Jest to bowiem w istocie kolejny z serii projektów legislacyjnych mających na celu urzeczywistnienie wizji „ochrony życia” według jednej ze stron sceny politycznej, przy pomocy najbardziej nośnego medialnie, a najmniej odpowiedniego w praktyce instrumentu, jakim jest Kodeks karny.

Bibliografia

- Barczak-Oplustil A., Glosa do wyroku s. okręg. z dnia 20 stycznia 2015 r., VI Ka 624/14, „Prokuratura i Prawo” 6/2016
- Barczak-Oplustil A., Kilka uwag na temat konieczności istnienia przedmiotu czynności wykonawczej w czasie czynu [w:] Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, tom II, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Warszawa 2012
- Bielski M., Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego, [w:] Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Warszawa 2012
- Buchała K., Bezprawność przestępstw nieumyślnych i wyłączające ją dozwolone ryzyko, Warszawa 1971
- Budyn-Kulik M. [w:] Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, M. Mozgawa (red.), LEX/el. 2021
- Dukiet-Nagórska T., Sitarz O., Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu istoty ludzkiej w prenatalnej fazie rozwoju [w:] System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi, T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, E. Zielińska (red.), (Wolters Kluwer) Warszawa 2021
- Filar M., Lekarskie prawo karne, Kraków 2000

- Gałązka M., Prawnokarna ochrona ludzkiego embrionu in vitro, „Prokuratura i Prawo” 5/2007
- Giezek J. [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek (red.), Warszawa 2014
- Grzyb M., Lubelski M. J., Plebanek E., Szafrńska M., Widacki J., Populizm penalny, J. Widacki (red.), Kraków 2017
- Konarska-Wrzosek V. [w:] Kodeks karny. Komentarz, wyd. III, A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzosek (red.), Warszawa 2020
- Krajewski R., Przestępstwo uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia dziecka poczętego, „Prokuratura i Prawo” 6/2007
- Królikowski M. [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Tom I, Komentarz. Art. 117-221, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2017
- Kulesza J., Moment powstania obowiązku ochrony życia dziecka nienarodzonego, zdolnego do życia poza organizmem matki. Glosa do wyroku SN z dnia 27 września 2010 r., V KK 34/10, „Państwo i Prawo” 7-8/2011
- Kulesza J., Prawnokarna ochrona życia człowieka w fazie prenatalnej (w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego), „Państwo i Prawo” 7/2015
- Makarewicz J., Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1935
- Malecki M., Na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2010 r., sygn. V KK 34/10 (o znamieniu „człowiek”), „Prokuratura i Prawo”, 7-8/2011
- Malecki M., Z problematyki obiektywnego przypisania skutku (przypadek płonącego anioła), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, 2/2013
- Marek A. [w:] Kodeks karny. Komentarz, A. Marek (red.), Warszawa 2006
- Marek A. [w:] Kodeks karny. Komentarz, wyd. V, A. Marek (red.), Warszawa 2010
- Nawrot O., Antropologia rozdziału XIX Kodeksu karnego, „Prawo i Medycyna” 4/2009
- Plebanek E., Ochrona zarodka in vitro [w:] System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi, T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, E. Zielińska (red.), (Wolters Kluwer) Warszawa 2021

- Plebanek E., Życie i zdrowie dziecka poczętego jako przedmiot prawnokarnej ochrony (wybrane problemy wykładnicze w perspektywie najnowszych propozycji legislacyjnych), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, 4/2016
- Potulski J., Dziecko jako przedmiot czynu zabronionego, Gdańsk 2007
- Potulski J., Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r., sygn. I KZP 13/08, „Prokuratura i Prawo” 5/2009
- Sitarz O., Uszkodzenie ciała dziecka poczętego [w:] System Prawa Medycznego. Tom III. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi, T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, E. Zielińska (red.), (Wolters Kluwer) Warszawa 2021
- Sroka T., Granica stosowania typów czynów zabronionych zawierających znamię „człowiek”, *Palestra* nr 11 – 12/2008
- Sroka T., Naruszenie zasad udzielania świadczeń zdrowotnych jako podstawa przypisania skutku [w:] tegoż Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku, Warszawa 2013
- Szwarczyk M. [w:] Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII, T. Bojarski (red.), Warszawa 2016
- Tyszkiewicz L. [w:] Kodeks karny. Komentarz, wyd. V, M. Filar (red.), Warszawa 2016
- Wróbel W., Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji [w:] Konstytucyjna formuła ochrony życia, „Przed Pierwszym Czytaniem” nr 3, Warszawa 2007
- Wróbel W., Zoll A., Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2013
- Young E., Second opinion, to be or not to be, „Stanford Medicine Magazine” 2004
- Zielińska E., Prawne problemy dopuszczalności i niedopuszczalności produkcji, sprzedaży oraz stosowania środków antyimplantacyjnych i wczesnoporonnych [w:] Prawne problemy ludzkiej prokreacji, W. Lang (red.), Toruń 2002
- Zoll A. [w:] Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz, t. II, A. Zoll (red.), Warszawa 2008
- Zoll A. [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a, W. Wróbel, A. Zoll (red.), Warszawa 2017
- Zoll A., Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne), Warszawa 1982

Zoll A., O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego, „Krakowskie Studia Prawnicze” XXIII, 1990

Abstract

This study aims to outline the issue of the basis of criminal liability for behaviors taken towards a human being in the prenatal phase. In particular, an attempt was made to decide whether under the current regulations, it is possible to assign criminal liability to the perpetrator for the effect on human life or health, despite the lack of existence of such an subject of the executive act at the time of the criminal act. Considerations in this matter were preceded by an analysis of the elements of the crime under Art. 157a of the Criminal Code and the nature of the institutions excluding criminal liability of certain categories of perpetrators. This issue has been the subject of dispute in the doctrine of criminal law and judicial jurisprudence for years. At the same time, it is of considerable practical importance, in particular for determining the scope and degree of repression threatening doctors or pregnant women. The final part of the article contains the critical analysis of *de lege ferenda* postulates in this matter.

Zakaz przerywania ciąży z przyczyn embriopatologicznych w praktyce orzekania organów międzynarodowych jako tortury oraz niehumanitarne lub poniżające traktowanie naruszające prawa człowieka

Wprowadzenie

Zakaz tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania należy uznać za jedną z najtrwalej ugruntowanych norm wynikających z prawa międzynarodowego. Tortury tradycyjnie kojarzone są z cierpieniem zadawanym osobom zatrzymanym przez funkcjonariuszy w państwowych zakładach zamkniętych, przede wszystkim w celu uzyskania od nich informacji lub w celu ukarania ich¹. Ostatnie dwie dekady przyniosły jednak refleksję w kontekście konieczności poszerzenia zakresu przedmiotowego tego pojęcia. Obecnie obserwuje się między innymi, że między zjawiskiem przemocy a kulturowym postrzeganiem płci zachodzi bezsporna korelacja². Coraz częściej dostrzegalny jest w związku z tym problem specyficznych, odnoszących się jedynie do kobiet form przemocy, które mogą kwalifikować się jako tortury oraz niehumanitarne lub poniżające traktowanie. Zauważa się także, że tortury mogą mieć miejsce nie

¹ A. Zureick, (En)Gendering Suffering: Denial of Abortion as a Form of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, „Fordham International Law Journal” 1/2015, s. 101.

² J. Dutka, Przemoc wobec kobiet i kobieca agresja w kontekście ról płciowych i mylnego uznania („misrecognition”), „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2/2014, s. 156.

tylko w sytuacji, gdy bezbronność ofiary wynika z tego, że jest ona w ścisłym tego słowa znaczeniu pozbawiona wolności (na przykład z uwagi na fakt, że przebywa w areszcie lub w zakładzie karnym), lecz także wtedy, gdy ograniczana jest jej szeroko rozumiana autonomia.

Analizując praktykę organów międzynarodowych wolno wysunąć tezę, iż w związku z taką zmianą optyki instytucje te coraz częściej są skłonne przyjmować, że w pewnych okolicznościach za tortury oraz nieludzkie lub poniżające traktowanie może zostać uznane odmawianie bądź utrudnianie kobietom dostępu do aborcji. Takie stanowisko prezentowane jest również w debacie społecznej, czego wyraz stanowi zainicjowana przez Federację na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny akcja pn. „Skarga Kobiet”, w toku której podnoszono, że zmuszanie kobiet do donoszenia ciąży w sytuacji wad płodu stanowi naruszenie zakazu tortur³.

Dotychczas nie została wypracowana jednolita linia orzecznicza w odniesieniu do tego, jakie uwarunkowania powinny przesądzać o dokonaniu takiej kwalifikacji. Dzieje się tak jednak przede wszystkim wtedy, gdy dany akt w sposób szczególnie dotkliwy przyczynia się do pozbawienia kobiety autonomii w procesie podejmowania decyzji⁴. Praktyka organów międzynarodowych pokazuje, że z taką sytuacją mamy do czynienia między innymi wtedy, gdy potrzeba aborcji motywowana jest stwierdzeniem u płodu poważnych wad.

Problem ten wystąpił w Polsce ze szczególną wyrazistością po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego K 1/20 z 22 października 2020 r.⁵. Do chwili wejścia w życie wspomnianego orzeczenia przesłanka dotycząca patologii płodu stanowiła jedną z okoliczności, z których zaistnieniem Ustawa o planowaniu rodziny wiązała możliwość przeprowadzenia legalnego zabiegu przerywania ciąży. Dopóki przepis art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy obowiązywał, teoretycznie pozwalał na legalne przerwanie ciąży z tego powodu, choć w praktyce było to bardzo utrudnione. Niemniej możliwość skorzystania z niego odsuwała na dalszy plan namysł

³ <https://federa.org.pl/skarga-kobiet/> [dostęp: 14.06.2022 r.].

⁴ A. Zureick, (En)Gendering..., s. 101.

⁵ Wyrok TK z dnia 20 października 2020 r., K 1/20, (OTK-A 2021/1).

nad tym, jak ciężkie patologie u płodu odbijają się na zdrowiu fizycznym i psychicznym kobiety. Problem był obecny w opiece zdrowotnej nad ciężarnymi, ale praktycznie dochodził do głosu dopiero wówczas, gdy ciąża nie została przerwana na przykład dlatego, że z powodu zaniedbań diagnostycznych wady płodu stwierdzono zbyt późno. Świadczą o tym uzasadnienia wyroków odszkodowawczych, gdzie sporo miejsca zajmują udokumentowane opisy doznanych traum i utrzymujących się cierpień psychicznych matek, które spotkała tak okrutna niespodzianka. Po uchyleniu pkt 2 ust. 1 art. 4a uwaga w nieunikniony sposób skupiła się już tylko na kosztach zdrowotnych po stronie kobiety. Zagadnienie nie jest więc nowe, tyle tylko że wcześniej pozostawało bardziej w cieniu. Obecnie zaś wymaga pogłębionej analizy z odwołaniem się do doświadczeń tych systemów prawnych, gdzie aborcja z przyczyn embriopatologicznych była lub jest z zasady niedopuszczalna. W związku z tym skarżące ubiegały się tam o ochronę na podstawie paktów międzynarodowych i powoływały właśnie na nieludzkie i poniżające traktowanie, przybierające w skrajnych przypadkach postać możliwą do zakwalifikowania jako psychiczne tortury.

Należy jednak od razu na wstępie wyszczególnić dwa warianty sytuacji, w których możemy mieć do czynienia z odmową bądź utrudnianiem kobiecie dostępu do aborcji z uwagi na wystąpienie patologii płodu: gdy możliwość dokonania zabiegu przerwania ciąży w takich okolicznościach jest zagwarantowana przez ustawodawstwo krajowe i gdy brak jest takich gwarancji⁶. Dopiero bazując na tym rozróżnieniu możemy przystąpić do analizy praktyki orzeczniczej organów międzynarodowych i dokonać oceny tego, czy zarówno w pierwszym, jak i w drugim wariancie możemy mówić o utrudnianiu dostępu do aborcji jako o torturach bądź nieludzkim

⁶ Należy poczynić zastrzeżenie, iż brak gwarancji prawnych w dostępie do aborcji nie implikuje automatycznie, iż prawodawca krajowy przewiduje niedopuszczalność przerywania ciąży w świetle prawa karnego. Niemniej praktyka legislacyjna poszczególnych państw pokazuje, iż w znacznej większości przypadków możemy obserwować taką zależność. Uzasadnione wydaje się zatem, aby dla zachowania spójności kompozycyjnej artykułu przypadki, w których z prawa krajowego nie wynikają gwarancje prawne dostępu do aborcji, zrównać z sytuacjami, w których taki stan rzeczy stanowi konsekwencję penalizacji tego typu zabiegów przez prawo krajowe.

lub poniżającym traktowaniu. Opracowanie ma na celu ocenę, czy i jakie czynniki decydują o uznaniu prawnej niedopuszczalności przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych za torturę, względnie za niehumanitarne lub poniżające traktowanie kobiety. Analiza zostanie przeprowadzona głównie w oparciu o orzecznictwo międzynarodowe, także z uwzględnieniem spraw polskich.

Embriopatologiczna przesłanka przerwania ciąży

Na potrzeby niniejszego artykułu posłużę się terminem „przesłanka embriopatologiczna” (teratologiczna⁷) przypisując mu takie znaczenie, jakie pojęciu temu nadal polski ustawodawca w uchylonym art. 4a ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁸, a którego niedopuszczalność stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 22 października 2020 r. Przepis dopuszczał aborcję w sytuacji, gdy „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu”. Posłużenie się przez ustawodawcę spójnikiem „albo” oznacza, że sformułował on w istocie dwa równorzędne i samodzielne kryteria⁹. Wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia tylko jednej ze wskazanych w powołanym przepisie okoliczności stanowiło zatem dostateczne uzasadnienie dla przeprowadzenia zabiegu¹⁰. Były to: ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu oraz nieuleczalna choroba zagrażając życiu płodu.

⁷ E. Zielińska, *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa 1990, s. 123.

⁸ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78 ze zm.).

⁹ Tak SN w wyroku z 6 maja 2010 r., II CSK 580/09, OSP nr 2/2011 poz. 13, s. 83.

¹⁰ J. Różyńska, [w:] *System Prawa Medycznego* (red. nac. E. Zielińska), Tom II. Część 2 Regulacja prawna czynności medycznych, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, (Wolters Kluwer) Warszawa 2019, s. 288. Inaczej: M. Królikowski, *Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży* [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek,

Ustawa o planowaniu rodziny nie dostarczała definicji legalnej żadnego z tych terminów. Zasadne jest zatem przypisanie im takiego znaczenia, jakie posiadają w języku pozaprawnym i przy niezbędnym odniesieniu do stanu wiedzy medycznej. Dla uściślenia pojęcia ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu możemy posłużyć się definicją upośledzenia opracowaną przez WHO na potrzeby ICF (International Classification of Functioning, Disability and Health; zgodnie z nią, termin ten odnosi się do „zmian funkcji lub struktury ciała, takich jak utrata lub istotne odchylenie od stanu prawidłowego”¹¹. Powołane nieprawidłowości mogą mieć podłoże w defekcie rozwojowym, urazie mechanicznym lub przebytej chorobie. Przy rozstrzyganiu, czy mamy do czynienia z sytuacją, w której takie upośledzenie wolno sklasyfikować jako ciężkie i nieodwracalne, trzeba zaś odwołać się do zapatrywań judykatury i doktryny. Należy przychylić się do poglądu, który dopuszcza uznanie synonimicznego charakteru „ciężkiego upośledzenia” oraz „ciężkiego kalectwa”, którym ustawodawca posługuje się w art. 156 §1 pkt. 2 Kodeksu Karnego. Przyjęcie takiego założenia pozwala stwierdzić, że aby zachodziły okoliczności pozwalające na dokonanie legalnej aborcji w związku z ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem płodu, musi występować zupełne zniesienie albo bardzo znaczne ograniczenie czynności narządu lub układu, które w istotny sposób zmniejsza ogólną sprawność danej osoby¹². Jak wskazuje R. Kubiak, upośledzenie to nie musi być jednak na tyle poważne, by w przyszłości zagrażało życiu dziecka (ten warunek odnosi się bowiem jedynie do nieuleczalnej choroby)¹³. Cechę nieodwracalności upośledzenia należy zaś wiązać z sytuacją, gdy medycyna nie dysponuje środkami pozwalającymi na przywrócenie utraconej albo ograniczonej funkcji lub struktury ciała

M. Królikowski, Warszawa 2010, s. 182. Polemika z M. Królikowskim: M. Boratyńska, Wolny wybór. Gwarancje i granica prawa pacjenta do samodecydowania, Warszawa 2012, s. 601-603.

¹¹ Światowa Organizacja Zdrowia, Międzynarodowa Klasyfikacja Funkcjonowania Niepełnosprawności i Zdrowia (icF), Genewa 2001 (wyd. polskojęzyczne) Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia 2009, s. 10 (http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42407/9241545429_pol.pdf) [dostęp: 20.03.2022 r.].

¹² W. Grudziński, Przepęstwa umyślnego uszkodzenia ciała, Warszawa 1968, s. 91.

¹³ R. Kubiak, Prawo medyczne (wyd. III), Warszawa 2017, s. 510.

do stanu mieszczącego się w granicach normy¹⁴. Przykładowo - Okręgowy Sąd Lekarski w Warszawie (orzekający w trzyosobowym składzie lekarskim) nie miał wątpliwości, iż za takie ciężkie upośledzenie liczy się trisomia 21, popularnie zwana zespołem Down¹⁵. Ciężki charakter wady wynika przede wszystkim z obiektywnie dostępnej wiedzy medycznej i jest pochodną występujących objawów, pociągających za sobą znaczny stopień bezradności życiowej i uzależnienia od opieki osób trzecich¹⁶.

Drugim samodzielnym kryterium stanowiącym na mocy derogowanego przepisu uzasadnienie dla dopuszczalności aborcji było istnienie dużego prawdopodobieństwa nieuleczalnej choroby zagrażającej życiu płodu. „Nieuleczalność” stanowi pojęcie, które z uwagi na postęp nauk medycznych podlega dynamicznej wykładni. Choroba nieuleczalna jest bowiem przypadłością, „która według aktualnego stanu wiedzy jest niemożliwa do uleczenia ze względu na brak skutecznego leku lub niemożność przeprowadzenia skutecznego leczenia na drodze chirurgicznej”¹⁷. Ustawodawca nie precyzuje charakteru zagrożenia, jakie miałoby wynikać z nieuleczalnej choroby płodu¹⁸. Przeważająca część doktryny optuje jednak za interpretacją, zgodnie z którą nie może być to zagrożenie jedynie potencjalne; mówimy więc o zagrożeniu bezpośrednim, którego oceny dokonuje lekarz *in concreto*¹⁹. Konieczne jest wystąpienie okoliczności, w których nawet w wypadku szybkiego i intensywnego postępowania leczniczego, z reguły i w każdej chwili choroba prowadzić może do śmierci, a zatem, w której życie dziecka będzie „nieustannie zagrożone”²⁰.

¹⁴ J. Różyńska, *Regulacja ...* s. 292.

¹⁵ Orzeczenie z 28 kwietnia 2005 r., sygn. akt OSŁ-3/05 (niepubl.). Omówienie zob. M. Boratyńska: *O łamaniu przepisów dopuszczających przerwanie ciąży, „PiM”* 2/2008, s. 93-97.

¹⁶ M. Boratyńska, *Wolny wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 598.

¹⁷ B. Michalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz.*, red. A. Wąsek, Tom I, Warszawa 2004, s. 296.

¹⁸ J. Różyńska, *Regulacja ...* s. 292.

¹⁹ F. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna.*, red. A. Zoll, Tom II, Warszawa 2017, s. 363.

²⁰ M. Królikowski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117-221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 293.

Nie chodzi tu zatem o każdą niepełnosprawność, lecz o bardzo poważne uszkodzenia psychiczne lub somatyczne.

Znaczenie pojęcia tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania

W związku z podejmowaną przeze mnie problematyką, celowe jest również sprecyzowanie pojęć takich jak tortury oraz niehumanitarnie i poniżające traktowanie, a także wyszczególnienie kryteriów pozwalających przyjąć, że w danym przypadku mamy do czynienia z określoną formą naruszenia zakazu maltretowania.

Zakaz ten odnosi się w równym stopniu do wszystkich przywołanych wyżej form bezpośredniego naruszenia integralności fizycznej lub psychicznej osoby znajdującej się we władaniu funkcjonariuszy publicznych²¹, ma charakter bezwyjątkowy, niederogowalny i stanowi komponent fundamentu aksjologicznego międzynarodowych oraz regionalnych systemów ochrony praw człowieka²². Nie tylko znajduje odzwierciedlenie w dokumentach prawa międzynarodowego (art. 7 MPPOiP; art. 2 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur (...)), europejskiego (art. 3 EKPCz, art. 4 KPP UE), a także aktach rangi konstytucyjnej, obowiązujących w ramach porządków krajowych (art. 40 Konstytucji RP), lecz również stanowi normę o charakterze *ius cogens*. Jedynym wiążącym aktem prawnomiędzynarodowym, który zawiera legalną definicję tortur, jest jednak Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. W rozumieniu powołanej konwencji termin „tortury” oznacza „każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę

²¹ L. Garlicki, [w:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18., red. L. Garlicki, Tom. I, Warszawa 2010, s. 107.

²² L. Garlicki, Konwencja ... s. 98.

albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą. Określenie to nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikającego wyłącznie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie z nimi związanego lub wywołanego przez nie przypadkowo”²³. Tak skonstruowana definicja zyskała w swym ogólnym kształcie akceptację również w ramach systemów ochrony praw człowieka o zasięgu regionalnym i krajowym²⁴, co podkreśla orzecznictwo organów sądowych, funkcjonujących w ramach tych porządków. Polska oraz międzynarodowa doktryna prawa wskazują na szczególne elementy, które – jeśli występują łącznie – stanowią o naruszeniu zakazu tortur²⁵:

- a) intensywność cierpień,
- b) premedytacja działań służących zadaniu bólu,
- c) celowy charakter zadawania bólu,
- d) możliwość przypisania danego aktu państwu.

Należy jednak zastrzec, iż część doktryny akceptuje pogląd, zgodnie z którym w określonych sytuacjach (w szczególności w przypadku zadania osobie szczególnie okrutnych cierpień) dopuszcza się zakwalifikowanie danego zachowania jako tortury pomimo niezaisnienia trzech pierwszych elementów jednocześnie²⁶.

W aktach prawa międzynarodowego brak natomiast legalnej definicji niehumanitarnego i poniżającego traktowania, które to formy zachowań – obok tortur - wypełniają znamiona maltretowania. Organy międzynarodowe zasadniczo dokonują uściślenia treści normatywnej przywołanych

²³ Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1984 (Dz. U. z dnia 2 grudnia 1989) Dz.U. 1989 nr 63 poz. 378 - ISAP.

²⁴ M.A. Nowicki, Wokół Konwencji Europejskiej: Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Warszawa 2000, s. 372.

²⁵ M. Nowak, What Practices Constitute Torture? US and UN Standards, “Human Rights Quarterly”, 2006 nr 4, s. 816; B. Nowak, [w:] Prawa i wolności I i II generacji, red. A. Florczak, B. Bolechów, Toruń 2006, s.70-72.

²⁶ L. Garlicki, [w:] Konwencja ..., s. 108.

wyżej pojęć, odwołując się do relacji, w jakiej pozostają one wobec tortur. Wspomniane formy maltretowania wykazują bowiem wzajemne powiązania, które w uproszczeniu można podsumować w następujący sposób: „każda tortura stanowi zarazem niehumanitarne i poniżające traktowanie, każde niehumanitarne traktowanie jest także poniżające, ale działanie poniżające nie musi być zarazem niehumanitarne, a działanie niehumanitarne zwykle nie stanowi tortury”²⁷. Kategorie te mają zatem charakter stopniowalny, zaś kryterium, według którego dokonywana jest gradacja, stanowi przede wszystkim natężenie cierpienia będącego udziałem ofiary. Skala intensywności cierpienia pozwala również odgraniczyć tortury - najostrzejszą formę maltretowania - od niehumanitarnego oraz poniżającego traktowania. Warto jednak zastrzec, że w każdym przypadku musi zostać spełnione kryterium „minimalnego poziomu dolegliwości”, właściwego dla poszczególnych form maltretowania. Drugim, bardziej uchwytym kryterium demarkacji jest natomiast wymóg, aby po stronie funkcjonariusza publicznego dopuszczającego się naruszenia autonomii ofiary wystąpił zamiar wywołania cierpienia o szczególnym zabarwieniu związanym z celem działania sprawcy. Stanowi on komponent definicji tortur, niewymagany z kolei dla zaklasyfikowania danego zachowania jako niehumanitarnego, bądź poniżającego traktowania²⁸. Nie wyklucza to jednak możliwości zaklasyfikowania danego zachowania jako przejawu niehumanitarnego lub poniżającego traktowania mimo istnienia po stronie sprawcy zabarwionego celem zamiaru spowodowania cierpienia. Należy ponadto poczynić zastrzeżenie, że to kryterium, jako cecha dystynktywna, nie znajduje zastosowania na gruncie MPPOiP; w przypadku tej konwencji wystąpienie elementu premedytacji nie jest warunkiem sine qua non dla stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z torturami.

Zagadnieniem jeszcze bardziej złożonym jest problem rozgraniczenia niehumanitarnego traktowania oraz traktowania, które można określić

²⁷ I.J. Biśta, Zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania [w:] Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 68.

²⁸ L. Garlicki, [w:] Konwencja ..., s. 110.

jako poniżające. Ich delimitacja oparta jest bowiem na płynnych, trudno uchwytnych kryteriach. Orzecznictwo strasburskie wskazuje, iż w kategoriach niehumanitarnego traktowania należy postrzegać zachowania (które można przypisać państwu) polegające na wkroczeniu w sferę integralności fizycznej i psychicznej człowieka, które - choć nie sięgają swoją drastycznością poziomu tortury - wywołują u ofiary intensywne cierpienie fizyczne lub psychiczne²⁹. Traktowanie poniżające Trybunał określa natomiast jako działania lub zaniechania (które można przypisać państwu), powodujące „poczucie strachu, udręczenia i niższości”³⁰. Definicje te pozwalają co prawda ustalić, iż traktowanie, które możemy określić mianem „niehumanitarnego”, jest ostrzejszą formą maltretowania, niż traktowanie poniżające. Nie dostarczają jednak uchwytnych kryteriów umożliwiających dokonanie stosunkowo precyzyjnej typologii zachowań niebędących torturami, które mogłyby zostać zakwalifikowane jako jedna ze wskazanych form złego traktowania. Rozstrzygnięcia w tym przedmiocie mają zatem charakter kazuistyczny³¹.

Podobnych trudności dostarcza wszakże rozgraniczenie aktów, które mogą stanowić przejawy poniżającego traktowania od zachowań, w przypadku których taka kwalifikacja wydaje się nieadekwatna. W tym przypadku kluczowe znaczenie należy przypisać elementowi o charakterze subiektywnym - sposobowi recepcji działań przez osobę im poddawaną³². Istotne jest zatem przede wszystkim to, czy sama ofiara czuje strach, stres bądź podporządkowanie zdolne do jej upokorzenia i upodlenia bądź zniewolenia³³. Subiektywizacja kryteriów pozwalających na stwierdzenie minimalnego poziomu dolegliwości właściwego dla poniżającego traktowania jest szczególnie istotna z punktu widzenia ofiary. Zidentyfikowanie poziomu cierpienia jednostki, skutkującego możliwością stwierdzenia

²⁹ Tamże, s. 114.

³⁰ Wyrok ETPCZ z dnia 18 stycznia 1978 r., nr 5310/71, Irlandia przeciwko Wielkiej Brytanii.

³¹ R. Wieruszewski, [w:] Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz., red. W. Sobczak, Warszawa 2012, s. 174.

³² Wyrok ETPCZ z dnia 25 kwietnia 1978 r., nr 5856/72, Tyrer przeciwko Wielkiej Brytanii.

³³ L. Garlicki, [w:] Konwencja ..., s. 111.

co najmniej poniżającego traktowania przesądza bowiem o możliwości pociągnięcia państwa do odpowiedzialności na gruncie art. 3 EKPCz, bądź art. 7 MPPOiP.

Tamowanie dostępu do aborcji jako tortura bądź niehumanitarne traktowanie

Wspomniana we wstępie, postępująca od ponad dwóch dekad zmiana optyki organów międzynarodowych sprawia, iż ciała te są gotowe uznać, że w świetle aktów prawnomiędzynarodowych odnoszących się do zagadnień związanych z ochroną praw człowieka, utrudnianie kobietom dostępu do aborcji motywowanej wystąpieniem przesłanki embriopatologicznej powinno zostać uznane za naruszenie zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Do zbliżonych konkluzji prowadzi skrupulatna analiza poszczególnych przesłanek, które pozwalają stwierdzić, że dane zachowanie nosi znamiona tego rodzaju pogwałcenia prawa człowieka.

Spośród wszystkich ogniw składających się łącznie na pojęcie tortur elementem o najwyższym stopniu niedookreślenia pozornie wydaje się intensywność cierpień zadanych ofierze. W zależności od tłumaczenia mówi się o „ostrym”, „poważnym” bądź „bezwzględny” (severe) bólu, który staje się jej udziałem³⁴. Te wnioski, płynące z definicji zawartej w Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur (...), zaadaptowanej dla potrzeb międzynarodowych systemów ochrony praw człowieka, pozwalają doprecyzować doświadczenia strasburskie³⁵. Szczególne znaczenie ma w tym kontekście, na co wskazują zarówno L. Garlicki, jak i B. Gronowska, - wyrok ws. Selmouni p. Francji z 28 lipca 1999 r.³⁶. W związku z tą sprawą Trybunał stwierdził, że kwestię, czy w danym przypadku mamy

³⁴ S. Sykuna, Polityczny, prawny i etyczny wymiar normatywnego zakazu stosowania tortur [w:] Wymiar prawa. Teoria. Filozofia. Aksjologia, red. M. Hermann, M. Krotoszyński, Warszawa 2019, s. 6.

³⁵ Tamże, s. 7.

³⁶ B. Gronowska, Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, Prawa człowieka i ich ochrona, Toruń 2010, s. 297-298.; L. Garlicki, [w:] Konwencja ..., s. 298.

do czynienia z torturami, należy oceniać *ad casum*, biorąc pod uwagę nie tylko samą intensywność zadawanego bólu, lecz także czas jego zadawania, skutki fizyczne oraz psychiczne, a także płeć, wiek i stan zdrowia ofiary³⁷. Ponadto uznał, że „systematycznie zwiększający się wysoki standard wymagany w sferze ochrony praw człowieka i jego podstawowych wolności, w sposób nieunikniony wymaga większej stanowczości w ocenie naruszeń dotyczących fundamentalnych wartości społeczeństw demokratycznych”. Tym samym Trybunał zaakceptował dynamiczny charakter konwencyjnej definicji tortur, co należy uznać za kluczowe w kontekście możliwości zaklasyfikowania tak ograniczania dostępu do zabiegu przerywania ciąży z przyczyn embriopatologicznych.

