Warszawski Uniwersytet Medyczny

PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO

KWARTALNIK nr 1/2020 (3)



PRZEGLĄD PRAWA MEDYCZNEGO
kwartalnik
Czasopismo recenzowane według wytycznych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Rada Programowa
Przewodniczący prof. dr hab. Mirosław Wielgoś

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

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

Redaktor naczelny
dr hab. Maria Boratyńska

Redaktor ds. medycznych
prof. dr hab. Agnieszka Cudnoch-Jędrzejewska

Redaktor ds. bioetycznych
dr Joanna Różyńska

Redaktor ds. praw autorskich
dr hab. Wojciech Machała

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

Redaktor językowy
Maciej Ganczar

Dział promocji
dr Antonina Doroszewska

Redaktor statystyczny
mgr inż. Krzysztof Krasuski

Redaktor techniczny
mgr Wojciech Rożdżeński

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 2657-8573T e-ISSN 2719-3748

Tytuł dofinansowany przez Śląską Izbę Lekarską

Spis treści

Dr Damian Kaczan
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Reakcja ustawodawcy na pojawienie się wirusa SARS-CoV-2 – analiza ustawy z dnia 2 marca 2020 r. 5

Prof. dr hab. Adam Górski
Uniwersytet Jagielloński
Dr Emilia Sarnacka
Uniwersytet Medyczny w Białymstoku

Uwagi do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 27 czerwca 2013 r., I ACa 361/13, LEX nr 1342253 48

Mgr Marta Puścion
Uniwersytet Warszawski

Opieka nad kobietą w ciąży na granicy życia 68

Mgr Paulina Leń
Uniwersytet Warszawski

Prawidłowa legislacja urzędowej zmiany płci w świetle rekomendacji europejskich oraz na tle najnowszych uregulowań w prawie obcym 95

ORZECZNICTWO

Prof. dr hab. Mirosław Nesterowicz
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16 marca 2017 r., I ACa 621/17 141

Dr Jan Ciechorski
Wyższa Szkoła Humanistyczna w Sosnowcu

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 17 listopada 2016 r., sygn. I ACa 838/16 149

SPRAWOZDANIA, RECENZJE, NOTY

Aleksandra Palczyńska, Daniela Pawłowska
Uniwersytet w Białymstoku

Sprawozdanie z ogólnopolskiej konferencji naukowej „MEDiacja” 163

Damian Kaczan

Reakcja ustawodawcy na pojawienie się wirusa SARS-CoV-2 – analiza ustawy z dnia 2 marca 2020 r.

I. Wprowadzenie

Dnia 2 marca 2020 r. Sejm uchwalił ustawę o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych[1] (dalej: u.COVID-19). Dnia 7 marca 2020 r. ogłoszono ją w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, a dnia 8 marca 2020 r. weszła w życie. Projekt powołanego aktu normatywnego wpłynął do Sejmu dnia 1 marca 2020 r.[2] Proces legislacyjny w przypadku u.COVID-19 trwał zatem niezwykle krótko[3]. Potrzebę wprowadzenia nowych rozwiązań prawnych ustawodawca niewątpliwie uznał więc za bardzo pilną ze względu na wagę problemu rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2. W uzasadnieniu projektu badanej ustawy nie znalazło to jednak odzwierciedlenia[4]. Projektodawca stwierdził jedynie, że rosnąca liczba zachorowań wywołanych przez powyższy patogen stanowi zagrożenie dla zdrowia publicznego. Nie określił natomiast istoty niebezpieczeństwa. Nie przedstawił też, jak zmiana stanu prawnego wpłynie na tempo owego wzrostu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Istnieje zatem obawa, iż

---

1 Dz.U. poz. 374.

2 Dane pochodzą ze strony internetowej Sejmu IX kadencji, https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/proces.xsp, dostęp dnia 9 kwietnia 2020 r.

3 Średni czas tego procesu w bieżącej kadencji Sejmu wynosi 41 dni – dane pochodzą ze strony internetowej https://sejmometr.pl, dostęp dnia 9 kwietnia 2020 r.

4 Sejm IX kadencji, druk nr 265.

legislatorzy działali pod wpływem silnych emocji wywołanych doniesieniami medialnymi. Dlatego rozważenia wymaga, czy w chwili uchwalenia nowej ustawy istniały powody wprowadzania zawartych w niej rozwiązań do polskiego systemu normatywnego. Badania w tym zakresie ułatwią także ocenę konieczności dalszego obowiązywania u.COVID-19.

Wiele norm wynikających z przepisów powołanego źródła prawa ma charakter epizodyczny i ograniczony zakres przedmiotowy. W konsekwencji nie znajdą zastosowania po upływie terminów określonych w art. 36 u.COVID-19 ani w razie wcześniejszego wystąpienia niebezpieczeństwa podobnego do epidemii COVID-19. Pomimo tego poszczególne rozwiązania prawne przyjęte w nowej ustawie warto poddać analizie celem sformułowania w stosunku do nich jednego z dwóch postulatów: przeniesienia na grunt innych aktów normatywnych albo niezwłocznego uchylenia (niezależnie od postanowień art. 36 u.COVID-19). Trzeba bowiem pamiętać, iż co pewien czas dochodzi do wybuchu epidemii wywoływanej przez patogen szczególnie niebezpieczny dla zdrowia publicznego – np. wirus: SARS-CoV w 2002 r., AH1N1 w 2009 r., MERS-CoV w 2012 r. oraz Ebola od 2014 r.[5]

Wadliwość pierwotnego brzmienia u.COVID-19 sugeruje sam ustawodawca. Już w dniach 31 marca oraz 1 kwietnia 2020 r. weszły w życie dwie obszerne nowelizacje u.COVID-19[6] (częściowo także z mocą wsteczną), a w dniu 9 kwietnia 2020 r. Sejm uchwalił kolejną, co do której Senat nie zajął jeszcze stanowiska (stan na dzień 10 kwietnia 2020 r.)[7]. Teza ta wymaga jednak weryfikacji, ponieważ przeciw słuszności

[5] Dane pochodzą ze stron internetowych: Światowej Organizacji Zdrowia, https://www.who.int; oraz amerykańskiej agencji epidemiologicznej Centers for Disease Control and Prevention, https://www.cdc.gov, dostęp dnia 9 kwietnia 2020 r.

[6] Są to odpowiednio: ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 568) oraz ustawa z tego samego dnia o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (Dz.U. poz. 567).

[7] Ustawę o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, Senat X kadencji, druk nr 101.

podniesionego argumentu przemawia jeszcze krótszy czas trwania procesu legislacyjnego w odniesieniu do owych zmian prawnych, niż w przypadku u.COVID-19 – stosowne projekty złożono odpowiednio w dniach 26 marca oraz 7 kwietnia 2020 r.[8]

Niniejszy artykuł poświęcono właśnie zaprezentowanej problematyce. Ze względu na ograniczoną objętość publikacji w tej formie oraz dbałość o spójność wywodu w opracowaniu uwzględniono jedynie kluczowe postanowienia u.COVID-19 służące realizacji podstawowego celu ustawodawcy zasygnalizowanego w uzasadnieniu jej projektu (zapobieganie niebezpieczeństwu dla zdrowia publicznego spowodowanego rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2).

II. Zasadność uchwalenia i dalszego obowiązywania u.COVID-19

Analiza celowości uchwalenia i dalszego obowiązywania u.COVID-19 z punktu widzenia ochrony zdrowia publicznego wymaga uwzględnienia wiedzy medycznej o nowej chorobie oraz postanowień ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi[9] (dalej: u.z.ch.z.).

II.1. Wiedza medyczna o COVID-19

Pierwsze przypadki zachorowań na COVID-19 odnotowano na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej. W dniu wniesienia projektu u.COVID-19 liczba zgłoszeń nowych zakażeń wirusem SARS-CoV-2 w tym państwie wyraźnie spadała[10]. Od dłuższego czasu odnotowuje się tam nie więcej niż 80 kolejnych infekcji dziennie. O kontrolowanym przebiegu epidemii można mówić też m.in. w odniesieniu do Cesarstwa Japonii oraz Republiki Korei, choć w pierwszym przypadku nastąpił

[8] Sejm IX kadencji, druki nr 299, 301 i 330. Dane pochodzą ze strony internetowej Sejmu IX kadencji – zob. przypis nr 2.

[9] Dz.U. z 2019 r., poz. 1239.

[10] Kilkaset nowych przypadków dziennie w porównaniu do kilku tysięcy każdego dnia w szczytowym okresie rozwoju epidemii.

ponowny wzrost dziennej liczby zakażeń nowym patogenem. W skali całego świata w dniu 2 marca 2020 r. widoczna była tendencja rosnąca. Natomiast w dniu ukończenia pracy nad niniejszym opracowaniem liczba zgłoszeń nowych zachorowań na COVID-19 wydaje się ustabilizowana. Można zatem zakładać, że problem szybkiego rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2 ma charakter przejściowy lub okresowy. Przypuszczenie to uzasadnia także wyraźny spadek liczby nowych zachorowań na COVID-19 w Republice Włoskiej (około 4 tys. dziennie w porównaniu do 6 tys. na dzień we wcześniejszym okresie) oraz w Królestwie Hiszpanii (około 5 tys. dziennie w porównaniu do około 8 tys. na dzień)[11].

Podobny przebieg epidemii w tak różnych państwach i zamieszkujących je społeczeństwach jak wyliczone powyżej może wynikać z ograniczonej skuteczności izolacyjnych środków zapobiegania rozprzestrzenianiu się nowego patogenu. Wynika ona m.in. z ryzyka przenoszenia wirusa SARS-CoV-2 na inne osoby jeszcze przed wystąpieniem pierwszych objawów choroby. Ponadto w znaczącej większości przypadków (80%) infekcja przebiega łagodnie albo nawet bezobjawowo. Wówczas pacjent cierpi ewentualnie na dolegliwości zbliżone do pojawiających się w razie zakażenia wirusem grypy lub innym powszechnie występującym patogenem[12].

Wobec powyższego do eradykacji nowej choroby doprowadzi zapewne dopiero wprowadzenie do powszechnego stosowania odpowiedniej szczepionki lub przynajmniej leku o działaniu przyczynowym. Do tego czasu podstawową metodą ograniczenia rozwoju epidemii COVID-19 wykorzystywaną na świecie w połączeniu ze środkami izolacyjnymi pozostaje tzw. dystans społeczny. Służy on rozłożeniu w czasie prognozowanej liczby zachorowań, co ma duże znaczenie w kontekście ograniczonych zasobów systemu ochrony zdrowia. Nadzwyczajnych rozwiązań nie sposób jednak stosować przez długi czas ze względu na

[11] Dane statystyczne ze strony internetowej Światowej Organizacji Zdrowia, powołanej w przypisie nr 5, oraz ze strony internetowej Worldometer, https://www.worldometers.info, dostęp dnia 10 kwietnia 2020 r.

[12] P. Weiss, D.R. Murdoch, *Clinical course and mortality risk of severe COVID-19*, The Lancet 2020, https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(20)30633-4.pdf, 31 marca 2020 r.

ryzyko wywołania poważnego kryzysu gospodarczego, a nawet trwałego przerwania łańcuchów dostaw towarów, w tym niezbędnych dla funkcjonowania placówek opieki zdrowotnej. Rezygnacja z zachowania dystansu społecznego przed rozpowszechnieniem stosownych produktów leczniczych stwarza natomiast ryzyko ponownego wybuchu epidemii. Wówczas gospodarka osłabiona wcześniejszymi restrykcjami może mieć znacznie większe niż wcześniej trudności w zapewnieniu dostępności produktów niezbędnych do zwalczania COVID-19. Reakcja ustawodawcy na rozprzestrzenianie się wirusa SARS-CoV-2 powinna uwzględniać też niepewność osiągnięcia efektu prac badawczych mających na celu opracowanie odpowiedniej szczepionki oraz okoliczność, iż w przypadku ich powodzenia nie sposób oczekiwać wprowadzenia takiego produktu leczniczego do powszechnego stosowania przed upływem 12 miesięcy. Kluczowe pozostaje więc zwiększanie potencjału (pojemności) systemu opieki zdrowotnej poprzez maksymalizację produkcji potrzebnego sprzętu (zwłaszcza respiratorów) i obecnych już w obrocie produktów leczniczych o działaniu objawowym, których stosowanie znacząco zwiększa szanse na wyzdrowienie pacjenta znajdującego się w ciężkim stanie[13] (czemu sprzyja raczej pobudzanie gospodarki), oraz promocja zachowań indywidualnych zmniejszających transmisję patogenu[14].

Znaczenie ostatniego czynnika wydaje się kluczowe, jeżeli wziąć pod uwagę przykłady Cesarstwa Japonii i Republiki Korei. W pierwszym

---

[13] Główne bezpośrednie niebezpieczeństwo dla życia człowieka chorego na COVID-19 nie wynika z replikacji wirusa SARS-CoV-2 ani obecności jego produktów, lecz nadmiernej odpowiedzi organizmu na zakażenie w postaci stanu zapalnego obejmującego płuca. Tę – jak wynika z treści właściwej Charakterystyki Produktu Leczniczego – skutecznie hamuje m.in. substancja czynna obecna w leku o nazwie arechin – dane pochodzą z Rejestru Produktów Leczniczych, https://pub.rejestrymedyczne.csioz.gov.pl/ProduktSzczegoly.aspx?id=735, dostęp dnia 25 marca 2020 r.; P. Mehta, D.F. McAuley, M. Brown et al., *COVID-19: consider cytokine storm syndromes and immunosuppression*, The Lancet 2020, https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30628-0/fulltext, dostęp dnia 16 marca 2020 r.; P. Weiss, D.R. Murdoch, *Clinical*..., zob. przypis nr 11.

[14] R.M. Anderson, H. Heesterbeek, D. Klinkenberg, T. Déirdre Hollingsworth, *How will country-based mitigation measures influence the course of the COVID-19 epidemic?*, The Lancet 2020, https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30567-5/fulltext, dostęp dnia 13 marca 2020 r.; A. Remuzzi, G. Remuzzi, *COVID-19 and Italy: what next?*, The Lancet 2020, https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30627-9/fulltext, dostęp dnia 14 marca 2020 r.

państwie reakcje organów władzy publicznej na rozprzestrzenianie się wirusa SARS-CoV-2 nie różnią się znacząco od interwencji podejmowanych w innych częściach świata. W drugim natomiast podjęto zdecydowanie mniej radykalne działania. Pomimo tego oraz gęstości zaludnienia na poziomie średnio odpowiednio 347 osób na km^2 (w istocie jest ona wyższa, ponieważ znaczną część japońskiego terytorium zajmują słabo zaludnione tereny górzyste) oraz 527 osób na km^2 liczba zachorowań na nową chorobę w wyliczonych państwach wynosi odpowiednio tylko: 44[15] i 204 na milion mieszkańców. W Chińskiej Republice Ludowej wskaźnik ten osiągnął wartość 57, w Republice Włoskiej 2375, a w Królestwie Hiszpanii aż 3277 osób na milion mieszkańców. Dla porównania w ostatnich trzech państwach gęstość zaludnienia wynosi odpowiednio 153, 206 i 93 osoby na km^2. Jak powszechnie wiadomo, w japońskiej i koreańskiej kulturze utrwaliły się zachowania indywidualne hamujące transmisję rozmaitych patogenów. W szczególności rygorystycznie przestrzega się tam zasad higieny oraz powszechnie i poprawnie stosuje się środki ochrony osobistej. Ponadto większość przedstawicieli tych społeczeństw dobrowolnie zastosowała się do apeli ekspertów i organów władzy publicznej[16].

II.2. Stan prawny przed wejściem w życie u.COVID-19

Jak się wydaje, ustawodawca polski przyjął założenie, że ze względu na oczywiste różnice pomiędzy kulturami: polską a japońską i koreańską, nasze społeczeństwo nie wykaże się konieczną dyscypliną dobrowolnie. W przeciwnym razie nie uznałby za celowe wprowadzenia u.COVID-19 do systemu normatywnego. Nie można jednak z całą pewnością stwierdzić, iż

---

[15] O ile pominąć zakażenia wśród pasażerów statku *Diamentowa Księżniczka* jako mające miejsce w specyficznym środowisku.

[16] H. Legido-Quigley, N. Asgari, Y. Ying Teo et al., *Are high-performing health systems resilient against the COVID-19 epidemic?*, The Lancet 2020, https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30551-1/fulltext, dostęp dnia 16 marca 2020 r.; D. Fisher, A. Wilder-Smith, *The global community needs to swiftly ramp up the response to contain COVID-19*, The Lancet 2020, https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2930679-6, dostęp dnia 4 kwietnia 2020 r. Dane statystyczne pochodzą ze stron internetowych Światowej Organizacji Zdrowia, powołanej w przypisie nr 5, i Worldometer, powołanej w przypisie nr 10, dostęp dnia 9 kwietnia 2020 r.

właściwie przeprowadzona promocja potrzebnych zachowań nie wystarczyłaby do spowolnienia rozwoju epidemii COVID-19 w niezbędnym stopniu. Gdyby mimo to podzielić zaprezentowany pogląd ustawodawcy, ocena zasadności jego interwencji zależy od dopuszczalności wymuszenia zachowania dystansu społecznego oraz stosowania środków izolacyjnych na podstawie u.z.ch.z. wedle stanu prawnego na dzień 7 marca 2020 r.

II.2.1. Nieruchomości dostępne dla publiczności

Z art. 22 ust. 1 u.z.ch.z. (*notabene* niezmienionego w zw. z wejściem w życie u.COVID-19) wynika obowiązek utrzymywania nieruchomości w należytym stanie higieniczno-sanitarnym w celu zapobiegania zakażeniom i chorobom zakaźnym. Zaadresowano go do właścicieli, posiadaczy i zarządzających rzeczą. Irrelewantne pozostaje, czy zaliczają się do sektora publicznego czy prywatnego (*lege non distinguente*). Powyższą normę zaadresowano więc także do uczelni, podmiotów prowadzących szkoły, kina, teatry, sklepy i inne placówki, gdzie występuje ryzyko przebywania w tym samym czasie znacznej liczby ludzi na niewielkiej powierzchni[17]. Zawarty w powołanej regulacji katalog zachowań nakazanych ma charakter jedynie przykładowy (posłużono się wyrażeniem „w szczególności")[18]. Ponadto na mocy ust. 2 tego przepisu upoważniono ministra właściwego do spraw zdrowia do wydania rozporządzenia określającego szczegółowe wymagania sanitarnohigieniczne dla obiektów produkcyjnych, usługowych i handlowych oraz sposoby postępowania – w zależności od aktualnej sytuacji epidemiologicznej. Do kontroli spełnienia powyższych wymogów uprawniono państwowego inspektora sanitarnego. Jeżeli stwierdzi on uchybienia w tym zakresie, nakazuje w drodze decyzji usunięcie ich w ustalonym terminie, a w razie wystąpienia bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia ludzi – zastosowanie innych środków, np. wstrzymanie prowadzenia określonej działalności w całości lub w części (art. 27 ust. 1–2 ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji

[17] Wyrok WSA w Łodzi z dnia 29 października 2009 r., III SA/Łd 252/09, Legalis nr 207404.

[18] M. Zieliński [w:] S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, s. 101.

Sanitarnej[19])[20]. Państwowi, powiatowi i graniczni inspektorzy sanitarni mogą także podejmować niezbędne czynności mające na celu zapobieganie oraz zwalczanie szerzenia się zakażeń i zachorowań na chorobę zakaźną na podstawie 32 ust. 1 u.z.ch.z.

II.2.2. Kompetencje prawodawcze organów władzy wykonawczej

Ustawodawca już przed dniem 8 marca 2020 r. dopuszczał wprowadzenie przez organy władzy wykonawczej rozwiązań prawnych powszechnie obowiązujących w poszczególnych województwach (lub ich częściach) albo na całym terytorium RP. Zgodnie z art. 46 ust. 1–2 u.z.ch.z. (również niezmienionym wraz z wejściem w życie u.COVID-19) odpowiednio wojewodowie albo minister właściwy do spraw zdrowia mogą ogłosić (i odwołać) stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii. Ta kompetencja wyliczonych organów władz publicznych budzi wątpliwości odnośnie do zgodności z art. 228 Konstytucji RP z 1997 r. Katalog stanów nadzwyczajnych uzasadniających czasowe ograniczenie wolności i praw człowieka i obywatela w zakresie znacząco szerszym niż w sytuacji zwyczajnej[21] – z powodu wystąpienia szczególnego niebezpieczeństwa – ma bowiem charakter zamknięty[22]. Pomijając ich rozstrzygnięcie jako problemu wykraczającego poza problematykę, której poświęcono niniejszy artykuł, należy zauważyć, że ogłoszenie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii skutkuje uzyskaniem przez centralne organy władzy publicznej bardzo szerokich uprawnień. Na mocy art. 46 ust. 4 u.z.ch.z. rozporządzenie, w drodze którego ogłasza się jeden z wyliczonych stanów, może bowiem stanowić m.in. o: czasowym ograniczeniu określonego sposobu przemieszczania się (pkt 1) – więc w szczególności za pomocą środków transportu zbiorowego – czasowym ograniczeniu funkcjonowania określonych instytucji lub zakładów pracy (pkt 3) – co

[19] Dz.U. z 2019 r., poz. 59.

[20] Wyrok NSA z dnia 25 lipca 2019 r., II OSK 1940/18, Legalis nr 2202058.

[21] Wyrok TK z dnia 21 kwietnia 2009 r., K 50/07, OTK-A 2009, nr 4, poz. 51.

[22] M. Radajewski, *Procedura wprowadzania stanów nadzwyczajnych – wybrane problemy*, PPP 2015, nr 6, s. 108 i powołana tam literatura.

zdaje się dotyczyć przykładowo szkół, przedszkoli, uczelni, restauracji, kin i teatrów – oraz o zakazie organizowania widowisk i innych zgromadzeń ludności (pkt 4).

Zastosowanie u.z.ch.z. do COVID-19 stało się możliwe już dnia 27 lutego 2020 r. na podstawie wydanego dzień wcześniej rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie zakażenia koronawirusem SARS-CoV-2[23] (art. 3 ust. 2–3 u.z.ch.z.). Ponadto art. 3 ust. 2 u.z.ch.z. zawiera upoważnienie dla tego ministra do ustalenia – w razie konieczności – szczególnego sposobu postępowania świadczeniodawców i osób narażonych na zakażenie lub zachorowanie przez czas określony w rozporządzeniu (co odpowiada charakterowi zagrożenia epidemicznego – niezależnie od jego przyczyny). Z uprawnienia tego minister nie skorzystał.

Przyznanie ministrowi powyższych kompetencji budzi wątpliwości z punktu widzenia konstytucyjnej ochrony: wolności działalności gospodarczej, której szczególny typ stanowi działalność lecznicza[24], prawa własności[25] i wolności osobistej człowieka. Ograniczenie ostatniej wolności w rozporządzeniu jest niedopuszczalne[26]. W przypadku dwóch pozostałych[27] wolno tego dokonać, ale upoważnienie do wydania aktu rangi podustawowej nie może mieć charakteru blankietowego[28]. Takim wydaje się natomiast umocowanie zawarte w art. 3 ust. 2 u.z.ch.z. W przepisie

---

[23] Dz.U. poz. 27.

[24] Zgodnie z art. 2 pkt 28 u.z.ch.z. w zw. z art. 5 pkt 41 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1373 – t.j.) oraz z art. 3–6 i art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2020 r., poz. 295 – t.j.) – dalej: u.d.l. Z. Banaszczyk, *Formy prowadzenia działalności leczniczej*, SPP 2016, nr 3–4, s. 7–9, 13–14.

[25] U. Kalina-Prasznic, *Przedsiębiorca – właściciel w społecznej gospodarce rynkowej*, [w:] T. Kocowski, J. Gola (red.), *Przegląd Prawa i Administracji. Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej. T. 53*, Wrocław 2015, s. 190, 192.

[26] W art. 22, art. 64 ust. 3 Konstytucji RP z 1997 r. posłużono się wyrażeniem „w drodze ustawy", a w art. 31 ust. 3 sformułowaniem „w ustawie". Rozwinięto je w art. 41 ust. 1 ustawy zasadniczej (ustrojodawca wymaga w nim uregulowania w ustawie zasad oraz trybu pozbawienia i ograniczenia wolności osobistej). K. Wojtyczek, [w:] P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2014, s. 91 i n.; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 372.

[27] Wyrok TK z dnia 25 lipca 2006 r., P 24/05, OTK-A 2006, nr 7, poz. 87.

[28] Wyrok TK z dnia 18 lutego 2014 r., K 29/12, OTK-A 2014, nr 2, poz. 11.

owym nie określono przedmiotowych granic kompetencji organu władzy wykonawczej, celu, jakiemu mają służyć wprowadzane ograniczenia, ani stopnia zagrożenia epidemicznego uzasadniającego skorzystanie z analizowanej kompetencji. Nie jest pewne, czy ustawodawca uznaje zaprezentowane zastrzeżenia za zasadne. Z jednej strony wejście w życie u.COVID-19 sugeruje, że tak. Z drugiej jednak strony w uzasadnieniu projektu badanej ustawy brak odniesienia do przedstawianego problemu oraz postanowienia uchylającego albo zmieniającego art. 3 ust. 2 u.z.ch.z.

II.2.3. Przymus medyczny. Konkluzje

Stosowanie, także przymusowe, środków takich jak izolacja i kwarantanna oraz prowadzenie nadzoru epidemiologicznego również było dopuszczalne przed wejściem w życie u.COVID-19 – zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. e–g i pkt 4 oraz art. 34–36 u.z.ch.z. W związku z powyższym uzasadnione wydaje się stwierdzenie, iż na podstawie przepisów obowiązujących przed dniem 8 marca 2020 r. możliwe było podejmowanie przez organy władzy publicznej skutecznych działań służących spowolnieniu rozwoju epidemii COVID-19. W konsekwencji interwencja ustawodawcy w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 nie była niezbędna w chwili uchwalenia u.COVID-19. To samo dotyczy dalszego obowiązywania badanej ustawy. Zaprezentowane rozważania nie pozwalają jednak rozstrzygnąć, czy postanowienia nowego źródła prawa są zbędne. Dokonanie oceny w owym zakresie wymaga analizy poszczególnych przepisów u.COVID-19, którym poświęcone są dalsze uwagi zawarte w niniejszym opracowaniu.

III. Tytuł u.COVID-19 i jej przepisy ogólne

III.1. Tytuł u.COVID-19

Tytuł nowego aktu prawnego sugeruje, że uregulowano w nim stosunki prawne związane z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem wszelkich chorób zakaźnych, a nie tylko COVID-19. W istocie jednak jej art. 1 i art. 2 ust. 1 stanowią inaczej. Tytuł nowej ustawy jest więc

mylący. Zamiast odniesień do „innych chorób zakaźnych" powinien zawierać sformułowanie „oraz o zmianie niektórych innych ustaw" (§ 96 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" – dalej: z.t.p.)[29].

III.2. Zakres przedmiotowy u.COVID-19

W przepisach ogólnych u.COVID-19 uregulowano głównie zakres przedmiotowy tego źródła prawa. Na mocy art. 1 ust. 1 określa ono: zasady i tryb zapobiegania oraz zwalczania zakażeń wirusem SARS-CoV-2, a także rozprzestrzeniania się wywoływanej nim choroby u ludzi (pkt 1), zadania organów administracji publicznej w tym zakresie (pkt 2), uprawnienia i obowiązki świadczeniodawców oraz osób przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej związane z realizacją celów, o których mowa w pkt 1 (pkt 3), jak również reguły pokrywania kosztów działań wyliczonych w pozostałych punktach tego przepisu (pkt 4). Powołane unormowanie zredagowano wadliwie. Pojęcie „zasad i trybu" osiągania zamierzeń ustawodawcy zasygnalizowanych w art. 1 ust. 1 pkt 1 u.COVID-19 obejmuje problematykę wymienioną w pkt 2–3 tej samej jednostki redakcyjnej. W konsekwencji są one zbędne.

W przepisach ogólnych u.COVID-19 brak postanowienia wyłączającego zastosowanie badanej ustawy do jakichkolwiek stosunków społecznych spełniających przesłanki określone w jej art. 1 ust. 1. Dlatego art. 2 ust. 1 u.COVID-19 wydaje się częściowo zbędny (w istocie powtarza art. 1 ust. 1 tej samej ustawy). Jedyną nowością, jaką zawiera, pozostaje definicja legalna choroby COVID-19. Podobny skutek ustawodawca osiągnąłby jednak, gdyby posłużył się formułą: „COVID-19 jest to choroba zakaźna wywoływana u ludzi przez wirusa SARS-CoV-2".

Spełnienie powyższego postulatu pozwoliłoby wyeliminować także inną wadę art. 2 ust. 1 u.COVID-19. W obecnym brzmieniu przepis nie odnosi się do problemu wywoływania choroby przez wirusa SARS-CoV-2 u ludzi, choć mowa o tym w art. 1 ust. 1 pkt 1 analizowanej ustawy.

[29] Dz.U. z 2016 r., poz. 283 – t.j.

W konsekwencji argument z zakazu dokonywania wykładni *per non est* przemawia *prima facie* za wykładnią, zgodnie z którą art. 2 ust. 1 rozszerza zakres przedmiotowy u.COVID-19 względem wynikającego z jej art. 1 ust. 1. Takie stanowisko prowadzi jednak do wniosków nieracjonalnych i niezgodnych z zasadą proporcjonalności (art. 2 Konstytucji RP z 1997 r.[30]), iż szczególne rozwiązania przewidziane w u.COVID-19 służą również ratowaniu zdrowia zwierząt, pomimo iż godzą w wartości takie jak wolność osobista człowieka, wolność działalności gospodarczej oraz własność, a także skutkują zaangażowaniem znacznych zasobów i środków publicznych.

III.3. Odesłanie do u.z.ch.z.

Analizując przepisy ogólne u.COVID-19, warto zwrócić uwagę na odesłanie do postanowień u.z.ch.z. w zakresie nieuregulowanym w tym akcie prawnym (art. 1 ust. 2). Ustawodawca zdaje się zatem sygnalizować, że dostrzega tożsamość istoty zagrożenia wynikającego z rozprzestrzeniania się COVID-19 z niebezpieczeństwem związanym z innymi chorobami zakaźnymi, co stanowi kolejny argument przeciw wprowadzeniu badanego źródła prawa do polskiego systemu i jego dalszemu obowiązywaniu. Analizowana interwencja legislacyjna pomimo świadomości tej okoliczności po stronie prawodawcy dziwi tym bardziej, że zawsze istnieje ryzyko wybuchu epidemii więcej niż jednej choroby w podobnym czasie. Dlatego wejście w życie u.COVID-19 zasługuje na krytykę z dwóch powodów. Po pierwsze, wymaga postępowania wedle różnych reguł celem zwalczania czynników chorobotwórczych wywołujących podobne dolegliwości i rozprzestrzeniających się w ten sam sposób. Po drugie, zniechęca do podejmowania jakichkolwiek działań do czasu rozstrzygnięcia, czy w konkretnym przypadku zastosowanie znajdują przepisy u.COVID-19, czy wyłącznie postanowienia u.z.ch.z. Jak już bowiem zasygnalizowano, objawy COVID-19 i mechanizm zakażenia wirusem SARS-CoV-2 są nieswoiste. U pacjentów zapadających na

[30] Wyrok TK z dnia 26 czerwca 2019 r. K 16/17, Legalis nr 1949242, i wyrok TK z dnia 8 kwietnia 1998 r., K 10/97, OTK 1998 nr 3, poz. 29.

nową chorobę najczęściej występuje wysoka gorączka, kaszel i trudności oddechowe, a patogen ją wywołujący przenosi się drogą kropelkową. W konsekwencji odróżnienie osoby zakażonej wirusem SARS-CoV-2 od innych pacjentów wymaga przeprowadzenia badań laboratoryjnych[31].

III.4. Przeciwdziałanie COVID-19 – definicja legalna

Ostatnim przepisem ogólnym u.COVID-19 jest art. 2 ust. 2 definiujący pojęcie „przeciwdziałania COVID-19". Mianem tym ustawodawca określa wszelkie czynności związane ze zwalczaniem zakażenia, zapobieganiem rozprzestrzenianiu się, profilaktyką oraz zwalczaniem skutków COVID-19. W ramach nowelizacji z dnia 31 marca 2020 r. dodano fragment „w tym społeczno-gospodarczych" w odniesieniu do następstw COVID-19. Zmiana ta zapewne miała na celu dostosowanie przepisów ogólnych badanej ustawy do szeregu nowych rozwiązań prawnych wprowadzanych do niej wraz ze zmianą stanu prawnego. Wydaje się jednak niefortunna niezależnie od przyjętego kierunku interpretacji pierwotnego brzmienia przepisu. Z jednej strony można było go bowiem wykładać w ten sposób, że skoro ustawodawca nie rozróżniał skutków nowej choroby, to powyższa definicja obejmowała też zwalczanie następstw społeczno-gospodarczych epidemii w myśl reguły *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*[32]. Oznaczałoby to, iż dodany fragment przepisu jest zbędny. Z drugiej strony analiza badanej ustawy w poprzednim brzmieniu prowadzi do wniosku, iż przeciwdziałanie COVID-19 miało dotyczyć zdrowotnych konsekwencji rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2, co korespondowało z zasygnalizowanym już celem ustawodawcy i funkcją analizowanych niżej przepisów u.COVID-19. Obecne brzmienie art. 2 ust. 2 u.COVID-19 może natomiast prowadzić do absurdalnych

[31] Dane o objawach COVID-19, mechanizmie rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2 dostępne są na stronach internetowych: Światowej Organizacji Zdrowia oraz amerykańskiej agencji epidemiologicznej Centers for Disease Control and Prevention; powołanych w przypisie nr 5, dostęp dnia 9 kwietnia 2020 r.

[32] L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 107.

wniosków, iż przykładowo pracodawcy wolno kierować pracownika do pracy zdalnej celem usunięcia społeczno-gospodarczych skutków COVID-19.

Niezależnie od powyższego powołana regulacja jawi się jako niedopracowana w kontekście zasad techniki prawodawczej z dwóch powodów (§ 146 ust. 1 z.t.p.). Po pierwsze, definiowane pojęcie w językach potocznym i specjalistycznym jest powszechnie zrozumiałe, nie pozostaje wieloznaczne ani rozumiane inaczej niż na gruncie krytykowanego unormowania. Po drugie, bardzo ogólna formuła przyjęta w art. 2 ust. 2 u.COVID-19 powoduje, że przepis w istocie nie ogranicza nieostrości wyrażenia „przeciwdziałanie COVID-19".

III.5. Kolizja postanowień u.COVID-19 z przepisami innych źródeł prawa

Redakcja art. 2 ust. 2 u.COVID-19 budzi także zastrzeżenia natury systemowej. Ustawodawca zaakcentował bowiem, że wszystkie sposoby działania mające na celu powstrzymanie epidemii COVID-19 i jej rozmaitych skutków znajdują się w zbiorze desygnatów pojęcia definiowanego w art. 2 ust. 2 u.COVID-19. Sugeruje to jego wolę legalizacji każdego działania (w tym przez organy władzy publicznej) uzasadnionego zamiarem przeciwdziałania COVID-19 bez względu na postanowienia przepisów innych aktów prawnych (m.in. art. 148 kodeksu karnego i art. 23 kodeksu cywilnego – dalej: k.c.). Ma to duże znaczenie w kontekście szeregu postanowień u.COVID-19. Przykładowo na podstawie art. 10–10a i 11 nowej ustawy Prezesowi Rady Ministrów, ministrowi właściwemu do spraw zdrowia albo wojewodzie przysługuje kompetencja do wydawania poleceń związanych z przeciwdziałaniem COVID-19[33] – wiążących organy administracji publicznej, osoby prawne i jednostki organizacyjne niedysponujące osobowością prawną oraz przedsiębiorców (nawet będących osobami fizycznymi – *lege non distinguente*). Zgodnie z wynikami

[33] Z zastrzeżeniem, iż co do zasady nie powinny dotyczyć istoty spraw, w których ustawy inne niż u.COVID-19 wymagają wydania decyzji administracyjnej, czynności operacyjno-rozpoznawczych, dochodzeniowo-śledczych oraz czynności z zakresu ścigania wykroczeń.

wykładni językowej art. 2 ust. 2 u.COVID-19 powołane przepisy uprawniają więc wyliczone organy władzy wykonawczej do nakazywania m.in. podmiotom prawa cywilnego podjęcia nawet tak radykalnego działania jak pozbawienie życia osoby zakażonej lub podejrzanej o zakażenie wirusem SARS-CoV-2. Jak bowiem zauważono, patogen ów rozprzestrzenia się drogą kropelkową, która wyklucza śmierć zakażonego. Powyższą interpretację jako niezgodną z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 1 Konstytucji RP z 1997 r. (gwarancja prawnej ochrony życia) trzeba rzecz jasna odrzucić. Dlatego należy postulować dokonywanie oceny legalności działań organów władzy wykonawczej, unormowanych w u.COVID-19, ale niedopuszczalnych na gruncie innych aktów prawnych, w kontekście zasady proporcjonalności.

IV. Przepisy szczegółowe u.COVID-19 – uwagi wprowadzające oraz praca na odległość

IV.1. Uwagi wprowadzające

Przepisy szczegółowe analizowanej ustawy dotyczą różnorodnej materii. Jedynie niewielką ich część można bez wątpienia zaliczyć do prawa medycznego. Ochrona zdrowia publicznego w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 wymaga jednak rozważenia podejmowania działań na wielu płaszczyznach. Dlatego wybór unormowań u.COVID-19 wartych poddania analizie w niniejszym opracowaniu nie opierał się na kryterium regulacji udzielania świadczeń zdrowotnych, ale realizacji zasygnalizowanego wyżej celu prawodawcy.

IV.2. Praca zdalna a telepraca – pojęcie

Na podstawie art. 3 u.COVID-19 wprowadzono do polskiego porządku prawnego instytucję pracy zdalnej. Polega ona na czasowym świadczeniu pracy określonej w umowie poza miejscem stałego wykonywania obowiązków pracowniczych. Ostatnia cecha upodabnia ją do telepracy w rozumieniu art. 67^5 i nast. kodeksu pracy (dalej: k.p.), ale wobec zakazu dokonywania wykładni synonimicznej pojęcia owe należy rozumieć odmiennie (§ 10 z.t.p.). Telepracę – w odróżnieniu od pracy

zdalnej – wykonuje się regularnie poza zakładem pracy i zawsze z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej. Ponadto w przypadku pracy zdalnej głównym sposobem przekazywania pracodawcy wyników pracy nie musi być droga elektroniczna – może to być np. osobiste przywożenie gotowych towarów przez pracownika albo wysyłanie ich w ramach tradycyjnej korespondencji. W konsekwencji do pracy zdalnej nie należy stosować wprost przepisów k.p. o telepracy. Warto natomiast rozważyć zastosowanie części z nich *per analogiam*, ponieważ ustawodawca w art. 3 u.COVID-19 pominął szereg problemów istotnych dla stron stosunku pracy w warunkach wykonywania obowiązków pracowniczych na odległość[34].

IV.3. Stosowanie przepisów o telepracy do pracy zdalnej

Wspólne cechy pracy zdalnej i telepracy przemawiają za stosowaniem do tej pierwszej art. 67^{11}–67^{12}, 67^{14}–67^{15} i 67^{17} k.p. niemal bez zmian[35]. W przeciwnym razie niepewność prawa stwarzałaby ryzyko powstania wielu sporów ze stosunku pracy w rozumieniu art. 242 k.p. – przykładowo co do wysokości ekwiwalentu za tymczasowe wykonywanie zadań przez pracownika przy użyciu własnego sprzętu[36]. Ponadto stosowanie przepisów o telepracy pozwala rozstrzygnąć wątpliwości co do skuteczności braku zgody pracownika na kontrolę wykonywania obowiązków pracowniczych w jego domu – dokonywaną przez pracodawcę jako podmiot, któremu pracownik jest podporządkowany w zakresie wynikającym ze stosunku pracy[37]. Prezentowane

---

[34] Należą do nich: problem dostarczenia pracownikowi sprzętu niezbędnego do wykonywania pracy zdalnej, ubezpieczanie go, pokrycia kosztów instalacji, serwisu, eksploatacji i konserwacji, a także pomocy technicznej i szkolenia z zakresu obsługi tegoż, zasady ochrony danych przekazywanych pracownikowi, kontrola wykonywania pracy dokonywana przez pracodawcę, dyskryminacja oraz zapewnienie bezpiecznych i higienicznych warunków pracy.

[35] Z powodów określonych w kolejnym akapicie niniejszego artykułu należy pominąć odesłanie do art. 67^{6} k.p. zawarte w art. 67^{11} § 3 tego kodeksu.

[36] Jego zwykłe stanowisko pracy może bowiem znajdować się przy komputerze stacjonarnym zainstalowanym w zakładzie pracy. Uchwała SN (7) z dnia 17 października 2019 r., III PZP 5/19, Legalis nr 2234292; wyrok SN z dnia 7 listopada 1978 r., I PZ 21/78, OSNCP 1979, nr 4, poz. 82.

[37] Jak stanowi art. 22 § 1 k.p., pracownik przez nawiązanie stosunku pracy zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pod kierownictwem pracodawcy, co obejmuje także obowiązek poddania się

stanowisko pozostaje zgodne z wyrażoną w art. 11^1 k.p. zasadą poszanowania dóbr osobistych pracownika (w tym nietykalności mieszkania wyliczonej w art. 23 k.c. – *lege non distinguente*)[38] oraz funkcją art. 3 u.COVID-19 (ograniczenie ryzyka zakażenia się wirusem SARS-CoV-2 przez pracodawcę lub pracownika wskutek osobistego kontaktu).

Ze względu na doraźny charakter pracy zdalnej i potrzebę szybkiego jej wprowadzenia w zależności od aktualnego zagrożenia epidemicznego ustawodawca upoważnia pracodawcę do jednostronnego polecania pracownikowi wykonywania swych zadań na odległość. Wobec tego analogiczne zastosowanie art. 67^6–67^9 i 67^{16} k.p. nie jest zasadne.

Niewyliczone wyżej przepisy Działu drugiego Rozdziału IIB k.p.[39] należy stosować do pracy zdalnej ze zmianami – stosownie do struktury organizacyjnej zakładu pracy oraz treści świadczenia pracownika.

IV.4. Przesłanka dopuszczalności skierowania pracownika do pracy zdalnej

Polecenie wykonywania pracy w trybie zdalnym wiąże wyłącznie, jeżeli ma na celu przeciwdziałanie COVID-19. Zastrzeżenie owo nie jest niezbędne z uwagi na określenie zakresu przedmiotowego u.COVID-19 w jej przepisach ogólnych, ale pozytywnie wpływa na zrozumiałość badanego przepisu (§ 6 z.t.p.). Pomimo to zasługuje na krytykę ze względów funkcjonalnych. Pracodawca powinien dysponować kompetencjami niezbędnymi do zapewnienia ochrony wszystkim swoim pracownikom przed rozmaitymi niebezpiecznymi dla zdrowia lub życia ludzkiego – w tym ryzykiem rozprzestrzeniania się wśród nich chorób zakaźnych wyliczonych w załączniku do u.z.ch.z. Rozwiązanie przyjęte w art. 3 ust. 1 u.COVID-19 warto więc przenieść do k.p. (np. jako art. 67^{18}) – z uwzględnieniem uwag

kontroli wykonywania umówionej pracy. Wyrok SN z dnia 18 lutego 2016 r., II PK 352/14, Legalis nr 1421837; S.W. Ciupa, *Zatrudnianie pracowników w formie telepracy według Kodeksu pracy. Część 2*, MOPR 2007, nr 12, Legalis.

[38] Wyrok SN z dnia 24 czerwca 2015 r., II PK 207/14, Legalis nr 1331193.

[39] Są to art. 67^{10} dotyczący dodatkowych informacji przekazywanych pracownikowi i art. 67^{13} normujący sposób porozumiewania się stron stosunku pracy.

zawartych w niniejszym opracowaniu[40]. Postulat ów pozostaje spójny z postanowieniami art. 15 oraz art. 207 i nast. k.p. (wyrażających zasadę zapewnienia wszystkim pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy)[41]. Ponadto na mocy art. 36 u.COVID-19 regulacja art. 3 tej samej ustawy ma charakter epizodyczny, a należy pamiętać o stwierdzonym wyżej ryzyku ponownego wybuchu epidemii COVID-19 już po dniu 4 września 2020 r.

Niezależnie od aprobaty dla celu art. 3 u.COVID-19 warto zauważyć, iż w przepisie owym przesłanka dopuszczalności wydania polecenia wykonywania obowiązków pracowniczych w trybie zdalnym wydaje się zbyt ogólna. Jak już bowiem zasygnalizowano, stwierdzenie zakażenia wirusem SARS-CoV-2 wymaga przeprowadzenia badań laboratoryjnych. W konsekwencji zgodnie z analizowanym przepisem w obecnym brzmieniu pracodawca może jednostronnie kształtować sposób świadczenia pracy w istocie dowolnie. Trzeba zatem postulować dodanie do analizowanego przepisu zastrzeżenia odnoszącego się do okoliczności takich jak np. wystąpienie zakażenia u osoby mającej bezpośredni kontakt z którymkolwiek z pracowników, ogłoszenie stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii lub wprowadzenie jednego ze stanów nadzwyczajnych.

V. Wyłączenie zastosowania niektórych innych ustaw

V.1. Prawo zamówień publicznych

Poza argumentami podniesionymi w poprzedniej części niniejszego opracowania krytykę ogólnej redakcji art. 3 u.COVID uzasadnia też porównanie jej z brzmieniem art. 6 ust. 1 badanej ustawy. Zgodnie z drugą

[40] Postulowana regulacja powinna więc wyrażać formułę: „w celu przeciwdziałania chorobom zakaźnym, do których zastosowanie znajduje u.z.ch.z., pracodawca może polecić pracownikowi wykonywanie, przez czas oznaczony, pracy określonej w umowie o pracę, poza miejscem jej stałego wykonywania (praca zdalna); do pracy zdalnej odpowiednio stosuje się przepisy o telepracy".

[41] E. Tkaczyk, *Bezpieczne i higieniczne warunki pracy jako prawo każdego człowieka służące ochronie życia i zdrowia ludzkiego przed szkodliwym oddziaływaniem czynników pracy*, St. PiA 2019, nr 28, s. 39–47; J. Żołyński, *Uprawnienie pracodawcy do kontroli trzeźwości pracowników*, PiZS 2019, nr 7, s. 34–38.

regulacją przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[42] (dalej: pr.z.p.) nie znajdują zastosowania do zamówień mających na celu nabycie towarów lub usług niezbędnych do przeciwdziałania COVID-19, o ile istnieje wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się nowej choroby lub potrzeba ochrony zdrowia publicznego w ten sposób.

Rozwiązanie przyjęte w art. 6 ust. 1 u.COVID-19 zasługuje na aprobatę. Odpowiada istocie zagrożenia epidemicznego związanego z chorobami zakaźnymi. Z jednej bowiem strony żaden z wyliczonych w art. 39 i nast. pr.z.p. trybów udzielania zamówień nie pozwala na szybkie zaopatrzenie się w potrzebny sprzęt i usługi u wielu wykonawców. Z drugiej natomiast strony w czasie, kiedy poważne niebezpieczeństwo związane z rozprzestrzenianiem się patogenów nie zachodzi, nie ma powodu, aby stosować uproszczone procedury celem zaopatrzenia publicznych placówek ochrony zdrowia.

Wyłączenie stosowania przepisów pr.z.p. przez podmioty dysponujące środkami publicznymi oznacza, że przy składaniu zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 6 ust. 1 u.COVID-19, w szerszym zakresie przysługuje im swoboda wyboru kontrahenta i sposobu dokonania czynności prawnej w ramach swobody umów (działają w sferze *dominium*)[43]. Przepis ten nie wyłącza jednak zastosowania innych niż pr.z.p. aktów normatywnych regulujących sposób dysponowania środkami publicznymi i składania oświadczeń woli w tym celu (np. dla zaopatrzenia publicznych podmiotów leczniczych) – m.in. ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych[44]. Od dnia 1 kwietnia 2020 r. postępowanie niezgodne z nimi w czasie ogłoszonego zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii nie skutkuje jednak poniesieniem odpo-

[42] Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 – t.j.

[43] Z. Radwański, O. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2017, s. 197–203, 310–311; P. Piątak, *Zasada swobody umów w prawie zamówień publicznych*, Zam. Publ. Dor. 2011, nr 2, s. 72–80.

