

Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK nr 1/2024 (14)



PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

kwartalnik

Czasopismo recenzowane według wytycznych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego
Czasopismo punktowane MEiN: 70 pkt.

Rada Programowa

przewodniczący – prof. dr hab. Leszek Pączek (Warszawski Uniwersytet Medyczny)

Medycyna

prof. dr hab. Agnieszka Cudnoch-Jędrzejewska (Warszawski Uniwersytet Medyczny), prof. dr hab. Tomasz Grodzicki (Uniwersytet Jagielloński), prof. dr hab. Marcin Gruchala (Gdański Uniwersytet Medyczny), Łukasz Janowski (Naczelna Rada Lekarska), prof. dr hab. Tomasz Pasierski (Warszawski Uniwersytet Medyczny), dr Piotr Pawliszak (Okręgowa Rada Lekarska w Warszawie), dr Tadeusz Urban (Okręgowa Rada Lekarska w Katowicach), dr Piotr Wincianas (Okręgowa Izba Lekarska w Warszawie), prof. dr hab. Paweł Włodarski (Warszawski Uniwersytet Medyczny)

Etyka

dr Anna Alichniewicz (Łódzki Uniwersytet Medyczny), prof. dr hab. Alicja Przyłuska-Fiszler (Akademia Wychowania Fizycznego Warszawa), prof. em. dr hab. Zbigniew Szawarski (Uniwersytet Warszawski)

Prawo

prof. em. dr hab. Teresa Dukiet-Nagórska (Uniwersytet Śląski), prof. dr hab. Kinga Flaga-Gieruszyńska (Uniwersytet Szczeciński), prof. dr hab. Agnieszka Malarewicz-Jakubów (Uniwersytet w Białymstoku), prof. dr hab. Teresa Mróz (Uniwersytet w Białymstoku), prof. em. dr hab. Mirosław Nesterowicz (UMK w Toruniu), dr hab. Małgorzata Świdarska prof. ucz. (WSAiB w Gdyni), prof. em. dr hab. Mirosław Wyrzykowski (Uniwersytet Warszawski), prof. Judit Sándor (Central European University (CEU), Budapest, Hungary), prof. Atina Krajewska (University of Birmingham, UK), prof. Filip Křepelka (Masaryk University, Brno, Czechia), prof. Karl Harald Sövig (University of Bergen, Norway)

Redaktor naczelny

dr hab. Maria Boratyńska (Uniwersytet Warszawski, Warszawski Uniwersytet Medyczny)

Sekretarz redakcji

dr Wojciech Rożdżeński

Redaktorzy językowi

dr Maciej Ganczar, mgr Marta Puścion

Dział promocji

dr Antonina Doroszevska, mgr Barbara Krzyżewska

Redaktor techniczny

mgr Krzysztof Ślaski

Adres redakcji

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

Wydawca

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

Projekt okładki

CORNERIA

Opracowanie graficzne Global Scientific Platform/www.pandawer.pl

Nakład 500 egz.

ISSN 2657-8573 e-ISSN 2719-3748

Tytuł dofinansowany przez Śląską Izbę Lekarską

Spis treści

dr Wojciech Rozdzeński
Uniwersytet Warszawski

Charakter prawny zabiegów kosmetycznych i medycyny estetycznej 5

dr Beata Wiczerzyńska
Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu

Narodowy Fundusz Zdrowia jako sprawca szkody antymonopolowej 33

mgr Bartłomiej Łukasz Kamiński
Uniwersytet w Białymstoku

Problematyka budowania relacji lekarza seksuologa z pacjentem na gruncie systemowych instytucji procedury karnej i wykroczeniowej 55

dr hab. Monika Płatek prof.UW.
Uniwersytet Warszawski

dr Grzegorz Wrona, adwokat

Pomoc w przerywaniu ciąży – art. 152 § 2 Kodeksu karnego. Analiza przypadku na kanwie sprawy Justyny Wydrzyńskiej* 102

Z SALI SĄDOWEJ

Natalia Nieróbca, studentka V roku
Uniwersytet Warszawski

Sukces litygacji strategicznej na rzecz ochrony praw reprodukcyjnych, triumf konstytucjonalizmu czy „ucieczka w formalizm”?
Komentarz do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 grudnia 2023 r., nr 27617/04 ws. M.L. przeciwko Polsce 167

Success of the strategic litigation for the protection of reproductive rights, triumph of constitutionalism or ‘escape into formalism’?
Commentary on the judgment of the European Court of Human Rights of 14 December 2023, no. 27617/04 in M.L. v. Poland 190

mgr Paweł Łoś
absolwent Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Warszawie

Dopuszczenie na rynek produktów leczniczych w wyroku Trybunału EFTA w sprawie E-16/14 Pharmaq AS przeciwko Intervet International BV 209

Charakter prawny zabiegów kosmetycznych i medycyny estetycznej

Streszczenie

Zabiegi kosmetyczne i medycyny estetycznej od dłuższego czasu stanowią przyczynę sporów społecznych, powodowanych niejasnymi uprawnieniami poszczególnych zawodów do ich wykonywania. Zagadnienie to nie uszło uwadze doktryny, która próbuje rozstrzygnąć w przedmiocie ich klasyfikacji jako świadczenia zdrowotnego, a także o możliwości uznania osób korzystających z takich zabiegów za pacjentów w rozumieniu prawa medycznego. Dotychczasowe orzecznictwo było niejednoznaczne, można jednak zauważyć kształtujące się w nim tendencje. Niniejszy artykuł stanowi próbę zdefiniowania i zaklasyfikowania poszczególnych rodzajów świadczeń z zakresu potocznie rozumianej „medycyny estetycznej”; w szczególności niniejsze opracowanie proponuje dokonanie podziału zgodnego z przyjętymi w medycynie definicjami: na zabiegi kosmetyczne, zabiegi medycyny estetycznej i zabiegi chirurgii plastycznej. Dokonanie takiego podziału ułatwia dyskusję nad charakterem prawnym poszczególnych zabiegów i pozwala na ich dalszą klasyfikację.

Słowa kluczowe: medycyna estetyczna, zabieg kosmetyczny, świadczenie zdrowotne, chirurgia plastyczna, pacjent, wykonywanie zawodu lekarza

Kwestie wstępne

Rynek medycyny estetycznej od wielu lat rośnie¹, a w Polsce (według orientacyjnych szacunków) jest wart ok. 4–5 mld zł². Widoczny jest znaczący wzrost liczby i różnorodności wykonywanych zabiegów. Mimo wielu potencjalnych zagrożeń dla zdrowia osób korzystających z tego rodzaju usług – od powstania blizn, przez wstrząs anafilaktyczny, uszkodzenie nerwów, krwotoki, aż po śmierć³, rynek ten pozostaje w znacznej mierze nieuregulowany, na co od dłuższego czasu zwraca się uwagę w doktrynie⁴, w mediach⁵ i w środowisku medycznym⁶.

¹ *Aesthetic Medicine Market Size to Hit Around USD 191.70 Bn by 2032*, <https://www.precedence-research.com/aesthetic-medicine-market> [dostęp: 17.02.2024]; *Fact.MR – Aesthetic Medicine Market Analysis by Procedure Type (Invasive Procedures, Non-Invasive Procedures), by Region – Global Forecast 2022–2032*, <https://www.factmr.com/report/aesthetic-medicine-market> [dostęp: 17.02.2024].

² *Chcą poprawiać urodę zamiast leczyć*, *PolitykaZdrowotna.com*, <https://politykazdrowotna.com/arttykul/chca-poprawiac-urode/901837>, 4.07.2022 [dostęp: 17.02.2024].

³ *Controlling the risks faced with the growth of aesthetic medicine – Académie nationale de médecine | Une institution dans son temps*, <https://www.academie-medicine.fr/controlling-the-risks-faced-with-the-growth-of-aesthetic-medicine/?lang=en> [dostęp: 17.02.2024]; N. Khunger, *Complications in cosmetic surgery: A time to reflect and review and not sweep them under the carpet*, „Journal of Cutaneous and Aesthetic Surgery”, t. 8, nr 4, 2015, DOI: 10.4103/0974-2077.172188; T. Montrief i in., *Plastic Surgery Complications: A Review for Emergency Clinicians*, „Western Journal of Emergency Medicine”, t. 21, nr 6, 2020, DOI: 10.5811/westjem.2020.6.46415; U. Wollina, A. Goldman, C. Naoum, *Nebenwirkungen in der ästhetischen Medizin*, „Der Hautarzt”, t. 64, nr 3, 2013, DOI: 10.1007/s00105-012-2484-y.

⁴ B. Janiszewska, *Pojęcie świadczenia zdrowotnego*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Instytucje prawa medycznego*, t. 1, Warszawa 2018; B. Janiszewska, *Wykonanie zabiegu medycyny estetycznej a odpowiedzialność zawodowa lekarza*, „Monitor Prawniczy” nr 11, 2022.

⁵ *Medycyna estetyczna czeka na swoje prawo, a kontrowersji dużo*, *Prawo.pl*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/medycyna-estetyczna-beda-zmiany-w-prawie-ale-kontrowersji-duzo,507050.html>, 20.03.2021 [dostęp: 17.02.2024]; *Ministerstwo Zdrowia chce zakazać zabiegów estetycznych kosmetologom*, *ermatic.pl* *Aesthetic Business*, <https://dermatic.pl/aestheticbusiness/2022/11/30/ministerstwo-zdrowia-chce-zakazac-zabiegow-estetycznych-kosmetologom/>, 30.11.2022 [dostęp: 24.02.2024]; A. Nowicka, *30.05 Program Money.pl | Ograniczenia w medycynie estetycznej: Kontrowersje, ryzyko powikłań i przyszłość branży*, *Money.pl*, <https://www.money.pl/gospodarka/30-05-program-money-pl-ograniczenia-w-medycynie-estetycznej-kontrowersje-ryzyko-powiklan-i-przyszlosc-branzy-6904006730299009v.html>, 31.05.2023 [dostęp: 24.02.2024].

⁶ *Dr Ignaciuk: Strywializowaliśmy medycynę estetyczną*, *Prawo.pl*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/wybor-specjalisty-medycyny-estetycznej-dr-andrzej-ignaciuk-wywiad,521566.html>, 10.06.2023

Taki stan prowadzi też do przypadków wykonywania zabiegów przez osoby niemające odpowiednich kompetencji, z użyciem szkodliwych substancji, co skutkuje poważnymi powikłaniami u pacjentów⁷.

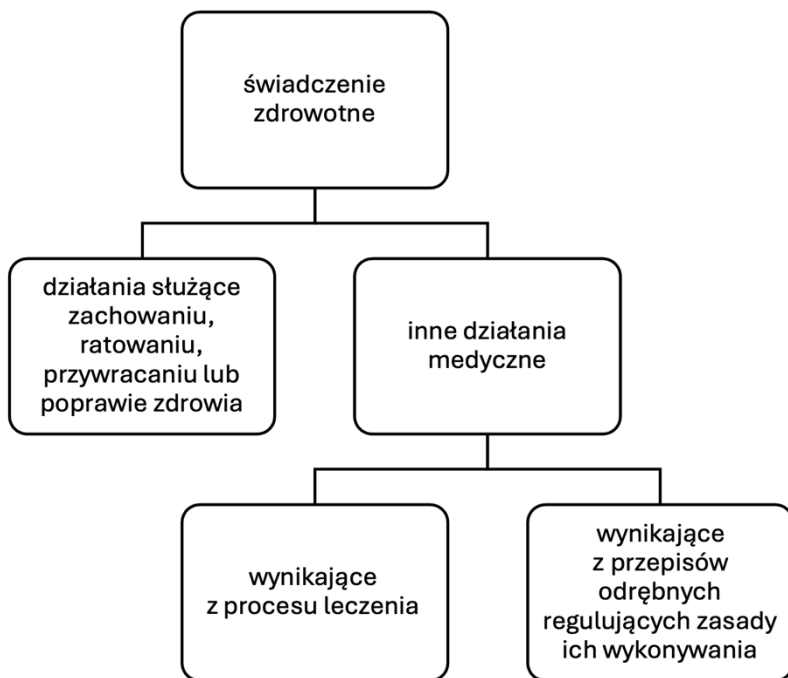
W doktrynie można zaobserwować spór o charakter prawny zabiegów kosmetycznych lub medycyny estetycznej. Przykładowo – Maria Boratyńska i Przemysław Konieczniak uznają takie działania za działania medyczne nielecnicze, natomiast Beata Janiszewska wydaje się przeciwna zakwalifikowaniu takich zabiegów jako świadczeń zdrowotnych⁸. Zgodnie z przywoływaną przez autorów definicją z art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej⁹ (UDL) świadczenia zdrowotne to „działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz **inne działania medyczne** [WR] wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania”.

[dostęp: 17.02.2024]; *Kwas hialuronowy wstrzyknięcie tylko lekarz? Wraca spór o branżę beauty*, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/zdrowie/prawo-do-wykonywania-zabiegow-medycyny-estetycznej,519103.html>, 3.01.2023 [dostęp: 17.02.2024]; *Naczelna Rada Lekarska przyjęła definicję medycyny estetycznej*, <https://www.termedia.pl/dermatologia/Naczelna-Rada-Lekarska-przyjela-definicje-medycyny-estetycznej,41334.html> [dostęp: 17.02.2024]; *Prof. Barbara Zegarska: Medycynę estetyczną czekają regulacje prawne*, <https://www.termedia.pl/dermatologia/Prof-Barbara-Zegarska-Medycyne-estetyczna-czekaja-regulacje-prawne,43064.html> [dostęp: 17.02.2024].

⁷ Znany medialnie jest przypadek Żanety Z., która podając się za lekarzkę, podawała pacjentkom kortyzon krystaliczny w celu zmniejszenia nosa. Substancja ta była wykorzystywana w latach 70., lecz prowadzi do powikłań w postaci ślepoty, zaniku tkanek, zapadnięcia się części ciała poddanej działaniu substancji. Polskie Towarzystwo Chirurgii Plastycznej wydało specjalne ostrzeżenie w tej kwestii: *KORTYZON KRYSTALICZNY – ostrzeżenie! – Polskie Towarzystwo Chirurgii Plastycznej, Rekonstrukcyjnej i Estetycznej*, https://www.ptchprie.pl/aktualnosci_i_komunikaty,kortyzon-krystaliczny-ostrzezenie,60.html [dostęp: 24.02.2024]; *Podawała się za lekarzką, wstrzykiwała pacjentkom groźny preparat. „Straciłam połowę czubka nosa”*, <https://uwaga.tvn.pl/reportaze/zmniejszala-nosy-kortyzonem-krystalicznym-stracilam-czubek-nosa-ls6697576>, 1.06.2022 [dostęp 24.02.2024].

⁸ M. Boratyńska, P. Konieczniak (red.), *System Prawa Medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, t. 2, Wolters Kluwer Polska 2019, s. 124–125; B. Janiszewska, *Pojęcie świadczenia zdrowotnego...*, t. 1.

⁹ Ustawa o działalności leczniczej, t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 991 (dalej: u.d.l.).



Świadczenia kosmetyczne można teoretycznie zakwalifikować właśnie jako „inne działania medyczne” – w takiej sytuacji nie musiałyby one spełniać przesłanki służenia zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia, odrywając się tym samym od konieczności takiego pozytywnego wpływu na organizm człowieka. Niemniej analizując kwestię zabiegów kosmetycznych, trudno stwierdzić, by wynikały one z procesu leczenia lub by można było wprost zidentyfikować odrębne przepisy regulujące zasady wykonywania takich działań medycznych. Wskazani wyżej autorzy nie znajdują przepisów, które można by uznać za podstawę prawną stanowiącą regulację tego rodzaju działalności. Niezależnie od kwestii legalności zabiegów kosmetycznych, gdzie za jej podstawę uznaje się zasadniczo autonomię pacjenta i działanie na podstawie jego zgody¹⁰, a więc kwestie bardzo ogólne, trudno znaleźć przepisy szczególne, które

¹⁰ M. Boratyńska, P. Konieczniak (red.), *System Prawa Medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych...*, t. 2, s. 124–132.

jednoznacznie odnosiłyby się do kwestii regulacji zabiegów kosmetycznych. Jak słusznie zauważa Małgorzata Świderska, z perspektywy ochrony tak praw pacjentów, jak i klientów kosmetologów konieczne jest przyjęcie uregulowań prawnych, które wprowadziłyby jasne kryteria podziału kompetencji podmiotów działających na rynku usług estetycznych¹¹.

Duże znaczenie z punktu widzenia praktyki miał wyrok WSA w Warszawie z 30 maja 2016 r.¹² Był on przedmiotem analizy przedstawicieli doktryny kilkakrotnie¹³. Sąd Administracyjny rozpatrywał skargę na decyzję Rzecznika Praw Pacjenta, odmawiającą wszczęcia postępowania w sprawie stosowania praktyk naruszających zbiorowe prawa pacjentów. Osoba składająca do RPP wniosek o wszczęcie postępowania zwracała uwagę, że lekarz prowadzący dany podmiot leczniczy informował na stronie internetowej podmiotu, że jest specjalistą chirurgii kosmetycznej i estetycznej – podczas gdy taka specjalizacja nie figuruje w rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy dentystów¹⁴. Taka informacja miała – w opinii wnioskodawczynie – prowadzić do naruszania zbiorowych praw pacjentów. Wnioskodawczynie (a potem skarżąca) zarzucała również, że na stronie internetowej podmiotu widnieje informacja, że liposukcja laserowa jest metodą mało inwazyjną, a ona sama nie została poinformowana o możliwych powikłaniach, które u niej wystąpiły wskutek zabiegu. Rzecznik Praw Pacjenta stwierdził, że „głównym zakresem działania podmiotu leczniczego jest wykonywanie zabiegów mających na celu nie poprawę funkcji ciała, ale upiększenie osoby korzystającej z oferty (zabiegi typu: «powiększenie piersi, podniesienie

¹¹ M. Świderska, *Specyfika sporów w zakresie chirurgii plastycznej i medycyny estetycznej*, [w:] *Spory medyczne*, Wrocław 2021, s. 242.

¹² Wyrok WSA w Warszawie z 30 maja 2016 r., VII SA/Wa 385/16W, LEX nr 2113957.

¹³ M. Świderska, *Specyfika sporów w zakresie chirurgii plastycznej i medycyny estetycznej...*; S. Wolfram, *Pacjent jako beneficjent zabiegów estetycznych – glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30.05.2016 r. (VII SA/Wa 385/16)*, „Palestra” nr 3, 2021, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/3-2021/arttykul/pacjent-jako-beneficjent-zabiegow-estetycznych-glosa-do-wyroku-wojewodzkiego-sadu-administracyjnego-w-warszawie-z-30.05.2016-r.-vii-sa-wa-385-16>; w ograniczonym zakresie: B. Janiszewska, *Wykonanie zabiegu medycyny estetycznej a odpowiedzialność zawodowa lekarza...*

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 4 maja 2023 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy dentystów, Dz.U. z 2023 r. poz. 975.

piersi, liposukcja, plastyka różnych części ciała, lifting, korekcja zmarszczek, modelowanie twarzy)», a działania te nie mają celu bezpośrednio terapeutycznego. Dokonał następnie analizy i podzielił udzielane świadczenia na zabiegi kosmetyczne, zabiegi chirurgii plastycznej i chirurgii estetycznej. Wśród tych ostatnich wyróżnił zabiegi o charakterze terapeutycznym i pozaterapeutycznym, uznając jednocześnie, że zabiegi pozaterapeutyczne nie stanowią świadczeń zdrowotnych. W opinii organu osoba korzystająca z takiego zabiegu pozaterapeutycznego nie ma statusu pacjenta. To z kolei uniemożliwiało podjęcie przez RPP ochronnych działań w tym zakresie.

Mimo rzeczowych argumentów pełnomocnika skarżącej WSA oddalił skargę i podzielił stanowisko RPP, uznając, że „zabiegi z zakresu medycyny estetycznej co do zasady nie mieszczą się w pojęciu świadczenia zdrowotnego”. Orzeczenie zostało ocenione krytycznie przez Sławomira Wolframa¹⁵, który zwrócił uwagę, że sąd powinien był zastosować wykładnię funkcjonalną, a przyjęta przez WSA linia rozumowania prowadzi do pozbawienia ochrony przewidywanej przez prawo medyczne osób korzystających z zabiegów medycyny estetycznej (i chirurgii plastycznej), mimo ryzyka poważnych powikłań. Beata Janiszewska zajęła wobec decyzji RPP i wyroku WSA stanowisko aprobujące¹⁶. Słusznie natomiast zauważa M. Świdarska, że ocena, czy dany zabieg (działanie) jest świadczeniem zdrowotnym czy nie, zależy od okoliczności danego przypadku¹⁷ (czyt. jaki zabieg był wykonywany).

Orzecznictwo sądów powszechnych w tym przedmiocie nie jest jednoznaczne, niemniej wyraźnie dominują wyroki uznające zabiegi medycyny estetycznej za świadczenia zdrowotne. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 14 września 2016 r., oceniając sprawę powikłań po zabiegu zmniejszenia piersi, analizował kwestie prawidłowości

¹⁵ S. Wolfram, *Pacjent jako beneficjent zabiegów estetycznych – glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30.05.2016 r. (VII SA/Wa 385/16)*...

¹⁶ B. Janiszewska, *Wykonanie zabiegu medycyny estetycznej a odpowiedzialność zawodowa lekarza*..., s. 597.

¹⁷ M. Świdarska, *Specyfika sporów w zakresie chirurgii plastycznej i medycyny estetycznej*...

wyrażonej zgody i nazywał powódkę pacjentką¹⁸. Sąd stwierdził, że w tym przypadku „naruszone zostało prawo pacjenta do pełnej i rzetelnej informacji o sposobach leczenia i ich ryzyku, co przełożyło się na brak poinformowanej uświadomionej zgody na zabieg”, a odpowiedzialność pozwanego kształtują ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz Kodeks cywilny¹⁹. Można zatem przyjąć, że sąd niejako automatycznie uznał tego rodzaju interwencję chirurgiczną za świadczenie zdrowotne.

Na uwagę zasługują również dwa orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Pierwsze z nich, z dnia 7 lutego 2014 r., jest znane stosunkowo szeroko²⁰ i dotyczy powódki B.C., która „nie będąc usatysfakcjonowana z wyglądu swojego nosa, zamierzała poddać się operacji plastycznej, chcąc poprawić jego kształt i zlikwidować garbek na grzbiecie”²¹. Powódka, po rozmowie z lekarzem, wyraziła zgodę na operację, podpisując formularz zgody na operację plastyczną nosa. Zabieg wykonany w maju 2006 r. przebiegł prawidłowo, lecz powódka nie była do końca zadowolona z jego efektów. Dlatego też postanowiła poddać się drugiej operacji w listopadzie tego samego roku. Nadal jednak uzyskany efekt jej nie zadowalał, a w grudniu 2007 r. zgłosiła na dodatek permanentne i nie do opanowania kłapanie z nosa oraz utratę powonienia. Jak ustalił Sąd, posilkując się opinią biegłego, „opadanie czubka nosa i upośledzenie czucia w czubku nosa i zmysłu węchu stanowi rodzaj następstw pooperacyjnych będących wynikiem przzerwania zakończeń nerwowych na skutek nieodzownego odpreparowania błony śluzowej nosa [...]. Kłapanie z nosa jest natomiast objawem przewlekłego zapalenia wysiękowego błony śluzowej nosa, do którego dochodzi najczęściej z powodu alergii, ale również dojść może z powodu zabiegu korekty estetycznej nosa. Jest

¹⁸ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 14 września 2016 r., I ACa 7/16, Legalis nr 1514718.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Było m.in. referowane podczas konferencji i spotkań naukowych, głosowane przez A. Girdwoynia w „Prawie i Medycynie” (nr 4/2015, s. 132-141) i stanowi obrazowy kazus na potrzeby dydaktyki.

²¹ Wyrok SA w Warszawie z dnia 7 lutego 2014 r., I ACa 377/13, Legalis nr 993438.

to powikłanie zwykle dla tego typu zabiegów”²². Sąd I instancji uznał, że u powódki nie doszło do spowodowania uszczerbku na zdrowiu – a ta dochodziła zadośćuczynienia z właśnie tego tytułu. Obie instancje oceniały sprawę przez pryzmat zgody pacjenta, zakresu udzielanej mu informacji, a także prawidłowości przeprowadzenia zabiegów. Tak więc również tutaj należy uznać, że przypadek został domyślnie zakwalifikowany jako świadczenie zdrowotne i był rozpatrywany na podstawie przepisów adekwatnych dla takiego ustalenia.

Drugi wyrok SA w Warszawie, z 14 listopada 2017 r.²³, dotyczył oparzeń doznanych po laserowym usuwaniu blizn i zabieg ten od razu został tam zakwalifikowany jako świadczenie zdrowotne, bez rozważania w ogóle innych możliwości. Wykonywał go lekarz anestezjolog (ale po odpowiednich kursach doszkalających)²⁴. W trakcie zabiegu pacjentka skarżyła się na intensywny ból, a zabieg doprowadził do poparzenia i powstania ran. Rany zagoiły się po miesiącu, lecz pozostały po nich ciemne brązowe blizny. Ponieważ sprawa była rozpatrywana przez sąd I instancji w osiem lat po zabiegu (zabieg w 2008, wyrok w 2016 r.), to blizny były już mało widoczne. Również tutaj cała sprawa była analizowana przez sąd przez pryzmat należytej staranności lekarza, zgody na zabieg, a zwłaszcza zakresu należytej informacji udzielanej pacjentowi, a powódka była (bez wątpliwości sądu) określana mianem pacjentki. Sąd przyznał zadośćuczynienie, stwierdzając, że zakres informacji udzielonych pacjentce był niewystarczający, co oznacza, że pacjentka nie mogła prawidłowo wyrazić zgody na zabieg.

Sąd Rejonowy w Toruniu wyrokiem z 25 czerwca 2018 r.²⁵ uznał, że zabieg powiększania ust kwasem hialuronowym jest „świadczeniem medycznym”, ma inwazyjny charakter, co oznacza, że do jego wykonania

²² Ibid.

²³ Wyrok SA w Warszawie z dnia 14 listopada 2017 r., V ACa 153/17, LEX nr 2418168.

²⁴ Bardziej szczegółowe omówienie sprawy zob. R. Tymiński, D. Rytwińska, *Czy lekarz anestezjolog może zajmować się medycyną estetyczną?*, [w:] eidem, *Wybrane zagadnienia prawne z zakresu anestezjologii i intensywnej terapii oraz medycyny ratunkowej*, Warszawa 2023, rozdz. 13, s. 104–110.

²⁵ Wyrok SR w Toruniu z dnia 25 czerwca 2018 r., I C 600/15, LEX nr 2519391.

upoważniony jest wyłącznie lekarz. Natomiast Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 6 listopada 2019 r.²⁶, dotyczącym powikłań po wstrzyknięciu kwasu hialuronowego przez kosmetologa, zwrócił uwagę na niejednoznaczność regulacji prawnej, nie zajął jednak żadnego wiążącego stanowiska w tej kwestii. Sprawa ta miała jednak charakter karny, dotyczyła bowiem oceny odpowiedzialności na gruncie art. 157 § 3 k.k., czyli za nieumyślne uszkodzenie ciała w stopniu mniejszym niż ciężki – ostrożność sądu jest zatem zrozumiała. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 15 stycznia 2021 r.²⁷ uznał, że mezoterapia igłowa nie stanowi świadczenia zdrowotnego. Ponieważ jednak powódka doznała uszczerbku na zdrowiu z uwagi na brak kwalifikacji pozwanej nawet w zakresie mezoterapii oraz niewłaściwe warunki lokalowe, sąd zasądził zadośćuczynienie. Sąd Najwyższy w szeroko komentowanym postanowieniu z 26 maja 2021 r.²⁸ stwierdził, że powiększenie piersi z wykorzystaniem żelu hydrofilowego stanowi świadczenie zdrowotne²⁹. Podobnie w wyroku z 2 lutego 2022 r.³⁰ oceniał SN kwestie odpowiedzialności w związku z powiększaniem piersi przez przyzmat przepisów dotyczących świadczeń zdrowotnych.

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 8 kwietnia 2022 r. uznał zabieg liposukcji za zabieg medycyny estetycznej i potraktował go jak standardowe świadczenie zdrowotne, oceniając postępowanie pod kątem zgodności z aktualną wiedzą medyczną, analizując kwestię zgody pacjenta etc.³¹ Sprawa dotyczyła zabiegów liposukcji przeprowadzanych w latach 2014 i 2015. Jak stwierdził sąd, powódka zgłosiła się do „placówki medycznej”, odbywała konsultacje z lekarzem chirurgiem, który zebrał od niej wywiad medyczny, a powódka podpisała formularz

²⁶ Wyrok SO w Gliwicach z dnia 6 listopada 2019 r., VI Ka 581/19, LEX nr 3060826.

²⁷ Wyrok SO w Poznaniu z dnia 15 stycznia 2021 r., XII C 45/18, LEX nr 3118858.

²⁸ Postanowienie SN z dnia 26 maja 2021 r. I KK 23/21, LEX nr 3229514.

²⁹ Z.B. Gądzik, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 maja 2021 r., I KK 23/21*, „Ius Novum”, t. 16 nr 4, 2022; B. Janiszewska, *Wykonanie zabiegu medycyny estetycznej a odpowiedzialność zawodowa lekarza*, „Monitor Prawniczy” nr 11, 2022.

³⁰ Wyrok SN z dnia 2 lutego 2022 r., II CSKP 16/22, LEX nr 3303560.

³¹ Wyrok SO w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2022 r., XXV C 57/17, LEX nr 3370041.

zgody pacjenta na zabieg liposukcji. Zabieg był wykonywany kilkakrotnie w celu realizacji poprawek. Powódka (pacjentka) twierdzi, że była niezadowolona z efektów, kilkakrotnie konsultowała się z dermatologami, chirurgami plastycznymi, chirurgami naczyniowymi, neurochirurgami. Powikłania dotyczyły zaburzenia symetrii kończyn, zasinień, zmian zanikowych, przeczulic i parestezji.

Pozwany podmiot leczniczy stał na stanowisku, że zabiegi były wykonane prawidłowo, pacjentka była należycie informowana, w tym o powikłaniach, które wystąpiły i mają charakter typowy. Zdaniem pozwanego podmiotu efekty zabiegu były korzystne, a powikłania są niewielkie i nie powodują uszczerbku na zdrowiu pacjentki, stanowiąc jedynie „niewielki defekt estetyczny”. Pomiędzy stronami powstał również spór w zakresie wydania dokumentacji medycznej, wskutek czego powódka poinformowała Rzecznika Praw Pacjenta o naruszeniu. Po analizie sprawy RPP stwierdził, że zabiegi miały charakter nieterapeutyczny i stanowiły zabiegi medycyny estetycznej, przez co brak podstaw do stwierdzenia naruszenia praw pacjenta. Pacjentka wносиła kolejne pisma w tej sprawie do RPP i Ministerstwa Zdrowia, organy podtrzymywały jednak swoje stanowisko. Biegli powołani przez sąd stwierdzili, że zabiegi były przeprowadzone prawidłowo, a pacjentka była należycie informowana o ich cechach i możliwych powikłaniach. Stwierdzili również, że zabiegi przyniosły pozytywne efekty i nie doszło do spowodowania uszczerbku na zdrowiu.

Sąd, uzasadniając wydane orzeczenie, omawiał kwestie należytej staranności przy „przeprowadzaniu procedury medycznej”, np.: „gdy przedmiotem oceny jest przeprowadzenie jakiejś procedury medycznej, za bezprawne należy uznać dokonanie jej niezgodnie ze sztuką lekarską, bez zachowania najwyższej staranności wymaganej od profesjonalistów w zakresie medycyny. Do obowiązków lekarzy oraz personelu medycznego należy podjęcie takiego sposobu postępowania (leczenia), które gwarantować powinno, przy zachowaniu aktualnego stanu wiedzy i zasad staranności, przewidywalny efekt w postaci wyleczenia, a przede wszystkim nienarażanie pacjentów na pogorszenie stanu zdrowia”. Podobne stwierdzenia o personelu medycznym, sztuce lekarskiej, placówce medycznej i błędach medycznych pojawiają się w wielu fragmentach orzeczenia.

W świetle powyższego trudno nie zauważyć, że sąd oceniał zabieg liposukcji jako zabieg medyczny, tj. świadczenie zdrowotne. Orzeczenie jest nieprawomocne, co pozwala sądzić, że wniesiono w tej sprawie apelację.

Choć sądy początkowo nie uznawały zabiegów medycyny estetycznej za świadczenia zdrowotne, to pogląd ten ewoluował, przynajmniej w przypadku tych interwencji, które cechują się ewidentnie wysokim stopniem inwazyjności. Sądy jednak często opierały się na niejednoznacznych kryteriach. Dlatego też dla uporządkowania dyskusji proponowałbym dokonanie analizy poszczególnych pojęć.

Zabieg kosmetyczny a zabieg medycyny estetycznej

Pojęcia zabiegu kosmetycznego i zabiegu medycyny estetycznej są często używane wymiennie w doktrynie prawa, co prowadzi do niejasności i utrudnienia prowadzenia dyskusji. Taki stan nie jest dla autora zrozumiały, z uwagi na wyraźnie inne stosowanie tych terminów w praktyce medycznej i języku potocznym, a także wypracowane definicje tych pojęć. Dla rozjaśnienia dalszej dyskusji zostaną one tu przedstawione.

Jak pisze Radosław Śpiewak, celem kosmetologii jest poprawa fizycznej atrakcyjności człowieka za pomocą metod nieinwazyjnych, jak kosmetyki, zabiegi pielęgnacyjne, interwencje dietetyczne, rehabilitacja³². Według tego autora medycyna estetyczna stawia sobie zasadniczo takie same cele jak kosmetologia, jednak osiąga je za pomocą leków (zarejestrowanych produktów leczniczych) oraz zabiegów inwazyjnych (m.in. z naruszeniem bariery skórnej)³³. Kosmetologia – a tym samym zabiegi kosmetyczne – mają zatem charakter nieinwazyjny, a zabiegi medycyny estetycznej cechują się inwazyjnością. Podobne stanowisko zajęła Naczelna Rada Lekarska w swoim stanowisku z 29 stycznia 2021 r.: „Medycynę estetyczną stanowią świadczenia zdrowotne, wiążące się z ingerencją w tkanki

³² R. Śpiewak, *Kosmetologia*, „Dermatopedia” t. 2, 2013, DOI: 10.14320/dermatopedia.pl.2013.002.

³³ Ibid.; zbliżony podział zaproponował S. Wolfram, *Pacjent jako beneficjent zabiegów estetycznych – glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30.05.2016 r. (VII SA/Wa 385/16)*...

ludzkie, udzielane przez lekarzy i lekarzy dentystów, służące przywracaniu lub poprawie fizycznego i psychicznego samopoczucia oraz społecznego funkcjonowania pacjenta, poprzez zmianę jego wyglądu”³⁴. Spotykane definicje zakładają zatem każdorazowo ingerencję w tkanki ludzkie. Taki inwazyjny charakter zabiegu odróżnia medycynę estetyczną od kosmologii. Mając na względzie powyższe, postulowałbym konsekwentne stosowanie tych pojęć, pozwalając na łatwe rozróżnienie zabiegów inwazyjnych od nieinwazyjnych. Wątpliwości dodatkowo rozwiewa słownikowa definicja chirurgii plastycznej. Przykładowo według WSJP PAN chirurgia plastyczna to „chirurgia (dział medycyny) zajmująca się usuwaniem oszpeceń lub nieprawidłowości w budowie zewnętrznej narządów w celu poprawy wyglądu pacjenta”³⁵. Jest zatem oczywiste, że zabiegi tego rodzaju wymagają interwencji **chirurgicznej**.

Warto również zwrócić uwagę na definicje wykorzystywane przez lekarzy – jak piszą Mauro Barone, Annalisa Cogliandro i Paolo Persichetti,

Chirurgia estetyczna to dziedzina chirurgii, której celem jest korekta lub poprawa niedoskonałości ciała. Mogą być wrodzone, nabyte, spowodowane chorobą lub zdarzeniami traumatycznymi lub parafizjologicznymi, takimi jak starzenie się. Chirurgia estetyczna obejmuje również zabiegi chirurgiczne zlecane przez pacjentów w celu poprawy ich wyglądu. Pod tym względem chirurgia plastyczna różni się od chirurgii rekonstrukcyjnej, która zajmuje się leczeniem zmian morfologicznych, które mogą być związane ze stanami patologicznymi; ze względu na specyfikę swoich dziedzin chirurgia plastyczna i chirurgia rekonstrukcyjna należą do chirurgii plastycznej³⁶.

³⁴ *Stanowisko Nr 1 / 21 / VIII Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 29 stycznia 2021 r. w sprawie przyjęcia definicji medycyny estetycznej*, <https://nil.org.pl/dla-lekarzy/prawo/medycyna-estetyczna/5296-propozycja-definicji-medycyny-estetycznej> [dostęp: 18.02.2024].

³⁵ *Chirurgia plastyczna – Wielki słownik języka polskiego PAN*, wsjp.pl, <https://wsjp.pl/haslo/podglad/43201/chirurgia-plastyczna/4647494/dzial-medycyny> [dostęp: 24.02.2024].

³⁶ M. Barone, A. Cogliandro, P. Persichetti, *Ethics and Plastic Surgery/What is Plastic Surgery?*, „Archives of Plastic Surgery”, t. 44, nr 1, 2017, DOI: 10.5999/aps.2017.44.1.90.

Innymi słowy, chirurgia plastyczna dzieli się na chirurgię estetyczną i chirurgię rekonstrukcyjną. Obie te specjalności tworzą łącznie chirurgię plastyczną.

Regulacje obce

Pomocniczo do analiz na gruncie polskim warto zwrócić uwagę na funkcjonowanie omawianych terminów w innych krajach. Przykładowo American Board of Cosmetic Surgery (ABCS) zauważa, że pojęcia chirurgii plastycznej i chirurgii kosmetycznej są zbliżone, ale nie równoznaczne. Według przyjętej przez nie definicji „Procedury, techniki i zasady chirurgii kosmetycznej są całkowicie skupione na poprawie wyglądu pacjenta. Kluczowe cele to poprawa estetyki, symetrii i proporcji. [...] Planowe zabiegi kosmetyczne wykonują lekarze różnych dziedzin medycyny, w tym także chirurdzy plastyczni”³⁷. Organizacja ABCS definiuje z kolei chirurgię plastyczną jako „specjalizację chirurgiczną poświęconą rekonstrukcji wad twarzy i ciała powstałych na skutek wad wrodzonych, urazów, oparzeń i chorób. Chirurgia plastyczna ma na celu korektę dysfunkcyjnych obszarów ciała i z definicji ma charakter rekonstrukcyjny”³⁸.

„Cosmetic surgery is a surgical expertise that aims at correcting or improving body imperfections. These may be congenital, acquired, due to illness, or due to traumatic or para-physiological events such as aging. Cosmetic surgery also includes surgical procedures requested by patients to improve their appearance. In this regard, cosmetic surgery differs from reconstructive surgery, which deals with the treatment of morphological alterations that can be related to pathological conditions; in the specific nature of their respective areas, cosmetic surgery and reconstructive surgery both belong to plastic surgery” (tłum. WR).

³⁷ *Cosmetic Surgery vs Plastic Surgery | Cosmetic vs Plastic Surgeons*, „ABCS”, <https://www.americanboardcosmeticsurgery.org/patient-resources/cosmetic-surgery-vs-plastic-surgery/>, [dostęp: 22.02.2024].

„The procedures, techniques, and principles of cosmetic surgery are entirely focused on enhancing a patient’s appearance. Improving aesthetic appeal, symmetry, and proportion are the key goals. An aesthetic surgery can be performed on all areas of the head, neck, and body. Since cosmetic procedures treat areas that function properly, cosmetic surgery is designated as elective. Cosmetic elective procedures are performed by doctors from a variety of medical fields, including plastic surgeons” (tłum. WR).

³⁸ Ibid. „Plastic surgery is defined as a surgical specialty dedicated to reconstruction of facial and body defects due to birth disorders, trauma, burns, and disease. Plastic surgery is intended to correct

Podobnie Royal College of Surgeons of England definiuje „chirurgię kosmetyczną”: „Chirurgia kosmetyczna ma miejsce wtedy, gdy dana osoba decyduje się na operację lub inwazyjną procedurę medyczną, aby zmienić swój wygląd ze względów kosmetycznych, a nie medycznych”³⁹. W wytycznych z 2016 r. organizacja ta stwierdza, że „chirurgię estetyczną definiuje się jako decyzję o poddaniu się operacji lub inwazyjnemu zabiegowi medycznemu w celu zmiany wyglądu fizycznego ze względów estetycznych, a nie medycznych”⁴⁰. Wytyczne klasyfikują inwazyjne procedury kosmetyczne na dwóch poziomach:

- poziom 1a, ryzyko średnio-wysokie: może wymagać znieczulenia ogólnego i noclegu w szpitalu;
- poziom 1b, ryzyko nisko-średnie: zwykle wymaga jedynie znieczulenia miejscowego i jest wykonywane w warunkach ambulatoryjnych.

Niechirurgiczne, minimalnie inwazyjne interwencje kosmetyczne są sklasyfikowane na poziomie 2. Określa on: niskie ryzyko, zwykle nie-trwałe/odwracalne, leczenie jednodniowe, znieczulenie miejscowe (niekoniecznie potrzebne). Do tej kategorii należą takie zabiegi jak botoks, wypełnienia i peelingi chemiczne⁴¹.

Ustawowe regulacje brytyjskie mają dość ograniczony zakres. Health and Care Act 2022⁴² definiuje zabieg kosmetyczny jako zabieg inny niż zabieg chirurgiczny lub stomatologiczny, który jest lub może być

dysfunctional areas of the body and is, by definition, reconstructive in nature. While many plastic surgeons choose to complete additional training and perform cosmetic surgery as well, the basis of their surgical training remains reconstructive plastic surgery. In fact, in 1999, the American Society of Plastic and Reconstructive Surgeons changed its name to the American Society of Plastic Surgeons to more strongly communicate the message that ‘plastic and reconstructive surgeons are one in the same’” (tłum. WR).

³⁹ *What is Cosmetic Surgery?*, Royal College of Surgeons, <https://www.rcseng.ac.uk/patient-care/cosmetic-surgery/what-is-cosmetic-surgery/> [dostęp: 22.02.2024].

⁴⁰ *Professional Standards for Cosmetic Surgery*, Royal College of Surgeons, <https://www.rcseng.ac.uk/standards-and-research/standards-and-guidance/service-standards/cosmetic-surgery/professional-standards-for-cosmetic-surgery/>, 2016 [dostęp: 10.02.2024].

⁴¹ Ibid.

⁴² *Health and Care Act 2022*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/31/part/6/crossheading/cosmetic-procedures>, [dostęp: 23.02.2024].

wykonywany w celach kosmetycznych; a zabieg oznacza wstrzyknięcie substancji; zastosowanie substancji, która jest w stanie przeniknąć do naskórka lub przez naskórek; wprowadzanie igieł w skórę; umieszczenie nici pod skórą; zastosowanie światła, elektryczności, zimna lub ciepła⁴³. Zgodnie z ustawą sekretarz stanu może wydać przepisy zakazujące osobie wykonywania zabiegów kosmetycznych bez licencji. Ustawa wprowadziła zatem raczej umocowanie do wydania przepisów aniżeli specyficzną regulację. Obecnie przepisy szczegółowe nie zostały jeszcze wprowadzone – są na etapie konsultacji⁴⁴.

Na gruncie austriackiej ustawy o wykonywaniu zabiegów i operacji estetycznych⁴⁵ „operacja estetyczna” (chirurgia estetyczna, zabieg estetyczno-chirurgiczny, operacja kosmetyczna, chirurgia piękna, operacja piękna) to operacyjny zabieg chirurgiczny mający na celu spowodowanie subiektywnie odczuwanej poprawy wyglądu lub upiększenie ciała lub upiększenie wyglądu fizycznego, w tym leczenie związanych z wiekiem zmian zewnętrznych w organizmie bez wskazań medycznych⁴⁶. Z kolei „zabieg estetyczny” to zabieg z wykorzystaniem metod innych niż metody operacyjno-chirurgiczne, w szczególności z użyciem leków i metod małoinwazyjnych, mający na celu spowodowanie subiektywnie odczuwanej poprawy wyglądu lub upiększenie ciała ludzkiego lub zmianę estetyczną wyglądu fizycznego, w tym leczenie związanych z wiekiem zmian zewnętrznych w organizmie bez wskazań medycznych⁴⁷. Ustawa wprost wyłącza spod jej zakresu tatuaże i piercing.

Ustawa dokonuje również wyliczenia „operacji estetycznych” – są to przede wszystkim plastyka brzucha, korekcja brwi, podniesienie

⁴³ Ibid.

⁴⁴ *The licensing of non-surgical cosmetic procedures in England*, gov.uk, <https://www.gov.uk/government/consultations/licensing-of-non-surgical-cosmetic-procedures/the-licensing-of-non-surgical-cosmetic-procedures-in-england> [dostęp: 10.02.2024].

⁴⁵ *Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄstbOpG)*, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007939> [dostęp: 22.02.2024].

⁴⁶ § 3 ust. 1 pkt 1. Ibid.

⁴⁷ § 3 ust. 1 pkt 2. Ibid.

piersi, powiększenie albo zmniejszenie piersi, autologiczny transfer tkanki tłuszczowej, lifting twarzy, liposukcja, modelowanie pośladków, implanty twarzy, lifting szyi, plastyka podbródka, lifting ciała, korekcja uszu, powiększanie i wypełnianie ust, korekcja nosa, lifting ramion, korekcja powiek górnych i dolnych, lifting ud, powiększanie penisa, lifting czoła, plastyka pochwy i labioplastyka. Z kolei „zabiegi estetyczne” to w szczególności podawanie leków takich jak toksyna botulinowa oraz działania fizykalne, w szczególności fotoodmładzanie (laserowe odnawianie skóry, peeling laserowy, laserowe usuwanie zmarszczek, Thermage i podobne).

Zgodnie z ustawą do przeprowadzania operacji estetycznych są upoważnieni wyłącznie specjaliści chirurgii plastycznej, estetycznej i rekonstrukcyjnej, a lekarze innych specjalności lub bez specjalizacji – wyłącznie po uzyskaniu zgody Austriackiej Izby Lekarskiej. Ustawa dość szczegółowo reguluje obowiązki informacyjne przy tego typu zabiegach oraz kwestie zgody (w tym u osób małoletnich); szczegółowe ich omówienie wykracza jednak poza zakres tego opracowania.

Warto również zwrócić uwagę na regulacje francuskie. Kodeks zdrowia publicznego w artykułach od R6322-1 do D6322-48⁴⁸ określa zasady wykonywania zabiegów chirurgii plastycznej. Choć przepisy mają charakter głównie administracyjno-techniczny, to zgodnie z art. R6322-1 dotyczą one „placówek, w których na zlecenie przeprowadza się zabiegi chirurgiczne modyfikujące wygląd ciała, bez wskazań terapeutycznych lub rekonstrukcyjnych”. Zgodnie z przepisami wymagane jest, by zabiegi takie były przeprowadzane przez lekarzy specjalistów z zakresu chirurgii plastycznej, rekonstrukcyjnej i estetycznej⁴⁹.

Przenosząc te rozważania na grunt prawa polskiego, można wyprowadzić kilka wniosków, o czym poniżej.

⁴⁸ *Chapitre II : Chirurgie esthétique (Articles R6322-1 à D6322-48) – Légifrance*, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072665/LEGISCTA000006178723/#LEGISCTA000006178723, [dostęp: 22.02.2024].

⁴⁹ D6322-43. Ibid.

Konsekwencje podziału na zabiegi kosmetyczne i zabiegi medycyny estetycznej

Dokonanie wyżej opisanego podziału znacząco ułatwia dalszą dyskusję na ten temat. Zabiegi kosmetyczne, takie jak np. mikrodermabrazja, peeling kawitacyjny lub kwasowy, depilacja, nie są inwazyjne i zasadniczo nie wiążą się z ryzykiem dla zdrowia klienta. Z kolei takie zabiegi, jak wstrzyknięcie botoksu, wypełnianie kwasem hialuronowym, lifting twarzy przy pomocy nici, wolumetria twarzy, mezoterapia, stanowią zabiegi medycyny estetycznej, ponieważ mają charakter inwazyjny, lecz nie stanowią poważnych zabiegów operacyjnych. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na takie zabiegi, jak „korekcja” nosa, uszu, powiek, lifting twarzy, plastyka podbródka, powiększanie lub podnoszenie piersi, liposukcja, przeszczep włosów – te stanowią zabiegi chirurgii plastycznej. Są wykonywane najczęściej w znieczuleniu ogólnym i zasadniczo nie różnią się od innych interwencji chirurgicznych, jeśli chodzi o inwazyjność. Nie ulega żadnej wątpliwości, że tego rodzaju świadczenia mogą być wykonywane wyłącznie przez lekarzy. Podobne stanowisko zajmuje również M. Świdarska, postulująca, by świadczenia związane z penetracją w głębokie powłoki skórne mogły być wykonywane wyłącznie przez lekarzy (chirurgów plastycznych i innych, po uzyskaniu odpowiednich kwalifikacji)⁵⁰.

W powyższej kwestii wypowiedziała się również Naczelna Rada Lekarska, zaznaczając, że iniekcje czy pobrania autologiczne powinny być wykonywane wyłącznie przez lekarzy, z uwagi na ryzyko powikłań⁵¹. Niemniej tak wąski zakres analizowanych zagadnień ogranicza przydatność tej uchwały. Warto również zwrócić uwagę na wydane w czerwcu 2023 r. rozporządzenie Ministra Zdrowia, regulujące umiejętności zawodowe lekarzy i lekarzy dentyków⁵². W załączniku nr 1 pkt 28 wymienia jako taką

⁵⁰ M. Świdarska, *Specyfika sporów w zakresie chirurgii plastycznej i medycyny estetycznej...*, s. 244.

⁵¹ Stanowisko Nr 48/21/P-VIII Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 15 kwietnia 2021 r. w sprawie uprawnień do wykonywania procedur wchodzących w skład zabiegów z zakresu medycyny estetycznej, <https://nil.org.pl/dla-lekarzy/prawo/medycyna-estetyczna/5418-uprawnienia-do-procedur-wchodzacych-w-sklad-zabiegow-medycyny-estetycznej> [dostęp: 2.03.2024].

⁵² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 czerwca 2023 r. w sprawie umiejętności zawodowych lekarzy i lekarzy dentyków, Dz.U. z 2023 r. poz. 1189.

umiejętność medycynę estetyczno-naprawczą. Rozporządzenie określa rodzaje umiejętności zawodowych, w których lekarz może uzyskać certyfikat oraz kwalifikacje niezbędne do jego uzyskania. Wszystkie umiejętności wymienione w rozporządzeniu należą do działań zastrzeżonych dla lekarzy (np. leczenie żywieniowe, elektroterapia kardiologiczna, dermatochirurgia). Można zatem ostrożnie wnioskować, że umiejętności wymienione w rozporządzeniu są umiejętnościami zastrzeżonymi wyłącznie dla lekarzy, a inne zawody medyczne nie są uprawnione do wykonywania świadczeń wchodzących w ich zakres.

W doktrynie poświęcono wiele uwagi kwestii uznania (lub nie) zabiegu kosmetycznego lub medycyny estetycznej za świadczenie zdrowotne. Głównym problemem rozpatrywanym przy tej okazji jest brak ściśle rozumianego celu leczniczego danego działania. Zgodnie z tym rozumowaniem, skoro działanie tego rodzaju ma polegać wyłącznie na poprawie samopoczucia osoby, bez konieczności ani celu zachowania, ratowania, przywracania lub poprawy zdrowia, to nie można go uznać za świadczenie zdrowotne. Uwagę poświęcano również kryteriom pozwalającym odróżnić działania zastrzeżone dla lekarzy od tych, które mogą być wykonywane przez inne osoby. Samo kryterium naruszenia powłok ciała jest nieadekwatne – znane są zabiegi medyczne o niewątpliwie inwazyjnym charakterze, a wykonywane przez naturalne otwory ciała⁵³. Nie dochodzi w nich zatem do przerwania ciągłości powłok skórnych⁵⁴. Zasadniejsze dla decydowania o „zdrowotnym” charakterze świadczenia zdrowotnego wydaje się jednak kryterium technik właściwych medycynie. Zabiegi wykonywane

⁵³ S. Atallah i in., *Natural-orifice transluminal endoscopic surgery*, „British Journal of Surgery”, t. 102, nr 2, 2015, DOI: 10.1002/bjs.9710; S. Housmans i in., *Systematic Review and Meta-Analysis on Hysterectomy by Vaginal Natural Orifice Transluminal Endoscopic Surgery (vNOTES) Compared to Laparoscopic Hysterectomy for Benign Indications*, „Journal of Clinical Medicine”, t. 9, nr 12, 2020, DOI: 10.3390/jcm9123959; D.N. Moris i in., *Surgery via natural orifices in human beings: yesterday, today, tomorrow*, „The American Journal of Surgery”, t. 204, nr 1, 2012, DOI: 10.1016/j.amjsurg.2011.05.019; R. Zorron i in., *International Multicenter Trial on Clinical Natural Orifice Surgery – NOTES IMTN Study: Preliminary Results of 362 Patients*, „Surgical Innovation”, t. 17, nr 2, 2010, DOI: 10.1177/1553350610370968.

⁵⁴ M. Boratyńska, P. Konieczniak (red.), *System Prawa Medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych...*, t. 2, s. 86–87; A. Górski, *Pojęcie czynności medycznych*, [w:] R. Kubiak, L. Kubicki (red.), *Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, t. 1, Warszawa 2018, s. 742–747.

z ich użyciem, takie jak wkłucia, nacięcia, wycinanie części ciała, zszywanie ciała, powinny być zarezerwowane dla wykwalifikowanego personelu medycznego, zgodnie z zastrzeżonymi zakresami kompetencji.

Jak pisano wyżej, ustawa o działalności leczniczej definiuje świadczenie zdrowotne jako „działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania”. Świadczenia z zakresu medycyny estetycznej i chirurgii plastycznej, nie mając na celu zachowania, ratowania, przywracania lub poprawy zdrowia, mogą stanowić wyłącznie „inne działania medyczne”. Ponieważ nie wynikają one z procesu leczenia, to należy rozważyć, czy są to działania medyczne wynikające z przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. W tym miejscu pojawia się oczywiście pytanie, które to przepisy. Choć na pierwszy rzut oka może się wydawać, że takiej regulacji nie ma, to w przekonaniu autora są nimi postanowienia ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁵⁵. By zrozumieć to uzasadnienie, należy dokonać celowościowej i systemowej wykładni tych przepisów.

Po pierwsze, określone kategorie czynności, związane z ingerencją w organizm ludzki, mogące prowadzić do rozstroju zdrowia, w szczególności te inwazyjne, uważa się za zastrzeżone dla lekarzy. Choć nie istnieje wyczerpująca ich lista, to zasadniczo nie ulega wątpliwości, że liposukcja, powiększenie piersi czy plastyka nosa mogą być wykonywane wyłącznie przez przedstawicieli tego zawodu – bo stanowią poważne zabiegi chirurgiczne. Tradycyjnie za zastrzeżone dla lekarzy uważano również wszelkie zabiegi związane z naruszeniem ciągłości tkanek (powłok skórnych). Choć pogląd ten raczej został już odrzucony, to kryterium inwazyjności zabiegu wydaje się jak najbardziej uzasadnione. Idąc tym tropem, w braku ustawowego katalogu świadczeń zdrowotnych zastrzeżonych dla lekarzy, za takowe należy uznać zabiegi o inwazyjnym charakterze, mogące się wiązać z negatywnymi konsekwencjami dla zdrowia. Przepisy ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty mają

⁵⁵ Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty, tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1516 (dalej: u.z.l.).

z jednej strony regulować zasady wykonywania zawodu, z drugiej zaś gwarantować, że świadczenia zdrowotne (działania medyczne) będą udzielane wyłącznie przez wykwalifikowane osoby. Mają one w tym sensie charakter ochronny, zapewniający bezpieczeństwo pacjentów. Powyższa analiza powinna przekonywać, że inwazyjne zabiegi mogą być wykonywane wyłącznie przez lekarzy. Nie powinno więc ulegać w ogóle wątpliwości, że czynności związane z operacjami chirurgicznymi, podawaniem substancji leczniczych (toksyna botulinowa), ingerencjami mechanicznymi w głębokie warstwy skóry poprzez wprowadzenie nici lub wypełniaczy są zastrzeżone wyłącznie dla lekarzy, którzy jako jedyni specjaliści i profesjonaliści medyczni mają dostateczne przygotowanie do wykonywania tego typu inwazyjnych zabiegów.

Kryterium inwazyjności przyjmuje także S. Wolfram, definiując zabiegi inwazyjne jako takie zabiegi, które ingerują w głębsze warstwy struktury ciała, przede wszystkim poprzez metody chirurgiczne, powodujące otwarcie przestrzeni podskórnych⁵⁶. Zdaniem tego autora zabiegi małoinwazyjne to wszelkie zabiegi, które ingerują do wnętrza ciała poprzez nieznaczne przecięcie przestrzeni skóry⁵⁷. Z kolei mikroinwazyjne obejmują wejście w przestrzeń skóry właściwej, bez ingerencji do wnętrza człowieka, zaś nieinwazyjne nie ingerują w głąb skóry poprzez naruszenie ciągłości jej tkanek i mają charakter powierzchniowy⁵⁸. Według przyjętego tutaj podziału wszystkie te rodzaje zabiegów mogą być wykonywane przez lekarzy mających wiedzę z zakresu medycyny estetycznej; dwa ostatnie – także przez kosmetologów, a zabiegi nieinwazyjne – również przez kosmetyczki⁵⁹.

Drugim argumentem przemawiającym za uznaniem zabiegów medycyny estetycznej i chirurgii plastycznej za świadczenia zdrowotne jest brzmienie przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty.

⁵⁶ S. Wolfram, *Medycyna estetyczna i kosmetologia: legalność zabiegów: zgoda pacjenta – umowa o zabieg*, Warszawa 2023, s. 59.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 60.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 60–61.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 65.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 UZL „Wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu przez osobę posiadającą wymagane kwalifikacje, potwierdzone odpowiednimi dokumentami, świadczeń zdrowotnych, w szczególności: badaniu stanu zdrowia, rozpoznawaniu chorób i zapobieganiu im, leczeniu i rehabilitacji chorych, udzielaniu porad lekarskich, a także wydawaniu opinii i orzeczeń lekarskich”. Katalog czynności stanowiących udzielenie świadczeń zdrowotnych jest zatem otwarty – ustawodawca posłużył się wyrażeniem „w szczególności”, co pozwala na uznanie, że czynności wymienione w tym przepisie nie stanowią jedynych rodzajów świadczeń zdrowotnych udzielanych przez lekarzy. Podobnie argumentuje B. Janiszewska, popierając pogląd o szerokim rozumieniu pojęcia „wykonywanie zawodu lekarza”, tj. obejmujący również wykonywanie pewnych czynności „jako lekarz”, niekoniecznie w celu leczenia⁶⁰.

Warto przytoczyć tu również zapatrywania M. Boratyńskiej⁶¹ i Barbary Namysłowskiej-Gabrysiak⁶². Obie te naukowczynie zwracają uwagę, że pojęcie świadczeń zdrowotnych na gruncie u.z.l. jest szersze niż pojęcie świadczeń zdrowotnych na gruncie u.d.l. O ile w przypadku u.d.l. świadczenia zdrowotne to „działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania”, o tyle na gruncie u.z.l. świadczenia zdrowotne to „w szczególności: badanie stanu zdrowia, rozpoznawanie chorób i zapobieganie im, leczenie i rehabilitacja chorych, udzielanie porad lekarskich, a także wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich”. Różnica między tymi definicjami jest wyraźna – o ile u.d.l. określa zamknięty katalog czynności stanowiących świadczenie zdrowotne (zachowanie, ratowanie, przywracanie lub poprawa zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych), o tyle u.z.l. podaje wyłącznie przykładowy katalog działań stanowiących świadczenie zdrowotne

⁶⁰ B. Janiszewska, *Wykonanie zabiegu medycyny estetycznej a odpowiedzialność zawodowa lekarza...*

⁶¹ Rozmowa prywatna.

⁶² B. Namysłowska-Gabrysiak, *Art. 2*, [w:] E. Zielińska (red.), *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry: komentarz*, Warszawa 2022.

(badanie, rozpoznawanie i zapobieganie, leczenie i rehabilitacja, porady, opinie, orzeczenia **oraz inne**, niezdefiniowane w ustawie). Ów katalog innych działań stanowiących świadczenia zdrowotne należy odczytywać przez pryzmat przepisu, w którym ta częściowa definicja została zawarta; art. 2 u.z.l. określa, na czym polega wykonywanie zawodu lekarza, zatem ten katalog potencjalnych zachowań mogących potencjalnie stanowić świadczenie zdrowotne należy oceniać właśnie w świetle wykonywania zawodu lekarza.

Takie określanie zakresu świadczeń zdrowotnych na gruncie u.z.l. niewątpliwie ma pewne wady – można mu zarzucić wnioskowanie *idem per idem*, stwierdzając, że wykonywanie zawodu lekarza polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, a więc takich działań, które stanowią wykonywanie zawodu lekarza. Stanowiłoby to jednak *reductio ad absurdum*. Zasadniejsze jest spojrzenie na sprawę systemowo i celowościowo: u.z.l. ma stanowić regulację szczególną względem ogólnych zasad udzielania świadczeń zdrowotnych, określonych w u.d.l. Niewątpliwie u.z.l. określa, na czym polega wykonywanie zawodu lekarza, a pojęcie to należy interpretować szeroko, tj. jako wykonywanie czynności w charakterze lekarza i w ramach profesjonalnych kompetencji. Nie oznacza to więc, że każda czynność wykonywana przez lekarza będzie stanowić wykonywanie zawodu lekarskiego – nie jest nim rzecz jasna uprawianie sportu czy robienie zakupów. Wykonywaniem zawodu lekarza jest zatem, generalnie rzecz biorąc, wykonywanie czynności przez lekarza w związku ze zdrowiem człowieka i z wykorzystaniem koniecznej profesjonalnej wiedzy.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt zabiegów medycyny estetycznej i chirurgii plastycznej, należy stwierdzić, że takie zabiegi, jeśli są wykonywane przez lekarza, stanowią świadczenie zdrowotne, ponieważ wchodzą w zakres świadczeń zdrowotnych w rozumieniu u.z.l. Pozytywne zakwalifikowanie takiego działania jako świadczenia zdrowotnego nie prowadzi jednak do automatycznego stwierdzenia, że tego rodzaju świadczeń nie może udzielać przedstawiciel żadnego innego zawodu. Niemniej należy tu wrócić do kwestii omówionej powyżej: jeśli świadczenie zdrowotne jest wykonywane z użyciem inwazyjnych

technik, zarezerwowanych dla lekarzy przez to, że tylko oni dysponują nie tylko odpowiednimi kwalifikacjami technicznymi, ale i nabytą podczas studiów wiedzą medyczną, to takie świadczenie zdrowotne może być wykonywane wyłącznie przez lekarza. Nie można pominąć tu celowościowej wykładni przepisów UZL – mają one zapewnić, że inwazyjne zabiegi, wiążące się z poważniejszym ryzykiem dla zdrowia, będą wykonywane wyłącznie przez osoby mające odpowiednie kompetencje do tego, potwierdzone nabyciem prawa wykonywania zawodu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że samo zdobycie teoretycznie właściwych kompetencji w trakcie szkolenia przez osobę nieuprawnioną do udzielania określonych świadczeń zdrowotnych jeszcze nie uprawnia do ich wykonywania. Przykładowo – kosmetolog po ukończeniu kursu z operacyjnego zmniejszania żołądka nie będzie uprawniony do przeprowadzenia tego rodzaju operacji. Z uwagi na brak zamkniętego katalogu świadczeń zdrowotnych zastrzeżonych dla lekarzy oraz brak ustawowych kryteriów klasyfikacji tego rodzaju świadczeń można podeprzeć się wyłącznie wspomnianym wyżej kryterium inwazyjności zabiegu. Taka klasyfikacja wydaje się właściwa z punktu widzenia całego systemu prawa medycznego, jak i prosta w zastosowaniu.

Końcowo należy zauważyć, że z zagadnieniem klasyfikacji tego rodzaju procedur jako świadczeń zdrowotnych jest bezpośrednio powiązana kwestia statusu pacjenta. Jeśli procedura byłaby świadczeniem zdrowotnym, to należy uznać osobę korzystającą z niej za pacjenta. Jeśli nie byłaby takim świadczeniem – to oczywiście nie. Warto tu przytoczyć rzeczową analizę S. Wolframa, który w monografii poświęconej temu tematowi analizuje poglądy doktryny i zajmuje stanowisko, że osoba korzystająca z zabiegów estetycznych powinna – w drodze analogii – mieć status pacjenta⁶³. Zdaniem piszącego te słowa skoro zabiegi medycyny estetycznej należy uznać za świadczenia zdrowotne, to status pacjenta przysługuje korzystającym z nich osobom automatycznie, a nie w drodze analogii.

⁶³ Ibid., s. 43.

Podsumowanie

Dotychczasowa dyskusja na temat charakteru prawnego zabiegów kosmetycznych lub zabiegów medycyny estetycznej, ich kwalifikacji jako świadczenia zdrowotnego lub braku możliwości takiej kwalifikacji, a także kręgu osób uprawnionych do wykonywania takich zabiegów wydaje się wynikać z niejasnych definicji i nadmiernego skupienia się na definicji świadczenia zdrowotnego. Nie wydaje się jednak zasadne odchodzenie od definicji wypracowanych przez praktyków poszczególnych dyscyplin. Przyłożenie wypracowanych już pojęć do ocenianych stanów faktycznych i do obowiązujących przepisów pozwala łatwo zidentyfikować specyfikę poszczególnych rodzajów interwencji i dokonać ich kategoryzacji pod względem inwazyjności. Z kolei spojrzenie na problem przez pryzmat inwazyjności, przy dokonaniu celowościowej i systemowej wykładni przepisów o zawodach lekarza i lekarza dentystry, pozwala na wyprowadzenie końcowego wniosku, że te zabiegi, które wiążą się z wykorzystaniem właściwych medycynie technik, które są niewątpliwie zastrzeżone dla lekarzy, powinny być wykonywane przez lekarzy. Nie ma powodu uznawać, że pojawienie się nowej metody chirurgicznej lub nowego leku zmusza do każdorazowego rozsądzania, czy dana metoda lub dany lek mogą być wykonywane lub podawane przez nielekarzy. Podsumowując i starając się maksymalnie uprościć, należy wyciągnąć wniosek, że jeśli wykonywany zabieg wiąże się z wykorzystaniem technik, które są zastrzeżone dla lekarzy, to zabieg ten jest zastrzeżony dla lekarzy.