Orzecznictwo organów międzynarodowych sugeruje, że cierpienie kobiety ma inne podłoże wtedy, gdy możliwość dokonania aborcji w danych okolicznościach gwarantują jej przepisy prawa krajowego, inne zaś, kiedy nie przewidują żadnych gwarancji w tym zakresie lub wręcz operują sankcjami prawnokarnymi za podjęcie działań zmierzających do przerwania ciąży - do czego odniosę się w sposób bardziej pogłębiony w dalszej części tekstu. W każdym przypadku jego główną przyczyną jest jednak pozbawienie autonomii decyzyjnej – rozumianej za N.R. Koffemanem jako „możliwość kierowania swoim życiem według własnych wyborów” - w zakresie reprodukcji³⁸. Autonomię tę należy zgodnie z teorią autorstwa Geralda Dworkina wiązać z koncepcją integralności moralnej osoby ludzkiej, a w konsekwencji - z absolutnym prawem każdego do poszanowania własnej godności³⁹. Niedopuszczalne byłoby wszakże - co należy zastrzec - wyprowadzenie na tym tle wniosku, że każde ograniczenie autonomii jednostki godzi w integralność i godność człowieka w sposób, który wywołuje u niego cierpienie, pozwalające rozpatrywać

³⁷ Wyrok ETPCZ z dnia 28 lipca 1999 r., nr 25803/94, Selmouni przeciwko Francji, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58287%22%5D%7D> [dostęp: 17.06.2022]

³⁸ N.R. Kofferman, *Personal Autonomy in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Leiden 2010, s. 5.

³⁹ A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Autonomia jednostki w międzynarodowym prawie biomedycznym*, Wrocław 2019, s. 26.

je w kategoriach tortur bądź niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Takimi ograniczeniami są bowiem w pewnym zakresie m.in. wszystkie zakazy prawnokarne. Eksperyment myślowy ze „słynnym, nieprzytomnym skrzyptkiem”, zaczerpnięty z eseju „Obrona aborcji”⁴⁰ dobrze pokazuje jednak, że w przypadku utrudniania dostępu do aborcji możemy mówić o ograniczeniu kwalifikowanym. Co podnosi J.J. Thomson „jeśli istota ludzka ma do czegośkolwiek słuszne, przyrodzone prawo, to jest to prawo do dysponowania własnym ciałem”⁴¹. Ograniczenia autonomii na tle utrudniania dostępu do aborcji, szczególnie w przypadku, gdy jest ona motywowana wystąpieniem przesłanki embriopatologicznej, należy zatem postrzegać jako elementarnie godzące w integralność człowieka zarówno na płaszczyźnie psychicznej, jak i fizycznej. W razie wystąpienia ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, znamieny jest pierwiastek pogwałcenia integralności fizycznej kobiety. W znakomitej większości przypadków choroba bądź upośledzenie płodu nie pozostają bowiem bez konsekwencji dla jej własnej kondycji fizycznej i mogą powodować m.in. nadciśnienie tętnicze, rzucawkę, uszkodzenia narządów wewnętrznych, sepsę, czy też krwotoki⁴². Należy więc przyjąć, że w takim przypadku wkroczenie w ową sferę wewnętrznej spójności jednostki stanowi źródło jej cierpienia, które w sytuacji, gdy decyzja o aborcji motywowana jest wystąpieniem patologii płodu, dodatkowo potęguje konieczność skonfrontowania się z potencjalnym cierpieniem bądź śmiercią przyszłego dziecka. Intensywność cierpień zadanych ofierze pozostaje zatem przesłanką niedookreśloną w tym sensie, że stwierdzić, iż w danym przypadku mamy do czynienia z naruszeniem zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania jesteśmy w stanie dopiero, gdy odniesiemy dorobek orzecznictwa ETPCz do konkretnego stanu faktycznego. Nie sposób jednak z góry

⁴⁰ J.J. Thomson, A Defense of Abortion, „Philosophy & Public Affairs”, Vol 1, No. 1 1971, s. 48-49.

⁴¹ Tamże, s. 53.

⁴² E. Biernacka, Lustrzane odbicie problemów klinicznych płodu z wadą

letalną u matki, „Kurier Medyczny” 13.I.2021, <https://www.termedia.pl/mz/Lustrzane-odbicie-problemow-klinicznych-plodu-z-wada-letalna-u-matki,40920.html> [dostęp: 23.04.2022 r.].

wykluczyć, że taka sytuacja będzie miała miejsce w przypadku odmowy dostępu do aborcji z przyczyn embriopatologicznych; szczególnie jeśli weźmiemy pod uwagę, że w przypadku kobiety w ciąży, jako jednostki szczególnie narażonej na doświadczenie nadużyć, minimalny próg dolegliwości ulega obniżeniu.

Kolejnymi elementami składającym się na pojęcie tortur są premedytacja działań służących zadaniu bólu oraz ich ukierunkowanie na osiągnięcie konkretnego celu. Przesłanki te, z uwagi na zachodzący między nimi znaczny stopień konwergencji, pozwolę sobie omówić łącznie. Pierwsza z nich zakłada, że u osoby dopuszczającej się zachowań, które można zaklasyfikować jako naruszenie zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, zachodzi specyficzna strona podmiotowa – zamiar wywołania u ofiary cierpienia. W syntetycznym, wąskim ujęciu sprowadza się to do stwierdzenia, że zadawanie cierpień następuje w sposób zamierzony i przygotowany, a nie jest jedynie wynikiem przypadkowych okoliczności. Należy jednak dopuścić również wariant, w którym zamiar wywołania cierpienia sprowadza się do świadomości sprawcy cierpienia, że zadaje ofierze ból i jego obojętności wobec tego faktu⁴³. W tym ostatnim przypadku należy stwierdzić, że strona podmiotowa u takiej osoby przybiera postać zamiaru ewentualnego, którego stroną intelektualną jest przewidywanie możliwości popełnienia czynu, zaś stroną woluntatywną – godzenie się, różne od chęci popełnienia czynu.

„Celowy charakter zadawania bólu” oznacza natomiast, że zamiar wywołania cierpienia zabarwiony jest znamieniem celu. Według Art. 1 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur celem działania sprawcy musi być:

- a) ukaranie ofiary za czyn popełniony przez nią lub przez osobę trzecią,
- b) ukaranie ofiary za czyn, o którego dokonanie jest ona podejrzana,
- c) zastraszenie ofiary lub osoby trzeciej,
- d) wywarcie nacisku na ofiarę lub na osobę trzecią,

⁴³ R. Wieruszewski, [w:] *Międzynarodowy ...* s. 172.

e) dyskryminacja ofiary.

W kontekście zakwalifikowania zachowania polegającego na odmowie lub ograniczaniu dostępu do aborcji z przyczyn embriopatologicznych jako tortur, to właśnie te przesłanki mają charakter najbardziej problematyczny z perspektywy organów międzynarodowych. O ile część doktryny dopuszcza bowiem wariant, w którym pojęcie „premedytacja” obejmuje także takie przypadki, w których strona podmiotowa sprawcy przybiera formę zamiaru ewentualnego, nieuzasadnione byłoby stwierdzenie, że jest to pogląd powszechnie akceptowany⁴⁴. Trudności może przysparzać również zidentyfikowanie konkretnego celu, jakiemu w danym przypadku przyświeca zadawanie cierpienia. Fakt, iż skutkiem odmowy przeprowadzenia aborcji może być ad casum dyskryminacja jednostki z uwagi na przynależność do pewnej grupy (np. dlatego, że jest ona osobą niezamężną) nie przekłada się bowiem automatycznie na możliwość wyprowadzenia stąd wniosku, że działania personelu medycznego były w konkretnym przypadku ukierunkowane na spowodowanie takiego skutku. Lech Garlicki nie wyklucza jednak całkowicie możliwości, aby takie postępowanie zostało uznane za naruszenie zakazu tortur – nawet w przypadku, gdy nie mamy do czynienia z premedytacją działań bądź ich ukierunkowaniem na osiągnięcie jednego z celów wskazanych w Konwencji. Jak bowiem stwierdza: „Elementy te najczęściej występują łącznie, ale mają znaczenie autonomiczne, bo – z jednej strony, zadanie bardzo okrutnych cierpień może samo w sobie stanowić torturę, nawet gdy nie towarzyszy temu kontekst premedytacji czy zmuszania, a – z drugiej strony, istnienie owego kontekstu rozszerza zakres sytuacji, w których brutalne traktowanie staje się torturą.”⁴⁵. Na potrzeby prowadzonych tutaj rozważań można tylko zaznaczyć, że wywieranie nacisku polega na zmuszeniu w ten sposób kobiety do donoszenia ciąży, urodzenia ciężko upośledzonego albo śmiertelnie chorego dziecka i zmierzania się z jego cierpieniami.

⁴⁴ Wariant taki odrzuca m.in. S. Sykuna, *Polityczny, prawny i etyczny ...*, s. 5.

⁴⁵ L. Garlicki, [w:] *Konwencja ...*, s. 108.

Nawet zatem jeśli cierpienie ofiary nie osiągnie pulapu, pozwalającego na zakwalifikowanie danego zachowania jako tortury przy jednoczesnym braku elementu intencjonalności bądź celowości, dane działanie bądź zaniechanie może zostać uznane za niehumanitarne lub poniżające traktowanie. W perspektywie prawnomiedzynarodowej pociąga to za sobą analogiczne konsekwencje praktyczne w zakresie możliwości reakcji.

Z punktu widzenia ofiary zasadniczo jednak nie ma istotniejszego znaczenia praktycznego, czy organ stwierdzi, że była ona torturowana, czy też poddawana niehumanitarnej lub poniżającej traktowaniu⁴⁶. Szczególnie, iż - jak stwierdził ETPCz na kanwie wyroku ws. Selmouni przeciwko Francji - "pewne działania, które w przeszłości klasyfikowano jako niehumanitarne i poniżające traktowanie, mogą zostać w przyszłości zakwalifikowane inaczej".

Pierwiastek władczy

Wreszcie, do elementów dystynktywnych, pozwalających stwierdzić naruszenie zakazu tortur, należy możliwość przypisania danego zachowania państwu⁴⁷. Państwo ponosi wobec tego odpowiedzialność za tego rodzaju akty w dwóch sytuacjach. Po pierwsze - jeśli źródłem naruszenia są w wymiarze bezpośrednim działania albo zaniechania funkcjonariuszy państwowych lub innych osób występujących w charakterze urzędowym bądź zachowania, których inne osoby dopuszczają się z ich polecenia. Po drugie zaś - gdy podmioty te nie dolożą należytej staranności w celu zapobiegania, ścigania i karania czynów innych osób, których zachowania mogą zostać zakwalifikowane jako naruszenie wspomnianego zakazu.⁴⁸ W tym przypadku możemy bowiem mówić o swego rodzaju milczącym przyzwoleniu państwa na tego rodzaju praktyki. Taką wykładnię zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania potwierdza Komitet

⁴⁶ R. Wieruszewski, [w:] *Miedzynarodowy ...* s. 175.

⁴⁷ A. Zureick, (En)Gendering..., s. 109.

⁴⁸ Wyrok ETPCZ z dnia 19 kwietnia 2001 r., nr 28524/95, Peers przeciwko Grecji, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-59413%22%7D> [dostęp 17.06.2022]

Przeciwko Torturom: „w przypadku, gdy władze Państwa lub inne osoby występujące w charakterze urzędowym [...] wiedzą lub mają uzasadnione powody, by sądzić, że funkcjonariusze inni niż państwowi bądź osoby prywatne dopuszczają się aktów tortur lub złego traktowania, i nie dochowują one należytej staranności w celu zapobiegania, prowadzenia dochodzenia, ścigania i karania takich [...] osób [...] zgodnie z Konwencją, Państwo ponosi odpowiedzialność, a jego funkcjonariusze powinni być uznawani za sprawców, współsprawców lub osoby w inny sposób odpowiedzialne na mocy Konwencji za wyrażenie wyraźnej lub milczącej zgody na takie niedopuszczalne czyny”. Z taką właśnie sytuacją najczęściej mamy do czynienia w przypadku odmowy lub utrudniania dostępu do aborcji z przyczyn embriopatologicznych⁴⁹. Pozwala to wysunąć wniosek, że w przypadku, gdy akty noszące znamiona maltretowania pochodzą od lekarzy oraz innych podmiotów (niezależnie od tego, czy osoby te działają w publicznych, czy też w prywatnych placówkach medycznych), odpowiedzialność za nie możemy przypisać państwu.

W pewnych okolicznościach zachowania polegające na odmowie bądź utrudnianiu pacjentkom dostępu do aborcji można zatem uznać za przejawy maltretowania skutkującego naruszeniem art. 3 EKPCz oraz innych przepisów statuujących zakaz tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Co więcej, nie należy wykluczać, że wystąpienie określonych przesłanek (przede wszystkim komponentu premedytacji oraz celowości przy zadawaniu bólu) może niekiedy przesądzić o zakwalifikowaniu danego aktu jako najostrzejszej formy maltretowania.

Ochrona prawa do prywatności

Nie można przy tym tracić z pola widzenia faktu, że w kontekście odmowy przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży organy międzynarodowe koncentrują się w pierwszej kolejności na możliwości pogwałcenia

⁴⁹ Punkt 18 komentarza ogólnego nr 2 dotyczącego wdrożenia art. 2 przez Państwa-strony (CAT/C/GC/2) z 24 stycznia 2008 r.

prawa do poszanowania życia prywatnego ofiary. Sferę życia prywatnego można rozumieć jako kategorię ściśle powiązaną z ideą szeroko rozumianego prawa do prywatności, obejmującego sferę autonomii i domniemanej wolności jednostki od regulacji zewnętrznej⁵⁰, której nie można jednak rozumieć wyłącznie jako nieobecności zewnętrznego przymusu⁵¹. Co zastrzegł Trybunał na gruncie orzeczenia ws. Niemietz p. Niemcom, “nie jest [jednak] ani możliwe, ani potrzebne podejmowanie próby ujmowania pojęcia ‘życie prywatne’ w definicję o charakterze wyczerpującym”⁵². Potrzeby wypracowania takiej definicji nie dostrzega się również na gruncie systemu ochrony praw człowieka ONZ. Zaletą takiego podejścia jest jego elastyczność: „Niedookreśloność zakresowa “życia prywatnego” ułatwia rozwój precedensów orzeczniczych i stosowanie podejścia ewolucyjnego”⁵³. W związku z tym na tle ogólnej idei autonomii jednostki w kształtowaniu sposobu swojego życia mogły wyodrębnić się pewne obszary materii szczegółowej, które wymagają wyjątkowo silnej ochrony przed ingerencją zewnętrzną. Jednym z nich jest przestrzeń decyzji w przedmiocie prokreacji: zarówno o jej podjęciu jak i o powstrzymaniu się od niej⁵⁴. Zagadnienie swobody decyzji o powstrzymaniu się od prokreacji zyskuje jednak nową jakość na tle zagadnień związanych z problematyką aborcji. W opinii organów międzynarodowych kwestie te nie należą bowiem wyłącznie do sfery życia prywatnego kobiety ciężarnej: „jej życie prywatne łączy się z coraz mocniej z rozwijającym się płodem”⁵⁵.

⁵⁰ L. Henkin, *Privacy and Autonomy*, *Columbia Law Review*, vol. 74, 1974, s. 1425.

⁵¹ M. Novak, *Trzy koncepcje wolności*, „Przegląd Polityczny”, 19-20/1993 (http://legacy.matrix.msu.edu/ice/Konstytucjonalizm/Roz2/trzy_koncepcje.htm)

⁵² Wyrok ETPCZ z dnia 16 grudnia 1992 r., nr 13710/88, Niemietz przeciwko Niemcom, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57887%22%7D>

⁵³ L. Garlicki, *Konwencja ...* s. 493.; podobnie D. Ferenc-Kopeć, *Definicje legalne w dokumentach międzynarodowej ochrony praw człowieka [w:] Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych cz.2*, red. M. Król, A. Bartczak, M. Zalewska, Łódź 2014, s. 131.

⁵⁴ Wyrok ETPCZ z dnia 10 kwietnia 2007 r., nr 6339/05, Evans przeciwko Wielkiej Brytanii, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22003-1971098-2073178%22%7D>

⁵⁵ A. Drzemczewski, *The right to respect for private and family life, home and correspondence as guaranteed by Article 8 of the European Convention of Human Rights*, Strasburg 1984, s. 8.; podobnie A. Sakowicz, *Prawnkarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 269.

Na tle zagadnień związanych z przerywaniem ciąży stwierdzenie, że zewnętrzna ingerencja w prawo do poszanowania życia prywatnego ma charakter bezprawny, każdorazowo musi być poprzedzone drobiazgową analizą, mającą na celu rozstrzygnięcie kolizji między potrzebą ochrony indywidualnej sfery życia kobiety a interesem publicznym⁵⁶. Pojawienie się interesu publicznego może więc uzasadniać reglamentacyjne działania ustawodawcy⁵⁷. To, iż w niektórych przypadkach potrzeba ochrony płodu stanowi w opinii organów międzynarodowych usprawiedliwienie dla ingerencji w prawo kobiety do życia prywatnego, nie zmienia faktu, że istnieją pewne szczególne okoliczności, które powinny wykluczać takie rozstrzygnięcie zaistniałej kolizji dóbr. Należy do nich m.in. ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu albo nieuleczalna choroba zagrażająca jego życiu⁵⁸.

Obecnie to właśnie bezprawne wkroczenie w indywidualną sferę życia jednostki - poprzez niedopełnienie negatywnych i pozytywnych obowiązków władzy publicznej - stanowi główną podstawę pozwalającą orzec, że w konkretnym przypadku miało miejsce pogwałcenie praw człowieka na tle zagadnień związanych z problematyką przerywania ciąży z przyczyn embriopatologicznych⁵⁹. „Ochrona integralności osoby na podstawie art. 8 może być szersza niż zawarta w art. 3 Konwencji, zależnie od okoliczności konkretnej sprawy. (...) Przyjąć należy, iż zamach na integralność fizyczną osoby wbrew woli zainteresowanego, nawet jeśli jest minimalny, należy uważać za ingerencję w prawo do poszanowania życia

⁵⁶ Interes publiczny, szczególnie traktowany jako interes wielu niezindywidualizowanych podmiotów traktowanych wspólnie jako jeden podmiot (J. Boć, *Prawo administracyjne*, wyd. VI, Wrocław, 2000, s. 24), nie zaś utożsamiany z celami państwa (M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986, s. 36) nie powinien być jednak traktowany jako pozostający w opozycji wobec prawa do poszanowania życia prywatnego. Przyjęcie takiego sposobu interpretowania interesu publicznego nakazuje bowiem przyjąć, iż ochrona pewnej sfery autonomii jednostki przed ingerencją zewnętrzną leży w istocie w interesie publicznym.

⁵⁷ L. Garlicki, *Konwencja ...* s. 503.

⁵⁸ Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 31 marca 2016 r. nr 2324/2013, Amanda Mellet przeciwko Irlandii.

⁵⁹ A. Zureick, *(En)Gendering...*, s. 122.

prywatnego”⁶⁰. W praktyce wykazanie zaistnienia tej przesłanki dostarcza z reguły mniejszych trudności niż udowodnienie, że występują podstawy do stwierdzenia naruszenia zakazu niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, w szczególności zaś tego, iż cierpienie ofiary osiągnęło w danych okolicznościach faktycznych wymagany minimalny stopień dolegliwości. Stwierdzeniu naruszenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w kontekście prawa do aborcji – choć wniosek taki nie jest pozbawiony znaczenia – przypisuje się zatem w praktyce organów międzynarodowych znaczenie raczej akcesoryjne. Na wyprowadzenie takiego wniosku pozwala analiza jednego z kluczowych orzeczeń ETPCz dotyczących problematyki praw reprodukcyjnych: wyroku w sprawie RR p. Polsce, do którego odnoś się szerzej w dalszej części artykułu⁶¹. W tym miejscu poprzestanę na poczynieniu uwagi, iż celem wskazania przez Trybunał na złamanie zakazu wynikającego z art. 3 Konwencji było w tym przypadku – prócz podkreślenia moralnej naganności aktów, których dopuszczono się wobec skarżącej – przede wszystkim wywarcie nacisku na Polskę, która wbrew zobowiązaniom wynikającym z art. 46 ust 1 EKPCz nie wdrożyła wytycznych zawartych w wydanym 4 lata wcześniej wyroku ws. Tysiąc p. Polsce⁶². Stwierdzenie pogwałcenia art. 3 stanowiło więc raczej swoisty środek nacisku niż samodzielną podstawę stwierdzenia naruszenia Konwencji⁶³. Takie podejście świadczy skądinąd o dość zachowawczej postawie organów międzynarodowych,

⁶⁰ J. Braciak, *Prawo do prywatności*, Warszawa 2004, s. 74.

⁶¹ Wyrok ETPCZ z dnia 26 maja 2011 r., nr 27617/04, R.R. przeciwko Polsce, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-104911%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-104911%22]})

⁶² Wyrok ETPCZ z dnia 20 marca 2007 r., nr 5410/03, Tysiąc przeciwko Polsce, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-79812%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-79812%22]})

⁶³ A. Zureick, (En)Gendering..., s. 123.

Dwie kategorie sytuacji, w których dochodzi do stwierdzenia naruszenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania na tle ograniczania dostępu do aborcji

Nadmierna powściągliwość ciał międzynarodowych przejawia się jednak przede wszystkim w zasygnalizowanym przeze mnie wyżej rozróżnieniu, jakiego dokonują one między przypadkami, w których możliwość przeprowadzenia aborcji w danych okolicznościach gwarantują przepisy krajowe a sytuacjami, gdy nie zapewniają one żadnych gwarancji w tym zakresie. Warto zaznaczyć, że zarzutu tego nie można wytoczyć w równym stopniu przeciwko organom działającym w ramach systemów ochrony praw człowieka o zasięgu regionalnym jak i uniwersalnym. Te ostatnie od czasu przełomowego stanowiska Komitetu Praw Człowieka z 2005 r., w sprawie wytoczonej przez K.L. przeciwko Peru⁶⁴, przejawiają postawę bardziej elastyczną niż chociażby Europejski Trybunał Praw Człowieka. Niemniej nawet w ich przypadku trudno mówić o uznaniu pełnej tożsamości tych dwóch kategorii przypadków.

Odmienne traktowanie kobiet domagających się dostępu do aborcji z uwagi na wystąpienie przesłanki embriopatologicznej, w związku z różnorodnością regulacji wewnętrznych jest konsekwencją akceptacji przez prawo międzynarodowe zapatrywania, iż sposób regulacji aborcji oraz ewentualnych przesłanek jej dopuszczalności pozostaje domeną ustawodawstw krajowych, które mogą przyjmować w tym względzie różne modele normatywne⁶⁵. Taki pogląd należy jednak uznać obecnie za zdezaktualizowany w związku z akceptacją przez organy międzynarodowe stanowiska, iż nie ma on zastosowania do najbardziej restrykcyjnych ustawodawstw, w których przerwanie ciąży jest całkowicie zakazane

⁶⁴ Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 24 października 2005 r. nr 1153/2003, Karen Noelia Llantoy Huamán przeciwko Peru, [www.womenslinkworldwide.org › files › gjo-hrc-kl-en-pdf](http://www.womenslinkworldwide.org/files/gjo-hrc-kl-en-pdf) [dostęp: 17.06.2022]

⁶⁵ Zob. A. Gałęska-Śliwka, Prawo do świadomego planowania rodziny – wybrane zagadnienia, „Prok. i Prawo” 2/2021, s. 86.

lub dozwolone jedynie w sytuacji zagrożenia życia kobiety⁶⁶. W związku z tym podejście akcentujące odmiennosć takich sytuacji powinno zostać uznane za zasadniczo sprzeczne z ideą powszechnego (bo obowiązują na całym świecie i przysługują każdemu człowiekowi), przyrodzonego (bo przysługują każdemu z samego faktu bycia człowiekiem) i naturalnego (bo posiadamy je z racji człowieczeństwa, a nie z powodu czyjejś decyzji lub nadania) charakteru praw człowieka.

Nie należy jednak wywodzić stąd, że owe rozróżnienie w każdym przypadku przybiera postać negacji wobec możliwości uznania, że odmowa bądź utrudnianie dostępu do aborcji kobiecie, której prawo krajowe nie gwarantuje możliwości dokonania takiego zabiegu z przyczyn embriopatologicznych, stanowi naruszenie zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Faktem jest jednak, że w dotychczasowej praktyce orzeczniczej organów międzynarodowych przypadki dokonania takiej kwalifikacji są w odniesieniu do wskazanej kategorii spraw dużo rzadsze i że de facto możemy o nich mówić jedynie w przypadku opinii wydawanych przez Komitet Praw Człowieka ONZ⁶⁷.

Tortury bądź niehumanitarne traktowanie a kwestia instytucjonalnego dostępu do aborcji z przyczyn embriopatologicznych

Warto zwrócić uwagę na różnice w sposobie argumentacji, jaką stosują organy międzynarodowe w przypadkach, gdy możliwość przerwania ciąży w danych okolicznościach gwarantują przepisy krajowe i wtedy, gdy nie zapewniają one żadnych uprawnień w tym zakresie. W tym celu należy odwołać się do uzasadnienia wyroku ETPCz w sprawie R.R. przeciwko Polsce z 26 maja 2011 r., w którym organ ten rozpatrywał sprawę niewywiązania się przez państwo z przewidzianego przepisami prawa krajowego

⁶⁶ Amnesty International, *Przerwanie ciąży, a prawa człowieka*, s. 8 (https://amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2016/07/AI_przerwanie-ci%C3%A1%C5%B7y-a-prawa-cz%C5%82owieka_web.pdf) [dostęp: 20.03.2022 r.]. Zob. też *Concluding Observations of the Committee Against Torture: El Salvador*, 23, U.N. Doc. CAT/C/SLV/CO/2 (2009).

⁶⁷ A. Zureick, (En)Gendering..., s. 125.

obowiązku zapewnienia kobietom dostępu do legalnej podówczas aborcji z uwagi na wystąpienie przesłanki embriopatologicznej.

Sprawa R.R. była wielokrotnie analizowana w doktrynie⁶⁸ i - choć kojarzona głównie z kwestią dostępu do aborcji⁶⁹ - w istocie dotyczyła przede wszystkim dostępu do badania prenatalnego potwierdzającego podejrzenie u płodu wady.⁷⁰ Ginekolog prowadzący ciążę uporczywie odmawiał wystawienia skierowania na badanie genetyczne tak długo, aż stało się za późno na zgodne z prawem (i z zamiarem pacjentki) przerwanie ciąży i skarżąca musiała urodzić córkę dotkniętą monosomią X, szerzej znaną jako zespół Turnera.

To właśnie w związku ze skargą R.R. skierowaną przeciwko Polsce, ETPCz po raz pierwszy stwierdził naruszenie Artykułu 3 EKPC w sprawie dotyczącej praw reprodukcyjnych kobiet. Skarżąca, powołując się na art. 3, 8 i 13 EKPCz, wskazała, że z powodu niezapewnienia jej dostępu do prenatalnych testów genetycznych, braku właściwej porady lekarskiej, biernej postawy lekarzy oraz chaosu organizacyjnego minął termin, w

⁶⁸ M.in. B. Gronowska, Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie R.R. Przeciwko Polsce z 26 maja 2011 r., „Palestra” 9-10/2011; M. Nesterowicz, Prawo do badań prenatalnych w świetle wyroków Sądu Najwyższego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie R.R. przeciwko Polsce [w:] Księga Jubileuszowa dedykowana prof. Romanowi Tokarczykowi, Lublin 2012; M. Górski, Glosa do wyroku ETPC z dnia 26 maja 2011 r. 27617/04, LEX/el. 2011, J. Różyńska [w:] System Prawa Medycznego Regulacja prawna czynności medycznych (red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska), Tom II. Część 2; M. Boratyńska, Wolny wybór. Gwarancje i granica prawa pacjenta do samodecydowania, Warszawa 2012; M. Boratyńska [w:], Regulacja prawna czynności medycznych, Warszawa 2019; J. Falski, Problem aborcji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Na podstawie wyroku z 26 maja 2011 r. w sprawie R.R. v. Polska, „Przegląd Sejmowy”, 6/2016. Na poziomie krajowym w sprawie skarżącej R.R. orzekał również SN. Polemikę ze stanowiskiem, jakie wyraził organ, podjął M. Nesterowicz w Glosie do wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. (III CSK 16/08), „Przegląd Sądowy”, 4/2009, s.116-119.

⁶⁹ Takie stanowisko zajmowała strona rządowa: że w rozstrzyganej sprawie dostęp do badań genetycznych był ściśle powiązany, a nawet tożsamy, z dostępem do aborcji (§ 112). Analogiczną kwalifikację wyroku: „zabieg aborcji oceniany przez pryzmat rzetelności państwa w zakresie stosowania obowiązującej regulacji prawnej dotyczącej tej kwestii” można znaleźć u B. Gronowskiej, Glosa..., s. 127.

⁷⁰ Trybunał podkreślił, że „główną kwestią nie jest tu dostęp do aborcji, ale terminowy dostęp do medycznych świadczeń diagnostycznych, który pozwoliłby na określenie, czy w sytuacji skarżącej warunki legalnej aborcji zostały spełnione. Dlatego punktem wyjścia dla analizy Trybunału jest kwestia dostępu osoby do informacji na temat jej zdrowia.” (Teza nr 62).

którym mogła legalnie dokonać aborcji na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 2 Ustawy o planowaniu rodziny z 1993 r. Taki sposób sformułowania zarzutów poniekąd narzucił kierunek argumentacji, jaki obrał Trybunał w uzasadnieniu wyroku. Punktem wyjścia analizy ETPCz uczynił bowiem kwestię dostępu jednostki do informacji o jej zdrowiu⁷¹, która wykazywała jedynie pośredni związek z prawem pacjentki do przerwania ciąży. W tej sytuacji Trybunał skoncentrował się zatem przede wszystkim na wykazaniu, że źródłem cierpienia pacjentki był brak skutecznych mechanizmów proceduralnych pozwalających dochodzić prawa do diagnostyki medycznej umożliwiającej ustalenie istnienia w przypadku skarżącej warunków do legalnej aborcji. Tym samym, sprawę R.R. przyrównał w pierwszej kolejności do innych przypadków, w których źródłem cierpienia osoby skarżącej, a w konsekwencji naruszenia art. 3 EKPCz, było niedostarczenie informacji o dużym znaczeniu dla wnioskujących (na przykład o miejscu pobytu i losie ich zaginionych krewnych)⁷² lub zaniechania władz w zakresie polityki opieki zdrowotnej⁷³. Stwierdził bowiem, że osoby i instytucje rozpatrujące żądania skarżącej w zakresie uzyskania dostępu do testów genetycznych nie wzięły pod uwagę obowiązków prawnych państwa oraz personelu medycznego; wynikały one w szczególności z art. 2 ust 2a u.p.r.o.p. (obowiązek zapewnienia kobietom dostępu do informacji i badań prenatalnych) oraz obowiązującego wówczas art. 19 Ustawy o zakładach opieki zdrowotnej z 1991 r.⁷⁴ (skorelowany z prawem pacjenta do informacji o swoim stanie zdrowia obowiązek udzielenia mu jej przez personel medyczny).