[44] Dz.U. z 2019 r., poz. 869 – t.j. Właśnie na mocy jej art. 9 pkt 3 i 10 uwaga ta dotyczy również podmiotów leczniczych prowadzonych w formie samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej albo jednostki budżetowej (art. 4 ust. 1 pkt 2–3 i art. 86 u.d.l.).

wiedzialności karnej ani określonej w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[45] (art. 10c i 15w u.COVID-19) – z zastrzeżeniem postanowień szczególnych u.COVID-19 ujętych w art. 15zh i nast. Wobec zaprezentowanych wyżej wątpliwości odnośnie do konstytucyjności u.z.ch.z. o wyliczonych stanach nadzwyczajnych, art. 10c i 15w u.COVID-19 należałoby uzupełnić o odniesienie do wprowadzenia jednego z nich, zwłaszcza stanu klęski żywiołowej.

W art. 6 ust. 1 u.COVID-19 wyraźnie mowa o pr.z.p., którą z dniem 1 stycznia 2021 r. zastąpi ustawa z dnia 11 września 2019 r. o tym samym tytule[46] – dalej: n.pr.z.p. (art. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych[47] – dalej: u.w.pr.z.p.). Wynika to z epizodycznego charakteru badanego przepisu[48], co potwierdza porównanie jego redakcji z treścią dodanego do u.z.ch.z. art. 46c (art. 25 pkt 4 u.COVID-19) stanowiącego również o wyłączeniu przepisów o zamówieniach publicznych, ale bez określenia konkretnej ustawy[49]. Warto zauważyć, że funkcja obydwu regulacji jest ta sama, przy czym w przypadku art. 46c u.z.ch.z. zakres przedmiotowy normy nie został ograniczony do spraw związanych z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2. Pomimo to art. 6 u.COVID-19 nie stanowi względem niego *lex specialis*. Do zastosowania art. 46c u.z.ch.z. nie wystarczy bowiem stwierdzenie zaistnienia wysokiego prawdopodobieństwa szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub potrzeby ochrony zdrowia publicznego. Konieczne pozostaje ogłoszenie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii na obszarze, na którym zamówienie ma zostać udzielone. W konsekwencji zakresy norm wyni-

[45] Dz.U. z 2019 r., poz. 1440 – t.j.

[46] Dz.U. poz. 2019.

[47] Dz.U. poz. 2020.

[48] Z niezrozumiałych powodów w art. 36 u.COVID-19 nie wyliczono natomiast art. 6 ust. 3 tej samej ustawy, który zawiera odesłanie do analizowanego przepisu.

[49] Ponadto w u.w.pr.z.p. precyzyjnie wyliczono przepisy innych ustaw, w których odesłania do pr.z.p. zastępuje się odesłaniami do n.pr.z.p. W katalogu tym nie ma postanowień u.COVID-19.

kających z art. 6 u.COVID-19 i art. 46c u.z.ch.z. krzyżują się, a w razie ich zbiegu podmiot udzielający zamówienia bez zastosowania przepisów o zamówieniach publicznych może powołać się na którykolwiek z nich[50]. Do różnic zachodzących pomiędzy art. 6 u.COVID-19 oraz art. 46c u.z.ch.z. należy także zakres swobody pozostawiony zamawiającym na ich podstawie. Drugi przepis – w przeciwieństwie do pierwszego – stanowi o dopuszczalności udzielenia zamówienia na roboty budowlane w uproszczonym trybie. Podobny dualizm prawny nie wydaje się potrzebny. Ze względu na niebezpieczeństwo, jakie niesie ze sobą nagłe pojawienie się ognisk chorób przewidzianych w u.z.ch.z., należałoby końcowy fragment art. 6 ust. 1 u.COVID-19[51] przenieść do art. 46c u.z.ch.z. Z uwagi na szczególny charakter inwestycji budowlanych, dopuszczalność udzielania w uproszczonym trybie zamówienia obejmującego roboty budowlane ustawodawca mógłby ewentualnie nadal uzależnić wyłącznie od ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Odpowiednią formułę należałoby wówczas wyrazić w nowej jednostce redakcyjnej w ramach zmienionego art. 46c u.z.ch.z.

V.2. Regulacje prawne dotyczące prac budowlanych

Rozwiązanie zbliżone do przyjętego w art. 6 ust. 1 u.COVID-19 zawarto w art. 12 ust. 1 badanej ustawy. Zgodnie z przepisem tym do projektowania i prowadzenia prac budowlanych oraz zmiany sposobu użytkowania obiektu budowlanego w związku z przeciwdziałaniem chorobie wywoływanej przez wirusa SARS-CoV-2 nie stosuje się: ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane[52] (dalej pr.bud.), ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym[53] (dalej u.p.z.p.) – wraz z aktami planistycznymi – ustawy z dnia 23 lipca

[50] L. Morawski, *Zasady*..., s. 225–230.

[51] Brzmiący: „jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo szybkiego i niekontrolowanego rozprzestrzeniania się choroby lub jeżeli wymaga tego ochrona zdrowia publicznego".

[52] Dz.U. z 2019 r., poz. 1186 – t.j.

[53] Dz.U. z 2020 r., poz. 293 – t.j.

2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami[54] (dalej: u.o.z.) oraz rozporządzeń wydanych na podstawie art. 22 ust. 3 i 4–4a u.d.l.[55] Pierwotnie ustawodawca słusznie dostrzegł, że ubieganie się o wydanie oraz postępowanie w sprawie wydania pozwolenia na budowę lub chociażby dokonanie jedynie stosownego zgłoszenia organowi administracji architektoniczno-budowlanej (art. 28 i nast. pr.bud.) zajmuje czas i pochłania zasoby potrzebne do zapobiegania i zwalczania epidemii. Od dnia 31 marca 2020 r. wymaga jednak niezwłocznego poinformowania organu administracji architektoniczno-budowlanej o prowadzeniu robót budowlanych oraz zmianie sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części na uproszczonych zasadach (dodano art. 12 ust. 2 u.COVID-19) – także jeżeli miało to miejsce w okresie między dniami 8 a 30 marca 2020 r. (art. 31d u.COVID-19). Zmiana ta negatywnie wpływa na osiągnięcie celu u.COVID-19 z uwagi na konieczność przygotowania i załączenia do informacji dokumentacji, o której mowa w art. 12 ust. 3 u.COVID-19[56]. Ponadto jej doniosłość z punktu widzenia realizacji zadań administracji architektoniczno-budowlanej wydaje się ograniczona. Informacja przekazywana na podstawie art. 12 ust. 2 u.COVID-19 nie stanowi bowiem zgłoszenia w rozumieniu art. 30 pr.bud. Dlatego niedopuszczalne jest wniesienie sprzeciwu unormowanego w ust. 5–5a i 5c–6 ostatniego przepisu, a samo przekazanie informacji może nastąpić już po rozpoczęciu, a nawet zakończeniu prac budowlanych albo po zmianie sposobu użytkowania obiektu budowlanego (ze względu na zakaz dokonywania wykładni synonimicznej i wyłączenie zastosowania pr.bud. na mocy art. 12 ust. 1

[54] Dz.U. z 2020 r., poz. 282 – t.j.

[55] Obecnie są to odpowiednio rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 26 marca 2019 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą (Dz.U. poz. 595), rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 lipca 2012 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu leczniczego dla osób pozbawionych wolności (Dz.U. poz. 808). W chwili ukończenia prac nad niniejszym artykułem nie obowiązuje jakikolwiek wykonawczy akt prawny wydany na podstawie ostatniego unormowania.

[56] Określającej odpowiednio: rodzaj, zakres i sposób wykonywania robót budowlanych oraz termin ich rozpoczęcia – w przypadku prowadzenia robót budowlanych – albo dotychczasowy i zamierzony sposób użytkowania obiektu budowlanego lub jego części – w przypadku zmiany sposobu użytkowania.

u.COVID-19)[57]. Jedynym działaniem, jakie wolno podjąć właściwemu organowi, pozostaje wydanie decyzji ustalającej wymagania dotyczące niezbędnych zabezpieczeń przy prowadzeniu robót budowlanych powodujących zagrożenie zdrowia lub życia ludzi. Wobec spowolnienia pracy administracji publicznej oraz operatorów pocztowych po ogłoszeniu stanu zagrożenia epidemicznego oraz stanu epidemii rozstrzygnięcia takie mogą być jednak wydawane i doręczane długo po ukończeniu konkretnych prac, co uczyni je bezprzedmiotowymi.

Pomijając zaprezentowane zastrzeżenia, kierunek regulacji przyjęty w art. 12 u.COVID-19 zasługuje na aprobatę. Zdrowie i życie ludzkie jako wartości fundamentalne zasługują na ochronę nawet kosztem ładu przestrzennego i zrównoważonego rozwoju (art. 1 u.p.z.p.) oraz ochrony zabytków (art. 1 u.o.z.). W tym kontekście słuszny jawi się też brak ograniczenia zakresu podmiotowego normy wynikającej z art. 12 u.COVID-19 do jednostek sektora finansów publicznych. Działalność leczniczą w naszym państwie prowadzą bowiem również inne podmioty – art. 4–6 u.d.l. Analizowane rozwiązanie prawne pozwala powiększyć w krótkim czasie zasoby pomieszczeń przydatnych do zwalczania epidemii choroby zakaźnej. Dlatego warto postulować przeniesienie go na grunt u.z.ch.z. – zwłaszcza że również art. 12 u.COVID-19 ma charakter epizodyczny[58].

Proponowana zmiana stanu prawnego powinna uwzględniać, iż redakcja art. 12 ust. 1 u.COVID-19 nie jest pozbawiona wad także w zakresie innym niż dotąd opisany. Tak jak w przypadku art. 3 ust. 1 u.COVID-19 nie określono w nim dodatkowych przesłanek działania w uproszczonym trybie. Wyjątek stanowi fragment odnoszący się do rozporządzeń wydanych na podstawie art. 22 ust. 3 i 4–4a u.d.l.[59] W konsekwencji ustawodawca w art. 12 ust. 1 u.COVID-19 obecnie zdaje się dopuszczać prowa-

---

[57] T. Grossmann, *Charakter prawny terminu do wniesienia sprzeciwu wobec zgłoszenia robót budowlanych – próba reinterpretacji art. 30 ust. 5 prawa budowlanego*, ZNSA 2012, nr 1, s. 31–40.

[58] W tym przypadku – w przeciwieństwie do art. 6 ust. 1 (zob. przypis nr 48) – odpowiedni fragment art. 36 u.COVID-19 został zredagowany poprawnie. Odnosi się do wszystkich jednostek redakcyjnych, na jakie podzielono art. 12 – w tym do jego ust. 6, który odsyła do ust. 1.

[59] Ustawodawca wymaga, aby zachodziła potrzeba poszerzenia bazy do udzielania świadczeń zdrowotnych.

dzenie na szczególnych zasadach m.in. prac budowlanych, których jednym z celów – ale nie głównym – jest przeciwdziałanie COVID-19[60]. Tym bardziej, że końcowy fragment tej regulacji[61] sugeruje, iż zasoby budowlane wytworzone w uproszczonym trybie nie muszą mieć bezpośredniego związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych. Ponadto redakcja krytykowanego unormowania stwarza ryzyko trwałego uszkodzenia zabytków w wyniku przeprowadzenia prac budowlanych, chociażby alternatywne rozwiązanie pozwalało na osiągnięcie podobnego rezultatu korzystnego z punktu widzenia ochrony zdrowia publicznego nakładem zbliżonych środków[62]. Dlatego potrzebne jest doprecyzowanie art. 12 u.COVID-19 na wzór art. 6 ust. 1 owej ustawy i art. 46c u.z.ch.z. oraz dodanie do niego zastrzeżenia o konieczności dbania w miarę możliwości o: zachowanie zabytków w stanie niepogorszonym, ład przestrzenny i zrównoważony rozwój. Do czasu dokonania tego art. 12 u.COVID-19 należy natomiast interpretować zgodnie z nakazem ścisłego wykładania wyjątków i konstytucyjną zasadą proporcjonalności.

Kończąc rozważania poświęcone art. 12 u.COVID-19, warto zauważyć, że nie określono, jakie przepisy będą miały zastosowanie do obiektów budowlanych powstałych lub zmodyfikowanych z pominięciem postanowień pr.bud. po upływie terminu obowiązywania badanego przepisu. Uwzględniając regułę *lex retro non agit*, wydaje się, iż wówczas nie będzie dopuszczalne wydanie nakazu rozbiórki obiektu budowlanego lub jego części na podstawie art. 48 ust. 1 pr.bud. Potwierdzają to wyniki wykładni językowej ostatniej regulacji. Stanowi ona, że powołaną decyzję administracyjną wydaje się, jeżeli prace budowlane wykonano bez pozwolenia na budowę albo zgłoszenia dotyczącego budowy, o ile pozostawały one

[60] Na przykład dla wybudowania centrum handlowego, gdzie znajdować się ma apteka albo sala nadająca się do prowadzenia prac w zakresie planowania działań przeciwdziałających epidemii, edukacji ludności w zakresie sposobów zakażenia się wirusem SARS-CoV-2 i podobnych działań.

[61] Brzmiący: „a w przypadku konieczności poszerzenia bazy do udzielania świadczeń zdrowotnych, także przepisów wydanych na podstawie art. 22 ust. 3, 4 i 4a ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej".

[62] Przykładowo poprzez odpowiednią adaptację sąsiedniego budynku zamiast budynku będącego zabytkiem nieruchomym w rozumieniu art. 3 pkt 2 u.o.z.

wymagane w chwili zakończenia budowy. Potwierdza to funkcja art. 103 ust. 2 pr.bud. (wyłączenie wpływu zmiany prawa budowlanego na stosunki faktyczne utrwalone w czasie obowiązywania wcześniejszego stanu prawnego). Wobec braku stosownych intertemporalnych postanowień ustawowych odnoszących się do zmiany sposobu użytkowania obiektu budowlanego do obrony pozostaje natomiast teza, iż od dnia 5 września 2020 r. pr.bud. będzie znajdować zastosowanie w tym zakresie także, jeżeli zmiana owa nastąpiła pod rządami art. 12 u.COVID-19[63].

VI. Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. a odpowiedzialność odszkodowawcza

VI.1. Transport zbiorowy

Wśród przepisów u.COVID-19 służących realizacji podstawowego celu u.COVID-19 warto wymienić także art. 14, który ma na celu zwiększenie dystansu społecznego. Na podstawie jego ust. 1 wykluczono powstanie obowiązku kompensacyjnego (w dowolnym reżimie) po stronie zarządzającego lotniskiem albo dworcem kolejowym oraz przewoźnika lotniczego, kolejowego lub drogowego, jeżeli szkoda powstała w związku z działaniami władz publicznych mającymi na celu przeciwdziałanie COVID-19. Jako przykład zdarzenia powodującego taki uszczerbek wymieniono brak przewozu. Uzupełniając ten katalog, można wyliczyć też opóźnienie przewozu oraz utratę, ubytek lub uszkodzenie przesyłki.

Redakcja art. 14 ust. 1 u.COVID-19, niezależnie od oceny jego funkcji, budzi poważne wątpliwości interpretacyjne. Działania władzy publicznej stanowią jeden z rodzajów siły wyższej (*vis imperii*) wyłączającej odpowiedzialność odszkodowawczą bez względu na zasadę, na jakiej ją oparto[64]. W art. 14 ust. 1 u.COVID-19 zastrzeżono natomiast, że skutek ów następuje, jeżeli są one uzasadnione. W warunkach epidemii

[63] Wyrok NSA z dnia 21 września 2006 r., II OSK 1098/05, ONSA i WSA 2007 nr 4, poz. 95.

[64] M. Plich, *Siła wyższa jako przesłanka nieodpowiedzialności przewoźnika za przesyłkę*, PiP 2008, nr 4, s. 89–99; J. Pokrzywniak, *Klauzula siły wyższej*, MoP 2005, nr 6, s. 319–320. Przykładowo przewoźnik kolejowy i drogowy za przewóz osób odpowiada na zasadzie winy, ale za przewóz przesyłek – na

nowej choroby – więc deficytu stosownej wiedzy medycznej i biologicznej – niezwykle trudno dokonać oceny w tym zakresie – zwłaszcza że w art. 14 ust. 1 u.COVID-19 brak kryteriów, jakimi należy się kierować. Ponadto od dnia 31 marca 2020 r. u.COVID-19 ma realizować także cele społeczno-gospodarcze, więc nie sposób już określić, czy decydujące znaczenie na gruncie art. 14 ust. 1 tej ustawy ma aktualny stan wiadomości biologicznych i medycznych dotyczących wirusa SARS-CoV-2 i choroby przez niego wywoływanej.

Niezależnie od powyższego na krytykę zasługuje sama idea uzależnienia odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotu prawa cywilnego od dopuszczalności postępowania instytucji wykonujących wobec niego władzę publiczną – z powodu sprzeczności z zasadą demokratycznego państwa prawnego uwzględniającego zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP z 1997 r.)[65]. Zgodnie z art. 11 ust. 2 i 5 u.COVID-19 działania władcze, o których mowa, mogą bowiem przybrać postać polecenia wydanego w formie decyzji administracyjnej. Te podlegają natychmiastowemu wykonaniu pod rygorem zastosowania przymusu wobec ich adresata (art. 11 ust. 5 u.COVID-19 w zw. z art. 2 § 1 pkt 10 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji[66]). Ponadto prezentowane rozwiązanie pozostaje wadliwe z systemowego punktu widzenia. Wymaga dokonania merytorycznej oceny rozstrzygnięć administracyjnych przez sąd powszechny rozpoznający powództwo o naprawienie szkody wytoczone przeciw adresatowi takiego aktu stosowania prawa niezależnie od stwierdzenia jego niezgodności z prawem w odrębnym postępowaniu (art. 417^1 § 2 k.c.), do czego nie został powołany[67].

Podsumowując rozważania dotyczące art. 14 ust. 1 u.COVID-19, należy przyjąć, iż przepis ów nie wyłącza dopuszczalności zwolnienia się przez zarządcę lotniska albo dworca kolejowego, a także przewoźnika

zasadzie ryzyka – odpowiednio art. 62 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe (Dz.U. z 2019 r., poz. 8 – t.j.) w zw. z art. 471 k.c. oraz art. 65 pierwszej ustawy.

[65] Wyrok NSA z dnia 8 marca 2007 r., II OSK 423/06, Legalis nr 120618.

[66] Dz.U. z 2019 r., poz. 1438 – t.j.

[67] Wyrok SN z dnia 16 grudnia 1992 r., I CRN 188/92, OSNCP 1993 nr 5, poz. 90.

lotniczego, kolejowego lub drogowego od odpowiedzialności odszkodowawczej poprzez wykazanie, że szkoda została spowodowana przez siłę wyższą w postaci *vis imperii*. Prezentowane stanowisko ma co najmniej jedną istotną wadę. Przyjęcie go prowadzi do naruszenia zakazu dokonywania wykładni *per non est*. Podniesione wyżej argumenty przemawiające za słusznością proponowanej interpretacji jawią się jednak jako dostatecznie przekonujące.

Unormowanie art. 14 ust. 2 u.COVID-19 nie wymaga szczegółowego komentarza. Jego funkcja sprowadza się do doprecyzowania normatywnego znaczenia pojęcia „nadzwyczajnej okoliczności" w rozumieniu art. 7 rozporządzenia (WE) nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. ustanawiającego wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów, uchylającego rozporządzenie (EWG) nr 295/91 (dalej: rozporządzenie 261/2004)[68]. Narusza ono więc konstytucyjną hierarchię aktów normatywnych. Zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP z 1997 r., rozporządzenia unijne mają pierwszeństwo przed ustawami w razie kolizji. Ustawa nie może zatem definiować pojęć, jakimi posługuje się prawodawca unijny, chyba że stosowne upoważnienie zostałoby zawarte w prawie UE. W rozporządzeniu 261/2004 brak takiego postanowienia[69].

VI.2. Polecenia wydawane przez organy władzy wykonawczej

Analizy w kontekście przesłanek powstania obowiązku naprawienia szkody wymagają też art. 10–10a i 11 u.COVID-19. Dotyczą one sytuacji prawnej także podmiotów innych niż wyliczone w art. 14 ust. 1 u.COVID-19. Ogólna redakcja tych przepisów, nawet z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, zdaje się uprawniać wyliczone w nich organy do wydawania poleceń m.in. w zakresie prowadzenia odosobnienia osób chorych na COVID-19 lub podejrzanych o zakażenie wirusem

[68] Dz. Urz. UE L z 2004 r., Nr 46, s. 1.

[69] B. Banaszak, *Prawo*..., s. 29 i nast.

SARS-CoV-2. Dopuszcza zatem stosowanie przymusu przez jeden podmiot prawa prywatnego wobec drugiego. Tryb powierzania takich zadań określony w art. 10a ust. 1 i art. 11 ust. 2–5 u.COVID-19 budzi istotne zastrzeżenia w zakresie spójności z art. 415–417 k.c. W razie niezawarcia stosownej umowy wykonanie polecenia skierowanego do przedsiębiorcy następuje bowiem na podstawie decyzji administracyjnej[70]. W pozostałych przypadkach u.COVID-19 nie wymaga podejmowania starań celem dokonania takiej czynności prawnej. Zgodnie z art. 417 § 2 k.c. przesłanką ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej za wykonywanie władzy publicznej na zaostrzonych zasadach (bezprawności) przez osobę prawną (lub tzw. ułomną osobę prawną – art. 33^1 § 1 k.c.) solidarnie z jednostką samorządu terytorialnego albo Skarbem Państwa pozostaje natomiast zawarcie odpowiedniego porozumienia. Nie jest nią wydanie decyzji administracyjnej[71]. Porozumienie – nawet administracyjne – wymaga zgody obu stron[72]. Zapewne znaczna część przedsiębiorców innych niż osoby fizyczne powstrzyma się więc od wyrażenia jej, aby nie pogarszać swojej sytuacji prawnej względem potencjalnych poszkodowanych. W konsekwencji odpowiedzialność deliktowa wykonawcy za realizację powyższych poleceń okaże się wyłącznie teoretyczna z powodu możliwości powołania się sprawcy szkody na *vis imperii*. Nie zwalnia to jednak Skarbu Państwa z obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 417–417^2 k.c.

Dochodzenie ostatnich roszczeń może okazać się utrudnione. W art. 10–10a i 11 u.COVID-19 nie uzależniono legalności podejmowania działań władczych od spełnienia jakichkolwiek innych przesłanek

---

[70] Brak stosownych postanowień przeciwnych u.COVID-19 oznacza, że minister właściwy do spraw zdrowia podejmuje „konieczne działania" również m.in. poprzez nakładanie niezbędnych obowiązków w drodze decyzji administracyjnej (art. 1 pkt 1 kodeksu postępowania administracyjnego – dalej: k.p.a.). B. Adamiak, *Refleksje na temat dopuszczalności postępowania administracyjnego*, ZNSA 2015, nr 9, s. 9–25.

[71] M. Kaliński [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 56–66.

[72] Z. Radwański, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego*, RPEiS 2004, nr 2, s. 10.

niż ich związek z COVID-19. Dlatego dokonując oceny w tym zakresie, należy odwoływać się do zasady proporcjonalności. Nawet to nie prowadzi jednak do zapewnienia dostatecznej pewności prawa ze względu na zauważone już podobieństwo objawów zakażenia wirusem SARS-CoV-2 do symptomów infekcji powszechnie występujących w naszym kraju. Przykładowo w sezonie epidemicznym 2018/2019 w Polsce stwierdzono bowiem ponad 3 mln zachorowań na grypę lub choroby grypopodobne[73]. Ze względu na niemożliwość przeprowadzenia tak wielu badań laboratoryjnych w krótkim czasie precyzyjne określenie aktualnego niebezpieczeństwa epidemicznego związanego z nową chorobą na potrzeby postępowania sądowego wydaje się nierealne. Ogólna redakcja art. 10–10a i 11 u.COVID-19 stwarza zatem ryzyko wydawania arbitralnych rozstrzygnięć w sprawach o naprawienie szkody. Uzasadniona wydaje się też obawa o obchodzenie na tej podstawie przepisów o ograniczeniach wolności działalności gospodarczej przez organy władzy wykonawczej poprzez faktyczną reglamentację działalności niebędącej koncesjonowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców[74]. Oznaczałoby to w istocie wprowadzenie ustroju centralnie planowanej gospodarki wbrew postanowieniu art. 20 Konstytucji RP z 1997 r. Mając powyższe na uwadze, należy postulować, aby art. 10–10a i 11 u.COVID-19 doprecyzowano. *Minimum minimorum* zdaje się dodanie do nich zastrzeżenia o konieczności spełnienia przesłanek formalnych takich jak ogłoszenie stanu zagrożenia epidemicznego, stanu epidemii, wprowadzenia jednego ze stanów nadzwyczajnych albo przynajmniej oficjalnego stwierdzenia znacznej liczby zakażeń określonym patogenem w określonej jednostce czasu na danym obszarze.

Zaprezentowane rozwiązanie prawne wydaje się wadliwe także z punktu widzenia celu u.COVID-19. Mając na uwadze dorobek doktryny

[73] Dane pochodzą ze strony internetowej Rządowego Centrum Bezpieczeństwa, https://rcb.gov.pl/grypa-w-sezonie-epidemicznym-2018-2019-w-polsce-i-europie/, dostęp dnia 18 marca 2020 r.

[74] Dz.U. z 2019 r., poz. 1292.

prawa cywilnego i judykatury dotyczący art. 305[2] k.c.[75], wydaje się, że o odmowie zawarcia umowy przez przedsiębiorcę relewantnej na gruncie powołanych regulacji u.COVID-19 stanowią jedynie: wyraźne ustosunkowanie się w sposób negatywny do otrzymanej oferty, przyjęcie oferty z zastrzeżeniem nieakceptowanych zmian, nieuzasadnione przedłużanie negocjacji oraz brak odpowiedzi na złożoną ofertę[76]. W innych przypadkach zachowanie potencjalnego wykonawcy polecenia zdaje się zasługującym na ochronę działaniem służącym realizacji swojego interesu. Prowadzi to jednak do opóźnienia podjęcia stosownych działań przeciwdziałających epidemii. Dlatego należałoby wprowadzić ostrzejsze kryterium dopuszczalności przymusowego wykonania polecenia w formie decyzji – np. brak zawarcia umowy w ciągu określonego czasu od dnia złożenia oferty albo zaproszenia do negocjacji przez właściwy organ.

VII. Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. a prawo farmaceutyczne

VII.1. Wystawianie recept przez farmaceutów

Przechodząc do analizy przepisów u.COVID-19, które można zaliczyć do prawa medycznego, warto zwrócić uwagę na postanowienie jej art. 15, który z dniem 1 kwietnia 2020 r. uchylono, ale częściowo na jego wzór zmieniono art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne[77] (dalej: pr.far.). Na podstawie drugiego unormowania farmaceuta dysponujący prawem wykonywania zawodu może wystawiać recepty. Przed powołaną nowelizacją jedną z przesłanek dopuszczalności tego działania było istnienie zagrożenia dla zdrowia pacjenta, o ile miało ono charakter nagły (z wyjątkiem niebezpieczeństwa związanego z COVID-19). Obecnie ostatnie kryterium pozostaje irrelewantne dla oceny zachowania

[75] Porównanie wydaje się uzasadnione, ponieważ przepis ten określa odmowę zawarcia odpowiedniej umowy jako przesłankę sądowego ustanowienia służebności przesyłu.

[76] K. Zaradkiewicz, *Komentarz do art. 305[2]*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449[10]*, Warszawa 2018, Legalis nb. 8; wyrok SN z dnia 14 października 2010 r., III CZP 66/10, Legalis nr 248716; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 1 grudnia 2011 r., II SA/Sz 941/11, Legalis nr 526352.

[77] Dz.U. z 2019 r., poz. 499 – t.j.

przedstawiciela wymienionego zawodu medycznego. Zaprezentowany kierunek zmian stanu prawnego jest słuszny. Farmaceuci dysponują dostatecznie szczegółową wiedzą fachową o produktach leczniczych, aby udzielać porad pacjentom w zakresie farmakoterapii (art. 2a ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich[78]), a ich rola w systemie ochrony zdrowia już wcześniej w istotnej mierze podobna była do roli lekarzy[79]. Analizowane poszerzenie kompetencji zawodowych tej części fachowego personelu aptek nie stanowi więc zagrożenia dla osób korzystających z usług farmaceutycznych, a pozwoli na odciążenie innych placówek ochrony zdrowia publicznego, czemu dodatkowo sprzyja uchylenie zastrzeżenia, iż uprawnienie, o którym mowa, dotyczy wyłącznie najmniejszego dostępnego w aptece opakowania dopuszczonego do obrotu. Ma to szczególne znaczenie w razie nagłego zwiększenia się zapotrzebowania na świadczenia zdrowotne – np. w związku z wybuchem epidemii. Zaprezentowana zmiana stanu prawnego wydaje się zasadna tym bardziej, że szczególne traktowanie osób zakażonych wirusem SARS-CoV-2 pozostawało nieracjonalne z uwagi na zasygnalizowane już problemy praktyczne z odróżnieniem ich od pacjentów cierpiących z powodu innych infekcji. Nowelizacja z 1 kwietnia 2020 r. nie jest jednak pozbawiona wad. Po pierwsze, spowodowała powstanie poważnych wątpliwości interpretacyjnych w związku z niedokonaniem zmiany art. 96 ust. 3 pr.far. Zgodnie z wynikami wykładni językowej tego przepisu farmaceucie nadal wolno udzielić fachowej pomocy w celu ratowania życia pacjenta poprzez wydanie bez recepty leku dostępnego na receptę wyłącznie wtedy, gdy zagrożenie dla owego dobra osobistego można określić jako nagłe. Słabsza ochrona bardziej fundamentalnej wartości nie koresponduje jednak z domniemaniem racjonalności ustawodawcy[80]. Od dnia 31 marca 2020 r. do obrony pozostaje zatem również teza, iż w przypadku, kiedy zwłoka z udzieleniem pomocy pacjentowi groziłaby jego

[78] Dz.U. z 2019 r. poz. 1419 – t.j.

[79] D. Kaczan, *Świadczenie usług farmaceutycznych w aptekach jako udzielanie świadczeń zdrowotnych*, RPEiS 2019, nr 4, s. 151–163.

[80] L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 51–54.

śmiercią, przedstawiciel wymienionego zawodu medycznego może wydać produkt leczniczy o kategorii dostępności innej niż OTC bez recepty (nawet farmaceutycznej) niezależnie od charakteru niebezpieczeństwa[81]. Za słusznością prezentowanego stanowiska zdaje się przemawiać prawo pacjenta do uzyskania świadczenia zdrowotnego, jeżeli potrzebuje go natychmiast (art. 7 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta[82]). Po drugie, zastosowanie art. 96 ust. 4 pr.far. ograniczono wyłącznie do medykamentów o kategorii dostępności RP.

VII.2. Ceny maksymalne leków i innych towarów

Materii regulowanej przez prawo farmaceutyczne dotyczy także art. 8 u.COVID-19. W ust. 1 zawiera upoważnienie dla ministra właściwego do spraw zdrowia do ustalania cen maksymalnych niektórych towarów przydatnych w przeciwdziałaniu COVID-19[83] (a od dnia 1 kwietnia 2020 r. także takich, względem których istnieje zagrożenie brakiem dostępności w Polsce w związku z COVID-19). Na skutek wejścia w życie uchwalonego przez Sejm dnia 31 marca 2020 r. rozwiązania powołany przepis istotnie zmieniono. Pierwotnie wymieniony organ władzy publicznej miał korzystać z opisywanej kompetencji na podstawie informacji otrzymanych od Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Ustawodawca nie określał jednak trybu przekazywania tych wiadomości[84] ani kryteriów, jakimi powinien

---

[81] D. Kaczan, *Cywilnoprawne aspekty prawa farmaceutycznego (przygotowana do publikacji rozprawa doktorska w wersji uaktualnionej)*, Toruń 2020, s. 324–325 – rękopis pierwotnej wersji (z 2018 r.) jest dostępny w Bibliotece Uniwersyteckiej Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.

[82] Dz.U. z 2019 r., poz. 1127 – t.j. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że ostatnia regulacja również dotyczy stanów nagłych, ale w kontekście spodziewanych następstw braku działania, a nie charakteru przyczyn zagrożenia dla dóbr osobistych pacjenta – por. D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 143 i nast.; wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 listopada 2005 r., VI SA/Wa 1003/05, Legalis nr 110855.

[83] Należą do nich m.in. produkty lecznicze dostępne bez recepty albo mające kategorię dostępności „wydawane z przepisu lekarza – RP", wyroby medyczne i środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego.

[84] Zapewne miały one pochodzić z analiz skali, przyczyn i skutków braku dostępności produktów wyliczonych w art. 8 u.COVID-19 i być przekazywane na podstawie art. 115 ust. 1 pkt 11 pr.far. Cena stanowi bowiem jeden z kluczowych czynników wpływających na rzeczywistą dostępność

był kierować się minister. Obecnie organ ów może podjąć opisane działanie na podstawie wszelkich informacji, ale ograniczono zakres przysługującego mu uznania w zakresie rozstrzygnięcia o poziomie ceny maksymalnej. Musi ustalić ją na zasadach określonych w art. 7 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych[85] (dalej: u.r.). Ostatnie zastrzeżenie również budzi poważne wątpliwości interpretacyjne. W art. 7 u.r. uregulowano bowiem jedynie sposób obliczenia ustanawianej urzędowej marży hurtowej i detalicznej. Obie zależą od urzędowej ceny zbytu (stanowią jej ułamek)[86]. Tę ustala się natomiast w decyzji o objęciu leku refundacją na podstawie art. 11 u.r. Końcowy fragment art. 8 u.COVID-19 stanowi jednak, że nie znajduje on zastosowania do produktów, wyrobów lub środków, których cena została określona w decyzji administracyjnej wydanej na podstawie postanowień u.r. Celem ustawodawcy było zapewne przyznanie ministrowi właściwemu do spraw zdrowia kompetencji przejściowego[87] kształtowania cen wyłącznie towarów nieobjętych refundacją. Ze względu na brak urzędowej ceny zbytu w ich przypadku nie sposób jednak zastosować analizowanego przepisu zgodnie z wynikami jego wykładni językowej. Odesłanie do u.r. zawarte w nim powinno zostać uzupełnione o nakaz odpowiedniego stosowania art. 11 ust. 1 u.r.

Ostatni postulat ma duże znaczenie także z innego powodu. W art. 8 ust. 1 u.COVID-19 mowa o tym, iż minister właściwy do spraw zdrowia ustala ceny maksymalne w drodze obwieszczenia. Obwieszczenia co do zasady nie stanowią ani aktów służących załatwieniu sprawy

terapii – por. A. Zimmermann, *Badanie roli oraz ocena funkcjonowania apteki ogólnodostępnej w polskim systemie ochrony zdrowia w świetle prawa farmaceutycznego*, Gdańsk 2014, s. 63.

[85] Dz.U. z 2020 r., poz. 357 – t.j.

[86] J. Adamski, K. Urban, E. Warmińska, *Komentarz do art. 7*, [w:] *Refundacja leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*, LEX 2014.

[87] Zgodnie z pierwotnym brzmieniem u.COVID-19 art. 8 nie dotyczyło czasowe ograniczenie obowiązywania wynikające z art. 36 tej samej ustawy, co było wątpliwe z punktu widzenia konstytucyjnej zasady ochrony wolności działalności gospodarczej będącej jednym z filarów gospodarczego ustroju Rzeczypospolitej Polskiej (art. 20 i 22 Konstytucji RP z 1997 r.) – zob. A. Domańska, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001, s. 99–147 oraz powołana tam literatura.

indywidualnej, ani źródeł prawa powszechnie obowiązującego, lecz pełnią funkcję techniczną (art. 1 pkt 1 k.p.a. i art. 87 i nast. Konstytucji RP). Służą zakomunikowaniu społeczeństwu, że jakieś zdarzenie prawne miało już miejsce[88]. Wyjątkiem są przepisy porządkowe ujęte w aktach prawa miejscowego, których ministrowie nie wydają[89]. W konsekwencji niedopuszczalne wydaje się skorzystanie z powyższej kompetencji przez powołanego ministra. Ewentualnie można uznać, że ustawodawca popełnił błąd legislacyjny i miał na celu upoważnienie tego organu do działania w drodze rozporządzenia albo decyzji administracyjnej, przy czym redakcja art. 8 ust. 1 u.COVID-19 nie pozwala ustalić, którą formę owego działania trzeba uznać za właściwą. Drugie rozwiązanie jest jednak bardziej czasochłonne, co w czasie epidemii niewątpliwie ma kluczowe znaczenie dla skuteczności reakcji organów władzy publicznej na zmiany aktualnych potrzeb społeczeństwa. Ponadto niesie ze sobą ryzyko naruszenia konstytucyjnej zasady równości (art. 32 Konstytucji RP z 1997 r.)[90]. Dlatego, jeżeli przyjąć, że na podstawie art. 8 ust. 1 u.COVID-19 ministrowi właściwemu do spraw zdrowia wolno ustalać ceny maksymalne, to powinien on dokonywać tego w drodze rozporządzenia. Prezentowane stanowisko potwierdza treść art. 8a ust. 1 u.COVID-19. W przepisie tym zawarto analogiczne do wynikającego z art. 8 ust. 1 badanej ustawy upoważnienie dla ministra właściwego do spraw gospodarki. Ewentualne

---

[88] Przykładowo w formie obwieszczenia ogłasza się teksty jednolite aktów normatywnych (art. 16 ust. 4 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, Dz.U. z 2019 r., poz. 1461 – t.j. – dalej: u.o.a.n.), a wykazy refundowanych leków, wyrobów medycznych i środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego ogłaszane przez ministra właściwego do spraw zdrowia w drodze obwieszczenia stanowią jedynie odzwierciedlenie ogółu decyzji administracyjnych wydanych przez tego samego ministra – art. 37 w zw. z art. 11 u.r. – zob. M. Pieklak [w:] M. Pieklak, R. Stankiewicz, *Ustawa o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 283–287.

[89] M. Karpiuk, *Przepisy porządkowe jako szczególny rodzaj prawa miejscowego*, SIL 2015, nr 4, s. 22 i nast.

[90] Przykładowo do pomyślenia pozostaje sytuacja, kiedy tylko części spośród substytucyjnych dóbr (np. niemal identycznych środków ochrony osobistej wprowadzanych do obrotu przez różne podmioty pod różnymi nazwami) dotyczyłyby stosowne rozstrzygnięcia z powodu wielkiej liczby takich towarów na rynku oraz znacznego zwiększenia się obciążenia ministra właściwego do spraw zdrowia w związku z epidemią COVID-19. Wyrok TK z dnia 23 października 2001 r., K 22/01, OTK 2001, nr 7, poz. 215.

ceny maksymalne (nie tylko na ostatnim etapie dystrybucji – ust. 2 powołanego przepisu) mają dotyczyć towarów lub usług istotnych dla ochrony zdrowia lub bezpieczeństwa ludzi lub kosztów utrzymania gospodarstw domowych. W tym przypadku ustawodawca wymaga dla ograniczenia wolności działalności gospodarczej zachowania drogi rozporządzenia.

Kończąc rozważania poświęcone cenom maksymalnym: zbędny wydaje się art. 8b u.COVID-19 stanowiący, iż zakazane jest żądanie za towary objęte powyższymi regulacjami zapłaty wyższej niż określona w powyższy sposób. Norma taka wynika z art. 8 ust. 1 i art. 8a ust. 1 w zw. z art. 83 Konstytucji RP z 1997 r.[91]

VIII. Szczególna regulacja finansowania i udzielania świadczeń zdrowotnych

VIII.1. Finansowanie świadczeń zdrowotnych

Szczególny sposób finansowania świadczeń zdrowotnych reguluje art. 9 u.COVID-19 służący wykonaniu art. 68 ust. 1–2 Konstytucji RP z 1997 r. w zakresie stosunków społecznych związanych z epidemią nowej choroby. Przepis ten nie wymaga szczegółowego komentarza. Określono w nim ogólne zasady pokrywania ze środków publicznych kosztów świadczeń opieki zdrowotnej służących przeciwdziałaniu COVID-19[92]. Dookreślenie ich w obszarze sprawozdawczości i warunków dokonywania rozliczeń

[91] B. Gronowska [w:] Z. Witkowski, A. Bień-Kacała (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2015, s. 187; M. Błachut, W. Gromski, J. Kaczor, *Technika prawodawcza*, Warszawa 2008, s. 28–30; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2009, s. 199–204. Powyższe rozważania pozostają aktualne także w odniesieniu do art. 37azg ust. 2 dodanego do pr.far. na mocy art. 20 pkt 1 u.COVID-19, zmienionego następnie z dniem 31 marca 2020 r. – D. Kaczan, *Cywilnoprawne*..., s. 351.

[92] Dokonuje tego Narodowy Fundusz Zdrowia (dalej: NFZ) ze środków pochodzących z Funduszu Przeciwdziałania COVID-19 oraz budżetu państwa z części, której dysponentem jest minister właściwy do spraw zdrowia – na podstawie sprawozdań i rachunków składanych do właściwego miejscowo dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ (ust. 1). Finansowanie polega na uiszczeniu opłaty ryczałtowej za utrzymanie stanu gotowości do udzielania stosownych świadczeń opieki zdrowotnej oraz ceny odpowiadającej liczbie i rodzajowi świadczeń udzielonych w przyjętym okresie rozliczeniowym (ust. 2), z zastrzeżeniem, iż nie stosuje się przepisów ustawowych o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

oraz sposobu i trybu finansowania z budżetu państwa pozostawiono odpowiednio prezesowi NFZ[93] oraz ministrowi właściwemu do spraw zdrowia (art. 9 ust. 3 i 5 u.COVID-19).

Więcej uwagi warto poświęcić art. 7 u.COVID-19. Na podstawie jego ust. 1 dyrektorzy oddziałów wojewódzkich NFZ oraz wojewodowie mają wspólnie opracowywać wykazy służące wyznaczeniu podmiotów udzielających świadczeń opieki zdrowotnej w związku z przeciwdziałaniem COVID-19. Co istotne, na mocy ust. 4 powołanej regulacji wolno ująć w nich nie tylko te prowadzące działalność leczniczą na zasadach określonych w u.d.l. W części dotyczącej teleporad[94] wykazy, o których mowa, mogą obejmować również lekarzy i lekarzy dentystów działających w swoim imieniu niezależnie od wpisu do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej oraz do rejestru, o którym mowa w art. 101 u.d.l., o ile mogą oni wykonywać zawód. Zgodnie z art. 7 ust. 3 u.COVID-19 wykazy unormowane w analizowanym przepisie podlegają ogłoszeniu zarówno w wojewódzkim dzienniku urzędowym w drodze obwieszczenia wojewody, jak i w Biuletynie Informacji Publicznej NFZ. Rozwiązanie to zdaje się *prima facie* zmieniać – wyczerpujący dotąd – charakter katalogu terenowych organów administracji rządowej uprawnionych do wydawania aktów prawa miejscowego w rozumieniu art. 94 Konstytucji, określony w art. 59–60 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie[95] – przez okres do dnia 8 marca 2021 r.[96] Jeżeli przyjąć ten kierunek wykładni, to katalog ów czasowo obejmuje również dyrektorów oddziałów wojewódzkich NFZ[97]. Przeciw niemu przemawia jednak określony przez ustawodawcę sposób zakomunikowania społeczeństwu treści powyższych wykazów.

---

[93] Zob. poprzedni przypis.

[94] Pojęcie to oznacza udzielanie świadczeń zdrowotnych na odległość za pośrednictwem systemu teleinformatycznego udostępnionego przez jednostkę podległą ministrowi właściwemu do spraw zdrowia, właściwą w zakresie systemów informacyjnych ochrony zdrowia.

[95] Dz.U. z 2019 r., poz. 1464 – t.j.

[96] Z jego upływem art. 7 u.COVID-19 traci moc.

[97] L. Garlicki [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 2. Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, Warszawa 2012, s. 70.

Wymóg dwukrotnego ogłoszenia tego samego aktu normatywnego prowadziłby do poważnych wątpliwości odnośnie do dnia, z którym nowe źródło prawa miałoby zacząć obowiązywać. Trudno byłoby też ustalić, jaka jego wersja pozostaje wiążąca w przypadku rozbieżności między tekstami ogłoszonymi. Nie bez znaczenia pozostaje też funkcja Biuletynu Informacji Publicznej wynikająca z art. 8 w zw. z art. 6 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej[98] (dalej: u.d.i.p.). Służy on bowiem udostępnieniu informacji publicznej, ale – w przeciwieństwie do dzienników urzędowych przeznaczonych do ogłaszania aktów normatywnych[99] – niekoniecznie w postaci dosłownego powtórzenia oryginału dokumentu źródłowego (art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p.)[100]. Konkludując – wykaz unormowany w art. 7 u.COVID-19 wiąże wtedy i tylko wtedy, gdy zostanie ogłoszony w dzienniku urzędowym wojewody.

Analizując art. 7 u.COVID-19, warto rozważyć, jakie skutki prawne wywołuje wejście w życie wykazów, o których mowa w tym przepisie. Wyniki wykładni językowej zdają się prowadzić do wniosku, iż podmiotom w nich nieuwzględnionym nie wolno udzielać świadczeń opieki zdrowotnej w związku z przeciwdziałaniem COVID-19. Względy systemowe i funkcjonalne uzasadniają jednak stanowisko odmienne. Zastosowanie art. 9 ust. 1 tej samej ustawy zależy bowiem właśnie od treści powołanych wykazów. Interpretując ostatnie unormowanie *a contrario*, trzeba więc uznać, iż ustawodawca akceptuje udzielanie pomocy medycznej osobom zakażonym wirusem SARS-CoV-2 niezależnie od aktów prawa miejscowego, o których mowa w art. 7 ust. 1 u.COVID-19. W przeciwnym razie fragment art. 9 ust. 1 u.COVID-19[101] okazałby się zbędny. Ponadto istotne ograniczenie kręgu podmiotów uprawnionych do podejmowania

[98] Dz.U. z 2019 r., poz. 1429 – t.j.

[99] Zob. art. 15 u.o.a.n.

[100] Niezależnie od okoliczności, iż zgodnie z linią orzeczniczą NSA wierne odzwierciedlenie wykazu unormowanego w art. 7 u.COVID-19 w Biuletynie Informacji Publicznej nie stanowi udostępnienia informacji przetworzonej – wyrok NSA z dnia 15 czerwca 2018 r., I OSK 1821/16, Legalis nr 1795438; wyrok NSA z dnia 23 stycznia 2019 r., I OSK 431/17, Legalis nr 1875002; wyrok NSA z dnia 10 kwietnia 2019 r., I OSK 1920/18, Legalis nr 1922393.

[101] Brzmiący: „udzielone przez (…) wpisanych do wykazu".

powyższych działań byłoby sprzeczne z pierwotnym celem u.COVID-19. W konsekwencji – nieuwzględnienie w wykazie uregulowanym w art. 7 ust. 1 u.COVID-19 wyłącza jedynie możliwość uzyskania przez dany podmiot publicznego finansowania działalności leczniczej w zakresie związanym z przeciwdziałaniem COVID-19. Dopuszczalne pozostaje natomiast odpłatne lub nieodpłatne udzielanie świadczeń zdrowotnych dotyczących zakażeń nowym wirusem na podstawie umowy o leczenie zawartej z pacjentem lub osobą działającą w jego interesie.

VIII.2. Zasady udzielania świadczeń zdrowotnych

Udzielania świadczeń zdrowotnych dotyczą art. 5 oraz art. 7 ust. 12 u.COVID-19. Ze względu na ich redakcję trudno ustalić zakres przedmiotowy norm z nich wynikających. Z jednej bowiem strony w przypadku powołanych przepisów ustawodawca nie zastrzegł wyraźnie, że jego wolą jest uregulowanie zachowań służących przeciwdziałaniu COVID-19 albo jakiejkolwiek innej chorobie zakaźnej. Z drugiej natomiast strony, jak już zauważono, zakres przedmiotowy badanej ustawy ograniczył do stosunków społecznych związanych z przeciwdziałaniem COVID-19. Rozstrzygając ów problem, trzeba pamiętać o rozszerzeniu katalogu celów u.COVID-19 o łagodzenie społeczno-gospodarczych skutków epidemii nowej choroby – np. poprzez zwiększenie dostępu do świadczeń zdrowotnych potrzebnych pacjentowi z innego powodu niż zakażenie wirusem SARS-CoV-2, którą ograniczył nagły wzrost obciążenia systemu ochrony zdrowia. Dlatego powołane przepisy raczej nie regulują wyłącznie udzielania pomocy medycznej związanej z wystąpieniem u danej osoby COVID-19. Zasadność tej interpretacji potwierdza analizowana wyżej zmiana brzmienia art. w ust. 2 u.COVID-19.