Bibliografia

- Aesthetic Medicine Market Size to Hit Around USD 191.70 Bn by 2032*, <https://www.precedenceresearch.com/aesthetic-medicine-market>.
- Atallah S., Martin-Perez B., Keller D. i in., *Natural-orifice transluminal endoscopic surgery*, „British Journal of Surgery” t. 102, nr 2, 2015, DOI: 10.1002/bjs.9710.
- Barone M., Cogliandro A., Persichetti P., *Ethics and Plastic Surgery/What is Plastic Surgery?*, „Archives of Plastic Surgery” t. 44, nr 1, 2017, DOI: 10.5999/aps.2017.44.1.90.

- Boratyńska M., Konieczniak P. (red.), *System Prawa Medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, t. 2, Wolters Kluwer Polska 2019.
- Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (ÄsthOpG)*, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20007939>.
- Chapitre II: Chirurgie esthétique (Articles R6322-1 à D6322-48) – Légifrance* [na:] https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072665/LEGISCTA000006178723/#LEGISCTA000006178723.
- Chcą poprawiać urodę zamiast leczyć*, PolitykaZdrowotna.com, <https://politykazdrowotna.com/artikul/chca-poprawiac-urode/901837>, 4.07.2022 [dostęp: 17.02.2024].
- Chirurgia plastyczna – Wielki słownik języka polskiego PAN*, wsjp.pl, <https://wsjp.pl/haslo/podglad/43201/chirurgia-plastyczna/4647494/dzial-medycyny>.
- Controlling the risks faced with the growth of aesthetic medicine – Académie nationale de médecine | Une institution dans son temps*, <https://www.academie-medecine.fr/controlling-the-risks-faced-with-the-growth-of-aesthetic-medicine/?lang=en>.
- Cosmetic Surgery vs Plastic Surgery | Cosmetic vs Plastic Surgeons*, „ABCS”, <https://www.americanboardcosmeticsurgery.org/patient-resources/cosmetic-surgery-vs-plastic-surgery/>.
- Dr Ignaciuk: Strywializowaliśmy medycynę estetyczną*, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/zdrowie/wybor-specjalisty-medycyny-estetycznej-dr-andrzej-ignaciuk-wywiad,521566.html>, 10.06.2023.
- Fact.MR – Aesthetic Medicine Market Analysis by Procedure Type (Invasive Procedures, Non-Invasive Procedures), by Region – Global Forecast 2022-2032*, <https://www.factmr.com/report/aesthetic-medicine-market>.
- Górski A., *Pojęcie czynności medycznych*, [w:] R. Kubiak, L. Kubicki (red.), *Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, t. 1, Warszawa 2018.
- Health and Care Act 2022*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/31/part/6/crossheading/cosmetic-procedures>.
- Housmans S., Noori N., Kapurubandara S. i in., *Systematic Review and Meta-Analysis on Hysterectomy by Vaginal Natural Orifice Transluminal Endoscopic Surgery (vNOTES) Compared to Laparoscopic Hysterectomy for Benign Indications*, „Journal of Clinical Medicine”, t. 9, nr 12, 2020, DOI: 10.3390/jcm9123959.
- Janiszewska B., *Wykonanie zabiegu medycyny estetycznej a odpowiedzialność zawodowa lekarza*, „Monitor Prawniczy” nr 11/2022.

- Janiszewska B., *Pojęcie świadczenia zdrowotnego*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Instytucje prawa medycznego*, t. 1, Warszawa 2018.
- Khunger N., *Complications in cosmetic surgery: A time to reflect and review and not sweep them under the carpet*, „Journal of Cutaneous and Aesthetic Surgery”, t. 8, nr 4, 2015, DOI: 10.4103/0974-2077.172188.
- KORTYZON KRYSTALICZNY – ostrzeżenie! – Polskie Towarzystwo Chirurgii Plastycznej, Rekonstrukcyjnej i Estetycznej, [https://www.ptchprie.pl/aktualnosci_i_komunikaty,kortyzon-krystaliczny-ostrezenie,60.html](https://www.ptchprie.pl/aktualnosci_i_komunikaty/kortyzon-krystaliczny-ostrezenie,60.html).
- Kwas hialuronowy wstrzyknięcie tylko lekarz? Wraca spór o branżę beauty, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/zdrowie/prawo-do-wykonywania-zabiegow-medycyny-estetycznej,519103.html>, 3.03.2023.
- Medycyna estetyczna czeka na swoje prawo, a kontrowersji dużo, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/zdrowie/medycyna-estetyczna-beda-zmiany-w-prawie-ale-kontrowersji-duzo,507050.html>, 20.03.2021.
- Ministerstwo Zdrowia chce zakazać zabiegów estetycznych kosmetologom, Dermatic.pl Aesthetic Business, <https://dermatic.pl/aestheticbusiness/2022/11/30/ministerstwo-zdrowia-chce-zakazac-zabiegow-estetycznych-kosmetologom/>, 30.11.2022.
- Montrief T., Bornstein K., Ramzy M. i in., *Plastic Surgery Complications: A Review for Emergency Clinicians*, „Western Journal of Emergency Medicine”, t. 21, nr 6, 2020, DOI: 10.5811/westjem.2020.6.46415.
- Moris D.N., Bramis K.J., Mantonakis E.I. i in., *Surgery via natural orifices in human beings: yesterday, today, tomorrow*, „The American Journal of Surgery”, t. 204, nr 1, 2012, DOI: 10.1016/j.amjsurg.2011.05.019.
- Naczelna Rada Lekarska przyjęła definicję medycyny estetycznej, <https://www.termedia.pl/dermatologia/Naczelna-Rada-Lekarska-przyjela-definicje-medycyny-estetycznej,41334.html>.
- Nowicka A., *30.05 Program Money.pl | Ograniczenia w medycynie estetycznej: Kontrowersje, ryzyko powikłań i przyszłość branży*, „www.money.pl”, <https://www.money.pl/gospodarka/30-05-program-money-pl-ograniczenia-w-medycynie-estetycznej-kontrowersje-ryzyko-powiklan-i-przyszlosc-branzy-6904006730299009v.html>, 31.05.2023.
- Podawała się za lekarza, wstrzykiwała pacjentkom groźny preparat. „Straciłam połowę czubka nosa”, <https://uwaga.tvn.pl/reportaze/zmniejszala-nosy-kortyzonem-krystalicznym-stracilam-czubek-nosa-ls6697576>, 1.06.2022 [dostęp: 24.02.2024].
- Postanowienie SN z dnia 26 maja 2021 r., I KK 23/21, LEX nr 3229514.

- Prof. Barbara Zegarska: *Medycynę estetyczną czekają regulacje prawne*, <https://www.termidia.pl/dermatologia/Prof-Barbara-Zegarska-Medycyne-estetyczna-czekaja-regulacje-prawne,43064.html>.
- Professional Standards for Cosmetic Surgery*, Royal College of Surgeons, <https://www.rcseng.ac.uk/standards-and-research/standards-and-guidance/service-standards/cosmetic-surgery/professional-standards-for-cosmetic-surgery/>, 2016.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 4 maja 2023 r. w sprawie specjalizacji lekarzy i lekarzy dentyistów, Dz.U. z 2023 r., poz. 975.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 czerwca 2023 r. w sprawie umiejętności zawodowych lekarzy i lekarzy dentyistów, [w:] Dz.U. z 2023 r., poz. 1189.
- Stanowisko Nr 1 / 21 / VIII Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 29 stycznia 2021 r. w sprawie przyjęcia definicji medycyny estetycznej*, <https://nil.org.pl/dla-lekarzy/prawo/medycyna-estetyczna/5296-propozycja-definicji-medycyny-estetycznej>.
- Stanowisko Nr 48 / 21 / P-VIII Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 15 kwietnia 2021 r. w sprawie uprawnień do wykonywania procedur wchodzących w skład zabiegów z zakresu medycyny estetycznej*, <https://nil.org.pl/dla-lekarzy/prawo/medycyna-estetyczna/5418-uprawnienia-do-procedur-wchodzacych-w-sklad-zabiegow-medycyny-estetycznej>.
- Śpiewak R., *Kosmetologia*, Dermatopedia, t. 2, 2013, DOI: 10.14320/dermatopedia.pl.2013.002.
- Świdarska M., *Specyfika sporów w zakresie chirurgii plastycznej i medycyny estetycznej, Spory medyczne*, red. A. Wnukiewicz-Kozłowska, Wrocław 2021.
- The licensing of non-surgical cosmetic procedures in England*, gov.uk, <https://www.gov.uk/government/consultations/licensing-of-non-surgical-cosmetic-procedures/the-licensing-of-non-surgical-cosmetic-procedures-in-england>.
- Tymiński R., Rytwińska D. (red.), *Wybrane zagadnienia prawne z zakresu anestezjologii i intensywnej terapii oraz medycyny ratunkowej*, Warszawa 2023.
- What is Cosmetic Surgery?*, Royal College of Surgeons, <https://www.rcseng.ac.uk/patient-care/cosmetic-surgery/what-is-cosmetic-surgery/>.
- Wolfram S., *Medycyna estetyczna i kosmetologia: legalność zabiegów: zgoda pacjenta – umowa o zabieg*, Warszawa 2023.
- Wolfram S., *Pacjent jako beneficjent zabiegów estetycznych – glosa do wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 30.05.2016 r. (VII SA/Wa 385/16)*, „Palestra” nr 3, 2021.

Wollina U., Goldman A., Naoum C., *Nebenwirkungen in der ästhetischen Medizin*, „Der Hautarzt”, t. 64, nr 3, 2013, DOI: 10.1007/s00105-012-2484-y.

Zorron R., Palanivelu C., Galvão Neto M.P. i in., *International Multicenter Trial on Clinical Natural Orifice Surgery – NOTES IMTN Study: Preliminary Results of 362 Patients*, „Surgical Innovation” t. 17, nr 2, 2010, DOI: 10.1177/1553350610370968.

Abstract

Legal characteristics of cosmetic procedures and aesthetic surgery

Cosmetic and aesthetic medicine procedures have long been a cause of public controversy, caused by the unclear eligibility of the various professions to perform them. This issue has not escaped the attention of jurisprudence, which is trying to resolve the issue of their classification as a health care service, as well as the possibility of recognizing people who receive such procedures as patients within the meaning of medical law. The court rulings to date have been ambiguous, but it is possible to see trends forming. This paper is an attempt to define and classify the various types of services in the field of commonly understood “aesthetic medicine”; in particular, this study proposes to make a division, in accordance with accepted definitions in medicine, into cosmetic procedures, aesthetic medicine procedures and plastic surgery procedures. Making such a division facilitates discussion of the legal nature of the various procedures and allows for their further classification.

Keywords: Cosmetic surgery, cosmetic procedure, aesthetic medicine, health care service, plastic surgery, patient

Narodowy Fundusz Zdrowia jako sprawca szkody antymonopolowej

Abstrakt

Zarówno w prawie Unii Europejskiej, jak i polskim porządku krajowym występuje kompleksowy model egzekwowania prawa ochrony konkurencji, na który składają się publiczny i prywatny tryb egzekwowania reguł konkurencji. Tryb prywatnoprawny (*private enforcement*) realizują indywidualnie podmioty poszkodowane niezgodnym z prawem konkurencji zachowaniem innych podmiotów, składając powództwo do sądu na podstawie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. W postępowaniu odszkodowawczym konieczne jest ustalenie sprawcy szkody antymonopolowej. Pojęcie sprawcy szkody antymonopolowej obejmuje także jednostki, które nie wykonując działalności gospodarczej, organizują lub świadczą usługi o charakterze użyteczności publicznej. Treścią publikacji, na podstawie przepisów prawa, dostępnej literatury i judykatów, jest próba odpowiedzi na pytania: czy Narodowy Fundusz Zdrowia jako podmiot publiczny nienastawiony ze swej istoty na osiąganie zysku może być kwalifikowany jako przedsiębiorca będący sprawcą szkody antymonopolowej obowiązany do jej naprawienia oraz czy sąd cywilny w postępowaniu odszkodowawczym może nie zakwalifikować Narodowego Funduszu Zdrowia jako przedsiębiorcy mogącego być sprawcą szkody antymonopolowej?

1. Wprowadzenie

Współcześnie, zarówno w prawie Unii Europejskiej, jak i polskim porządku krajowym, występuje kompleksowy model egzekwowania prawa ochrony konkurencji¹, na który składają się publiczny i prywatny tryb egzekwowania reguł konkurencji. Tryb publicznoprawny (*public enforcement*) realizowany jest przez Prezesa UOKiK oraz przez sądy rozpatrujące odwołania od decyzji tego organu, natomiast tryb prywatnoprawny (*private enforcement*) realizują indywidualnie podmioty poszkodowane niezgodnym z prawem konkurencji zachowaniem przedsiębiorców, co do zasady przez złożenie powództwa do sądu powszechnego na podstawie ustawy o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji², która w zakresie swojej regulacji wdraża dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE³.

Osią regulacji polskiej ustawy odszkodowawczej jest art. 3 wskazujący, że sprawca naruszenia jest obowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej komukolwiek przez naruszenie prawa konkurencji, chyba że nie ponosi winy. Ustawa wskazuje także, że sprawcą naruszenia, a więc i sprawcą możliwej szkody antymonopolowej⁴, może być przedsiębiorca

¹ M. Kępiński, *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, [w:] idem (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 15, *Prawo konkurencji*, Warszawa, 2014, s. 11.

² Ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji, Dz.U. z 2017 r. poz. 1132.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz.Urz. UE L 349 z 5.12.2014), dalej: dyrektywa odszkodowawcza.

⁴ K. Kohutek, *Szkoda antymonopolowa i zasady odpowiedzialności: zagadnienia ogólne*, [w:] *Szkoda antymonopolowa. Zasady odpowiedzialności oraz dochodzenia roszczeń odszkodowawczych*, Warszawa 2018, <https://sip-1lex-1pl-1idkh6mli018a.han.uniwersytetradom.pl/#/monograph/369440921/4/kohutek-konrad-szkoda-antymonopolowa-zasady-odpowiedzialnosci-oraz-dochodzenia=-roszczen...?keyword=Kohutek%20Konrad,%20Szkoda%20antymonopolowa.%20Zasady%20odpowiedzialno%C5%9Bci%20oraz%20dochodzenia%20roszcze%C5%84%20odszkodowawczych&cm=SFIRST> (dostęp: 15.08.2022). Autor ten wskazuje, że szkoda antymonopolowa to szkoda, która wyrządzona została wskutek naruszenia przepisów publicznego prawa konkurencji (zwanych także regulami antymonopolowymi). Sformułowanie „szkoda antymonopolowa” jest pewnym skrótem językowo-myślowym na określenie tego deliktu.

w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów⁵. Przepis ten definiuje przedsiębiorcę szeroko, kładąc akcent na ujęcie funkcjonalne, koncentrujące się głównie na samej działalności, jaką prowadzi dany podmiot, a nie na jego prawno-organizacyjnej formie. Stąd definicja przedsiębiorcy w prawie antymonopolowym, a w ślad za nią pojęcie sprawcy szkody antymonopolowej, obejmuje także te jednostki, które nie wykonując działalności gospodarczej (co jest charakterystyczne dla przedsiębiorcy w ujęciu klasycznym), organizują lub świadczą usługi o charakterze użyteczności publicznej.

W kontekście wskazanej w prawie antymonopolowym i ustawie odszkodowawczej szerokiej definicji przedsiębiorcy zasadne wydaje się pytanie, czy Narodowy Fundusz Zdrowia jako podmiot publiczny nie-nastawiony ze swej istoty na osiągnięcie zysku może być kwalifikowany jako przedsiębiorca będący sprawcą szkody antymonopolowej i czy może być obowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej komukolwiek przez naruszenie prawa konkurencji. I następne – czy sąd w postępowaniu odszkodowawczym może nie zakwalifikować NFZ jako przedsiębiorcy mogącego być sprawcą szkody antymonopolowej. Poszukiwanie odpowiedzi na postawione pytania, na podstawie przepisów prawa, dostępnej literatury i judykatów, będzie treścią publikacji.

2. Sprawca szkody antymonopolowej – szeroko ujęty przedsiębiorca

Ustawa odszkodowawcza z 2017 r. określa szczególne zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez naruszenie prawa konkurencji oraz zasady dochodzenia roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji w postępowaniu cywilnym (art. 1). Ustawa jednocześnie wskazuje, że sprawcą naruszenia – i sprawcą możliwej szkody antymonopolowej – może być wyłącznie przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który dokonał naruszenia prawa konkurencji. Art. 2 pkt 1 ustawy

⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 275, dalej: u.o.k.k.

odszkodowawczej precyzuje, że naruszenie prawa konkurencji oznacza naruszenie zakazów określonych w art. 101 lub art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej lub zakazów określonych w art. 6 lub art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (naruszenie zakazu porozumień ograniczających konkurencję lub zakazu nadużywania pozycji dominującej). W art. 7 zaś ustawa wprowadza szeroko ujęte domniemanie, że naruszenie prawa konkurencji wyrządza szkodę.

W kontekście poruszanej tematyki istotne jest więc ustalenie kręgu podmiotów mogących naruszyć prawo konkurencji i tym samym być sprawcami szkody antymonopolowej, skoro art. 7 ustawy odszkodowawczej ustanawia domniemanie, że naruszenie prawa konkurencji wyrządza szkodę.

Jak już zaznaczono, sprawcą szkody antymonopolowej może być wyłącznie przedsiębiorca w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorcami zobowiązanymi do przestrzegania ustawy antymonopolowej w zakresie zakazu porozumień ograniczających konkurencję lub zakazu nadużywania pozycji dominującej są: (1) przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców, jak również (2) osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo przedsiębiorców, (3) osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzące działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, (4) związki przedsiębiorców, czyli izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców oraz związki tych organizacji.

W literaturze wskazuje się, że celem definicji pojęcia przedsiębiorcy w art. 4 ust. 1 u.o.k.k. nie jest określenie podmiotów uznawanych za przedsiębiorców, lecz określenie podmiotów, które mogą zakłócić, ograniczyć lub wyeliminować konkurencję i w konsekwencji związanie ich zakazami przewidzianymi przepisami tej ustawy. Wykorzystano tu termin „przedsiębiorca” w znaczeniu sprecyzowanym w publicznoprawnej

definicji systemowej z art. 4 u.p.p.⁶, jednocześnie uzupełniając jego treść o podmioty, które mogą kształtować konkurencję, lecz nie są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców albo ich kwalifikacja na gruncie tej ustawy nie jest jednoznaczna⁷. Pojęcie „przedsiębiorca” z punktu widzenia prawa konkurencji należy więc odnieść do wszystkich osób i organizacji, które poprzez różne formy swojej działalności uczestniczą w obrocie gospodarczym i tym samym mają możliwość wpływania na warunki konkurencji, również gdy nie są one nastawione na osiągnięcie zysku. W konsekwencji rygorom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów podlegają różnego rodzaju tzw. instytucje nie dochodowe⁸, co jest wynikiem wspomnianego już funkcjonalnego ujęcia pojęcia przedsiębiorcy w prawie antymonopolowym, koncentrującego się głównie na charakterze samej działalności podmiotu, nie zaś na jego formie organizacyjno-prawnej⁹.

Skoro więc prawo ochrony konkurencji skupia się na działalności podmiotu, definicja przedsiębiorcy w prawie antymonopolowym, a w ślad za nią pojęcie sprawcy szkody antymonopolowej, zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. a u.o.k.k., obejmuje także te jednostki, które nie wykonując działalności gospodarczej, organizują lub świadczą usługi o charakterze użyteczności publicznej.

⁶ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 162 ze zm., dalej: u.p.p.

⁷ M. Etel, *Kilka uwag o pojęciu „przedsiębiorca” w prawie ochrony konkurencji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”, nr 3(3), 2014, s. 80, //ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/17/pdf/75.pdf.

⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie RWR-42/2013, decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/ED03FCBC718B5628C1257EC6007B88ED?editDocument&act=Decyzja.

⁹ K. Kohutek, *Głosa do postanowienia SN z dnia 24 września 2013 r., III SK 1/13*, pkt. 3.1, LEX/el. 2015, <https://sip-1lex-1pl-1idkh6mli018a.han.uniwersytetradom.pl/#/publication/386112555/kohutek-konrad-glosa-do-postanowienia-sn-z-dnia-24-wrzesnia-2013-r-iii-sk-1-13?keyword=K.%20Kohutek,%20Głosa%20do%20postanowienia%20SN%20z%20dnia%2024%20wrze%20C5%9Bnia%202013%20r.%20III%20SK%201~2F13&cm=SFIRST> [dostęp: 14.09.2022].

3. Status Narodowego Funduszu Zdrowia jako przedsiębiorcy w prawie antymonopolowym

Stosownie do art. 96 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹⁰ Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ) jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną. W myśl art. 97 tej ustawy NFZ w szczególności zarządza środkami finansowymi pochodzącymi ze składek na ubezpieczenie zdrowotne i w tym zakresie działa w imieniu własnym na rzecz ubezpieczonych oraz osób uprawnionych do świadczeń. Do obszaru działania NFZ należy m.in. określanie jakości i dostępności świadczeń oraz analiza kosztów świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie niezbędnym dla prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i przeprowadzanie konkursów ofert, rokowań oraz zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a także monitorowanie realizacji i ich rozliczanie. Fundusz jest jedynym podmiotem organizującym świadczenia zdrowotne, bowiem tylko jemu ustawodawca powierzył uprawnienie do zarządzania środkami finansowymi przekazywanymi na ten cel, jak również uprawnienie do zawierania umów ze świadczeniodawcami w celu zabezpieczenia świadczeń opieki zdrowotnej w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Zgodnie z art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej NFZ jest obowiązany zapewnić równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji¹¹.

¹⁰ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1285 ze zm.

¹¹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 grudnia 2011 r. w sprawie RKT- 51/2011, decyzje.uokik.gov.pl/bp/%5Cdec_prez.nsf/WWW-decyzje?SearchView&Query=(%5BFORM%5D%3DDecyzja)%20AND%20(%5Bdecyzja_nr%5D%20%3D%20"RKT-51%2F2011")&SearchOrder=4&SearchMax=0 oraz decyzja z dnia 31 grudnia 2013 r. w sprawie RŁO-57/2013,decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/93B48B83176AB8E9C1257EC6007BA3AB?editDocument&act=Decyzja.

W świetle powyższych uregulowań ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, na co zwrócono już uwagę w literaturze¹², istnieje konieczność rozróżnienia dwóch kategorii czynności podejmowanych przez NFZ, co wpływa na poddanie ich kontroli antymonopolowej Prezesa UOKiK. Pierwsza kategoria to czynności w zakresie określenia standardu usług nabywanych od świadczeniodawców na rzecz pacjentów co do zakresu tych usług, rodzaju personelu, urządzeń i wyrobów, za pomocą których mają być one świadczone. Takie działania NFZ stanowią realizację zasad solidaryzmu społecznego przez tę jednostkę i nie podlegają kontroli antymonopolowej Prezesa UOKiK. Druga kategoria czynności, do których obowiązany jest NFZ, to organizowanie przetargu czy zbieranie ofert (wniosków) od świadczeniodawców na dostarczanie usług według określonych standardów, a następnie zawieranie z nimi umów. Te czynności powinny być już traktowane jako działania kształtujące konkurencję na rynku pomiędzy wykonawcami tych usług. Jeśli świadczeniodawcy byłiby dyskryminowani przez NFZ w wyborze ofert, czy w inny sposób nierówno traktowani, nie powinno mieć znaczenia, że te oferty były składane na dostarczenie usług będących świadczeniami z tytułu płaconych składek zdrowotnych i powinny podlegać ocenie na gruncie prawa konkurencji.

W konsekwencji ta druga kategoria czynności – świadczenia opieki zdrowotnej kontraktowane przez NFZ i finansowane ze środków publicznych przez ten podmiot – są usługami o charakterze użyteczności publicznej, bowiem skierowane są na zaspokajanie zbiorowych potrzeb społeczeństwa związanych z zapewnieniem opieki zdrowotnej. Fundusz zaś, organizując kontraktację tych świadczeń – prowadzi działalność w zakresie organizowania usług o charakterze użyteczności publicznej. Konstatacja ta znajduje potwierdzenie zarówno w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK, jak i orzecznictwie sądów¹³, gdzie wskazuje się, że działalność Funduszu pole-

¹² M. Kolasiński, *Stosowanie prawa konkurencji w odniesieniu do działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego – różnice w polskim i unijnym podejściu*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”, nr 6(3), 2014, s. 48, ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/20/pdf/38.pdf.

¹³ Zob. np. wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 lutego 2003 r. w sprawie XVII Ama 18/02, Lex nr 81481.

gająca na zawieraniu umów ze świadczeniodawcami o finansowanie świadczeń zdrowotnych jest niewątpliwie organizowaniem usług o charakterze użyteczności publicznej, wobec czego NFZ w tym zakresie jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów.

NFZ jako podmiot organizujący usługi o charakterze użyteczności publicznej w zakresie świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych jest zatem przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i jego działalność w tym zakresie podlega ograniczeniom wynikającym z tej ustawy, dotyczącym zakazu stosowania porozumień ograniczających konkurencję, jak i nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym¹⁴.

Warto w tym miejscu podkreślić, że z woli ustawodawcy NFZ ma pozycję dominującą na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i żadne inne usługi nie stanowią substytutu usług medycznych świadczonych w ramach organizowania przez NFZ świadczeń zdrowotnych finansowanych z tych środków. Zatem NFZ nie ma na tak określonym rynku konkurentów (czy też na rynkach określonych w sposób węższy przez parametr zakresu kontraktowanych świadczeń) – jest więc w zasadzie monopolistą, funkcjonując zarówno jako nabywca reprezentujący cały potencjalny i rzeczywisty popyt, jak i reprezentując stronę podażową jako organizator świadczeń opieki zdrowotnej na rzecz ubezpieczonych, którzy nie mają swobody nawiązywania umów ze świadczeniodawcami finansowanymi ze środków publicznych na ubezpieczenie zdrowotne. Decyzją ustawodawcy aktywna i ciągła konkurencja wewnątrzrynkowa została tu zastąpiona jednorazową (w określonym przedziale czasowym) konkurencją podmiotów leczniczych o dostęp do rynku, z uprzywilejowaną, z mocy prawa, pozycją NFZ – jako „kreatora” i „regulatora” tego rynku¹⁵.

¹⁴ Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 grudnia 2008 r. w sprawie VI ACa 530/08, niepubl.

¹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2013 r. w sprawie RŁO – 57/2013, [www-1.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/93b48b83176ab8e9c1257ec6007ba-3ab/\\$FILE/DECYZJA__Nr_RŁO__57_2013_NFZ_Warszawa-1.pdf](http://www-1.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/93b48b83176ab8e9c1257ec6007ba-3ab/$FILE/DECYZJA__Nr_RŁO__57_2013_NFZ_Warszawa-1.pdf)

4. Przykłady naruszeń NFZ i powstałych w ten sposób szkód antymonopolowych

Właściwe wydaje się przedstawienie wybranych przykładów z dotychczasowego orzecznictwa Prezesa UOKiK, w którym jako podmiot naruszający prawo konkurencji występuje NFZ, by unaocznić, jakie konkretne naruszenia dokonane przez ten podmiot mogą skutkować powstaniem szkód antymonopolowych, głównie po stronie świadczeniodawców. Jak już wskazano, NFZ ma dominującą pozycję na rynku właściwym, czyli krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, i łatwa jest tu pokusa dokonywania antykonkurencyjnych działań wynikających z nadużywania tej niezwykle silnej pozycji rynkowej. Skutki zaś nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym ujawniają się i oddziałują na powiązane z nim lokalne rynki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, na których funkcjonują podmioty wykonujące działalność leczniczą – świadczeniodawcy – wywołując istotne zaburzenia konkurencji pomiędzy świadczeniodawcami, a także ma wpływ na sam mechanizm konkurencji na powiązanych rynkach.

Pierwszym z przykładów może być działanie Śląskiego Oddziału NFZ nakładającego na podmioty ubiegające się o zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi obowiązku posiadania przynajmniej jednego własnego miejsca udzielania świadczeń na terenie właściwości miejscowej Śląskiego Oddziału NFZ (województwa śląskiego). Było to równoznaczne z dokonywaniem negatywnej oceny wniosków o zawarcie umów w ww. rodzaju w przypadku, gdy świadczenia miały być udzielane przez świadczeniodawców w całości za pośrednictwem podwykonawców. Organ ochrony konkurencji w decyzji RKT – 51/2011¹⁶ stwierdził, że takie działanie jest stosowaniem praktyki ograniczającej konkurencję

¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 grudnia 2011 r. w sprawie RKT- 51/2011, zob. przyp.11.

określonej w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polegającej na nadużywaniu przez NFZ pozycji dominującej na rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w drodze przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie zaopatrzenia w wyroby medyczne będące przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi. Kwestionowane działania NFZ miały antykonkurencyjny charakter, gdyż w sposób nieuzasadniony ani ze względów prawnych, ani też organizacyjnych czy innych dyskryminowały potencjalnych świadczeniodawców w dostępie do rynku udzielania wskazanych świadczeń.

Konsekwencją przedstawionego tu działania Śląskiego Oddziału NFZ mogła być szkoda poniesiona przez świadczeniodawców, gdyż wzięwszy pod uwagę, że wysokość refundacji NFZ za poszczególne wyroby medyczne jest stała, a świadczeniodawcy stawia się wymóg posiadania choć jednego własnego punktu dystrybucji na terenie województwa śląskiego, nie mając go i chcąc uzyskać kontrakt z NFZ, musi ponieść koszty jego powstania, organizacji i utrzymania. Wiąże się to co najmniej z kosztami wynajęcia lokalu, zatrudnienia pracowników ze specjalistycznymi uprawnieniami (co automatycznie przekłada się na wyższą wysokość ich wynagrodzenia i inne koszty pracy) i utrzymania punktu dystrybucji, co w konsekwencji generuje zwiększenie ogólnych kosztów funkcjonowania świadczeniodawców.

Szkodę mogli ponieść tu także podwykonawcy udzielający świadczeń opieki zdrowotnej, działając z upoważnienia świadczeniodawców, ponieważ osiągnęliby mniejsze szeroko pojęte korzyści ekonomiczne – własny punkt świadczeniodawcy odbierałby im zarobek, świadczeniodawcy nie zapewniłoby podwykonawcom stałego dostępu do pełnego asortymentu przedmiotów ortopedycznych i środków pomocniczych, a także odmawiałoby dostępu do szkoleń, które oferują świadczeniodawcy dla swoich podwykonawców, co przekładałoby się na niższe kwalifikacje zatrudnionych pracowników.

Jako inny przykład naruszenia może posłużyć ustalenie dokonane w decyzji RWR-42/2013¹⁷, że Dolnośląski Oddział NFZ (DO NFZ) dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję w postaci nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, polegającej na przyjęciu dyskryminacyjnych kryteriów rozdziału środków finansowych dla nowych świadczeniodawców, zawierających umowy w ramach przeprowadzonego postępowania konkursowego na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju: ambulatoryjna opieka specjalistyczna z zakresu badania rezonansem magnetycznym.

Istotą naruszenia dokonanego przez DO NFZ było nierówne traktowanie świadczeniodawców przy podziale środków na udzielanie świadczeń zdrowotnych w rodzaju: ambulatoryjna opieka specjalistyczna (AOS) z zakresu badania z użyciem rezonansu magnetycznego (RM) – faworyzowanie „starych” świadczeniodawców przez przyznanie im większej kwoty środków mimo niższej pozycji w rankingu konkursowym i dyskryminacja „nowych” – dopiero chcących świadczyć takie usługi świadczeniodawców – przez przyznanie im mniejszej kwoty środków mimo wyższej pozycji w rankingu. W toku postępowania ujawniono, że w sposób uznaniowy i arbitralny, niezgodny z ogłoszonymi warunkami konkursu, DO NFZ rozdzielił 90% wartości środków według kryteriów, których nowi oferenci nie znali i nie byli w stanie ich przewidzieć na podstawie ogłoszenia konkursowego. Liczyli, że spełniając wymogi konkursowe w postaci potencjału wykonawczego odzwierciedlonego wskazaniem m.in. ilości sprzętu i aparatury medycznej oraz ich wydolności, przygotowaniem pomieszczeń, wskazaniem ilości uprawnionych pracowników, organizacją udzielania świadczeń, a więc przez poniesienie kosztów z tym związanych, otrzymają adekwatne środki na świadczenie usług badania rezonansem magnetycznym. W rezultacie działań DO NFZ „nowi” świadczeniodawcy, otrzymując środki mniejsze niż spodziewane wynikające z poniesionych kosztów przygotowań i planów rzeczowo-finansowych, ponieśli stratę.

¹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie RWR-42/2013 decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/E6D6F9793914537FC1257EC6007BA3AC?editDocument&act=Decyzja.

Zarzut dyskryminacji świadczeniodawców wystąpił także w sprawie zakończonej decyzją stwierdzającą naruszenie prawa konkurencji nr RŁO – 57/2013¹⁸. Prezes UOKiK ustalił tu, że zarządzeniem Prezesa NFZ zostały określone kryteria oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie badań rezonansem magnetycznym i tomografii komputerowej finansowanych ze środków publicznych. Jednym z kryteriów jakości usług, skutkującym przyznaniem dodatkowych punktów premiujących (+5 pkt), było spełnienie warunku ilościowego: liczby badań wykonanych w pracowni na poziomie dla tomografii komputerowej – minimum 5000 badań rocznie, a dla pracowni rezonansu magnetycznego – minimum 2500 badań rocznie.

Jak wskazał Prezes UOKiK w uzasadnieniu omawianej decyzji, nie istniały ani prawne, ani jakiegokolwiek inne powody wprowadzenia takiego kryterium oceny jakości.

Ustalonego przez NFZ parametru ilościowego nie były w stanie spełnić podmioty wykonujące działalność leczniczą wchodzące dopiero na rynek usług świadczeń w zakresie tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego finansowanych ze środków publicznych, co zamykało im możliwość wejścia na rynek. Co więcej, parametr był tak wygórowany, że nie mogła go również spełnić większość podmiotów działających na obszarach przetargowych z silną wewnętrzną konkurencją (duże miasta, poszczególne ich dzielnice), ale także w małych miastach, gdzie pacjentów jest mniej. Ponadto, jak każdy parametr ilościowy, premiował on większe podmioty lecznicze, w szczególności wykonujące świadczenia szpitalne, a w ramach nich świadczenia tomografii komputerowej i rezonansu magnetycznego. Ponadto – duże spółki diagnostyczne działające od wielu lat w Polsce, a także podmioty wykonujące działalność leczniczą współpracujące już wcześniej z NFZ. W konsekwencji wprowadzenie kryterium ilościowego – określonej liczby wykonanych badań – sprawiło,

¹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 31 grudnia 2013 r. w sprawie RŁO – 57/2013, [www-1.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/93b48b83176ab8e9c1257ec6007ba-3ab/\\$FILE/DECYZJA__Nr_RŁO__57_2013_NFZ_Warszawa-1.pdf](http://www-1.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/93b48b83176ab8e9c1257ec6007ba-3ab/$FILE/DECYZJA__Nr_RŁO__57_2013_NFZ_Warszawa-1.pdf).

iż w postępowaniach o zawarcie umowy z NFZ dyskryminowane były podmioty wykonujące działalność leczniczą – świadczeniodawcy, którzy nie spełniali tego dodatkowego kryterium i mimo że spełniali pozostałe wymogi o charakterze podstawowym w zakresie np. potencjału wykonawczego, ich oferty nie były wybierane, co naraziło je na powstanie strat.

Przytoczone tu przykłady wyraźnie pokazują, jak dalece Narodowy Fundusz Zdrowia, operując na rynku organizowania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, ingeruje w stan konkurencji na powiązanych rynkach udzielania świadczeń (w różnych rodzajach) i wpływa na zachowania rynkowe świadczeniodawców mające wymierne skutki w postaci ponoszenia przez nich szkód. Szkody te jako konsekwencja zachowań antykonkurencyjnych NFZ mogą być poczytywane za szkody antymonopolowe.

5. Status NFZ w świetle unijnego prawa konkurencji

Unijne prawo antymonopolowe dla określenia podmiotów obowiązanych do jego przestrzegania nie posługuje się pojęciem „przedsiębiorca” (jak jest to w polskiej ustawie), ale pojęciem „przedsiębiorstwo”. Pojęcie to dotychczas nie było zdefiniowane, a jego zakres i interpretacja opierały się na orzecznictwie sądów unijnych. Obecnie pojęcie „przedsiębiorstwo” ma już definicję legalną wskazaną w art. 2 ust. 1 pkt 10 tzw. Dyrektywy ECN¹⁹, który stanowi, że „przedsiębiorstwo”, o którym mowa w art. 101 i 102 TFUE, oznacza każdy podmiot zaangażowany w działalność gospodarczą, bez względu na jego status prawny oraz sposób jego finansowania. Definicja ta jest oparta na tzw. formule Höfnera²⁰ wypracowanej w judykaturze unijnej.

¹⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1 z dnia 11 grudnia 2018 r. mająca na celu nadanie organom ochrony konkurencji państw członkowskich uprawnień w celu skuteczniejszego egzekwowania prawa i zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:32019L0001>.

²⁰ Wyrok ETS z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 *Höfner i Elser v. Macrotron*, ECR [1991] I-1979, pkt 21. Zob. także wyrok Trybunału z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-205/03 P *FENIN v. Komisja*, LEX nr 226721.

W jednym z orzeczeń dotyczących ustalania maksymalnych stałych kwot refundacji cen leków i wyrobów medycznych z kas chorych w Niemczech Trybunał wypowiedział się w kwestii statusu instytucji kas chorych jako przedsiębiorstw obowiązanych do stosowania reguł konkurencji. Wskazał, że kasy chorych działające w ramach ustawowego systemu ubezpieczenia zdrowotnego zajmują się zarządzaniem systemem i środkami ubezpieczeń społecznych. Pełnią one w tym zakresie funkcję o charakterze wyłącznie socjalnym, opartą na zasadzie solidarności narodowej i całkowicie pozbawioną celów zarobkowych. Kasy chorych, będąc prawnie zobowiązane do oferowania świadczeniobiorcom świadczeń obowiązkowych, nie konkurują pomiędzy sobą ani z zakładami prywatnymi w zakresie zapewnienia ustawowych świadczeń obowiązkowych w zakresie opieki zdrowotnej lub leków. Z tych powodów charakter ich działalności powinien zostać uznany za niegospodarczy²¹.

Zatem na gruncie prawa i orzecznictwa unijnego instytucje takie jak kasy chorych czy np. Narodowy Fundusz Zdrowia, nie mając charakteru gospodarczego, nie są uznawane za przedsiębiorstwa obowiązane do przestrzegania reguł konkurencji. Natomiast w polskim porządku prawnym, w związku z szeroką definicją przedsiębiorcy w art. 4 ust. 1 u.o.k.k., uznawane są za przedsiębiorcę, którego działalność polega na organizowaniu usług o charakterze użyteczności publicznej.

Wzbudzać to może oczekiwanie co do stosowania przez polskie sądy krajowe prounijnej wykładni krajowych przepisów, jak miało to miejsce w postępowaniu przed Sądem Najwyższym w sprawie skargi kasacyjnej zainicjowanej przez NFZ przeciwko Prezesowi UOKiK. W uzasadnieniu swojej skargi kasacyjnej NFZ zawarł m.in. pytanie, czy możliwe jest przypisanie mu statusu przedsiębiorcy na gruncie krajowych przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów z pominięciem reguł ustalonych w oparciu o prawo Unii Europejskiej, wskazując na potrzebę wykładni krajowych przepisów prawnych budzących poważne wątpliwości w świetle prawa

²¹ Wyrok ETS z dnia 16 marca 2004 r. w sprawie C-264/01 *AOK Bundesverband i inni v. Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & CO. i inni*, pkt 51-55, LEX nr 197371.

unijnego²². Sąd Najwyższy skonstatował, iż takie „zagadnienie prawne byłoby istotnym zagadnieniem, gdyby równolegle stosowane były w niej unijne i krajowe reguły konkurencji (a więc w sytuacji jednoczesnego wpływu naruszenia na handel pomiędzy państwami członkowskimi). Wówczas należałoby rozstrzygnąć, w jaki sposób brak statusu przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa unijnego wpływa na dopuszczalność pociągnięcia do odpowiedzialności takiego podmiotu jak NFZ za naruszenie unijnych reguł konkurencji”. Jednak w sprawie były stosowane wyłącznie krajowe regulacje, bowiem nie występował tu żaden unijny łącznik transgraniczny, a zatem podmiotowość antymonopolowa NFZ wyznaczana jest przez art. 4 pkt 1 lit. a polskiej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co jak wskazano już wyżej, sytuuje NFZ jako przedsiębiorcę obowiązującego do respektowania reguł konkurencji.

Daje to podstawy do wniosku, że skoro na gruncie polskich przepisów antymonopolowych NFZ ma status przedsiębiorcy, tym samym może być sprawcą naruszenia – sprawcą szkody antymonopolowej – zgodnie z ustawą odszkodowawczą z 2017 r. Akcent należy położyć na „może być”, gdyż nie zawsze jest to oczywiste, o czym w następnej części.

6. Możliwość niezakwalifikowania NFZ jako sprawcy szkody antymonopolowej na gruncie ustawy odszkodowawczej

Jak już wskazano, fundamentem regulacji polskiej ustawy odszkodowawczej jest jej art. 3 mówiący, że sprawca naruszenia jest obowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej komukolwiek przez naruszenie prawa konkurencji. Zatem każdy może złożyć powództwo do sądu cywilnego o naprawienie szkody antymonopolowej wyrządzonej przez jej sprawcę.

Według zasad ogólnych do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest łączne spełnienie materialnych przesłanek tej odpowiedzialności, tj.: (1) wystąpienie zdarzenia, z jakim system prawny łączy odpowiedzialność deliktową oznaczonego podmiotu, (2) powstanie

²² Postanowienie SN z dnia 24 września 2013 r., w sprawie III SK 1/13, LEX nr 1380965.

szkody, która jest następstwem (skutkiem) tego zdarzenia, (3) istnienie adekwatnego związku przyczynowego między naruszeniem a szkodą oraz (4) wina²³. Odnoszenie tych ogólnych zasad odpowiedzialności deliktowej do odpowiedzialności za szkody antymonopolowe nie budzi wątpliwości zarówno w orzecznictwie²⁴, jak i literaturze²⁵.

Łącznie ze wskazanymi materialnymi przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej musi być prawidłowo zidentyfikowany podmiot odpowiedzialny za szkodę – sprawca szkody, a w kontekście omawianej problematyki – sprawca szkody antymonopolowej.

Z tego punktu widzenia istotne wydaje się pytanie, czy sąd w postępowaniu odszkodowawczym może nie zakwalifikować Narodowego Funduszu Zdrowia jako przedsiębiorcy mogącego być sprawcą szkody antymonopolowej.

Próbie odpowiedzi na postawione pytanie zacząć trzeba od wskazania, że prywatnoprawną drogę dochodzenia roszczeń odszkodowawczych za szkody antymonopolowe (*private enforcement*) można, w pewnym uproszczeniu, podzielić na:

- 1) dochodzenie roszczeń następczych – po wydaniu przez organ ochrony konkurencji decyzji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji – jest to tzw. tryb *follow-on action*, oraz
- 2) dochodzenie roszczeń samodzielnych – bez uprzedniej decyzji organu ochrony konkurencji stwierdzającej naruszenie, tj. samodzielnie przez powoda prywatnego (poszkodowanego) – tzw. tryb *stand-alone action*²⁶.

²³ G. Bieniek, [w:] G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kolakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 1996, s. 179.

²⁴ Por. wyrok SO w Lublinie z dnia 4 lipca 2014 r., I C 759/08, Lex nr 1845524.

²⁵ D. Wolski, *Komentarz do art. 3*, [w:] A. Piszcz, A. Stawicki (red.), *Roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2018, Lex/el., <https://sip-1lex-1pl-1idk-h6mli019c.han.uniwersytetradom.pl/#/commentary/587771166/568606?keyword=%20Piszcz%20Roszczenia%20o%20naprawienie%20szkody%20wyrz%C4%85dzonej%20przez%20naruszenie%20prawa%20konkurencji.%20Komentarz&toCHit=1&cm=STOP> [dostęp: 17.09.2022].

²⁶ E. Buczkowska, M. Trepka, *Brak przesłanek do zawieszenia postępowania przez sąd cywilny rozstrzygający sprawę o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji do czasu rozstrzygnięcia postępowania antymonopolowego lub odwoławczego od decyzji Prezesa UOKiK w przedmiocie tego samego naruszenia – uwagi na tle*

W ramach powództw następczych (*follow-on*), aby zwiększyć efektywność i skuteczność proceduralną postępowań o odszkodowanie za szkody antymonopolowe i ułatwić ich dochodzenie, ustawa odszkodowawcza wprowadziła w art. 30 prejudycjalność decyzji administracyjnej organu ochrony konkurencji (Prezesa UOKiK). Taka decyzja (lub wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK) ma wówczas moc wiążącą dla sądu w sprawie cywilnej w zakresie ustaleń faktycznych co do popełnienia deliktu antymonopolowego. Wobec tego te okoliczności faktyczne, jako podlegające formalnej ocenie, nie mogą być przedmiotem postępowania dowodowego przed sądem cywilnym, bowiem nie ma do nich zastosowania zasada swobodnej oceny dowodów (art. 233 k.p.c.). Przepis art. 30 ustawy odszkodowawczej wprowadza więc domniemanie dowodowe o charakterze niewzruszalnym. W konsekwencji sąd w sprawie cywilnej dokonuje tylko subsumcji wiążących ustaleń wynikających z decyzji lub wyroku SOKiK pod odpowiedni przepis prawa materialnego cywilnego oraz ewentualnych własnych ustaleń dotyczących pozostałych okoliczności istotnych w rozpoznawanej sprawie²⁷. Zakres związania sądu cywilnego obejmuje także ustalenia co do osoby sprawcy szkody (adresata decyzji organu ochrony konkurencji), zatem sąd nie może czynić w tej materii samodzielnych ustaleń. Sprawcą szkody jest ten, kto został wymieniony w sentencji decyzji Prezesa UOKiK.

Jednak dochodzenie odszkodowania z tytułu szkód wywołanych deliktem antymonopolowym nie jest uwarunkowane wcześniejszym stwierdzeniem w decyzji administracyjnej naruszenia przez organ ochrony konkurencji²⁸. Jeśli więc w sprawie zawisłej przed sądem cywilnym brak

art. 177 § 1 k.p.c., „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” nr 4(10), 2021, s. 22, www.uw.edu.pl/images/numery/ikar_4_10/iKAR_410-21_2BuczowskaTrepka.pdf.

²⁷ B. Wiczerzyńska, *Prejudycjalny charakter decyzji Prezesa UOKiK w kontekście odwrócenia ciężaru dowodu winy w sprawach prywatnego egzekwowania prawa konkurencji*, [w:] M. Strus-Wolos, M. Wiczerok (red.), *Prawa w postępowaniu cywilnym. Quid est Veritas?*, Radom 2021, s. 236–252.

²⁸ C. Banasiński, E. Piontek, *Komentarz do art. 10*, [w:] *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009: „Organ antymonopolowy nie jest zobligowany do wszczęcia postępowania i wydania orzeczenia jedynie na użytek postępowania przed sądem powszechnym. Zauważyć należy,

jakiegokolwiek decyzji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji lub co prawda decyzja została wydana, ale nie jest jeszcze prawomocna – sąd samodzielnie ocenia spełnienie przesłanek: (1) naruszenia prawa konkurencji, (2) zaistnienia szkody, (3) związku przyczynowego, (4) winy oraz (5) osoby sprawcy szkody, z uwzględnieniem zasad bezpośredniości i swobodnej oceny dowodów (powództwa *stand-alone*)²⁹.

Skoro zatem sąd w powództwach *stand-alone* samodzielnie czyni ustalenia m.in. co do osoby sprawcy szkody antymonopolowej, może nie zakwalifikować NFZ jako sprawcy szkody, zwłaszcza jeśli zastosuje pronunijną wykładnię pojęcia „przedsiębiorca” i skonfrontuje ją z unijnym autonomicznym pojęciem „przedsiębiorstwo”, które, jak już wskazano, instytucji takich jak Narodowy Fundusz Zdrowia nie obejmuje, bowiem zgodnie z orzecznictwem unijnym nie prowadzą one działalności o charakterze gospodarczym.

Analizy wymaga tu jednak zagadnienie, czy sąd powszechny, samodzielnie ustalając podmiot odpowiedzialny za szkodę antymonopolową (sprawcę szkody), może stosować pronunijną wykładnię pojęć zdefiniowanych w polskim krajowym porządku prawnym, jeśli równocześnie nie stosuje *aquis communautaire*.

Obowiązek pronunijnej interpretacji pojęcia „przedsiębiorca” nie wynika wprawdzie *expressis verbis* z prawa wspólnotowego, można jednak znaleźć argumenty uzasadniające stosowanie takiej wykładni omawianego pojęcia³⁰.

W powoływanym już postanowieniu w sprawie III SK 1/13 NFZ v. Prezes UOKiK, SN zauważył, iż prawo ochrony konkurencji nie jest objęte procesem harmonizacji, antymonopolowego. co wszakże nie wyklucza dopuszczalności i celowości wykorzystania *aquis communautaire* przy wykładni przepisów polskiego prawa antymonopolowego. W ślad

że organ antymonopolowy może nigdy nie podjąć postępowania dotyczącego stanu faktycznego będącego przedmiotem sporu cywilnoprawnego”.

²⁹ A. Stefanowicz-Barańska, *Komentarz do art. 2*, [w:] K. Lis-Zarias (red.), P. Machnikowski (red.), *Ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 39–41.

³⁰ G. Materna, *Adresaci zakazu praktyk ograniczających konkurencję w prawie polskim i wspólnotowym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 6, 2009, s. 30.

za tą konstatacją przytoczyć należy stanowisko Trybunału, który w kilku niedawnych orzeczeniach przypomniiał, utrwalając swą dotychczasową linię orzeczniczą, o celowości prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego. Obszerny i wieloaspektowy wywód w tym zakresie zawiera orzeczenie w sprawie C-573/17 *Popławski*³¹, potwierdzony następnie w sprawie C-183/18 *BGŻ BNP Paribas w Gdańsku*³². Trybunał wskazał i przypomniiał tu, że prawo Unii charakteryzuje się tym, iż pochodzi z niezależnego źródła, jakie stanowią traktaty, ma pierwszeństwo przed prawem państw członkowskich oraz że wiele przepisów mających zastosowanie do obywateli państw członkowskich i do samych tych państw jest bezpośrednio skutecznym. Te podstawowe cechy prawa Unii doprowadziły do powstania ustrukturyzowanej sieci zasad, przepisów i wzajemnie zależnych od siebie stosunków prawnych wiążących wzajemnie samą Unię i jej państwa członkowskie, jak również te państwa między sobą. Zasada pierwszeństwa prawa Unii ustanawia prymat prawa Unii nad prawem państw członkowskich. Zasadą następczą jest zasada wykładni prawa wewnętrznego zgodnej z prawem Unii, na podstawie której sąd krajowy jest zobowiązany do dokonywania wykładni prawa krajowego w możliwie największym zakresie zgodnej z prawem Unii, i jest ona nierozłącznie związana z systemem traktatów, gdyż pozwala sądom krajowym na zapewnienie, w ramach ich właściwości, pełnej skuteczności prawa Unii przy rozpoznawaniu zawisłych przed nimi sporów. Zgodnie z zasadą pierwszeństwa w razie niemożności dokonania wykładni uregulowania krajowego w sposób zgodny z wymogami określonymi w prawie Unii sąd krajowy, do którego należy w ramach jego kompetencji stosowanie przepisów prawa Unii, zobowiązany jest zapewnić pełną ich skuteczność, w razie konieczności z własnej inicjatywy. Podobnie brak możliwości uzyskania przez jednostki odszkodowania w przypadku spowodowania uszczerbku dla ich uprawnień poprzez naruszenie prawa

³¹ Wyrok Trybunału (Wielka Izba) z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie C-573/17 D.A. *Popławski*, LEX nr 2683591, cytowania pochodzą z punktów 52–62.

³² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 marca 2020 r. w sprawie C-183/18 *BGŻ BNP Paribas w Gdańsku*, LEX nr 2792386.

Unii prowadziłby do podważenia pełnej skuteczności norm prawa Unii oraz osłabienia ochrony praw, których są one źródłem. Trybunał jednak mocno podkreślił, iż nie można powoływać się na przepis prawa Unii jako taki, który nie wywiera bezpośredniego skutku w ramach sporu, w celu wyłączenia stosowania sprzecznego z nim przepisu prawa krajowego.

Mimo więc możliwości stosowania przez sądy krajowe prounijnej wykładni przepisów krajowych należy to czynić z wielką rozwagą. Sugestię tę dobitnie wyraził M. Kolasiński, akcentując potrzebę zachowania dużej ostrożności w odwoływaniu się do orzeczeń unijnych w trakcie analizy wyłącznie na gruncie polskiego prawa konkurencji, zachowań podmiotów wykonujących funkcje publiczne, w tym np. NFZ czy ZUS³³.

7. Podsumowanie

Narodowy Fundusz Zdrowia jako podmiot publiczny mający osobowość prawną, przeprowadzając konkursy ofert, rokowania i zawierając umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, monitorując ich realizację i rozliczanie, prowadzi działalność w zakresie organizowania usług o charakterze użyteczności publicznej. Tak ustanowiony kształt prawodawstwa powoduje zakwalifikowanie NFZ do kręgu przedsiębiorców obowiązanych do przestrzegania zakazów porozumień ograniczających konkurencję i zakazów nadużywania pozycji dominującej na gruncie polskiej ustawy antymonopolowej. Tym samym NFZ należy zaliczyć do grona możliwych podmiotów będących sprawcami szkód antymonopolowych, przeciwko którym każdy może dochodzić następnych lub samodzielnych powództw o naprawienie wyrządzonej szkody antymonopolowej.

Na podstawie przeprowadzonej analizy należy powiedzieć, że bardziej korzystne, bezpieczniejsze dla poszkodowanego deliktem antymonopolowym Narodowego Funduszu Zdrowia są powództwa następcze, bowiem tu sprawca deliktu – sprawca szkody – jest ustalony w wiążącej dla sądu cywilnego decyzji Prezesa UOKiK, natomiast w postępowaniach

³³ M. Kolasiński, *Stosowanie prawa konkurencji...*, s. 46.

cywilnych toczących się bez uprzedniej decyzji samodzielne ustalenia sądu co do sprawcy szkody mogą, w pewnych przypadkach, być niekorzystne dla poszkodowanego.

Bibliografia

- Banasiński C., Piontek E., *Komentarz do art. 10, [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. 1, Lexis Nexis, Warszawa 2009.
- Bieniek G., [w:] G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kolakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żulawska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 1996.
- Buczowska E., Trepka M., *Brak przesłanek do zawieszenia postępowania przez sąd cywilny rozstrzygający sprawę o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji do czasu rozstrzygnięcia postępowania antymonopolowego lub odwoławczego od decyzji Prezesa UOKiK w przedmiocie tego samego naruszenia – uwagi na tle art. 177 § 1 k.p.c.*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” nr 4(10), 2021.
- Etel M., *Kilka uwag o pojęciu „przedsiębiorca” w prawie ochrony konkurencji*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” nr 3(3), 2014.
- Kępiński M., *Pojęcie i systematyka prawa konkurencji*, [w:] M. Kępiński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 15, *Prawo konkurencji*, Warszawa 2014.
- Kohutek K., *Glosa do postanowienia SN z dnia 24 września 2013 r., III SK 1/13*, pkt. 3.1, LEX/el. 2015.
- Kohutek K., *Szkoda antymonopolowa. Zasady odpowiedzialności oraz dochodzenia roszczeń odszkodowawczych*, Warszawa 2018, Lex/el.
- Kolasiński M., *Stosowanie prawa konkurencji w odniesieniu do działalności podmiotów wykonujących zadania publiczne w oparciu o zasady solidaryzmu społecznego – różnice w polskim i unijnym podejściu*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” nr 6(3), 2014.
- Materna G., *Adresaci zakazu praktyk ograniczających konkurencję w prawie polskim i wspólnotowym*, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 6, 2009.
- Stefanowicz-Barańska A., *Komentarz do art. 2, [w:] K. Lis-Zarias, P. Machnikowski (red.), Ustawa o roszczeniach o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Wieczerzyńska B., *Prejudycjalny charakter decyzji Prezesa UOKiK w kontekście odwrócenia ciężaru dowodu winy w sprawach prywatnego egzekwowania prawa konkurencji*,

[w:] M. Strus-Wolos, M. Wieczorek (red.), *Prawda w postępowaniu cywilnym. Quid est Veritas?*, Radom 2021.

Wolski D., *Komentarz do art. 3*, [w:] A. Piszcz, A. Stawicki (red.), *Roszczenia o naprawienie szkody wyrządzonej przez naruszenie prawa konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2018, Lex/el.

Abstract

National Health Fund as the perpetrator of antitrust damage

Both in the European Union law and in the Polish national order, there is a comprehensive model of competition protection law enforcement, which includes: public and private competition rules enforcement. Private enforcement is carried out individually by entities aggrieved by the unlawful conduct of other entities by submitting a lawsuit under the Act on Claims for Compensation for Damage Caused by Violation of Competition Law. In compensation proceedings, it is necessary to identify the perpetrator of the antitrust damage. The concept of the perpetrator of anti-monopoly damage also covers entities that organize or provide services of general interest without carrying out economic activity. The content of the publication, on the basis of legal regulations, available literature and judicates, is an attempt to answer the questions whether the National Health Fund, as a public entity not oriented towards making a profit, may be qualified as an entrepreneur who is the perpetrator of anti-monopoly damage and is obliged to repair it, and whether a civil court in the compensation proceedings may not qualify the National Health Fund as an entrepreneur that may be the perpetrator of antitrust damage?

Problematyka budowania relacji lekarza seksuologa z pacjentem na gruncie systemowych instytucji procedury karnej i wykroczeniowej

Streszczenie

Zagadnienia przedstawione w niniejszym tekście obejmują problematykę związaną z relacją między seksuologiem a osobą opiniowaną na gruncie procedury karnej i wykroczeniowej. Swoje rozważania autor poprzedza wstępem, poświęconym zagadnieniom wprowadzającym, obejmującym ogólne aspekty omawianej tematyki, takie jak: zdrowie seksualne, seksualność czy prawa seksualne człowieka. Wkraczając w sferę omówienia instytucji procesowych, autor opisuje regulacje zawarte w prawie karnym i prawie wykroczeń, w zakresie roli seksuologa. Wskazując na moment ustawowego wprowadzenia seksuologa do procedury karnej, autor zwraca uwagę na jego pozycję w stosunku do innych biegłych sądowych. Podejmując temat, autor zwraca uwagę na kwestię relacji między pacjentem a lekarzem seksuologiem (seksuologiem medycznym), która ma podstawę prawną w ustawodawstwie medycznym. Kontynuując swoje rozważania, autor wyjaśnia kluczową rolę kompetencji miękkich, pomijanych w formalnych wymogach pracy biegłego.

Słowa kluczowe: biegły sądowy, lekarz seksuolog, seksuologia sądowa, pacjent, procedura karna, procedura wykroczeniowa, tło psychoseksualne, zdrowie seksualne

Zagadnienia wstępne

Gunnar Römer w krótkim opisie historii seksuologii zaznacza, że znane piśmiennictwu początki myśli seksuologicznej sięgają czasów Platona i Arystotelesa, którzy w podejmowanych rozważaniach rozpatrywali „kwestię etyki seksualnej i zachowań seksualnych ludzi”¹. W literaturze poświęconej problematyce zagadnień z zakresu przedmiotu wskazuje się, że seksuologia (ang. *sexology*; niem. *die Sexualwissenschaft* / *die Sexologie* / *die Sexuologie* / *die Sexualpsychologie*; łac. *scientia sexualis*²) jest dyscypliną zajmującą się „opisem, definicją i badaniem życia seksualnego, w odniesieniu do seksualności”³, mając na celu „zbadanie i opisanie wszystkich procesów psychologicznych i zachowań związanych z seksualnością w ich różnorodności u mężczyzn i kobiet oraz w ich rozwoju, a także w ich przejawach”⁴. Johann Lemmer – zwracając uwagę na epistemologiczny aspekt seksuologii – akcentuje zaś jej „unikalne holistyczne, uniwersalne, integralne (bio-psycho-społeczno-kulturowe), interdyscyplinarne podłoże teoretyczne”⁵, któremu – jak zaznacza badacz – towarzyszy „własna metodologia, unikalna forma badań, skierowanych na wyniki między i poza biegunowymi teoriami prakseologicznymi”⁶.

¹ „(...) die Fragen der Sexualethik und dem Sexualverhalten der Menschen”, por. *Sexualwissenschaft*, [w:] <https://flexikon.doccheck.com/de/Sexualwissenschaft> [dostęp: 20.10.2023]; zob. też L.J. Van Rooyen, *History of Sexology, Introduction to sexology – A. Simplified Epistemology*, https://www.academia.edu/8888113/Introduction_to_Sexology_A_Simplified_Epistemology?email_work_card=view-paper, s. 3–11.

² S.M. Lommel, *Die Sorge um den Sex – Michel Foucaults Theorie der Sexualität*, „Sexuologie. Zeitschrift für Sexualmedizin, Sexualtherapie und Sexualwissenschaft”, t. 7, z. 1, s. 41–42.

³ Por. *Sexualwissenschaft*, <https://flexikon.doccheck.com...> [dostęp: 20.10.2023].

⁴ „(...) die psychischen Prozesse und Verhaltensweisen in ihrer Vielfalt bei Mann und Frau und in ihrer Entwicklung”, por. *Sexualwissenschaft, Sexualpsychologie*, <https://dorsch.hogrefe.com/stichwort/sexualpsychologie-sexual-wissenschaft#search=37970900cdd5f40c3f148b825bfe5c02&offset=0> [dostęp: 20.10.2023].

⁵ J. Lemmer, *Introduction to sexology as the scientific studies of sexuality*, s. 1, https://www.researchgate.net/publication/344415560_SEXOLOGY_THE_SCIENTIFIC_STUDIES_OF_SEXUALITY [dostęp: 20.10.2023].

⁶ „(...) a unique holistic, universal integralistic [bio-psycho-socio-cultural], inter-transactional [trans-disciplinary] theory and an own methodology and unique field of study”, *ibid.*

Nie bez znaczenia pozostaje jednak fakt, że dyscyplinę tę łączy silna i nierozzerwalna więź z medycyną, co przejawia się w ścisłych relacjach zachodzących pomiędzy poszczególnymi dziedzinami medycyny⁷ i ich związkami, określanymi całościowo mianem: „medycyny seksualnej” (ang. *Sexual Medicine*; niem. *die Sexualmedizin*)⁸ lub „seksiatrii”⁹.

Porządkując powyższe informacje, można podjąć osobisty wysiłek zdefiniowania seksuologii jako interdyscypliny naukowej zajmującej się badaniem i opisem psychoseksualnego funkcjonowania człowieka w oparciu o kryteria przyjętych norm medycznych, psychologicznych i społecznych.

Prócz samego rozumienia zakresu seksuologii warte wyjaśnienia pozostają także ramy znaczeniowe pojęcia „seksualność” (ang. *sexuality*; niem. *die Sexualität*), stanowiącego punkt odniesienia dla obszaru poznawczego omawianego zagadnienia. Światowa Organizacja Zdrowia (ang. World Health Organization, dalej jako WHO) wskazuje, że „seksualność” należy postrzegać jako „centralny aspekt człowieczeństwa, trwający przez całe życie i obejmujący swoim zasięgiem takie obszary, jak: płeć, tożsamość i role płciowe, orientację seksualną, erotyzm, przyjemność, intymność i reprodukcję”¹⁰. Dodatkowo warto zauważyć, iż dalsza część definicji zwraca uwagę na percepcyjny wymiar seksualności, doświadczany i wyrażany w wymiarze: „myśli, fantazji, pragnień, przekonań, postaw, wartości, zachowań, praktyk,

⁷ „Andrologie, Dermato-Venerologie, Endokrinologie, Gynäkologie, Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie und Urologie”, *Sexuologie*, <https://sexuologie-info.de/> [dostęp: 20.10.2023]; por. *Program specjalizacji w seksuologii*, Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego w Warszawie, Warszawa 2002, Aktualizacja 2018, s. 3–4, <https://cmkp.edu.pl/wp-content/uploads/pdf/0758-program-1-D.pdf> [dostęp: 20.10.2023].

⁸ Pojęciem *die Sexualmedizin* posługują się m.in. dwie prestiżowe zagraniczne publikacje, poświęcone problematyce seksuologicznej: *Psychiatry and Sexual Medicine. A Comprehensive Guide for Clinical Practitioners* oraz *Sexuologie. Zeitschrift für Sexualmedizin, Sexualtherapie und Sexualwissenschaft* (przyp. aut.); por. W. Weig, *Sexuelle Gesundheit und die Entwicklung einer prophylaktischen Sexualmedizin*, „Sexuologie. Zeitschrift für Sexualmedizin, Sexualtherapie und Sexualwissenschaft”, t. 7, z. 1, s. 54.

⁹ Określeniem „seksiatria” posługiwał się m.in. Kazimierz Imieliński, por. K. Imieliński, *Seksiatria. Psychofizjologia seksualna*, t. 1, PWN, Warszawa 1990; K. Imieliński, *Seksiatria. Patologia seksualna*, t. 2, PWN, Warszawa 1990.

¹⁰ J. Lemmer, *Introduction to sexology*, s. 2.

ról i relacji”¹¹. Mimo tak szerokiego spektrum wyraźnie wskazuje się na możliwość zróżnicowanego doświadczania lub wyrażania każdego ze wspomnianych wyżej wymiarów¹². „Seksualność”, jak wyjaśnia WHO, jest determinowana przez szereg pozostających we wzajemnej interakcji elementów, w skład których wchodzi czynniki: „biologiczne, psychologiczne, społeczne, ekonomiczne, polityczne, kulturowe, etyczne, prawne, historyczne, religijne i duchowe”¹³. Z perspektywy podejmowanych rozważań warto zauważyć, że WHO w sposób wyraźny wskazuje na istnienie związku zachodzącego pomiędzy prawami człowieka a zdrowiem seksualnym (ang. *sexual health*, niem. *die sexuelle Gesundheit*). Jak ujmuje przywoływana wyżej organizacja: „Realizacja zdrowia seksualnego jest powiązana z zakresem, w jakim prawa człowieka są przestrzegane, chronione i realizowane”¹⁴. WHO objaśnia, iż: „prawa seksualne obejmują pewne prawa człowieka, które zostały już uznane w międzynarodowych i regionalnych dokumentach dotyczących praw człowieka i innych dokumentach konsensusu oraz w przepisach krajowych”¹⁵.