⁷¹ M.A. Nowicki, R.R. przeciwko Polsce - wyrok ETPC z dnia 26 maja 2011 r., skarga nr 27617/04, [w:] Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2012, LEX 2012, s. 133.

⁷² Wyrok ETPCZ z dnia 15 listopada 2007 r., nr 29361/02, Kukayev przeciwko Rosji, ; Wyrok ETPCZ z dnia 18 września 2008 r., nr 23286/04, Tokhayeva i inni przeciwko Rosji. [hudoc.echr.coe.int › app › conversion › docx › pdf › library=ECHR](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf/library=ECHR)

⁷³ Wyrok ETPCZ z dnia 4 maja 2000 r., nr 45305/99, Powell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-6998%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-6998%22]})

⁷⁴ Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. 1991 nr 91 poz. 408 ze zm.).

Co warto zaznaczyć, poczucie krzywdy oraz upokorzenia skarżącej wzmagał fakt, że usługi diagnostyczne, o jakie prosiła, były przez cały ten czas dostępne, zaś pacjentka była uprawniona do skorzystania z nich zgodnie z prawem krajowym. O tym, że tak się nie stało, przesądziła – jeśli przyjmiemy wariant optymistyczny - bierna, kunktatorska postawa personelu medycznego oraz panująca w służbie zdrowia dezorganizacja, bądź – przy założeniach bardziej krytycznych – także chęć poniżenia i upokorzenia pacjentki⁷⁵ albo co najmniej programowe ignorowanie stanów emocjonalnych pacjentki i aprioryczne nieprzyjmowanie do wiadomości, że takie zachowanie może powodować u niej ogromne cierpienie. Personel wykazywał więc co najmniej obojętność wobec możliwości spowodowania u skarżącej cierpienia psychicznego. Nie wpływa to skądinąd na możliwość zaklasyfikowania danego aktu jako naruszenia art. 3 ETPCz. Fakt, że po stronie personelu medycznego zachodziła specyficzna strona podmiotowa, mógł jednak potęgować u skarżącej cierpienie i w konsekwencji przyczynić się do tego, że osiągnęło ono ten kwalifikowany jako minimalny stopień dolegliwości wystarczający, by możliwe okazało się stwierdzenie pogwałcenia prawa do wolności od tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania.

Trybunał podniósł również argument, iż cierpienie ofiary należy rozpatrywać w kontekście długotrwałej niepewności, w stanie której utrzymywano ją przez niemal sześć tygodni. W tym czasie, bez gwarancji, że na podstawie przeprowadzonych testów prenatalnych uzyska niezbędne informacje, odsyłała ją do kolejnych lekarzy, klinik oraz szpitali, a nawet hospitalizowano przez wiele dni bez jasnego celu klinicznego.

Wreszcie organ wskazał, że cierpienie skarżącej wzmagała silna, nieustająca obawa przed potencjalną wadą genetyczną płodu oraz perspektywą obserwowania choroby i deformacji nowonarodzonego dziecka ze świadomością, że – w przypadku, gdyby stwierdzono u niego podejrzany zespół Edwardsa – najprawdopodobniej umrze ono w wieku wczesnoniemowlęcym. Niepokój ten nie został odpowiednio uwzględniony

⁷⁵ M.A. Nowicki, R.R. przeciwko Polsce..., s.128.

przez pracowników służby zdrowia, którzy pozostali obojętni wobec faktu, iż mógłby on zostać ograniczony poprzez pozostawienie pacjentce możliwości podjęcia uświadomionej, autonomicznej decyzji o przerwaniu ciąży. Nie wzięli oni bowiem pod uwagę czasowego aspektu położenia skarżącej, istotnego w kontekście możliwości przeprowadzenia zabiegu aborcji na gruncie Ustawy o planowaniu rodziny z 1993 r., bądź - przedstawiając własny światopogląd nad dobrostan kobiety, próbowali uniemożliwić jej w ten sposób przerwanie ciąży. Warto zaznaczyć, że skarżąca pozostawała w dużej mierze bezbronna wobec tego rodzaju zachowań; jako kobietę w ciąży, dodatkowo zaniepokojoną potencjalną chorobą przyszłego dziecka, należy uznać ją w tym kontekście za jednostkę szczególnie narażoną na doświadczanie nadużyć.

Argumentacja Trybunału przedstawiona w uzasadnieniu wyroku ws. R.R. przeciwko Polsce w przeważającej mierze koncentrowała się zatem na braku dostępu do informacji, do których zgodnie z ustawodawstwem krajowym pacjentka miała prawo, jako podstawowym źródle cierpienia skarżącej. ETPCz wskazał co prawda na fakt, iż ból pacjentki związany było w sposób pośredni z faktem, iż niemożność powzięcia wiedzy o stanie zdrowia płodu uniemożliwiła jej podjęcie decyzji o przeprowadzeniu legalnej aborcji na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 2 Ustawy o planowaniu rodziny z 1993 r. Nawet podnosząc ten argument, koncentrował się jednak na wykazaniu, że zasadniczym źródłem upokorzenia i poniżenia pacjentki była niemożność skorzystania przez nią z zagwarantowanej prawem procedury, z uwagi na brak skutecznych rozwiązań proceduralnych oraz zaniedbania ze strony personelu medycznego i panującą w służbie zdrowia ogólną dezorganizację.

Możemy zatem zauważyć, że w ocenie Trybunału podstawowym źródłem cierpienia skarżącej nie była sama w sobie niemożność dokonania aborcji. Brak jest bowiem w części uzasadnienia odnoszącej się do naruszenia art. 3 EKPCz twierdzeń nawiązujących w sposób bezpośredni do faktu pozbawienia kobiety autonomii w procesie podejmowania decyzji. Argumenty wskazujące na to, że ból pacjentki wzmagała nieustająca obawa przed potencjalną wadą genetyczną płodu, koncentrowały się natomiast wokół poczucia niepewności, jakiego doświadczała w związku

z brakiem dostępu do odpowiednich badań. Nie akcentowały zaś faktu, że wiązał się on również z niemożnością uniknięcia konfrontacji z potencjalnym cierpieniem bądź śmiercią przyszłego dziecka.

Tym samym możliwe jest wyprowadzenie wniosku, że Trybunał, stwierdzając naruszenie zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, uchylił się niejako od zajęcia stanowiska wobec zgodności z EKPCz restrykcyjnego prawa regulującego dostęp do aborcji, obowiązującego w niektórych państwach-stronach Konwencji. Zastosowanie tego rodzaju „wybiegu” jest jednak możliwe wyłącznie w przypadku, gdy prawo do aborcji w określonych okolicznościach zapewniają przepisy prawa krajowego.

Pozycja prawna pacjentki w ciąży defektywnej przy braku możliwości jej legalnego przerwania

Należy jednak poczynić zastrzeżenie, iż na skutek wejścia w życie wspomnianego wyżej wyroku TK, opublikowanego 27 stycznia 2021 r., kobiety w Polsce, którym zamknięto dostęp do aborcji z przyczyn embriopatologicznych, nie mogą obecnie skorzystać z linii orzeczniczej wypracowanej przez ETPCz m.in. na kanwie wyroku R.R. przeciwko Polsce. Wydane dotychczas orzeczenia, w których Trybunał stwierdził, że taka odmowa stanowi naruszenie zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, odnoszą się bowiem wyłącznie do przypadków, w których przepisy krajowe gwarantowały pacjentce możliwość legalnego przerwania ciąży defektywnej. W innym kierunku będzie musiała pójść zatem argumentacja polskich skarżących w postępowaniach wszczętych w przyszłości przed organami międzynarodowymi na tle zakazu aborcji w związku z wystąpieniem patologii płodu. W przypadku, gdy przepisy krajowe nie ustanawiają żadnych gwarancji prawnych w zakresie dostępu do takiego zabiegu, niezbędne jest bowiem udowodnienie, że sam brak takich regulacji stanowi źródło pogwałcenia zakazu, i że jest to uchybienie, które można przypisać państwu. W celu wykazania, że odmowa lub ograniczanie dostępu do aborcji z przyczyn embriopatologicznych stanowi źródło naruszenia, niezbędna jest wówczas drobiazgowa analiza

okoliczności faktycznych danej sprawy i – na ich tle – udowodnienie, że brak możliwości przeprowadzenia aborcji stanowi ad casum źródło cierpienia, które przekroczyło minimalny stopień dolegliwości.

Wiele przemawia za tym, że do pierwszego rozstrzygnięcia ETPCz w takiej sprawie może dojść właśnie na tle zaostrenia polskich przepisów aborcyjnych. W październiku 2021 r. współpracujące z Federacją na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny, mec. Kamila Ferenc i mec. Agata Bzdyń, wniosły bowiem skargę do ETPCz w imieniu Pani M.L., której z uwagi na wejście w życie wyroku TK odmówiono przeprowadzenia zaplanowanej na 28 stycznia aborcji⁷⁶.

Na początku stycznia 2021 r., lekarz poinformował będącą w 14-15 tygodniu ciąży Panią M.L., że płód dotknięty jest trisomią-21. Taką wadą genetyczną - przypomnijmy - kwalifikuje się jako ciężkie i nieodwracalne upośledzenie płodu w świetle nieobowiązującego już art. 4a ust. 1 pkt 2 Ustawy o planowaniu rodziny. Towarzyszy jej bowiem nie tylko – jak jest niekiedy tendencyjnie bagatelizowane – niepełnosprawność intelektualna w stopniu lekkim lub średnim oraz cechy dysmorfii. Osoby dotknięte tą wadą doznają również znacznego ograniczenia czynności wielu układów (m.in. sercowo-naczyniowego, kostnego, pokarmowego oraz endokrynologicznego), które w istotny sposób zmniejsza ogólną sprawność i jakość życia danej osoby, zaś medycyna nie dysponuje obecnie środkami pozwalającymi na przywrócenie utraconej albo ograniczonej funkcji do stanu mieszczącego się w granicach normy.

W związku z tym, że w obowiązującym wówczas stanie prawnym pacjentce przysługiwało prawo do legalnej aborcji z przyczyn embriopatologicznych, kobieta otrzymała informację o skierowaniu na zabieg, który zaplanowano na 28 stycznia. Jej prawo do aborcji potwierdziła zwołana ad hoc komisja lekarska.⁷⁷ W międzyczasie, w godzinach wieczornych 27

⁷⁶ Zob. <https://federa.org.pl/ml-przeciwko-polsce-w-etpcz/>.

⁷⁷ W obowiązującym prawie nie ma i nie było takiego wymagania, żeby decyzja o zakwalifikowaniu do przerwania ciąży z przyczyn embriopatologicznych musiała zapadać kolegiąlnie. Jest to jedno z nadużyć utrudniających dostęp do przerwania ciąży w już i tak ekstremalnie trudnych dla kobiet warunkach.

stycznia 2021 r. został jednak opublikowany i wszedł w życie wyrok TK z 22 października 2020 r. W związku z tym Szpital Bielański im. ks. Jerzego Popiełuszki w Warszawie poinformował pacjentkę za pośrednictwem wiadomości tekstowej o odwołaniu planowanego zabiegu. Skarga złożona w sprawie Pani M.L. (nr 40119/21) została przyjęta do rozpoznania przez Trybunał 18 października 2021 r. Kierunek argumentacji, jaki – zgodnie z informacjami zawartymi na oficjalnej stronie Federacji na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny – przyjęto we wniosku, zmierza do uznania, że Polska, poprzez samo zaostrenie prawa aborcyjnego naruszyła prawa człowieka znajdujące oparcie w art. 8, 3 oraz 6 Konwencji. Tym samym sprawa M.L. ma szansę wyznaczyć nowy etap w długiej historii litygacji strategicznej ws. aborcji przed ETPCz.

Ewentualne stwierdzenie przez organ międzynarodowy naruszenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania w kontekście odmowy przeprowadzenia aborcji w przypadku, gdy takiej możliwości nie gwarantują przepisy krajowe, byłoby w perspektywie orzecznictwa ETPCz prekursorskie. Wpisywałoby się jednak w linię orzeczniczą zapoczątkowaną w ramach systemu ochrony praw człowieka ONZ.

Pierwsza opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ w sprawie odmowy przeprowadzenia aborcji w kontekście naruszenia art. 7 MPPOiP została wydana już w roku 2005 na tle sprawy K.L. przeciwko Peru i utorowała drogę kolejnym rozstrzygnięciom⁷⁸. Należy jednak zakwestionować pogląd, iż w opinii tej organ międzynarodowy stwierdził naruszenie zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w związku z odmową przeprowadzenia aborcji z przyczyn embriopatologicznych, gdy takiej możliwości nie gwarantowało *ad casum* prawo krajowe⁷⁹. W sprawie Karen Noellii Llantoy Huamán zasadniczo zachodziły bowiem dwie przesłanki potencjalnie uzasadniające przerwanie ciąży:

⁷⁸ M.in. Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 17 marca 2017 r. nr 2425/2014, Whelan przeciwko Irlandii, <https://www.google.com/search?q=whelan+v+ireland&ie=utf=8-&oe=utf8-&client=firefox-b-ab>

⁷⁹ J. Kondratiewa-Bryzik, Prawa kobiet, a prawna ochrona płodu w świetle prawa międzynarodowego (wybrane aspekty), *Krytyka Prawa*, 2010 t. 2 nr 1, s. 320.

teratologiczna oraz terapeutyczna. W świetle przepisów krajowych obowiązujących wówczas w Peru aborcja ze względów terapeutycznych była dopuszczalna jedynie, gdy zabieg był niezbędny dla ratowania życia lub przeciwdziałania poważnemu i nieodwracalnemu pogorszeniu stanu zdrowia kobiety ciężarnej. Zabieg motywowany wystąpieniem patologii płodu był zaś w każdym przypadku klasyfikowany jako czyn zabroniony. W swojej argumentacji Komitet przyjął jako dowiedzione, że – zgodnie ze stanowiskiem pacjentki oraz przedstawionymi przez nią dowodami – w świetle prawa krajowego istotnie zachodziły przesłanki pozwalające na przeprowadzenie aborcji terapeutycznej. Strona rządowa nie przedstawiła bowiem żadnych przeciwdowodów mających na celu podważenie takiego stanowiska skarżącej. W przeważającej części uzasadnienia decyzji o stwierdzeniu naruszenia art. 7 MPPOiP przez Peru, Komitet koncentruje się zatem na fakcie, iż państwo nie spełniło swoich pozytywnych obowiązków wobec skarżącej w zakresie zapewnienia jej dostępu do aborcji terapeutycznej. W uzasadnieniu sugeruje jednak także, że na to, iż poziom cierpienia kobiety przekroczył minimalny stopień dolegliwości wpłynęły także inne okoliczności. Niektóre z nich, co należy wskazać, a czego Komitet nie zakomunikował wprost, wynikały zaś nie z naruszenia regulacji krajowych, lecz z samej treści wskazanych regulacji. W tym sensie należy uznać prekursorski – choć nie w takim wymiarze, w jakim chcieliby to widzieć niektórzy przedstawiciele doktryny⁸⁰ - charakter opinii wydanej przez Komitet ws. K.L. przeciwko Peru.

Z uwagi na to, a także na fakt, iż argumenty podniesione przez Komitet w celu wykazania, iż cierpienie kobiety przekroczyło minimalny poziom dolegliwości, w dużej mierze odnosiły się do tych aspektów położenia skarżącej, które związane były z wadami płodu, należałoby dla zachowania porządku zaprezentować w tym miejscu zarys sprawy oraz argumentacji przedstawionej w opinii wydanej przez Komitet.

⁸⁰ W. Burek, Glosa do decyzji Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 24 października 2005 r. ws. Karen Noelia Llantoy Huamán przeciwko Peru. (K.L. v. Peru) – Skarga nr 1153/2003., „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, 5/2007, s. 202.

Skarżąca, obywatelka Peru, lat 17, zaszła w ciążę w marcu 2001 r. Przeprowadzone pod koniec pierwszego trymestru ciąży w państwowym szpitalu w Limie standardowe badanie ultrasonograficzne wykazało, że płód dotknięty jest wadą bezmózgowia (anencefalia). Anencefalia zalicza się do letalnych wad wrodzonych, wywoływanych zgodnie z obecną wiedzą medyczną przez działanie czynników genetycznych i/lub środowiskowych⁸¹. Polega na braku lub na szczątkowym rozwoju mózgowia, na ogół połączonym z beczaszkiem, czyli niewykształceniem struktur mózgowiczaszki. W przypadku bezmózgowia częściowego, którym dotknięty był płód w powołanej sprawie, czas przeżycia dziecka wynosi zwykle kilka godzin, rzadziej dni, co jest możliwe z uwagi na wykształcenie niektórych struktur tylnego mózgowia, obejmujących ośrodki krążenia i oddychania. Podczas kolejnego badania, przeprowadzonego 3 lipca 2001 r. lekarz, dr Ygor Pérez potwierdził postawioną wcześniej diagnozę. Wskazał ponadto na możliwe ryzyko dla życia matki w przypadku, gdyby zdecydowała się ona kontynuować ciążę; z opinii Komitetu nie wynika jednakże, na czym to ryzyko miało polegać. Prezentując skarżącej dostępne warianty postępowania – przeprowadzenie aborcji lub urodzenie dziecka z wadą bezmózgowia, skazanego na niechybną śmierć wkrótce po urodzeniu - doradził jednoznacznie pierwsze rozwiązanie. W związku z tym, 19 lipca 2001 r. skarżąca wraz z matką zgłosiły się do tego samego szpitala w celu przeprowadzenia zabiegu, co jednak – z uwagi na brak zgody dyrektora szpitala – okazało się niemożliwe. W opinii tego lekarza pacjentka nie kwalifikowała się bowiem zdrowotnie. Odmowa ta budzi wątpliwości w świetle faktu, iż zaświadczenie wystawione przez dr. Péreza potwierdzało, że kontynuowanie ciąży stwarzało dla kobiety zagrożenie życia. Należy jednak wskazać, iż w świetle peruwiańskich przepisów, w ówczesnym stanie prawnym o gwarancjach w zakresie możliwości przeprowadzenia legalnego zabiegu przerwania ciąży można było mówić dopiero w sytuacji, gdy taka procedura była „niezbędna” dla

⁸¹ M. Debnath, D. Sharma, S. Mishra, Prenatal diagnosis of anencephaly and acrania in pregnant females – Report series of eight cases, “International Journal of Medical Science and Public Health” 5/2020, s. 336.

ratowania życia ciężarnej. Ocenny, otwarty na wartościowanie charakter tej przesłanki stwarzał wiele trudności, m.in. na tle określenia momentu, w którym takie zabieg miałby się stać „niezbędny” dla ratowania życia bądź tego, czy taka potrzeba miałaby się ujawnić w sposób nagły i wymagający natychmiastowej interwencji medycznej. Tym samym kreował więc stan niepewności prawnej, stwarzając szerokie pole do takich nadużyć – jak w sprawie K.L.

Interwencja pracowników socjalnych ani raport psychiatryczny sporządzony przez dr Martę B. Rondón, który wskazywał na to, że kontynuowanie ciąży pociąga za sobą u małoletniej ciężarnej rozwój depresji i może skutkować poważnym i nieodwracalnym pogorszeniem stanu zdrowia psychicznego, nie wpłynęły na decyzję władz szpitala. W związku z tym, 13 stycznia 2022 r. skarżąca urodziła dotkniętą wadą bezmózgowia córkę. Dziewczynka zmarła cztery dni po urodzeniu. Przez ten czas matka zmuszona była karmić ją piersią. Sytuacja ta w sposób znaczący odbiła się na fizycznym i psychicznym dobrostanie skarżącej. Po śmierci dziecka popadła ona w głęboką depresję, stwierdzoną przez dr Rondón; wykształcił się u niej również stan zapalny sromu, wymagający interwencji medycznej. W listopadzie 2002 r. pacjentka wniosła skargę indywidualną do Komitetu Praw Człowieka, wskazując m.in. na naruszenie art. 7 MPPOiP.

Argumentacja, którą posłużył się Komitet, uzasadniając naruszenie zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w sprawie K.L. przeciwko Peru, ma charakter dwutorowy⁸². Z jednej strony, źródło pogwałcenia zakazu z art. 7 organ międzynarodowy dostrzega przede wszystkim w tym, że państwo nie wywiązało się z ciążących na nim pozytywnych obowiązków w zakresie zapewnienia pacjentce dostępu do zagwarantowanej przepisami prawa krajowego procedury medycznej w sytuacji, gdy jej życie było zagrożone. Kobieta ani jej prawna opiekunka nie dysponowały bowiem żadnym skutecznym środkiem odwoławczym, który pozwoliłby na zakwestionowanie decyzji dyrektora szpitala. W

⁸² A. Zureick, (En)Gendering..., s. 128.

związku z tym pacjentka nie mogła efektywnie wyegzekwować należnych świadczeń, co stanowiło podstawowe źródło bezsilności, a w konsekwencji - upokorzenia i poniżenia.

Z drugiej zaś, Komitet jednocześnie przeprowadza drobiazgową analizę poszczególnych elementów stanu faktycznego, które wpłynęły na to, że cierpienie skarżącej w związku z powołaną sprawą przekroczyło minimalny poziom dolegliwości. Są to – co zasygnalizowałam wyżej – także elementy, które odnoszą się do aspektów położenia skarżącej niepozostających w bezpośrednim związku z legalnością w świetle prawa krajowego procedury medycznej, do której odmówiono dostępu⁸³.

Po pierwsze, Komitet zwraca uwagę na fakt, że cierpienie skarżącej należy oceniać nie tracąc z pola widzenia faktu, iż kontynuowanie ciąży wiązało się dla pacjentki – co potwierdziła opinia lekarza ginekologa - z zagrożeniem życia. Znamienne jest, że – co wynika z analizy przedstawionego w opinii uzasadnienia – zagrożenie to, które utrzymywało się z uwagi na odmowną decyzję władz szpitala, organ traktuje jako samodzielną okoliczność wpływającą na możliwość stwierdzenia naruszenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Nie rozpatruje bowiem, czy zabieg był – w świetle prawa krajowego - „niezbędny” dla ratowania życia ciężarnej, co czyniłoby aborcję w danych okolicznościach faktycznych legalną. Sam fakt, iż działania dyrekcji nie były ukierunkowane na usunięcie zagrożenia, stanowił bowiem przesłankę potęgującą cierpienie skarżącej, przyczyniając się do tego, iż towarzyszący jej ból przekroczył minimalny stopień dolegliwości. Na tej podstawie można wysunąć tezę, iż w opinii Komitetu stan zagrożenia życia kobiety ciężarnej stanowi przesłankę, która w każdym przypadku powinna niejako „legalizować” aborcję.

Po drugie organ podnosi, iż skarżąca musiała znosić udrękę widząc na własne oczy wyraźne deformacje córki i wiedząc, że ta wkrótce umrze. Tej jednakże okoliczności, będącej wprost konsekwencją restrykcyjnych przepisów, nie sposób powiązać z główną linią argumentacyjną Komitetu,

⁸³ Tamże.

skoncentrowaną wokół stwierdzenia, że podstawowe źródło cierpienia skarżącej stanowił brak dostępu do procedury, do której była uprawniona w świetle prawa krajowego. Gdyby nie fakt, że kontynuowanie ciąży stanowiło w tym przypadku zagrożenie dla życia skarżącej, nie miałaby ona bowiem wynikającej z ustawy podstawy do legalnego przerwania ciąży. W konsekwencji, tak czy inaczej zmuszona byłaby obserwować deformację, cierpienie oraz śmierć córki, a zatem zaszłaby okoliczność, która w opinii komitetu przyczyniła się do tego, iż cierpienie skarżącej przekroczyło minimalny stopień dolegliwości, konieczny do stwierdzenia naruszenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Nie jest zatem nieuzasadnione przyjęcie założenia, iż w ten sposób Komitet wyraża przekonanie, że uniemożliwianie kobiecie przeprowadzenia aborcji z uwagi na wystąpienie patologii płodu jest niedopuszczalne w świetle MPPOiP.

Wreszcie, Komitet wyodrębnia czynniki, które w jego opinii wpłynęły na natężenie cierpienia psychicznego skarżącej. Pierwszym z nich jest specyficzna strona podmiotowa zachodząca po stronie personelu medycznego, a w szczególności – dyrekcji szpitala. Władze placówki, z uwagi na treść zaświadczenia wystawionego przez dr. Péreza musiały bowiem zdawać sobie sprawę przynajmniej z potencjalnego zagrożenia życia pacjentki⁸⁴. Można zatem stwierdzić, że dyrekcja wykazywała co najmniej obojętność wobec możliwości spowodowania bólu, a nawet utraty

⁸⁴ Prof. M. Wielgoś, kierownik I Katedry i Kliniki Położnictwa i Ginekologii Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, konsultant krajowy w dziedzinie perinatologii: „Rokowanie jest też absolutnie złe w przypadku beczaszkiowia czy bezmózgowia, kiedy brakuje górnych piętér ośrodkowego układu nerwowego. Taki płód umrze wkrótce po porodzie, ale może egzystować w okresie prenatalnym, bo podstawowa czynność serca jest regulowana na poziomie pnia mózgu i rdzenia przedłużonego. W tego typu wadach – jak w wielu innych wadach ośrodkowego układu nerwowego – może dojść do wielowodzia. Jego narastanie może spowodować u ciężarnej niewydolność oddechową, która bez odbarczenia wielowodzia stanowi stan zagrażający jej zdrowiu i życiu. Przy nadmiernie rozciągniętej macicy może też dojść do nagłego odpłynięcia dużej ilości płynu owodniowego i w efekcie do przedwczesnego oddzielenia się łożyska i krwotoku zagrażającego życiu matki. Bez właściwego postępowania ten stan może się źle zakończyć nie tylko dla dziecka, dla którego rokowanie i tak jest beznadziejne, ale też dla ciężarnej.” (za: E. Biernacka, *Lustrzane odbicie* ...)

życia przez skarżącą, co z kolei przyczyniło się do wzmożenia towarzyszącego jej poczucia upokorzenia.

Drugą okolicznością, na którą wskazuje Komitet, jest natomiast fakt, iż w czasie zdarzenia stanowiącego przedmiot skargi kobieta była osobą niepełnoletnią. To z kolei, w opinii organu, należy wziąć pod uwagę oceniając stopień cierpienia psychicznego, jakiego doświadczyła skarżąca w czasie, gdy miało miejsce naruszenie oraz na przyszłość. Komitet zwraca bowiem uwagę, że jako osoba niepełnoletnia była ona bardziej narażona na doświadczenie dotkliwych, długofalowych konsekwencji psychicznych doznanej traumy. Ta perspektywa, mimo przedstawionego raportu psychiatrycznego dr Rondón, nie została wzięta pod uwagę przez władze szpitala, a nastolatka popadła w głęboką depresję, co stanowiło następstwo doświadczeń związanych z ciążą oraz śmiercią dziecka.

Co zastrzegłam już wcześniej, analiza opinii Komitetu w sprawie K.L. przeciwko Peru nie pozwala uznać, żeby organ stwierdził naruszenie zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w związku z odmową przeprowadzenia aborcji z przyczyn embriopatologicznych, gdy takiej możliwości nie gwarantowało prawo krajowe. Niektóre argumenty, którymi posłużył się uzasadniając stwierdzenie naruszenia Paktu w sprawie obywatelki Peru, wykorzystał jednak także 11 lat później, rozstrzygając w sprawie obywatelki Irlandii, Amandy Mellet. W opinii wydanej w związku z tą skargą Komitet wprost wskazał, że w przedstawionych przez skarżącą okolicznościach niezapewnienie jej możliwości przeprowadzenia legalnej aborcji z uwagi na wystąpienie patologii płodu stanowiło pogwałcenie przez państwo zakazu z art. 7. Trafne wydaje się zatem podsumowanie związku wspomnianych spraw poprzez przywołanie będącej kalką z języka angielskiego frazy: „Karen Noelia Llantoy Huamán kroczyła, żeby Amanda Mellet mogła biec”.

W listopadzie 2011 r., będąca w 21 tygodniu ciąży Amanda Mellet otrzymała wyniki USG, które wskazywały na występujące u płodu wady serca. Kilka dni później badania genetyczne potwierdziły, że dotknięty jest on trisomią 18 chromosomu (zw. Zespołem Edwardsa). Z informacji przekazanych pacjentce przez personel medyczny Szpitalu Rotunda w Dublinie wynikało, że stan płodu jest na tyle ciężki, iż z największym

prawdopodobieństwem obumrze on wewnątrz macicy bądź wkrótce po urodzeniu. Jednocześnie zakomunikowano jej, że w związku z obowiązującym wówczas w Irlandii (do 2013 r.) bezwyjątkowym zakazem aborcji, może ona donosić ciążę albo – jak enigmatycznie ujął to personel medyczny – „wyjechać”. Położna nie udzieliła pacjentce żadnych szczegółowych informacji, co miałby oznaczać zasugerowany przez nią „wyjazd”; poradziła jedynie, aby przedtem kobieta nawiązała kontakt z organizacją na rzecz planowania rodziny. Amanda Mellet, podjąwszy decyzję o przerwaniu ciąży w Wielkiej Brytanii, poinformowała o tym szpital i z pomocą irlandzkiej organizacji na rzecz planowania rodziny samodzielnie uzgodniła termin wizyty w Szpitalu dla Kobiet w Liverpoolu. Przerwanie ciąży nastąpiło przy użyciu środków farmakologicznych. Po 36 godzinach płód został wydalony. Zaledwie zaś 12 godzin później skarżąca wraz z mężem zmuszeni byli – z uwagi na fakt, iż koszty dłuższego pobytu w Wielkiej Brytanii przewyższały ich możliwości finansowe – wrócić do Dublina. W tym czasie u skarżącej wciąż utrzymywało się krwawienie oraz znaczne osłabienie.

Po powrocie Amanda Mellet nie otrzymała dalszej opieki w Szpitalu Rotunda w Dublinie, w tym również pomocy psychologicznej, na którą mogły liczyć kobiety, które samoistnie urodziły martwe dzieci. Brak wsparcia w tym zakresie sprawił, że skarżąca nie była w stanie poradzić sobie z poczuciem straty wynikającym z utraty ciąży oraz urazem psychicznym związanym z wyjazdem za granicę w celu jej przerwania. Utrzymujące się cierpienie sprawiło, że wykształciła się u niej długotrwała trauma na tle doznanej straty. W listopadzie 2013 r. pacjentka wniosła skargę do Komitetu Praw Człowieka, podnosząc w niej m.in. naruszenie przez państwo zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, do którego doszło na tle odmowy dostępu do aborcji z przyczyn embriopatologicznych.