Celem art. 5 u.COVID-19 jest zapewnienie zewnętrznemu personelowi medycznemu możliwości szybkiego podejmowania czynności fachowych na lotnisku[102] poprzez legalizację uproszczenia zasad kon-

[102] W tym z wykorzystywaniem pojazdów przeznaczonych do obsługi pasażerów mających objawy chorób zakaźnych oraz osób mających z nimi kontakt.

troli bezpieczeństwa lub nawet odstąpienia od niej. Szczegółowe zasady w tym zakresie ustala zarządzający lotniskiem za zgodą prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego (dalej: prezes ULC) wyrażoną w drodze decyzji. W powołanym przepisie nie określono, jakimi kryteriami powinien kierować się prezes ULC, wydając powyższe rozstrzygnięcie. Wydaje się więc, że zastosowanie znajduje zwłaszcza art. 21 ust. 2 pkt 15 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze[103] (dalej: pr.lot.). Organ ów ma więc obowiązek dbać także w prezentowanym zakresie o bezpieczeństwo lotów. Powinien też uwzględniać ogólne zasady postępowania administracyjnego – w tym interes społeczny w przeciwdziałaniu rozprzestrzenianiu się epidemii chorób zakaźnych (art. 7 k.p.a.)[104]. Z uwagi na epizodyczny charakter art. 5 u.COVID-19 w związku z uwzględnieniem go w art. 36 tej ustawy należy postulować przeniesienie jego postanowień – z ewentualnym doprecyzowaniem przedstawionych wątpliwości – na grunt pr.lot.

Szczegółowego komentarza nie wymaga też art. 7 ust. 12 u.COVID-19. Cel i redakcja tego przepisu nie budzą wątpliwości. Regulacja owa służy czasowemu zwiększeniu liczby lekarzy uprawnionych do udzielania specjalistycznych świadczeń zdrowotnych. Na jej podstawie do dnia 8 marca 2021 r., ale nie później niż do dnia, na który wyznaczony zostanie termin najbliższego Państwowego Egzaminu Specjalizacyjnego, lekarz spełniający dodatkowe przesłanki[105] jest uznawany za lekarza specjalistę albo odbywającego szkolenie specjalizacyjne w dziedzinie, której dotyczył wniosek o przystąpienie do tego egzaminu – odpowiednio, jeżeli złożył z wynikiem pozytywnym część pisemną albo żadna z jego części nie odbyła się w wiosennej sesji egzaminacyjnej w 2020 r.

---

[103] Dz.U. z 2019 r., poz. 1580 – t.j.

[104] P. Kominek, *Wartości publiczne w prawie administracyjnym*, PPPubl. 2020, nr 1, s. 51–61.

[105] Uzyskał potwierdzenie zakończenia szkolenia specjalizacyjnego lub uznano jego dorobek naukowy i zawodowy za równoważny ze zrealizowaniem przez niego w części albo w całości szczegółowego programu modułu specjalistycznego albo realizacją programu specjalizacji w nowej dziedzinie (odpowiednio art. 16r ust. 6 pkt 1 oraz art. 16 ust. 7 i 9 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty, Dz.U. z 2020 r. poz. 514 – t.j.), o ile wystąpił do dyrektora Centrum Egzaminów Medycznych z wnioskiem o przystąpienie do Państwowego Egzaminu Specjalizacyjnego w wiosennej sesji egzaminacyjnej w 2020 r., która została przedłużona.

Kończąc rozważania szczegółowe zawarte w niniejszym opracowaniu, warto zauważyć, że ustawodawca, wprowadzając do polskiego systemu normatywnego u.COVID-19, a następnie nowelizując ją z dniem 1 kwietnia 2020 r., dążył do rozszerzenia kompetencji ministra właściwego do spraw zdrowia w zakresie regulacji udzielania świadczeń zdrowotnych innych niż związane z COVID-19. Na podstawie art. 7d badanej ustawy powołany organ może określić w drodze rozporządzenia ograniczenia przy ich udzielaniu, jeżeli jest to potrzebne dla zapobiegania i zwalczania zakażeń COVID-19. Normy tak wydane powinny dotyczyć czynności przedstawicieli zawodów medycznych, którzy mieli kontakt z pacjentami zakażonymi albo podejrzanymi o zakażenie wirusem SARS-CoV-2 – podejmowanych w ramach udzielenia pomocy medycznej osobie innej niż taki pacjent. Powołany przepis zawiera więc upoważnienie do wydania norm o charakterze technicznym celem doprecyzowania wymagań należytej staranności (art. 355 § 2, art. 415–416 oraz art. 471–472 k.c.)[106]. Sformułowano go poprawnie, ale pozostaje zbędny. Wydaje się, że tożsame reguły wymieniony organ władzy publicznej mógłby ustanowić w drodze rozporządzenia wydanego na podstawie art. 3 ust. 4 pkt 2 u.z.ch.z. (mowa w nim m.in. o metodach zapobiegania zakażeniu lub chorobie zakaźnej). Dlatego art. 7d u.COVID-19 nie spełnia swojej funkcji.

Inaczej jest w przypadku zmiany art. 34 u.z.ch.z. dokonanej na mocy art. 25 pkt 2 u.COVID-19. Z dniem 8 marca 2020 r. minister właściwy do spraw zdrowia zyskał bowiem uprawnienie do określenia rozporządzeniem katalogu chorób zakaźnych powodujących powstanie obowiązku hospitalizacji, izolacji lub izolacji w warunkach domowych (art. 34 ust. 5 pkt 1 u.z.ch.z.). Poprzednio znajdował się on w ustawie – w art. 34 ust. 1 u.z.ch.z. w poprzednim brzmieniu. Tę interwencję ustawodawcy należy zdecydowanie skrytykować. Obowiązek hospitalizacji, izolacji lub izolacji w warunkach domowych oznacza daleko idące ograniczenie albo nawet

[106] P. Machnikowski [w:] A. Olejniczak (red.), *System… Tom 6*, s. 435–438; D. Opalska, *Lojalność i staranność jako kryteria określające sposób wykonywania zobowiązań*, MoP 2013, nr 5, s. 231, 234–236.

pozbawienie wolności, którego przesłanki powinna określać ustawa, a nie rozporządzenie (art. 31 ust. 3 i art. 41 ust. 1 Konstytucji RP z 1997 r.)[107].

Konkluzje

Rozważania zawarte w niniejszym artykule potwierdzają zasygnalizowaną w ramach uwag wprowadzających obawę odnośnie do wpływu pośpiechu i presji opinii publicznej na jakość postępowania ustawodawcy. Wprowadzenie u.COVID-19 do polskiego systemu normatywnego było nieuzasadnione. Większość norm prawnych pozwalających na podejmowanie skutecznych działań służących przeciwdziałaniu epidemii nowej choroby zakaźnej wynika bowiem z przepisów obowiązujących przed dniem 8 marca 2020 r. (m.in. dopuszczalność wprowadzenia jednego ze stanów nadzwyczajnych, ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii oraz stosowania przymusowych środków izolacyjnych). Podkreślenia wymaga również, iż postanowienia badanej ustawy dotyczą na tyle różnorodnej problematyki, że trudno uznać ją za spójny akt prawny. Jak zaprezentowano w uwagach szczegółowych, wiele z nich jest też wadliwie zredagowanych. Ponadto na skutek kolejnych zmian – zwłaszcza dodania do u.COVID-19 ogromnej liczby przepisów następujących po art. 15, ale przed art. 16 – analizowany akt prawny stał się nieczytelny dla przeciętnego adresata, czemu ustawodawca nie starał się zaradzić poprzez podzielenie jej Rozdziału 2 na mniejsze jednostki systematyzacyjne. Mając powyższe na względzie, wydaje się, że u.COVID-19 należy uchylić.

Konkluzja powyższa nie oznacza, że poszczególne regulacje analizowanej ustawy nie zasługują częściowo na aprobatę i nie mogą być brane pod uwagę w kontekście przeniesienia ich postanowień na grunt innych ustaw. Korzystne z punktu widzenia ochrony zdrowia publicznego rozwiązania prawne nie powinny mieć epizodycznego charakteru ani ograniczać się do stosunków społecznych związanych z tylko jedną chorobą zakaźną. Jest tak m.in., jeżeli chodzi o art. 3 ust. 1 (praca zdalna), art. 6

[107] Zob. przypis nr 26.

ust. 1 (wyłączenie stosowania prawa zamówień publicznych) i art. 12 u.COVID-19 (uproszczenie zasad prowadzenia prac budowlanych). To również przemawia za uchyleniem badanej ustawy – zwłaszcza, że jak zauważono w ramach uwag szczegółowych, nawet takie przepisy nie zostały dopracowane. Inne postanowienia u.COVID-19 – np. art. 8 ust. 1 (upoważnienie do regulacji cen) oraz art. 10–10a i 11 (umocowanie do wydawania m.in. przedsiębiorcom wiążących poleceń) i 14 (jedynie częściowe wyłączenie odpowiedzialności odszkodowawczej w transporcie zbiorowym) – budzą natomiast na tyle poważne wątpliwości aksjologiczne i interpretacyjne oraz zastrzeżenia natury konstytucyjnoprawnej, że trzeba postulować ich uchylenie lub przynajmniej znaczącą zmianę, a także rezygnację z ewentualnego wprowadzenia analogicznych postanowień do innych aktów prawnych.

Przeciw zasadności powyższej krytyki oraz postulatu uchylenia u.COVID-19 nie przemawia nawet rozszerzenie katalogu celów tej ustawy z dniem 31 marca 2020 r. Przeciwnie, dodanie do niej szeregu przepisów służących przeciwdziałaniu rozmaitym skutkom społeczno-gospodarczym epidemii nowej choroby pogłębiło niespójność regulacji szczegółowych analizowanego aktu prawnego. Służące temu rozwiązania epizodyczne należało raczej ująć w odrębnej ustawie, a pozostałe wprowadzić do tekstu obowiązujących już źródeł prawa.

Summary

The legislator's reaction to the appearance of the SARS-CoV-2 virus – analysis of the Act of March 2, 2020

The COVID-19 pandemic is one of the major problems facing the majority of Western societies in the first half of 2020. The essence of the threat to public health does not differ from those associated with the spread of other infectious diseases. National responses to the increase in SARS-CoV-2 infection were various. In the case of the Republic of Poland, the legislator reacted, despite the fact that provisions for counteracting epidemics were already in force. The assessment of the advisability of adopting new normative solutions in the context of this circumstance is one of the aims of this study. The second aim is the analysis of selected provisions intended to counteract the COVID-19 epidemic from the point of view of the principles of correct legislation as a key criterion for the effectiveness of changing the legal status. The third aim is to assess the regulations introduced into the Polish normative order in March 2020 in the context of constitutional values. It should be remembered that extraordinary events often evoke strong emotions. Fear of a sudden and not yet fully understood threat induces society to accept far-reaching restrictions of human and civil rights and freedoms. That is why it is particularly important to carry out the objective verification of constitutionality of the provisions of a legal act issued in such conditions.

The considerations contained in the article allow to state that the polish legislator has not shown sufficient diligence in the development of specific provisions aimed to counteract the COVID-19 epidemic and combat its effects. He misjudged the need to introduce a new legal act into the Polish normative system, and he edited its provisions in a way that raises numerous and serious doubts. The provisions of a new source of law deserves a lot of criticism also because of the contradiction with the Polish Constitution of 1997.

Adam Górski

Emilia Sarnacka

Uwagi do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 27 czerwca 2013 r., I ACa 361/13, LEX nr 1342253

Wprowadzenie

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach kryje w sobie kilka problemów z zakresu wykładni prawa medycznego, zasługując na całościowe skomentowanie. Nie będzie ono jednak celem tych uwag. Koncentrują się one (oprócz koniecznego przedstawienia stanu faktycznego) na istocie i specyfice przymusowej obserwacji psychiatrycznej na tle form pozbawienia wolności przy wykonywaniu psychiatrycznych świadczeń zdrowotnych. Wszystko to rzuca światło na fenomen lecznictwa psychiatrycznego, jakim jest ingerencja w autonomię woli w dość szczególnych i trudnych, również diagnostycznie i prognostycznie, warunkach[1]. Nade wszystko jednak należy stwierdzić, że konfrontacja stanów faktycznych ze stanem prawnym już intuicyjnie wydaje się odmienna od klasycznych stanów pozbawienia wolności przez władzę publiczną i ich oceny prawnej. Jednocześnie problem ten – rzeczywistego pojęcia pozbawienia wolności w psychiatrii – nie wydaje się kompleksowo, zwłaszcza monograficznie, omawiany w literaturze polskiej. Istotne wydaje się spojrzenie nań z perspektywy polskiej doktryny prawniczej oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

[1] Por. ogólnie w kwestii postępowania przymusowego w tym zakresie, M. Boratyńska, *Wolny Wybór. Gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 477–504, P. Konieczniak, *Przymus psychiatryczny*, w: *System Prawa Medycznego*, red. nacz. E. Zielińska, T. II. *Regulacja czynności medycznych* (red. M. Boratyńska, P. Konieczniak), Wolters Kluwer 2019, s. 877–898.

I. Stan faktyczny

W komentowanej sprawie powódka, po odbytym leczeniu nowotworowym, źle się czuła psychicznie – cierpiała na bezsenność, odmawiała kontaktów społecznych, zamknęła się w sobie. Namówiona przez mamę i siostrę zgodziła się na konsultację psychiatryczną w pozwanym szpitalu. Podkreślenia wymaga, iż powódka była przekonana, że jedzie do szpitala wyłącznie na konsultację i celem uzyskania recepty. Podczas badania psychiatrycznego lekarz stwierdził konieczność hospitalizacji. Pomimo sprzeciwu powódki i jej rodziny wobec hospitalizacji lekarz wezwał pielęgniarzy, których obecność spowodowała pójście powódki na oddział. Powódka odmówiła zgody na pobyt w szpitalu, po czym została przez lekarza poinformowana o możliwości hospitalizacji bez zgody. Prośba o tekst ustawy regulującej jej pobyt w szpitalu została odrzucona z powodu jakoby braku możliwości druku tekstu. Powódka wyraziła pisemną zgodę na proponowane leczenie, odmówiła podpisania zgody na przyjęcie do szpitala i nie wyraziła zgody na informowanie osób trzecich o swoim stanie zdrowia. Sanitariusz poprosił powódkę o kluczyki i dokumenty wozu. Telefon komórkowy został jej odebrany. Dzień po rozpoczęciu hospitalizacji, podczas kolejnego badania lekarskiego, lekarz zorientował się, że nadal brakuje pisemnej zgody na hospitalizację. Następnie powódka wyraziła zgodę na informowanie matki o swoim stanie zdrowia (dokument antydatowano na dzień przyjęcia do szpitala), by umożliwić jej interwencję u ordynatora dotyczącą wypisu. Podczas kolejnej rozmowy z lekarzem, w trakcie której zwrócono uwagę na brak podpisu przy zgodzie na przyjęcie do szpitala, powódka ponownie podkreśliła, iż nie wyraziła zgody na hospitalizację. Pomimo prób przekonania do wyrażenia takiej zgody – powódka konsekwentnie odmawiała. Opuściła szpital po 23 dniach pobytu, po interwencji znajomej koleżanki matki. W wyniku hospitalizacji i jej przebiegu pogorszeniu uległy relacje powódki z rodziną (czuła się oszukana, gdyż zgodziła się na konsultację, a nie na hospitalizację, oraz miała poczucie, że została opuszczona w trudnym dla niej okresie) oraz jej samopoczucie – pojawił się paniczny strach przed zamknięciem.

Powódka wystąpiła z pozwem przeciwko szpitalowi, domagając się ustalenia bezprawności naruszenia następujących dóbr osobistych: prawo do wolności, godności osobistej, podmiotowości i prawidłowego informowania o prawach i obowiązkach. Ponadto domagała się zasądzenia od pozwanego 10 tys. zł tytułem zadośćuczynienia z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia powództwa i zasądzenia kosztów procesu. Pozwany szpital wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie zwrotu kosztów procesu, uzasadniając, że żądanie jest bezzasadne, gdyż powódka wyraziła zgodę na przyjęcie do szpitala.

Sąd Okręgowy dał wiarę zeznaniom powódki dotyczącym okoliczności przyjęcia i pobytu na oddziale. Dokumentacja medyczna potwierdza jej wersję zdarzeń – brakuje tam podpisu w miejscu wyrażenia zgody na hospitalizację. W odpowiedzi na zarzut co do braku zgody na hospitalizację pozwany stwierdził, iż w szpitalu praktykowane jest wyłącznie odbieranie zgody na leczenie, a formularz zgody na pobyt w szpitalu jest przestarzały.

Sąd Okręgowy uznał, iż umieszczenie w szpitalu bez zgody pacjenta stanowi pozbawienie wolności osobistej. Ponadto zwrócił uwagę na występowanie w pozwanym szpitalu dwóch sprzecznych z prawem praktyk – lekarka badająca powódkę po zauważeniu braku zgody na hospitalizację powinna wdrożyć procedurę uzyskania zgody sądu zamiast informować powódkę o możliwości wycofania zgody, która nie została udzielona – oraz na praktykę nieodbierania zgody na pobyt w szpitalu i zastępowania jej zgodą na leczenie.

W uzasadnieniu wyroku sądu pierwszej instancji podkreślono również, że hospitalizacja powódki bez jej zgody przy jednoczesnym niewdrożeniu procedury uzyskania zgody sądu stanowi naruszenie dobra osobistego w postaci wolności i godności osobistej. Ponadto w ocenie sądu zatrzymanie powódki w szpitalu doprowadziło do wyrządzenia jej krzywdy. Została potraktowana w sposób przedmiotowy, co wywołało w niej strach.

Sąd Okręgowy uwzględnił żądanie zasądzenia zadośćuczynienia w całości. Powództwo – w części żądania ustalenia, że doszło do naruszenia dóbr osobistych powódki – zostało oddalone. Sąd pierwszej instancji

podkreślił, iż przesłanką zasadności powództwa o ustalenie jest istnienie interesu prawnego – sąd uznał, iż po stronie powódki brak interesu prawnego w ustaleniu naruszenia jej dóbr osobistych.

Powyższy wyrok został zaskarżony przez pozwanego. Sąd Apelacyjny uznał, iż apelacja pozwanego nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zarzuty w niej zawarte nie są zasadne.

II. Tryby postępowania przy przyjęciu do szpitala psychiatrycznego

Ustawodawca przewidział kilka możliwości przyjęcia pacjenta do szpitala psychiatrycznego – za zgodą pacjenta (art. 22 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 685 ze zm., dalej: u.o.z.p.), przyjęcie osoby chorej psychicznie bez jej zgody, ale za zgodą sądu opiekuńczego (art. 23 u.o.z.pl), przyjęcie na obserwację za zgodą sądu opiekuńczego (art. 24 u.o.z.p.) oraz przyjęcie za zgodą sądu opiekuńczego na wniosek uprawnionego podmiotu (art. 29 u.o.z.p.). Analizując hospitalizację psychiatryczną bez zgody pacjenta, należy mieć na uwadze, iż jest ona wyjątkiem od zasady dobrowolności udzielania świadczeń zdrowotnych, gdyż stanowi głęboką ingerencję w konstytucyjnie chronione wolności – godność i wolność człowieka. Co za tym idzie, przesłanki hospitalizacji muszą być ujmowane rygorystycznie[2].

W tym miejscu zasadna jest ocena, czy procedura przyjęcia powódki do pozwanego szpitala była przeprowadzona zgodnie z przesłankami unormowanymi w ustawie psychiatrycznej. Analizując komentowane orzeczenie, należy zwrócić szczególną uwagę na argumentację pozwanego w przedmiocie trybu umieszczenia powódki w szpitalu psychiatrycznym[3]. Zdaniem pozwanego pacjentka została przyjęta za zgodą wyrażoną

[2] Zob. postanowienie SN – Izba Cywilna z dnia 22 czerwca 2018 r., sygn. akt II CSK 22/18, LEX nr 2553883.

[3] Zgodnie z art. 3 pkt 2 u.o.z.p. użyte w ustawie określenie „szpital psychiatryczny" odnosi się również do oddziału psychiatrycznego w szpitalu ogólnym, kliniki psychiatrycznej, sanatorium dla osób z zaburzeniami psychicznymi, innego zakładu leczniczego podmiotu leczniczego w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, sprawującego całodobową opiekę psychiatryczną lub odwykową, niezależnie od podmiotu, który je tworzy i utrzymuje.

w formie pisemnej, przy czym – w opinii pozwanego – za zgodę na hospitalizację uznano zgodę na leczenie. W tym miejscu należy przyznać rację Sądowi Odwoławczemu, iż jest to niezgodne z prawem. Ustawodawca bowiem wprost stwierdził, iż przyjęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi w zwykłym trybie możliwe jest jedynie za jej pisemną zgodą, na podstawie ważnego skierowania do szpitala oraz po uznaniu wskazań do hospitalizacji przez lekarza po osobistym zbadaniu[4]. Wyjątkiem od obowiązku posiadania ważnego skierowania są nagłe przypadki, zwłaszcza sytuacja, w której pacjent nie miał możliwości uzyskania pomocy lekarskiej przed zgłoszeniem do szpitala (art. 22 ust. 1a u.o.z.p). Ustawodawca nie przewidział możliwości „zastąpienia" zgody na przyjęcie do szpitala zgodą na leczenie. Nie można zatem podzielić stanowiska pozwanego. Co więcej, zastrzeżenia budzi również fakt braku skierowania. Powódka, wybierając się na konsultację do szpitala, nie dysponowała skierowaniem na hospitalizację. Nie można też w tej sytuacji stwierdzić, że był to nagły przypadek, w którym nie mogła uzyskać pomocy od innego lekarza. Fakt, iż powódka wybrała konsultację w pozwanym szpitalu, nie wynikał bowiem z braku możliwości uzyskania pomocy gdzie indziej, a głównie z faktu, iż było to miejsce pracy koleżanki matki powódki. Analizowany w komentowanym orzeczeniu stan faktyczny wyklucza zatem uznanie, iż powódka została przyjęta do szpitala za zgodą. Można nawet posunąć się do stwierdzenia, iż powódka nie spełniła wymogów prawnych stawianych przyjmowaniu pacjenta za zgodą do szpitala psychiatrycznego – nie miała ważnego skierowania ani nie była w szczególnych okolicznościach, które uzasadniałyby jego brak.

W związku z tym należy rozważyć, czy podstawą przyjęcia do szpitala mógł (a właściwie powinien) być inny tryb uregulowany w ustawie psychiatrycznej. Ustawodawca przewidział możliwość przyjęcia do szpitala

[4] Interesujący, acz pozostający poza ramami niniejszego opracowania jest fakt, iż ustawodawca uznał, że decyzję o zasadności hospitalizacji wydaje „lekarz wyznaczony do tej czynności", przy czym nie musi to być lekarz psychiatra. Budzi to duże zastrzeżenia, gdyż w praktyce oznacza to możliwość decydowania o przyjęciu pacjenta do szpitala przez lekarza innej specjalności lub lekarza dopiero rozpoczynającego kształcenie specjalistyczne.

pacjenta także bez jego zgody. Hospitalizacja psychiatryczna bez zgody powódki mogłaby mieć miejsce w trybie art. 23 u.o.z.p. (przyjęcie do szpitala osoby chorej psychicznie za zgodą sądu), art. 24 (przyjęcie na obserwację) lub art. 29 (przyjęcie na wniosek).

Przyjęcie do szpitala psychiatrycznego osoby chorej psychicznie[5] na podstawie normy zawartej w art. 23 u.o.z.p. możliwe jest wyłącznie wówczas, gdy jej dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że z powodu tej choroby zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób[6]. Ponadto ustawodawca nałożył na lekarza oceniającego stan zdrowia pacjenta dodatkowy fakultatywny obowiązek – zasięgnięcie w miarę możliwości opinii drugiego lekarza psychiatry albo psychologa. Analizując przedstawiony stan faktyczny, należy bezwzględnie wykluczyć możliwość przyjęcia powódki do szpitala w trybie unormowanym w art. 23 ust. 1 u.o.z.p. Przede wszystkim w momencie konsultacji psychiatrycznej, na którą przyjechała do pozwanego szpitala, nie była osobą o zdiagnozowanych zaburzeniach psychicznych. Nawet hospitalizacja, której została poddana, nie zakończyła się postawieniem diagnozy o zaburzeniach psychicznych. Co więcej, brak opinii lekarzy psychiatrów potwierdzającej, iż uprzednie zachowanie powódki wskazywało, że stanowi bezpośrednie zagrożenie dla życia własnego albo życia lub zdrowia innych osób. Jak słusznie wskazuje judykatura, aby mógł być zastosowany art. 23 ust. 1 u.o.z.p., osoba przyjmowana musi być osobą chorą psychicznie, natomiast jej zachowanie musi wskazywać na to, że z powodu tej choroby zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu

---

[5] W literaturze medycznej powszechnie zwraca się uwagę, iż termin „choroba psychiczna" został w klasyfikacjach medycznych (przykładowo system klasyfikacyjno-diagnostyczny DSM w USA oraz klasyfikacja ICD-10 uchwalana przez Światową Organizację Zdrowia) zastąpiony terminem „zaburzenia psychiczne", analogiczne zjawisko widoczne jest w publikacjach naukowych, zob. S. Pużyński, *Choroba psychiczna – problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych*, Psychiatria Polska 2007, t. XLI, nr 3, s. 303–304.

[6] Odnośnie do specyfiki przyjęć do szpitala psychiatrycznego w trybie nagłym por. I. Markiewicz, J. Heitzmann, E. Gartyńska-Zięba, *Przymusowa hospitalizacja psychiatryczna – struktura przyjęć bez zgody w trybie nagłym na przykładzie IPiN w Warszawie*, Psychiatr. Pol. 2016; 50(1): 7–18. Ogólniej zaś B. Janiszewska, *Podmiotowe uwarunkowania hospitalizacji psychiatrycznej w celu obserwacji*, Monitor Prawniczy nr 3/2013.

innych osób[7]. Zachowania uciążliwe pacjenta, niestwarzające zagrożenia, nie będą uzasadniały zastosowania przymusowej hospitalizacji[8].

Na marginesie należy dodać, iż omawiany tryb nakłada obowiązek zawiadomienia sądu opiekuńczego o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego w ciągu 72 godzin od chwili przyjęcia (art. 23 ust. 4 u.o.z.p.).

Konkludując ten wątek, brak choroby psychicznej (z punktu widzenia medycyny trafniejsze byłoby określenie: brak diagnozy wystąpienia zaburzeń psychicznych) u powódki wykluczał możliwość hospitalizacji na podstawie art. 23 ust. 1 u.o.z.p.[9]

Brak diagnozy o wystąpieniu zaburzeń psychicznych przed hospitalizacją również wyklucza możliwość zastosowania procedury przyjęcia do szpitala psychiatrycznego na wniosek uprawnionego podmiotu. Ustawodawca umożliwił przyjęcie do szpitala psychiatrycznego osoby chorej psychicznie, jeżeli spełniona jest jedna z dwóch okoliczności: dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego albo jest ona niezdolna do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, a uzasadnione jest przewidywanie, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę stanu jej zdrowia (art. 29 ust. 1 u.o.z.p.). Sąd opiekuńczy potrzebę hospitalizacji orzeka na podstawie wniosku małżonka osoby chorej psychicznie, krewnych w linii prostej, rodzeństwa, przedstawiciela ustawowego, osoby sprawującej faktyczną opiekę lub organu do spraw pomocy społecznej. Do wniosku należy dołączyć orzeczenie lekarza psychiatry szczegółowo uzasadniające potrzebę leczenia w szpitalu psychiatrycznym, wydane w okresie nie dłuższym niż 14 dni przed złożeniem wniosku (art. 30 u.o.z.p.). Rodzina, która chce złożyć wniosek o leczenie psychiatryczne, ma obowiązek udania się do lekarza psychiatry, który – po przeprowadzeniu wywiadu – może wezwać

[7] Wyrok SA w Szczecinie z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. akt I ACa 1155/15, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych.

[8] Postanowienie SN Izba Cywilna z dnia 14 lutego 1996 r., sygn. akt II CRN 201/95, LEX nr 24925.

[9] Zob. postanowienie Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt V CSK 79/19, LEX nr 274587.

pacjenta na badanie bądź (np. w przypadku jego odmowy bądź stanu uniemożliwiającego kontakt) przeprowadzić je w domu pacjenta, również bez jego zgody[10].

Trybem przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, który w analizowanym stanie faktycznym wydaje się najbardziej odpowiedni, jest przyjęcie na obserwację stypizowane w art. 24 u.o.z.p. Podstawę hospitalizacji stanowi tu takie zachowanie potencjalnego pacjenta, które wskazuje, że z powodu zaburzeń psychicznych zagraża bezpośrednio swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, a zachodzą wątpliwości, czy jest on chory psychicznie. Zadaniem lekarza jest ustalenie, że zaistniały okoliczności, które obiektywnie i rozsądnie oceniane świadczą o istnieniu stanu zagrożenia[11]. Tryb obserwacyjny ma na celu postawienie diagnozy, czy pacjent cierpi na zaburzenia psychiczne czy nie, dlatego możliwość hospitalizacji bez zgody została ograniczona do 10 dni. Obowiązek zawiadomienia sądu opiekuńczego celem uzyskania zgody na hospitalizację jest analogiczny do przyjęcia osoby chorej psychicznie.

Rozważając, dlaczego w zaistniałym stanie faktycznym tryb obserwacyjny byłby najbardziej odpowiedni, należy zwrócić uwagę – pomimo braku należycie prowadzonej dokumentacji medycznej – iż decyzja lekarza o konieczności przyjęcia powódki do szpitala psychiatrycznego nastąpiła po przeprowadzeniu badania psychiatrycznego. Można zatem przypuszczać, iż lekarz uznał, że stan zdrowia i zachowanie powódki stanowi bezpośrednie zagrożenie dla jej zdrowia. W przedmiotowej sprawie ocenie sądu powinna również podlegać słuszność oceny lekarza.

Środki farmaceutyczne mogą być stosowane w trybie obserwacyjnym wyłącznie w dwóch przypadkach: jeżeli zastosowanie konkretnego farmaceutyku jest konieczne z uwagi na stan zdrowia pacjenta i wyraża on na to zgodę albo gdy zachodzi konieczność zapanowania nad niebezpiecznym zachowaniem pacjenta poddawanego obserwacji[12].

---

[10] Za: B. Kmieciak, *Leczenie szpitalne w rodzaju opieka psychiatryczna i leczenie uzależnień*, [w:] *Prawo dla lekarzy psychiatrów*, Warszawa 2018, s. 147.

[11] Postanowienie SN z dnia 14 lutego 1996 r., sygn. akt II CRN 201/95.

[12] Za: B. Kmieciak, *Leczenie*..., s. 14.

Obowiązek uzyskania zgody sądu na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego bez zgody stanowi jednocześnie kontrolę sądową podstaw przymusowej hospitalizacji. Jak słusznie stwierdził Sąd Najwyższy w przywołanym już postanowieniu z dnia 22 czerwca 2018 r.[13], przymusowe przyjęcie do szpitala psychiatrycznego stanowi głęboką interwencję w konstytucyjnie chronione wartości takie jak godność i wolność człowieka. Co za tym idzie, badanie podstaw przymusowej hospitalizacji musi być szczególnie wnikliwe, a obowiązkiem sądu jest szersze korzystanie z własnej inicjatywy w poszukiwaniu faktów i dowodów, z odstępstwem od zasady kontradyktoryjności. Ze względu na specyfikę kondycji pacjenta psychiatrycznego należy mieć na uwadze, iż w trakcie czynności diagnostycznych zmianie może ulec podstawa hospitalizacji, gdyż przyjęcie pacjenta w trybie obserwacyjnym wyklucza podjęcie czynności leczniczych, zarówno z zastosowaniem przymusu, jak i za zgodą pacjenta. Z uwagi na fakt, iż sąd nie jest związany podstawą hospitalizacji, nie powinien pozostać bierny, jeżeli z dokumentacji wynika, iż pacjent kontynuuje pobyt w szpitalu psychiatrycznym[14].

III. Istota leczenia psychiatrycznego

Analizując istotę przyjęcia do szpitala psychiatrycznego bez zgody w porównaniu do pozostałych świadczeń zdrowotnych, nie sposób pominąć zasadniczej w tej materii kwestii – specyfiki leczenia psychiatrycznego[15] .

Przede wszystkim psychiatrię od innych dziedzin medycyny odróżnia szczególny stan pacjenta, który często nie jest zdolny do wyrażenia prawnie wiążącej zgody na leczenie. Ustawodawca szeroko określił

[13] Sygn. akt II CSK 22/18.

[14] Zob. postanowienie SN Izba Cywilna z dnia 26 kwietnia 2019 r., sygn. akt V CZ 29/19, LEX nr 2652425; analogicznie uchwała SN Izba Cywilna z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt III CZP 66/16, OSNC nr 7–8/2017 poz. 78.

[15] Zob. szerzej: J. Mormul, D. Kurpas, *Specyfika opieki pielęgniarskiej na oddziale psychiatrii sądowej o wzmożonym stopniu zabezpieczenia*, Family Medicine & Primary Care Review 2011, Nr 13, 2, s. 341–342.

definicję pacjenta psychiatrycznego – określenie „osoba z zaburzeniami psychicznymi" odnosi się do osoby: a) chorej psychicznie (wykazującej zaburzenia psychiatryczne), b) upośledzonej umysłowo oraz c) wykazującej inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym (art. 3 ust. 1 u.o.z.p.). Wyodrębnienie trzech kategorii osób cierpiących na zaburzenia psychiczne stanowi konsekwencję odmiennego unormowania skutków każdej z trzech postaci zaburzeń. Brak w tym miejscu relacji wykluczania – możliwe jest krzyżowanie się przytoczonych zaburzeń[16].

Udzielanie świadczeń zdrowotnych osobom z zaburzeniami psychicznymi nie oznacza, iż ustawodawca nie wymaga informowania pacjenta o jego stanie zdrowia i prawach bądź nie nakłada obowiązku uzyskania zgody pacjenta z zaburzeniami psychicznymi na udzielanie świadczeń zdrowotnych. Wręcz przeciwnie, ustawodawca, nakładając obowiązek uzyskania zgody na leczenie psychiatryczne, doprecyzował na potrzeby omawianego aktu prawnego definicję zgody. Zgoda pacjenta psychiatrycznego w świetle ustawy psychiatrycznej oznacza swobodnie wyrażoną zgodę osoby z zaburzeniami psychicznymi, która – niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego – jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania (art. 4 ust. 3 u.o.z.p.). Jak słusznie wskazano w doktrynie, prawnie doniosłe wyrażenie zgody w rozumieniu ustawy psychiatrycznej wymaga spełnienia trzech przesłanek: 1) rzeczywistej zdolności osoby do zrozumienia przekazywanej informacji, 2) swobodnego wyrażenia zgody oraz 3) rzeczywistej zdolności zrozumienia przekazywanej informacji. Trzecia przesłanka stanowi oryginalne rozwiązanie

[16] Zob. B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe,* Warszawa 2013, s. 142 i wskazana tam literatura.

normatywne w konstrukcji prawnej zgody pacjenta psychiatrycznego – występuje wyłącznie w przypadku decydowania przez osobę z zaburzeniami psychicznymi o poddaniu się interwencjom z zakresu psychiatrycznej opieki zdrowotnej[17].

Istotę zgody pacjenta psychiatrycznego trafnie podsumował B. Kmieciak, którego zdaniem odnosi się ona do osób: 1) rzeczywiście zdolnych do wyrażenia zgody (duże znaczenie mają w tym miejscu wiedza i doświadczenie lekarza psychiatry, którego zadaniem jest rzeczywista ocena zdolności decyzyjnych pacjenta); 2) uprzednio poinformowanych o: miejscu przebywania, celu leczenia, proponowanych metodach diagnostycznych i terapeutycznych oraz ich znaczeniu; 3) swobodnie wyrażających swój stosunek do leczenia (przykładowo: przyjęcie do szpitala nie może być poprzedzone przymusem fizycznym ani słownym ze strony krewnych czy wprowadzeniem w błąd); 4) posiadających wiedzę dotyczącą konkretnego „przedmiotu zgody" (świadomość, na co się zgadzają)[18].

Dla komentowanej sprawy kluczowe jest poruszenie kwestii możliwości odebrania pacjentowi telefonu komórkowego. Bezspornie należy stwierdzić, iż było to działanie bezprawne. Nawet w przypadku przyjęcia pacjenta do szpitala psychiatrycznego bez zgody, podmiot leczniczy nie jest uprawniony do odbierania pacjentowi przedmiotów stanowiących jego własność. Jak słusznie podkreśla B. Kmieciak, ustawa o ochronie zdrowia psychicznego nie daje nawet możliwości przeszukania rzeczy osobistych pacjenta z wyłączeniem sytuacji, w której podczas stosowania przymusu bezpośredniego odbierane są rzeczy mogące stanowić niebezpieczeństwo dla pacjenta[19]. J. Ciechorski podkreśla również, iż ustawodawca wprost uregulował możliwość zastosowania przymusu bezpośredniego, nie można zatem odebrać rzeczy osobistych pacjenta w każdych okolicznościach, a jedynie wówczas, gdy istnieją przesłanki zastosowania

[17] Za: B. Janiszewska, *Zgoda*..., s. 144.

[18] B. Kmieciak, *Leczenie*..., s. 132–133.

[19] Za: B. Kmieciak, *„Przepis na granicy", czyli współczesne wyzwania w obszarze ochrony praw pacjenta szpitala psychiatrycznego*, PiM, 4/2016, s. 61.

przymusu[20]. Trudno jednak zasadnie uznać, iż takim przedmiotem będzie telefon komórkowy.

IV. Przymusowa hospitalizacja psychiatryczna a inne działania bez zgody osoby z zaburzeniami psychicznymi

Przyjęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody nie jest jedyną formą przymusowego działania przewidzianą przez ustawę psychiatryczną. Ustawodawca, w określonych okolicznościach, przewidział również inne formy działań przymusowych wobec osoby z zaburzeniami psychicznymi – możliwość stosowania przymusu bezpośredniego (uregulowana w art. 18–18f u.o.z.p.)[21], badanie psychiatryczne[22] (art. 21 u.o.z.p.) oraz przyjęcie do domu pomocy społecznej (art. 38–41 u.o.z.p.). Charakter niniejszego opracowania wyklucza szczegółowe omówienie powyższych instytucji, stąd przedmiotowa analiza zostanie ograniczona jedynie do wskazania zasadniczych różnic w stosunku do hospitalizacji psychiatrycznej bez zgody.

Ustawodawca przewidział możliwość przeprowadzenia badania psychiatrycznego (w tym bez zgody) wyłącznie w stosunku do osoby, której zachowanie wskazuje na to, że z powodu zaburzeń psychicznych może zagrażać bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, bądź nie jest zdolna do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych. Konieczność przeprowadzenia badania stwierdza lekarz psychiatra,

---

[20] Szerzej: J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 21 marca 2014 r., sygn. akt I ACa 834/13*, PiM nr 1/2015, s. 186.

[21] Szerzej nt. przymusu bezpośredniego: M. Balicki, *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, PiM 1999, Nr 1, s. 40–60; E. Sarnacka, *Ochrona zdrowia psychicznego jako szczególne zadanie ustawodawcy – zastosowanie przymusu bezpośredniego*, Studia BAS 2018, Nr 4(56), s. 143–164; A. Augustynowicz, I. Wrześniewska-Wal, A.I. Czerw, *Stosowanie środków przymusu bezpośredniego w podmiotach sprawujących długoterminową opiekę nad osobami w wieku podeszłym*, Family Medicine & Primary Care Review, 2016, Nr 18,1, s. 69–73; K. Michalak, J.G. Firlus, *Administracyjnoprawne ograniczenia autonomii pacjenta – uwagi wokół przymusu leczenia*, Białostockie Studia Prawnicze, 2017, vol. 22 nr 2, s. 139–157; M. Babula, *Przymus w leczeniu pacjenta – wybrane problemy*, Administracja: teoria, dydaktyka, praktyka, Nr 3 (36), s. 83–90.

[22] Szerzej: N. Karczewska-Kamińska, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*, Warszawa 2018, s. 144.

w razie braku takiej możliwości – inny lekarz. Osoba badana powinna być uprzedzona przed jego rozpoczęciem, w tym o przeprowadzeniu badania bez zgody. Badanie psychiatryczne powinno poprzedzać hospitalizację.

Instytucja przymusu bezpośredniego niejednokrotnie była już przedmiotem analiz doktryny[23]. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na kilka kwestii – ustawodawca oddzielił stosowanie środków przymusu bezpośredniego od przyjęcia do szpitala psychiatrycznego bez zgody, jednakże w obu przypadkach przyznał kluczową rolę poinformowaniu pacjenta przez lekarza o stosowanej instytucji. W przypadku hospitalizacji ma to szczególne znaczenie, gdyż informacja jest warunkiem wyrażenia zgody, która ma wpływ na wybór trybu przyjęcia do szpitala – za zgodą lub bez.

Ponadto wśród różnic należy wskazać osobę decydującą o zastosowanym środku. W przypadku hospitalizacji będzie to lekarz (jednak nie zawsze lekarz psychiatra), natomiast w przypadku przymusu – również pielęgniarka (gdy nie ma możliwości uzyskania natychmiastowej decyzji lekarza oraz w domach pomocy społecznej). Różnica widoczna jest także w sprawowaniu kontroli, która będzie odmienna przy szpitalach psychiatrycznych i w innych zakładach leczniczych. Kontrola sądowa szpitala psychiatrycznego może objąć zakresem nie tylko podstawę hospitalizacji psychiatrycznej, ale również procedury stosowania przymusu bezpośredniego. Ustawodawca nie przewidział obligatoryjnej kontroli sądowej zakładów leczniczych, które mogą stosować przymus bezpośredni, a nie udzielają świadczeń zdrowotnych w rodzaju opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień[24].

Osoba chora psychicznie, która jest niezdolna do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych i nie ma możliwości korzystania z opieki innych osób oraz potrzebuje stałej opieki i pielęgnacji, lecz nie wymaga leczenia szpitalnego, może być za jej zgodą lub za zgodą jej przedstawiciela ustawowego przyjęta do domu pomocy społecznej (art. 38 ust. 1

[23] Szerzej: E. Sarnacka, *Ochrona zdrowia psychicznego jako szczególne zadanie*..., s. 143–164; B. Kmieciak, *Leczenie szpitalne w rodzaju opieka psychiatryczna*..., s. 156–163.

[24] Szersza krytyka i analiza dysproporcji pomiędzy kontrolą szpitala psychiatrycznego a innego zakładu leczniczego została uprzednio omówiona w: E. Sarnacka, *Ochrona*..., s. 143–164.

u.o.z.p.). Analogicznie jak w przypadku przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, przyjęcie bez zgody do domu opieki społecznej rodzi konieczność uzyskania orzeczenia sądu opiekuńczego (art. 39 ust. 2 u.o.z.p.).

V. Przyjęcie do szpitala psychiatrycznego a pojęcie pozbawienia wolności

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r., I ACa 361/13[25], zamknięte leczenie psychiatryczne prowadzi co najmniej do ograniczenia wolności pacjenta, jednakże w uzasadnionych sytuacjach jest ono konieczne z uwagi na jego dobro i potrzebę zapewnienia mu właściwej diagnostyki i leczenia. Według tego Sądu ustawodawca w sposób wyraźny przewidział obowiązek uzyskania pisemnej zgody na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego, co wyłącza możliwość przyjęcia zgody dorozumianej jedynie potwierdzanej na piśmie. Zgodnie z tym judykatem ustawodawca, wprowadzając tego rodzaju obostrzenia, niewątpliwie miał na uwadze m.in. dolegliwość leczenia w szpitalu psychiatrycznym, polegającą w istocie na o g r a n i c z e n i u wolności, godzącej w bardzo cenne dobro osobiste każdego człowieka.

Należy jednak zauważyć, że Sąd Apelacyjny dosyć arbitralnie używa określenia „ograniczenie wolności". Europejski Trybunał Praw Człowieka ustalił zaś, iż różnica między ograniczeniem swobody poruszania się, które jest na tyle poważne, aby być zakwalifikowane jako pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 EKPC, a ograniczeniem swobody poruszania będącym przedmiotem art. 2 Protokołu nr 4 Konwencji – polega na stopniu intensywności, nie zaś na odmiennej naturze[26]. Pozbawienie wolności w rozumieniu Konwencji nie ogranicza się do klasycznych wypadków będących następstwem zastosowania aresztu tymczasowego lub skazania, ale może przybrać wiele innych postaci (form)[27].

---

[25] LEX nr 1342253.

[26] *Guzzardi* przeciwko Włochom, wyrok z dnia 6 listopada 1980 r. (Seria A nr 39) 1 (wersja angielska dostępna na portalu HUDOC.eshr.coe.int w dniu 20 stycznia 2020 r.).

[27] *Guzzardi*, § 95.

Pojęcie pozbawienia wolności w rozumieniu art. 5 § 1 EKPC obejmuje zarówno element obiektywny: uwięzienia, zamknięcia w określonej ograniczonej przestrzeni przez nieznikomy czas, oraz element subiektywny, polegający na tym, że osoba pozbawiona wolności w sposób skuteczny się na to nie zgodziła[28].

Istotne obiektywne czynniki przesądzające o pozbawieniu wolności obejmują: możliwość opuszczenia określonej, ograniczonej przestrzeni, intensywność nadzoru i kontroli nad ruchami (przemieszczaniem się) tej osoby, stopień izolacji i możliwość kontaktów społecznych[29]. W wyroku z 17 stycznia 2012 r., *Stanev* przeciwko Bułgarii (w szczególności § 117), w kontekście pozbawienia wolności z powodu stanu zdrowia psychicznego, Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że osoba może być uznana za pozbawioną wolności nawet w okresie, kiedy przebywa w otwartym kompleksie szpitalnym z niestrzeżonym dostępem do innych terenów szpitalnych i możliwością opuszczenia bez dozoru terenu szpitala.

Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego nie daje podstaw do zanegowania wykładni terminu, „będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu", opartej na dyrektywie języka prawnego. Orzekając w przedmiocie zgodności ustaw lub aktów prawnych niższego rzędu z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP, Trybunał Konstytucyjny nie zajmował się szczegółowym różnicowaniem pojęć „kara pozbawienia wolności" oraz „kara ograniczenia wolności", nie określił też istoty kary pozbawienia wolności. Wypowiadał się natomiast co do istoty i źródeł wolności osobistej, roli zasady proporcjonalności w ograniczaniu prawa do wolności osobistej, podkreślając obowiązek ustanawiania tych ograniczeń aktem prawnym rangi ustawy.

W literaturze dotyczącej problematyki art. 41 ust. 1 Konstytucji RP komentatorzy nie zajmują się definiowaniem kary pozbawienia wolności

---

[28] *Storck* przeciwko Niemcom, wyrok z dnia 10 lipca 2005 r. [Wielka Izba], skarga nr 61603/00, w szczególności § 74; *Stanev* przeciwko Bułgarii, wyrok z dnia 17 stycznia 2012 r. [Wielka Izba], skarga nr 36760/06 (LEX nr 1101582), w szczególności § 117.

[29] *Guzzardi*, § 95.

ani też wpływem intensywności nadzoru na istotę kary pozbawienia wolności. Niemniej należy odnotować komentarz do tego artykułu Konstytucji RP, w którym powołuje się wyrażony na gruncie art. 5 Konwencji pogląd, że pozbawienie wolności to środek pozostający do dyspozycji władz publicznych, w wyniku zastosowania którego osoba bez lub wbrew jej woli zamknięta zostaje w określonym i przestrzennie ograniczonym miejscu na pewien czas[30].