Mając na względzie powyższe, cytowana organizacja wymienia zbiór praw człowieka (ang. *human rights*; niem. *die Menschenrechte*), określanych mianem kluczowych, „dla – jak podkreśla – realizacji zdrowia seksualnego danej jednostki”¹⁶.

W skład praw tych wchodzi:

- a) prawo do równości i niedyskryminacji / *the rights to equality and non-discrimination*;
- b) prawo do wolności od tortur lub okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania / *the right to be free from torture or to cruel, inhumane or degrading treatment or punishment*;
- c) prawo do prywatności / *the right to privacy*;

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Sexuality, <https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research/key-areas-of-work/sexual-health/defining-sexual-health> [dostęp: 20.10.2023].

¹⁵ Ibid.

¹⁶ „(...) for the realization of sexual health”, *ibid.*

- d) prawa do najwyższego osiągalnego poziomu zdrowia (w tym zdrowia seksualnego) i zabezpieczenia społecznego / *the rights to the highest attainable standard of health (including sexual health) and social security*;
- e) prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny oraz do zawarcia małżeństwa za wolną i pełną zgodą przyszłych małżonków, a także do równości w małżeństwie i przy jego rozwiązaniu / *the right to marry and to found a family and enter into marriage with the free and full consent of the intending spouses, and to equality in and at the dissolution of marriage*;
- f) prawo do decydowania o liczbie dzieci i odstępach czasowych ich narodzin / *the right to decide the number and spacing of one's children*;
- g) prawa do informacji i edukacji / *the rights to information, as well as education*;
- h) prawa do wolności opinii i wypowiedzi / *the rights to freedom of opinion and expression*;
- i) prawo do skutecznego środka prawnego w przypadku naruszenia praw podstawowych / *the right to an effective remedy for violations of fundamental rights*¹⁷.

Należy zaznaczyć, iż wskazany wyżej katalog praw seksualnych nie jest jedynym takim zestawieniem podlegającym wyszczególnieniu na szczeblu międzynarodowym. Dla dopełnienia spojrzenia na niniejsze zagadnienie warto przywołać zbiór wskazany przez Światową Organizację Zdrowia Seksualnego (ang. World Association for Sexual Health, dalej jako: WAS), jako *basis* Deklaracji Praw Seksualnych Człowieka (*[The WAS] Declaration of Sexual Rights*)¹⁸. Złożony jest on z szesnastu enumeratywnie wymienionych praw, zbliżonych zakresem treściowym lub pokrywających się literalnie z prawami wskazanymi w treści katalogu WHO¹⁹.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Polska wersja dokumentu <https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2013/108/DSR-Polish.pdf> [dostęp: 20.10.2023]; wersja angielska: <https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2013/08/Declaration-of-Sexual-Rights-2014-plain-text.pdf> [dostęp: 20.10.2023].

¹⁹ J. Lemmer w swojej publikacji *Introduction to sexology...* nie wspomina o istnieniu katalogu praw seksualnych WHO i WAS. Autor uwydatnia jedynie problematykę napięcia istniejącego między prawami i potrzebami seksualnymi jednostki, pozostającymi – jak wskazuje – często w konflikcie z prawami i potrzebami społeczeństwa („The tension between the sexual rights and needs of the individual is often in conflict with that of society”, s. 17 – przyp. aut.).

Do praw tych należą:

1. Prawo do równości i niedyskryminacji / *the right to equality and non – discrimination.*
2. Prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego / *the right to life, liberty, and security of the person.*
3. Prawo do niezależności, autonomii i nietykalności cielesnej / *the right to autonomy and bodily integrity.*
4. Prawo do wolności od tortur, okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania i karania / *the right to be free from torture and cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.*
5. Prawo do wolności od wszelkich form przemocy i przymusu / *the right to be free from all form of violence and coercion.*
6. Prawo do prywatności / *the right to privacy.*
7. Prawo do najlepszego możliwego do osiągnięcia stanu zdrowia, w tym zdrowia seksualnego, wraz z możliwością przeżywania przyjemnych, satysfakcjonujących i bezpiecznych doświadczeń seksualnych / *the right to the highest attainable standard of health, including sexual health; with the possibility of pleasurable, satisfying, and safe sexual experiences.*
8. Prawo do korzystania z dobrodziejstw postępu naukowego i jego zastosowań / *the right to enjoy the benefits of scientific progres and its application.*
9. Prawo do informacji / *the right to information.*
10. Prawo do nauki oraz prawo do kompletnej i wyczerpującej edukacji w zakresie seksualności / *the right to education and the right to comprehensive sexuality education.*
11. Prawo do zawierania, życia w i rozwiązywania małżeństw, związków partnerskich oraz zbliżonych rodzajów relacji i związków opierających się na poszanowaniu równości oraz na pełnej i niewymuszonej zgodzie partnera / *the right to enter, form, and dissolve marriage and other silimar types of relationships based on equality and full and free consent.*
12. Prawo do podejmowania decyzji o posiadaniu lub nieposiadaniu dzieci, o ich liczbie oraz odstępach czasowych między dziećmi oraz prawo do informacji i środków niezbędnych do podejmowania tych decyzji / *the right to decide whether to have children, the numer and spacing of children, and to have the information and the means to do so.*

13. Prawo do wolności myśli, opinii oraz wyrażania ich / *the right to freedom of thought, opinion and expression*.
14. Prawo do wolnego stowarzyszania się i pokojowych zgromadzeń / *the right of freedom of association and peaceful assembly*.
15. Prawo do udziału w życiu publicznym i politycznym / *the right to participation in public and political life*.
16. Prawo dostępu do wymiaru sprawiedliwości, środków naprawczych odszkodowawczych / *the right to access to justice, remedies and redress*.

Przywoływanie w tym miejscu wszystkich wymienionych z nazwy praw należy uznać za zabieg intencyjny, którego celem jest: identyfikacja i wnikliwsze zrozumienie szerokiego zakresu treści posiadanych przez jednostkę uprawnień w ramach własnej sfery życia seksualnego. Działanie to pozwala jednocześnie na pogłębiony wgląd w obszar tworzący podstawę psychoseksualnych ram, stanowiących punkt odniesienia dla identyfikacji odstępstw od normy zdrowotnej jako fundamentalnej w czynnościach biegłego lekarza seksuologa na gruncie systemowych instytucji procedury karnej i wykroczeniowej²⁰.

Ostatecznie – biorąc pod uwagę treść omawianego zagadnienia – warto nakreślić obszar zainteresowań wyspecjalizowanego działu seksuologii, mającego ścisły związek z prawem, a określanego mianem: „seksuologii sądowej”²¹ (ang. *forensic sexology*; niem. *forensische Sexologie*²²). Jako obszar badawczy wskazuje się tu m.in.:

²⁰ Używanie terminu „psychoseksualny” – tj. łączący sferę psychiki ze sferą seksualności – uzasadnione jest integralnym związkiem istniejącym między tymi dwoma współistniejącymi obszarami. Nie pozostaje wątpliwe, iż w przypadku zaburzeń pierwsza składowa cyklu dewiacyjnego wg Salter ma swój początek w fantazji, która powstaje w umyśle sprawcy (przyp. aut.); por. także M. Marzec, *Przegląd zagadnień związanych ze sprawcami przemoc seksualnej wobec dzieci*, „Resocjalizacja Polska”, nr 22, 2021, s. 352.

²¹ Z. Lew-Starowicz, *Wstęp*, [w:] *Seksuologia sądowa*, PZWL, Warszawa 2023.

²² W języku niemieckim zdecydowanie bardziej rozpowszechnionym określeniem jest wyrażenie *Sexualmedizin mit Forensische Psychiatrie*, określający połączenie medycyny seksualnej z psychiatrią sądową (przyp. aut.); por. także N. Vaidakis, F. Ferenidou, *Historical Links Between Psychiatry and Sexual Medicine*, [w:] *Psychiatry and Sexual Medicine. A Comprehensive Guide for Clinical Practitioners*, Cham 2021, s. 1–11.

- a) opiniowanie sądowo-seksuologiczne, z uwzględnieniem: postaw prawnych, zakresu, treści, relacji zachodzącej pomiędzy opinią a zasadami tajemnicy lekarskiej;
- b) współpracę biegłego seksuologa z innymi biegłymi;
- c) obronę własnego stanowiska wyrażonego w opinii;
- d) rolę biegłego seksuologa w orzecznictwie sądowym, karnym i cywilnym;
- e) aspekty prawne transseksualności;
- f) przemoc seksualną: z uwzględnieniem przemocy w rodzinie, w zakresie: klasyfikacji, diagnostyki, aspektów prawnych;
- g) zjawisko pornografii;
- h) typy przestępstw seksualnych kwalifikowanych na gruncie ustawy karnej;
- i) leczenie sprawców oraz ofiar przemocy i wykorzystania seksualnego;
- j) relacje seksualne zachodzące między terapeutami a ich pacjentami²³.

Zarys problematyki instytucji systemowych na gruncie procesowego prawa karnego z udziałem lekarza seksuologa w roli biegłego

Udział lekarza seksuologa w postępowaniu karnym: przygotowawczym i jurysdykcyjnym (dalej także: biegłego specjalisty z zakresu seksuologii; eksperta) – uregulowany przez kodeks postępowania karnego (dalej jako: k.p.k.)²⁴ – jest efektem podjętych przez prawodawcę polskiego prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy procesowej z 1997 r.²⁵ Ustawa ta wprowadza do porządku prawnego przepis ustanawiający obecność specjalisty z zakresu seksuologii w roli biegłego, mającego na celu wydanie opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego w zakresie „zaburzeń

²³ Por. *Program...*, s. 2, 6.

²⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555.

²⁵ Por. art. 2 pkt. 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r., o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589.

preferencji seksualnych” (ang. *sexual disorders*²⁶; niem. *Sexualstörungen / Sexuelle Funktionsstörungen*) – art. 202 § 3 k.p.k. w zw. z art. 202 § 1 k.p.k. i art. 193 § 1 k.p.k.

Należy przy tym zaznaczyć, iż do momentu wdrożenia przez polskiego ustawodawcę wspomnianej wyżej zmiany przepisy procedury karnej uchwalone ustawą z 1997 r. nie wskazywały literalnie obligatoryjnego albo fakultatywnego udziału biegłego specjalisty z zakresu seksuologii w opiniowaniu odnośnie do zakresu zaburzeń związanych z preferencjami seksualnymi oskarżonego. Konieczne pozostaje wskazanie, iż historyczny kontekst kształtu procedury karnej, oparty na analizie treści aktów procesowych z roku 1928²⁷, 1932²⁸ i 1969²⁹, daje wyraźny pogląd o całkowitym braku wyszczególnienia przez prawodawcę lekarza seksuologa jako specjalisty uczestniczącego czynnie w opiniowaniu procesowym. Nie pozostaje w żaden sposób wątpliwe, iż czyny stypizowane w ustawie karnej materialnej (dalej jako: k.k.)³⁰, mające związek z tłem seksualnym, wymagają profesjonalnej oceny specjalistycznej (seksuologicznej), wykraczającej – w obecnym stanie wiedzy – poza zakres kompetencji psychiatrycznych. Można przy tym słusznie stwierdzić, że nowelizacja ustawy k.p.k. w przedmiocie wprowadzenia przez polskiego ustawodawcę obligatoryjnego udziału lekarza seksuologa – w przypadku czynów mających związek z podłożem seksualnym – zasługuje na powszechną aprobatę.

Nie bez znaczenia pozostaje jednak fakt, iż biegły seksuolog, o którym mowa w art. 203 § 3 k.p.k., jest specjalistą legitymującym się dyplomem lekarskim. Oznacza to, iż polski ustawodawca – precyzując to literalnie – wskazał ponad wszelką wątpliwość, jakimi wymogami obowiązany

²⁶ N. Vaidakis, F. Ferenidou, *Historical...*, s. 7–8.

²⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1928 r. Nr 33, poz. 313.

²⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 23 sierpnia 1932 r. zmieniające niektóre przepisy postępowania karnego, Dz.U. z 1932 r. Nr 73, poz. 662.

²⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96; por. także R. Stefański, *Teza nr 10 do art. 202 kpk*, [w:] Z. Gostyński (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1998, s. 553.

³⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

jest kierować się organ procesowy w doborze biegłego seksuologa, by – nie naruszając obowiązującego przepisu procedury karnej – mógł on skutecznie (pod względem formalnym) wypełniać powierzoną mu rolę procesową. Zagadnienie to – z pozoru oczywiste – wymaga uwagi ze względu na kształt innych regulacji systemowych, dopuszczających do udziału w opiniowaniu biegłego seksuologa, wobec którego przepis ustawy nie wymaga spełnienia przesłanki wykształcenia lekarskiego (certyfikowany psycholog)³¹.

Warto w tym miejscu jasno podkreślić, że udział biegłego lekarza seksuologa nie jest zadaniem w pełni samodzielnym, tj. skutkującym wydaniem opinii odrębnej³². Oznacza to tym samym, iż ocena stanu zdrowia psychicznego opiniowanego – w zakresie zaburzonych preferencji seksualnych – stanowi element składowy tzw. opinii kompleksowej³³ (ang. *comprehensive expert witness opinion*; niem. *die Umfassendes Sachverständigenurachten*), będącej wspólnym rezultatem pracy diagnostycznej, podejmowanej wspólnie z co najmniej dwoma biegłymi lekarzami o specjalizacji psychiatrycznej (art. 202 § 1 k.p.k.). „Kompleksowe zajęcie stanowiska” – w ocenie Sądu Najwyższego – niewątpliwie przyczynia się „do wszechstronnego wyjaśnienia sprawy i usunięcia wątpliwości w podstawowych kwestiach wymagających rozstrzygnięcia”³⁴ oraz ma miejsce w przypadku

³¹ Por. art. 11 pkt. 2 ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, Dz.U. z 2014 r. poz. 24.

³² Użyte przez prawodawcę w treści art. 202 § 3 k.p.k. w zw. z art. 193 § 3 k.p.k. wyrażenie „udział w wydaniu opinii” wobec biegłego lekarza seksuologa świadczy o nieindywidualnym uczestnictwie biegłego w procesie opiniowania. Wynika to z językowego znaczenia słowa „udział”, definiowanego jako „uczestniczenie w czymś wraz z innymi”; przyp. aut.; por. hasło „udział” [w:] *Słownik Języka Polskiego* PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/udzial;2532114.html> [dostęp: 20.10.2023]; por. także D. Gruszecka, *Biegli uprawnieni do wydania opinii*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 496.

³³ J.K. Gierowski, *Kompleksowe opiniowanie o stanie zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego*, „Psychiatria Polska”, t. 40, nr 1, 2006, passim; por. wyrok SN z dnia 8 kwietnia 1999 r., sygn. akt IV KKN 653/98, „Prokuratura i Prawo” 10/1999.

³⁴ Por. wyrok SN z dnia 17 października 1979 r., sygn. akt I KR 140/79, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego”, 6/1980, poz. 86; por. także wyrok SN z dnia 13 maja 2013 r., V KK 230/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa” 6/2013, poz. 53.

spraw „o skomplikowanym stanie faktycznym, wymagających posiadania wiedzy z różnych specjalności”³⁵. Ponadto – w sposób wyraźny – wskazuje się, iż „opiniowanie w przedmiocie zaburzeń preferencji seksualnych oskarżonego powinno mieć miejsce w ramach tzw. opinii kompleksowej”³⁶.

Istotną pod względem procesowym kwestią – nad którą dwukrotnie pochylił się już SN – było ustalenie sposobu powołania biegłego lekarza seksuologa: do opiniowania w przedmiocie zdrowia psychicznego, obejmującego zakres zaburzeń preferencji seksualnych. W wydanym postanowieniu z dnia 8 lutego 2012 r. (sygn. akt V KK 180/11)³⁷ SN wyjaśnił, iż obowiązkiem powołania biegłego lekarza seksuologa w postępowaniu karnym obciążony jest sąd lub prokurator jedynie w przypadku, gdy wniosek o powołanie biegłego zostanie złożony przez biegłych, o których mowa w art. 202 § 1 k.p.k.³⁸ W uchwale z dnia 25 września 2013 r. (sygn. akt I KZP 8/13)³⁹ wskazane zostało inne stanowisko SN, które w sposób wyraźny akcentowało nakaz urzędowego powołania – przez organ procesowy (prokuratora, sąd) – biegłego lekarza seksuologa w sytuacji, gdy z okoliczności sprawy toczącego się postępowania wynika, iż zachodzi potrzeba zbadania stanu zdrowia psychicznego oskarżonego w aspekcie związku, jaki zachodzi z zaburzeniem preferencji seksualnych⁴⁰.

Należy jednakże mieć na względzie, że w razie zaobserwowania u oskarżonego stanów wymagających – w ocenie opiniujących

³⁵ J. Dzierżanowska, *Opinia indywidualna, pojedyncza, zespołowa i kompleksowa*, [w:] eadem, J. Studzińska, *Biegli w postępowaniu sądowym cywilnym i karnym. Praktyczne omówienie regulacji z orzecznictwem*, Warszawa 2019, s. 394–395.

³⁶ D. Świecki, *Dowód z opinii biegłego*, [w:] idem, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2020, s. 328.

³⁷ Postanowienie SN z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt. V KK 180/11, „Biuletyn Prawa Karnego”, 3/2012, poz. 42.

³⁸ Por. K.T. Boratyńska, *Komentarz do art. 202. Ustalenie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego*, [w:] A. Sakowicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 500.

³⁹ Uchwała SN z dnia 25 września 2013 r., I KZP 8/13, „OSNIK i W” 10/2013, poz. 83.

⁴⁰ Por. K.T. Boratyńska, *Komentarz...*, s. 501.

psychiatrów – konieczności zasięgnięcia opinii biegłego lekarza seksuologa opiniujący w sprawie psychiatry mają obowiązek zawiadomienia organu (dysponującego kompetencją w powołaniu biegłego) o konieczności uczestniczenia lekarza seksuologa w czynnościach, mimo uprzedniego braku powołania tegoż specjalisty przez właściwy – dla danego etapu postępowania – organ z urzędu⁴¹.

Co więcej, Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 20 stycznia 2015 r. (II KK 181/14) zaznaczył wyraźnie, iż niedopuszczenie z urzędu – celem wydania opinii psychiatrycznej – zespołu biegłych, tj. dwóch biegłych psychiatrów oraz biegłego seksuologa, „(...) powinno prowadzić do wniosku, iż stan zdrowia psychicznego oraz poczytalność oskarżonego w momencie popełnienia zarzucanych mu czynów nie została należycie zweryfikowana”⁴².

Z uwagi na fakt, iż aspekty proceduralne prawa karnego pozostają w ścisłym związku z regulacjami materialnokarnymi, warte wskazania pozostają typy czynów, z którymi polski ustawodawca wiąże udział biegłego seksuologa jako zasadny.

Wprowadzony nowelą lutową z dnia 20 lutego 2015 r. art. 93c k.k.⁴³ wymienia stypizowane ustawowo rodzaje zachowań, które – z uwagi na ciężar gatunkowy czynu, połączony z „podłożem psychoseksualnym” (ang. *psychosexual background*; niem. *der psychosexueller Hintergrund*) – wymagają w ocenie systemowej zastosowania art. 202 § 3 k.p.k. Warto jednocześnie podkreślić, iż mechanizm, o którym mowa w art. 93c pkt 3 k.k., jest efektem połączenia dwóch znanych prawu materialnemu instytucji, tj. kary i leczniczego środka zabezpieczającego⁴⁴.

⁴¹ Por. K. Zgryzek, *Badanie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego uwagi na tle art. 202 i 203 kpk*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, Warszawa 2011, s. 167–168.

⁴² Wyrok SN z dnia 20 stycznia 2015 r., II KK 181/14, <https://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/III%20KK%20181-14.pdf> [dostęp: 20.10.2023].

⁴³ Por. art. 1 ust. 55 ustawy z dn. 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r. poz. 396.

⁴⁴ Środek zabezpieczający jest systemowym mechanizmem reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony, stypizowanym w przepisach karnych materialnych. W tradycyjnym ujęciu środka – opartym na tzw.

Do powołanego we wspomnianym przepisie katalogu polski prawodawca zaliczył:

- zabójstwo (art. 148 k.k.);
- ciężki uszczerbek na zdrowiu (art. 156 k.k.);
- zgwałcenie (art. 197 k.k.);
- seksualne wykorzystanie niepoczytalności i bezradności (art. 198 k.k.);
- seksualne wykorzystanie stosunku zależności lub krytycznego położenia (art. 199 § 2 k.k.);
- seksualne wykorzystanie małoletniego poniżej lat 15 (art. 200 § 1 k.k.);
- prezentację małoletniemu poniżej lat 15 treści pornograficznych lub udostępnianie mu przedmiotów mające taki charakter (art. 200 § 3 k.k.);
- prezentacja małoletniemu poniżej lat 15 wykonania czynności seksualnej, w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby (art. 200 § 4 k.k.)⁴⁵.

Należy mieć jednak na uwadze, iż przedstawiony wyżej katalog – mimo budowy zamkniętej⁴⁶ – nie ogranicza w żaden sposób udziału biegłego lekarza seksuologa w opiniowaniu innych czynów stypizowanych

dwutorowości systemu prawa karnego – rozwiązanie stanowi alternatywę dla instytucji kary stosowanej wobec sprawcy, któremu można przypisać winę, w związku z popełnionym przez niego czynem; środek zabezpieczający o charakterze leczniczym stosowany jest zatem jako prawnie dozwolona reakcja na czyn, wobec sprawcy niepoczytalnego lub sprawcy z poczytalnością ograniczoną, w związku z brakiem podstawy do przypisania winy w chwili popełnienia przez sprawcę czynu, stypizowanego w przepisach karnych materialnych. W aktualnych polskich realiach prawnych środek zabezpieczający o charakterze leczniczym stosowany jest także wobec sprawcy poczytalnego, popełniającego czyn wskazany w zamkniętym katalogu, na gruncie art. 93c pkt 3–5 k.k. (przyp. aut.).

⁴⁵ Rozszerzony katalog (z art. 93c pkt 3 k.k.) o § 3 i 4 art. 200 k.k., wszedł w życie z dniem 1 października 2023 r. (przyp. aut.).

⁴⁶ Struktura art. 93c pkt 3 k.k. ma konstrukcję zamkniętą, o budowie nieenumeratywnej, co czym świadczy układ wymienionych kolejno – po przecinku – przepisów (przyp. aut.). Wskazuje się, iż: sam art. 93c kk „(...) przewiduje również zamknięty katalog sprawców, wobec których można orzec środki zabezpieczające (...) zgodnie z art. 93c pkt 1 k.k. środki te orzeka się wobec sprawcy, co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1 k.k., albo zgodnie z art. 93c pkt 2–5 k.k. – w razie skazania za przestępstwo”, Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 października 2020 r., s. 2, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pienie%20RPO%20do%20Ministra%20Sprawiedliwo%C5%9Bci%20ws.%20%C5%9Brodok%C3%B3w%20zabezpieczaj%C4%85cych%2C%2029.10.2020.pdf> [dostęp: 20.10.2023].

w ustawie karnej⁴⁷. Podstawową przesłanką, która włącza specjalistę do postępowania w roli biegłego, jest relacja, jaka zachodzi między popełnionym przez sprawcę czynem a przywoływanymi w ustawie preferencjami seksualnymi – w aspekcie ich możliwego zaburzenia. Można zatem zauważyć, iż bezpodstawny brak włączenia do toczącego się postępowania biegłego opiniującego w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych w związku z czynem mogącym mieć związek z podłożem psychoseksualnym – stanowi istotny i zaskarżalny błąd proceduralny, który nieusunięty na etapie jurysdykcyjnym sądu *a quo* skutkuje naruszeniem przepisów postępowania poprzez niezastosowanie określonej normy prawnej⁴⁸.

Biorąc pod uwagę postępowanie pierwszoinstancyjne, należy pamiętać o wynikającym z ustawy obowiązku wysłuchania biegłych. Rola, w jakiej wstępuje biegły lekarz seksuolog, sprowadza się tu do obecności na sali rozpraw w charakterze opiniującego specjalisty (art. 354 pkt 2 k.p.k.), dysponującego szeroką wiedzą ekspercką w danej dyscyplinie (seksuologii) i odpowiadającego na pytania sądu oraz innych uczestników toczącego się postępowania (art. 354a § 1 k.p.k.)⁴⁹. Nadto, zgodnie z treścią art. 171 § k.p.k., biegłemu przysługuje ustawowe uprawnienie „do zadawania pytań osobom przesłuchiwanym, co daje mu [jak wskazuje J. Dzierżanowska] możliwość dodatkowej aktywności w trakcie czynności, w której bierze udział”⁵⁰. Janusz Kaczmarek – w kontekście taktyki względem opinii biegłego – zaznacza, iż „co do zasady, nie ma obowiązku przesłuchania biegłego po złożeniu przez niego opinii”⁵¹, zaś przy kwestionowaniu jej treści „(...) należy wskazać na uchybienia, które takie przesłuchanie

⁴⁷ Por. Rozdział XXV k.k. *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* i in., (przyp. aut.).

⁴⁸ Mowa tu o podstawie do wniesienia apelacji w związku z zarzutem obrazy przepisów postępowania, mogącego mieć wpływ na treść orzeczenia (naruszenie art. 438 pkt 2 k.p.k. poprzez niezastosowanie art. 202 § 3 k.p.k.) (przyp. aut.).

⁴⁹ Por. także wyrok SN z dnia 7 grudnia 1988 r., IV KR 116/88, „OSNIKiW” 3–4/1989, poz. 30; wyrok SN z dn. 31.03.2006 r., III KK 241/05, LEX nr 186751.

⁵⁰ J. Dzierżanowska, *Opinia...*, s. 394–395.

⁵¹ J. Kaczmarek, *Taktyka względem opinii biegłego*, [w:] M. Fingas, T. Kanty (red.), *Prawo karne. Podręcznik dla aplikantów*, Warszawa 2020, s. 138–139.

biegłego uzasadniają⁵². Jedyny – jak wskazuje w swojej wypowiedzi autor – wyjątek stanowi tu obligatoryjna obecność lekarzy psychiatrów, „(...) którzy w toku postępowania przygotowawczego wydali opinię o jego [tj. oskarżonego – przyp. aut.] stanie zdrowia psychicznego”⁵³.

Należy mieć na uwadze również fakt, że lekarz seksuolog jest uprawniony do występowania w postępowaniu sądowym w charakterze świadka powołanego przez stronę, w związku ze sporządzoną ekspertyzą prywatną (ang. *private expertise*; niem. *das Privates Gutachten*) – powstałą odpłatnie na zlecenie strony lub jej fachowego reprezentanta (radcy prawnego, adwokata)⁵⁴. W takim przypadku lekarz seksuolog występuje roli świadka będącego uczestnikiem konfrontacji z biegłym wezwanym przed sąd⁵⁵. Przedmiotem konfrontacji (ang. *confrontation*; niem. *die Konfrontation*) są w tym przypadku zaistniałe różnice stanowisk eksperckich i rozbieżności w zakresie ustaleń wynikających z treści opinii biegłego (art. 172 k.p.k.)⁵⁶. Jak wskazuje E. Gruza, „konfrontacja jest szczególną formą przesłuchania, a nie samodzielną czynnością procesową, możliwą do przeprowadzenia w odniesieniu do wszystkich osób przesłuchiwanym w postępowaniu”⁵⁷.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid., s. 139.

⁵⁴ Por. B. Boch, *Charakter prawny tzw. opinii prywatnych w procesie karnym*, „Zeszyty Prawnicze”, t. 18, nr 2, 2018, passim; por. także Cz. Klak, *Konfrontacja biegłych w polskim procesie karnym. Zagadnienia ogólne*, „Studia Prawnicze KUL” nr 3/2020, passim.

⁵⁵ J. Kaczmarek wskazuje, iż mimo oczywistości związanej z faktem prywatnego charakteru ekspertyzy (opinii specjalisty), jako dokumentu, „(...) nic nie stoi na przeszkodzie, by go złożyć, a autora przesłuchać w charakterze świadka”. Jak zaznacza dalej autor, działanie to „może również stanowić możliwość do złożenia wniosku o konfrontację biegłego ze «specjalistą»”, dla którego to wniosku uzasadnieniem będzie „(...) brak wiedzy specjalistycznej po stronie osoby zlecającej sporządzenie opinii, jak i sądu”, por. J. Kaczmarek, *Taktyka...*, s. 138.

⁵⁶ Warte dostrzeżenia pozostaje, że mimo iż SA w Łodzi w wyroku z dnia 19 lutego 2013 r. (sygn. akt II AKa 295/12, LEX nr 1294814) wskazał, iż „Opinie prywatne, czyli pisemne opracowania zleczone przez innych uczestników postępowania aniżeli uprawnione organy procesowe, nie są opiniami w rozumieniu art. 193 kpk, w zw. z art. 200 § 1 kpk i nie mogą stanowić dowodu w sprawie”, to SA Warszawie, w wyroku z dnia 31 sierpnia 2017 r. (sygn. akt II AK 22/17, LEX nr 2402355) wyraził jasny pogląd, iż „W żadnym razie sąd nie powinien ignorować «opinii prywatnej» i mechanicznie, bezkrytycznie odmawiać jej włączenia do akt sprawy lub instrumentalnie odrzucać jako niewymagającej żadnej oceny”.

⁵⁷ E. Guza, *Konfrontacja*, [w:] eadem, *Psychologia sądowa dla prawników*, Warszawa 2012, s. 149.

Jak zaznacza dalej autorka, „konfrontować można praktycznie każdego z każdym (świadków, podejrzanych, biegłych), jeżeli zostanie spełniona podstawowa przesłanka procesowa: w zeznaniach przesłuchiwanych pojawią się sprzeczności”⁵⁸. Jest to o tyle istotne, że w aspekcie zagadnień dowodowych na gruncie prawa karnego procesowego konfrontacja realizuje tzw. rzetelność dowodową, będącą „poszanowaniem praw obrony w procesowym gromadzeniu materiału dowodowego”⁵⁹; szerzej zaś – zasadę prawdy materialnej⁶⁰, wyrażoną w art. 2 § 2 k.p.k.

W tym miejscu wymaga również zaakcentowania, iż na etapie post-jurysdykcyjnym – uregulowanym w polskim systemie prawa ustawą karną wykonawczą (dalej jako: k.k.w.)⁶¹ – udział lekarza seksuologa sprowadza się do:

– roli terapeuty, podejmującego działania lecznicze wobec

- (I) osoby skazanej, odbywającej karę pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym (art. 62 k.k.);
- (II) osoby objętej leczniczym środkiem zabezpieczającym, w formie ambulatoryjnej albo izolacyjnej, realizowanej na oddziale psychiatrii sądowej, w warunkach: podstawowego, wzmocnionego albo maksymalnego zabezpieczenia (art. 200 § 2 k.k.w.)⁶²;

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ S. Maffei, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen 2006, s. 127, za: A. Lach, *Pojęcie i istota rzetelnego postępowania dowodowego*, [w:] idem, *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018.

⁶⁰ J. Skorupka ujmuje, iż „z określonej w art. 2 § 2 KPK zasady prawdy materialnej wypływa dyrektywa, że podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe (zgodne z rzeczywistością) ustalenia faktyczne. Przez prawdziwe ustalenie faktyczne należy rozumieć ustalenie, które zostało udowodnione, a więc takie, gdy w świetle przeprowadzonych dowodów fakt przeciwny jest niemożliwy lub wysoce nieprawdopodobny”, J. Skorupka, *Zasada prawdy materialnej*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H Beck, Warszawa 2015, s. 13.

⁶¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 1997 r. Nr 90, poz. 557.

⁶² Por. także § 6–8 w zw. z § 1 pkt 4 Obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 30 września 2020 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie komisji psychiatrycznej do spraw środków zabezpieczających i wykonywania środków zabezpieczających w zakładach psychiatrycznych, Dz.U. z 2020 r. poz. 1780.

- podejmowania działań opiniodawczych, w przedmiocie:
- (II) stanu zdrowia podejrzanego, w zakresie zasadności przedłużenia lub zmiany stosowania środka zabezpieczającego (art. 199b § 1 pkt 2 k.k.w.);
 - (III) prognozy kryminologicznej, w zakresie pobytu poza zakładem karnym, w ramach przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności (art. 153 k.k.w.); warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 90 § 1 k.k.);
 - (IV) prognozy kryminologicznej – wobec osoby kończącej odbywanie kary pozbawienia wolności – w zakresie zasadności ewentualnego dalszego zastosowania środka postpenitencjarnego, w postaci umieszczenia w KOZZD)⁶³.

Z uwagi na przywoływane odniesienia do anglo- i niemieckojęzycznych źródeł warto pokrótce nadmienić, iż zarówno w przypadku prawodawstwa niemieckiego regulującego kwestię odpowiedzialności za przestępstwa na tle seksualnym (niem. *die Sexualstraftaten*⁶⁴ / *die Sexuelle Straftaten*) stypizowane na gruncie działu 13 niemieckiej ustawy karnej (*Dreizehnter Abschnitt: Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, vide: art. 174–184l StGB / *Division 13 Offences against sexual self-determination*)⁶⁵, jak i prawodawstwa anglo-walijskiego⁶⁶ poddającego regulacji przestępstwa seksualne – *sexual offences* – w akcie *Sexual Offences Act 2003*, vide:

⁶³ Środek postpenitencjarny jest instytucją wskazaną na gruncie ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, Dz.U. z 2014 r. poz. 24 – dalej: u.p.o.z.p.; ma on charakter izolacyjny (pobyt w ośrodku; art. 25 u.p.o.z.p.) albo ambulatoryjny (nadzór prewencyjny; por. art. 22 u.p.o.z.p.); podmiotowy zakres stosowania instytucji obejmuje grupę osób wskazaną w art. 1 u.p.o.z.p. (przyp. aut.).

⁶⁴ *Sexualstraftaten*, [w:] J.A. Alpmann, F.A. Brockhaus (red.), *Alpmann & Schmidt Juristische Lebrgänge*, GmbH&Co KG, 2005 Münster, s. 1184.

⁶⁵ Deutschland Strafgesetzbuch In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.07.2023 (BGBl. I S. 203) m.W.v. 1.10.2023; <https://dejure.org/gesetze/StGB> [dostęp: 20.10.2023]; wersja angielska: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html [20.10.2023].

⁶⁶ Należy zaznaczyć, że na terenie Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) nie istnieje jednolity system w zakresie procedury karnej. Wyodrębnia się tu: prawodawstwo anglo-walijskie, szkockie, północnoirlandzkie

Part 1 – 3 and Schedules [1 – 7])⁶⁷ – oba porządki prawne w obowiązujących systemowo procedurach reprezentują ogólny model braku literalnego wskazania biegłego określonej specjalności (ang. *medical expert witness*; niem. *medizinischer Sachverständiger / medizinischer Gutachter*) w zakresie orzekania o stanie zdrowia psychicznego sprawcy, w tym o stanie zdrowia związanego z zaburzeniami preferencji seksualnych.

W przypadku przepisów proceduralnych prawa anglo-walijskiego, należącego do systemu prawa zwyczajowego (*common law*) – aktem kompleksowo regulującym działania oskarżycielskiego organu procesowego jest Kodeks postępowania dla prokuratorów koronnych (*The Code for Crown Prosecutors*; dalej: CCP)⁶⁸. Cechą swoistą aktu jest to, że zawarta w jego strukturze treść normatywna nie uwydatnia semantycznie terminu „biegły” (*expert witness*), co wiąże się z brakiem wskazania wprost czynności dokonywanych z jego udziałem. Uwagę zwraca natomiast fakt, iż treść CCP eksponuje w sposób wyraźny kluczową rolę organu prokuratorского, gromadzącego materiał dowodowy w trakcie toczącego się postępowania⁶⁹.

W systemie prawa niemieckiego – regulującego zagadnienia proceduralnokarne ustawą procesową (niem. *Strafprozeßordnung*)⁷⁰ – charakterystyczne pozostaje, iż prawodawca wyznacza ustawowy zakres działań podejmowany przez osoby będące biegłymi (*Sachverständiger*). Zaznaczenia

(przyp. aut.), por. także J. Gościński, *System prawa karnego Anglii i Walii*, [w:] idem, *Egzamin na tłumacza przysięgłego. Angielskie orzeczenia w sprawach karnych*, Warszawa 2019, s. 3–23.

⁶⁷ *Sexual Offences Act 2003*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> [dostęp: 20.10.2023].

⁶⁸ *The Code for Crown Prosecutors*, <https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors> [dostęp: 20.10.2023]; wersja polska: Kodeks Postępowania dla Prokuratorów Koronnych, <https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/POLISH-Code-for-Crown-Prosecutors-October-2018.pdf>, passim [dostęp: 20.10.2023].

⁶⁹ Por. też J. Czabański, *Znaczenie opinii biegłego: Wielka Brytania*, [w:] *Pozycja biegłych sądowych w wybranych krajach europejskich*, s. 11, Warszawa 2006, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/-Czaba%C5%84ski-Pozycja-bieg%C5%82ych-s%C4%85dowych-w-wybranych-krajach-europejskich-2006.pdf> [20.10.2023].

⁷⁰ *Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987* (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203), <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> [dostęp: 20.10.2023].

wymaga, iż – pod względem literalnego wskazania biegłego – tekst aktu odznacza się brakiem określenia nazwy specjalisty właściwego rzeczowo w przedmiocie opiniowania odnośnie do stanu zdrowia psychicznego (lekarz psychiatra), w tym również: w zakresie zaburzenia preferencji seksualnych oskarżonego (lekarz seksuolog)⁷¹.

Pomimo dokonania bardzo ogólnego zarysu systemowych rozwiązań odnośnie do biegłych w anglo-walijskim i niemieckim porządku prawnym dostrzegalna staje się różnica obu systemów w odniesieniu do regulacji funkcjonującej na gruncie rodzimej procedury karnej. Pod tym względem polska ustawa procesowa – w przeciwieństwie do przywoływanych wyżej aktów zagranicznych porządków prawnych – określa *explicite* specjalizację ekspertów, opiniujących w związku z oceną stanu zdrowia psychicznego, w tym także opiniujących w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych (art. 202 § 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k.; art. 215 k.p.k.).

Zarys problematyki instytucji systemowych na gruncie procesowego prawa wykroczeń z udziałem lekarza seksuologa w roli biegłego

Mimo iż polskie prawo wykroczeń wskazywane jest jako gałąź systemu prawa karnego (*sensu largo*)⁷² – stanowiąc *de facto* jego „przedłużenie i dopełnienie”⁷³ – podlega ono autonomiczności ustawowej, wyznaczającej przestrzeń norm materialnych (kodeks wykroczeń – dalej k.w.)⁷⁴ i proceduralnych (kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia – dalej k.p.o.w.)⁷⁵, zakresowo poddanych jego regulacji.

⁷¹ Por. Siebter Abschnitt: *Sachverständige und Angesehene, Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987* (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203), <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> [dostęp: 20.10.2023].

⁷² Por. A. Marek, *System Prawa Karnego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, § 4. *Prawo wykroczeń*, Warszawa 2010, *passim*.

⁷³ Por. A. Marek, *Zagadnienia ogólne*, [w:] A. Marek, A. Marek-Ossowska, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2021, s. 3.

⁷⁴ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114.

⁷⁵ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Dz.U. z 2001 r. Nr 106, poz. 1148.

Swoisty charakter tego prawa można uchwycić w ramach trzech obszarów ujętych jako: „kryterium zagrożenia karnego”; „kryterium społecznej szkodliwości czynu” oraz „kryterium odrębności procesowej”⁷⁶ (wobec procedury karnej *sensu stricto*).

Czynami stypizowanymi w k.w. i egzemplifikującymi zachowania mogące mieć ścisły związek ze sferą psychoseksualną człowieka są wykroczenia zaliczane do rozdziału XVI ustawy (*Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej*). Należy przy tym wskazać, iż obyczajność (ang. *morality*; niem. *die Sittlichkeit*) – rozumiana w powszechnym znaczeniu tego słowa jako „zespół powszechnie akceptowanych zasad zachowania uznawanego za moralne”⁷⁷ (ang. *morals standards*; niem. *die Moralische Normen*) lub „dobre obyczaje, właściwe zachowanie; przyzwoitość, grzeczność”⁷⁸ – pojmowana jest w doktrynie prawa w sposób dwojaki. Jak wskazuje Marek Bojarski, hasło „obyczajność” można postrzegać zarówno w rozumieniu rozdziału XXV (*Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*) – co ma miejsce w przypadku przepisów k.w. odnoszących się do „obyczajności w dziedzinie płciowej”⁷⁹ – jak i „każdego sposobu zachowania się w grupie społecznej, który wymagany jest przez tę grupę i którego naruszenie jest negatywnie przez nią oceniane”⁸⁰.

Stypizowane w rozdziale XVI k.w. czyny prawodawca ujął w trzech odrębnych artykułach (art. 140–142 k.w.). Do czynów tych ustawodawca zaliczył kolejno: „nieobyczajny wybryk”⁸¹ (art. 140 k.w.); „nieobyczajne

⁷⁶ A. Marek, *Kryteria rozgraniczenia obszarów przestępstw i wykroczeń*, [w:] A. Marek, A. Marek-Ossowska, *Prawo...*, s. 5–8.

⁷⁷ Obyczajność, [w:] *Wielki słownik języka polskiego*, <https://wsjp.pl/haslo/podglad/106577/> [dostęp: 20.10.2023].

⁷⁸ Obyczajność, [w:] *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pl/obyczajno%C5%9B%C4%87> [dostęp: 20.10.2023].

⁷⁹ M. Bojarski, *Teza 2 do art. 140 kw*, [w:] M. Bojarski, W Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 181 i 782.

⁸⁰ *Ibid.*, s. 782; por. także R. Krajewski, *Obyczajność jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Palestra” nr 3, 2019, s. 55–67.

⁸¹ Por. *Nieobyczajny wybryk* (tytuł umieszczony nad jednostką redakcyjną aktu normatywnego), <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/kodeks-wykroczen-16788218/art-140> [dostęp: 20.10.2023].

ogłoszenie, napis rysunek”⁸² (art. 141 k.w.); „proponowanie czynu nierządowego z chęci [uzyskania] korzyści majątkowej”⁸³ (art. 142 k.w.). Wskazane wykroczenia – pod względem kryterium zagrożenia ustawowego (ang. *criterion of statutory risk*; niem. *das Kriterium für das Risiko einem Rechtverstoß*) – podlegają: karze aresztu (w granicach od 5 do 30 dni, z wyłączeniem zagrożenia karą aresztu czynu z art. 142 k.w.); karze ograniczenia wolności (do 1 miesiąca); karze grzywny, w wysokości do 1500 zł (z wyłączeniem wskazania górnej granicy wysokości kwoty pieniężnej, w przypadku czynu z art. 142 k.w.)⁸⁴ i karze nagany (poza czynem z art. 142 k.w.). W odniesieniu do „kryterium społecznej szkodliwości czynu” (ang. *criterion of social harmfulness of the act*; niem. *das Kriterium der Sozialschädlichkeit der Handlung*) zasadniczą granicą rozdzielającą czyny stygizowane w k.w. i k.k. jest brak wskazania „stopnia społecznej szkodliwości czynu” – w przypadku wykroczeń (art. 1 § 1 k.w. zd. 1; art. 1 § 2 k.k.). Zaznaczenia jednocześnie wymaga fakt, iż czyny, o których mowa w rozdziale XVI k.w., należą do tzw. wykroczeń umyślnych (ang. *deliberate misconduct*; niem. *die Vorsätzliches Fehlverhalten*), co oznacza, że sprawca, dokonując określonego [w ustawie] czynu, ma zamiar popełnić ów czyn zabroniony przez chęć jego popełnienia albo przewidując taką możliwość, godzi się na jego popełnienie (art. 6 § 1 k.w.).

Kluczowe różnice można dostrzec również w granicach trzeciego kryterium, związanego z odrębnością procesową (ang. *criterion of procedural distinctiveness from criminal law*; niem. *das Kriterium der prozessualen Unterscheidungskraft zum Strafrecht*). Z perspektywy omawianego tematu oznacza to tyle, iż procedura k.p.o.w. nie zawiera autonomicznych regulacji w zakresie: biegłych, tłumaczy i specjalistów. Nie oznacza to, iż problematyka uczestnictwa ekspertów – na gruncie k.p.o.w. – zostaje przez ustawodawcę

⁸² Por. *Nieobyczajne ogłoszenie, napis, rysunek* (tytuł umieszczony nad jednostką redakcyjną aktu normatywnego), <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/kodeks-wykroczen-16788218/art-141> [dostęp: 20.10.2023].

⁸³ Por. *Proponowanie czynu nierządowego z chęci korzyści majątkowej* (tytuł umieszczony nad jednostką redakcyjną aktu normatywnego), <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/kodeks-wykroczen-16788218/art-142> [20.10.2023].

⁸⁴ Por. art. 142 k.w. w zw. z art. 24 kw.

całkowicie pominięta. Polski prawodawca dokonuje rozwiązania tej kwestii poprzez technikę odwołania zewnętrznego, zawartego w art. 42 § 2 k.p.o.w., wskazując docelowo na zastosowanie art. 200 § 5 k.p.k. w przypadku pojawienia się „uzasadnionych wątpliwości co do stanu zdrowia psychicznego obwinionego”.

Dostrzegalnym wyzwaniem na gruncie ustawy – regulującej procedurę wykroczeniową – wydaje się jednak jej zawężone odwołanie do § 5 art. 200 k.p.k., podczas gdy zasadne procesowo byłoby legislacyjne rozszerzenie niniejszego odwołania: do treści całego art. 200 k.p.k. Rodziłoby to zasadniczy skutek zarówno w postaci zwiększenia obiektywizmu opinii, w związku z liczbą dokonujących opiniowania biegłych – co najmniej dwóch – której wymaga przepis procedury karnej (art. 200 k.p.k.)⁸⁵; jak i braku zaistniałych wątpliwości: co do istnienia podstawy prawnej (procesowej), w przedmiocie powołania biegłych innych specjalności (art. 200 § 1 kpk) – w tym także biegłego lekarza seksuologa, na okoliczność: oceny stanu zdrowia psychicznego obwinionego w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych (art. 42 § 2 k.p.o.w. w zw. art. 200 § 5 k.p.k.), w związku z popełnionym przez obwinionego czynem, stypizowanym na gruncie przepisów materialnych (art. 140 k.w.; art. 141 k.w.; art. 142 k.w.).

W przypadku prawa wykroczeń zasadniczy pozostaje rezultat działań procesowych podejmowanych wobec obwinionego – któremu nie można przypisać winy – z uwagi na stan jego psychiki w chwili popełnienia czynu (art.17 § 1 i 2 k.w. z zw. z art. 1 § 2 k.w.). Rezultatem tym, jak wskazuje judykatura, powinno być orzeczenie mające formę wyroku uniewinniającego od zarzuconego czynu⁸⁶. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, iż stan prawny kształtujący taki sposób rozstrzygnięcia powodowany jest poważną luką *extra legem*, którą jest – w niniejszym przypadku – brak

⁸⁵ Por. wyrok SN z dnia 3 września 1979 r., sygn. akt III KR 254/79, „OSNIKiW” 3/1980, poz. 32.

⁸⁶ W wyroku SN z dnia 23 stycznia 1992 r. (sygn. akt. II KRN 416/91, niepubl.) SN wskazał, iż „Przy wystąpieniu przesłanki wyłączającej winę sprawcy, w rozumieniu art. 25 § 1 kk z 1969 r. (odpowiednik komentowanego art. 17), końcowe orzeczenie powinno mieć formę wyroku uniewinniającego, który może zapaść tylko na rozprawie”.

w k.w. materialnej postawy do podjęcia reakcji systemowej wobec sprawcy czynu stypizowanego jako wykroczenie⁸⁷.

Uwadze odbiorcy nie powinien ująć fakt istotnej proceduralnie kwestii w przedmiocie stosowania – na gruncie prawa wykroczeń – instytucji procesowej, jaką jest obserwacja sądowo-psychiatryczna (art. 203 § 1 k.p.k.).

⁸⁷ W przypadku osoby niepoczytalnej albo osoby z ograniczoną poczytalnością nie istnieje materialna podstawa prawna do zastosowania reakcji systemowej w postaci środka zabezpieczającego wobec sprawcy czynu stypizowanego na gruncie k.w. Wynika to zarówno: (1) z braku autonomicznej regulacji instytucji, środków zabezpieczających wprowadzonych jako reakcja wobec sprawcy niepoczytalnego / z ograniczoną poczytalnością, jak i (2) braku zewnętrznego odwołania do odpowiedniego stosowania rozwiązań dostępnych na gruncie ustawy karnej (por. rozdział X k.k. – przyp. aut.). W postanowieniu SN z dnia 25 lutego 2004 r., sygn. akt. II KK 393/03, „OSNIKIW” 4/2004, poz. 45, SN wskazał, iż: „Przy orzekaniu o umorzeniu postępowania w sprawie o wykroczenie z powodu niepoczytalności sprawcy tego czynu nie jest dopuszczalne stosowanie doń środków zabezpieczających przewidzianych dla takich sytuacji przez przepisy KK, gdyż normy tego Kodeksu nie mają zastosowania do spraw o wykroczenia, a odpowiedzialność za czyny będące wykroczeniami normuje w pełni KW, który dopuszcza przy zaistnieniu okoliczności wyłączających ukaranie sprawcy jedynie możliwość orzekania przypadku przedmiotów (art. 28 § 3 KW)”. Jak wskazuje w swoim Wystąpieniu do Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 października 2020 r. Rzecznik Praw Obywatelskich, wobec osoby, która nie popełniła czynu zabronionego albo popełniła czyn niecharakteryzujący się znaczną społeczną szkodliwością, można zastosować rozwiązanie przewidziane w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 685 – dalej: u.o.z.p.), por. Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 października 2020 r., s. 2, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pienie%20RPO%20do%20Ministra%20Sprawiedliwo%C5%9Bci%20ws.%20%C5%9Brodok%C3%B3w%20zabezpieczaj%C4%85cych%2C%2029.10.2020.pdf> [dostęp: 20.10.2023]. RPO podnosi, iż „zasadniczo jest to jednak dopuszczalne tylko w stosunku do osoby z zaburzeniami psychicznymi, tj. osoby chorej psychicznie, upośledzonej umysłowo lub wykazującej inne zaburzenia czynności psychicznych” (*Wystąpienie...*, s. 2). Jak wyjaśnia dalej RPO, „osobę taką można przyjąć do szpitala psychiatrycznego tylko za jej pisemną zgodą lub – jeśli nie jest zdolna do wyrażenia takiej zgody – za zgodą sądu opiekuńczego” (por. *Wystąpienie...*, ibidem). Przyjęcie do szpitala bez zgody osoby jest jednak możliwe w trzech wskazanych ustawowo przypadkach, tj. (1) gdy jej dotychczasowe zachowanie wskazuje, że z powodu tej choroby zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób (art. 23 u.o.z.p.), (2) gdy dotychczasowe zachowanie osoby wskazuje, że nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego (art. 29 ust. 1 pkt 1), (3) jeżeli u osoby występuje brak zdolności do samodzielnego zaspokajania własnych potrzeb życiowych, a uzasadnionym pozostaje przewidywanie, że oddziaływanie leczenia podczas pobytu w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę jej stanu zdrowia (art. 29 ust. 1 pkt 2)” (por. *Wystąpienie...*, s. 2 – 3). Warto jednak zauważyć, iż prezentowane przez RPO, stosowane w praktyce rozwiązanie nie należy do instytucji reakcji właściwych systemowi prawa karnego, a jest jedynie próbą odpowiedzi na postępowanie wobec sprawcy, co do którego system nie przewiduje żadnego rozwiązania, w związku z orzecznym przez sąd uniewinnieniem (por. art. 62 § 3 k.p.w.o. w zw. z art. 5 k.p.o.w. – przyp. aut.).

Instytucja ta, będąca z perspektywy diagnostycznej dozwoloną przez procedurę karną metodą badawczą⁸⁸; realizowana jest w zakładzie leczniczym, w ramach dokonania oceny stanu zdrowia psychicznego oskarżonego, co do którego zebrane dowody wskazują duże prawdopodobieństwo popełnienia zarzuczonego mu czynu. Wyraźny brak rozwiązań autonomicznych w treści k.p.o.w. lub odpowiedniego odwołania zewnętrznego do przepisów procedury k.p.k. należałoby ocenić jednakże ujemnie, zakładając *ad hoc*, iż powodem braku odnośnej regulacji pozostaje przekonanie ustawodawcy o „mniejszej społecznej szkodliwości czynu”⁸⁹ – niewymagającego, z uwagi na swój charakter, zastosowania niniejszej instytucji⁹⁰. Argumentem potwierdzającym postawiony wyżej wniosek jest treść art. 259 § 2 k.p.k. – do którego brzmienia odwołuje się art. 203 § 1 k.p.k. w zakresie, w jakim wskazuje on na przesłanki do odstąpienia od tymczasowego aresztowania, stosowane odpowiednio wobec obserwacji sądowo-psychiatrycznej. Zważając na powyższe, wiążącą rolę wydaje się tu odgrywać również kryterium zagrożenia karnego, które w przypadku wykroczeń obejmuje sankcje niższe (art. 18 k.w.) niż w przypadku czynów stypizowanych w ustawie karnej (art. 32 k.k.).

Warto przy tym nadmienić, iż obserwacja sądowo-psychiatryczna (jako instytucja procedury cywilnej⁹¹ i karnej *sensu stricto*⁹²) może być prowadzona na gruncie k.p.k. wyłącznie na podstawie postanowienia sądu (art. 203 § 2 zd. 2 k.p.k.). Może to mieć także miejsce na etapie postępowania przygotowawczego, gdzie organem uprawnionym do wydawania

⁸⁸ Por. K.T. Boratyńska, *Komentarz do art. 203 kpk. Obserwacja psychiatryczna jako metoda badawcza stanu psychicznego oskarżonego*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks...*, s. 504.

⁸⁹ Por. A. Marek, A. Marek-Ossowska, *Pravo...*, s. 26.

⁹⁰ Por. wyrok TK z dnia 10 lipca 2007 r., SK 50/06, LEX nr 299963.

⁹¹ Por. art. 554 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r. Nr 43 poz. 296 ze zm., t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1550, zm. Dz.U. z 2023 r. poz. 1606.

⁹² Jak wskazuje A. Marek, „z uwagi na to, że postępowanie w sprawach o wykroczenia dotyczy spraw stosunkowo drobnych, ustawodawca nie przewiduje możliwości umieszczenia obwinionego na obserwacji w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym (co jest możliwe w sprawach, w których zarzut dotyczy czynu o znamionach przestępstwa – art. 203 KPK)”, A. Marek, *Dowody i postępowanie dowodowe*, [w:] idem, A. Marek-Ossowska, *Pravo wykroczeń (materialne i procesowe)*, s. 211.

decyzji procesowych jest co do zasady prokurator (art. 298 § 1 i 2 k.p.k.). Nadto – mimo istnienia sądowego władztwa nad zgodą w przedmiocie zastosowania tej instytucji – sąd nie dysponuje uprawnieniem zezwalającym na samodzielne podjęcie decyzji procesowej w przedmiocie stosowania obserwacji sądowo-psychiatrycznej⁹³. Zgoda sądu na jej zastosowanie pozostaje ustawowo zależna od uprzedniego wniosku biegłych lekarzy psychiatrów, wskazującego na zasadność wdrożenia niniejszej metody badawczej⁹⁴. Należy zatem dostrzec, iż w przypadku instytucji procesowej wskazanej w art. 203 § 1 k.p.k. możliwości władcze sądu w samodzielnym dysponowaniu instytucją (art. 200 § 2 i 3 k.p.k.; uchwała SN z dnia 25.09.2013 r., sygn. akt I KZP 8/13; wyrok SN z dnia 20.01.2015 r., III KK 181/14) pozostają wielce ograniczone⁹⁵.

W odniesieniu do pozycji lekarza seksuologa jako biegłego można zauważyć, że mechanizm stosowania instytucji wskazanej w art. 203 § 1 k.p.k. naświetla problem znacznych dysproporcji w zakresie właściwości rzeczowych, jakimi dysponują biegli opiniujący stan zdrowia psychicznego oskarżonego. Warte uwagi pozostaje jednak fakt, iż mimo zadań procesowych uregulowanych w drodze ustawy opiniujący w zakresie zdrowia psychicznego biegły lekarz seksuolog nie dysponuje autonomiczną (wobec lekarzy psychiatrów) kompetencją do samodzielnego złożenia wniosku o zastosowanie obserwacji sądowo-psychiatrycznej w przedmiocie oceny stanu zdrowia psychicznego oskarżonego w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych⁹⁶. Zważywszy

⁹³ Por. wyrok SA w Katowicach z dnia 4 października 2012 r., sygn. akt. II AKa 376/12, [https://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/content/\\$N/15150000001006_II_AKa_000376_2012_Uz_2012-10-04_001](https://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/content/$N/15150000001006_II_AKa_000376_2012_Uz_2012-10-04_001) [dostęp: 20.10.2023].

⁹⁴ Por. wyrok. SN z 25 lipca 1997 r. V KRN, sygn. akt. 47/96, „Prokuratura i Prawo” – wkładka, 3/1997, nr 3, poz. 11.

⁹⁵ D. Gruszecka, *Podstawa do przeprowadzenia obserwacji psychiatrycznej*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 499.

⁹⁶ G. Krzysztofuk w komentarzu do art. 203 § 1 k.p.k. prezentuje pogląd, iż wniosek o umieszczenie podejrzanego/oskarżonego na obserwacji powinien być skierowany przez wszystkich biegłych opiniujących w sprawie – łącznie z seksuologiem, por. G. Krzysztofuk, *Komentarz do artykułu 203 § 1 kpk*, [w:] D. Drajewicz (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–424*, Warszawa 2019, passim.

na powyższe, trudno wątpić, iż obecny kształt k.p.k., mimo obligatoryjnego wprowadzenia lekarza seksuologa w zakresie opiniowania, w przypadku czynów mających związek z podłożem psychoseksualnym nadal utrzymuje silny wzorzec lekarza psychiatry jako specjalisty właściwego rzeczowo w przedmiocie oceny stanu zdrowia psychicznego osoby opiniowanej⁹⁷.

Lekarz – pacjent. O relacjach budowanych w obszarze prawa karnego *sensu largo* i stojących w obliczu ich wyzwaniach. Wprowadzenie do tematu

Opisany wyżej zarys instytucji prawa karnego i prawa wykroczeń ukazuje szereg rozmaitych wyzwań, w obliczu których lekarz seksuolog jako biegły wykonuje powierzone mu zadania eksperckie w granicach przewidzianych przepisami procesowymi. Biorąc pod uwagę omawiane instytucje, wątpliwe nie pozostaje, iż stosunek łączący biegłego z oskarżonym (m.in. w art. 200 § 3 w zw. z 193 § 1 k.p.k.) jest relacją istniejącą pomiędzy lekarzem a pacjentem. Fakt ten nie powinien budzić większych wątpliwości z uwagi na zakres treściowy, jakim ustawodawca wypełnia legalne definicje pojęć takich, jak: „osoba wykonująca zawód medyczny”, „pacjent” czy „świadczenie zdrowotne”.

W akcie normatywnym kształtującym problematykę działalności leczniczej (ustawa o działalności leczniczej – dalej u.d.l.)⁹⁸ – do którego treści odwołuje się zewnętrznie ustawa poddająca regulacji prawa pacjenta (ang. *the patient's rights*; niem. *die Patientenrechte*) (ustawa o prawach pacjenta

⁹⁷ Wzorzec ten widoczny jest w konstrukcji artykułów: art. 202 § 2 k.p.k.; art. 79 § 4 zd. 1 k.p.k.; art. 21 § 2 zd. 1 k.p.o.w.; art. 42 § 2 zd. 1 k.p.o.w.; art. 199b. § 1 pkt 2 k.k.w., przyp. aut.; por. także J.K. Gierowski, J. Godlewski, J. Heitzman, A. Szymusik, *Problemy kompetencyjne w opiniowaniu w sprawach o przestępstwa na tle seksualnym*, [w:] J.K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, Kraków 1996, s. 276.

⁹⁸ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, Dz.U. z 2011 r. Nr 112, poz. 654, t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 991.

i Rzeczniku Praw Pacjenta – u.p.p.)⁹⁹ – polski prawodawca definiuje osobę wykonującą zawód medyczny (ang. *medical professional*; niem. *der medizinischer Fachmann*) jako „osobę uprawnioną na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osobę legitymującą się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny” (art. 2 ust. 1 pkt 2 u.d.l. w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 3 u.p.p.).

Stosując podobny jak w powyższym przypadku mechanizm odwołania zewnętrznego, ustawodawca wskazuje, iż pojęcie „świadczenie zdrowotne” (ang. *health benefit*; niem. *die Gesundheitsnutzen*) należy postrzegać jako „działanie służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania” (art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l. w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 6 u.p.p.).

Pacjent zaś (ang. *the patient*; niem. *der Patient*) definiowany jest przez prawodawcę jako: „osoba zwracająca się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystająca ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny” (3 ust. 1 pkt 4 u.p.p.).

Treści przywoływanych powyżej trzech kluczowych dla prawa medycznego pojęć – oprócz samego zakresu znaczeniowego – przedstawiają obraz wzajemnych relacji pomiędzy wszystkimi występującymi w ich obszarze uczestnikami (osobą wykonującą zawód medyczny, pacjentem) i zachodzących między nimi interakcji na płaszczyźnie udzielanego świadczenia zdrowotnego.

Należy zauważyć, iż czynności prowadzone przez biegłego lekarza seksuologa w celu ustalenia zdrowia psychicznego opiniowanego (w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych) wypełniają przesłanki definicji świadczenia zdrowotnego z art. 2 ust. 1 pkt 10 u.d.l. jako „działania medyczne wynikające z (...) przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania” (tj. z art. 200 § 3 k.p.k. w zw. z art. 193 § 1 k.p.k.; art. 42

⁹⁹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz.U. 2009 Nr 52, poz. 417, tj. Dz.U. z 2023 r., poz. 1545.

§ 2 k.p.o.w.). Wyżej przedstawiona teza wymaga jednak zaakcentowania przez wzgląd na odmienny pogląd wyrażony przez Rzecznika Praw Pacjenta, opublikowany w ramach „Zastrzeżeń do pracy biegłych sądowych” na stronie internetowej urzędów centralnych¹⁰⁰.

W swoim stanowisku RPP podniósł, jakoby „Biegły sądowy nie udziela świadczeń zdrowotnych”, przez co – na gruncie obowiązujących procedur k.p.c. i k.p.k., na potrzeby opiniowania sądowo-lekarskiego – odmówił osobie opiniowanej statusu pacjenta i – co za tym idzie – przyśługujących jej uprawnień, wynikających z u.p.p. wraz z przewidzianą w treści aktu ochroną. Powołał się przy tym na ogólnie sformułowaną: „zgodność [wyrażonego przez siebie poglądu – przyp. aut.] z przepisami prawa”, nie wskazując żadnych konkretnych podstaw normatywnych uzasadniających dany pogląd. W ocenie autora niniejszego artykułu wysoce wątpliwe pozostaje, by – jak wyraził to RPP w swoim wyjaśnieniu – było tak dlatego, iż na gruncie obowiązujących procedur k.p.c. i k.p.k. toczy się „wobec osoby, która rozmawia z biegłym sądowym – lekarzem psychiatrą, postępowanie przed sądem, na zlecenie którego taka opinia jest przygotowywana”¹⁰¹.

Należy przy tym zauważyć, iż diagnostyka służąca opiniowaniu sądowemu składa się z szeregu czynności, takich jak: wywiad lekarski, badanie stanu somatycznego, badanie neurologiczne, [analiza – przyp. aut.] wyników konsultacji specjalistycznych oraz [ocena – przyp. aut.] stanu psychicznego¹⁰². Dodatkowo, jak wskazuje Katarzyna Boratyńska – powołując się na orzeczenie SN – „Niezbędnym warunkiem wydania przez biegłych lekarzy psychiatrów opinii niebudzącej zastrzeżeń jest wykorzystanie wszelkich dostępnych danych co do stanu zdrowia oskarżonego, a w szczególności danych zawartych w szpitalnych kartach informacyjnych, historiach chorób lub innych dokumentach lekarskich, jeśli

¹⁰⁰ „Zastrzeżenia do pracy biegłych sądowych” RPO z dnia 22 listopada 2022 r., <https://www.gov.pl/web/rpp/zastrzezenia-do-pracy-bieglych-sadowych> [dostęp: 20.10.2023].