Opinia wydana 31 marca 2016 r., w której organ przychylił się do stanowiska skarżącej, zapoczątkowała nowy etap w formowaniu się szeroko rozumianej linii orzeczniczej ciał międzynarodowych na tle możliwości zakwalifikowania odmowy bądź utrudniania kobietom dostępu do aborcji jako pogwałcenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego

traktowania. Zasadniczy sens argumentacji przedstawionej przez Komitet koncentruje się bowiem wokół stwierdzenia, iż zgodność danego działania lub zaniechania z prawem krajowym państwa-strony nie przekłada się na niemożność uznania naruszenia art. 7 MPPOiP. Organ przychylił się w ten sposób do repliki skarżącej na zarzut podniesiony przez stronę rządową. Zdaniem państwa działania personelu medycznego nie stanowiły arbitralnej ingerencji w prawa i wolności pacjentki; w świetle ustawodawstwa irlandzkiego nie obejmowały one bowiem możliwości przeprowadzenia aborcji z uwagi na wystąpienie patologii płodu. W opinii skarżącej, z którą zgodził się Komitet, okoliczność ta nie wyklucza naruszenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. „Takie rozumowanie podważałoby bowiem zasadę, zgodnie z którą prawo krajowe nigdy nie może być powoływane w celu uzasadnienia uchybienia zobowiązaniom wynikającym z Paktu”. Przeciwnie, okoliczność ta sprawia, że do naruszenia dochodzi niejako w majestacie prawa. Należy zatem przyjąć, iż zaprezentowany kierunek argumentacji przyczynił się do zmiany paradygmatu, zgodnie z którym w przypadku odmowy lub utrudniania dostępu do aborcji źródła pogwałcenia art. 7 MPPOiP należało każdorazowo upatrywać w niedopełnieniu przez organy państwa pozytywnych bądź negatywnych obowiązków wynikających dla niego z przepisów krajowych.

W opinii Komitetu podstawowym źródłem bólu psychicznego i fizycznego, który ostatecznie osiągnął poziom pozwalający mówić o torturach bądź niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniu, był w sprawie Amandy Mellet wynikający z art. 40.3.3 irlandzkiej Konstytucji zakaz przerywania ciąży. Odnosił się on również do sytuacji, gdy taka decyzja kobiety umotywowana była stwierdzoną u płodu wadą. To w związku z restrykcyjnymi uregulowaniami prawnymi w przedmiocie dostępu do aborcji skarżąca została wystawiona na cierpienie, którego rozmiar mógłby w odmiennych okolicznościach zostać znacznie ograniczony. Ból u kobiety wywołany został bowiem wstrząsającą informacją o śmiertelnej wadzie genetycznej płodu. Uwarunkowania stanowiące implikację obowiązującego w prawie krajowym całkowitego zakazu aborcji spotęgowały go jednak w takim stopniu, że osiągnął on stopień dolegliwości, będący

przesłanką pozwalającą na zakwalifikowanie danego zachowania jako naruszenia art. 7 MPPOiP.

W pierwszej kolejności Komitet wskazuje, że skarżąca nie otrzymała w ramach irlandzkiego systemu opieki zdrowotnej dostępu do świadczeń adekwatnych w perspektywie trudnego położenia, w którym się znalazła. Wśród zaprezentowanych jej przez personel medyczny dostępnych rozwiązań nie znalazły się bowiem środki, które – w świetle aktualnego stanu wiedzy medycznej – pozwalałyby na osiągnięcie przez nią fizycznego, umysłowego i społecznego dobrostanu w najwyższym możliwym w powołanych okolicznościach stopniu⁸⁵. Zamiast tego przedstawiono jej dramatyczną alternatywę: donoszenie obumierającego płodu bądź wyjazd do innego kraju w celu przeprowadzenia tam aborcji. Pogłębiło to cierpienie psychiczne kobiety, pozbawionej możliwości skorzystania z jedyne go rozwiązania, które – jak podniosła w skardze – stanowiłoby wyraz poszanowania jej psychicznej oraz fizycznej integralności i jako takie mogłoby przyczynić się do ograniczenia towarzyszącego jej bólu.

Warto przy tym zaznaczyć, iż przekazana pacjentce informacja w zakresie dostępnych wariantów postępowania była jedynie szczątkowa, ograniczona w istocie do enigmatycznego zasygnalizowania możliwości „wyjazdu”. Nie możemy zatem mówić w tym przypadku o pełnej i wyczerpującej informacji medycznej, która zgodnie z pkt. 7 irlandzkiej Karty Praw Pacjenta z 1992 r. powinna obejmować szczegółowe dane na temat proponowanych metod leczenia, metod alternatywnych, oczekiwanych korzyści oraz ewentualnego bólu, dyskomfortu i ryzyka związanego z przedstawionymi wariantami, a także jego efektów ubocznych⁸⁶. W świetle przywołanego przepisu okoliczność ta stanowiła zatem przejaw niezapewnienia skarżącej odpowiedniej opieki medycznej. Pacjentka nie została bowiem poinformowana m.in. o możliwych ujemnych konsekwencjach

⁸⁵ Zob. Preambula do Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia, porozumienia zawartego 22 lipca 1946 r. (Dz.U. 1948 nr 61 poz. 477).

⁸⁶ National Healthcare Charter. You and your Health Service (<https://www.hse.ie/eng/about/who/qid/person-family-engagement/national-healthcare-charter/national-healthcare-charter.pdf>) [dostęp: 20.03.2022 r.].

każdego z zaproponowanych rozwiązań dla jej dobrostanu psychicznego i fizycznego - czego nie można usprawiedliwiać rzekomym zakazem udzielania przez personel medyczny informacji na temat możliwości przeprowadzenia aborcji za granicą. Uchwalona w 1995 r. Ustawa regulująca udzielanie informacji na temat możliwości przerwania ciąży poza granicami państwa⁸⁷, jak słusznie zauważył Komitet, ogranicza wprawdzie zakres legalnych informacji, nie można jednak uznać, by zawarte tam przepisy całkowicie to wyłączały. Udzielanie indywidualnym kobietom powołanych informacji jest bowiem dopuszczalne na zasadach uregulowanych w sekcji 5 i 6. Co więcej, nieusprawiedliwiony brak odpowiedniej informacji medycznej, który sam w sobie przyczynił się do wzmożenia cierpienia skarżącej, wpłynął w tym przypadku również na wykształcenie się towarzyszącego pacjentce poczucia wstydu i poniżenia, związanego z będącą jej udziałem zinternalizowaną stygmatą.

Komitet zauważa też, że wyjazd do Wielkiej Brytanii w celu przerwania tam ciąży - w braku realnej alternatywy - wiązał się dla skarżącej ze znacznym dyskomfortem psychicznym i fizycznym, co w dużej mierze wynikało z ograniczonych zasobów finansowych. Oceniając to, w jaki sposób doznany ból i dolegliwości związane z koniecznością odbycia podróży przekładają się na możliwość stwierdzenia, że w przypadku Amandy Mellet spełnione zostało kryterium „minimalnego poziomu dolegliwości”, organ wskazuje na konieczność uwzględnienia szczególnie trudnego położenia skarżącej w związku z ciążą oraz wadą letalną płodu. Jako kobieta w ciąży, zmuszona skonfrontować się wizją potencjalnego cierpienia oraz śmierci przyszłego dziecka, należała ona bowiem do grupy szczególnie wrażliwej i narażonej na nadużycia.

Organ zauważa również, że uniknięcie wspomnianego dyskomfortu, który stał się udziałem skarżącej, byłoby możliwe, gdyby ustawodawstwo krajowe gwarantowało jej możliwość przeprowadzenia aborcji w ramach systemu świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych osobom

⁸⁷ Regulation of Information (Services outside the State for Termination of Pregnancies) Bill, 1995 (number 5 of 1995) (<https://www.irishstatutebook.ie/eli/1995/act/5/enacted/en/print.html>) (dostęp: 20.03.2022 r.).

ubezpieczonym i finansowanych ze składek na ubezpieczenie zdrowotne. Tym samym dostrzega, że doznane cierpienie potęgowała trudna sytuacja materialna skarżącej, dla której konieczność poczynienia niespodziewanego, jednorazowego wydatku w kwocie stanowiącej równowartość 3 tys. funtów, stanowiła barierę w dostępie do bezpiecznej aborcji w komfortowych warunkach.

Wreszcie, Komitet przychyła się do argumentów podnoszonych przez skarżącą w kontekście niezapewnienia jej odpowiedniej pomocy medycznej i psychologicznej w procesie przeżywania straty i żałoby. Takie wsparcie, w świetle irlandzkich Krajowych standardów opieki w okresie żałoby po utracie ciąży i śmierci dziecka w trakcie porodu, przysługiwało kobietom, które mimo wykrycia śmiertelnej wady płodu zdecydowały się kontynuować ciążę do czasu spontanicznego poronienia lub narodzin martwego dziecka. A *contratio*, kobiety, które w takiej sytuacji – w wielu przypadkach podobnie jak pierwsza z wymienionych grup, kierując się najlepszym interesem płodu – decydowały się na przerwanie ciąży, nie były uprawnione do otrzymania bezpłatnej pomocy w ramach publicznego systemu opieki zdrowotnej. Rozróżnienie to w przypadku skarżącej, nie dysponującej odpowiednimi środkami finansowymi na pokrycie kosztów takiego wsparcia - zaważyło na możliwości skorzystania przez nią z poradnictwa żałobnego. Okoliczność ta z kolei – na co wskazuje organ międzynarodowy – sprawiła, że skarżąca nie była w stanie poradzić sobie z uczuciem straty oraz urazem psychicznym związanym z koniecznością przerwania ciąży za granicą, w niekomfortowych, nieadekwatnych do jej delikatnego położenia warunkach. Nieprzemijające, nieprzepracowane cierpienie sprawiło zaś, że u Amandy Mellet wykształciła się długotrwała trauma. Warto zaznaczyć, że choć Komitet podnosi przywołany argument w kontekście naruszenia art. 7 Paktu, myśl tę rozwija dopiero w części opinii, w której odnosi się do zarzutu pogwałcenia przez państwo zakazu z art. 26 MPPPOIP, gwarantującego równą ochronę prawną, a zatem stającą się obowiązkiem ustawodawcy krajowego w zakresie ochrony prawa

do równości i niedyskryminacji⁸⁸. Tym samym organ po raz kolejny podkreśla obojętność, jaka wynika z zakazującej przerywania ciąży irlandzkiej Konstytucji: po pierwsze – wobec zakresu praw i wolności przysługujących kobietom w świetle prawa międzynarodowego – po wtóre zaś – dla możliwości stwierdzenia naruszenia art. 7 MPPOiP.

Argumentacja zaprezentowana przez Komitet w opinii ws. Amanda Mellet przeciwko Irlandii stanowi zdecydowane odejście od dominującej dotychczas linii orzeczniczej sensu largo. Przez dekady o stwierdzeniu naruszenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w sytuacji odmowy bądź utrudniania kobiecie przeprowadzenia aborcji z uwagi na wystąpienie patologii płodu przesądzała bowiem co do zasady dopuszczalność takiego zabiegu w świetle prawa krajowego. Obecnie okoliczności tej – braku faktycznego dostępu do legalnej procedury medycznej – nie rozpatruje się już jak widać jako podstawowej przyczyny cierpienia ofiary naruszenia. Niemożność skorzystania z legalnej procedury medycznej rozważana jest natomiast ewentualnie w kategoriach czynnika dodatkowo potęgującego ból psychiczny oraz towarzyszące skarżące poczucie upokorzenia, czego implikacją może być przekroczenie minimalnego stopnia dolegliwości, pozwalającego na stwierdzenie ad casum naruszenia art. 7 MPPOiP.

Prawny zakaz aborcji z przyczyn embriopatologicznych jako niehumanitarnie traktowanie

Argumentacja organów międzynarodowych w przywołanych sprawach: R.R. przeciwko Polsce, K.L. przeciwko Peru, czy też Amanda Mellet przeciwko Irlandii stanowi dowód, że na przestrzeni ostatnich 20 lat wydatnie poszerzył się zakres przedmiotowy pojęcia „tortur” oraz „niehumanitarnego i poniżającego traktowania”. Wywiedziona na kanwie wyroku ws. Selmouni przeciwko Francji teza o dynamicznym charakterze sposobu, w jaki pojęcia te powinny być definiowane, zyskała więc globalną

⁸⁸ R. Wieruszewski, [w:] Międzynarodowy ... s. 633.

i trwałą akceptację. Naturalną konsekwencją tego jest panujący obecnie w szeroko rozumianym orzecznictwie organów międzynarodowych konsens, że w pewnych okolicznościach odmawianie bądź utrudnianie kobietom dostępu do aborcji z przyczyn embriopatologicznych może zostać uznane za pogwałcenie prawa podmiotowego, zapewniającego ochronę przed stosowaniem tortur bądź innych form maltretowania.

Kwestią sporną pozostaje jednak zakres sytuacji, w jakich stwierdzenie, że tego rodzaju naruszenie ze strony państwa miało miejsce, znajduje uzasadnienie w świetle zawartej w art. 2 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur (...) definicji tortur oraz wypracowanych na jej podstawie definicji innych form maltretowania. Należy więc dostrzec, że w kontekście takiego zakwalifikowania odmowy lub ograniczaniu dostępu do aborcji motywowanej wystąpieniem patologii płodu ewentualne wątpliwości dotyczą najczęściej tego, czy cierpienie ofiary osiągnęło ad casum minimalny stopień dolegliwości, wymagany do poczynienia takiej konstatacji. W orzecznictwie organów międzynarodowych panuje zgoda, że gdy akty noszące znamiona maltretowania pochodzą od lekarzy oraz innych członków personelu medycznego, odpowiedzialność za nie możemy przypisać państwu. W przypadku odmowy bądź utrudniania dostępu do aborcji zasadniczo źródłem naruszeń ze strony wskazanych wyżej podmiotów jest bowiem milczące przyzwolenie państwa, przejawiające się w niedołożeniu należytej staranności w celu zapobiegania, ścigania i karania tego rodzaju zachowań. Komponenty intencjonalności oraz celowości nie są natomiast przesłankami przedmiotowo istotnymi dla samej możliwości stwierdzenia pogwałcenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Istnienie kontekstu premedytacji oraz celowy charakter zadawania cierpień rozszerza jedynie zakres sytuacji, w których brutalne traktowanie staje się torturą⁸⁹.

Dla możliwości uznania, że w konkretnych okolicznościach spełniona została przesłanka intensywności cierpień zadanych ofierze, mimo pewnego zwrotu, o którym świadczy opinia wydana przez Komitet Praw

⁸⁹ L. Garlicki, [w:] Konwencja ..., s. 108.

Człowieka ONZ w sprawie Amandy Mellet, kluczowe pozostają wciąż gwarancje prawne, zastrzegające możliwość przerwania ciąży z uwagi na wystąpienie patologii płodu, wynikające z prawa krajowego. W takich przypadkach naruszenie norm prawnomiędzynarodowych rozpatrywane jest w kontekście niewywiązania się przez państwo z przewidzianego przepisami prawa krajowego obowiązku zapewnienia kobietom dostępu do legalnej procedury medycznej. W konsekwencji przyjmuje się, że główne źródło cierpienia psychicznego skarżącej stanowił brak dostępu do procedury, do której była uprawniona w świetle prawa krajowego. Pozwala to organom międzynarodowym skoncentrować się na aspektach proceduralnych jako na podstawowej przyczynie pogwałcenia zakazu maltretowania. W związku z tym argumentacja przedstawiona w tych sprawach jedynie w ograniczonym stopniu umożliwia przyjęcie, jakie okoliczności w istocie są i powinny być brane pod uwagę dla ustalenia, że fakt uniemożliwienia kobiecie przeprowadzenia aborcji z uwagi na wystąpienie przesłanki teratologicznej może w danym przypadku stanowić samodzielną podstawę stwierdzenia naruszenia powołanego zakazu.

W przypadkach zaś, gdy prawo krajowe nie wprowadza gwarancji prawnych w zakresie możliwości przerwania ciąży w danych okolicznościach, niezbędne jest natomiast wykazanie, że okoliczności faktyczne danej sprawy wzmagaly cierpienie ofiary spowodowane niemożnością przerwania ciąży, w sposób, który przesądził o przekroczeniu minimalnego stopnia dolegliwości. Koncepcja, zgodnie z którą prawny zakaz aborcji z przyczyn embriopatologicznych należy w każdym przypadku automatycznie kwalifikować jako samoistne naruszenie zakazu tortur i niehumanitarnego traktowania, nie zyskała bowiem dotychczas aprobaty w świetle orzecznictwa organów międzynarodowych.

Na wyodrębnienie takich okoliczności, które nie tworzą skądinąd zamkniętego katalogu, pozwala jednak analiza argumentacji EKPCz oraz Komitetu Praw Człowieka ONZ w przywołanych sprawach.

Po pierwsze, należy wziąć pod uwagę konsekwencje wynikające z sytuacji, gdy kobieta jest osobą małoletnią. Okoliczność ta czyni ją bowiem jednostką szczególnie wrażliwą oraz narażoną na ryzyko nadużyć. Ocena cierpienia skarżącej nie może bowiem abstrahować od

długofalowych następstw doznanego bólu dla jej zdrowia psychicznego i fizycznego - potencjalnie szczególnie rozległych w przypadku młodych osób o delikatnej, wciąż kształtującej się konstrukcji psychicznej⁹⁰. W ocenie ciał międzynarodowych kluczowe jest również wzięcie pod uwagę ograniczonej autonomii osób małoletnich, wyrażających zgodę na akt seksualny. Jednostki te – jako nie w pełni świadome potencjalnych konsekwencji podejmowanych decyzji – nie powinny być zmuszone do ponoszenia dotkliwych konsekwencji owych wyborów. Rozumowanie to należy zastosować per analogiam również do kobiet będących ofiarami gwałtu oraz osobami niepełnosprawnymi intelektualnie⁹¹.

Ponadto konieczne jest zwrócenie uwagi na specyficzną stronę podmiotową, zachodzącą po stronie personelu medycznego, którą można określić bądź jako zamiar wywołania u ofiary cierpienia, bądź przynajmniej jako obojętność na powodowanie bólu. Programowe ignorowanie w takich okolicznościach stanu psychicznego kobiety spodziewającej się ciężko uszkodzonego dziecka wolno zakwalifikować jako zachowania wbrew udokumentowanym faktom. Przekonują o tym nie tylko przywołane tutaj sprawy, ale także seria wyroków sądowych zapadłych w związku z wadliwie prowadzonymi badaniami prenatalnymi, gdy niewiedza i późniejsza bezradność wobec dramatu doprowadzały kobiety do załamań psychicznych.⁹² Również zatem w tych przypadkach mamy do czynienia – co należy stanowczo podkreślić – z elementem premedytacji. Komponent ten nie jest obojętny dla stopnia dolegliwości, jakiego doświadcza ofiara. Należy bowiem uznać, że towarzysząca kobiecie świadomość biernej postawy personelu medycznego wobec będącego jej udziałem cierpienia, bądź – w wariantcie mniej optymistycznym - chęci jej czynnego poniżenia, mogą w znacznym stopniu wzmacniać cierpienie psychiczne. W sposób

⁹⁰ W. Burek, Głosa do decyzji Komitetu Praw Człowieka ONZ..., s. 200.

⁹¹ Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 28 kwietnia 2011 r. nr 1608/2007, L.M.R. przeciwko Argentynie.

⁹² Zob. polskie: wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 24.04.2013 r., sygn. I ACa 787/12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 19.02.2018 r., sygn. I ACa 379/16; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 31.05.2017 r., sygn. I ACa 1059/16 (Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych Biura Informacji Publicznej)

bezpośredni znajduje to odzwierciedlenie w fakcie, iż kontekst premedytacji oraz celowości towarzyszący zadawaniu bólu umożliwia dokonanie klasyfikacji danego zachowania jako bardziej drastycznej formy maltretowania – tortur. Natomiast ignorancja oraz obojętność wobec niewątpliwie zadawanych cierpień spełniają znamiona przynajmniej niehumanitarnego traktowania.

Wreszcie, po trzecie, cierpienie psychiczne ofiary należy rozpatrywać w kontekście jej szczególnie trudnej sytuacji jako kobiety zmuszonej skonfrontować się z wizją potencjalnego cierpienia oraz przypuszczalnej śmierci przyszłego dziecka. Ocena ta wymaga zatem wzięcia pod uwagę zarówno: rodzaju choroby płodu, charakteru jego wad rozwojowych, jak ewentualnych zewnętrznych deformacji. W przypadku, gdyby utrudnienia w dostępie do aborcji uniemożliwiły kobiecie przeprowadzenie zabiegu, należy zaś uwzględnić również konieczność bezpośredniego, namacalnego zetknięcia się ofiary z bólem, jaki stał się udziałem dotkniętego chorobą lub upośledzeniem dziecka, potęgowanego na przykład przez konieczność karmienia go piersią.

Wnioski

Krytyczna analiza wskazanych przesłanek prowadzi do mało optymistycznej konkluzji, iż organy międzynarodowe w procesie kwalifikacji odmowy dostępu do aborcji z przyczyn embriopatologicznych jako naruszenia zakazu maltretowania, pozostają w istocie obojętne wobec wpływu, jaki na stopień cierpienia ofiary wywiera pozbawienie jej autonomii w procesie podejmowania decyzji związanych z własną reprodukcją. Narracja „matczynego bólu” dominuje tym samym nad perspektywą kobiety jako wolnej, niezależnej jednostki⁹³ - której odmawia się możliwości podjęcia samodzielnej, uświadomionej decyzji o przerwaniu ciąży - a sprowadza problem tylko do relacji wobec rodziny bądź społeczeństwa.

⁹³ R. Coomaraswamy, *To Bellow Like a Cow: Women, Ethnicity and the Discourse of Rights* [w:] *Human Rights of Women: National and International Perspectives*, red. R.J. Cook, Philadelphia 1994, s.43-55.

W konsekwencji, przy ocenie źródła cierpienia ofiary pomijane są związki towarzyszącego jej bólu psychicznego z faktem wkroczenia państwa w sferę moralnej integralności kobiety.

W ramach postulatów *de lege ferenda* należy zatem wskazać na potrzebę uwzględnienia przez organy międzynarodowe kontekstu kwalifikowanego naruszenia wewnętrznej spójności człowieka jako przyczyny cierpienia kobiet, których prawo podmiotowe, zapewniające ochronę przed stosowaniem tortur bądź innych form maltretowania, zostaje pogwałcone. Przyjęcie odmiennej perspektywy grozi bowiem utrwalaniem w prawie międzynarodowym stereotypów związanych z „właściwą” rolą oraz pozycją kobiety w społeczeństwie⁹⁴.

Niemniej warto przy tym podkreślić, że praktykę organów międzynarodowych – szczególnie tych działających w ramach systemu ochrony praw człowieka ONZ - cechuje stosunkowo duża elastyczność oraz otwartość na zachodzące w optyce społecznej zmiany. Można zatem wysunąć tezę, iż zaakcentowanie perspektywy kobiety jako jednostki pozbawianej możliwości podejmowania decyzji w zakresie własnej reprodukcji będzie stanowić kolejny etap na drodze ewolucji linii orzeczniczej sensu largo w przedmiocie zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w związku z odmową lub ograniczeniem prawa do aborcji.

Bibliografia

- Amnesty International, *Przerwanie ciąży, a prawa człowieka*, s. 8 (https://amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2016/07/AI_przerwanie-cięży-a-prawa-czlowieka_web.pdf).
- E. Biernacka, *Lustrzane odbicie problemów klinicznych płodu z wadą letalną u matki*, *Kurier Medyczny* 13.I.2021, <https://www.termedia.pl/mz-Lustrzane-odbicie-problemow-klinicznych-plodu-z-wada-letalna-u-matki,40920.html>.

⁹⁴ A. Zureick, (En)Gendering..., s. 140.

- I.J. Biśta, Zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania [w:] Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014.
- M. Boratyńska, Wolny wybór. Gwarancje i granica prawa pacjenta do samodecydowania, Warszawa 2012.
- J. Braciak, Prawo do prywatności, Warszawa 2004.
- W. Burek, Glosa do decyzji Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 24 października 2005 r. ws. Karen Noelia Llantoy Huaman przeciwko Peru. (K.L. v. Peru) – Skarga nr 1153/2003., „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, 2007, nr 5.
- R. Coomaraswamy, To Bellow Like a Cow: Women, Ethnicity and the Discourse of Rights [w:] Human Rights of Women: National and International Perspectives, red. R.J. Cook, Philadelphia 1994.
- M. Debnath, D. Sharma, S. Mishra, Prenatal diagnosis of anencephaly and acrania in pregnant females – Report series of eight cases, “International Journal of Medical Science and Public Health” 2020, nr 5.
- A. Drzemczewski, The right to respect for private and family life, home and correspondence as guaranteed by Article 8 of the European Convention of Human Rights, Strasburg 1984.
- J. Dutka, Przemoc wobec kobiet i kobieca agresja w kontekście ról płciowych i mylnego uznania („misrecognition”), „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2014, nr 2.
- J. Falski, Problem aborcji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Na podstawie wyroku z 26 maja 2011 r. w sprawie R.R. v. Polska, „Przegląd Sejmowy”, 2016 nr 6.
- D. Ferenc-Kopeć, Definicje legalne w dokumentach międzynarodowej ochrony praw człowieka [w:] Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych cz.2, red. M. Król, A. Bartczak, M. Zalewska, Łódź 2014.
- A. Gałęska-Słiwka, Prawo do świadomego planowania rodziny – wybrane zagadnienia, „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 2.
- L. Garlicki, [w:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18., red. L. Garlicki, Tom. I, Warszawa 2010.
- M. Górski, Glosa do wyroku ETPC z dnia 26 maja 2011 r. 27617/04, LEX/el. 2011,

- B. Gronowska, Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.
- B. Gronowska, Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie R.R. przeciwko Polsce z 26 maja 2011 r., „Palestra” nr 9-10/2011.
- W. Grudziński, *Przestępstwa umyślnego uszkodzenia ciała*, Warszawa 1968.
- L. Henkin, *Privacy and Autonomy*, *Columbia Law Review*, vol. 74, 1974.
- N.R. Kofferman, *Personal Autonomy in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Leiden 2010.
- J. Kondratiewa-Bryzik, *Prawa kobiet, a prawna ochrona płodu w świetle prawa międzynarodowego (wybrane aspekty)*, „Krytyka Prawa”, 2010 t. 2 nr 1.
- M. Królikowski, *Problem interpretacji tzw. przesłanki eugenicznej stanowiącej o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży [w:] Współczesne wyzwania bioetyczne*, red. L. Bosek, M. Królikowski, Warszawa 2010.
- M. Królikowski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117-221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
- R. Kubiak, *Prawo medyczne (wyd. III)*, Warszawa 2017.
- B. Michalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz.*, red. A. Wąsek, Tom I, Warszawa 2004.
- M. Nesterowicz, Glosa do wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. (III CSK 16/08), „Przegląd Sądowy”, 2009, nr. 4.
- M. Nesterowicz, *Prawo do badań prenatalnych w świetle wyroków Sądu Najwyższego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie R.R. przeciwko Polsce [w:] Księga Jubileuszowa dedykowana prof. Romanowi Tokarczykowi*, Lublin 2012.
- M. Novak, *Trzy koncepcje wolności*, *Przegląd Polityczny*, 19/20 1993.
- B. Nowak, [w:] *Prawa i wolności I i II generacji*, red. A. Florczak, B. Bolechów, Toruń 2006.
- M. Nowak, *What Practices Constitute Torture? US and UN Standards*, „Human Rights Quarterly”, 2006 nr 4.
- M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej: Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2000.
- M.A. Nowicki, *R.R. przeciwko Polsce - wyrok ETPC z dnia 26 maja 2011 r., skarga nr 27617/04*, [w:] *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2012*, LEX 2012.

- J. Różyńska, [w:] Regulacja prawna czynności medycznych, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska, Tom II. Część 2, Warszawa 2019.
- A. Sakowicz, Prawnokarne gwarancje prywatności, Kraków 2006.
- S. Sykuna, Polityczny, prawny i etyczny wymiar normatywnego zakazu stosowania tortur [w:] Wymiar prawa. Teoria. Filozofia. Aksjologia, red. M. Hermann, M. Krotoszyński, Warszawa 2019.
- J.J. Thomson, A Defense of Abortion, "Philosophy & Public Affairs", Vol 1, No. 1 1971.
- R. Wieruszewski, [w:] Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz., red. W. Sobczak, Warszawa 2012.
- A. Wnukiewicz-Kozłowska, Autonomia jednostki w międzynarodowym prawie biomedycznym, Wrocław 2019.
- E. Zielińska, Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie., Warszawa 1990.
- F. Zoll, [w:] Kodeks karny. Część szczególna., red. A. Zoll, Tom II, Warszawa 2017.
- A. Zureick, (En)Gendering Suffering: Denial of Abortion as a Form of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, „Fordham International Law Journal” 2015, nr 1.

Abstract

Over the last two decades, there has been a shift in the perception of international bodies, which has contributed to broadening the material scope of the concept of torture and cruel, inhuman or degrading treatment. Accordingly, these bodies are increasingly willing to recognize, that in certain circumstances, denying or impeding a woman's access to abortion when the need to terminate a pregnancy is motivated by the finding of a serious fetal defect in the fetus, may be classified as such. A distinction is, however, made between cases in which the possibility of performing an abortion in the indicated circumstances is provided for in by national legislation and situations in which that legislation does not provide any guarantee in that regard. With respect to the first category,

the possibility of recognizing such restrictions as forms of maltreatment that violates human rights, is accepted by both the bodies operating within the framework of the Council of Europe and the UN system, as exemplified by the ECHR judgment in *R.R. v. Poland*. Obstructing access to abortion is then considered in the context of the state's failure to meet its obligation under national law to provide women with access to a legal medical procedure. On the other hand, the line of jurisprudence with respect to the second category of cases, which began with the opinion of the UN Human Rights Committee in the case of *K.L. v Peru* and developed, *inter alia*, in the *Amanda Mellet* case, is less well-established. In particular, so far, no uniform criteria have been indicated to recognize that in a given case the refusal of abortion was tantamount to a violation of the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment. However, the analysis of the arguments of the ECHR and the UN Human Rights Committee in the above-mentioned cases allows the identification of such circumstances, which do not form an otherwise closed list.