W sprawie *Guzzardi* przeciwko Włochom Europejski Trybunał Praw Człowieka wprost przyjął, iż „fizyczne zamknięcie" osoby w dosłownym rozumieniu nie jest warunkiem koniecznym do zdefiniowania kary pozbawienia wolności. Jak stwierdził Trybunał – „W celu ustalenia, czy dana osoba została pozbawiona wolności w rozumieniu art. 5, należy wyjść od konkretnej sytuacji tej osoby i uwzględnić cały szereg kryteriów takich, jak typ, czas trwania, skutki i sposób wykonywania zaskarżonego środka". Różnica pomiędzy pozbawieniem wolności a jej ograniczeniem dotyczy wyłącznie stopnia czy też nasilenia, nie zaś natury lub istoty tych pojęć. Jednocześnie Trybunał podkreślił względnie dynamiczny i częściowo ocenny charakter pojęć zawartych w Konwencji, w tym pojęcia „kara pozbawienia wolności". Przypomnijmy, iż w sprawie *Guzzardi* skarżący na mocy stosownego orzeczenia sądu został umieszczony pod specjalnym nadzorem na jednej z włoskich wysp, a środek ten łączył się także z obowiązkiem zamieszkiwania na terenie jednej gminy. Skazany miał ograniczony i częściowo limitowany kontakt ze światem zewnętrznym. Mieszkał jednak wraz z rodziną na wyspie, w kompleksie o powierzchni 2,5 tys. metrów kwadratowych. Mógł też dowolnie opuszczać mieszkanie, wyjąwszy porę nocną. Miał prawo do nienadzorowanej korespondencji oraz cieszył się nienaruszalnością mieszkania i poszanowaniem prywatności życia rodzinnego.

Podobnie ustalił Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 7 stycznia 2010 r. w sprawie *Rantsev* przeciwko Cyprowi i Rosji[31].

---

[30] P. Karlik [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 997.

[31] Skarga 25965/04, § 314 i 317.

Zgodnie z tym judykatem różnica między ograniczeniem swobody poruszania się, które jest na tyle poważne, aby je zakwalifikować jako pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 Konwencji, a ograniczeniem swobody poruszania będącym przedmiotem art. 2 Protokołu nr 4 Konwencji polega na stopniu intensywności tego ograniczenia, nie zaś na odmiennej naturze czy istocie. Jeśli zaś fakty konkretnej sprawy wskazują na pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 Konwencji, to nawet stosunkowo krótki okres jego trwania nie wyklucza takiej konkluzji. Orzeczenie to nie zapadło na tle przyjęcia do szpitala psychiatrycznego bez zgody, jednak jego argumenty mają dla powyższych stanów niebagatelne znaczenie.

W sprawach *Stanev* przeciwko Bułgarii oraz *Storck* przeciwko Niemcom Trybunał zwrócił uwagę na szczególnie istotne z punktu widzenia hospitalizacji psychiatrycznej tzw. czynniki obiektywne i subiektywne sposobu rozumienia „pozbawienia wolności". Trybunał ustalił, iż pojęcie pozbawienia wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 Konwencji obejmuje tak element obiektywny – w postaci uwięzienia, zamknięcia w określonej ograniczonej przestrzeni przez nieznikomy okres czasu, jak i element subiektywny, zgodnie z którym osoba pozbawiona wolności w sposób skuteczny nie zgodziła się na to. Obiektywne czynniki, przesądzające o pozbawieniu wolności, obejmują możliwość opuszczenia określonej, ograniczonej przestrzeni, intensywność nadzoru i kontroli nad ruchami (przemieszczaniem się) tej osoby, stopień izolacji i możliwość kontaktów społecznych.

Należy podkreślić, iż w kontekście pozbawienia wolności z powodu stanu zdrowia psychicznego Trybunał przyjął, że osoba może być uznana za pozbawioną wolności nawet wówczas, gdy przebywa w otwartym kompleksie szpitalnym z niestrzeżonym dostępem do innych terenów szpitalnych i możliwością opuszczenia bez dozoru terenu szpitala.

Końcowo należy zwrócić uwagę na orzeczenia Trybunału w sprawie *Mancini*[32] przeciwko Włochom, która dotyczyła nieco innego stanu

[32] Wyrok z dnia 2 sierpnia 2001 r., skarga nr 44955/98, Lex Nr 76181.

prawnego, to jest aresztu domowego. Trybunał stwierdził, że prawo do wolności osobistej z art. 5 ust. 1 Konwencji dotyczy fizycznej wolności osobistej. Celem tego przepisu jest zapewnienie, by nikt nie był pozbawiony wolności osobistej w sposób arbitralny. Art. 5 ust. 1 nie reguluje jednakże warunków pozbawienia wolności i nie gwarantuje prawa do zastosowania względem skarżącego łagodniejszej formy pozbawienia wolności niż reżim więzienny. W sprawie tej, z punktu widzenia skutków, jak i sposobu implementacji, zarówno umieszczenie w areszcie tymczasowym, jak i sam areszt domowy spełniały przesłanki pozbawienia wolności przewidziane w art. 5 ust. 1 Konwencji.

Powyższe uwagi nie mają na celu wypracowania kompleksowej definicji pojęcia pozbawienia wolności i jego kategorycznego odróżnienia od pojęcia ograniczenia wolności. Zwracają one natomiast uwagę na to, że wbrew intuicji prawniczej nie są to pojęcia jednoznacznie rozgraniczone. Orzecznictwo międzynarodowe nie daje jednak podstaw do zupełnej relatywizacji tych pojęć. Można raczej stwierdzić, że pojęcie pozbawienia wolności podlega w procesie wykładni tego określenia pewnej subiektywizacji związanej z akcentowaniem znaczenia konkretnego kontekstu i uwarunkowań, w których ma ono miejsce. Wykładni literalnej towarzyszy interpretacja funkcjonalna, celowościowa. Ma to dość zasadnicze znaczenie dla pojmowania pozbawienia wolności w trakcie hospitalizacji psychiatrycznej. Podkreśla się brak konieczności „zamknięcia" czy „trzymania pod kluczem" (w szczególności odmiennie niż w strasburskiej sprawie *Engel*, gdzie stanowi to element konstytutywny), jak również brak konieczności dozoru czy straży. Bardziej funkcjonalna niż literalna wykładnia stanu pozbawienia wolności jest w orzecznictwie strasburskim widoczna. Jest to motywowane domniemanym stanem osoby pozbawionej wolności. Ujęcie pozbawienia wolności w celu ochrony zdrowia psychicznego ma więc charakter wyraźnie bardziej subiektywny niż w innych przypadkach, jakimi zajmował się Trybunał. Zaznaczając, że różnice w pojmowaniu pozbawienia wolności istnieją, w orzecznictwie należy tę różnicę, jako wynikającą ze specyfiki psychiatrycznej, zaaprobować.

Zakończenie

Powyżej komentowane orzeczenie jest dowodem na to, że autonomia woli pacjenta psychiatrycznego stanowi zagadnienie złożone, poddające się trudnej interpretacji. Bywa, że stosujący prawo sąd, w ślad za świadczeniodawcami, wpada w pułapkę mylnej intuicji. Nie wynika to tylko z wielości podstaw hospitalizacji psychiatrycznej bez zgody, niekiedy zaś z braku precyzji, czy wręcz adekwatności regulacji. Nie można bowiem przy lekturze tego orzeczenia uciec od pozornie tylko pozaprawnej refleksji. Paternalizm medyczny w psychiatrii ma przemożny wpływ na stosowanie prawa i trudno, aby zmieniła to ustawa, o której z zasady słusznie mówi się w duchu humanizmu i poszanowania godności. Jako istotna jawi się również propedeutyka „stosowania" prawa w opiece psychiatrycznej, uświadamianie podmiotom dokonującym świadczeń zdrowotnych tego typu realnej doniosłości prawa i związanej z nią gwarancyjności, która jest funkcją pozbawienia wolności. „Drobne" zaniedbania mogą być niestety zapowiedzią rażących; te ostatnie widać na kartach uzasadnień wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Stają się tam powodem refleksji wykładniczej nad autonomią woli pacjenta psychiatrycznego, na którą nie zwraca się szczegółowej uwagi: wnikliwszy obserwator dziwi się, że Trybunał tworzy, na gruncie hospitalizacji psychiatrycznej, niemal nowe pojęcie pozbawienia wolności, jakościowo różniące się od powszechnie przyjmowanego na gruncie art. 5 ust. 1 Konwencji. Już to wskazuje, z jak wrażliwym obszarem działania prawa mamy tu do czynienia.

Summary

Comments to the judgment of the Court of Appeal in Katowice of 27.06.2013. I ACa 361/13, LEX No 1342253

The paper aims to describe and evaluate state of art which led to the verdict of the Appellate Court in Katowice of 27.06.2013, I ACa 361/13, at the same time pointing at major inconsistencies in understanding compulsory psychiatric health care. The latter may touch numerous rights and freedoms and interests touched upon in the above case. Thus a presentation of involuntary treatment was presented, underpinning a vaster notion of autonomy in psychiatry, which was a subject here.

All those questions have strong connection with the right to personal freedom, as indicated both in the Constitutions of the Republic of Poland and the European Convention of Human Rights. However, in psychiatry this factual state of deprivation of liberty is very specific, and requires closer approach to this notion, in terms of understanding space and time of the latter. Jurisdiction of the European Court of Human Rights, although not consistently, provides for assertion that deprivation of liberty in psychiatry paradoxically has achieved a slightly different meaning than the usual interpretation of the notion, especially in terms of its strictness.

Marta Puścion

Opieka nad kobietą w ciąży na granicy życia

„Dziecko urodziło się w 56 dni po śmierci matki”[1], „Kobieta w śpiączce urodziła dziecko”[2], „Nie żyła od 55 dni i... urodziła dziecko. Cud we Wrocławiu!”[3]. Takie informacje w ciągu ostatnich trzech lat obiegały polską opinię publiczną i były szeroko komentowane w mediach. Sytuacje, kiedy kobieta w śpiączce, stanie wegetatywnym albo ze zdiagnozowaną śmiercią mózgową rodzi dziecko, nie tylko w Polsce, ale również na całym świecie, należą do rzadkości i stanowią sensację określaną jako cud lub triumf medycyny.

W Polsce media udokumentowały tylko cztery przypadki, do których udało mi się dotrzeć, gdy kobieta w sytuacjach na granicy życia (w śpiączce, stanie wegetatywnym albo ze zdiagnozowaną śmiercią mózgu) urodziła dziecko. Takie okoliczności, choć rzadkie, wymagają pogłębionej analizy zarówno od strony medycznej, jak i prawnej oraz etycznej, w celu stworzenia standardów postępowania w tych skomplikowanych przypadkach. Niestety brak w Polsce naukowych opracowań, poza krótkimi wzmiankami w literaturze, odnoszących się do prawnych zagadnień związanych z opieką medyczną nad kobietą w ciąży na granicy

[1] S. Bounaoui, *Dziecko urodziło się 56 dni po śmierci matki. Cud medycyny w Krakowie*, 4.09.2019 r. (https://twojezdrowie.rmf24.pl/aktualnosci/news-dziecko-urodzilo-sie-56-dni-po-smierci-matki-cud-medycyny-w-,nId,3185203; dostęp: 15.10.2019).

[2] *Kobieta w śpiączce urodziła dziecko. Zgodę musiał wyrazić sąd*, 19.09.2019 r. (https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2019-09-19/kobieta-w-spiaczce-urodzila-dziecko-zgode-musial-wyrazic-sad/; dostęp: 15.10.2019).

[3] *Nie żyła od 55 dni i... urodziła dziecko. Cud we Wrocławiu!*, 19.04.2016 r. (https://www.o2.pl/artykul/nie-zyla-od--dni-i-urodzila-dziecko-cud-we-wroclawiu-5984491209155201a, dostęp: 15.10.2019).

życia. Jedynymi źródłami informacji o tych przypadkach są artykuły prasowe i internetowe, więc opisy stanu faktycznego z konieczności zostały stamtąd zaczerpnięte.

Przy dokonywaniu analizy prawnej opieki nad kobietą w ciąży na granicy życia pod uwagę należy wziąć kilka kluczowych aspektów. Po pierwsze, nie należy w żadnym wypadku pomijać kobiety w ciąży i praw jej przysługujących. Po drugie, ważne jest ustalenie, komu i dlaczego w danych okolicznościach przysługują kompetencje decyzyjne. Wreszcie – konieczne jest rozważenie okoliczności występujących po stronie *nasciturusa*[4].

Analizie zostaną poddane sytuacje opieki medycznej nad kobietą, u której zdiagnozowano śpiączkę, stan wegetatywny albo śmierć mózgu. Rozważania opierać się będą na danych, które dostępne są w internecie i prasie. Celem artykułu będzie zaprezentowanie wstępnych rozważań natury prawnej dotyczących przedstawionego tematu. W żadnym wypadku artykuł ten nie będzie stanowił kompleksowej analizy tematu, ze względu na ograniczenia wydawnicze oraz złożoność tematu.

W pierwszej części praca skupia się na krótkim przedstawieniu stanu faktycznego sytuacji, które miały miejsce w Polsce w ciągu trzech lat. W dalszej kolejności następuje analiza zagadnień prawnych, które związane są z opieką nad kobietą w ciąży na granicy życia. Zakończenie stanowi podsumowanie rozważań wraz z zaleceniem, jak z punktu widzenia prawa powinny się zachować osoby zaangażowane w podejmowanie decyzji, kiedy u kobiety w ciąży diagnozuje się stan wegetatywny, śpiączkę albo śmierć mózgu.

Krótki opis polskich przypadków

Pierwszy przypadek w Polsce, który został opisany przez prasę, dotyczył kobiety cierpiącej na nieuleczalny nowotwór mózgu, u której w 17. tygodniu ciąży lekarze zdiagnozowali śmierć mózgu. Przez następne 55 dni

[4] Pojęcia: *nasciturus*, płód oraz dziecko nienarodzone będą używane w tej pracy zamiennie na określenie istoty ludzkiej od momentu poczęcia do narodzin.

personel medyczny utrzymywał niezbędne funkcje życiowe kobiety, aby umożliwić rozwój płodu, który przyszedł na świat przez cesarskie cięcie w 27. tygodniu ciąży[5].

W 2018 r. media odnotowały sprawę kobiety, u której zdiagnozowano stan wegetatywny w trzecim miesiącu ciąży. W rzeczonej sprawie kobieta uległa wypadkowi komunikacyjnemu, zespół lekarzy udzielał jej odpowiednich świadczeń zdrowotnych aż do 28. tygodnia ciąży w taki sposób, by umożliwić prawidłowy rozwój płodu[6].

W 2019 r. opisano historię kobiety, która zapadła w śpiączkę po wypadku komunikacyjnym, będąc w 25. tygodniu ciąży. Ciąża była utrzymywana przez lekarzy do 32. tygodnia, kiedy pojawiły się stany zapalne i konieczne było przeprowadzenie cesarskiego cięcia[7].

Na początku września 2019 r. media obiegła informacja o tym, że przez cesarskie cięcie na świat przyszło dziecko urodzone po śmierci matki. W 21. tygodniu ciąży doszło u kobiety do pęknięcia tętniaka, wtedy też lekarze zdiagnozowali śmierć mózgu. Przez 56 dni funkcje życiowe kobiety były utrzymywane przez zespół lekarzy w szpitalu, by umożliwić prawidłowy rozwój dziecka[8].

Wszystkie przedstawione pokrótce sprawy łączy kilka cech wspólnych. Przede wszystkim ciąża była na takim etapie, kiedy dziecko miało małe szanse, aby przetrwać samodzielnie poza organizmem matki. Interwencje medyczne zostały przeprowadzone na tyle szybko, że płód pomimo złego stanu zdrowia matki żył i dalej się rozwijał. W każdym

---

[5] *Nie żyła od 55 dni, a urodziła dziecko*, 19.04.2016 r. (https://www.fakt.pl/wydarzenia/polska/wroclaw/wroclaw-kobieta-nie-zyla-od-55-dni-mimo-smierci-mozgu-urodzila-dziecko/wqpe81w, dostęp: 16.10.2019).

[6] *Prawdziwy cud narodzin. Wioletta urodziła córeczkę będąc w śpiączce!*, 17.05.2018 r. (https://www.fakt.pl/wydarzenia/polska/lodz/lodz-kobieta-po-wypadku-urodzila-dziecko-bedac-w-spiaczce/ndswp8w#slajd-2, dostęp: 16.10.2019).

[7] M. Zacharow, *Odebrali poród od kobiety w śpiączce!,* 20.09.2019 r. (https://www.fakt.pl/wydarzenia/polska/lodz/kobieta-w-spiaczce-urodzila-dziecko-w-instytucie-centrum-zdrowia-matki-polki-w-lodzi/g5gg6df, dostęp: 16.10.2019).

[8] D. Wantuch, *Dziewczynka urodziła się 56 dni po śmierci mózgu matki*, 5.09.2019 r. (https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,25161201,dziewczynka-urodzila-sie-56-dni-po-smierci-mozgu-matki.html, dostęp: 16.10.2019).

przypadku opieka medyczna nad kobietą była niezwykle skomplikowana, konieczne było zaangażowanie zespołu lekarzy, w skład którego wchodzili m.in. anestezjolodzy, ginekolodzy, neurolodzy oraz neurochirurdzy. Wreszcie, w każdej opisanej sprawie udało się doprowadzić do narodzin dziecka, ponieważ lekarze utrzymywali i kontrolowali funkcje życiowe kobiety na tyle długo, aby umożliwić prawidłowy rozwój *nasciturusa*.

Analiza prawna

1. Status prawny kobiety w ciąży na granicy życia

Kobieta ze zdiagnozowaną śpiączką lub stanem wegetatywnym

Pacjentka ze zdiagnozowaną śpiączką lub w stanie wegetatywnym jest uznawana za osobę nieświadomą i niemogącą podejmować samodzielnie decyzji. Stan wegetatywny charakteryzuje się utratą wyższych funkcji mózgu, takich jak świadomość. Zaburzenie nazywane jest *unresponsive wakefulness syndrome*, czyli zespołem czuwania i braku reakcji, który po pewnym czasie może przerodzić się w tzw. utrwalony (przetrwały) stan wegetatywny[9]. Śpiączka natomiast definiowana jest jako stan zaburzenia świadomości, który powoduje niemożność wybudzenia się oraz reagowania na bodźce zewnętrzne[10]. Rokowania – w zależności od przyczyny powstania zaburzenia w przypadku przedłużającego się stanu wegetatywnego oraz śpiączki – są dla pacjenta bardziej lub mniej korzystne[11].

Fakt pozostawania kobiety w stanie wegetatywnym lub w śpiączce nie powinien mieć wpływu na ograniczenie jej autonomii ani na naruszenie godności. Kobieta taka, pomimo utraty świadomości, pozostaje

---

[9] A. Bender, R. Jox *et al.*, *Persistent Vegetative State and Minimally Conscious State. A systematic review and meta-analysis of diagnostic procedures*, Deutsches Arzteblatt International 2015, nr 112 (https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4413244, dostęp: 12.11.2019).

[10] G. B. Young, *Coma*, Annals of the New York Academy of Sciences 2009, Vol. 1157, Issue 1 (https://nyaspubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1749-6632.2009.04471.x, dostęp: 12.11.2019).

[11] *Ibidem*; A. Bender, R. Jox *et al.*, *op. cit.*

osobą posiadającą pełnię praw, z których może korzystać w ograniczonym zakresie ze względu na swój stan. Oznacza to, że nie powinna być ona traktowana w sposób, który naruszałby jej godność.

Część doktryny stoi na stanowisku, że prawo pacjenta do samostanowienia, którego źródeł upatruje się w godności ludzkiej, ma pierwszeństwo przed życiem i zdrowiem[12]. Kiedy kobieta przed zdiagnozowaniem stanu wegetatywnego lub śpiączki zadecydowała o tym, jakie świadczenia zdrowotne powinny być jej udzielane w sytuacji utraty świadomości, wola pacjentki powinna zostać uszanowana, nawet za cenę poświęcenia życia *nasciturusa*[13]. Zezwolenie na naruszenie integralności cielesnej kobiety wbrew jej woli, tylko po to, aby ratować płód, stanowiłoby naruszenie jej autonomii[14], nawet jeżeli nastąpiło ono w sposób dla niej nieuświadomiony. W konsekwencji uważam, że jeżeli kobieta sprzeciwiała się kontynuowaniu ciąży albo nie chciała być poddawana tak inwazyjnemu leczeniu, powinno się uszanować jej decyzję.

W niewielu przypadkach ludzie są na tyle zapobiegliwi, by podzielić się z kimś swoimi życzeniami dotyczącymi leczenia. Bez wątpienia sporządzanie oświadczeń medycznych *pro futuro* stanowi wyjątek, w szczególności wśród osób młodych. Nawet jednak (i zwłaszcza) w sytuacji, kiedy wola kobiety odnosząca się do zabiegów medycznych jest nieznana, podmiot decydujący powinien mimo wszystko skupić się na ochronie jej interesów, ponieważ bez wątpienia jest ona pacjentką, która zachowuje wszystkie przysługujące jej prawa[15].

---

[12] E. Zielińska, *Powinności lekarza w przypadku braku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym*, PiM 2000, nr 1, s. 73; E. Plebanek, *Autonomia ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznych. Prawnokarna ocena sprzeciwu ciężarnej pacjentki wobec czynności medycznej ratującej życie i zdrowie pacjentki lub dziecka nienarodzonego (część I)*, PiM 2015, nr 17, s. 34–35.

[13] *Vide* przypis 26 na temat wątpliwości pojawiających się w doktrynie na temat oświadczeń medycznych *pro futuro.*

[14] *Vide* M. Boratyńska, *Ochrona zdrowia reprodukcyjnego i seksualnego oraz praw z nim związanych*, [w:] *System prawa medycznego. Regulacja prawna czynności medycznych*, t. II, cz. 2, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 492.

[15] M. Boratyńska, J. Malczewski, *Prawo wobec medycyny końca życia,* [w:] *System prawa medycznego...*, s. 635.

Konsekwencje zdiagnozowania śmierci mózgu

Śmierć mózgu w Polsce, obok nieodwracalnego zatrzymania krążenia, jest jednym z kryteriów stwierdzania zgonu człowieka[16]. Pomimo wątpliwości (uzasadnionych bądź nie), które podnoszone są w nauce[17], śmierć mózgu jest uznaną na świecie i w Polsce przesłanką stanowiącą o końcu życia ludzkiego.

W momencie stwierdzenia zgonu w sposób zgodny z przepisami człowiek staje się osobą zmarłą. Niezwłocznie po stwierdzeniu zgonu zwłoki muszą zostać umieszczone w chłodnym miejscu, a niewłaściwe postępowanie z nimi może zostać uznane za przestępcze znieważenie zwłok. Z perspektywy prawa stwierdzenie zgonu niesie ze sobą doniosłe skutki, takie jak utrata zdolności prawnej, ustanie konieczności leczenia czy otwarcie spadku. Niektóre prawa gasną w momencie śmierci, inne zaś przechodzą na spadkobierców, jak w przypadku praw majątkowych. Inne zaś prawa, ściśle związane z osobą zmarłego (np. umowa dożywocia czy zobowiązanie z umowy o dzieło), wygasają, kiedy osoba umiera. Niektóre zaś czynności o charakterze *mortis causa* stają się skuteczne dopiero po stwierdzeniu zgonu, jak w przypadku otwarcia spadku czy sprzeciwu wobec transplantacji *ex mortuo*[18].

Stwierdzenie zgonu dokonywane jest przez lekarzy określonej specjalizacji, w sposób opisany w obwieszczeniu Ministra Zdrowia[19]. Formalnym dokumentem stwierdzającym śmierć człowieka, który potwierdza wygaśnięcie zdolności prawnej, jest akt zgonu wystawiany przez urząd stanu cywilnego[20].

---

[16] Art. 43a ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza (Dz.U. z 2019 r. poz. 1590) (dalej: u.z.l.).

[17] *Vide* H.J. Turk, *Śmierć mózgowa w aspekcie filozoficznym*, [w:] *Etyczne aspekty transplantacji narządów. Materiały z sympozjum w Kamieniu Śląskim w dniach 15–16.04.1996 r.*, red. A. Marcol, Opole 1996, s. 67–68; J.M. Norkowski, *Człowiek umiera tylko raz. Mało znane fakty dotyczące śpiączki, stanu wegetatywnego i śmierci mózgowej*, Warszawa 2013, s. 79 i nast.

[18] J. Haberko, *Koniec życia a kres podmiotowości prawnej. Kilka uwag na temat czy prawnik i lekarz rozumieją się „stwierdzając zgon"*, PiM 2007, nr 2, s. 72.

[19] Wydawanym i aktualizowanym nie rzadziej niż co 5 lat – na podstawie art. 43a u.z.l.

[20] J. Haberko, *Koniec życia*..., s. 81.

Sytuacja kobiety w ciąży, u której zdiagnozowano śmierć mózgu, wziąwszy pod uwagę powyższe okoliczności, jest osobliwa. Do momentu oficjalnego stwierdzenia zgonu w sposób opisany w przywołanym akcie wykonawczym kobieta z prawnego punktu widzenia jest traktowana jak osoba żywa, pomimo zaistnienia przesłanek medycznych przemawiających za śmiercią. Lekarze lub rodzina pacjentki, powodowani chęcią podtrzymania ciąży, mogą nie nalegać na stwierdzenie śmierci mózgu i tym samym utrzymywać fikcję, jakoby kobieta żyła, wyłącznie ze względu na płód. Abstrahując od jednoznacznej oceny, czy takie postępowanie jest słuszne, należy zauważyć, że najwłaściwsze w takiej sytuacji byłoby zwrócenie się do sądu opiekuńczego w celu wydania stosownego zezwolenia na kontynuowanie udzielania kobiecie świadczeń medycznych albo odłączenie jej od aparatury podtrzymującej funkcje życiowe, nikt inny bowiem nie ma w tej sprawie kompetencji decyzyjnych.

Kobieta jako osoba zmarła z oczywistych względów nie posiada takiego samego statusu prawnego i moralnego jak osoba żywa. Nie oznacza to jednak, że wolno traktować jej ciało w sposób dowolny, w szczególności znieważający, ponieważ stoi to w sprzeczności z normami społecznymi cywilizowanego świata, którego ważnym aspektem jest okazywanie szacunku osobom zmarłym. Jednym z najważniejszych przejawów okazywania respektu jest traktowanie zwłok ludzkich w sposób zapewniający zachowanie godności należnej zmarłemu. Ponadto częścią naszej kultury jest respektowanie życzeń osób, które znajdują się na łożu śmierci, w odniesieniu zarówno do procesu odchodzenia, jak również pośmiertnego rozdysponowania majątku. Wiekową tradycją, usankcjonowaną przez prawo, jest poszanowanie woli zmarłego w odniesieniu do decydowania, komu po śmierci powinny przypaść jego dobra materialne. Tylko w wyjątkowych przypadkach prawo ingeruje w autonomię człowieka, której odzwierciedleniem jest sporządzony testament[21]. Prawo honoruje również wolę zmarłego dotyczącą transplantacji *ex mortuo* w ten sposób, że każda pełnoletnia osoba może wyrazić swój sprzeciw wobec

[21] Dzieje się tak np. w przypadku sporządzenia testamentu w sposób niezgodny z prawem.

pobierania z jej ciała komórek, tkanek czy narządów[22]. Podobnie życzenie dotyczące przekazania zwłok na cele naukowe[23] powinno być uszanowane przez spadkobierców zmarłego i inne osoby[24].

Jak zostało wyjaśnione powyżej, śmierć nie stanowi końca wszystkich interesów człowieka[25]. Z szacunku dla autonomii przysługującej osobie prawo chroni oświadczenia woli sporządzane na wypadek śmierci, pomimo że osoba, która je sporządziła, nie żyje. W podobny sposób szanuje się pośmiertnie godność osoby zmarłej, której zwłoki nie mogą być traktowane w znieważający sposób.

Pomimo braku w Polsce jednoznacznych regulacji prawnych dotyczących oświadczeń medycznych *pro futuro* przyjmuje się, że pełnoletnia, nieubezwłasnowolniona osoba może sporządzić tzw. testament życia[26]. Nie ma przeszkód prawnych, aby kobieta zawarła w takim dokumencie

---

[22] Art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. z 2019 r. poz. 1405).

[23] Aktem prawnym regulującym tę kwestię jest rozporządzenie Ministra Zdrowia z 30 czerwca 2009 r. w sprawie trybu i warunków przekazywania zwłok do celów naukowych (Dz.U. z 2009 r. Nr 129 poz. 1067).

[24] M. Nesterowicz, K. Śliwka, *Pobieranie ze zwłok komórek, tkanek i narządów do celów naukowych – problem prawny i medyczny*, PiM 2009, nr 4, s. 5–12.

[25] Temat statusu moralnego oraz prawnego osoby zmarłej jest wieloaspektowy i niestety nie ma wystarczająco miejsca na jego rozwinięcie w artykule. W tym miejscu pokrótce została przedstawiona tylko jedna z teorii, która uzasadnia respektowanie woli osób zmarłych.

[26] Wiele osób z doktryny krytycznie odnosi się do wskazanego postanowienia oraz uznania legalności medycznych oświadczeń *pro futuro*. Wątpliwości komentatorów odnoszą się m.in. do kwestii związanych z zakresem treściowym deklaracji, czyli tego, jakich czynności medycznych może dotyczyć ten dokument i czy może obejmować sprzeciw czy również zgodę na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ponadto w literaturze podnosi się, że niepewność dotyczy występowania konfliktu wartości pomiędzy lekarskim nakazem ratowania życia a autonomią pacjenta. Nieoczywiste pozostaje również zagadnienie wiarygodności i autentyczności takiego dokumentu. *Vide i.a.* A. Zoll, *Brak zgody pacjenta na zabieg (Uwagi w świetle postanowienia SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05)*, PiM 2006, nr 4; B. Janiszewska, *Dobro pacjenta czy wola pacjenta – dylemat prawa i medycyny (uwagi o odmowie zgody na leczenie oraz o dopuszczalności oświadczeń pro futuro)*, PiM 2017, nr 2, s. 37 i nast.; A. Dąbrowska, K. Jarnutowska, *"Will of Life" as a Challenge for the Polish Legislator – Selected Problems*, Białostockie Studia Prawnicze 2017, nr 22, s. 87–88; M. Syska, *Ocena dopuszczalności i skuteczności deklaracji antycypowanych de lege lata*, [w:] *Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2013; A. Jakuszewicz, *Prawo do odmowy zabiegu medycznego ratującego życie ze względu na sprzeciw sumienia. Refleksje prawno-porównawcze (Polska, Hiszpania)*, Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania UKW 2012, t. 2, s. 70–71.

swoją wolę dotyczącą opieki nad nią w sytuacji zdiagnozowania śpiączki, stanu wegetatywnego lub śmierci mózgu. Pozostaje kwestią otwartą, czy takie oświadczenie woli powinno być uznane za skuteczne i wiążące dla lekarzy, szczególnie gdy w sporządzonym dokumencie kobieta nie odniosła się do kwestii ciąży.

Gdyby pacjentka nie pozostawiła oświadczenia medycznego *pro futuro* (co raczej stanowi regułę), należałoby mimo wszystko wziąć pod uwagę jej stosunek do płodu oraz poglądy odnoszące się do godnej śmierci. Takie podejście stanowiłoby wyraz szacunku wobec kobiety i jej autonomii, szczególnie z tego względu, że podtrzymywanie funkcji życiowych kobiety wyłącznie dla przyniesienia korzyści *nasciturusowi* może być odebrane jako traktowanie jej ciała przedmiotowo, jak „inkubatora". Gdyby bowiem nie rozwijający się płód, kobieta zostałaby odłączona od aparatury medycznej podtrzymującej jej funkcje życiowe.

Mamy zatem do czynienia albo z pacjentką żywą, która formalnie wyposażona jest w pełną zdolność decyzyjną i w której zastępstwie może wypowiadać się tylko sąd opiekuńczy, albo ze zwłokami, które należy traktować z odpowiednim szacunkiem. Pochodzące od niej samej deklaracje antycypacyjne (testamenty życia) wymagają co do zasady uszanowania, o ile są jednoznaczne. W praktyce jednak mało kto takie składa.

2. Podjęcie decyzji

Na wstępie należy zaznaczyć, że prawo polskie nie reguluje w bezpośredni sposób sytuacji kobiety w ciąży, u której zdiagnozowano trwałą utratę świadomości albo śmierć mózgu. Rozważania zawarte w tej części artykułu będą opierać się na istniejących, generalnych rozwiązaniach prawnych, które mogą stanowić podstawę zastosowania w tych sprawach analogii.

W zwykłych okolicznościach zasadą jest, iż udzielenie wszelkich świadczeń zdrowotnych musi zostać poprzedzone uzyskaniem świadomej zgody od pacjenta po uprzednim poinformowaniu go o metodzie leczenia oraz możliwych konsekwencjach[27]. Pełnoletni, świadomy,

[27] Art. 16 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2019 r. poz. 1696) (dalej: u.p.p.).

nieubezwłasnowolniony pacjent może zarówno zgodzić się na udzielenie świadczenia, jak również wyrazić swój sprzeciw. W sytuacji, kiedy podmiot jest niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, ustawodawca przyznał kompetencje decyzyjne sądowi opiekuńczemu[28]. Przez pojęcie niezdolności do samodzielnego wyrażenia zgody rozumie się w doktrynie m.in. pozostawanie pacjenta w stanie nieprzytomności lub niezdolności do zrozumienia informacji[29]. Do takich przypadków bez wątpienia można zakwalifikować śpiączkę oraz stan wegetatywny.

Wyjątkiem od zasady podejmowania decyzji za takie osoby przez sąd jest okoliczność, w której stan zdrowia pacjenta wskazuje, że zwłoka w leczeniu mogłaby spowodować utratę życia, ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężki rozstrój zdrowia[30]. W takiej sytuacji lekarz może podjąć leczenie, ale przed rozpoczęciem działań powinien w razie możliwości skonsultować się z drugim lekarzem[31].

Kiedy do szpitala trafia nieprzytomna, pełnoletnia kobieta w ciąży, potrzebująca niezwłocznej pomocy, należy rozważyć kilka kluczowych problemów. Po pierwsze, dorosła, nieubezwłasnowolniona pacjentka, zdolna do samodzielnego podejmowania decyzji, w zwykłych okolicznościach może osobiście zadecydować o udzielanych jej świadczeniach medycznych. Okoliczność pozostawania w ciąży jest irrelewantna z punktu widzenia prawa do wyrażania zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. W polskim systemie prawnym nie występują rozwiązania przyjęte w USA, gdzie w niektórych stanach autonomia kobiety w ciąży doznaje ograniczeń ustanowionych przez prawo[32]. W większości stanów, jeżeli kobieta sporządziła oświadczenie medyczne *pro futuro*, a jest w ciąży, prawo nakazuje uznanie ważnego i obowiązującego oświadczenia za

---

[28] Art. 32 ust. 2 oraz art. 34 ust. 3 u.z.l.

[29] P. Sobolewski, *Zgoda na zabieg medyczny*, [w:] *System prawa medycznego. Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2018, s. 399.

[30] Art. 34 ust. 7 u.z.l.

[31] Art. 34 ust. 7 u.z.l.

[32] Texas Health and Safety Code § 166.049, Nebraska Revised Statue § 20–408(3). Na ten temat: D. Sperling, *Do Pregnant Women Have (Living) Will?*, Journal of Health Care Law and Policy 2005, nr 8, s. 331, 334.

nieistniejące w całości albo w części mogącej wpłynąć na sytuację płodu. Zapatrywania prawne przyjęte w USA są specyficzne i wyjątkowe na tle reszty świata. Zgodnie z precedensowym orzeczeniem *Roe v. Wade*[33] stan ma interes w potencjalnym życiu nienarodzonego dziecka, co może wyjaśniać takie uregulowanie dotyczące oświadczeń medycznych *pro futuro* kobiety w ciąży. Rozwiązanie amerykańskie należy ocenić w sposób negatywny, jako naruszające prawo kobiety do samostanowienia o swoim zdrowiu i życiu oraz uwłaczające jej godności.

Po drugie, gdy kobieta jest nieprzytomna, uznać należy ją za osobę niezdolną do samodzielnego wyrażenia decyzji. W takim przypadku, jeżeli konieczne jest ratowanie życia lub zdrowia, a nie jest znana jej wola, za zgodne z prawem należy uznać udzielenie jej ratujących świadczeń medycznych. Konieczne w takich okolicznościach jest, w miarę możliwości, zasięgnięcie opinii drugiego lekarza tej samej specjalności oraz poinformowanie sądu opiekuńczego. Ze względu na ciężki stan zdrowia kobiety i naglącą sytuację nie jest konieczne uprzednie wyrażenie zgody zastępczej przez sąd opiekuńczy.

Dalsze leczenie ciężarnej, po udzieleniu jej niezbędnej pomocy ratującej życie, wymaga uzyskania od sądu opiekuńczego upoważnienia. Taką tezę potwierdza fakt, iż zgodnie z art. 34 ust. 7 u.z.l. lekarz może wykonać niezbędne czynności ratujące życie bez zgody sądu opiekuńczego tylko, gdy zwłoka „groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia". Argumentując *a contrario*, kiedy niebezpieczeństwo zostało zażegnane, a pacjent jest niekompetentny, niezbędne jest uzyskanie autoryzacji sądu.

Właściwym sądem opiekuńczym, władnym do decydowania o leczeniu kobiety w ciąży, u której zdiagnozowano śpiączkę czy stan wegetatywny, będzie sąd właściwy ze względu na miejsce wykonywania czynności medycznych[34].

[33] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[34] K. Michałowska*, Charakter prawny i znaczenie zgody pacjenta na zabieg medyczny*, Warszawa 2014, s. 123.

Ciąża *post mortem*

Sytuacja kobiety w ciąży, u której zdiagnozowano śpiączkę albo stan wegetatywny, jest diametralnie różna od tej, gdy doszło do śmierci mózgu. W pierwszych dwóch przypadkach kobieta żyje, jej podstawowe funkcje życiowe są zachowane. W takich okolicznościach leczenie teoretycznie może przynosić korzyści medyczne zarówno kobiecie, jak i *nasciturusowi*. W sytuacji, kiedy u kobiety lekarze diagnozują śmierć mózgu, z perspektywy medycyny taka kobieta jest osobą martwą. Z perspektywy prawa do momentu komisyjnego i z zachowaniem wszystkich formalnych wymagań stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu)[35] zgodnie z odpowiednią procedurą[36] jest traktowana jak osoba żywa.

Istotny dla rozważań jest fakt, że kobiecie w tym stanie żadne dostępne środki medyczne czy techniczne nie są w stanie przynieść jakiejkolwiek korzyści. Jeżeli chodzi natomiast o rozwijający się płód, może on mieć pośrednie szanse na przeżycie: dzięki technologii podtrzymującej funkcje życiowe kobiety.

Kiedy kobieta jest przyjmowana do szpitala ze schorzeniem, w wyniku którego nastąpi u niej śmierć mózgu, może być ona w stanie samodzielnie wyrazić zgodę na hospitalizację i udzielane jej świadczenia zdrowotne. W takim przypadku nie ma potrzeby uzyskiwania zgody sądu opiekuńczego. Natomiast kiedy kobieta przyjmowana jest do szpitala w stanie nieprzytomności i w stanie zagrożenia życia, lekarze nie muszą występować do sądu o zgodę na przeprowadzenie koniecznych zabiegów medycznych. W momencie, gdy lekarze diagnozują śmierć mózgu, sytuacja ulega zmianie.

Kobieta jako osoba zmarła nie może wyrazić zgody na leczenie. Nie zachodzi w tym przypadku niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, ponieważ nie istnieją środki medyczne mogące odwrócić proces umierania. Oznacza to, że gdy

[35] Art. 43a ust. 1 u.z.l.

[36] Obwieszczenie ministra zdrowia z dnia 4 grudnia 2019 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M.P., poz. 73).

śmierć mózgu zostanie zdiagnozowana, nie istnieją po stronie kobiety przesłanki prawne, aby kontynuować jej „leczenie". Dlatego też lekarze mogą zaprzestać udzielania świadczeń zdrowotnych, odłączyć aparaturę medyczną oraz stwierdzić zgon.

Możliwości decyzyjne po zdiagnozowaniu śmierci mózgu

Najbardziej oczywistym rozwiązaniem sytuacji ciąży *post mortem* jest odwołanie się do prawa pacjenta do samostanowienia w zakresie leczenia. Prawo do wyrażania zgody na przeprowadzenie leczenia jest podstawowym prawem przysługującym każdemu pacjentowi. Prawo polskie teoretycznie dopuszcza[37], aby osoba przed utratą zdolności do wyrażania zgody na leczenie sporządziła oświadczenie medyczne *pro futuro*, w którym wyraziłaby swoją wolę na wypadek utraty świadomości. W konsekwencji, gdy kobieta sporządziłaby ważny i jednoznaczny testament życia, w którym odniosłaby się do ciąży *post mortem*, lekarze powinni uszanować autonomię kobiety i jej wolę[38]. Jednakże sporządzanie testamentów życia w Polsce wciąż stanowi wyjątek.

Drugą możliwością jest posłużenie się koncepcją, która zakłada, że kobieta traktowana będzie jak osoba żywa. Funkcje życiowe będą utrzymywane do momentu przeprowadzenia cesarskiego cięcia, a zgon zostanie stwierdzony dopiero po narodzinach dziecka. W takich okolicznościach lekarze mogliby zwrócić się do sądu opiekuńczego w celu autoryzacji podtrzymywania funkcji życiowych kobiety po to, by umożliwić rozwój *nasciturusowi*. Koncepcja ta wymagałaby jednak uznania płodu za pacjenta, któremu powinny być udzielane świadczenia zdrowotne[39]. Najpoważniejszym mankamentem traktowania kobiety w tym stanie klinicznym jako osoby żywej jest tworzenie fikcji, uznającej

---

[37] *Vide* postanowienie SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNC 2006/7-8/137.

[38] *Vide* M. Boratyńska, *Podsumowanie. Legalność decyzji medycznych na granicy śmierci a problem eutanazji*, [w:] *System prawa medycznego*..., s. 762 – ogólnie na temat legalności oświadczeń medycznych *pro futuro*. Dodatkowa argumentacja znajduje się wcześniej w punkcie 1.

[39] Kwestia uznawania płodu za pacjenta od lat stanowi przedmiot dyskusji w doktrynie. Za uznaniem *nasciturusa* za pacjenta opowiadają się m.in.: D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 77; M. Gałązka, *Początek ludzkiego życia i problem nasciturusa*, [w:]

zwłoki za człowieka, która stoi w sprzeczności z dowodami naukowymi dotyczącymi końca życia.

Interesującą możliwością jest posłużenie się w odniesieniu do ciąży *post mortem* analogią transplantacyjną. W takim przypadku zmarła kobieta mogłaby być traktowana jako dawca, który w pewnym sensie ofiarowuje swoje całe ciało – komórki, tkanki i narządy biorcy, czyli nienarodzonemu dziecku. Możliwość pobierania ze zwłok po stwierdzeniu zgonu komórek, tkanek i narządów jest potwierdzona w art. 4 ustawy transplantacyjnej[40], gdy osoba zmarła nie wyraziła za życia sprzeciwu wobec tej procedury. Wydaje się jednak, że ze względu na brzmienie przepisów ustawy nie jest możliwe odniesienie jej do ciąży *post mortem*. Przede wszystkim w ustawie wprost mowa o pobieraniu, czyli zgodnie z definicją zaczerpniętą ze *Słownika Języka Polskiego*, o wzięciu operacyjnym jakiegoś organu, tkanki itp., w celu przeszczepienia[41]. Jednoznacznie wskazuje to na intencję ustawodawcy, który stwierdził, że za transplantację uznać można tylko „wyjęcie" jakiegoś organu ze zwłok i „przeniesienie" go do ciała żywej osoby. Nie można więc uznać za transplantację sytuacji, w której zmarła matka jest dawcą ciała dla swojego dziecka, które znajduje się wewnątrz. Ustawę o transplantacjach można byłoby odnieść do ciąży *post mortem,* gdyby zmieniono definicję transplantacji *ex mortuo* z pobierania na wykorzystywanie komórek, tkanek i narządów.

Kolejnym tematem zasługującym na rozważenie jest związek między ciążą *post mortem* a przerywaniem ciąży. Zgodnie z przepisami ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży[42] aborcja dozwolona jest w trzech określonych przypadkach – gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia

System prawa medycznego. Instytucje prawa medycznego..., s. 570; B. Kmieciak, *Prawa dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2016, s. 137–138.

[40] Ustawa z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz.U. z 2019 r. poz. 1405) (dalej: ustawa transplantacyjna).

[41] [Hasło:] *Pobieranie*, [w:] *Słownik Języka Polskiego* (https://sjp.pwn.pl/szukaj/pobieranie.html; dostęp: 21.04.2020 r.).

[42] Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 2001 r. Nr 154, poz. 1792).

lub zdrowia kobiety, kiedy istnieje duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu lub nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu albo kiedy ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego[43]. Oznacza to, że możliwe jest wywiedzenie wniosku, iż gdy nie zachodzą przedstawione powyżej przesłanki, niezgodne z prawem jest przerwanie ciąży, a tym samym wymagane jest, aby ciąża była kontynuowana.

Inną analogią, którą należy rozważyć, jest zagadnienie wspomaganego rozrodu *post mortem*. W Polsce istnieje generalny zakaz pośmiertnego dawstwa gamet[44], które dozwolone jest w ściśle określonej sytuacji w dawstwie partnerskim, kiedy kobieta jest uprawniona do wykorzystania zarodków po śmierci partnera[45]. Z przepisów jednoznacznie wynika, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której to mężczyzna „wykorzystywałby" zarodki po śmierci partnerki. W konsekwencji, w obecnym brzmieniu nie jest możliwe zastosowanie zapisów u.l.n. do rozwiązania dylematu ciąży *post mortem*.

3. Status prawny *nasciturusa*

Odkąd w ostatnich dziesięcioleciach nastąpił ogromny postęp w medycynie prenatalnej, w społeczeństwie zaczęto odbierać płód jako samodzielny i niezależny organizm. Takie postrzeganie *nasciturusa* związane jest z m.in. tym, że możliwe jest coraz dokładniejsze śledzenie jego rozwoju *in utero,* przy wykorzystaniu aparatury medycznej[46]. Ponadto ulepszenia technologiczne wykorzystywane w medycynie spowodowały, że możliwe stało się udzielenie *nasciturusowi* świadczeń zdrowotnych w łonie matki, i tak dzięki temu wykonalne jest przeprowadzenie operacji mającej wspomóc czynności serca dziecka. Istotny jest fakt, że taka operacja ma tylko pośredni

[43] *Ibidem*, art. 4a.

[44] Art. 84 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. 2019 r. poz. 730, 1590) (dalej: u.l.n.).

[45] Art. 33 u.l.n.

[46] M. Gałązka, *op. cit.*, s. 544.

wpływ na kobietę w ciąży, ponieważ nie musi bezpośrednio oddziaływać na poprawę jej zdrowia[47].

Na gruncie prawa nie można znaleźć jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy płód posiada podmiotowość lub zdolność prawną. Trybunał Konstytucyjny w wyroku K 26/96[48] stanął na stanowisku, że dziecko poczęte ma podmiotowość prawną, która powinna być rozpatrywana w oderwaniu od zdolności prawnej w rozumieniu prawa cywilnego z tego powodu, że ta ostatnia jest terminem wywodzonym z przepisów ustawy. Trybunał podkreślił, że mimo iż życie człowieka podlega konstytucyjnej ochronie również w fazie prenatalnej, to intensywność tej ochrony może zależeć od fazy życia oraz od okoliczności[49]. Przedstawiciele doktryny R. Kubiak[50] czy J. Haberko[51] twierdzą, że od momentu poczęcia *nasciturusowi* przysługuje prawo do życia, które jest chronione przez art. 38 ust. 1 Konstytucji. W podobnym duchu wypowiada się D. Karkowska, która stoi na stanowisku, że na gruncie ustawy o prawach pacjenta należy uznać za takiego dziecko od momentu poczęcia, któremu powinny być udzielane wszelkie świadczenia medyczne[52]. Na gruncie prawa karnego, w kontekście art. 152 oraz 157a k.k.[53], czyli przepisów odnoszących się do bezprawnego przerywania ciąży oraz uszczerbku prenatalnego, M. Królikowski twierdzi, że płód jest objęty podmiotową ochroną ze strony prawa[54]. Z kolei S. Dmowski jest zdania, że *nasciturus* nie posiada

---

[47] Oczywiście operacja wykonywana *nasciturusowi* ma niebagatelny wpływ na zdrowie czy nawet życie kobiety, ponieważ każda ingerencja medyczna stanowi naruszenie jej ciała, np. konieczne jest podanie jej narkozy czy środków przeciwbólowych. Jednak kiedy zabieg przeprowadzany jest tylko ze względu na wadę płodu, ma on bezpośredni wpływ na życie i zdrowie nienarodzonego dziecka, a tylko pośredni na kobietę.