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Por. J. Pobocho, *Struktura opinii sądowo – psychiatrycznej*, [w:] A. Wilmowska-Pietruszyńska, D. Bliski, K. Kordel, A. Pietruszyński, J. Pobocho, T. Zyss, *Opiniowanie sądowo-lekarskie*, Wrocław 2013, s. 178.

dokumenty takie istnieją, niezależnie do własnych badań ambulatoryjnych i danych uzyskanych wywiadów lekarskich”¹⁰³. Z uwagi na powyższe nie jest zatem w żaden sposób uzasadnione rozumienie całego procesu diagnostycznego wchodzącego w skład opiniowania jako tzw. rozmowy osoby opiniowanej z biegłym, do pojęcia której sprowadził go – w swoim rozumieniu – wyżej wspomniany organ. Należy jednocześnie wskazać, iż RPP, dokonując ustawowego określenia zakresu przedmiotowego działań biegłych, odnosi się doń w sposób niepełny, pomijając – uwzględniona przez ustawodawcę – ocenę aktualnego stanu zdrowia psychicznego, a zwłaszcza wskazania, czy stan ten pozwala oskarżonemu na udział w postępowaniu oraz na prowadzenie obrony w sposób samodzielny i rozsądny (por. art. 205 § 5 k.p.k.). Ograniczone w pewnym zakresie pozostaje również twierdzenie RPP, iż „ocena pracy biegłych podlega wyłącznej ocenie sądu”. W niniejszym przypadku wątpliwości budzi fakt, iż RPP sprowadza ocenę pracy biegłego do kognicji sądu, co ma miejsce na etapie jurysdykcyjnym, pomijając tym samym poprzedzający go etap postępowania przygotowawczego, w którym to biegły – zgodnie z brzmieniem art. 202 § 1 k.p.k. – może być powołany także przez organ prokuratorski. W dalszej części podnoszonego argumentu RPP dochodzi do zbyt uogólnionego wniosku (dalekiego od dyscypliny języków: prawnego i prawniczego oraz funkcjonujących instytucji ustawowych) zakładającego, iż „w przypadku, gdy osoba badana nie zgadza się z orzeczeniem biegłych, ma prawo wystąpić do sądu z prośbą o powołanie nowych biegłych oraz ponowne zbadanie”. W ocenie autora artykułu prezentowane przez RPP stanowisko – stanowiące oficjalną odpowiedź tego organu w związku z licznie napływającymi do RPP skargami ze strony osób opiniowanych przez biegłych – jest nieopartym na wskazaniu obowiązujących podstaw prawnych stwierdzeniem braku własnej kognicji jako organu powołanego do ochrony praw osób opiniowanych będących pacjentami, wobec których biegli podejmują szereg czynności diagnostycznych (mających na celu rozpoznanie poczytalności [w chwili

¹⁰³ K.T. Boratyńska, *Komentarz do art. 202. Zakres i metody badawcze biegłych*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Komentarz...*, s. 503–504.

popelnienia czynu] i aktualnego stanu zdrowia psychicznego), poprzedzających wydanie opinii. Można zatem przyjąć, iż – z uwagi na wspomnianą poczytalność i „aktualny stan zdrowia psychicznego” – opinia realizuje zakres świadczenia zdrowotnego (z wyłączeniem procesu leczenia) w zakresie, w jakim daje ona sądowi pogląd w przedmiocie doboru określonej formy środka reakcji prawokarnej (terapeutycznego systemu odbywania kary pozbawienia wolności; leczniczego środka zabezpieczającego o charakterze izolacyjnym), chroniąc przez to aktualne zdrowie lub życie osoby objętej tym środkiem jako pacjenta. Stąd też – zdaniem autora artykułu – biorąc pod uwagę wybiórczość prezentowanej przez RPP argumentacji oraz brak uzasadniających ją podstaw prawnych, stanowisko organu w obecnym kształcie nie powinno być uznane za wiążące i wymaga zdecydowanej, merytorycznej odpowiedzi ze strony przedstawicieli doktryny prawa. Wart przywołania w tym kontekście pozostaje jednocześnie pogląd Danuty Hajdukiewicz (1926–2020) – doświadczonej biegłej sądowej oraz wieloletniej kierowniczkii Kliniki Psychiatrii Sądowej Instytutu Psychiatrii Neurologii w Warszawie – która wypowiadając się w zakresie opiniowania sądowego, w nawiązaniu do pojęcia świadczenia zdrowotnego stwierdziła, iż „tak jak inne świadczenia zdrowotne, także orzekanie i opiniowanie lekarz ma obowiązek wykonywać według wskazań aktualnej wiedzy”¹⁰⁴.

Nie bez znaczenia pozostaje jednak fakt, iż kształt omawianych relacji – odbywających się pomiędzy wcześniej wspomnianymi uczestnikami – pozostaje zależny od dodatkowych obowiązków biegłego lekarza, nałożonych na niego w drodze ustawy. Należy zatem wskazać, iż po stronie biegłego – „wykonującego zawód medyczny” (lekarz: specjalista seksuologii: 223158)¹⁰⁵, „udzielającego świadczenia zdrowotnego” (diagnostyka w ramach opinii; proces terapeutyczny w ramach wykonywania

¹⁰⁴ D. Hajdukiewicz, *Świadczenia zdrowotne związane z orzekaniem i opiniowaniem o stanie zdrowia*, <https://www.mp.pl/psychiatria/orzecznictwo-i-prawo/67649,swiadczenia-zdrowotne-zwiazane-z-orzekaniem-i-opiniowaniem-o-stanie-zdrowia> [dostęp: 20.10.2023].

¹⁰⁵ Por. Tab. 1 Struktura klasyfikacji zawodów i specjalności w zakresie ochrony zdrowia, A. Fiutak, *Wykonywanie zawodu medycznego*, [w:] eadem, *Prawo w medycynie*, Warszawa 2010, s. 14.

środka zabezpieczającego albo kary pozbawienia wolności, odbywanej w systemie terapeutycznym) „pacjentowi” (opiniowanemu; oskarżonemu; skazanemu) – istnieje prawny obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej (ang. *doctor – patient confidentiality*; niem. *die ärztliche Schweigepflicht*), rozumiany ustawowo jako „obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu” (art. 40 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry – dalej u.z.l.l.d.)¹⁰⁶. Prawne wyłączenie przez prawodawcę tego obowiązku ograniczone zostało do enumeratywnie wskazanych sytuacji (art. 40 ust. 2 pkt 1), obejmujących m.in. stan faktyczny, w którym „badanie lekarskie zostało przeprowadzone na żądanie uprawnionych, na podstawie odrębnych ustaw, organów i instytucji; wówczas [jak wynika z literalnego brzmienia przepisu] lekarz jest obowiązany poinformować o stanie zdrowia pacjenta wyłącznie te organy i instytucje” (art. 40 ust. 2 pkt 2).

W nawiązaniu do powyższego dostrzec można, iż kształt regulacji, o której mowa w art. 40 ust. 1 pkt 2, włącza w swój zakres zarówno przedmiot (diagnostyka), jak i podmiot (pacjent) działań lekarza seksuologa, obejmując treściowo informacje uzyskane przez specjalistę w związku z wykonywaniem zawodu, w ramach obowiązku wynikającego z postanowienia wydanego przez organ procesowy (art. 194 k.p.k. w zw. z art. 94 k.p.k.)¹⁰⁷. Zgodnie ze słusznym założeniem prawodawcy wszelkie inne nieokreślone ustawowo działania, skutkujące ujawnieniem informacji podlegającej „prawu pacjenta do tajemnicy z nim związanych”¹⁰⁸, do której ujawnienia pacjent nie upoważnił lekarza, w ramach omawianego przepisu ustawy bądź wyrażonej przez siebie zgody (w zakresie jego danych identyfikujących art. 40 ust. 4 lu.z.l.l.d.), albo nie dokonał tego sąd, w drodze postanowienia (art. 40 ust. 3c) – stanowi

¹⁰⁶ Ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1731.

¹⁰⁷ Por. także K. Klemens, *Powołanie biegłego*, <https://sip.lex.pl/procedury/powolanie-bieglego-1610616008>, [20.10.2023], *passim*.

¹⁰⁸ Por. R. Ty miński, *Co grozi lekarzowi za ujawnienie tajemnicy lekarskiej*, <https://prawalekarzy.pl/artykuly/co-grozi-lekarzowi-za-ujawnienie-tajemnicy-lekarskiej-21> [dostęp: 20.10.2023].

naruszenie art. 40 ust. 1 u.z.l.l.d., dając podstawę pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności: karnej (art. 266 § 1 k.k.), cywilnej (art. 4 u.p.p. w zw. z art. 448 zd. 1 k.c.)¹⁰⁹ lub zawodowej (art. 53 ustawy o izbach lekarskich – dalej u.i.l.)¹¹⁰.

Należy však podkreślić, iż dochowanie tajemnicy lekarskiej nie jest jedynym wynikającym z prawa obowiązkiem spoczywającym na lekarzu seksuologu wykonującym czynności diagnostyczne wobec opiniowanego. W przepisach procedury karnej (197 k.p.k.; 42 § 1 k.p.o.w. w zw. z art. 197 kpk) i rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości (§ 4 r.ws.b.s.)¹¹¹ wyraźnie wskazano treść przyrzeczenia, którego aksjologiczno-normatywnym zakresem związana jest każda osoba powołana do pełnienia funkcji biegłego jako „pomocniczego organu wymiaru sprawiedliwości”¹¹². Można zatem zauważyć, iż zarówno tajemnica lekarska, jak i rota przyrzeczenia [biegłego] (ang. *Rota of the Expert's Oath*; niem. *die Eidesformel des Sachverständigen*) – w zakresie sumiennego i bezstronnego wykonania powierzonych czynności¹¹³ – stanowią podwójnie wiążące ramy, standaryzujące poziom profesjonalizmu wymagany w relacji lekarz – pacjent / biegły – opiniowany. Profesjonalizm, o którym jest mowa, ulega dodatkowemu wzmocnieniu dzięki zawodowemu statusowi: lekarza jako specjalisty w danej dziedzinie medycyny; dysponującego szeroką wiedzą ekspercką wraz z nabytym w trakcie wykonywanej praktyki doświadczeniem. Ważne z perspektywy osoby opiniowanej lub jej zawodowego reprezentanta pozostaje, iż informacje przedstawione wyżej są: przedmiotowo i podmiotowo weryfikowalne w oparciu o listę biegłych, do której prowadzenia w danym okręgu, w aktualnym stanie prawnym obowiązany jest prezes sądu (okręgowego), działającego

¹⁰⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93.

¹¹⁰ Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1342).

¹¹¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie biegłych sądowych z dnia 26 stycznia 2005 r., Dz.U. Nr 15, poz. 133.

¹¹² Por. wyrok NSA z dnia 20 sierpnia 1998 r., sygn. akt II SA 992/98, „Monitor Prawniczy” 8/1999, poz. 47.

¹¹³ Por. wyrok SN z dnia 29 września 2010 r., sygn. akt V CSK 29/10, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/V%20CSK%2029-10-1.pdf> [dostęp: 20.10.2023].

na podstawie przepisu ustawy regulującej ustrój sądów powszechnych (art. 157 § 1 p.s.p.¹¹⁴; § 8 i § 10 r.ws.b.s.).

Nie należy zapominać, iż – prócz zagadnień formalnych – podstawową rolę w dokładnym diagnozowaniu sfery psychoseksualnej odgrywają relacje międzyludzkie, oparte na osobistym kontakcie między diagnozującym (lekarzem) a diagnozowanym (pacjentem). Swoiste podłoże tych stosunków, wyznaczone instytucjonalnymi ramami procedury, wymaga od obu uczestników zaangażowania związanego ze znacznie większym nakładem aktywności niż w przypadku relacji realizowanych na gruncie dobrowolnego kontaktu pacjenta z lekarzem. W ogólnym rozumieniu relacje międzyludzkie (ang. *interpersonal relationships*; niem. *interpersonelle Beziehungen*) – z uwagi na ich społeczny charakter – ujmowane są jako „zespół zdolności wykorzystywanych w określonych typach sytuacji”¹¹⁵, stanowiąc „istotny obszar kompetencji społecznych, opartych na umiejętnościach wywierania pożądanego wpływu na innych ludzi w określonych sytuacjach społecznych”¹¹⁶. Ważne w tym przypadku pozostaje dostrzeżenie zasadniczego celu tych relacji, jakim jest specjalistyczna ocena stanu psychiki pacjenta w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych. Podkreślenia wymaga fakt, iż dokonanie takiej oceny nie należy do czynności prostych i oczywistych nawet w przypadku doświadczonego specjalisty mającego szerokie zaplecze merytoryczne. Ocena stanu psychiki – w tym także związana z zaburzeniem preferencji seksualnych – stanowi rezultat uchwycenia dynamicznego charakteru przebiegu procesów zachodzących w umyśle osoby opiniowanej, mogących mieć jednoczesny związek z tzw. stanami nagłymi [w psychiatrii]¹¹⁷ (ang. *acute psychiatric care*; niem. *die psychiatrische Akutversorgung*). Jako argument potwierdzający problematyczny charakter omawianego zagadnienia można wskazać stanowisko Janusza

¹¹⁴ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. Nr 98, poz. 1070.

¹¹⁵ U. Jakubowska, *Wokół pojęcia „kompetencja społeczna” – ujęcie komunikacyjne*, „Przegląd Psychologiczny” t. 39, 1996, s. 29–40.

¹¹⁶ Por. M. Argyle, *Psychologia stosunków międzyludzkich*, PWN, Warszawa 1999, s. 133–141, 247.

¹¹⁷ A. Szaniawska-Bartnicka, R. Reszczyński, *Stany nagłe w psychiatrii*, [w:] M. Jarema (red.), *Psychiatria*, PZWL, Warszawa 2016, s. 525–555.

Heitzmana i Ingi Markiewicz, którzy aprobując pogląd Zdzisława Falickiego i Leszka Wandzla, ujmują, iż: „definiowanie stanów odnoszących się do sfery psychicznej człowieka jest niezwykle trudne, gdyż zawierają one szeroki wachlarz odmian i wariantów oraz mnóstwo słów i pojęć do końca niedefiniowalnych”¹¹⁸. Nie ulega jednak wątpliwości, iż z perspektywy organu powołującego biegłego oczywiste pozostaje dążenie do uzyskania najdokładniejszego obrazu stanu psychiki osoby opiniowanej w chwili popełnienia przez nią czynu, przy jednoczesnym uzyskaniu ze strony biegłego prostych i jednoznacznych odpowiedzi¹¹⁹. Rezultatem tego procesu w przypadku ewentualnego stwierdzenia zaburzenia psychoseksualnego opiniowanego¹²⁰ jest dokonanie rozpoznania jednostki diagnostycznej, w oparciu o ustalone standardy aktualnej wersji Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych (ang. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD-11)¹²¹. Dla organu procesowego, jak i samego oskarżonego, diagnostyka ta ujęta w opinię biegłego stanowi podstawę do stosowania odpowiednich rozwiązań systemowych (lecniczego środka zabezpieczającego; środka zabezpieczającego połączonego z karą pozbawienia wolności; kary pozbawienia wolności odbywanej w systemie terapeutycznym) oraz realizacji gwarancji procesowych (m.in. obligatoryjnej obrony), w związku ze stanem psychoseksualnym w chwili popełnienia czynu.

Jedną z kluczowych zasad karnoprosesowych jest zasada domniemania niewinności (ang. *the proesumption of innocence*; niem. *die Präsumtion der Unschuld / die Unschuldsvermutung*), wyrażona w art. 5 § 1 k.p.k. Zgodnie z treścią tej zasady oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki wina jego nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem

¹¹⁸ J. Heitzman, I. Markiewicz, *Niepoczytalność – doktryna, praktyka, skuteczność, alternatywa*, „Psychiatria po Dyplomie”, t. 9, nr 3, 2012, s. 47.

¹¹⁹ Por. J. Gurgul, *O wadliwości opinii biegłego w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo”, nr 4, 2015, s. 92.

¹²⁰ Mowa tu o tzw. rozpoznaniu pozytywnym, zob. szerzej: J. Godlewski, A. Szymusik, *Zakres i granice roli biegłego seksuologa*, [w:] J.K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie...*, s. 330.

¹²¹ Rewizja jedenasta Międzynarodowej Klasyfikacji, sporządzonej przez WHO; obowiązuje w 117 krajach na świecie, przyp. aut.

sądu. W nawiązaniu do niniejszej treści budzić wątpliwości nie powinien fakt, iż postawa lekarza wyrażana wobec pacjenta poddawanego diagnozie powinna być daleka od budowania wewnętrznych ocen moralnych i uprzedzeń pozostających w związku z zarzucanym oskarżonemu czynem. Modyfikacja tego podejścia – poprzez wewnętrzną ocenność – wprowadza po stronie biegłego barierę, która będąc odczuwalną przez pacjenta, jest w stanie realnie oddziaływać na płaszczyznę komunikacyjną między lekarzem a pacjentem, utrudniając lekarzowi rzetelne przeprowadzenie badania, co może mieć bezpośrednie przełożenie na wadliwe rozpoznanie choroby lub problemu zdrowotnego osoby opiniowanej. Warto przy tym pamiętać, iż postawiona przez lekarza błędna diagnoza, skutkująca w rezultacie wadliwością opinii, wpływa znacząco na dalszą sytuację procesową oskarżonego, dając jednocześnie podstawę do odpowiedzialności cywilnej *ex delicto* (art. 415 k.c.), za szkodę powstałą na skutek sporządzenia przez biegłego błędnej opinii procesowej. Jednym słowem, istotą podejmowanych przez biegłego lekarza seksuologa działań jest dążenie do uchwycenia i zrozumienia problemu zdrowotnego pacjenta oraz identyfikacji związku ewentualnie występującego zaburzenia z zarzucanym opiniowanemu czynem, bez wchodzenia jednocześnie w kognicję sądu do oceny ustalenia sprawstwa i winy oskarżonego.

Należy mieć na uwadze fakt, iż elementem tworzącym fundament w relacji lekarz – pacjent są określone czynniki towarzyszące nawiązaniu wspólnego porozumienia. Wiadomo, iż obie z uczestniczących w relacji stron wnoszą własne cechy indywidualne, temperament, osobowość, doświadczenia życiowe czy wspomniane już kompetencje zawodowe¹²². Badania identyfikujące czynniki mające wpływ na relację lekarz – pacjent prowadzone na przełomie 2019/2020 r. przez Adama Gędkę i in. pokazują, że pacjenci – poza fachową wiedzą – oczekują od specjalisty postaw związanych z: szacunkiem, zrozumieniem czy

¹²² A. Steciwko, *Czynniki wpływające na jakość komunikowania się lekarza z pacjentem i jego rodziną lub najbliższym mu otoczeniem*, [w:] J. Barański, E. Waszyński, A. Steciwko (red.), *Komunikowanie się lekarza z pacjentem*, Wrocław 2000, passim.

empatia¹²³. Jak podaje literatura, pożądanę przez pacjentów postawę lekarzy kształtują i umacniają nowoczesny paradygmat holistyczny (ang. *holistic paradigm*; niem. *das Ganzheitliches Paradigma*), akcentujący znaczenie całościowego, podmiotowego traktowania człowieka, przy tym dalekiego od sposobu postrzegania rzeczywistości diagnostycznej wyłącznie w oparciu o medyczną analizę opisywanych przez pacjenta dolegliwości (paradygmat biomedyczny – ang. *biomedical paradigm*; niem. *das Biomedizinisches Paradigma*)¹²⁴.

Wnioski wynikające z przeprowadzonych badań empirycznych wskazują, iż „czynnikami komunikacyjnymi”¹²⁵ wpływającymi na zadowolenie pacjenta są: „zwracanie się do pacjenta z szacunkiem, przedstawienie się na pierwszej wizycie, wykazywanie zainteresowania odczuciami pacjenta, używanie zrozumiałego języka oraz utrzymywanie kontaktu wzrokowego”¹²⁶. Chociaż wiadome pozostaje, iż wymieniane we wnioskach przez Adama Gędkę i in. wskaźniki dotyczą sytuacji, w której kontakt ze specjalistą inicjowany jest w sposób dobrowolny, nie jest wątpliwe, że uniwersalny charakter tych czynników staje się aktualny na gruncie relacji biegłego lekarza z opiniowanym. Jak podkreśla Agnieszka Sulkowska i in., „to właśnie od umiejętności komunikacyjnych lekarza lub terapeuty zależy w znacznym stopniu zgoda pacjenta na proponowaną terapię, jego współdziałanie i zaangażowanie w proces przywracania zdrowia”¹²⁷. Myśl ta nabiera znaczenia z uwagi na kontekst postępowania wykonawczego, gdzie prawodawca przewidział stosowanie karnoprawnych instytucji o charakterze leczniczym, w których względy terapeutyczne odgrywają kluczową rolę (art. 62 k.k.; art. 93a § 1 pkt. 2–4) w systemowym oddziaływaniu na sprawcę.

¹²³ A. Gędek, M. Materna, M. Gędek, *Co wpływa na relację lekarz – pacjent?*, „Rozprawy Społeczne”, t. 15, nr 2, 2015, s. 127.

¹²⁴ Ibidem; por. także P. Łuków, *Modele relacji pacjent – lekarz*, https://www.humanizacjamedycyny.pl/5297/modele-relacji-pacjent-lekarz/?gclid=EAIaIQobChMIkpSUMY-RggMV3FJBA-h2HIAQwEAAAYASAAEgJCtvD_BwE [dostęp: 20.10.2023].

¹²⁵ A. Gędek, M. Materna, M. Gędek, *Co wpływa...*, s. 138.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ A. Sulkowska, S. Milewski, K. Kaczorowska-Bray, *Komunikacja lekarz – pacjent w opinii pacjentów*, „Logopedia Silesiana”, t. 7, 2018, s. 37.

Próba dalszego budowania wniosków w odpowiedzi na pytanie: w jakim stopniu i z jakim rezultatem organizacyjne ramy badań – ustalone odgórnie treścią przepisów procedury – są barierami komunikacyjnymi w relacjach lekarz – pacjent, wymaga podjęcia dalszych empirycznych wysiłków, pozwalających ustalić ewentualny wpływ czynników (takich jak brak swobodnego decydowania o: wyborze specjalisty¹²⁸; miejscu i czasie badania) na utrudnienia we wzajemnej komunikacji przebiegającej w procesie diagnostycznym. Oczywiście pozostaje, iż wobec identyfikacji czynników znaczących dla konstruktywnego budowania relacji lekarz – pacjent rozpoznania wymagają także te elementy, których obecność wpływa destruktywnie na kształtowanie więzi społecznej między uczestnikami.

Wśród wyróżnianych przez Annę Ratajską i Aldonę Kubicę faktorów o ujemnym wpływie na nawiązanie i jakość wzajemnych relacji między lekarzem i pacjentem znajdują się napięcie, niepokój i brak zaufania¹²⁹. Niekorzystne w ocenie wspomnianych autorek są także „brak dostosowania ilości i jakości przekazywanych informacji”¹³⁰ do stanu emocjonalnego osoby badanej oraz lęk, „powodujący odmowę współpracy lub postawę obronną”¹³¹. Jak zaznaczają Izabela Stangierska i Wanda Horst-Sikorska: „Istotnymi barierami utrudniającymi porozumienie [po stronie lekarza – przyp. aut.] są: domyślanie się, przygotowywanie odpowiedzi, wybiórcze słuchanie i ocenianie”¹³², a także stosowanie wyrażen żargonowych pozostających niejasnymi dla pacjenta¹³³.

¹²⁸ Według stanowiska SA w Katowicach: „Strony nie mają prawa samodzielnie powoływać biegłych. Może to jedynie zrobić organ procesowy prowadzący postępowania, przy czym dla ich ustanowienia potrzebne jest wydanie postanowienia”, wyrok SA w Katowicach z dnia 20.11.2003 r., sygn. akt. II AKa 392/03, „Krakowskie Zeszyty Sądowe. Orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawach karnych”, nr 6, 2004, poz. 65.

¹²⁹ Por. A. Ratajska, A. Kubica, *Co leży u podłoża złej współpracy lekarz–pacjent? – spojrzenie psychologa*, „Folia Cardiologica Excerpta”, t. 5, nr 2, 2010, s. 86.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

¹³² I. Stangierska, W. Horst-Sikorska, *Ogólne zasady komunikacji między pacjentem a lekarzem*, „Forum Medycyny Rodzinnej” t. 61, nr 1, 2007, s. 61.

¹³³ Ibid.

Empiryczne wykazanie znaczenia tych elementów jako pełniących istotną funkcję w procesie komunikacji stanowi naukowe podłoże do podejmowania dalszych prób rozpoznania czynników mających znaczenie w diagnostyce najbardziej osobistej sfery życia jednostki. Nie budzi zatem wątpliwości fakt, że – z uwagi na powszechnie obowiązujące wzorce obyczajowe – przedstawianie potrzeb i doświadczeń w zakresie własnego życia intymnego jest dla pacjenta mało komfortowym doświadczeniem osobistym, wymagającym zbudowania stabilnych podstaw zaufania do diagnosty.

Warto przy tym zwrócić uwagę, że dla większości osób opiniowanych kontakt z lekarzem seksuologiem – występującym równocześnie w roli biegłego – jest sytuacją nową, wywołującą wysoki poziom napięcia emocjonalnego. Oczywiście jednak pozostaje, iż w jej ramach organ procesowy wydający postanowienie ma określone oczekiwania (co do braku bierności ze strony opiniowanego, otwartości, diagnostycznej współpracy z biegłym etc.), ukierunkowane na uzyskanie przez lekarza wszelkich istotnych dla toczącego się postępowania informacji¹³⁴. Nietrudno zatem dostrzec, iż dla obu stron biorących udział w badaniu zadanie to nie jest proste, a od lekarza wręcz wymaga najwyższego poziomu kompetencji interpersonalnych.

Ostatnią kwestią, której warto poświęcić uwagę w związku z pożądanym kierunkiem zmian, jest zagadnienie nieustannego podnoszenia przez biegłego lekarza seksuologa kwalifikacji w odniesieniu do wykonywanej przez niego funkcji na rzecz wymiaru sprawiedliwości. W rozdziale 4 poselskiego projektu ustawy o biegłych w postępowaniu sądowym oraz w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie ustaw (dalej jako projekt u.b.p.s.)¹³⁵ projektodawca, dążąc do kompleksowej regulacji warunków, trybu nabywania i utraty prawa do wykonywania czynności biegłego przez osoby fizyczne (art. 1 zd. 1 projektu u.b.p.s.proj), wskazuje na zobowiązanie biegłego do doskonalenia kwalifikacji w zakresie swojej

¹³⁴ Por. K. Łampika, L. Barański, *Techniki rozmowy z pacjentem*, [w:] A. Mastalerz-Migas i in. (red.), *Komunikowanie się lekarza i pacjenta w medycynie rodzinnej*, Wrocław 2021, s. 8.

¹³⁵ Treść projektu ustawy dostępna https://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/projekty/667_p.htm, [dostęp: 20.10.2023].

specjalności (art. 44 ust 1 pkt 2). Należy zatem podkreślić, iż w kontekście dynamicznego rozwoju wiedzy projektowany legislacyjnie przepis przewiduje zasadny kierunek zmiany, modyfikujący obecnie obowiązujący wyznacznik standardu formalnej oceny kompetencji biegłego w zakresie wiadomości specjalnych (§ 12 ust. 2 r.w.s.b.s.).

Nie pozostaje w żaden sposób wątpliwe, iż aspekt nieustannego rozwoju i podnoszenia kwalifikacji odgrywa kluczową rolę zarówno w sferze kompetencji twardych (ang. *hard skills*; niem. *die harte Fähigkeiten*), związanych z rozwojem wiedzy merytorycznej w danej dziedzinie, jak i miękkich (ang. *soft skills*; niem. *die weiche Fähigkeiten*), obejmujących m.in. umiejętności interpersonalne i psychologię zarządzania¹³⁶ – z trudnych do zrozumienia względów pomijanych przez projektodawcę w treści projektu u.b.p.s. Należy wskazać, iż zasadnicza część diagnostyki [seksuologicznej] odbywa się w oparciu o zebrany od pacjenta wywiad seksuologiczny¹³⁷ (ang. *sexological interview*; niem. *die sexologische Interview*). Pierwszorzędnym w tym kontekście aspektem pozostaje spójność komunikacji na płaszczyźnie werbalnej (ang. *verbal communication*; niem. *die verbale Kommunikation*) (m.in. używanie prostego i zrozumiałego dla pacjenta języka, przedstawianie się na początku wizyty) i niewerbalnej (ang. *nonverbal communication*; niem. *die nonverbale Kommunikation*) (m.in. umiejętność utrzymania kontaktu wzrokowego, zadbanie o odpowiedni ubiór)¹³⁸, w oparciu o które to formy komunikacji budowane są wzajemne relacje między uczestnikami. Z uwagi na fakt, iż prowadzenie badania spoczywa na biegłym lekarzu, od niego też – jako profesjonalisty – oczekuje się dysponowania

¹³⁶ P. Karniej, *Zarządzanie kompetencjami pozamedycznymi lekarzy, pielęgniarek i położnych*, „Pielęgniarstwo i Zdrowie Publiczne”, t. 3, nr 1, 2013, s. 28.

¹³⁷ Tak zwane bezpośrednie badanie seksuologiczne, oprócz wywiadu seksuologicznego, składa się z badania cielesnego (ang. *physical examination*; niem. *die körperliche Untersuchung*). Pośrednie badanie seksuologiczne (przyp. aut.) obejmuje: zapoznanie się z aktami (ang. *familiarisation with the criminal case files*; niem. *die Einarbeitung in die Strafsachenakten*) dochodzenia, śledztwa, sprawy. Zarówno badanie bezpośrednie, jak i pośrednie są „badaniami równoległymi i równorzędnymi dla ekspertyzy seksuologicznej”, por. J. Godlewski, A. Szymusik, *Technika pracy biegłego seksuologa*, [w:] J.K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie...*, s. 300–317.

¹³⁸ Por. A. Gędek, M. Materna, M. Gędek, *Co wpływa...*, s. 138; por. także A. Ratajska, A. Kubica, *Co leży...*, s. 85.

odpowiednimi kompetencjami interpersonalnymi. Oczekiwania te – z uwagi na brak obligatoryjnego szkolenia biegłych w omawianym zakresie – mogą się jednak mijać z codzienną praktyką. Korzystnym w tym przypadku rozwiązaniem okazuje się podnoszenie umiejętności interpersonalnych w ramach tzw. treningu umiejętności społecznych: TUS¹³⁹ (ang., *Social Skills Training, SST*; niem. *Soziales Kompetenztraining, SKT*), nastawionego na rozwój i wzmacnianie obszaru relacji z drugim człowiekiem¹⁴⁰. Aplikowanie tej wiedzy na płaszczyznę kontaktów biegłego lekarza seksuologa z pacjentem jest w stanie przynieść wymierne korzyści w postaci podniesienia jakości obustronnej relacji¹⁴¹. Problemem pozostaje jednak fakt, iż dostępne na rynku programy kształcenia biegłych wymagają od ich uczestników indywidualnych sporych nakładów pieniężnych, przy jednoczesnym braku finansowego wsparcia ze strony państwa w procesie podnoszenia kwalifikacji. Realizacja tego wzorca może wydawać się sporym obciążeniem – szczególnie w aspekcie proponowanych zmian – w związku z kierunkiem, w którym zmierza projektodawca, ujawniając swoje przyszłe zamiary legislacyjne, w projekcie u.b.p.s.

Wzbudzać wątpliwości nie powinno zatem, iż minister sprawiedliwości – w związku z projektowanym wstępnie założeniem ustanowienia go organem właściwym rzeczowo do prowadzenia listy biegłych (art. 12 ust. 1 projektu u.b.p.s.) – powinien rozważyć podjęcie osobistych działań na rzecz regulacji podstaw prawnych do finansowego wsparcia biegłych w zakresie proponowanego przez projektodawcę nowego obowiązku doskonalenia nabytych przez biegłych kwalifikacji. Pozostaje oczywiste, iż w dłuższej perspektywie czasu działania te przyniosą korzystny wpływ zarówno na polu jakości wykonywania czynności biegłego, jak

¹³⁹ Por. A. Tomorowicz, *Struktura kompetencji społecznych w ujęciu interakcyjnym*, „Psychiatria”, t. 8, nr 3, 2011.

¹⁴⁰ Treningiem TUS powinni zainteresować się w szczególności biegli lekarze seksuolodzy (m.in. urologi, ginekolodzy, endokrynolodzy) nieposiadający specjalizacji psychiatrycznej, wykształcenia psychologicznego bądź uprawnień psychoterapeutycznych – przyp. aut.

¹⁴¹ Por. K. Łampika, L. Barański, *Techniki...*, s. 7.

i standardów w relacjach lekarz – pacjent, realizowanych w ramach obszaru instytucji procesowych systemu prawa karnego i prawa wykroczeń.

Bibliografia

- Alpmann J.A., Brockhaus F.A. (red.), *Alpmann & Schmidt Juristische Lehrgänge GmbH&Co KG*, Münster 2005.
- Argyle M., *Psychologia stosunków międzyludzkich*, PWN, Warszawa 1999.
- Boch B., *Charakter prawny tzw. opinii prywatnych w procesie karnym*, „Zeszyty Prawnicze”, t. 18, nr 2, 2018.
- Bojarski M., *Teza 2 do art. 140 kw*, [w:] M. Bojarski, W Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Boratyńska K.T., *Komentarz do art. 202. Ustalenie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Boratyńska K.T., *Komentarz do art. 203 kpk. Obserwacja psychiatryczna jako metoda badawcza stanu psychicznego oskarżonego*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Boratyńska K.T., *Komentarz do art. 202. Zakres i metody badawcze biegłych*, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Dzierżanowska J., *Opinia indywidualna, pojedyncza, zespołowa i kompleksowa*, [w:] J. Dzierżanowska, A. Fiutak, *Prawo w medycynie*, Warszawa 2010.
- Studzińska, *Biegli w postępowaniu sądowym cywilnym i karnym. Praktyczne omówienie regulacji z orzecznictwem*, Warszawa 2019.
- Gędek A., M. Materna, M. Gędek, *Co wpływa na relację lekarz – pacjent?*, „Rozprawy Społeczne”, t. 15, nr 2, 2015.
- Gierowski J.K., *Kompleksowe opinionowanie o stanie zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego*, „Psychiatria Polska”, t. 40, nr 1, 2006.
- Gierowski J.K., Godlewski J., Heitzman J., Szymusik A., *Problemy kompetencyjne w opinionowaniu w sprawach o przestępstwa na tle seksualnym*, [w:] J.K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, Kraków 1996.

- Godlewski J., Szymusik A., *Technika pracy biegłego seksuologa*, [w:] J.K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, Kraków 1996.
- Godlewski J., Szymusik A., *Zakres i granice roli biegłego seksuologa*, [w:] J.K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej*, Kraków 1996.
- Gościński J., *Exzamin na tłumacza przysięgłego. Angielskie orzeczenia w sprawach karnych*, Warszawa 2019.
- Gruszecka D., *Biegli uprawnieni do wydania opinii*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Gruszecka D., *Podstany do przeprowadzenia obserwacji psychiatrycznej*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Gurgul J., *O wadliwości opinii biegłego w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” nr 4, 2015.
- Guza E., *Psychologia sądowa dla prawników*, Warszawa 2012.
- Heitzman J., Markiewicz I., *Niepoczytalność – doktryna, praktyka, skuteczność, alternatywa*, „Psychiatria po Dyplomie”, t. 9, nr 3, 2012.
- Imieliński K., *Seksjatria. Psychofizjologia seksualna*, PWN, t. 1 i 2, Warszawa 1990.
- Jakubowska U., *Wokół pojęcia „kompetencja społeczna” – ujęcie komunikacyjne*, „Przeгляд Psychologiczny”, 39, 1996.
- Kaczmarek J., *Taktyka względem opinii biegłego*, [w:] M. Fingas, T. Kanty (red.), *Prawo karne. Podręcznik dla aplikantów*, Warszawa 2020.
- Krajewski R., *Obyczajność, jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Palestra”, nr 3, 2019.
- Krzysztofiuk G., *Komentarz do artykułu 203 § 1 kpk*, [w:] D. Drajewicz (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–424*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Lew-Starowicz Z., *Seksuologia sądowa*, PZWL, Warszawa 2023.
- Lommel S.M., *Die Sorge um den Sex – Michel Foucaults Theorie der Sexualität*, „Sexuologie. Zeitschrift für Sexualmedizin, Sexualtherapie und Sexualwissenschaft”, t. 7, z. 1.
- Lampika K., Barański L., *Techniki rozmowy z pacjentem*, [w:] A. Mastalerz-Migas i in. (red.), *Komunikowanie się lekarza i pacjenta w medycynie rodzinnej*, Wrocław 2021.

- Maffei S., *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen 2006, za: A. Lach, *Pojęcie i istota rzetelnego postępowania dowodowego*, [w:] *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018.
- Marek A., *Kryteria rozgraniczenia obszarów przestępstw i wykroczeń*, [w:] A. Marek, A. Marek-Ossowska, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2021.
- Marek A. (red.), *System Prawa Karnego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, § 4. *Prawo wykroczeń*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Marek A., *Zagadnienia ogólne*, [w:] A. Marek, A. Marek-Ossowska, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2021.
- Marek A., *Dowody i postępowanie dowodowe*, [w:] A. Marek, A. Marek-Ossowska, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2021.
- Marzec M., *Przegląd zagadnień związanych ze sprawcami przemocy seksualnej wobec dzieci*, „Resocjalizacja Polska”, nr 22, 2021.
- Pobocho J., *Struktura opinii sądowo-psychiatrycznej*, [w:] A. Wilmowska-Pietruszyńska, D. Bliski, K. Kordel, A. Pietruszyński, J. Pobocho, T. Zyss, *Opiniowanie sądowo-lekarskie*, Wrocław 2013.
- Ratajska A., Kubica A., *Co leży u podłoża złej współpracy lekarz-pacjent? – spojrzenie psychologa*, „Folia Cardiologica Excerpta”, t. 5, nr 2, 2010.
- Skorupka J., *Zasada prawdy materialnej*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Stangierska I., Horst-Sikorska W., *Ogólne zasady komunikacji między pacjentem a lekarzem*, „Forum Medycyny Rodzinnej”, t. 1, nr 1, 2007.
- Steciwo A., *Czynniki wpływające na jakość komunikowania się lekarza z pacjentem i jego rodziną lub najbliższym mu otoczeniem*, [w:] J. Barański, E. Waszyński, A. Steciwo (red.), *Komunikowanie się lekarza z pacjentem*, Wrocław 2000.
- Stefański R., *Teza nr 10 do art. 202 kpk*, [w:] Z. Gostyński (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Warszawa 1998.
- Sulkowska A., Milewski S., Kaczorowska-Bray K., *Komunikacja lekarz – pacjent w opinii pacjentów*, „Logopedia Silesiana”, t. 7, 2018.
- Szaniawska-Bartnicka A., Reszczyński R., *Stany nagłe w psychiatrii*, [w:] M. Jarema (red.) *Psychiatria*, PZWL, Warszawa 2016.
- Świecki D., *Dowód z opinii biegłego*, [w:] *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2020.

- Tomorowicz A., *Struktura kompetencji społecznych w ujęciu interakcyjnym*, „Psychiatria”, t. 8, nr 3, 2011.
- Vaidakis N., Ferenidou F., *Historical Links Between Psychiatry and Sexual Medicine*, [w:] *Psychiatry and Sexual Medicine. A Comprehensive Guide for Clinical Practitioners*, Cham 2021.
- Weig W., *Sexuelle Gesundheit und die Entwicklung einer prophylaktischen Sexualmedizin*, „Sexuologie. Zeitschrift für Sexualmedizin, Sexualtherapie und Sexualwissenschaft”, t. 7, z. 1.
- Zgryzek K., *Badanie stanu zdrowia psychicznego oskarżonego uwagi na tle art. 202 i 203 kpk*, [w:] T. Grzegorzcyk (red.) *Funkcje procesu karnego*. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tyłmana, Warszawa 2011.

Źródła internetowe

- Czabański J., *Znaczenie opinii biegłego: Wielka Brytania*, w: *Pozycja biegłych sądowych w wybranych krajach europejskich*, Warszawa 2006, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/J-Czaba%C5%84ski-Pozycja-bieg%C5%82ych-s%C4%85dowych-w-wybranych-krajach-europejskich-2006.pdf>.
- Klemens K., *Powołanie biegłego*, <https://sip.lex.pl/procedury/powolanie-bieglego-1610616008>.
- Hajdukiewicz D., *Świadczenia zdrowotne związane z orzekaniem i opiniowaniem o stanie zdrowia*, <https://www.mp.pl/psychiatria/orzecznictwo-i-prawo/67649,swiadczenia-zdrowotne-zwiazane-z-orzekaniem-i-opiniowaniem-o-stanie-zdrowia>.
- Lemmer J., *Introduction to sexology as the scientific studies of sexuality*, https://www.researchgate.net/publication/344415560_SEXOLOGY_THE_SCIENTIFIC_STUDIES_OF_SEXUALITY.
- Łuków P., *Modele relacji pacjent – lekarz*, https://www.humanizacjamedycyny.pl/5297/modele-relacji-pacjent-lekarz/?gclid=EAIaIQobChMIkpSUMY-RggMV3FJBAh2HIAQwEAAAYASAAEgJCTvD_BwE
- Tymiński R., *Co grozi lekarzowi za ujawnienie tajemnicy lekarskiej*, <https://prawa-lekarzy.pl/artykuly/co-grozi-lekarzowi-za-ujawnienie-tajemnicy-lekarskiej-21>.
- Van Rooyen L.J., *History of Sexology*, *Introduction to sexology – A Simplified Epistemology*, https://www.academia.edu/8888113/Introduction_to_Sexology_A_Simplified_Epistemology?email_work_card=view-paper.

Varia

Deutschland Strafgesetzbuch In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322) zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.07.2023 (BGBl. I S. 203) m.W.v. 01.10.2023.; in: [https://dejure.org/gesetze/ StGB](https://dejure.org/gesetze/StGB); wersja ang.: [https://www.gesetze-im-internet.de/ englisch_stgb/index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html).

Nieobyczajny wybryk (tytuł umieszczony nad jednostką redakcyjną aktu normatywnego), <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/kodeks-wykroczen-16788218/art-140>.

Nieobyczajne ogłoszenie, napis, rysunek (tytuł umieszczony nad jednostką redakcyjną aktu normatywnego), <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/kodeks-wykroczen-16788218/art-141>.

Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD-10), dostęp na stronie: <https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/icd10/pdf/ICD10TomI.pdf>.

Obyczajność w: Wielki słownik języka polskiego, <https://wsjp.pl/haslo/podglad/106577/>.

Obyczajność w: Słownik języka polskiego, <https://sjp.pl/obyczajno%C5%9B%C4%87>.

Program specjalizacji w seksuologii, Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego w Warszawie, Warszawa 2002, Aktualizacja 2018, s. 3–4, <https://cmkp.edu.pl/wp-content/uploads/pdf/0758-program-1-D.pdf>.

Proponowanie czynu nierządneho z chęci korzyści majątkowej (tytuł umieszczony nad jednostką redakcyjną aktu normatywnego), <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/kodeks-wykroczen-16788218/art-142>.

Sexuality, <https://www.who.int/teams/sexual-and-reproductive-health-and-research/key-areas-of-work/sexual-health/defining-sexual-health>.

Sexual Offences Act 2003, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>.

Sexualwissenschaft, <https://flexikon.doccheck.com/de/Sexualwissenschaft>.

Sexualwissenschaft, Sexualpsychologie, https://dorsch.hogrefe.com/stichwort/sexualpsychologie-sexualwissen_schaft#search=37970900cdd5f40c3f_148b825bfe5c02&offset=0.

Sexnologie, <https://sexuologie-info.de/>.

Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 203) geändert worden ist, in: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>.

The Code for Crown Prosecutors, <https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors>; polska wersja Kodeks Postępowania dla Prokuratorów Koronnych, <https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/POLISH-Code-for-Crown-Prosecutors-October-2018.pdf>.

Udział w: Słownik Języka Polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/udzial;2532114.html>.

Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 października 2020 r., s. 2, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pienie%20RPO%20do%20Ministra%20Sprawiedliwo%C5%9Bci%20ws.%20%C5%9Brodzk%C3%B3w%20zabezpieczaj%C4%85cych%2C%2029.10.2020.pdf>.

Zastrzeżenia do pracy biegłych sądowych z dnia 25 listopada 2022 r., <https://www.gov.pl/web/rpp/zastrzezenia-do-pracy-bieglych-sadowych>.

Summary

The Issue of Building a Relationship Between a Sexologist and a Patient Based on The Systemic Institutions of Criminal and Misdemeanor Proceedings

The issues presented in this text include problems related to a relationship between a sexologist and a consulted person on the basis of criminal and misdemeanor procedure. The author prefaces his deliberations with an introduction devoted to introductory issues, including general aspects of the subject under discussion, such as sexual health, sexuality or sexual rights. Entering the sphere of discussing procedural institutions, the author describes the regulations contained in the criminal and misdemeanor procedural law, with regard to the role of the sexologist. By pointing to the moment of the statutory introduction of a sexologist into the criminal procedure, the author draws attention to his position in relation to other court witness experts. By taking up the subject, the author stresses to the issue of the relationship between a patient and a sexologist doctor (medical sexologist), which has its legal basis in the

medical legislation. The author, continuing his considerations, explains, the key role of soft competencies, overlooked in the formal requirements of the work of an expert witness. In the author's opinion, supporting the expert, in improving his soft competencies, will contribute to increasing the quality of the sexologist-patient relationship.

Keywords: expert witness, forensic sexology, psychosexual background, sexologist doctor, sexual health, sexuality, patient, criminal proceedings, misdemeanor proceedings

MONIKA PŁATEK

ORCID 0000-0001-6404-9397

GRZEGORZ WRONA

ORCID 0000-0002-3882-289X

Pomoc w przerywaniu ciąży – art. 152 § 2 Kodeksu karnego. Analiza przypadku na kanwie sprawy Justyny Wydrzyńskiej*

Streszczenie

Ten tekst jest poświęcony analizie art. 152 § 2 Kodeksu karnego. Kryminalizuje on pomocnictwo lub nakłanianie do aborcji, o którym mowa w art. 152 § 1 k.k. Rozważania ograniczone zostają tu do kwestii pomocnictwa. Kanwą dla rozważań jest sprawa Justyny Wydrzyńskiej skazanej (nieprawomocnie w chwili powstawania niniejszego tekstu) w I instancji przez Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie (sygn. akt V K 18/22) z art. 152 § 2 k.k. na rozprawie z wyłączeniem jawności. Rzecz warta jest uwagi ze względu na istnienie tego przepisu w rzeczywistości prawnej, w której dochodzi do systemowego uchylania zobowiązaniom władzy do przestrzegania praw reprodukcyjnych. Wynikają one z ustawy z 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Stąd zasadna jest analiza art. 152 § 2 k.k. w kontekście postanowień tej ustawy oraz w świetle ewolucji relacji „pomocnictwa” ujętego w art. 152 § 2 k.k. i ustawowej definicji pomocnictwa zawartej w art. 18 § 3 k.k. Powstaje

* Dziękujemy Profesor Ewie Łętowskiej za cenne uwagi, a zwłaszcza za te dotyczące pojęć zastanych jako źródle inspiracji wykładniczej.

bowiem pytanie, czy jeśli art. 152 § 2 k.k. odsyła do ustawy o planowaniu rodziny, to czy dotyczy to zaledwie ujętych w niej przesłanek aborcji, czy wymaga także, jak twierdzimy, uwzględnienia ustawowych warunków dotyczących praw reprodukcyjnych, jakie ustawa ta wyznacza. Nasz pogląd opieramy na szacunku dla wykładni celowościowej i treści obowiązującej preambuły ustawy o planowaniu rodziny. Nie jest ona zaledwie uroczystym wstępem. Jest zobowiązaniem po stronie władz do określonego działania i objaśnieniem celu ustawy.

Dowodzimy jednocześnie, iż w przywołanej wyżej sprawie Sąd Okręgowy Warszawa-Praga, uznając, iż doszło do wypełnienia znamion art. 152 § 2 k.k., nie uwzględnił ogółu okoliczności pozwalających na ocenę odmienną. Wskazujemy na fakty oraz przytaczamy argumenty za uznaniem, iż w ustalonym stanie faktycznym nie doszło do popełnienia przestępstwa: zasadne w tej sprawie jest przyjęcie stanu wyższej konieczności lub uznania, że zachodzą okoliczności ujęte w art. 1 § 2 i § 3 k.k. Opieramy się na sprawie Justyny Wydrzyńskiej, ale nasze rozumowanie idzie dalej. Sprawa oskarżenia Justyny Wydrzyńskiej ilustruje bowiem sytuację, w której wzorzec prawa stosowany z pominięciem warunków, w jakich działa, prowadzi do wadliwej, rozszerzającej kryminalizację wykładni. To wbrew zasadom prawa karnego. Wyrażony w niniejszym tekście sprzeciw wobec stosowaniu wykładni rozszerzającej pozostaje w zgodzie z obecną postawą ustawodawcy, który eliminuje ze znamion przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. zachowanie polegające na pomocnictwie w postaci „przekazywaniu informacji”, pomimo iż jest to jedna z przesłanek uznania w art. 18 § 3 k.k., że do pomocnictwa doszło. „Przekazywanie informacji” wchodzi więc w skład ustawowego pojęcia pomocnictwa, jednak nie ma zastosowania do znamion art. 152 § 2 k.k. Dowodzimy, że podobnie, pomimo wyczerpania ustawowych znamion przestępstwa z art. 152 § 2 k.k., gdy rzecz dotyczy działania skierowanego na ochronę zagrożonego dobra, jakim jest zdrowie i życie kobiety, pomimo wyczerpania ustawowych znamion art. 152 § 2 k.k. zachodzą okoliczności ujęte w art. 26 § 1 i § 2 k.k. i nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 1 § 2 i § 3 k.k.

Przedstawiamy na wstępie stan prawny i faktyczny ujawniony przez Sąd i kobietę, która prosiła organizację pozarządową o pomoc w terminacji swojej ciąży.

Słowa kluczowe: pomocnictwo, aborcja, prawa reprodukcyjne, stan wyższej konieczności, wykładnia celowościowa, pigułka poronna, ciąża, płód, świadczenie medyczne, nakłanianie, kryminalizacja, terminacja ciąży, środki poronne, preambuła, kompromis, przedmiot ochrony

I. Wstęp

Ten tekst jest poświęcony analizie art. 152 § 2 k.k. kryminalizującego pomocnictwo lub nakłanianie do aborcji, o którym mowa w art. 152 § 1 k.k. Rozważania ograniczone zostają tu do kwestii pomocnictwa. Kanwą dla rozważań jest sprawa Justyny Wydrzyńskiej skazanej (nieprawomocnie w chwili powstawania niniejszego tekstu) w I instancji przez Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie (sygn. akt V K 18/22) z art. 152 § 2 k.k. na rozprawie z wyłączeniem jawności. Rzecz warta jest uwagi ze względu na istnienie tego przepisu w rzeczywistości prawnej, w której dochodzi do systemowego uchybiania zobowiązaniom władzy do przestrzegania praw reprodukcyjnych¹. Wynikają one z ustawy z 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (dalej jako: ustawa o planowaniu rodziny, ustawa z 1993 r.)². Stąd zasadna jest analiza art. 152 § 2 k.k. w kontekście postanowień tej ustawy oraz w świetle ewolucji relacji

¹ RR. przeciwko Polsce, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) z 26.05.2011, skarga nr 27617/04; Tysiąc przeciwko Polsce, wyrok ETPCz z 20.03.2007, skarga nr 5410/03. Uwagi końcowe Komitetu Praw Człowieka ONZ z 2016 r. do sprawozdania Polski, CCPR/CJ/POL/CO/7, pkt 24; Uwagi końcowe Komitetu Praw Człowieka ONZ z 2004 r. do sprawozdania Polski, CCPR/CO/82/POL, pkt 8. W 2016 r. Komitet zalecił Polsce powstrzymanie się od zaostrożenia prawa aborcyjnego za zbyt restrykcyjne; zwrócił uwagę i na to, że już w 2004 r. Komitet wezwał Polskę do liberalizacji prawa aborcyjnego, które już w ówczesnym kształcie naruszała prawa człowieka – kobiet.

² Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78 ze zm.

„pomocnictwa” ujętego w art. 152 § 2 k.k. i ustawowej definicji pomocnictwa zawartej w art. 18 § 3 k.k. Powstaje bowiem pytanie, czy jeśli art. 152 § 2 k.k. odsyła do ustawy o planowaniu rodziny, to czy dotyczy to jedynie ujętych w niej przesłanek aborcji, czy wymaga także, jak twierdzimy, uwzględnienia ustawowych warunków dotyczących praw reprodukcyjnych, które ustawa ta wyznacza. Nasz pogląd opieramy na szacunku dla wykładni celowościowej i treści obowiązującej preambuły do ustawy. Nie jest ona bowiem zaledwie uroczystym wstępem. Jest zobowiązaniem po stronie władz do określonego działania i objaśnieniem celu ustawy.

Dowodzimy jednocześnie, iż w przywołanej wyżej sprawie Sąd Okręgowy Warszawa-Praga, uznając, iż doszło do wypełnienia znamion art. 152 § 2 k.k., nie uwzględnił ogółu okoliczności pozwalających na ocenę odmienną. Wskazujemy na fakty oraz przytaczamy argumenty za uznaniem, iż w ustalonym stanie faktycznym nie doszło do popełnienia przestępstwa. Że zasadne w tej sprawie jest przyjęcie stanu wyższej konieczności lub uznania, że zachodzą okoliczności ujęte w art. 1 § 2 i § 3 k.k. Opieramy się na sprawie Justyny Wydrzyńskiej, ale nasze rozumowanie idzie dalej. Sprawa oskarżenia Justyny Wydrzyńskiej ilustruje bowiem sytuację, w której wzorzec prawa stosowany z pominięciem warunków, w jakich działa, prowadzi do wadliwej, rozszerzającej kryminalizację wykładni. To wbrew zasadom prawa karnego. Wyrażony w niniejszym tekście sprzeciw wobec stosowania wykładni rozszerzającej pozostaje w zgodzie z obecną postawą ustawodawcy, który eliminuje ze znamion przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. zachowanie polegające na pomocnictwie w postaci „przekazywania informacji”, pomimo iż jest to jedna z przesłanek uznania w art. 18 § 3 k.k., że do pomocnictwa doszło. „Przekazywanie informacji” wchodzi więc w skład ustawowego pojęcia pomocnictwa, jednak nie ma zastosowania do znamion art. 152 § 2 k.k. Dowodzimy, że podobnie pomimo wyczerpania ustawowych znamion przestępstwa z art. 152 § 2 k.k., gdy rzecz dotyczy działania skierowanego na ochronę zagrożonego dobra, jakim jest zdrowie i życie kobiety, pomimo wyczerpania ustawowych znamion art. 152 § 2 k.k., zachodzą

okoliczności ujęte w art. 26 § 1 i § 2 k.k.³ i nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 1 § 2 i § 3 k.k.

Przedstawiamy na wstępie stan prawny i faktyczny ujawniony przez Sąd i kobietę, która prosiła organizację pozarządową o pomoc w terminacji swojej ciąży.

II. Stan prawny

„Czynność sprawcza określona w art. 152 § 2 (jak podkreślał Andrzej Zoll, współautor kodeksu karnego z 1997 roku), polega na udzieleniu kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży [...]. Ponieważ sama kobieta przerywająca swoją ciążę [...] nie realizuje znamion czynu zabronionego pod groźbą kary, pomocnictwo [...] do takiego czynu nie mogą być karane na zasadach ogólnych. Konieczne więc było [...] stworzenie typu przestępstwa *sui generis*. Zakres czynności nie jest więc wyznaczony w kodeksie karnym. Zależy od arbitralnych i zmiennych ustaleń ustawy, do której kodeks odsyła. Przestępstwo z art. 152 k.k. jest przestępstwem powszechnym; może być popełnione przez każdego. Czynność sprawcza odpowiada jednak w pełni pomocnictwu w znaczeniu art. 18 § 3 k.k.”⁴. Przestępstwo z art. 152 § 2 k.k. ma charakter formalny i jest zgodnie z wolą ustawodawcy dokonane z chwilą udzielenia pomocy zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i wynikowym, bez względu na to, czy do przerwania ciąży doszło czy nie⁵. Przedmiotem ochrony przyjętym w kodeksie karnym z 1997 r. jest płód⁶. To jednak nie jest jednoznaczne z pozbawieniem ochrony życia i zdrowia kobiety ciężarnej. Nie usuwa również podmiotowego prawa ciężarnej do terminacji swej ciąży.

³ Artykuł 26 k.k. § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.

§ 2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto, ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.

⁴ A. Zoll, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Zakamycze 1999, s. 258.

⁵ *Ibid.*, s. 258–259.

⁶ *Ibid.*, s. 255.

III. Opis przypadku. Sprawa przeciwko Justynie Wydrzyńskiej

1. W dniu 14 marca 2023 r. zapadł w Sądzie Okręgowym Warszawa-Praga w Warszawie wyrok w I instancji, w którym uznano za winną popełnienia czynu z art. 152 § 2 k.k. Justynę Marię Wydrzyńską, społeczną aktywistkę Aborcyjnego Dream Teamu. Stan faktyczny sprawy sprowadzał się do ustalenia, że Justyna Wydrzyńska przesłała na prośbę kobiety znajdującej się w dramatycznej sytuacji zdrowotnej, psychicznej i życiowej nieodpłatnie, kierując się współczuciem i zrozumieniem jej sytuacji, własne tabletki, które mogły posłużyć do terminacji ciąży⁷. Kobieta pomimo podjęcia prób i starań z jej strony nie uzyskała wcześniej stosownej do jej stanu pomocy lekarskiej w szpitalu. W wyniku przejęcia tabletek przez męża adresatki nie zostały one przez nią zażyte. Wobec braku dostępu do pigulek poronnych kobieta wykonała aborcję w sposób prymitywny, groźny dla życia i zdrowia. To w efekcie wywołało sepsę. Dopiero wtedy, na skraju śmierci, uzyskala realną pomoc medyczną.

2. Sąd w niniejszej sprawie wyłączył jawność rozprawy. Dotyczy ono przebiegu postępowania, zeznań uczestników postępowania oraz uzasadnienia wyroku. Nie dotyczy jednak wyroku wydanego przez Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie. Wyrok zawiera opis zarzutów i ich ocenę przez Sąd⁸. Wyrok prezentuje też stanowisko samej oskarżonej w sprawie⁹.

⁷ Mowa Justyny Wydrzyńskiej na sprawie w dniu 14 marca 2023 r., <https://www.facebook.com/hashtag/aborcjaratuje%C5%BCybie> [dostęp: 12.05.2023]: „Nie zrobiłam tego z własnej inicjatywy, bo nie zajmuję się rozsyłaniem tabletek do aborcji. Wiedziałam, że Ania była wówczas skrajnie zdesperowana, a ja miałam zestaw tabletek na własny użytek”.

⁸ M. Chrzczonowicz, *Koniec procesu Justyny Wydrzyńskiej. Sąd uznał ją winną ‘pomocnictwa w aborcji’*, Oko Press, 14.03.2023, <https://oko.press/koniec-procesu-justyny-wydrzynskiej-sad-uznal-ja-winna-pomocnictwa-w-aborcji> [dostęp: 23.04.2023].

⁹ *‘Wolę umrzeć niż być w tej ciąży’*. Wywiad z Anną, której Wydrzyńska wysłała tabletki, Oko Press, 17.04.2023, <https://oko.press/wywiad-z-anna-ktorej-wydrzynska-wyslala-tabletki> [dostęp: 23.04.2023]. Kobieta, która zwróciła się o pomoc, w ostateczności udzieloną przez Justynę Wydrzyńską, z goryczą przedstawiła przebieg wydarzeń. Będąc w ciąży, w wyniku której była w stanie zdrowia zagrażającym jej życiu, została pozbawiona bezpiecznego poronienia i zmuszona do samodzielnego wywołania poronienia metodami współcześnie uznawanymi za prymitywne. Warunki, na jakie została skazana odebraniem jej leków poronnych, doprowadziły do sepsy.

3. Adresatka przesyłki, prosząca organizację pomocową o konkretne wsparcie, już ma dziecko wymagające szczególnej opieki. Próbowała wyjechać za granicę w celu dokonania aborcji. Wyjazd utrudniał jej i mąż, i krytyczny stan zdrowia wywołany ciążą. Wcześniejszy pobyt w szpitalu pozbawił ją nadziei, że może liczyć tam na terminację ciąży. Jej zły stan zdrowia fizycznego i psychicznego nie był brany, wbrew wymogom ustawy o planowaniu rodziny, przez lekarzy pod uwagę (art. 4a pkt. 1, ust. 1 ustawy z 1993 r.).

Uwagi do stanu faktycznego?

4. To, że dokonano aborcji, nie ma związku przyczynowo-skutkowego z czynem zarzucanym Justynie Wydrzyńskiej. Jak już zaznaczono, karalność pomocnictwa do aborcji nie jest uzależniona od tego, czy aborcji dokonano.

Ciąża zapewne zostałaby przerwana w trakcie jej pobytu w szpitalu:

- gdyby kobieta, ze względu na stan swojego zdrowia tak fizycznego, jak i psychicznego mogła liczyć zgodnie z art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy o planowaniu rodziny na należną jej pomoc lekarzy;
- gdyby nie poczucie osaczenia i obawa przed zmuszaniem przez lekarzy do kontynuowania ciąży, aż po zagrożenie zamknięciem w zakładzie psychiatrycznym;
- gdyby decydowało zdrowie pacjentki fizyczne i psychiczne, a nie konformizm lekarzy i obawa szpitala i lekarzy przed nękaniami ich przez prokuraturę¹⁰;
- gdyby praktyką, a nie wyjątkiem było stosowanie przez lekarzy w szpitalu aborcji zgodnie z obowiązującym prawem¹¹. To prawo nie

¹⁰ J. Szwertner, *Ginekolog po śmierci 30-letniej Izabeli: teraz strach będzie jeszcze większy, wywiad z dr Maciejem W. Sobą, ordynatorem Oddziału Położniczo-Ginekologicznego w Szpitalu św. Wojciecha w Gdańsku*, Onet.pl, 4.11.2021, <https://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/smierc-ciezarnej-30-latki-w-pszczynie-komentarz-ginekologa/xkj134s> [dostęp: 10.05.2023].

¹¹ M. Chrzczonowicz, *Lekarze odpowiedzialni za narażenie życia kobiet. Tak uważa cała Polska. No, prawie cała. (Sondaż)*, Oko Press, 26.06.2023, https://oko.press/lekarze-odpowiedzialni-za-zagrozenie-zycia-kobiet-tak-uwaza-cala-polska-no-prawie-cala-sondaz?utm_source=Lista%20Podstawowa&utm_campaign=6024665063-Tygodniowy_02_07_2023&utm_medium=email&utm_term=0_3c81d4ef34-6024665063-137630541 [dostęp: 27.06.2023].

wymaga obumarcia płodu, nie wymaga też bezpośredniego zagrożenia życia kobiety.

Aborcja jest *expressis verbis* dopuszczalna, gdy zagrożone jest życie lub zdrowie kobiety (art. 4a pkt. 1 ust 1 ustawy z 1993 r.). Oceny dokonuje lekarz w oparciu o swoją wiedzę bez konieczności dokonywania dodatkowych badań lub czynności z udziałem pacjentki.

Już tu warto zaznaczyć, że gdyby kobieta mogła zażyć przesłane jej środki farmakologiczne, byłaby to zgodnie ze stanowiskiem WHO procedura bezpieczniejsza i mniej zagrażająca jej zdrowiu i życiu. Tabletki, które Justyna Wydrzyńska miała na własny użytek i które wysłała do proszącej kobiety, są obecnie w Polsce najbezpieczniejszą metodą przerywania ciąży. Używane są powszechnie w Europie i na świecie przez miliony osób. Nie wymagają znieczulenia, nie powodują ryzyka powikłań i są bezpieczniejsze niż proste zabiegi medyczne. Raporty Światowej Organizacji Zdrowia rekomendują, by pigułki były substancjami dostępnymi powszechnie¹².

Praktyka pokazuje, że lekarze, dokonując oceny stanu zdrowia kobiety, obawiają się zakwalifikować dany przypadek do legalnej aborcji. Ich postawa może wynikać z obawy przed retorsjami ze strony np. prokuratury¹³. W konsekwencji konformizm lekarzy ma większy wpływ na stosowanie prawa niż samo jego brzmienie. Oportunizm lekarzy i obawa przed odpowiedzialnością karną nie są ujęte w prawie jako prawna

¹² WHO recommendations on self-care interventions: self-management of medical abortion, 2022, <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-SRH-22.1> [dostęp: 23.04.2023].

¹³ J. Polowniak, *Prokuratura w Szczecinie zarzuca ginekolożce Marii Kubisie popełnienie pięciu przestępstw udzielenia pomocy przy przerywaniu ciąży*, „Gazeta Wyborcza – Szczecin”, 25.11.2023, https://szczecin.wyborcza.pl/szczecin/7,34939,30442371,prokuratura-w-szczecinie-zarzuca-ginekolozce-marii-k-popolnienie.html?_gl=1*1r71fk6*_gcl_au*MTMyMjc5NTA3LjE2OTkyMzA4MTk.*_ga*MTA5OD-kxNTM4NC4xNjg3NzA4NTcx*_ga_6R71ZMJ3KN*MTcswMTg5MjM0MS4xNi4wLjE3MDE4O-TIzNDEuMC4wLjA.&_ga=2.72671507.1620872926.1701892341-1098915384.1687708571#S.embed_link-K.C-B-1-L.1.zw [dostęp: 25.11.2023]; A. Calkowska, *Ginekolożka, której CBA skonfiskowało dokumentacje pacjentek; Kobiety zamiast rodzić, przyjeżdżają się sterylizować*, „Gazeta Wyborcza”, 1.04.2023, [azyn/7,124059,29615024,dr-kubisa-dziewczynna-mi-wykrzyzcala-ze-nikt-jej-nie-będzie.html](https://www.wyborcza.pl/wyborcza/7,124059,29615024,dr-kubisa-dziewczynna-mi-wykrzyzcala-ze-nikt-jej-nie-będzie.html) [dostęp: 10.11.2023].

przesłanka odmowy dokonania aborcji¹⁴. Nie jest przewidziany prawem, ale obecny. Jest faktem społecznym. Ma wpływ na sposób funkcjonowania prawa. Brak dostrzeżenia zjawiska wpływa na ocenę ogółu okoliczności, jakie sąd jest zobowiązany wziąć pod uwagę przy wyrokowaniu (art. 1 k.k. w zw. z art. 53 k.k.). Przerwanie ciąży, gdyby zgodnie z prawem zastosowano art. 4a ust. 1 pkt 1 ustawy o planowaniu rodziny, odbyłoby się najpewniej za pomocą dokładnie tych samych środków farmakologicznych, o których przesłanie zdana na siebie kobieta poprosiła. Gdyby poronienie mogło zostać wywołane pigułkami, cały proces przebiegłby – co potwierdzają liczne dane medyczne – bezpiecznie i nie doszłoby do zakażenia organizmu i sepsy¹⁵. Wówczas rozważania odnośnie do art. 252 § 2 k.k. byłyby bezprzedmiotowe.

5. Praktyka stosowania ustawy o planowaniu rodziny po 1993 r. radykalizowała się wraz z kolejnymi próbami wyeliminowania aborcji¹⁶. Dnia 22 października 2020 r. Trybunał Konstytucyjny (sygn. akt K 1/20, Dz.U. z 27.01.2021. poz. 175) usunął z art. 4a ustawy z 1993 r. przesłankę embriopatologiczną zezwalającą na przerwanie ciąży w sytuacji, gdy przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (art. 4a pkt 1 ust. 2). Powołano się przy tym na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r. (K 26/96), pomijając uwagi sprawozdawcy tamtego wyroku prof. Andrzeja Zolla. W wyroku z 1997 r. TK uznał, że „życie ludzkie, w tym w fazie prenatalnej, stanowi fundamentalne dobro człowieka, a jego ochrona jest

¹⁴ P. Olejarczyk, „*Plód jest bezczaszkowcem z bezmózgowiem? Przepraszam, nie mam prawa przerwać takiej ciąży*”, Onet.pl, 22.01.2023, <https://wiadomosci.onet.pl/trojmiasto/orzeczenie-tk-ws-aborcji-lekarz-mowie-przykro-mi-niestety-nie-pomoge/5ny5yvn> [dostęp: 10.05.2023].

¹⁵ WHO guideline on self-care interventions for health and well-being, 2022 revision; <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-SRH-22.1> [dostęp: 10.05.2023]. Prawo do aborcji w sytuacjach zagrożenia zdrowia kobiety tak fizycznego, jak i psychicznego potwierdza również Decyzja z 13 marca 2022 Rzecznika Praw Pacjenta (chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgleclefindmkaj/https://oko.press/images/2023/05/decyzja-RPP_Bialystok_aborcja.pdf) [dostęp: 14.05.2023].

¹⁶ I. Kotiuk, *Kalendarium, sto lat historii walki o prawo do aborcji w Polsce*, „Archiwum Osiatyńskiego”, 7.06.2018, <https://archiwumosiatsynskiego.pl/wpis-w-debacie/kalendarium-100-lat-historii-walki-o-prawo-do-aborcji-w-polsce/> [dostęp: 10.11.2023].

wartością konstytucyjną. Ochrona ta jednak jest stopniowalna i jej zakres może być mniejszy, gdy dochodzi do kolizji z jakimiś innymi wartościami konstytucyjnymi¹⁷.

Wyrok z 22 października 2020 r. wszedł w życie 27 stycznia 2021 r. Nie zniósł przesłanek aborcji związanych z życiem i zdrowiem ciężarnej oraz z ciążą będącą wynikiem przestępstwa. Wywołał efekt mrozący, stworzył praktykę, w której już wcześniej drastycznie utrudnione stosowanie art. 4a ustawy o planowaniu rodziny, określającego przesłanki medycznej aborcji, zostały ograniczone zarówno przez prawo, jak i praktykę. Zniesienie przesłanki embriopatologicznej, czyli z powodu ciężkich, nieodwracalnych wad płodu, uznano za w istocie wprowadzenie pełnego zakazu aborcji w Polsce. Choć nie jest to zgodne ze stanem prawnym, staje się praktyką. Usuwanie ciąży na podstawie pozostałych przesłanek ustawowych było bowiem niezwykle rzadkie¹⁸.

6. Wyrok TK w sprawie K 26/96, który zniósł trudne warunki życiowe ciężarnej jako przesłankę do legalnej aborcji, zapadł 28 maja 1997 r., zanim weszła w życie Konstytucja z 1997 r.¹⁹ Konstytucja ta zaczęła obowiązywać 21 października 1997 r., a Trybunał Konstytucyjny zobowiązany jest orzekać na podstawie prawa obowiązującego²⁰.

¹⁷ Orzeczenie z 28 maja 1997 r. Sygn. akt K. 26/96, ust. 4.3.c; <https://www.saos.org.pl/judgments/205759> [dostęp: 10.11.2023].

¹⁸ K. Lurka, *Ile w ostatnich latach przeprowadzono aborcji*, „Termedia”, 22.02.2023, Źródło: Sejm, <https://www.termedia.pl/mz/Ile-w-ostatnich-latach-przeprowadzono-aborcji-,50551.html> [dostęp: 11.11.2023].

Liczbę zabiegów przerwania ciąży przeprowadzonych w latach 2020-2021 r. w podziale na poszczególne przesłanki obrazuje poniższa tabela.

Rok	Ogółem	Przerwania ciąży przeprowadzone zgodnie z ustawą:		
		w przypadku, gdy ciąża stanowiła zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej	w przypadku, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazywały na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu	w przypadku, gdy zachodziło uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego
2020	1076	21	1053	2
2021	107	32	75	0

Źródło: Centrum e-Zdrowia.

¹⁹ Wyrok TK z 28 maja 1997 r. w sprawie o sygn. K 26/96 (nowelizacja ustawy o przerwaniu ciąży).

²⁰ M. Grzyb, *Feministyczna analiza wyroku K 26/96*, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek, dziecko*, red. M. Grzyb, K. Sękowska-Kozłowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2023, s. 205–230.

Jednak ani w Konstytucji z 1952 r., ani w Konstytucji z 1997 r. życie nie jest chronione od poczęcia i jego ochrona jest stopniowalna. Ani art. 38 Konstytucji z 1997 r., ani wyrok TK z 1997 r. nie identyfikuje prawnej ochrony życia ani z zygotą w jajowodzie, ani z blastocystą. Zakładając potencję, jaka tkwi w zarodku i w zapłodnieniu, do którego dochodzi w jajowodzie, przewiduje ochronę zróżnicowaną. Wprawdzie w wyroku TK K 26/96 A. Zoll (sprawozdawca) pisał, iż „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”²¹. Przyznawał też jednak, że ochrona ta nie jest absolutna i jest zróżnicowana, uzależniona od stadium rozwoju płodu. W przeciwnym razie oznaczałoby to przyznanie zygocie w jajowodzie praw równych człowiekowi. Oznaczałoby, że równoprawność z człowiekiem urodzonym lub w stadium prenatalnym, zdolnym do samodzielnego przetrwania poza organizmem ciężarnej, uzyskiwałyby komórki w trakcie przemieszczania się w jajowodzie jeszcze przed ewentualnym zagnieżdżeniem w macicy. „W świetle embriologii zapłodnienie – rozumiane jako połączenie się żeńskiej i męskiej komórki jajowej – powoduje powstanie zygoty. Następnie zygota przekształca się w zarodek, który we wczesnej fazie rozwoju zagnieżdża się w endometrium macicy. W 70% przypadków dochodzi do samoczynnego wydalenia zapłodnionej komórki jajowej, natomiast w 30% następuje jej zagnieżdżenie w błonie macicy”⁵⁰.

Przyjęcie człowieczeństwa zygoty w jajowodzie konsekwentnie zmuszałoby do uznania masowego zabijania ludzi dokonywanego

²¹ Wyrok TK K 26/96. Orzeczenie z dnia 1997-05-28 W sprawie zasady ochrony życia ludzkiego jako wartości konstytucyjnej; niezgodności ustawy „antyaorcyjnej” z Małą Konstytucją. Publikacja w Z.U. Z.U. 1997 / 2 / 19, s. 8; https://www.law.utoronto.ca/sites/default/files/documents/repro-health/poland_1997_decision.pdf [dostęp: 10.05.2023].

w stadium prenatalnym. Pokusa, by i za to kryminalizować i skazywać kobiety, nie jest ustawodawstwom obca. Nie są to jednak ustawodawstwa aspirujące do tytułu demokratycznych²². Zarodek może, ale nie musi rozwinąć się w płód. Może zwyrodnąć i przybrać np. formę zaśnieżonego groniastego (*hydatisforum mole*). Nieusunięty niemal gwarantuje krwotok - i skutek powikłań – raka mózgu, płuc, macicy. Może też zagnieździć się w jajowodzie, jajniku, jamie brzusznej lub szyjce macicy. Nie ma wówczas niemal szans na żywe urodzenie, grozi – w razie nieusunięcia – śmiercią kobiety.

Stąd też w tym samym orzeczeniu K 26/96 czytamy: „stwierdzenie, że życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi wartość konstytucyjną podlegającą ochronie nie oznacza, że intensywność tej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach ma być taka sama. Intensywność ochrony prawnej i jej rodzaj nie jest prostą konsekwencją wartości chronionego dobra. Na intensywność i rodzaj ochrony prawnej, obok wartości chronionego dobra, wpływa cały szereg czynników różnorodnej natury, które musi brać pod uwagę ustawodawca zwykły decydując się na wybór rodzaju ochrony prawnej i jej intensywności”²³.

W efekcie zabiegi, które mają na celu zapobieżenie osadzeniu się zarodka w macicy, pozostają legalne, co oznacza, że życie ludzkie w fazie przedimplantacyjnej nie korzysta z ochrony prawnokarnej²⁴. Po tej fazie ochrona jest zróżnicowana. Tymczasem część ciąży niechciany jest wynikiem braku realizowania ustawy o planowaniu rodziny ze strony rządzących. Brak stosownych działań w przypadku negatywnego rozwoju

²² Salwador: kobieta skazana za poronienie ulaskawiona, Amnesty International z 23 stycznia 2015 r., <https://www.amnesty.org/pl/salwador-kobieta-skazana-za-poronienie-u%C5%82askawiona/> [dostęp: 15.05.2023].

²³ Wyrok TK K 26/96. Orzeczenie z dnia 28 maja 1997 r..., op. cit., s. 10.

²⁴ K. Woźniak, *Problemy opiniodawcze związane z nonymi regulacjami kodeksu karnego w związku z wprowadzeniem ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii”, nr 3, 1993, s. 230–231, za: K.K. Borkowska, *Penalizacja przerywania ciąży w polskim prawie karnym*, „Studia Prawnoustrojowe”, nr 56, 2022, s. 40.

plodu w ciąży chcianej, w atmosferze projektów karnych z 2016 r.²⁵ i 2021 r.²⁶ proponujących przywrócenie karalności kobiet także za poronienie, a w przypadku projektu z 2021 r. – zrównanie odpowiedzialności za aborcję z zabójstwem z art. 148 k.k. – stwarza wokół aborcji atmosferę paniki moralnej. Rodzi to obawy przed szykanami ze strony organów ścigania nie tylko po stronie lekarzy²⁷. Trudno też nie dostrzegać, że po decyzji TK z 2020 r. bywa, że prowadzi to, w przypadku poszukiwania pomocy na szpitalnym oddziale położniczym, do śmierci ciężarnych²⁸. W praktyce, zdaniem lekarzy, przesłanka uzasadniająca aborcję jest na tyle

²⁵ M. Płatek, *Opinia prawna na temat projektu o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności ciąży (Dz.U. z 1993 r. nr 17, poz. 78 ze zm.) oraz ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.) Stan prawny na dzień 5 kwietnia 2016 r.*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2016, s. 27–44. Projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17 z 1993 r., poz. 78 ze zm.) oraz ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) Ordo Iuris i Komitetu Inicjatywy Ustawodawczej „Stop Aborcji” z 14 marca 2016 r. Ustawa po protestach „Czarnego Marszu”; 23 września 2016 r. po wielogodzinnej dyskusji w Sejmie posłowie skierowali do dalszych prac projekt „Stop aborcji”. Przewidywał bezwzględny zakaz przerywania ciąży i odpowiedzialność karną dla każdego, kto powoduje śmierć dziecka poczętego. Przewidywał karanie kobiet, które poddadzą się aborcji. Tęgo samego dnia odrzucono inny projekt obywatelski „Ratujmy kobiety”, który liberalizował zakazy dotyczące przerywania ciąży. Protest przeciwko procedowaniu tej ustawy przeszedł do historii jako „Czarny Protest”. Odbył się 3 października 2016 r. Na ulicę wyszło ponad 100 000 osób – kobiet i mężczyzn. M. Chmielewska, M. Druciarek, I. Przybysz, *Czarny protest. W stronę nowego kompromisu aborcyjnego*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2017, s. 3–5.

²⁶ Druk Sejmowy 1693, Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw; projekt dotyczy przywrócenia stanu zgodności z konstytucją w zakresie ochrony życia dzieci poczętych, a także rozciągnięcia stosowania przepisów Kodeksu karnego dotyczących ochrony zdrowia i życia ludzkiego na dzieci poczęte, skutkiem uchylecia ustawy będzie również wprowadzenie bezwzględnego zakazu przerywania ciąży; projekt z 21 września 2021 r.; odrzucony na posiedzeniu Sejmu 2 grudnia 2021 r., <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1693> [dostęp: 15.11.2023]. Projekt ten znosił obowiązujące art. 152 k.k. zrównując odpowiedzialność z art. 152 § 2 k.k. z odpowiedzialnością z art. 148 k.k.

²⁷ Obawy te w świetle szeroko omawianych przypadków niestosownych interwencji organów ścigania nie są nieuzasadnione. K. Redmierska, *Być kobietą w Polsce. Sprawa Pani Joanny z Krakowa*, „Infor”, 25.07.2023 [dostęp: 20.11.2023]; J. Theus, *Prokuratura szukała płodu... w szambie. Jak organy ścigania w amoku łamały prawa Oli, która poroniła*, OKO.Press, 27.07.2023, <https://oko.press/prokuratura-szukala-płodu-w-szambie> [dostęp: 15.11.2023].

²⁸ I. Kacprzak, *Śmierć 33 letniej Doroty. W szpitalu w Nowym Targu od lat nie przeprowadzono aborcji*, „Rzeczpospolita”, 16.06.2023, <https://www.rp.pl/spoleczenstwo/art38611571-smierc-33-letniej-doroty-w-szpitalu-w-nowym-targu-od-lat-nie-przeprowadzono-aborcji> [dostęp: 17.06.2023].

niejasna, że lekarzom brak pewności, na co zezwala im prawo w konkretnej sytuacji, a w konsekwencji: jaką decyzję podjąć. Kierują się nie względami medycznymi, ale obawą przed grożącą im odpowiedzialnością²⁹.

7. Lekarze wiedzą, co oznacza zagrożenie dla zdrowia – w tym i psychicznego – i życia. Pytanie pozostaje, czy jest stosowne, by jedynie służby medyczne obciążać winą za bierność, gdy systemowo uprzedmiotowia się zdrowie i życie kobiet³⁰.

Poszukiwanie w tej sytuacji drogi samodzielnego zakończenia ciąży przez ciężarną naraża w świetle treści art. 152 § 2 k.k. na odpowiedzialność karną inne osoby, kierujące się w przeciwieństwie do lekarzy w omawianej sprawie humanitaryzmem, solidarnością i potrzebą niesienia wsparcia. Taką pomoc zaoferowała poproszona o nią Justyna Wydrzyńska. Czy w takiej sytuacji jest zasadne stosowanie art. 152 § 2 k.k. do zachowań, które służą przeciwdziałaniu narażania na uszczerbek zdrowia i życia kobiety w ciąży chcącej bezpiecznie dokonać aborcji?

Przesłanka embriopatologiczna była do niedawna podstawą większości legalnie dokonywanych w szpitalach aborcji. Zdaniem komentatorów „od początku było jasne, że decyzja sędziów z jesieni 2020 r. przyniesie takie skutki: lekarze będą się obawiać terminacji ciąży nawet wówczas, gdy zgodnie z wiedzą medyczną powinni ją zakończyć, chroniąc nie tylko zdrowie, ale wręcz życie ciężarnej”³¹. Zdaniem lekarzy to efekt wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2020 r.

Skoro prawo wymusza przyjmowanie pewnych postępowań, które obarczone są pewnym ryzykiem powikłań, to wiedziałem, że

²⁹ J. Ojczyk, *Wyrok TK groźny dla pacjentek i lekarzy. Potrzebne standardy działania*, Prawo.pl, 3.11.2021, <https://www.prawo.pl/zdrowie/smierc-30-letniej-kobiety-a-wyrok-tk-w-sprawie-aborcji,511540.html> [dostęp: 11.11.2023].

³⁰ K. Kocemba, M. Stambulski, *Gotowanie żaby. Pranicony konstytucjonalizm a prawa kobiet w Polsce*, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek, dziecko*, red. M. Grzyb, K. Sękowska-Kozłowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2023, s. 183–204.

³¹ M. Solecka, *Śmierć kobiety w Nowym Targu. Lekarze nie zabili, ale życia też nie ocalili*, „Tygodnik Powszechny”, 12.06.2023, <https://www.tygodnikpowszechny.pl/smierc-kobiety-w-nowym-targu-lekarze-nie-zabili-ale-zycia-tez-nie-ocalili-183657> [dostęp: 13.06.2023].

kiedyś się one ziszczą. Co do samego efektu mrożącego, to chyba każdy z nas zdaje sobie sprawę, że oprócz literalnie zapisanego prawa, istotnym elementem jest jego interpretacja. I skoro wiemy, jaki jest klimat polityczny i czym motywowane są zmiany prawne oraz czego oczekują politycy, to zaczynamy się temu też poddawać. Teraz w namacalny sposób widzimy, na czym ten efekt mrożący polega. Wywołuje zmianę myślenia, postępowania lekarzy³².

Lekarze interpretują wyrok niezgodnie z jego treścią. Wyrok podjęty w gmachu TK usunął przesłankę dotyczącą również letalnych wad płodu. Nie usunął i nie zmienił jednak przesłanki ujętej w art. 4a pkt 1 ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny. Stąd odmowa aborcji z powodu braku „poważnego” zagrożenia dla życia nie mieści się w treści prawa – ale jest praktyką. Taka postawa ma miejsce w niejednym polskim szpitalu:

Mając na uwadze (...) podstawy prawne, w szczególności wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27.01.2021 oraz modyfikacje kodeksu karnego art. 149a wskazać należy, że terminacji ciąży można dokonać wyłącznie w przypadku, gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub poważne zagrożenie dla zdrowia matki stwierdzono orzeczeniem dwóch lekarzy innych niż lekarz podejmujący działanie. Z udokumentowanych medycznie oświadczeń musi wynikać poważne zagrożenie dla zdrowia matki³³.

W dalszej części tej opinii przywołano opinię *Ordo Iuris* mówiącą, że „depresja nie jest zagrożeniem dla życia i zdrowia kobiety” (sic!). Rok

³² J. Schwertner, *Ginekolog po śmierci 30-letniej Izabeli: teraz strach będzie jeszcze większy, wywiad z dr Maciejem W. Sobą, ordynatorem Oddziału Położniczo-Ginekologicznego w Szpitalu św. Wojciecha w Gdańsku*, Onet.pl, 4.11.2021, <https://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/smierc-ciezarnej-30-latki-w-pszczynie-komentarz-ginekologa/xkj134s> [dostęp: 10.05.2023].

³³ W. Rodak, *Szpital odmówił aborcji płodu z wadą letalną, powołując się na opinię Ordo Iuris. „Depresja nie zagraża zdrowiu”*, 4.12.2021, <https://wiadomosci.wp.pl/szpital-odmowil-aborcji-plodu-z-wada-letalna-powolujac-sie-na-opinie-ordo-iuris-depresja-nie-zagraza-zdrowiu-6711806201514720a> [dostęp: 10.05.2023].

później Rzecznik Praw Pacjenta (RPP) stwierdził, iż szpital nie miał prawa odmówić pacjentce prawa do aborcji ze względu na zdrowie psychiczne kobiety. Stwierdził, iż odmowa taka narusza prawo³⁴. Nie inaczej ocenia RPP sytuację oczekiwania na obumarciu płodu przy bezwodziu³⁵. Za każdym razem jednak rzecz dzieje się po fakcie. Wówczas nawet stwierdza się, iż postąpiono niezgodnie ze stanem wiedzy medycznej i obowiązującymi przepisami. Zbyt często jednak tym, co dzieje się – po fakcie – jest śmierć ciężarnej³⁶. Takie jest podłoże, na którym stosowane są przepisy

³⁴ M. Chrzczonowicz, *Rzecznik Praw Pacjenta: odmowa aborcji ze względu na zdrowie psychiczne kobiety narusza prawo*, Oko.press, 12.05.2023, <https://oko.press/rpp-odmowa-aborcji-naruszenie-praw> [dostęp: 15.05.2023].

³⁵ Bartłomiej Chmielowiec, Rzecznik Praw Pacjenta: „Jeśli chodzi o tragiczny przypadek, niezwłocznie po upublicznieniu informacji podjęliśmy czynności, korzystając z opinii wybitnego eksperta prof. Czajkowskiego i naszych ekspertów. Doszliśmy do następujących ustaleń: doszło do naruszenia praw pacjentki, doszło do naruszenia prawa do naruszania świadczeń medycznych zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, doszło do naruszenia praw pacjenta do udzielania świadczeń z należytą starannością, ale również w zakresie naruszenia prawa pacjenta do uzyskania rzetelnej, klarownej informacji o stanie zdrowia i tego, jaki jest plan terapeutyczny. Również stwierdziliśmy naruszenie praw pacjenta w dostępie do dokumentacji medycznej w postaci nierzetelnej jej wypełniania i braków”.

³⁶ Opinia Rzecznika Praw Pacjenta, Stwierdzenie naruszenia praw pacjenta przez szpital specjalistyczny w Nowym Targu, 12.06.2023, <https://www.gov.pl/web/rpp/stwierdzenie-naruszenia-praw-pacjenta-przez-szpital-specjalistyczny-w-nowym-targu> [dostęp: 13.06.2023],

„W tej sprawie stwierdziliśmy naruszenie praw pacjenta do:

1. Świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej, natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych w przypadku zagrożenia zdrowia i życia, świadczeń zdrowotnych związanych z porodem, świadczeń zdrowotnych udzielanych z należytą starannością (art. 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 2, art. 8 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, zwana dalej ustawą).
2. Informacji o swoim stanie zdrowia, w tym rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych (art. 9 ust. 1 i 2 ustawy).
3. Dokumentacji medycznej (art. 23 ust. 1 ustawy).

W toku postępowania wykazano szereg nieprawidłowości, które wystąpiły w trakcie pobytu pacjentki na oddziale szpitala w Nowym Targu. W chwili przyjęcia pacjentki do szpitala wykonano badania diagnostyczne, w tym USG, zlecono antybiotyk dożylnie.

W kolejnych dniach:

- nie podjęto żadnych dodatkowych działań wobec narastającego CRP;
- nie wdrożono na czas adekwatnej antybiotykoterapii w związku z rozwijającym się stanem zapalnym
- nie zaproponowano pacjentce indukcji poronienia w dniu 22 maja (dzień po przyjęciu do szpitala) wobec narastającego CRP;
- nie prowadzono prawidłowego nadzoru stanu ogólnego i położniczego oraz nie wdrożono właściwego postępowania terapeutycznego we właściwym czasie w związku z pogarszającym się stanem

ustawy o planowaniu rodziny, jak i przepisy prawa karnego, w tym art. 152 § 2 k.k.

8. Na tle innego stanu faktycznego Sąd Najwyższy wypowiedział się w sposób, który przestrzega przed sytuacją matni, pułapki, gdy obowiązujące prawo nie jest stosowane przez organ do tego zobowiązany³⁷. Zgodnie z art. 4a pkt. 1 ust 1 ustawy planowaniu rodziny przerwanie ciąży może być dokonane, gdy zagrożone jest zdrowie lub życie kobiety. Jednocześnie w praktyce bez konsekwencji urzędowych pozostają deklaracje dyrektorów szpitali, iż w ich placówkach nie dokonuje się aborcji³⁸. Innymi słowy informuje się, że obywatelkom systemowo i bezkarnie odmawia się medycznych świadczeń. Wylacza się je z racji ich płci i stanu zdrowia z dostępu świadczeń gwarantowanych w art. 68 ust 1 i 2 Konstytucji RP. Tak działo się i przed decyzją podjętą w gmachu TK w 2020 r. Nie tylko lekarze, ale całe szpitale – co jest niezgodne z prawem – zasłaniały i zasłaniają się klauzulą sumienia. Odpowiedzialni za świadczenia zdrowotne uchylają się od należnych ciężarnym świadczeń. Pomimo że prawo nie jest stosowane, spotyka się to z bierną postawą organów państwa³⁹. Praktyka ta stoi w sprzeczności z art. 68.1 Konstytucji RP gwarantującym ochronę zdrowia w zbiegu z art. 32 Konstytucji zakazującym dyskryminacji. Naraża to osoby płacące składki zdrowotne na ponoszenie dodatkowych ciężarów finansowych uzyskania świadczeń,

zdrowia pacjentki z 23/24.05.2023 roku. Nadzór nad ciężarną nie był prowadzony zgodnie z zachowaniem należytej staranności i zgodnie z aktualną wiedzą medyczną”.

³⁷ Wyrok SN z 8 sierpnia 1992 r. IPA 5/92 OSP nr 7-89/1992 poz. 142, za: E. Lętowska, *Urzędowi nie wolno kłamać*, [w:] *Czy państwo wieźdzą*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, 20.11.2003, s. 77–78.

³⁸ K. Zdanowicz, *Podkarpacie z pełnym zakazem aborcji*, „Polityka”, 12.02.2019, Patrycja Mitro, prezes rzeszowskiej Fundacji Prawnikon, na Podkarpaciu: „...Większość naszych lekarzy podpisało «deklaracje wiary» i nie wykonują zabiegów, które zgodnie z prawem są ich obowiązkami. Kobiety nie mają więc prawa do legalnej aborcji, choć gwarantuje im to Konstytucja RP, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1781782,1,podkarpacie-z-pełnym-zakazem-aborcji.read> [dostęp: 12.06.2023]; S. Skarżyński, *Wpadka Krystyny Pawłowicz: chciała ratować, a pograźyła PiS*; <https://oko.press/wpadka-krystyny-pawlowicz-chciala-ratowac-a-pograzyla-pis> [dostęp: 20.06.2023].

³⁹ D. Buczek, *Coraz więcej Polek nie może znaleźć szpitala, który wykonuje legalną aborcję*, „Polityka”, 4.04.2019, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1788276,1,coraz-wiecej-polek-nie-moze-znalezc-szpitala-ktory-wykona-legalna-aborcje.read> [dostęp: 15.05.2023].

do których mają prawo. Osoby niedysponujące odpowiednim kapitałem finansowym i kulturowym stawia w położeniu krytycznym. Jednocześnie jawnie deklaruje, iż rzecz nie dotyczy ochrony tzw. życia poczętego. Nie chodzi o to, by nie było aborcji. Chodzi o to, by był zakaz i by kobietom odmawiać prawa do decydowania o sobie⁴⁰.

Bez należnych konsekwencji, co najmniej administracyjnych, pozostaje praktyka uzależnienia zgody organów kościelnych Kościoła katolickiego na nadanie szpitalom imienia Jana Pawła II od deklaracji, iż szpital nie będzie wykonywał aborcji⁴¹.

9. W kazusie, który jest kanwą tekstu, doświadczenia kobiety w trakcie pobytu w szpitalu uprawdopodobniały przeświadczenie, iż szpital, pomimo jej stanu zdrowia, nie będzie brał pod uwagę treści art. 4a pkt. 1 ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny. Pacjentka czuła się zmuszona poszukać innych sposobów terminacji ciąży. W efekcie Justyna Wydrzyńska została skazana, ale kobieta, choć w sposób ryzykowny, ostatecznie uratowała swoje życie. Ta sytuacja sprawia, iż zasadne staje się rozważenie *ratio legis* art. 152 § 2 k.k. w świetle art. 18 § 3 k.k.

V. Ratio legis art. 152 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k.

1. Niezależnie od stanu faktycznego omawianej tu sprawy zasadne jest przyjrzenie się *ratio legis* treści art. 152 § 2 k.k., a następnie *ratio legis* art. 152 § 2 k.k. w świetle art. 18 § 3 k.k.

Konstytucja RP i zasady tworzenia prawa przypisują prawu karnemu rolę *ultima ratio*. Artykuł 42.1 Konstytucji RP gwarantuje, że odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego

⁴⁰ E. Olczyk, J. Miziolek, *Jarosław Kaczyński dla 'Wprost': Każdy średnio rozgarnięty człowiek może załatwić aborcję za granicą*, „Wprost”, 23.05.2021, <https://www.wprost.pl/kraj/10449780/jaroslaw-kaczynski-dla-wprost-kazdy-moze-zalatwic-aborcje-za-granica.html> [dostęp: 15.11.2023].

⁴¹ D. Szelewa, *Prawa reprodukcyjne w Europie i w Polsce; zakaz, kompromis czy wybór*, Friedrich Ebert Stiftung, Warszawa 2017, s. 15–22; K. Jarkiewicz, „W obronie życia nienarodzonych”. *Głos Kościoła i środowisk katolickich w debacie okołaborcyjnej w okresie Wielkiej Nowenny (1956–1966)*, „Pamięć i Sprawiedliwość”, nr 5, 2017, s. 137–138; M. Środa, *Polska, Kościół, etyka*, [w:] *Kościół, państwo i polityka płci*, red. A. Ostolski, Fundacji im. Heinricha Bölla, Warszawa 2010, s. 35.

pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Treść ta powtórzona jest w art. 1 § 1 k.k. oraz art. 1 § 2 k.k. i stanowi, iż przestępstwem jest czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość nie jest znikoma, zaś art. 1 § 3 k.k. stanowi, że nie popełnia sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu.

Pytanie, czy przepisy dotyczące „pomocnictwa” wg art. 152 § 2 k.k. wymagają uwzględnienia zaledwie przepisów, do których odsyłają, czy też – aby uniknąć systemowej dyskryminacji i rozszerzającej interpretacji przepisów prawa karnego – wymagają także uwzględnienia celu ustawy, do której odsyłają⁴². „Pojęcie społecznej szkodliwości lub społecznego niebezpieczeństwa, aby nie było pustym ogólnikiem, musi się więc wiązać z ideą ochrony dóbr prawnych”⁴³. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i zasadą stosunkowości (proporcjonalności) ustawowego ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”⁴⁴.

2. Artykuł 152 § 2 k.k. kryminalizuje udzielenie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy lub naklanianie ją do tego. Analizę, jak już zaznaczono, ograniczamy do pomocnictwa. Agnieszka Maria Kania stwierdza, iż „blankietowy charakter przepisu kodeksu karnego (art. 152 k.k. – ‘z naruszeniem przepisów ustawy’) sprawia, że jego prawidłowa interpretacja wymaga odwołania się do innego aktu prawnego niż ustawa karna”⁴⁵.

⁴² Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Oficyna Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 93. Idea kodeksu karnego jako *magna charta* osoby oskarżonej warta jest refleksji, s. 133–135.

⁴³ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, PWN 1990, s. 162.

⁴⁴ M. Królikowski, Zawłocki, *Kodeks karny. Komentarz...*, op. cit., s. 11.

⁴⁵ A.M. Kania, *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży. Część I*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, t. XXVI, AUWr No 3325 Wrocław 2011, s. 97–98.

Jednocześnie stoi ona na stanowisku, iż mamy tu do czynienia z pozaustawowym kontratypem, którego treść uzależniona jest od enumeratywnie wymienionych przypadkach legalnej aborcji⁴⁶. Stanowisko to nie jest odosobnione. Jerzy Śliwowski uznaje za legalne przerwanie ciąży w ramach uprawnienia. Nie dostrzega jednak, że dotyczy to również kobiety, która terminuje ciążę, w której się znajduje⁴⁷. Podobnie Krzysztof Indeck i Agnieszka Liszewska przedstawiają przerwanie ciąży jako kontratyp zabiegu nielecniczego regulowany ustawowo. Nadużyciem jest tu nie tylko uznanie zabiegu przerwania ciąży za zabieg nielecniczy. Nieuzasadnione jest również pomijanie prawa do decyzji o aborcji kobiety w ciąży⁴⁸. Olga Sitarz cytuje też uchwałę Sądu Najwyższego z 22 lutego 2006 r. (III CZP 8/06), w której uznano „przesłanki przewidziane w art. 4a ustawy o planowaniu rodziny za okoliczności mające ‘charakter zbliżony do kontratypu’. Za taką uznał też TK w wyroku z 2020 r. przesłankę embriopatologiczną”⁴⁹.

Trudno podzielić te opinie. Przesłanki dopuszczalności zabiegu medycznej aborcji w warunkach szpitalnych ujętych w ustawie o planowaniu rodziny nie są jednoznaczne z kryminalnym zakazem aborcji w sytuacjach w ustawie o planowaniu rodziny nieujętych. Ustawa o planowaniu rodziny przewiduje przesłanki aborcji; nie tworzy zachowań kryminalizowanych. Zasada *nullum crimen sine lege* jest tu jasna i wiążąca, zwłaszcza w świetle ewolucji przepisów regulujących aborcję. Ustawa z 1993 r. nie stwierdza, że nie popełnia przestępstwa, kto w warunkach wskazanych w ustawie przeprowadza aborcję. Wskazuje za ledwie na przesłanki, kiedy kobieta, która wystąpi z roszczeniem przeprowadzenia aborcji, ma prawo liczyć na stosowną interwencję medyczną. Pogląd ten jasno przedstawił Andrzej Zoll: „przerwanie ciąży zgodnie z przepisami ustawy nie jest czynem karalnym. W wypadku takim nie należy mówić o kontratypie

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ J. Śliwowski, *Prawo karne*, PWN, Warszawa 1979, s. 155.

⁴⁸ O. Sitarz, *Bezprawne przerywanie ciąży*, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek, dziecko*, red. M. Grzyb, K. Sękowska-Kozłowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2023, s. 307.

⁴⁹ Ibid.

przerwania ciąży, gdyż kontratyp ma sens tylko wtedy, gdy służy usprawiedliwieniu zachowania bez zaistnienia kontratypu karalnego⁵⁰.

Z tego samego powodu za perswazyjne, lecz prawnie nieugruntowane należy uznać stanowisko wyrażone przez Michała Królikowskiego, jakoby „konsekwencją treści art. 152 k.k. był generalny zakaz przerywania ciąży, który zgodnie z odesłaniem jest uchylany wyłącznie we wskazanych w ustawie i stosunkowo wąsko zakreślonych przypadkach”⁵¹.

Królikowski dostrzega jednak, że sytuacje, w których dochodzi do przerwania ciąży ze względu na dobra chronione kobiety, należy traktować jak stan wyższej konieczności uchylający karalność czynu. Poza ugruntowaniem w przepisach natomiast mieści się wyrażony przez tego samego autora pogląd, iż „Oczywiście, tego rodzaju rozumowanie dotyczy tylko takich sytuacji, w których istnieje obiektywne i niekwestionowane zagrożenie dla któregoś z konkurujących dóbr”⁵². Nie znajduje on potwierdzenia w prawie, które nie kwestionuje podmiotowego prawa kobiety do terminacji własnej ciąży bez względu na przyczynę.

Podobnie nie należy zgodzić się z rozumowaniem B. Michalskiego, który o odpowiedzialności z art. 152 § 2 k.k. pisze: „ponosi odpowiedzialność sprawca, który bez zgody kobiety przerywa jej ciążę z naruszeniem przepisów ustawy. Elementem decydującym o bezprawności czynu określonego w tym przepisie jest popełnienie go z naruszeniem przepisów ustawy określającej warunki dopuszczalności przerywania ciąży, stanowiących regulację o charakterze wyjątkowym, przy generalnym zakazie dokonywania tego rodzaju czynów”⁵³. Treść art. 152 § 1 k.k. mówi o przerywaniu ciąży za zgodą kobiety i z naruszeniem przepisów ustawy. Naruszenie przepisów ustawy nie znosi zgody kobiety. Sam fakt bezprawności czynu nie czyni go inkryminowanym w kodeksie karnym.

⁵⁰ A. Zoll, *Kodeks karny, część szczególna. Komentarz do art. 177–277*, red. A. Zoll, Warszawa 1999.

⁵¹ M. Królikowski, *Rozdział XIX, Przewidywalność przeciwno życiu i zdrowiu*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I, Komentarz. Art. 117–221*, wyd. 4 Beck, Warszawa 2017, s. 292.

⁵² Ibid.

⁵³ B. Michalski, *Rozdział XIX. Przewidywalność przeciwno życiu i zdrowiu*, [w:] *Kodeks karny, część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 281.

Kobieta ma prawo przerwać ciążę, w której się znajduje. Stąd charakter *sui generis* czynu z art. 152 § 2 k.k. i wątpliwość co do zasadności takiego przyjęcia.

Kryminalizacja aborcji w przepisach z 1932 r. obejmowała terminację ciąży dokonaną przez ciążarną. Od 1956 r. w Polsce kobieta ciążarna nie odpowiada za terminację ciąży. Nadużyciem więc jest przypisywanie przepisom wymieniającym przesłanki do aborcji dokonanej w szpitalu mocy kryminalizacji aborcji jako takiej. Przepisy te nie stanowią kontraktu w rozumieniu kodeksu karnego. Nie zmienia to faktu, że pomocnictwo w art. 152 § 2 k.k. stanowi przestępstwo *sui generis*. Jest niezależne od czynu ciążarnej, a zależne od ustawy, do której odsyła.

3. Pojęcie „blankietowość” w odniesieniu do „pomocnictwa” jest zbyt ogólne. Zwraca natomiast uwagę fakt, iż to, co wypełnia ustawowe znamiona art. 152 § 2 k.k., zależy od celu i sposobu uregulowania zarówno przepisu definiującego pomocnictwo w kodeksie karnym, jak i przepisów regulujących warunki przerwania ciąży, do których kodeks karny odsyła.

Pomocnictwo jest pojęciem zastanym. „Pojęcie zastane to termin o płynnych konturach; odnosi się do istniejącego dorobku prawoznawczego, terminologii i siatki pojęciowej. Prawnik oceniający sytuację, z jaką ma do czynienia, sędzia rozstrzygający spór czy przystępujący do kontroli konstytucyjności, musi wybrać i zadecydować, jakie instytucje, figury prawne, siatka pojęciowa, konstrukcje dogmatyczne, będą użyte przy opracowaniu („ogarnięciu”) sytuacji w celu określenia jej prawnej relewancji i przeprowadzeniu wniosku”⁵⁴.

Tego rodzaju sytuacja charakteryzuje się, jak zauważa Ewa Łętowska, pewną hipokryzją. W tym przypadku może prowadzić do dowolnej interpretacji: pozornie zakazane pomocnictwo do aborcji trwa jako konstrukcja w niezmiennym kształcie i zakresie; w rzeczywistości może być przedmiotem manipulacji; luki legislacyjnej. Można mieć wątpliwość co

⁵⁴ E. Łętowska, *Nadzieja, iluzja i manipulacja. Uwagi o udatności konstytucjonalizacji „Państwa Prawa”*, [w:] *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga Jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowski*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Wolters Kluwer, Warszawa, s. 49.

do aksjologii tego rodzaju sytuacji, ponieważ prawo takie nie jest ani *clara* (dla publiczności), ani *certa* (w swym oddziaływaniu)⁵⁵.

4. Pomocnictwo występuje w odniesieniu do kryminalizacji aborcji w wielkich kodyfikacjach prawa karnego z roku 1932⁵⁶, 1969⁵⁷ i 1997⁵⁸. Pomocnictwo jest w kolejnych kodeksach karnych określane jednakowo – jako pomocnictwo w aborcji dokonywanej wbrew ustawie. Jednakże z uwagi na to, że zawsze odsyła do działania z „naruszeniem ustawy”, przy niezmienniej konstrukcji ma zmienną treść i zakres. W miarę bowiem jak zmienia się przedmiot ochrony i to, do czego pojęcie pełnomocnictwa odsyła – zmienia się i zakres czynów objętych karaniem – jako pomocnictwo⁵⁹.

„Pomocnictwo” jako pojęcie zastane prawa karnego użyte było na przestrzeni lat we wszystkich trzech wielkich kodyfikacjach, pod rządami których przepisy dotyczące dopuszczalności aborcji były diametralnie różne. Co najmniej jednak od 1997 r. obowiązuje w państwie prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP), skutkując zakazem wykorzystywania prawa karnego do przesładowania ludzi, ścieśniania praw obywatelskich i praw człowieka. Jest wskazówką dla interpretacji pojęcia zastanego, jakim jest pomocnictwo, zgodnie z wiedzą oraz preferencjami aksjologicznymi stosującego prawo. Wydaje się, że w tych warunkach biegłość interpretacyjna i subsumpcyjna nie może pomijać zmieniających się standardów poszanowania praw reprodukcyjnych oraz rozwoju wiedzy i praktyk medycznych.

Przedmiot ochrony ujęty w treści art. 152 § 2 k.k. jest niezależny od zmian w świecie medycznym dotyczących warunków przerwania ciąży. Powstaje jednak pytanie, czy równie niezależne od rozwoju medycznych

⁵⁵ E. Łętowska, *Nadzieja, iluzja i manipulacja...*, op. cit., s. 49–51.

⁵⁶ Kodeks karny z 11 lipca 1932 r., Rozporządzenie Prezydenta RP, Dz.U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571; art. 231–232 k.k. z 1932 r.

⁵⁷ Kodeks karny z 19 kwietnia 1969 r., Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94; art. 154 § 2 k.k. z 1969 r.

⁵⁸ Kodeks karny z 6 czerwca 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553; art. 152 § 2 k.k.

⁵⁹ E. Łętowska, *Nadzieja, iluzja i manipulacja*, op. cit., s. 49–51; K. Riedl, *Koncepcja pojęć zastanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” nr 5, 2015, s. 83–98. M. Wyrzykowski, *Zasada demokratycznego państwa prawnego*, [w:] W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1998, s. 65–91.

sposobów terminacji ciąży pozostaje w konkretnym przypadku uznanie, że czyn wypełniający ustawowe przesłanki z art. 152 § 2 k.k. jest przestępstwem. Czy udostępnienie ciężarnej pod wpływem troski, współczucia i z chęci ratowania jej zdrowia i życia środków pozwalających na bezpieczne usunięcie ciąży zagrażającej życiu jest przestępstwem, czy może zachodzą tu okoliczności ujęte w art. 1 § 2 i art. 1 § 3 oraz w art. 26 § 1 i art. 26 § 2 k.k.?

„Pomocnictwo” bowiem użyte w kodeksie karnym na przestrzeni kolejnych wielkich kodyfikacji prawa karnego w kodeksach z lat 1932, 1969 i 1997 jest pojęciem zastanym, ale nie tożsamym.

5. Aborcja była zakazana w kodeksie karnym z 1932 r. (k.k. z 1932 r.). Artykuł 232 k.k. z 1932 r. brzmiał: „Kto za zgodą kobiety ciężarnej płód jej spędza lub jej udziela pomocy podlega karze więzienia do lat 5”. Następowal po art. 231 k.k. z 1932 r., który kryminalizował aborcję dokonaną przez ciężarną. Treść art. 231 k.k. z 1932 r. brzmiała: „Kobieta, która płód swój spędza, podlega karze aresztu do lat 3”. Celem zakazu ujętego w art. 231 i 232 k.k. z 1932 r. była odmowa kobiecie prawa do decydowania o sobie i swoich prawach reprodukcyjnych. Kobieta nie była podmiotem autonomicznym nie tylko w świetle prawa karnego⁶⁰. Prawo do decyzji o aborcji było jednym z obszarów, gdzie odmawiano kobiecie zdolności do podejmowania decyzji. Aborcja była dopuszczalna, jeśli ciąży zagrażała życiu kobiety lub pochodziła z przestępstwa. Jak podkreślał Leon Peiper, „kobieta na tej drodze zapłodniona, nie chce uwiecznić swej

⁶⁰ Kobieta i mężczyzna mieli równe prawa w prowadzeniu działalności handlowej, o ile kobieta nie była zamężna. Zgodnie z prawem upadłościowym z 24 października 1934 r. kobieta zamężna z upadłym, która żądała wyłączenia swoich rzeczy z masy upadłościowej, musiała udowodnić, że nie były one zakupione ze środków finansowych męża. Mężczyzna w analogicznej sytuacji miał tylko udowodnić swoje prawo do danych rzeczy. Zgodnie z obowiązującymi niemieckim i austriackim kodeksem cywilnym mężczyzna mógł zażądać wpisania do rejestru informacji, że żona prowadzi przedsiębiorstwo zarobkowe bez jego zgody, co ograniczało jego odpowiedzialność za długi żony. Kobiety nie miały możliwości poczynienia takiego wpisu w przypadku prowadzenia przedsiębiorstw zarobkowych przez mężów. Taki stan prawny znacząco upośledzał prawnie kobiety zamężne (M. Pietrzak, *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej*, [w:] A. Żarnowska, A. Szwarc (red.), *Równe prawa i nierówne szanse: kobiety w Polsce międzywojennej*, Instytut Historyczny Uniwersytetu Warszawskiego, Wydawnictwo DiG, Warszawa 2000, s. 77–91).

hańby przez urodzenie dziecka pochodzącego z incestu”⁶¹. Przerzucanie na kobietę odpowiedzialności za gwałt, którego doznała, i „tolerancyjne” zrozumienie dla hańby, jaka spadać miała na zgwałconą, pozostawiające gwałciciela poza kręgiem osób dotkniętych ostracyzmem dobrze ilustruje klimat kulturowy, w którym kryminalizowano odpowiedzialność kobiet za aborcje i pomocnictwo do aborcji⁶². Systemowa dyskryminacja była zintegrowana w stopniu, który czynił ją przezroczystą, niedostrzeganą⁶³.

Przepisy kodeksu karnego z 1932 r. obowiązywały do roku 1956. W tych warunkach nie istniała przestrzeń dla rozważań, jak i jakie warunki zapewniono kobiecie dla dokonania samodzielnie aborcji. Każde poza wyżej wskazanymi wyjątkami działanie podjęte przez ciężarną było kryminalizowane. Pomocnictwo w postaci przekazania leków poronnych było w owym czasie niedostępne. Leki te, opracowane w 1985 r., zostały zatwierdzone i dopuszczone na rynek farmakologiczny jako aborcyjny środek medyczny 28 września 2000 r.⁶⁴ Gdyby były, ich przekazanie z racji wyrażonego *expressis verbis* w kodeksie karnym zakazu aborcji i z tym zakazem związanego pomocnictwa wypelniałoby przesłankę pomocnictwa z art. 232 k.k.

Ze względu na to, iż przestępstwo z art. 231 jest *delictum proprium* kobiety ciężarnej, przeto kodeks dla osób innych przewiduje odpowiedzialność samoistną: działanie za zgodą ciężarnej (lub nawet wprost na jej życzenie) jest swoistym przestępstwem dopuszczającym (...) pomocnictwo do tego właśnie przestępstwa (...). Pomoc do spędzenia płodu według art. 232 jest samoistnym przestępstwem, a nie pomocnictwem do obcego przestępstwa⁶⁵.

⁶¹ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach*, Leon Frommer, Kraków 1933, s. 651.

⁶² O. Sitarz, *Bezprawne przerywanie ciąży*, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek, dziecko*, s. 296–297.

⁶³ A. Szlagowska, *Dyskusje nad świadomym macierzyństwem i dopuszczalnością usuwania ciąży na łamach polskich czasopism medycznych oraz społeczno-kulturalnych w okresie międzywojennym*, [w:] *Kobiecie dwudziestolecie*, red. R. Sioma, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2018, s. 31–47.

⁶⁴ *The history of mifepristone*, Reproductive health access project, 18 April 2023, <https://www.reproductiveaccess.org/2023/04/history-of-mifepristone/> [dostęp: 19.11.2023].

⁶⁵ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Ossolińskich, Lwów 1935, s. 403; pisownia oryginalna.

Czyli samoistność pomocnictwa jest w tym przypadku podyktowana zakazem, który dotyczy kobiety. Stawia to pod znakiem zapytania ową konieczność stworzenia w art. 152 § 2 przestępstwa *sui generis* wobec niekaralności i prawa ciężarnej do usunięcia ciąży. Przedmiotem ochrony w kodeksie karnym z 1932 r. nie było w istocie życie płodu, ponieważ „karygodne jako spędzenie płodu jest także działanie przeciw płodowi nieżywemu”⁶⁶. Przepis znajdował się w rozdziale XXXV kodeksu karnego z 1932 r. poświęconym przestępstwom przeciwko życiu i zdrowiu, ale skoro obejmował również przypadki, gdy płód był nieżywy, to karał kobiety za podjęcie autonomicznej decyzji.

W roku 1955 uznawano restrykcyjne przepisy kodeksu karnego z 1932 r. za zbyt liberalne. Pomimo boomu narodzin, jaki miał miejsce na początku lat 50. XX w., proponowano ich zaostrzenie. Kantowski zakaz uprzedmiotowienia i traktowania ludzi jako środka do celu nie miał w peerelowskiej rzeczywistości dobrej przestrzeni do wdrożenia. Uznawano, że „należy wyrobić u matek poczucie obowiązku i wykazać, że ona dla narodu ofiarę ponosić musi, choćby miała to życiem przepłacić”⁶⁷. Do zaostrzenia przepisów nie doszło. Zrozumiano, że sankcje karne nie zmieniają faktu, że za aborcjami stoją najczęściej bieda, brak warunków bytowych, opuszczenie, brak społecznego wsparcia i edukacji i brak warunków, by wychować często kolejne już dziecko⁶⁸.

6. Dnia 27 kwietnia 1956 r. weszła w życie ustawa o warunkach dopuszczalności ciąży⁶⁹. Celem tej ustawy była ochrona zdrowia kobiety przed ujemnymi skutkami zabiegów przerywania ciąży dokonywanych w nieodpowiednich warunkach lub przez osoby niebędące lekarzami. Miała na celu zapewnienie, że podjęta przez kobietę decyzja o przerwaniu ciąży będzie zrealizowana w warunkach gwarantujących maksymalną

⁶⁶ Ibid., s. 402.

⁶⁷ T. Szczygieł, *Problematyka przerywania ciąży jako zagadnienia kodyfikacji prawa karnego materialnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w latach 1956-1969*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2021, t. 28, s. 291.

⁶⁸ B. Klich-Kluczevska, *Rodzina, tabu i komunizm w Polsce, 1956–1989*, Libron, Kraków 2015, s. 233–260.

⁶⁹ Dz.U. z 1956 r. Nr 12, poz. 61.

ochronę zdrowia. Artykuł 1 ustawy z 1956 r. podkreślał, że zabiegu przerwania ciąży może dokonać lekarz, jeżeli za przerwaniem ciąży przemawiają wskazania lekarskie lub trudne warunki życiowe kobiety ciężarnej lub gdy zachodzi podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku przestępstwa. Dokonano stosownych zmian w przepisach kodeksu karnego z 1932 r. W art. 233 k.k. z 1932 r., który regulował warunki dopuszczalności przerywania ciąży, dodano przesłankę uwzględniającą „trudne warunki życiowe kobiety ciężarnej” (art. 1.1. pkt 1b). Zmiana z 1956 r. uznawała rzeczywistość, w której bez względu na zakaz i kryminalizację do aborcji dochodziło⁷⁰. Zakaz przynosił szkody zdrowiu i życiu kobiet. W ustawie z 1956 r., uznając trudności życiowe za przesłankę przerwania ciąży, podkreślano przede wszystkim potrzebę ochrony zdrowia kobiet⁷¹. W tych warunkach odpowiedzialność za pomocnictwo nie zmierzała do unieвозмоżliwienia kobietom skorzystania z aborcji. Podkreślano, że „decyzja o przerwaniu ciąży zależała w zasadzie wyłącznie od kobiety”⁷². Przepisy miały na celu powstrzymanie aborcji w warunkach, które prowadziły do naruszenia zdrowia i zagrożenia życiu kobiet. „Dla prawa karnego materialnego i przyszłych rozwiązań kodyfikacyjnych w tym zakresie wydanie ustawy z dnia 27 kwietnia 1956 r. oraz rozporządzeń wykonawczych miało niewątpliwie bardzo istotne znaczenie. Uległ zmianie zarówno przedmiot ochrony karnoprawnej, jak i przedmiot czynności wykonawczej. Tym pierwszym było odtąd zdrowie i życie kobiety ciężarnej, a nie płodu. Tym drugim stało się ciało matki, proces ciąży, a nie sam płód, który należało od tej pory traktować jako element organizmu matki, ewentualnie procesu ciąży”⁷³. Włodzimierz Gutenkust stwierdzał to

⁷⁰ A. Czajkowska, *O dopuszczalności przerywania ciąży. Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. i towarzyszące jej dyskusje*, [w:] *Kłopoty z seksem w PRL. Rodzenie nie całkiem po ludzku, aborcja, choroby, odmienności*, red. M. Kula, IPN, Warszawa 2012, s. 99–186.

⁷¹ A. Ignaciuk, „Ten szkodliwy zabieg”. *Dyskursy na temat aborcji w publikacjach Towarzystwa Świadomego Macierzyństwa/Towarzystwa Planowania Rodziny (1956–1980)*, „Zeszyty Etnologii Wrocławskiej” nr 1, 2014, s. 75–96.

⁷² A. Czajkowska, *O dopuszczalności przerywania ciąży...*, op. cit., s. 177–178.

⁷³ T. Szczygiel, *Problematyka przerywania ciąży...*, op. cit., s. 301–302.

wprost: „Przedmiotem ochrony naszego prawa karnego jest tylko życie i zdrowie człowieka, a nie płodu”⁷⁴.

Ten sam powód, zdrowie ciężarnej, zwłaszcza w pierwszej ciąży, był jednak niejednokrotnie podawany jako argument przeciwko aborcji. Dokonywana w ramach niestarannych interwencji chirurgicznych przynosiła niekiedy skutki w postaci bezpłodności⁷⁵. Nie kwestionowano decyzji ciężarnej, lecz warunki, w jakich dochodziło do zabiegu przerwania ciąży.

W pracy wydanej w 1962 r. na temat przerwania ciąży wskazywano na zasadność zaledwie kryminalizacji przerwania ciąży przez osoby niebędące lekarzami oraz bez zgody kobiety ciężarnej. Warta odnotowania była też słuszna i obecna już wówczas obserwacja, że jeśli ma się na uwadze zapobieganie przerwaniu ciąży, to nie da się tego zrobić przy pomocy prawa karnego. Nie służy ono bowiem podnoszeniu „kultury współżycia seksualnego”. Lepiej służy temu podniesienie kultury w ogóle (stopy życiowej, higieny i zdrowia społecznego, świadomego macierzyństwa)⁷⁶.

Ustawa z 1956 r. nie operowała pojęciem ani świadomego rodzicielstwa, ani autonomicznej decyzji kobiety, choć w praktyce kreowała oba pojęcia. Nie oznaczało to jednoczesnego dostępu do wiedzy, badań, nowoczesnych środków antykoncepcyjnych. Wybór więc, którym kobiety dysponowały, był w istocie ograniczony. W tych jednak dalece niedoskonałych warunkach aborcja była najczęściej samodzielną decyzją kobiety. Pomocnictwo ujęte w przepisach kodeksu karnego z 1932 r. odnosiło się do praktyk, które zagrażały zdrowiu i życiu ciężarnej⁷⁷. Gdyby pigułki

⁷⁴ W. Gutenkunst, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] O. Chybiński, W. Gutenkunst, W. Świda, *Prawo karne – część szczegółowa*, PWN, Warszawa–Wrocław 1965, s. 53.

⁷⁵ H. Wolińska, *Przerywanie ciąży w świetle prawa karnego*, PWN, Warszawa 1962, s. 81.

⁷⁶ H. Wolińska, *Przerywanie ciąży w świetle prawa...*, op. cit., s. 125; cyt. za: T. Szczygiel, *Problematyka przerywania ciąży...*, op. cit., s. 302.

⁷⁷ „Według statystyk Departamentu Nadzoru Sądowego Ministerstwa Sprawiedliwości za lata 1958–1961 liczba skazań na podstawie ustawy z 27 kwietnia 1956 r. wahała się między 74 a 108 osób rocznie, choć nie było wątpliwości, że to ułamek całego nielegalnego procederu, który z oczywistych względów uznawano za «trudno wykrywalny»”, T. Szczygiel, *Problematyka przerywania ciąży...*, op. cit., s. 301.

poronne były dostępne w trakcie obowiązywania ustawy z 1956 r., ciężarna powinna by je otrzymać w szpitalu. Samo poronienie mogłoby zaś odbywać się – jak wskazują wytyczne WHO – w domu pacjentki.

Gdyby w 1956 r. kobieta otrzymała pigułki poronne dostępne w roku 2022, zakładając, że zachodziły ustawowe przesłanki do aborcji (wola ciężarnej), to czy przekazanie jej przez inną osobę wypełniałoby znamię pomocnictwa? Przekazanie w tych warunkach przez inną osobę niż personel medyczny pigulek poronnych, gdyby te były dostępne, wymagałoby sprawdzenia i wyjaśnienia okoliczności sprawy. Wydaje się, że skoro decydujące znaczenie miało zdrowie kobiety i jej wola, dostarczenie tożsamego środka, jaki kobieta otrzymałaby w szpitalu, nie wypełniłoby znamienia pomocnictwa. To zarezerwowane było z racji wskazania na przedmiot ochrony dla praktyk, które zagrażały zdrowiu i życiu ciężarnej.

7. Art. 154 kodeksu karnego z 1969 r. (k.k. z 1969 r.) obowiązywał w stanie prawnym uregulowanym ustawą o warunkach przerywania ciąży z 1956 r. do 14 marca 1993 r., kiedy weszła w życie ustawa o planowaniu rodziny. Treść art. 154 k.k. z 1969 r. była zasadniczo zbieżna z art. 152 k.k. z 1997 r. Jednak treść art. 154 k.k. z 1969 r. była przyjmowana, gdy przesłanki przerywania ciąży uwzględniały autonomiczną decyzję kobiety i jej warunki społeczne. Nieuzasadniona odmowa pomocy lekarskiej z dużym prawdopodobieństwem znosiłaby społeczną szkodliwość czynu pomocnictwa, który w istocie byłby zgodny z treścią przepisów ustawy z 1956 r.

8. Ustawa o planowaniu rodziny z 7 stycznia 1993 r. zakwestionowała zobowiązania państwa do zapewnienia każdemu, a więc i kobiecie, prawa do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci. Ustawa pozbawiła kobietę nie prawa do decyzji o terminacji ciąży, gdy życiowe warunki uniemożliwiały jej pozostawanie w ciąży, lecz warunków do jej przeprowadzenia w ramach służby zdrowia. Ustawa z 1993 r. usunęła aborcyjną przesłankę warunków życiowych. To często realna przesłanka decyzji o aborcji. Ta przesłanka wskazuje również na prawo i kompetencje kobiet do podejmowania ważnych decyzji życiowych. Usuwanie ją, politycznie zakwestionowano kompetencje kobiet do racjonalnego decydowania

o swoim życiu. Następnie decyzją TK z 22 października 2020 r.⁷⁸ zniesiono przesłankę embriopatologiczną. Wówczas jednak państwo było już zobowiązane treścią preambuły z 1996 r. ustawy po planowaniu rodziny⁷⁹ i jest zobowiązane nadal do zapewnienia kobiecie warunków do odpowiedzialnego decydowania w sprawie ciąży⁸⁰.

Ustawa nie kryminalizuje aborcji, na którą kobieta się decyduje. Medykalizuje proces, uznając za przesłankę do terminacji ciąży zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety. Zły stan psychiczny jest również, zgodnie z ustawą o planowaniu rodziny (art. 4a pkt 1 ust 1) i wiedzą medyczną, przesłanką do uznania, że zachodzi okoliczność ujęta w art. 4a pkt 1 ust. 1.

Od 1956 r. terminacja własnej ciąży nie jest w polskim prawie przestępstwem. Nie stanowi więc przestępstwa nabycie środków poronnych na własny użytek.

Pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. do 1993 r. w praktyce nie ograniczano kobietom dostępu do aborcji. To samo pojęcie „pomocnictwo” użyte w art. 154 § 2 k.k. z 1969 r. i w art. 152 § 2 k.k. z 1997 r. odwołuje się w różnych okresach do różnych ustaw; wywołując różne skutki.

Od 1993 r. mamy do czynienia zarówno z kolejnymi ograniczeniami przesłanek dopuszczalności aborcji w warunkach szpitalnych, jak i z jednoczesnym systemowym brakiem wypełniania zobowiązań państwa, które wynikają z preambuły ustawy o planowaniu rodziny⁸¹. Nie zmienia to karalności pomocnictwa z art. 152 § 2 k.k. Nie daje to jednocześnie podstawy, by pomijając w wykładni art. 152 § 2 k.k. treść preambuły ustawy o planowaniu rodziny, do której art. 152 § 2 się odnosi, i interpretować pojęcie pomocnictwa w art. 152 § 2 k.k. jako przesłankę do uniemożliwienia skorzystania z terminacji ciąży w warunkach gwarantujących nie-narażanie zdrowia i życia. Czynność sprawcza, nawet jeśli nieudolna, ma wówczas miejsce. Z racji formalnego charakteru przestępstwa zostaje

⁷⁸ Sygn. akt K 1/20.

⁷⁹ Dz.U. z 1996 r. Nr 139, poz. 646.

⁸⁰ Dz.U. z 2022 r. poz. 1575.

⁸¹ K. Ferenc, *Martwe prawo. Z doświadczeń Fundacji na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny w dochodzeniu prawa do legalnej aborcji w Polsce*, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek, dziecko...*, op. cit., s. 383–394.

dokonana. Pytanie pozostaje, czy w konkretnych warunkach społeczno-politycznych, jakie mają miejsce w omawianym kazusie, dokonany czyn ma znaczną szkodliwość społeczną i czy sprawcy można, biorąc pod uwagę intencje, jakimi się kierowała, przypisać winę.

9. Artykuł 154 § 2 k.k. z 1969 r., który kryminalizuje udzielenie pomocy kobiecie ciężarnej w wykonaniu zabiegu przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy; i art. 152 § 2 k.k. z 1997 r., który kryminalizuje udzielenie kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy, mają różny przedmiot ochrony. Pytanie, czy stanowi to automatycznie o różnych *ratio legis*. Kodeks karny z 1969 r. tworzony w reżimie ustawy z 1956 r. chronił w art. 154 § 2 k.k. z 1969 r. przede wszystkim życie i zdrowie kobiety. Kodeks karny z 1997 r. w art. 152 § 2 k.k. chroni życie płodu. Czy oznacza to, że życie i zdrowie kobiety nie korzysta z ochrony? Przesłanka z art. 4 ust 1 ustawy o planowaniu rodziny bierze zdrowie i życie kobiety pod uwagę jako przesłankę terminacji ciąży. Życie i zdrowie kobiety nie przestają więc być chronione. Czy przestaje się liczyć zdanie kobiety na temat jej zdrowia i życia? Jeśli zagrożenie zostanie potwierdzone opinią lekarzy, przesłanka do usunięcia ciąży jest obecna w ustawie o planowaniu rodziny i dostępna. Gdy pomimo występowania zagrożenia zdrowia i życia kobiety lekarze nie ze względów związanych ze stanem zdrowia pacjentki, lecz z powodu konformizmu i obaw o represje karne wobec systemowego zastraszania obawiają się dokonania aborcji, czy wówczas nadal nie liczy się zdanie kobiety? Obserwowane przypadki braku koniecznej interwencji wskazują, że w takich sytuacjach ciężarne umierają; płody również⁸². Czy jest to jednoznaczne z brakiem prawa kobiety do decydowania o ciąży w związku ze zrozumieniem, że zagraża ona jej zdrowiu i życiu? Nie. Terminacja własnej ciąży nadal jest prawem podmiotowym kobiety. Nadal nie jest przestępstwem. Mamy natomiast do czynienia z sytuacją prawnego labiryntu. Gdy ignorowane są prawem

⁸² G. Latos, *Kobiety w ciąży w polskich szpitalach boją się i umierają*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 15.06.2023, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8734576,sejm-aborcja-polki-prawa-reprodukcyjne-ciaza-kobiety-w-polsce.html> [dostęp: 10.11.2023].

gwarantowane przesłanki do terminacji ciąży, kobieta zagrożona jest sytuacją prawnej pułapki.⁸³ Wykładnia celowościowa art. 152 § 2 k.k., jeśli w istocie ma na uwadze dobro płodu, nie jest w tych warunkach respektowana. Skazywanie ciężarnych na rodzenie dzieci z wadami letalnymi i śmierć niekoniecznie bez bólu, z jednoczesnym narażeniem na cierpienie psychiczne i fizyczne w stopniu, w którym można mówić co najmniej o poniżającym i nieludzkim traktowaniu, nie jest *ratio legis* art. 152 § 2 k.k. Wykładnia art. 152 § 2 na żadnym etapie nie wskazuje na zgodę na poświęcenie życia i zdrowia kobiety. Kryminalizacja aborcji zarówno w świetle raportów Komitetu Przeciwko Torturom (CAT), jak i raportów Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (CEDAW) jest uznawana za przykład naruszenia praw seksualnych i reprodukcyjnych kobiet. Jest to uznawane za formę przemocy opartej na płci. W zależności od okoliczności może oznaczać tortury lub okrutne, nieludzkie lub poniżające traktowanie. To, że w Polsce aborcja dokonywana przez ciężarną nie jest uznawana za przestępstwo, nie zmienia faktu, że sposób uregulowania i stosowania przepisów dotyczących aborcji stwarza warunki dla zjawisk równie negatywnych, na które wskazuje zarówno CAT, jak i Komitet CEDAW⁸⁴.

10. Ustawa z 1956 r. nie miała na celu odebrania kobietom prawa do podejmowania racjonalnych, autonomicznych decyzji. Ustawa z 1993 r. (do zmian w roku 1996; o czym dalej) prawa te drastycznie ograniczyła. Celowo odebrała kobietom uprawnienie do podejmowania kardynalnych życiowych decyzji i prawa do świadczeń medycznych, gdy przesłanką do przerwania ciąży są warunki od życiowych po związane ze stanem zdrowia

⁸³ E. Olczyk, J. Miziolek, *Jarostaw Kaczyński dla „Wprost”...*, op. cit., „Według Konstytucji realny sens tego wyroku jest inny, niż mówi wiele osób. Bzdurą jest twierdzenie, że aborcja jest zakazana. Wciąż jest dopuszczalna, jeśli ciąża wywodzi się z przestępstwa i jeżeli zagraża życiu, albo zdrowiu kobiety. Chodzi tylko o zespół Downa i Turnera, gdzie możliwość aborcji zlikwidowano. Ale też wiem, że są ogłoszenia w prasie, które każdy średnio rozgarnięty człowiek rozumie i może sobie taką aborcję za granicą załatwić, taniej lub drożej”.

⁸⁴ J. Grygiel, *Ograniczenie dostępu do aborcji w kontekście uniwersalnych standardów ochrony przed torturami oraz innym okrutnym, nieludzkim lub poniżającym traktowaniem*, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek, dziecko...*, op.cit, s. 88–97.

włącznie. Nie ograniczyła jednak prawa kobiety do terminacji własnej ciąży, bez względu na przesłanki. Jeśli jednocześnie zalecaną w pierwszym trymestrze ciąży metodą jest przyjęcie – także poza szpitalem – leków poronnych, to zgodnie z wykładnią językową i w związku z treścią art. 18 § 3 k.k. umożliwienie kobiecie, której odmówiono wymaganej pomocy w szpitalu, skorzystania ze środków gwarantujących terminację ciąży w sposób najmniej szkodliwy dla jej zdrowia formalnie wyczerpuje ustawowe znamiona czynu z art. 152 § 2 k.k. Czy jednak wyczerpuje je także zgodnie z wykładnią celowościową art. 152 § 2 k.k. w świetle preambuły do ustawy o planowaniu rodziny?

Artykuł 38 Konstytucji RP zapewniający każdemu człowiekowi prawną ochronę życia konsekwentnie nie mówi o życiu od poczęcia, zapewniając ochronę zróżnicowaną, która ani nie wyklucza, ani nie kryminalizuje aborcji dokonanej przez ciężarną⁸⁵. Ustawa o planowaniu rodziny, pomimo że kolejnymi decyzjami polityków ogranicza dopuszczalność dokonywanej przez lekarzy aborcji⁸⁶, uznaje od 1996 r. w preambule prawo każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci oraz prawo do informacji, edukacji, poradnictwa i środków umożliwiających skorzystanie z tego prawa. Aborcja jest jednym z elementów tak wyrażonych praw reprodukcyjnych, gwarantowanym jako środek do podjęcia odpowiedzialnej decyzji w sprawach dotyczących prokreacji kobiet. Państwo ograniczyło dostęp do legalnej aborcji w warunkach szpitalnych. Samodzielna decyzja ciężarnej o terminacji ciąży jest jej prawem. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał w swoich orzeczeniach, iż prawo dokonania aborcji jest dobrem osobistym ciężarnej. Wywodzi się ono zarówno z prawa każdej osoby do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji RP), jak i z prawa do wolności (art. 23 k.c.)⁸⁷.

⁸⁵ E. Plebanek, *Przestępstwa aborcyjne – praktyczna interpretacja znamion czynności wykonawczej*, „Prawo i Medycyna”, nr 2, 2011, s. 33–55.

⁸⁶ Patrz wyrok Trybunału Julii Przyłębskiej z 22 października 2020 r. (sygn. akt K 1/20) uznający przesłankę umożliwiającą przerwanie ciąży w przypadku ciężkich wad płodu za niekonstytucyjną.

⁸⁷ Wyrok SN z 21 listopada 2003 r. (V CK 16/03); uchwała z 22 lutego 2006 r. (III CZP 8/06), wyrok SN z 6 maja 2010 r. (II CSK 580/09); za: O. Sitarz, *Bezprawne przerwanie ciąży...*, op. cit., s. 341.

Naruszenie tego prawa skutkuje co najmniej roszczeniem odszkodowawczym. Roszczenie odszkodowawcze wskazuje na istnienie prawa podmiotowego. Nie jest procedurą, która rozwiązuje problemy ciężarnej, zmuszonej terminować ciążę w warunkach efektu mrozącego wywołanego decyzją TK z 2020 r., i politycznym przyzwoleniem na lekceważenie zdrowia i życia ciężarnych.

Czy w takich warunkach pomoc w minimalizowaniu szkód i zapewnienie realizacji prawa podmiotowego w postaci przekazania nieodpłatnie medycznych środków poronnych wypełnia ustawowe przesłanki „pomocnictwa” tak, jak ujęte one były w przepisach kodeksu karnego z 1932 r., gdy kryminalizacja aborcji dotyczyła również ciężarnej? Czy zasadne jest ich przyjmowanie także w reżimie kodeksu karnego z 1997 r.? Jeśli kodeks karny odsyła w art. 152 k.k. do ustawy o planowaniu rodziny, interpretacja rozszerzająca pomocnictwo na działania służące kobiecie do dokonania własnej, bezpiecznej aborcji, czy nie wykracza poza treść i *ratio legis* art. 152 § 2 k.k.?

11. Artykuł 18 k.k. definiuje odpowiedzialność za sprawstwo, podżeganie i pomocnictwo do czynów zakazanych przez prawo i ujętych w przepisach typizujących czyny zakazane. Pomocnictwo polega na ułatwieniu danej osobie popełnienia przestępstwa⁸⁸. Osoba dopuszczająca się pomocnictwa musi działać z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym zarówno w odniesieniu do udzielenia pomocy, jak i popełnienia samego przestępstwa przez osobę, której pomaga⁸⁹. Aby zatem można było postawić danej osobie zarzut pomocnictwa, osoba ta musi być świadoma tego, że czyn, co do którego popełnienia udziela pomocy, jest przestępstwem. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2023 r. sygn. akt IV KK 323/22, stwierdzono: „Istotne jest, aby udzielona pomoc miała charakter realny, tzn. dla odpowiedzialności za pomocnictwo konieczne jest wywołanie przez zachowanie pomocnika rezultatu w postaci zmiany sytuacji, przejawiającej się stworzeniem warunków, w których popełnienie

⁸⁸ R. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, 2023, sip.legalis.pl [dostęp: 1.10.2023].

⁸⁹ Sawicki/Zieliński, *Kodeks Karny. Komentarz*, [w:] Królikowski/Zawłocki (red.), *Kodeks karny*, t. 1, *Część ogólna*, 2023, s. 531.

czynu zabronionego przez inną osobę jest łatwiejsze niż w sytuacji, gdyby pomocnik nie zrealizował swojego zachowania”. Podzielając w pełni zaprezentowane powyżej stanowisko SN, warto podkreślić, że zachowanie, które faktycznie nie wpłynie na sytuację osoby dopuszczającej się czynu zabronionego, nie będzie mogło być uznane za pomocnictwo. Jak wskazano w literaturze, wątpliwości interpretacyjne odnośnie do usiłowania mogą pojawić się w kontekście form zjawiskowych i form stadialnych usiłowania. Przyjmuje się jednak, że usiłowanie pomocnictwa nie podlega odpowiedzialności karnej⁹⁰.

Sytuacja ujęta w omawianym kazusie jest o tyle ciekawa, że choć wypełnione są formalne przesłanki art. 152 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k., w których dla bytu przestępstwa nie ma znaczenia, czy pomocnictwo było udolne, to przecież trudno pominąć fakt, że gdyby było udolne i gdyby ciężarna mogła skorzystać ze środków medycznych przesłanych jej pod wpływem współczucia przez oskarżoną, jej stan zdrowia byłby lepszy, a zagrożenie życia nieobecne. Szkoda, jaka nastąpiła w wyniku uniemożliwienia skorzystania ciężarnej z nowoczesnej metody terminacji ciąży, jest elementem tej sprawy. Nie wpływa na językową wykładnię przepisu art. 152 § 2 k.k. Czy jednak jest równie obojętna z punktu widzenia aksjologii prawa karnego i wykładni celowościowej, która nie może pomijać celu ustawy o planowaniu rodziny w treści przyjętej w roku 1996?

12. Wprowadzając kodeks karny z 1997 r. przyjęto, iż pomocnictwo z art. 152 § 2 k.k. jest rozumiane zgodnie z treścią art. 18 § 3 k.k. Oznacza to, iż pomocnictwo obejmowało również dostarczenie rady i/lub informacji⁹¹. Precyzyjnie, literalnie odpowiada za pomocnictwo osoba udzielająca rady lub informacji. Kodeks nie ogranicza w tym względzie zakresu

⁹⁰ Ibid., s. 534.

⁹¹ Art. 18.3 k.k. Odpowiada za pomocnictwo, kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji; odpowiada za pomocnictwo także ten, kto wbrew prawemu, szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie.

odnoszącego się do rady lub informacji. Jeśli informacja o możliwości samodzielnego przerwania ciąży (dostępna także na portalach WHO), przekazana przez organizacje pomagające kobietom w kryzysie lub nawet przez osoby postronne, zostałaby uznana za czyn wypełniający treść art. 18 § 3 k.k. (odpowiada za pomocnictwo, udzielając rady lub informacji), wówczas popełniałby przestępstwo i dopuszczał się czynu kryminalnego każdy, kto informowałby o tych treściach ciężarną. Oznacza to, że posłuszeństwo takiej normie wykluczałoby kobiety w ciąży z kręgu podmiotów upoważnionych do dostępu do informacji o współczesnej wiedzy medycznej.

Nie wszystkie kobiety w ciąży chcą dokonać aborcji. Te jednak, które tego chcą, zostałyby pozbawione prawa do wykonania aborcji zgodnie ze współczesnymi standardami medycznymi chroniącymi ich zdrowie i życie. Oznaczałoby to, że przepis w art. 152 § 2 k.k. w istocie pośrednio wprowadza kryminalizację zachowań, które przestępstwem nie są, i jest jednocześnie nastawiony na dyskryminacyjne pozbawienie prawa do informacji, wiedzy i środków przeciwdziałających naruszeniu zdrowia i integralności fizycznej i psychicznej osoby. Próbą doprecyzowania tego stanu był projekt ustawy kryminalizujący edukację seksualną i wszelką informację odnośnie do metod i środków terminacji ciąży poza przypadkami ujętymi w ustawie o planowaniu rodziny.

Sejm RP wyraźnie wypowiedział się w tej sprawie, odrzucając 7 marca 2023 r. obywatelski projekt ustawy z 28 grudnia 2022 r., reprezentowany przez Kaję Godek⁹². Można stać na stanowisku, że art. 18 § 3 k.k. od początku nie miał na celu unikania informacji, która jest wiedzą dotyczącą nowoczesnych form aborcji. Można jednak dostrzec, że pomimo użytych w art. 18 § 3 k.k. słów wyznaczających ustawowe znamiona czynu termin „pomocnictwo” podlega przemianom. Gdy informacja i wiedza

⁹² Projekt ustawy w sprawie zmiany ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach przerywania ciąży i innych ustaw, Druk 3008 z 28 grudnia 2022 r., <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/9B0504DC82A06B41C125894F003874AA/%24File/3008.pdf> [dostęp: 15.11.2023]; <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=8CC6714E4D5E6D55C125894F00387B21> [dostęp: 15.11.2023].

pozwalają na minimalizowanie szkód, pociąganie do odpowiedzialności karnej za dostarczanie informacji i wiedzy czyniłoby z kodeksu karnego narzędzie prześladowania, a nie budowania społecznego ładu i przeciwdziałania naruszaniu praw.

Informacja na temat możliwości bezpiecznej aborcji udzielona kobiecie może stanowić pomoc potrzebną do przeprowadzenia własnej aborcji. Zdeterminowana, walcząca o swoje zdrowie i życie kobieta zderza się z brakiem stosownej ochrony ze strony lekarzy. Ci, w obawie o własną pozycję odmawiają świadczeń, narażając tym zdrowie pacjentki⁹³. W tych warunkach nie jest niezasadne rozważenie stanu wyższej konieczności. Stosowne wydaje się dostrzeżenie, że przekazanie środków akceptowanych przez medycynę i wyposażenie w wiedzę i możliwość skorzystania z pomocy, którą powinna była świadczyć służba zdrowia, nie stanowi przestępstwa. Tym właśnie kierował się Sejm, odrzucając możliwość kryminalizowania dostarczania informacji, pomimo że słowo to zostało użyte i jest wymienione w art. 18 § 3 k.k.

Przekazanie środków poronnych w świetle art. 152 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k. wypełnia ustawowe przesłanki tego czynu. Czy nadal jednak można tak to oceniać w świetle odesłania art. 152 § 2 k.k. do ustawy o planowaniu rodziny z 1993 r.? Czy ewolucja, jaką obserwujemy w tym zakresie, nie wskazuje na potrzebę dalszej modyfikacji desygnatów ujętych w pojęciu „pomocnictwa”? Czy w warunkach, gdy pomocnictwo, które wyczerpuje znamiona czynu ujętego w art. 152 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 3 k.k., mogło prowadzić do minimalizowania szkód, nadal jest czynem o znacznej społecznej szkodliwości, gdy ratuje sytuację wobec bezczynności służb medycznych zobowiązanych do działania? Odpowiedź na to pytanie wymaga spojrzenia na treść art. 152 § 2 k.k. w świetle przepisów, do których się odwołuje, czyli ustawy o planowaniu rodziny z 1993 r.

⁹³ J. Kochanowicz, „Lekarze obawiają się nie tylko utraty prawa wykonywania zawodu, ale również odpowiedzialności karnej”, dr hab. n. med. Jan Kochanowicz, Białystok, 6.12.2021; <https://oko.press/szpital-w-bialymstoku-odmawia-aborcji-powody-przepisy-zniesione-w-1996-r-i-strach-lekarzy> [dostęp: 10.05.2023].

VI. Artykuł 152 § 2 k.k. w świetle ustawy o planowaniu rodziny z 1993 r.

1. Ustawa z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży zakwestionowała aksjologię, na której oparta była ustawa z 1956 r. o dopuszczalności przerywania ciąży. Powoływano się na wartość życia. W miejsce zdrowia i życia kobiet ustawa wprowadzała w art. 1 przyrodzone prawo do życia od chwili poczęcia każdej istoty ludzkiej. Artykuł 2 ustawy stanowił, iż „życie i zdrowie dziecka od chwili poczęcia pozostaje pod ochroną prawa”. Preambuła przyjęta w pierwotnym brzmieniu ustawy z 1993 r. ograniczyła się do deklaracji uznania, że „życie jest fundamentalnym dobrem człowieka, a troska o życie i zdrowie należy do podstawowych obowiązków państwa, społeczeństwa, obywatela”⁹⁴.

Przywołania wymaga jednak uwaga wskazująca na co najmniej równie realny powód zniesienia ustawy z dnia 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności ciąży.

Trudne warunki życiowe kobiety ciężarnej były ustalane w oparciu o oświadczenie kobiety, którego treść nie mogła być weryfikowana. Nie wolno było dokonać zabiegu, jeśli zachodziły przeciwwskazania lekarskie. Za takie przeciwwskazania uznawano zaawansowanie ciąży (ponad 12 tygodni) (...). Wprowadzenie podstawy do przerwania ciąży w postaci trudnych warunków życiowych kobiety ciężarnej, bez możliwości ich weryfikacji, oznaczało, że przerywanie ciąży było dopuszczalne na żądanie kobiety⁹⁵.

Kobieta i jej warunki życiowe, ocena jej zdrowia i kompetencja do podejmowania racjonalnych, wyważonych, życiowych decyzji zostały zakwestionowane.

⁹⁴ Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78.

⁹⁵ A. Zoll, *Rozdz. XIX przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] *Kodeks karny, część szczególna...*, 1999, op. cit., s. 252.

Deklarowana ochrona życia szła więc w parze z konkretną odmową prawa do podejmowania przez kobiety decyzji dotyczących ich życia. Ustawę z 1993 r. nietrafnie określono jako „kompromis aborcyjny”. Zwróciła na to uwagę Anna Zawadzka, celnie ujmując, iż czas odejść od narracji, iż aborcja jest sprawą kobiet, ponieważ to kobiety zachodzą w ciążę. To nie jest kwestia intymnej prywatności; to kwestia praw, praw politycznych i człowieczeństwa. Ustawę o planowaniu rodziny przyjęto, lekceważąc fakt, że aborcja jest sprawą kobiet, jest też zagadnieniem nie tylko aksjologicznym, ale i politycznym. Wynika nie tylko ze stosunku do kobiet w okresie reprodukcyjnym, ale i ze stosunku do kobiet, ich zdolności i prawa do decydowania oraz do obowiązku liczenia się z ich wolą⁹⁶. Prawa wyrażone w ustawie pozostają iluzoryczne. Są stosowane arbitralnie, bez liczenia się z potrzebami, interesami, a często ze zdrowiem i życiem ciężarnych. Rzecz dotyczy więc tego, za jaki byt – społeczny, polityczny, moralny, obywatelski – uważana jest przez ustawodawców kobieta⁹⁷. „To, że w ogóle można rozważać zakaz aborcji, wskazuje na traktowanie kobiet jak osoby nieracjonalne, nierozumne, niezdolne do samodzielnego podejmowania decyzji. Za jednostki, którym trzeba wytłumaczyć, co jest dla nich dobre, a co złe; nad którymi

⁹⁶ Lekceważący stosunek dobrze obrazuje z jednej strony oświadczenie ministra zdrowia PiS Konstantego Radziwiłła odmawiającego Polkom prawa do samodzielnej decyzji w sprawie antykoncepcji doraźnej, z drugiej strony ds. opieki społecznej PiS Elżbiety Rafalskiej uznającej, że miejsce kobiety jest w domu, a po 60. roku życia stanowią one kapitał opiekuńczy zobowiązany do opieki nad bliskimi, A. Ambroziak, *Według Minister Rafalskiej miejsce kobiety jest w domu*, *OkoPress*, 9.09.2017, <https://oko.press/wedlug-min-rafalskiej-miejsce-kobiet-domu-nizszy-wiek-emerytalny-dla-nich-przywrocenie-kapitalu-opiekunczego> [dostęp: 15.11.2023]; A. Dusza, *Minister nie przepisałby tabletki 'dzień po' zgnwalonej kobiecie. Mam do tego prawo – powiedział Radziwiłł*, *Med.express.pl*, 24.02.2017, <https://www.medexpress.pl/ochrona-zdrowia/minister-nie-przepisalby-tabletki-dzien-po-zgnwalonej-kobiecie-mam-do-tego-prawo-powiedzial-radziwill-66194/> [dostęp: 15.11.2023]. Warto zaznaczyć, że EllaOne to środek antykoncepcji awaryjnej, który opóźnia jajczkowanie, a więc uniemożliwia zapłodnienie. Jeżeli dojdzie jednak do zapłodnienia, tabletki nie powoduje przerwania ciąży, nie ma zatem wpływu na jej przebieg. Wobec ministra nie wyciągnięto konsekwencji, że powołując się na klauzulę sumienia, która w tym przypadku nie może mieć zastosowania, arbitralnie pozwala sobie na ingerowanie w prawa kobiet do decydowania o swoim zdrowiu seksualnym i reprodukcyjnym.

⁹⁷ A. Zawadzka, *Czarny protest i pleć*, „Zadra”, nr 3–4, 2016, s. 5–9.

trzeba sprawować kontrolę i które trzeba dyscyplinować w sposób szczególny”⁹⁸.

Ustawą z 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw⁹⁹ przywrócono prawo kobiety do kontrolowania swojego życia przez dodanie trudnej sytuacji życiowej kobiety jako czwartej legalnej przesłanki aborcji.

Nowe brzmienie otrzymała również preambuła do ustawy. Nadal podkreślono, że życie jest fundamentalnym dobrem człowieka, a troska o życie i zdrowie należy do **podstawowych obowiązków państwa**, a dopiero później społeczeństwa i obywatela. Zaznaczono jednak, że z tego powodu **uznaje się prawo każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci** i zagwarantowania środków umożliwiających korzystanie z tego prawa. Treść preambuły w istocie wyczerpuje znaczenie praw reprodukcyjnych. Pojęcie to ukuto w trakcie Międzynarodowej Konferencji ds. Ludności i Rozwoju, która odbyła się, w 1994 r. w Kairze. Termin wyprowadzono z terminu „zdrowie reprodukcyjne”. Jest umieszczony w dokumencie końcowym Konferencji. Obejmuje prawa związane ze sferą rozrodczości i seksualności człowieka¹⁰⁰. Za najważniejsze fundamentalnie, sformułowane podczas Konferencji w Kairze, uznano prawa do:

- 1) decydowania w sposób swobodny i odpowiedzialny o tym, czy, kiedy i ile mieć dzieci oraz w jakich odstępach czasu,
- 2) informacji i dostępu do środków, aby z prawa do decydowania móc korzystać,
- 3) możliwie najwyższego standardu zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego, podejmowania decyzji związanych z seksualnością bez przymusu, dyskryminacji i przemocy.

⁹⁸ A. Zawadzka, *Czarny protest...*, op. cit., s. 5.

⁹⁹ Dz.U. Nr 139, poz. 646.

¹⁰⁰ A. Hernandez-Polczyńska, *Procedury specjalne Rady Praw Człowieka ONZ a dostępność aborcji w Polsce*, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek, dziecko...*, op. cit., s. 25.

Nie nazwano tego wprost prawem do decydowania o terminacji ciąży; to jednak wynika z przesłania o gwarancji do prawa kontrolowania swojego życia¹⁰¹.

Prawa reprodukcyjne zostały następnie potwierdzone w tzw. Pekińskiej platformie działania, przyjętej w 1995 r. w trakcie czwartej Światowej Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie kobiet¹⁰².

W preambule do ustawy o planowaniu rodziny w wersji z 1996 r. władza/państwo wzięło na siebie zobowiązanie, uznając prawo każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu lub nieposiadaniu dzieci, by zapewnić dostęp do informacji, edukacji, w tym edukacji seksualnej, poradnictwa i środków umożliwiających korzystanie z tego prawa.

W pojęciu dostępu do informacji, edukacji, poradnictwa mieści się zobowiązanie do przestrzegania praw reprodukcyjnych. To oznacza dostęp do wiedzy, kompetencji podejmowania samodzielnych, autonomicznych decyzji, działań na rzecz poszanowania autonomii seksualnej, eliminację dyskryminacji ze względu na płeć, orientację psychoseksualną czy związaną z identyfikacją płciową. W ramach edukacji mieści się także wiedza dotycząca dostępności i nowoczesnych, bezpiecznych sposobów aborcji. Także dostęp do nowoczesnej antykoncepcji, antykoncepcji doraźnej, badań ginekologicznych, urologicznych (dla kobiet i mężczyzn), badań prenatalnych, in vitro i innych profesjonalnych form leczenia bezpłodności oraz do aborcji w warunkach uregulowanych prawem.

Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 28 maja 1997 r. (sygn. akt K 26/96) uznał, że legalne przerwanie ciąży z powodu ciężkich warunków życiowych kobiety ciężarnej lub jej trudnej sytuacji osobistej jest niezgodne z przepisami konstytucyjnymi „przez to, że legalizuje przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia konieczności ochrony

¹⁰¹ *Prawa reprodukcyjne*, „Federa”, 4.09.2017, <https://federa.org.pl/prawa-reprodukcyjne/> [dostęp: 12.11.2023].

¹⁰² Deklaracja pekińska i Platforma Działania z Pekinu z 1995 r., <https://www.gov.pl/web/mswia/deklaracja-pekińska-i-platforma-działania-z-pekinu-z-1995-r2> [dostęp: 11.11.2023]. Prawa kobiet. Przegląd pekińskiej platformy działania po 25 latach, Parlament Europejski, Posiedzenie plenarne, luty 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/679074/EPRS_ATA\(2021\)679074_PL.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/679074/EPRS_ATA(2021)679074_PL.pdf) [dostęp: 11.11.2023].

innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej, oraz posługuje się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego”¹⁰³. TK podkreślił również, że art. 38 Konstytucji z 1997 r. potwierdza ochronę życia. TK orzekł w stanie prawnym, w którym nie obowiązywała jeszcze Konstytucja z 1997 r. Konstytucja ta nie formułuje ochrony życia od poczęcia. W ustawie o planowaniu rodziny po zmianach z 1996 r. pomimo wyroku TK K 26/96 bez zmian pozostała i nadal obowiązuje preambula w kształcie przyjętym w 1996 r. Z treści ustawy usunięto nieprecyzyjne i perswazyjne pojęcie dziecka poczętego, stanowiąc, że prawo do życia podlega ochronie, w tym również w fazie prenatalnej, w granicach określonych w ustawie¹⁰⁴.

2. Artykuł 4a pkt. 1 ust 1 ustawy o planowaniu rodziny stanowi, iż aborcja jest legalna, gdy ciąża zagraża zdrowiu lub życiu ciężarnej osoby. Nie ma prawnych podstaw do uznania, że zły stan psychiczny kobiety nie jest przesłanką zdrowotną do przerwania ciąży. Opinie organizacji Ordo Iuris w tej sprawie nie są żadną wiążącą wykładnią¹⁰⁵. Fakt, że lekarze wypowiadają takie zdanie, powołując się na organizację niemającą medycznych kompetencji, nie jest zgodny ze standardami medycznymi. W świetle obowiązujących standardów medycznych tak fizyczny, jak i psychiczny stan ciężarnej stanowi przesłankę do aborcji. Przepis nie wymaga i nie mówi o „poważnym” zagrożeniu życia i zdrowia. Nie wymaga też opinii dwóch lekarzy, którzy mają to potwierdzić¹⁰⁶. Wymogi takie zostały zniesione ponad 25 lat temu. Ich przywoływanie jest nieuzasadnione. Równie prawnie bezpodstawne jest utrwalanie praktyki, w której dopiero

¹⁰³ Orzeczenie TK K 26/96, Obwieszczenie Prezesa TK z 18 grudnia 1997 r., Dz.U. Nr 157, poz. 1040.

¹⁰⁴ Art. 1 ust. 2 ustawy z 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny... (Dz.U. 1996 Nr 139, poz. 646).

¹⁰⁵ O. Papiernik, *26 latce odmówiono aborcji. Powód? Opinia Ordo Iuris*, Dziennik.pl, 6.12.2021, <https://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/8307850,aborcja-szpital-ordo-iuris.html> [dostęp: 10.05.2023]; W. Rodak, *Szpital odmówił aborcji płodu z wadą letalną, powołując się na opinię Ordo Iuris. „Depresja nie zagraża zdrowiu”*, 4.12.2021, <https://wiadomosci.wp.pl/szpital-odmowil-aborcji-plodu-z-wada-letalna-powolujac-sie-na-opinie-ordo-iuris-depresja-nie-zagraza-zdrowiu-6711806201514720a> [dostęp: 10.05.2023].

¹⁰⁶ Opinia Rzecznika Praw Pacjenta z 12 czerwca 2023 r., op. cit.

zbliżająca się śmierć ciężarnej staje impulsem dla lekarskiej interwencji¹⁰⁷. Prawo nie wymaga poważnego zagrożenia zdrowia lub życia ciężarnej. Nie wymaga czekania na obumarcie płodu¹⁰⁸. Prawo procedur medycznych wymaga informowania pacjentki o jej stanie i liczenia się z jej wolą¹⁰⁹.

W ocenie Rzecznika Praw Pacjenta (RPP) art. 4a pkt. 1 ust 1 ustawy o planowaniu rodziny odnosi się także do zdrowia psychicznego kobiety. Zdrowie zgodnie z Konstytucją Światowej Organizacji Zdrowia jest stanem zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brakiem choroby lub ułomności. Zdrowie nie ogranicza się do doobrostanu fizycznego, obejmuje także dobrostan psychiczny. Zatem, jak podkreśla RPP, przez zdrowie, którego zagrożenie może stanowić przesłankę legalnego przerwania ciąży, należy rozumieć także zdrowie psychiczne kobiety w ciąży. Stanowisko to podzielił także Prokurator Generalny w sprawie zakończonej przez TK 22 października 2020 r.¹¹⁰

Wymóg wykonania aborcji przez lekarza jest zaleceniem dla służby zdrowia do podejmowania działań. W dzisiejszej praktyce także w szpitalu aborcje w pierwszym trymestrze najbezpieczniej przeprowadza się metodą farmakologiczną, bez działań innych niż zabezpieczenie procesu przez lekarza.

Aborcja, którą kobieta wykonuje sama, powinna przebiegać w warunkach co najmniej równie bezpiecznych jak w szpitalu. Nie jest czynem zakazanym. Co jednak w sytuacji, gdy w wyniku lekceważenia ustawy o planowaniu rodziny kobiety w praktyce znajdują się w sytuacji, której ustawa nie przewidziała?

3. Przepis art. 152 § 2 k.k. funkcjonuje w warunkach systemowego ignorowania zobowiązań podjętych przez państwo w preambule ustawy

¹⁰⁷ Patrz casus Izabeli z Pszczyny, wrzesień 2022 r.; A. Szczerbiak, *Śmierć Izabeli z Pszczyny. Są zarzuty dla lekarzy. Za nietykanie aborcji też grozi kara*, „Polityka”, 2.03.2023, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/2203832,1,smierc-izabeli-z-pszczyny-sa-zarzuty-dla-lekarzy-za-niewykonanie-aborcji-tez-grozi-kara.read> [dostęp: 17.05.2023].

¹⁰⁸ K. Wężyk, *Aborcja jest*, Agora, Warszawa 2021, s. 260–261.

¹⁰⁹ Opinia Rzecznika Praw Pacjenta z 12 czerwca 2023 r., op. cit.

¹¹⁰ Rzecznik Praw Pacjenta w piśmie z 13 marca 2023 r. do prof. dr hab. n. med. Jana Kochanowicza, Dyrektora Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku

z 1993 r. o planowaniu rodziny. Ograniczona jest możliwość podejmowania dojrzałych, poważnych decyzji w warunkach wolnych od pozorowanego zaledwie respektowania praw podmiotowych kobiety. Ograniczony jest dostęp do nowoczesnej wiedzy, doraźnej antykoncepcji, badań prenatalnych, *in vitro* dla niedysponujących środkami finansowymi, także do aborcji¹¹¹. Statystyki dokonywanych aborcji pochodzące zarówno od organizacji pomocowych, jak i te wskazujące na demograficzną zapaść, po raz kolejny dowodzą, że zakazy prawnokarne nie służą ani ochronie płodów, ani kobiet¹¹². Decyzja, jaką podjęto w 1993 r., odbiera kobietom polityczne prawo do decydowania o sobie w tym sensie, że pozbawia je świadczeń medycznych i dlatego nosi cechy uprzedmiotowiające. Istotą ustawy nie jest wyeliminowanie zjawiska aborcji, ale utrzymywanie zakazu. Czy, wobec zobowiązania do zapewnienia każdemu możliwości decydowania o swoim życiu osobistym, pomoc w realizacji tego zobowiązania przez osobę trzecią, gdy od działania uchyla się organ zobowiązany, jest działaniem, któremu należy przypisać społeczną szkodliwość?

Ustawowe ograniczenie dostępu do wykonywanej w szpitalach aborcji nie odbiera kobiecie prawa do dokonania aborcji. Czy instytucja pomocnictwa i sposób rozumienia tego pojęcia zmieniają znaczenie w związku ze znaczeniem ustawy, do której się odwołuje? Pokrzywdzona w omawianej sprawie nie musiała zostać narażona na sepsę i być bliska śmierci.

¹¹¹ P. Nowosielska, K. Klinger, *Aborcja. Prawa pacjentek zostały naruszone*, Dziennik.pl, 15.05.2023, <https://zdrowie.dziennik.pl/aktualnosci/artykuly/8715320,aborcja-prawa-pacjentek-naruszone.html> [dostęp: 15.11.2023]; D. Szelewa, *Prawa reprodukcyjne w Europie i w Polsce: Zakaz, kompromis czy wybór*, Friedrich Ebertstiftung, Warszawa 2016, <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/warschau/14405.pdf> [dostęp: 15.11.2023].

¹¹² Eurostat Population database 2023, https://ec.europa.eu/eurostat/data/database?node_code=tps00204 [dostęp: 11.11.2023]. Polska ma „czwarty najniższy wskaźnik dzietności w UE – i to pomimo programu 500+, który według rządzących miał wpłynąć na poprawę wyników. Od 2017 roku, gdy urodziło się prawie 402 tys. dzieci, a wskaźnik dzietności osiągnął ostatni szczyt na poziomie 1,48, współczynnik spada. W 2021 r. wskaźnik ten wynosił już 1,33, był więc poniżej średniej UE i dużo poniżej poziomu zastępowalności pokoleń”. *Europejska mapa dzietności Polska z najgorszym czwartym wynikiem*, Forsal.pl, 15.03.2023 [dostęp 11.11.2023]; Baza demografia GUS, <https://demografia.stat.gov.pl/BazaDemografia/StartIntro.aspx> [dostęp: 11.11.2023]; K. Lurka, *Ile w Polsce przeprowadzono aborcji*; Źródło: Sejm, „Termedia”, 22.02.2023 <https://www.termedia.pl/mz/Ile-w-ostatnich-latach-przeprowadzono-aborcji-,50551.html> [dostęp: 11.11.2023].

Oskarżona wypełniła swoim działaniem ustawowe znamiona czynu ujętego w art. 152 § 2 k.k. Czy można jednak przypisać jej działaniu szkodliwość społeczną, a jej samej winę? Wydaje się, że w świetle preambuły obowiązującej ustawy o planowaniu rodziny zachodzą co najmniej przesłanki do uznania, że wypełniając ustawowe przesłanki z art. 152 § 2 k.k., jednocześnie nie wypełniono wymogów art. 1 § 2 i 3 k.k. Warto również rozważyć, czy nie zachodzi w tych okolicznościach stan wyższej konieczności.

VII. Artykuł 152 § 2 k.k. a stan wyższej konieczności

1. Artykuł 26 § 1 k.k. stanowi, że nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakiegokolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.

Artykuł 26 § 2 k.k. stwierdza z kolei, że nie popełnia przestępstwa ten, kto ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości, oczywiście wyższej od dobra ratowanego.

W omawianym kazusie Justynie Wydrzyńskiej zarzucono wyczerpanie ustawowych znamion czynu ujętego w art. 152 § 2 k.k. W istocie jednak podjęte działanie nie tyle miało na celu doprowadzenie do aborcji, która i tak nastąpiła, ile miało na celu ratowanie życia i zdrowia ciężarnej w patologicznej ciąży. Dobrem więc w istocie naruszonym nie było życie płodu, lecz przepis prawny, który przedmiotem ochrony czyni życie płodu. Dzięki pomocy oskarżonej płód mógłby zostać usunięty w sposób niezagrażający życiu ciężarnej. Uniemożliwienie jej skorzystania z tej pomocy nie powstrzymało aborcji; doprowadziło natomiast kobietę na skraj śmierci. Ochrona płodu w art. 152 § 2 k.k. nie jest ochroną bezwzględna. Nie odbiera kobiecie ciężarnej prawa do zdrowia i życia.

Niebezpieczeństwa grożącego ciężarnej nie można było uniknąć nie dlatego, że nie istniała podstawa prawna, by zagrożenie usunąć. Nie

można go było uniknąć z powodu opisanej powyżej sytuacji polityczno-prawnej, w której istniejąca podstawa prawna do terminacji ciąży nie jest stosowana. Ustawa wyraźnie uzależnia wystąpienie stanu wyższej konieczności od podmiotowego nastawienia osoby dokonującej czynu, jednocześnie „zagrożenie uprawniające do działania w stanie wyższej konieczności może być skierowane przeciwko jakiemukolwiek dobru chronionemu prawem”¹¹³. Jest oczywiste, że tym, co kierowało Justyną Wydrzyńską, nie był brak szacunku dla prawa, nie był również brak szacunku dla wartości, jaką jest życie płodu. Kierowała nią chęć ratowania zdrowia i życia kobiety proszącej o pomoc. Ciężarna wiedziała, że musi dokonać aborcji. W warunkach braku profesjonalnej pomocy lekarskiej otrzymała ją od oskarżonej. Od 1996 r. preambuła do ustawy zobowiązuje władze do zapewnienia każdej osobie świadomego decydowania o własnej prokreacji. To odbiera podstawy do medykalizacji i uprzedmiotowienia kobiety w ciąży oraz do odebrania jej podmiotowości także w kompetentnej ocenie stanu jej zdrowia. Kobieta zaszła w chcianą ciążę. Decyzja o jej usunięciu nie była wynikiem zmiany stosunku do ciąży, lecz zmiany stanu jej zdrowia, który ze względu na patologiczny rozwój sprawiał, że zagrożone zostało jej życie. Wydrzyńska działała więc w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra, jakim jest życie człowieka¹¹⁴.

2. Przepisy prawa karnego są szczególnym instrumentem. Wyznaczają zachowania niechciane chronione sankcją karną. Jednak ich zastosowanie jest zarezerwowane dla czynów, których społeczna szkodliwość nie jest znikoma, a sprawcy można przypisać winę. Czy działanie, którego celem jest ochrona zdrowia i życia jednostki w warunkach, w których podmioty zobowiązane do jego ratowania z powodów pozaustawowych odmawiają działania, wykazuje inną niż znikoma społeczna szkodliwość? Z racji dynamiki, jaka towarzyszy rozwojowi patologicznej ciąży, nie jest to sytuacja, w której można ciężarną odesłać do organów sądowych czy

¹¹³ A. Zoll, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 493.

¹¹⁴ *Ibid.*, s. 505.

nawet urzędowych jak Rzecznik Praw Pacjenta¹¹⁵. Wyroki zapadają po latach, orzeczenia RPP również po czasie, w którym patologiczny rozwój ciąży niestety doprowadza w warunkach braku lekarskiej interwencji do co najmniej utraty zdrowia, a także do śmierci.

3. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 5 czerwca 2019 r. IV KK 230/18 dotyczącym działania w stanie wyższej konieczności: „dla zastosowania kontratypu wyższej konieczności, zakładającego celowe zachowanie adresata wspomnianej normy, niezbędne jest poczynienie określonego ustalenia co do strony podmiotowej zachowania danej osoby, mianowicie, że była ona świadoma, iż chronionemu prawem dobru zagraża niebezpieczeństwo, że jest ono bezpośrednie oraz że osoba ta działała z intencją ratowania dobra przedstawiającego wartość wyższą kosztem dobra o niższej wartości”.

W komentarzu do Kodeksu karnego pod redakcją Alicji Grześkowiak z 2021 r. stwierdzono: „stan wyższej konieczności jest instytucją przeznaczoną do **ratowania** dobra chronionego prawem, zagrożonego bezpośrednim niebezpieczeństwem, **kosztem poświęcenia** innego dobra, także chronionego prawem. Dobro chronione to dobro przedstawiające wartość społeczną, mające więc szczególne znaczenie dla wspólnoty społecznej, związane z człowiekiem i państwem rozumianym jako dobro wspólne. To znaczenie wyraża się w tym, że wspólnota państwowa postanawia chronić takie wartości za pomocą norm prawnych. Jest to szczególne, chociaż nie wyłączone, zadanie prawa karnego¹¹⁶”. Tak więc dobro ratowane i dobro poświęcone muszą być **dobrami prawnymi**, czyli stanowić przedmiot ochrony prawnej. Aby zatem móc rozważyć działanie w stanie wyższej konieczności w przypadku zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 152 § 2 k.k., należy ustalić, co jest dobrem chronionym w przypadku tego przestępstwa.

¹¹⁵ A. Dudek, *Suski o śmierci Izabeli: 'To, że ludzie umierają to biologia', ale przez wasze prawo kobiety będą umierać częściej*, „Wysokie Obcasy”, 3.11.2023, <https://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/7,100865,27761742,suski-o-smierci-izabeli-to-ze-ludzie-umieraja-to-jest.html?disableRedirects=true> [dostęp: 15.11.2023].

¹¹⁶ A. Grześkowiak, *Prawo karne*, [w:] eadem, K. Wiak (red.), *Prawo karne*, 2017, s. 12 i n., <https://sip.legalis.pl/> [dostęp: 17.05.2023].

4. Dobro chronione – art. 152 § 2 k.k. W postanowieniu SN z dnia 26 marca 2009 r. sygn. akt I KZP 2/09 w obszernej analizie i po dokonaniu wykładni systemowej stwierdzono, że: „przedmiotem ochrony typów czynów zabronionych z art. 152 § 1 k.k. i art. 152 § 2 k.k. jest życie dziecka poczętego, a nie kobiety w ciąży”¹¹⁷.

Pytanie, na jakie Sąd Najwyższy miał udzielić odpowiedzi, dotyczyło ustalenia, „czy przedmiotem ochrony typów czynów zabronionych z art. 152 § 1 k.k. i art. 152 § 2 k.k. obok życia dziecka poczętego jest zdrowie lub życie kobiety w ciąży”. Rzecz dotyczyła uznania, czy kobieta, którą nakłaniano do przerywania ciąży, jest pokrzywdzoną w świetle art. 49 k.p.k. Sąd uznał, że ciężarna, którą nakłaniano do aborcji, nie jest pokrzywdzoną. Analizując stan prawny, Sąd Najwyższy nie dostrzegł, i nie zaznaczył, iż przyjęcie, że art. 152 k.k. chroni życie od poczęcia, wykracza poza treść art. 38 Konstytucji. Zapewniając ochronę życia, Konstytucja świadomie i po długich debatach nie wprowadziła do treści tego przepisu ochrony życia od poczęcia. Zapewniając ochronę życia, jednocześnie nie zniesiono podmiotowego prawa ciężarnej do aborcji oraz przewidziano przesłanki medycznej terminacji ciąży. Sąd Najwyższy ten aspekt w swoim rozumowaniu pominął¹¹⁸. Przyjęcie, że ochrona

¹¹⁷ Postanowienie SN z dnia 26 marca 2009 r., sygn. akt I KZP 2/09, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/I%20KZP%202-09.pdf> [dostęp: 19.06.2023].

¹¹⁸ Postanowienie SN z dnia 26 marca 2009 r., op. cit., s. 9–12. „Rozważenia wymaga więc, jakie dobro prawne jest przedmiotem ochrony czynów zarzuconych oskarżonym w niniejszej sprawie. Znaczenie językowe ustawowych znamion przestępstw określonych w art. 152 § 1 k.k. i 152 § 2 k.k. nie jest jednoznaczne i nie pozwala usunąć wątpliwości co do indywidualnego przedmiotu ochrony, w drodze wykładni językowej. Usunięcie tych wątpliwości wymaga zatem posłużenia się wykładnią systemową i funkcjonalną. Analiza wzajemnego stosunku poszczególnych przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego – w ramach pierwszej z tych metod wykładni – zwłaszcza zaś porównanie zwrotów użytych przez ustawodawcę dla określenia przedmiotu czynności wykonawczej w zawartych w nich normach, a także systematyka kodeksu: przepisy regulujące przerywanie ciąży umieszczono po eutanazji a przed nieumyślnym spowodowaniem śmierci; przepis art. 157a k.k., którego przedmiotem ochrony jest zdrowie i życie dziecka poczętego jako samodzielne dobro prawne, niezależne od dóbr prawnych odnoszących się do innych osób, w tym kobiety ciężarnej, umieszczono zaś po przepisach art. 156 k.k. i art. 157 k.k. mających chronić zdrowie człowieka – upoważnia do stwierdzenia, że przedmiotem ochrony art. 152 § 1 i 2 k.k. jest życie. Skoro życie i zdrowie podmiotu określonego w przepisach tego rozdziału jako «człowiek» są dobrami chronionymi życia narodzonego, to jest niewątpliwe, że podmiotem, który chronią normy tych typów czynów zabronionych jest dziecko poczęte

w art. 152 § 2 k.k. dotyczy wyłącznie płodu, jest zgodne z ideologicznym uprzedmiotowieniem kobiet i sprzeczne z konstytucyjnym prawem do

(por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSNKW 2006, z. 11, poz. 97). Znajduje to potwierdzenie w przyjętym przez ustawodawcę modelu ochrony życia w fazie przed, jak i po urodzeniu człowieka, w którym ochroną prawnokarną obejmuje się odrębnie życie dziecka poczętego i jego matki w okresie ciąży. Życie i zdrowie kobiety w ciąży jest przedmiotem ochrony art. 153 k.k. i art. 154 k.k. oraz przepisów rozdziału XIX Kodeksu karnego adresowanych do podmiotu określonego w nich jako «człowiek». Ponadto analizowane normy odwołują się do ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17, poz. 78 ze zm.), określającej materialne przesłanki przerywania ciąży, co jest utożsamiane z „granicami zabicia dziecka poczętego” (A. Zoll w: A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, tom II, Kraków 2006, s. 301). Już to, pobieżne, odwołanie się do tych dyrektyw wykładni systemowej, które nakazują przyjmować, że system prawa jest w jakimś sensie całością jednolitą i harmonijną prowadzi do wniosku, iż przedmiotem ochrony typów czynów zabronionych z art. 152 § 1 k.k. i art. 152 § 2 k.k. jest życie dziecka poczętego, a nie kobiety w ciąży. Odnotować także trzeba, że u podstaw nowelizacji przepisów Kodeksu karnego normujących tę problematykę – dokonanej ustawą z dnia 8 lipca 1999 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza (Dz.U. Nr 64, poz. 729) – legło przekonanie o konieczności wzmocnienia aksjologicznej wymowy przepisów prawa w zakresie ochrony życia i zdrowia dziecka poczętego (zastąpienie określenia „płód” pojęciem „dziecko poczęte”) oraz rozszerzenia zakresu jego ochrony prawnej (dodanie przepisu art. 157a k.k.). W doktrynie prawa karnego zdecydowanie przeważa pogląd, że przedmiotem ochrony art. 152 § 1 i 2 k.k. jest życie dziecka w fazie prenatalnej (A. Zoll, op. cit. s. 301; L. Tyszkiewicz, w: O. Górniok red.: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004, s. 458; B. Michalski: Przepisy przeciwko życiu i zdrowiu. Nowa kodyfikacja karna, Warszawa 2000, s. 186). Niektórzy przedstawiciele doktryny utrzymują, że nie jest to jedyny przedmiot ochrony tych przepisów (zob. M. Budyn-Kulik, w: M. Mozgawa, red.: Kodeks karny. Komentarz praktyczny, Warszawa 2006, s. 302; A. Marek: Kodeks karny. Komentarz, Lex 2007, wyd. IV, teza 7). Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że istnienie przepisów art. 152 k.k., art. 153 k.k. i art. 157a k.k. wyklucza wszelkie wątpliwości co do tego, iż życie i zdrowie ludzkie od chwili poczęcia do śmierci są dobrami chronionymi przez prawo karne, choć o zakresie tej ochrony stanowią normy odrębne w wypadku „człowieka” i „dziecka poczętego”. Ustawodawca zdecydował się na takie ukształtowanie modelu ochrony życia w fazie przed, jak i po urodzeniu się człowieka, który ochroną prawnokarną obejmuje życie dziecka poczętego – art. 152 k.k., art. 153 k.k., art. 157a k.k., jak i jego matki w okresie ciąży – np. art. 148 k.k., art. 153 k.k., art. 154 k.k. (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSNKW 2006, z. 11, poz. 97 i postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r., I KZP 13/08, OSNKW 2008, z. 11, poz. 90). W modelu tym kobieta ciężarna z jednej strony nie ponosi odpowiedzialności karnej za jakiegokolwiek zachowania podjęte na szkodę dziecka poczętego. Z drugiej strony, co do zasady, nie może być uznana za podmiot, którego dobro będące przedmiotem ochrony prawnokarnej zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone. Podsumowując dotychczasowe rozważania, stwierdzić należy, że przedmiotem ochrony typów czynów zabronionych określonych w art. 152 § 1 k.k. i art. 152 § 2 k.k. jest wyłącznie życie dziecka w fazie prenatalnej od momentu poczęcia.

życia, zasadą poszanowania godności człowieka, niedyskryminacji i równości kobiet i mężczyzn. Nadużyciem byłoby również przyjęcie, że czyniąc płód przedmiotem ochrony w art. 152 k.k., nie chroni się i godzi na poświęcenie życia kobiety. Równym nadużyciem byłoby przyjęcie, iż ochrona zdrowia i życia kobiety obecna również w art. 152 § 2 k.k. byłaby wyrazem paternalizmu. Życie i zdrowie kobiety podlegają ochronie na zasadach ogólnych w Konstytucji RP. Na zasadach szczególnych podlegają ochronie w ustawie o planowaniu rodziny, do której art. 152 § 2 k.k. się odnosi. Zdrowie, także zdrowie psychiczne, jest już przesłanką do przerywania ciąży. Tym bardziej jest tą przesłanką życie kobiety. Zagrożenie życia lub zdrowia kobiety ciężarnej w wyniku patologicznego rozwoju ciąży pozwala na teoretyczne rozważania dotyczące wartości życia płodu. W praktyce jednak zaniechanie usunięcia ciąży, jak było to już wskazane powyżej, prowadzi do śmierci ciężarnej. Płód w takich warunkach również ginie. Cięża na etapie, który czyni zerowe szanse na przeżycie płodu poza macicą kobiety, czyni debaty na temat wartości życia płodu bez poszanowania wartości życia ciężarnej dotknięte wadą na przyzwolenie odczłowieczenia i uprzedmiotowienia kobiety¹¹⁹.

Jest też różnica, gdy sztucznie podtrzymuje się życie *de facto* martwej kobiety w ciąży, gdy przyczyną śmierci pnia mózgu nie była ciąża, a sytuacją jak w omawianym tu przypadku, w której patologiczny rozwój płodu zagraża życiu kobiety¹²⁰.

5. Przedmiot ochrony ujęty w art. 152 § 2 k.k. jest podporządkowany hierarchii dóbr ustawy, do której się odwołuje. W omawianym przypadku stan wyższej konieczności nie tyle polega na poświęceniu dobra chronionego w art. 152 § 2 k.k., jakim jest płód. Zagrożone było życie kobiety patologicznym przebiegiem ciąży. Cięża powinna być terminowana w warunkach szpitalnych. Kobieta pozbawiona ochrony prawnej

¹¹⁹ K. Klinger, *Urodziła dziecko po swojej śmierci: wywiad z lekarzem, który zdecydował o podtrzymaniu pracy organizmu ciężarnej kobiety*, „Gazeta Prawna”, 7.05.2016, <https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/941369,urodzila-dziecko-po-swojej-smierci-wywiad-lekarz.html> [dostęp: 15.11.2023].

¹²⁰ A. Giedroyc, *55 dni utrzymywali ciążę kobiety po śmierci mózgu*, Podyplomie.pl, 04.2016, <https://podyplomie.pl/medical-tribune/21792,55-dni-utrzymali-ciaze-kobiety-po-smierci-mozgu>, [dostęp: 15.11.2023].

wynikającej z art. 4a ustawy o planowaniu rodziny dokonała aborcji w warunkach zagrażających w jeszcze większym stopniu jej życiu i zdrowiu. Czyn Justyny Wydrzyńskiej wypełniający ustawowe znamiona czynu z art. 152 § 2 k.k. był w istocie próbą sanowania braku wypełnienia zobowiązań wynikających z art. 4a pkt. 1 ust 1 ustawy o planowaniu rodziny. Dobrem poświęconym był więc w tym przypadku porządek prawny ujęty w art. 152 § 2 k.k. Z racji treści art. 26 k.k. daje to podstawy do rozważenia uznania, że działanie to zostało podjęte w warunkach stanu wyższej konieczności. Naruszono prawo, dążąc do ratowania dobra oczywiście najwyższego, jakim jest życie człowieka.

Uznanie życia płodu za przedmiot ochrony w art. 152 § 2 k.k. nie oznacza uznania wyższości wartości życia płodu nad życiem kobiety. Gdyby przyjąć takie rozumowanie, którego nie podzielamy, że przedmiotem ochrony jest życie płodu, z wyłączeniem baczenia na stan kobiety, dochodzi wówczas do konfliktu dóbr chronionych prawem, jakimi są życie i zdrowie kobiety ciężarnej oraz życie płodu. Często efektem braku terminacji ciąży w podobnych sytuacjach jest śmierć i płodu, i kobiety. Kobieta ma prawo wybrać, nawet własną śmierć. Państwo nie ma prawa – poprzez złe standardy polityczne i medyczne – na tę śmierć ją skazywać. Kobieta, która poprosiła o pomoc – w dramatycznych warunkach doprowadzając do przerwania własnej ciąży – uratowała własne życie; w niektórych innych przypadkach zdanie się na decyzje lekarzy wypełnionych strachem o własną sytuację skończyło się śmiercią kobiet. Nie uratowano ciąży, pozbawiono życia kobiety. Ustawodawca ma dobre prawo zdecydować, iż przedmiotem ochrony w art. 152 § 2 k.k. jest dobro płodu. Nie może pomijać faktu, że owo dobro jest nierozłącznie związane z dobrem ciężarnej. Artykuł 152 § 2 k.k., jeśli w istocie ma dobro płodu na uwadze, nie może preferować poświęcenia kobiety. Nie tylko z racji obowiązku poszanowania jej godności i prawa do życia. Także dlatego, że brak baczenia na dobro ciężarnej uśmierca najczęściej i płód¹²¹.

¹²¹ Pogląd uznawany za absolutyzm moralny jest w istocie przykładem powoływania się na moralność tam, gdzie mamy do czynienia jeśli nie z sadyzmem, to co najmniej z poważnymi deficytem empatii. Rozważając problem dopuszczalności terminacji ciąży, książdz Jacek Woroniecki w *Katolickiej*

6. Przenosząc rozważania na stan faktyczny sprawy i grunt art. 152 § 2 k.k., zasadne jest rozważenie, czy w sytuacji posiadania wiedzy o zagrożeniu dla życia i zdrowia kobiety w ciąży udzielenie jej pomocy w przerwaniu ciąży w celu eliminacji zagrożenia stanowi działanie w stanie wyższej konieczności (art. 26 § 1 k.k.) poprzez poświęcenie dobra stanowiącego niższą wartość (życie płodu) dla dobra ratowanego (życie kobiety ciężarnej). Biorąc pod uwagę całość przepisów Kodeksu karnego i uwzględniając ustawę o planowaniu rodziny, nie ma wątpliwości, że życie w okresie płodowym, od momentu samodzielnego życia poza organizmem kobiety i od chwili narodzin, podlega zróżnicowanej ochronie i jest ona wyższa niż wczesna ochrona płodu. Już sam ten fakt wskazuje na zróżnicowanie wartości dóbr chronionych przez ustawodawcę. Odmiennej ocenie podlega spełnienie przesłanki bezpośredniości zagrożenia dobra ratowanego, co w większym stopniu niż wartościowanie dóbr jest powiązane z omawianym tu stanem faktycznym. Analiza wskazuje na determinację kobiety, by przerwać ciążę. Zagroziła jej życiu i zdrowiu. Odmiennej zatem sytuacją będzie przypadek, w którym oskarżony działa w celu udzielenia pomocy w przerwaniu ciąży, a inną sytuacją, w której zamiarem oskarżonego jest ratowanie życia i zdrowia kobiety ciężarnej. Stan wyższej konieczności ma charakter subsydiarny. Zachodzi, gdy niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć. Ciężarna nie otrzymała stosownej pomocy w szpitalu. Nie zdołała skorzystać z bezpiecznych, medycznych środków przysłanych jej przez Justynę Wydrzyńską. Przeprowadziła wobec tego aborcję w niebezpiecznych warunkach, które doprowadziły do sepsy i niemal pozbawiły ją życia. Czy to miałby być argument, że nie zachodzi wymagany przy stanie wyższej konieczności warunek subsydiarności? Prawo karne nie ma służyć prowadzeniu do praktyk, które narażają na śmierć i służą osaczaniu ludzi i zadawaniu tortur. W omawianej sprawie o zaistnieniu

etyce nychonawczej uznaje, że w sytuacji, gdy życie ciężarnej kobiety może zostać uratowane tylko pod warunkiem pozbawienia życia płodu, nie można tego uczynić, nawet gdyby rzeczony płód i tak miał w najbliższej przyszłości umrzeć – w takiej sytuacji należy pozwolić obojemu umrzeć. K. Szewczyk, *Bioetyka*, t. 1, PWN, Warszawa 209 s. 278. (sic!) Nie jest to postawa przewidziana ani Konstytucją, ani prawem karnym, ani ustawą o planowaniu rodziny.

stanu bezpośrednio zagrożenia dla życia i zdrowia kobiety ciężarnej przesądzał fakt sekwencji zdarzeń, w której dokonała ona aborcji w inny, bardziej niebezpieczny dla siebie sposób, ale dla ratowania życia. Stąd zasadne wydaje się tu przyjęcie, że działając w celu uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącemu życiu kobiety, Justyna Wydrzyńska, pomimo wyczerpania ustawowych znamion art. 152 § 2 k.k., nie mogąc inaczej niebezpieczeństwa uniknąć, nie narażając na zwiększenie zagrożenia, nie popełniła czynu, którego społeczna szkodliwość była wyższa od znikomej. Dobrem zaś poświęconym nie tyle było tu życie płodu ujęte w art. 152 § 2 k.k., ile prawnie zagwarantowana potrzeba respektowania art. 152 § 2 k.k. Ciężarna miała prawo skorzystać z prawa podmiotowego do terminacji ciąży. W grę nie wchodziła więc ochrona życia płodu, lecz sposób, w jaki mogło dojść do terminacji ciąży. Z tego powodu zasadne wydaje się również przyjęcie zgodnie z art. 26 § 2 k.k., iż oskarżonej w sprawie, która kierowała się dobrem i troską o zdrowie i życie ciężarnej, nie można przypisać winy wymaganej dla przyjęcia, iż doszło do przestępstwa z art. 152 § 2 k.k.

Podsumowanie

Kanwą dla rozważań nad art. 152 § 2 k.k. w relacji do art. 18 k.k. i ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny był zarzut karny i skazanie w I instancji Justyny Wydrzyńskiej z art. 152 § 2 k.k. Naszą intencją było nie tylko wykazanie argumentów za brakiem w obecnych warunkach przesłanek do skazania Justyny Wydrzyńskiej. Mamy również na względzie potrzebę zwrócenia uwagi na systemowe lekceważenie przyjętych przez państwo obowiązków prawidłowego realizowania ustawy o planowaniu rodziny w zgodzie z treścią preambuły obowiązującej od 1996 r. i poszanowania dla prawnie rozpoznanego podmiotowego prawa kobiety do terminacji ciąży, w której się znajduje. Władza, uznając, że życie jest fundamentalnym dobrem człowieka, a troska o życie i zdrowie należy przede wszystkim do podstawowych obowiązków państwa, zobowiązała się uznawać prawo każdego do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci. W związku z tym zobowiązała się do zapewnienia dostępu

do nowoczesnej informacji, edukacji, poradnictwa i środków umożliwiających korzystanie z tego prawa. Owe środki dotyczą zarówno nowoczesnej antykoncepcji, antykoncepcji doraźnej, badań prenatalnych, *in vitro*, sterylizacji na żądanie, jak i aborcji jako elementu poszanowania autonomii człowieka i zdrowia reprodukcyjnego.

Obowiązujące prawo nie zawiera zapisu wskazującego, że samodzielne dokonanie aborcji jest przestępstwem. Wręcz przeciwnie: stanowi *expressis verbis*, że kobieta przestępstwa nie popełnia. Próba idącej w tym kierunku wykładni ustawy o planowaniu rodziny nie jest zasadna. Pomocnictwo do legalnej aborcji musi być więc skuteczne (ciążarna w tym przypadku musiałaby mieć fizyczną możliwość zażycia przesłanych środków). Pomocnictwo zaś do kryminalizowanego pomocnictwa do czynu, który przestępstwem nie jest – nie występuje w katalogu czynów zakazanych w obowiązującym w art. 18 § 3 k.k. Pomocnictwo w postaci informacji i rady nie mieści się w katalogu art. 152 § 2, choć mieści się w katalogu przesłanek art. 18 § 3 k.k. Pomocnictwo z art. 152 § 2, będąc czynem *sui generis*, jest jednocześnie pozostałością z czasów kodeksu karnego z 1932 r., gdy było pomocnictwem do kryminalizowanego czynu, jakim była aborcja dokonana przez ciężarną w kodeksie karnym z 1932 r. *De lege ferenda* warto więc zapewne rozważyć w całości zniesienie art. 152 k.k. Nie można bowiem akceptować regulacji, które prowadzą do udrczenia i nękania ludzi. Tym w istocie stał się brak możliwości skorzystania z pomocy, jaką okazała ciężarnej Justyna Wydrzyńska, wypełniając swoim czynem art. 152 § 2 k.k. *De lege lata* jednak można dostrzec niestosowność ograniczenia się do literalnej wykładni art. 152 § 2 k.k. z pominięciem wykładni celowościowej i systemowej. Obie wymagają odczytania art. 152 § 2 k.k. z perspektywy art. 4a ustawy o planowaniu rodziny w kontekście obowiązującej preambuły ustawy w wersji z 1996 r. i uznania podmiotowego prawa kobiety do terminacji ciąży. To z kolei daje podstawę do rozważenia w tym kontekście, iż zachodzi w tej sprawie stan wyższej konieczności i brak wyczerpania przesłanej kryminalizacji zachowania ujętych w art.1 § 2 i § 3 k.k.

Zaledwie formalne odczytanie art. 152 k.k. prowadzi do dyskryminacji i niszczy odruchy współczucia i ludzkiego humanizmu. Taka postawa

formalnego traktowania prawa prowadziła w przeszłości do skutków, których współcześnie zdecydowanie, mamy nadzieję, jako społeczeństwo chcemy uniknąć.

Bibliografia

- Ambroziak A., *Według Minister Rafalskiej miejsce kobiety jest w domu*, OkoPress, 9.09.2017, <https://oko.press/wedlug-min-rafalskiej-miejsce-kobiet-domu-nizszy-wiek-emerytalny-dla-nich-przywrocenie-kapitalu-opiekunczego>.
- Baza demografia GUS, <https://demografia.stat.gov.pl/BazaDemografia/StartIntro.aspx>.
- Buczek D., *Coraz więcej Polek nie może znaleźć szpitala, który wykonuje legalną aborcję*, „Polityka”, 4.04.2019, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1788276,1,coraz-wiecej-polek-nie-moze-znalezc-szpitala-ktory-wykona-legalna-aborcje.read>.
- Budyn-Kulik M., *Kodeks karny. Komentarz praktyczny*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2006.
- Calkowska A., *Ginekolożka, której CBA skonfiskowało dokumentacje pacjentek; Kobiety zamiast rodzić, przyjeżdżają się sterylizować*, „Gazeta Wyborcza”, 1.04.2023, [azyn/7,124059,29615024,dr-kubisa-dziewczyna-mi-wykrzyzcala-ze-nikt-jej-nie-będzie.html](https://www.gazeta.pl/wyborcza/1,124059,29615024,dr-kubisa-dziewczyna-mi-wykrzyzcala-ze-nikt-jej-nie-będzie.html).
- Chmielewska M., Druciarek M., Przybysz I., *Czarny protest. W stronę nowego kompromisu aborcyjnego*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2017.
- Chrzczonowicz M., *Koniec procesu Justyny Wydrzyńskiej. Sąd uznał ją winną ‘pomocnictwa w aborcji’*, OkoPress, 14.03.2023, <https://oko.press/koniec-procesu-justyny-wydrzynskiej-sad-uznal-ja-winna-pomocnictwa-w-aborcji>.
- Chrzczonowicz M., *Lekarze odpowiedzialni za narażenie życia kobiet. Tak uważa cała Polska. No, prawie cała. (Sondaż)*, OkoPress, 26.06.2023, https://oko.press/lekarze-odpowiedzialni-za-zagrozenie-zycia-kobiet-tak-uwaza-cala-polska-no-prawie-cala-sondaz?utm_source=Lista%20Podstawowa&utm_campaign=6024665063-Tygodniowy_02_07_2023&utm_medium=email&utm_term=0_3c81d4ef34-6024665063-137630541.
- Chrzczonowicz M., *Rzecznik Praw Pacjenta: odmowa aborcji ze względu na zdrowie psychiczne kobiety narusza prawo*, OkoPress, 12.05.2023, <https://oko.press/rpp-odmowa-aborcji-naruszenie-praw>.

- Czajkowska, A., *O dopuszczalności przerywania ciąży. Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. i towarzyszące jej dyskusje*, [w:] *Kłopoty z seksem w PRL. Rodzenie nie całkiem po ludzku, aborcja, choroby, odmienności*, red. M. Kula, IPN, Warszawa 2012.
- Decyzja z 13 marca 2022 r. Rzecznika Praw Pacjenta, *chromeextension://efaid-nbmnnnibpcajpegclefjndmkaj/https://oko.press/images/2023/05/decyzja-RPP-Bialystok-aborcja.pdf*.
- Deklaracja pekińska i Platforma Działania z Pekinu z 1995 r., <https://www.gov.pl/web/mswia/deklaracja-pekińska-i-platforma-działania-z-pekinu-z-1995-r2>.
- Druk Sejmowy 1693, Obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw; projekt dotyczy przywrócenia stanu zgodności z konstytucją w zakresie ochrony życia dzieci poczętych, a także rozciągnięcia stosowania przepisów Kodeksu karnego dotyczących ochrony zdrowia i życia ludzkiego na dzieci poczęte, skutkiem uchYLENIA ustawy będzie również wprowadzenie bezwzględnego zakazu przerywania ciąży; projekt z 21 września 2021; odrzucony na posiedzeniu Sejmu 2.12.2021. <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1693>.
- Druk Sejmowy 3008 z 28 grudnia 2022 r., reprezentowany przez Kaję Godek obywatelski projekt ustawy w sprawie zmiany ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach przerywania ciąży i innych ustaw, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/9B0504D-C82A06B41C125894F003874AA/%24File/3008.pdf>.
- Dudek A., *Suski o śmierci Izabeli: „To, że ludzie umierają to biologia”, ale przez wasze prawo kobiety będą umierać częściej*, „Wysokie Obcasy”, 3.11.2023, <https://www.wysokieobcasy.pl/wysokie-obcasy/7,100865,27761742,suski-o-smierci-izabeli-to-ze-ludzie-umieraja-to-jest.html?disableRedirects=true>.
- Dusza A., *Minister nie przepisałby tabletki ‘dzień po’ zgwałconej kobiecie. Mam do tego prawo – powiedział Radziwiłł*, *Med.express.pl*, 24.02.2017, <https://www.medexpress.pl/ochrona-zdrowia/minister-nie-przepisalby-tabletki-dzien-po-zgwalconej-kobiecie-mam-do-tego-prawo-powiedzial-radziwill-66194/> [dostęp: 15.11.2023].
- Eurostat Population database 2023, https://ec.europa.eu/eurostat/data/database?node_code=tps00204.
- Ferenc K., *Martwe prawo. Z doświadczeń Fundacji na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny w dochodzeniu prawa do legalnej aborcji w Polsce*, [w:] *Kobieta, ciężka, zarodek, dziecko*, red. M. Grzyb, K. Sękowska-Kozłowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2023.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, PWN 1990.

- Giedroyć A., *55 dni utrzymywali ciężę kobiety po śmierci mózgu*, Podyplomie.pl, 04.2016, <https://podyplomie.pl/medical-tribune/21792,55-dni-utrzymali-ciaze-kobiety-po-smierci-mozgu>.
- Grygiel J., *Ograniczenie dostępu do aborcji w kontekście uniwersalnych standardów ochrony przed torturami oraz innym okrutnym, nieludzkim lub poniżającym traktowaniem*, [w:] *Kobieta, cięża, zarodek, dziecko*, red. M. Grzyb, K. Sękowska-Kozłowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2023.
- Grześkowiak A., *Prawo karne*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Prawo karne*, 2017, <https://sip.legalis.pl/>.
- Grzyb M., *Feministyczna analiza wyroku K26/96*, [w:] *Kobieta, cięża, zarodek, dziecko*, red. M. Grzyb, K. Sękowska-Kozłowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2023.
- Gutenkunst W., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne – część szczególna*, PWN, Warszawa–Wrocław 1965.
- Hernandez-Polczyńska A., *Procedury specjalne Rady Praw Człowieka ONZ a dostępność aborcji w Polsce*, [w:] *Kobieta, cięża, zarodek, dziecko*, red. M. Grzyb, K. Sękowska-Kozłowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2023.
- Ignaciuk A., „*Ten szkodliwy zabieg*”. *Dyskursy na temat aborcji w publikacjach Towarzystwa Świadomego Macierzyństwa/Towarzystwa Planowania Rodziny (1956–1980)*, „Zeszyty Etnologii Wrocławskiej”, nr 1, 2014.
- Jarkiewicz K., „*W obronie życia nienarodzonych*”. *Głos Kościoła i środowisk katolickich w debacie okołaborcyjnej w okresie Wielkiej Nowenny (1956–1966)*, „Pamięć i Sprawiedliwość” nr 5, 2017.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009.
- Kacprzak I., *Śmierć 33-letniej Doroty. W szpitalu w Nowym Targu od lat nie przeprowadzono aborcji*, „Rzeczpospolita”, 16.06.2023, <https://www.rp.pl/spoleczenstwo/art38611571-smierc-33-letniej-doroty-w-szpitalu-w-nowym-targu-od-lat-nie-przeprowadzono-aborcji>.
- Kania A.M., *Kontrowersje związane z karyminalizacją przerywania ciąży. Część I*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, t. XXVI, AUWr No 3325, Wrocław 2011.
- Klich-Kluczevska B., *Rodzina, tabu i komunizm w Polsce, 1956–1989*, Libron, Kraków 2015.
- Klinger K., *Urodziła dziecko po swojej śmierci: wywiad z lekarzem, który zdecydował o podtrzymaniu pracy organizmu ciężarnej kobiety*, „Gazeta Prawna”, 7.05.2016,

<https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/941369,urodzila-dziecko-po-swojej-smierci-wywiad-lekarz.html>.