Stosowanie przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 do sztucznej inteligencji

Wstęp

Oprogramowanie AI ułatwia pracę profesjonalistów w sektorze ochrony zdrowia, przyspiesza przeprowadzanie zabiegów medycznych, usprawnia proces diagnozowania, a także niekiedy zwiększa prawdopodobieństwo otrzymania trafnej diagnozy w krótszym czasie. AI znajduje związki i wzory w danych, które zwyczajnie są niemożliwe do przeanalizowania przez człowieka. Profesor Kamran Khan z Uniwersytetu Toronto, wraz z grupą epidemiologów, już w grudniu 2019 roku dzięki AI zauważył, że w Wuhanie w relatywnie krótkim czasie odnotowano 27 przypadków zapalenia płuc o niejasnej przyczynie i pamiętając na przykład epidemiczność SARS, zawiadomili o tym WHO. Algorytm stworzony przez badaczy przeszukiwał media społecznościowe, portale newsowe i fora dyskusyjne - i to tam, a nie w szpitalach prowadzących specjalne bazy danych, ludzie raportowali, co się z nimi dzieje. W ten sposób sztuczna inteligencja zasygnalizowała nieprawidłowości, które później okazały się przerodzić w pandemię¹.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie podstawowych zasad regulacji Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 w zakresie definiowania oprogramowania sztucznej inteligencji

¹ <https://www.usnews.com/news/best-countries/articles/2020-03-11/how-scientists-are-using-artificial-intelligence-to-track-the-coronavirus>

jako wyrobu medycznego. Tym samym, w artykule omówiono szeroko definicję wyrobu medycznego w Rozporządzeniu 2017/745 oraz wskazano kwestie mogące być w tym kontekście problematyczne przy stosowaniu tej regulacji względem sztucznej inteligencji. W artykule omówiono również in extenso kryteria kwalifikacji oprogramowania AI jako wyrobu medycznego, w tym na podstawie projektowanych aktów prawa europejskiego oraz wytycznych The Medical Device Coordination Group (MDCG).

1. Oprogramowanie jako wyrób medyczny - definicja

Potencjał technologiczny AI jest ogromny, a szczególnie w sektorze ochrony zdrowia szybkie i bezpieczne wdrażanie rozwiązań sztucznej inteligencji może stanowić szansę dla pacjentów potrzebujących diagnozy, leczenia czy monitoringu rekonwalescencji. Nowa regulacja dotycząca wyrobów medycznych w Unii Europejskiej wprost postanawia, że pewne oprogramowania są wyrobami medycznymi. Ta zmiana² ma ogromne znaczenie dla całego przemysłu wyrobów medycznych i jej doniosłość jest absolutnie nie do przecenienia, bowiem od momentu wejścia w życie w maju 2021 r. nowej regulacji unijnej wyrobem medycznym może być nie tylko sam sprzęt komputerowy – hardware, lecz także to, co nim steruje – software, oprogramowanie – w tym również oprogramowanie AI.

² Jest to spora różnica w stosunku do starego stanu prawnego podyktowanego Dyrektywą Rady 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącą wyrobów medycznych. Zgodnie z art. 1 ust. 2a wyrobem medycznym w rozumieniu tej Dyrektywy jest dowolny przyrząd, aparat, urządzenie, materiał lub inny artykuł, stosowany samodzielnie lub w połączeniu, zawierający oprogramowanie konieczne do jego właściwego funkcjonowania przewidzianego przez wytwórcę, i który ma być używany w odniesieniu do ludzi do określonych celów. Na kanwie regulacji ujętej dyrektywalnie wyrobem medycznym - przynajmniej literalnie - mogło być co najwyżej urządzenie czy inny artykuł zawierający oprogramowanie. Wyrobem medycznym był zatem sam hardware – materialny nośnik oprogramowania. Polecam jednak uwadze sprawę, która trafiła przed TSUE z sygnaturą C329/16. Dnia 7 grudnia 2017 r. TSUE w wyroku uznał, że inkryminowany w sprawie software realizuje wyraźnie medyczny cel – zapobiegania chorobie, jej monitorowaniu, leczeniu lub łagodzeniu jej przebiegu, co czyni z niego wyrób medyczny w rozumieniu obowiązującego wówczas art. 1 ust. 2 lit. a) Dyrektywy 93/42/EWG.

Zgodnie z art. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745³ (dalej: „MDR”, „Rozporządzenie 2017/745”), „wyrób medyczny” oznacza bowiem narzędzie, aparat, urządzenie, oprogramowanie, implant, odczynnik, materiał lub inny artykuł przewidziany przez producenta do stosowania pojedynczo lub łącznie u ludzi do co najmniej jednego z następujących szczególnych zastosowań medycznych:

a) diagnozowanie, profilaktyka, monitorowanie, przewidywanie, prognozowanie, leczenie lub łagodzenie choroby,

a) diagnozowanie, monitorowanie, leczenie, łagodzenie lub kompensowanie urazu lub niepełnosprawności,

b) badanie, zastępowanie lub modyfikowanie budowy anatomicznej lub procesu lub stanu fizjologicznego lub chorobowego,

c) dostarczanie informacji poprzez badanie in vitro próbek pobranych z organizmu ludzkiego, w tym pobranych od dawców narządów, krwi i tkanek,

i który nie osiąga swojego zasadniczego przewidzianego działania środkami farmakologicznymi, immunologicznymi lub metabolicznymi w ludzkim ciele lub na nim, ale którego działanie może być wspomagane takimi środkami.

Wola producenta w MDR zajmuje szczególne miejsce – w świetle wyżej wymienionej definicji wyrobu medycznego kluczowe znaczenie przy jego kwalifikacji ma właśnie nadane mu przez jego producenta przeznaczenie. Wyrób medyczny w rozumieniu MDR ma być „przewidziany przez producenta” do co najmniej jednego z zastosowań medycznych wymienionych w definicji. Zgodnie z kolei z art. 2 ust. 12 MDR „przewidziane zastosowanie” oznacza użycie, do którego wyrób jest

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (Dz. U. UE L 117/1 z 5.05.2017). Pokrewne Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro oraz uchylenie dyrektywy 98/79/WE i decyzji Komisji 2010/227/UE (Dz. U. UE L 117/176 z 5.05.2017) (IVDR) pozostawiam poza zakresem niniejszego opracowania i odwołuję się do niego jedynie w celach wiernego cytowania.

przeznaczony zgodnie z danymi podanymi przez producenta na etykiecie, w instrukcji używania lub w materiałach lub oświadczeniach promocyjnych lub sprzedażowych oraz określonymi przez producenta w ocenie klinicznej. Za wyrób medyczny możemy zatem uznać narzędzie, aparat, urządzenie, oprogramowanie, implant, odczynnik, materiał lub inny artykuł, który producent przeznaczył zgodnie z danymi podanymi na etykiecie, w instrukcji lub w materiałach lub oświadczeniach promocyjnych lub sprzedażowych oraz określonymi przez producenta w ocenie klinicznej do stosowania pojedynczo lub łącznie u ludzi do co najmniej jednego z następujących szczególnych zastosowań medycznych, wymienionych już wprost w definicji z MDR.

Mimo pośredniego, jednak niedającego się pominąć zaakcentowania już w samej definicji aspektu wolicjonalnego producenta, zakres zastosowania MDR jest znacznie szerszy od katalogu produktów, które producenci zadedykowali konkretnym celom. Zgodnie z art. 1 ust. 2 MDR stosujemy także do wymienionych w załączniku XVI grup produktów niemających przewidzianego zastosowania medycznego – niespełniających więc definicji wyrobu. Powoduje to, że regulacja MDR jest nad wyraz szeroka, i znajdzie zastosowanie nie tylko do oprogramowania przeprowadzającego segmentację narządów wewnętrznych czy robotów chirurgicznych, ale także innych sprzętów - od laserów wykorzystywanych do usuwania zbędnego owłosienia, przez produkty przeznaczone do dezynfekcji takiego lasera, aż do soczewek kontaktowych.

Zwracam uwagę, iż w definicji z MDR nacisk nie został przecież położony na faktyczną możliwość działania, lecz na określenie, przewidzenie zastosowania przez producenta. Zdaje się, że sytuacja oprogramowania spełniającego definicję z art. 2 pkt1 MDR przy jednoczesnym niepodpadaniu pod tę definicję sprzętu, w którym działa owe oprogramowanie, byłaby możliwa tylko, jeśli oprogramowanie (wyrób medyczny) byłoby przewidziane do stosowania w celu z MDR, natomiast sam materialny nośnik oprogramowania – nie. Jak słusznie zauważa Marek. Porzeżyński, „dla przykładu większość programów komputerowych w pewnym okresie sprzedawana była na materialnych nośnikach, najczęściej w postaci płyt CD. Nie należy jednak z tego wywodzić dalszych konsekwencji(...)”. W

szczegółności nie należy utożsamiać programu komputerowego z materialnym nośnikiem, na którym został utrwalony (...)”⁴.

Co istotne, oprogramowanie nie musi być przeznaczone wyłącznie do stosowania w celu wymienionym w Rozporządzeniu 2017/745 – wynika to wprost z treści przepisu art. 2 pkt 1 MDR. Na przykład kiedy oprogramowanie dzięki odpowiednio szerokiemu zaprogramowaniu byłoby przewidziane przez producenta zarówno do diagnozowania chorób na podstawie próbek krwi i jednocześnie do sterowania urządzeniem niemającym nic wspólnego z wyrobami medycznymi – na przykład sprzętem AGD⁵.

2. Rozumienie pojęcia „sztuczna inteligencja”

W tym miejscu zwracam uwagę na problem definicyjny, jakiego nie da się uniknąć przy omawianiu kwestii związanych ze sztuczną inteligencją w kontekście MDR. Wydaje mi się całkowicie zrozumiałe, iż dla przeciętnego użytkownika języka już sam termin „sztuczna inteligencja” może być nacechowany pewną grozą, a sprowadzanie inteligentnych algorytmów mogących podejmować samodzielnie decyzje do poziomu systemu operacyjnego czy gry komputerowej, może budzić pewien sprzeciw. Taki przeciętny użytkownik stawia sobie zatem pytanie, czy aby na pewno sztuczna inteligencja jest tylko i wyłącznie oprogramowaniem. Sądzę, że jest on należycie usprawiedliwiony w swoich rozterkach.

Ponadto już samo nawet językowe i fachowe rozumienia terminu „oprogramowanie” nie jest tożsame. Słownik języka polskiego PWN definiuje oprogramowanie jako „zbiór programów wprowadzonych do komputera”⁶. Encyklopedia PWN natomiast podaje, iż „oprogramowanie,

⁴ M. Porzeżyński, *Zdolność patentowa programów komputerowych*, Warszawa 2017, s. 2.

⁵ Oczywiście w praktyce, przynajmniej na razie, możliwość kupienia oprogramowania do AGD osobno od AGD zdaje się sytuacją zgola wyjątkową – nawet najbardziej nowoczesna pralka ma prawdopodobnie rodzaj oprogramowania, który nie jest oferowany oddzielnie (programy komputerowe typu embedded / firmware).

⁶ [https://sjp.pwn.pl/sjp/oprogramowanie;2495806\[dostęp:10.07.2021\]](https://sjp.pwn.pl/sjp/oprogramowanie;2495806[dostęp:10.07.2021]).

ang. software, inform. zespół programów komputera, umożliwiających lub ułatwiających jego wykorzystanie; w skład oprogramowania wchodzi zarówno programy dostarczone wraz ze sprzętem przez producentów, jak i kupione lub wytworzone osobno, np.: systemy operacyjne, translatory, systemy zarządzania bazami danych, arkusze kalkulacyjne, edytory, podprogramy biblioteczne, programy użytkowe; oprogramowanie przeznaczone dla danego typu komputera zwykle korzysta z jednolitego graficznego interfejsu użytkownika i możliwości wymiany danych między poszczególnymi programami”⁷. To bardzo proste rozróżnienie, oparte nawet tylko na dwóch różnych publikacjach tego samego wydawnictwa, skierowanych jednakże do innego odbiorcy, już dobrze pokazuje skalę omawianego zjawiska – kompletnie innego odbioru tego samego fragmentu rzeczywistości przez różne osoby.

Dla przeciętnego użytkownika języka sztuczna inteligencja może kojarzyć się raczej z tekstami kultury czy nowinkami technicznymi, z którymi zdążył się zapoznać, niż z odpowiednio zapisanym we właściwym języku programowania zestawem instrukcji. Te z kolei mogą rysować AI raczej jako niebezpieczne narzędzie niż bardzo mądre oprogramowanie. Idealnym przykładem jest głośna medialnie historia bota firmy Microsoft. Bot Tay miał rozmawiać z ludźmi na Twitterze, wkrótce zaczął jednak publikować obraźliwe posty i po szesnastu godzinach od uruchomienia został wyłączony. Według przedstawicieli Microsoftu powodem tego było zachowanie użytkowników – chatbot tworzył swoje wpisy na bazie interakcji z użytkownikami portalu, a zatem kiedy ci zaczęli tweetować niepoprawne politycznie wyrażenia, nauczylili AI wiadomości obracających się wokół popularnych tematów w Internecie – czyli m.in. rasistowskich czy erotycznych. Złowrogie nagłówki takie jak „Tak się kończą zabawy ze sztuczną inteligencją. Bot Microsoftu wrócił i oszalał”⁸ z pewnością nie przyczyniły się do wzrostu zaufania społeczeństwa do AI, a tym bardziej

⁷ <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/oprogramowanie;3951439.html>[dostęp: 08.06.2022].

⁸ <https://www.spidersweb.pl/2016/03/tay-tweets-tayandyou-microsoft-problemy.html>[dostęp: 08.06.2022].

postrzegania jej jako po prostu wyniku działania odpowiednio zaprogramowanego zbioru algorytmów.

Prawodawca europejski odpowiadając na pojawiające się w społeczeństwie wątpliwości co do charakteru AI wychodzi im naprzeciw z propozycją regulacji europejskiej - projektem Rozporządzenia ws. Sztucznej Inteligencji⁹ z 2021 r. (dalej: „Projekt”). Niestety, definicja AI zastosowana w Projekcie jest bardzo szeroka. Obejmuje nie tylko oprogramowanie oparte na mechanizmach uczenia maszynowego, lecz także np. bazy wiedzy oraz metody wyszukiwania, które same w sobie nie muszą mieć nic wspólnego ze sztuczną inteligencją¹⁰. Projektowana definicja AI, poprzez uwzględnienie w niej technik i podejść określonych w załączniku I do Projektu, ma być z założenia okresowo aktualizowana. Artykuł 3 punkt 1 Projektu stanowi, że system sztucznej inteligencji oznacza oprogramowanie opracowane przy użyciu co najmniej jednej spośród technik i podejść wymienionych w załączniku I, które może – dla danego zestawu celów określonych przez człowieka – generować wyniki, takie jak treści, przewidywania, zalecenia lub decyzje wpływające na środowiska, z którymi wchodzi w interakcję. W załączniku I do projektu określono natomiast następujące techniki i podejścia:

a) mechanizmy uczenia maszynowego, w tym uczenie nadzorowane, uczenie się maszyn bez nadzoru i uczenie przez wzmocnianie, z wykorzystaniem szerokiej gamy metod, w tym uczenia głębokiego;

a) metody oparte na logice i wiedzy, w tym reprezentacja wiedzy, indukcyjne programowanie (logiczne), bazy wiedzy, silniki inferencyjne i dedukcyjne, rozumowanie (symboliczne) i systemy ekspertowe;

b) podejścia statystyczne, estymacja bayesowska, metody wyszukiwania i optymalizacji.

⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM/2021/206 final), polska wersja: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e-0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0012.02/DOC_1&format=PDF [dostęp: 08.06.2022]

¹⁰ <https://www.adalovelaccinstitute.org/report/regulating-ai-in-europe/> [dostęp: 08.06.2022]

Projekt jest w znacznej mierze oparty wyłącznie na ryzyku stosowania AI, w szczególności nie zachowuje należytej proporcji między możliwym ryzykiem a potencjalnymi korzyściami. Ponadto warto wskazać, że Projekt nie zawiera w zasadzie w swej treści żadnych regulacji dotyczących wykorzystania systemów AI w ochronie zdrowia¹¹. Projektowana definicja nie jest spójna logicznie, co wynika w dużej mierze z błędu definiowania nieznanego przez nieznanne (*ignotum per ignotum*), do którego w niej dochodzi. Przeciętny użytkownik języka chcąc bowiem dowiedzieć się z niej, czym jest sztuczna inteligencja, postawiony zostaje przed szeregiem niezrozumiałych (oraz niewytłumaczonych) pojęć.

Przykładowo, na gruncie proponowanej definicji systemem sztucznej inteligencji jest oprogramowanie opracowane przy użyciu metody opartej na logice i wiedzy, które może generować wyniki, z którymi wchodzi w interakcję. Pojęcie „metody oparte na logice i wiedzy” jest tak szerokie i niejednoznaczne, że może obejmować w zasadzie wszelkie możliwe kody lub języki programowania. W konsekwencji niemal każde oprogramowanie, które wchodzi w interakcję z generowanymi przez siebie wynikami, stanowi system AI na gruncie ww. definicji. Projekt m.in. przez niedokładności czy wręcz błędy definicyjne nie stanowi w mojej ocenie narzędzia skutecznego i coraz szerszego przekonywania społeczeństwa o możliwościach AI, co dodatkowo może pogłębiać zinternalizowany strach przed inteligentnym oprogramowaniem.

a. *Soft law*

MDR stanowi bezwzględnie obowiązujące, tradycyjnie wiążące, twarde prawo. Praktyka wykształciła także pokrewne prawu instrumenty, które wprawdzie nie posiadają żadnej mocy prawnie wiążącej, lub których moc wiążąca jest w jakiś sposób „słabsza” w porównaniu do mocy wiążącej tradycyjnego prawa – *soft law*, będące wyrazem nowego sposobu rządzenia w Unii Europejskiej. Paweł Skuczyński zauważa, że „miękkie prawo wykazuje zdumiewające bogactwo postaci, które wymyka

¹¹ Mimo wskazania w Motywie 1 Preambuly Projektu: „Niniejsze rozporządzenie służy realizacji szeregu nadrzędnych celów interesu publicznego, takich jak wysoki poziom ochrony zdrowia”.

się dotychczasowym próbom klasyfikacji. O miękkim prawie mówi się m.in. w odniesieniu do deklaracji (declarations), rezolucji (resolutions), rekomendacji (irecommendations), kodeksów praktyk (codes of practice, codes of conduct), wytycznych (guidelines), standardów (standards), kart (charters), raportów (reports), opinii (opinions), programów (programs), porozumień między instytucjonalnych (inter-institutional agreements) (...). W propozycjach różnych autorów niektóre instrumenty takie jak deklaracje, rezolucje czy rekomendacje, powtarzają się regularnie”¹². Występowanie tej kategorii aktów na poziomie UE wywodzi się z pragmatycznego podejścia do prawa, które ma odpowiadać na problemy towarzyszące współczesnemu społeczeństwu, tak społeczne, gospodarcze jak i ekonomiczne, których nie udaje się rozwiązać w sposób satysfakcjonujący na poziomie UE przy wykorzystaniu aktów prawnie wiążących. Soft law może być wydawane i zmieniane przez administrację UE, co pozwala na ciągle eksperymentowanie i dostosowywanie do zmieniających się potrzeb. Miękkie prawo zapewnia elastyczność niezbędną, by UE mogła sprostać wyzwaniom stawianym chociażby przez rozwój nowych technologii – takich jak AI. Jak słusznie podnosi Komisja Europejska, „Chociaż w niektórych przypadkach potrzebne może być podejście oparte na twardym prawie, systemy współregulacji czy miękkiego prawa są często zalecane, aby nie hamować innowacji – nawet jeśli zdarzyć się mogą przypadki, w których regulacja działałaby również jako asumpt innowacji”¹³. Myślę, że w przypadku technologii takich jak AI – rozwijających się i poniekąd dopiero poznawanych, nieuniknione jest szerokie wykorzystywanie soft law jako mechanizmu pozwalającego na większą swobodę w prawodawstwie niż klasyczne, twarde prawo.

¹² P. Skuczyński, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008 s. 328, https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/11375/Soft_law_w_perspektywie_teorii_prawa.pdf?sequence=1 [dostęp: 08.06.2022].

¹³ „While hard-law approach may be needed in certain instances, co-regulation and soft law schemes are often preferred in order not to stifle innovation – even if there may be cases where regulation also acts as an enabler for innovation”, tłum. własn. Autorki, *Artificial intelligence: a European approach*, op.cit., str.68.

Taki przejaw działania UE przy pomocy soft law¹⁴ stanowią wydane 11 października 2019 roku przez powołaną przez Komisję Europejską Grupę Koordynacyjną ds. Wyrobów Medycznych (MDCG)¹⁵ Wytyczne MDCG 2019-11 dotyczące kwalifikacji i klasyfikacji oprogramowania z rozporządzenia 2017/745 - MDR i rozporządzenia 2017/746 - IVDR¹⁶ (dalej: „Wytyczne”). Dokument ten określa kryteria kwalifikacji oprogramowania wchodzące w zakres nowych przepisów dotyczących wyrobów medycznych, a także informacje dotyczące wprowadzania do obrotu. Jeśli zaś chodzi o kryteria klasyfikacji wyrobów medycznych, Wytyczne odsyłają do załącznika VIII do MDR i załącznika VIII do IVDR.

W rozumieniu Wytycznych za oprogramowanie uznaje się zestaw instrukcji przetwarzających dane wejściowe (input data) i tworzących dane wyjściowe (output data)¹⁷. Wszelkie dane dostarczone oprogramowaniu w celu uzyskania danych wyjściowych po obliczeniu tych danych można uznać za dane wejściowe.

Danymi wejściowymi mogą być na przykład te wprowadzone przez człowieka przy pomocy myszki komputerowej czy klawiatury, dane uzyskane przez maszynę wskutek rozpoznawania mowy, a także dane otrzymywane po wysłaniu przez konkretne urządzenie. Dane wyjściowe

¹⁴ Nie jest to oczywiście jedyny akt soft law wart uwagi. Wytyczne w zakresie etyki dotyczące godnej zaufania sztucznej inteligencji (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai> [dostęp: 10.07.2020].) oraz Biała księga w sprawie sztucznej inteligencji (ang. White paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust) (https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en [dostęp: 10.07.2021].) również są istotnymi i ciekawymi wskazówkami, jednak omówienie ich pozostawiam poza zakresem niniejszej pracy.

¹⁵ „Należy utworzyć komitet ekspertów, Grupę Koordynacyjną ds. Wyrobów Medycznych (MDCG), złożony z osób wyznaczonych przez państwa członkowskie na podstawie ich funkcji i wiedzy fachowej w dziedzinie wyrobów medycznych, w tym wyrobów medycznych do diagnostyki in vitro; komitet ten powinien zostać utworzony w celu wykonywania zadań powierzonych mu niniejszym rozporządzeniem i rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/746 (2), doradzania Komisji oraz wspierania Komisji i państw członkowskich w zapewnianiu harmonijnego wdrażania niniejszego rozporządzenia”, pkt 82 Preambuły MDR. Szerz. o MDCG – art.103 i nast. MDR.

¹⁶ <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/37581> [dostęp: 08.06.2022].

¹⁷ For the purpose of this guidance, “software” is defined as a set of instructions that processes input data and creates output data, (s. 5 Wytycznych, tłum. własne autorki).

z kolei to wszelkie dane wytworzone przez oprogramowanie. Danymi wyjściowymi są zatem zgodnie z przykładami z Wytycznych dane pojawiające się na ekranie urządzenia, generowane po wprowadzeniu pewnych danych wejściowych dźwięki czy informacje. Dane wejściowe mogą też być danymi wyjściowymi, w zależności od kolejności przetwarzania. Przykładowo zgodnie z Wytycznymi dokument cyfrowy taki jak plik jpg, czy też sformatowany do celów medycznych dokument cyfrowy, taki jak plik DICOM lub zapisy EKG lub też elektroniczny zapis stanu zdrowia pacjenta, może stanowić zarówno input, jak i output data.

Jako medical device software (dalej: „MDSW”) Wytyczne definiują oprogramowanie przeznaczone do użycia, samodzielnie lub łącznie, w celu określonym w definicji wyrobu medycznego w MDR. Oprogramowanie musi samo w sobie mieć cel medyczny¹⁸, aby mogło być zakwalifikowane jako oprogramowanie urządzenia medycznego (czyli właśnie MDSW). Oczywiście, aby oprogramowanie mogło zostać sklasyfikowane jako MDSW, najpierw musi spełnić wszystkie przesłanki z definicji wyrobu medycznego z art. 2 MDR¹⁹.

Oprogramowanie może być wykorzystywane do dostarczania informacji pozwalających podejmować szybkie decyzje personelowi czy też samym pacjentom, może także zapewnić wsparcie pracownikom służby zdrowia – jak w przypadku oprogramowania służącego do interpretacji wyników badań. Oprogramowanie może również bezpośrednio kontrolować wyrób medyczny, który będzie po prostu sterowanym przez nie sprzętem komputerowym – hardware. Przykładowo oprogramowanie do radioterapii kontroluje bezpośrednio sprzęt wykonujący radioterapię, wskutek czego sprzęt podejmuje określone działania, podobnie jak

¹⁸ Software must have a medical purpose on its own to be qualified as a medical device software (MDSW). It should be noted that the intended purpose as described by the manufacturer of the software is relevant for the qualification and classification of any device, (s. 6, *ibid.*, tłum. własne)

¹⁹ Oprogramowanie, które nie spełnia definicji wyrobu medycznego, a co za tym idzie oprogramowanie, które w rozumieniu Wytycznych nie będzie mogło być zakwalifikowane jako MDSW, ale jest przeznaczone przez producenta jako wyposażenie wyrobu medycznego, wciąż podlega w odpowiednim zakresie rozporządzeniu MDR m.in. ze względu na umieszczenie w regulacji przepisów o wyposażeniu wyrobu medycznego.

oprogramowanie systemowe takie jak powszechnie znany system operacyjny Windows zarządza systemem komputerowym, tworząc środowisko do uruchamiania i kontroli zadań²⁰.

Należy podkreślić, iż nie każde oprogramowanie używane w szeroko pojętej ochronie zdrowia będzie stanowiło wyrób medyczny. Tylko oprogramowania spełniające co najmniej jeden z celów medycznych wymienionych enumeratywnie w MDR będzie mogło być zaklasyfikowane jako wyrób medyczny. Oprogramowanie przeznaczone do celów niemedycznych (z wyłączeniem urządzeń wymienionych w załączniku XVI do MDR), takich jak fakturowanie, oczywiście nie kwalifikuje się jako oprogramowanie wyrobu medycznego, podobnie oprogramowania służące do wyszukiwania danych, takie jak oprogramowanie pełniące funkcje porządkowe i biblioteczne.

W Wytycznych wskazano także konkretny stopień skomplikowania technologicznego oprogramowania MDSW – tylko jeśli oprogramowanie wykonuje działanie na danych lub wykonuje działanie wykraczające m.in. poza przechowywanie, archiwizację, komunikację, proste wyszukiwanie czy kompresję bezstratną - wówczas może to być MDSW²¹.

Ponadto w Wytycznych wskazano, że oprogramowanie, aby mogło zostać sklasyfikowane jako MDSW, musi działać na korzyść indywidualnych pacjentów. Jako przykłady oprogramowania, które nie jest uważane za spełniające kryterium indywidualizacji, wskazano m.in. takie, które jest przeznaczone wyłącznie do agregowania danych dotyczących populacji, dostarczania ogólnych ścieżek diagnostycznych lub terapeutycznych ścieżek diagnostycznych lub terapeutycznych (niekierowanych do poszczególnych pacjentów).

W tym miejscu dobry dla zobrazowania będzie przykład oprogramowania pomagającego w walce z chorobami dróg oddechowych. Oprogramowanie to wykorzystuje deep learning i wizualizację 3D do lepszego wykrywania m.in. nowotworów górnych dróg oddechowych. Jego

²⁰ <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/system-operacyjny;3982217.html> [dostęp: 08.06.2022].

²¹ Więcej wskazówek na temat tych funkcji oprogramowania znajduje się w sekcji 3.1 Wytycznych.

zastosowanie może zwiększać prawdopodobieństwo wykrycia raka do 83–86%. Producent oprogramowania deklaruje, iż cała ich firma zajmuje się oprogramowaniem wykorzystującym sztuczną inteligencję do zwalczania raka i rozwijaniem wywiadu medycznego w taki sposób, aby mógł on awansować na zupełnie nowy poziom – umożliwiając tym samym skuteczniejszą, szybszą diagnostykę oraz prawdopodobnie skuteczniejsze leczenie. Producent zapewnia, że jego rozwiązanie AI generuje (1) informacje o lokalizacji wykrytych zmian w formie map cieplnych, (2) ocenia nieprawidłowości odzwierciedlające prawdopodobieństwo nieprawidłowej wykrytej zmiany oraz każdorazowo tworzy (3) „raport przypadku” AI podsumowujący wyniki analizy dla każdego odkrycia. Producent deklaruje, że oprogramowanie to stosować można między innymi do zapobiegania przeoczeniu trudnych do wykrycia podczas czytania radiogramów klatki piersiowej nieprawidłowości, a także może być pomocne przy stawianiu wczesnych diagnoz na podstawie takich radiogramów. W instrukcji oprogramowania wskazane jest jednak, aby rozwiązanie było bezpośrednio zaangażowane w proces podstawowej interpretacji przez radiologów lub klinicystów.

W takim przypadku w mojej ocenie można z całą pewnością stwierdzić, że oprogramowanie to producent przeznaczył do diagnostyki chorób – w tym przypadku dróg oddechowych – a zatem do co najmniej jednego ze szczególnych zastosowań medycznych wymienionych w Rozporządzeniu 2017/745. Oprogramowanie wyrobu medycznego to w rozumieniu Wytycznych oprogramowanie, które ma być używane, samodzielnie lub w połączeniu, do celów określonych w definicji wyrobu medycznego, i to niezależnie od tego, czy takie oprogramowanie jest niezależne od samego wyrobu, czy tylko powoduje lub wpływa na jego używanie. Oprogramowanie z przykładu z pewnością jest przeznaczone do użycia, samodzielnie lub łącznie, w celu określonym w definicji wyrobu medycznego w MDR – a zatem możemy klasyfikować je jako MDSW w rozumieniu Wytycznych, niezależnie od tego w jaki sposób wpływa na wyrób medyczny, łącznie z którym jest stosowane – czyli w przypadku oprogramowania z przykładu - urządzenia do wykonywania RTG klatki piersiowej. Ponadto stosuje skomplikowane algorytmy deep learning (a

zatem nie są to jedynie proste operacje matematyczne wykluczone w Wytycznych) i działa na korzyść indywidualnych pacjentów (spełniając tym samym kryterium indywidualnej korzyści).

Wytyczne Komisji Europejskiej mają zastosowanie także do aplikacji, i to niezależnie od tego, czy działają one na telefonie komórkowym, w chmurze lub na innych platformach. Jest to zupełnie zrozumiałe – aplikacje to przecież oprogramowanie użytkowe, umożliwiające interakcję człowieka z komputerem.