[48] Wyrok TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997/2/19.

[49] *Ibidem*.

[50] R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2017, s. 7–9.

[51] J. Haberko, *Cywilnoprawna ochrona dziecka poczętego a stosowanie procedur medycznych*, Warszawa 2010, s. 10.

[52] D. Karkowska, *op. cit.*, s. 77.

[53] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 568.).

[54] M. Królikowski, *Komentarz do art. 157a, II Odniesienia systemowe*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.

osobowości prawnej, a prawo tylko w niektórych sytuacjach przyznaje mu ochronę[55]. Podobne zapatrywania reprezentują przedstawiciele doktryny opowiadający się za pierwszeństwem autonomicznych decyzji kobiety w sprawie własnego zdrowia nad życiem i dobrem płodu[56].

Powyższe rozważania niosą ze sobą ogromną doniosłość prawną. Przyznając komuś podmiotowość prawną, akceptuje się jednocześnie, że takiej istocie przysługuje ochrona jej praw, interesów i dóbr. Ma to kolosalne znaczenie w kontekście analizy zagadnienia opieki nad kobietą w ciąży w stanie wegetatywnym, śpiączce czy ze zdiagnozowaną śmiercią mózgową.

Kiedy kobieta jest w ciąży, każde jej zachowanie ma bezpośredni wpływ na płód rozwijający się w jej ciele. W idealnej sytuacji kobieta i *nasciturus* koegzystują w harmonii i nie jest konieczne rozstrzyganie konfliktu między nimi. Jednak w wielu sytuacjach, wymagających interwencji medycznej, może dojść do kolizji pomiędzy dobrami prawnie chronionymi matki i płodu[57]. Jest to spowodowane tym, że *nasciturus* jest ściśle i fizycznie powiązany z kobietą, a podejmowane przez nią decyzje zdrowotne mają bezpośredni wpływ na rozwijający się płód, np. odmowa przyjęcia leku czy niepoddanie się operacji może mieć fatalne skutki zarówno dla matki, jak i płodu. W takich właśnie okolicznościach, kiedy stajemy przed wyborem, czy należy uszanować autonomię kobiety, czy dla dobra płodu powinniśmy pozwolić na ingerencję medyczną, występuje konflikt pomiędzy ciężarną a *nasciturusem*.

---

[55] S. Dmowski [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*, *Księga 1, Część ogólna*, red. S. Dmowski, S. Rudnicki, Warszawa 2011, s. 43.

[56] *Vide* m.in. E. Plebanek, *op. cit.*, s. 45; M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie operacyjne płodu*, [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016, s. 823 i przeprowadzona tam polemika z poglądami przydającymi osobom trzecim jakiekolwiek kompetencje decyzyjne w tej sprawie; M. Boratyńska, *Problem przymusu zabiegowego w ciąży*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, cz. 2, Wolters Kluwer Warszawa 2019, s. 492.

[57] *Vide* wyrok TK z 28 maja 1997 r., K 26/96, w kontekście konfliktu dóbr występującego na gruncie aborcji.

Zgadzam się z R. Majdą[58], który jest zdania, że *de lege lata* płód nie posiada podmiotowości prawnej, skoro nie istnieje do tego wyraźna podstawa ustawowa. *Nasciturus* powinien być uznawany za integralną część organizmu matki, która przez okres ciąży (w szczególności do momentu, w którym może przeżyć poza organizmem kobiety, czyli do około 24. tygodnia ciąży) jest zależna całkowicie od kobiety[59]. Gdyby uznać płód za całkowicie niezależny od kobiety podmiot, pojawiłby się problem m.in. z udzieleniem mu świadczenia zdrowotnego. Przyjęcie, że władza rodzicielska nad *nasciturusem* przysługuje matce i/lub ojcu dziecka, oznaczałoby, że osoby te musiałyby wyrazić zgodę na udzielenie płodowi niemal każdego świadczenia zdrowotnego[60]. W sytuacji, gdy doszłoby do konfliktu decyzyjnego między rodzicami w zakresie wykonania badań prenatalnych czy przeprowadzenia operacji, konieczne byłoby uzyskanie zgody sądu opiekuńczego, który musiałby ten spór rozstrzygnąć. Trudno wyobrazić sobie, żeby sąd opiekuńczy orzekł inaczej, niż wyrażając zgodę na udzielenie jakiegoś świadczenia zdrowotnego *nasciturusowi*[61]. Przyznanie podmiotowości prawnej płodowi wiązałoby się z nonsensownymi skutkami dla kobiety w ciąży w sytuacji, kiedy wyraziłaby ona sprzeciw wobec ingerencji w jej ciało, mogących uratować życie lub zdrowie płodu. Przyjęcie koncepcji, że płód jest pacjentem, oznaczałoby, że gdy kobieta wyraża sprzeciw wobec świadczenia – decyzją podmiotu mogącego decydować o leczeniu płodu (mógłby być to przedstawiciel ustawowy, kurator lub sąd opiekuńczy) – wolno byłoby ten sprzeciw przełamać. Ingerencja w ciało kobiety pomimo jej sprzeciwu nie powinna mieć miejsca, ponieważ prowadziłoby to do bardzo niebezpiecznej sytuacji wprowadzenia przymusowego leczenia wobec kobiety, która nie miałaby podstawy w ustawie,

---

[58] R. Majda, *Komentarz do art. 8 Kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Pyziak-Szafnicka, Warszawa 2009, s. 174.

[59] E. Plebanek, *op. cit.*, s. 31; K. Szewczyk, *Czy płód jest pacjentem? Medyczne modele relacji kobieta brzemienna – dziecko nienarodzone*, Diametros 2012, nr 32, s. 128.

[60] J. Haberko, *Cywilnoprawna*..., s. 319.

[61] M. Szeroczyńska, *Zgoda na leczenie operacyjne płodu*..., s. 815, 817.

co jest niezgodne z prawem[62]. Taka sytuacja stanowiłaby za daleko idącą ingerencję w prawo do samostanowienia kobiety. Jak podkreśliła E. Plebanek, udzielenie świadczeń zdrowotnych płodowi bez zgody kobiety stanowiłoby bezprawną ingerencję w jej ciało[63].

Pomimo opisanych wyżej wątpliwości w kontekście podmiotowości prawnej *nasciturusa* nie oznacza to, że jego dobra i interesy mogą być lekceważone. Prawo w kilku przypadkach chroni *nasciturusa* oraz jego przyszłe prawa, które nabędzie, o ile urodzi się żywy. Przykładowo, przepisy kodeksu cywilnego stanowią, że dziecko poczęte w chwili otwarcia spadku może być spadkobiercą[64]. Ponadto art. 446[1] k.c. stanowi, że dziecko może żądać naprawienia szkód, których doznało przed urodzeniem. Na gruncie prawa rodzinnego uznaje się, że możliwe jest ustanowienie kuratora dla dziecka poczętego, jeżeli jest to niezbędne do ochrony jego przyszłych praw[65]. Żaden z przywołanych przykładów nie przyznaje jednak *nasciturusowi* praw przed narodzinami. Prawo do naprawienia szkody powstałej w trakcie ciąży powstaje po narodzinach dziecka, kiedy dokonywana jest ocena tej szkody. Natomiast obowiązkiem *curatoris ventris* jest tylko ochrona przyszłych praw i interesów płodu, które aktualizują się dopiero po narodzinach dziecka[66].

Wydaje się, że najwłaściwsze będzie uznanie *nasciturusa* za pacjenta *sui generis*, dobro chronione ogólnie, w którego najlepszym interesie jest narodzenie się przy zachowaniu jak najlepszego stanu zdrowia[67]. Istotny jest fakt, że medyczne wsparcie płodu powinno być mu udzielane o tyle, o ile nie kłóci się to z dobrami chronionymi kobiety, w szczególności w zakresie udzielania jej świadczeń zdrowotnych. Na pierwszym miejscu jest jej zdrowie i świadome życie, które powinno się ratować wszelkimi sposobami.

---

62 *Ibidem*, s. 819.

63 E. Plebanek, *op. cit.*, s. 35.

64 Art. 927 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1495) (dalej: k.c.).

65 Art. 182 ustawy z dnia z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 2019 poz. 2086) (dalej: k.r.o.).

66 R. Majda, *op. cit.*, s. 175.

67 *Vide* M. Boratyńska, *Badania prenatalne*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2..., s. 224–225.

4. Przesłanki medyczne podejmowania decyzji

Utrzymywanie ciąży kobiety, u której stwierdzono śpiączkę, stan wegetatywny albo śmierć mózgu, wymaga ogromnego wysiłku ze strony personelu medycznego. Przede wszystkim konieczne jest całodobowe monitorowanie funkcji zarówno organizmu matki, jak i płodu. Wielkie wyzwanie, przed jakim stoją lekarze i pielęgniarki – czyli utrzymanie ciąży, nie zawsze jednak może zakończyć się pozytywnie. Wczesny etap ciąży, zły stan organizmu kobiety albo choroba dziecka mogą stanowić przeszkodę w kontynuowaniu ciąży. Biorąc powyższe pod uwagę, za każdym razem decydując o podtrzymywaniu ciąży, należałoby kierować się przesłankami medycznymi.

5. Interesy osób trzecich

Decydując o właściwym postępowaniu w sytuacji zdiagnozowania śpiączki, stanu wegetatywnego czy śmierci mózgu, nie należy zapominać, że podmiotami mogącymi mieć interes w kontynuowaniu ciąży, oprócz *nasciturusa* oraz kobiety, są osoby trzecie, do których należą członkowie rodziny, ojciec dziecka lub przyjaciele. W związku z tym powstaje pytanie, czy osoby te powinny podejmować decyzję w sprawie podtrzymywania ciąży, czy też może ich głos powinien mieć tylko charakter doradczy.

Wyrażanie zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego jest prawem indywidualnym każdego pacjenta. Tylko w wyjątkowych przypadkach osobiste wyrażenie zgody może zostać zastąpione decyzją opiekuna czy zezwoleniem sądu. Kiedy pełnoletnia kobieta jest w ciąży, może samodzielnie podejmować decyzje dotyczące jej zdrowia. W sytuacji, gdy diagnozuje się u niej śpiączkę lub stan wegetatywny, jednym z rozwiązań jest ubezwłasnowolnienie całkowite. W takim przypadku sąd ustanawia dla pacjentki opiekuna, który staje się jej przedstawicielem ustawowym. Opiekunem takim może być mąż kobiety, ojciec albo matka. Podmiot ten zobowiązany jest do sprawowania opieki w taki sposób, w jaki wymaga tego dobro pozostającego pod opieką oraz interes społeczny[68]. Opiekun

[68] Art. 154 k.r.o.

ubezwłasnowolnionej kobiety ciężarnej wyrażać może zgodę na udzielenie jej wszystkich świadczeń zdrowotnych zgodnie z art. 34 ust. 3 u.z.l. Z przepisów k.r.o. wynika, że we wszystkich ważniejszych sprawach dotyczących osoby pozostającej pod opieką wymagane jest uzyskanie zezwolenia sądu[69]. Należy uznać, że decyzja o kontynuowaniu leczenia, kiedy kobieta znajduje się na granicy życia, a co za tym idzie – umożliwienie rozwoju *nasciturusa*, należy właśnie do takich spraw[70].

Alternatywnym rozwiązaniem wobec całkowitego ubezwłasnowolnienia kobiety jest ustanowienie dla niej – osoby niepełnosprawnej – kuratora, który by ją reprezentował[71]. Decyzję o powołaniu kuratora dla kobiety w stanie wegetatywnym lub śpiączce może podjąć sąd opiekuńczy. Aby tak się stało, konieczne jest spełnienie dwóch przesłanek występujących po stronie kobiety – pozostawanie osobą niepełnosprawną oraz zaistnienie potrzeby prowadzenia wszelkich spraw albo spraw określonego rodzaju lub poszczególnej sprawy.

W sytuacji, kiedy u kobiety w ciąży zdiagnozowano śpiączkę, stan wegetatywny lub śmierć mózgu, wydaje się, że jedną z możliwości jest również ustanowienie dla *nasciturusa* kuratora, który sprawowałby pieczę nad nim i reprezentowałby jego interesy[72]. We wszystkich ważniejszych sprawach dotyczących płodu *curator ventris* powinien każdorazowo zwrócić się do sądu o wydanie stosownego zezwolenia.

Przy podejmowaniu decyzji o leczeniu kobiety w ciąży, u której zdiagnozowano śpiączkę, stan wegetatywny albo śmierć mózgu, wola osób trzecich nie powinna stanowić podstawy wyrokowania w konkretnej sprawie. Przykładowo ojciec dziecka nie ma wpływu na decyzje, które podejmuje kobieta w czasie ciąży, i podobnie jak rodzice kobiety, nie może zmusić jej do przeprowadzenia zabiegu aborcji, kiedy zachodzą

---

[69] Art. 156 k.r.o.

[70] *Vide* J. Strzebińczyk, [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze,* t. 12*,* red. T. Smyczyński, Warszawa 2011, s. 866.

[71] Art. 183 § 1 k.r.o.; D. Olczak-Dąbrowska, *Wybrane rodzaje kurateli sądowej w praktyce sądowej*, Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne 2014, nr 17, s. 106.

[72] Art. 182 k.r.o.

przewidziane prawem przesłanki, ani nie może decydować za nią o poddaniu się operacji ratującej życie.

Źródłem potencjalnego konfliktu decyzyjnego mogącego wystąpić na gruncie uporczywego podtrzymywania funkcji życiowych ciężarnej kobiety do momentu osiągnięcia przez płód etapu, na którym może samodzielnie przeżyć poza organizmem matki, są osobiste emocje bliskich. W szczególności silne odczucia mogą wystąpić u ojca dziecka oraz rodziców kobiety, którzy bezpośrednio mogą być zainteresowani narodzinami dziecka. W takim przypadku rozwiązanie dylematu zaniechania terapii podtrzymującej funkcje życiowe kobiety może bardzo uderzyć w uczucia krewnych.

W sytuacji, kiedy ciężarnej pacjentce jest wszystko jedno ze względu na utratę funkcji poznawczych, nie budzi zdziwienia dążenie osób bliskich do utrzymania przy życiu przynajmniej nienarodzonego dziecka. Pytanie powstaje jednak, w jaki sposób należy rozstrzygnąć rozdźwięk w sytuacji, gdy ojciec dziecka chce, aby ciąża była podtrzymywana, a np. rodzice kobiety wyrażają sprzeciw wobec takiego działania. Warto zauważyć, że opowiedziane przez prasę historie miały miejsce przy założeniu, że rodzina albo chociaż znacząca jej część pragnęła narodzin dziecka. Lekarze milcząco przyjmowali, że taką wolę również wyrażała pacjentka. Jednak taka sytuacja nie musi być regułą, jak zdarzyło się to w sprawie irlandzkiej – gdy to rodzina pragnęła odłączenia kobiety od aparatury podtrzymującej funkcje życiowe, a lekarze uważali, że ciąża powinna być kontynuowana[73]. Członkowie rodziny nie mają żadnych własnych kompetencji decyzyjnych, jednak bez wątpienia mają uczciwy interes w naleganiu na podtrzymywanie ciąży. Nawet w sytuacji, gdy wola kobiety jest znana, problem emocjonalny dla wszystkich – krewnych, ale i lekarzy – jest trudny do rozwiązania. Biorąc wszystko pod uwagę, wydaje się, że jedyną realną perspektywę, która w większości przypadków jest intuicyjna, stanowi decyzja – sądu, lekarzy, kuratorów, opiekuna, ojca dziecka – o podtrzymywaniu funkcji życiowych kobiety do momentu rozwiązania ciąży.

[73] *P.P. v Health Service Executive* [2014] IEHC 622.

Takie zapatrywanie powoduje jednak, że *de facto* nie jest możliwe poszanowanie autonomii pacjentki, a jej ciało traktowane jest jako środek służący do osiągnięcia celu, co stoi w sprzeczności z kantowskim imperatywem kategorycznym. Pytanie, czy jest to kierunek zawsze właściwy i jakie kryteria powinny go zmieniać. Można podnosić utylitarystyczny i dość uniwersalny argument, który stanowi, że należy ratować wszystko, co się da. Czy jednak tylko wyraźny sprzeciw kobiety powinien decydować o zaniechaniu podtrzymywania funkcji życiowych, czy należy również honorować sprzeciw udowodniony w jakikolwiek przekonujący sposób? Jak wskazuje większość komentatorów anglosaskich, kiedy pacjentka nie sporządziła oświadczenia medycznego *pro futuro*, podejmując decyzję, należy wziąć pod uwagę wszystkie wartości, przekonania, opinie, którymi kierowała się kobieta przed utratą świadomości, w szczególności na temat ciąży, godnej śmierci oraz podtrzymywania funkcji życiowych[74]. Autorzy wskazują, że decyzja podmiotu decydującego w imieniu kobiety powinna odzwierciedlać w jak najgłębszym stopniu jej życzenia. Jednocześnie podkreśla się w literaturze angielskiej, że w proces decyzyjny należy zaangażować rodzinę pacjentki[75]. Nie ma jednak zgody co do tego, jakie znaczenie ma zostać przypisane opinii najbliższych osób. D. Sperling stoi na stanowisku, że ojciec dziecka powinien mieć możliwość zaprezentowania tylko życzeń matki i powinno się wykorzystać jego pomoc do zrozumienia jej opinii[76]. Z drugiej strony zaś R. Heywood stoi na stanowisku, że w zależności od sytuacji różna waga powinna być przypisywana opinii osób trzecich[77]. W sytuacji, kiedy przesłanki medyczne są niejednoznaczne albo gdy kontynuacja ciąży prawdopodobnie spowodowałaby ciężkie problemy

[74] D. Sperling, *Maternal brain death*, American Journal of Law and Medicine 2004, nr 30, s. 492; R. Heywood, *Live or let die?: Fine margins between life and death in a brain-dead pregnancy*, Medical Law Review 2017, vol. 25, nr 4, s. 652; J.J. Finnerty, C.A. Chrisholm *et al.*, *Cerebral arteriovenous malformation in pregnancy: Presentation and neurologic, obstetric, and ethical significance*, American Journal of Obstetrics and Gynecology 1999, vol. 181, nr 2, s. 301.

[75] *Ibidem*; A. Lane, A. Westbrook *et al.*, *Maternal brain death: medical, ethical and legal issue*s, Intensive Care Med 2004, nr 30, s. 1486.

[76] D. Sperling, *Maternal brain death*..., s. 491–492.

[77] R. Heywood, *Live or let die?*..., s. 651.

zdrowotne po narodzeniu dziecka, opinia ojca dziecka i najbliższej rodziny powinna odgrywać ważną rolę. I tak np. należy rozważyć pogląd rodziny na temat ewentualnego cierpienia dziecka po narodzinach i tego, czy chcieliby lub mogli zapewnić mu opiekę i godne warunki życia.

Zgadzam się z komentatorami angielskimi w tej kwestii, że osoby dla kobiety najbliższe mogą stanowić najważniejsze źródło informacji na temat woli pacjentki dotyczącej leczenia lub ciąży – np. rodzina może być świadoma istnienia oświadczenia medycznego *pro futuro* pozostawionego przez kobietę. Jednakże rola osób najbliższych powinna mieć charakter jedynie doradczy, a nigdy decydujący. Oczywiście w razie kontynuacji ciąży i przeprowadzenia pomyślnie cesarskiego cięcia to prawdopodobnie członkowie rodziny będą zajmować się nowo narodzonym dzieckiem, ale w żadnym wypadku nie upoważnia ich to do subiektywnego decydowania w sprawie.

Podsumowanie

Opieka nad kobietą w ciąży ze zdiagnozowaną śpiączką, stanem wegetatywnym albo śmiercią mózgu stanowi wielkie wyzwanie dla lekarzy, prawników i etyków. Aby utrzymać ciążę, potrzebna jest całodobowa, kompleksowa opieka lekarska oraz pielęgniarska nad kobietą w ciąży oraz płodem. Wyzwaniem stojącym przed prawnikami i etykami jest znalezienie odpowiedzi na pytanie, jaki podmiot powinien być władny do podjęcia decyzji o dalszym leczeniu kobiety lub o zaprzestaniu udzielania jej świadczeń medycznych. Kluczowa jest analiza statusu prawnego *nasciturusa* oraz ciężarnej kobiety w śpiączce, stanie wegetatywnym albo ze zdiagnozowaną śmiercią mózgu. Istotne jest również rozważenie ewentualnych interesów osób trzecich zaangażowanych w sprawę, takich jak ojciec dziecka, jej rodzice lub inne bliskie osoby.

W artykule przedstawiłam różne scenariusze związane z podejmowaniem decyzji w sytuacji zdiagnozowania śpiączki, stanu wegetatywnego albo śmierci mózgu u kobiety w ciąży. Moim zdaniem, kiedy kobieta jest nieświadoma, a udzielenie pomocy niezbędne, lekarze powinni wdrożyć konieczne leczenie. Jeżeli jednak obawa dużego prawdopodobieństwa

utraty życia ustanie, wymagane jest uzyskanie zezwolenia sądu opiekuńczego na dalsze leczenie – niezależnie do tego, czy zdiagnozowano u kobiety stan wegetatywny, śpiączkę czy śmierć mózgu. W artykule stanęłam na stanowisku, że pacjentka – kobieta w ciąży stanowi najlepsze źródło informacji na temat tego, czy leczenie powinno być kontynuowane po utracie przez nią świadomości. Jeżeli jednak brak sporządzonego przez kobietę oświadczenia medycznego *pro futuro*, sąd powinien w pierwszej kolejności kierować się prawami i interesami przysługującymi kobiecie, niezależnie od stanu, w jakim się ona znajduje. Interesy płodu powinny zostać rozpatrzone w dalszej kolejności razem z przesłankami medycznymi.

W przypadku przedłużającej się nieświadomości pacjentki spowodowanej śpiączką lub stanem wegetatywnym rozwiązaniem może być podjęcie decyzji o ubezwłasnowolnieniu kobiety i powołaniu dla niej opiekuna, który musiałby wystąpić o wydanie przez sąd zezwolenia na udzielanie jej każdego poważniejszego świadczenia medycznego. Alternatywnie możliwe byłoby ustanowienie dla kobiety, jako osoby niepełnosprawnej, kuratora. Aby zagwarantować reprezentację interesów *nasciturusa* w kontynuowaniu ciąży, istnieje możliwość ustanowienia kuratora dla dziecka poczętego. Moim zdaniem ojciec dziecka, członkowie rodziny kobiety czy inne osoby najbliższe nie powinny samodzielnie decydować o leczeniu, a ich głos powinien mieć jedynie doradczy charakter.

Artykuł ten nie wyczerpuje zagadnień związanych z opieką nad kobietą w ciąży na granicy życia. Stanowi on tylko początek dalszych rozważań obejmujących to zagadnienie oraz próbę zasygnalizowania problemów, z jakimi muszą zmierzyć się lekarze, sądy oraz rodzina.

Summary

The care of a pregnant woman on the verge of life

The issue of the care for a pregnant woman on the verge of life has never been addressed in Polish scientific literature. The diagnosis of a coma, vegetative state or brain-death constitutes a great challenge for doctors, lawyers and ethicists. This article is the first step in the legal analysis of the issue.

The situation when a pregnant woman is diagnosed with coma, vegetative state or as brain-dead occurs extremely rarely. In Poland, there were 4 cases reported by media regarding the said cases. Even though these situations are quite uncommon, it is necessary to establish a course of action that has plausible legal and moral justification. Unfortunately, there are no legal solutions that directly regulate such cases in Poland.

The article is divided into five parts. First of all, brief description of the cases will be provided. Later, the situation of the pregnant woman will be presented. I shall argue that the fact that a woman is in a vegetative state or in a coma should not affect her autonomy and her past wishes regarding treatment should be respected (even if the woman is diagnosed as brain-dead). Moreover, it will be explained that there are available legal solutions which may provide a basis for applying the analogy (i.a. transplantation, abortion, assisted post-mortem reproduction). However, it will be indicated that the expressed wishes of a pregnant woman shall play the primary role in the decision-making process. When the coma, vegetative state or brain death is diagnosed, the court should decide on the continuation or discontinuation of the life-support treatment. Subsequently, the analysis will be focused on *nasciturus*, its rights and interests. It will be emphasised that the foetus should be recognised as a *sui generis* patient, as a protected good, whose best interest it is to be born healthy. Medical support for the foetus should be provided unless it does interfere with woman's right to self-determination. Finally, it will be

presented that the third parties, such as family members and/or father of the unborn child, may be interested in the outcome of the decision-making-process and they might become a legal guardian or curator of the pregnant woman or the foetus. Nevertheless, their opinion should be of an advisory nature only.

Paulina Leń

Prawidłowa legislacja urzędowej zmiany płci w świetle rekomendacji europejskich oraz na tle najnowszych uregulowań w prawie obcym

Wstęp

Gdy w 2015 r. procedowano w Sejmie projekt ustawy o uzgodnieniu płci[1], wszystko wskazywało na to, że osoby transseksualne oraz interseksualne doczekają się ostatecznie uregulowania swojej sytuacji prawnej. Projekt miał być pierwszą uchwaloną w Polsce legislacją dotyczącą transseksualizmu i zakładał gruntowną zmianę procedury urzędowej korekty płci. Dotychczasowa, wypracowana przez orzecznictwo Sądu Najwyższego, wymagała wniesienia na podstawie art. 189 kpc powództwa o ustalenie przynależności do płci odmiennej niż metrykalna i uzyskanie w ten sposób prawomocnego orzeczenia umożliwiającego naniesienie wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia. Doktryna była zgodna, że procedura ta jest co do zasady wadliwa, lecz w obliczu braku aktywności ustawodawcy stanowiła zło konieczne dla zapewnienia osobom transseksualnym jakiejkolwiek ochrony prawnej.

Ustawa o uzgodnieniu płci przewidywała szereg zmian, z których najważniejszą miało być przyjęcie trybu postępowania nieprocesowego. Powszechnie znany jest jednak fakt, że na ostatnim etapie została zawetowana przez Prezydenta Andrzeja Dudę i skierowana z powrotem do Sejmu, którego ponownie już nie opuściła. Tym sposobem ukształtowana przez orzecznictwo praktyka urzędowej zmiany płci, która odegrać miała

[1] Tekst projektu ustawy o uzgodnieniu płci dostępny pod adresem http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/1469_u/$file/1469_u.pdf

rolę rozwiązania tymczasowego, od 24 lat pozostaje w swojej niezmienionej, ułomnej formie, podczas gdy ustawodawca uparcie ignoruje pojawiające się zalecenia i rezolucje instytucji europejskich oraz wyroki europejskich trybunałów, niezmiennie nie uchwalając odpowiednich regulacji.

Transseksualizm i płeć w pojęciu medycznym i prawnym

By odpowiednio zrozumieć istotę transseksualizmu, należy przyjrzeć się najpierw terminologii stosowanej w kwestii płci. Polska doktryna, idąc za medyczną definicją płci, określa ją *jako zespół cech odróżniających w obrębie gatunku organizmy żeńskie wytwarzające komórki jajowe od organizmów męskich wyróżniających plemniki*[2].

Podział płci u ludzi następuje co do zasady dychotomicznie, ale istnieją odstępstwa: na czele ze znanymi już w czasach starożytnych osobami interseksualnymi (dawniej nazywane androgynicznymi od imienia postaci z mitologii greckiej). Są ponadto osoby, które mimo posiadania cech określonej płci nie identyfikują się z żadną z nich – są to osoby tzw. apłciowe (ang. *non-binary)*. W tym miejscu zaznaczyć należy jednak, że między tymi grupami istnieje znacząca różnica. Osoby interseksualne mogą posiadać cechy biologiczne (ang. *sex*) obu płci, jednak ich tożsamość płciowa (płeć psychiczna) zazwyczaj odpowiada płci żeńskiej albo męskiej. Z kolei osoby apłciowe lub bipłciowe posiadają cechy określonej płci biologicznej, jednak w swoim poczuciu psychicznym bądź utożsamiają się z obiema, bądź nie odczuwają żadnej. Ta złożoność dowodzi, iż stosowana powszechnie procedura określania płci oparta na podstawie wyglądu narządów płciowych noworodka jest procedurą przestarzałą. Ponadto błędne jest także jednotorowe myślenie o płci wyłącznie w jej aspekcie biologicznym.

Termin *transseksualizm* wprowadzony został do nauki seksuologii przez Davida Caudwella w 1949 r., a upowszechniony przez Harry'ego Benjamina, pioniera stosowania u osób transseksualnych zastępczej terapii

[2] K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar, *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej,* Kraków 2001, s. 3.

hormonalnej. Początkowo definiowany był jako poczucie „uwięzienia w obcym ciele", względem którego terapia psychiatryczna nie odnosiła skutku i od którego mogła osobę transseksualną uwolnić wyłącznie operacja korekty płci. Do dnia dzisiejszego środowisko medyczne nie jest w stanie jednoznacznie wskazać etiologii transseksualizmu. W początkowym okresie wielu seksuologów, idąc za teorią Johna Moneya, traktowało identyfikację płciową jako efekt socjalizacji na wczesnym etapie życia dziecka. Teoria ta została jednak obalona, a jako tragiczny przykład jej błędnych założeń przywołać można eksperyment znany jako kazus Davida Reimera. Polegał na wychowaniu jako dziewczynki chłopca, u którego doszło do zwęglenia penisa podczas zabiegu usunięcia napletka (spowodowanego stulejką) z użyciem noża elektrycznego. Zaordynowane przez Moneya „leczenie" polegać miało na wczesnej socjalizacji do płci żeńskiej, połączonej z terapią hormonalną i stopniową korektą narządów na żeńskie. Eksperyment nie powiódł się, za to wyrządził nieodwracalne szkody w psychice pacjenta, który w wieku 38 lat, po nieudanych próbach ułożenia sobie życia, popełnił samobójstwo[3].

W Polsce pierwszy zabieg korekty płci odbył się w 1937 r. w Szpitalu Dzieciątka Jezus w Warszawie na osobie K/M[4], natomiast po wojnie kolejne operacje zaczęto ponownie wykonywać w latach 60. Wbrew pozorom nad zjawiskiem transseksualizmu przeprowadzono dotychczas w Polsce stosunkowo szerokie badania – zasługę za to należy przypisać Kazimierzowi Imielińskiemu oraz Stanisławowi Dulce, którzy uważani są za najwybitniejszych badaczy transseksualizmu w kraju[5].

---

[3] Historia Bruce'a/Davida Reimera opisana została m. in. przez J. Colapinto, *As nature made him: the boy who was raised as a girl*, New York 2002. Zob. A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci. Jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych. Cz. 1*, Prawo i Medycyna nr 2/2016, s. 13–14 i tam przywołane źródła.

[4] M. Teler, *Czy przed wojną zmieniano w Polsce płeć? Historia Witolda Smętka,* 4 VII 2018 r., https://www.focus.pl/artykul/czy-przed-wojna-zmieniano-w-polsce-plec-historia-witolda-smetka

[5] Kazimierz Imieliński był pierwszym w Polsce seksuologiem. Stanisław Dulko współpracował z nim przez wiele lat, dzięki czemu stał się największym znawcą zjawiska transseksualizmu w Polsce. Zob. m.in. tychże *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, PWN 1988.

Obecnie transseksualizm definiowany jest jako *rozbieżność pomiędzy poczuciem psychicznym płci a budową morfologiczno-biologiczną ciała oraz płcią metrykalną, które są odczuwane jako obce i należące do płci odmiennej*[6]. Przez Międzynarodową Klasyfikację Chorób (*International Classification of Diseases* – ICD, wersja 10) transseksualizm zakwalifikowany został do kategorii zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania oraz do subkategorii zaburzeń osobowości i zachowania u osób dorosłych o typie zaburzeń identyfikacji płciowej[7]. Od wielu lat organizacje działające na rzecz ochrony praw osób trans zabiegały o wykreślenie transseksualizmu z kategorii zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania, ponieważ taka kwalifikacja prowadziła nierzadko do stygmatyzacji. Zastrzeżenia te uwzględnia uaktualniona ICD, wersja 11 (ICD-11), opublikowana przez WHO w czerwcu 2018 r. Transseksualizm został tam przeniesiony z kategorii zaburzeń psychicznych do rozdziału związanego z szeroko pojętym zdrowiem seksualnym (ang. *Conditions Related to Sexual Health)*. Zmieniona została również terminologia: zamiast terminu *transseksualizm* ICD-11 definiuje tę przypadłość w dwóch kategoriach: *niezgodność płciowa u osób nastoletnich i dorosłych oraz niezgodność płciowa u dzieci*. Najnowsza klasyfikacja została zatwierdzona w maju br., a jej implementacja do krajowych systemów prawnych nastąpić ma 1 stycznia 2022 r.[8]

Ze względu na to, że transseksualizm zaliczany był dotychczas do grupy zaburzeń identyfikacji płciowej, spotyka się określenie tego zjawiska jako „transpłciowości". Nie można jednak podzielić poglądu, jakoby pojęcie *transpłciowość* mogło być stosowane zamiennie. Transpłciowość jest bowiem swoistym pojęciem parasolem, zawierającym w sobie również zaburzenia takie jak transwestytyzm, apłciowość i bipłciowość. Tak więc mimo że każda osoba transseksualna będzie również osobą transpłciową,

---

[6] K. Imieliński, *Seksiatria. Patologia seksualna*, Warszawa 1990, s. 285.

[7] J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci,* praca doktorska pod kierownictwem K. Pietrzykowskiego, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2014 r., s. 22 i 23.

[8] https://oko.press/swiatowa-organizacja-zdrowia-who-transplciowosc-to-nie-zaburzenie-psychiczne-zycie-bez-stygmatyzacji/

to nie każda osoba transpłciowa będzie transseksualistą[9]. Transpłciowość w wolnym tłumaczeniu na angielski brzmi *transgender*. Jednak gdyby przetłumaczyć je dosłownie, uzyskalibyśmy polski *transgenderyzm*, a to z kolei w polskiej seksuologii oznacza osobę, która mimo utrwalonej tożsamości z płcią odmienną nie chce poddawać się chirurgicznej korekcie narządów płciowych.

Powyższa, silnie skomplikowana siatka pojęciowa, w połączeniu z tragicznie niską świadomością społeczną dotyczącą zaburzeń płci doprowadziła do sytuacji, w której osoby transseksualne są bardzo często mylone z transwestytami lub z osobami homoseksualnymi. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest zupełny brak zrozumienia dla ich cierpienia, a nierzadko silny sprzeciw wobec ich inności, demonstrowany poprzez dyskryminację czy sprowadzenie ich przypadłości do miana zboczenia.

Ochrona praw osób transseksualnych na poziomie unijnym

Aktualny stan wiedzy medycznej nie przekłada się w Polsce na ochronę tożsamości płciowej przez prawo stanowione. Tymczasem w ramach Unii Europejskiej zostało już wydanych kilka aktów wskazujących kierunek, w jakim powinno pójść ustawodawstwo. Pierwszą instytucją unijną, która wypowiedziała się w tej kwestii, był Parlament Europejski. Już w 1989 r. przyjęto rezolucję[10] nakłaniającą państwa członkowskie do uchwalenia odpowiedniej legislacji w celu umożliwienia osobom transseksualnym zmiany płci w rozumieniu prawnym, medycznym i społecznym. Parlament wskazał również na konieczność finansowania przez państwa członkowskie operacji przystosowujących do nowej płci. W tym samym roku Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy przyjęło zalecenie[11] co do konieczności uregulowania procedury zmiany płci w celu wyeliminowania dyskryminacji osób transseksualnych. Następnie, w 2011 r.,

[9] Ibidem.

[10] Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12 IX 1989 r., za: J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci,* s. 63.

[11] Zalecenie Zgromadzenia Parlamentu Europejskiego nr 1117 z 29 IX 1989 r., dostępne pod adresem https://rm.coe.int/090000168091cf4d

Parlament Europejski przyjął kolejną rezolucję[12] w sprawie praw człowieka, orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w państwach członkowskich ONZ. Wypowiedziano się w niej przeciwko kwalifikacji transseksualizmu jako choroby psychicznej i wezwano WHO do usunięcia go z listy zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania oraz stworzenia dlań nowej klasyfikacji. Poczynając od 2011 r., instytucje europejskie wydały również inne zalecenia i rezolucje, ale na tyle podobne treściowo, że przywoływanie wszystkich nie wydaje się konieczne. Na szczególną uwagę zasługuje natomiast rezolucja 2048[13] Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 22 kwietnia 2015 r. Wezwano w niej państwa członkowskie do uregulowania całego wachlarza kwestii związanych z urzędową zmianą płci. Do najważniejszych należy zaliczyć: wprowadzenie całkowitego zakazu dyskryminacji na tle tożsamości płciowej, stworzenie szybkiej, transparentnej, łatwo dostępnej oraz bazującej na samookreśleniu jednostki procedury zmiany płci, uchylenie wymogu sterylizacji oraz innych niedobrowolnych zabiegów medycznych (również diagnozy psychiatrycznej) jako prawnych przesłanek dla zmiany płci, a także zniesienie zakazów uniemożliwiających pozostawanie osobom transseksualnym w dotychczasowych związkach małżeńskich. Rezolucja nie pozostawia wątpliwości, że instytucje europejskie coraz bardziej zdecydowanie podchodzą do kwestii poszanowania dla transseksualizmu, a z każdym kolejnym wydanym aktem[14] ich zalecenia skłaniają się ku większej liberalizacji przepisów, co zasługuje na aprobatę.

Ochrony prawnej udzielają osobom transseksualnym również Europejski Trybunał Praw Człowieka oraz Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zajęcie przez ETPCz oraz TSUE stanowiska w tej sprawie

---

[12] Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 28 IX 2011 r., dostępna pod adresem http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0427+0+DOC+XML+V0//EN

[13] Rezolucja 2048 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 22 IV 2015 r., tekst rezolucji dostępny pod adresem https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736

[14] Mimo że są to tzw. akty prawa miękkiego, stanowią ważny przykład oraz wskazówkę dla wszystkich państw członkowskich.

było o tyle istotne, że przyjęte dotychczas unijne akty prawa o charakterze wiążącym w żaden sposób nie regulowały tej kwestii[15]. Do 2002 r., za sprawą orzeczenia ETPCz w sprawie *Rees p. Wielkiej Brytanii*[16], państwa członkowskie były przekonane, że w zakresie regulacji dotyczącej osób transseksualnych przysługuje im tzw. margines swobody[17]. Powyższy stan rzeczy uległ zmianie 11 lipca 2002 r., gdy ETPCz w sprawie *Goodwin p. Wielkiej Brytanii* jednomyślnie orzekł, że prawo do zmiany płci wywodzi się z art. 8 EKPCz[18], a dokładniej – z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Ten przełomowy pogląd został również potwierdzony rok później w wyroku z 12 czerwca 2003 r. w sprawie *Van Kuck p. Niemcom*[19]. Kolejnym przełomowym orzeczeniem ETPCz, które zasługuje na szczególną uwagę, jest stosunkowo nowe, w sprawie *A.P., Garçon i Nicot p. Francji*[20]. Rozstrzygnięcie to wywarło bezpośredni wpływ na te kraje Unii Europejskiej, które przed umożliwieniem urzędowej zmiany płci wciąż wymagają poddania się zabiegom medycznym. Trybunał uznał bowiem taką praktykę za niedopuszczalną, ponieważ pogwałca ona fundamentalne prawa człowieka; m.in. prawo do prywatności.

Z upływem lat również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej musiał rozpoznać skargi składane przez osoby transseksualne. Należy z aprobatą stwierdzić, iż TSUE, stosownie do swoich możliwości, udzielał takim osobom ochrony prawnej, m.in. w sprawach: *K.B. przeciwko National*

---

[15] J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, s. 65, za: P. Pogodzińska, *Tożsamość płciowa..., Prawa osób transseksualnych*..., red. A. Śledzińska-Simon, s. 133 i n.

[16] Wyrok ETPCz w sprawie *Rees p. Wielkiej Brytanii*; skarga nr 9532/81. ETPCz uznał wówczas, że w przypadku legislacji dotyczącej transseksualizmu państwom-stronom przysługuje margines swobody.

[17] Doktryna marginesu swobody (ang. *Margin of appreciation*) przewiduje swobodę każdego z państw członków do wewnętrznego uregulowania pewnych kwestii. Omówiona przez: W. Burek, *Interpretacja ewolucyjna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie orzecznictwa w sprawach sytuacji prawnej transseksualistów pooperacyjnych*, PiM nr 1/2007, s. 114.

[18] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r.

[19] K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty zmiany płci u transseksualistów*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski i M. Wyrzykowski, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2009, s. 181.

[20] Wyrok ETPCz z 6 IV 2017 r. (skargi 79885/12, 52471/13 and 52596/13).

Health Service Pensions Agency Secretary of State[21] czy *Sarah Margaret Richards przeciwko Secretary of State for Work and Pensions*[22].

Procedura zmiany płci w Polsce i w Europie

Pierwszym rozstrzygnięciem dotyczącym problematyki transseksualizmu na gruncie polskiego systemu prawnego było orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z 24 listopada 1964 r.[23] Sąd dopuścił wówczas możliwość analogicznego zastosowania przepisów o sprostowaniu aktu urodzenia z art. 26 ust. 3 prawa o a.s.c. w stosunku do transseksualisty, u którego została już wykonana operacja korekty płci. Sprostowanie takie następować miało ze skutkiem *ex nunc*[24] od daty dokonania operacji. Orzeczenie to nie ugruntowało jednak praktyki w taki sam sposób, jak zrobiła to uchwała Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r.[25], w której Sąd stwierdził, że dopuszczalne jest sprostowanie aktu urodzenia przez zmianę oznaczenia płci (wyjątkowo także przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego), jeżeli cechy płci, do której dąży dana osoba transseksualna, są przeważające i stan ten jest nieodwracalny. Ważną kwestią, na którą zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu, jest fakt, że płeć człowieka determinowana jest nie tylko czynnikami fizycznymi i brak powodów dla przyznania im decydującego znaczenia. Sąd zaznaczył również, że nie do pogodzenia z zasadą prawdy obiektywnej i potrzebą ochrony dóbr osobistych byłoby zmuszanie osoby do występowania w roli społecznej odmiennej od wskazywanej przez jej organizm. Sąd Najwyższy uznał ponadto legalność zabiegów adaptacyjnych podyktowanych „rzeczywistą potrzebą organizmu" oraz orzekł o niewłaściwości postępowania procesowego w sprawach o zmianę płci.

---

[21] Wyrok TSUE z 7 I 2004 r.; C-117/01.

[22] Wyrok TSUE z 27 IV 2006 r.; C-423/04.

[23] Orzeczenie Sądu Wojewódzkiego z 24 IX 1965 r., sygn. II CR 515/64, PiP z. 10/1965, s. 601 i n.

[24] Zob. przywoływane także C. Gromadzki, *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, Przegląd Sądowy nr 10/1997, s. 66; A. Zielonacki, *Zmiana...*, s. 48. Za Ł. Błaszczak, *Charakter prawny powództwa...*

[25] Uchwała SN z 25 II 1978 r., III CZP 100/77; OSPiKA nr 10/1983, poz. 217.

W wyniku wydanej przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego uchwały z 22 czerwca 1989 r.[26] nastąpiła jednak zmiana stanowiska. Sentencja brzmiała: *Występowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć*, a nadano jej moc zasady prawnej. Sąd uznał, iż sprostowanie aktu stanu cywilnego może zostać dokonane jedynie, gdy wpis od początku był wadliwy i sprostowanie takie ma skutek *ex tunc*. W przypadku urzędowej zmiany płci uznał zastosowanie tych przepisów za niedopuszczalne tak wprost, jak w drodze analogii. Swoje stanowisko argumentował zasadą niepodzielności stanu cywilnego, zgodnie z którą człowiek może mieć tylko jeden[27]. Co więcej, Sąd, powołując się na racjonalność ustawodawcy, spekulował, iż brak uregulowania tej problematyki może być wyrazem dezaprobaty ustawodawcy wobec stosowanej dotychczas praktyki sądowej. Skutkiem takiej argumentacji było podanie w wątpliwość dopuszczalności sądowej zmiany płci jako takiej. Stawiało to w wyjątkowo trudnej sytuacji osoby, które już poddały się operacji korygującej. Nie sposób stwierdzić, czy działanie Sądu Najwyższego było celowe, jednak pociągnęło za sobą również inny istotny skutek – liczba operacji korekty płci drastycznie spadła. Lekarze, w obawie przed ewentualnymi konsekwencjami prawnymi, bali się je przeprowadzać przed zakończeniem wcześniejszego postępowania sądowego[28].

Ponownie w tej kwestii Sąd Najwyższy wypowiedział się w postanowieniu z 22 marca 1991 r.[29] Sąd stwierdził tam, że przynależność do danej płci może być postrzegana jako dobro osobiste i w związku z tym podlega ochronie w drodze powództwa o ustalenie z art. 189 kpc, a interes prawny powoda przejawia się w potrzebie prawidłowego ustalenia stanu osobistego. Za dwa warunki dopuszczalności dochodzenia sądowej zmiany płci na podstawie art. 189 kpc Sąd uznał: trwałość poczucia przynależności do określonej płci oraz brak kolizji z dobrami osobistymi osób

[26] Uchwała 7 sędziów – zasada prawna z 22 VI 1989 r., III CZP 37/89; OSNCP nr 12/1989, poz. 188.

[27] Por J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2000, s. 20.

[28] Sytuacje takie są na porządku dziennym. Por. M. Filar, *Transseksualizm jako*..., s. 80.

[29] Postanowienie SN z 22 III 1991 r., III CRN 28/91; LEX nr 519375 s. 118 i n.

trzecich. Sądowe orzeczenie o zmianie płci, które co do zasady powinno zapaść już po dokonaniu operacji korekty płci, wywołuje skutki *ex nunc* i stanowić może podstawę do wpisania stosownej wzmianki dodatkowej w akcie stanu cywilnego (art. 21 PrASC).

Jedynym istotnym uzupełnieniem stała się późniejsza uchwała Sądu Najwyższego z 22 września 1995 r.[30], w której Sąd potwierdził dopuszczalność urzędowej zmiany płci dopiero na podstawie orzeczenia wydanego w postępowaniu z art. 189 kpc, a jako stronę pozwaną wskazał rodziców powoda. Potwierdzono tam również, że zmiana taka nie jest sprostowaniem aktu urodzenia, ale może skutkować sporządzeniem w nim wzmianki dodatkowej, której dokonać można jednak dopiero po poddaniu się zabiegowi chirurgicznemu[31]. Biorąc pod uwagę stosunkowo najnowsze orzecznictwo, nie sposób pominąć orzeczenia Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2013 r., gdzie Sąd stworzył kompletne *novum*, a mianowicie doszedł do wniosku, że jeśli osoba transseksualna jest w związku małżeńskim oraz ma dzieci, to również te osoby powinny zostać pozwane, a gdy dzieci są małoletnie, w ich imieniu występować ma kurator sądowy. Z rozstrzygnięcia tego Sąd wycofał się następnie wyrokiem z 10 stycznia 2019 r.[32]:

> *Charakter praw osobistych, w tym prawa do płci, przesądza o tym, że interes w ustaleniu płci lub ustaleniu jej zmiany ma wyłącznie podmiot tego prawa. Inaczej mówiąc, skoro zainteresowanym w funkcjonowaniu takiego prawa jest tylko podmiot tego prawa, to rozstrzyganie o płci lub jej zmianie powinno następować wyłącznie z udziałem tego podmiotu. Ewentualny wzgląd na dobro innych osób, w szczególności dzieci osoby dochodzącej stwierdzenia zmiany płci, może mieć jedynie znaczenie materialnoprawne, tj. dotyczy sfery zbadania zasadności żądania (por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 22 marca 1991 r., IIICRN 28/91, nie publ.,) i nie stanowi o potrzebie udziału we właściwym postępowaniu tych osób (odmiennie SN w wyroku z dnia 6 grudnia*

[30] Uchwała SN z 22 IX 1995 r., III CZP 118/95; OSNC nr 1/1996 poz. 7.

[31] K. Osajda, *Cywilnoprawne*..., s. 185.

[32] Wyrok SN z 10 I 2019 r., II CSK 371/18; LEX 2616188.

2013 r., I CSK 146/13, OSNC-ZD 2015, nr B, poz. 19), podobnie jak wzgląd na dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków może wpływać na ocenę zasadności żądania rozwodu (art. 56 § 2 k.r.o.), lecz nie uzasadnia ich udziału w procesie rozwodowym po którejś ze stron.