Kocemba K., Stambulski M., *Gotowanie żaby. Prawicowy konstytucjonalizm a prawa kobiet w Polsce*, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek, dziecko*, red. M. Grzyb, K. Sękowska-Kozłowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2023.

Kochanowicz J., „*Lekarze obawiają się nie tylko utraty prawa wykonywania zawodu, ale również odpowiedzialności karnej*”, dr hab. n. med. Jan Kochanowicz, Białystok, 6.12.2021, <https://oko.press/szpital-w-bialymstoku-odmawia-aborcji-powody-przepisy-zniesione-w-1996-r-i-strach-lekarzy>.

Kotiuk I., *Kalendarium, sto lat historii walki o prawo do aborcji w Polsce*, „Archiwum Osiatyńskiego”, 7.06.2018, <https://archiwumosiatyńskiego.pl/wpis-w-debacie/kalendarium-100-lat-historii-walki-o-prawo-do-aborcji-w-polsce/>.

Królikowski M. *Rozdział XIX, Przepięstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I, Komentarz. Art. 117–221*, wyd. 4 Beck, Warszawa 2017.

Królikowski M., Zawłocki R., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, *Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, Beck, Warszawa 2021.

Latos G., *Kobiety w ciąży w polskich szpitalach boją się i umierają*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 15.06. 2023, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8734576,sejm-aborcja-polki-prawa-reprodukcyjne-ciaza-kobiety-w-polsce.html>

Lurka K., *Ile w ostatnich latach przeprowadzono aborcji*, „Termedia”, 22.02.2023, Źródło: Sejm, <https://www.termedia.pl/mz/Ile-w-ostatnich-latach-przeprowadzono-aborcji-,50551.html>.

Łętowska E., *Nadzieja, iluzja i manipulacja. Uwagi o udatności konstytucjonalizacji „Państwa Prawa”*, [w:] *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga Jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, red. A. Bodnar, A. Płoszka, Warszawa 2020.

Makarewicz, J., *Kodeks karny z komentarzem*, Wydawnictwo Ossolińskich, Lwów 1935.

Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Lex 2007, online, wyd. IV.

Michalski B., *Przepięstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Nowa kodyfikacja karna*, Warszawa 2000.

Michalski B., *Rozdział XIX. Przepięstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] *Kodeks karny, część szczególna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, C.H. Beck, Warszawa 2006.

- Mowa Justyny Wydrzyńskiej na sprawie w dniu 14 marca 2023 r., <https://www.facebook.com/hashtag/aborcjaratuje%C5%BCybie>.
- Nowosielska P., Klinger K., *Aborcja. Prawa pacjentek zostały naruszone*, Dziennik.pl, 15.05.2023, <https://zdrowie.dziennik.pl/aktualnosci/artykuly/8715320,aborcja-prawa-pacjentek-naruszone.html>.
- Ojczyk J., *Wyrok TK groźny dla pacjentek i lekarzy. Potrzebne standardy działania*, Prawo.pl, 3.11.2021, <https://www.prawo.pl/zdrowie/smierc-30-letniej-kobiety-a-wyrok-tk-w-sprawie-aborcji,511540.html>.
- Olczyk E., Miziolek J., *Jarosław Kaczyński dla 'Wprost': Każdy średnio rozgarnięty człowiek może załatwić aborcję za granicą*, „Wprost”, 23.05.2021, <https://www.wprost.pl/kraj/10449780/jaroslaw-kaczynski-dla-wprost-kazdy-moze-za-latwic-aborcje-za-granica.html>.
- Olejarczyk P., *„Płód jest bezczaszkowcem z bezmózgowiem? Przepraszam, nie mam prawa przerwać takiej ciąży”*, Onet.pl, 22.01.2023, <https://wiadomosci.onet.pl/trojmiasto/orzeczenie-tk-ws-aborcji-lekarz-mowie-przykro-mi-niestety-nie-pomoge/5ny5yvn>.
- Opinia Rzecznika Praw Pacjenta, Stwierdzenie naruszenia praw pacjenta przez szpital specjalistyczny w Nowym Targu, 12.06.2023, <https://www.gov.pl/web/rpp/stwierdzenie-naruszenia-praw-pacjenta-przez-szpital-specjalistyczny-w-nowym-targu>.
- Orzeczenie TK K 26/96, Obwieszczenie Prezesa TK z 18 grudnia 1997 r., Dz.U. Nr 157, poz. 1040.
- Orzeczenie z 28 maja 1997 r., sygn. akt K. 26/96, ust. 4.3.c, <https://www.saos.org.pl/judgments/205759>.
- Papiernik O., *26-latce odmówiono aborcji. Powód? Opinia Ordo Iuris*, Dziennik.pl, 6.12.2021, <https://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/8307850,aborcja-szpital-ordo-iuris.html>.
- Peiper L., *Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach*, Leon Frommer, Kraków 1933.
- Pietrzak M., *Sytuacja prawna kobiet w Drugiej Rzeczypospolitej*, [w:] A. Żarnowska, A. Szwarc (red.), *Równe prawa i nierówne szanse: kobiety w Polsce międzywojennej*, Instytut Historyczny Uniwersytetu Warszawskiego, Wydawnictwo DiG, Warszawa 2000.
- Plebanek E., *Przestępstwa aborcyjne – praktyczna interpretacja znamion czynności wykonawczej*, „Prawo i Medycyna”, nr 2, 2011.

- Platek M., *Opinia prawna na temat projektu o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności ciąży (Dz.U. z 1993 r. nr 17, poz. 78 ze zm.) oraz ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.). Stan prawny na dzień 5 kwietnia 2016 r.*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2016.
- Połowniak J., *Prokuratura w Szczecinie zarzuca ginekolożce Marii Kubisie popełnienie pięciu przestępstw udzielenia pomocy przy przerywaniu ciąży*, „Gazeta Wyborcza Szczecin”, 25.11.2023, https://szczecin.wyborcza.pl/szczecin/7,34939,30442371,prokuratura-w-szczecinie-zarzuca-ginekolozce-marii-k-popełnienie.html?_gl=1*1r71fk6*_gcl_au*MTMyMjc5NTA3LjE2OTk5MzA4MTk.*_ga*MTA5ODkxNTM4NC4xNjg3NzA4NTcx*_ga_6R71ZMJ3KN*MTcwMTg5MjM0MS4xNi4wLjE3MDE4OTIzNDEuMC4wLjA.&_ga=2.72671507.1620872926.1701892341-1098915384.1687708571#S.embed_link-K.C-B.1-L.1.zw
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r., I KZP 13/08, OSNKW 2008, z. 11, poz. 90, <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/i-kzp-13-08-postanowienie-sadu-najwyzszego-520547299>.
- Postanowienie SN z dnia 26 marca 2009 r., sygn. akt I KZP 2/09, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/I%20KZP%202-09.pdf>.
- Prawa kobiet. Przegląd pekińskiej platformy działania po 25 latach, Parlament Europejski, Posiedzenie plenarne, Luty 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/679074/EPRS_ATA\(2021\)679074_PL.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/679074/EPRS_ATA(2021)679074_PL.pdf).
- Prawa reprodukcyjne*, „Federa”, 4.09.2017, <https://federa.org.pl/prawa-reprodukcyjne/>.
- Projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. Nr 17 z 1993 r., poz. 78 ze zm.) oraz ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) Ordo Iuris i Komitetu Inicjatywy Ustawodawczej „Stop Aborcji” z 14 marca 2016 r.
- RR. przeciwko Polsce, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) z 26.05.2011, skarga nr 27617/04.
- Redmerska K., *Być kobietą w Polsce. Sprawa Pani Joanny z Krakowa*, „Infor”, 25.07/2023.
- Rodak W., *Szpital odmówił aborcji płodu z wadą letalną, powołując się na opinie Ordo Iuris. „Depresja nie zagraża zdrowiu”*, 4.12.2021, <https://wiadomosci.wp.pl/szpital-odmowil-aborcji-plodu-z-wada-letalna-powolujac-sie-na-opinie-or-do-iuris-depresja-nie-zagraza-zdrowiu-6711806201514720a>.

- Rzecznik Praw Pacjenta, pismo z 13 marca 2023 r. do prof. dr hab. n. med. Jana Kochanowicza, Dyrektora Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku, https://federa.org.pl/wp-content/uploads/2023/05/decyzja-RPP_Bialystok_aborcja.pdf.
- Salwador: kobieta skazana za poronienie, ulaskawiona, Amnesty International z 23 stycznia 2015 r., <https://www.amnesty.org.pl/salwador-kobieta-skazana-za-poronienie-u%C5%82askawiona/>.
- Schwertner J., *Ginekolog po śmierci 30-letniej Izabeli: teraz strach będzie jeszcze większy, wywiad z dr Maciejem W. Sochą, ordynatorem Oddziału Położniczo-Ginekologicznego w Szpitalu św. Wojciecha w Gdańsku*, Onet.pl, 4.11.2021, <https://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/smierc-ciezarnej-30-latki-w-pszczyynie-komentarz-ginekologa/xkj134s>.
- Sitarz O., *Bezprawne przerywanie ciąży*, [w:] *Kobieta, ciąża, zarodek, dziecko*, red. M. Grzyb, K. Sękowska-Kozłowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2023.
- Skarżyński S., *Wpadka Krystyny Pawłowicz: chciała ratować, a pograżyła PiS*, <https://oko.press/wpadka-krystyny-pawlowicz-chciala-ratowac-a-pograzyla-pis>.
- Solecka M., *Śmierć kobiety w Nowym Targu. Lekarze nie zabili, ale życia też nie ocalili*, „Tygodnik Powszechny”, 12.06.2023, <https://www.tygodnikpowszechny.pl/smierc-kobiety-w-nowym-targu-lekarze-nie-zabili-ale-zycia-tez-nie-ocalili-183657>.
- Stefański R., *Kodeks karny. Komentarz*, 2023, sip.legalis.pl.
- Szwertner J., *Ginekolog po śmierci 30-letniej Izabeli: teraz strach będzie jeszcze większy, wywiad z dr Maciejem W. Sochą, ordynatorem Oddziału Położniczo-Ginekologicznego w Szpitalu św. Wojciecha w Gdańsku*, Onet.pl, 4.11.2021, <https://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/smierc-ciezarnej-30-latki-w-pszczyynie-komentarz-ginekologa/xkj134s>.
- Szczerbiak A., *Śmierć Izabeli z Pszczyzny. Są zarzuty dla lekarzy. Za niewykonanie aborcji też grozi kara*, „Polityka”, 2.03.2023, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/2203832,1,smierc-izabeli-z-pszczyzny-sa-zarzuty-dla-lekarzy-za-niewykonanie-aborcji-tez-grozi-kara.read>.
- Szczygiel T., *Problematyka przerywania ciąży jako zagadnienia kodyfikacji prawa karnego materialnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w latach 1956-1969*, „Studia Iuridica Toruniensia”, t. 28, 2021.
- Szelewa D., *Prawa reprodukcyjne w Europie i w Polsce; zakaz, kompromis czy wybór*, Friedrich Ebert Stiftung, Warszawa 2017.
- Szelewa D., *Prawa reprodukcyjne w Europie i w Polsce: Zakaz, kompromis czy wybór*, Friedrich Ebertstiftung, Warszawa 2016, <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/warschau/14405.pdf>.

- Szewczyk K., *Bioetyka*, t. 1, PWN, Warszawa 2009.
- Szlagowska A., *Dyskusje nad świadomym macierzyństwem i dopuszczalnością usuwania ciąży na łamach polskich czasopism medycznych oraz społeczno-kulturalnych w okresie międzywojennym*, [w:] *Kobiectwo dwudziestolecie*, red. R. Śioma, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2018.
- Śliwowski J., *Prawo karne*, PWN, Warszawa 1979.
- Środa M., *Polska, Kościół, etyka*, [w:] *Kościół, państwo i polityka płci*, red. A. Ostolski, Fundacja im. Heinricha Bölla, Warszawa 2010.
- The history of mifepristone*, Reproductive health access project, 18 April 2023, <https://www.reproductiveaccess.org/2023/04/history-of-mifepristone/>.
- Theus J., *Prokuratura szukała płodu... w szambie. Jak organy ścigania w amoku łamały prawa Oli, która poroniła*, OKO.Press, 27.07.2023, <https://oko.press/prokuratura-szukala-plodu-w-szambie>.
- Tysiąc przeciwko Polsce, wyrok ETPCz z 20.03.2007, skarga nr 5410/03.
- Tyszkiewicz L. *Kodeks karny*, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004.
- Uwagi końcowe Komitetu Praw Człowieka ONZ z 2004 r. do sprawozdania Polski, CCPR/CO/82/POL, pkt 8.
- Uwagi końcowe Komitetu Praw Człowieka ONZ z 2016 r. do sprawozdania Polski, CCPR/CJ/POL/CO/7, pkt 24.
- Wężyk K., *Aborcja jest*, Agora, Warszawa 2021.
- WHO guideline on self-care interventions for health and well-being, 2022 revision*; <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-SRH-22.1>.
- WHO recommendations on self-care interventions: self-management of medical abortion, 2022*; <https://www.who.int/publications/i/item/WHO-SRH-22.1>;
- „*Wole umrzeć niż być w tej ciąży*”. Wywiad z Anną, której Wydrzyńska wysłała tabletki, Oko-Press, 17.04.2023, <https://oko.press/wywiad-z-anna-ktorej-wydrzynska-wyslala-tabletki>.
- Europejska mapa dzietności Polska z najgorszym czwartym wynikiem*, Forsal.pl, 15.03.2023.
- Wolińska H., *Przerywanie ciąży w świetle prawa karnego*, PWN, Warszawa 1962.
- Woźniak K., *Problemy opiniodawcze związane z nowymi regulacjami kodeksu karnego w związku z wprowadzeniem ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży*, „Archiwum Medycyny Sadowej

- i Kryminologii”, nr 3, 1993, za: K.K. Borkowska, *Penalizacja przerywania ciąży w polskim prawie karnym*, „Studia Prawnoustrojowe”, nr 56, 2022.
- Zawadzka A., *Czarny protest i pleć*, „Zadra”, nr 3–4, 2016.
- Zdanowicz K., *Podkarpatcie z pełnym zakazem aborcji*, „Polityka”, 12.02.2019, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1781782,1,podkarpatcie-z-peelnym-zakazem-aborcji.read>.
- Zoll A., *Kodeks karny, część szczególna. Komentarz do art. 177–277*, red. A. Zoll, Warszawa 1999.
- Zoll A., *Kodeks karny. Część szczególna*, [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Kraków 2006.
- Zoll A., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Zakamycze 1999.
- Zoll A., *Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Zakamycze Kraków 2004.

Summary

Assistance in termination of pregnancy – Article 152 § 2 of the Penal Code. Case study based on the case of Justyna Wydrzyńska

This text is devoted to the examination of Article 152 § 2 of the Penal Code. It criminalizes aiding or abetting an abortion, as referred to in Article 152 § 1 of the Penal Code. The consideration here is limited to the issue of aiding and abetting. The case of Justyna Wydrzyńska, convicted (inconclusively, at the time of this writing) in the first instance by the Warsaw-Praga District Court in Warsaw, (ref. no. V K 18/22) under Article 152 § 2 of the Criminal Code at an in camera hearing, is the basis for the reflections. The matter is noteworthy because of the existence of this provision in a legal reality in which there is a systemic violation of the authorities' obligations to respect reproductive rights. These arise from the 1993 law, on family planning, protection of the human fetus and the conditions for permissible termination of pregnancy. Hence, it is legitimate to analyze Article 152 § 2 of the Penal Code in the context of the provisions of that law and considering the evolving relationship

between „aiding and abetting” as included in Article 152 § 2 of the Penal Code and the statutory definition of aiding and abetting contained in Article 18 § 3 of the Penal Code. For the question arises, if Article 152 § 2 of the Penal Code refers to the Family Planning Act, does this refer only to the grounds for abortion included therein, or does it also require, as we contend, consideration of the statutory conditions on reproductive rights that the Act sets? We base our view on respect for the purpose-driven legal interpretation and on preamble to the Planning Law. Preamble is not merely a solemn introduction. It’s binding the authorities to act in way that secure reproductive rights provided in the 1993 Law.

We claim that in the case cited, the Warsaw-Praga Regional Court, in finding that the elements of Article 152 § 2 of the Criminal Code were fulfilled, did not consider the totality of the circumstances allowing for a different assessment. We point out the facts and cite arguments in favor of concluding that in the established state of facts no crime was committed. That it is reasonable in this case to assume a state of superior necessity or to consider that the circumstances included in Article 1 § 2 and § 3 of the Criminal Code are present. We rely on the case of Justyna Wydrzynska, but our reasoning goes further. Indeed, the case of the prosecution of Justyna Wydrzynska illustrates a situation in which a pattern of law applied in disregard of the conditions under which it operates leads to a flawed interpretation that expands criminalization. This is contrary to the principles of criminal law. The objection expressed in this text to the use of an extensive legal interpretation. It is in line with the current interpretation that eliminates from the Article 152 § 2 of the Criminal Code the aiding and abetting in the form of „transferring information. It is „ even though this is one of the prerequisites for recognizing in Article 18 § 3 of the Criminal Code that aiding and abetting has occurred. „Transmission of information” thus falls within the statutory concept of aiding and abetting but does not apply to the elements of Article 152 § 2 of the Criminal Code. We prove that, similarly, despite the exhaustion of the statutory elements of the crime of Article 152 § 2 of the Penal Code, when the thing concerns an action aimed at protecting the endangered good, which is the health and life of a woman, despite the exhaustion of

the statutory elements of Article 152 § 2 of the Penal Code, the circumstances included in Article 26 § 1 and § 2 of the Penal Code are present and the circumstances referred to in Article 1 § 2 and § 3 for stating absence of crime of the Penal Code are present.

Keywords: support, abortion, reproductive rights, the state of necessity, explanation, abortive pill, pregnancy, fetus, medical benefit, instigation, criminalization, pregnancy termination, abortifacients, preamble, compromise, protection subject

Sukces litygacji strategicznej na rzecz ochrony praw reprodukcyjnych, triumf konstytucjonalizmu czy „ucieczka w formalizm”? Komentarz do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 14 grudnia 2023 r., nr 27617/04 ws. M.L. przeciwko Polsce

Streszczenie

Wyrok z dnia 14 grudnia 2023 r., w którym ETPCz stwierdził bezprawność ingerencji w życie prywatne skarżącej, spowodowane zaostreniem regulacji dotyczących przerywania ciąży na skutek wyroku nieprawidłowo obsadzonego sądu konstytucyjnego, jest pierwszym efektem fali skarg, które po uchynieniu przez TK tzw. przesłanki embriopatologicznej do przerywania ciąży wpłynęły do Trybunału. Nie należy bagatelizować przemożnego, pozytywnego wpływu, jaki może ono potencjalnie wyrzucić na sytuację polskich kobiet. Z jednej strony otwiera bowiem bezpośrednim ofiarom rozstrzygnięcia z 22 października 2020 r. drogę do dochodzenia roszczeń finansowych w Strasburgu. Ponadto zobowiązuje sądy powszechne do odmowy uwzględniania przy rozstrzyganiu wadliwych wyroków TK. Wreszcie, wynikający z niego obowiązek wykonania wyroku ETPCz może stanowić impuls do ustawowej liberalizacji obowiązującego w Polsce prawa aborcyjnego. Uzasadniając swoją decyzję w przedmiocie naruszenia art. 8 EKPCz, organ skupił się jednak na zagadnieniach dalekich od istoty problematyki praw reprodukcyjnych. W tym zakresie naturalne jest uczucie niedosytu wywołane faktem, że Trybunał

nie wykorzystał sposobności, by po latach milczenia zaktualizować swoje stanowisko w przedmiocie marginesu swobody państw członkowskich w zakresie sposobu prawnej reglamentacji aborcji. Silne zogniskowanie narracji na zagadnieniach z zakresu prawa konstytucyjnego sprawia wszakże, że wyrok ws. M.L., raczej niż w kontekście rozstrzygnięć ETPCz w przedmiocie aborcji, powinno się odczytywać jako rozwinięcie linii orzeczniczej skoncentrowanej wokół skutków nieprawidłowości w procesie obsadzenia organów sądowych. Rozczarowujące – choć z innych powodów – jest również oddalenie przez Trybunał skargi Pani M.L. w części, w jakiej postawiła zarzut naruszenia przez Polskę zakazu tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Rozstrzygnięcie w tym przedmiocie nie zostało wszakże poprzedzone drobiazgową analizą okoliczności sprawy, która pozwoliłaby stwierdzić, czy rzeczywiście został osiągnięty „minimalny poziom dolegliwości”, a tym samym nie może zostać uznane za uzasadnione.

Słowa kluczowe: ETPCz, aborcja, Trybunał Konstytucyjny, życie prywatne, tortury, praworządność

Wprowadzenie

Zaostrzenie prawa aborcyjnego, będące następstwem wejścia w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 22 października 2020 r.¹, w którym nieprawidłowo obsadzony organ stwierdził niekonstytucyjność przepisu dopuszczającego przerwanie ciąży ze wskazań embriopatologicznych, otworzyło nowy rozdział w niechlubnej historii bezprawnego ograniczania praw reprodukcyjnych Polek. Szeroko komentowane rozstrzygnięcie napotkało nie tylko na zdecydowany opór społeczny, wyrażający się poprzez masowe protesty, lecz także działania jednostek oraz organizacji społecznych ukierunkowane na pozyskanie ochrony na gruncie międzynarodowych i regionalnych systemów ochrony praw

¹ Wyrok TK z dnia 22 października 2020 r., K 1/20 (OTK-A 2021/1).

człowieka². Wyrok z dnia 14 grudnia 2023 r.³, wpisujący się w długą historię litygacji strategicznej ws. aborcji przed ETPCz, jest pierwszym efektem fali skarg, które po uchyleniu przez TK 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży wpłynęły do Trybunału⁴.

Truizmem będzie być może stwierdzenie, że orzeczenie, w którym ETPCz uznał bezprawność ingerencji w życie prywatne skarżącej spowodowane zaostrzeniem regulacji dotyczących przerywania ciąży na skutek wyroku nieprawidłowo obsadzonego sądu konstytucyjnego, stanowi precedens o niebagatelnym znaczeniu. Z jednej strony otwiera ono innym bezpośrednim ofiarom rozstrzygnięcia z 22 października 2020 r. drogę do dochodzenia roszczeń finansowych w Strasburgu. Ponadto sankcjonuje prawo i obowiązek polskich sądów powszechnych, związanych Konstytucją RP⁵ oraz prawem międzynarodowym, co do odmowy wzięcia wadliwego rozstrzygnięcia TK pod uwagę. W dalszej natomiast perspektywie obowiązek podjęcia przez Polskę środków indywidualnych i generalnych w celu usunięcia naruszenia Konwencji wobec skarżących lub wyeliminowanie przyczyn naruszenia w prawie lub praktyce działania władz może stanowić kolejny argument na rzecz zmiany obowiązujących przepisów w tym zakresie.

² W styczniu 2021 r. Fundacja na Rzecz Kobiet i Planowania Rodziny zainicjowała akcję „Skarga Kobiet”, w ramach której kobiety, których prawa zostały zagrożone w związku z wyrokiem z 22 października 2020 r. (tj. kobiety w wieku reprodukcyjnym, dla których zaostrzenie prawa aborcyjnego wiązało się z zagrożeniem ich praw przewidzianym w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w szczególności zasady poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz zakazu tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania), złożyły skargi do Trybunału na podstawie opublikowanego na stronie Fundacji wzorca. W decyzji z dnia 16 maja 2023 r., nr 4188/21, A.M. przeciwko Polsce, ETPCz oddalił jednak skargi wniesione w ramach akcji z uwagi na brak indywidualnego i bezpośredniego naruszenia praw podstawowych skarżących.

³ Wyrok ETPCz z dnia 14 grudnia 2023 r., nr 40119/21, M.L. przeciwko Polsce.

⁴ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. z 2022 r. poz. 1575.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

Niemniej kierunek argumentacji, jaki obrał Trybunał, sugeruje, że – również z uwagi na sposób sformułowania postawionych w skardze zarzutów – zdecydował się na swoistą „ucieczkę w formalizm”. Postanowił wszakże nierozzerwalnie sprzęgnąć wątek ochrony praw reprodukcyjnych z zagadnieniami istotnymi z punktu widzenia prawa konstytucyjnego. Jednocześnie konsekwentnie wystrzega się w uzasadnieniu jakichkolwiek bezpośrednich odniesień do kwestii proporcjonalności określonych restrykcji w zakresie możliwości przerwania ciąży. Silne zogniskowanie narracji na zagadnieniach dalekich od istoty problematyki praw reprodukcyjnych sprawia więc, że wyrok ws. M.L., raczej niż w kontekście rozstrzygnięć ETPCz w przedmiocie aborcji, powinno się odczytywać jako rozwinięcie linii orzeczniczej skoncentrowanej wokół prawa do „sądu ustanowionego ustawą”, stanowiącego element prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPCz⁶).

Krytycznie należy natomiast ocenić niniejsze orzeczenie w zakresie, w jakim ETPCz odniósł się do postawionego przez Panią M.L. zarzutu naruszenia art. 3 Konwencji. Brak dostatecznego uwzględnienia przez Trybunał kontekstu, w jakim doszło do pogwałcenia praw skarżącej, sprawia bowiem, że oddalenie skargi w tej części wolno postrzegać jako nieuzasadnione, a w konsekwencji arbitralne.

Tło normatywne oraz okoliczności faktyczne sprawy

I. Wadliwość obsadzenia Trybunału

Zważywszy na to, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z integralnym powiązaniem wątków prawnoczlowieczych oraz zagadnień z zakresu prawa konstytucyjnego, uzasadniony jest krótki komentarz co do wadliwości orzeczenia TK z 22 października 2020 r. Ma ona bowiem kluczowe znaczenie z perspektywy obranej przez Trybunał linii argumentacji. Pragnę przy tym zastrzec, iż przedmiotem niniejszego artykułu nie jest kompleksowa analiza

⁶ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r., następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

przebiegu kryzysu ustrojowego wokół polskiego TK. Rozważania w tym przedmiocie ograniczę zatem przede wszystkim do kwestii prawidłowości obsadzenia sądu konstytucyjnego tj. zagadnienia, na którym skoncentrował się ETPCz w uzasadnieniu orzeczenia ws. M.L.⁷

Pierwszy akt tzw. sporu o Trybunał Konstytucyjny rozegrał się 8 października 2015 r. Podczas ostatniego posiedzenia Sejmu VII kadencji podjęto wówczas uchwały o wyborze pięciu sędziów: trzech w miejsce członków TK, których kadencje wygasły w listopadzie 2015 r., oraz dwóch mających zastąpić Zbigniewa Cieślaka i Teresę Liszcz, których kadencje miały rozpocząć się już po ukonstytuowaniu się nowej izby po wyborach parlamentarnych z 25 października 2015 r.⁸ Podstawą do ich powołania była ustawa o Trybunale Konstytucyjnym znowelizowana w czerwcu 2015 r.⁹ w sposób umożliwiający wcześniejszy wybór sędziów. Powołując się na nieprawidłowości związane z ich dokooptowaniem, prezydent Andrzej Duda, naruszając obowiązek wynikający z art. 21 ust. 1 i 2 ustawy o TK, odmówił zaprzysiężenia nowo wybranych członków.

W dniu 17 listopada 2015 r. grupa posłów złożyła wniosek o zbadanie zgodności przepisów wspomnianej ustawy z Konstytucją¹⁰. Nie czekając jednak na wyrok w tej sprawie, w kolejnych dniach przyjęto nowelizację ustawy o Trybunale Konstytucyjnym zawierającą m.in. postanowienia

⁷ Szerzej o kryzysie konstytucyjnym wokół TK i zagadnieniach związanych z prawidłowością obsadzenia Trybunału: M. Maldziński, *Kryzys wokół Trybunału Konstytucyjnego w latach 2015-2018. Raport przygotowany na potrzeby Parlamentarnego Zespołu do Spraw Ładu Konstytucyjnego i Praworządności*, Warszawa 2019, [https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/401_20190402/\\$file/401_20190402.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/401_20190402/$file/401_20190402.pdf), dostęp: 7.02.2024; M. Szwed, *Wyroki TK wydane w nieprawidłowych składach. Raport Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka*, Warszawa 2023, <https://hfhr.pl/upload/2023/07/raport-wyroki-tk-wydane-w-nieprawidlowych-skladach.pdf>, dostęp: 7.02.2024.

⁸ Zgodnie z art. 98 ust. 1 Konstytucji RP kadencje Sejmu i Senatu rozpoczynają się z dniem zebrania się Sejmu na pierwsze posiedzenie i trwają do dnia poprzedzającego dzień zebrania się Sejmu następnej kadencji. VII kadencja Sejmu trwała zatem do dnia 11 listopada 2015 r. i obejmowała moment upływu kadencji trzech sędziów (Marii Gintowt-Jankowicz, Wojciecha Hermelińskiego i Marka Kotlińskiego), który nastąpił 6 listopada 2015 r.

⁹ Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym, t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 293.

¹⁰ Wniosek grupy posłów PO i PSL o kontrolę konstytucyjności z 17 listopada 2015 r., <https://ipo.tribunal.gov.pl/ipo/Sprawa?sprawa=16426&cid=1>, dostęp: 7.02.2024.

dotyczące powtórnego wyboru pięciu sędziów¹¹. Na jej podstawie Sejm powziął rezolucje, w których rozstrzygnął o braku mocy prawnej uchwał o wyborze sędziów z 8 października 2015 r., 2 grudnia wyłonił zaś, w miejsce destytuowanych, pięciu członków TK. Uchwały Sejmu w tym przedmiocie zostały opublikowane w Monitorze Polskim, a Prezydent odebrał od nominowanych ślubowania¹². Tym samym doszło do obcej polskiemu porządkowi prawnemu „reasumpcji” uchwały Sejmu VII kadencji przez Sejm VIII kadencji.

W wyroku z 3 grudnia 2015 r.¹³ Trybunał stwierdził, że zaskarżony przepis ustawy o TK z czerwca 2015 r. był zgodny z Konstytucją w części, w jakiej dotyczył trzech sędziów, których kadencja rozpoczęła się w listopadzie 2015 r., oraz niezgodny w zakresie, w jakim odnosił się do sędziów wybranych w miejsce Zbigniewa Cieślaka i Teresy Liszcz. Orzeczenie wskazywało także na obowiązek niezwłocznego zaprzysiężenia prawidłowo wyłonionych sędziów przez prezydenta. Wydany sześć dni później wyrok ws. K 35/15 rozstrzygał natomiast o niekonstytucyjności przepisów nowelizacji ustawy o Trybunale zawierających postanowienia dotyczące ponownego wyboru sędziów¹⁴. Mimo jednoznacznego stanowiska TK¹⁵ prezydent odmówił zaprzysiężenia Romana Hausera, Krzysztofa Ślebzaka i Andrzeja Jakubeckiego, powołując się na fakt, że wszystkie miejsca w Trybunale zostały już obsadzone. Tym samym spestryfikował obarczony nieusuwalnym defektem konstytucyjnym wybór trzech sędziów¹⁶, a w dalszej perspektywie otworzył drogę do dopusz-

¹¹ Ustawa z dnia 19 listopada 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, Dz. U. z 2015 r. poz. 1928 ze zm.

¹² W nocy z 2 na 3 grudnia prezydent odebrał ślubowanie od czterech sędziów (w tym od Henryka Ciocha, Lecha Morawskiego oraz Mariusza Muszyńskiego, powołanych w miejsce trzech prawidłowo wybranych). Zaprzysiężenie Julii Przyłębskiej miało natomiast miejsce 9 grudnia 2015 r.

¹³ Wyrok TK z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15 (185/11/A/2015).

¹⁴ Wyrok TK z dnia 9 grudnia 2015 r., K 35/15 (186/11/A/2015).

¹⁵ E. Łętowska, A. Wiewiórowska Domagalska, *A „good” change in the Polish Constitutional Tribunal?*, „Osteuropa Recht” nr 1, 2015, s. 91.

¹⁶ E. Łętowska, *Zmierzch liberalnego państwa prawa w Polsce*, „Kwartalnik o Prawach Człowieka”, nr 1–2, 2017, s. 13.

czenia do orzekania tzw. sędziów dublerów (tj. Mariusza Muszyńskiego, Lecha Morawskiego oraz Henryka Ciocha), co nastąpiło jednak dopiero po zmianie na stanowisku prezesa Trybunału w grudniu 2016 r.¹⁷ To z kolei doprowadziło do inherentnej wadliwości wyroków wydanych z ich udziałem¹⁸.

II. Wyrok TK z 22 października 2020 r.

Wskazując na wady formalne orzeczenia z 22 października 2020 r., nie wolno wszakże abstrahować od dotkliwych konsekwencji wyroku dla uczestników obrotu prawnego. Wejście orzeczenia w życie w styczniu 2021 r. zapoczątkowało bowiem ciąg przyczynowo-skutkowy, który zaprowadził skarżącą L.M. przed sąd w Strasburgu. Mimo więc, że drobiazgową analizą rozumowania stojącego za wspomnianym rozstrzygnięciem pozostaje poza zakresem niniejszego komentarza¹⁹, uzasadnione jest przynajmniej zwięzłe omówienie okoliczności, w jakich orzeczenie zostało wydane oraz skutków, które wywołało.

¹⁷ Okoliczności, w jakich doszło do tej zmiany, stanowiły skądinąd samoistny „komponent” kryzysu ustrojowego wokół Trybunału Konstytucyjnego. Mając na względzie ograniczone ramy artykułu oraz fakt, iż legalność powierzenia Julii Przyłębskiej funkcji Prezesa Trybunału (a w konsekwencji jej umocowanie do kierowania pracami TK) nie stanowiła ostatecznie przedmiotu szczegółowych rozważań ETPCz ws. M.L., pragnę jedynie zwrócić uwagę na uchybienia proceduralne stanowiące o wadliwości jej powołania (patrz: A. Rakowska-Trela, *Wyrok czy „nie wyrok”? Glosa do wyroku TK z dnia 22 października 2020 r., K 1/20*, „Przeгляд Sądowy” nr 6, 2021, s. 112–114).

¹⁸ Jak wskazuje Romuald Kmieciak (R. Kmieciak, *O skutkach procesowych wyroku Trybunału Konstytucyjnego w kwestii abolicji indywidualnej*, „Prokuratura i Prawo” nr 3, 2020, s. 9), odrębnym zagadnieniem teorii prawa konstytucyjnego jest to, czy wyroki wydane przez nieprawidłowo obsadzony TK należy uznać za nieważne (*sententia nulla*), czy też nieistniejące (*sententia non existens*). W postanowieniu SN z 13 grudnia 2023 r., I KZP 5/23, Sąd Najwyższy stwierdził, że wyrok TK należy traktować tak, jakby Trybunał nie rozstrzygnął sprawy objętej wnioskiem, co może sugerować przyjęcie przez SN stanowiska, zgodne z którym wyroki wadliwie obsadzonego sądu konstytucyjnego należy traktować jako „niewyroki” (szerzej o skutkach uznania orzeczenia za *sententia non existens*: uchwała SN z 26 września 2000 r., III CZP 29/00, OSNC 2/2001, poz. 25).

¹⁹ Dorobek doktryny obejmując komentarze poświęcone materialnoprawnej analizie wyroku TK K1/20, m.in. B. Grabowska-Moroz, K. Łakomicz, (*Nie)dopuszczalność aborcji. Glosa do wyroku TK z dnia 22 października 2020 r., K 1/20*, „Państwo i Prawo” 8, 2021, s. 251–259; R. Adamus, *Przesłanka eugeniczna (embriopatologiczna) jako przesłanka legalnego przerywania ciąży – glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r. (K 1/20)*, „Palestra”, nr 11, 2020.

W listopadzie 2019 r., na wniosek 118 posłów, zostało zainicjowane postępowanie przed TK mające na celu podważenie konstytucyjności art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny..., przewidującego dopuszczalność aborcji motywowanej wystąpieniem przesłanki embriopatologicznej. Tym samym parlamentarzyści zmierzali do eliminacji z porządku prawnego „dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu” jako przesłanki legalizującej tego rodzaju zabieg, a tym samym wykluczającej odpowiedzialność lekarza na podstawie art. 152 § 1 Kodeksu karnego²⁰, kryminalizującego zachowanie polegające na przerwaniu ciąży kobiety za jej zgodą, lecz z naruszeniem przepisów ustawy. Wolno przy tym domniemywać, że posłużenie się w tym celu sądem konstytucyjnym, któremu na mocy artykułu 188 pkt 1 Konstytucji przyznano możliwość unicestwienia woli „ustawodawcy pozytywnego”²¹, stanowiło reakcję na niepowodzenia podejmowanych w latach 2016–2018 prób zaostrzenia prawa aborcyjnego na drodze legislacyjnej.

W wyroku wydanym 22 października 2020 r., zgodnie z intencją wnioskodawców, Trybunał orzekający w pełnym składzie pod przewodnictwem Julii Przyłębskiej²² stwierdził, że art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny jest niezgodny z art. 38 w zw. z art. 30 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, tj. z konstytucyjnymi gwarancjami ochrony ludzkiego życia oraz poszanowania godności jednostki, z uwagi na sprzeczność ocenianej regulacji z wymogami wynikającymi z zasady proporcjonalności.

²⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 17.

²¹ A. Mączyński, J. Podkowik, [w:] *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

²² Skarżąca M.L. podniosła w skardze do ETPCz, iż w wydaniu orzeczenia z 22 października 2020 r. wzięła udział sędzia Krystyna Pawłowicz, będąca współautorką wniosku o kontrolę konstytucyjności tzw. przesłanki embriopatologicznej przerwania ciąży złożonego przez grupę posłów w 2017 r., który na skutek zasady dyskontynuacji postępowań zainicjowanych przez Sejm, w listopadzie 2019 r. został zastąpiony identycznym co do treści wnioskiem złożonym przez parlamentarzystów nowej kadencji. W tego rodzaju sytuacji mamy zatem do czynienia z konfliktem interesów, będącym podstawą do wyłączenia sędziego z orzekania. Podobnie jak w przypadku kwestii legalności powierzenia Julii Przyłębskiej funkcji Prezesa Trybunału, ETPCz nie widział jednak potrzeby szczegółowego zbadania uchybień w tym zakresie.

Ze względu na masowe protesty, jakie miały miejsce po wydaniu rozstrzygnięcia, orzeczenie wraz z uzasadnieniem zostało jednak opublikowane w Dzienniku Ustaw dopiero 27 stycznia 2021 r.

Zasadniczo w tego rodzaju sytuacji promulgacja wyroku (o ile TK nie zastrzegł odroczenia jego wejścia w życie na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji RP) powinna implikować utratę mocy obowiązującej niekonstytucyjnej normy. To z kolei nieuchronnie wiązałoby się z eliminacją z porządku prawnego jednej z przesłanek wykluczających odpowiedzialność lekarza za przeprowadzenie aborcji za zgodą kobiety. W związku z tym, mimo że wiążący charakter wyroku od samego początku stanowił przedmiot uzasadnionych zastrzeżeń formułowanych przez przedstawicieli doktryny, wskazujących na istotną wadliwość orzeczenia²³, ryzyko odpowiedzialności karnej na podstawie art. 152 § 1 sprawiło, że obiekcje te nie przełożyły się na praktykę obrotu prawnego. Z „fikcyjnego” (nieistniejącego, nieważnego) wyroku automatycznie zrodziło się więc rzeczywiste ujarzmienie²⁴: w praktyce od dnia jego publikacji w polskich szpitalach zaprzestano wykonywania zabiegów przerwania ciąży z powodu dużego prawdopodobieństwa ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby.

III. Okoliczności faktyczne sprawy

Wyjątku w tym zakresie nie stanowiły zabiegi zaplanowane jeszcze przed wejściem orzeczenia w życie, jak miało to miejsce w przypadku skarżącej M.L. W dniach 12 oraz 20 stycznia 2021 r., będąc odpowiednio w czternastym i piętnastym tygodniu ciąży, kobieta poddała się badaniom prenatalnym. Wykazały one, że płód obciążony jest wadą genetyczną – trisomią 21 chromosomu (znaną jako zespół Downa). W kolejnych dniach uzyskała wymagane opinie lekarzy ze Szpitala Bielańskiego w Warszawie, którzy stwierdzili, że jego stan kwalifikuje skarżącą do aborcji na podstawie

²³ M.in. Fundacja im. Stefana Batorego, Stanowisko Zespołu Ekspertów Prawnych w sprawie rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego aborcji z dnia 26 października 2020 r., <https://www.batory.org.pl/oswiadczenie/stanowisko-zespołu-ekspertów-prawnych-w-sprawie-rozstrzygnięcia-trybunału-konstytucyjnego-dotyczącego-aborcji/> [dostęp: 7.02. 2024].

²⁴ M. Foucault, *Nadgorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa, 2020, s. 197.

art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny.²⁵ Zabieg miał zostać przeprowadzony 28 stycznia w tej samej placówce. Dzień wcześniej, tj. 27 stycznia, wszedł jednak w życie wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r. Tym samym tzw. przesłanka embriopatologiczna przerwania ciąży została uznana za niekonstytucyjną i uchylona. W rezultacie, na kilkanaście godzin przed planowanym zabiegiem, lekarz poinformował kobietę, że ze względu na zmiany w prawie krajowym został on odwołany, a duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu nie stanowi już podstawy do przeprowadzenia legalnej aborcji w żadnej placówce medycznej w Polsce. Z uwagi na kluczowy w tego typu sprawach czynnik czasu, mimo silnego stresu i oszołomienia, a także ograniczeń w przemieszczaniu się związanych z pandemią SARS-CoV-2, Pani M.L. niezwłocznie udała się do Holandii, gdzie 29 stycznia przeszła zabieg w prywatnej klinice. Samodzielnie poniosła przy tym koszty podróży i opłaty medyczne związane z zabiegiem w wysokości 1220 euro, co stanowiło znaczące obciążenie dla jej budżetu.

W lipcu 2021 r. prawniczki współpracujące z Fundacją na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny w imieniu Pani M.L. wniosły skargę do ETPCz, w której postawiły zarzut bezprawnej ingerencji w prawo skarżącej do życia prywatnego (art. 8 § 1 EKPCz), będącej skutkiem wejścia w życie orzeczenia TK wydanego z naruszeniem art. 6 Konwencji (prawo do rzetelnego procesu sądowego) oraz naruszenia jej wolności od tortur i nieludzkiego lub poniżającego traktowania (art. 3 EKPCz)²⁶.

Rozstrzygnięcie ETPCz ws. M.L. przeciwko Polsce

Europejski Trybunał Praw Człowieka, przystępując do rozpoznania sprawy M.L. przeciwko Polsce, wbrew stanowisku rządu, ocenił, że spełnione zostały wstępne wymogi związane z wniesieniem skargi.

²⁵ Ustawa o planowaniu rodziny... stanowi(la), że wystarczy jedna taka opinia.

²⁶ Skarga do ETPCz nr 27617/04 z dnia 26 lipca 2021 r. ws. M.L. przeciwko Polsce.

W szczególności doszedł do wniosku, że skarżącej przysługuje status ofiary (art. 34 EKPCz). Z uwagi na specyfikę pozycji ustrojowej oraz uprawnień Trybunału Konstytucyjnego M.L. nie była co prawda stroną toczącego się przed nim postępowania, rozstrzygnięcie z 22 października 2020 r. miało jednak bezpośredni związek ze sferą praw skarżącej. Eliminacja tzw. przesłanki embriopatologicznej z porządku prawnego podyktowała bowiem modyfikację zachowania Pani M.L. w najbardziej intymnej sferze życia osobistego, tj. sprawiła, że zamiast przejść zabieg w Szpitalu Bielańskim w Warszawie, zmuszona była wyjechać w tym celu do Holandii²⁷. Trybunał stwierdził także, że spełniona została przesłanka wyczerpania krajowych środków prawnych, o której mowa w art. 35 § 1 Konwencji. Ocenił wszakże, że istniejące w polskim porządku prawnym mechanizmy (środki natury odszkodowawczej, karnej i dyscyplinarnej), z uwagi na swój retrospektywny i kompensacyjny bądź penalny charakter, nie mogły stanowić skutecznych instrumentów, za pomocą których skarżąca mogłaby przeciwstawić się naruszeniu praw i wolności. Wreszcie, nie dostrzegł podstaw do stwierdzenia, że w niniejszej sprawie doszło do nadużycia prawa do skargi w rozumieniu art. 35 § 3 EKPCz. Zwrócił przy tym uwagę na okoliczność, iż strona rządowa, formułując tego rodzaju zarzut, posłużyła się terminem „nadużycie prawa” w sposób niezajdujący oparcia w orzecznictwie Trybunału.

Przechodząc do oceny merytorycznej zasadności skargi, Trybunał rozważył dwa zarzuty: pogwałcenia przez Polskę prawa skarżącej do poszanowania życia prywatnego oraz zakazu tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Po rozważeniu argumentów stron oddalił jednak skargę w zakresie, w jakim Pani M.L. powoływała się na naruszenie art. 3 Konwencji. Wskazał przy tym, że w niniejszej sprawie nie została spełniona przesłanka „minimalnego poziomu dolegliwości”, wskazywana obok możliwości przypisania danego aktu państwu (a w przypadku tortur także premedytacji działań służących zadaniu bólu i ich celowego

²⁷ M.in. Wyrok ETPCz z dnia 1 lipca 2014 r., nr 43835/11, S.A.S. przeciwko Francji, § 57.

charakteru)²⁸ jako jeden z wymogów zakwalifikowania danego zachowania jako formy maltretowania wymienionej w tym przepisie. Tym samym uznał, że natężenie cierpienia, którego doznała skarżąca, nie było „wystarczające”, aby stwierdzić, że doświadczyła tortur czy też nieludzkiego lub poniżającego traktowania.

Przedmiot rozważań ETPCz stanowiła jednak przede wszystkim kwestia naruszenia art. 8 Konwencji. Trybunał polemizował z wyrażonym przez polski rząd poglądem, jakoby okoliczność, iż EKPCz nie gwarantuje prawa do legalnej aborcji, *implicite* podważała stanowisko, zgodnie z którym zakaz przerwania ciąży w sytuacji wystąpienia przesłanki embriopatologicznej może być postrzegany jako ingerencja w prawo kobiety do życia prywatnego. Miał przy tym na względzie utrwaloną w orzecznictwie szeroką interpretację „życia prywatnego” na gruncie art. 8 § 1 EKPCz. Zastrzegł jednocześnie, że tego rodzaju ingerencja władzy publicznej w korzystanie ze wspomnianego prawa może być usprawiedliwiona, o ile jest (1) przewidziana przez ustawę²⁹ oraz (2) konieczna w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na enumeratywnie wskazane w art. 8 § 2 uzasadnione dążenia państwa. W ocenie Trybunału pierwszy ze wskazanych wymogów jest przy tym spełniony, tylko jeśli ograniczenie znajduje oparcie w prawie krajowym, które realizuje ponadto określone wymogi jakościowe, w szczególności dotyczące zgodności z zasadą praworządności³⁰. W niniejszej sprawie podstawę ingerencji w prawo do życia prywatnego skarżącej stanowiło orzeczenie TK z 22 października 2020 r., w związku z czym to właśnie ono stanowi przedmiot kontroli w tym zakresie.

Zdaniem ETPCz, badając przywołany wyrok pod względem zgodności z zasadą praworządności, należy mieć na względzie kontekst prawa do

²⁸ M. Nowak, *What Practices Constitute Torture? US and UN Standards*, „Human Rights Quarterly”, nr 4, 2006, s. 816.

²⁹ Oryg. *in accordance with law*. Artykuł 8 § 2 w oryginalnym brzmieniu (wersja angielska), inaczej niż sugerowałoby to polskie tłumaczenie, nie tylko wprowadza wymóg, aby ewentualna ingerencja w prawo jednostki do życia prywatnego znajdowała oparcie w przepisach rangi ustawowej, lecz także aby pozostawała w zgodzie z najogólniej rozumianym obowiązującym prawem.

³⁰ M.in. wyrok ETPCz z dnia 25 marca 1998 r., nr 13/1997/797/1000, Kopp przeciwko Szwajcarii, § 55.

rzetelnego procesu sądowego (art. 6 Konwencji). Okoliczność, iż wydając wyrok w sprawie K 1/20, TK wykonywał w istocie zadania w sferze kontroli konstytucyjności prawa, nie zaś wymiaru sprawiedliwości, nie ma bowiem znaczenia dla możliwości uznania go za sąd w świetle art. 6 § 1 EKPCz³¹. Odzwierciedleniem zasady praworządności na gruncie tego przepisu jest zaś prawo do „sądu ustanowionego ustawą”³², które należy rozumieć także przez pryzmat wymogów instytucjonalnych, w szczególności zaś oczekiwania, aby ów sąd został ustanowiony zgodnie z prawem.

Uchybienia towarzyszące obsadzeniu polskiego sądu konstytucyjnego i włączeniu do orzekania tzw. sędziów dublerów (w tym Jarosława Wyrembaka i Justyna Piskorskiego, wybranych w 2017 r. na miejsce zmarłych „pierwotnych dublerów”: Henryka Ciocha oraz Lecha Morawskiego) przesądzają o tym, że TK nie może w istocie zostać uznany za „sąd ustanowiony ustawą” w rozumieniu art. 6 § 1 Konwencji. W związku z tym orzeczenie z 22 października 2020 r. jako podstawa ograniczenia prawa skarżącej, o którym mowa w art. 8 § 1, nie realizuje koniecznych wymogów dotyczących zgodności z zasadą praworządności. Tym samym ingerencja władzy publicznej w prawo Pani M.L. do poszanowania życia prywatnego nie może być usprawiedliwiona. Nie sposób bowiem stwierdzić, że była ona „przewidziana przez ustawę” w rozumieniu art. 8 § 2. W omawianej sprawie doszło zatem do naruszenia konwencyjnego prawa skarżącej, o którym mowa w art. 8 § 1 EKPCz. Mając to na uwadze, ETPCz odstąpił od oceny wpływu nieprawidłowości towarzyszących powołaniu Julii Przyłębskiej na stanowisko prezesa Trybunału oraz udziału Krystyny Pawłowicz w wydaniu wyroku z 22 października na zgodność wspomnianego orzeczenia z zasadą rządów prawa, a w konsekwencji na to, czy ingerencja w życie prywatne skarżącej może zostać uznana za „przewidzianą przez ustawę”.

³¹ Wyrok ETPCz z dnia 7 maja 2021 r., nr 4907/18, Xero Flor przeciwko Polsce, § 194. W powyższym orzeczeniu ETPCz stwierdził, że wydanie przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z udziałem osoby wybranej na zajęte miejsce sędziowskie (tzw. sędziego dublera) stanowiło naruszenie art. 6 § 1 Konwencji, w szczególności zaś prawa skarżącego do „sądu ustanowionego ustawą”.

³² Oryg. *tribunal established by law*. Oryginalne brzmienie art. 6 § 1 (wersja angielska) w pełniejszy sposób wyraża wynikający z tego przepisu wymóg, aby przywołany w nim sąd został ustanowiony zgodnie z prawem.

Naruszenie prawa skarżącej do życia prywatnego

I. Skutki rozstrzygnięcia Trybunału a sytuacja prawna polskich kobiet

Z aprobatą należy ocenić omawiane orzeczenie w zakresie, w jakim ETPCz potwierdził, że w sprawie M.L. przeciwko Polsce doszło do naruszenia prawa skarżącej do poszanowania życia prywatnego. Przyjmując systemową perspektywę wobec praw objętych Konwencją, Trybunał w twórczy, a zarazem spójny sposób powiązał prawo do poszanowania życia prywatnego z prawem do rzetelnego procesu sądowego. Z naruszenia wymogów dotyczących sposobu obsadzenia Trybunału Konstytucyjnego („sądu” w rozumieniu art. 6 § 1) wyprowadził zaś wniosek o niezgodności wyroku z 22 października 2020 r., będącego podstawą ograniczenia prawa skarżącej, o którym mowa w art. 8 § 1 EKPCz, z zasadą rządów prawa. Tym samym zakwestionował dopuszczalność tego rodzaju ingerencji w świetle art. 8 § 2 Konwencji i stwierdził, że w wyniku zaostżenia prawa aborcyjnego na skutek wejścia w życie orzeczenia TK pogwałcone zostało prawo Pani M.L. do poszanowania życia prywatnego.

Bez wątpienia trzeba uznać przełomowy charakter takiego rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dla polskich kobiet. Po pierwsze, stanowi ono wszakże cenny prejudykat, na który osoby znajdujące się w analogicznym położeniu jak skarżąca będą mogły powołać się w indywidualnych skargach do ETPCz w celu wyegzekwowania od państwa słusznego zadośćuczynienia. Wyrok z 22 października 2020 r. miał bowiem kluczowe znaczenie z perspektywy praw Pani M.L. oraz praw wielu innych osób znajdujących się w podobnej sytuacji. W tym zakresie uzasadnione jest zatem przyjęcie, że jego skutki są analogiczne jak rozstrzygnięcia ws. Xero Flor, dotyczącego wadliwych orzeczeń TK w sprawach indywidualnych (wydanych w postępowaniach zainicjowanych skargą konstytucyjną)³³.

³³ Jak rząd zamierza wykonać strasburski wyrok ws. Xero Flor – pyta RPO premiera. Odpowiedź Szefa KPRM, Biuletyn Informacji Publicznej RPO, 5 listopada 2021 r., <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/jak-rzad-zamierza-wykonac-strasburski-wyrok-ws-xero-flor-pyta-rpo-premiera-odpowiedz-szefa> [dostęp: 7.02.2024].

Co więcej, stwierdzenie przez ETPCz istotnego defektu orzeczenia eliminującego z obrotu prawnego art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy o planowaniu rodziny wpływa na prawa i obowiązki polskich sądów powszechnych. Z uwagi na ich zwiążanie Konstytucją RP (art. 8 ust. 2) i prawem międzynarodowym (art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) są bowiem upoważnione oraz zobowiązane do odmowy wzięcia wadliwego rozstrzygnięcia TK pod uwagę przy rozstrzyganiu³⁴. To z kolei wyklucza ewentualne pociągnięcie do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 152 § 1 k.k. lekarza, który z uwagi na poważne wady płodu przeprowadziłby zabieg przerwania ciąży. W związku z tym skutkiem orzeczenia jest więc w praktyce dekryminalizacja przerwania ciąży kobiety za jej zgodą w przypadku, gdy jest to motywowane wystąpieniem przesłanki embriopatologicznej.

Wreszcie, z art. 46 EKPCz wynika obowiązek wykonania wyroku poprzez podjęcie przez państwo środków indywidualnych i generalnych w celu usunięcia naruszenia Konwencji wobec skarżących lub wyeliminowanie przyczyn naruszenia w prawie bądź praktyce działania władz. To natomiast może stanowić impuls do zmiany obowiązującego w Polsce prawa aborcyjnego.

II. Ucieczka w formalizm?

Nie należy zatem tracić z pola widzenia pozytywnego wpływu, jaki wyrok ws. M.L. może potencjalnie wyrzucić na sytuację polskich kobiet. Mimo to, zapoznając się z jego uzasadnieniem, nie sposób wszakże nie odnieść wrażenia, że choć okoliczności faktyczne sprawy są ściśle związane z problematyką praw reprodukcyjnych, analizowane orzeczenie jedynie z pozoru wpisuje się w długą historię litygacji strategicznej ws. aborcji przed ETPCz. W istocie Trybunał nawiązał do swoich wcześniejszych rozstrzygnięć dotyczących przerywania ciąży, jedynie rozważając, czy ograniczenie prawa do legalnej aborcji z uwagi na wystąpienie patologii płodu stanowi wkroczenie w prawo kobiety do życia prywatnego. Dalsza część argumentacji ukierunkowana jest natomiast na udowodnienie, że będące konsekwencją wyroku TK zaostrzenie przepisów ustawy o planowaniu rodziny nie stanowi

³⁴ Ibid.

w istocie ingerencji „przewidzianej przez ustawę”. Bezprawność ograniczenia Trybunał uzasadnia zaś, wiążąc wątek prawnoczułowieczy oraz zagadnienia istotne z punktu widzenia prawa konstytucyjnego, tj. wykazując, że z uwagi na nieprawidłowe obsadzenie TK orzeczenie z 22 października nie realizuje wymogów zgodności z zasadą praworządności.

„Ucieczka Trybunału w formalizm” ma zatem charakter swoisty: nie polega wszakże na całkowitym uchyleniu się przez organ od konieczności wyjścia poza tradycyjnie rozumianą strefę sędziowskiego komfortu i rozstrzygania na podstawie zasad. W uzasadnieniu wyroku ws. M.L. ETPCz wykonał skądinąd solidną pracę interpretacyjną ukierunkowaną na zrekonstruowanie związków pomiędzy zasadą rządów prawa a prawidłowością obsadzenia sądu konstytucyjnego. Jednocześnie można odnieść wrażenie, że Trybunał pragnął uniknąć konieczności zaktualizowania po kilkunastu latach swojego zachowawczego stanowiska w przedmiocie „marginesu uznania” państw członkowskich w zakresie sposobu prawnej reglamentacji aborcji. Stwierdziwszy bezprawny charakter ograniczenia prawa skarżącej do życia prywatnego, całkowicie odstąpił bowiem od przeprowadzenia testu proporcjonalności ingerencji, nawet w szczątkowej formie. Uzasadnienie nie zawiera także żadnych „wpadkowych” konkluzji sformułowanych przez Trybunał w przedmiocie istoty problematyki ochrony praw reprodukcyjnych. „Formalizm” uzasadnienia wyroku ws. M.L. polega zatem przede wszystkim na uczynieniu z długo wyczekiwanego rozstrzygnięcia, które rozwinęłoby linię orzeczniczą ETPCz ws. aborcji³⁵, wyroku zawierającego raczej uzupełnienie wniosków, do jakich Trybunał doszedł w związku ze sprawą Xero Flor przeciwko Polsce.

III. „Xero Flor 2.0”?

Wyrok z 14 grudnia 2023 r. powinno się zatem odczytywać raczej w kontekście rozstrzygnięć, w których ETPCz rozważył skutki nieprawidłowości

³⁵ M.in. wyrok ETPCz z dnia 20 marca 2007 r., nr 5410/03, Tysiąc przeciwko Polsce; wyrok ETPCz z dnia 16 grudnia 2010 r., nr 25579/05, A, B i C przeciwko Irlandii; wyrok ETPCz z dnia 26 maja 2011 r., nr 27617/04, R.R. przeciwko Polsce; wyrok ETPCz z dnia 9 października 2012 r., nr 57375/08, P. i S. przeciwko Polsce.

w procesie obsadzenia organów sądowych³⁶. Uzasadnione jest wręcz stwierdzenie, iż refleksje Trybunału w niniejszej sprawie stanowią w istotnej mierze powtórzenie wniosków, do jakich doszedł, wydając orzeczenia ws. Xero Flor przeciwko Polsce. Z uzasadnienia wyroku ws. M.L. wynikają jednak także nowe konkluzje.

Po pierwsze, Trybunał jednoznacznie potwierdził w nim trwały charakter defektu konstytucyjnego, jakim obarczony jest wybór tzw. sędziów dublerów. Rozstrzygając o niezgodności orzeczeń wydanych z udziałem Jarosława Wyrembaka i Justyna Piskorskiego z zasadą państwa prawa, wskazał bowiem, że niemożliwa jest szeroko rozumiana „konwalidacja” wadliwego powołania na skutek wyboru nowego sędziego w miejsce zmarłego „dublera”.

Po drugie zaś orzekł, że wspomniana wadliwość dotyczyć może nie tylko sytuacji, w których organ sądowy orzeka w sprawach indywidualnych, lecz także gdy działa on w sferze kontroli konstytucyjności, decydując – jako ustawodawca negatywny – o unicestwieniu woli „ustawodawcy pozytywnego”. Wnioski, do jakich doszedł Trybunał w tym zakresie, są szczególnie doniosłe, jeśli weźmiemy pod uwagę okoliczność, iż istotne defekty orzeczeń wydanych przez działający w tej roli TK rzutują na prawa i obowiązki polskich sądów powszechnych, które w takich przypadkach są upoważnione oraz zobowiązane do odmowy wzięcia wadliwego rozstrzygnięcia pod uwagę. Powinny zatem postępować tak, jak gdyby określony przepis nie został wyeliminowany z systemu prawa na skutek wejścia w życie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

Zarzut naruszenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania

Odrębną kwestią pozostaje natomiast trafność rozstrzygnięcia ETPCz w przedmiocie podniesionego przez skarżącą zarzutu naruszenia przez Polskę zakazu tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania.

³⁶ M.in. wyrok ETPCz z dnia 1 grudnia 2020 r., nr 26374/18, Godmundur Andri Astradsson przeciwko Irlandii; wyrok ETPCz z dnia 7 maja 2021 r., nr 4907/18, Xero Flor przeciwko Polsce.

Za uzasadnione należy uznać zdanie odrębne wyrażone w tej kwestii przez sędziów Ivanę Jelić, Gilberto Feliciego oraz Erika Wennerströma.

Podstawę oddalenia skargi w zakresie, w jakim Pani M.L. powoływała się na naruszenie art. 3 Konwencji, stanowiła okoliczność, iż w opinii Trybunału w niniejszej sprawie nie został spełniony warunek „minimalnego pułapu dolegliwości”. Wymóg, aby natężenie cierpienia ofiary osiągnęło odpowiedni poziom, stanowi – obok możliwości przypisania danego aktu państwu, a w przypadku tortur także premedytacji działań służących zadaniu bólu i ich celowego charakteru – przesłankę pozwalającą stwierdzić, że w danym przypadku mamy do czynienia z naruszeniem wspomnianego zakazu. Stanowi przy tym wymóg o charakterze niedookreślonym w tym sensie, że o tym, czy w danym przypadku rzeczywiście został osiągnięty „minimalny poziom dolegliwości”, jesteśmy w stanie rozstrzygnąć dopiero, gdy odniesiemy dorobek orzeczniczy ETPCz do konkretnego stanu faktycznego.

Decyzja Trybunału o nieuwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 3 EKPCz w sprawie M.L. nie została wszakże poprzedzona skrupulatną analizą okoliczności sprawy, która pozwoliłaby na dokonanie oceny natężenia cierpienia skarżącej. Jak wskazano w zdaniu odrębnym, istnieją czynniki na poparcie tezy, iż ból, jakiego doświadczyła, można określić jako „dotkliwy” czy też „ostry”³⁷. Przede wszystkim mowa tu o trudnym do wyobrażenia strachu i niepokoju, jakich Pani M.L. doznała w związku z koniecznością nagłego opuszczenia kraju w celu poddania się aborcji za granicą. Należy mieć przy tym na uwadze panującą w tym czasie poważną sytuację epidemiologiczną, a także okoliczność, iż cały proces odbywał się w obcym dla skarżącej języku, w nieznanym środowisku, a personel medyczny nie był zaznajomiony ze szczególnie trudną sytuacją osobistą kobiety i nie udzielił jej niezbędnych wyjaśnień oraz wskazówek. Towarzyszący Pani M.L. ból emocjonalny wzmagała również towarzysząca

³⁷ Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 10 grudnia 1984 r., Dz.U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378, w oryginalnym brzmieniu posługuje się określeniem *severe pain or suffering*.

całej sytuacji atmosfera niepewności i podwyższonego napięcia, wynikająca m.in. z trwających w Polsce protestów przeciwko zaostrzeniu prawa aborcyjnego oraz niejasności prawnych co do legalności wyroku z 22 października 2020 r.³⁸ Dokonując oceny poziomu dolegliwości, nie można także abstrahować od „kontekstu matczynego bólu”, tj. trudnej sytuacji skarżącej jako kobiety zmuszonej skonfrontować się z wizją potencjalnego cierpienia oraz choroby przyszłego dziecka. Jak zauważyli sędziowie Jelić, Felici i Wennerström, należy wreszcie uwzględnić towarzyszące Pani M.L. upokorzenie wynikające ze stygmatyzacji i stereotypów dotyczących osób ubiegających się o możliwość przerwania ciąży³⁹.

Zaniechanie pogłębionej analizy kontekstu, w jakim doszło do naruszenia praw skarżącej, stanowi tym większy mankament orzeczenia, jeśli uwzględnimy to, że stan faktyczny sprawy M.L. nie różni się znacząco od okoliczności, w jakich Komitet Praw Człowieka ONZ wydał opinię ws. Amanda Mellet przeciwko Irlandii⁴⁰ czy też Whelan przeciwko Irlandii⁴¹. W dużym skrócie dotyczyły one kobiet, które z uwagi na restrykcyjne irlandzkie przepisy dotyczące przerywania ciąży zmuszone były poddać się aborcji, motywowanej wystąpieniem przesłanki embriopatologicznej, poza granicami kraju. Mając na uwadze m.in. intensywne cierpienie psychiczne skarżących, Komitet doszedł do wniosku, że w obydwu przypadkach doszło do naruszenia art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁴², statuującego zakaz tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania. Podobieństwo stanów faktycznych spraw irlandzkich oraz sprawy M.L. przemawia więc za tym, aby ETPCz wskazał, jakie przesłanki przesądziły o tym, że rozstrzygnął odmiennie

³⁸ M.in. Fundacja im. Stefana Batorego, Stanowisko Zespołu Ekspertów (...).

³⁹ Komitet Praw Człowieka ONZ, Komentarz Ogólny nr 36, do art. 6 Konwencji Praw Człowieka ONZ, 2019, CCPR/C/GC/36, § 8.

⁴⁰ Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 31 marca 2016 r. nr 2324/2013, Amanda Mellet przeciwko Irlandii.

⁴¹ Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ z dnia 17 marca 2017 r., nr 2425/2014, Whelan przeciwko Irlandii.

⁴² 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.

w przedmiocie spełnienia wymogu „minimalnego pułapu dolegliwości”. W tym sensie krytycznie należy więc ocenić nawet nie tyle to, że Trybunał zdecydował się oddalić zarzut naruszenia art. 3 Konwencji przez Polskę, ile arbitralny, niepoparty adekwatnym uzasadnieniem, charakter tej decyzji.

Wnioski

Zasadniczym wnioskiem, jaki nasuwa się w kontekście orzeczenia w sprawie M.L. przeciwko Polsce, jest to, że wyrok oraz jego uzasadnienie koncentrują się na innych obszarach prawa, niż w pierwszej chwili sugerowałby to kontekst, w jakim doszło do naruszenia praw skarżącej. Rozstrzygnięcie to jedynie z pozoru wpisuje się bowiem w historię litygacji strategicznej ws. aborcji przed ETPCz. Zasadniczo rozwija zaś konkluzje, do jakich Trybunał doszedł w sprawach Goðmundur Andri Astraðsson przeciwko Irlandii oraz Xero Flor przeciwko Polsce. W pierwszej kolejności dotyczy on więc nie problematyki praw reprodukcyjnych, lecz raczej skutków nieprawidłowego obsadzenia sądu. W tym sensie uzasadnione jest zatem uczucie niedosytu spowodowane faktem, iż Trybunał nie wykorzystał nadarzającej się sposobności, by po latach milczenia zaktualizować swoje stanowisko w przedmiocie przysługującego państwom członkowskim marginesu swobody w zakresie sposobu prawnej reglamentacji aborcji. Pewne zastrzeżenia można formułować także co do rozstrzygnięcia ETPCz w zakresie naruszenia zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, którego nie sposób uznać za uzasadnione.

Nie można jednak podważać znaczenia praktycznych konsekwencji, jakie miało stwierdzenie przez Trybunał bezprawności ingerencji w prawo skarżącej do życia prywatnego. Orzeczenie ws. M.L. nie tylko stanowi wszakże prejudykat otwierający innym bezpośrednio ofiarom rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego drogę do dochodzenia roszczeń finansowych w Strasburgu. Ponadto zobowiązuje bowiem sądy krajowe do odmowy uwzględniania przy rozstrzyganiu wadliwych wyroków TK, w szczególności zaś wyroku z 22 października 2020 r. **Skutkiem**

orzeczenia jest więc w praktyce dekryminalizacja i ponowne uznanie za dopuszczalne przerwania ciąży kobiety za jej zgodą w przypadku, gdy jest to motywowane wystąpieniem przesłanki embriopatologicznej. Wreszcie, z uwagi na brzmienie art. 46 EKPCz, rozstrzygnięcie z 14 grudnia 2023 r. może stanowić istotny impuls do ustawowej liberalizacji obowiązującego w Polsce prawa aborcyjnego.

Bibliografia i netografia

- Adamus R., *Przesłanka eugeniczna (embriopatologiczna) jako przesłanka legalnego przerywania ciąży – glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r. (K 1/20)*, „Palestra”, nr 11, 2020, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/11-2020/artukul/przeslanka-eugeniczna-embriopatologiczna-jako-przeslanka-legalnego-przerywania-ciazy-glosa-do-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego-z-22.10.2020-r-k-1-20>.
- Foucault M., *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 2020.
- Fundacja im. Stefana Batorego, Stanowisko Zespołu Ekspertów Prawnych w sprawie rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego aborcji z dnia 26 października 2020 r., <https://www.batory.org.pl/oswiadczenie/stanowisko-zespolu-ekspertow-prawnych-w-sprawie-rozstrzygnięcia-trybunalu-konstytucyjnego-dotyczącego-aborcji/>.
- Grabowska-Moroz B., Łakomic K., *(Nie)dopuszczalność aborcji. Glosa do wyroku TK z dnia 22 października 2020 r., K 1/20*, „Państwo i Prawo”, nr 8, 2021.
- Jak rząd zamierza wykonać strasburski wyrok ws. Xero Flor – pyta RPO premiera. Odpowiedź Szefa KPRM, Biuletyn Informacji Publicznej RPO, 5.11.2021, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/jak-rzad-zamierza-wykonac-strasburski-wyrok-ws-xero-flor-pyta-rpo-premiera-odpowiedz-szefa>.
- Kmiecik R., *O skutki procesowych wyroku Trybunału Konstytucyjnego w kwestii abolicji indywidualnej*, „Prokuratura i Prawo”, nr 3, 2020.
- Łętowska E., Wiewiórowska-Domagalska A., *A “good” change in the Polish Constitutional Tribunal?*, „Osteuropa Recht”, nr 1, 2015.
- Łętowska E., *Zmierzch liberalnego państwa prawa w Polsce*, „Kwartalnik o Prawach Człowieka”, nr 1–2, 2017.
- Maldziński M., *Kryzys wokół Trybunału Konstytucyjnego w latach 2015–2018. Raport przygotowany na potrzeby Parlamentarnego Zespołu do Spraw Ładu Konstytucyjnego i Praworządności*, Warszawa 2019.

- Mączyński M., Podkowik J., [w:] *Konstytucja RP*, t. 2, *Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa, 2016.
- Nowak M., *What Practices Constitute Torture? US and UN Standards*, „Human Rights Quarterly”, nr 4, 2006.
- Rakowska-Trela A., *Wyrok czy „nienyrok”. Glosa do wyroku TK z dnia 22 października 2020 r., K 1/20*, „Przegląd Sądowy”, nr 6, 2021.
- Szwed M., *Wyroki TK wydane w nieprawidłowych składach. Raport HFPC*, Warszawa 2023.

Summary

In the judgment of 14th December 2023 the ECHR declared unlawful the interference in the applicant's private life due to the tightening of the abortion law as an outcome of the verdict of an improperly appointed constitutional court. It is the first result of the wave of complaints that the Court received after the so-called embryopathological premise for abortion was repealed by the TK. The powerful positive impact it could potentially have on the situation of Polish women should not be underestimated. On one hand, it opens the way for the direct victims of the 22 October 2020 ruling to pursue financial claims in Strasbourg. In addition, it obliges courts to refuse to take into account faulty judgments of the Constitutional Tribunal when adjudicating. Finally, the resulting obligation to implement the ECtHR judgment may provide an incentive for statutory liberalisation of the Polish abortion law. However, when justifying its decision on the violation of Article 8 ECHR, the panel focused on matters far from the essence of the question of reproductive rights. In this regard, it is natural to feel dissatisfied by the fact that after years of silence, the Court did not take the opportunity to update its position on the margin of appreciation of Member States regarding the way in which abortion is legally regulated. The strong focus on constitutional law issues, nevertheless, means that the M.L. judgment, rather than in the context of the ECtHR's decisions on abortion, should be seen as a continuation of a line of jurisprudence focused on the consequences of defects in the process of judicial appointments. Disappointing – albeit for

other reasons – is also the Court’s dismissal of a complaint by Ms. M.L. to the extent that she alleged a violation of the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment by Poland. The ruling on this subject was, indeed, not preceded by a detailed analysis of the circumstances of the case, which would have made it possible to determine whether the “minimum level of severity” had been achieved, and therefore cannot be considered truly justified.

Keywords: ECtHR, abortion, Constitutional Tribunal, private life, torture, rule of law

Success of the strategic litigation for the protection of reproductive rights, triumph of constitutionalism or 'escape into formalism'? Commentary on the judgment of the European Court of Human Rights of 14 December 2023, no. 27617/04 in *M.L. v. Poland*

Introduction

The tightening of the abortion law, following the entry into force of the Constitutional Tribunal's judgment of 22nd October 2020¹, in which an improperly appointed body declared unconstitutional the provision allowing termination of pregnancy for embryopathological reasons, opened a new chapter in the inglorious record of unlawful restriction upon the reproductive rights of Polish women. The widely commented ruling was not only faced with strong social resistance, expressed through large-scale protests, but also actions of individuals and civil society organisations aimed at obtaining protection under international and regional human rights protection systems². Judgment

¹ Judgment of the CT of 22nd October 2020, K 1/20, (OTK-A 2021/1).

² In January 2021 The Foundation for Women and Family Planning launched the 'Women's Complaint' campaign, in which women whose rights were threatened by the 22nd October 2020 judgment (i.e. women in their reproductive age for whom the tightening of the abortion law involved a threat to their rights under the European Convention on Human Rights, in particular the principle of respect for private and family life and the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment) filled complaints on the basis of the template published on the Foundation's website. However, the ECtHR, in its decision of 16th May 2023, No. 4188/21, *A.M. v. Poland*, dismissed them on the grounds that there was no individual and direct violation of the applicants' fundamental rights.

of 14th December 2023³, which is part of the long history of strategic litigation on abortion before the ECtHR, is also the first result of the wave of complaints that the Court received after the repeal of 4a (1)(2) of the Act of 7th January 1993 on Family Planning, Protection of the Human Foetus and the Conditions for the Permissibility of Abortion⁴.

It will perhaps be a truism to state that the ruling, in which the ECtHR found unlawful the interference in the claimant's private life caused by the tightening of the law on termination of pregnancy as a result of the judgment of an improperly appointed constitutional court, sets a precedent of considerable importance. On one hand, it opens the way for other direct victims of the 22nd October 2020 ruling to pursue financial claims in Strasbourg. In addition, it sanctions the right and obligation of Polish courts, bound by the Constitution⁵ and international law, to refuse to take the faulty decision of the Constitutional Tribunal into account. In the long run, on the other hand, the obligation of the state to take individual and general measures to remedy the violation of the Convention against the claimants or to eliminate the causes of the violation in the law or in the practice of the authorities may constitute a further argument in favour of amending the existing legislation in this respect.

Nevertheless, the direction of the Court's argumentation implies that – also because of the way in which the complaint was formulated – it opted for a sort of 'escape into formalism'. After all, it decided to inherently link the issue of protection of reproductive rights with matters relevant from the standpoint of constitutional law. At the same time, it consistently shies away from any direct reference to the question of the proportionality of restrictions on the possibility of abortion. The strong focus of the narrative on issues far from the essence of the problem of reproductive rights thus means that the judgment in M.L., rather than

³ ECtHR judgment of 14th December 2023, no. 40119/21, M.L. v. Poland.

⁴ Act of 7th January 1993 on family planning, protection of the human foetus and conditions of permissibility of abortion (Journal of Laws of 2022, item 1575).

⁵ Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997 (Journal of Laws No. 78, item 483, as amended).

in the context of the ECtHR's decisions on abortion, should be seen as a continuation of the line of jurisprudence centered around the right to a 'court established by law', which is part of the right to a fair trial (Article 6 ECHR⁶).

On the other hand, the present judgment must be critically assessed regarding the part in which the ECtHR addressed Ms. M.L.'s claim of violation of Article 3 of the Convention. Indeed, the Court's failure to take sufficient account of the context in which the claimant's rights were violated means that the dismissal of the complaint in this part must be seen as unjustified and therefore arbitrary.

Normative and factual background of the case

I. Faulty composition of the Tribunal

Given that the present case involves an integral interrelation of human rights and constitutional law issues, a brief commentary on the defectiveness of the CT ruling of 22nd October 2020 is warranted. Indeed, it is of key importance from the perspective of the Court's line of argumentation. I would like to make a disclaimer that the subject of this article is not a comprehensive analysis of the course of the institutional crisis around the Polish Constitutional Tribunal. Therefore, my considerations in this regard will be limited primarily to the question of proper appointment of the constitutional court, i.e. the issue on which the ECtHR focused in the M.L. ruling⁷.

The first act of the dispute over the Constitutional Tribunal occurred on 8th October 2015. At that time, during the last session of the

⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950, subsequently amended by Protocols No. 3, 5 and 8 and supplemented by Protocol No. 2 (Journal of Laws of 1993, No. 61, item 284, as amended).

⁷ More on the crisis around the Constitutional Tribunal: M. Maldziński, *Kryzys wokół Trybunału Konstytucyjnego w latach 2015-2018. Raport przygotowany na potrzeby Parlamentarnego Zespołu do Spraw Ładu Konstytucyjnego i Praworządności*, Warsaw 2019, [https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/401_20190402/\\$-file/401_20190402.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/401_20190402/$-file/401_20190402.pdf), accessed 7th February 2024; M. Szwed, *Wyrok TK wydane w nieprawidłowych składach. HFPC Report*, Warsaw 2023, <https://hfhr.pl/upload/2023/07/raport-wyroki-tk-wydane-w-nieprawidlowych-skladach.pdf>, accessed 7th February 2024.

Seventh-Term Lower House of Parliament (Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 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.). Sejm), resolutions on the election of five judges were adopted: three to replace the members of the Constitutional Tribunal whose terms were due to expire in November 2015, and two to replace Zbigniew Cieślak and Teresa Liszcz, whose terms were due to start after the new chamber had already been constituted following the parliamentary election of 25th October 2015⁸. Their appointment was based on the law on the Constitutional Tribunal, amended in June 2015⁹ in a way that allowed for the early election of judges. Referring to irregularities related to their appointment, President Andrzej Duda, in breach of his obligation under Article 21 (1) and (2) of the Constitutional Tribunal Act, refused to take the oath from the newly elected members.

On 17th November 2015, a group of deputies filed a request to examine the constitutionality of the provisions of the aforementioned Act¹⁰. However, without waiting for a verdict in this case, in the following days an amendment to the Constitutional Tribunal Act was adopted containing, *inter alia*, provisions on the repeated election of five judges¹¹. On the basis of it, the Sejm passed resolutions declaring the resolutions on the election of judges of 8th October 2015 to be of no legal force, and on 2nd December it elected, in place of the destituted ones, five members of the Constitutional Tribunal. The Sejm's resolutions in this regard were

⁸ Pursuant to Article 98 (1) of the Constitution of the Republic of Poland, the terms of office of the Sejm and Senate begin on the day the Sejm convenes for its first sitting and last until the day before the next Sejm convenes. The seventh term of the Sejm therefore lasted until 11th November 2015 and included the expiry of the terms of office of three judges (Maria Gintowt-Jankowicz, Wojciech Hermeliński and Marek Kotlinowski), which occurred on 6th November 2015.

⁹ Act of 25th June 2015 on the Constitutional Tribunal (i.e. Journal of Laws 2016, item 293).

¹⁰ Request by a group of PO and PSL MPs for constitutionality control of 17th November 2015, <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?sprawa=16426&cid=1>, accessed 7th February 2024.

¹¹ Act of 19th November 2015 amending the Act on the Constitutional Court (Journal of Laws of 2015, item 1928, as amended).

published in the Official Gazette, and the President took the oaths of office from the nominees¹². Thus, a ‘resumption’ of a resolution of the Seventh-Term Sejm by the Eighth-Term Sejm, foreign to the Polish legal order, took place.

In its judgment of 3rd December 2015¹³ the Tribunal declared that the challenged provision of the June 2015 Law on the Constitutional Tribunal was constitutional in the part that concerned the three judges whose term of office began in November 2015 and unconstitutional in the part that referred to the judges elected in place of Zbigniew Cieślak and Teresa Liszcz. The ruling also indicated the President’s obligation to promptly take the oaths from the duly elected judges. The judgment in case K 35/15, handed down six days later, decided in turn on the unconstitutionality of the provisions of the amendment to the Act on the Tribunal containing provisions on the repeated election of judges¹⁴. Despite the unambiguous position of the Constitutional Tribunal¹⁵, Despite the unambiguous position of the Constitutional Tribunal, the President refused to have Roman Hauser, Krzysztof Ślebzak and Andrzej Jakubecki sworn in, claiming that all seats in the Tribunal had already been filled. Thus, he petrified the irremovable constitutional defect in the election of the three judges¹⁶, and in the longer run opened the way for the so-called ‘stand-in judges’ (i.e. Mariusz Muszyński, Lech Morawski and Henryk Cioch) to adjudicate, which, however, only took place after the change in the position of President of the Tribunal in December

¹² Between 2nd and 3rd December 2015, the President took the oath of office from four judges (including Henryk Cioch, Lech Morawski and Mariusz Muszyński, appointed to replace three duly elected judges). In contrast, the swearing-in of Julia Przyłębska took place on 9th December 2015.

¹³ Judgment of the TK of 3rd December 2015, K 34/15 (185/11/A/2015).

¹⁴ Judgment of the TK of 9th December 2015, K 35/15 (186/11/A/2015).

¹⁵ E. Łętowska, A. Wiewiórowska-Domagalska, *A “good” change in the Polish Constitutional Tribunal?*, “Osteuropa Recht”, 2015 no. 1, p. 91.

¹⁶ E. Łętowska, *The twilight of the liberal rule of law in Poland*, “Human Rights Quarterly”, no. 1–2, 2017, p. 13.

2016.¹⁷ This, in turn, led to inherent defects in the judgments made with their participation¹⁸.

II. Judgment of the CT of 22nd October 2020.

While pointing out the formal defects of the judgment of 22nd October 2020, one must not, however, disregard the serious consequences of the judgment. Indeed, the entry into force of the ruling in January 2021 initiated a causal sequence that took the claimant L.M. before the Strasbourg court. Although a detailed analysis of the reasoning behind the ruling is therefore beyond the scope of this commentary¹⁹, it is justified to at least briefly discuss the circumstances in which the ruling was made and the effects it had.

¹⁷ The circumstances under which this change occurred were a self-contained ‘component’ of the constitutional crisis around the Constitutional Tribunal. Given the limited scope of the article and the fact that the legality of entrusting Julia Przyłębska with the function of the President of the Tribunal (and, consequently, her mandate to lead the work of the Tribunal) was ultimately beyond the subject of detailed consideration by the ECtHR in M.L. judgement, I would like only to draw attention to the procedural shortcomings constituting the defectiveness of her appointment (see: A. Rakowska-Trela, *Wyrok czy “nienyrok”*. *Glosa do wyroku TK z dnia 22 października 2020 r., K 1/20*, „PS” 2021, no. 6, p. 112–114).

¹⁸ As Romuald Kmieciak points out (R. Kmieciak, *O skutki procesowych wyroku Trybunału Konstytucyjnego w kwestii abolicji indywidualnej*, Prok. i Pr. 2020, no. 3, p. 9), a separate issue of the theory of constitutional law is whether judgments issued by an improperly appointed CT should be deemed null and void (*sententia nulla*) or non-existent (*sententia non existens*). In the Supreme Court’s decision of 13 December 2023, I KZP 5/23, the Supreme Court stated that a judgment of the Constitutional Tribunal should be treated as if the Tribunal had not adjudicated on the case, which may suggest the endorsement by the Supreme Court of the position according to which judgments of a faulty staffed constitutional court should be treated as ‘non-judgments’ (more on the effects of declaring a judgment as *sententia non existens*: Resolution of the Supreme Court of 26 September 2000, III CZP 29/00, “OSNC 2001”, no. 2, item 25).

¹⁹ The body of doctrine includes commentaries dedicated to a substantive legal analysis of the CT judgment K 1/20, e.g. B. Grabowska-Moroz, K. Łakomicz, *(Nie)dopuszczalność aborcji. Glosa do wyroku TK z dnia 22 października 2020 r., K 1/20*, PiP 2021, no. 8, p. 251–259; R. Adamus, *Przesłanka eugeniczna (embriopatologiczna) jako przesłanka legalnego przerywania ciąży – glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r. (K 1/20)*, “Palestra”, 11/2020, <https://palestra.pl/pl/czasopismo/wydanie/11-2020/artukul/przeslanka-eugeniczna-embriopatologiczna-jako-przeslanka-legalnego-przerywania-ciazy-glosa-do-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego-z-22.10.2020-r.-k-1-20>, accessed 7th February 2024.

In November 2019, at the request of 118 members of the lower house of parliament, proceedings were initiated before the Constitutional Tribunal to challenge the constitutionality of Article 4a (1)(2) of the Family Planning Act, providing for the permissibility of abortion motivated by the occurrence of an embryopathological premise. Thus, parliamentarians aimed to eliminate from the legal order the ‘high probability of severe and irreversible disability of the foetus or an incurable disease threatening its life’ as a prerequisite legalising this kind of procedure, and thereby excluding the responsibility of the doctor on the basis of Article 152 (1) of the Penal Code²⁰, criminalizing the termination of pregnancy of a woman with her consent, but in breach of law. It may be presumed that the use of the constitutional court, which, under Article 188 (1) of the Constitution, has been granted the ability to annihilate the will of the ‘positive lawmaker’²¹ in this respect, was a reaction to the failure of attempts to tighten up abortion laws through legislative measures between 2016 and 2018.

In the judgment issued on 22nd October 2020, as intended by the applicants, the Tribunal, acting in its full composition and chaired by Julia Przyłębska²², found that Article 4a (1)(2) of the Family Planning Act was incompatible with Article 38 in conjunction with Article 30 in conjunction with Article 31(3) of the Constitution of the Republic of Poland, i.e. with the constitutional guarantees of protection of human life and respect for the dignity of the individual, due to the contradiction of the assessed regulation with the requirements arising from the principle of

²⁰ Act of 6th June 1997 Criminal Code (i.e. Journal of Laws of 2024, item 17).

²¹ A. Mączyński, J. Podkowik, [in:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, edit. M. Safjan, L. Bosek, Warsaw 2016.

²² The claimant M.L. argued in her application to the ECtHR that the ruling of 22nd October 2020 was issued with the participation of judge Krystyna Pawłowicz, who was the co-author of the motion to control the constitutionality of the so-called embryopathological prerequisite for termination of pregnancy filed by a group of MPs in 2017, which, as a result of the principle of discontinuation of proceedings initiated by the Sejm, was replaced in November 2019 by a motion identical in content filed by MPs of the new term. Therefore, there is a conflict of interest in this type of situation, which is the basis for excluding a judge from adjudication. However, the ECtHR did not see the necessity to examine in detail the deficiencies in this respect.

proportionality. However, due to the large-scale protests that followed the ruling, the judgment along with the justification was not published in the Journal of Laws until 27th January 2021.

In principle, under such circumstances, the promulgation of the judgment (unless the TK has reserved the postponement of its entry into force pursuant to Article 190 (3) of the Polish Constitution) should imply the loss of binding force of the unconstitutional norm. This, in turn, would inevitably entail the elimination from the legal order of one of the premises excluding the doctor's liability for performing an abortion with the woman's consent. Therefore, despite the fact that the binding character of the judgment from the very beginning was the subject of justified concerns formulated in the doctrine, indicating a substantive fault in the judgment²³, the risk of criminal liability on the basis of Article 152 (1) prevented these objections from being translated into the legal practice. Thus, from the 'fictional' (non-existent, invalid) judgment, a real subjudice automatically arose²⁴: in practice, from the date of its publication, Polish hospitals ceased to perform abortions due to a high probability of severe and irreversible impairment of the foetus or its incurable disease.

III. Factual background of the case

An exception in this regard was not made for procedures planned before the ruling came into force, such as in the case of the applicant M.L. On 12th and 20th January 2021, while she was fourteen and fifteen weeks pregnant respectively, the woman underwent prenatal tests. These revealed that the foetus was burdened with a genetic defect: Trisomy 21. In the following days, she obtained the required opinions from doctors at Bielański Hospital in Warsaw, who stated that its condition made her eligible for an abortion under Article 4a (1)(2) of the Family Planning Act.

²³ I.a. Fundacja im. Stefana Batorego, Stanowisko Zespołu Ekspertów Prawnych w sprawie rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego aborcji, dated 26th October 2015, <https://www.batory.org.pl/oswiadczenie/stanowisko-zespołu-ekspertów-prawnych-w-sprawie-rozstrzygnięcia-trybunału-konstytucyjnego-dotyczącego-aborcji/>, accessed 7th February 2024.

²⁴ M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warsaw 2020, p. 197.

The procedure was to be performed on 28th January at the same medical center. However, the day before, i.e. on 27th January, the Constitutional Tribunal's judgment of 22nd October 2020 came into force. Thus, the so-called embryopathological premise of abortion was declared unconstitutional and repealed. As a result, several hours before the planned procedure, the doctor informed the woman that, due to changes in national law, the surgery had been cancelled and that a high probability of severe and irreversible impairment of the foetus or an incurable disease threatening its life was no longer a basis for performing a legal abortion in any medical facility in Poland. Given the crucial time factor in such cases, despite the intense stress and confusion, as well as the travel restrictions associated with the SARS-CoV-2 pandemic, Ms. M.L. immediately travelled to the Netherlands, where on 29th January she terminated the pregnancy in a private hospital. She also bore the travel costs and medical fees, amounting to €1,220, for the procedure herself, which placed a significant burden on her budget.

In July 2021, lawyers cooperating with the Foundation for Women and Family Planning filed a complaint to the ECtHR on behalf of Ms. M.L., alleging unlawful interference with the claimant's right to private life (Article 8 (1) of the ECHR) as a result of the entry into force of a decision of the Constitutional Tribunal Court issued in violation of Article 6 of the Convention (right to a fair trial) and violation of her freedom from torture and inhuman or degrading treatment (Article 3 of the ECHR)²⁵.

Judgment of the ECtHR in M.L. v. Poland

The European Court of Human Rights, upon examining the case of M.L. v. Poland, contrary to the Government's position, assessed that the preliminary requirements for bringing a complaint had been met. In particular, it concluded that the applicant was entitled to the status of victim (Article 34

²⁵ Application to the ECtHR No. 27617/04 of 26th July 2021 in case M.L. v. Poland.

ECHR). Admittedly, given the peculiarities of the constitutional position and the powers of the Constitutional Tribunal, M.L. was not a party to the proceedings before it. However, the decision of 22nd October 2020 was directly related to the sphere of the applicant's rights. Indeed, the elimination of the embryopathological premise from the legal order resulted in a modification of Ms. M.L.'s behaviour in the most intimate sphere of her personal life, i.e. she was forced to travel to the Netherlands to undergo the procedure instead of having it performed at Bielański Hospital in Warsaw²⁶. The Court also found that the condition of exhaustion of domestic remedies referred to in Article 35 (1) of the Convention was met. After all, it assessed that the mechanisms existing in the Polish legal order (measures of a compensatory, penal and disciplinary nature), due to their retrospective and compensatory or penal nature, could not constitute effective instruments for the applicant to counter the violation of her rights and freedoms. Lastly, it found no basis for concluding that the present case involved an abuse of the right of complaint within the meaning of Article 35 (3) of the ECHR. It drew attention to the fact that the Government party, in formulating such an allegation, had used the term 'abuse of rights' in a manner not supported by the Court's case-law.

Turning to the assessment of the merits of the complaint, the Court considered two grounds of complaint: Poland's violation of the applicant's right to respect for private life and the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment. However, having considered the arguments of the parties, it dismissed the complaint to the extent that Ms. M.L. invoked a violation of Article 3 of the Convention. In doing so, it pointed out that in the present case the condition of a 'minimum level of severity' of pain had not been met. This requirement is indicated, in addition to the attributability of the act to the State (and, with regard to torture, the premeditation of the acts inflicting pain and their intentional nature)²⁷, as one of the terms for qualifying the conduct as a form of

²⁶ I.a. ECtHR Judgment of 1st July 2014, no. 43835/11, S.A.S. v. France, § 57.

²⁷ M. Nowak, *What Practices Constitute Torture? US and UN Standards*, "Human Rights Quarterly", 2006 no. 4, p. 816.

ill-treatment listed in that provision. He thus held that the intensity of the suffering experienced by the applicant was not 'sufficient' to establish that she had been subjected to torture or inhuman or degrading treatment.

However, the subject of the ECtHR's consideration was primarily the infringement of Article 8 of the Convention. The Court argued against the view expressed by the Government that the fact that the ECHR does not guarantee the right to legal abortion implicitly undermined the view that the prohibition of termination of pregnancy in the presence of an embryopathological condition could be seen as an interference with a woman's right to private life. In doing so, it had regard to the broad interpretation of 'private life' under Article 8 (1) ECHR, well-established in case-law. At the same time, it reserved that such interference by a public authority with the exercise of the said right may be justified provided that it is 1) in accordance with law and 2) necessary in a democratic society on account of the legitimate objectives of the State set forth exhaustively in Article 8 (2). In the Court's view, the first of the requirements indicated is fulfilled in this respect only if the restriction is based on national law, which fulfills certain qualitative requirements, in particular regarding compliance with the rule of law²⁸. In the present case, the basis for the interference with the applicant's right to private life was the CT judgment of 22nd October 2020, and it is therefore the subject of the review in this regard.

According to the ECtHR, the context of the right to a fair trial (Article 6 of the Convention) must be considered when examining the invoked judgment in terms of its compliance with the rule of law. Indeed, the fact that, when issuing the judgment in case K 1/20, the CT performed tasks in the sphere of control of the constitutionality of the law and not of the judiciary is irrelevant to the possibility of its being considered a court in the light of Article 6 (1) ECHR²⁹. In turn, the principle of the rule of law under

²⁸ I.a. ECtHR judgment of 25th March 1998, no. 13/1997/797/1000, *Kopp v. Switzerland*, § 55.

²⁹ ECtHR judgment of 7th May 2021, no. 4907/18, *Xero Flor v. Poland*, § 194. In the abovementioned judgment, the ECtHR found that the Constitutional Tribunal's judgment, issued with the participation of a person chosen to fill an already occupied seat (a so-called 'stand-in judge') violated Article 6 (1) of the Convention, in particular the claimant's right to a 'court established by law'.

this provision is reflected by the right to a ‘tribunal established by law’, which must also be understood through the prism of institutional requirements, in particular the expectation that this court is appointed in accordance with the law.

The deficiencies accompanying the appointment of the Polish constitutional court and the inclusion of so-called ‘stand-in judges’ (including Jarosław Wyrembak and Justyn Piskorski, elected in 2017 to replace the deceased ‘original ‘stand-in judges’: Henryk Cioch and Lech Morawski) determine that the Constitutional Tribunal cannot in fact be considered a ‘tribunal established by law’ within the meaning of Article 6 (1) of the Convention. Consequently, the judgment of 22nd October 2020 as a ground for limiting the claimant’s right under Article 8 (1) does not fulfil the essential requirements for compliance with the rule of law. Thus, the interference by the public authorities with Ms. M.L.’s right to respect for her private life cannot be justified. The interference could not be regarded as being ‘in accordance with law’ within the meaning of Article 8 (2). In the present case, therefore, there has been a violation of the applicant’s Convention right under Article 8 (1) of the Convention. With this in mind, the ECtHR refrained from assessing the impact of the mistakes accompanying Julia Przyłębska’s appointment as President of the Tribunal and Krystyna Pawłowicz’s involvement in passing of the 22nd October judgment on the compliance of the said ruling with the principle of the rule of law and, consequently, on whether the interference with the claimant’s private life could be regarded as being ‘in accordance with law’.

Infringement of the applicant’s right to a private life

I. The effects of the Court’s decision and the legal situation of Polish women

The judgment in question should be viewed with approval insofar as the ECtHR confirmed that the applicant’s right to respect for private life was violated. By adopting a systemic perspective towards the rights covered by the Convention, the Court creatively yet consistently linked the right

to respect for private life with the right to a fair trial. Further, it deduced from the violation of the requirements as to the way in which the Constitutional Tribunal ('court' within the meaning of Article 6 (1)) was appointed, that the right to respect for private life and the right to a fair trial has been infringed. It thus challenged the permissibility of such interference under Article 8 (2) of the Convention and concluded that Ms. M.L.'s right to respect for private life had been violated because of the tightening of the abortion law as a result of the entry into force of the CT judgment.

Undoubtedly, the groundbreaking nature of such a decision of the European Court of Human Rights for Polish women must be recognised. After all, it constitutes a valuable preliminary ruling on which similarly situated persons will be able to rely in their individual complaints to the ECtHR, in order to enforce equitable compensation against the state. Indeed, the judgment of 22nd October 2020 was of key importance from the perspective of the rights of Ms. M.L. and the rights of many other persons in a similar situation. In this respect, it is therefore justified to assume that its effects are analogous to the ruling in *Xero Flor* concerning faulty judgments of the Constitutional Tribunal in individual cases (issued in proceedings initiated by a constitutional complaint)³⁰.

Moreover, the ECtHR's finding of a substantial defect in the ruling eliminating Article 4a (1)(2) of the Family Planning Act from legal conduct affects the rights and obligations of all Polish courts. As they are bound by the Constitution of the Republic of Poland (Article 8(2)) and international law (Article 9 of the European Convention on Human Rights), they are authorised and obliged to refuse to take the defective ruling of the CT into account when adjudicating³¹. This, in turn, excludes the possible prosecution of a physician who, due to serious abnormalities of the foetus, would carry out a termination of pregnancy, on the basis

³⁰ Jak rząd zamierza wykonać strasburski wyrok ws. *Xero Flor* – pyta RPO premiera. Odpowiedź Szefa KPRM, Biuletyn Informacji Publicznej RPO, 5th November 2021, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/jak-rzad-zamierza-wykonac-strasburski-wyrok-ws-xero-flor-pyta-rpo-premiera-odpowiedz-szefa>, accessed 7th February 2024.

³¹ *Ibid.*

of Article 152 (1) of the Penal Code. Thus, the effect of the ruling is, in practice, the decriminalisation of the termination of a woman's pregnancy with her consent in cases where this is motivated by an embryo-pathological premise.

Finally, Article 46 of the ECHR imposes an obligation on the State to implement the judgment by taking individual and general measures to remedy the violation of the Convention against the claimants or to eliminate the causes of the violation in the law or practice of the authorities. This, in turn, may provide the impulse to change the abortion law in Poland.

II. Escape into formalism?

Therefore, one should not lose sight of the positive impact that the M.L. judgment may potentially have on the situation of Polish women. Nonetheless, when reading the reasoning of the judgment, one cannot help but feel that although the facts of the case are closely related to the problem of reproductive rights, the analysed judgment only seemingly fits into the long history of strategic litigation on abortion before the ECtHR. In fact, the Court referred to its previous decisions on abortion only when considering whether the restriction of the right to legal abortion due to the occurrence of fetal pathology constitutes an infringement of a woman's right to private life. Instead, the further part of the reasoning is aimed at proving that the tightening of the provisions of the Family Planning Act as a consequence of the CT judgment does not constitute an interference 'in accordance with law'. The unlawfulness of the restriction is indicated by the Court by connecting the human rights and constitutional issues, i.e. by demonstrating that, due to the improper staffing of the Constitutional Tribunal, the verdict of 22 October does not meet the requirements for compliance with the rule of law.

The Court's 'escape into formalism' is therefore peculiar in nature: after all, it does not imply that the body has completely shirked the need to go beyond the traditional judicial comfort zone and adjudicate on the basis of principles. Indeed, in the M.L. judgment, the ECtHR has

performed a massive amount of interpretative work aimed at reconstructing the relationship between the rule of law and the correctness of the appointment of a constitutional court. At the same time, one might get the impression that the Court wanted to avoid having to update, after several years, its otherwise conservative position on the ‘margin of appreciation’ of Member States regarding the manner of legal regulation of abortion. Indeed, having established the unlawful nature of the restriction on the applicant’s right to private life, it completely abandoned the proportionality test of the interference, even in a restrained form. The reasoning also does not contain any ‘accidental’ conclusions formulated by the Court on the merits of the issue of the protection of reproductive rights. “The ‘formalism’ of the reasoning of the M.L. judgment thus consists primarily in making the long-awaited decision, which would develop the ECtHR’s line of case law on abortion³², into a judgment which rather supplements the conclusions reached by the Court in the *Xero Flor v. Poland* case.

III. ‘Xero Flor 2.0’?

The judgment of 14 December 2023 should therefore be interpreted rather in the context of judgments where the ECtHR considered the consequences of shortcomings in the process of appointing judicial bodies³³. In fact, it is even reasonable to conclude that the Court’s reflections in the present case are to a large extent a repetition of the conclusions it reached in its judgments in *Xero Flor v. Poland*. However, the reasoning of the judgment in M.L. also gives rise to new conclusions.

First, the Court explicitly confirmed therein the durable nature of the constitutional defect affecting the election of the so-called ‘stand-in judges’. When deciding on the incompatibility of the rulings issued with

³² I.a. ECtHR judgment of 20th March 2007, no. 5410/03, *Tysiąc v Poland*; ECtHR judgment of 16th December 2010, no. 25579/05, *A, B and C v Ireland*; ECtHR judgment of 26th May 2011, no. 27617/04, *R.R. v Poland*; ECtHR judgment of 9th October 2012, no. 57375/08, *P. and S. v Poland*.

³³ I.a. ECtHR Judgment of 1st December 2020, No. 26374/18, *Goðmundur Andri Astradsson v. Island*; ECtHR Judgment of 7 May 2021, No. 4907/18, *Xero Flor v. Poland*.

the participation of Jarosław Wyrembak and Justyn Piskorski with the principle of the rule of law, it indicated that a broadly interpreted ‘convallation’ of a faulty appointment through the election of a new judge in place of the deceased ‘stand-in judge’ is impossible.

Secondly, it ruled that the said defectiveness may relate not only to situations in which the judicial body adjudicates in individual cases, but also when it acts in the sphere of control of constitutionality, deciding – as a ‘negative legislator’ – to overrule the will of the parliament. The conclusions reached by the Court in this respect are particularly significant if we take into account the fact that significant defects in judgments issued by the Constitutional Tribunal acting in this role impinge on the rights and obligations of all Polish courts, in such cases authorised and obliged to refuse to take the defective rulings into account. They should therefore act as if a specific provision has not been eliminated from the legal system as a result of the entry into force of the Constitutional Tribunal’s decision.

Allegation of violation of the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment

A separate issue, however, is the accuracy of the ECtHR’s ruling on the applicant’s claim concerning a violation of the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment by Poland. The concurring opinion expressed by Judges Ivana Jelić, Gilberto Felici and Erik Wennerström on this issue should be regarded as justified.

The ground for dismissal of the complaint, to the extent that Ms. M.L. invoked a violation of Article 3 of the Convention, was that, in the Court’s view, the ‘minimum level of suffering’ condition had not been met in the present case. The requirement that the intensity of the victim’s suffering must reach an appropriate level constitutes, in addition to the attributability of the act to the State and, in the case of torture, the premeditation of the acts inflicting pain and their intentional nature, a condition for concluding that in a particular case there has been a violation of the said prohibition. It is a requirement of a rather indefinite nature, in the sense that it is only possible to determine whether a minimum level

of ill-treatment has actually been achieved by relating the ECtHR case law to a specific factual context.

Yet the Court's decision not to uphold the allegation of a violation of Article 3 ECHR in M.L.'s case was not preceded by a detailed analysis of the circumstances of the case to assess the intensity of the claimant's suffering. Indeed, as indicated in the concurring opinion, there are factors supporting the notion that the pain she experienced could be described as 'severe'³⁴. First and foremost, it refers to the difficult to imagine fear and anxiety that Ms. M.L. experienced as a result of being forced to rapidly leave the country to undergo an abortion abroad. The serious epidemiological situation prevailing at the time must be borne in mind, as well as the fact that the whole process took place in a language foreign to the applicant, in an unfamiliar environment, and that the medical staff were not aware of the woman's particularly difficult personal situation and did not provide her with the necessary explanations and guidance. The emotional pain accompanying Ms. M.L. was also intensified by the atmosphere of uncertainty and heightened tension accompanying the entire situation, resulting, *inter alia*, from the ongoing protests in Poland against the tightening of the abortion law and the legal ambiguities regarding the legality of the judgment of 22nd October 2020³⁵. When assessing the level of distress, the 'context of maternal pain', i.e. the difficult situation of the claimant as a woman forced to confront the vision of potential suffering and the illness of her future child, also cannot be disregarded. Finally, as noted by Judges Jelić, Felici and Wennerström, it is necessary to take into account the humiliation accompanying Ms. M.L. as a result of the stigmatisation and stereotyping of those seeking to terminate a pregnancy³⁶.

³⁴ The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted by the United Nations General Assembly on 10th December 1984 (Journal of Laws of 1989, No. 63, item 378).

³⁵ I.a. Fundacja im. Stefana Batorego, Stanowisko Zespołu Ekspertów (...).

³⁶ UN Human Rights Committee, General Comment No. 36, on Article 6 of the UN Convention on Human Rights, 2019, CCPR/C/GC/36, § 8.

The omission of an in-depth analysis of the context in which the applicant's rights were violated is an even greater weakness of the judgment when one considers that the factual circumstances of the M.L. case are not significantly different from those in which the UN Human Rights Committee issued its opinion in *Amanda Mellet v. Ireland*³⁷, or *Whelan v. Ireland*³⁸. In short, these concerned women who, due to the restrictive abortion laws in Ireland, were forced to undergo a procedure, motivated by an embryopathological rationale, outside the country. Considering, *inter alia*, the intense mental suffering of the complainants, the Committee concluded that both cases involved a violation of Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights³⁹, stipulating the prohibition of torture and inhuman and degrading treatment. The factual resemblance of the Irish cases and the M.L. case thus calls for the ECtHR to indicate what grounds determined it to decide differently on the fulfillment of the 'minimum level of severity' requirement. In this sense, therefore, it is not even the fact that the Court chose to dismiss the allegation of a violation of Article 3 of the Convention by Poland that should be criticised, but the arbitrary nature of this decision, not supported by adequate reasoning.

Conclusions

The main conclusion that emerges from the M.L. v. Poland judgment is that the verdict and its justification focus on different areas of law than the context in which the applicant's rights were violated would at first suggest. The judgment only seemingly fits into the history of the strategic litigation on abortion before the ECtHR. Instead, it essentially develops the conclusions reached by the Court in *Goðmundur Andri*

³⁷ UN Human Rights Committee Opinion of 31st March 2016, No. 2324/2013, *Amanda Mellet v. Ireland*.

³⁸ UN Human Rights Committee Opinion of 17th March 2017 No. 2425/2014, *Whelan v. Ireland*.

³⁹ International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature in New York on 19th December 1966, (OJ 1977, No. 38, item 167).

Astraðsson v Island and Xero Flor v Poland. Thus, it primarily concerns not the question of reproductive rights, but rather the consequences of the improper appointment of the court. In this sense, the feeling of dissatisfaction caused by the fact that after years of silence, the Court did not take the opportunity to update its position on the margin of appreciation of the Member States regarding the legal regulation of abortion, is justified. Some objections can also be raised against the ECtHR's ruling on the violation of the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment, which cannot be considered justified.

However, the importance of the practical consequences of the Court's finding of unlawful interference with the applicant's right to private life cannot be undermined. The M.L. decision, after all, not only constitutes a preliminary ruling opening the way for other direct victims of the Constitutional Tribunal's decision to pursue financial claims in Strasbourg. Indeed, it also obliges national courts to refuse to take into account flawed judgments of the Constitutional Tribunal, in particular the judgment of 22nd October 2020. The effect of the judgment is thus, in practice, the decriminalisation of the termination of a woman's pregnancy with her consent in cases where this is motivated by an embryopathological premise. Finally, due to the Article 46 of the ECHR, the ruling of 14th December 2023 may provide a significant impulse for the statutory liberalisation of the abortion law in Poland.

PAWEŁ ŁOŚ

ORCID 0009-0006-4391-6133

Dopuszczenie na rynek produktów leczniczych w wyroku Trybunału EFTA w sprawie E-16/14 Pharmaq AS przeciwko Intervet International BV

Streszczenie

Publikacja jest głosem do ważnego wyroku Trybunału EFTA z 9 kwietnia 2015 roku dotyczącego zakresu dopuszczenia na rynek szczepionek lub produktów leczniczych. W pierwszej części przedstawione zostają najważniejsze informacje i okoliczności dotyczące sprawy. Później można znaleźć pytania, jakie Sąd Rejonowy w Oslo skierował do Trybunału EFTA w Luksemburgu. W kolejnych częściach znajduje się dokładna analiza wyroku Trybunału EFTA oraz komentarz autorski do tego orzeczenia. Jestem przekonany, że czytając ten artykuł, każda osoba interesująca się prawem farmaceutycznym lub prawem weterynaryjnym będzie mogła poszerzyć swoją wiedzę. Publikacja może również skłonić do refleksji nad tym, jakie korzystne rozwiązania z prawa skandynawskiego mogłoby zaczerpnąć prawo polskie.

Słowa kluczowe: prawo farmaceutyczne, prawo weterynaryjne, szczepionka, produkty lecznicze

Najważniejsze informacje i okoliczności dotyczące sprawy

W publikacji chciałbym dokonać analizy wyroku Trybunału EFTA w sprawie E-16/14 Pharmaq AS przeciwko Intervet International BV. Trybunał EFTA jest międzynarodowym organem sądowniczym, który rozpatruje

sprawy dotyczące trzech państw członkowskich Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu: Norwegii, Islandii i Liechtensteinu¹. Ten wyrok Trybunału EFTA znajduje się również w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz.U.U.E.C.2015.350.8).

Firma PHARMAQ jest jedną z najważniejszych korporacji zajmujących się produkcją leków i szczepionek dla zwierząt żyjących w wodzie². Spółka należy do grupy Zoetis – firmy zajmującej się ochroną zdrowia zwierząt. Siedziba PHARMAQ znajduje się w miejscowości Overhalla w Norwegii. Z kolei Intervet International B.V to firma farmaceutyczna znajdująca się w miejscowości Boxmeer w Królestwie Niderlandów³.

Sprawa przed Sądem Rejonowym w Oslo (Oslo tingrett) dotyczyła ważności i zakresu dodatkowego świadectwa ochronnego wydanego pozwanemu, czyli spółce Intervet International w styczniu 2014 r. na podstawie przepisów prawnych obowiązujących w Norwegii. Stronami postępowania są dwie firmy, które opracowały szczepionkę przeciwko wirusowej chorobie trzustki u ryb lososiwatych. Szczepionka powoda, czyli firmy PHARMAQ, oparta jest na szczepie wirusa wyizolowanym z zakażonego lososia w wodach Norwegii. Z kolei pozwany opracował szczepionkę na nieaktywnym wirusie. Ten szczep jest izolowany od zakażonego lososia w Irlandii. Szczepionka otrzymała patent w krajach Unii Europejskiej (w tym w Wielkiej Brytanii będącej w tym czasie państwem członkowskim) oraz w Norwegii.

Do sporu dotyczącego patentu doszło między tymi stronami już wcześniej. Norweskie sądy ustaliły wtedy, że patent pozwanego obejmuje każdy szczep wirusa wywołujący wirusową chorobę trzustki u lososia oraz że szczepionka powoda wchodzi w zakres patentu pozwanego⁴.

W latach 2003–2011 pozwana spółka Intervet International sprzedawała swoją szczepionkę *Norvax Compact PD* i dostarczała ją hodowcom ryb w Norwegii. Firma ta dostarczyła również tę szczepionkę do Irlandii

¹ <https://eftacourt.int>.

² <https://pharmaq.com>.

³ <https://www.msd-animal-health.nl>.

⁴ Judgment of the EFTA Court 9 April 2015 in Case E-16/14, s. 8.

w ramach licencji AR16 wydawanej zgodnie z rozporządzeniem (WE) z 2007 r. dotyczącego lekarstw dla zwierząt⁵.

Pozwany uzyskał całkowite pozwolenie na dopuszczenie do obrotu szczepionki *Norvax Compact PD* w Wielkiej Brytanii w dniu 10 sierpnia 2011 r. i w Norwegii w dniu 18 sierpnia 2011 r., w obu przypadkach na okres pięciu lat.

W dniu 19 czerwca 2008 roku Norweski Urząd ds. Konkurencji otrzymał od Pharmaq AS (powoda w sprawie) wniosek o wydanie licencji przymusowej w sprawie ingerencji w patent należący do firmy Intervet International⁶. Licencja przymusowa jest zezwoleniem władzy publicznej na korzystanie z opatentowanego wynalazku lub produktu bez zgody właściciela patentu. Firma Pharmaq jako podstawę prawną do uzyskania patentu wskazała artykuł 47 ust. 1 norweskiej ustawy *Patentoven* (ustawa o patentach), który brzmi: „Kto w celach handlowych lub operacyjnych chce wykorzystać wynalazek, na który ktoś inny posiada patent, może uzyskać na to licencję przymusową, jeżeli wymagają tego względy ważnego interesu publicznego”⁷.

Pytania skierowane przez Sąd Rejonowy w Oslo

Dnia 16 czerwca 2014 r. Sąd Rejonowy w Oslo zdecydował się wysłać list do Trybunału EFTA o opinię pomocniczą⁸. Sąd chciał uzyskać odpowiedzi na sześć pytań. Pierwsze z nich dotyczyło tego, czy produkt został wprowadzony do obrotu jako produkt leczniczy w Europejskim Obszarze Gospodarczym zanim przyznano pozwolenie na dopuszczenie do obrotu. Pytanie to dotyczy sytuacji, gdy dostawa produktu miała miejsce zgodnie ze „specjalnymi zwolnieniami od zezwolenia” przyznanymi przez norweską Państwową Agencję Leków lekarzom weterynarii i biologom zajmującym się zdrowiem ryb oraz zgodnie z tzw. licencjami

⁵ Judgment of the EFTA Court 9 April 2015 in Case E-16/14, s. 9.

⁶ <https://konkurransetilsynet.no>.

⁷ Lov om patenter, LOV-1967-12-15-9, Justis- og beredskapsdepartementet.

⁸ Judgment of the EFTA Court 9 April 2015 in Case E-16/14, s. 9.

AR 16 przyznanymi przez irlandzki departament ds. rolnictwa, żywności i gospodarki morskiej.

Drugie pytanie Sąd Rejonowy w Oslo sformułował w następujący sposób: „Jeżeli odpowiedź na pytanie 1 jest twierdząca, czy taki produkt nie podlega zakresowi rozporządzenia (WE) nr 469/2009 i czy w związku z tym świadectwo wydane na podstawie takiego dokumentu jest nieważne?”. Rozporządzenie (WE) nr 469/2009 dotyczy dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych.

Natomiast żeby scharakteryzować to, co norweski sąd miał na myśli, zadając trzecie pytanie, na początku należy odnieść się do art. 2 rozporządzenia w sprawie dodatkowych świadectw ochronnych. Jego treść brzmi: „Każdy produkt chroniony przez patent na terytorium państwa członkowskiego i przed wprowadzeniem na rynek jako produkt leczniczy podlegający administracyjnej procedurze wydawania zezwolenia, ustanowionej w dyrektywie 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi (2) lub dyrektywie 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych (3) może być przedmiotem świadectwa, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym rozporządzeniu”. Na podstawie wykładni tego przepisu norweski sąd zadał pytanie, czy pozwolenie na dopuszczenie do obrotu wydane dla weterynaryjnego produktu leczniczego powinno zostać uznane za stanowiące zezwolenie administracyjne.

Czwarty punkt dotyczy tego, czy specjalne zezwolenia od zezwolenia wynikające z przepisów norweskiego rozporządzenia w sprawie leków z 1999 r. lub norweskiego rozporządzenia w sprawie leków z 2009 r. mają wpływ na ważność zezwolenia na wprowadzenie produktu do obrotu jako produktu leczniczego. W mojej ocenie bardzo ciekawe jest pytanie piąte. Sąd Rejonowy w Oslo chciał poznać odpowiedź na pytanie, jaki zakres ochrony przysługuje na podstawie rozporządzenia (WE) nr 469/2009, jeżeli produkt leczniczy jest szczepionką zawierającą martwe wirusy. Norweski organ chciał się dowiedzieć, czy zakres ochrony może obejmować nie tylko dany szczep wirusa, który jest zawarty w produkcie leczniczym

i objęty patentem podstawowym, ale także inne szczepy wirusa. Zgodnie z art. 1 lit. c Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 469/2009 patent podstawowy oznacza patent, którym chroniony jest produkt jako taki, proces otrzymywania produktu lub zastosowanie produktu i który wskazany jest przez posiadacza dla celów procedury wydania świadectwa⁹.

Szósty punkt natomiast odnosi się do sytuacji, w której zostało przyznane dodatkowe świadectwo ochronne z definicją produktu, która nie ogranicza się ściśle do danego szczepu wirusa dopuszczonego do obrotu jako produkt leczniczy. Zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 469/2009 produktem jest „aktywny składnik lub mieszanina aktywnych składników produktu leczniczego”, a produktem leczniczym jest „każda substancja lub mieszanina substancji przeznaczonych do zapobiegania chorobom lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt i każda substancja lub mieszanina substancji podawana ludziom lub zwierzętom w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia czy modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu ludzkiego lub zwierzęcego”. Na podstawie wcześniej wspomnianej przeze mnie sytuacji Sąd Rejonowy w Oslo zadał dwa pytania. Pierwsze dotyczy tego, czy takie dodatkowe świadectwo ochronne będzie ważne. Natomiast w podpunkcie b) norweski sąd zadał pytanie, czy dodatkowe świadectwo ochronne będzie ważne, pomimo iż zakres ochrony zgodnie z art. 4 Rozporządzenia (WE) nr 469/2009 nie wykracza poza określony szczep wirusa, który został dopuszczony do obrotu jako produkt leczniczy.

Analiza wyroku wydanego przez Trybunał EFTA

Przejdę teraz do analizy wyroku Trybunału EFTA z 9 kwietnia 2015 r. Najpierw chcę dokonać analizy odpowiedzi na pytania zadane przez Sąd Rejonowy w Oslo. Na początku Trybunał podaje ogólną opinię na temat pytania pierwszego, drugiego i czwartego. Zgodnie z nią najważniejszą

⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 469/2009 z dnia 6 maja 2009 r. dotyczące dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz.Urz. UE L Nr 152.

kwestią, na jaką trzeba odpowiedzieć, jest czy „specjalne zwolnienia od zezwolenia” lub inne licencje przyznane przez władze norweskie i irlandzkie są wystarczające, aby wykluczyć wydanie dodatkowego świadectwa ochronnego (*supplementary protection certificate*). Z kolei w opinii Trybunału pytanie trzecie ma na celu ustalenie, czy pozwolenie na dopuszczenie do obrotu wydane na podstawie art. 26 ust. 3 dyrektywy 2001/82 stanowi pozwolenie na dopuszczenie do obrotu w rozumieniu art. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 469/2009. Ponadto Trybunał na początku stwierdził, że wszystkie pytania zadane przez Sąd Rejonowy w Oslo odnoszą się zasadniczo do interpretacji art. 2 rozporządzenia (WE) nr 469/2009.

W opinii doradczej Trybunał w punkcie pierwszym jasno stwierdził, że zgodnie z rozporządzeniem nr 1768/92 dodatkowe świadectwo ochronne dla weterynaryjnego produktu leczniczego może zostać wydane w państwie EOG na podstawie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu wydanego w tym państwie zgodnie z administracyjną procedurą wydawania pozwoleń określoną w tytule III dyrektywy 2001/82/WE łącznie z procedurą wydawania zezwoleń w wyjątkowych okolicznościach zgodnie z art. 26 ust. 3 tej dyrektywy¹⁰. Takie pozwolenie na dopuszczenie do obrotu stanowi ważne zezwolenie oraz, w stosownych przypadkach, może również stanowić pierwsze zezwolenie na wprowadzenie produktu do obrotu jako weterynaryjnego produktu leczniczego w rozumieniu art. 3 lit. b) i d) rozporządzenia (EWG) nr 1768/92. Trybunał również orzekł, że zezwolenia przyjmowane na podstawie art. 8 akapit pierwszy dyrektywy 2001/82/WE nie stanowią pozwoleń na dopuszczenie do obrotu w rozumieniu rozporządzenia (EWG) nr 1768/92. Ten przepis stanowiący odstępstwo ściśle ogranicza wykorzystanie środków dozwolonych na jego mocy, stanowiąc, że ma on zastosowanie tylko w przypadku poważnych chorób epizootycznych, w sytuacji braku odpowiedniego produktu leczniczego oraz po zawiadomieniu Urzędu Nadzoru EFTA o szczegółowych warunkach zastosowania. Trybunał również orzekł, że to sądy krajowe muszą ocenić

¹⁰ Dyrektywa 2001/82/WE z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych, Dz.U. L 311 z 28.11.2001.

na podstawie okoliczności faktycznych w postępowaniu karnym, czy „specjalne zwolnienia od zezwolenia” lub „licencje AR16” będą uwzględniane.

W punkcie drugim Trybunał EFTA odpowiedział na pytanie dotyczące zakresu ochrony, która przysługuje na podstawie dodatkowego świadectwa ochronnego. Zgodnie z jego opinią art. 4 rozporządzenia (EWG) nr 1768/92 dotyczy określonego szczepu wirusa objętego patentem podstawowym, ale nieokreślonego w pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu w odniesieniu do szczepionki zawierającej martwe wirusy, wykorzystanej do celów art. 3 lit. b) rozporządzenia (EWG) nr 1768/92, wyłącznie jeżeli dany szczep stanowi tę samą substancję czynną co produkt leczniczy, dla którego udzielono pozwolenia, a skutki lecznicze są objęte wskazaniami terapeutycznymi, w odniesieniu do których udzielono pozwolenia na dopuszczenie do obrotu. Artykuł 3 rozporządzenia (EWG) nr 1768/92 mówi o warunkach uzyskania świadectwa. Artykuł 3 lit. b) tego aktu prawnego wskazuje, że świadectwo jest wydawane w państwie członkowskim Unii Europejskiej w dniu złożenia odpowiedniego wniosku, jeżeli zostało wydane zgodnie z dyrektywą 65/65/EWG lub dyrektywą 81/851/EWG ważne zezwolenie na obrót produktem leczniczym. Trybunał dodał jeszcze, że jest nieistotne, czy produkt leczniczy sporządzony na podstawie takiego innego szczepu będzie wymagał odrębnego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu. Ocena tych okoliczności jest kwestią faktyczną, która musi zostać określona przez sąd krajowy. Ponadto według opinii Trybunału dodatkowe świadectwo ochronne nie będzie ważne w zakresie, który przekracza zakres określony w odpowiednim pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu¹¹.

Moja opinia na temat wyroku

Pierwszą zasadniczą kwestią, na jaką zwróciłbym uwagę, jest organ wydający, jakim jest Trybunał EFTA. Pomimo iż oczywiście opinie doradcze tego organu sądowiczego nie dotyczą Polski, jestem przekonany,

¹¹ Judgment of the EFTA Court 9 April 2015 in Case E-16/14, s. 8.

że Rzeczpospolita Polska może zdecydowanie czerpać informacje, które zostały wydane przez sędziów tego organu. Jestem przekonany, że w naszym kraju wiedza o Trybunale EFTA nie jest duża, a absolutnie w mojej ocenie dokonywanie analizy porównawczej pomiędzy np. prawem norweskim lub islandzkim będącymi systemami prawa skandynawskiego a prawem polskim byłoby bardzo korzystne. Bardzo ważne jest również to, że wyrok, który został przeze mnie opisany w tym artykule, znajduje się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przechodząc już *stricto* do analizy wyroku, na początku chcę podkreślić, że Trybunał wprost oznajmił, że dodatkowe świadectwo ochronne dla weterynaryjnego produktu leczniczego może być przyznane w państwie Europejskiego Obszaru Gospodarczego na podstawie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu. Trybunał uznał też, że pozwolenie to może zostać wydane zgodnie z administracyjną procedurą dopuszczenia wydawania pozwolenia określonej w tytule III dyrektywy 2001/82/WE oraz na podstawie procedury dopuszczenia w wyjątkowych okolicznościach zgodnie z art. 26 ust. 3 tej samej dyrektywy. Nie mam wątpliwości, że Trybunał Luksemburski prawidłowo zinterpretował te przepisy, ponieważ w szczególności sposób wskazują one, jak wygląda pozwolenie do obrotu w Europejskim Obszarze Gospodarczym i na jakiej podstawie może ono zostać wydane.

Ciekawa jest natomiast wykładnia art. 8 akapitu pierwszego dyrektywy 2001/82/WE. Według Trybunału przepis ten będzie stanowił odstępstwo tylko w przypadku poważnych chorób epizootycznych, w sytuacji braku odpowiednich produktów leczniczych oraz po zawiadomieniu Urzędu Nadzoru EFTA o szczegółowych warunkach zastosowania. Tutaj również nie mam wątpliwości, że Trybunał prawidłowo dokonał wykładni przepisów. Jednak trzeba koniecznie zwrócić uwagę, że w dyrektywie 2001/82/WE Parlamentu Europejskiego i Rady jako organ właściwy nie jest wskazany Urząd Nadzoru EFTA, tylko Komisja Europejska. Dlatego tym bardziej interpretacja Trybunału jest właściwa, gdyż w krajach Unii Europejskiej organem, który należy zawiadomić o szczegółowych warunkach zastosowania, będzie Komisja Europejska, natomiast w państwach Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu,

które oczywiście nie należą do Unii Europejskiej, takim organem zgodnie z wyrokiem trybunału luksemburskiego będzie Urząd Nadzoru EFTA.

Trybunał EFTA w wyroku z 9 kwietnia 2015 r. przyznał wiele kompetencji sądom krajowym. Według Trybunału to sądy krajowe powinny ocenić, czy „specjalne zwolnienia od zezwolenia” lub „licencje AR16”, o których mówią przepisy, zostały prawidłowo wydane zgodnie z przepisami krajowymi. Sprawa ta dotyczy Irlandii i Wielkiej Brytanii, która jeszcze w dniu wydawania wyroku (9 kwietnia 2015 r.) była państwem członkowskim Unii Europejskiej. Trzeba zwrócić uwagę, że dyrektywa unijna musi zostać przyjęta przez państwo członkowskie, jednak w tym przypadku kraj Unii Europejskiej ma bardzo dużą swobodę w implementacji jej przepisów do swojego porządku prawnego – w przeciwieństwie do rozporządzenia. Absolutnie jest to właściwe posunięcie Trybunału. Sądy krajowe nie tylko powinny, ale muszą w tej sytuacji mieć prawo do swobodnej oceny.

Zobaczmy, w jaki sposób Trybunał EFTA zinterpretował art. 4 rozporządzenia (EWG) nr 1768/92, którego treść brzmi: „W granicach ochrony przyznanej patentem podstawowym ochrona przyznana świadectwem rozciąga się jedynie na produkt objęty zezwoleniem na obrót odpowiadającym mu produktem leczniczym oraz na każde użycie produktu jako produktu leczniczego, jakie było dozwolone przed wygaśnięciem świadectwa”¹². Trybunał uznał, że zakres ochrony przyznanej dodatkowym świadectwem ochronnym dotyczy określonego szczepu wirusa objętego patentem podstawowym, ale nieokreślonego w pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu w odniesieniu do szczepionki zawierającej martwe wirusy, tylko jeżeli dany szczep stanowi tę samą substancję czynną co produkt leczniczy, dla którego udzielono pozwolenia, a skutki lecznicze są objęte wskazaniami terapeutycznymi, w odniesieniu do których udzielono pozwolenia na dopuszczenie do obrotu. Artykuł 1 lit. a) rozporządzenia (EWG) nr 1768/92 zawierał definicję, według której

¹² Rozporządzenie Rady (EWG) NR 1768/92 z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczące stworzenia dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz.Urz. L 182, 02/07/1992 P. 0001 – 0005.

produkt leczniczy to każda substancja lub mieszanina substancji przeznaczonych do zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt, lub podawana ludziom lub zwierzętom w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia czy modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu ludzkiego lub zwierzęcego. Jestem przekonany, że szczepionka przeciwko wirusowej chorobie trzustki u ryb może zostać sklasyfikowana na podstawie tego przepisu jako produkt leczniczy. Trybunał znowu określił, że to w kompetencji sądu krajowego leży ocena, czy dany produkt leczniczy będzie wymagał odrębnego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu. Dodatkowo Trybunał w jasny sposób stwierdził, że dodatkowe świadectwo ochronne nie będzie ważne w zakresie, który przekracza zakres określony w pozwoleniu na dopuszczenie do obrotu. Wszystkie te interpretacje są w mojej ocenie prawidłowe.

Zakończenie

Wyrok Trybunału EFTA z 9 kwietnia 2015 r. w sprawie E-16/14 Pharmaq AS przeciwko Intervet International BV stanowi jasną i kompletną informację dotyczącą tego, kiedy szczepionki zostaną dopuszczone do obrotu w Europejskim Obszarze Gospodarczym. Pomimo iż opiera się on głównie na aktach prawnych, które zostały zastąpione przez Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 469/2009 i Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/6 z dnia 11 grudnia 2018 r.¹³, to jednak duża część lub nawet większość elementów z dyrektywy 2001/82/WE i rozporządzenia (EWG) nr 1768/92 jest nadal obowiązująca w porządku prawnym. Wyrok stanowi w mojej ocenie doskonały materiał do analizy porównawczej, w jaki sposób pozwolenie na obrót w przemyśle farmaceutycznym może wyglądać w Polsce i w innych krajach Unii Europejskiej, a jak w państwach, które nie należą do UE. Jestem przekonany, że czytając ten artykuł, swoją wiedzę

¹³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/6 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie weterynaryjnych produktów leczniczych i uchylające dyrektywę 2001/82/WE, Dz.Urz. UE L 2019 Nr 4, s. 43.

mogą poszerzyć zarówno farmaceutyci oraz lekarze weterynarii, jak również każdy, kto interesuje się prawem farmaceutycznym lub prawem weterynaryjnym.

Bibliografia

Akty prawne

Dyrektywa 2001/82/WE z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do weterynaryjnych produktów leczniczych, Dz.U. L 311 z 28.11.2001.

Lov om patenter, LOV-1967-12-15-9, Justis- og beredskapsdepartementet.

Rozporządzenie Rady (EWG) nr 1768/92 z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczące stworzenia dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz.Urz. L 182, 02/07/1992 P. 0001 – 0005.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 469/2009 z dnia 6 maja 2009 r. dotyczące dodatkowego świadectwa ochronnego dla produktów leczniczych, Dz.Urz.UE L Nr 152.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/6 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie weterynaryjnych produktów leczniczych i uchylające dyrektywę 2001/82/WE, Dz.Urz.UE.L 2019 Nr 4, s. 43.

Adresy internetowe

<https://eftacourt.int>

<https://konkurransetilsynet.no>

<https://msd-animal-health.nl>

<https://pharmaq.com>

Orzeczenia sądowe

Judgment of the EFTA Court 9 April 2015 in Case E-16/14.

A b s t r a c t

Authorization of medicinal products on the market in the judgment of the EFTA Court in case E-16/14 Pharmaq AS v Intervet International BV

The publication is a commentary on an important judgment of the EFTA Court of April 9, 2015 regarding the scope of marketing authorization for vaccines or medicinal products. The first part presents the most important information and circumstances regarding the case. Later, you can find the questions that the Oslo District Court referred to the EFTA Court in Luxembourg. The following parts contain a detailed analysis of the EFTA Court's judgment and the author's commentary. I am convinced that by reading this article, every person interested in pharmaceutical law or veterinary law will be able to expand their knowledge. The publication may also prompt reflection on what beneficial solutions Polish law could derive from Scandinavian law.

Keywords: pharmaceutical law, veterinary law, vaccine, medical products.