W Wytycznych podane zostały następujące przykłady²² oprogramowania sklasyfikowanego jako MDSW;

a) aplikacja na smartwatch, która wysyła powiadomienia alarmowe do użytkownika i / lub lekarza, gdy rozpoznaje nieregularne bicie serca w celu wykrycia arytmii serca oraz urządzenie wykorzystujące dane matki, takie jak jej wiek, stężenie markerów w surowicy i informacje uzyskane w badaniu ultrasonograficznym płodu w celu oceny ryzyka trisomii 21 – jest to niezależne oprogramowanie wyrobu medycznego²³, a przez to pojęcie zdaje się należy rozumieć „oprogramowanie odrębne” w znaczeniu nadanym przez MDR;

b) urządzenie mające za zadanie mierzyć poziomy glukozy we krwi, obliczać wymaganą dawkę insuliny i kierować pompą insulinową tak, aby podawała obliczoną dawkę (closed loop insulin delivery system) – jako mające zastosowanie medyczne²⁴ oprogramowanie, które w MDR nazwane zostało „oprogramowaniem, które steruje wyrobem lub wpływa na jego używanie”²⁵.

Niestety, ani w Rozporządzeniu, ani w Wytycznych nie została moim zdaniem zachowana należyta jednolitość definicyjna, przez co całokształt

²² Medical device software is software that is intended to be used, alone or in combination for a purpose as specified in the definition of a “medical device” in the MDR or IVDR, regardless of whether the software is independent or driving or influencing the use of a device (s. 7 Wytycznych, tłum. własne).

²³ MDSW may be independent, (s. 7, ibid., tłum. własne).

²⁴ The software drives or influences a (hardware) medical device and also has a medical purpose (s. 7, ibid., tłum. własne).

²⁵ Załącznik VIII do MDR, pkt 3.3.

regulacji rozpatrywany przez pryzmat hard i soft law zdaje się być chaotyczny i trudny do zrozumienia. W samym MDR oprócz (nota bene nigdzie niezdefiniowanego w samym akcie prawnym) oprogramowania, pojawiają się terminy „oprogramowanie odrębne”²⁶, „oprogramowanie, które jest samo dostępne w handlu”²⁷, „oprogramowanie niezależne od innych wyrobów”²⁸, „oprogramowanie, które samo w sobie jest wyrobem”²⁹. Mam wątpliwości, czy te terminy pomyślane zostały do opisywania dokładnie tego samego oprogramowania. Czy sama autonomiczna dostępność w handlu może stanowić o całkowitej odrębności oprogramowania, czy też wyłącznie o swego rodzaju odrębności „formalnej”? Być może kryterium powinna stanowić raczej odrębność w sensie funkcjonalnym. Nietrudno wyobrazić sobie oprogramowania, które co prawda sprzedawane byłyby osobno od hardware, jednak są kompatybilne jedynie z tym jednym, konkretnym sprzętem – produkowanym i sprzedawanym również całkowicie niezależnie od owych programów. Takie oprogramowanie z całą pewnością jest „samo dostępne w handlu”. Mam wątpliwości, czy jednak rzeczywiście jest ono odrębne funkcjonalnie, czy jest to jedynie formalna odrębność.

Możliwa jest prosta interpretacja zgodna z ogólną zasadą, iż do oznaczenia jednakowych pojęć racjonalny prawodawca używa jednakowych określeń. Zgodnie z nią, skoro prawodawca unijny zastosował różne określenia, miał na myśli różne pojęcia. Ponadto sądzę, że radykalny zwrot ku definiowaniu wszystkich istotnych normatywnie słów tekstu prawnego z praktycznych względów jest zupełnie niemożliwy, a nadmiar definicji w systemie prawa mógłby spowodować trudności w ustaleniu relacji między niektórymi z nich, a może nawet utrudniałby subsumpcję

²⁶ Pkt 19 Preambuly MDR. W angielskiej wersji MDR: software in its own right.

²⁷ Część C załącznika VI do MDR. W angielskiej wersji MDR: software which is commercially available on its own.

²⁸ Załącznik VIII do MDR, pkt. 3.3.

²⁹ Rozdział II, art. 17 ust.2 załącznika I do MDR oraz część C załącznika VI do MDR. W angielskiej wersji MDR kolejno: software that are devices in themselves oraz software which constitutes a device in itself.

w procesie stosowania prawa. Sama Unia Europejska nierzadko bywa przecież oskarżana o przeregulowanie życia codziennego. Abstrakcyjny i generalny charakter normy prawnej co do zasady przemawia przeciw bardzo szczegółowym regulacjom, a samo wprowadzanie jakichkolwiek definicji jest przejawem daleko idącej władzy prawodawcy przede wszystkim ze względu na fakt, jak mocno ukierunkowuje wykładnię przepisów. Niezbędne jest zatem każdorazowe sprawdzanie, czy konkretne rozwiązanie, tj. przyjęcie definicji lub rezygnacja z niej, jest bezpieczne dla adresatów prawa i rzeczywiście służy uściśleniu zakresu normowania i zrozumiałości przepisów prawa.

Z drugiej strony w przypadku MDR mamy do czynienia z moim zdaniem trudną do usunięcia niepewnością prawną spowodowaną niejasnością czy też zupełnym brakiem definicji. Uważam, że o wiele korzystniejszym rozwiązaniem byłoby trzymanie się przez prawodawcę unijnego określonego schematu definicyjnego, pozwalającego uniknąć bałaganu pojęciowego, jaki obecnie pojawił się w omawianej regulacji. We „Wspólnym przewodniku praktycznym Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji przeznaczonym dla osób redagujących akty prawne”³⁰ podkreślono, iż akty prawne UE redagowane są w sposób „jasny, prosty i precyzyjny”, a wiążące akty prawne powinny ustanawiać normy, a także zawierać wskazówki konieczne do poprawnego zrozumienia i stosowania tych norm, takie jak na przykład definicje. Zwrócono również uwagę, że w przypadku, gdy używane pojęcia mogą być wieloznaczne, powinny one zostać zdefiniowane na samym początku aktu; co oczywiście miało miejsce w przypadku MDR, jednak, jak widać, niewystarczająco dokładnie. De lege lata, wobec bierności definicyjnej europejskiego prawodawcy, zdaje się nie być możliwości satysfakcjonującego rozstrzygnięcia tego problemu, a na potrzeby niniejszej pracy nie da się przyjąć, że wszystkie te terminy odnoszą się do tego samego oprogramowania.

Wytyczne odnoszą się do oprogramowania mającego zastosowanie medyczne, które steruje wyrobem lub wpływa na jego używanie. Jest to

³⁰ <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228PLN.pdf> [dostęp: 08.06.2022].

swego rodzaju podtyp oprogramowania wyrobu medycznego, wprost wymieniony w punkcie 3.3 Załącznika VIII do MDR, odnoszącego się do reguł klasyfikacji; „oprogramowanie, które steruje wyrobem lub wpływa na jego używanie, klasyfikuje się w tej samej klasie co dany wyrób. Jeżeli oprogramowanie jest niezależne od innych wyrobów, klasyfikuje się je oddzielnie”.

W Rozporządzeniu wspomniano, iż „kwalifikacja oprogramowania – jako wyrobu albo jako wyposażenia – jest niezależna od lokalizacji tego oprogramowania i od typu połączenia między oprogramowaniem a wyrobem”³¹, i jest to jedyne miejsce w regulacji, gdzie prawodawca odnosi się do połączenia³² między oprogramowaniem a wyrobem. Oprogramowanie co prawda klasyfikujemy jednak niezależnie od typu takiego połączenia, więc w zasadzie można pominąć ten aspekt analizy.

Niezależnie od powyższego należy całkowicie wykluczyć traktowanie oprogramowania sterującego wyrobem medycznym lub wpływającego na wyrób medyczny jako wyposażenia wyrobu medycznego. Oprogramowanie takie, jak już wcześniej wspominałam, jest bowiem wyrobem medycznym samo w sobie. Zgodnie z MDR „<<wyposażenie wyrobu medycznego>> oznacza artykuł, który choć sam w sobie nie jest wyrobem medycznym, został przewidziany przez jego producenta do stosowania łącznie z co najmniej jednym określonym wyrobem medycznym specjalnie po to, by umożliwić używanie tego wyrobu medycznego zgodnie z jego przewidzianym zastosowaniem lub aby konkretnie i bezpośrednio wspomagać medyczną funkcjonalność tego wyrobu medycznego na potrzeby jego przewidzianego zastosowania” [pogrub. własne autorki]³³. Oprogramowanie wyrobu medycznego w rozumieniu Wytycznych nie może być utożsamiane z wyposażeniem wyrobu medycznego, co wynika *expressis verbis* z przytoczonej przeze mnie definicji owego wyposażenia

³¹ Teza 19 Preambuly MDR.

³² A przecież sterowanie lub wpływanie na działanie wyrobu medycznego z całą pewnością stanowi połączenie oprogramowania z hardware, jakim w takiej sytuacji jest wyrób medyczny.

³³ Art. 2 pkt 2 MDR.

– wyposażenie nie może być wyrobem medycznym, a MDSW jest wyrobem medycznym.

Następną kwestią wartą poruszenia jest cel opisany przez producenta danego oprogramowania potencjalnie stanowiącego wyrób medyczny. Przykładowo, skoro zamierzony cel opisany przez producenta oprogramowania jest istotny dla kwalifikacji i klasyfikacji dowolnego urządzenia, oprogramowania do celów nieokreślonych w definicji przedstawionej w MDR nie będą wyrobami medycznymi. Wytyczne również wprost odnoszą się do tego rozróżnienia, wymieniając oprogramowanie sterujące wyrobem medycznym lub wpływające na wyrób medyczny mające zastosowanie medyczne w punkcie 3.2 „Medical Device Software”, natomiast oprogramowanie sterujące wyrobem medycznym lub wpływające na wyrób medyczny niemające zastosowania medycznego w punkcie 3.3 „Software driving or influencing the use of a medical device”. Jako na przykład pozwalający rozróżnić te dwie sytuacje w Wytycznych powołano się na:

a) oprogramowanie przeznaczone do obsługi klinicznego analizatora chemicznego – jako niebędące wyrobem medycznym³⁴;

a) oprogramowanie do analizy obrazu czerniaka przeznaczone do sterowania skanerem laserowego światła bliskiej podczerwieni – jako oprogramowanie wyrobu medycznego stanowiące samo w sobie wyrób medyczny³⁵.

Oprogramowanie analizatora chemicznego nie będzie wyrobem medycznym, ponieważ jego celem nie jest żaden z celów medycznych wskazanych w definicji z art. 2 pkt 1 MDR. Analizatory chemiczne, zwane także analizatorami biochemicznymi, wykorzystują różnorodne technologie pomiarowe, takie jak testy fotometryczne i kolorymetryczne, potencjometrię selektywną wobec jonów oraz aglutynację lateksową do

³⁴ Software that is intended to be used to operate a clinical chemistry analyser, (s.8 ibid., tłum. własne).

³⁵ Melanoma image analysis software intended to drive a near-infrared laser light scanner, (s. 7, ibid. tłum. własne.)

analizy próbek, takich jak surowica krwi, osocze i mocznik³⁶. Oprogramowanie takiego analizatora oczywiście nie będzie leczyć, badać, przewidywać ani monitorować choroby. Problem przy zrozumieniu takiego zaklasyfikowania oprogramowania analizatorów biochemicznych w Wytycznych może się pojawić przy przesłance diagnozowania. Oprogramowanie analizatora chemicznego może stanowić pośrednie ogniwo w postawieniu diagnozy przez lekarza – dostarczając odpowiednich danych w wyniku analizy próbek. Samo jednak żadnej choroby nie zdiagnozuje. Zupełnie inaczej jest przy oprogramowaniu do analizy obrazu czerniaka. Ono bezpośrednio służy już chociażby diagnozowaniu czy profilaktyce, ma więc cel przewidziany w definicji wyrobu medycznego w MDR, stanowi zatem wyrób medyczny w postaci oprogramowania wyrobu medycznego.

3. Podsumowanie

W definicji wyrobu medycznego wprowadzonej przez MDR wprost postanowiono, że oprogramowania stanowią wyroby medyczne, jeżeli producent przewidział stosowanie ich pojedynczo lub łącznie u ludzi do co najmniej jednego ze szczególnych zastosowań medycznych wymienionych w Rozporządzeniu 2017/745, czyli między innymi do diagnostyki i profilaktyki chorób czy badania procesu lub stanu chorobowego. Co istotne, oprogramowanie nie musi być przeznaczone wyłącznie do stosowania w celu wymienionym w Rozporządzeniu 2017/745 – wynika to wprost z treści przepisu art. 2 pkt 1. MDR. Sztuczna inteligencja jako rodzaj oprogramowania, w konsekwencji również może stanowić wyrób medyczny w rozumieniu MDR, jeżeli spełniać będzie podstawowe wymagania definicyjne omówione *in extenso* w artykule, tj. m.in. zostanie przeznaczona do odpowiedniego celu medycznego czy spełni kryterium indywidualnej korzyści.

³⁶ <https://www.labcompare.com/Pharmaceutical-Lab-Equipment/879-Chemistry-Analyzer-Clinical-Chemistry-Analyzers/> [dostęp:08.06.2022].

Bibliografia

- M. Porzeżyński, *Zdolność patentowa programów komputerowych*, Warszawa 2017
- P. Skuczyński, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008

Abstract

This paper presents the general shape of the regulation of Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council dedicated to software in healthcare and applied to AI software. It addresses issues of the general characteristics of MDR vis-à-vis software, including the definition of a medical device in Regulation 2017/745 with regard to artificial intelligence, the criteria for qualifying AI software as a medical device. It also addresses systemic problems vis-à-vis existing and proposed mandatory and soft law regulations.

Elektroniczna dokumentacja medyczna – wybrane aspekty prawne

1. Wprowadzenie

Niniejszy artykuł poświęcony jest elektronicznej dokumentacji medycznej oraz wybranym jej aspektom prawnym. Temat ten wydaje się istotny, zwłaszcza w dobie pandemii COVID-19. Prawo do dokumentacji medycznej zagwarantowane jest zarówno przez ustawę zasadniczą (art. 68 Konstytucji RP), jak i inne akty prawne (m.in. ustawę z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta). Ponadto, stanowi ono niewątpliwie jedno z najważniejszych praw pacjenta. Coraz więcej informacji możemy otrzymywać w formie elektronicznej (e-maile, wiadomości tekstowe) – jest to oczywiste. Są jednak pewne informacje, które nie powinny dostawać się w ręce nieupoważnionych osób. Wówczas poziom zaufania zaczyna spadać, bo nie jest do końca pewne, gdzie i do kogo owe informacje trafiają. Artykuł ten ma na celu bliższe przyjrzenie się temu rodzajowi dokumentacji medycznej. Analiza zostanie dokonana w oparciu o takie akty prawne, jak: ustawa o systemie informacji o ochronie zdrowia z dnia 28 kwietnia 2011 r.¹, ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta z dnia 6 listopada 2008 r.² i ustawa o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrażaniem rozwiązań w obszarze e-zdrowia z dnia 19 lipca 2019 r.³ oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia – jedno w

¹ Dz.U. z 2011 r., Nr 113, poz. 657

² Dz.U. z 2009 r., Nr 52, poz. 417

³ Dz.U. z 2019 r., poz. 1590

sprawie rodzajów elektronicznej dokumentacji medycznej z dnia 8 maja 2018 r.⁴ i drugie w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej i sposobu jej przetwarzania z dnia 6 kwietnia 2020 r.⁵.

2. Różnice między dokumentacją medyczną a elektroniczną dokumentacją medyczną

W pierwszej kolejności wyjaśnienia wymagają dwa podstawowe pojęcia. Dokumentację medyczną można zdefiniować jako zbiór danych tworzonych w podmiocie wykonującym działalność leczniczą związanych z udzielanymi świadczeniami zdrowotnymi⁶. Warto dodać, że zbliżona definicja została zawarta w już nieaktualnym Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 17 grudnia 1992 r. w sprawie rodzajów dokumentacji medycznej, sposobu jej prowadzenia, oraz szczególnych warunków jej udostępniania). Dokumentacja jest sporządzana przez podmiot wykonujący działalność leczniczą w związku z procesem udzielania świadczeń zdrowotnych, zgodnie z obowiązującymi przepisami ustanawiającymi rodzaje dokumentacji medycznej oraz określającymi minimalne wymogi w odniesieniu do treści i formy dokumentacji medycznej. Tworzą ją wszelkie oświadczenia pacjenta, przedstawiciela ustawowego pacjenta oraz informacje odnotowane na podstawie udostępnionej jednostce przez pacjenta dokumentacji medycznej o istotnym charakterze dla procesu diagnostycznego, leczniczego lub pielęgnacyjnego. Z kolei elektroniczna dokumentacja medyczna (dalej – EDM) jest szczególną postacią dokumentacji medycznej prowadzonej (jak wskazuje bezpośrednio jej nazwa) w postaci elektronicznej. Podmioty lecznicze, które realizują świadczenia zdrowotne, zarówno na podstawie umowy zawartej z NFZ, jak i komercyjnie, obowiązane są od 2021 roku prowadzić dokumentację medyczną w postaci elektronicznej. Warto również zaznaczyć, że zakres

⁴ Dz.U. z 2018 r., poz. 941

⁵ Dz. U. z 2020 r., poz. 666

⁶ S. Podgórska-Mackiewicz, K. Rembowska, Elektroniczna dokumentacja medyczna [<http://www.prawomedyka.pl/2020/12/elektroniczna-dokumentacja-medyczna/>] [dostęp z dnia 23 X 2021 r.]

uproszczonej dokumentacji medycznej nie uległ istotnym zmianom. W Rozporządzeniu z dnia 6 kwietnia 2020 r. dodano, że numer PESEL pacjenta powinien zostać wpisany do dokumentacji medycznej w każdym przypadku, gdy został mu on nadany.

Elektroniczną Dokumentację Medyczną stanowią przede wszystkim informacje o rozpoznaniu choroby, problemu zdrowotnego lub urazu, wynikach przeprowadzonych badań, przyczynie odmowy przyjęcia do szpitala, udzielonych świadczeniach zdrowotnych oraz ewentualnych zaleceniach, a także o sposobie leczenia, rokowaniu, ordynowanych lekach, środkach spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego i wyrobach medycznych, w tym okresie ich stosowania i sposobie dawkowania oraz wyznaczonych wizytach kontrolnych. Ponadto dokumentacja zawiera karty informacyjne z leczenia szpitalnego, opisy badań diagnostycznych, innych niż laboratoryjne oraz wyniki badań laboratoryjnych wraz z opisem (od dnia 25 kwietnia 2021 r.).

Należy zaznaczyć, że dokumentacja medyczna w postaci elektronicznej to nie to samo co elektroniczna dokumentacja medyczna. Dokumentacją medyczną w postaci elektronicznej jest dokumentacja, o której mowa w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 6 kwietnia 2020 r. w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania. Natomiast o elektronicznej dokumentacji medycznej stanowi ustawa z dnia 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia. Co najważniejsze, zgodnie z art. 2 pkt. 6 niniejszej ustawy, elektroniczna dokumentacja medyczna to dokumenty wytworzone w postaci elektronicznej, które są opatrzone: kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym, podpisem osobistym albo z wykorzystaniem sposobu potwierdzania pochodzenia oraz integralności danych dostępnego w systemie teleinformatycznym udostępnionym bezpłatnie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, które umożliwiają usługobiorcy uzyskanie od usługodawcy świadczenia opieki zdrowotnej określonego rodzaju, z wyłączeniem zleceń na wyroby medyczne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 13a.

3. Prowadzenie dokumentacji medycznej w postaci tradycyjnej i elektronicznej

Nie ulega wątpliwości, iż dokumentacja medyczna może nadal być prowadzona w formie tradycyjnej. Jest to jednak możliwe wyłącznie wówczas, gdy przepis Rozporządzenia z dnia 6 kwietnia 2020 r. tak stanowi (np. w przypadku karty przebiegu ciąży czy książeczki zdrowia dziecka) lub warunki organizacyjno-techniczne uniemożliwiają prowadzenie dokumentacji w postaci elektronicznej (chodzi tu o zarówno trwały brak rozwiązań informatycznych – np. niemożność załączenia do dokumentacji wyniku badania z uwagi na jego specyficzną formę utrwalenia, ale też czasowy brak warunków – na przykład z powodu awarii systemu czy sprzętu)⁷. Zatem prowadzenie dokumentacji nie może istnieć w obu formach jednocześnie – zarówno elektronicznej, jak i tradycyjnej.

Należy również wskazać, jakie dokumenty powinny być zatem zapisane w formie elektronicznej. W szczególności są to: recepty (w nowej dokumentacji są one zamieszczane w formie linku, zamiast opisywania ich treści w historii choroby), informacja o rozpoznaniu choroby, karta informacyjna z leczenia szpitalnego, wyniki badań laboratoryjnych wraz z opisem, opis badań diagnostycznych, skierowania, w tym na ambulatoryjne świadczenia specjalistyczne, badania, leczenie szpitalne oraz informacja dla lekarza kierującego świadczeniobiorcę do poradni specjalistycznej lub leczenia szpitalnego. Nadal jednak aktualne pozostaje pytanie, co należy zrobić w przypadku dokumentacji prowadzonej dotychczas w formie tradycyjnej, lub w obu formach. Ustawodawca zakłada, że tradycyjna dokumentacja medyczna może zostać zdigitalizowana, czyli zeskanowana, uwierzytelniona i wprowadzona do systemu. Dokumentacja medyczna w tej formie jest równoważna oryginałowi.

⁷ J. Ojczyk, MZ: Dokumentacja medyczna jeszcze nie musi mieć formy elektronicznej [<https://www.prawo.pl/zdrowie/dokumentacja-medyczna-od-1-stycznia-2021-roku-co-elektronicznie,505362.html>] [dostęp z dnia 23 X 2021 r.]

4. Dostęp do EDM i jej udostępnianie

Po wprowadzeniu dokumentacji do systemu teleinformatycznego pojawia się pytanie o to, kto ma dostęp do naszych informacji. Rozporządzenie z dnia 6 kwietnia 2020 r. wymienia wymagania konieczne dla uznania, że dokumentacja medyczna prowadzona w formie elektronicznej jest bezpieczna. W dokumentacji takiej jest zapewniona jej dostępność wyłącznie dla osób uprawnionych (tzn. osób wykonujących zawody medyczne, a także wykonujących czynności pomocnicze przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych, czy też obsługujących systemy teleinformatyczne w podmiocie). Wymaga się stosowania środków bezpieczeństwa adekwatnych do zagrożeń, uwzględniających najnowszy stan wiedzy informatycznej oraz dbałość aktualizowania oprogramowania.

Ponadto system teleinformatyczny, w którym jest prowadzona dokumentacja, zapewnia między innymi integralność treści dokumentacji polegającą na zabezpieczeniu przed wprowadzaniem zmian (z wyjątkiem zmian wprowadzanych w ramach procedur) czy stały dostęp do dokumentacji dla osób uprawnionych oraz zabezpieczenie przed dostępem osób nieuprawnionych. Umożliwia także identyfikację osoby sporządzającej dokumentację oraz dokonującej wpisu lub innej zmiany i zakresu dokonanych zmian w dokumentacji. Główna rola w dostosowaniu systemów informatycznych do bezpiecznego prowadzenia EDM przypada Administratorowi Danych Osobowych w danej placówce leczniczej.

Od dnia 1 lipca 2021 r. placówki medyczne mają obowiązek udostępniania i wymiany dokumentacji medycznej wyłącznie w postaci cyfrowej⁸, w związku z pojawieniem się pandemii. Od rynku medycznego wymaga się m.in.: szybkiego dostępu do danych pacjentów przez całą dobę, siedem dni w tygodniu, bezpiecznego gromadzenia i przetwarzania tzw. danych wrażliwych oraz integracji pomiędzy placówkami medycznymi a systemami centralnymi. Dotyczy to dokumentacji określonej w art. 13a

⁸ W. Kuta, Nadchodzi czas dzielenia się elektroniczną dokumentacją medyczną. Jesteśmy gotowi? [<https://www.rynekzdrowia.pl/Technologie-informacyjne/Nadchodzi-czas-dzielenia-sie-elektroniczna-dokumentacja-medyczna-Jestesmy-gotowi,220694,7.html>] [dostęp z dnia 23 X 2021 r.]

wspomnianej wcześniej ustawy z 28 kwietnia 2011 r. o systemie informacji w ochronie zdrowia. Oprócz e-recepty i e-skierowania, w pierwszym etapie wymiana EDM objęła również poszczególne dokumenty: kartę informacyjną z leczenia szpitalnego, kartę odmowy przyjęcia do szpitala, informację dla lekarza kierującego świadczeniobiorcę do poradni specjalistycznej lub leczenia szpitalnego, wyniki badań laboratoryjnych wraz z opisem oraz opis badań diagnostycznych.

W Rozporządzeniu z dnia 6 kwietnia 2020 r. określono, że dokumentację udostępnia się bez zbędnej zwłoki, a gdy udostępnienie nie jest możliwe, odmowę przekazuje się w postaci elektronicznej albo tradycyjnie, zgodnie z żądaniem uprawnionego podmiotu. W myśl § 8 ust. 1 pkt 2 owego rozporządzenia, upoważnienie do odbioru dokumentacji medycznej to oświadczenie pacjenta o upoważnieniu do uzyskiwania dokumentacji, ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby upoważnionej. Regulacja ta nadal jest stosowana mimo trwającej sytuacji epidemiologicznej⁹. Placówka medyczna nie może więc odmówić udostępnienia dokumentacji medycznej osobie właściwie upoważnionej przez pacjenta. W okresie pandemii COVID-19 nie wprowadzono żadnych obostrzeń w zakresie udostępniania dokumentacji medycznej, dlatego jeśli podmiot leczniczy odmówi udostępnienia dokumentacji medycznej z powołaniem się na zagrożenie epidemiczne, wówczas naruszy nie tylko prawa pacjenta, lecz także złamie art. 15 RODO¹⁰ nakazujący zapewnić dostęp do danych osobowych.

⁹ A. Sztuwe, Jak udostępniać dokumentację medyczną w dobie pandemii, [<https://dokmed24.pl/ezdrowie/jak-udostepniac-dokumentacje-medyczna-w-dobie-pandemii-4690.html>] [dostęp z dnia 26 XI 2020 r.]

¹⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)

5. Podpisywanie dokumentacji medycznej

Do dnia 1 lipca 2021 r. dopuszczalne było stosowanie różnych form podpisu, w tym tych dostarczonych przez producenta oprogramowania służącego do prowadzenia dokumentacji w formie elektronicznej. Obecnie dokumentacja medyczna prowadzona w formie elektronicznej podpisywana jest bez użycia podpisu elektronicznego – poprzez tzw. wewnętrzne sposoby podpisywania dostępne w programach (np. login i hasło) lub z użyciem kwalifikowanego podpisu elektronicznego, Profilu Zaufanego ePUAP lub z wykorzystaniem sposobu potwierdzania pochodzenia oraz integralności danych dostępnego w systemie teleinformatycznym udostępnionym bezpłatnie przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, tzn. przez narzędzie, którym posługują się lekarze do podpisywania elektronicznych zwolnień lekarskich. Niestety, ta opcja autoryzacji jest w pewien sposób ograniczona. Dotyczy bowiem zaświadczeń lekarskich, a do ich wystawiania upoważnieni są jedynie lekarze oraz asystenci medyczni. Należy jednak pamiętać, że do wytwarzania EDM uprawnienia mają również m.in. pielęgniarki. Certyfikat e-ZLA nie jest zatem uniwersalnym narzędziem do podpisywania elektronicznej dokumentacji medycznej¹¹. Z kolei dokumentację w postaci tradycyjnej (papierowej) opatruje się własnoręcznym podpisem, a kartę informacyjną z leczenia szpitalnego podpisuje lekarz kierujący oddziałem albo lekarz przez niego upoważniony.

Wspomniany już podpis kwalifikowany to podpis elektroniczny, który ma moc prawną taką jak podpis własnoręczny. Co istotne, nie jest nim parafa umieszczona na ekranie tabletu¹². W odróżnieniu od podpisu zaufanego, kwalifikowany podpis elektroniczny jest płatny. Co więcej, można go nabyć jedynie od jednego z certyfikowanych dostawców,

¹¹ J. Stępnowski, Podpisywanie elektronicznej dokumentacji medycznej – jak to robić? [<https://medidesk.pl/jaki-podpis-do-elektronicznej-dokumentacji-medycznej/>] [dostęp z dnia 17 VIII 2021 r.]

¹² D. Konieczny, Dokumentacja medyczna nie zawsze w formie elektronicznej od 1 stycznia 2021 r. [<https://oilgdansk.pl/polecamy/dokumentacja-medyczna-nie-zawsze-w-formie-elektronicznej-od-1-stycznia-2021r/>] [dostęp z dnia 23 X 2021 r.]

znajdującego się na liście Narodowego Centrum Certyfikacji. Warto również podkreślić, że do złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego potrzebne jest odpowiednie urządzenie oraz oprogramowanie. Należy też pamiętać, że raz uzyskany certyfikat nie jest trwały, tzn. konieczna jest jego systematyczna aktualizacja, jeśli nie chcemy utracić możliwości podpisywania elektronicznej dokumentacji medycznej oraz innych dokumentów tą konkretną metodą.