Wszystkie omówione orzeczenia legły u podstaw praktyki sądowej, z którą spotykamy się obecnie w przypadku procesów wytaczanych przez osoby transseksualne na podstawie art. 189 kpc. Pomimo stosunkowo bogatego orzecznictwa[33] model skonstruowany przez Sąd Najwyższy jest niezmiennie źródłem wielu wątpliwości procesowych oraz materialnoprawnych.

Pojawiające się kolejne rozstrzygnięcia, nierzadko wzajemnie sobie przeczące, jasno wskazują, że ustawodawca powinien raz wreszcie zająć się wyczerpującym unormowaniem problemu prawnego, jakim jest sytuacja osób trans- oraz interseksualnych. Choć osoby takie stanowią populacyjną mniejszość (szacuje się, że w Polsce jest ich od kilkuset do kilkudziesięciu tysięcy[34]), to fakt ten nie powinien być traktowany jako usprawiedliwienie ustawodawcy, który zdaje się tej grupy w ogóle nie zauważać. Jak słusznie zauważył M. Filar, poziom kultury prawnej społeczeństwa rozpoznać można właśnie po ustosunkowaniu się do problemów mniejszości, ich sytuacja bowiem z samej swej natury jest szczególnie ciężka[35]. Oprócz tego należy mieć na uwadze również to, iż brak prawa poważnie utrudnia transseksualistom w Polsce życie, już wystarczająco ciężkie ze względu na ogrom dyskryminacji ze strony społeczeństwa. Wspomniane wcześniej poczucie „uwięzienia w obcym ciele" jest do tego stopnia obciążające psychicznie, że bardzo często doprowadza do samookaleczeń oraz samobójstw. Przeprowadzone w Polsce w latach 80. badania na grupie 200 osób transseksualnych

[33] Zob. E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008, Studia i Analizy Sądu Najwyższego*, t. IV, Warszawa 2010.

[34] Por. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, PiP nr 7/1987, s. 67.

[35] M. Filar, *Transseksualizm jako problem prawny*, PS nr 1/1996, s. 74.

wykazały, że ponad 90% miało myśli i tendencje samobójcze, a 55% podejmowało próby odebrania sobie życia[36].

Ustawa o uzgodnieniu płci

Rozpoczęcie przez Sejm prac nad ustawą o uzgodnieniu płci dało nadzieję, iż ignorowane dotychczas problemy osób transseksualnych zostaną w końcu chociażby częściowo rozwiązane, zwłaszcza że w projekt zaangażowana była na wszystkich etapach Anna Grodzka – pierwsza transseksualna posłanka w historii polskiej polityki (obecnie również prezes Fundacji Trans-Fuzja). Osoby transseksualne nie mogłyby sobie wyobrazić lepszej reprezentacji w polskim parlamencie niż ktoś, kto z własnego doświadczenia doskonale zna wszystkie przeszkody, z którymi muszą się na co dzień mierzyć. Jednakże, jak powszechnie wiadomo, ustawa nigdy nie weszła w życie, zawetował ją bowiem nowo wybrany Prezydent Andrzej Duda, a Sejm nie zdołał tego weta przełamać. We wniosku o ponowne rozpatrzenie ustawy przez Sejm Prezydent obszernie swoją decyzję uargumentował[37]. By zrozumieć te zarzuty, warto przedstawić najpierw najważniejsze założenia ustawy.

Ustawa miała regulować procedurę i skutki, jakie wywiera uzgodnienie płci osób, których tożsamość płciowa różni się od płci wpisanej do aktu urodzenia[38]. Tożsamość płciowa zdefiniowana została tam jako *utrwalone, intensywne, odczuwane doświadczenie i przeżywanie własnej płciowości, która odpowiada lub nie płci wpisanej do aktu urodzenia*. Przyjęcie takiej definicji umożliwiałoby skorzystanie z procedury uzgodnienia płci tylko osobom, dla których jest to konieczne ze względów terapeutycznych, czego dowodzić

[36] K. Imieliński, S. Dulko, *Transseksualizm a rodzina. Analiza 200 przypadków*, [w:] *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, red. M. Filar, Toruń 1987, s. 105.

[37] http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/0B469110C09F2076C1257ED500363D54/%24File/3978.p

[38] Art. 1 projektowanej ustawy o uzgodnieniu płci.

miałyby zaświadczenia lekarskie wystawione przez specjalistów[39]. Już na samym wstępie ustawa poruszała jedną z najistotniejszych kwestii, uważaną dotychczas za najbardziej problematyczną – tryb postępowania. Zamiast sądowego postępowania procesowego, które pociąga za sobą konieczność pozywania własnych rodziców, art. 3 ustawy przewidywał tryb nieprocesowy. Z tym rozwiązaniem ściśle korespondował art. 4 stanowiący, że *zainteresowanym w sprawie o uzgodnienie płci jest tylko wnioskodawca*[40], co ostatecznie rozwiązałoby przewijający się nieustannie w orzecznictwie sądów polskich problem, kto powinien być drugą stroną postępowania. Dla przykładu w tym samym roku, w którym projekt powyższej ustawy trafił do Sejmu, Sąd Najwyższy wydał przywołane wcześniej kontrowersyjne orzeczenie[41], gdzie stwierdził, że w razie potrzeby oprócz rodziców powinni to być również współmałżonek i dzieci. Niedoszła ustawa takiej możliwości nie dopuszczała. Do rozpoznawania wniosków właściwy miał być jeden wyspecjalizowany ośrodek – Sąd Okręgowy w Łodzi. Przesłanki legitymacji czynnej wskazano w art. 5 i były to[42]:

1) pełna zdolność do czynności prawnych;
2) niepozostawanie w związku małżeńskim oraz
3) stwierdzony transseksualizm, czego dowodem byłyby dołączane do wniosku dwa orzeczenia stwierdzające występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci wpisanej do aktu urodzenia, wystawione bądź przez dwóch lekarzy posiadających tytuł specjalisty w dziedzinie psychiatrii lub seksuologii lub specjalizację II stopnia w dziedzinie psychiatrii albo przez jednego z takich lekarzy i psychologa z certyfikatem seksuologa klinicznego.

---

[39] M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej*, PiM nr 3/2015, s. 57.

[40] Za jego zgodą do toczącego się postępowania w sprawie o uzgodnienie płci mogłyby natomiast przystąpić organizacje samorządowe, do których zadań statutowych należy działanie na rzecz ochrony praw człowieka lub organizacja pomocy prawnej dla osób zagrożonych dyskryminacją lub doświadczających dyskryminacji (art. 4 ust. 3 ustawy).

[41] Wyrok SN z 6 XII 2013 r., I CSK 146/13; LEX nr 1415181.

[42] Wyliczenie dokonane przez K. Urbanowicz, M. Bętkowską w: *Prawne aspekty zmiany płci – uwagi na gruncie prawa polskiego oraz wybranych krajów europejskich*, Medyczna Wokanda nr 10/2018, s. 9.

We wniosku należało podać również imię, jakie wnioskodawca zamierza przybrać po uzgodnieniu płci. Dla osoby małoletniej, której płeć metrykalna różni się od tożsamości płciowej, ustawa przewidywała tylko zmianę imienia. Kolejną istotną kwestią był stosunkowo krótki, bo trzymiesięczny termin wyznaczony na rozpoznanie wniosku. Byłby on możliwy do dochowania dzięki przyjęciu w art. 6, iż *Sąd może ograniczyć postępowanie dowodowe do dowodów z dokumentów załączonych do wniosku i dowodu z przesłuchania wnioskodawcy*. Ustawa wprowadzała również szereg przepisów o charakterze administracyjnym, pozwalających na korektę dokumentów takich jak np. dyplom ukończenia studiów.

Krytyczne uwagi Prezydenta w większości wydają się mieć podłoże światopoglądowe, a nie prawne. W dodatku niemal każde z zaproponowanych przezeń rozwiązań alternatywnych stanowiłoby pogwałcenie praw człowieka. Pierwszą problematyczną kwestią miało być jakoby tolerowanie wielokrotnej zmiany płci – skoro brak w ustawie wymogu podjęcia terapii hormonalnej lub operacji korekty płci przed wystąpieniem z wnioskiem o urzędową zmianę. Takie supozycje oparte są jednak na czystych spekulacjach, a zmuszanie kogokolwiek do poddawania się radykalnym interwencjom chirurgicznym z nieodłączną sterylizacją jest ewidentnie niehumanitarne bez względu na przyczynę. Za niedopuszczalną Prezydent uznawał sytuację, w której osoba transseksualna, mimo uprawomocnienia się sądowego postanowienia o zmianie płci, wciąż funkcjonowałaby w społeczeństwie zgodnie z płcią biologiczną dotychczasową, czyli niezgodną z płcią przeżywaną psychicznie. Uszedł zatem jego uwagi fakt, że organizacje międzynarodowe zajmujące się prawami człowieka alarmowały już wówczas, iż wymóg formalny w postaci poddania się jakimkolwiek zabiegom medycznym przed umożliwieniem urzędowej zmiany płci może być rozważany w kategorii pogwałcenia praw człowieka, co zostało w 2017 r. potwierdzone przez ETPCz. Prezydentowi powinny być również znane odnośne wytyczne Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, które jako preferowany sposób zmiany płci jasno wskazywały samookreślenie jednostki, co automatycznie wyłącza wymuszanie jakichkolwiek zabiegów medycznych przed przystąpieniem do tego procesu. Powyższe potwierdza, iż wymóg sterylizacji nakładany na

osoby transseksualne pragnące żyć w zgodzie ze swoją płcią psychiczną jest niezgodny z Europejską konwencją praw człowieka oraz Kartą praw podstawowych. Prezydent wyraził ponadto głęboką obawę przed sytuacją, w której brak wymogu wykazania „trwałości bądź nieodwracalności" poczucia przynależności do odmiennej płci będzie próbą obejścia przez środowisko LGBT zakazu małżeństw jednopłciowych oraz adopcji dzieci przez pary jednopłciowe. W ten sposób uprzedzenia wobec jednej grupy zostały przeniesione na inną, której z tego tylko powodu odmawia się ochrony prawnej. Obawy te jasno ukazują przy tym kompletny brak zrozumienia zjawiska transseksualizmu oraz problemów, z jakimi osoby transseksualne muszą się na co dzień mierzyć. Pomijając fakt, że od wielu już lat po zmianie płci urzędowej zawierają one małżeństwa i nieznane są jak dotąd przypadki, by były to ukryte małżeństwa jednopłciowe, to dodatkowym błędem logicznym w rozumowaniu Prezydenta jest łączenie procedury zmiany płci z homoseksualizmem. Zdarzają się rzecz jasna przypadki osób transseksualnych będących również homoseksualistami. Jednak założenie, że osoby homoseksualne (niebędące transseksualistami) byłyby zdolne do takich poświęceń jak urzędowa zmiana płci wyłącznie po to, by móc legalnie zawrzeć związek małżeński w Polsce, jest zdecydowanie bezpodstawne. Wynika to z faktu, iż osoby homoseksualne identyfikują się ze swoją płcią tak samo silnie jak osoby heteroseksualne[43].

Kolejnym zarzutem skierowanym przez Prezydenta wobec ustawy o uzgodnieniu płci była obawa przed sprowadzeniem sądu do „roli notarialnej" ze względu na ograniczenie wpływu składu sędziowskiego na podejmowane decyzje w zawisłych przed nim sprawach. Jest to jedyny argument, z którym można się zgodzić. Sprzeciw wobec sprowadzenia sądu do „roli notarialnej" powinien wynikać jednak z zupełnie innych przyczyn niż przedstawione przez Prezydenta. Zamiast bowiem tego, by sąd wydawał postanowienie potwierdzające tylko *de facto* ustalenia cudze, osoby transseksualne powinny mieć moim zdaniem możliwość złożenia oświadczenia woli o zmianie płci w sposób możliwie niekłopotliwy, to

[43] http://transfuzja.org/pl/artykuly/artykuly_teksty_opracowania/orientacja_seksualna_osob_trans.htm

jest właśnie u notariusza – jak to zostało przyjęte na Malcie. Rozwiązanie takie jest zgodne z obecnym trendem legislacyjnym, wytycznymi Rady Europy oraz dodatkowo odciążyłoby sądy.

Następnie Prezydent odniósł się do pojawiającej się bardzo często w tego rodzaju sprawach kolizji dóbr: prawa do życia zgodnie z odczuwaną płcią psychiczną i praw członków najbliższej rodziny: dzieci oraz współmałżonka. Przytoczone zostało zapatrywanie wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z 6 grudnia 2013 r.[44], od którego jednak Sąd odszedł, ale dopiero później – w wyroku z 10 stycznia 2019 r.[45]

Kolejne fragmenty uzasadnienia prezydenckiego weta mają już wydźwięk jednoznacznie ideologiczny i stanowią przejaw myślenia schematycznego, opartego na stereotypach. By uzmysłowić ten punkt widzenia, niech wystarczy przytoczenie trzech. Pierwszy: *Stan cywilny nie należy do zakresu „samookreślenia się człowieka", jest wyznaczany zawsze przez przepisy bezwzględnie obowiązujące, nie jest więc przedmiotem swobodnej dyspozycji*[46]. Stwierdzenie ma charakter pozytywistycznie formalistyczny. Prezydent postuluje bowiem sztywne uregulowanie kwestii, które wynikają nie wyłącznie z biologii, ale również z głębokiego poczucia psychicznego człowieka. Legislacja stworzona z poszanowaniem autonomii jednostki i jej prawa do samookreślenia obowiązuje z powodzeniem w wielu krajach europejskich i w żadnym z nich system prawa cywilnego nie legł z tego powodu w gruzach. Ponadto akurat płci nie da się wyczerpująco określić „przepisami bezwzględnie obowiązującymi" – *vide* osoby dotknięte zaburzeniami w różnicowaniu płci, dawniej nazywane androgynicznymi. Następnym argumentem z tego samego gatunku jest: *Podstawą dla funkcjonowania człowieka jest tożsamość płciowa, czyli świadomość bycia kobietą lub mężczyzną.* Uszło, zdaje się, uwadze Prezydenta i to, iż od wielu lat w społeczeństwie funkcjonują osoby, które nie identyfikują się z żadną z dwóch płci[47], co

[44] Wyrok SN z 6 XII 2013 r., sygn. I CSK 146/13; LEX nr 1415181.

[45] SN z 10 I. 2019 r., sygn. II CSK 371/18.

[46] Prezydent cytuje w tym miejscu M. Safjana w głosie do postanowienia SN z 22 III 1991 r., sygn. III CRN 28/91, Przegląd Sądowy nr 2/1993.

[47] E. Głażewska, *Płeć i antropologia. Kulturowa koncepcja płci w ujęciu Margaret Mead*, Toruń 2005, s. 125.

znalazło już odzwierciedlenie w legislacji niektórych krajów europejskich. Ponownie jako dobry przykład takiej legislacji można podać Maltę, która od 2017 r. zezwala na wybór określenia płci w paszporcie jako „X", gdy dana osoba nie identyfikuje się ani z płcią żeńską, ani męską[48]. Jako ostatnie można przytoczyć stwierdzenie poniekąd łączące się z poprzednim, iż w ustawie promowane są *zmiany, które realnie mogą prowadzić do destabilizacji norm społecznych poprzez zaprzeczenie istnienia dychotomicznego podziału ludzi na kobiety i mężczyzn.* Zdanie to idealnie podsumowuje wszystkie wcześniejsze zarzuty oraz bardzo dobrze przedstawia stan świadomości (lub nieświadomości) Prezydenta o aktualnym stanie wiedzy medycznej oraz tym, w jakim kierunku rozwija się otaczający nas świat.

Procedura zmiany płci w wybranych państwach europejskich

Legislacja regulująca sytuację osób transseksualnych różni się w zależności od kraju, jednak zdecydowana większość państw europejskich – w przeciwieństwie do Polski – normuje ten problem co najmniej na gruncie ustawowym. Trend legislacyjny, który możemy zauważyć od kilku lat w Europie, polega przede wszystkim na uproszczeniu procedur, ograniczeniu formalności oraz zwiększeniu nacisku na poszanowanie prawa jednostki do samookreślenia. Wpływ na to mają nie tylko zalecenia Rady Europy, lecz również raport wydany w 2014 r. pod przewodnictwem WHO we współpracy z takimi organizacjami jak OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA oraz UNICEF[49]. Raport miał za zadanie przyczynić się do wyeliminowania wymuszonych, przymusowych czy w jakikolwiek inny

[48] Ministry for Social Dialogue, Consumer Affairs and Civil Liberties "LGBTIQ Action Plan 2015–2017", s. 11, https://meae.gov.mt/en/documents/lgbtiq%20action%20plan/lgbti%20action%20plan%20lo%20res.pdf
Możliwość wyboru markera „X" pojawiła się po uchwaleniu w 2015 r. przez Parlament na Malcie *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act.*

[49] OHCHR – The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN Women – United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, UNAIDS – program Narodów Zjednoczonych dot. HIV/AIDS, UNDP – United Nations Development Programme, UNFPA – United Nations Population Fund, UNICEF – United Nations International Children's Emergency Fund.

sposób niedobrowolnych zabiegów sterylizacji[50]. Osoby transseksualne oraz interseksualne wymieniane są tam jako przykład wykonywania takich zabiegów wyłącznie ze względu na wymagania prawne, a nie ze względu na wewnętrzną potrzebę jednostki.

Pierwszym europejskim państwem, które postanowiło dostosować do nich swoją legislację, została Dania. W 2014 r. uchwalono ustawę, która przyznaje osobom transseksualnym prawo do samookreślenia poprzez złożenie oświadczenia woli, a następnie odbycie sześciomiesięcznego okresu „autorefleksji", po którego upływie oświadczenie takie staje się w pełni skuteczne.

Kolejnych przykładów postępowej legislacji dostarczają Malta i Irlandia. Oba te kraje łączy głęboko zakorzeniony katolicyzm, który miał tak silny wpływ na obowiązujące tam prawo, że Irlandia zalegalizowała świeckie rozwody dopiero w 1996 r., a na Malcie zakaz ten obowiązywał jeszcze przez kolejne 6 lat, aż do referendum w 2011 r.[51] Obecnie ta sama Malta świeci przykładem wprowadzania odpowiednich reform celem stworzenia kraju przyjaznego środowisku LGBT oraz osobom identyfikującym się jako *gender-neutral*. W kwietniu 2015 r. parlament w Valetcie przyjął ustawę *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*. Ustawa ta koreluje ze standardami wyznaczonymi przez Radę Europy, które kładą nacisk na „szybką, transparentną, łatwo dostępną oraz bazującą na samookreśleniu" procedurę korekty płci[52]. Wprowadzona na Malcie procedura wymaga od osoby transseksualnej jedynie złożenia oświadczenia woli przed notariuszem i zakazuje żądania jakiejkolwiek dokumentacji medycznej, przy czym cały proces nie trwa dłużej niż 30 dni. Ponadto rodzice małoletnich mogą w ich imieniu wnioskować o zmianę płci do sądu oraz mają możliwość wstrzymania

[50] Tekst raportu *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement* dostępny pod adresem https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112848/9789241507325_eng.pdf;jsessionid=54CECDEBB2B50D2C7751F21BDF1B1862?sequence=1

[51] https://www.newsweek.pl/swiat/malta-rozwody-na-malcie-beda-legalne/rb393bg

[52] *A short guide to gender recognition*, Rada Europy, https://rm.coe.int/1680492119

się z wpisaniem płci dziecka w akcie urodzenia do czasu, aż płeć ta zostanie określona[53].

W ślad za Maltą wkrótce poszła Irlandia, stając się trzecim państwem europejskim, które zezwala na formalną zmianę płci bez konieczności poddawania się jakimkolwiek zabiegom medycznym. Jako główne kryterium również wprowadziła samookreślenie jednostki, w związku z czym procedura urzędowej zmiany płci wymaga tylko złożenia odpowiedniego oświadczenia. Kolejnym krokiem jest uzyskanie tzw. *Gender Recognition Certificate*. Ponadto ustawa zniosła dotychczasowy obowiązek uzyskania rozwodu poprzedzającego złożenie powyższego oświadczenia. Mimo to nie jest to akt uważany za idealny; środowisko LGBT zarzuciło mu zbytnie obostrzenia w stosunku do osób małoletnich w przedziale wiekowym 16–18 lat, od których wymaga się obowiązkowej obserwacji lekarskiej, zgody rodzica lub opiekuna prawnego oraz zgody sądu.

Warunków takich nie postawiła natomiast Norwegia, która w czerwcu 2016 r. uchwaliła *The Legal Gender Amendment Act*. Ustawa ta należy do najbardziej liberalnych w całej Europie. By formalnie zmienić płeć, osoba transseksualna musi jedynie wypełnić formularz online i wysłać go do najbliższego urzędu skarbowego[54]. Obniżona została również granica wieku – formularz mogą złożyć samodzielnie osoby, które ukończyły 16 lat (wcześniej mogły to zrobić tylko osoby pełnoletnie). Co więcej, jeśli każde z rodziców wyraża zgodę, za pośrednictwem tego samego internetowego formularza można zmienić płeć dziecka, które ukończyło 6 lat[55].

---

[53] https://tgeu.org/malta-adopts-ground-breaking-trans-intersex-law/

[54] Formularz zmiany płci można pobrać pod adresem https://www.skatteetaten.no/en/person/national-registry/changing-gender/

[55] Tekst *The Legal Gender Amendment Act* dostępny pod adresem https://tgeu.org/wp-content/uploads/2016/07/Prop74LEng.pdf

Konsekwencje braku polskiego ustawodawstwa w zakresie zmiany płci

1. Postępowanie procesowe

Stosowana obecnie przez polskie sądy procedura zmiany płci, oparta na powództwie o ustalenie z art. 189 kpc, ma wiele wad. Porównując powyższą procedurę z aktami obowiązującymi w innych państwach europejskich, niezwykle ciężko jest wskazać chociażby jeden jej dobry aspekt. Analizę warto rozpocząć od kwestii, która jest najczęściej wskazywana przez doktrynę oraz środowisko LGBT jako wysoce problematyczna: brak odpowiednich regulacji prawnych nie pozostawia innego wyjścia niż skorzystanie z ustalonej praktyki orzeczniczej i wszczęcie postępowania procesowego przez wniesienie powództwa o ustalenie. Jak powszechnie wiadomo, proces wymaga dwóch stron – powoda i pozwanego, między którymi co do zasady istnieje spór. Sąd Najwyższy, nie zważając szczególnie na skutki takiego rozwiązania, jako stronę pozwaną w procesach o urzędową zmianę płci wskazał rodziców powoda. Problematyczność wymogu pozwania własnych rodziców jest wieloplaszczyznowa i wynika z faktu, że osoby transseksualne często nie utrzymują z rodzicami kontaktu i w obawie przed nieprzychylną reakcją nie chcą ujawniać przed nimi swoich pragnień przynależności do odmiennej płci. Tego rodzaju wyznania powszechnie napotykają ze strony rodziny na brak zrozumienia i całkowity opór. Rodzice często nie są w stanie zaakceptować decyzji dziecka, przez co wchodzą z nim w konflikt, który następnie zostaje przeniesiony na salę sądową i przez to dodatkowo się zaostrza. Konflikty rodzinne dodatkowo przedłużają postępowanie sądowe, które już samo w sobie jest długie i żmudne. Jako przykład można podać historię trzydziestoletniej kobiety (M/K), która od dwóch lat toczy z rodzicami prawdziwą batalię sądową, choć o swoim transseksualizmie powiedziała im ponad dekadę wcześniej. Posiada diagnozę, przeszła terapię hormonalną, jednak rodzice wciąż nie są w stanie tego zaakceptować. Matka stale negatywnie ustosunkowuje się do opinii biegłych i składa wnioski o kolejne badania. Przed rozprawą kobieta utrzymywała z rodzicami kontakt, choć matka konsekwentnie zwracała się do niej w rodzaju męskim. Obecnie, ze względu na konflikt, który zaognił się w sądzie, kontakt z rodziną

został zerwany, lecz jak mówi sama bohaterka, *nie miała wyboru*[56]. Historia ta w idealny sposób obrazuje upokorzenie, z jakim muszą mierzyć się osoby transseksualne pragnące dokonać urzędowej zmiany płci. Stawiane są przed nieopisanie trudnym wyborem: życia w zgodzie z samym sobą albo życia w zgodzie z rodziną. Procedura ta narusza ponadto prawo do poszanowania życia rodzinnego chronione przez art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Co więcej, po latach stosunkowo ugruntowanej praktyki orzeczniczej, w 2013 r. Sąd Najwyższy wydał przywołane wcześniej i szeroko krytykowane orzeczenie (sygn. I CSK 146/13), nakazujące w sprawie o uzgodnienie płci pozywanie również małżonka i dzieci. Orzeczenie wydaje się kompletnie niezrozumiałe, biorąc pod uwagę postęp w świadomości społecznej oraz pojawiające się od wielu instytucji sygnały, że procedury zmiany płci, takie jak ta stosowana w Polsce, mogą naruszać prawa człowieka. Mimo to Sąd Najwyższy, zamiast uczynić procedurę prostszą, bardziej przystępną i najzwyczajniej ludzką – próbował dodatkowo ją skomplikować. Wprawdzie niedawno, bo w styczniu 2019 r., wycofał się z tego stanowiska, ale zło już się dokonało. Transseksualistka, i to już po wykonaniu korekty operacyjnej, została prawnie cofnięta do płci męskiej dla ocalenia ważności zawartego wcześniej małżeństwa[57], a zawarta w uzasadnieniu argumentacja posłużyła Prezydentowi RP za narzędzie krytyki bardzo skądinąd umiarkowanej ustawy. Z powyższych względów procesowy tryb urzędowej zmiany płci jest krzywdzący i wymaga natychmiastowej korekty.

2. Wymóg niepozostawania w związku małżeńskim

Z powyższym problemem powiązany jest wymóg uzyskania rozwodu przed uzyskaniem orzeczenia o sądowej zmianie płci. Obecnie żaden sąd nie orzeknie o zmianie płci w momencie, gdy osoba transseksualna

[56] Historia opisana przez Agnieszkę Sowę na portalu polityka.pl 9 stycznia 2019 r.: https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1637427,1,musza-pozwac-do-sadu-wlasnych-rodzicow-zeby-moc-byc-soba.read

[57] Zob. M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody*..., s. 68.

pozostaje w związku małżeńskim[58]. Wynika to pośrednio z art. 18 Konstytucji: *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod opieką Rzeczypospolitej Polskiej*. Przesłanką konieczną istnienia małżeństwa jest w Polsce odmienność płci nupturientów w momencie zawarcia, jak również w okresie trwania małżeństwa, a to znaczy, że małżeństwa jednopłciowe są niezgodne z prawem[59]. Ustawodawca pozostaje niewzruszony na możliwe naruszenie w ten sposób praw człowieka i konsekwentnie wymaga od osób transseksualnych uprzedniego rozwiązania małżeństwa. Zadziwiające, że „opieka Rzeczypospolitej Polskiej", o której mowa w art. 18 Konstytucji, kończy się wobec osób choćby w najmniejszym stopniu odbiegających od norm przyjętych przez ustawodawcę. Przed podobnym problemem został postawiony w 2008 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny Niemiec, który uznał wówczas wymóg niepozostawania w związku małżeńskim dla metrykalnej zmiany płci za niezgodny z Ustawą Zasadniczą RFN. Trybunał za niekonstytucyjne uznał zmuszanie obywateli do wybierania pomiędzy dwoma, chronionymi konstytucyjnie prawami – prawem do rozwoju osobistego[60] oraz prawem do małżeństwa[61]. Co więcej, za niekonstytucyjną uznał także możliwość automatycznego rozwiązania małżeństwa w przypadku zmiany płci przez jednego z małżonków – notabene postulowaną przez niektórych prawników polskiej doktryny. W tym przypadku Trybunał stwierdził, że powyższa formuła narusza zasadę proporcjonalności poprzez stworzenie sytuacji, w której obywatel zmuszony jest zrezygnować z formal-

---

[58] Z. Radwański, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 22 czerwca 1989 r.*, IIICzP 37/89, OsP 1991, nr 2, poz. 35, s. 66; P. Daniluk: *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci" u transseksualistów (Uwagi de lege ferenda)*, PiP nr 5/2007, s. 79, również M. Safjan, *Glosa do postanowienia SN z 22.03.1991 r. III CRN 28/91*, s. 118, podobnie M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci...*, s. 69.

[59] M. Domański, *Rozdzielność płci nupturientów jako przesłanka istnienia małżeństwa (art. 1 kro)*, Kwartalnik Prawa Prywatnego z. 4/2013, s. 823. Odmienną koncepcję interpretacyjną przedstawił niedawno Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 9 I 2019 r., sygn. I SA/Wa 2618/18, gdzie wprost stwierdził, że Konstytucja nie jest przeszkodą do wprowadzenia w Polsce małżeństw jednopłciowych.

[60] Art. 2 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN.

[61] Art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN.

nego związku z osobą, z którą łączą go silne więzi emocjonalne, a państwo nie zapewnia mu rozwiązania podlegającego analogicznej ochronie prawnej, jakiej podlega instytucja małżeństwa – np. prawnie uregulowanego związku partnerskiego. W dniu 30 czerwca 2017 r. parlament niemiecki uchwalił nowelizację tamtejszego kodeksu cywilnego, zmieniając § 1353 na brzmiący: *Małżeństwo zawierają dożywotnio dwie osoby różnej lub tej samej płci*. Dyskusja na temat małżeństw osób transseksualnych nie jest więc już w Niemczech kontynuowana. W kwestii tej wypowiedział się również ETPCz m.in. w sprawie *Parry&Parry p. Wielkiej Brytanii*[62]. Stwierdził wówczas, że wymóg analogiczny do stosowanego w Polsce był zgodny z zapisami Konwencji, ponieważ Wielka Brytania posiadała w swoim systemie prawnym alternatywę dla związku małżeńskiego[63], tj. związek partnerski. Nie ma wątpliwości, że zmuszanie do rozwodu związku, w którym jedno z małżonków jest transseksualistą, jest krzywdzące i wymaga głębokiej refleksji. Z całą pewnością kwestie związane z instytucją o takiej doniosłości jak małżeństwo uregulowane zostać powinny na poziomie ustawowym, a nie w drodze praktyki orzeczniczej.

Przymus uprzedniej interwencji medycznej

Równie niezrozumiała, naruszająca prawa człowieka oraz niezgodna z orzeczeniem ETPCz jest praktyka wymuszająca poddawanie się przed sądowym orzeczeniem o zmianie płci jakimkolwiek zabiegom medycznym. Jak już zostało wcześniej wspomniane, w 2014 r. połączony komitet, na czele którego stanęło WHO, alarmował, że zmuszanie osób transseksualnych do poddawania się zabiegom medycznym, które w nieunikniony sposób skutkują sterylizacją, narusza następujące prawa człowieka: nietykalność cielesną, samookreślenie oraz godność człowieka. Zostało to

[62] Sygnatura sprawy *Parry&Parry p. Wielkiej Brytanii* – 42971/05, http://www.pfc.org.uk/caselaw/Parry%20&%20Parry%20v.%20United%20Kingdom.pdf

[63] Jest to oczywiście pogląd nieaktualny, od kiedy w 2013 r. Wielka Brytania opowiedziała się za możliwością zawierania jednopłciowych małżeństw, w bardzo dobry sposób wskazuje on jednak braki w polskim ustawodawstwie.

potwierdzone przez Radę Europy w wydanych przez nią wytycznych[64] oraz, co najważniejsze, w 2017 r. przez ETPCz w sprawie *A.P., Garçon i Nicot przeciwko Francji*, gdzie wymóg poddania się zabiegowi medycznemu skutkującemu sterylizacją został uznany za pogwałcający fundamentalne prawo człowieka do prywatności. W Polsce zaś stosowana dotychczas ułomna praktyka doprowadziła do funkcjonowania błędnego koła, w którym lekarze odczuwają strach przed oskarżeniem o przestępstwo ciężkiego uszkodzenia ciała przez pozbawienie zdolności płodzenia[65] w razie dokonania operacji korekty płci na pacjencie, który nie legitymuje się stosownym orzeczeniem sądowym. Z kolei sądy domagają się niepodważalnych dowodów na identyfikowanie się z płcią przeciwną i za taki uważają dokonane już zabiegi chirurgiczne, które mają fizycznie upodobnić do płci odczuwanej. Doprowadziło to do sytuacji, gdy osoba transseksualna odsyłana jest z sądu do lekarza, a od lekarza do sądu[66]. W tym miejscu warto wspomnieć, że od wielu lat doktryna rozprawia nad sposobami legalizacji działań lekarzy, postulując m.in. wprowadzenie do kodeksu karnego kontratypu ustawowego zabiegu leczniczego transseksualnego[67].

Praktyka ukształtowana przez Sąd Najwyższy w zdecydowanej większości przypadków zmusza więc sądy powszechne do wymagania chociażby rozpoczęcia zastępczej terapii hormonalnej (HTZ). Można odnieść wrażenie, że nie stoi to *de facto* w sprzeczności z orzecznictwem ETPCz, jednak należy mieć na uwadze, że terapia hormonalna także liczy się jako zabieg medyczny i pociąga za sobą niepożądane skutki uboczne. Badania dotyczące skutków długotrwałego przyjmowania

---

[64] Dokument *A short guide to legal gender recogniotion*, Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, 2015 dostępny pod adresem https://rm.coe.int/1680492119

[65] Art. 156 § 1 pkt 1 *in fine* kodeksu karnego.

[66] M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody*..., s. 58.

[67] Tak m.in. J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego w polskim prawie karnym*, praca doktorska, Sopot 1997, s. 142–143. Za: M. Mlot, *Sytuacja prawna osób transseksualnych pozostających w związku małżeńskim*, Kortowski Przegląd Prawniczy, s. 203. Podobnie R. Kubiak, *Karnoprawna dopuszczalność zabiegów adaptacyjnych – stan obecny i proponowane regulacje*, Acta Universitatis Lodziensis, Folia Iuridica 2015/74, s. 100.

hormonów płciowych przeprowadzone zostały już przez wiele środowisk medycznych[68]. Choć ilość badań skoncentrowanych wyłącznie na wpływie HTZ na dorosłe osoby transseksualne jest wciąż ograniczona, Klinika Mayo jako niektóre z możliwych działań ubocznych terapii hormonalnej na osobach K/M podaje[69]: nadprodukcję czerwonych krwinek, przybieranie na wadze, łysienie androgeniczne, wzrost parametrów wątrobowych, zwiększenie ilości lipidów we krwi oraz większe ryzyko powstania zespołu wielotorbielowatych jajników (PCOS), zwiększone ciśnienie tętnicze, cukrzyca typu 2 oraz choroby układu sercowo-naczyniowego, gdy u pacjenta obecne są czynniki ryzyka. Z kolei HTZ stosowana u pacjentów M/K może wywołać następujące działania niepożądane[70]: zatory w żyłach głębokich lub w płucach, wysoką wartość trójglicerydów w krwi, wzrost parametrów wątrobowych, kamicę nerkową, bezpłodność, wysoki poziom potasu oraz wysokie ciśnienie tętnicze, cukrzycę typu 2, choroby układu sercowo-naczyniowego, gdy obecne są co najmniej inne dwa czynniki ryzyka.

Wynika stąd jasno, że poddanie się terapii hormonalnej przed przystąpieniem do procedury sądowej zmiany płci może mieć dla osób transseksualnych szkodliwe skutki, tak więc decyzja w tej sprawie powinna zostać oddana całkowitej swobodzie osoby transseksualnej i nie wynikać w żaden sposób z zewnętrznego, prawnego przymusu. Wniosek taki potwierdza dodatkowo fakt, że decydujący efekt terapeutyczny przynosi już sama formalna zmiana płci[71].

---

[68] E. Małolepsza, L. Pawlik-Sobolecka, I. Kokot, S. Płaczkowska, *Wpływ stosowania leków antykoncepcyjnych i hormonalnej terapii zastępczej na gospodarkę lipidową, podstawowe parametry wątrobowe i koagulologiczne,* Journal of Laboratory Diagnostics, Vol. 47, Nr 4/2011, http://www.diagnostykalaboratoryjna.eu/journal/DL-4_2011._str_403-408.pdf

[69] Artykuł opublikowany przez Mayo Clinic, dostępny pod adresem https://www.mayoclinic.org/tests-procedures/ftm-hormone-therapy/about/pac-20385099

[70] Artykuł opublikowany przez Mayo Clinic, dostępny pod adresem https://www.mayoclinic.org/tests-procedures/mtf-hormone-therapy/about/pac-20385096

[71] M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody...*, s. 61 na podstawie badań S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany...*, s. 72.

Prymat płci biologicznej nad płcią psychiczną

Z omówionego powyżej wymogu dostosowania cech fizycznych do odczuwanej płci psychicznej przed uzyskaniem orzeczenia sądowego o zmianie płci wyłania się jasny wniosek o przyznaniu przez Sąd Najwyższy prymatu płci biologicznej nad płcią psychiczną. Niespójne orzecznictwo doprowadziło do sytuacji, gdy nie sposób jednoznacznie stwierdzić, jakie zmiany dokonane w organizmie wystarczą, by z powodzeniem przeprowadzić sądową zmianę płci. Obecna polska praktyka nie pozwala na jednoznaczne określenie kryteriów, które decydują o przypisaniu osobie danej płci. Sądy wymagają dostosowania cech fizycznych do płci, do której określenia dąży transseksualista, co wskazywałoby na zapatrywanie, że to właśnie cechy biologiczne są w tym zakresie decydujące. Jednak dokładniejsze przyjrzenie się problemowi pozwoli zauważyć, że w zasadzie to właśnie poczucie przynależności do innej płci stanowi podstawę powództwa. Stawiając sobie pytanie, czy płeć jest właściwością, o której człowiek może swobodnie decydować i dostosowując swoje cechy biologiczne poprzez zabiegi chirurgiczne, wymagać następnie nadania płci prawnej zgodnej z tymi cechami, J. Michalik zauważa trafnie[72], że może takim sytuacjom zapobiec przyjęcie w tym zakresie prymatu płci psychicznej nad biologiczną. Obecnie możliwości dokonywania zmian cech biologicznych są bowiem w zasadzie nieograniczone, natomiast płeć psychiczna co do zasady jest stała i nie można nią swobodnie manipulować[73].

Obecnie wielu autorów nazbyt pochopnie przyjmuje, że w przypadku transseksualistów bezsprzecznie dochodzi do *zmiany płci*, odrzucając tym samym możliwość zastosowania art. 31 PrASC, podczas gdy nowe badania medyczne zdają się prowadzić do zgoła innych wniosków. Jak zauważa M. Boratyńska w kontekście ustawy o uzgodnieniu płci: [...] *wyrażenie „uzgodnienie płci" jest trafne, ponieważ niezależnie od chwili uświadomienia*

[72] J. Michalik, *Kiedy ciało jest więzieniem, a państwo strażnikiem. Analiza procedury zmiany płci metrykalnej ze szczególnym uwzględnieniem kryterium ustalenia płci*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ, nr 2/2012.

[73] Dowodem tego jest omawiany wcześniej eksperyment przeprowadzony przez doktora Moneya. Ibidem za: S. Dulko, K. Imieliński, *Glosa*..., s. 517; P. Daniluk, *Zabieg*..., s. 110.

sobie przez pacjenta owego dysonansu, dąży on do ustalenia, iż płeć odmienna od metrykalnej jest zgodna z odczuwaną. Z urzędowego punktu widzenia jest to zmiana, z tym że jako „zmianę" płci może taką czynność postrzegać jedynie otoczenie, zwracające uwagę głównie na znamiona zewnętrzne, które w odniesieniu do transseksualisty stanowią mylący pozór, zaś u interseksualisty mogą stanowić zbiór niejednoznaczny.

Już w 1986 r. w sprawie *Rees p. Wielkiej Brytanii*[74] przedłożona została opinia lekarska sporządzona przez dr. C.N. Armstronga, w której stwierdzono, że płeć psychiczna ma pierwszeństwo przed płcią biologiczną i to właśnie płeć psychiczna w największym stopniu wyznacza rolę społeczną przyjmowaną w przyszłości przez daną osobę[75]. Nic nie leży zatem na przeszkodzie, by stwierdzić, że człowiek rodzi się z pewną tożsamością psychiczną, która podlega następnie dodatkowemu ukształtowaniu poprzez czynniki wewnętrzne i zewnętrzne, jednak co do zasady, od urodzenia pozostaje stała[76]. Trudno również znaleźć dowody na potwierdzenie tezy, jakoby niezgodność płci u osoby transseksualnej następowała nagle, w pewnym momencie jej życia.

Zakładając zatem, że w przypadku płci człowieka ważniejszy jest jej aspekt psychiczny niż biologiczny, należy rozważyć, jakie skutki wywierałby powyższy stan rzeczy. Ponownie należy wskazać tu na udowodnione aspekty terapeutyczne samej sądowej zmiany płci u osób transseksualnych[77]. Oparcie możliwości korekty płci na psychicznej tożsamości płciowej pozwoliłoby na dokonanie takiej zmiany osobom, które z różnych względów nie mogą poddać się zabiegom chirurgicznym. Przeciwwskazaniem do operacji mogą być bowiem względy zdrowotne[78] lub finansowe. Autorzy przeciwni nadaniu prymatu płci psychicznej[79] powołują

---

[74] ETPCz z 17 X 1986 r., skarga 9532/81.

[75] M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 250.

[76] Pogląd podziela m.in. J. Ignatowicz w glosie do uchwały SN z 22 IX 1995 r.

[77] S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany...*, s. 72.

[78] Dla przykładu schorzeniem, które wiąże się ze zwiększonym ryzykiem wykonania jakiejkolwiek operacji, będzie skaza krwotoczna.

[79] Tak SN w uchwale z 22 VI 1989 r., podobnie C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 80; P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 78; A. Zielonacki, *Zmiana płci...*, s. 53. Podaję za: J. Michalik, *Kiedy ciało jest więzieniem, a państwo strażnikiem.*

się często na bliżej nieokreślony ład prawny oraz ochronę podstawowych zasad porządku społecznego. Nie sposób jednak zgodzić się z twierdzeniem, że w razie kolizji interesu indywidualnego z interesem społecznym należy zawsze chronić przede wszystkim interes społeczny[80]. Te dwa dobra w każdej sytuacji muszą być bowiem odpowiednio ważone[81]. W przypadku transseksualizmu mamy bowiem do czynienia z prawdopodobnie kilkoma tysiącami osób (transseksualistów, którzy nie zdecydują się na żadne zmiany swoich cech biologicznych, będzie w praktyce znacznie mniej), które przeżywają nieopisane cierpienie psychiczne, będąc uwięzionymi w obcych sobie ciałach, a z drugiej strony mamy bliżej nieokreślony interes ponad 40-milionowego społeczeństwa. Interes ten niektórzy autorzy dostrzegają w możliwości zaburzenia w ten sposób dychotomicznego podziału płci na kobiety i mężczyzn (pogląd ten znalazł się również, przypomnijmy, w uzasadnieniu weta Prezydenta). Twierdzi się bowiem, że w efekcie braku konieczności dokonywania zmian biologicznych cech płciowych powstanie jakoby trzecia płeć, która charakteryzować się będzie rozbieżnością między płcią fizyczną a płcią metrykalną[82]. Argument ten nie znajduje jednak uzasadnienia, gdy przyjmiemy (dowiedzioną medycznie) przewagę płci psychicznej nad biologiczną, ponieważ każda z tych osób będzie utożsamiać się albo z płcią żeńską, albo z męską. Nietrafione zdaje się również stwierdzenie, jakoby powyższy stan rzeczy miał umożliwić osobom homoseksualnym zawieranie małżeństw jednopłciowych. Jak już zostało wspomniane wcześniej, osoby homoseksualne w znacznej większości przypadków identyfikują się ze swoją płcią równie intensywnie jak osoby heteroseksualne. Trudno więc wyobrazić sobie, że decydowałyby się na takie poświęcenie. Z kolei sytuacja osoby transseksualnej, pragnącej wejść w związek małżeński po zmianie płci, nie koliduje w żaden sposób z wymogiem odmienności płci nupturientów, ponieważ z prawnego (i praktycznego) punktu widzenia małżeństwo będzie związkiem kobiety i mężczyzny.

---

[80] Zob. J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*..., s. 215–217; M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu*..., s. 71 i n.

[81] Wyrok TK z 26 XI 2007 r., P 24/06.

[82] P. Daniluk, *Prawne aspekty*..., s. 78.

W tym miejscu warto zasygnalizować jeszcze dwa problemy, które stanowią konsekwencję przyjęcia w polskim systemie prawnym prymatu płci biologicznej. Po pierwsze, z przeszkodami jeszcze większymi niż osoby transseksualne spotykają się w Polsce osoby transseksualne niebinarne, czyli takie, które nie identyfikują się ani z płcią przypisaną im po narodzinach, ani w pełni z płcią przeciwną, ponieważ odczuwają płeć jako płynną. Transseksualistom niebinarnym szczególnie trudno jest uzyskać diagnozę lekarską, dzięki której mogliby rozpocząć terapię hormonalną i przystąpić do sądowej procedury zmiany płci[83]. Tym bardziej, że w ich przypadku i tak nie jest to rozwiązanie idealne. Ustawa o uzgodnieniu płci nie przewidywała żadnych rozwiązań skierowanych *stricte* do osób niebinarnych, co w głównej mierze wynikać mogło ze świadomości uprzedzeń światopoglądowych większości społeczeństwa. Należy zdać sobie bowiem sprawę, że prawidłowe uregulowanie kwestii transseksualistów niebinarnych wymagałoby wprowadzenia do systemu prawnego trzeciej płci, czyli oznaczenia wskazującego jednoznacznie, że dana osoba nie identyfikuje się ani z płcią męską, ani z żeńską. Jako przykład państwa europejskiego, które dopracowało się takiej regulacji, ponownie można przywołać Maltę, gdzie oprócz prostej procedury zmiany płci wprowadzono wariant oznaczenia płci neutralnym „X" na oficjalnych dokumentach, takich jak paszport. Co więcej, możliwość taka przysługuje każdemu obywatelowi i nie jest obwarowana żadnymi dodatkowymi warunkami.

Po drugie, absolutyzowanie binarnego podziału na płeć żeńską i męską, połączone ze ślepym identyfikowaniem płci wyłącznie poprzez jej aspekt biologiczny, doprowadziło do sytuacji, w której osoby dotknięte wrodzonym Zaburzeniem Rozwoju Płci (ZRP)[84] poddawane są krótko

[83] Ciężką sytuację transseksualistów niebinarnych opisał G. Michalik, *Nie chcę udawać, że jestem chłopcem albo dziewczyną*, Gazeta Wyborcza z 1 VII 2019 r.

[84] Chodzi o osoby, które rodzą się z nieprawidłowo wykształconymi zewnętrznymi i/lub wewnętrznymi narządami płciowymi, posiadające cechy fizyczne zarówno męskie, jak i żeńskie, albo o niezgodność występującą między wyglądem zewnętrznych narządów płciowych a narządami wewnętrznymi oraz układem chromosomów. (I.A. Hughes, C. Houk, S.F. Ahmed, P.A. Lee, *LWPES/ESPE Consensus Group*..., jw., s. 554–563 oraz O. Hiort, W. Birnbaum, L. Marshall, L. Wünsch, R. Werner, T. Schröder,

po urodzeniu pośpiesznym operacjom narządów płciowych, by nadać im cechy jednoznaczne. Skutkiem takiego stanu rzeczy cechy płci biologicznej, do której dostosowane zostało interseksualne dziecko, nierzadko okazują się niezgodne z odczuwaną w późniejszym okresie płcią psychiczną lub nawet z płcią fenotypową[85]. Skala tego zjawiska okazała się tak duża, że w USA powstało Towarzystwo Osób Interseksualnych Ameryki Północnej, które silnie oponuje wobec przeprowadzania zabiegów adaptacyjnych na dzieciach krótko po urodzeniu. Zamiast tego postulują, by takie dzieci przebywały pod stałą opieką lekarską, a operacje korygujące były wykonywane dopiero, gdy pacjent będzie w stanie sam określić swoją tożsamość płciową[86]. Brak odpowiedniej legislacji dotyczącej uzgodnienia płci dotyka zatem, oprócz transseksualistów, jeszcze jedną grupę osób, dostrzeganą w zasadzie tylko przez wąskie grono specjalistów[87].

Skomplikowana sytuacja prawna osób cierpiących na ZRP wynika z faktu, iż stosowana w Polsce od dziesięcioleci procedura wyznaczania płci prawnej (metrykalnej) skupia się wyłącznie na płci genitalnej. Lekarz ustala płeć po wyglądzie zewnętrznych narządów płciowych noworodka. Niezależnie, czy ma całkowitą pewność, czy też identyfikacja płci jest utrudniona ze względu na wygląd narządów – prawo narzuca konieczność szybkiego określenia płci w celu sporządzenia aktu urodzenia. Procedura ta kłóci się z aktualnymi ustaleniami nauki, które jako mający największe znaczenie dla wyznaczenia płci noworodka wskazują komponent

U. Döhnert, P.M. Holterhus, *Management of disorders of sex development*, Nature Review Endocrinology, nr 10(9)/2014, s. 520–529, za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci. Jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych, cz. I*, PiM nr 2/2016.

[85] J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, za: K. Kula, J. Słowikowska-Hilczer, *Kliniczne znaczenie badań nad różnicowaniem i dymorfizmem płciowym mózgu*, Psychiatria w Praktyce Ogólnolekarskiej t. III, nr 1/2003, s. 7–16, A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci...*, s. 24–25.

[86] Ibidem, za postulatami Intersexual Society of North America, dostępnymi pod adresem http://www.isna.org/faq/patient-centered

[87] Zob. A. Bielska-Brodziak, M. Boratyńska, *Zaburzenia różnicowania płci i transseksualizm*, [w:] *System Prawa Medycznego* (red. nacz. E. Zielińska), t. 2, cz. 2 (red. M. Boratyńska, P. Konieczniak), Wolters Kluwer 2019, s. 529–534.

hormonalny, czyli obecność i działanie hormonów płciowych, zapoczątkowane już w życiu płodowym[88].

Badania postępowań toczących się w sądach rejonowych[89] wykazały, że w większości przypadków ZRP korekty płci dokonuje się w drodze powództwa z art. 189 kpc, tj. poprzez umieszczenie wzmianki w akcie urodzenia, a nie jego sprostowania. Jak już zostało powtórzone, procedura ta jest wielce ułomna oraz długotrwała, a sytuacja dodatkowo komplikuje się w przypadku małoletnich, których rodzice są temu całkowicie przeciwni. W takich przypadkach los dziecka leży w rękach lekarzy, który muszą z własnej inicjatywy wystąpić do sądu lub prokuratora o ustanowienie kurateli dla osoby małoletniej. Kuriozalną sytuacją jest również sam proces, w trakcie którego w imieniu dziecka występuje kurator, pozwanymi są rodzice, a wszystko przez prawnie wymuszony pośpiech przy ustalaniu płci po narodzinach dziecka i powstały z tego powodu błąd.

Małoletnie osoby transseksualne

Szczególny problem prawny i etyczny stanowią małoletnie osoby transseksualne. Jak zostało wcześniej wskazane, naukowcy coraz bardziej zdecydowanie wyrażają opinie o tym, w którym momencie życia jesteśmy w stanie określić swoją tożsamość płciową. Konsekwencją jest kształtująca się coraz większa świadomość o występowaniu transseksualizmu już u kilkuletnich dzieci, nie wspominając o dzieciach starszych czy nastolatkach. Transseksualizm małoletnich niesie ze sobą szereg problemów natury nie tylko prawnej, ale również społecznej. Konieczna jest bowiem w tym wypadku wzmożona ochrona prawna takich osób połączona z niezwykle delikatnym podejściem do sprawy, odpowiednim dla

[88] S. Dulko, *ABC... Płci...*, jw., s. 7–8. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci...*, s. 14.

[89] Badania postępowań w wydziałach cywilnych sądów rejonowych okręgu katowickiego oraz w Sądzie Okręgowym w Katowicach (w trybie art. 189 kpc), a także wywiady z rodzicami dzieci leczonych w Klinice Pediatrii i Endokrynologii Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, G. Krawiec, *Dzieci bez płci...*, cz. 2, PiM nr 3/2016, s. 23–24.

niewykształconych całkowicie systemów nerwowych dzieci, które nie potrafią radzić sobie z emocjami jak osoby dorosłe. Obecna procedura sądowej zmiany płci praktycznie wyklucza możliwość przeprowadzenia tego przez osobę małoletnią, co jest szczególnie niezręczne, gdy rodzice nie akceptują tożsamości płciowej własnego dziecka. Znane są oczywiście polskiej praktyce prawnej przypadki pozywania własnych rodziców przez osoby małoletnie reprezentowane przez kuratora, jednak istnienie omawianego wcześniej „błędnego koła" prawnego skutecznie utrudnia taką drogę w przypadku urzędowej zmiany płci. Wynika to z faktu, iż osoby małoletnie nabywają (częściową) możliwość decydowania o poddaniu się jakiemukolwiek zabiegowi diagnostyczno-terapeutycznemu dopiero po ukończeniu 16. roku życia. Od tego momentu wymagana jest bowiem tzw. zgoda kumulatywna, czyli uzyskanie zgody nie tylko od rodziców, lecz również od osoby małoletniej, a gdy w kwestii tej występuje spór – od sądu opiekuńczego[90]. Podjęcie więc przez osobę małoletnią decyzji o poddaniu się terapii hormonalnej lub zabiegom chirurgicznym mającym na celu dostosowanie do płci odczuwanej będzie każdorazowo warunkowane zgodą rodziców lub sądu opiekuńczego. Osobną kwestią są oczywiście koszty wszelkich terapii lub zabiegów, których przeciętny kilkunastolatek nie jest w stanie samodzielnie pokryć.

Problem próbowała rozwiązać zawetowana ustawa o uzgodnieniu płci, której art. 15 przewidywał możliwość sądowej zmiany imienia osoby małoletniej na imię niewskazujące na płeć. Zmiana dokonywana miała być na wniosek przedstawiciela ustawowego, lecz koniecznym wymogiem było przedstawienie orzeczenia wydanego przez lekarza ze specjalizacją w zakresie psychiatrii lub seksuologii, stwierdzającego występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci wpisanej do aktu urodzenia. Rozwiązanie to było swoistym kompromisem, który zapobiec miał wielu problemom, z jakimi spotykają się na co dzień dzieci transseksualne oraz ich rodzice. Próżnia legislacyjna, w której pozostają osoby transseksualne, rodzi bowiem problemy w różnych aspektach życia, do których

[90] Art. 32 ust. 5 i 6 oraz art. 34 ust. 4 i 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i dentysty (Dz.U. 1997 Nr 28 poz. 152).

większość społeczeństwa nie przykłada w życiu codziennym większej wagi. Problemy te zostały w idealny sposób zobrazowane w artykule opisującym historię pięcioletniego Bartka, który urodził się jako Zosia, oraz jego mamy, która zmuszona jest walczyć na każdym kroku o akceptację syna przez otaczające go środowisko (m.in. administrację przedszkolną)[91]. Sytuacji małoletnich osób transseksualnych w środowisku szkolnym poświęcony jest raport *Transpłciowa młodzież w polskiej szkole*, sporządzony przez Fundację Trans-Fuzja w 2016 r.[92] Zgodę na przeprowadzenie badania wyraziło czterech dyrektorów szkół, w których uczą się dzieci transseksualne. Raport w znacznym stopniu obnażył brak wsparcia dla administracji szkolnej od władzy zwierzchniej w przedmiocie radzenia sobie w sytuacji uczęszczania do szkoły dzieci transseksualnych. Problemów jest bowiem niezliczona ilość: od wystawienia legitymacji szkolnej, wpisu imienia dziecka w dzienniku szkolnym, korzystania z toalet aż po podziały grup na zajęciach wychowania fizycznego na żeńskie i męskie oraz przynależne tym grupom szatnie. Przyjęcie przez ustawodawcę rozwiązania proponowanego w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci pomogłoby rozwiązać chociażby część z nich, co już stanowiłoby ogromną pomoc dla małoletnich transseksualnych oraz ich rodziców.

W obecnej sytuacji jedynym rozwiązaniem pozwalającym prowizorycznie uregulować sytuację prawną dziecka transseksualnego w szkole jest administracyjna zmiana imienia[93] na imię niewskazujące na płeć. Możliwość taka została wprowadzona nowelizacją ustawy o aktach stanu cywilnego w 2015 r.[94] Administracyjna zmiana imienia jest jednak sytuacją wyjątkową, może być dokonana tylko z ważnego powodu i każdorazowo zależy od decyzji kierownika urzędu stanu cywilnego. Rozwiązanie to, podobnie jak rozwiązanie proponowane przez projekt

---

[91] M. Karst-Adamczyk, Z. Bakhuła, *Bóg kocha go tak samo jak ja*, Gazeta Wyborcza nr 162.9674,1, 2019.

[92] *Transpłciowa młodzież w polskiej szkole*, red. W. Dynarski, I. Jąderek, A.M. Kłonkowska, Gdańsk, 2016 r., http://transfuzja.org/download/publikacje/transplciowa_mlodziez.pdf

[93] Art. 4 ustawy o zmianie imienia i nazwiska (Dz.U. 2008 Nr 220 poz. 1414).

[94] Art. 59 ust. 3 ustawy o aktach stanu cywilnego (Dz.U. 2014 poz. 1741).

ustawy o uzgodnieniu płci, wydaje się jednak poniekąd ułomne, ponieważ oczywiste jest, że w większości przypadków dziecko transseksualne będzie chciało posługiwać się imieniem jednoznacznie przypisanym do płci, z którą się identyfikuje – tak jak w opisywanym powyżej przypadku Bartka, który imię wybrał sobie sam.

Interesujące podejście do powyższego problemu prezentuje przywoływane już ustawodawstwo norweskie. Urzędowej zmiany płci dziecka transseksualnego można tam dokonać za zgodą rodziców już od 6. roku życia, a od 16. roku życia może o to wnioskować sam małoletni. Przed ukończeniem 16 lat, gdy w kwestii tej pomiędzy rodzicami występuje spór, sprawę rozstrzyga sąd. Co więcej, zmiany oznaczenia płci w dokumentach można dokonywać wielokrotnie, jednak sam zabieg operacyjnej korekty narządów płciowych może zostać wykonany dopiero po ukończeniu przez daną osobę 18 lat.

Możliwe rozwiązania legislacyjne

1. Postępowanie urzędowe w razie błędnego oznaczenia płci na skutek ZRP

Choć obecnie procedura zmiany płci dla osób, u których zdiagnozowano ZRP, jest w większości[95] taka sama jak dla osób transseksualnych – w przypadku osób interseksualnych problem prawny jest o wiele mniej skomplikowany oraz zdecydowanie mniej kontrowersyjny. Dobry przykład, jak prosto i skutecznie go rozwiązać, stanowią Niemcy, gdzie od 2013 r. dopuszczalne jest odroczenie w czasie decyzji o wyznaczeniu płci dziecka. Nowelizacja niemieckiej ustawy o prawach stanu (*Personenstandsgesetz*)[96], która weszła w życie 1 XI 2013 r., stanowiła w § 22 ust. 3, że jeśli dziecku nie można przypisać jednoznacznie fizycznych cech płciowych

[95] Oprócz małego odsetka osób, u których korekcji płci dokonuje się poprzez sprostowanie aktu urodzenia.

[96] *Personenstandsgesetz* z 8 VIII 1957 r., BGBI. I S. 1125; link do wersji online: https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci*..., cz. 1, s. 26–27.

męskich albo żeńskich, w jego akcie urodzenia nie wpisuje się oznaczenia płci[97]. Oznacza to, że u dzieci, u których lekarze po porodzie mieli trudność ze zidentyfikowaniem płci, zamiast płci żeńskiej lub męskiej umieszczało się „X". Nie chodziło jednak o trzecią płeć, a o formułę prawną umożliwiającą dalsze diagnozowanie dziecka w kierunku ZRP, bez konieczności pośpiechu narzuconego przez ustawodawcę. Oznaczenie takie można było przypisać również następczo. Intencją prawodawcy niemieckiego było przede wszystkim odciążenie rodziców i lekarzy, zmuszonych dotychczas do podejmowania pośpiesznych decyzji o ewentualnych korektach operacyjnych lub do wpisania do dokumentacji dziecka płci, która nie była całkowicie pewna. Prawodawcy zależało również na tym, by dać dziecku możliwość samodzielnego określenia płci, gdy wydorośleje[98]. Unormowanie to okazało się jednak niewystarczające: zdaniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego zdarzały się przypadki, gdy dochodziło do naruszeń prawa do ochrony własnej osobowości oraz zakazu dyskryminacji. Z tego powodu Trybunał nałożył w 2017 r. na niemiecki parlament obowiązek uchwalenia bardziej odpowiednich regulacji, stawiając legislaturę przed następującym wyborem: albo wprowadzenie trzeciej opcji płci, albo całkowite uchylenie wymogu identyfikacji płci podczas narodzin. W grudniu 2018 r. Bundestag uchwalił nowelizację, wedle której osoby o niejednoznacznych cechach płciowych uzyskały możliwość wyboru trzeciej płci określanej mianem *divers*, czyli *inna, odmienna*[99]. Rodzice mogą wybrać takie oznaczenie w momencie narodzin dziecka lub w czasie późniejszym, jeśli wystąpią problemy z przypisaniem mu płci. Z kolei osoba dorosła pragnąca zmienić oznaczenie swojej płci na *divers* ma obowiązek przedstawić odpowiednie zaświadczenie lekarskie świadczące o zdiagnozowanym ZRP.

---

[97] Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften z 7 V 2013 r., BGBI. I S. 1122. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci*..., cz. I, s. jw.

[98] Wynika to z zapisu debat parlamentarnych, materiały dostępne pod adresem http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/17/17219.pdf#P.27217. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, jw.

[99] https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/1775620,1,trzecia-plec-w-niemczech-w-scisle-okreslonych-przypadkach.read

Omówione rozwiązanie mogłoby być dla polskiego systemu prawnego złotym środkiem na problemy rodzin, w których rodzą się dzieci interseksualne. Nie ulega natomiast wątpliwości, iż dla środowisk LGBT przeprowadzona w 2018 r. w Niemczech zmiana stała się nie przełomem, a straconą szansą. Głównym zarzutem kierowanym w stronę najnowszej nowelizacji jest bowiem przyznanie możliwości wyboru oznaczenia *divers* tylko osobom, u których istnieje podejrzenie albo rozpoznanie zaburzenia rozwoju płci[100]. Środowisk osób trans oraz interseksualnych nie zadowala również fakt, że niemiecki parlament nie rozważył wystarczająco przedstawionej przez Federalny Trybunał Konstytucyjny opcji zupełnego zniesienia wymogu identyfikacji płci[101] oraz że nie zostały wzięte pod uwagę interesy osób, które nie identyfikują się ani z płcią męską, ani z żeńską. Przekładając powyższe na sytuację Polski – w chwili obecnej, ze względu na czynnik społeczny, jak również relewantność, jaka przypisywana jest w prawie polskim płci metrykalnej, powyższe rozwiązanie nie miałoby szans poparcia u polskiego ustawodawcy.

2. Prawidłowa regulacja urzędowej zmiany płci *de lege ferenda*

Rozwiązania proceduralne

Istnieje wiele różnych możliwości proceduralnych, wśród których wybierać mógłby polski ustawodawca, gdyby zdecydował się uchwalić akt prawny regulujący sytuację osób transseksualnych. Jako przykład mogłyby służyć wypróbowane regulacje stosowane w innych państwach europejskich. Jednakże, biorąc pod uwagę, jak mało postępowa jest od kilkunastu lat legislacja polska, prawdziwym sukcesem stałoby się już wprowadzenie procedury zmiany płci przeprowadzanej w postępowaniu nieprocesowym. Rozwiązanie, które zostało zaproponowane w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci, było uczciwym kompromisem między prowizorium

[100] Oświadczenie prasowe dostępne pod adresem https://www.dgti.org/images/pdf/Pressemeldung_Kabinettsentwurf.pdf

[101] Grietje Baars, *New German Intersex Law: Third Gender but not as we want it*, http://criticallegalthinking.com/2018/08/24/new-german-intersex-law-third-gender-but-not-as-we-want-it/

stosowanym obecnie a procedurą w pełni honorującą samookreślenie jednostki. Postępowanie nieprocesowe wyeliminowałoby przede wszystkim konieczność pozywania własnych rodziców (a według odosobnionego poglądu Sądu Najwyższego – również małżonka i dzieci). Model wypracowany w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci był godny aprobaty, rozwiązywał bowiem większość problematycznych kwestii, które powodowało postępowanie procesowe. W omawianym postępowaniu nie pozostawiono miejsca na dowolność wyboru płci: poczucie przynależności miało być utrwalone i intensywne[102], a musiało zostać potwierdzone diagnozą medyczną – co budzi już nieco większą wątpliwość. Ponadto ustawa nie nakładała na wnioskodawcę obowiązku poddania się jakimkolwiek interwencjom medycznym, co jest w zupełności zgodne z poszanowaniem autonomii jednostki oraz prawami człowieka. Rozwiązywała też problem przewlekłości postępowania oraz regulowała kwestie wpisów w aktach urodzenia – prawomocne postanowienie o zmianie płci wywierałoby bowiem skutek *ex nunc*. Warte ponownego zasygnalizowania jest to, jak dużą zmianą byłaby ta legislacja w polskim systemie prawnym. Choć ustawa ta nie była doskonała, różnica, jaką poczyniłaby dla osób transseksualnych oraz interseksualnych, w porównaniu ze stanem obecnym, jest kolosalna.

Wysuwając propozycje rozwiązań legislacyjnych, nie można pominąć tych najsilniej respektujących zasadę samookreślenia oraz autonomii jednostki. Procedury przyjęte w takich krajach jak Malta, Irlandia czy Norwegia nadają ton zmianom legislacyjnym, jakie powinny wprowadzić również inne kraje europejskie. Należy mieć oczywiście na uwadze aspekt społeczny oraz całokształt systemu prawnego danego państwa, jednak prędzej czy później efekt końcowy powinien być wszędzie podobny – stworzenie procedury szybkiej, transparentnej, łatwo dostępnej oraz bazującej na samookreśleniu[103].

[102] Art. 2 pkt 1 ustawy o uzgodnieniu płci.

[103] Zgodnie z rezolucją przyjętą przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy.

Warte uwagi jest przede wszystkim rozwiązanie zastosowane na Malcie, gdzie wystarczy, by zainteresowana osoba złożyła odpowiednie oświadczenie woli w obecności notariusza. Trudno oprzeć się wrażeniu, że jest to procedura zbliżona do tej przedstawionej w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci. Zasadniczą różnicą jest tu oczywiście brak wymogu przedstawiania jakiejkolwiek dokumentacji medycznej potwierdzającej transseksualizm. W tym miejscu znaczące różnice zaczynają się zacierać, ponieważ jak zauważył Prezydent Andrzej Duda, w projekcie ustawy z 2015 r. sąd został niejako sprowadzony do *roli notarialnej*[104]. Wyłączne uczestnictwo w postępowaniu wnioskodawcy oraz możliwość ograniczenia postępowania dowodowego do przedłożenia odpowiednich dokumentów i przesłuchania wnioskodawcy[105] istotnie ogranicza władzę dyskrecjonalną sądu w przedmiocie orzeczenia o uzgodnieniu płci. W tej sytuacji warto zastanowić się w trakcie prac nad kolejnym projektem ustawy regulującym urzędową zmianę płci, czy powyższe rozwiązanie nie jest warte przyjęcia. Doniosłość prawna urzędowej zmiany płci zostałaby wówczas zachowana poprzez złożenie oświadczenia woli przed urzędnikiem państwowym, przy jednoczesnym poszanowaniu dla samookreślenia jednostki. Odebrane przez notariusza oświadczenie woli, odpowiednio poświadczone, stanowiłoby dokument urzędowy, na podstawie którego osoba transseksualna mogłaby wnioskować o wydanie nowego aktu urodzenia, nadanie nowego numeru PESEL czy wydanie nowego dowodu osobistego. Wszystkie powyższe kwestie musiałyby oczywiście znaleźć jasną podstawę prawną w przepisach. Złożenie oświadczenia podlegać powinno odpowiedniej opłacie w wysokości, która nie stanowiłaby realnej przeszkody, jednak skutecznie zniechęcała osoby, które w rzeczywistości nie identyfikują się z odmienną płcią[106]. Nowelizacji wymagałaby również ustawa – Prawo o aktach stanu cywilnego, ze względu na obowiązujący

[104] Sformułowanie użyte przez Prezydenta w uzasadnieniu do wniosku o wszczęcie ponownych prac nad ustawą o uzgodnieniu płci.

[105] Art. 6 pkt 2 ustawy o uzgodnieniu płci.

[106] Dla przykładu w Wielkiej Brytanii wniosek o urzędową zmianę płci podlega opłacie w wysokości 140 funtów brytyjskich (GBP), tj. około 665 złotych.

obecnie art. 3 tejże ustawy[107]. Rozwiązanie takie byłoby wyrazem najwyższego poszanowania dla autonomii jednostki oraz jej prawa do samookreślenia, zamykając jednocześnie procedurę zmiany płci w rozsądnych ramach formalnych poprzez dokonanie jej przed osobą zaufania publicznego, jaką jest notariusz.

Małżeństwa osób transseksualnych

Kwestia wpływu urzędowej zmiany płci na ważność zawartego wcześniej małżeństwa była podejmowana już wielokrotnie. Jednym z postulatów jest pozostawienie małżonkom możliwości decyzji o rozwodzie, również po zmianie płci przez małżonka transseksualnego. Jest to rozwiązanie najbardziej respektujące autonomię jednostki oraz najmniej krzywdzące dla małżonków. Ze względu jednak na wykładnię systemową prawa wielu autorów sprzeciwia się takiej możliwości. Jak wskazuje R. Krajewski, wątpliwe jest, czy małżeństwo zawarte przed zmianą płci jest wciąż ważne[108]. Art. 1 § 1 i 2 kro stanowi bowiem, iż *małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński*, a art. 18 Konstytucji RP mówi o małżeństwie jako związku kobiety i mężczyzny. *Ratio legis* tego przepisu wskazuje natomiast, że warunkiem koniecznym dla ważności małżeństwa jest odmienność płci przy jego zawieraniu i przez cały czas trwania. Tak więc z chwilą zmiany płci przez jednego z małżonków i odzwierciedleniem tej zmiany w aktach stanu cywilnego małżeństwo uznane zostać powinno za nieistniejące. R. Krajewski uważa, że trwanie małżeństwa mimo formalnej zmiany płci przez jednego z małżonków jest niedopuszczalne z perspektywy systemowej wykładni prawa.

Inną propozycję przedstawił m.in. K. Rozental, który postulował znowelizowanie artykułu o ustaniu małżeństwa w ten sposób, że z chwilą

[107] Art. 3 ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego. Akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych; ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym.

[108] R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Oficyna 2009, s. 215.

uprawomocnienia się orzeczenia o zmianie płci małżeństwo osoby transseksualnej ustaje z mocy prawa. Rozwiązanie takie miałoby zapobiec sytuacji, w której osoby tej samej płci pozostają w związku małżeńskim[109]. Jest ono jednak wadliwe, ponieważ rozwiązuje tylko problem jednopłciowości małżeństwa, jednocześnie kompletnie ignorując takie kwestie jak najlepszy interes ewentualnych dzieci, brak alternatywy prawnej dla pary, którą wciąż może łączyć uczucie, czy prawo do poszanowania życia rodzinnego.

Koncepcją najczęściej omawianą w piśmiennictwie polskim jest rozwiązanie małżeństwa przez rozwód przed uzyskaniem sądowego orzeczenia o zmianie płci (opowiedział się za nią m.in. Z. Radwański[110]). Jest to wymóg stosowany obecnie przez sądy, wypracowany w praktyce orzekania. Bierze do pewnego stopnia pod uwagę interesy pochodzących ze związku dzieci, tak jak przewiduje to kodeks rodzinny i opiekuńczy, a przy tym nie sprzeciwia się wprost Konstytucji RP. Kwestia jest jednak zdecydowanie bardziej złożona. Powstaje bowiem pytanie, czy w interesie dziecka, które jest świadome tożsamości płciowej jednego z rodziców i akceptuje ją (a rodzice mimo zmiany płci jednego z nich nie chcą się rozwodzić), będzie życie w rozwiedzionej rodzinie w imię litery prawa. Nasuwa się również wątpliwość, czy sąd może orzec rozwód, gdy nie zachodzą wszystkie jego pozytywne przesłanki – mimo transseksualizmu jednego z małżonków wcale nie musi dojść do trwałego i zupełnego rozkładu pożycia, ponieważ więź emocjonalna i ekonomiczna może wciąż istnieć, nawet jeśli fizyczna ustała.

Podsumowując przedstawione powyżej rozwiązania legislacyjne dotyczące małżeństw, w których jedno z małżonków jest osobą transseksualną, oraz biorąc pod uwagę obowiązujące obecnie w Polsce prawo (przede wszystkim art. 18 Konstytucji RP), pozostaje jedynie postulowanie *de lege ferenda*, w duchu równouprawnienia, zalegalizowania małżeństw jednopłciowych, aby w ten sposób rozwiązać problemy nie tylko

[109] K. Rozental, *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, PiP nr 10/1991, s. 68–73.

[110] Z. Radwański, *Glosa I do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 37/89*, OSPiKA nr 2/1991, s. 65.

osób transseksualnych, ale również dyskryminację, jakiej poddawane są w Polsce osoby homoseksualne[111]. Skoro jednak dla zalegalizowania małżeństw jednopłciowych konieczna jest zmiana Konstytucji[112], co skutecznie odwodzi od tego pomysłu, warto rozważyć opcję, która uregulowana zostać może na szczeblu ustawy zwykłej – rejestrowane związki partnerskie[113]. Wiele państw europejskich w drodze do równości małżeńskiej skorzystało już z tej konstrukcji prawnej – wprowadzając najpierw związki partnerskie, a następie po kilku latach legalizując małżeństwa jednopłciowe. Przejście to jest na tyle płynne, że daje szansę społeczeństwu, by zaakceptowało zmianę kulturową, a parlament zyskuje dzięki niemu dodatkowy czas na wprowadzenie ewentualnych zmian w Konstytucji. Małżeństwa, w których jeden z małżonków jest transseksualistą i które nie wyrażają woli rozwiązania związku małżeńskiego po uzyskaniu przez małżonka sądowego orzeczenia o zmianie płci (lub chciałyby same o tym fakcie zadecydować, a nie być zmuszane poprzez wymóg prawny), mogłyby wówczas z mocy prawa przekształcać się w związki partnerskie, objęte taką samą ochroną prawną jak związek małżeński. Rozwiązałoby to dodatkowo problem przewlekłości procedury zmiany płci, ponieważ nie byłoby już konieczne uzyskiwanie orzeczenia o rozwiązaniu związku małżeńskiego przed zmianą płci (sprawy rozwodowe potrafią trwać bardzo długo). Związek małżeński przekształcałby się bowiem w związek partnerski z mocy prawa i wówczas obie lub jedna ze stron mogłyby złożyć oświadczenie o woli rozwiązania takiego związku[114]. Powyższa regulacja byłaby ponadto zgodna z linią orzeczniczą Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[115].

---

[111] Osobom homoseksualnym, które ze względu na zakaz małżeństw jednopłciowych zawierają takie małżeństwa poza granicami kraju, odmawia się następnie transkrypcji aktu małżeństwa.

[112] Inaczej WSA w Warszawie w wyroku z 8 I 2019 r. sygn. IV SA/Wa 2618/18.

[113] Podobny pogląd wypowiada M. Boratyńska, *Przygody transseksualistów*..., s. 66.

[114] Zakładając wprowadzenie przepisów podobnych do przedstawionych w art. 5 projektu ustawy o umowie związku partnerskiego z dnia 19 V 2011, druk sejmowy nr 4418, https://mnw.org.pl/app/uploads/2018/04/Ustawa-o-umowie-związku-partnerskiego-SLD-2011.pdf

[115] Zob. omawiana już wcześniej sprawa *Parry&Parry p. Wielkiej Brytanii*.

Zniesienie obowiązku interwencji medycznych

Kolejną kwestią wymagającą od ustawodawcy pilnej interwencji jest prawidłowe uregulowanie wymogów związanych z urzędową zmianą płci. Przy braku konkretnych regulacji prawnych procedura wypracowana i stosowana przez Sąd Najwyższy otwarcie faworyzuje osoby transseksualne, które jeszcze przed wniesieniem powództwa z art. 189 kpc rozpoczęły terapię hormonalną, a tym bardziej jeśli zdecydowały się na najbardziej radykalny krok w drodze do korekty swojej płci – chirurgiczną operację narządów płciowych wewnętrznych i/lub zewnętrznych. Choć obecnie nie ma w Polsce formalnego wymogu poddania się powyższej operacji chirurgicznej przed wniesieniem powództwa, zdarza się, że osoby transseksualne w obawie przed możliwością jego oddalenia decydują się na wykonanie zabiegu, by zagwarantować sobie wydanie przez sąd orzeczenia zgodnego z ich żądaniem. Jak zauważa J. Ostojska:

> *Rozbieżne stanowiska Sądu Najwyższego, konsekwentny brak ustalenia przesłanek warunkujących zmianę płci prawnej, posługiwanie się pojęciem nieodwracalności zmian cech płciowych, postulowanie konieczności poddania się przez osobę transseksualną operacji na narządach płciowych a jednocześnie operowanie konstrukcją dobra osobistego w postaci poczucia przynależności do danej płci jako podlegającego ochronie w procesie o ustalenie płci, spowodowały swoisty chaos w orzecznictwie. Wszystkie powyższe kwestie zostały bowiem oddane do dyskrecjonalnej władzy sądu orzekającego w przedmiocie ustalenia płci transseksualisty. To sądy ustalają, jakie kryteria powinna spełnić osoba ubiegająca się o ustalenie płci, przy czym kryteria te niekiedy bardzo się różnią, na co wskazuje przywołane orzecznictwo sądów pierwszoinstancyjnych*[116].

Taki stan rzeczy jest niemożliwy do zaakceptowania w kraju, który uchodzi za demokratyczne państwo prawa. Wywieranie bowiem na osoby transseksualne jakiejkolwiek presji, by poddawały się zabiegom

[116] J. Ostojska, *Sądowa zmiana płci*, s. 132.

prowadzącym do nieodwracalnej sterylizacji, jest niezgodne z fundamentalnymi prawami człowieka, co zostało potwierdzone orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka[117].

Ustawa o uzgodnieniu płci jest odpowiednim przykładem legislacji, która została stworzona z poszanowaniem praw osób transseksualnych w zakresie autonomii jednostki. Przewidziany w niej wymóg uzyskania przez wnioskodawcę dwóch orzeczeń lekarskich[118] nie jest bowiem równoznaczny z koniecznością poddania się uprzednio jakimkolwiek zabiegom medycznym. Decyzję o rozpoczęciu terapii hormonalnej lub poddaniu się zabiegom chirurgicznym mającym na celu upodobnienie się do płci odmiennej pozostawia całkowicie wnioskodawcy i nie uzależnia od dokonania tych czynności możliwości wniesienia wniosku o uzgodnienie płci. Rozwiązanie takie zasługuje z całą pewnością na aprobatę i w przypadku decyzji ustawodawcy o uregulowaniu procedury zmiany płci w drodze postępowania nieprocesowego powinno zostać przyjęte.

Uwagi końcowe

Powszechny brak zrozumienia dla zjawiska transseksualizmu, a jednocześnie wrażliwość, z jaką trzeba do tej kwestii podchodzić, zdają się sprawiać ustawodawcy problem na tyle duży, że od czasu ostatniej, nieudanej próby uregulowania procedury zmiany płci nie poczyniono zupełnie żadnych kroków w celu naprawienia powyższego stanu rzeczy. Podczas gdy osoby transseksualne w Polsce trwają w legislacyjnym letargu, instytucje europejskie z każdym rokiem wykazują coraz większą świadomość skali problemu, jakim jest brak zapewnienia przez niektóre państwa członkowskie ochrony prawnej osobom transseksualnym i interseksualnym. Przyjmowane rezolucje i zalecenia, choć są aktami prawa miękkiego, wskazują pożądany kierunek zmian legislacyjnych. Wyroki europejskich trybunałów, takie jak omawiany w sprawie *Garçon i Nicot p. Francji* zakaz

[117] Vide omawiany już wcześniej wyrok ETPC w sprawie *Garçon & Nicot p. Francji.*

[118] Art. 5 pkt 3 projektowanej ustawy o uzgodnieniu płci.

interwencji medycznych skutkujących sterylizacją czy zalecenia wydane przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w rezolucji 2048 z dnia 22 IV 2015 r., zasługują na najwyższą aprobatę.

Obecna praktyka sądowa jest nieprawidłowa pod każdym względem. Poczynając od postępowania procesowego, które wymaga pozywania własnych rodziców, poprzez niejasny wymóg uprzedniego poddania się chociażby terapii hormonalnej, kończąc na orzeczeniu, które wywiera skutki *ex nunc*. U podstaw błędnego przyjęcia takiej praktyki legło przekonanie, że płeć może być podzielna w czasie i że w przypadku osób transseksualnych rozbieżność między ich płcią psychiczną a płcią metrykalną pojawia się nagle, w pewnym momencie życia. Co więcej, zbyt wielka uwaga poświęcona została biologicznemu aspektowi płci przy ignorowaniu ogromnego wpływu, jaki na życie człowieka ma jego płeć psychiczna. Twierdzenie, jakoby płeć była właściwością decyzyjną każdego człowieka, nie znajduje oparcia – za uzasadnione można uznać stwierdzenie, że jest wręcz przeciwnie. Rozwój medycyny pozwala nam coraz lepiej zrozumieć proces różnicowania płci, dzięki czemu środowisko medyczne coraz pewniej wypowiada się na temat tego, w którym momencie kształtuje się płeć. Z niemal całkowitym przekonaniem można więc stwierdzić, że z tożsamością płciową większość z nas już się rodzi. Można sobie jedynie wyobrazić, jak ciężka jest sytuacja osób transseksualnych, które nie identyfikują się ze swoją płcią metrykalną. Sytuacja ta polega bowiem na nieustannych zmaganiach na kilku jednocześnie frontach – z samym sobą, z własną rodziną oraz z nieakceptującym społeczeństwem. W świetle tych okoliczności kompletne ignorowanie problemu przez ustawodawcę nie tylko czyni życie osób transseksualnych jeszcze cięższym, ale jest wręcz działaniem niehumanitarnym.

Nie ulega wątpliwości, iż kwestia w sposób tak oczywisty dotykająca podstawowych praw człowieka powinna być przedmiotem regulacji na poziomie ustawowym. Jakakolwiek dłuższa zwłoka ustawodawcy w uchwaleniu odpowiedniej legislacji jest zwyczajnie krzywdząca dla osób transseksualnych oraz interseksualnych co biorąc pod uwagę kierunek orzecznictwa ETPCz i TSUE, naraża również Skarb Państwa na

konieczność wypłaty odszkodowań w ewentualnych powództwach wytoczonych przez wspomniane wyżej osoby.

W obecnej sytuacji pozostaje jedynie apelowanie do ustawodawcy o wyzbycie się nieuzasadnionych oporów i spojrzenie na kwestię osób transseksualnych i interseksualnych z czysto prawnego oraz medycznego punktu widzenia, mając na szczególnej uwadze prawa człowieka. Tylko w ten bowiem sposób może powstać ustawa zgodna ze standardami europejskimi, szanująca prawa człowieka oraz uwzględniająca postęp nauk społecznych i medycznych.

Summary

The correct legislation for official gender reassignment

This work aims to analyze the issue of judicial gender reassignment in the Polish legal order. First, the concept of gender and the term transsexuality were explained then legal acts adopted by European institutions aimed at providing legal protection to transsexual persons were discussed. The author also presented the most important case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union regarding these issues. Then, based on the case law of Polish courts, the practice used in cases of gender reassignment was discussed. A crucial part of this work is also an analisys of the *Bill on Gender Reconciliation*, which was adopted by the Parliament in 2015 and then vetoed by President Andrzej Duda. Due to the lack of appropriate regulations at the statutory level, the aforementioned judicial practice was compared with the legislation on the same issue adopted in selected European countries.

A detailed analysis of all the mentioned above issues and basing the work on scientific literature, both legal and medical, allowed the author to isolate the most problematic issues that are a consequence of the legislative negligence of the Polish legislator on the subject of judicial gender reassignment. In addition, the final part of the work presents proposals for legal regulations, the adoption of which would lead to compliance of Polish law with acts issued by European institutions and with the jurisprudence of the ECtHR and the CJEU.

Mirosław Nesterowicz

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16 marca 2017 r., I ACa 621/17[1]

1. **Zgoda na zabieg operacyjny nie obejmuje wystąpienia powikłań zabiegu, gdy można przypisać lekarzowi brak należytej staranności podczas jego przeprowadzania czy brak zgodności jego postępowania ze wskazaniami wiedzy medycznej. Taka zgoda nie obejmuje również komplikacji powstałych wskutek pomyłki lekarza.**
2. **Nie można przyjąć, że w odniesieniu do zabiegu ratującego życie z powodu rozległej postaci nowotworu pacjent powinien ponieść ryzyko jego niepowodzenia, zwłaszcza z uwagi na szeroki zakres jego usuwania i właściwości organizmu. Każdorazowo ocena, iż określona szkoda jest skutkiem niepowodzenia medycznego objętego wyłącznym ryzykiem pacjenta, wymaga poczynienia niebudzących wątpliwości ustaleń odnośnie przyczyn szkody w całym łańcuchu zdarzeń, które ją spowodowały.**

GLOSA

1. Najbardziej istotna w tej sprawie jest kwestia zgody pacjenta na zabieg operacyjny w związku z powikłaniami i niepowodzeniem w leczeniu oraz ustalenie, czy szpital ponosi odpowiedzialność za szkodę. Rozstrzygnięcia sądów nie były jednolite, co świadczy o złożoności sprawy. Początkowo Sąd Okręgowy oddalił powództwo, a Sąd Apelacyjny – apelację powódki i dopiero po uchyleniu sprawy do ponownego rozpoznania

[1] LEX nr 2300232. Tezy odautorskie wynikające z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego.

przez Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym Sąd Apelacyjny zmienił dotychczasowe stanowisko i wydał wyrok na korzyść powódki.

Powódka żądała zasądzenia na jej rzecz odszkodowania za poniesione koszty leczenia i wydatki, renty z tytułu zwiększonych potrzeb, zadośćuczynienia oraz ustalenia odpowiedzialności szpitala za szkody, które mogą się ujawnić w przyszłości. Podnosiła, że w trakcie leczenia operacyjnego raka brodawkowego tarczycy w marcu 2009 r. w pozwanym szpitalu lekarz dopuścił się błędu w sztuce lekarskiej[2]. Wycinając całkowicie gruczoł tarczowy, dotknięty nowotworem, uszkodzono nerwy krtaniowe, a następnie wprowadzono rurkę tracheotomijną, którą powódka nosi do dzisiaj. Pozwany nie zaprzeczał temu, lecz twierdził, że nie był to błąd, a powikłanie, które jest charakterystyczne przy tego typu zabiegach operacyjnych[3]. W opinii Sądu Okręgowego było to powikłanie, które jest normalnym ryzykiem tego typu operacji, zwiększającym się wraz z wielkością zmiany nowotworowej (jak w danym przypadku). Problem sprowadzał się jednak do ustalenia, czy powódka przy udzielaniu zgody została o tym poinformowana i czy przy dołożeniu należytej staranności przez lekarza do takiego powikłania musiało dojść. Ocena tego była tym bardziej skomplikowana, że zabieg operacyjny miał charakter zabiegu ratującego życie.

Sąd Okręgowy przyjął, że: „(...) powódka nie zdołała wykazać, aby faktycznie nie została o możliwych powikłaniach poinformowana, czemu

---

[2] W doktrynie i orzecznictwie od lat wiele uwagi poświęca się istocie i rodzajom błędów sztuki lekarskiej – zob. m.in. K. Bączyk-Rozwadowska, *Błąd lekarski w świetle doktryny i orzecznictwa sądowego*, PiM 2008 nr 3, s. 26 i n.; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. III, Warszawa 1989, s. 63 i n.; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XI, Toruń 2016, s. 237 i n.; A. Liszewska, *Odpowiedzialność lekarza za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 24 i n.

[3] Często w procesach lekarze powołują się na powikłania w leczeniu, zwłaszcza przy zabiegach operacyjnych jako nietypową, choć możliwą reakcję organizmu pacjenta na prawidłowo podjęty i przeprowadzony zespół czynności leczniczych, występującą z różną częstotliwością mniej lub bardziej przewidywalną, a czasami nieprzewidywalną. Za powikłania lekarz (szpital) nie ponosi odpowiedzialności, jeśli nie można mu przypisać żadnej winy i nie mógł im zapobiec, a pacjent o możliwości powikłań został poinformowany przy udzielaniu zgody. Pacjent ponosi wówczas ryzyko powikłań. Z ostatnich orzeczeń – zob. wyrok SA w Krakowie z 18 stycznia 2017 r. (V ACa 146/16, LEX nr 2233014); wyrok SA w Szczecinie z 20 kwietnia 2017 r. (I ACa 6/17, LEX nr 2317668).

przeczy jej własnoręczny podpis na świadomej zgodzie na zabieg, z której wynika, iż uzyskała informację o możliwych zagrożeniach i powikłaniach, które mogą wystąpić w przebiegu lub w wyniku operacji. Sąd zauważył, że kwestia ta miała o tyle drugorzędne znaczenie, iż przeprowadzany zabieg miał w przypadku powódki charakter zabiegu ratującego życie, o czym przesądzał stopień zaawansowania nowotworu. Zatem przy wykazaniu braku świadomej zgody na zabieg (czego powódka nie wykazała) musiałaby również wykazać, iż świadomość powikłań mogłaby skłonić ją do odstąpienia od zabiegu, co mając na uwadze stan zdrowia powódki (zagrożenie życia) w ocenie Sądu wydawało się mało prawdopodobne".

Trzeba wskazać, że nowsze orzecznictwo wymaga poinformowania pacjenta o możliwości powikłań, aby jego zgoda była w pełni świadoma zarówno co do zabiegów operacyjnych, jak i badań diagnostycznych, często również niosących ze sobą poważne ryzyko. W wyroku z 2 października 2003 r. (I ACa 369/03, PiM 3/2005, z glosą M. Nesterowicza) Sąd Apelacyjny w Lublinie orzekł, że: „Niepoinformowanie pacjenta przez lekarzy o sposobie przeprowadzenia zabiegu gastroskopii i ewentualnych powikłaniach (przy zabiegu nastąpiło przebicie ścian przełyku) jest bezprawne (jako naruszające obowiązujące normy) i zawinione (jako celowe zatajenie informacji w obawie, że pacjent nie wyrazi zgody na zabieg ze względu na możliwość powikłań)". Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 30 grudnia 2003 r. (I C 110/02, PiM 1/2006, z glosą M. Nesterowicza), stanowiąc: „Pacjent powinien zostać poinformowany o mogących powstać skutkach zabiegu operacyjnego, zwłaszcza gdy chodzi o ryzyko powikłań. W przeciwnym razie, skoro powikłanie można było przewidzieć, odpowiedzialność za skutki ponosi szpital". Natomiast Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 13 czerwca 2007 r. (VI ACa 1246/06, LEX nr 434465) stwierdził, że zgoda pacjenta na operację przeprowadzoną przy zastosowaniu krążenia pozaustrojowego w braku pouczenia o ryzyku powikłań, w tym uszkodzenia centralnego układu nerwowego, może być uznana za nieskuteczną. Ten sam sąd w kolejnym wyroku z 11 marca 2008 r. (I ACa 846/07, PS 11-12/2009, z glosą M. Nesterowicza) orzekł, że: „Jeżeli pacjentka nie została poinformowana o możliwości wystąpienia poważnych komplikacji zdrowotnych

wskutek podania kontrastu w postaci roztworu błękitu metylowego, to nie można mówić o skutecznej zgodzie na zabieg, a tym samym o przejęciu przez nią ryzyka, jakie było z nim związane".

Inaczej jednak rzecz wygląda w sytuacji zagrożenia życia chorego. Tu Sąd Najwyższy ogranicza obowiązek lekarza udzielenia pacjentowi informacji. W wyroku z 11 stycznia 1974 r. (II CR 723/73, OSPiKA 1/1975, poz. 6) w sprawie, w której dokonano zabiegu operacyjnego tzw. tracheotomii gardła, co było konieczne dla ratowania życia chorego, a po zabiegu doszło do powikłań w postaci przetoki gardłowo-krtaniowej, Sąd Najwyższy powiedział: „Obowiązek lekarza uprzedzenia chorego o możliwych komplikacjach zamierzonej operacji inaczej przedstawia się w sytuacji, gdy chodzi o operację mającą na celu tylko poprawę stanu zdrowia, a inaczej, gdy operacja jest niezbędna dla ratowania życia chorego. W tym drugim przypadku lekarz nie może udzielać pacjentowi tego rodzaju informacji o możliwych powikłaniach operacyjnych, które mogłyby wpłynąć ujemnie na psychikę chorego, a tym samym zwiększyć ryzyko operacji". W wyroku z 1 kwietnia 2004 r. (II CK 134/03, LEX nr 355344) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że: „W sytuacji, w której zachodzi bezwzględna konieczność operacji, lekarz powinien wyjaśnić pacjentowi cel i rodzaj zabiegu oraz zwykłe następstwa (...)". Jeżeli operacja jest niezbędna dla ratowania życia chorego, lekarz nie powinien udzielać pacjentowi informacji o powikłaniach, które zdarzają się niezmiernie rzadko, ponieważ mogłoby to wpłynąć ujemnie na psychikę chorego i doprowadzić do bezpodstawnej odmowy wyrażenia zgody na dokonanie zabiegu albo do zwiększenia ryzyka operacji". Tezę tę SN podtrzymał w wyroku z 26 kwietnia 2007 r. (II CSK 2/07, OSP 1/2009, poz. 6, z glosą P. Daniluka, i z glosą M. Nesterowicza, PiM 3/2010), głosząc, że „Obowiązek udzielenia pacjentowi informacji nie wymaga wskazania wszelkich możliwych skutków wykonania zabiegu operacyjnego ratującego życie..."; podobnie stwierdził SN w wyroku z 9 listopada 2007 r. (V CSK 220/07, LEX nr 494157).

Natomiast w wyroku z 3 grudnia 2009 r. (II CSK 337/09, PiM 2/2012, z glosą M. Nesterowicza) Sąd Najwyższy orzekł, że: „Obowiązek informacji uregulowany w art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r.

o zawodach lekarza i lekarza dentysty (...) obejmuje przewidywalne, choćby nawet występujące rzadko, następstwa zabiegu operacyjnego, które mają szczególnie niebezpieczny charakter dla zdrowia lub zagrażają życiu. Nie oznacza to jednak, że w każdym przypadku lekarz ma obowiązek informowania o wszelkich możliwych, nawet poważnych skutkach zabiegu operacyjnego, niezależnie od rodzaju tego zabiegu i prawdopodobieństwa ich wystąpienia".

Sąd Okręgowy uznał więc, że ze względu na to, iż zabieg operacyjny całkowitego wycięcia gruczołu tarczowego, dotkniętego zaawansowanym nowotworem, był konieczny dla ratowania życia powódki, to udzielenie jej informacji o możliwych powikłaniach (a ryzyko powikłań było duże; według biegłej wynosiło aż 11,3% operacji) nie miało znaczenia. Nie było więc podstaw do odpowiedzialności szpitala, tym bardziej że żaden z biegłych nie wskazał, że doszło do zawinionego narażenia powódki na pogorszenie jej stanu zdrowia z powodu powikłań i że w warunkach, w jakich operacja była przeprowadzana, niekorzystnego skutku można by uniknąć. Żaden z biegłych nie przyznał również, iż lekarz w danym przypadku powinien był i mógł zrobić więcej i lepiej. Każdy natomiast podkreślał, iż ta operacja uratowała powódce życie.

Apelację powódki Sąd Apelacyjny oddalił, podzielając w pełni ustalenia faktyczne i ocenę prawną sądu pierwszej instancji.

2. Skargę kasacyjną od orzeczenia Sądu Apelacyjnego na korzyść powódki złożył, co się rzadko zdarza, Prokurator Generalny RP, wnosząc o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu.