6. Podsumowanie

W związku z pojawieniem się i wprowadzeniem do szpitali i innych podmiotów medycznych elektronicznej dokumentacji medycznej, nastąpiło wiele zmian. Od 1 stycznia 2019 r. został wprowadzony obowiązek prowadzenia dokumentacji medycznej w postaci elektronicznej. Mowa o tym w przepisach wydanych na podstawie art. 13a wspomnianej ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia, tj. w Rozporządzeniu w sprawie rodzajów elektronicznej dokumentacji medycznej. Podstawową formą prowadzenia dokumentacji medycznej po dniu 1 stycznia 2021 r. jest forma elektroniczna. Nadal jednak w pełni dopuszczalna jest forma papierowa, jeżeli warunki organizacyjno-techniczne uniemożliwiają jej prowadzenie w formie elektronicznej. Od 1 lipca 2021 r. placówki medyczne mają obowiązek udostępniania i wymiany dokumentacji medycznej w postaci cyfrowej. Dany dokument, stanowiący dokumentację medyczną, może być prowadzony wyłącznie w jednej formie – elektronicznej albo tradycyjnej. Zgodnie z celem owej regulacji, konieczność wprowadzenia zmian do obowiązujących przepisów była przede wszystkim związana z potrzebą dostosowania regulacji do aktualnej sytuacji epidemicznej, a także do zwiększającej się roli informatyzacji w systemie ochrony zdrowia. Udostępnianie dokumentacji medycznej uregulowano w przepisach dwójako, w zależności od tego, czy mowa jest o elektronicznej dokumentacji medycznej, czy o dokumentacji prowadzonej w postaci elektronicznej lub jeszcze – wyjątkowo – w postaci tradycyjnej. Zasady podpisywania dokumentacji medycznej prowadzonej w postaci elektronicznej zostały ujednolicone przez ustawodawcę. Według poprzedniej regulacji mogła ona

być podpisywana wyłącznie przy wykorzystaniu wewnętrznych mechanizmów systemu teleinformatycznego. Obecnie jest to możliwe przy użyciu m.in. kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Bibliografia

- Konieczny D., Dokumentacja medyczna nie zawsze w formie elektronicznej od 1 stycznia 2021 r. w: Okręgowa Izba Lekarska w Gdańsku <https://oilgdansk.pl/polecamy/dokumentacja-medyczna-nie-zawsze-w-formie-el-elektronicznej-od-1-stycznia-2021r/>
- Kuta W., Nadchodzi czas dzielenia się elektroniczną dokumentacją medyczną. Jesteśmy gotowi?, rynekzdrowia.pl: portal informacyjny <https://www.rynekzdrowia.pl/Technologie-informacyjne/Nadchodzi-czas-dzielenia-sie-elektroniczna-dokumentacja-medyczna-Jestesmy-gotowi,220694,7.html>
- Ojczyk J., MZ: Dokumentacja medyczna jeszcze nie musi mieć formy elektronicznej, prawo.pl: serwis informacyjny <https://www.prawo.pl/zdrowie/dokumentacja-medyczna-od-1-stycznia-2021-roku-co-elektronicznie,505362.html>
- Piechocki W., Startuje Krajowy Operator Chmury Medycznej - skorzysta z Google Cloud, gsmonline.pl: serwis informacyjny <https://gsmonline.pl/artykuly/dokumentacja-medyczna-w-chmurze-jak>
- Podgórska-Mackiewicz S., Rembowska K., Elektroniczna dokumentacja medyczna, prawomedyka.pl: blog internetowy <http://www.prawomedyka.pl/2020/12/elektroniczna-dokumentacja-medyczna/>
- Rokicińska A., II etap Elektronicznej Dokumentacji Medycznej - jakie zasady?, cowzdrowiu.pl: portal internetowy <https://www.cowzdrowiu.pl/aktualnosci/post/ii-etap-elektronicznej-dokumentacji-medycznej-jakie-zasady>
- Stępnowski J., Podpisywanie elektronicznej dokumentacji medycznej – jak to robić?, medidesk.pl: blog internetowy <https://medidesk.pl/jaki-podpis-do-elektronicznej-dokumentacji-medycznej/>
- Sztuwe A., Jak udostępniać dokumentację medyczną w dobie pandemii, dokmed24.pl: serwis informacyjny <https://dokmed24.pl/ezdrowie/jak-udostepniac-dokumentacje-medyczna-w-dobie-pandemii-4690.html>

A b s t r a c t

The purpose of this article is to discuss selected legal issues related to the keeping, access and sharing of medical records. Attention is paid to a specific form of medical records, namely electronic medical records (EDR). The legal basis and its dynamic changes regarding the introduction of electronic medical records to hospitals and other medical facilities were indicated. The issues of basic differences between traditional medical records and their electronic counterparts, the distinction between electronic medical records and electronic medical records, cases and conditions for preparing documentation in both forms, and specific documents should be prepared in an electronic version for specific reasons. There are also indicated entities with access and appropriate authorizations to electronic medical records. Attention is also paid on the meaning and form of the signature. At the end, the conclusions resulting from the implementation and use of electronic medical documentation are presented.

Problem naruszenia dóbr osobistych wskutek wypowiedzi niekierowanych do indywidualnego adresata. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10 lutego 2022 r. w sprawie VI ACa 141/21.

1. Komentowany wyrok zasługuje na uwagę z co najmniej dwóch przyczyn. Dla osoby zajmującej się wykładnią i stosowaniem przepisów prawnych na pierwszy plan wysuwa się zauważalne w tym orzeczeniu odejście od dominującej w dotychczasowej judykaturze tendencji postrzegania legitymacji czynnej w sprawach o naruszenie dóbr osobistych (lub może tylko jej korekta?). Nie wymaga wyjaśnień, że właśnie na tym wymiarze skupiać się będą rozważania zawarte w niniejszym opracowaniu. Nie można jednak tracić z pola widzenia społecznej wagi komentowanego rozstrzygnięcia. Zapadło ono w sprawie nie tylko medialnie nagłośnionej, ale przede wszystkim stanowiącej swoisty test adekwatności instytucji prawnych jako instrumentu rozwiązywania problemów zasadniczych: ochrony jednostki przed wypowiedziami deprecjonującymi ją ze względu na posiadanie określonej cechy oraz gwarancji równego traktowania i bezpiecznego funkcjonowania członków zbiorowości nie reprezentujących postaw i światopoglądów, które w danym społeczeństwie dominują. Dodatkowym kontekstem aksjologicznym, jaki się tutaj pojawia, jest konflikt powszechnie uznawanych wartości, jakimi są z jednej strony ochrona

godności człowieka przed zachowaniami w nią ingerującymi, a z drugiej – swoboda wyrażania idei i poglądów.

Prowadzone tutaj rozważania mają charakter dogmatyczny i wycho-
dzą z założenia, że w wykładni norm prawnych należy wybierać takie
interpretacje, które mają największe szanse zapewnienia skutecznych
środków urzeczywistnienia godnych ochrony wartości. Dla porządku
przypomnę, że w analizowanym przypadku tymi wartościami będą god-
ność jednostki ludzkiej i swoboda ekspresji poglądów.

2. Właściwe „zakotwiczenie” rozważań dogmatycznych wymaga
krótkiego przedstawiania okoliczności faktycznych sporu, w którym
zapadło komentowane orzeczenie. Powodowie, grupa osób o orientacji
homoseksualnej, wystąpili z pozwem o ochronę dóbr osobistych (wol-
ności, godności, dobrego imienia, integralności seksualnej i prywatno-
ści) przeciwko pozwanej, znanej działaczce ruchu „anti-choice” i postaci
medialnej. W pozwie powodowie zakwestionowali wypowiedzi pozwanej
na antenie ogólnopolskiej telewizji, że osoby o orientacji homoseksualnej
„są zboczone”, że „homoseksualizm bardzo często idzie w parze z pedo-
filią” i że „geje chcą adoptować dzieci, bo chcą je molestować i gwałcić”.
Wskazali, że wypowiedzi te są przejawem „homofobicznej mowy niena-
wiści, która nie korzysta z ochrony jako przekraczająca granice wolności
słowa i narusza godność osób homoseksualnych. Użyte przez pozwaną
określenie [„zboczone”] jest ujemnie nacechowane, a jego wydźwięk i
odbiór społeczny jest jednoznacznie negatywny. Ponadto sformułowa-
nie to jest obraźliwe, upokarzające i funkcjonuje w języku potocznym
jako wulgarne”.¹ Dodatkowo, przedmiotem zarzutu naruszenia dóbr oso-
bistych stało się w późniejszym stadium procesu upublicznienie przez
pozwaną pozwu, zawierającego pełne dane identyfikacyjne powodów.

W odpowiedzi na pozew pozwana podważyła czynną legitymację
procesową powodów, powołując się na rodzajowy charakter zakwestiono-
wanych wypowiedzi. Podniosła, że jej słowa nie odnosiły się bezpośred-
nio do żadnej z osób, które występują po stronie powodowej. Wyjaśniła,

¹ Uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z 10 lutego 2022 r., VI ACa 141/21, s. 4.

że wypowiedź o zboczeniu osób homoseksualnych stanowiła komentarz do słów premiera Irlandii, będącego osobą homoseksualną, a druga wypowiedź nie odnosiła się do zachowań seksualnych powodów, ale do podpisania przez Prezydenta m. st. Warszawy tzw. „deklaracji LGBT+” i stanowiła wyrażenie opinii przeciwnej do stanowiska innego uczestnika dyskusji na ten temat. Dodatkowo wskazała, że powodowie nie przedstawili dowodu przynależności do grupy osób, do których rzekomo miały odnosić się jej wypowiedzi. W odpowiedzi na twierdzenie, że zakwestionowane wypowiedzi przekraczają granice wolności słowa i zawierają sformułowania wulgarne, podniosła, że wypowiedzi te wyrażają jej poglądy religijne, a słowo „zboczeniec” nie jest współcześnie kwalifikowane jako wulgarne.

3. Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo, podzieliwszy zarzut pozwanej o braku legitymacji czynnej powodów. Po rozpoznaniu apelacji strony powodowej sąd odwoławczy uchylił ten wyrok, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania przez sąd meriti.

Argumentację Sądu Okręgowego przedstawioną na poparcie dokonanego rozstrzygnięcia można sprowadzić do następujących tez: Legitymacja czynna w procesie cywilnym występuje po stronie osoby, której przysługuje prawo podmiotowe lub która posiada interes prawny zdalny do ochrony na drodze sądowej, jej brak prowadzi do oddalenia powództwa. W sporze o ochronę dóbr osobistych źródłem legitymacji czynnej jest naruszenie prawa osobistego odnoszącego się do wartości, „które dotyczą zindywidualizowanej osoby i służą zaspokajaniu jej interesów”². Naruszenie to musi spełniać warunki bezpośredniości i indywidualności w odniesieniu do podmiotu dochodzącego ochrony (w tym kontekście powołany został wyrok SN z 28 listopada 1980 r. IV CR 475/80, OSNCP nr 9 z 1981 r. poz. 170). Wypowiedzi dotyczące zbiorowości wyróżnianych

² Uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z 10 lutego 2022 r., VI ACa 141/21, s. 16. W tej części uzasadnienia SA Apelacyjny referuje stanowisko Sądu Okręgowego, podając przy tym wypowiedzi doktryny, na których oparł się sąd pierwszej instancji – w tym przypadku jest to artykuł T.Grzeszak, Zdrada małżeńska a naruszenie dóbr osobistych w orzecznictwie Sądu Najwyższego, *Monitor Prawniczy* z. 11 z 2009 r., s. 607 i n.)

ze względu na posiadanie określonej cechy spełniają powyższe wymogi bezpośredniości i indywidualności jedynie wtedy, gdy okoliczności sprawy pozwalają na stanowcze ustalenie, że dana wypowiedź dotyczyła konkretnie osoby dochodzącej ochrony. W realiach omawianego sporu realizacja tego warunku wymagałaby wykazania, że pozwana – mówiąc, że homoseksualiści są zboczeni – charakteryzowała w ten sposób indywidualną kondycję konkretnych osób, występujących po stronie powodowej. Zdaniem Sądu Okręgowego żaden z powodów nie wykazał ani faktu przynależności do zbiorowości, której dotyczyły zakwestionowane wypowiedzi, ani tego, że wypowiedzi te „mogły zostać odniesione konkretnie do jego osoby, a już szczególnie przez przeciętnego i obiektywnego odbiorcę”.³

Opisane powyżej podejście wpisuje się w dominującą linię orzeczniczą odnośnie do pojęcia dobra osobistego i charakterystyki jego naruszenia. Pogląd o konieczności indywidualizowania naruszenia bodaj najdobitniej wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 25 października 2001 r. V CKN 195/01 (niepubl.), powołanym skądinąd w stanowisku Sądu Okręgowego w sprawie. Nie kwestionując generalnie zasadności tezy, że zarówno ustalenie charakterystyki dobra osobistego, jak i jego naruszenia należy odnosić do konkretnej osoby, nie mogę nie zauważyć, że wspomniany wymóg jest dość specyficznie rozumiany w przypadku wypowiedzi o charakterze rodzajowym (odnoszących się generalnie do zbiorowości wyróżnianych ze względu na posiadanie określonej cechy). Sąd Najwyższy we wskazanym wyżej orzeczeniu (a za nim Sąd Okręgowy w analizowanej sprawie) sprowadza spełnienie tego wymogu do sytuacji, kiedy wypowiedź o charakterze rodzajowym dotyczy zbiorowości, której wszystkich członków mogą zindywidualizować adresaci tej wypowiedzi (opinia publiczna lub członkowie społeczności, do której została skierowana).⁴ Zarazem, ci adresaci muszą postrzegać daną wypowiedź jako

Uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z 10 lutego 2022 r., VI ACa 141/21, s. 22. 3

⁴ Jakkolwiek, pogląd powyższy bywa kwestionowany w piśmiennictwie – zob. M.Jabczuga-Kurek, Legitymacja czynna członka zbiorowości w nietypowanych sprawach o ochronę czci i dobrego imienia” [w] B.Jelonek-Jarco, R.Kos, J.Zawadzka, „Usus magister est optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi”, Warszawa 2016, s. 67-77.

odnoszącą się konkretnie do osoby, która dochodzi ochrony swoich dóbr osobistych (co oznacza, że np. wypowiedź „homoseksualiści są zbrodni” ma być rozumiana przez odbiorców jako komunikat: „powód X – homoseksualista – jest zbrodniczy”). Okazuje się zatem, że w gruncie rzeczy postrzeganie wymogu indywidualizacji dobra osobistego i jego naruszenia abstrahuje od ocen i przeżyć osoby bezpośrednio zainteresowanej; to, jak mocno wypowiedź rodzajowa negatywnie wpływa na integralność psychiczną czy poczucie wartości tej osoby, nie jest w ogóle miarodajne. Można w tym widzieć paradoks, jest to jednak naturalna konsekwencja większościowo przyjmowanej we współczesnej doktrynie i orzecznictwie obiektywnej koncepcji dobra osobistego i jego naruszenia.⁵ Okoliczności analizowanej sprawy pokazują, jak bardzo problematyczne jest to podejście. Jego implikacją jest z jednej strony wyrażone przez Sąd Okręgowy wprost oczekiwanie, aby powodowie udowodnili przynależność do zbiorowości, której dotyczyła wypowiedź pozwanej. W sytuacji, gdy samo oświadczenie powodów o takiej przynależności ani zaangażowanie części z nich w działalność społeczną na rzecz osób LGBT nie zostało uznane za wystarczające, rodzi się trudny do rozwiązania dylemat, jaki dowód okazałby się właściwy do wykazania wskazanej okoliczności.

Co istotniejsze jednak, omawiane podejście do ochrony dóbr osobistych pozbawia de facto takiej ochrony osoby, których indywidualna godność zostaje dotknięta wypowiedzią o charakterze generalnym pod tym tylko warunkiem, że wypowiedź ta odnosić się będzie do odpowiednio licznej i otwartej zbiorowości.⁶ I nawet rażąca drastyczność takiej

⁵ Koncepcja ta kładzie nacisk na to, że dobrami osobistymi są wartości związane z osobowością człowieka, które są powszechnie uznawane w społeczeństwie. Również ocena społeczna wyrażana odczuciami przeciętnego, rozsądnego człowieka stanowi o tym, czy określone zachowanie kwalifikuje się jako naruszenie dobra osobistego. Zob. np. T.Grzeszak, Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane [w:] P.Kostański, P.Podrecki, T.Targosz (red.), „Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple”, Warszawa 2017, s. 898; A. Szpunar, Ochrona dóbr osobistych, Warszawa 1979, s. 106; M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. 1, 2002, komentarz do art. 23; S. Rudnicki, Ochrona dóbr osobistych na podstawie art. 23 i 24 k.c. w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1985–1991, PS 1/1992, s. 34.

⁶ Sąd Okręgowy bardzo dobitnie to zresztą podkreślił, stwierdzając: „Co przy tym istotne, jak wynika z doświadczenia życiowego i informacji powszechnie znanych, zbiorowość homoseksualistów

wypowiedzi sytuacji prawnej nie zmienia. Łatwym zadaniem staje się wobec tego obejście odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych – wystarczy zamiast słów uwłaczających godności konkretnej osoby sformułować wypowiedź rodzajowo, na wystarczająco wysokim poziomie ogólności tak, aby odnosiła się do nie dającego się sprecyzować kręgu zainteresowanych. Dla ilustracji zjawiska można posłużyć się następującym jaskrawym przykładem: Intencją X jest zniesławienie Y, będącego naturalnym blondynem, która to cecha ma istotne znaczenie dla jego tożsamości. Używając określenia „Y to świnia”, X bezsprzecznie naruszyłby część (godność zewnętrzną) X. Jeśli jednak stwierdziłby: „wszyscy blondyni to świnie” już dóbr osobistych Y by nie naruszył, nawet jeśli ta wypowiedź równie silnie oddziaływałaby na kondycję psychiczną i poczucie wartości Y jako wypowiedź wprost wskazująca jego tożsamość. Z perspektywy zapewnienia realnej ochrony wartości związanych z tożsamością (osobowością) człowieka analizowane podejście do pojęcia dobra osobistego i jego naruszenia musi zatem spotkać się z krytyką. Można wprawdzie przywoływać na jego obronę argument, że dla gwarantowania godności niezindywidualizowanych zbiorowości przewidziane są inne instrumenty prawne niż cywilna ochrona dóbr osobistych (np. art. 257 Kodeksu karnego), problem jednak w tym, że nie obejmują one wszystkich takich zbiorowości (wskazany art. 257 Kodeksu karnego odnosi się jedynie do przypadków znieważenia grupy ludności ze względu na jej przynależność narodową, etniczną, rasową i wyznaniową lub brak wyznania).

4. Sąd Apelacyjny, uznając rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji za nietrafne, wprost nie zakwestionował ani zasady obiektywnego postrzegania pojęcia dobra osobistego i jego naruszenia, ani wytycznej, że o naruszeniu dobra osobistego można mówić wtedy, gdy określone zachowanie bezpośrednio i indywidualnie ingeruje w sferę osobistości konkretnego

nie jest grupą niewielką, liczącą kilka osób, które z łatwością można by zidentyfikować, ale – jak sami wskazują powodowie – jest zbiorowością niezwykle liczną, której liczby członków nie da się jednoznacznie określić. Również zidentyfikowanie wszystkich osób należących do tej zbiorowości nie jest obecnie możliwe.” (Uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z 10 lutego 2022 r., VI ACa 141/21, s. 21).

poszkodowanego. Odmienne jednak rozpoznał konsekwencje obowiązywania tychże zasad. Swoją analizę prawną Sąd Apelacyjny rozpoczął od rozważenia kwestii, którą Sąd Okręgowy w ogóle pominął, a która ma znaczenie węzłowe: pytania, czy treść wypowiedzi pozwanej można obiektywnie zakwalifikować jako naruszenie czyichś dóbr osobistych. Odpowiedź na tak sformułowane pytanie, zdaniem Sądu Apelacyjnego, powinna być twierdząca. Argumentując swoje stanowisko, sąd wskazał, że „Słuchając i rozważając sens powyższych informacji należy zauważyć, iż mają one charakter bardzo ostry, są wręcz rażące i stanowią tzw. mowę nienawiści. Jeśli chodzi o pierwszą wypowiedź [...] zawierała też wyraźnie zaakcentowany pogląd o charakterze ogólnym, iż osoby homoseksualne są zboczone. Druga wypowiedź [...] wyrażała przekonanie, iż bardzo często homoseksualizm idzie w parze z pedofilią. Nie wiadomo dokładnie co to znaczy bardzo często, czy prawie zawsze czy rzadziej. Jednakże w ramach trzeciej wypowiedzi pozwana nie pozostawiła wątpliwości, jak należy wyklądać jej pogląd, wskazując ogólnie, iż geje chcą adoptować dzieci, bo chcą je molestować i gwałcić, a zatem dotyczy to wszystkich gejów (ewentualnie szerzej osób LGBT). Pozwana nie przedstawiła tutaj żadnych rozróżnień, dystynkcji, wyłączeń. Oceniając tę tezę na temat osób LGBT, obiektywnie, jedynie w sposób wstępny i z pozycji neutralnego obserwatora na potrzeby oceny legitymacji powodów, należy skonstatować, iż są one bardzo ostre, mogą ranić i prowadzą w istocie do podziałów i antagonizmów”.⁷ W dalszej części Sąd Apelacyjny wskazał, że wypowiedzi te prowadzą do stygmatyzacji i wykluczenia osób o orientacji homoseksualnej, wzbudzają uczucia pogardy, strachu i nienawiści, kwalifikują się jako „szczucie na innych ludzi”.⁸ Ta kategoryczna wypowiedź sądu może spotkać się z zarzutem arbitralności. Jej zasadność da się jednak dość łatwo zweryfikować, podstawiając w miejsce osób o orientacji homoseksualnej inną zbiorowość - taką, z którą identyfikuje się oceniający i sprawdzając, czy ocena będzie prowadziła do innej konkluzji

⁷ Uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z 10 lutego 2022 r., VI ACa 141/21, s. 35-36

⁸ Tamże, s. 36.

niż ta, prezentowana przez sąd. Nie wydaje się to w żadnym zakresie prawdopodobne.

Generalne stwierdzenie, że wypowiedzi pozwanej kwalifikują się – obiektywnie rzecz ujmując – jako naruszające dobra osobiste, otwiera dopiero drogę do rozważań, czy da się wskazać konkretne osoby, będące „desygnatami” tych wypowiedzi i czy do osób tych zaliczają się występujący w sprawie powodowie. Albo raczej: czy istnieje podstawa do uchylenia odpowiedzialności pozwanej za jej wypowiedzi ze względu na to, że nie da się wskazać osób, których by konkretnie dotyczyły. W sporze wokół kwalifikacji wypowiedzi odnoszących się do zbiorowości wyróżnianych ze względu na posiadanie określonej cechy pojawiają się tezy, że wypowiedzi te nie dotyczą konkretnych osób, ale abstrakcyjnych bytów, ideologii lub „interesów idealnych” człowieka⁹. Przemawiać ma za tym fakt, że zbiorowość definiowana przez posiadanie określonej cechy ma charakter otwarty i niestały, a do tego jest na tyle licznie reprezentowana, że formułujący wypowiedź nie jest w stanie pamięciowo objąć wszystkich osób do niej należących i przez to kierować swojej wypowiedzi bezpośrednio pod ich adresem. Sąd Apelacyjny przekonująco rozprawia się z tym poglądem. Wskazuje w pierwszej kolejności, że zbiorowość definiowana przez określoną cechę nie może być kwalifikowana jako nieokreślona i niezidentyfikowana. Nie należy w tym kontekście mylić braku określenia i identyfikacji zbiorowości z faktem, że nie można wskazać, ile osób zbiorowość liczy. O identyfikacji i określeniu zbiorowości decyduje bowiem cecha ją definiująca, wskutek czego łatwo jest ustalić, czy określona osoba należy do danej grupy. To z kolei prowadzi do indywidualizacji naruszenia, jeśli wypowiedź – generalnie kwalifikująca się jako naruszenie dóbr osobistych – odnosi się do wszystkich członków danej grupy. Sąd Apelacyjny trafnie w tym kontekście wskazuje: „w świetle logiki matematycznej, stanowiącej w istocie podstawowe schematy myślenia i wypowiedzi ni tylko w naukach ścisłych, ale i humanistycznych, wypowiedź taktująca na temat każdego x danego zbioru, referuje tym samym sytuację i dotyczy

⁹ Określenie „interes idealny” przejmuję od T.Grzeszak, op.cit. s. 903.

każdego, dowolnie wybranego x z danego zbioru”. Dalej w rozważaniach Sądu Apelacyjnego pojawia się argument o charakterze pragmatycznym, ale celnie trafiający w istotę problemu: nie da się zrationalizować poglądu, że taka sama w treści wypowiedź, która obraża kilka osób, to może stanowić podstawę odpowiedzialności, a „kiedy obrazi liczną grupę osób [...] to ogólność, którą się myślowo konstruuje, wyprowadzając ją z wielości podmiotów pokrzywdzonych, ma wykluczać ich legitymację”.¹⁰ Konsekwencje przyjęcia argumentacji Sądu Apelacyjnego w tym wątku można sprowadzić do przesunięcia akcentu z potrzeby wykazywania, że w przypadku nieróżnicującej wypowiedzi odnoszącej się do pewnej zbiorowości była ona adresowana konkretnie do osoby dochodzącej ochrony, na przyjęcie generalnego założenia, że takie nieróżnicujące wypowiedzi dotyczą wszystkich członków zbiorowości (i każdy ma legitymację do dochodzenia ochrony), chyba że z okoliczności wynika, iż konkretna osoba została z kręgu adresatów wypowiedzi wyłączona.

Sąd Apelacyjny zakwestionował zarazem stanowisko Sądu Okręgowego, że powodowie na poparcie swoich twierdzeń, że należą do zbiorowości, której dotyczyły wypowiedzi pozwanej, powinni przedstawić inne dowody niż depozycje złożone w ramach przesłuchania strony. Zwrócił przy tym uwagę, że dowód z przesłuchania strony ma w postępowaniu cywilnym walor równy innym dowodom (i podlega ocenie wiarygodności w oparciu o te same sformułowane w art. 233 par. 1 KPC reguły), a w niektórych postępowaniach – tam gdzie kluczowe znaczenie mają uczucia ludzkie lub zdarzenia z życia intymnego – jest wręcz konieczny i odgrywa szczególnie istotną rolę. Według treści przepisów (art. 432 KPC) taka sytuacja występuje wprawdzie jedynie w sprawach małżeńskich, jednak Sąd Apelacyjny zdaje się dostrzegać wyraźną analogię w odniesieniu do sytuacji w sprawach o ochronę dóbr osobistych. O ile bowiem samo pojęcie dobra osobistego może być oceniane w kategoriach obiektywnych, przez pryzmat ocen przeciętnego uczestnika obrotu, to już podstawą do formułowania takich ocen musi być rekonstrukcja

¹⁰ Uzasadnienie wyroku SA w Warszawie z 10 lutego 2022 r., VI ACa 141/21, s. 39.

indywidualnych emocji i przeżyć, a to możliwe jest jedynie w oparciu o oświadczenia samego zainteresowanego. Komentując to stanowisko (z którym w pełni się identyfikuję), zwracam uwagę, że jego implikacją jest każdorazowa konieczność dokonania przez sąd oceny, czy przedstawione przez zainteresowanego okoliczności (z własnej inicjatywy lub w odpowiedzi na pytania) dają dostateczną podstawę do twierdzenia, że stan faktyczny sprawy dotyka wartości indywidualnie związanych z tą osobą. I od tej oceny sąd nie może uchylić się, powołując się na brak dowodu pochodzącego z zewnętrznego źródła.

5. W analizowanej sprawie dyskwalifikacja przez Sąd Apelacyjny możliwości oddalenia powództwa ze względu na brak legitymacji czynnej nie rozwiązuje spornego problemu, a jedynie otwiera drogę do merytorycznego rozpatrzenia roszczeń strony powodowej. Sąd pierwszej instancji stanie wobec konieczności zmierzenia się z zasadniczymi pytaniami w kontekście oceny bezprawności zachowania pozwanej: Czy wypowiedzi, które Sąd Apelacyjny trafnie uznał za ostre i raniące uczucia osób, których dotyczy, można usprawiedliwiać gwarantowaną prawami człowieka swobodą ekspresji idei i poglądów religijnych? Gdzie szukać rozwiązania konfliktu pomiędzy wartościami, które stoją u podstaw nowoczesnych demokratycznych społeczeństw: z jednej strony poszanowania ludzkiej godności, intymności i życia prywatnego oraz zakazu dyskryminacji ze względu na cechy osobowościowe, z drugiej – swobody posiadania i wyrażania przekonań i światopoglądu, w tym związanego z wyznawaniem określonej religii?¹¹ Normy zawarte w aktach gwarantujących prawa człowieka ani orzecznictwo nie dają czytelnych i łatwych do zastosowania wskazówek w tym względzie. Wprawdzie art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, formułując gwarancję swobody wypowiedzi, zastrzega, że korzystanie z niej wiąże się z odpowiedzialnością i

¹¹ J.Sadomski wskazuje, że w opisywanym przypadku nie mamy do czynienia z kolizją norm prawnych, którą poprzez zastosowanie reguł da się usunąć poprzez ustalenie ich hierarchii, ale z konfliktem zasad o generalnie równej doniosłości, z których jednej daje się pierwszeństwo w konkretnym przypadku ze względu na jego specyficzne uwarunkowania. Zob. J.Sadomski, *Konflikt zasad. Ochrona dóbr osobistych a wolność prasy*, Warszawa 2008.

może ona być ograniczana. Aby jednak system konwencyjny ograniczenie to zaakceptował, musi ono spełniać następujące warunki (trzystopniowy test): ograniczenie musi być przewidziane przez prawo, ingerencja musi być dokonana w celu ochrony określonych wyraźnie wymienionych dóbr, ingerencja musi być konieczna w demokratycznym społeczeństwie. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka koncentruje się na ostatnim elemencie trójstopniowego testu, konstatując, że dwa pierwsze warunki zazwyczaj pozostają spełnione (nie inaczej jest w analizowanej sprawie, gdzie źródłem potencjalnego ograniczenia swobody wypowiedzi jest wyraźny przepis prawa regulujący odpowiedzialność za naruszenie dóbr osobistych, a ograniczenie to realizuje jedną z enumeratywnie wymienionych w art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wartości, jaką jest ochrona dobrego imienia i praw innych osób). Konieczność wprowadzenia ograniczenia swobody wypowiedzi w demokratycznym społeczeństwie pojmowana jest jako sytuacja, kiedy istnieje dla takiej ingerencji pilna potrzeba społeczna, poza tym racje za wprowadzeniem ograniczenia muszą być istotne i wystarczające dla pełnego uzasadnienia takiego ograniczenia, a środek ograniczający swobodę wypowiedzi – proporcjonalny do celu, jaki ma osiągnąć.¹² W analizowanej sprawie za koniecznością funkcjonowania danej instytucji prawnej ograniczającej swobodę wypowiedzi zdaje się przemawiać potrzeba zapewnienia skutecznej gwarancji (przy braku innych) przestrzegania innego prawa człowieka *expressis verbis* chronionego przepisami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – tj. prawa do prywatności i poszanowania fizycznej i psychicznej integralności (art. 8 Konwencji) – oraz ustanowionego w art. 14 Konwencji zakazu dyskryminacji z jakichkolwiek przyczyn. Kwalifikacja powyższa musi być jednak formułowana ostrożnie z uwagi na postawioną w późniejszym orzecznictwie sztrasburskim tezę, że wartości wskazane w art. 10 ust. 2 Konwencji nie są równoważne wolności słowa gwarantowanej w ust. 1; wolność słowa ma zdecydowane pierwszeństwo i trzeba to brać pod uwagę przy rozpatrywaniu, czy ograniczenie było

¹² Jedną z tez orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Handyside* p-ko Wielkiej Brytanii, 5493/72, wyrok Składu Plenarnego (Pełnego) Trybunału z 7.12.1976.

konieczne w demokratycznym społeczeństwie.¹³ Wprawdzie teza powyższa nie znajduje dostatecznego oparcia w treści wspomnianego przepisu, jest jednak konsekwentnie powoływana i realizowana.¹⁴

6. Przeprowadzona analiza wyroku Sądu Apelacyjnego prowadzi do wniosku, że sąd – nie wychodząc poza ramy przyjętego rozumienia pojęć dobra osobistego i jego naruszenia – zaproponował pewną korektę przesłanki bezpośredniości i indywidualizacji naruszenia. Korekta ta sprowadza się do przyjęcia, że w przypadku wypowiedzi rodzajowych odnoszących się do zbiorowości charakteryzowanych przez określoną cechę, należy przyjmować, że dana wypowiedź dotyczy wszystkich osób należących do tej zbiorowości, chyba, że treść wypowiedzi różnicuje sytuację poszczególnych członków grupy. Nie ma przy tym znaczenia liczebność grupy i charakterystyka jej składu (stały, niestały, otwarty, zamknięty). W konsekwencji, każda osoba należąca do zbiorowości, której dotyczyła nieróżnicująca wypowiedź, kwalifikująca się generalnie jako naruszenie dobra osobistego, posiada legitymację czynną do wystąpienia z powództwem. Przyjęte przez Sąd Apelacyjny stanowisko usuwa znaczącą przeszkodę formalną, zamykającą dotąd w licznych przypadkach drogę do skutecznej ochrony przed wypowiedziami dyskryminującymi. Tym samym zapewnia właściwą realizację podstawowej funkcji systemu prawnego, jaką jest stworzenie gwarancji poszanowania wartości społecznie uznawanych za godne ochrony (do których zakaz dyskryminacji i szacunek dla godności człowieka bezsprzecznie się zaliczają). Z powyższych względów zapadłe rozstrzygnięcie zasługuje na pełną aprobatę.

¹³ Zob. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Sunday Times p-ko Wielkiej Brytanii Nr 1, 6538/74, wyrok Składu Plenarnego z 26.04.1979.

¹⁴ Por. n.p. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie J.Sanocki p-ko Polsce 28949/03, wyrok z 17.10.2007.

Bibliografia (wybrana)

- T.Grzeszak, Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane [w:] P.Kostański, P.Podrecki, T.Targosz (red.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, Warszawa 2017
- T.Grzeszak, Zdrada małżeńska a naruszenie dóbr osobistych w orzecznictwie Sądu Najwyższego, *Monitor Prawniczy* z. 11 z 2009 r
- M.Jabczuga-Kurek, Legitymacja czynna członka zbiorowości w nietypowanych sprawach o ochronę czci i dobrego imienia [w:] B.Jelonek-Jarco, R.Kos, J.Zawadzka, „*Usus magister est optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi*”, Warszawa 2016
- M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, 2002, komentarz do art. 23
- S. Rudnicki, Ochrona dóbr osobistych na podstawie art. 23 i 24 k.c. w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1985–1991, *Przegląd Sądowy* 1/1992
- J.Sadowski, *Konflikt zasad. Ochrona dóbr osobistych a wolność prasy*, Warszawa 2008
- A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979

Abstract

Referred decision of the Court of Appeals in Warsaw has a significant importance which can be seen on both juridical and social level. The analysis offered in this paper leads to the conclusion that the court has proposed some adjustment in the interpretation of criteria for infringement of personal values – like reputation or private life. Without objecting general prerequisites of direct and individual character of infringement, the court found that in case of generic statements regarding groups bearing specific feature it should be assumed that such a statement refers to any single person belonging to such group, unless the it is expressly stated otherwise. It is irrelevant how numerous the group is and how it may be described (open, closed etc.). In consequence, any person belonging to the group is authorised to sue for the protection of his/her own

personal value (such authorisation has yet been denied in most cases due to the generality of the statement in question). The position of the Court of Appeals removes a significant obstacle against seeking effective legal protection against discriminatory speech. Therefore, the decision of the Court of Appeals should be welcomed and approved.

Badanie dopełnienia obowiązku informacyjnego i odpowiedzialność za powikłania po zabiegu wykonanym lege artis bez zgody pacjenta. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 9.06.2020 r., V ACa 89/20¹

Teza

1. W przypadku zarzutu niedoinformowania o powikłaniach sąd powinien porównać sporny zakres informacji z kryteriami ustalonymi przez SN, mianowicie: czy niezakomunikowane następstwa zabiegu i ich objawy, które wystąpiły u pacjentki, były możliwe do przewidzenia; czy były to typowe następstwa, o których zawsze trzeba informować, a jeśli nie i są to następstwa rzadkie lub bardzo rzadkie, to czy przez wzgląd na stopień wywoływanego uszczerbku na zdrowiu i prawdopodobieństwo wystąpienia winny one być przedstawione pacjentce. Ponadto, czy stopień dokładności informacji mógł i powinien być wyższy z punktu widzenia racjonalnego pacjenta.

2. Jeżeli powikłania pooperacyjne mogące wystąpić ze względu na predyspozycje pacjenta są objęte obowiązkiem informacyjnym, to tym samym stanowią przewidywalne następstwo zabiegu i pozostają z nim w adekwatnym związku przyczynowym.

¹ LEX nr 3052839. Tezy odautorskie.

Glosa

Prawo do wyrażenia zgody na zabieg jest ściśle powiązane z prawem do informacji² i oba są wyrazem poszanowania autonomii pacjenta³. Celem udzielania informacji jest zaznajomienie pacjenta z jego sytuacją zdrowotną, aby mógł podjąć świadomą decyzję dotyczącą zabiegu⁴, toteż jest to element konieczny dla skutecznego wyrażenia zgody⁵ i przejścia ryzyka powstania powikłań niezależnych od lekarza na pacjenta. W przeciwnym razie ryzyko to pozostaje przy lekarzu otwierając możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Pomimo rozbudowanego orzecznictwa Sądu Najwyższego (SN), wciąż obecny jest problem z prawidłowym stosowaniem kryteriów wypełnienia obowiązku informacyjnego w zakresie dających się przewidzieć następstw zabiegu, co może rzutować na potencjalną odpowiedzialność za powikłania pooperacyjne. Niniejsza glosa porusza dwa zagadnienia. Po pierwsze: badanie przez sąd dopełnienia obowiązku informacyjnego przez lekarza, a po drugie: związek przyczynowy zabiegu wykonanego *lege artis* bez zgody, z powikłaniami u pacjenta mającego predyspozycje anatomiczne do powstania powikłań.

W komentowanej sprawie lekarz prowadzący zalecił powódce, u której występował zespół bólowy związany ze zwyrodnieniem kręgosłupa, zabieg operacyjny odbarczenia informując ją ogólnie o możliwych powikłaniach neurologicznych. Przed zabiegiem w szpitalu powódka podpisała formularz zgody potwierdzając w ten sposób, że została poinformowana

² Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2020 r. poz. 849 z późn. zm.), art. 9 i 16.

³ T.L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press 2019, s. 118; M. Boratyńska, P. Konieczniak, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 1, (red.) M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 55-59; J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 137–138 i 157–158.

⁴ B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 416–417.

⁵ J. Bujny, *Prawa...*, s. 160–161; B. Janiszewska, *Zgoda...*, s. 41; R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 288.

m.in. o przewidywanych następstwach i ryzyku. Po zabiegu doznała powikłań w postaci zespołu niedokrwiennego rdzenia mającego dalsze konsekwencje istotnie wpływające na komfort jej życia. Z osoby energicznej, pracującej, aktywnej fizycznie stała się osobą borykającą się ze znacznym stopniem niepełnosprawności. Powódka nie może się samodzielnie umyć, robić zakupów, ma problemy z samodzielnym zapięciem guzików, trudno jest jej wejść po schodach. Ponadto, zмага się z silnym bólem, w związku z czym musi przyjmować silne leki przeciwbólowe. Jak wypowiedzieli się biegli, zakres możliwych powikłań uwarunkowany był anatomicznie, tzn. w trakcie zabiegu mogło dojść do uszkodzenia poszczególnych struktur [kręgosłupa]⁶. Biegli wskazali, że deficyty neurologiczne u powódki spowodowane były samoistnym schorzeniem kręgosłupa oraz powikłaniami po przeprowadzonej operacji. W dniu operacji wskazań bezwzględnych do wykonania zabiegu nie było, zaś jego niewykonanie skutkowałoby utrzymaniem się zespołu bólowego. W wyniku postępowania przed Wojewódzką Komisją ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych orzeczono, że leczenie było przeprowadzone prawidłowo. Następnie powódka wniosła powództwo na zasadzie art. 822 k.c. bezpośrednio przeciwko ubezpieczycielowi⁷. Sąd Okręgowy (SO) zważył, że istota sporu sprowadzała się do oceny, czy popełniono błąd medyczny oraz czy zabieg przeprowadzono za prawidłowo wyrażoną zgodą powódki i osobno rozpatrzył roszczenia z tytułu szkody na osobie oraz z tytułu naruszenia prawa pacjenta. Ostatecznie SO zasądził na rzecz powódki kwotę 5.000 zł wraz odsetkami ustawowymi, a także zniósł koszty postępowania między stronami i odstąpił od obciążania powódki nieuiszczonymi kosztami postępowania. Sąd Apelacyjny (SA)

⁶ Adnotacja autorki. W uzasadnieniu brak doprecyzowania, jednak ze względu na charakter zabiegu najprawdopodobniej chodziło o struktury kręgosłupa.

⁷ Odpowiedzialność ubezpieczyciela była zasadniczo determinowana odpowiedzialnością ubezpieczonego – tutaj szpital, w którym odbywał się zabieg. Zgodnie z art. 822 § 1 k.c., przez umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ubezpieczyciel zobowiązuje się do zapłacenia określonego w umowie odszkodowania za szkody wyrządzone osobom trzecim, wobec których odpowiedzialność za szkodę ponosi ubezpieczający albo ubezpieczony, zaś uprawniony do odszkodowania może go dochodzić bezpośrednio od ubezpieczyciela (§ 4 art. 822 k.c.).

zmienił częściowo wyrok zasądzając dodatkową kwotę zadośćuczynienia w wysokości 15.000 zł (łącznie 20.000 zł) za naruszenie prawa pacjenta. Powództwo i apelację w pozostałym zakresie oddalono.

W doktrynie omawiane są trzy modele informacyjne zaczerpnięte z typologii amerykańskiej: model profesjonalny, racjonalnego pacjenta i subiektywistyczny⁸. Model profesjonalny standaryzuje przekazywaną informację w oparciu o postawę lekarza-wzorca, przez pryzmat którego oceniane są konkretne przypadki faktyczne. Lekarz taki udziela pacjentowi informacji w takim zakresie, jaki jest istotny z punktu widzenia wyniku leczenia. Model racjonalnego pacjenta zakłada, że pacjentowi powinna być udzielona taka informacja, jakiej oczekiwałby racjonalny pacjent w analogicznej sytuacji. Z kolei w modelu subiektywistycznym pacjent ma prawo dowiedzieć się tyle, ile w jego subiektywnej ocenie potrzebuje do podjęcia decyzji. Najbardziej rozsądny i wyważony zdaje się być jednak model mieszany⁹, w którym lekarz przekazuje ustandaryzowaną pod kątem racjonalnego pacjenta informację, a na życzenie pacjenta udziela dodatkowych informacji i wyjaśnień. Takie rozwiązanie aktywizuje pacjenta w trosce o własne prawa nie obarczając nadmierną odpowiedzialnością lekarza, co jest istotne z punktu widzenia ciężaru dowodu udzielenia informacji, leżącego po stronie lekarza¹⁰. W omawianej sprawie powódka twierdziła, że nie została poinformowana o możliwych powikłaniach, a w konsekwencji wyraziła zgodę blankietową na zabieg.

Na przestrzeni lat SN wydał wiele orzeczeń dotyczących udzielania informacji o następstwach leczenia. Początkowo¹¹ stał na stanowisku, że informacja taka obejmuje możliwe do przewidzenia, zwykle i

⁸ T.L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles...*, s. 124-125; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 252-261; B. Janiszewska wskazuje na archaiczność modeli informowania na gruncie aktualnych przepisów, zob. B. Janiszewska, [w:] *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, L. Bosek (red.), Warszawa 2020, s. 220-221.

⁹ T.L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles...*, s. 125; M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa...*, s. 257.

¹⁰ Wyrok SN z 20.05.2016 r., II CSK 654/15, LEX nr 2067781; Por. B. Janiszewska [w:] L. Bosek (red.), *Ustawa...*, s. 234.

¹¹ Na gruncie wcześniejszej, nieobowiązującej już ustawy o zawodzie lekarza.

bezpośrednie skutki leczenia bez konieczności wskazywania tych mało prawdopodobnych, a wręcz nie można wymagać informowania o niezmiernie rzadkich komplikacjach¹². Uzależniając informację od rodzaju zabiegu SN wskazał, że w przypadku tych ratujących życie nie można wpływać ujemnie na psychikę chorego przez co zwiększać ryzyka operacji¹³. Pogląd o różnicowaniu zabiegów i tym samym zakresu informacji utrzymuje się także w nowszym orzecznictwie SN¹⁴.

Syntetyzując dorobek orzeczniczy SN za kluczowe kryterium trzeba przyjąć przewidywalność następstw. Drugim kryterium jest ich typowość, powinny być bowiem wymienione wszystkie typowe następstwa zabiegu. Trzecim kryterium jest stopień uszczerbku na zdrowiu. Należy informować o przewidywalnych i występujących rzadko lub bardzo rzadko następstwach, jeżeli powodują one znaczny i istotny uszczerbek na zdrowiu lub zagrażają życiu¹⁵. Przy tym obowiązek ten nie jest bezwzględny i zależy od prawdopodobieństwa¹⁶ wystąpienia następstwa. Nieprecyzyjność tych ostatnich wskazówek w praktyce nastrocza problemów¹⁷. Wskazuje się również na wpływ istotności informacji na decyzję pacjenta o poddaniu się zabiegowi, tzn. czy jego decyzja uległaby zmianie gdyby posiadał brakującą informację¹⁸.

¹² Wyrok SN z 27.09.1968 r., I CR 325/68, LEX nr 4641; Wyrok SN z 28.09.1972 r., II CR 296/72, LEX nr 1506; Wyrok SN z 28.08.1973 r., I CR 441/73, LEX nr 1690.

¹³ Wyrok SN z 11.01.1974 r., II CR 732/73, LEX nr 4884; Wyrok SN z 20.11.1979 r., IV CR 389/79, LEX nr 2445.

¹⁴ Wyrok SN z 29.10.2003 r., III CK 34/02, LEX nr 145226; Wyroki SN z dnia 9 listopada 2007 r., V CSK 220/07, LEX nr 494157; Wyrok SN z 7.11.2008 r., II CSK 259/08, LEX nr 577166; Wyrok SN z 3.12.2009 r., II CSK 337/09, LEX nr 686364; Wyrok SN z 8.07.2010 r., II CSK 117/10, LEX nr 602677.

¹⁵ Wyrok SN z 28.09.1999 r., II CKN 511/96, LEX nr 453701; Także M. Świdarska, Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007, s. 140.

¹⁶ Wyrok SN z 1.04.2004 r., II CK 134/03, LEX nr 355344.

¹⁷ Por. M. Świdarska, Zgoda..., s. 139 i n.

¹⁸ U. Drozdowska, Z problematyki lekarskiego obowiązku poinformowania o ryzyku i skutkach zabiegu - uwagi na tle wybranego orzecznictwa sądu Najwyższego i sądów powszechnych, [w:] Zagadnienia prawa medycznego, (red.) A. Górski, E. Sarnacka, Warszawa 2018, zwł. s. 67 i 72.

W komentowanej sprawie SO stwierdził, że na podstawie zebranej dokumentacji medycznej nie można było ocenić jednoznacznie zakresu przekazanych powódce informacji, a z drugiej strony, że nie została przedstawiona pełna informacja o następstwach i powikłaniach zabiegu. Stwierdzenia te nie są tożsame. Niemożliwość jednoznacznej oceny zakresu udzielonej informacji nie oznacza jej niepełności. Z zeznań świadków wynikało, że powódce przekazano informację ogólną o neurologicznych następstwach zabiegu z zapewnieniem, że „wszystko będzie dobrze”. Okoliczność, że informacja nie wskazywała konkretnych objawów możliwych powikłań, nie odbiera jej waloru informacji pełnej i rzetelnej w sytuacji, gdy poinformowano ogólnie o możliwości wystąpienia powikłań¹⁹. W konkretnej sytuacji ogólna informacja może być jedyną możliwą do udzielenia, gdyż nie ma obowiązku informowania o powikłaniach, których początkowo nie da się przewidzieć²⁰. Indywidualne uwarunkowania po stronie powódki mogły czynić przewidzenie konkretnych następstw i ich objawów trudnym lub niemożliwym. Opieranie się na linii orzeczniczej SN i przyjęcie jej za prawidłową wykładnię przepisów zobowiązuje do konsekwentnego stosowania tej wykładni, choć faktycznie w przypadku zarzutu niedoinformowania o powikłaniach sąd powinien porównać sporny zakres informacji z kryteriami ustalonymi przez SN, mianowicie: czy niezakomunikowane następstwa zabiegu i ich objawy, które wystąpiły u pacjentki były możliwe do przewidzenia; czy były to typowe następstwa, o których zawsze trzeba informować, a jeśli nie i są to następstwa rzadkie lub bardzo rzadkie, to czy przez wzgląd na stopień wywoływanego uszczerbku na zdrowiu i prawdopodobieństwo wystąpienia winny one być przedstawione pacjentce. Ponadto - czy stopień dokładności informacji mógł i powinien być wyższy z punktu widzenia racjonalnego pacjenta. Tego typu ustalenia są kluczowe dla sprawy, a ich wynik wpływa na (nie)naruszenie prawa do wyrażenia zgody na zabieg. Ustalenia te wymagają wiedzy specjalistycznej ergo opinii biegłego, a

¹⁹ Wyrok SA w Krakowie z 6.09.2012 r., I ACa 723/12, LEX nr 1236722.

²⁰ Wyrok SA w Krakowie z 26.01.2016 r., I ACa 1534/15, LEX nr 2000500.

przynajmniej dowodów z piśmiennictwa medycznego. SO skonkludował, że w jego ocenie wyłączenia informacyjne dotyczące wyjątkowo występujących powikłań nie zachodziły, nie wskazano jednak na jakiej podstawie. Zeznania świadków w tym względzie mogły być jedynie podstawą ustalenia faktycznie przekazanej informacji. Nie wiadomo też, czy któraś ze stron wnosila o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego dla wykazania tego faktu. Istnieją jednak okoliczności, w których sąd może powołać biegłego z urzędu, co ma swoje poparcie w orzecznictwie²¹, a w niniejszej sprawie takie przesłanki zachodziły.

Zakres udzielonej informacji nie jest równoznaczny z jej przystępnością²² i na odwrót. SO ustalił, że z niczego nie wynikało, aby udzielona informacja w sposób czytelny wskazywała powódce możliwość wystąpienia stanu, w jakim się znalazła, natomiast wskazanie na możliwość powikłań o charakterze neurologicznym mogłaby być oczywiste, czytelne i w pełni adekwatne dla osób z wykształceniem medycznym, ale niekoniecznie dla pacjenta nieposiadającego tegoż wykształcenia. Jeśli pozostać w mieszanym modelu informowania, uregulowanie to wskazywałoby na konieczność dopasowania informacji do pewnych podstawowych cech pacjenta, takich jak np. wiek czy wykształcenie, z możliwością udzielenia dodatkowych wyjaśnień na życzenie. Powódka jest z zawodu geodetą, a słowo „neurologia” jest terminem powszechnie używanym w społeczeństwie. Ponadto powódka miała możliwość zadawania pytań przed wyrażeniem zgody na zabieg. Nie ma wzmianki o tym, aby z tej możliwości skorzystała. Mimo to SO uznał, że zgoda została wyrażona mechanicznie, w warunkach dużego stresu, w braku pełnej wiedzy o możliwych następstwach zabiegu. Oczywiście każdy zabieg operacyjny jest w jakimś stopniu stresujący dla pacjenta, ale przyjęcie takiego toku rozumowania prowadziłoby do stosunkowo łatwej podważalności każdej zgody na operację. Powódka jest osobą dorosłą i zdrową na umyśle. Od takiej osoby

²¹ Wyrok SN z 24.11.1999 r., I CKN 223/98, LEX nr 39411, Wyrok SN z 07.10.1998 r., II UKN 246/98, LEX nr 37701.

²² Na temat obiektywności tej przesłanki zob. B. Janiszewska [w:] L. Bosek (red.), *Ustawa...*, s. 217.

oczekuje się, że rozumie komunikaty słowne, a tym bardziej - co podpisuje; w przeciwnym razie zadaje pytania lub prosi o wyjaśnienia.

Krótkiego komentarza wymagają także konkluzje dotyczące błędów w dokumentacji. Po pierwsze, wymóg formy pisemnej odnosi się do zgody pacjenta na zabieg²³, nie do informacji, zatem niewymienienie rodzaju powikłań i ryzyka operacji na formularzu zgody nie może stanowić przeciwdowodu świadczącego, że informacja nie została przedstawiona wcale lub w niepełnym wymiarze. Fakt udzielenia informacji może być dowodzony wszelkimi dostępnymi dowodami, choć jak zwrócił uwagę SA, dostrzega się w doktrynie konieczność odzwierciedlenia pouczenia na formularzu zgody. Po drugie - dokumentacja, w tym formularz zgody, mają przymiot dokumentu prywatnego i dowodzą że osoba tam podpisana złożyła dane oświadczenie²⁴ co z reguły przedstawia dużą wartość dowodową przeciwko osobie, od której pochodzą²⁵. Szpital dysponował pisemnym oświadczeniem powódki o tym, że poinformowano ją o następstwach zabiegu oraz że wyraża na niego zgodę. Można więc zapytać, czy to nie powódka powołując się na wadliwość swojego oświadczenia powinna ten fakt wykazać. Ponadto zgoda jest oświadczeniem pacjenta i wymaga jego podpisu. Utrwalone w praktyce lekarskiej składanie na formularzu podpisu także przez lekarza, pozwala tylko na ustalenie, kto rozmawiał z pacjentem²⁶. Nonsensem byłoby zaś, aby jak wskazał SO, podpis lekarza miał potwierdzać, że pacjent zrozumiał otrzymane informacje, skoro wiedza lekarza w tym zakresie opiera się jedynie na tym, co przekaze mu pacjent.

Odnosząc się pokrótce do roszczeń wynikających ze szkody na osobie i związku przyczynowego, to brak błędu medycznego w leczeniu był faktem bezspornym i został też wykluczony na podstawie opinii biegłych. Niemniej naruszenie prawa do wyrażenia zgody na zabieg w przypadku

²³ Wyrok SN z 8.07.2010 r., II CSK 117/10, LEX nr 602677.

²⁴ Wyrok SN z 28.03.2018 r., IV CSK 123/17, LEX nr 2539867.

²⁵ Wyrok SN z 3.10.2000 r., I CKN 804/98, LEX nr 50890; Wyrok SN z 6.11.2002 r., I CKN 1280/00, LEX nr 78358.

²⁶ Z. Marek, Błąd medyczny, Kraków 1999, s. 44.

wystąpienia szkody na osobie daje możliwość dochodzenia roszczeń na zasadzie art. 444-445 k.c.²⁷, dlatego rozważania odnośnie obowiązku informacyjnego są istotne także z tego punktu widzenia. Dalsze refleksje formułowane są w oparciu o założenie, że faktycznie zgoda powódki była wadliwa.

Według biegłych szkoda była skutkiem przeprowadzonego zabiegu w połączeniu z uwarunkowaniami anatomicznymi u powódki. Doszło więc do potencjalnego zbiegu przyczyn, których stopnia przyczynienia się do powstania szkody nie można było ocenić ani też stwierdzić jednoznacznie różnicy w stanie zdrowia powódki gdyby operacji nie przeprowadzono. Istnieją różne poglądy dotyczące rozstrzygania ewentualnej wielości przyczyn²⁸. Słusznie wykluczono związek błędu medycznego ze szkodą, ponieważ błąd w ogóle nie zaistniał. Czym innym jest jednak bezprawne działanie w postaci interwencji medycznej bez zgody. Nie może ująć tutaj uwadze, że anatomiczne uwarunkowania powódki były znane przed zabiegiem. Tym bardziej właściwe wydaje się przyjęcie stanowiska, że „szczególna predyspozycja poszkodowanego nie jest w istocie odrębną przyczyną szkody, lecz warunkiem w którym działa przyczyna sprawcza. Dlatego też nie jest to przypadek zbiegu przyczyn”²⁹. Lekarz, mając całościowy obraz kliniczny stanu pacjenta, proponuje leczenie oraz informuje o jego możliwych do przewidzenia skutkach i ryzyku, a także o wpływie braku leczenia na stan pacjenta. Jeżeli powikłania pooperacyjne mogące wystąpić ze względu na predyspozycje pacjenta są objęte obowiązkiem informacyjnym, oznacza to tym samym, że stanowiły przewidywalne następstwo przed zabiegiem i pozostają z nim w adekwatnym związku przyczynowym. Uchybienie obowiązkowi informacyjnemu skutkuje zaś wadliwością zgody pacjenta na zabieg i pozostawia ryzyko

²⁷ E. Bagińska, K. Bączyk-Rozwadowska, *Szkoda majątkowa i jej naprawienie* [w:] E. Bagińska (red.), *System Prawa Medycznego*, t. 5, *Odpowiedzialność prywatnoprawna*, Warszawa 2021, s. 687.

²⁸ Szerzej: E. Bagińska, *Związek przyczynowy - wielość przyczyn* [w:] E. Bagińska (red.), *System Prawa Medycznego*, t. 5, *Odpowiedzialność prywatnoprawna*, Warszawa 2021, s. 646–674.

²⁹ K. Krupa-Lipińska, *Związek przyczynowy jako przesłanka odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Warszawa 2020, s. 222.

niepoinformowanych skutków na lekarzu, nawet jeżeli sam zabieg został przeprowadzony *lege artis*³⁰. Nawet gdyby przyjąć możliwość powołania się na tzw. legalne zachowanie alternatywne³¹, to omawiany zabieg nie był ratującym życie, a waga informacji była istotna, toteż trudno przyjąć ze znacznym prawdopodobieństwem, że powódka zgodziłaby się na zabieg³². Tym bardziej gdy powódka wprost twierdziła, że nie zgodziłaby się na zabieg. SO stwierdził jednak niedostateczne wykazanie roszczenia przez powódkę i zgodnie z regułą: wszystko albo nic³³ - oddalił powództwo w tym zakresie.

SA przyjął ustalenia SO za własne i co do zasady podzielił jego wnioski. Według mnie niesłusznie. Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, bez wglądu w materiał dowodowy, po pierwsze: wniosek odnośnie do wadliwości zgody powódki został sformułowany dość uznaniowo, a przynajmniej przedwcześnie. Wniosek ten tak naprawdę determinował zasadność dochodzonych przez powódkę roszczeń i miał kluczowe znaczenie dla sprawy. Tymczasem należało przede wszystkim zbadać konkretny zakres informacji o możliwych następstwach, wymagany w sytuacji powódki, a zatem - czy nieotrzymane według niej informacje wchodziły w zakres obowiązku informacyjnego, w szczególności w oparciu o kryterium przewidywalności. Wątpliwe są również ustalenia co do niedostatecznego zrozumienia informacji przez powódkę w sytuacji, gdy nie ma żadnych informacji, aby sygnalizowała tę kwestię lekarzowi przed podpisaniem zgody, w której potwierdza, że wymagane informacje otrzymała.

Po drugie, przy założeniu faktycznego niedopełnienia obowiązku informacyjnego, niesłusznie pominięto związek między bezprawną interwencją medyczną, a powstałymi powikłaniami. Wykluczona została w ten

³⁰ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2016, s. 162; Także: M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 125.

³¹ Tzn. takie, gdzie „...sprawca szkody działający w sposób bezprawny w celu zwolnienia się z odpowiedzialności podnosi, że szkoda powstałaby także wówczas, gdyby jego zachowanie było zgodne z prawem.”, K. Krupa-Lipińska, *Związek...*, s. 183 i 192–211.

³² Por. Wyrok SN z 19.06.2019 r., II CSK 279/18, LEX nr 2684149.

³³ Zob. E. Bagińska, *Związek...*, [w:] E. Bagińska (red.), *System...*, t. 5, s. 650.

sposób odpowiedzialność pozwanego za rozstrój zdrowia, niemniej nie-
możliwość jednoznacznej oceny stanu poszkodowanej gdyby zabiegu nie
przeprowadzono nie wyklucza związku przyczynowego, a jedynie wpływa
na ewentualny rozmiar szkody. Na marginesie warto przypomnieć stano-
wisko judykatury, które „nakazuje przyjąć odpowiedzialność za winę leka-
rza, jeżeli jest ona jednym z dostatecznie prawdopodobnych czynników
sprawczych szkody pacjenta”, a „sąd nie może oddalić powództwa tylko
dlatego, że wina lekarza nie jest wyłączną przyczyną szkody”³⁴. Czym
innym jest natomiast oszacowanie wielkości szkody, która w tej sytuacji
mogła być rozpatrywana przez pryzmat np. przyspieszenia wystąpienia
uciążliwych objawów choroby.

Wyrok ten odbiega w tym zakresie od innych rozstrzygnięć, gdzie
uchybień informacyjne prowadziły do zasądzenia odszkodowania i
ewentualnie renty³⁵. Z jednej strony uznano, iż uchybiono obowiązkowi
informacyjnemu, ale z drugiej strony odmówiono odpowiedzialności
za rozstrój zdrowia powstały w wyniku operacji przeprowadzonej za
wadliwie udzieloną zgodą. Niniejsza sprawa pokazuje potrzebę jasnego
i spójnego uporządkowania kryteriów udzielanej informacji, w pierwszej
kolejności przez wzgląd na bezpośrednio zainteresowanych – lekarzy i ich
potencjalną odpowiedzialność w tej kwestii, a w drugiej także na sądow-
nictwo przesądzające o tej odpowiedzialności. Jest to bowiem, jak w tym
wypadku istotne przedpole dla badania kolejnych roszczeń pacjenta, w
tym również roszczeń odszkodowawczych. Trzeba mieć jednocześnie na
uwadze, iż ze względu na obciążenie dowodowe lekarzy gdy chodzi o
zakres udzielonej informacji - jednoznaczne przesądzenie o automatycz-
nej odpowiedzialności za rozstrój zdrowia w przypadku uchybień obo-
wiązkowi informacyjnemu, mogłoby zachęcać do korzystania z tej drogi
do uzyskania odszkodowania za niezawinione z medycznego punktu
widzenia zdarzenia szkodzące. Stawia to bowiem odpowiedzialność za

³⁴ E. Bagińska, *Związek...*, [w:] E. Bagińska (red.), *System...*, t. 5, s. 651 i 660, wraz z powołaną tam literaturą.

³⁵ Przykłady podaje U. Drozdowska, *Z problematyki...*, s. 73.

zabiegi, w których popełniono błąd medyczny, ponieważ na równi z zabiegami przeprowadzonymi bezbłędnie.