Sąd Najwyższy, rozpatrując kasację, wskazał, że: „obowiązkiem Sądu Apelacyjnego było odniesienie się do dwóch kluczowych kwestii, to jest bezpośredniej przyczyny porażenia lewego fałdu głosowego i niedowładu prawego fałdu głosowego z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzenia zabiegu operacyjnego i przebiegu pooperacyjnego oraz identyfikacji nerwów krtaniowych wstecznych przed, w trakcie i przy zakończeniu zabiegu. Podkreślił, że nie jest wystarczające stwierdzenie,

że u powódki wystąpiły okołooperacyjne następstwa przeprowadzonego zabiegu medycznego z grupy tzw. zdarzeń niepożądanych, gdyż istotą sporu było ustalenie, czy uczyniono zadość wszystkim powinnościom, mieszczącym się w ramach starannego działania, aby ich uniknąć. Nie można również było poprzestać na ocenie, że w odniesieniu do zabiegu ratującego życie z powodu rozległej postaci nowotworu pacjent powinien ponieść ryzyko jego niepowodzenia, zwłaszcza z uwagi na szeroki zakres jego usuwania i właściwości organizmu". Sąd Najwyższy wyjaśnił, że każdorazowo ocena, iż określona szkoda jest skutkiem niepowodzenia medycznego, objętego wyłącznym ryzykiem pacjenta, wymaga poczynienia niebudzących wątpliwości ustaleń odnośnie do przyczyn szkody w całym łańcuchu zdarzeń, które ją spowodowały.

Sąd Apelacyjny, ponownie rozpoznając sprawę, musiał ustalić, jaka była bezpośrednia przyczyna uszkodzenia nerwów krtaniowych i czy pozwany szpital ponosi za to odpowiedzialność. Nie było to łatwe ani dla Sądu, ani dla biegłych z uwagi na braki w dokumentacji medycznej. Dokumentacja nie zawierała wielu informacji dotyczących opisu rozległości nacieku nowotworowego tkanek szyi u powódki, przecięcia lub uszkodzenia nerwów, a sam opis zabiegu operacyjnego usunięcia gruczołu tarczowego (tyroidektomii) był lakoniczny, na co zresztą zwrócił już uwagę Sąd Najwyższy, rozstrzygając kasację. A zgodnie z ustalonym orzecznictwem braki w dokumentacji medycznej nie mogą być interpretowane na korzyść pozwanego[4].

Sąd Apelacyjny podkreślił, iż nawet prawidłowo udzielona zgoda na zabieg nie obejmuje wystąpienia powikłań zabiegu, gdy można przypisać lekarzowi brak należytej staranności podczas jego przeprowadzania czy brak zgodności jego postępowania ze wskazaniami wiedzy. Nie można

[4] Zob. wyrok SN z 15 października 1997 r. (III CKN 226/97, LEX nr 1110924); wyrok SA w Szczecinie z 17 czerwca 2009 r. (I ACa 771/08, OSA 7/2011, poz. 18); wyrok SA w Lublinie z 8 stycznia 2013 r. (I ACa 624/12, PS 3/2016, z glosą M. Nesterowicza); wyrok SN z 27 czerwca 2017 r. (II CSK 69/17, LEX nr 2342153). Co do znaczenia dokumentacji medycznej w postępowaniu dowodowym – zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 3, Warszawa 2017, s. 821 i n.; M. Śliwka, *Prawne i zarządcze aspekty prowadzenia dokumentacji medycznej*, Warszawa 2015; K. Kordel, *Prowadzenie dokumentacji medycznej – implikacje dowodowe*, PiM 2006 nr 3, s. 100 i n.

też uznać, że taka zgoda obejmuje również komplikacje powstałe wskutek pomyłki lekarza[5]. Powołał się na opinię biegłej sądowej, że mimo istniejącego ryzyka uszkodzenia nerwu krtaniowego przy tego typu operacji, jaką przebyła powódka, do takiego powikłania u powódki nie musiało dojść. Uznał, że „powódka wykazała wysoki stopień prawdopodobieństwa, iż do przecięcia nerwu krtaniowego lewego i uszkodzenia nerwu krtaniowego prawego doszło w trakcie wykonywania zabiegów w dniu 26 marca 2009 r. Z uwagi na to, że przeprowadzenie operacji całkowitego usunięcia gruczołu tarczowego z powodu raka brodawkowatego wymaga każdorazowej identyfikacji nerwów krtaniowych wstecznych przed, w trakcie i przy zakończeniu zabiegów, to pozwany winien był wykazać, że dochował tej standardowej, ogólnie przyjętej procedury, która pozwoliłaby uniknąć szkody. Z uwagi na znaczne braki w dokumentacji medycznej nie był w stanie tego uczynić, także dowody osobowe temu nie sprostały. Jakkolwiek główny zabieg został przeprowadzony prawidłowo, to okoliczności sprawy wskazują na wysokie prawdopodobieństwo zaniechania podczas zabiegu identyfikacji nerwów krtaniowych, co w tym przypadku stanowi błąd medyczny okołooperacyjny".

W związku z tym Sąd Apelacyjny przyjął odpowiedzialność szpitala na podstawie art. 430 w zw. z art. 415 k.c. i uwzględnił roszczenia powódki, choć w niższej wysokości, aniżeli dochodzono w pozwie. Trafnie stwierdził, że ponieważ operacja, z uwagi na stopień zaawansowania nowotworu, miała charakter ratujący życie, to „nie sposób uznać, że jedynym źródłem krzywd i cierpień, jakich doznała i ciągle doświadcza powódka są zdarzenia, za które odpowiedzialność ponosi pozwany szpital. Gdyby nie konieczność leczenia choroby nowotworowej, to do zdarzenia wywołującego szkodę nie doszłoby". Sąd przyznał powódce zadośćuczynienie w kwocie 200 tys. zł (art. 445 § 1 k.c.), zwrot wydatków i kosztów leczenia w kwocie 23 540 zł (art. 444 § 1 k.c.) oraz rentę z tytułu zwiększonych potrzeb w kwocie 620 zł miesięcznie (art. 444 § 2 k.c.).

[5] Por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. XI, Toruń 2016, s. 98; E. Bagińska, *Glosa do wyroku SN z 29 X 2003 r., III CK 34/02*, OSP 2005 nr 4, poz. 54.

3. Sąd Apelacyjny uwzględnił też roszczenie powódki o ustalenie odpowiedzialności za szkody, które mogą ujawnić się w przyszłości, uznając na podstawie art. 189 k.p.c. jej interes prawny w tym żądaniu. Na uwagę zasługuje uzasadnienie Sądu, który orzekł: „(...) wskazać należy, że żądanie to ma na celu wyeliminowanie lub przynajmniej złagodzenie trudności dowodowych mogących wystąpić w kolejnym procesie odszkodowawczym z uwagi na upływ czasu pomiędzy wystąpieniem zdarzenia wywołującego szkodę, a dochodzeniem jej naprawienia. (...) kolejny proces odszkodowawczy może toczyć się nawet po wielu latach od wystąpienia zdarzenia wyrządzającego szkodę. Trudności dowodowe z biegiem lat narastają, a przesądzenie w sentencji wyroku zasądzającego świadczenie odszkodowawcze o odpowiedzialności pozwanego za szkody mogące powstać w przyszłości, zwalnia powoda (poszkodowanego) z obowiązku udowodnienia istnienia wszystkich przesłanek odpowiedzialności podmiotu, na którym taka odpowiedzialność już ciąży. (...) Nadto stan zdrowia powódki związany z doznaną szkodą jest na tyle niepewny, że nie da się definitywnie wykluczyć pogorszenia stanu jej zdrowia".

Jan Ciechorski

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 17 listopada 2016 r., sygn. I ACa 838/16[1]

1. **Z zasady wadliwe zdiagnozowanie choroby psychicznej lub też wadliwa ocena zagrożenia własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, którego konsekwencją jest przymusowy pobyt w szpitalu i przymusowe leczenie jako ograniczenie wolności i godności, stanowi naruszenie dóbr osobistych. Tym samym to pozwany powinien wykazać, że to naruszenie nie było bezprawne.**
2. **Przepis art. 120 Kodeksu pracy nie wyłącza odpowiedzialności odszkodowawczej lekarza wobec pacjenta za naruszenie jego dóbr osobistych w wyniku przymusowego przyjęcia do szpitala psychiatrycznego.**
3. **Przepis art. 120 Kodeksu pracy ma zastosowanie w przypadku szkód wymagających rekompensaty na podstawie art. 444 k.c. – 445 k.c., nie dotyczy natomiast roszczenia o zasądzenie poszkodowanemu odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę lub na cel społeczny na podstawie art. 448 k.c. w zw. z art. 24 k.c., albowiem zadośćuczynienia nie można utożsamiać z odszkodowaniem określonym w art. 120 k.p.[2]**

---

[1] LEX nr 2185531.

[2] Tezy nr 2 i 3 zostały sformułowane przez autora na podstawie uzasadnienia wyroku.

Glosowany wyrok został wydany w następującym stanie faktycznym: powódka A.S. pozwem skierowanym przeciwko U.H. domagała się zasądzenia kwoty 200 tys. zł z tytułu zadośćuczynienia za przyjęcie jej w dniu 24 czerwca 2008 r. do szpitala psychiatrycznego, w którym pobyt trwał do 12 sierpnia 2008 r. Powódka została przywieziona do szpitala psychiatrycznego karetką pogotowia ratunkowego w asyście policji i przyjęta tam bez zgody przez pozwaną, która była tego dnia lekarzem dyżurnym. Od lekarza Pogotowia Ratunkowego pozwana uzyskała informacje, że A.S. całą noc spędziła w toalecie miejsca pracy, mając przy sobie nóż i grożąc jego użyciem. Następnie przeprowadziła badanie lekarskie w obecności lekarza pogotowia i funkcjonariuszy policji. Podczas badania powódka wypowiadała treści urojeniowe o sterowaniu jej przez sieć komputerową, do której jest jakoby podłączona, że może być agresywna wobec dzieci rektora, a nożem, który posiada, będzie grozić ludziom, którzy jej grożą. Pozwana uznała, że zachodzą przesłanki hospitalizacji pacjentki bez zgody, a decyzję tę zatwierdził ordynator oddziału. Wszczęte wskutek zawiadomienia kierownika szpitala postępowanie sąd opiekuńczy umorzył, ponieważ w czasie przesłuchania powódka wyraziła zgodę na pobyt w szpitalu. Pozwana miała kontakt z A.S. wyłącznie w czasie przyjęcia do szpitala i nie uczestniczyła w procesie dalszego leczenia powódki, u której zdiagnozowano schizofrenię paranoidalną, a zastosowane leczenie przyniosło poprawę jej zdrowia psychicznego. Pomimo zaleceń leczenia ambulatoryjnego powódka nie kontynuowała terapii. Oprócz lekarki U.H. powódka pozwała również szpital psychiatryczny, w którym była hospitalizowana. W sprawie tej, rozpoznawanej przez Sąd Okręgowy w Krakowie, przeprowadzono dowód z opinii biegłego lekarza psychiatry na okoliczność zasadności przyjęcia A.S. do szpitala psychiatrycznego. Wynika z niej, że zastosowane leczenie na każdym etapie było prawidłowe i zasadne. Oddalając powództwo, Sąd Okręgowy wskazał, iż przede wszystkim art. 120 kodeksu pracy wyłącza odpowiedzialność pracownika wobec osoby, której została wyrządzona szkoda w wyniku wykonywania obowiązków pracowniczych, a odpowiedzialność tę ponosi wyłącznie pracodawca. Ponadto przyjęcie powódki do szpitala psychiatrycznego było zasadne, co potwierdza jej zatwierdzenie przez ordynatora oddziału,

a następnie wyrażenie zgody przez samą powódkę oraz zdiagnozowana u niej choroba psychiczna, której leczenie przyniosło poprawę stanu zdrowia.

Rozpoznający apelację Sąd Apelacyjny w Krakowie wyraził pogląd, iż w świetle art. 24 k.c. bierną legitymację procesową ma każda osoba fizyczna lub prawna i może ponosić odpowiedzialność za naruszenie dóbr osobistych. Zdaniem Sądu odpowiedzialności tej nie wyłącza przepis art. 120 k.p., bo ma on „zastosowanie w przypadku szkód wymagających kompensaty na podstawie art. 444–445 k.c., nie dotyczy natomiast roszczenia o zasądzenie poszkodowanemu odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (...) na podstawie art. 448 w zw. z art. 24 k.c., albowiem zadośćuczynienia nie można utożsamiać z odszkodowaniem określonym w art. 120 k.p.".

Sąd przywołał obecne w orzecznictwie Sądu Najwyższego[3] zapatrywanie, że przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego[4] umożliwiające przymusowe przyjęcie do szpitala psychiatrycznego, jako wkraczające w fundamentalne prawa i wolności, muszą być wykładane w sposób ścisły. Zasadą bowiem jest prawo każdej osoby do podejmowania decyzji o potrzebie leczenia, jak i wyboru rodzaju i metod postępowania leczniczego. W konsekwencji: przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego w przypadku źle zdiagnozowanej choroby psychicznej lub wadliwej oceny odnośnie do bezpośredniego zagrożenia dla własnego życia albo życia lub zdrowia innych osób, oraz pobyt tam i przymusowe leczenie, naruszają dobra osobiste osoby przyjętej przez ograniczenie jej wolności i uchybienie godności. Artykuł 24 k.c. wprowadza domniemanie bezprawności naruszenia dobra osobistego, a to nakłada na stronę pozwaną obowiązek wykazania braku bezprawności swego postępowania. W rozpoznawanej sprawie Sąd Apelacyjny uznał, iż nie zachodzi bezprawność postępowania pozwanej lekarki, albowiem prawidłowo ustalono realne zagrożenie

[3] Postanowienia SN: z dnia 12 lutego 1997 r., sygn. II CKU 72/96, (OSNC 1997 nr 6–7 poz. 84), z 16 kwietnia 2009 r., sygn. I CSK 402/08.

[4] Ustawa z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 546, dalej – ustawa lub u.o.z.p.

dla życia i zdrowia stwarzane przez powódkę. Lekarz przyjmujący do szpitala psychiatrycznego nie ma obowiązku prowadzenia „dochodzenia" w celu ustalenia prawidłowości zdarzeń przekazanych mu przez osoby przewożące agresywnego pacjenta do szpitala. Nie ma też podstaw do zakwestionowania informacji przekazanych przez pracowników Pogotowia Ratunkowego dotyczących posiadania przez powódkę noża oraz wypowiadanych gróźb jego użycia. Wiarygodność ta wynika z publicznoprawnego charakteru Państwowego Ratownictwa Medycznego, potwierdza to również asysta policji w czasie przyjęcia, a także treści urojeniowe wypowiadane przez powódkę. Decyzja pozwanej o przyjęciu powódki w trybie art. 23 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego była więc oparta na nietypowym jej zachowaniu podczas przyjęcia, ale również na podstawie przekazanych informacji oraz treści urojeniowych wypowiadanych przez A.S.

Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu Okręgowego o braku konieczności przeprowadzania dowodu na okoliczność choroby psychicznej, albowiem do przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego nie jest wymagane stwierdzenie u osoby przyjmowanej choroby psychicznej, gdyż nawet wątpliwości odnośnie do tej choroby uzasadniałyby zatrzymanie powódki na obserwację. Jednakże domniemanie bezprawności przyjęcia zostało obalone wskutek wyrażenia przez A.S. zgody na hospitalizację i umorzenia postępowania przez sąd opiekuńczy, co może nastąpić wyłącznie po ustaleniu, że osoba przymusowo przyjęta „faktycznie z własnej woli i nieprzymuszona przez nikogo ani też żadnymi okolicznościami zmieniła zdanie i w efekcie wyraziła zgodę na pobyt w szpitalu psychiatrycznym. Z powyższych racji nie można przyjąć, aby przyjęcie i hospitalizacja powódki były bezprawne". Sąd wskazał, że nawet ostateczne wykluczenie choroby psychicznej u powódki przez biegłego psychiatrę nie uchyla podstawy do przyjęcia bez zgody, skoro w trakcie procedury szpitalnej wypowiadała ona treści urojeniowe wskazujące na chorobę psychiczną, była agresywna, wypowiadała groźby wobec osób trzecich, a posiadany nóż dawał podstawy do przyjęcia bezpośredniości takiego zagrożenia. Jednocześnie słusznie stwierdzono, że czas trwania pobytu powódki, jak i podejmowane wobec niej leczenie pozostają poza

zakresem adekwatnego związku przyczynowego między jej przyjęciem przez pozwaną a ewentualnie doznaną krzywdą. Z powyższych przyczyn apelacja została oddalona.

Wyrok Sądu Apelacyjnego zasługuje na uwagę z kilku powodów. Po pierwsze, wyrażony pogląd o niestosowalności przepisu art. 120 kodeksu pracy przy roszczeniach za naruszenie dóbr osobistych na podstawie art. 448 w zw. z art. 24 k.c. rodzi bardzo daleko idące implikacje. Po drugie, wątpliwości wzbudza twierdzenie o braku konieczności zdiagnozowania choroby psychicznej przy przyjęciu na podstawie art. 23 ustawy.

Sąd Apelacyjny, rozpatrując legitymację bierną pozwanej, odwołał się do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 sierpnia 1982 r.[5], z tezą: „Przepis art. 120 k.p. dotyczy przede wszystkim szkód materialnych i odszkodowania za straty materialne i uszczerbki wymienione w art. 444–446 k.c., natomiast nie jest odszkodowaniem za naruszenie dóbr osobistych nawet roszczenie zasądzenia odpowiedniej kwoty na rzecz PCK z art. 448 k.c.". Niewątpliwie odpowiednia kwota na cel społeczny dostarcza osobie poszkodowanej satysfakcji moralnej, która stanowi element składowy funkcji kompensacyjnej. Wydaje się oczywiste, że właśnie kompensacja odgrywa podstawową rolę zarówno w odszkodowaniu, jak i zadośćuczynieniu. Inny jest jedynie zakres przedmiotowy szkód podlegających naprawieniu: szkoda majątkowa w przypadku odszkodowania, natomiast przy zadośćuczynieniu – niemajątkowa. Nie powinno budzić wątpliwości, że krzywda jest odmianą szeroko rozumianej szkody. Przepis art. 120 k.p. posługuje się określeniem „szkoda" bez jej dyferencjacji na majątkową i niemajątkową, co uzasadnia twierdzenie, iż hipotezą tego przepisu zostały objęte wszelkie szkody wyrządzone osobie trzeciej przez pracownika przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych, niezależnie w jakiej kategorii dóbr tej osoby nastąpiła szkoda. Jeżeli zamiarem ustawodawcy byłoby ograniczenie zakresu omawianego unormowania wyłącznie do szkody majątkowej, nic nie stało na przeszkodzie wyrażeniu tego wprost w tym przepisie. Uważam, iż zbyt daleko idące jest stanowisko

[5] Sygn. IV CR 255/82, LEX nr 8451.

Sądu Najwyższego wyrażone w powołanym wyroku z 27 sierpnia 1982 r. (i oparty na nim pogląd Sądu Apelacyjnego w Krakowie) eliminujące z zakresu dyspozycji art. 120 k.p. roszczenia osoby, której dobra osobiste doznały uszczerbku w wyniku postępowania pracownika wykonującego obowiązki pracownicze. Ograniczenie wskazane w orzecznictwie zawężające odpowiedzialność pracodawcy do szkód na osobie może być zrozumiałe z uwagi na wagę tych dóbr osobistych. Abstrahując od kwestii, czy to stanowisko zawężające odpowiedzialność pracodawcy jest zasadne, podnieść trzeba, że uszło uwadze Sądu Apelacyjnego w Krakowie, iż przyjęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi bez zgody do szpitala psychiatrycznego[6] jest pozbawieniem wolności tej osoby. W konsekwencji roszczenie powinno być oceniane na podstawie art. 445 § 2 kodeksu cywilnego. Odwołać się w tym miejscu należy do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2015 r.[7], w którym oceniając przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego, Sąd wyjaśnił: „Pozbawienie wolności jest samoistną podstawą przyznania zadośćuczynienia, które ma stanowić formę rekompensaty za negatywne przeżycia psychiczne wiążące się z samym faktem bezpodstawnego pozbawienia wolności, opisywane jako głęboki dyskomfort psychiczny, poczucie utraty autonomii, uczucia bezradności, osamotnienia, niepokoju o sprawy osobiste. Ta krzywda, niepowiązana z doznaniem uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, i od nich niezależna, podlega naprawieniu na podstawie art. 445 § 2 k.c. Jeżeli natomiast ujemne przeżycia związane z faktem pozbawienia wolności wpłynęły na pogorszenie stanu zdrowia fizycznego lub psychicznego, poszkodowanemu przysługiwałoby roszczenie przewidziane w art. 445 § 1 k.c.". Z cytowanego orzeczenia wprost wynika, że Sąd Najwyższy zakwalifikował przyjęcie do szpitala psychiatrycznego jako pozbawienie wolności. Uzasadnienie głosowanego wyroku nie wskazuje, na jakiej podstawie oparto roszczenie zasądzenia zadośćuczynienia (zresztą powódka nie była obowiązana do podawania podstawy prawnej żądania, bowiem

[6] Na podstawie art. 23 ust. 1 lub 24 ust. 1 u.o.z.p. albo jej przymusowe zatrzymanie na podstawie art. 28 tej ustawy.

[7] Sygn. IV CSK 792/14, LEX nr 1938686.

to sąd, na zasadzie *iura novit curia*, był obowiązany do prawidłowej subsumpcji stanu faktycznego pod właściwą normę prawną). Zarówno sąd pierwszej, jak i drugiej instancji powinien rozpatrzyć roszczenie w oparciu o art. 445 § 2 k.c. Tym samym Sąd Apelacyjny zgodnie z prezentowanym przez siebie stanowiskiem uznającym odpowiedzialność odszkodowawczą pracodawcy za szkody wyrządzone przez pracownika, które podlegają kompensacji na podstawie art. 444–446 k.c., powinien w glosowanym orzeczeniu uznać odpowiedzialność szpitala psychiatrycznego na zasadzie art. 120 k.p. Nadto w orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, iż na podstawie art. 120 k.p. dochodzi do modyfikacji w zakresie legitymacji biernej poprzez wskazanie pracodawcy jako podmiotu odpowiedzialnego za szkody wyrządzone przez pracownika przy wykonywaniu powierzonych mu obowiązków, jednakże modyfikacja ta nie może prowadzić do pozbawienia poszkodowanego uzyskania pełnego odszkodowania[8]. Wskazuje się przy tym, iż odpowiedzialnością odszkodowawczą na podstawie omawianego przepisu nie zostały objęte roszczenia o usunięcie skutków naruszenia dóbr osobistych o charakterze niemajątkowym dochodzone na podstawie art. 24 § 1 k.c.[9] W konsekwencji można przyjąć *a contrario*, że mieszczą się w dyspozycji art. 120 k.p. roszczenia o charakterze majątkowym z tytułu naruszenia tych dóbr. W orzecznictwie zwraca się również uwagę na *ratio legis* odpowiedzialności pracodawcy za szkody wyrządzone przy powierzonych czynnościach przez pracownika. W wyroku z dnia 22 sierpnia 2013 r. Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził, iż celem regulacji zawartej w art. 120 k.p. jest zapewnienie pracownikowi gwarancji nieponoszenia surowej odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu wykonywania czynności będących przedmiotem jego świadczenia pracy[10].

---

[8] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. III CSK 115/15, LEX 2015632, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2003 r., sygn. IV CKN 166/01, LEX 146436, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1987 r., sygn. II CR 48/87, LEX 8817.

[9] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 11 grudnia 2013 r., sygn. I ACa 679/13, LEX 1416108.

[10] Sygn. I ACa 697/13, LEX 1544769. W wyroku tym Sąd Apelacyjny w Krakowie wprost podniósł: „Poprzez nawiązanie stosunku pracy dochodzi do określenia treści tego stosunku, w tym wynikającej z bezwzględnie obowiązujących norm prawnych. Pracownik, wykonując czynności w ramach obowiązków pracowniczych uzyskuje gwarancje, że w razie wyrządzenia szkody, o ile nie działa w sposób

Podobnie podnosi się w doktrynie[11]. Tym samym wydaje się uprawnione twierdzenie – wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego wyrażonemu w glosowanym orzeczeniu – iż reparacji na podstawie art. 120 k.p. podlegają również szkody majątkowe powstałe w wyniku naruszenia dóbr osobistych osoby trzeciej poprzez czynności pracownika wykonywane w ramach jego obowiązków pracowniczych. W piśmiennictwie podnosi się, że podmiot leczniczy zawsze będzie ponosił odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez lekarza – pracownika, nawet w skrajnych przypadkach. Wskazuje się, że jedynym ograniczeniem w ponoszeniu odpowiedzialności przez szpital za postępowanie lekarza jest zakres jego obowiązków pracowniczych lub gdy wyrządzenie szkody nastąpiło z winy umyślnej pracownika. Innymi słowy – pracodawca nie będzie odpowiadał za działania lub zaniechania lekarza wykraczające poza ten zakres[12].

---

umyślny, jego odpowiedzialność wobec pracodawcy jest ograniczona. *Ratio legis* takiego rozwiązania podyktowane jest przede wszystkim ochroną pracownika przed surowymi skutkami odpowiedzialności cywilnej ze względu na związane z procesem pracy ryzyko popełnienia uchybień bądź zaniedbań, z którymi związane jest niejednokrotnie powstanie wysokiej szkody. Ma to szczególne znaczenie przy wykonywaniu działań medycznych związanych z wysokim stopniem skomplikowania, obarczonych znacznym ryzykiem popełnienia błędu oraz – z reguły – znacznym rozmiarem szkody. Kodeksowe uregulowanie zasad odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną osobie trzeciej przy wykonywaniu czynności pracowniczych oraz granice odpowiedzialności pracownika wobec pracodawcy daje pracownikowi gwarancje, że w razie popełnienia błędu przy wykonywaniu na rzecz pracodawcy czynności obarczonych ryzykiem, poniesie odpowiedzialność w granicach możliwych przez niego do zaspokojenia".

[11] M.in. M. Rylski stwierdza: „Intencją ustawodawcy było zasadniczo wyłączenie odpowiedzialności pracownika wobec poszkodowanego i poddanie jego odpowiedzialności regułom prawa pracy, zaś dopuszczalne przypadki przełamujące tę zasadę muszą być interpretowane ściśle i nie mogą poddawać w wątpliwość samej reguły, w szczególności poprzez godzenie w jej istotę" (M. Rylski, *Równość i sprawiedliwość w prawie pracy – rozważania na tle art. 120 k.p.* cz. II, PiZS 2015 nr 10, s. 2–12).

[12] M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu opieki zdrowotnej za lekarza jako podwładnego*, PiP 2008 nr 9, s. 3–15. Autor wprost podnosi, że „Lekarz – pracownik nie ponosi odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone pacjentom, a jedynie pracowniczą, regresową do trzykrotnego wynagrodzenia za pracę, chyba że szkodę wyrządził z winy umyślnej. Trzeba dodać – co jest szczególnie aktualne w nowym systemie opieki zdrowotnej – że lekarz powinien odpowiadać wobec pacjenta zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego także wówczas, gdy zakład pracy jest niewypłacalny lub nienależycie ubezpieczony albo gdy zostanie uznane, że szkoda została wyrządzona nie przy wykonywaniu, lecz przy sposobności (przy okazji) wykonywania obowiązków pracowniczych, zwłaszcza gdy wyrządzenie szkody pacjentowi jest jednocześnie czynem przestępnym". W innym opracowaniu autor ten stanowczo stwierdza: „Unormowanie powyższe (art. 120 k.p. – dopisek J.C.) oznacza, że za szkodę wyrządzoną przez lekarza (lub personel medyczny) na skutek wadliwego leczenia lub innych

Na marginesie należy wskazać na prawdopodobne skutki, jakie miałoby utrwalenie się linii orzeczniczej zgodnej z poglądami Sądu Apelacyjnego w Krakowie wyrażonymi w glosowanym wyroku. Przyjęcie wyłącznej odpowiedzialności lekarza przyjmującego osobę z zaburzeniami psychicznymi do szpitala psychiatrycznego bez zgody może prowadzić do unikania przez lekarzy podejmowania decyzji o przymusowej hospitalizacji z obawy przed konsekwencjami odszkodowawczymi. Jednocześnie wbrew pozorom rozwiązanie takie nie byłoby korzystne dla pracodawcy – szpitala psychiatrycznego. Nie może budzić wątpliwości, że w przypadku ziszczenia się przesłanek wskazanych w przepisach ustawy o ochronie zdrowia psychicznego uprawnienie lekarza do przymusowego przyjęcia przekształca się w obowiązek. Z uwagi na to, iż hospitalizowana w tym trybie osoba stwarza zagrożenie dla życia i zdrowia innych, opisaną czynność należy traktować jako działanie nie tylko w interesie indywidualnym, ale i w ochronie interesu ogólnego; tak też przyjmuje się w piśmiennictwie[13]. W przypadku zaś nieprzyjęcia do szpitala pomimo spełnienia ku temu przesłanek, szpital ten będzie odpowiadał odszkodowawczo za szkodę wyrządzoną przez tę osobę w związku z zaburzeniem psychicznym, sobie lub osobom trzecim. Wobec powyższego przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego nie jest wyrazem swobodnej decyzji lekarza, ma on bowiem obowiązek jej podjęcia w przypadku zaistnienia ustawowo wskazanych przesłanek[14].

---

zaniedbań odpowiedzialność cywilną wobec pacjenta (lub osób pośrednio poszkodowanych na skutek jego śmierci) ponosi wyłącznie zakład opieki zdrowotnej, lecz z prawem regresu do lekarza (lub personelu medycznego). (...) Poszkodowany nie może więc swych roszczeń dochodzić wobec pracownika, lecz tylko wobec zakładu leczniczego, który jest zobowiązany naprawić szkodę zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego". M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. X, Toruń 2013., s. 140–141. Podobnie stwierdza A. Fiutak, *Prawo w medycynie*, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 110–111.

[13] J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. I ACa 1681/13*, OSP 2016, nr 2, tenże, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2012 r., sygn. IV CSK 373/12*, PiM 2016, nr 1, podobnie T. Pawłowski, A. Kiejna, J. Rymaszewska, *Hospitalizacja bez zgody jako źródło odczuwania przymusu*, Psychiatria Polska 2005, nr 1. Autorzy ci wprost stwierdzają: „Państwo zobowiązane jest do zapewnienia ochrony przed niebezpiecznymi zachowaniami osób z zaburzeniami psychicznymi" (s. 152).

[14] Szerzej J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 21 marca 2014 r., sygn. I ACa 834/13*, PiM 2015, nr 1. Podobnie, aczkolwiek nie tak stanowczo, B. Janiszewska, *Zgoda na udzielanie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s. 331.

Jak już wskazywałem wcześniej, kwestią wymagającą omówienia jest stanowisko Sądu Apelacyjnego dotyczące braku konieczności zdiagnozowania choroby psychicznej u osoby przyjmowanej do szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 23 ust. 1 u.o.z.p. Wobec tego zagadnienia można prezentować dwa rozbieżne stanowiska. Pierwsze, którego przykładem jest glosowane orzeczenie, podchodzące „dość" liberalnie do konieczności stwierdzenia zaburzeń psychotycznych u osoby przyjmowanej w oparciu o art. 23 ustawy. Drugie – uznające taką konieczność za przesłankę konstrukcyjną przymusowego przyjęcia. Sąd Apelacyjny wskazał, że „dla zatrzymania powódki w szpitalu nie było konieczne stwierdzenie choroby psychicznej, gdyż nawet wątpliwości czy powódka jest w stanie choroby psychicznej i tak uzasadniały co najmniej zatrzymanie powódki na obserwację". W dalszej części uzasadnienia złagodzono nieco powyższe twierdzenie poprzez odwołanie się do wysokiego prawdopodobieństwa istnienia choroby. Odnosząc się do powyższego problemu, przede wszystkim wskazać należy, że przepis art. 23 ust. 1 u.o.z.p. *expressis verbis* wymaga stwierdzenia u osoby przyjmowanej choroby psychicznej. W praktyce powyższe będzie miało miejsce (wymóg ten będzie spełniony) w przypadku wcześniejszego zdiagnozowania zaburzeń psychotycznych lub ich rozpoznania w czasie badania podczas przyjęcia – w przypadku ewidentnego ujawniania się symptomów. Wątpliwości zaś co do charakteru zaburzeń psychicznych są cechą konstrukcyjną przyjęcia tylko na obserwację na podstawie art. 24 ust. 1 tej ustawy, której celem jest właśnie wyjaśnienie tych wątpliwości diagnostycznych. Jednakże nie można pomijać okoliczności, że badanie przy przyjęciu do szpitala psychiatrycznego jest wykonywane w specyficznych warunkach izby przyjęć, a jego czas trwania jest w oczywisty sposób ograniczony, co szczególnie jest widoczne w przypadku licznych przyjęć podczas jednego dyżuru. W konsekwencji nie można stawiać lekarzowi niemożliwego do spełnienia wymogu – pewności diagnozy. Wydaje się, iż rozwiązaniem tego problemu jest przyjęcie, że wystarczające jest zdiagnozowanie wysokiego prawdopodobieństwa zaburzeń psychotycznych, na co muszą wskazywać objawy występujące u badanego pacjenta. Za tym – jak się zdaje – opowiedział się również Sąd w glosowanym orzeczeniu w dalszej części

swego stanowiska. Nie jest przy tym konieczne rozpoznanie konkretnej jednostki chorobowej. Wydaje się, iż takie stanowisko prezentuje Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie, np. w postanowieniu z dnia 16 marca 2012 r.[15], w którym stwierdził, że wystarczy decyzja w dniu przyjęcia pacjenta do szpitala psychiatrycznego, natomiast wymaga ona potwierdzenia przez kontrolę tego przyjęcia w ciągu następnych 48 godzin. „To zaś oznacza, że po tak krótkim czasie może być niemożliwe kategoryczne stwierdzenie, jaki charakter noszą zaburzenia psychiczne zaobserwowane u pacjenta i dopiero dalsza obserwacja umożliwi dalsze ich zakwalifikowanie i wskazanie prawidłowej podstawy przyjęcia". Podobnie przyjął Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 8 listopada 2016 r.[16]: „Sąd rozpoznający sprawę w przedmiocie przyjęcia osoby, o której mowa w art. 23 i 24 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (jedn. tekst Dz.U. z 2016 r., poz. 546), do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody nie jest związany podstawą prawną przyjęcia wskazaną w zawiadomieniu kierownika szpitala". Aprobując, co do zasady, stanowisko wyrażone w cytowanych judykatach, należy je opatrzyć następującym zastrzeżeniem: skutki przyjęcia w trybie art. 23 ustawy są dla pacjenta odmienne od skutków przyjęcia na podstawie art. 24 u.o.z.p. Przyjęcie na podstawie pierwszego z tych przepisów umożliwia podjęcie i prowadzenie przymusowego leczenia na podstawie art. 33 ust. 1 tej ustawy, natomiast jest to wykluczone wobec osoby przyjętej na obserwację w zgodnie z art. 24 ust. 1, jest to *expressis verbis* wyłączone w przepisie art. 33 ust. 4 ustawy[17]. Powyższa różnica jest w oczywisty sposób istotna. W konsekwencji nie mogę się zgodzić z zacieraniem różnic pomiędzy przyjęciem bez zgody do szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 23 ust. 1 a przyjęciem na podstawie art. 24 ust. 1. W rezultacie przyjąć trzeba, iż sąd, orzekając o zasadności przyjęcia do szpitala, musi mieć przekonanie graniczące z pewnością co do istnienia zaburzeń psychicznych, na które cierpi osoba

[15] Sygn. IV CSK 373/11, LEX 1169841.

[16] Sygn. III CZP 66/16, LEX 2144238.

[17] Na marginesie jedynie podnieść trzeba, że zastosowanie leczenia byłoby – niezależnie od powołanego przepisu – sprzeczne z istotą obserwacji.

przyjmowana w trybie dopuszczającym przymusowe leczenie. Powyższe również dotyczy sądu rozpoznającego roszczenie oparte na naruszeniu dóbr osobistych w wyniku przyjęcia do szpitala psychiatrycznego. Zagadnienie to ma bowiem podstawowe znaczenie dla oceny zasadności przyjęcia. Konstatacja ta implikuje twierdzenie o konieczności dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego lekarza psychiatrii na tę okoliczność.

Ostatnią kwestią wymagającą omówienia jest podejście Sądu Apelacyjnego do informacji przekazanych przez pracowników Pogotowia Ratunkowego. W glosowanym wyroku Sąd wyraził pogląd, iż ich „wiarygodność wynika z publicznoprawnego charakteru ratownictwa medycznego, działającego w stanach nagłego zagrożenia zdrowotnego". W moim przekonaniu nie można, jak to czyni sąd odwoławczy, *a priori* stwierdzać wiarygodności przekazywanych informacji przez obsadę karetki Pogotowia Ratunkowego, abstrahując przy tym od zakładanego w omawianym orzeczeniu publicznoprawnego charakteru tej instytucji. Z żadnych obowiązujących przepisów nie można wywieść takiego domniemania. Przypuszczać należy, że Sąd w drodze analogii zastosował domniemanie z art. 244 § 1 k.p.c. Analogia zastosowania go jest o tyle nieadekwatna, że art. 244 k.p.c. dotyczy prawdziwości dokumentów urzędowych. Muszą one przy tym być sporządzone „w przepisanej" formie. Nie sposób tego wymogu dochować w przypadku relacji ustnej pracownika Pogotowia Ratunkowego. Uważam, że analogia taka jest zbyt daleko idąca. Nie powinno budzić wątpliwości, że dokument urzędowy ze swej istoty zakłada rozważenie stanu prawnego, ewentualnie stanu faktycznego. Nadto pisma urzędowe nie mają charakteru emocjonalnego, czego nie można powiedzieć o relacjach naocznych świadków, tym bardziej uczestników zdarzenia, które relacjonują. W konsekwencji również informacje przekazywane przez pracowników służb publicznych (Pogotowia Ratunkowego) obarczone są dozą subiektywizmu, a także stosunku emocjonalnego do danego zdarzenia, co jest niezależne od obiektywizmu relacjonujących, albowiem nie mają oni interesu (przynajmniej co do zasady) w przekazaniu odbiegających od rzeczywistości informacji. Tym samym wiadomościom uzyskanym od pracowników Pogotowia Ratunkowego

czy policjantów nie można przypisywać apriorycznie waloru wiarygodności; powinny być one oceniane podobnie jak inne dane pozyskane w czasie badania lekarskiego, w szczególności zbierania wywiadu od pacjenta.

Reasumując przedstawione powyżej uwagi: wydaje się, iż Sąd Apelacyjny – wbrew pozorom – dość pobieżnie potraktował rozpoznawaną sprawę, w szczególności w zakresie obowiązującego stanu prawnego dotyczącego przymusowego przyjęcia i hospitalizacji w szpitalu psychiatrycznym.

Summary

Gloss to the verdict of the Court of Appeals in Krakow of 17/11/2016, I ACa 838/16

Contrary to the position presented in the judgment under appeal, the provision of art. 120 of the Labor Code protects the psychiatrist against the patient's claims for unlawful admission without consent to a psychiatric hospital. Even adopting an unjustifiably narrow interpretation of this provision made by the Court of Appeal limiting its application to the cases specified in art. 444 and 445 k.c., one can not question the claim that unlawful admission without consent to a psychiatric hospital fulfills the conditions for awarding compensation under art. 445 § 2 k.c. The narrow understanding of the established Labor Code provision neglects its double character: first, it is to enable the employee to make necessary but risky decisions (which is particularly important in medicine) without the risk of compensatory liability, secondly, this provision makes it easier for the injured party to obtain compensation. I believe that there are insufficient grounds to exclude infringements of personal rights resulting in the necessity to pay compensation under art. 448 k.c. employee protection provided for in the labor law.

Aleksandra Pałczyńska
Daniela Pawłowska

Sprawozdanie z ogólnopolskiej konferencji naukowej „MEDiacja”

W dniach 3–4 kwietnia 2019 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu odbyła się ogólnopolska konferencja naukowa „MEDiacja”. Konferencja zorganizowana została przez Studenckie Koło Naukowe Mediacji Akademickiej „Konsensus” oraz Studenckie Koło Naukowe Prawa Medycznego „Lex Medica”. Inicjatywa ta była skierowana do studentów, doktorantów, absolwentów wyższych uczelni, mediatorów, specjalistów z zakresu prawa medycznego – wszystkich zainteresowanych rolą i znaczeniem mediacji w prawie medycznym. Przeprowadzenie konferencji było możliwe dzięki patronatowi honorowemu Dziekana Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Centrum Szkoleń Prawnych, kancelarii Ostrowski i Wspólnicy, Centralnego Instytutu Analiz Polityczno-Prawnych, Kujawsko-Pomorskiego Centrum Arbitrażu i Mediacji w Bydgoszczy, Fundacji „Gildia Mediacyjna”, Fundacji Pracownia Dialogu, Studenckiego Kwartalnika Medycznego „Lege Artis”, Redakcji „Polityka Zdrowotna”, miesięcznika „Medycyna Praktyczna”, firmy Klanad, portali: studentnews.pl, studentprawa.pl, „All I Need is LAW”, rynekzdrowia.pl, CASUM.PL, „Inspiracja dla Prawnika”, stomatologianews.pl.

Oficjalnego otwarcia konferencji dokonał Dziekan WPiA prof. dr hab. Zbigniew Witkowski oraz opiekun SKN „Konsensus” dr Bartłomiej Chludziński. Program pierwszego dnia konferencji został podzielony na trzy panele. W skład paneli wchodził szereg wystąpień prelegentów,

którymi byli studenci, absolwenci, mecenasi oraz mediatorzy. Każdy z paneli kończył się dyskusją, która pozwoliła na wymianę poglądów prelegentów z przybyłymi na ich wystąpienia gośćmi.

Pierwszy panel został poprowadzony przez dr. Bartłomieja Chludzińskiego. Prelegenci w swoich wystąpieniach dokonali wprowadzenia w problematykę mediacji medycznej jako alternatywnej metody dla sądowego rozstrzygania sporów. Nie ograniczono się jednak do krajowego porządku prawnego. Referenci przedstawili instytucję mediacji w systemie *civil law* i *common law*. Materię tę omówili: dr Grzegorz Frączek (CSP) – „Wykład inauguracyjny nt. mediacji w sprawach medycznych", dr Michał Ziemiak (UMK w Toruniu) – „Mediacja w sprawach medycznych w systemach common law", Weronika Chrabąszcz (UŁ) – „Mediacja w sprawach medycznych alternatywą dla postępowania sądowego" oraz Natalia Chwiłkowska (UMK w Toruniu) – „Alternatywa dla sądowych rozstrzygnięć w zakresie błędów lekarskich oraz naruszeń praw pacjenta. Analiza korzyści i zagrożeń wynikających z zastosowania instytucji mediacji".

Dr Grzegorz Frączek był moderatorem drugiego panelu. Referenci w tej części uwagę skupili na pragmatycznej stronie spraw z zakresu prawa medycznego, co pozwoliło na odejście od teoretycznego aspektu mediacji. Analizowano naruszenia dóbr osobistych przez lekarzy, sprawy o błędy medyczne, a ponadto podkreślono znaczenie poligrafii jako narzędzia mediacji. Swoje analizy i przemyślenia wygłosili: dr Jan Meler (Toruńska Szkoła Wyższa) – „Jurydyczne problemy rezydentów w Polsce w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych oraz próby ich rozwiązywania", mgr Piotr Zieliński (UG) – „Mediacje w sprawach o naruszenie dobrego imienia lekarzy", Jan Trapszyc (UMK w Toruniu) – „Mediacja na gruncie ustawy o izbach lekarskich a pozasądowe rozwiązywanie sporów medycznych w obcych systemach prawnych", Hanna Matyja (UŚ) – „Postępowanie mediacyjne na gruncie art. 113 Ustawy o izbach lekarskich – regulacja martwa? Analiza i refleksje na przykładzie doświadczeń Śląskiej Izby Lekarskiej", Aleksandra Liszewska (UMK w Toruniu) – „Mediacja w sprawach o błędy lekarskie jako czynnik wpływający na stosunki między lekarzem a pacjentem" oraz Milena Cybulska (Drukarnia Klanad) – „Poligrafia narzędziem mediacji".

Kolejny panel pozwolił po raz kolejny na wyjście poza granice polskiego ustawodawstwa. Referenci, pod przewodnictwem mgr. Piotra Zielińskiego, odnieśli się do problematyki dowodu *res ipsa loquitur* oraz wykorzystywania umiejętności „miękkich” w mediacji w sprawach medycznych. W panelu tym udział wzięli: mec. Radosław Szczepaniak (Kancelaria Adwokacka Radosław Szczepaniak, Gniezno) – „Mediacja jako lek na pozwy”, Daria Grzelak (Kancelaria Adwokacka prof. Joanna Taczkowska-Olszewska) – „Istota i znaczenie postępowania mediacyjnego w sprawach o błędy medyczne”, Daniela Pawłowska oraz Aleksandra Pałczyńska (UMK w Toruniu) – „Dowód *res ipsa loquitur*”, Agnieszka Lewandowska (UMK w Toruniu) – „Umiejętności miękkie koordynatora transplantacyjnego, czyli wykorzystanie elementów instytucji mediacji podczas rozmowy z rodziną potencjalnego dawcy narządów”.

Dzień drugi konferencji składał się z dwóch części. Pierwsza, teoretyczna, została podzielona na dwa panele moderowane przez dr. Bartłomieja Chludzińskiego oraz prezesów kół naukowych Oliwię Lewandowską i Lenę Issa-Darwich. Każdy z nich kończyła dyskusja. Referenci przedstawiali zgromadzonym zasady, etapy i sposoby wykorzystywania mediacji w praktyce. Zwrócono uwagę również na wady i zalety tej metody rozwiązywania sporów. W tej części konferencji referaty wygłosili: przedstawiciele Kancelarii Ostrowscy i Wspólnicy – „Komisje ds. orzekania o zdarzeniach medycznych – podstawy i zasady funkcjonowania”, mec. Mariusz Trela (mediator, adwokat, Dyrektor Centrum Mediacji Świętej Rity Fundacji Dobra w Toruniu) – „Mediacja jako najbardziej efektywny instrument rozwiązywania konfliktów powstałych w związku ze zdarzeniem medycznym”, mgr Patryk Piątkowski (UMK w Toruniu) – „Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego a dochodzenie roszczeń w sprawach medycznych”, Aleksander Szymański (UMK w Toruniu) – „Postępowanie przed wojewódzkimi komisjami do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych jako alternatywa sądowego dochodzenia roszczeń”, Adrianna Markuszewicz (UJ) – „Postępowanie mediacyjne przed sądem lekarskim a cele i zasady mediacji”, Klaudia Górniak (UMK w Toruniu) – „Poufność jako szczególna cecha mediacji w sprawach z zakresu zdarzeń medycznych”, Weronika Gadzicka (UJ) – „Zalety

mediacji w sprawach błędów medycznych z perspektywy lekarza, placówki medycznej, pacjenta oraz dla wszystkich stron łącznie", Klaudia Matłoka i Agnieszka Pawelczyk (UMK w Toruniu) – „Korzyści z mediacji dla pacjenta" oraz Ewa Aksamit (UMK w Toruniu) – „Wady mediacji w sprawach medycznych".

Po zakończeniu drugiego panelu dr Bartłomiej Chludziński dokonał podsumowania oraz oficjalnego zamknięcia części referatowej konferencji. Druga część, praktyczna, została przeprowadzona przez specjalistów Ewę Jurkiewicz-Grzywacz i Marlenę Smolarek orzekających w Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych. Szkolenie rozpoczęło się od zaprezentowania teoretycznych wskazówek i poszczególnych etapów procesu odwoławczego. Następnie wskazano na możliwości wykorzystania nabytych umiejętności poprzez samodzielne napisanie wniosku do Wojewódzkiej Komisji ds. Orzekania o Zdarzeniach Medycznych oraz jego wspólne sprawdzenie. Po szkoleniu prowadzące odpowiadały na pytania uczestników.

Konferencja umożliwiła pogłębianie wiedzy teoretycznej i praktycznej z zakresu mediacji w prawie medycznym, rozwijanie zainteresowań mediacyjnych oraz stała się okazją do nawiązania współpracy międzyuniwersyteckiej. Cele postawione przez Studenckie Koło Naukowe Mediacji Akademickiej „Konsensus" oraz Studenckie Koło Naukowe Prawa Medycznego „Lex Medica" zostały zrealizowane – konferencja stała się forum wymiany poglądów, umożliwiającym konfrontację własnej wiedzy i umiejętności z wiedzą innych studentów, jak również badaczy i doświadczonych praktyków. W trakcie i po zakończeniu konferencji podkreślono wysoki poziom merytoryczny wygłoszonych referatów, a także atmosferę panującą podczas całego pobytu na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu.