

UNIVERSITY OF BIALYSTOK
FACULTY OF LAW

BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE

BIALYSTOK LEGAL STUDIES

BIAŁOSTOCKIE STUDIA
PRAWNICZE



VOLUME 28 no. 3

Editor-in-Chief of the Publisher Wydawnictwo Temida 2: Dariusz Kijowski

Chair of the Advisory Board of the Publisher Wydawnictwo Temida 2: Rafał Dowgier

Advisory Board:

Representatives of the University of Białystok: Leonard Etel, Ewa M. Guzik-Makaruk, Dariusz Kijowski, Cezary Kulesza, Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Maciej Perkowski, Joanna Sieńczyło-Chlabicz, Mieczysława Zdanowicz

Representatives of other Polish Universities: Marek Bojarski (University of Law in Wrocław), Dorota Malec (Jagiellonian University in Kraków), Tomasz Nieborak (Adam Mickiewicz University in Poznań), Maciej Szpunar (University of Silesia in Katowice; Advocate General at the Court of Justice of the European Union), Stanisław Waltoś (University of Information, Technology and Management in Rzeszów), Zbigniew Witkowski (Nicolaus Copernicus University in Toruń)

Representatives of Foreign Universities and Institutions: Lilia Abramczyk (Janek Kupała State University in Grodno, Belarus), Vladimir Babčák (University of Kosice, Slovakia), Renata Almeida da Costa (University of La Salle, Brazil), Jose Luis Iriarte Angél (University of Navarra, Spain), Andrew S. Horsfall (Syracuse University, USA), Jolanta Kren Kostkiewicz (University of Bern, Switzerland), Martin Krygier (University of New South Wales, Australia), Anthony Minnaar (University of South Africa, South Africa), Antonello Miranda (University of Palermo, Italy), Petr Mrkyvka (University of Masaryk, Czech Republic), Marcel Alexander Niggli (University of Fribourg, Switzerland), Lehte Roots (Tallinn University of Technology, Estonia), Jerzy Sarnecki (University of Stockholm, Sweden), Rick Sarre (University of South Australia, Australia), Kevin Saunders (Michigan State University, USA), Bernd Schünemann (University of Munich, Germany), Liqun Cao (Ontario Tech University, Canada)

Editors:

Editor-in-Chief: Elżbieta Kuźelewska

Editorial Secretary: Ewa Lotko, Paweł Czaplicki

Other Editors: Tanel Kerikmäe, Christopher Kulander, Andrzej Sakowicz, Urszula K. Zawadzka-Pąk, Bruna Žuber

© Copyright by Author(s) under the Creative Commons CC BY NC ND 4.0 license

No part of this work may be reproduced and distributed in any form or by any means (electronic, mechanical), including photocopying – without the written permission of the Publisher.

The original version of the journal is a print one.

ISSN 1689–7404

e-ISSN 2719–9452

Volume Theme Editors: Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Piotr Jakubów

Language Editors: Urszula Andrejewicz, Claire Taylor-Jay

Statistical Editor: Ewa Glińska

Graphic and Typographic Development: Jerzy Banasiuk

Cover Design: Bogusława Guenther

Publisher: Faculty of Law, University of Białystok; Temida 2

All volumes can be purchased from Wydawnictwo Temida 2. Address: ul. A. Mickiewicza 1, 15-213 Białystok, Poland. E-mail: temida2@uwb.edu.pl, Tel. +48 85 745 71 68

SPIS TREŚCI

Tomasz Dzierżanowski, Gregory B. Crawford, Philip Larkin, Rafał Kubiak, Tanja Kronos <i>The Need for Advance Care Planning as a Pivotal Means for Respecting the Patient's Will in Poland: Learning Points from Swiss and Australian Models</i>	9
Maciej Borski <i>Model opieki paliatywnej w Polsce z perspektywy osób u schyłku życia i ich opiekunów – zagadnienia wstępne</i>	33
Piotr Jakubów, Karolina Niedźwiecka, Julia Kondracka, Aleksander Turczynowicz, Szymon Kocańda, Agnieszka Małarewicz-Jakubów <i>Legal and Medical Aspects of the End of Human Life from the Perspective of Palliative Medicine Related to Cardiac Surgery</i>	53
Małgorzata A. Świdorska <i>Aspekty prawne terapii daremnej w okresie końca życia</i>	71
Mikołaj Małecki <i>Zabójstwo eutanatyczne: przerwanie życia czy skrócenie umierania?</i>	109
Maria Boratyńska <i>Prawne i etyczne zagadnienia zaprzestania terapii daremnej u dzieci</i>	125
Beata M. Janiszewska <i>O majątkowej ochronie prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności</i>	159
Ewa Michałkiewicz-Kądziela, Goran Šimić <i>The Right to Dignified Death: A Comparative Legal Discussion of Euthanasia and Assisted Termination of Life</i>	181

Leszek Bosek, Jan Bałdyga <i>Wrongful life – nowe akcenty w orzecznictwie Sądu Najwyższego Republiki Federalnej Niemiec</i>	197
Józef Binnebesel, Zbigniew Formella, Halyna Katolyk <i>Tanatopedagogiczny kontekst wielowymiarowości żałoby</i>	215
Łukasz Machaj <i>Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization – epitafium dla Roe v. Wade</i>	259
Olga Sitarz <i>Pytanie o spójność aksjologiczną polskiego prawa karnego w zakresie odpowiedzialności za śmierć człowieka</i>	279
Izabela Kraśnicka <i>Kara śmierci i uprawnienie judicial override w prawie stanu Alabama</i>	299
Agnieszka Cybulska-Bienioszek, Aleksander J. Witosz <i>Śmierć niewypłacalnego przedsiębiorcy a regulacje prawa upadłościowego</i>	315
Małgorzata Balwicka-Szczyrba, Marcelo Barrientos Zamorano, Witold Kurowski <i>Selected Aspects of Testaments Made by Elderly People in Chilean and Polish Law</i>	331

CONTENTS

Tomasz Dzierżanowski, Gregory B. Crawford, Philip Larkin, Rafał Kubiak, Tanja Krones <i>The Need for Advance Care Planning as a Pivotal Means for Respecting the Patient's Will in Poland: Learning Points from Swiss and Australian Models</i>	9
Maciej Borski <i>The Model of Palliative Care in Poland from the Perspective of People at the End of Life and Their Carers: Preliminary Issues</i>	33
Piotr Jakubów, Karolina Niedźwiecka, Julia Kondracka, Aleksander Turczynowicz, Szymon Kocańda, Agnieszka Małarewicz-Jakubów <i>Legal and Medical Aspects of the End of Human Life from the Perspective of Palliative Medicine Related to Cardiac Surgery</i>	53
Małgorzata A. Świdorska <i>Legal Aspects of Futile Therapy in the Face of the End of Life</i>	71
Mikołaj Małecki <i>Euthanathic Homicide: Ending of Life or Shortening of Dying?</i>	109
Maria Boratyńska <i>Legal and Ethical Issues of Discontinuing Futile Therapy in Children</i>	125
Beata M. Janiszewska <i>Property Protection of the Patient's Right to Die in Peace and Dignity</i>	159
Ewa Michalkiewicz-Kądziela, Goran Šimić <i>The Right to Dignified Death: A Comparative Legal Discussion of Euthanasia and Assisted Termination of Life</i>	181

Contents

Leszek Bosek, Jan Bałdyga

'Wrongful Life': New Highlights in the Jurisprudence of the German Supreme Court 197

Józef Binnebesel, Zbigniew Formella, Halyna Katolyk

The Thanatopedagogical Context of the Multidimensionality of Mourning..... 215

Łukasz Machaj

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: The Epitaph for Roe v. Wade 259

Olga Sitarz

The Issue of the Axiological Consistency of the Criminal Provisions Regulating the Causing of Human Death..... 279

Izabela Kraśnicka

The Death Penalty and the Power of 'Judicial Override' in Alabama State Law 299

Agnieszka Cybulska-Bienioszek, Aleksander J. Witosz

The Death of an Insolvent Entrepreneur in the Light of Bankruptcy Law Regulations..... 315

Małgorzata Balwicka-Szczyrba, Marcelo Barrientos Zamorano, Witold Kurowski

Selected Aspects of Testaments Made by Elderly People in Chilean and Polish Law..... 331

Tomasz Dzierżanowski

Medical University of Warsaw, Poland

tomasz@adiutus.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5719-5695>

Gregory B. Crawford

University of Adelaide, Australia; Northern Adelaide Local Health Network, Australia

gregory.crawford@adelaide.edu.au

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7347-8855>

Philip Larkin

University of Lausanne, Switzerland

philip.larkin@chuv.ch

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8424-3920>

Rafał Kubiak

University of Lodz, Poland

rkubiak@wpia.uni.lodz.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2612-9529>

Tanja Krones

University of Zurich, Switzerland

tanja.krones@usz.ch

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9880-0564>

The Need for Advance Care Planning as a Pivotal Means for Respecting the Patient's Will in Poland: Learning Points from Swiss and Australian Models

Abstract: Self-determination is pivotal for a patient's autonomy. Decisions at the end of life should reflect the human right to decide on the last days of life according to personal beliefs, philosophy, preferences, and values. Advance Care Planning (ACP) aims to ensure that patients receive medical care consistent with their values, goals, and priorities during progressive life-threatening chronic

illness. We present decades-long experience of the implementation of ACP in different legal systems, in Switzerland and Australia, and the current legal situation of *pro futuro* statements in Polish law. Irrespective of jurisdiction and despite the apparent benefits of ACP, its implementation may face numerous impediments, i.e. poor public health messaging, a lack of skilled, trained personnel to deliver and sustain ACP initiatives, misunderstanding of the practical application of an advance care directive in real terms, and misperception of ACP as a form of crypto-euthanasia. Addressing these impediments would be a prerequisite for its successful national implementation. Furthermore, successful implementation needs public dialogue, collaboration between legislators and healthcare professionals, and engagement with the public, patients, and caregivers to foster a greater understanding of the true meaning of self-determination.

Keywords: Advance Care Planning, end of life, palliative care

Introduction

The key concept of palliative care (PC) and end of life (EOL) is respect for autonomy. Each person has a right to make decisions regarding their life according to their beliefs, philosophy, preferences, and values. Although it is an unquestionable principle, it may encounter numerous impediments and problems in practice. First is how far the patient's will should be respected, especially when it refers to ethically dubious, too expensive, or ineffective methods. Second is the patient's capacity to consent to treatment. Should the patient's wish, once stated, be respected at any time? Who has a right to consent when a patient is unconscious and the clinical situation has changed?

PC focuses on goal-concordant, person-centred care provided by multidisciplinary teams formed by physicians, nurses, social workers, music and occupational therapists, chaplains, and ethicists, specialized in a holistic approach including high-quality skills in symptom-relieving treatment, including sedation where necessary, communication, and complex-care management. Advance Care Planning may be a means to foster this high-quality palliative person-centred care. Ideally, a patient should always be engaged in the decision-making process. However, unfortunately, this ideal cannot be met in patients who are unable to communicate. In such cases, clinical decisions may not reflect patients' preferences.

Advance Care Planning (ACP) has been defined as 'a process that supports adults at any age or stage of health in understanding and sharing their personal values, life goals, and preferences regarding future medical care'. It aims to ensure patients receive medical care consistent with their values, goals, and preferences during progressive life-threatening chronic illness.¹ Patients articulate their preferences in advance of their incapacity to make decisions by addressing common EOL clinical scenarios and referring to the procedures that may or may not be provided. How-

1 R.L. Sudore, H.D. Lum, J.J. You et al., Defining Advance Care Planning for Adults: A Consensus Definition from a Multidisciplinary Delphi Panel, 'Journal of Pain and Symptom Management' 2017, vol. 53, pp. 821–832.e1.

ever, such scenarios may appear too vague or generic, and may fail to reflect a specific patient's situation in the future. It seems reasonable, then, to assign and prepare a healthcare proxy decision-maker who could make medical decisions when a patient is incapable of doing so and who is included in the ACP process. Usually, the healthcare proxy is a next of kin or other trusted person who knows the patient's history and preferences.

Although ACP is a structured process, it does not come down to a simple question of ticking a box. It is a multi-step approach that includes discussion, personal reflection, and, finally, completion of ACP documents. There is strong evidence that ACP has positive effects on patients, relatives, health professionals, and the healthcare system.² An advance directive and substitute (proxy or surrogate) decision-maker has become increasingly accepted and endorsed by state or federal legislation, including in Australia and Switzerland. Poland belongs to countries where neither ACP nor proxies are legally constituted. In this position paper, we aim to present ethical, medical, and legal arguments that support implementing ACP as pivotal for respecting patient autonomy. We also underscore the learning points and pitfalls from the countries where ACP is well established, i.e. Australia and Switzerland. Finally, we try to identify the prerequisites for implementing ACP successfully.

1. Advance Care Planning as shared decision-making for goal-concordant care: Ethical foundations

1.1. Advance Care Planning: What it is and what it isn't

ACP has its roots in a deep respect for the human rights, dignity, and values of a person particularly when they are vulnerable, and is one of the main tools to foster a patient-centred healthcare system. It takes into account the important bioethical principles of respect for autonomy, beneficence, non-maleficence, and justice, on which all countries, as well as international professional organizations such as the WHO, the World Medical Association, and the International Council of Nurses, have agreed.³

The definition of ACP proposed by the international Delphi consensus process on ACP⁴ differs little from the original apt definition of the Canadian bioethicists Singer, Robertson, and Roy, published in the 1990s:

2 S. Diegelmann, S. Bidmon, R. Terlutter, Promoting Advance Care Planning via Mediated Health Resources: A Systematic Mixed Studies Review, 'Patient Education and Counseling' 2022, vol. 105, pp. 15–29.

3 B.J. Hammes, M.R. Warner, M.O. Leavitt, Having Your Own Say: Getting the Right Care When It Matters Most, United States, CHT Press 2012.

4 S. Diegelmann, S. Bidmon, R. Terlutter, Promoting Advance Care Planning..., *op. cit.*; R.L. Sudore, H.D. Lum, J.J. You et al., Defining Advance Care Planning..., *op. cit.*, p. 821; J.A.C. Rietjens,

Advance care planning is a process whereby a patient, in consultation with healthcare providers, family members, and important others, makes decisions about his or her future healthcare. Grounded in the ethical principle of autonomy and the legal doctrine of consent, ACP helps to ensure that the norm of consent is respected should the patient become incapable of participating in treatment decisions.⁵

The definition provides clarity on what ACP is and what it is not. ACP is:

- not a single event but a process
- not about an individual signing a form but a dialogue of patients with their healthcare providers and loved ones (family, important others as defined by patients, which may include close friends, religious leaders, or other persons important to the patient)
- not reliant on a ‘Western individualistic concept of autonomy’ but an international concept of relational autonomy, when the kind of influence human relations may have on individual decisions is defined by the person in need of (future) treatment and care
- not about refraining from life-sustaining treatments but rather fostering informed consent to future goals of care and treatment
- not about a negative, defensive right to non-interference but a positive right to receive care based on valid informed consent via a shared decision-making process supported by all caregivers
- not about end-of-life care (only) but about care in situations in which the patient is incapable of decision-making themselves.

1.2. Advance Care Planning: International experiences with its implementation

Based on this understanding, ACP has been further developed as an evidence-based, empirically validated complex intervention on all levels of a national healthcare system to foster goal-concordant care in persons acutely, temporarily, or constantly not able to participate in decision-making. It is currently implemented in culturally adapted ways in numerous and various countries in the Americas, Asia, Europe, Africa, Australia, and the Pacific.⁶

R.L. Sudore, M. Connolly et al., Definition and Recommendations for Advance Care Planning: An International Consensus Supported by the European Association for Palliative Care, *Lancet Oncology* 2017, vol. 18, pp. e543–e551.

5 P.A. Singer, G. Robertson, D.J. Roy, *Bioethics for Clinicians: 6. Advance Care Planning*, *CMAJ: Canadian Medical Association Journal* 1996, vol. 155, p. 1689.

6 See, e.g., S.Y. Cheng, C.P. Lin, H.Y.L. Chan, et al., *Advance Care Planning in Asian Culture*, *Japanese Journal of Clinical Oncology* 2020, vol. 50, pp. 976–989, www.acp-i.org (19.07.2023).

Although there are national and regional differences, as is true for all complex interventions, some legal prerequisites and fundamental core elements known to be essential to foster patient-centred care in situations of incapability in decision-making, including emergencies, intensive and end-of-life care, as well as care for the elderly in nursing homes or at home, are widely accepted.⁷ These elements include:

1. The legal recognition of the respect for autonomy in situations where persons are incapable of decision-making
2. A legal right of persons to define a surrogate decision-maker and to write legally binding advance directives
3. A whole-system approach, including:
 - a) grass root-level initiatives ('caring communities') and national conversation days and weeks to talk about 'what matters most', 'what is important', and 'what should never happen' with regard to a flourishing life, a serious illness, and when it comes to the end of life
 - b) a high-quality PC service available in all areas of the healthcare system
 - c) high-level generic and specific inter-professional ACP communication skills training for eliciting the goals of care and promoting shared decision-making
 - d) excellent written documentation and tools (advance directives, including regionally (or, better, nationally) validated, legally recognized, and respected emergency orders, signed by patients, surrogates, and physicians) that should best be stored in electronically available patient records to be easily found in any healthcare institution and setting where a patient is treated
 - e) refunding of ACP processes by health insurance
 - f) skilled regional and national coordination of ACP implementation.

7 See, e.g., C.H.M. Houben, M.A. Spruit, M.T.J. Groenen, et al., Efficacy of Advance Care Planning: A Systematic Review and Meta-Analysis, 'Journal of the American Medical Directors Association' 2014, vol. 15, pp. 477–489; A. Brinkman-Stoppelenburg, J.A.C. Rietjens, A. van der Heide, The Effects of Advance Care Planning on End-of-Life Care: A Systematic Review, 'Palliative Medicine' 2014, vol. 28, pp. 1000–1025; J. Gilissen, L. Pivodic, T. Smets, et al., Preconditions for Successful Advance Care Planning in Nursing Homes: A Systematic Review, 'International Journal of Nursing Studies' 2017, vol. 66, pp. 47–59; C.A. Austin, D. Mohottige, R.L. Sudore, et al., Tools to Promote Shared Decision Making in Serious Illness: A Systematic Review, 'JAMA Internal Medicine' 2015, vol. 175, pp. 1213–1221; M. Butler, E. Ratner, E. McCreedy, et al., Decision Aids for Advance Care Planning: An Overview of the State of the Science, 'Annals of Internal Medicine' 2014, vol. 161, pp. 408–418.

1.3. What happens if Advance Care Planning is taken seriously?

There is ample evidence that most of us – including physicians – want to die a peaceful death. For some, this may be ‘while sleeping, quick and sudden’, and for others, ‘conscious until the end, after a last goodbye’. For most, death at home or in a place chosen by the severely ill person is preferable. Complex symptoms like pain, anxiety, hunger, or thirst should be well managed, and existential and spiritual needs addressed with the person surrounded by loved ones who are not themselves severely traumatized by the treatment and death, believing care to be concordant with the person’s values until the end. This is how Pope Benedict and Pope John Paul II died; this is how physicians most probably die – but not ‘the rest of us.’⁸ ‘Normal patients’, especially in industrialized countries without ACP and with no strong PC service in place⁹, often die:

- in institutions (hospitals, nursing homes)
- increasingly in intensive care units
- without their needs and wishes concerning the goals of care being recognized
- often without adequate symptom control
- with no order ‘not to resuscitate’
- admitted only days or hours before a foreseeable death.

A ‘physician death’, with adequate symptom control and care outside of institutions, is, however, only possible if decisions have already been made (e.g. not to call the ambulance, not to resuscitate, no transfer to hospital), discussed, and shared among the family and treating physicians, with a symptom-management emergency plan including appropriate medication in place. The current evidence reveals that when high-quality ACP is offered to elderly and severely ill patients by facilitators (who can be physicians, nurses, chaplains, lawyers, or social workers) who are knowledgeable about medical care services and have training in ACP, including specific communication skills, individual treatment is in fact considered as being more concordant with patients’ goals of care, families are less traumatized, and persons receive higher quality PC.¹⁰

8 Cancer World Archive, How Doctors Die: It’s Not like the Rest of Us, But It Should Be, <https://archive.cancerworld.net/featured/how-doctors-die/> (07.01.2023).

9 For national differences, see The Economist Intelligence Unit, The Quality of Death: Ranking End-of-Life Care across the World, 2015. [https://impact.economist.com/perspectives/sites/default/files/2015 EIU Quality of Death Index Oct 29 FINAL.pdf](https://impact.economist.com/perspectives/sites/default/files/2015%20EIU%20Quality%20of%20Death%20Index%20Oct%2029%20FINAL.pdf) (11.08.2023)

10 K.M. Detering, A.D. Hancock, M.C. Reade, et al., The Impact of Advance Care Planning on End of Life Care in Elderly Patients: Randomised Controlled Trial, ‘British Medical Journal’ 2010, vol. 340, p. 847; T. Krones, A. Budilivski, I. Karzig, et al., Advance Care Planning for the Severely Ill in the Hospital: A Randomized Trial, ‘BMJ Supportive and Palliative Care’ 2019, vol. 12, pp. E411–E423.

If ACP is implemented across the whole spectrum of care, this leads not only to more goal-concordant care and less traumatized relatives but to decreasing health-care costs.¹¹ This process starts with healthy individuals defining a surrogate decision-maker, utilizing freely available decision aids, such as advance directive apps or programs, and 'first step facilitators' (trained lay facilitators within the community) talking to the family about 'what matters most' and 'do's and don'ts', with care adapted and revised by their healthcare providers as health deteriorates. These results are clearly important from an ethical point of view, as cost-effective, patient-centred care is important when the previously mentioned bioethical principles – autonomy, non-maleficence, beneficence and justice, and public health ethical perspectives – are taken into account.

Unfortunately, sometimes ACP can be misunderstood as 'rationing', 'letting people die', or even as resembling 'death panels', but, on the contrary, ACP supports patients to come to valid choices based on deep-rooted beliefs with regard to their personal goals of care. There are very old, severely ill patients undergoing ACP who still choose intensive care intervention until there is no medical possibility for life-prolonging treatment (sometimes called 'medical futility'). However, good examples of intensive palliative care instead of intensive care provided in an ICU do exist, from New Zealand to Brazil and from South Africa to Norway.

2. Advance Care Planning: Experiences from Switzerland

A rapid review of the literature shows that Switzerland has had significant investment in the development, understanding, and application of ACP. A range of projects across the lifespan, including perinatal, disease-specific, and older person care in a range of clinical settings, attests to the professional and public interest in the topic, supported by legislative changes at the federal level, which have helped to establish the principle of ACP as a strategic element of optimal healthcare delivery.¹² This said,

11 B.J. Hammes, M.R. Warner, M.O. Leavitt, *Having Your Own Say...*, *op. cit.*; B. Zhang, A.A. Wright, H.A. Huskamp, et al., *Health Care Costs in the Last Week of Life: Associations with End-of-Life Conversations*, 'Archives of Internal Medicine' 2009, vol. 169, pp. 480–488; C. Klingler, J. In Der Schmitten, G. Marckmann, *Does Facilitated Advance Care Planning Reduce the Costs of Care near the End of Life? Systematic Review and Ethical Considerations*, 'Palliative Medicine' 2016, vol. 30, pp. 423–433.

12 L. Garten, K. von der Hude, T. Strahleck, et al., *Extending the Concept of Advance Care Planning to the Perinatal Period*, 'Klinische Pädiatrie' 2020, vol. 232, no. 5, pp. 249–256; E. Sukockienė, R. Iancu Ferfoglio, M. Boegli, et al., *Early Advance Care Planning in Amyotrophic Lateral Sclerosis Patients: Results of a Systematic Intervention by a Palliative Care Team in a Multidisciplinary Management Programme – a 4-Year Cohort Study*, 'Swiss Medical Weekly' 2021, vol. 151, p. w20484; K. Hecht, T. Kronen, T. Otto, et al., *Advance Care Planning in schweizerischen Alters- und Pflegeheimen: Ergebnisse einer Fokusgruppenstudie*, 'Praxis' 2018, vol. 107, no. 20, pp. 1085–1092; F. Hotzy, K. Cattapan, A. Orosz, et al., *Psychiatric Advance Directives in Switzer-*

the Swiss context of ACP presents particular challenges for a multicultural and multilingual country, which impact on the potential to implement national initiatives at a political level.

An important element that underpins understanding of how ACP works in Switzerland is the context of political governance. Whereas most countries regulate policies at a national level, Switzerland's cantonal system permits many decisions, including those related to health and well-being, to be mediated at the local level. This means that most national policies must be ratified at the municipal level, and hence there can be wide variability in how national strategies are applied and interpreted. As an example, although specific legislation related to ACP was formally ratified in the Swiss Civil Code in 2013, Geneva had already implemented legislation on ACP as early as 1996.¹³ Therefore, the development and implementation of ACP in Switzerland are variable by region and policy.

Legislation in 2013 specifically clarified the legally binding character of advance directives.¹⁴ In particular, it made it mandatory for medical practitioners to act in accordance with the wishes expressed in a patient's advance directive. The legislation was derived from Switzerland's ratification of the Council of Europe's Oviedo Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine.¹⁵ This legislation seemed to be a starting point for ACP discussion across the country, and many Swiss studies looking at the uptake of, facilitators of, and barriers to ACP relate to that point in time. A second important development that has supported the discourse on ACP has been the establishment of national strategies on dementia and PC.¹⁶ Both strategies emphasize the importance and value of ACP as an early intervention for care planning, particularly for older, frail populations. Despite the regional differences cited earlier,

-
- land: Knowledge and Attitudes in Patients Compared to Professionals and Usage in Clinical Practice, 'International Journal of Law and Psychiatry' 2020, vol. 68, p. 101514; C. Meier, S. Vilpert, G.D. Borasio, et al., Perceptions and Knowledge Regarding Medical Situations at the End of Life among Older Adults in Switzerland, 'Journal of Palliative Medicine' 2023, vol. 26, no. 1, pp. 35–46.
- 13 Recueil officiel systématique de la législation genevoise, Loi Genevoise, K1.30, art. S.3.1996; Conseil Fédérale, Message concernant la modification du code civil Suisse, 'Feuille fédérale' 2006.
- 14 S. Haesen, D. Shaw, Directing Citizens to Create Advance Directives, 'Swiss Medical Weekly' 2018, vol. 148, p. w14628.
- 15 *Ibidem*; Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, European Treaty Series No. 164, <https://rm.coe.int/168007cf98> (19.07.2023).
- 16 Federal Office of Public Health, National Platform Dementia, <http://www.nationaldementiastrategy.ch>; Federal Office of Public Health, Palliative Care Strategy, <https://www.bag.admin.ch/bag/en/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-palliative-care.html> (19.07.2023).

these particular strategies seem to be better implemented nationally and so help to raise the profile of ACP.

To support these discussions, the Swiss Academies of Arts and Sciences and the Office of Public Health have developed a multi-professional, multi-agency working group to steer the implementation of ACP and address priorities. A model for the advancement of ACP in Switzerland was made available for public consultation (which concluded in the summer of 2022) and is currently under expert review and evaluation. It is proposed that future thematic working groups will focus on specific elements to improve access and consolidate quality standards.¹⁷

Despite these positive developments, challenges remain in the establishment of ACP in the country. Switzerland has three linguistic regions (German, French, and Italian) and, within that, a series of dialects (notably in the German-speaking region), a situation that can, in and of itself, inhibit the transfer of information. Literature highlights the disparity across the regions in terms of knowledge and action (i.e. understanding versus the actual preparation of an advance directive). Generally, understanding of ACP and advance directives is high – nearly 80% of adults over 55 report having heard about ACP, with the lowest awareness in the French-speaking region.¹⁸ Indeed, studies consistently report a lower understanding of ACP and uptake of advance directives in the Francophone areas. Estimates suggest that although up to 70% of the population have thought about an advance directive, only 20% of the population have actually written one. The reasons for this may be cultural, linked to religious views, or, indeed, due to uninformed healthcare professionals reluctant or without the skills to address ACP with their patients. An observation by Bosisio et al. suggests that a range of issues have prevented the establishment of ACP despite legislative support – a focus on perfecting a written document rather than a process of decision-making, misunderstanding about the authenticity and validity of the document and its application in complex clinical situations.¹⁹

Switzerland has universal and regulated healthcare, but basic private health insurance is compulsory for all Swiss residents. Insurance is available to everyone, regardless of their age or medical condition. Government subsidies are available to help those on low incomes pay for their insurance. The high quality of the healthcare

17 Planification anticipée concernant la santé, Propositions pour la mise en œuvre, mai2021/OFSP/ASSM, <https://www.samw.ch/en/Ethics/Topics-A-to-Z/Advance-care-planning.html>; Informations complémentaires sur le modèle de mise en œuvre de la planification anticipée concernant la santé, mai2022/OFSP/ASSM, <https://www.samw.ch/en/Ethics/Topics-A-to-Z/Advance-care-planning.html> (19.07.2023).

18 S. Vilpert, C. Borrat-Besson, J. Maurer, et al., Awareness, Approval and Completion of Advance Directives in Older Adults in Switzerland, 'Swiss Medical Weekly' 2018, vol. 148, p. w14642.

19 F. Bosisio, R. Jox, L. Jones, et al., Planning Ahead with Dementia: What Roles Can Advance Care Planning Play? A Review of Opportunities and Challenges, 'Swiss Medical Weekly' 2018, vol. 148, p. w14706; S. Haesen, D. Shaw, Directing Citizens..., *op. cit.*

system should, in theory, support implementation policies. However, Switzerland is also a country of immigration, albeit largely economic. This means that gaps exist in healthcare provision, access to information, and the understanding of some residents regarding rights and responsibilities, including how to communicate wishes and desires.

Some local projects, in partnership with national agencies such as ACP Swiss, foster dialogue between professionals and the public regarding ACP.²⁰ Project PROSA (*Projet de soins anticipés*) in the Canton de Vaud provides training and information for the public, patients, and professionals on how to plan and manage ACP and has shown positive results in terms of preparing advance directives based on Swiss legislation and legal parameters.²¹ In addition, as mentioned earlier, work on ACP for specific conditions is also underway, for example, in the case of amyotrophic lateral sclerosis (ALS) but also in wider healthcare situations.²² For the future, an article by Haesen and Shaw highlights a range of challenges that need to be addressed if ACP is to be implemented successfully.²³ These include:

- ensuring the knowledge base and communication skills of healthcare professionals so that they can advise, guide, and support people to understand the benefits, and enact ACP and advance directives when desired
- understanding the factors which facilitate or mitigate against the choice of ACP and finding solutions to address these (for example, public health measures to promote community dialogue, ‘death café’ meetings, etc.)
- challenging misconceptions that ACP and advance directives are only about the refusal of treatment rather than positive and personal choices about wishes and desires.

There is momentum within political and healthcare circles to develop dialogue and practice around ACP. The unique political governance of Switzerland has an impact on the implementation and roll-out of ACP, but the principles of choice, self-determination, and respect for choice are embedded in the Swiss psyche and bode well for future engagement and dialogue on this topic.

20 See <https://acp-swiss.ch> (20.07.2023).

21 See <https://www.projetdesoinsanticipe.ch/info> (20.07.2023).

22 E. Sukockienė, R. Iancu Ferfaglia, M. Boegli, et al., *Early Advance Care Planning...*, *op. cit.*; T. Krones, A. Budilivschi, I. Karzig, et al., *Advance Care Planning...*, *op. cit.*; R.J. Jox, F. Bosisio, E. Rubli Truchard, *Demenz aus palliativmedizinischer Perspektive: Warum ein krankheitsspezifisches Advance Care Planning wichtig ist*, ‘*Therapeutische Umschau*’ 2018, vol. 75, no. 2, pp. 105–111.

23 S. Haesen, D. Shaw, *Directing Citizens...*, *op. cit.*

3. Advance Care Planning: Experiences from Australia

In Australia, since the early 1990s there has been legislative interest in the law and practice relating to death and dying. The Consent to Medical Treatment and Palliative Care Act was passed in South Australia in 1995.²⁴ It has been pivotal to the legal and ethical framework that underpins the modern practice of PC with 'the public policy imperative to relieve pain and suffering and avoid prolongation of the dying process',²⁵ and to provide a mechanism for people to appoint an adult person to be their medical decision-maker or 'give a voice' if or when they are unable to exercise this themselves, and to detail limitations to future care that does not align with their values and wishes. It clearly moves the decision-making power from a paternalistic medical model to a collaborative one, with a strong respect for the autonomy of the patient even if they have lost the ability to participate in decisions themselves. It does not give a right to demand treatments. The documents and appointments are not discretionary upon medical practitioners but have legal status and the potential for sanctions. In South Australia in 2013, further refinements and clarifications to the law were made in the Advance Care Directives Act 2013.²⁶ This act enables a person to make decisions and give directions in relation to their future healthcare, residential and accommodation arrangements, and personal affairs; to provide for the appointment of substitute decision-makers to make such decisions on behalf of the person; to ensure that healthcare is delivered to the person in a manner consistent with their wishes and instructions; to facilitate the resolution of disputes relating to advance care directives; and to provide protections for health practitioners and other persons giving effect to an advance care directive.²⁷

There was considerable misunderstanding and anxiety in the 1990s, and the parliamentary process to enact this legislation was not straightforward. The intent was to facilitate the documentation of a person's values and limitations regarding future care, but there was concern that the intention was to enact euthanasia by stealth. More than 25 years of clinical practice following the introduction of this legislation demonstrates this was not the intention nor the result.

A properly executed advance care directive gives certainty to medical staff when limiting or withdrawing burdensome or ineffective treatments. It gives certainty

24 South Australia, Consent to Medical Treatment and Palliative Care Act 1995 (Version 29.3.2015), https://www.legislation.sa.gov.au/__legislation/lz/c/a/consent%20to%20medical%20treatment%20and%20palliative%20care%20act%201995/current/1995.26.auth.pdf (16.01.2023).

25 See M.A. Ashby, *Natural Causes? Palliative Care and Death Causation in Public Policy and the Law*, Doctor of Medicine thesis, University of Adelaide 2001, <https://digital.library.adelaide.edu.au/dspace/handle/2440/38237> (16.01.2023).

26 South Australia, Advance Care Directives Act 2013 (Version 14.12.2017), https://www.legislation.sa.gov.au/__legislation/lz/c/a/advance%20care%20directives%20act%202013/current/2013.10.auth.pdf (16.01.2023).

27 *Ibidem*.

about who should be consulted about decisions, particularly at the end of life. It clearly places personal autonomy in decision-making as the dominant philosophy. The intention was also to encourage discussions within society and families about values, wishes, and limitations to care, and ultimately about death and dying. Recent research suggests that greater benefit would result from framing advance care directives in terms of end-of-life values but also framing them within the individual's health trajectory. This would require significant medical input as well as clarity about properly executed documentation.²⁸

The uptake of advance care directives has not been without difficulty. The original intention was that the documentation could be completed without the aid of lawyers, and extensive information packs were developed. Criticisms of these and of the process include a need for a willingness to discuss the possibility of death and to have significant health and general literacy.²⁹ There is also a need to have an understanding of the extent, likely outcomes, and success of medical interventions in any given clinical scenario.

There are still relatively low levels of completion.³⁰ There is uncertainty about where the document should be stored and difficulties with retrieval; it relies on family members advocating for the document's existence. A document also cannot anticipate every future possible scenario. The appointment of a health-literate, responsible person as a 'substitute decision-maker' who understands the patient's wishes and desires is of pivotal importance. There is evidence of misunderstanding not only within society but by healthcare providers, relating to the purpose and legislative status. There is a need for continuing facilitation of the process. Early implementation involved dedicated staff to assist in the education of clinical staff and, for the public, to facilitate access to documents and to aid completion. Continuing support for the process with education would ensure a better understanding and uptake. The desire is to respect an individual's choices and to allow the refusal of health interventions that may be perceived as burdensome; it is to respect patient choice, not to facilitate an active end of life.

Advance care directives, if legislated, enshrine the right for individuals to be able to engage in decisions about their care, to refuse treatments that they perceive as burdensome, and to appoint someone to speak for them in the event of a loss of capacity.

28 G.B. Crawford, K. Hodgetts, T. Burgess, et al., Documenting Plans for Care: Advance Care Directives and the 7-Step Pathway in the Acute Care Context, 'BMC Palliative Care' 2021, vol. 20, no. 1, pp. 1–9.

29 B.F. Murphy, What Has Happened to Clinical Leadership in Futile Care Discussions? 'Medical Journal of Australia' 2008, vol. 188, no. 7, pp. 418–419, <https://doi.org/10.5694/j.1326-5377.2008.tb01690.x>.

30 K. Buck, L. Nolte, M. Sellars, et al., Advance Care Directive Prevalence among Older Australians and Associations with Person-Level Predictors and Quality Indicators, 'Health Expectations' 2021, vol. 24, no. 4, pp. 1312–1325.

There are benefits for the individual and the health system, and indeed for all of society.

4. The effectiveness of a patient's pro futuro statements as a basis for the legality of medical acts according to Polish law

A healthcare professional may be faced with a dilemma as to which value to give primacy to: the health and life of the patient or their right to self-determination. Such a collision occurs when a patient requires a medical intervention to which he or she does not consent. Doubts in this regard are compounded when the patient is in a state in which they cannot make or express a decision (e.g. they are unconscious) and has previously made a declaration as to the direction of medical action, in particular that they oppose certain interventions. The medical professional then has to decide whether such a declaration is effective and can form the basis for abandoning rescue attempts. This dilemma not only has a theoretical dimension but also important practical implications. On the one hand, performing a medical procedure without the patient's consent may justify the legal liability of the medical professional (civil,³¹ professional,³² and even criminal),³³ while, on the other hand, failure to take the necessary medical actions may also result in liability. In particular, if the medical professional has the status of a guarantor, they may be liable for a crime against the life or health of the patient committed by omission (e.g. under Article 160 of the Penal Code, for exposure to imminent danger of loss of life or grievous bodily harm). A medical practitioner should therefore have the appropriate legal instruments to resolve this dilemma and thus have a clear direction for their actions. Such a regulation would also guarantee the legal security of both the patient and the medical professional. However, Polish legislation currently lacks such a norm. Solutions in this area can therefore be sought by resorting to various formulations arising from either general or medico-legal regulations.

31 In particular, the basis for asserting claims may be Article 4(1) of the Act of 6 November 2008 on Patients' Rights and the Ombudsman for Patients (Journal of Laws 2022, item 1876, as amended), which entitles a patient to claim monetary compensation for a culpable violation of a right, and thus also the right to decide whether to undergo a medical procedure, which arises, among other things, from Articles 15–19 of this Act.

32 Performing a procedure without the patient's consent can be qualified as so-called professional misconduct, for which medical professionals are liable to a corporate court (see, for example, Article 53 *et seq.* of the Law of 2 December 2009 on Medical Chambers, Journal of Laws 2021, item 1342, as amended).

33 According to Article 192.1 of the Penal Code, performing a medical procedure without the patient's consent is a misdemeanour punishable by a fine, restriction of freedom, or imprisonment for up to two years.

Prima facie, there is a temptation to reach for the institution of a state of superior necessity,³⁴ the application of which would justify the violation of one of the consolidated positives having a lesser social value. In the present case, the life and health of the patient and his/her freedom to decide whether to undergo a medical procedure remain in contention. In terms of the axiological system adopted in Poland, natural life and health are more valuable than freedom. This thesis is confirmed by the dimension of punishment provided for crimes against life, health, and freedom. In the latter case, the sanctions are more lenient, and moreover, the crime of performing a medical procedure without the patient's consent is prosecuted by motion. However, the literature rejects the possibility of performing a procedure against the patient's will and justifying such actions with the invoked formulation. Sawicki spoke against its application as early as the 1960s, arguing that the invocation of a state of superior necessity would make 'the patient's right to an autonomous decision illusory and fictitious in practice'.³⁵ Similar views are also propounded today. Indeed, it is argued that invoking this institution would in fact lead to coercive treatment. This is because, in any case, a medical professional could consider that there is a need to save at least the patient's health, which is objectively a higher value than freedom, and thus carry out the procedure even against the patient's objection. Such a course of action, on the other hand, would be incompatible with the assumptions underlying the patient's right to self-determination, which have found expression even at the constitutional level and have been included in many medico-legal norms dedicated to the autonomy of the patient.³⁶

Moreover, such a solution would be unacceptable for the sake of protecting the legal security of physicians. This is because, recognizing that a medical professional in such circumstances could make decisions, s/he would be held responsible for them. Assuming, on the other hand, that the relationship between the patient and his/her medical professional is based on the principles of partnership, the burden of this responsibility is distributed. After all, it is the task of the medical professional to explain the patient's medical situation in detail, but the latter makes the choice to undergo treatment and its specific method.³⁷ Jurisprudence indicates that the patient

34 Such a solution is provided for in both civil law (Article 424 of the Civil Code) and criminal law (Article 26 of the Criminal Code).

35 J. Sawicki, *Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa*, Warsaw 1966, p. 84.

36 Cf. A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu w praktyce lekarskiej*, 'Prawo i Medycyna' 2005, vol. 2, p. 10. See also T. Dukiet-Nagórska, *Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej*, 'Prawo i Medycyna' 2005, vol. 2, p. 28.

37 This position is presented in the jurisprudence. To exemplify, one can cite the Judgment of the Court of Appeal in Gliwice of 25 April 2018, IV SA/GI 1203/17, Lex No. 2497044, in which the Court instructed that 'it is up to the doctor to choose the method of action (treatment or examination), and the patient has the right to accept or refuse to accept one or another therapy. After all,

then assumes the risk of such treatment so it does not burden the medical professional.³⁸ The invocation of a state of superior necessity could also lead to the instrumental treatment of a person's life and health, justified by the need to protect the public interest. Such an attitude, however, would disrupt the partnership relationship between the patient and the medical professional, undermine the patient's trust in their medic, and even lead to dangerous consequences straight out of the Third Reich. The application of the institution of a state of *force majeure* is also opposed by certain dogmatic assumptions. First of all, this formulation is applicable when two positives in conflict belong to different entities. In the situation in question, however, their possessor is the same person – the patient. Thus, if s/he does not wish to maintain a given positive, this cannot be done coercively, as it is reasoned that 'criminal law does not accept the principle of making people happy against their will'.³⁹

From this brief overview, it is clear that the patient's will has primacy in the analysed situation. Indeed, the right to self-determination in Polish legislation is treated affirmatively. It is derived, among other things, from Article 31(1) of the Polish Constitution, which guarantees the legal protection of human freedom, as well as from Article 41(1), according to which everyone is guaranteed personal integrity and freedom. Patient autonomy is further described in a number of medico-legal norms, and in particular, this right is guaranteed in Articles 15–19 of the Act on Patients' Rights and the Ombudsman for Patients. These provisions, in turn, from the side of duty, correspond to regulations in the professional acts that normalize various medical professions. They impose the obligation to gain consent and also define the conditions for its legal effectiveness.⁴⁰ Violation of this right, as already mentioned, can be the basis for the multifaceted liability of a medical professional, even criminal liability under Article 192 of the Criminal Code. The medico-legal regulations also precisely indicate cases of compulsory treatment and the possibility of performing the procedure with so-called implicit consent. In the latter case, the decision-maker is the doctor, and at the heart of this formulation is the assumption that the patient, guided by the instinct of self-preservation, would approve of any action necessary to save his/her life and health.

These norms were introduced in the spirit of the principle of proportionality, proclaimed in Article 31(3) of the Polish Constitution, and form an exception to the

it is the subject's health and life that are at stake in any treatment. It is also always the patient who bears the consequences of the choice made' [author's emphasis].

38 See the Judgment of the Court of Appeal in Szczecin of 11 May 2017, I ACa 560/15, Lex No. 2376937, and the Judgment of the Court of Appeal in Katowice of 18 January 2017, V ACa 146/16, Lex No. 2233014.

39 E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warsaw 2001, pp. 378–379, and the letter given there.

40 See, e.g., Articles 31–35 of the Act of 5 December 1996 on the Professions of Physician and Dentist, *Journal of Laws* 2022, item 1731, as amended.

principle of respect for the autonomy of the patient. In turn, according to the rule of *exceptiones non sunt extendendae*, such exceptions must not be interpreted broadly, and furthermore, these regulations do not directly refer to the possibility of making *pro futuro* declarations and do not regulate the effectiveness of such declarations. Thus a question arises about the possibility of invoking such a declaration and taking or not taking certain medical actions in accordance with the patient's will expressed in such a declaration. In Polish medico-legal practice, this issue is considered mainly in respect to objections made by Jehovah's Witnesses with regard to procedures combined with the administration of blood. This is also the context in which the issue was considered by the Supreme Court. However, it is of a more universal nature, since *pro futuro* declarations, especially the so-called *pro futuro* objection, can be made on the basis of various motivations, not necessarily religious. Note that such a statement does not have to be justified by the declarant, and the medical professional is not entitled to demand an indication of the motives for such a decision. Nevertheless, as mentioned, the issue of declarations made by Jehovah's Witnesses lay at the heart of the statements of the judiciary, which subsequently became a point of discussion in the doctrine. Indeed, in an order dated 27 October 2005, the Supreme Court ruled that 'a patient's statement expressed in the event of unconsciousness, specifying a will regarding the doctor's treatment of the patient in treatment situations that may arise, is binding on the doctor – if made explicitly and unambiguously'.⁴¹ In its reasoning, the Supreme Court pointed out that

the principle of respect for the patient's autonomy dictates that the patient's will must be respected, regardless of motives (concessionary, ideological, health, etc.), so it should be assumed that a patient's lack of consent to a certain procedure (type of procedure) is binding on the doctor and removes criminal or civil liability, while in the case of performing the procedure, it delegitimizes it.

However, the Supreme Court added that 'the patient's objection should be taken into account in particular when it was externalized in a clear and unambiguous manner, with awareness of the choice made and the preferences adopted, especially when the temporal connection between the statement and the procedure is sufficiently close'. The statement can therefore be seen as decreeing the effectiveness of *pro futuro* statements.

The views expressed by the Supreme Court have generally met with approval in the doctrine.⁴² However, the issue is more complicated, which was also pointed out by those discussing the decision who, in principle, accepted its thesis. In particular, the wording used by the Supreme Court, namely that the statement must be 'clear' and

41 Order of the Supreme Court of 27 October 2005, III CK 155/05, OSNC 2006/7–8/137.

42 See, e.g., J. Kulesza, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 r., 'Palestra' 2007, vols. 3–4, pp. 316–324; R. Tyminski, Glosa do postanowienia z dnia 27 października 2005 r. (III CK 155/05), 'Przegląd Sądowy' 2008, vol. 3, pp. 116–121.

'unmistakable', was pointed out as being evaluative. It was argued that judgments in this regard would be subjective and may be erroneous due to a need for urgent medical intervention, which would preclude a careful examination of the patient's will.⁴³ In addition, it was noted that there may be a discrepancy between the patient's decision expressed at the time of the declaration and at the time s/he requires the medical actions covered by such a declaration. Indeed, in the face of a threat to life or health, s/he could change his/her position. In a situation where the patient would still be able to make a decision and articulate it, it was therefore recommended that the medical professional make the final determination of the patient's will. If, on the other hand, s/he is unconscious or remains in other states that preclude the formulation and expression of a decision,

it should be assumed that a doctor whose vocation is to save human life has the right and duty to make decisions to do so. [...] The patient's right to self-determination should not be absolutized. Doubts in this regard should always be resolved in favour of saving life and health, exposing oneself even to the charge of disregarding the patient's will.⁴⁴

On the background of the case under review, the doctrine has analysed in detail the very construction of *pro futuro* statements in terms of their admissibility, especially under civil law. Among other things, it was considered what the jurisprudential nature of this statement is; if it is part of a legal act, it would be a unilateral legal act. These, in turn, are permissible only if the regulations expressly allow them (the so-called *numerus clausus* principle). Given that *pro futuro* statements are not normalized, they would be inadmissible in light of this principle. In addition, their effectiveness was questioned in terms of the conditions of the legal relevancy of such declarations. This is because, recognizing that opposition to treatment is symmetrical in terms of its prerequisites with consent to medical intervention, its fundamental condition is its particularity and a combined awareness on the part of the declarant. Specificity means that the declarant refers in his/her statement to a specific medical intervention, a particular treatment. On the contrary, general declarations, authorizing an unspecified set of treatments, are not legally effective.⁴⁵ Specificity, however, is conditioned by the possession of relevant medical information showing the current state of the patient's health and his/her prospects in this regard. Thus, medico-legal regulations state as a basic right of the patient the right to obtain medical information (Article 9 of the of the Act of 6 November 2008 on Patients' Rights and the Ombudsman for Patients (Journal of Laws 2022, item 1876, as amended), which is matched

43 *Ibidem*, p. 118.

44 A.T. Olszewski, I. Stańczyk, Głosa do postanowienia z dnia 27 października 2005 r. (III CK 155/05), 'Przegląd Sądowy' 2008, vols. 11–12, p. 221.

45 Such a view is also expressed in the judicature. Cf. for example, the Judgment of the Court of Appeal in Krakow of 8 July 2016, I ACa 360/16, OSP 2019/7–8/67.

by the information obligation incumbent on medical professionals (e.g. Article 31 of the PHA). Medical information is provided adequately for the current health situation and allows the patient to compensate for deficits in medical knowledge in this respect, which in turn allows him/her to make a reasonable decision.⁴⁶ These prerequisites are not *eo ipso* fulfilled in the case of *pro futuro* declarations, which are made in the abstract, in isolation from the current need to obtain a health service. In turn, it is difficult to require that the declarant anticipate all possible situational options and refer to them in his/her statement. Moreover, as already mentioned, at the moment when medical intervention would be required, additional circumstances, such as a change in the state of medical knowledge, could occur, which could affect the patient's final decision; at the time of the declaration, the declarant did not have such knowledge, so his/her declaration would not have been sufficiently detailed and informed.⁴⁷

To avoid this dilemma, the doctrine proposes that consent and objection should not be treated symmetrically. While the requirement to inform consent is a guarantee for patient autonomy, it would be absurd to introduce such a requirement for objection. After all, an objection need not be rationalized in any way. Moreover, additional requirements for objections could constitute restrictions on autonomy, 'since the addressee of the objection would thus gain an instrument for challenging the objection and a pretext for disregarding it'. The need for sufficient information before expressing an objection is 'a demand that is not feasible for purely technical reasons'. This is because *pro futuro* objections are based on anticipation, which cannot be precise.⁴⁸ Recognizing the admissibility of such statements, the form of such statements is also debatable. Since medico-legal regulations generally do not require any specific form for consent, such conditions cannot be placed on objections either. Thus they could be expressed freely, even orally. It is only important that the statement be made in a form that clearly indicates the will of the declarant. However, if it is made in writing, it should be signed in the certifier's own hand.⁴⁹

46 This issue was pointed out by the Supreme Court in its Judgment of 24 September 2020, IV CSK 49/19, Lex No. 3057399. It explained that 'the attribution of the patient's right to information is intended to make it possible to compensate, to a certain extent, for the *deficit in the patient's medical knowledge*, and thus create the opportunity for a person to truly participate in the diagnostic and treatment process concerning his body. The provision of accessible information, as referred to in Article 31(1) in principio of the U.s.l. and Article 9(2) in principio of the U.s.p.l., thus becomes *a means of empowering the patient in his relations with the doctor*' (author's emphasis).

47 See B. Janiszewska, *Dobro pacjenta czy wola pacjenta – dylemat prawa i medycyny (uwagi o odmowie zgody na leczenie oraz o dopuszczalności oświadczeń pro futuro)*, 'Prawo i Medycyna' 2007, vol. 2, pp. 46–48.

48 M. Boratyńska, *Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego. Część pierwsza. Sprzeciw pro futuro*, 'Prawo i Medycyna' 2007, vol. 2, pp. 31–32.

49 R. Tymski, *Glosa...*, *op. cit.*, pp. 119–120.

From the review presented, it is clear that there are doubts in the doctrine about the admissibility of such statements; even if the authors are willing to recognize their effectiveness, the catalogue of conditions for their legal relevancy is debatable. Leaving aside the dogmatic considerations, it is also worth noting the practical and evidentiary aspects. In favour of the admissibility of such declarations, there is the question of the authorship of such a document (especially if it is provided by a third party) and the conditions for making the declaration, namely, whether the declarant did so freely, without any external pressure, whether they remained in a state in which they could express their will, and whether in the face of an imminent threat to life or health they would not change his mind. Doubts about these aspects may induce medical personnel to disregard the patient's statement and thus violate the patient's actual will. The cited position of the Supreme Court, referring to evaluative formulations, seems unsupportable in the context of the criteria for evaluating the conditions for the effectiveness of such declarations. In other words, it cannot provide clear guidance to medical personnel, who sometimes, in connection with the immediate need for medical intervention, must make decisions quickly without considering the legal uncertainties in detail. In this context, the need to regulate the matter in question appears.

It is worth adding that legislative attempts in this regard have already been made. For example, one can cite the Bill on Fundamental Human Rights and Freedoms in the Field of Applications of Biology and Medicine and the Bill on the Establishment of the Polish Bioethics Council.⁵⁰ Article 5(3) of the latter stipulates that 'the patient's previously expressed wishes regarding a healthcare service should be taken into account if the patient is unable to express their will at the time the service is performed'. This normalization thus referred to Article 9 of the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being Regarding the Applications of Biology and Medicine. However, it was formulated rather vaguely, as it did not specify the prerequisites for the effectiveness of such a statement. In addition, in the context of respect for the patient's right to self-determination, it could have been questioned due to the optionality of the phrase 'shall be taken into account'. Thus, such a phrase suggested that the patient's position did not have to be respected and that the final decision would be made by the medical professional.

More explicit and specific were the solutions provided for in the Bill on the Protection of the Human Genome and Embryo and the Polish Bioethics Council and amendments to other laws brought to the Sejm on 25 August 2009.⁵¹ As a result of this, it was planned to introduce new articles, 16a and 16b, into the Law on Patients' Rights and the Ombudsman for Patients, stipulating the formulation of a so-called 'living will'. Under these provisions, the it would be addressed to patients in immi-

50 This bill was submitted to the Sejm on 28 August 2009, Sejm print no. 3468.

51 Parliamentary print no. 3467.

ment danger to life or health as a result of a severe terminal illness, who could make an appropriate declaration regarding the medical procedure for sustaining their life. The objection would have to be made voluntarily and knowingly in writing. The authorized subject would be a person of legal age previously informed of the severe terminal illness from which s/he suffers. The statement would be recorded in the patient's medical records. In addition, there were plans to launch a so-called Central Biomedical Registry, maintained in an onlinesystem, which would include entries about the objection made. Thanks to this, a medical professional would have easy access to this data and thus would be able to determine the patient's actual will. The objection could be withdrawn at any time, while its deletion would take place five years after the death of the person who made it. Despite the imperfections of this draft (e.g. limiting the possibility of making a declaration only in the case of a serious, incurable disease and thus omitting emergency situations even if caused by accident), this solution was a step in the right direction. Unfortunately, however, these legislative attempts failed, and ultimately the bill was not enacted. Thus the doctrine still calls for the introduction of an appropriate legal regulation that would, on the one hand, pre-judge the admissibility of such declarations and, on the other, define the conditions for their legal relevancy. Such proposals have been made in the doctrine, with specific solutions.⁵²

Thus, in the current state of the law, three situations should be considered: first, the patient's declarations made immediately prior to the planned procedure or anticipating the health situation, taking into account the patient's current state of health, especially severe terminal illness. In favour of respecting the patient's right to self-determination, it should be considered that such declarations are binding on the medical professional, even if the consequence of acting in accordance with the patient's wishes will be the omission of actions necessary to save their life. However, the medical professional should ascertain the patient's final decisions, warn them of the consequences of such a position, and seek to formalize it, for example in writing, which will reduce evidentiary doubts; if the patient maintains their will after being properly informed of the consequences of not undergoing a particular medical action (e.g. imminent death), the medical professional should comply. On the other hand, if the patient is in a state in which they cannot make therapeutic decisions and have not previously expressed their position, or alternatively the medical professional does not know their will, s/he should apply the procedures provided for in medico-legal regulations and thus either apply for court authorization to perform the procedure or, in the case of urgent medical intervention, follow the formulation of implied consent (Articles 33 and 34(7) and (8) of the Act on the Professions of Physician and Dentist). On the other hand, in a situation where a patient in a state precluding decision-mak-

52 See R. Karcz, *Ochrona pacjenta przed niechcianą transfuzją w praktyce sądowej*, 'Prawo i Medycyna' 2007, vol. 4, pp. 36–49.

ing and expression of will has previously made a *pro futuro* statement, the assessment will depend on the factual circumstances. However, if there are irremovable doubts as to the effectiveness of such a statement, it would seem that primacy should be given to saving the patient's life or health. This may, though, lead to a violation of the patient's actual will and thus to a violation of their right to self-determination. Therefore it is necessary to call for the introduction of appropriate legal regulation, unambiguously resolving the ways of proceeding in such situations. This is because, on the one hand, it will ensure that the patient's rights are respected, and, on the other, it will set a legally secure course of medical action. This is because the medical professional will know how to behave in such a situation in order to avoid potential liability for failing to provide treatment or performing a procedure without the patient's consent. A model for such a regulation can be the solutions proposed in the draft amendment to the Law on Patient's Rights and the Ombudsman for Patients discussed earlier, as well as those adopted in other legislation systems, as presented above.

Conclusions

It is clear from the comparative data given here that there are marked similarities in the experience of the development and implementation of Advance Care Planning, irrespective of jurisdiction. A common trend is that despite a legislative basis and good knowledge about the benefits of ACP, its uptake can be slow, which can be accredited to poor public health messaging, lack of skilled, trained personnel to deliver and sustain ACP initiatives, and misunderstanding of the practical application of an advance care plan or directive in real terms. Addressing each of these would be a prerequisite for successful national implementation.

Clear messages about the role of palliative and end-of-life care as a societal approach to caring well for all citizens need to be reinforced. Within this, it is critical that the positive benefits of ACP are endorsed and the negative aspects highlighted in this document are dispelled, in particular the misperception of ACP as a form of crypto-euthanasia. The overall benefit of well-prepared supported ACP to society is evident in those jurisdictions where it is well established. Successful implementation is based on dialogue, collaboration between legislators and healthcare professionals, and engagement with the public, patients, and caregivers to foster a greater understanding of the true meaning of self-determination.

REFERENCES

Ashby M.A., Natural Causes? Palliative Care and Death Causation in Public Policy and the Law, Doctor of Medicine thesis, University of Adelaide 2001, <https://digital.library.adelaide.edu.au/dspace/handle/2440/38237>.

- Austin C.A., Mohottige D., Sudore R.L., et al., Tools to Promote Shared Decision Making in Serious Illness: A Systematic Review, 'JAMA Internal Medicine' 2015, vol. 175, pp. 1213–1221.
- Boratyńska M., Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego. Część pierwsza. Sprzeciw pro futuro, 'Prawo i Medycyna' 2007, vol. 2, pp. 31–32.
- Bosisio F., Jox R., Jones L., et al., Planning Ahead with Dementia: What Roles Can Advance Care Planning Play? A Review of Opportunities and Challenges, 'Swiss Medical Weekly' 2018, vol. 148, p. w14706.
- Brinkman-Stoppelenburg A., Rietjens J.A.C., van der Heide A., The Effects of Advance Care Planning on End-of-Life Care: A Systematic Review, 'Palliative Medicine' 2014, vol. 28, pp. 1000–1025.
- Buck K., Nolte L., Sellars M., et al., Advance Care Directive Prevalence among Older Australians and Associations with Person-Level Predictors and Quality Indicators, 'Health Expectations' 2021, vol. 24, no. 4, pp. 1312–1325.
- Butler M., Ratner E., McCreedy E., et al., Decision Aids for Advance Care Planning: An Overview of the State of the Science, 'Annals of Internal Medicine' 2014, vol. 161, pp. 408–418.
- Cancer World Archive, How Doctors Die: It's Not Like the Rest of Us, But It Should Be, <https://archive.cancerworld.net/featured/how-doctors-die/>.
- Cheng S.Y., Lin C.P., Chan H.Y.L., et al., Advance Care Planning in Asian Culture, 'Japanese Journal of Clinical Oncology' 2020, vol. 50, pp. 976–989.
- Conseil Fédérale, Message concernant la modification du code civil suisse, 'Feuille fédérale' 2006.
- Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, European Treaty Series No. 164, <https://rm.coe.int/168007cf98>.
- Crawford G.B., Hodgetts K., Burgess T., et al., Documenting Plans for Care: Advance Care Directives and the 7-Step Pathway in the Acute Care Context, 'BMC Palliative Care' 2021, vol. 20, no. 1, pp. 1–9.
- Detering K.M., Hancock A.D., Reade M.C., et al., The Impact of Advance Care Planning on End of Life Care in Elderly Patients: Randomised Controlled Trial. 'British Medical Journal' 2010, vol. 340, p. 847.
- Diegelmann S., Bidmon S., Terlutter R., Promoting Advance Care Planning via Mediated Health Resources: A Systematic Mixed Studies Review, 'Patient Education and Counseling' 2022, vol. 105, pp. 15–29.
- Dukiet-Nagórska T., Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej, 'Prawo i Medycyna' 2005, vol. 2, p. 28.
- Garten L., von der Hude K., Strahleck T., et al., Extending the Concept of Advance Care Planning to the Perinatal Period, 'Klinische Pädiatrie' 2020, vol. 232, no. 5, pp. 249–256.
- Gilissen J., Pivodic L., Smets T., et al., Preconditions for Successful Advance Care Planning in Nursing Homes: A Systematic Review, 'International Journal of Nursing Studies' 2017, vol. 66, pp. 47–59.
- Haesen S., Shaw D., Directing Citizens to Create Advance Directives, 'Swiss Medical Weekly' 2018, vol. 148, p. w14628.
- Hammes B.J., Warner M.R., Leavitt M.O., Having Your Own Say: Getting the Right Care When It Matters Most, United States, CHT Press 2012.

- Hecht K., Krones T., Otto T., et al., Advance Care Planning in schweizerischen Alters- und Pflegeheimen: Ergebnisse einer Fokusgruppenstudie, 'Praxis' 2018, vol. 107, no. 20, pp. 1085–1092.
- Hotzy F., Cattapan K., Orosz A., et al., Psychiatric Advance Directives in Switzerland: Knowledge and Attitudes in Patients Compared to Professionals and Usage in Clinical Practice, 'International Journal of Law and Psychiatry' 2020, vol. 68, p. 101514.
- Houben C.H.M., Spruit M.A., Groenen M.T.J., et al., Efficacy of Advance Care Planning: A Systematic Review and Meta-Analysis, 'Journal of the American Medical Directors Association' 2014, vol. 15, pp. 477–489.
- Informations complémentaires sur le modèle de mise en œuvre de la planification anticipée concernant la santé, mai2022/OFSP/ASSM, <https://www.samw.ch/en/Ethics/Topics-A-to-Z/Advance-care-planning.html>.
- Janiszewska B., Dobro pacjenta czy wola pacjenta – dylemat prawa i medycyny (uwagi o odmowie zgody na leczenie oraz o dopuszczalności oświadczeń pro futuro), 'Prawo i Medycyna' 2007, vol. 2, pp. 46–48.
- Jox R.J., Bosisio F., Rubli Truchard E., Demenz aus palliativmedizinischer Perspektive: Warum ein krankheitsspezifisches Advance Care Planning wichtig ist, 'Therapeutische Umschau' 2018, vol. 75, no. 2, pp. 105–111.
- Karcz R., Ochrona pacjenta przed niechcianą transfuzją w praktyce sądowej, 'Prawo i Medycyna' 2007, vol. 4, pp. 36–49.
- Klingler C., In Der Schmitt J., Marckmann G., Does Facilitated Advance Care Planning Reduce the Costs of Care Near the End of Life? Systematic Review and Ethical Considerations, 'Palliative Medicine' 2016, vol. 30, pp. 423–433.
- Krones T., Budilivski A., Karzig I., et al., Advance Care Planning for the Severely Ill in the Hospital: A Randomized Trial, 'BMJ Supportive and Palliative Care' 2019, vol. 12, pp. E411–423.
- Kulesza J., Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 października 2005 r., 'Palestra' 2007, vols. 3–4, pp. 316–324.
- Meier C., Vilpert S., Borasio G.D., et al., Perceptions and Knowledge Regarding Medical Situations at the End of Life among Older Adults in Switzerland, 'Journal of Palliative Medicine' 2023, vol. 26, no. 1, pp. 35–46.
- Murphy B.F., What Has Happened to Clinical Leadership in Futile Care Discussions? 'Medical Journal of Australia' 2008, vol. 188, no. 7, pp. 418–419.
- Olszewski A.T., Stańczyk I., Glosa do postanowienia z dnia 27 października 2005 r. (III CK 155/05), 'Przełęcz Sądowy' 2008, vols. 11–12, p. 221.
- Planification anticipée concernant la santé. Propositions pour la mise en œuvre, mai 2021/OFSP/ASSM, <https://www.samw.ch/en/Ethics/Topics-A-to-Z/Advance-care-planning.html>.
- Recueil officiel systématique de la législation genevoise, Loi Genevoise, K1.30, art S.3.1996.
- Rietjens J.A.C., Sudore R.L., Connolly M., et al., Definition and Recommendations for Advance Care Planning: An International Consensus Supported by the European Association for Palliative Care, 'Lancet Oncology' 2017, vol. 18, pp. e543–e551.
- Sawicki J., Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa, Warsaw 1966,

- Singer P.A., Robertson G., Roy D.J., Bioethics for Clinicians: 6. Advance Care Planning, 'CMAJ: Canadian Medical Association Journal' 1996, vol. 155, p. 1689.
- Sudore R.L., Lum H.D., You J.J., et al., Defining Advance Care Planning for Adults: A Consensus Definition from a Multidisciplinary Delphi Panel, 'Journal of Pain and Symptom Management' 2017, vol. 53, pp. 821–832.e1.
- Sukockienė E., Iancu Ferfoglia R., Boegli M., et al., Early Advance Care Planning in Amyotrophic Lateral Sclerosis Patients: Results of a Systematic Intervention by a Palliative Care Team in a Multidisciplinary Management Programme – a 4-Year Cohort Study, 'Swiss Medical Weekly' 2021, vol. 151, p. w20484.
- The Economist Intelligence Unit, The Quality of Death: Ranking End-of-Life Care across the World, 2015. [https://impact.economist.com/perspectives/sites/default/files/2015 EIU Quality of Death Index Oct 29 FINAL.pdf](https://impact.economist.com/perspectives/sites/default/files/2015%20EIU%20Quality%20of%20Death%20Index%20Oct%2029%20FINAL.pdf).
- Tymiński R., Glosa do postanowienia z dnia 27 października 2005 r. (III CK 155/05), 'Przebieg Sądowy' 2008, vol. 3, pp. 116–121.
- Vilpert S., Borrat-Besson C., Maurer J., et al., Awareness, Approval and Completion of Advance Directives in Older Adults in Switzerland, 'Swiss Medical Weekly' 2018, vol. 148, p. w14642.
- Zhang B., Wright A.A., Huskamp H.A., et al., Health Care Costs in the Last Week of Life: Associations with End-of-Life Conversations, 'Archives of Internal Medicine' 2009, vol. 169, pp. 480–488.
- Zielińska E., Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej, Warsaw 2001.
- Zoll A., Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępczość czynu w praktyce lekarskiej, 'Prawo i Medycyna' 2005, vol. 2.

Maciej Borski

Akademia Humanitas w Sosnowcu, Polska

maciej.borski@humanitas.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8210-7968>

Model opieki paliatywnej w Polsce z perspektywy osób u schyłku życia i ich opiekunów – zagadnienia wstępne

The Model of Palliative Care in Poland from the Perspective of People at the End of Life and Their Carers: Preliminary Issues

Abstract: The aim of this article is to reflect on the model of palliative care in Poland from the perspectives of a person at the end of life and their carers. A large part of the considerations is focused on terminological issues, the presentation of which is extremely important, because not only does it illustrate the evolution in the approach to palliative care, but it also defines the personal aspect of support related to the person at the end of life and their carer. An extremely important element of the article is the presentation, based on the current legal status, of the basic assumptions of palliative care in Poland by showing the forms of support addressed not only to people at the end of their lives, but also to their carers. It should be emphasized here that this care should take on a holistic dimension, going beyond the legal and institutional sphere, hence some of the considerations are also devoted to social, spiritual, emotional or information support, which from the point of view of these people is also extremely important. The article also attempts to indicate specific normative solutions requiring intervention by the legislature, due to the demographic and epidemic challenges facing the Polish state.

Keywords: actual guardians, hospices, legal guardians, palliative care, support

Słowa kluczowe: opiekun faktyczny, hospicjum, opiekun prawny, opieka paliatywna, wsparcie

Wprowadzenie

Współcześnie rozumiana opieka paliatywna ma swoje korzenie dopiero w II połowie XX w. Początki tej formy opieki sięgają jednak czasów najdawniejszych. Pierwsze hospicja rozumiane jako miejsca, w których zapewniano opiekę podróż-

nym, funkcjonowały już bowiem w starożytnym Rzymie¹. Oczywiście, nie były to hospicja w znaczeniu współczesnych ośrodków medycznych, lecz zajazdy, gościńce stawiane przy traktach rzymskich, które zapewniały jednak podstawowe świadczenia podróżnym. W średniowieczu, a zwłaszcza w okresie wypraw krzyżowych (XII–XIV w.), w miejscach tych zapewniano opiekę podróżnym umierającym z powodu ran odniesionych w bitwach czy szerzących się chorób infekcyjnych. Późniejsze wieki zaowocowały powszechną kasacją zakonów i likwidacją prowadzonych przez nie szpitali i przytułków, co spowodowało, że tego rodzaju formy wsparcia niemal zupełnie zanikły². Dopiero w końcowym okresie XIX w. zaczęły powstawać pierwsze ośrodki, w których sprawowano holistyczną opiekę nad osobami nieuleczalnie chorymi, tak aby ich umieranie przebiegało w spokoju. Były to zatem pierwsze ośrodki będące pierwowzorami dzisiejszych hospicjów³. Pierwszy ośrodek medyczny dla nieuleczalnie chorych we współczesnym tego słowa znaczeniu założony został w 1893 r. w Londynie – *St. Luke's House*. Ośrodek ten zapewniał nie tylko opiekę pielęgniarstwa, ale również lekarską. W 1899 r. w Nowym Jorku otwarto *St. Rose's Hospice by the Servants for Relief of Incurable Cancer* i niedługo potem na terenie Stanów Zjednoczonych zaczęły powstawać kolejne hospicja, których celem stało się niesienie pomocy głównie osobom z chorobą nowotworową. W XX w. powstawały kolejne tego typu placówki, głównie na terenie Wielkiej Brytanii. Szczególnie ważne z punktu widzenia kształtowania się opieki paliatywnej stało się jednak dopiero otwarcie w 1967 r. przez Cicely Saunders *St. Christopher's Hospice* w Londynie. Placówka ta, jak słusznie zauważa T. Dzierżanowski, uważana jest współcześnie „za pierwszą na świecie jednostkę kliniczną, dydaktyczną i badawczą w dziedzinie medycyny paliatywnej”⁴.

Celem artykułu jest podjęcie refleksji na temat modelu opieki paliatywnej w Polsce z perspektywy osoby u schyłku życia i jej opiekunów. Problematyka ta wymaga dokładniejszego zbadania z uwagi na fakt, że o ile jest ona dość szeroko analizowana na gruncie nauk medycznych, o tyle nauki prawne poświęcają jej stosunkowo niewiele uwagi, skupiając się na bardzo szczegółowych rozwiązaniach dotyczących np. samego momentu śmierci czy też statusu prawnego osób ubezpieczonych. Brak natomiast szerszej refleksji pozwalającej na ukazanie sytuacji prawnej, w jakiej funkcjonują osoby znajdujące się u schyłku życia oraz ich

1 *Hospitium* w języku łacińskim oznacza gościnny dom, kwaterę; zob. J. Korpanty, *Mały słownik łacińsko-polski*, Warszawa 2001, s. 308.

2 Zob. T. Dzierżanowski, *Definicje opieki paliatywnej – przegląd narracyjny i nowa propozycja*, „*Medycyna Paliatywna*” 2021, nr 13(4), s. 188.

3 Tylko tytułem przykładu wskazać można: *The Home for Incurables* – 1879 – Adelaide, Australia; *The Home of Peace* – 1885 – Friedenheim, Anglia; *The Home of Peace for the Dying and Incurable* – 1902 – Perth, Australia; *The Anglican House of Peace for the Dying* – 1907 – Sydney, Australia.

4 Szerzej zob. T. Dzierżanowski, *Definicje...*, *op. cit.*, s. 188.

opiekunowie. Nie ulega wątpliwości, że ta szczególna sytuacja faktyczna, w której każdy człowiek prędzej czy później się znajdzie, wiąże się z szerokim spektrum problemów i wymaga pogłębionej refleksji, której nie da się przeprowadzić w ramach jednego opracowania. Warto zatem podkreślić, że tekst ten stanowi swego rodzaju wprowadzenie do dalszych rozważań, w związku z czym jego zasadnicza część ukierunkowana jest na kwestie terminologiczne, bardzo istotne z tego punktu widzenia, bowiem pokazujące z jednej strony ewolucję w podejściu do opieki paliatywnej, a z drugiej wskazujące personalny aspekt wsparcia związany z osobą u schyłku życia i jej opiekunem. Przy tej okazji należy także podkreślić wagę używania odpowiednich określeń, które nie mają charakteru stygmatyzującego i nie nasuwają negatywnych skojarzeń. Właśnie dlatego w tekście autor nie używa takich terminów, jak stan terminalny czy osoba w stanie terminalnym⁵, które wiążą się z nieuchronnym umieraniem, lecz stara się konsekwentnie posługiwać terminologią o neutralnych konotacjach – opieka paliatywna, osoba u schyłku życia itp. Niezwykle istotnym elementem artykułu jest także zaprezentowanie w oparciu o obowiązujący stan prawny podstawowych założeń opieki paliatywnej w Polsce poprzez odniesienie się do wykorzystywanych form wsparcia nie tylko osób u schyłku życia, lecz także ich opiekunów. Należy w tym miejscu podkreślić, że opieka ta powinna przybrać holistyczny wymiar, wykraczający poza sferę prawno-instytucjonalną, stąd część rozważań poświęconych jest także wsparciu socjalnemu, duchowemu, emocjonalnemu czy informacyjnemu, które z punktu widzenia tych osób są także niezwykle istotne. Ukazanie istniejącego katalogu form wsparcia wymaga także refleksji dotyczącej konieczności dokonania zmian istniejącego modelu opieki paliatywnej w Polsce z uwagi na stojące przed polskim społeczeństwem wyzwania demograficzne i epidemiczne. Jej efektem będzie także próba wskazania konkretnych rozwiązań normatywnych wymagających interwencji ze strony prawodawcy. Takie podejście do tematu determinuje także wybór metod badawczych. Przede wszystkim konieczne wydaje się dokonanie analizy istniejących rozwiązań prawnych z wykorzystaniem metody dogmatycznej. To właśnie zastosowanie tej metody polegającej na analizie przepisów prawnych pozwala bowiem na określenie statusu prawnego opiekuna osoby znajdującej się u schyłku życia, a także na przedstawienie istniejących rozwiązań prawnych pozwalających na zapewnienie różnorodnych form wsparcia zarówno osób u schyłku życia, jak i ich opiekunów. Metoda ta wspierana jest przez badania literaturowe, bez których określenie statusu chorego u schyłku życia oraz jego opiekunów nie byłoby możliwe.

5 *Terminus* (łac.) – granica, kres.

1. Opieka paliatywna – zagadnienia terminologiczne

Określenie statusu chorego u schyłku życia i jego opiekunów oraz zasad ich wspierania nie jest możliwe bez głębszej refleksji nad pojęciem opieki paliatywnej. Tylko precyzyjne jej zdefiniowanie pozwala bowiem na wyznaczenie celów, jakie przed nią stoją, oraz sposobów ich realizacji. Określenie celów opieki paliatywnej pozwala z kolei na podejmowanie konkretnych decyzji przez właściwe organy państwa w zakresie prowadzonej polityki zdrowotnej i społecznej. Dopiero na tej bazie możliwe jest tworzenie konkretnych rozwiązań legislacyjnych, które zapewnić mogą wsparcie nie tylko osobom u schyłku życia, ale także ich opiekunom.

Termin „opieka paliatywna” użyty został po raz pierwszy przez Balfoura Mounta, kanadyjskiego lekarza, który w już w latach siedemdziesiątych XX w. propagował ideę profesjonalnej opieki nad osobami chorymi na nowotwory złośliwe w nieuleczalnym stadium⁶. To właśnie on zwrócił uwagę na odmienne znaczenie terminów „paliatywny” i „hospicyjny”, a także na jednoznacznie negatywne skojarzenie terminów „opieka terminalna” oraz „hospicjum” jako związanych z nieuchronnym umieraniem⁷.

Zdecydowanie najbardziej znaną definicją opieki paliatywnej jest ta sformułowana przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) w 2002 r. i zmodyfikowana w 2020 r. Zgodnie z nią opieka paliatywna to podejście, które poprawia jakość życia pacjentów (dorosłych i dzieci) oraz ich rodzin, borykających się z problemami związanymi z chorobami zagrażającymi życiu. Zapobiega i łagodzi cierpienie poprzez wczesną identyfikację, prawidłową ocenę oraz leczenie bólu i innych problemów fizycznych, psychospołecznych lub duchowych⁸. Jak widać, szczególnie istotnym jej elementem jest zapobieganie cierpieniu i znoszenie go poprzez wczesną jego identyfikację. Należałoby zatem przyjąć, że celem tak rozumianej opieki paliatywnej jest poprawa jakości życia pacjentów i ich rodzin w sytuacji, gdy zmagają się oni z zagrażającą życiu chorobą. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że poprawa jakości życia może być osiągnięta poprzez wsparcie holistyczne obejmujące nie tylko niesienie ulgi w cierpieniu fizycznym, ale i wsparcie społeczne, psychologiczne i duchowe. Należy zauważyć, że w definicji tej nie określono chorób czy grup chorób, dla których dedykowana byłaby opieka paliatywna. W komentarzu do definicji z 2020 r. wymieniono jedynie tytułem przykładu najczęstsze schorzenia, jakie mogą wymagać opieki paliatywnej, wyliczenie to ma jednak charakter przykładowy⁹.

6 <https://cdnmedhall.ca/laureates/balfourmount> (1.12.2022).

7 T. Dzierżanowski, *Definicje...*, *op. cit.*, s. 188.

8 Zob. <https://www.who.int/health-topics/palliative-care> (1.12.2022).

9 Są to: nowotwory, choroby układu krążenia, przewlekłe choroby układu oddechowego, niewydolność nerek, przewlekłe choroby wątroby, choroby neurologiczne, w tym m.in. stwardnienie rozsiane, choroba Parkinsona, cukrzyca, reumatoidalne zapalenie stawów, ośpienie, wady wrodzone, AIDS, lekooporna gruźlica.

W prawie polskim z pojęciem opieki paliatywnej spotkać się można w rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki paliatywnej i hospicyjnej¹⁰. Paragraf 3 ust. 1 tego rozporządzenia definiuje jednak nie tyle samą opiekę paliatywną, co świadczenia opieki paliatywnej i hospicyjnej, stanowiąc, że jest to „wszechstronna, całościowa opieka i leczenie objawowe świadczeniobiorców chorujących na nieuleczalne, niepoddające się leczeniu przyczynowemu, postępujące, ograniczające życie choroby. Opieka ta jest ukierunkowana na poprawę jakości życia, ma na celu zapobieganie bólowi i innym objawom somatycznym oraz ich uśmierzenie, łagodzenie cierpień psychicznych, duchowych i socjalnych”. Tego rodzaju podejście polskiego prawodawcy należy ocenić negatywnie, bowiem zamiast na istocie opieki skupił się on na konkretnych świadczeniach przysługujących chorym. W konsekwencji ograniczył dostęp do tej opieki, wprowadzając we wskazanym wyżej akcie normatywnym zamknięty katalog chorób uprawniających do korzystania z niej. W praktyce zatem z opieki paliatywnej korzystają głównie pacjenci onkologiczni, którzy według raportu NIK z 2019 r. stanowią ponad 90% wszystkich pacjentów objętych tą formą wsparcia. Tymczasem corocznie 45 tys. pacjentów umiera ze zdiagnozowanymi chorobami nienowotworowymi – na przykład cierpiących na niewydolność serca lub nerek, które to choroby nie kwalifikują do opieki paliatywnej¹¹. Ponadto prawodawca, skupiając się w tej definicji na wsparciu chorych, pominął zupełnie ich opiekunów. Rodziny chorych u schyłku życia nie mają zatem zapewnionego wsparcia ani podczas choroby osoby bliskiej, ani w okresie żałoby, po jej śmierci. Duże ośrodki opieki paliatywnej starają się czasem zapewnić takie wsparcie na swój koszt, o ile pozwalają im na to warunki organizacyjne i finansowe, jednak co do zasady świadczenia dla rodzin osób umierających nie są uwzględnione ani w obowiązujących aktach normatywnych, ani w wycenie świadczeń i warunkach realizacji Narodowego Funduszu Zdrowia (NFZ). Takie podejście jest z założenia sprzeczne z ideą opieki paliatywnej, wyrażoną w przytoczonej wyżej definicji WHO, która co prawda ma charakter normy *soft law*, jednak z uwagi na autorytet WHO jako organizacji wyspecjalizowanej w zakresie ochrony zdrowia powinna być podczas stanowienia krajowego prawa powszechnie obowiązującego uwzględniana przez organy stanowiące to prawo. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że prawo miękkie wywołuje skutek poprzez perswazję, a nie przymus, zaś instrumenty miękkie, takie jak przytoczona wyżej definicja opieki paliatywnej, przyjmowane są z intencją ich przeistoczenia się w traktat lub zwyczaj w dłuższej perspektywie czasowej¹². Wydaje

10 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 października 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki paliatywnej i hospicyjnej (tekst jedn. Dz.U z 2022 r., poz. 262).

11 Informacja o wynikach kontroli NIK – Zapewnienie opieki paliatywnej i hospicyjnej, Delegatura w Bydgoszczy, LB.Y.430.003.2019, nr ewid. 146/2019/P/18/063/LBY.

12 Szerzej na ten temat zob. A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Autonomia jednostki w międzynarodowym prawie biomedycznym*, Wrocław 2019, s. 91.

się zatem, że polski prawodawca powinien dokonać korekty wskazanego wyżej rozporządzenia, idącej w kierunku zapewnienia dostępu do opieki paliatywnej szerszej grupie osób u schyłku życia. Ponadto rozważenia wymaga, moim zdaniem, przyjęcie definicji opieki paliatywnej w tym rozporządzeniu lub – z uwagi na jej szczególne znaczenie – w akcie normatywnym rangi ustawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przyjęcie tej definicji będzie miało zasadniczy wpływ na kształt uprawnień szczególnej grupy ludzi: osób u schyłku życia i ich opiekunów.

W kontekście powyższych rozważań warto wskazać także na definicje opieki paliatywnej przyjęte w ramach działalności dwóch największych międzynarodowych stowarzyszeń zajmujących się promocją i rozwojem opieki paliatywnej: Europejskiego Towarzystwa Opieki Paliatywnej (European Association for Palliative Care – EAPC¹³) i Międzynarodowego Stowarzyszenia Opieki Hospicyjnej i Paliatywnej (International Association for Hospice and Palliative Care – IAHPIC¹⁴).

Definicja przyjęta przez EAPC jest oparta na definicji WHO, jednakże w odmienny sposób podchodzi do osób wymagających opieki paliatywnej¹⁵. Według EAPC są to osoby cierpiące na choroby zagrażające życiu, u których leczenie okazuje się nieskuteczne. Wynika z tego, że opieką paliatywną powinni być obejmowani chorzy na chorobę prowadzącą do śmierci, jeśli choroba nie odpowiada na zastosowaną wcześniej terapię. Tego rodzaju podejście spotkało się z krytyką w literaturze przedmiotu jako zbyt wąskie¹⁶. Definicja w wydaniu EAPC akcentuje ponadto konieczność objęcia opieką paliatywną rodziny pacjenta oraz społeczności. Ta druga kategoria wydaje się dość zaskakująca, bowiem pojęcie to jest bardzo pojemne i brak jego sprecyzowania może rodzić poważne wątpliwości co do zakresu tej opieki.

Definicja zaproponowana przez IAHPIC¹⁷ także oparta jest na definicji WHO, przy czym odróżniają ją od niej trzy zasadnicze kwestie. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że opiece tej podlegają osoby cierpiące z powodu ciężkich chorób, przy czym ich wiek nie ma tutaj znaczenia. W definicji tej nie akcentuje się zatem śmiertelności choroby ani jej nieuleczalności, lecz jedynie jej ciężki przebieg. Po drugie, wskazuje się na konieczność podjęcia opieki paliatywnej już w pierwszej fazie choroby. Po trzecie wreszcie, definicja ta zakłada dwustopniowy model opieki paliatywnej, charakteryzujący się przekazywaniem skomplikowanych i problematycznych z punktu widzenia diagnostyki chorób do specjalistycznej opieki paliatywnej.

13 Jest to największa organizacja skupiająca kilka tysięcy profesjonalistów i wolontariuszy z 42 krajów świata, a także 53 organizacje krajowe zajmujące się opieką paliatywną w 30 krajach Europy i 3 organizacje z Australii.

14 Jest to druga pod względem ważności organizacja skupiająca profesjonalistów i wolontariuszy związanych z opieką paliatywną.

15 Definicję tę przytacza T. Dzierżanowski; zob. T. Dzierżanowski, *Definicje...*, *op. cit.*, s. 191.

16 *Ibidem*, s. 191.

17 *Ibidem*, s. 193.

Z uwagi na ograniczony charakter opracowania pomijam już tzw. pokrewne formy opieki, do których zalicza się m.in. opiekę hospicyjną, opiekę wspomagającą, opiekę końca życia, opiekę terminalną, które z różnych przyczyn nie są w powszechnym użyciu i nie mają większego znaczenia dla prowadzonych dalej rozważań.

2. Status prawny opiekunów osób u schyłku życia

Z uwagi na adresowanie opieki paliatywnej nie tylko do osób u schyłku życia, ale także do ich opiekunów doprecyzowania terminologicznego wymaga także ta kategoria osób. Nie ma ona charakteru jednolitego, co wiąże się z faktem, że w polskim prawie powszechnie obowiązującym wyodrębnia się dwie kategorie opiekunów: prawnych i faktycznych. W przypadku dzieci opiekunami prawnymi są zwykle rodzice, natomiast w odniesieniu do osób dorosłych u schyłku życia osoba opiekuna prawnego wiąże się ściśle z przewidzianą w kodeksie cywilnym¹⁸ instytucją ubezwłasnowolnienia. Chociaż dyskusja dotycząca potrzeby zmiany podejścia do osób niesamodzielnych i odejścia od instytucji ubezwłasnowolnienia w kierunku rozwiązań bardziej elastycznych, wiążących się ze wspomaganiem osoby wymagającej wsparcia, jest istotna, na potrzeby artykułu konieczne wydaje się jedynie zasygnalizowanie podstawowych kwestii dotyczących statusu prawnego tej kategorii opiekunów.

Problemy z samodzielnym i świadomym kierowaniem swoim postępowaniem są przesłanką do całkowitego¹⁹ lub częściowego²⁰ ubezwłasnowolnienia osoby u schyłku życia. Z kolei zgodnie z art. 175 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²¹ do opieki nad osobą całkowicie ubezwłasnowolnioną stosuje się przepisy tego kodeksu dotyczące opieki nad małoletnim. Kodeks rodzinny i opiekuńczy stanowi też, że sąd, podejmując decyzję o wyznaczeniu opiekuna prawnego dla osoby u schyłku życia, powinien brać pod uwagę stopień pokrewieństwa. Jeżeli dobro ubezwłasnowolnionego nie wskazuje inaczej, to opiekunem prawnym takiej osoby powinien być jej współmałżonek. W razie braku żony lub męża takim opiekunem prawdopodobnie zostanie ustanowiony rodzic. W dalszej kolejności brana pod uwagę będzie inna osoba krewna lub

18 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1360).

19 Zgodnie z art. 13 § 1 i 2 kodeksu cywilnego: „Osoba, która ukończyła lat trzynaście, może być ubezwłasnowolniona całkowicie, jeżeli wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, nie jest w stanie kierować swym postępowaniem. Dla ubezwłasnowolnionego całkowicie ustanawia się opiekę, chyba że pozostaje on jeszcze pod władzą rodzicielską”.

20 Zgodnie z art. 16 § 1 i 2 kodeksu cywilnego: „Osoba pełnoletnia może być ubezwłasnowolniona częściowo z powodu choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, jeżeli stan tej osoby nie uzasadnia ubezwłasnowolnienia całkowitego, lecz potrzebna jest pomoc do prowadzenia jej spraw. Dla osoby ubezwłasnowolnionej częściowo ustanawia się kuratelę”.

21 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1359).

bliska²². Należy jednak podkreślić, że ostatecznym kryterium zawsze będzie jednak zdolność do należytego sprawowania funkcji opiekuna prawnego²³. Opiekun zobowiązany jest wykonywać swe czynności z należytą starannością, jak tego wymaga dobro osoby pozostającej pod opieką i interes społeczny, podlega przy tym nadzorowi sądu opiekuńczego. Przede wszystkim opiekun prawny sprawuje pieczę nad osobą ubezwłasnowolnioną. W jej ramach powinien zadbać, aby osoba ta miała środki do życia i zapewnioną opiekę lekarską, a także aby nie stwarzała zagrożenia dla innych osób. Opiekun prawny zarządza też majątkiem osoby ubezwłasnowolnionej.

Zupełnie inny jest status opiekuna faktycznego. Definicję legalną tego opiekuna odnaleźć można w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (dalej u.p.p)²⁴, z kolei kompetencje opiekunów faktycznych, przede wszystkim w zakresie prawa do wyrażania zgody na interwencje medyczne (jedynie w kilku przypadkach) oraz otrzymywania niektórych informacji dotyczących pacjenta, określa ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry²⁵. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 u.p.p. opiekunem faktycznym jest osoba sprawująca, bez obowiązku ustawowego, stałą opiekę nad pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia albo stan psychiczny opieki takiej wymaga. Opiekunem faktycznym jest zatem osoba spełniająca trzy podstawowe kryteria:

- 1) sprawuje stałą pieczę nad pacjentem,
- 2) wiek, stan zdrowia lub stan psychiczny pacjenta powoduje, że wymaga on takiej pieczy,
- 3) sprawowanie pieczy nad pacjentem następuje bez obowiązku ustawowego.

Warto w tym miejscu zauważyć, że osoba sprawująca stałą pieczę nad pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia lub stan psychiczny tego wymaga, nie zawsze może zostać uznana za opiekuna faktycznego. Z uwagi na fakt, że piecza nad pacjentem nie może być wykonywana na podstawie obowiązku płynącego z ustawy, opiekunem faktycznym rzadko może być osoba pozostająca w bliskiej relacji rodzinnej, która jest zobowiązana do sprawowania opieki ze względu na przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Stosunkowo często natomiast zdarza się, że opiekunem faktycznym staje się osoba, która sprawuje pieczę na podstawie obowiązku umownego. Takim opiekunem może zatem stać się osoba pielęgnująca osobę u schyłku życia na podstawie umowy cywilnoprawnej. Odnosząc się do kompetencji opiekuna

22 Por. art. 176 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

23 Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2000 r., sygn. akt IV CKN 1628/00, Legalis nr 56354.

24 Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1876).

25 Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1731).

faktycznego, warto zauważyć, że jedną z najważniejszych wydaje się prawo do wyrażenia zgody na przebadanie osoby u schyłku życia, która jest niezdolna do świadomego wyrażenia zgody. W takim wypadku opiekun faktyczny przed wyrażeniem zgody może zostać poinformowany przez lekarza o tym, na czym polega przeprowadzane badanie²⁶. Do jego kompetencji nie należy już jednak wyrażenie zgody na dalsze leczenie, a także na badanie diagnostyczne niosące za sobą pewne ryzyko dla pacjenta, takie jak np. rezonans magnetyczny czy tomografię. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku konieczności wykonania zabiegu operacyjnego – opiekun faktyczny nie ma prawa do wyrażenia zgody lub sprzeciwu na jego wykonanie. Jeżeli zatem pacjent u schyłku życia nie ma opiekuna prawnego albo nie można się z nim porozumieć, zgodę na zabieg operacyjny lub czynności o podwyższonym ryzyku może wyrazić jedynie sąd opiekuńczy.

3. Formy wsparcia osób u schyłku życia i ich opiekunów

Nie ulega wątpliwości, że bliscy osób znajdujących się u schyłku życia, rodzina i przyjaciele, są najlepszymi opiekunami chorego. Z drugiej strony potrzebują oni wsparcia, bowiem nie są w stanie samodzielnie zapewnić choremu profesjonalnej opieki medycznej czy psychologicznej. Trzeba jednak pamiętać, że wsparcie z zewnątrz powinno być dostosowane do potrzeb chorego i jego rodziny. Towarzyszące śmiertelnej chorobie wysokie napięcie emocjonalne, uczucie braku wsparcia albo rzeczywisty jej brak powoduje, że osoby, które mogą pomóc, muszą pamiętać, iż zakres i formę tej pomocy należy uzgodnić zarówno z chorym, jak i jego bliskimi. Zinstytucjonalizowaną formą opieki nad osobą u schyłku życia w Polsce jest opieka paliatywna i hospicyjna, która może w aktualnym stanie prawnym przybrać jedną z czterech postaci.

Pierwszą z nich jest domowa opieka hospicyjna, którą chory powinien zostać objęty w dniu zgłoszenia lub następnego dnia, a w której skład wchodzi nie tylko lekarze i pielęgniarki, ale także wolontariusze i duchowni niekoniecznie mający wykształcenie medyczne. Zapewniają oni pomoc specjalistyczną, duchową oraz spontaniczną chorym przebywającym w domu pod opieką rodziny i bliskich. Opieka ta jest przeznaczona dla dorosłych lub dla dzieci do ukończenia osiemnastego roku życia i zgodnie z § 6 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych obejmuje ona świadczenie opieki zdrowotnej udzielane przez lekarzy,

26 Trzeba jednak pamiętać, że jeżeli chory ma pełną zdolność do czynności prawnych, lekarz, udzielając świadczenia zdrowotnego, nie może opierać się na zgodzie wyrażonej przez opiekuna. Podobnie nie może przymuszać go do wyznaczenia osób uprawnionych do udzielania informacji medycznych. Szerzej na temat dopuszczalnych form ograniczenia prawa pacjenta do samostanowienia zob. T. Grądalski, K. Kochan, E. Wesołek, J. Kleja, Zgoda chorego na leczenie u kresu życia, „Medycyna Paliatywna w Praktyce” 2010, nr 3, s. 121–123.

pielęgniarki, psychologów, rehabilitantów i fizjoterapeutów, leczenie farmakologiczne, leczenie bólu zgodnie z wytycznymi Światowej Organizacji Zdrowia (drabina analgetyczna²⁷), leczenie innych objawów chorobowych, zapobieganie powikłaniom, bezpłatne wypożyczanie przez hospicja domowe wyrobów medycznych i środków pomocniczych (np. inhalatorów, glukometrów, wózków inwalidzkich, kul, sprzętu do pomiaru ciśnienia krwi), a także badania zlecone przez lekarza zatrudnionego w hospicjum domowym dla dorosłych lub dla dzieci do ukończenia osiemnastego roku życia. Pacjenci korzystający z domowej opieki hospicyjnej mają prawo do pełnego, całodobowego dostępu do lekarza i pielęgniarki, porad lekarskich w zależności od potrzeb (nie rzadziej niż dwa razy w miesiącu), wizyt pielęgniarskich w zależności od potrzeb (nie rzadziej niż dwa razy w tygodniu). Głównym założeniem hospicjum domowego jest ścisła współpraca wskazanego wyżej personelu z rodziną. Tytułem przykładu: pielęgniarka uczy rodzinę zajmującą się chorym m.in. pielęgnacji jego ciała, profilaktyki przeciwoleżynowej, zapobiegania zaparciom, biegunkom, obsługi pompy infuzyjnej czy techniki przygotowywania leków doustnych i ich podawania²⁸. Opieka tego rodzaju zapewnia potrzeby około 90% potrzebujących, dzięki czemu nie ma konieczności angażowania ośrodków specjalistycznych. Hospicjum domowe dla dorosłych obejmuje opieką chorych w promieniu 30 km od miejsca swojej siedziby. Z kolei hospicjum domowe dla dzieci działa na obszarze o promieniu 100 km; rozciąga się tam opieka nad dziećmi w schyłkowym stadium życia, u których nie prowadzi się terapii przedłużającej życie (chemioterapii, intensywnej terapii itp.).

Drugą postacią opieki paliatywnej są świadczenia udzielane stacjonarnie w hospicjach stacjonarnych lub na oddziale medycyny paliatywnej. Oprócz wskazanych już wyżej świadczeń realizowanych w ramach domowej opieki hospicyjnej placówki te zapewniają także (zgodnie z § 5 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie

27 Jest to schemat stosowania leków przeciwbólowych, który został opracowany w 1986 r. przez Światową Organizację Zdrowia (WHO). Schemat ten zawiera trzy stopnie odczuwania bólu, do których przypisane zostały odpowiednie leki, jakie powinny być wykorzystane w celu jego zniesienia. Stopień I to ból o niewielkim nasileniu. Leczenie polega na zastosowaniu leków nieopiodowych, takich jak NLPZ czy paracetamol. Stopień II to ból o większym nasileniu. W leczeniu takiego bólu stosuje się leki z grupy opioidowych środków przeciwbólowych. II stopień bólu wymaga zastosowania nieco słabszych opioidów, takich jak tramadol, dihydrokodeina czy też etylomorfiną. Dodatkowo lekarz może dołączyć terapię nieopiodowym środkiem przeciwbólowym. Stopień III to najwyższy stopień drabiny analgetycznej. Dotyczy bólu o dużym nasileniu. W leczeniu tak silnego bólu stosuje się leki o budowie opioidowej, takie jak morfina, fentanyl, buprenorfina, oksykodon oraz metadon. Wymienione leki mogą mieć formę tabletek, plastrów czy też iniekcji. Do silnych leków opioidowych bardzo często dołącza się także leki nieopiodowe; więcej zob. J. Woroń, J. Dobrogowski, J. Wordliczek, J. Kleja, Leczenie bólu w oparciu o drabinę analgetyczną WHO, „Medycyna po Dyplomie” 2011(20), nr 8(185), s. 52–61; https://podyplomie.pl/publish/system/articles/pdfarticles/000/010/889/original/Strony_od_MpD_2011_08-7.pdf?1468491669 (14.11.2022).

28 Należy podkreślić, że opieka pielęgniarska nie obejmuje tzw. opieki wyręczającej. Pielęgniarka hospicjum domowego nie wykonuje czynności związanych z prowadzeniem domu i nie zostaje też z chorym podczas nieobecności rodziny.

świadczeń gwarantowanych) badania zlecone przez lekarza zatrudnionego w hospicjum stacjonarnym lub oddziale medycyny paliatywnej, a także zaopatrzenie w wyroby medyczne konieczne do wykonania świadczenia gwarantowanego w hospicjum stacjonarnym lub w oddziale medycyny paliatywnej. Ważną formą wsparcia rodziny chorego u schyłku życia jest także świadczenie tzw. opieki wyręczającej, obejmującej przyjmowanie chorych do hospicjum stacjonarnego lub oddziału medycyny paliatywnej na okres nie dłuższy niż 10 dni. W ten sposób bliscy chorego mogą sami skorzystać ze świadczeń leczniczych czy rehabilitacyjnych, których potrzebują, lub po prostu odpocząć po wyczerpującej, dwudziestoczworgodzinnej opiece, jaką muszą zapewnić choremu²⁹. Warto w tym miejscu podkreślić, że do hospicjum stacjonarnego lub oddziału medycyny paliatywnej przyjmowany jest każdy pacjent, u którego występują trudne warunki domowe, zaś rodzina potrzebuje czasowego odciążenia lub też nie posiada kompetencji w prowadzeniu terapii objawów. Warunkiem umieszczenia jest oczywiście świadomie wyrażona zgoda pacjenta lub – w przypadku jego ubezwłasnowolnienia – zgoda opiekuna lub kuratora. W przypadku dzieci do 13 roku życia będzie to oczywiście zgoda rodziców. Należy podkreślić, że niedopuszczalne jest przymusowe umieszczenie chorego w tego typu placówce. Oczywiście, gdy stan zdrowia polepszy się, chory może powrócić do domu bez ryzyka pogorszenia stanu zdrowia. Warto zauważyć, że hospicja dysponują zwykle stosunkowo niewielką ilością łóżek³⁰, co zapobiega sztucznemu napływowi pacjentów i niepotrzebnemu wydłużaniu się pobytu pacjenta. Ponadto bliscy pacjenta mogą uczyć się tam praktycznej pomocy przy pielęgnacji i opiece nad osobami w ostatniej fazie życia, jednocześnie wprowadzając do codziennej opieki elementy życia rodzinnego. W tego typu placówkach nie ma także, co do zasady³¹, ograniczeń co do czasu przebywania z chorym, można również przyprawiać dzieci.

Trzeci typ opieki to poradnie medycyny paliatywnej. Jest to forma wsparcia bardzo popularna w dużych miastach. Tego rodzaju ośrodki wspomagają placówki stacjonarne i zespoły opieki domowej. Mieszkający w pobliżu chorzy w pierwszej fazie śmiertelnej choroby mogą korzystać z pomocy doświadczonego zespołu. Świadczenia realizowane w warunkach ambulatoryjnych obejmują porady i konsultacje lekarskie w poradni lub w domu chorego (w tym również porady dla osób, które nie

29 Szerzej na temat znaczenia tzw. opieki wyręczającej zob. M. Borski, „Opieka wytchnieniowa” jako ważny instrument wsparcia opiekunów osób z niepełnosprawnościami, „Roczniki Administracji i Prawa” 2019, nr 2, s. 151–167.

30 Według wytycznych WHO oddziały paliatywne powinny liczyć od pięciu do maksymalnie czterech łóżek. W pokojach powinny być zakwaterowane maksymalnie 2–3 osoby. Ponadto pacjenci chodzący lub jeżdżący na wózkach, a także odwiedzające rodziny powinni mieć dostęp do kuchni lub pomieszczenia socjalnego, w którym można przygotować ciepłe napoje lub podgrzać posiłek. Oddział powinien także obejmować świetlicę lub inne miejsce spotkań dla chorych, na przykład hol, gdzie można się spotkać, porozmawiać lub przeprowadzić terapię zajęciową.

31 Takim wyjątkiem są oczywiście względy epidemiologiczne.

zostały zakwalifikowane do hospicjum domowego), porady psychologa oraz świadczenia pielęgniarские w poradni lub w domu pacjenta. W ramach porady, zgodnie z § 7 rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych, pacjentom przysługują: badania podmiotowe³² i przedmiotowe³³, zalecenia lekarza dotyczące ilości przyjmowanych leków (w tym leków przeciwbólowych), zapewnienie niezbędnych badań diagnostycznych oraz zlecenie zabiegów pielęgnacyjnych, kierowanie do podmiotów leczniczych (w tym udzielających świadczeń opieki paliatywnej i hospicyjnej w warunkach stacjonarnych lub domowych) oraz wydawanie niezbędnych w procesie leczenia orzeczeń i opinii o stanie zdrowia.

Ostatnia, czwarta forma opieki to perinatalna opieka paliatywna. Pojęcie to nie doczekało się do dziś definicji legalnej. Próbę jego zdefiniowania podjął T. Dangel, specjalista w zakresie medycyny paliatywnej który uznał, że opieka ta polega na „zapewnieniu wszechstronnego wsparcia rodzicom płodów i noworodków z wadami letalnymi oraz opieki noworodkom z tymi wadami, nastawionej na zapewnienie komfortu i ochronę przed uporczywą i daremną terapią. Obejmuje leczenie objawowe u dziecka oraz wsparcie psychologiczne, socjalne i duchowe, a także wsparcie w żałobie dla rodziców. Opieka nad dzieckiem może być prowadzona na oddziale neonatologii lub w domu przez rodziców i hospicjum, jeżeli dziecko przeżyje poród i zostanie wypisane ze szpitala”³⁴. Wsparcie to przeznaczone jest dla rodziców opiekujących się dziećmi z ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą zagrażającą życiu, które powstały w prenatalnym okresie rozwoju dziecka lub w czasie porodu. Realizowane jest ono w fazie prenatalnej maksymalnie do 28 dnia po porodzie. Zgodnie z § 7a rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych obejmuje ono porady i konsultacje lekarskie oraz porady psychologa w poradni medycyny paliatywnej, hospicjum domowym dla dzieci lub hospicjum stacjonarnym. Ponadto jest ono realizowane poprzez koordynację opieki obejmującej:

- 1) zapewnienie współpracy ze świadczeniodawcą udzielającym świadczeń z zakresu położnictwa i ginekologii lub neonatologii w warunkach leczenia szpitalnego lub porady specjalistycznej;

32 Badanie podmiotowe (*history taking*) to jeden z elementów badania lekarskiego, który polega na zebraniu dokładnego wywiadu medycznego w celu określenia objawów i dolegliwości występujących u pacjenta oraz chorób współistniejących; por. <https://www.zwrotnikraka.pl/podejrzenie-raka-badanie-podmiotowe-i-przedmiotowe/> (24.11.2022).

33 Badanie przedmiotowe (*physical examination*) to badanie fizykalne – część badania lekarskiego, która polega na oglądaniu, dotykaniu, opukiwaniu oraz osłuchiwaniu pacjenta przez lekarza; por. <https://www.zwrotnikraka.pl/podejrzenie-raka-badanie-podmiotowe-i-przedmiotowe/> (24.11.2022).

34 T. Dangel, J. Szymkiewicz-Dangel, Propozycja programu ochrony życia w przypadku rozpoznania wady letalnej w badaniach prenatalnych, https://perinatalne.pl/pliki/Artykul/1037_hospicjum-perinatalne-materialy-informacyjne.pdf (24.11.2022).

- 2) zapewnienie współpracy z hospicjum domowym dla dzieci lub z hospicjum stacjonarnym, pozwalającej na zachowanie ciągłości opieki nad dzieckiem w przypadku zaistnienia możliwości wypisu z oddziału, na którym przebywa dziecko;
- 3) zapewnienie współpracy z ośrodkiem diagnostyki prenatalnej, ośrodkiem kardiologii prenatalnej lub zakładem genetyki;
- 4) poinformowanie rodziców dziecka o możliwości pożegnania się ze zmarłym dzieckiem oraz o sposobie pochówku;
- 5) przekazanie informacji dotyczących postępowania w przypadku zgonu dziecka;
- 6) zapewnienie ciągłości leczenia stosownie do stanu zdrowia po zakończeniu realizacji świadczenia gwarantowanego w warunkach perinatalnej opieki paliatywnej, w tym w uzasadnionych przypadkach opieki paliatywnej po urodzeniu dziecka oraz wsparcia w żałobie po śmierci dziecka przez udział w grupie wsparcia w żałobie.

Zdecydowanie najczęściej perinatalna opieka paliatywna realizowana jest przez zapewniające kompleksowe wsparcie hospicjum perinatalne³⁵. Aktualnie w Polsce działa 17 tego rodzaju placówek³⁶. Najistotniejszym jego elementem jest lekarz (pediatra lub neonatolog) pracujący w hospicjum dla dzieci oraz psycholog. W zależności od sytuacji i potrzeb do zespołu włączani są specjaliści z innych dziedzin, m.in. genetycy, ginekolodzy-położnicy oraz diagnosty prenatalni. Rodzinom zapewnia się również możliwość wsparcia duchowego. Ważną rolę w zespole hospicjum odgrywa położna sprawująca opiekę nad kobietą przed porodem, w jego trakcie oraz po narodzinach dziecka. W działalności hospicjum perinatalnego niezbędna jest współpraca z ośrodkami specjalizującymi się w medycynie perinatalnej oraz oddziałami, na których mają się odbywać porody kobiet objętych perinatalną opieką paliatywną. Hospicja perinatalne są instytucjami dość młodymi, jednak potrzeba podejmowania tego rodzaju działalności była dostrzegana w Polsce od dłuższego czasu i realizowana przez organizacje pozarządowe, często w formie wolontariatu. Do dnia dzisiejszego

35 Na 23 placówki oferujące świadczenia z zakresu perinatalnej opieki paliatywnej aż 17 ma w nazwie hospicjum perinatalne. Większość hospicjów jest elementem większej struktury, stanowiąc część hospicjum dla dzieci lub szpitala; por. Komunikat NFZ dotyczący perinatalnej opieki paliatywnej – <https://www.nfz.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-centrali/komunikat-dotyczacy-perinatalnej-opieki-paliatywnej,7857.html> (24.11.2022).

36 Jest to stosunkowo dobry wynik. Co prawda w Polsce nie ma tak rozbudowanej sieci placówek jak w Stanach Zjednoczonych czy w Kanadzie, ale w porównaniu z innymi państwami Europy Środkowo-Wschodniej, gdzie wyspecjalizowane hospicja perinatalne występują stosunkowo rzadko, jest ich relatywnie dużo. Niestety, są bardzo nierównomiernie rozplanowane na terenie kraju, co sprawia, że nie ma do nich zapewnionego równego dostępu; szerzej zob. <https://www.fundacja-kornice.pl/pl/aktualnosci/hospicja-modelove> (24.11.2022).

instytucja ta nie doczekała się definicji legalnej. Wciąż natomiast podejmowane są próby określenia jej cech konstytutywnych. Warto w tym miejscu zauważyć, że osoby zajmujące się tą problematyką podkreślają, iż hospicja perinatalne nie mogą być przedstawiane jako odrębne miejsca wsparcia, i zwracają uwagę na interdyscyplinarny charakter podejmowanych w ich ramach działań³⁷.

Opieka paliatywna to oczywiście nie tylko świadczenia medyczne i opiekuńcze, z których osoby u schyłku życia i ich opiekunowie korzystają na określonych wyżej zasadach. Niezwykle ważną formą wsparcia tych osób jest także wsparcie socjalne. Według P. Krakowiaka jest ono szczególnie istotne dla chorego u kresu życia zarówno podczas przechodzenia od intensywnej szpitalnej opieki medycznej do opieki domowej, jak i w czasie domowej opieki, gdy pojawia się potrzeba wsparcia systemu pomocy społecznej dla osób z niepełnosprawnościami³⁸. Nie ulega także wątpliwości, że „gdy pacjent przechodzi z opieki domowej do hospicjum stacjonarnego, pracownik socjalny powinien mu towarzyszyć właściwie od chwili przyjęcia. W czasie jego pobytu w hospicjum może wraz z personelem niemedycznym ułatwić choremu lepsze przystosowanie się do środowiska i procesu leczenia”³⁹. Jego rola wiąże się także z wyjaśnianiem wszelkich dostępnych dla bliskich osoby u schyłku życia sposobów pomocy, a także koordynowaniem tego aspektu opieki z opieką medyczną i pielęgniarzką oraz wskazywaniem na możliwości współpracy z organizacjami pozarządowymi, mogącymi pomóc w mobilizowaniu zasobów społecznych na rzecz fizycznego i psychicznego dobrostanu ciężko chorego i wsparcia jego otoczenia⁴⁰. Należy także zauważyć, że zadania pracownika socjalnego w opiece paliatywnej nie kończą się w chwili śmierci pacjenta, gdyż misją hospicjów jest kontynuowanie wsparcia wobec rodzin w żałobie. Skupia się ono na przywracaniu im aktywności społecznej i tworzeniu „sieci oparcia społecznego”⁴¹.

Nie można zapominać wreszcie o kierowanym w stronę osób u schyłku życia oraz ich opiekunów wsparciu emocjonalnym czy informacyjnym. W literaturze psychologicznej podkreśla się, że „przystosowanie do zbliżającego się kresu życia jest procesem, do którego należy dostosować działania pomocowe. Nie są one typowymi interwencjami, a raczej byciem przy pacjencie i jego opiekunie, które daje im świadomo-

37 Por. B. Kmiecik, Z. Szafrńska-Czajka, R. Dorosiński, Perinatalna opieka hospicyjna, raport. Centrum Bioetyki Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris, Warszawa 2016; <http://docplayer.pl/23681201-Perinatalna-opieka-hospicyjna-wizja-dzialania-oraz-wyzwania.html> (22.11.2022).

38 P. Krakowiak, Praca socjalna w opiece u kresu życia na świecie i możliwości jej rozwoju w Polsce, „Pielęgniarstwo i Zdrowie Publiczne” 2011, nr 1, s. 248–249.

39 *Ibidem*, s. 249.

40 P. Krakowiak, E. Starkel, Społeczne potrzeby i pomoc socjalna przewlekłe chorym i ich rodzinom, (w:) P. Krakowiak, D. Krzyżanowski, A. Modlińska, Przewlekłe chory w domu, Gdańsk 2011.

41 B. Kromolicka, Holistyczny charakter opieki nad przewlekłe i terminalnie chorymi, (w:) P. Krakowiak, D. Krzyżanowski, A. Modlińska, Przewlekłe chory w domu, Gdańsk 2011.

mość, że nie są sami⁴². Warto jednak pamiętać o odpowiednim dopasowaniu formy wsparcia do aktualnego stanu psychicznego chorego i jego rodziny. W pierwszym etapie śmiertelnej choroby, określanym jako zaprzeczenie, kiedy chory i rodzina dowiadują się o zaawansowaniu choroby i nieuchronności śmierci, otrzymują oni najczęściej bardzo wiele informacji, które do nich jednak z racji aktualnego stanu psychicznego nie docierają. Stan zaprzeczenia chroni w tym czasie przed silnymi, negatywnymi emocjami, jednocześnie utrudniając przystosowanie się do nowej sytuacji⁴³. Według E. Piotrowskiej, udzielając wsparcia zarówno choremu jak i jego rodzinie, należy unikać akcentowania zagrożeń, bowiem może to tylko wzmocnić zaprzeczenie⁴⁴. Psycholodzy zwracają uwagę, że w takiej sytuacji skuteczniejszą formą wsparcia jest bezpośrednie odniesienie do zagrożenia i identyfikacja jego elementów, a następnie ocena sposobów radzenia sobie⁴⁵. Według G. Bishopa w sytuacji, gdy śmierć staje się coraz bardziej realna, zarówno chory jak i jego rodzina stają się bardziej skłonni do rozmów na ten temat. Dlatego też rozmowy na temat lęku przed umieraniem bliskiej osoby powinny być prowadzone, gdy tylko pojawią się oznaki tej emocji u opiekunów. Należy je prowadzić w sposób otwarty, lecz delikatny. Kolejny etap to faza depresji, gdy chory lub jego bliscy zamykają się w sobie, odsuwają od świata zewnętrznego. Trzeba wtedy uszanować ich samotność, zaakceptować ich decyzję, wspierać w milczeniu. Często sam chory potrzebuje przyzwolenia bliskiej osoby na odejście. Ważne, by tę zgodę otrzymał⁴⁶. Dojście do fazy akceptacji śmierci bliskiej osoby jest istotą wsparcia psychicznego.

4. Przyszłość opieki paliatywnej w Polsce

Podstawowym dokumentem określającym postulowany kształt opieki paliatywnej w poszczególnych państwach są przyjęte w ramach prac Rady Europy Wytyczne (Rekomendacje) Rec (2003) 24 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotyczące organizacji opieki paliatywnej⁴⁷, opracowane przez Komitet Ekspertów pod auspicjami Europejskiego Komitetu Zdrowia Rady Europy. Wytyczne gwarantują dostęp do opieki paliatywnej wszystkim, którzy jej potrzebują, niezależnie od rodzaju schorzenia, a także bez względu na posiadany status ekonomiczny czy pochodzenie. Ponadto w dokumencie tym przewidziano, że państwa, przyjmując własne strategie prowadzenia opieki paliatywnej, mają obowiązek respektowania praw człowieka

42 Por. E. Piotrowska, Problemy społeczne rodzin opiekujących się swoimi bliskimi w terminalnym okresie choroby nowotworowej, „Medycyna Paliatywna” 2015, nr 7(1), s. 48.

43 *Ibidem*, s. 49.

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem*.

46 G. Bishop, Psychologia zdrowia, Wrocław 2007, s. 363–364.

47 <https://docplayer.pl/11446832-Wytyczne-rekomendacje-rec-2003-24-komitetu-ministrow-dla-panstw-czlonkowskich-dotyczace-organizacji-opieki-paliatywnej.html> (1.12.2022).

i praw pacjenta, ze szczególnym uwzględnieniem prawa do zachowania godności ludzkiej.

Zasady określone we wskazanych wyżej wytycznych zostały w dużym stopniu zaimplementowane także w Polsce. Warto przy tym podkreślić, że Polska uważana jest za pioniera i lidera opieki paliatywnej w Europie Środkowo-Wschodniej. Pod względem ilości placówek realizujących opiekę paliatywną Polska nie ustępuje Szwecji, krajom Beneluksu czy Irlandii. Niestety, dużo gorzej wygląda dostęp do świadczeń tego rodzaju w różnych częściach kraju. Są miejsca, gdzie dostępność świadczeń z zakresu opieki paliatywnej jest bardzo dobra, a są i takie, gdzie ze świadczeń tego rodzaju skorzystać nie można w ogóle.

Właśnie dlatego nie ulega wątpliwości, że organizacja opieki paliatywnej w Polsce wymaga ciągłego udoskonalania. Wiąże się to z obiektywnymi zjawiskami demograficznymi i epidemicznymi. Według danych Głównego Urzędu Statystycznego w latach 2006–2015 przeciętne dalsze trwanie życia w Polsce zwiększyło się o 2,65 roku w przypadku mężczyzn i 1,95 roku w przypadku kobiet. Z kolei przeciętna długość życia w zdrowiu w badanym okresie wzrosła o 1,7 roku dla mężczyzn i 0,3 roku dla kobiet, co wskazuje, że dłuższe życie wcale nie jest równoznaczne z dłuższym życiem w zdrowiu. Starzenie się społeczeństwa powoduje, iż wzrasta liczba osób wymagających wsparcia i opieki, u których występują różne i liczne objawy związane z chorobami przewlekłymi lub długotrwałymi problemami zdrowotnymi. Proces starzenia się ludności przejawia się znaczącym przyrostem osób w starszym wieku – z 5,9 miliona osób w wieku 65 lat więcej w 2014 r. (15,5% ogółu ludności) oraz nieco ponad 6,9 mln w 2019 r. (18,1%) do 8,6 mln w 2030 r. (23,2%) oraz 11 mln w roku 2050 (32,7%). Ponadto w grupie osób starszych wzrasta liczba osób sędziwych, definiowanych jako osoby w wieku 80 lat i więcej lub 85 lat i więcej. Grupa osób w wieku 80 lat i więcej ma wzrosnąć z ponad 1,5 mln osób w 2014 r. oraz 1,7 mln w 2019 do ponad 3,5 mln w 2050 r., zaś osób w wieku 85 lat i więcej z 664,8 tys. w 2014 r. do 812,1 tys. osób w 2018 roku oraz blisko 2,1 mln w 2050 r. Znacząco zatem wzrasta nie tylko populacja osób starszych, ale i udział w niej osób sędziwych (bez względu na to, jak zdefiniuje się tę grupę wiekową). Można zatem mówić o procesie podwójnego starzenia się ludności⁴⁸. Według danych opublikowanych w Ogólnopolskiej Mapie Potrzeb Zdrowotnych z opieki paliatywnej korzysta co roku ponad 90 tysięcy osób, z czego ponad 70% stanowią pacjenci powyżej 60 roku życia. U ponad 88% chorych rozpoznaniem w momencie przyjęcia była choroba nowotworowa⁴⁹. Aktualnie liczba pacjentów korzystających z opieki paliatywnej wynosi 237,10 na 100 tysięcy mieszkańców, przy czym jest ona mocno zróżnicowana w zależności od konkretnego województwa (od 307,75 – w województwie dolnośląskim do 185,90 w województwie

48 <https://basiw.mz.gov.pl/mapy-informacje/mapa-2022-2026/analizy/demografia/> (14.11.2022).

49 <https://basiw.mz.gov.pl/mapy-informacje/mapa-2022-2026/analizy/opieka-paliatywno-hospicyjna/> (14.11.2022).

lubelskim). W zależności od rodzaju opieki wskaźnik ten wynosi: 160,65 w przypadku opieki domowej, 79,24 w przypadku opieki stacjonarnej i 31,66 w przypadku opieki ambulatoryjnej. Jeśli chodzi o liczbę podmiotów świadczących opiekę paliatywną w 2020 r., to łącznie funkcjonowało w skali kraju 656 ośrodków, wśród których znalazły się 193 placówki stacjonarne, 145 ambulatoryjnych i 553 domowe. Najwięcej z nich znajdowało się w województwach: mazowieckim, podkarpackim i wielkopolskim, najmniej zaś w województwach: podlaskim, opolskim i lubuskim. Warto przytoczyć w tym miejscu wskaźnik liczby łóżek na 1 milion mieszkańców, który wyniósł średnio dla całego kraju 109,89. Także i w tym przypadku dostępność miejsc opieki paliatywnej jest różna w zależności od regionu. Najwyższe wskaźniki odnotować można w województwach: świętokrzyskim, podkarpackim i małopolskim, najniższe zaś w mazowieckim, łódzkim i warmińsko-mazurskim. To tu zatem dostępność opieki paliatywnej jest najniższa⁵⁰. Szczegółowa analiza zaprezentowanych wyżej danych statystycznych pokazuje ponadto, że największe problemy w zakresie zapewnienia odpowiedniej opieki paliatywnej zaobserwować można na obszarach wiejskich. A przecież obszary te stanowią ponad 90% terytorium Polski. Procesowi starzenia się społeczeństwa polskiego na wsiach towarzyszy często słabo rozwinięta infrastruktura, ograniczony dostęp do transportu publicznego, usług społecznych i opieki zdrowotnej, co negatywnie wpływa na jakość życia najstarszych mieszkańców oraz ich prawo do opieki i godnej starości.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy podkreślić, że zgodnie z art. 68 ust. 1 i 2 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony zdrowia, zaś wszystkim obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wyraźnie zwraca uwagę na podstawowy charakter prawa do ochrony zdrowia, które swe źródło ma w przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka⁵¹. Godność ta jest z kolei nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona obowiązkiem władz publicznych. Należy w związku z tym zgodzić się z Rzecznikiem Praw Obywatelskich, który w piśmie do Ministra Zdrowia dotyczącym zapewnienia opieki paliatywnej na obszarach wiejskich zwraca uwagę, że „z artykułami 30 i 38 Konstytucji wyjątkowo mocno, wręcz nierozzerwalnie związany jest art. 68 Konstytucji. Ochrona zdrowia jest ściśle powiązana z ochroną życia, a prawo do życia z godnością człowieka. Prawo do ochrony zdrowia jest konstytucyjnie gwarantowane i to nie tylko jako prawo, które nadane zostaje jego adresatom przez władzę państwową, ale jest to prawo podstawowe wynikające z przyrodzonej i niezbywalnej godności

50 Por. <https://basiw.mz.gov.pl/mapy-informacje/mapa-2022-2026/analizy/opieka-paliatywno-hospicyjna/> (14.11.2022).

51 Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03, OTK-A 2004/1/1.

człowieka, którego przestrzeganie władza państwowa jest zobowiązana ochraniać⁵². Konieczne wydaje się zatem dokonanie takich zmian w organizacji opieki paliatywnej, by umożliwić dostęp do tej opieki wszystkim bez wyjątku i na równych zasadach na obszarze całego kraju.

Podejście do opieki paliatywnej w Polsce wymaga także innych daleko idących zmian. Przede wszystkim należy rozszerzyć wskazania do objęcia chorych u schyłku życia opieką paliatywną. Obecnie w Polsce około 88% pacjentów objętych tą formą opieki otrzymuje wsparcie z uwagi na zaawansowaną chorobę nowotworową, tymczasem np. w Stanach Zjednoczonych ok. 40% pacjentów hospicjów i ośrodków opieki paliatywnej stanowią chorzy ze schorzeniami nienowotworowymi. Ponadto zasadniczym problemem jest niedofinansowanie. Wycena punktu w opiece paliatywnej nie zmieniła się od 2016 r.,⁵³ chociaż inflacja znacznie przyspieszyła, systematycznie wzrastają koszty funkcjonowania placówek świadczących tę opiekę, w tym koszty płacy minimalnej, nie mówiąc już o wzroście cen paliwa czy energii. Warto w tym kontekście wskazać na nierówność w zakresie finansowania różnych świadczeń. Otóż do grudnia 2021 r. finansowanie opieki psychiatrycznej wzrosło o 43%, podczas gdy wycena świadczeń w hospicjum domowym wzrosła tylko o 1,65%⁵⁴. Tymczasem z wypowiedzi przedstawicieli Ministerstwa Zdrowia wynika, że najbliższa taryfikacja świadczeń w zakresie opieki paliatywnej planowana jest nie wcześniej niż w 2023 r. Problematycznie wygląda także współpraca Ministerstwa Zdrowia ze środowiskiem reprezentującym medycynę paliatywną. Eksperti skupieni w towarzystwach naukowo-lekarskich, takich jak np. Polskie Towarzystwo Medycyny Paliatywnej, zarzucają brak jakiegokolwiek współpracy konsultantowi krajowemu ds. medycyny paliatywnej. Twierdzą oni, że opracowane przez niego wstępne założenia, które mają być podstawą wypracowania standardów w zakresie medycyny paliatywnej, zostały przygotowane bez uwzględnienia ich uwag i stanowią przykład ewidentnego braku chęci współpracy Ministerstwa Zdrowia ze środowiskiem lekarskim i pielęgniarstkiem. Tymczasem opracowanie zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej⁵⁵ standardów opieki paliatywnej, jako narzędzia zapewniającego należyłą jakość udzielanych świadczeń zdrowotnych i przyjęcie ich w formie rozporządzenia Ministra Zdrowia, postulował już w 2019 r. NIK jako podstawowy wniosek z kontroli przeprowadzonej w zakresie zapewnienia opieki paliatywnej.

O tym, jak ważne jest zarówno opracowanie standardów w zakresie medycyny paliatywnej, odpowiadających trendom światowym, jak i zapewnienie odpowied-

52 Pismo RPO do Ministra Zdrowia z dnia 2 lipca 2022 r., sygn.. akt V.7010.140.2019.ET; https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2022-07/Do_MZ_hospicja_na_wsi_02.07.2022.pdf (5.12.2022).

53 Wynosi 56,19 zł.

54 Dane za: <https://www.prawo.pl/zdrowie/opieka-paliatywna-i-hospicyjna-coraz-gorsza-a-zmiany-ida-za-wolno,515162.html> (5.12.2022).

55 Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 633).

niego finansowania realizacji tych standardów, świadczą też dane statystyczne. Jak wynika z Krajowego planu transformacji na lata 2022–2026⁵⁶, w 2019 r. ze świadczeń z zakresu opieki paliatywnej skorzystało prawie 96,5 tys. pacjentów. W roku 2022 potrzeby to ok. 146 tys. miejsc opieki paliatywnej, z czego ok. 142 tys. w ramach opieki domowej. Jak widać, wzrost zapotrzebowania na opiekę paliatywną jest ogromny. Duży wpływ na ten wzrost wydaje się mieć także przedłużająca się pandemia COVID 19. Należy też podkreślić, że realizacja odpowiednich standardów opieki paliatywnej to w praktyce oszczędność dla budżetu państwa, bo pacjent, który uzyskuje opiekę paliatywną w domu, nie trafia do szpitala, w którym koszty tej opieki są dużo wyższe.

BIBLIOGRAFIA

- Bishop G., *Psychologia zdrowia*, Wrocław 2007.
- Borski M., „Opieka wytchnieniowa” jako ważny instrument wsparcia opiekunów osób z niepełnosprawnościami, „Roczniki Administracji i Prawa” 2019, nr 2.
- Dangel T., Szymkiewicz-Dangel J., Propozycja programu ochrony życia w przypadku rozpoznania wady letalnej w badaniach prenatalnych; https://perinatalne.pl/pliki/Artykul/1037_hospicjum-perinatalne-materialy-informacyjne.pdf
- Dzierżanowski T., Definicje opieki paliatywnej – przegląd narracyjny i nowa propozycja, „Medycyna Paliatywna” 2021, nr 13(4).
- Grądalski T., Kochan K., Wesołek E., Kleja J., Zgoda chorego na leczenie u kresu życia, „Medycyna Paliatywna w Praktyce” 2010, nr 3.
- Kmieciak B., Szafrąńska-Czajka Z., Dorosiński R., Perinatalna opieka hospicyjna, raport. Centrum Bioetyki Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris, Warszawa 2016; <http://docplayer.pl/23681201-Perinatalna-opieka-hospicyjna-wizja-dzialania-oraz-wyzwania.html>
- Korpanty J., *Mały słownik łacińsko-polski*, Warszawa 2001.
- Krakowiak P., Praca socjalna w opiece u kresu życia na świecie i możliwości jej rozwoju w Polsce, „Pielęgniarstwo i Zdrowie Publiczne” 2011, nr 1.
- Krakowiak P., Starkel E., Społeczne potrzeby i pomoc socjalna przewlekle chorym i ich rodzinom, (w:) P. Krakowiak, D. Krzyżanowski, A. Modlińska, *Przewlekle chory w domu*, Gdańsk 2011.
- Kromolicka B., Holistyczny charakter opieki nad przewlekle i terminalnie chorymi, (w:) P. Krakowiak, D. Krzyżanowski, A. Modlińska, *Przewlekle chory w domu*, Gdańsk 2011.
- Piotrowska E., Problemy społeczne rodzin opiekujących się swoimi bliskimi w terminalnym okresie choroby nowotworowej, „Medycyna Paliatywna” 2015, nr 7(1).

56 Plan ten został opracowany przez Ministra Zdrowia na podstawie art. 95b ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1285 z późn. zm.) i wskazuje działania, które są planowane do podjęcia w systemie ochrony zdrowia w ciągu najbliższych pięciu lat; por. <https://basiw.mz.gov.pl/strategie/plany-transformacji/>.

Wnukiewicz-Kozłowska A., Autonomia jednostki w międzynarodowym prawie biomedycznym, Wrocław 2019.

Woroń J., Dobrogowski J., Wordliczek J., Kleja J., Leczenie bólu w oparciu o drabinę analgetyczną WHO, „Medycyna po Dyplomie” 2011(20), nr 8(185).

Piotr Jakubów

Medical University of Białystok, Poland
piotr.jakubow@umb.edu.pl
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5680-9146>

Karolina Niedźwiecka

Medical University of Białystok, Poland
karolina.niedzwiecka3@wp.pl
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9211-4328>

Julia Kondracka

Medical University of Gdańsk, Poland
kondrackajulia@gmail.com
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8742-7047>

Aleksander Turczynowicz

Medical University of Białystok, Poland
aleksander.turczynowicz@udsk.pl
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6344-5096>

Szymon Kocańda

Medical University of Białystok, Poland
kardiochirurgia@wp.pl
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1156-0284>

Agnieszka Malarewicz-Jakubów

University of Białystok, Poland
malarewicz@uwb.edu.pl
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5964-4546>

Legal and Medical Aspects of the End of Human Life from the Perspective of Palliative Medicine Related to Cardiac Surgery

Abstract: Despite the impressive developments in modern medicine, the healthcare system is still associated with human death. Medicine has made great strides in the treatment of many diseases. The procedures are particularly advanced in, e.g., cardiac surgery, vascular surgery, and other fields.

However, despite these efforts, not all patients are cured, and the use of aggressive treatment often contributes to their suffering. This does not mean that patients should be left unattended at the end of their lives.. Palliative medicine deals with patients coming to the end of their lives, concentrating on alleviating suffering and improving quality of life. It is a medical speciality focused on a wide range of interventions, including symptom management, communication, and psychosocial and spiritual support for patients. Patients undergoing highly qualified procedures, for whom causal treatment is not possible, should have the right to such care before death. However, according to medical practice and national legal regulations, it is not always possible to provide this care, despite the anticipated death. This article presents the legal and medical aspects of the end of life from the point of view of the European and Polish healthcare systems.

Keywords: cardiac surgery, end of life, palliative medicine

Introduction

Despite the impressive developments in modern medicine, the healthcare system is still associated with human death. Medicine has made great strides in the treatment of many diseases. The procedures are particularly advanced in, for example, cardiac surgery, vascular surgery, and other fields. However, despite these efforts, not all patients can be cured, and the use of aggressive treatment often contributes to their suffering. This does not mean that patients who cannot be helped causally should be left unattended at the end of their lives. Palliative medicine deals with patients coming to the end of their lives, and focuses on alleviating suffering and improving quality of life.¹

Palliative medicine is a medical speciality focused on a wide range of interventions, including symptom management, communication, and psychosocial and spiritual support for patients.² The modern field of palliative medicine has its roots in the hospice movement that began in the mid-20th century. Hospice care is a form of palliative care provided at the patient's home or in a hospice facility, the purpose of which is to help people in the final phase of a terminal illness, giving them the most comfortable and painless life possible.³

In the early 21st century, palliative organizations from around the globe published a joint document stating that palliative medicine should be available at all levels for all types of diseases. Patients undergoing highly qualified procedures, for whom causal treatment is not possible, should have the right to such care before death. However, according to medical practice and national legal regulations, it is not always possible to implement this care, despite the anticipated death.

1 (Kearney, 2021).

2 (Zehnder, 2022).

3 (MacDonald, Herx and Boyle, 2022).

1. The history of palliative care

The palliative care and hospice movement was started by Dame Cicely Saunders, a British nurse, social worker, and physician who is often referred to as the ‘founder of the modern hospice movement’. Saunders opened the first hospice, St Christopher’s Hospice, in London in 1967. The hospice model quickly gained traction, and hospices began to spring up around the world.⁴

In the 1980s and 1990s, the field of palliative medicine began to expand beyond hospice care and into the broader healthcare system. Palliative care teams began to be established in hospitals and other healthcare settings, and palliative medicine became recognized as a medical speciality. Today, palliative medicine is an important part of healthcare systems around the world, and it is recognized as a key component of quality care for individuals with serious or terminal illnesses.

2. A right to palliative care

Access to palliative care is a legal obligation, as acknowledged by United Nations conventions, and has been advocated as a human right by international associations, based on the right to the highest attainable standard of physical and mental health. Palliative care can effectively relieve or even prevent suffering and can be provided at comparatively low cost.⁵ Despite worldwide legal obligations, the governments of many countries have not taken adequate steps to ensure that patients with incurable illnesses can realize the right to access palliative care.⁶

In 2009, the world’s palliative organizations published a joint document, the Prague Charter, stating that palliative medicine should be available at all levels for all types of disease. The Prague Charter was based on the 2009 Joint Declaration and the 2009 IAHP and WPCA Declaration of Commitment to Palliative Care and Pain Management.⁷ According to the Prague Charter and the EAPC (European Association for Palliative Care), IAHP (European Association for Palliative Care), WPCA (Worldwide Palliative Care Alliance), and HRW (Human Rights Watch), access to palliative care is a basic human right. It has been established that the main causes of death in developed countries around the world are diseases such as cancer and cardiovascular diseases, while infectious diseases such as HIV/AIDS, malaria, and tuberculosis account for a large percentage of deaths in developing countries. Gov-

4 (Kowalik, 2013).

5 (Huenchuan, 2017).

6 (The Prague Charter, 2013).

7 (Radbruch et al., 2013).

ernments of most countries around the world have failed to act to ensure that patients can exercise the right to palliative care called for in the charter.⁸

3. The legal and medical aspects of the end of life in the world health professionals' community

Although world health organizations have established common rules of conduct, different countries and regions of the world have different approaches to providing palliative medicine.⁹ There are both legal and medical aspects to consider when it comes to the end of human life from a palliative medicine perspective. From a legal perspective, there are several important documents that can help ensure that an individual's wishes are respected and carried out during the end-of-life process. In the US and Canada, these legal documents include:

- Advance directive: This is a document in which an individual specifies their wishes for medical treatment in the event that they are unable to make decisions for themselves. This can include a living will, which specifies the types of medical treatment the individual does or does not want, and a durable power of attorney for healthcare, which designates a trusted individual to make medical decisions on the individual's behalf.¹⁰
- Do Not Resuscitate (DNR) order: This is a medical order that instructs healthcare providers not to perform CPR if the individual's heart stops or they stop breathing.¹¹
- Medical Orders for Life-Sustaining Treatment (MOLST): This is a medical order that specifies the types of life-sustaining treatments an individual does or does not want in the event of a terminal illness or end-of-life situation.¹²

From a medical perspective, there are several options that may be considered during the end-of-life process, including:

- Palliative care: This is specialized medical care that focuses on relieving and managing the symptoms, pain, and stress of serious illnesses. The goal of palliative care is to improve quality of life for both the patient and their family.¹³
- Hospice care: This is specialized medical care for individuals who are in the final stages of a terminal illness and have a life expectancy of six months or

8 (Schmidlin, 2015).

9 (Maetens, Cohen and Harding, 2020).

10 (House, Schoo and Ogilvie, 2022).

11 (Vranick et al., 2022; Goldstein and Morrison, 2013).

12 (Boerner et al., 2018).

13 (House, Schoo and Ogilvie, 2022).

less. The goal of hospice care is to provide comfort and support for both the patient and their family.

- Withdrawing or withholding treatment: In some cases, it may be determined that it is in the best interest of the patient to withdraw or withhold certain medical treatments, such as mechanical ventilation or dialysis. This decision is typically made with the input of the patient, their family, and the healthcare team.¹⁴

It is important to discuss end-of-life options and to have clear communication about possibilities for medical care. This can help ensure that a patient's preferences are respected and carried out during this challenging time.¹⁵

In US regulation, palliative care is not the same as hospice care. Hospice care is a specialized form of palliative care that is provided to individuals who are in the final stages of a terminal illness and have a life expectancy of six months or less. From this perspective, hospice care means end-of-life care. The goal of hospice care is to provide comfort and support for both the patient and their family, rather than attempting to cure the underlying illness. Palliative care, on the other hand, can be provided at any stage of an illness and can be given along with curative treatment.¹⁶

4. European legal and medical aspects of the end of human life from a palliative medicine perspective

In Europe, the legal and medical aspects of the end of life in the context of palliative care are the same as those in other parts of the world, but are different from those in the US and Canada. Palliative care, as specialized medical care that focuses on relieving and managing the symptoms, pain, and stress of serious illnesses. Palliative care is provided by a team of healthcare professionals, including doctors, nurses, social workers, and chaplains, who work together to coordinate and provide care. The goal is to improve quality of life for both the patient and their family by addressing physical, emotional, social, and spiritual needs. In Europe, the basic difference in the approach to the patient is that there is no difference between palliative medicine and hospice care: hospice and palliative care have the same approach in end-of-life human care.¹⁷

In Europe, there is a strong emphasis on respecting the autonomy and dignity of the patient, and on ensuring that their wishes are respected and carried out during the end-of-life process. Many European countries have laws in place to protect

14 (Penders et al, 2020).

15 (Manalo, 2013).

16 (Vitas Healthcare, 2022).

17 (Radbruch and Payne, 2009).

the rights of patients and to ensure that they are involved in decision-making about their care. It is important to be aware of these laws and to understand one's rights as a patient in order to ensure that one's wishes are respected and carried out during the end-of-life process.

From a legal perspective, there are several important documents that can help ensure that an individual's wishes are respected and carried out during the end-of-life process in the context of palliative care.¹⁸ These include:

- Advance directive: In Europe, the laws surrounding advance directives vary by country. In some countries, such as the United Kingdom and Germany, advance directives are legally binding, while in others, such as France and Italy, they are not.¹⁹
- Do Not Resuscitate (DNR) order: This is a medical order that instructs healthcare providers not to perform CPR if the individual's heart stops or they stop breathing. The laws surrounding DNR orders also vary by country in Europe. In some countries, such as the United Kingdom and Germany, DNR orders are legally binding, while in others, such as France and Italy, they are not.²⁰
- Medical Orders for Life-Sustaining Treatment (MOLST): This is a medical order that specifies the types of life-sustaining treatments an individual does or does not want in the event of a terminal illness or end-of-life situation. MOLST orders are not commonly used in Europe, but some countries, such as the United Kingdom, have similar documents known as 'clinical treatment plans' or 'advance care plans'.²¹

From a medical perspective, the goal of palliative care in Europe is similar to that in other parts of the world: to provide comfort and support to the patient and their family during the end-of-life process. This may involve managing symptoms such as pain, shortness of breath, and fatigue, as well as providing emotional and spiritual support to the patient and their loved ones. Palliative care may also involve coordinating care with other healthcare providers, including hospice care if appropriate.²²

5. European Commission regulation for palliative and hospice care and end-of-life care

The European Union (EU) has several initiatives and policies in place that aim to improve the availability and quality of palliative and hospice care and end-of-life

18 (Huenchuan, 2017).

19 (Penders et al., 2020).

20 *Ibidem*.

21 (House, Schoo and Ogilvie, 2022).

22 (Radbruch and Payne, 2009).

care for citizens across the EU.²³ One such initiative is the European Palliative Care Strategy, which was adopted by the EU in 2014. This strategy aims to improve access to palliative care for all EU citizens, with a particular focus on ensuring that palliative care is integrated into mainstream healthcare systems. It also aims to improve the training and education of healthcare professionals in palliative care, and to increase awareness of palliative care among the general public. The wording is as follows:

Palliative care should be available not just to patients at their end-of-life stage – such as terminally ill cancer patients – but also to those who are seriously ill and chronically ill. According to the parliamentarians, Member States should consider palliative care as an integral part of the healthcare system and dedicate the necessary resources to it, while removing legal and regulatory obstacles that restrict access to pain-relieving medication.²⁴

In accordance with the provisions of the EU Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, it is necessary to ensure access to palliative care for everyone who needs it.²⁵

In addition to the European Palliative Care Strategy, the EU has also adopted a number of other initiatives and policies related to end-of-life care. For example, the EU has adopted a directive on the rights of patients in cross-border healthcare, which aims to ensure that patients have access to high-quality healthcare when they receive treatment in another EU Member State. The EU has also adopted a number of initiatives related to the quality of end-of-life care, including the European Charter on Patients' Rights in Palliative Care, which sets out the rights of patients receiving palliative care.²⁶ Overall, while the EU does not have a specific regulation addressing palliative and hospice care and end-of-life care, it has a number of initiatives and policies in place that aim to improve the availability and quality of such care for citizens across the EU.

On 1 March 2022, the European Commission issued a call for evidence on the development of a European Care Strategy, which aims to strengthen long-term care and early-childhood education and care, as envisaged under the European pillar of social rights. The need for high quality, accessible, and affordable care services for children and people in need of long-term care was stressed. The initiative proposes two Council Recommendations, one on childcare (revision of the Barcelona targets) and one on long-term care.²⁷

Under EU rules, in some cases, palliative care providers may also work with patients and their families to discuss end-of-life options, such as hospice care or with-

23 *Ibidem.*

24 (Mullen, 2018).

25 (The Prague Charter, 2013).

26 (Mullen, 2018).

27 (European Commission, 2022).

drawal or discontinuation of treatment. These decisions are usually made with the participation of the patient, family, and healthcare team and are based on the patient's preferences and best interests. In general, the aim of palliative care is to provide comfort and support to people suffering from a serious or terminal illness and to help them and their loved ones move through the end-of-life process with dignity and respect.²⁸ The EU committee added that the lack of palliative care services also resulted in higher costs for the healthcare system, as it leads to unnecessary hospital admissions and inappropriate recourse to expensive emergency services.

6. Polish regulation of palliative and hospice care and end-of-life care

The history of palliative care in Poland dates back to the late 1970s, when the first hospice in the country was established in Krakow. In the following decades, the number of hospices in Poland increased, and palliative care became more widely recognized as an important aspect of healthcare.²⁹ One of the earliest organizations to provide palliative care in Poland was the Hospice Foundation, which was founded in 1989. The foundation was established in response to the need for hospice care in the country and initially focused on providing inpatient hospice care for individuals with terminal cancer. Over time, it expanded its services to include outpatient palliative care and support for patients and their families in their own homes.³⁰

In the early 2000s, palliative care in Poland began to shift from a focus on cancer patients to a more broad-based approach that included individuals with other serious or chronic illnesses, especially children. This shift was driven partly by the recognition that palliative care could improve the quality of life for patients and their families, regardless of the underlying diagnosis.³¹ Nowadays, palliative care in Poland is provided by a variety of organizations, including hospitals, hospices, and community-based organizations. It is an essential aspect of healthcare in the country and is supported by the Polish government and various foundations and charitable organizations. It is provided to individuals with a wide range of serious or chronic illnesses, including cancer, heart disease, dementia, and kidney failure. The goal of palliative care in Poland is to improve the quality of life for the patient and their family by addressing physical, emotional, social, and spiritual needs.³²

Despite the large hospice movement and the very good organization of palliative care, not all patients receive the care they should. This applies in particular to

28 *Ibidem.*

29 (Bogusz, 2017).

30 *Ibidem.*

31 (Bartko and Pawlikowski, 2016).

32 (Ciałkowska-Rysz and De Walden-Gafuszko, 2022).

non-cancerous patients who have undergone complicated procedures before their death which did not bring a therapeutic effect.³³

7. Palliative care in cardiac surgery from an end-of-life perspective

Treatment of patients in cardiac surgery usually involves surgery to repair or replace damaged or diseased heart tissue. The specific type of surgery performed will depend on the patient's specific medical condition and the cause of the heart problem.³⁴ Some common types of cardiac surgery include coronary artery bypass grafting, heart valve surgery, and heart transplant. The latter procedure is used in patients with advanced heart failure who are not responding to other treatments.³⁵ There are many other types of cardiac surgery that can be used to treat specific heart conditions that may result from, cause, or contribute to heart failure, such as atrial fibrillation surgery, aneurysm repair surgery, defect repair surgery to congenital heart defects, and implantation of an artificial heart pump or ventricles.³⁶

It is important to note that cardiac surgery is not a replacement for heart failure treatment and is usually only used in conjunction with other treatments, such as medications and lifestyle changes to treat heart failure. Transcatheter aortic valve implantation (replacement) (TAVI, TAVR) is performed in patients with heart failure in cardiac surgery and valvular stenosis. It is a type of heart surgery that is a less invasive alternative to traditional open-heart surgery and may be an option for people who are very frail or who are at high risk of post-operative complications. TAVI may be an effective treatment for aortic stenosis and may improve symptoms and quality of life for people with heart failure. However, this operation is associated with a high risk of complications due to the condition of qualified patients. Patients who have not undergone the TAVI procedure or who are complicated after traditional surgeries are candidates for further long-term care or hospice care.³⁷

Balloon aortic valvoplasty (BAV) is a procedure used to treat aortic stenosis and in highly comorbid patients. Aortic stenosis can cause heart failure if left untreated, as it can make it harder for the heart to pump enough blood to meet the body's needs. BAV is a less invasive alternative to traditional open-heart surgery and may be an option for people with heart failure who are not candidates for traditional surgery or who are at high risk of post-surgery complications.³⁸ BAV can be used as a palliative

33 (Najwyższa Izba Kontroli, 2019).

34 (Singh et al., 2019).

35 (Sobanski, Krajnik and Goodlin, 2021).

36 (Goodlin and Rich, 2015).

37 (Sobanski, Krajnik and Goodlin, 2021).

38 (Hentsch et al., 2022).

treatment in people with heart failure who are not candidates for more aggressive treatment or who have a limited life expectancy.

After heart surgery, patients usually receive follow-up care to monitor their recovery and make sure their heart is working properly. This may include medications, lifestyle changes, and rehabilitative therapy. In some cases, palliative care may also be necessary to manage symptoms and improve the quality of life for patients who have complications or who are at high risk of developing complications after surgery.³⁹ Palliative care in cardiac surgery is also specialist medical care that focuses on relieving and treating the symptoms, pain, and stress of serious illnesses and can be an important aspect of caring for people with heart failure. The goals of palliative care for heart failure are to relieve symptoms and improve quality of life, support decision-making, coordinate care, and plan care in advance.⁴⁰

Cardiac surgery is not usually performed on oncology (cancer) patients. However, there are certain situations where cardiac surgery can be used to treat or control the effects of cancer on the heart. For example:

- Cancers affecting the heart: Some types of cancer, such as sarcomas and lymphomas, can directly affect the heart by growing in or spreading to it from another part of the body. In these cases, surgery may be used to remove the tumours or to repair the damage caused by them.⁴¹
- Cancers affecting the blood vessels: Some types of cancer, such as breast cancer and colon cancer, can affect the blood vessels that supply blood to the heart. In these cases, surgery may be used to repair or bypass damaged blood vessels to improve blood flow to the heart.
- Cardiac surgery can also be performed after heart damage caused by cancer treatment. Some cancer treatments, such as chemotherapy and radiotherapy, can cause damage to the heart. In these cases, surgery may be used to repair the damage or manage the effects of this damage.

It is important to note that cardiac surgery does not replace cancer treatment and is usually only used in conjunction with other cancer treatments such as chemotherapy, radiotherapy, and surgery. It is very important to determine the potential benefits and risks of cardiac surgery in a specific situation when making decisions regarding treatment and possible palliative care.

39 (Kovacs et al., 2015).

40 (Sobanski, Krajnik and Goodlin, 2021).

41 (Hentsch et al., 2022).

Treatment of heart failure with the principles of palliative medicine:

Heart failure is a condition in which the heart is unable to pump enough blood to meet the body's needs. It is often a chronic and progressive condition, and it can be managed but not cured⁴². Palliative care can be an important aspect of treatment for individuals with heart failure.⁴³

Worldwide, more people die from cardiovascular disease, including heart failure, than from cancer. Therefore, in world guidelines, including of the UN and palliative organizations, it is believed that palliative medicine dealing with the end of life should also include patients with heart failure.⁴⁴ Cardiac surgery may be an option for some people with heart failure, depending on the cause and the patient's overall health and prognosis.

The introduction of palliative medicine management can improve the condition of patients through the following actions:⁴⁵

- Relieving symptoms and improving quality of life: Palliative care can help manage symptoms such as shortness of breath, fatigue, and swelling, and can address other physical, emotional, social, and spiritual needs that may arise as a result of heart failure.⁴⁶
- Decision support: Palliative care can provide support and guidance to people with heart failure and their families when making decisions about their care and treatment. This may include helping them understand their options, set treatment goals, and develop a care plan that aligns with their values and preferences.
- Coordination of care: Palliative care can help coordinate care with other healthcare professionals, such as cardiologists, primary-care physicians, and physiotherapists, to ensure that all of the patient's needs are met.
- Ensuring advance-care planning: Palliative care can help people with heart failure and their families think and plan for the future, including completing a pre-directive and discussing their wishes with their family or spouse.⁴⁷

There are several types of cardiac surgery that may be used to treat heart failure, including: BAV, (balloon aortic valvuloplasty), MIDCAB (Minimally Invasive Direct Coronary Artery Bypass), surgery cancer pericardial effusion, implantable ventricular-assist devices VADs -destination therapy and other. They are all palliative operations.

42 (Sobański et al., 2020: 3).

43 (Zehnder, Pedrosa Carrasco and Etkind, 2022).

44 (Goldstein and Morrison, 2013).

45 (House, Schoo and Ogilvie, 2022).

46 (Goodlin and Rich, 2015).

47 (Maciver and Ross, 2018).

Palliative care in cardiac surgery refers to the medical care provided to patients who are undergoing medical procedures for a cardiac condition but who are not expected to fully recover. Palliative care focuses on providing relief from the symptoms, pain, and stress of a serious illness, and it can be provided alongside curative treatment also in the end-of-life period.⁴⁸

In the field of palliative medicine, the legal and medical aspects of the end of life are closely intertwined.⁴⁹

From a legal perspective, there should be implemented documents that can help ensure that an individual's wishes are respected and carried out during the end-of-life process in the context of palliative care in a cardiac surgery department. These include palliative care advance plans, which outline the patient's preferences for medical treatment and end-of-life care. These plans may include documents such as a living will or a durable power of attorney for healthcare, which can help ensure that the patient's wishes are respected and carried out.⁵⁰

In the context of circulatory disease in cardiology and cardiac surgery, palliative care may be appropriate for patients with advanced heart failure or other terminal cardiac conditions who are undergoing surgery to alleviate symptoms or to improve quality of life, rather than to cure their condition. Palliative care may also be appropriate for patients who are not candidates for surgery due to high risk or a low likelihood of success.

Despite the well-known principles of palliative care, an important question arises: why are cardiac surgery patients not covered by palliative care?⁵¹ In Poland, it is rare that patients receive palliative care before or after cardiac surgery.⁵² In countries with highly developed palliative medicine, such as the USA and Canada, this is not uncommon. However, there may be some circumstances in which cardiac surgery patients will not receive palliative care, for example when the patient does not experience any symptoms or distress that would justify palliative care; when the patient is treated and is not at the end of his or her life; if the patient or his or her family did not ask for palliative care; or if the patient is not a candidate for palliative care due to a health condition or prognosis.⁵³

48 (Leeds and Smith, 2020).

49 (Aszyk et al., 2018).

50 (Crespo-Leiro et al., 2018).

51 (Maciver and Ross, 2018).

52 (Sobański et al., 2020).

53 (Truby and Rogers, 2020).

Legal and medical aspects of the end of human life in the perspective of palliative medicine used in cardiac surgery patients:

The legal and medical aspects of the end of life in the context of palliative care for cardiac surgery patients are largely similar to those for individuals with other serious or terminal illnesses. From a legal perspective, there are several important documents that can help ensure that a cardiac surgery patient's wishes are respected and carried out during the end-of-life process in the context of palliative care. These include:

- Advance directive: This is a document in which an individual specifies their wishes for medical treatment in the event that they are unable to make decisions for themselves. The advanced directive focuses, inter alia, on potentially hospice patients who do not have a curable disease. This can include a living will, which specifies the types of medical treatment the individual does or does not want, and a durable power of attorney for healthcare, which designates a trusted individual to make medical decisions on the individual's behalf.
- Do Not Resuscitate (DNR) order: This is a medical order that instructs healthcare providers not to perform CPR if the individual's heart stops or they stop breathing.
- Medical Orders for Life-Sustaining Treatment (MOLST): This is a medical order that specifies the types of treatment life limiting disease.

8. Legal and medical status of end-of-life patients after cardiac surgery in Poland

In recent years, recognition in Poland of the role of palliative care in improving the quality of life of seriously ill patients and their families has been increasing. Palliative care is now delivered by many health professionals, including doctors, nurses, social workers, and chaplains, who work together to coordinate and deliver care. Palliative care can be provided in a variety of settings, including hospitals, clinics, nursing homes, and the patient's home.

In 2002, the Sejm of the Republic of Poland passed the Act on the Right to Die with Dignity, recognizing the patient's right to refuse treatment and palliative care. The act also established a National Bioethics Advisory Council to issue guidelines and recommendations on end-of-life care. Despite these advances, access to palliative care in Poland is limited; this applies to certain parts of the country and to certain types of disease.

Who can benefit from palliative medicine services in Poland? The regulation of the Minister of Health states that palliative care can be provided to people of all

ages who live with a serious or terminal illness. Palliative care can be provided at any stage of the disease in the paediatric population, but is limited for adults and can only be provided under certain conditions. The Regulation of the Minister of Health also stipulates that palliative care should be provided with respect for the autonomy and dignity of the patient and taking into account his or her wishes and preferences. Palliative care should be coordinated with other healthcare providers as needed and should involve the patient and family in care decisions. However, the detailed guidelines of the regulation narrow down the group of people who can be treated under general health insurance.

Although access to palliative care is declared in the United Nations Convention, and is also provided for by standards drawn up by the European Commission, in Poland this access is limited,⁵⁴ and is related to specific diseases that are subject to palliative medicine services (see Table 1).⁵⁵

Table 1. List of incurable, progressive, life-limiting, and cancers and non-cancers for which services are provided under palliative and hospice care for adult patients

	ICD-10 code	Diseases qualifying for treatment
1	B20-B24	Human Immunodeficiency Virus (HIV) disease
2	C00-D48	Cancers
3	G09	Sequelae of inflammatory diseases of the central nervous system
4	G10-G13	Systemic primary atrophy affecting the central nervous system
5	G35	Multiple sclerosis
6	I42-I43	Cardiomyopathy
7	J96	Respiratory failure not elsewhere classified
8	L89	Pressure ulcer

There are no cardiovascular diseases in the list presented in Table 1, such as end-stage heart failure or heart failure which disqualifies the patient from surgical treat-

54 Opieka paliatywna i hospicyjna. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 października 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki paliatywnej i hospicyjnej Dz.U. z 2013 r., poz. 1347 (Waligórska, 2017) (Palliative and hospice care. Regulation of the Minister of Health of 29 October 2013 on guaranteed services in the field of palliative and hospice care, Journal of Laws of 2013, item 1347 (Waligórska, 2017)).

55 Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki paliatywnej i hospicyjnej z dnia 29 października 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 1347) tj. z dnia 28 marca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 742) (Regulation of the Minister of Health on guaranteed services in the field of palliative and hospice care of 29 October 2013 (Journal of Laws of 2013, item 1347), i.e. of 28 March 2018 (Journal of Laws of 2018 item 742)).

ment; there are no end-stage cardiac surgeries, no complicated circulatory failures or systemic failure from myocardial infarction; there is no way to treat patients who are disqualified from heart transplantation. There are also no patients on machine-assisted therapy, and yet such patients are in their final years of life and will not be cured. Cardiomyopathy, which is extremely rare, usually genetically related, and not representative of the general population who die from a range of cardiovascular diseases, is in the table. Therefore, it seems that the indications for palliative treatment, especially in heart diseases and in cardiac surgery patients, should change. This situation applies to the adult population, as children have a separate qualification and a wide range of diagnoses qualifying for palliative treatment.

In Poland, the gap in benefits for patients not covered by the regulation is ensured by so-called long-term care. According to the Ordinance of the Minister of Health, long-term therapy is medical care provided to people suffering from chronic diseases, such as diabetes, hypertension, or asthma. The goal of long-term therapy is to control the symptoms of the disease and to prevent or delay its progression. Long-term therapy may include medication, lifestyle changes, and other interventions. It is provided by nurses without intervention from a physician or team; eligibility is limited to patients who are completely or almost completely disabled according to the Bartel scale.

On the other hand, palliative care is defined as specialist medical care provided to people suffering from a serious or terminal illness such as cancer, heart disease, or respiratory failure. It can be provided at any stage of the disease, can be provided along with treatment, and is provided by a team of people working together. The main difference between long-term therapy and palliative care is the provision of care. Long-term therapy focuses on treating the symptoms of a chronic disease and preventing or delaying its progression, while palliative care focuses on relieving and treating the symptoms, pain, and stress of a serious or fatal disease, and improving the quality of life.

Conclusion

In Europe, the legal and medical aspects of the end of life in the context of palliative care are largely similar to those in other parts of the world. In Poland, there is a limitation in palliative care provided at the end of life in relation to cardiologic and cardiac surgery patients. From a legal point of view, several important documents are also missing that can help ensure that the individual's wishes are respected and implemented during the end-of-life process in the context of palliative care. They include advance directives, DNR orders, and MOLST documents. While it is important to discuss these documents with one's healthcare professional and to communicate clearly with loved ones about one's wishes for medical care, helping to ensure

that one's preferences are respected and implemented during this difficult time, such a document is also not binding and is not commonly acted on.

In Poland, patients are commonly referred to palliative care. However, from a legal point of view, there is also a limitation related to the ministerial list of diseases subject to this care.

It should be stated that in the end-of-life medical context, patients with heart disease and non-cancer patients are subject to the same rules and procedures as in other countries. In a formal context, patients are not regulated by law, which exposes them to unnecessarily lengthy procedures and limits access to specialist end-of-life care, such as palliative care.

REFERENCES

- Aszyk P. et al., Deklaracja medycznego środowiska kardiologicznego, paliatywnego i internistycznego wskazująca na znaczenie opieki paliatywnej w kompleksowej opiece nad chorymi z niewydolnością serca, 'Palliative Medicine in Practice' 2018; vol. 12, no. 1, pp. 64–66.
- Avaaz.org, The Prague Charter, https://secure.avaaz.org/community_petitions/en/The_Prague_Charter_Relieving_suffering/.
- Bartko A., Pawlikowski J., Ewolucja opieki paliatywno-hospicyjnej: od terminalnie do prenatalnie, 'Archiwum historii i filozofii medycyny' 2016, vol. 79, pp.8–15.
- Boerner K., Rodriguez J., Quach E., Hendricksen M., Implementing the MOLST (Medical Orders for Life-Sustaining Treatments): Challenges Faced by Nursing Home Staff, 'Geriatric Nursing' 2018, vol. 39, no. 4, pp. 465–470.
- Bogusz H., Hospicjum – drzewo życia, Poznań 2017.
- Ciałkowska-Rysz A., De Walden-Gałuszko K., Medycyna Paliatywna, Warsaw 2022.
- Crespo-Leiro M. et al. Advanced Heart Failure: A Position Statement of the Heart Failure Association of the European Society of Cardiology. 'European Journal of Heart Failure' 2018, vol. 20, no. 11, pp. 1505–1535.
- European Commission (2022), Access to Affordable and High-Quality Long-Term Care, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13190-Access-to-affordable-and-high-quality-long-term-care_en.
- Goldstein N.E., Morrison R.S., Evidence-Based Practice of Palliative Medicine, Philadelphia 2013.
- Goodlin S.J., Rich M.W. (eds.), End-of-Life Care in Cardiovascular Disease, New York 2015.
- Hentsch L. et al., Palliative Care Provision for People Living with Heart Failure: The Geneva Model, 'Frontiers in Cardiovascular Medicine' 2022, vol. 9/933977.
- House S.A., Schoo C., Ogilvie W.A., Advance Directives. StatPearls, <https://www.statpearls.com/ArticleLibrary/viewarticle/17247>.
- Huenchuan S., The Right to End-of-Life Palliative Care and a Dignified Death', <https://www.un.org/development/desa/ageing/wp-content/uploads/sites/24/2017/11/ECLAC-contribution.pdf>.
- Kearney M., Mortally Wounded: Stories of Soul Pain, Death and Healing (3rd ed.), California 2021.

- Kovacs A.H., Dipchand A.I., Greutmann M., Tobler D., End-of-Life Care in Pediatric and Congenital Heart Disease, (in:) S. Goodlin, M. Rich (eds.), *End-of-Life Care in Cardiovascular Disease*, London 2015, pp. 136–154.
- Kowalik G., Idea opieki paliatywno-hospicyjnej – rys historyczny, *'Studia Medyczne'* 2013, vol. 29, no. 2, pp. 188–194.
- Leeds H., Smith D., Palliative Care Involvement in Patients with Operative Mortality after Cardiac Surgery, *'The Heart Surgery Forum'* 2020, vol. 23, no. 6, pp. E789–E792.
- MacDonald S., Herx L., Boyle A. (eds.), *Palliative Medicine: A Case-Based Manual* (4th ed.), Oxford 2022.
- Maciver J., Ross H.J., A Palliative Approach for Heart Failure End-of-Life Care, *'Current Opinion in Cardiology'* 2018, vol. 33, no. 2, pp. 202–207.
- Maetens A., Cohen J., Harding R., A Public Health Approach to Integrate Palliative Care into a Country's Health-Care System: Guidance as Provided by the WHO, (in:) R.D. MacLeod, L. van den Block (eds.), *Textbook of Palliative Care*, Cham 2020, pp. 1749–1768.
- Manalo M.F.C., End-of-Life Decisions about Withholding or Withdrawing Therapy: Medical, Ethical, and Religio-Cultural Considerations, *'Palliative Care'* 2013, vol. 10, no. 7, pp. 1–5.
- Mullen R., The Provision of Palliative Care in Europe, <https://pace.coe.int/en/files/25057>.
- Najwyższa Izba Kontroli, *Zdążyć z pomocą*, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/opieka-paliatywna-i-hospicyjna.html>.
- Penders Y.W.H., Bopp M., Zellweger U., Bosshard G., Continuing, Withdrawing, and Withholding Medical Treatment at the End of Life and Associated Characteristics: A Mortality Follow-back Study, *'Journal of General Internal Medicine'* 2020, vol. 35, no. 1, pp. 126–132.
- Sobański P.Z. et al., Stanowisko Grupy Ekspertów Polskiego, *'Kardiologia Polska'* 2020, vol. 3, pp. 104–117.
- Radbruch L., de Lima L., Lohmann D., Gwyther E., Payne S., The Prague Charter: Urging Governments to Relieve Suffering and Ensure the Right to Palliative Care, *'Palliative Medicine'* 2013, vol. 27, no. 2, pp. 101–102.
- Radbruch L., Payne S., White Paper on Standards and Norms for Hospice and Palliative Care in Europe: Part 1. Recommendations from the European Association for Palliative Care, *'Journal of Palliative Care'* 2009, vol. 16, no. 6, pp. 278–289.
- Roberts N.F., The History of Hospice: A Different Kind of Health 'Care', *'Forbes'* 22.06.2018, <https://www.forbes.com/sites/nicolefisher/2018/06/22/the-history-of-hospice-a-different-kind-of-health-care>.
- Schmidlin E., Palliative Care as a Human Right: What Has the Prague Charter Achieved? *'European Journal of Palliative Care'* 2015, vol. 22, no. 3, pp. 141–143, https://www.academia.edu/12245063/Palliative_care_as_a_human_right-_what_has_the_Prague_Charter_achieved.
- Singh G.K., Davidson P.M., Macdonald P.S., Newton P.J., The Perspectives of Health Care Professionals on Providing End of Life Care and Palliative Care for Patients with Chronic Heart Failure: An Integrative Review, *'Heart, Lung & Circulation'* 2019, vol. 28, no. 4, pp. 539–552.

- Sobanski P.Z. et al., Palliative Care for People Living with Heart Failure: European Association for Palliative Care Task Force Expert Position Statement 'Cardiovascular Research' 2020, vol. 116, no. 1, pp. 12–27.
- Sobanski P.Z., Krajnik M., Goodlin S.J., Palliative Care for People Living With Heart Disease: Does Sex Make a Difference? 'Frontiers in Cardiovascular Medicine' 2021, vol. 8/629752.
- Truby L.K., Rogers J.G., Advanced Heart Failure: Epidemiology, Diagnosis, and Therapeutic Approaches, 'JACC Heart Failure' 2020 vol. 8, no. 7, pp. 523–536.
- Vitas Healthcare, What Are the Differences and Commonalities Between Hospice and Palliative Care?, <https://www.vitas.com/hospice-and-palliative-care-basics/about-palliative-care/hospice-vs-palliative-care-whats-the-difference>.
- Vranick J., Sanghavi D.K., Torp K.D., Stanton M., Do Not Resuscitate, 'National Library of Medicine', <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK470163/>.
- Waligórska D., Opieka paliatywna i hospicyjna. Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 29 października 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu opieki paliatywnej i hospicyjnej Dz.U. z 2013 r., poz. 1347, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/opieka-paliatywna-i-hospicyjna-w-warunkach-stacjonarnych>.
- Zehnder A.R., Pedrosa Carrasco A.J., Etkind S.N., Factors Associated with Hospitalisations of Patients with Chronic Heart Failure Approaching the End of Life: A Systematic Review 'Palliative Medicine' 2022, vol. 36, no. 10, pp. 1452–1468.

Małgorzata A. Świdarska

Wyższa Szkoła Administracji i Biznesu im. Eugeniusza Kwiatkowskiego w Gdyni, Polska

mswid@umk.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0884-5839>

Aspekty prawne terapii daremnej w okresie końca życia

Legal Aspects of Futile Therapy in the Face of the End of Life

Abstract: This article presents legal issues related to therapeutic decisions made by doctors and to euthanasia and assisted suicide, which are prohibited and penalized in the Polish legal system. The paper refers to the terms ‘futile therapy’ and ‘over-zealous treatment’. It was also considered appropriate to refer to the concept of resuscitation, which can be understood narrowly as cardiopulmonary resuscitation or broadly as all activities aimed at potentially reversing the dying process. Completion of resuscitation as it is broadly understood means that (unless there has been recovery) it is considered a futile therapy. *De lege lata* there are no statutory regulations in the Polish legal system that could be directly related to the decision to abandon futile therapy in order to assess its legal legitimacy. The aim of the study is to present the problem of futile therapy *de lege lata* and *de lege ferenda* in the face of the end of life. The article also presents the latest draft of legal regulation regarding futile therapy developed by an interdisciplinary team appointed by the Patients’ Rights Ombudsman in the form of ‘Standards of conduct in medical therapies used in the end-of-life period’.

Keywords: end of life, futile therapy, resuscitation, withholding or withdrawing from therapy

Słowa kluczowe: koniec życia, terapia daremna, resuscytacja, niepodjęcie terapii lub odstąpienie od niej

Wprowadzenie

Polski system prawa nie zawiera definicji okresu końca życia (umierania) człowieka czy też stanu terminalnego¹. Tymczasem śmierć – jak wiadomo – jest zjawi-

1 Czym innym są definicje śmierci, tj. momentu, w którym proces umierania, rozpoczęty często na wiele dni, a nawet wiele tygodni wcześniej, został już zakończony (nastąpiła śmierć mózgu, tj. trwałe nieodwracalne ustanie funkcji pnia mózgu albo nieodwracalne zatrzymanie krążenia).

skiem zdysocjowanym, co oznacza, że ogarnia tkanki i układy w różnym czasie. Ma miejsce trwałe wypadanie poszczególnych funkcji w różnej sekwencji czasowej, co prowadzi do dezintegracji ustroju człowieka jako całości funkcjonalnej. Niektóre funkcje ustroju lub ich części mogą przy tym utrzymywać się przez pewien czas w oderwaniu od innych wcześniej obumarłych². Kluczowe staje się zatem ustalenie momentu, w którym proces chorobowy pacjenta nie tylko przechodzi w etap umierania, ale umieranie to, pomimo zastosowania zaawansowanej techniki podtrzymującej życie, rozpoczęło się nieodwracalnie, to znaczy nie może zostać powstrzymane. Moment nieodwracalnego rozpoczęcia zjawiska umierania może przesądzać o niecelowości i bezskuteczności dalszego stosowania intensywnej terapii. Oznacza to, że dalsze podejmowanie inwazyjnych działań podtrzymujących życie staje się terapią daremną. Moment ten może uchwycić i rozpoznać wyłącznie lekarz. Nie wyłącza to zasadności postulatu stworzenia uregulowań prawnych odnoszących się do decyzji terapeutycznych końca życia. Zwłaszcza za potrzebne uznać należy zdefiniowanie w przepisach o randze ustawy pojęcia terapii daremnej – mimo nieusuwalnej nieodokreśloności tego pojęcia w oderwaniu od okoliczności konkretnego przypadku. Z przepisów ustawy musi wyraźnie wynikać, że lekarz nie ma obowiązku podejmowania ani kontynuowania takich interwencji medycznych, które mają cechy terapii daremnej, czemu powinno odpowiadać prawo pacjenta do niepodjęcia wobec niego takiej terapii, także wówczas, gdy nie wyraził przeciwko niej sprzeciwu.

Artykuł niniejszy ogranicza się do analizy problemów prawnych związanych z podejmowaniem przez lekarzy decyzji terapeutycznych w postaci zaniechania stosowania metod intensywnej terapii wobec nieodwracalnie rozpoczętego procesu umierania³. Decyzje te, po uznaniu pewnych metod leczenia za daremne, zmierzają do niepodjęcia aktywnego leczenia albo też do odstąpienia od takiego leczenia,

Definicje te nie odnoszą się do metody postępowania wobec rozpoczęcia procesu umierania chorego, a stanowią jedynie sformalizowaną, ujętą alternatywnie metodę stwierdzania zgonu pacjenta, czyli dotyczą końca tego procesu. Stanowi o tym art. 43 i art. 43a ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1731), a najnowsze ujęcie sposobu i kryteriów stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu zostało ogłoszone w obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 4 grudnia 2019 r. (M.P. z 2020 r., poz. 73). Natomiast nie zostały dotychczas ogłoszone w oparciu o art. 43a ust. 3 pkt 2 u.z.l. kryteria i sposoby stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów, wobec czego dla interpretacji tego pojęcia można jedynie odwołać się do nieobowiązującego obwieszczenia Ministra Zdrowia wydanego na podstawie uchylonego art. 9a ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek tkanek i narządów (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 2134) w sprawie tych kryteriów z dnia 9 sierpnia 2010 r. (M.P. Nr 59, poz. 784).

2 Zob. J. Siewiera, A. Kübler, *Terapia daremna dla lekarzy i prawników*, Wrocław 2015, s. 63.

3 Z uwagi na ramy opracowania pominięto problematykę wprowadzenia do systemu polskiego prawa tzw. oświadczeń *pro futuro* (uprzednich oświadczeń woli), pełnomocnika medycznego i kuratora medycznego. Co do wynikającej z *soft law* potrzeby wprowadzenia do prawa polskiego oświadczeń *pro futuro* – zob. M. Świdarska, *Znaczenie Europejskiej Konwencji Bioetycznej dla*

przy zachowaniu opieki paliatywnej i podstawowej, co należy odróżnić zarówno od eutanazji, jak i wspomaganego samobójstwa, które są w systemie prawa polskiego zakazane i penalizowane (art. 150 i 151 k.k.).

Za celowe uznano odniesienie się w opracowaniu do pojęcia resuscytacji. Pojęcie to może być rozumiane wąsko, wyłącznie jako resuscytacja krążeniowo-oddechowa (RKO), albo też szeroko – jako wszelkie działania mające na celu przerwanie potencjalnie odwracalnego procesu umierania. Zakończenie szeroko rozumianej resuscytacji (o ile nie nastąpił powrót do zdrowia) oznacza uznanie jej za terapię daremną.

De lege lata nie istnieją żadne uregulowania rangi ustawowej, które można by wprost odnieść do decyzji o zaniechaniu terapii daremnej w celu oceny jej prawnego umocowania.

Do wypełnienia tej luki zmierzał poselski projekt ustawy bioetycznej z 17 grudnia 2008 r. (tzw. projekt Gowina). Został on poprzedzony stworzeniem definicji uporczywej terapii przez Polską Grupę Roboczą ds. Problemów Etycznych Końca Życia, pracującą w ramach projektu badawczego „Granice Terapii Medycznych”. Grupa ta jednogłośnie wypracowała następującą definicję: „Uporczywa terapia jest to stosowanie procedur medycznych w celu podtrzymania funkcji życiowych nieuleczalnie chorego, które przedłuża jego umieranie, wiążąc się z nadmiernym cierpieniem lub naruszeniem godności pacjenta. Uporczywa terapia nie obejmuje podstawowych zabiegów pielęgnacyjnych, łagodzenia bólu i innych objawów oraz karmienia i nawadniania, o ile służą dobru pacjenta”⁴.

Definicja ta posłużyła do przedstawienia propozycji nowelizacji art. 30 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁵, dotyczącego obowiązku leczenia w stanach nagłych, poprzez dodanie ustępu 2, który brzmiał: Do podjęcia działań mających charakter uporczywej terapii lekarz zobowiązany jest na wyraźne żądanie samego pacjenta, oraz ustępu 3, zawierającego przytoczoną definicję terapii uporczywej (w zamierzeniu projektodawców stanowiłaby definicję ustawową). Oprócz tego definicja ta miała być umieszczona w treści art. 3 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁶ – w tzw. słowniczku tej ustawy. Projekt ponadto przewidywał następujące brzmienie art. 20 ust. 2 u.p.p.: „Prawo do poszanowania godności obejmuje prawo do umierania w spokoju i w godności. Pacjent znajdujący się w stanie terminalnym ma prawo do świadczeń zdrowotnych zapewniających łagodzenie bólu i innych cierpień oraz

prawnej regulacji oświadczeń pro futuro, (w:) Prawa człowieka a wyzwania bioetyczne związane z nowymi technologiami, Warszawa 2018, s. 39–46.

4 Definicja Uporczywej Terapii. Konsensus Polskiej Grupy Roboczej ds. Problemów Etycznych Końca Życia, „Medycyna Paliatywna w Praktyce” 2008, vol. 2, nr 3, s. 77.

5 Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1731 (dalej: u.z.l.).

6 Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1876 (dalej: u.p.p.).

niepodejmowania działań mających charakter uporczywej terapii”. Projektodawcy zaproponowali też zmianę (dość zawile sformułowaną) treści art. 16 u.p.p. poprzez wprowadzenie instytucji wcześniejszego (*pro futuro*) sprzeciwu⁷ pacjenta, który utracił zdolność wyrażania zgody, chorego na ciężką chorobę nieuleczalną, wobec „podejmowania działań medycznych podtrzymujących funkcje życiowe w przypadku bezpośredniego zagrożenia życia będącego wynikiem tej choroby”⁸. Projekt ten był słusznie krytykowany za propozycję wprowadzenia instytucji skutecznego prawnie żądania pacjenta prowadzenia terapii, która z istoty swej jest bezskuteczna i ma wiązać się z bezcelowym cierpieniem lub naruszeniem godności.

Najnowszą próbą⁹, która ma prowadzić do stworzenia rozwiązań prawnych służących uregulowaniu istotnych problemów końca życia, jest Stanowisko Zespołu powołanego przy Rzeczniku Praw Pacjenta (grupa kilkunastu ekspertów: lekarze różnych specjalności, biolodzy, prawnicy, teolodzy, humaniści), opublikowane w 2021 r. Stanowisko przyjęło postać: „Standardów postępowania w terapiach medycznych stosowanych w okresie kończącego się życia”, liczy 60 stron i składa się z czterech części. W części pierwszej odniesiono się do pojęć życia i śmierci człowieka z perspektywy antropologiczno-etycznej. Część druga dotyczy praw pacjenta umierającego i jego bliskich w obecnym stanie prawnym (które co do zasady nie różnią się od praw innych pacjentów). Część trzecia poświęcona została propozycjom zmian legislacyjnych (wprowadzenie instytucji uprzednich oświadczeń woli *pro futuro*, pełnomocnika medycznego oraz kuratora medycznego dla osoby, która nie powołała pełnomocnika, ponadto wprowadzenie procedury odstępowania od terapii daremnej oraz doprecyzowanie obowiązku leczenia wynikającego z art. 30 u.z.l.). Część czwarta przedstawia dobre praktyki postępowania z pacjentem oraz jego rodziną w terapiach medycznych, stosowanych w okresie kończącego się życia. Stanowisko to nie stanowi jednomyślnie wypracowanej koncepcji, bowiem na końcu zaprezentowane zostały zdania odrębne członków Zespołu co do niektórych kwestii. Do dokumentu dołączony został aneks z wynikami ankiet skierowanych do pacjentów i do personelu medycznego, dotyczącymi procedur zaniechania terapii daremnej, i wzór protokołu postępowania wobec nieskuteczności podtrzymania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów leczonych na stanowiskach intensywnej terapii, pozbawionych możliwości świadomego oświadczenia woli. Stanowisko Zespołu odnosi się,

7 Sprzeciw ten miał być wyrażony w okresie nie dłuższym niż 6 miesięcy.

8 Pełny tekst projektu: <https://www.ekai.pl/co-dokladnie-mowi-projekt-ustawy-gowina-caly-takst-projektu/> (22.10.2022).

9 Istniały też inne propozycje, zob. np. projekt ustawy grupy prawników i lekarzy związanych z Warszawskim Hospicjum dla Dzieci, kompleksowo odnoszący się do problemu (oświadczenia *pro futuro*, pełnomocnik medyczny, kurator medyczny, odstąpienie od uporczywej terapii), który przedstawiła M. Szeroczyńska, *Odstąpienie od uporczywej terapii – le lege lata i de lege ferenda*, „Medycyna Paliatywna” 2013, vol. 5, nr 2, s. 36 i n.

jak stwierdzono, między innymi do odstępowania od terapii daremnej i w tym względzie będzie przedmiotem analizy w ramach niniejszego opracowania¹⁰.

Celem artykułu jest przedstawienie problematyki tzw. terapii daremnej *de lege lata* i *de lege ferenda* w obliczu końca życia (*End-of-life*), przy czym należy zaznaczyć, że to ostatnie określenie można odnosić do pacjenta umierającego już od momentu narodzin człowieka i że nie pozostaje ono w żadnej zależności od jego wieku¹¹.

1. Pojęcie terapii daremnej

W prawie polskim nie ma definicji terapii daremnej ani terapii uporczywej. To ostatnie pojęcie funkcjonowało w doktrynie prawa medycznego, bowiem jest wyrażone jako norma deontologiczna¹² w Kodeksie etyki lekarskiej w art. 32, zgodnie z którym w stanach terminalnych lekarz nie ma obowiązku podejmowania i prowadzenia reanimacji lub uporczywej terapii i stosowania środków nadzwyczajnych (ust. 1). Decyzja o zaprzestaniu reanimacji należy do lekarza i jest związana z oceną szans leczniczych (ust. 2). Norma ta znajduje się w części szczegółowej KEL, w rozdziale I, w dziale zatytułowanym: Pomoc chorym w stanach terminalnych. Poprzedza ją norma art. 30, statuująca obowiązek humanitarnej opieki terminalnej poprzez łagodzenie do końca cierpienia chorych i utrzymywanie jakości kończącego się życia (leczenie paliatywne), oraz norma art. 31, zawierająca zakaz eutanazji i pomocy w samobójstwie. Taka systematyka norm KEL uwydatnia rolę wyróżnienia pojęcia „uporczywej terapii”, które zostało wyodrębnione pomimo współlistniejącego zakazu eutanazji (a zatem odstąpienie od uporczywej terapii nie może być z nią utożsamiane) i niezależnie od współlistniejącego kategorycznego nakazu łagodzenia cierpienia do końca (terapii paliatywnej), także w razie odstąpienia od intensywnej terapii, uznanej za uporczywą.

Termin „uporczywość terapeutyczna” (ang. *over-zealous treatment*) pochodzi ponadto z doktryny Kościoła katolickiego¹³ i został użyty w Karcie Pracowników

10 Dostępne: <https://www.gov.pl/web/rpp/terapije-medyczne-w-okresie-rekomendacje-sie-zycia-zakonczenie-prac-zespołu> lub <https://www.gov.pl/attachment/ff30acaf-6259-41cc...pdf> (17.10.2022).

11 Zob. co do szczególnego charakteru wczesnego kresu życia – A. Kruszecka-Krówka, G. Cepuch, Medykalizacja śmierci a prawa i godność dziecka u kresu życia, „Psychoonkologia” 2016, t. 20, nr 4, s. 197–202, dostępne na: <https://www.termedia.pl/Medykalizacja-smierci-a-prawa-i-godnosc-dziecka-u-kresu-zycia,63,29571,1,0.html>

12 Norma ta zyskuje na doniosłości w związku z brzmieniem art. 4 u.z.l., z treści którego wynika, że lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie z zasadami etyki zawodowej; zob. E. Zielińska, Powinności lekarza w przypadku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 88–89, gdzie Autorka uznaje normę art. 32 KEL za kontratyp pozakodeksowy i uważa, że jest on determinowany ochroną godności i prawem do umierania w spokoju i godności.

13 Zob. np. M. Ferdynus, Medical futility or persistent therapy? A dispute over the term and definitions in the polish context, „Analiza i Egzystencja” 2021, nr 53, s. 44 i n.; J. Siewiera, A. Kübler,

Służby Zdrowia, opracowanej przez Papieską Radę ds. Duszpasterstwa Służby Zdrowia w 1995 r.¹⁴ w następującej formule: „Medycyna dzisiejsza dysponuje rzeczywicie środkami będącymi w stanie sztucznie opóźnić śmierć, przy czym pacjent nie otrzymuje żadnej realnej korzyści. Jest po prostu utrzymywany przy życiu lub jest się w stanie dać mu jakiś czas życia za cenę kolejnych i ciężkich cierpień. Taki przypadek nazywany niekiedy bywa uporczywością terapeutyczną polegającą na stosowaniu środków szczególnie wyniszczających i uciążliwych dla chorego, skazując go na sztucznie przedłużaną agonię”.

Znamienne jest, że mimo iż dokument ten został przywołany przez Rzecznika Praw Pacjenta w przedmowie do wspomnianych „Standardów postępowania w terapiach medycznych stosowanych w okresie kończącego się życia” z 2021 r., to nie zostało jednak w niej użyte określenie „uporczywość terapeutyczna”. Autor przedmowy (Bartłomiej Chmielowiec – RPP) podkreśla: „(...) realizacja prawa pacjenta do godnej śmierci, a przede wszystkim poszanowanie godności człowieka, polega na zaniechaniu terapii określanej mianem daremnej”. W zasadniczej treści dokumentu konsekwentnie posłużono się pojęciem terapii daremnej, a na stronie 16 pojawia się stwierdzenie: „Wydaje się, że pojęcie terapia daremna wyraźniej oddaje istotę problemu: robić coś, co jest bezcelowe, co jest daremne, jest marnowaniem energii i czasu, a ostatecznie pozostaje szkodliwe, bo zwiększa cierpienie, przedłuża agonię”¹⁵.

W literaturze medycznej na określenie działań bezcelowych w stanach terminalnych od dość dawna używa się pojęcia terapii daremnej, uznając pojęcie terapii uporczywej za nieprecyzyjne i anachroniczne¹⁶.

Przyznając, że to pierwsze pojęcie znacznie lepiej opisuje istotę terapii pozbawionej celu i pożądanego rezultatu¹⁷, nie można tracić z pola widzenia, iż niezależnie

Terapia..., *op. cit.*, s. 18; zob. też G. Mazur, Czy odstępianie od ratowania życia jest etycznie usprawiedliwione?, „Medycyna Paliatywna w Praktyce” 2013, nr 1, s. 6–10, dostępne <https://www.tvmed.pl/tresci/pobierz-plik/11476/7565/MPwP-2013-1-6.pdf> (23.10.2022), gdzie Autor nietrafnie wywodził, iż „uporczywość” opisana w nauce Kościoła katolickiego „wywołuje mniejsze kontrowersje niż »daremnosc« bioetyki anglosaskiej wrażliwej na neutralność światopoglądową” i że dzięki temu będzie łatwiejsza do zaakceptowania przez lekarzy i opinię publiczną. Można dodać, że neutralność światopoglądowa jest cechą ze wszech miar pożądaną przy formułowaniu pojęć prawnych.

14 Karta Pracowników Służby Zdrowia, Papieska Rada ds. Duszpasterstwa Służby Zdrowia, Michalelinum, Watykan 1995; zob. też np. T. Biesaga, Karta Pracowników Służby Zdrowia, https://www.mp.pl/etyka/postawy_etyki_lekarskiej/29785karta-pracownikow-sluzby-zdrowia.

15 Stwierdzenie pojawia się w części I dokumentu, zatytułowanej: „Życie i śmierć człowieka. Perspektywa antropologiczno-etyczna”, s. 16.

16 J. Siewiera, A. Kübler, *Terapia...*, *op. cit.*, s. 55.

17 Zob. K. Szewczyk, O medycznej daremności proceduralnej i o powodach, dla których należy ją włączyć w polskie regulacje bioetyczne i system prawny, dostępne na: bazy.incet.uj.edu.pl/dzialy.php?I=pl&p=30&i=3&m=19&n=1&z=0&k=53/ (17.10.2022). Autor pokazuje tam tło historyczne pojęcia leczenia daremnego, które było znane w antycznej Grecji, w księgach Hipoc

od użytego określenia najistotniejsze jest – widoczne zwłaszcza począwszy od lat 80. XX w.¹⁸ – dostrzeganie przez doktrynę prawa i bioetykę fenomenu, jakim jest taka kondycja chorego, w której przyczyna wywołująca stan zagrożenia życia nie daje się leczyć, to znaczy jest nieodwracalna, co ma wpływ na odstąpienie od leczenia czynnego.

Decyzje terapeutyczne związane z taką sytuacją nie mają cech eutanazji, bowiem eutanazja (pojmowana jako tzw. zabójstwo eutanatyczne) polega na umyślnym (co najmniej *dolus eventualis*) zabiciu człowieka nieuleczalnie chorego i cierpiącego na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego, poprzez podanie śmiertelnej dawki środków farmakologicznych¹⁹. Wyróżniana także niekiedy w literaturze prawa karnego tzw. eutanazja bierna²⁰ polegałaby na czym innym, bowiem wiązałaby się z intencjonalnym zaniechaniem działań terapeutycznych utrzymujących pacjenta przy życiu, które były medycznie uzasadnione i potencjalnie skuteczne (a więc niemające cech daremności), co najmniej przy akceptacji faktu, że może to doprowadzić do śmierci i rzeczywiście tę śmierć sprowadzające, na żądanie pacjenta i pod wpływem współczucia dla niego. Na marginesie niniejszych rozważań zauważyć można, że w praktyce ta ostatnia sytuacja jest niezwykle trudna do odróżnienia od w pełni zgodnego z prawem odstąpienia przez lekarza od takiej terapii wobec sprzeciwu pacjenta, toteż wysoce wątpliwe jest jej wyróżnianie na tle normy art. 150 § 1 k.k.²¹

Rezygnacja z terapii daremnej „stanowi odstąpienie od zakłócania procesu nieodwracalnego umierania przez nieuzasadnione działania medyczne”²². Jak się pod-

kratesa, gdzie nakazywano odejść od chorego, gdy medycyna jest bezsilna, a chory nie rokuje nadziei na wyleczenie. Radykalna zmiana nastąpiła po wejściu w życie Kodeksu etyki lekarskiej Amerykańskiego Towarzystwa Medycznego z 1847 roku, w którym wprowadzono tzw. przywilej terapeutyczny (ograniczenie informacji przy złym rokowaniu) i zakaz opuszczania chorego umierającego. Po spektakularnych sukcesach medycyny (np. w 1885 r. L. Pasteur ratuje chłopca pogryzionego przez wściekłego psa) widoczna jest postępująca medykalizacja umierania i umocnienie przekonania, że nie ma umierających, są wyłącznie ciężko chorzy (negacja śmierci).

18 Impuls do dyskusji nad koncepcją daremności medycznej dał zwłaszcza przypadek 86-letniej Helgi Wanglie (1989 r.), cierpiącej na duszności spowodowane chronicznym zapaleniem otrzewnej, w imieniu której rodzina zgłaszała żądania aktywnej terapii (karmiono ją przez sondę, wentylowano i podawano antybiotyki w nawrotowym zapaleniu płuc). Kiedy rozpoznano tzw. przetrwały (utrwalony) stan wegetatywny, lekarze uznali daremność dalszej wentylacji, ale rodzina stanowczo zażądała wdrożenia wszelkich możliwych procedur medycznych. W trakcie rozpoznawania sprawy przez sąd pacjentka zmarła, a przyczyną bezpośrednią była sepsa, powikłana niewydolnością wielonarządową; zob. Spis kasusów, Kазus Helgi Wanglie-opis, Interdyscyplinarne Centrum Etyki UJ/działy.php?/=pl&p=31&i=3&m=27&n=1&z=0&k=139&k=63 (17.10.2022).

19 Zob. J. Malczewski, Eutanazja: gdy etyka zderza się z prawem, Warszawa 2012, s. 27 i n.

20 Zob. M. Filar, Lekarzkie prawo karne, Kraków 2000, s. 318–319.

21 Przepis ten brzmi: Kto zabija człowieka na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

22 Zob. J. Umiastowski, Aspekty medyczne umierania człowieka, „Medycyna Praktyczna dla Lekarzy” z 28.06.2007 r., dostępne na: https://www.mp.pl/etyka/kres_zycia/33135,aspekty-medyczne-umierania-czlowieka (7.11.2022).

kreśla, poza wszelką dyskusją pozostaje bowiem, że prawo lekarza do zakończenia działań powstaje dopiero z chwilą niewątpliwego stwierdzenia, że proces chorobowy pacjenta nie tylko przechodzi w etap umierania, ale co więcej, umieranie to mimo zastosowania zaawansowanej technologii podtrzymującej życie nie może zostać w sposób przyczynowy powstrzymane. Stan taki przy tym „nie ma charakteru permanentnego, lecz powstaje dopiero wówczas, gdy specjalista anestezjologii (lub konsylium lekarzy specjalistów – przyp. M.Ś.) stwierdzi ponad wszelką wątpliwość, że proces chorobowy pacjenta jest nieodwracalny i ma charakter agonalny”²³.

W literaturze przywoływane są stany faktyczne obrazujące taki stan rzeczy. Tytułem przykładu, T. Szreter – profesor medycyny – ujmując to następująco: „W stanach, w których niemożliwa jest do usunięcia przyczyna stanu zagrożenia życia, lekarz zwolniony jest od stosowania środków nadzwyczajnych. Może pozwolić pacjentowi umrzeć”. Gdy bowiem, jak wskazuje, przyczyna zgodnie z zasadami współczesnej wiedzy medycznej nie da się odwrócić, nigdy nie dojdzie do powrotu wydolnych czynności życiowych i świadomości, a chory na zawsze będzie wymagał stosowania metod intensywnej terapii i pozostanie nieprzytomny (odmóżdżony, odkorowany)²⁴.

Problem ten obrazują też stany faktyczne przytoczone przez B. Kamińskiego²⁵: „(...)chory z uogólnionymi przerzutami nowotworowymi jest poddawany reanimacji trzy razy z rzędu w kilkugodzinnych odstępach (...). Pacjent oczywiście kończy życie po kolejnej próbie masażu serca, wielokrotnych defibrylacjach i całym zasobie mało humanitarnych metod odżywiania (...). Pacjenci z rozległym wylewem krwi do mózgu i udokumentowanym zniszczeniem ważnych dla życia ośrodków są czasem tygodniami utrzymywani przy życiu dzięki sztucznej wentylacji, masywnym dawkom antybiotyków, żywieniu dojelitowemu, przetaczaniu przetworów krwi itd.”

Z kolei J. Siewiera i A. Kübler jako przykład decyzji dotyczącej niepodjęcia terapii daremnej podają rezygnację z przeprowadzenia zabiegu operacyjnego o charakterze onkologicznym w wypadku postępującej, agonalnej niewydolności wielonarządowej, a ponadto rezygnację z zabiegu dializy albuminowej umierającego pacjenta, u którego procedury terapii nerkozastępczej były uprzednio wykonywane, jednak wobec objawów niewydolności wątroby stały się daremne i niewystarczające, by powstrzymać naturalną dynamikę śmierci. Natomiast za przykład zasadnej decyzji odstąpienia od terapii uznają zaprzestanie wspomagania układu krążenia

23 J. Siewiera, A. Kübler, *Terapia...*, *op. cit.*, s. 59.

24 Zob. T. Szreter, *Problemy etyczne i ekonomiczne w intensywnej terapii*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 98–101; zob. też M. Szeroczyńska, *Odstąpienie...*, *op. cit.*, s. 32 i n., gdzie Autorka pisze: „Zdarza się, że mamy do czynienia wręcz z przedłużaniem wyłącznie biologicznej egzystencji człowieka czy z przedłużaniem pełnej cierpienia agonii”; zob. też T. Dukiet-Nagórska, *O potrzebie wypracowania standardów postępowania dotyczących niepodjęcia terapii i jej zaprzestania*, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 2, s. 17 i n.

25 B. Kamiński, *Racjonalne granice interwencji lekarskiej – wątpliwości medyczne i moralne*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 96.

stałym wlewem amin katecholowych oraz rezygnacją z kontrapulsacji wewnątrz-aortalnej u pacjenta umierającego z powodu rozległych zmian martwiczo-krwotocznych ośrodkowego układu nerwowego. Ci sami Autorzy podnoszą, że pojęcie terapii daremnej (ang. *futile therapy, medical futility*) w praktyce klinicznej jest bardziej precyzyjne. W przeciwieństwie do określenia „uporczywy” termin „daremny” jest ukierunkowany na cel i oznacza terapię niedającą żadnych wyników, żadnego rezultatu, nieskuteczną (ang. *noneffective*), pozbawioną sensu, nieuzasadnioną i bezowocną. Dla lekarza jest to równoznaczne z działaniami, które mimo ich podjęcia nie skutkują osiągnięciem celu terapeutycznego (ang. *pointless*). Ponieważ w intensywnej terapii jest nim przeżycie chorego i odwrócenie niewydolności jego narządów, przyjmuje się, że działanie daremne stanowi leczenie, które nie prowadzi do uchylenia niebezpieczeństwa zagrażającego pacjentowi. Za daremne uznaje się działanie, które nie prowadzi do uratowania życia pacjenta, a jedynie podtrzymuje funkcjonowanie tkanek i narządów, mimo że „nie daje rezultatu wobec nadchodzącej śmierci”²⁶.

Jak trafnie wskazuje K. Szewczyk, koncepcja daremności umożliwia pozbycie się frazeologii „cudu medycznego”, a „element paternalizmu tkwiący w *medical futility* minimalizuje traktowanie »daremności« jako ostateczności, jako lekarskiego: *non possumus*”²⁷. Można dodać, że jest to w gruncie rzeczy złudzenie paternalizmu, bowiem stwierdzenie daremności intensywnego leczenia nie wynika z dyskrecjonalnej decyzji lekarzy, ale z bezsilności medycyny wobec naturalnych przemożnych procesów kończącego się życia.

W artykule specjalnym (opracowanym przez grupę ekspertów anestezjologii i intensywnej terapii), który ukazał się w 2014 r. na łamach czasopisma „Anestezjologia. Intensywna Terapia”, zatytułowanym „Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli na oddziałach intensywnej terapii”²⁸, wskazuje się, że „znaczna większość chorych leczonych na OIT (oddziałach intensywnej terapii – przyp. M.Ś.), ponad 80% nie może złożyć świadomego oświadczenia woli dotyczącego leczenia ze względu na ciężki stan kliniczny lub ze względu na podawane leki uspokajające, przeciwbólowe i nasenne, niezbędne

26 J. Siewiera, A. Kübler, *Terapia...*, *op. cit.*, s. 17 i n., gdzie Autorzy przywołują wiele innych podobnych znaczeniowo określeń, choć zaznaczają, że mają one szerszy zakres, np. leczenie nieproporcjonalne (*disproportionate*) oznacza terapię zbyt szeroką, a zatem niewskazaną (*inadvisable*), jak również zbyt wąską w stosunku do stanu klinicznego pacjenta i możliwości terapeutycznych.

27 K. Szewczyk, Cztery refleksje po lekturze tekstu drugiego Włodzimierza Galewicza, dostępne na: bazy.incet.uj.edu.pl/dzialy.php?I=pl&p=30&i=3&m=19&n=1&z=0&k=59 (23.10.2022).

28 A. Kübler, J. Siewiera, G. Durek, K. Kusza, M. Piechota, Z. Szkulmowski, Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli na oddziałach intensywnej terapii, „Anestezjologia. Intensywna Terapia” 2014, t. 46, nr 4, s. 229–234, dostępne na: <https://www.ptpaio.pl/dokumenty/19.pdf>

do prowadzenia prawidłowego leczenia (paliatywnego – przyp. M.Ś.)”. Tym samym, zgodnie z intencją Autorów opracowania, nieodzwonne jest wprowadzenie jako kryterium niepodjęcia dalszej aktywnej terapii lub odstąpienia od niej pojęcia leczenia daremnego, tj. takiego, które nie wywiera skutku terapeutycznego (wobec nieuleczalnej niewydolności narządowej), a może „potęgować dolegliwości chorego”. Autorzy proponują następujące ujęcie (wytyczna trzecia): „Prowadzenie podtrzymywania funkcji narządów nieprzynoszące korzyści dla pacjenta, bez możliwości uzyskania założonych celów terapeutycznych, określa się terminem terapii daremnej i stanowi błąd postępowania medycznego”²⁹. Jednocześnie jednak stanowczo podkreśla się, że wszelkie działania zmierzające celowo do spowodowania lub przyspieszenia śmierci są niedopuszczalne zarówno medycznie, jak i etycznie oraz prawnie (wytyczna dwunasta).

Analogiczny, obszerniejszy artykuł specjalny na łamach powołanego czasopisma został opublikowany przez grupę ekspertów anestezjologii i intensywnej terapii pediatricznej w 2021 r. i nosi tytuł: „Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) na oddziałach anestezjologii i intensywnej terapii dziecięcej”³⁰. Autorzy zaznaczają, że decyzja o zaprzestaniu terapii daremnej u dziecka należy do jednych z najtrudniejszych dla lekarzy. W Wytycznych znalazło się przykładowe wyliczenie sytuacji klinicznych, w których powinno

29 *Ibidem*, s. 230–231; niektóre szczegółowe tezy cytowanych Wytycznych, w szczególności teza, iż terapia daremna jest błędem w sztuce, nie są – jak się wydaje – w środowisku medycznym powszechnie znane, choć sama idea jest akceptowana; zob. K. Matuszewicz, wywiad z prof. n. med. R. Owczukiem: Każde leczenie ma swoje racjonalne granice. Ich przekraczanie to terapia daremna, „Puls Medycyny” z 26.03.2021, dostępne na: <https://pulsmedycyny.pl/kazde-leczenie-ma-swoje-racjonalne-granice-ich-przekraczanie-to-terapia-daremna-1112274> (17.10.2022), gdzie pada następująca odpowiedź na pytanie o to, czy terapia daremna może być uznana za błąd w sztuce: „Taka teza nigdzie dosłownie nie została sformułowana, jednak w mojej ocenie – tak. Bez wątplenia przedłużanie agonii można traktować jako działanie niewłaściwe”.

30 A. Bartkowska-Śniatkowska, E. Byrska-Maciejasz, M. Cettler, M. Damps, K. Jarosz, M. Mierzewska-Schmidt, M. Migdał, I. Ożóg-Zabolska, A. Piotrowski, M. Rawicz, M. Świder, M. Tałałaj, M. Zielińska, Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) na oddziałach anestezjologii i intensywnej terapii dziecięcej, „Anestezjologia. Intensywna Terapija” 2021, t. 53, nr 5, s. 369–375, dostępne na <https://www.termedia.pl/czasopisma/-144/pdf-46186> (5.11.2022); znamienne jest, że znacznie wcześniejsze wytyczne Polskiego Towarzystwa Pediatricznego pod red. nauk. T. Dangel, dotyczące postępowania na oddziałach pediatricznych, zatytułowane zostały: Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy., Warszawa 2011, dostępne na: https://ptp.edu.pl/images/zalaczniki/Wytyczne_dla_lekarzy_PTP.pdf; zob. też M. Rutkowska, S. Szczepaniak, W. Walas, D. Pawlik, M. Karwacki, M. Szeroczyńska, G. Knita, Zasady podejmowania decyzji o wszczęciu postępowania paliatywnego w neonatologii, (w:) M. Boryszewska-Kornacka (red.), Standardy opieki medycznej nad noworodkiem w Polsce. Zalecenia Towarzystwa Neonatologicznego, Warszawa 2021.

się rozważyć, czy postępowanie nie nosi cech terapii daremnej³¹. Zaznacza się tam przy tym, że mimo konsyliarnego trybu podejmowania decyzji i potrzeby ścisłego, empatycznego kontaktu z rodzicami „nie należy wymagać od nich na to (to znaczy na niepodjęcie leczenia lub odstąpienie od niego – przyp. M.Ś.) zgody”³².

Za przyjęciem jako bardziej precyzyjnego pojęcia „terapii daremnej” przemawia fakt, że określenie: „terapia uporczywa” dosłownie (tj. w sensie językowym) oznacza terapię „utrzymującą się, ciągle powtarzającą się”, a zatem akcentowany jest tu raczej wymiar ciągłości, stałości i powtarzalności, a nie cel podejmowanego działania. Jak się podkreśla w literaturze medycznej, „wielu pacjentów poddawanych przewlekłej mechanicznej wentylacji, hemodializie czy wspomagananiu układu krążenia leczonych jest w sposób przewlekły, a procedury wobec nich stosowane są wielokrotnie powtarzane. Okoliczność ta wcale nie zmienia faktu, że po upływie wielu dni, a nawet tygodni część pacjentów dochodzi do zdrowia i opuszcza oddział o własnych siłach, a żaden z elementów ich leczenia ze względu na skutek nie pozostawał daremny, choć zapewne był uporczywy”³³.

Niezależnie od przedstawionych rozbieżności semantycznych zwraca się uwagę w doktrynie prawa medycznego, że pojęcie „uporczywej terapii” używane jest zgodnie z sensem medycznego pojęcia „terapii daremnej”, stanowiąc w gruncie rzeczy jego pozaprawny synonim³⁴.

Postulować należy ujednolicenie terminologii przy rozważaniach dotyczących końca życia poprzez przyjęcie, że bardziej precyzyjne semantycznie, a także „czytelne” dla lekarzy jest sformułowanie: „terapia daremna”, a także wprowadzenie takiego określenia jako terminu języka prawnego w przepisach prawa.

2. Niepodjęcie terapii daremnej lub odstąpienie od niej *de lege lata*

Można odnieść wrażenie – być może przedwcześnie³⁵ – że w debacie publicznej nieco ucichły głosy w dyskusji co do tego, czy zasadne jest przyjmowanie postulatów

31 *Ibidem*, s. 371, gdzie wskazano dużą różnorodność sytuacji klinicznych: takich, gdzie leczenie istnieje, ale jest nieskuteczne (np. nowotwory, SMA), ale też choroby lub stany letalne, będące przeciwwskazaniem do intensywnej terapii (zespół Edwardsa, zespół Patau’a, tj. trisomia chromosomów 18 i 13) albo choroby i stany nieodwracalne, gdzie ryzyko przedwczesnej śmierci wynika z skłonności do powikłań, np. częstych infekcji, zapaleń płuc, zachłyśnięcia (np. ciężkie mózgowe porażenie dziecięce, uszkodzenie ośrodkowego układu nerwowego).

32 *Ibidem*, s. 370.

33 J. Siewiera, A. Kübler, *Terapia...*, *op. cit.*, s. 18.

34 Zwraca na to uwagę M. Szeroczyńska, *Odstąpienie...*, *op. cit.*, s. 37.

35 Zob. co do gwałtownej reakcji społecznej, a nawet instytucjonalnej, na zaprzestanie daremnej terapii wobec pacjenta z poważnym i nieodwracalnym uszkodzeniem mózgu na przełomie 2020 i 2021 r. – M. Boratyńska, J. Malczewski, *Spór o zaprzestanie daremnej terapii oraz sztucznego odżywiania i nawadniania na przykładzie sprawy polskiego pacjenta RS w Wielkiej Brytanii*, „Przegląd Prawa Medycznego” 2021, nr 1–2 (7), s. 171 i n., gdzie Autorzy dokonują szczegółowej

zaprzestania terapii bezcelowej i bezskutecznej, a nawet co do tego, jak taką terapię nazywać. Uwaga skupia się obecnie na procedurach, według których powinno być przeprowadzone postępowanie, które zostanie zakończone decyzją o zaniechaniu dalszej intensywnej terapii. W tej ostatniej sprawie jednak ujawnia się znaczna rozbieżność stanowisk, co będzie przedmiotem rozważań w dalszej części opracowania.

Jak powiedziano, nie ma żadnej regulacji ustawowej określającej, w jakich okolicznościach postępowanie lekarza wobec pacjenta będzie nosić znamiona terapii daremnej ani według jakiej procedury powinien on podjąć decyzję o niepodejmowaniu takiej terapii lub kolejnego stadium terapii albo o zaprzestaniu jej stosowania.

Jedyna regulacja prawna odnosząca się do zaprzestania procedury podtrzymującej życie znajduje się w rozporządzeniu Ministra Zdrowia w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii z dnia 16 grudnia 2016 r.³⁶ Dotyczy ona odstąpienia od resuscytacji prowadzonej w warunkach szpitalnych z dostępem do świadczeń udzielanych przez lekarzy specjalistów anestezjologii i intensywnej terapii.

Zgodnie z przepisem § 7 zdanie 2 i 3 tego rozporządzenia lekarz specjalista anestezjologii i intensywnej terapii lub lekarz anestezjolog podejmuje decyzję o zakończeniu resuscytacji. Lekarz w trakcie specjalizacji przed podjęciem decyzji przeprowadza konsultację z lekarzem specjalistą anestezjologii i intensywnej terapii.

Ponieważ nie jest to regulacja rangi ustawowej, a jedynie rozporządzenie wykonawcze ustalające pewne wzorce organizacyjne w celu zapewnienia odpowiedniej jakości świadczeń zdrowotnych w ramach intensywnej terapii, w żadnym razie nie można traktować przytoczonych norm jako standardu prawnego regulującego terapię daremną. Jest to wyłącznie normatywny wzorzec organizacyjny co do tego, jakiej specjalności lekarz podejmuje decyzję o zakończeniu resuscytacji, i to tylko wówczas, gdy resuscytacja ta prowadzona jest w szpitalu, na oddziałach anestezjologii i intensywnej terapii. Norma ta pozostawia poza zakresem regulacji wzorce postępowania wobec pacjentów nieuleczalnie chorych u kresu życia, leczonych w innych oddziałach szpitalnych, a także wobec pacjentów m.in. onkologicznych w stanie terminalnym pozostających w domu.

2.1. Pojęcie resuscytacji

Zwraca się uwagę, że pojęcie resuscytacji w swej treści „skupia jak w soczewce podstawowe znaczenie czynności, które podejmowane są wobec pacjentów umiera-

analizy stanu faktycznego i podstaw prawnych rozstrzygnięcia przez angielski sąd w tej sprawie na tle innych zbliżonych spraw w orzecznictwie obcym (kazusy Terri Schiavo, Vincent Lambert, Eluana Englaro).

36 Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 392, wydane na podstawie art. 22 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 633).

jących i które mogą stać się daremne w obliczu nieodwracalnego procesu umiarnienia³⁷. Tymczasem może być ono różnie rozumiane.

2.1.1. Resuscytacja krążeniowo-oddechowa (resuscytacja sensu stricto)

W medycynie pojęcie resuscytacji może być rozumiane zgodnie z definicją umieszczoną w Wytycznych resuscytacji (są to medyczne wytyczne postępowania klinicznego) Europejskiej Rady Resuscytacji (i przyjętych przez Polską Radę Resuscytacji) z 2000 r.³⁸ Według tej definicji resuscytacja to zespół czynności stosowanych u poszkodowanego (w sensie medycznym), u którego wystąpiło podejrzenie nagłego zatrzymania krążenia (NZK), czyli ustanie czynności serca z utratą świadomości i bezdechem. Jego celem jest utrzymanie przepływu krwi przez mózg i mięsień sercowy oraz przywrócenie czynności własnej układu krążenia, co oznacza tzw. resuscytację krążeniowo-oddechową (RKO)³⁹.

Z kolei w artykule dotyczącym aspektów etycznych tak ujętej resuscytacji i decyzji dotyczących końca życia w Wytycznych resuscytacji z 2015 r. została przytoczona definicja terapii daremnej Światowej Organizacji Medycznej (*The World Medical Association – WMA*); według niej jest to terapia, która „nie daje rozsądnej nadziei na wyzdrowienie lub poprawę stanu zdrowia” lub terapia „w wyniku której pacjent na stałe nie odnosi korzyści”. Następnie wskazano tam, że RKO jest uważana za terapię daremną, gdy szanse na „akceptowalnej jakości przeżycie” są minimalne. Głównym i nieodzownym warunkiem stwierdzenia, czy dane postępowanie to terapia daremna, jest obecność lub brak wskazań medycznych odnośnie do planowanej terapii. Decyzja o niepodejmowaniu resuscytacji nie wymaga zgody pacjenta lub jego bliskich, którzy mogą mieć nierealistyczne oczekiwania w stosunku do skuteczności resuscytacji i potencjalnych korzyści z RKO⁴⁰.

37 J. Siewiera, A. Kübler, *Terapia...*, *op. cit.*, s. 55–56.

38 *Ibidem*, gdzie podkreśla się, że Wytyczne stanowią międzynarodowy zbiór reguł przeznaczonych nie tylko dla lekarzy wszystkich specjalności, ale także pozostałego personelu medycznego: pielęgniarek, ratowników, policjantów, strażaków, a nawet osób nieposiadających wykształcenia medycznego. Wytyczne wydawane są przez Europejską Radę Resuscytacji (tłumaczone na polski i recypowane przez Polską Radę Resuscytacji) cyklicznie, a najnowsze Wytyczne, ze szczegółowym określeniem algorytmów postępowania medycznego, zostały wydane w 2021 r. (roczne opóźnienie z uwagi na pandemię Covid-19) i są dostępne w postaci książkowej: J. Andres, *Wytyczne resuscytacji 2021*, Kraków 2022, *passim*. Orientację co do szerokiego zakresu problemów medycznych przy resuscytacji i szczegółowości wytycznych daje już sam spis treści dostępny na: <https://www.prc.krakow.pl/wytyczne2021/wytyczne2021pocznatek.pdf> (27.10.2022).

39 RKO zgodnie z Wytycznymi obejmuje zarówno podstawowe, jak i zaawansowane zabiegi resuscytacyjne (np. defibrylację, intubację dotchawiczą, zastosowanie adrenaliny, pozaustrojowe techniki RKO).

40 Zob. L.L. Bossaert, G.D. Perkins, H. Askitopoulou, V.I. Raffay, R. Greif, K.L. Haywood, S.D. Mentzelopoulos, J.P. Nolan, P. van de Voorde, T.T. Xanthos, *Etyka w resuscytacji i decyzje dotyczące końca życia*, dostępne na https://www.prc.krakow.pl/wyt2015/11_Etyka.pdf, s. 384 (9.09.2022).

Interesujące jest, że w podobnym artykule, odnoszącym się do najnowszych Wytucznych resuscytacji z 2021 r.,⁴¹ nie została sformułowana ani przytoczona sama ogólna definicja terapii daremnej, choć ponownie podkreśla się tam, że „nie należy podejmować RKO w przypadku, gdyby była daremna” oraz że „przedłużanie nieuchronnego procesu umierania należy uznać za szkodę (dystanazję⁴²)”. Jednocześnie jednak zwraca się uwagę, że trudność przy formułowaniu ogólnej, abstrakcyjnie ujętej definicji wynika m.in. z tego, iż „(...) ocena daremności zależy od czasu i kontekstu, a często wpływają na nią przekonania religijne czy duchowe. Pacjenci i ich rodziny mogą definiować daremność zupełnie inaczej niż dostawcy usług medycznych. (...) Decyzje stają się jeszcze bardziej złożone w kontekście najnowszych zaawansowanych technologii resuscytacji”.

Prowadzi to Autorów do następującej konstatacji: „Dlatego odchodzi się obecnie od pojęcia daremnej terapii na rzecz szerszej koncepcji działania w interesie pacjenta, zgodnie z którą ocenia się obciążenie w porównaniu z korzyściami”.

Nie jest to nowa koncepcja. Zasada korzyści jest jedną z podstawowych zasad etyki medycznej⁴³. A działanie w najlepszym interesie pacjenta (ang. *patient's best interest*) oznacza podjęcie decyzji po przeanalizowaniu możliwych korzyści dla pacjenta z uwzględnieniem istniejącego ryzyka, przy czym oparte na naukowych dowodach wytyczne klinicznego postępowania ułatwiają personelowi medycznemu decydowanie, jakiego rodzaju postępowanie jest najbardziej odpowiednie. Według tej koncepcji – która przyjmowana jest w *common law* w przypadku pacjentów niezdolnych do samodzielnego podejmowania decyzji o przebiegu leczenia – należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności mogące mieć znaczenie dla pacjenta. Chodzi tu nie tylko o te kryteria, które osoba decydująca (lekarz) uznaje za istotne, ale też na przykład o zaprezentowane w przeszłości (lub możliwe do rekonstrukcji) stanowisko pacjenta wobec podejmowania pewnych metod leczenia. Rozważa się również hipotetycznie, jakie działanie podjęłaby rozsądna osoba kierująca się najlepszym interesem tego chorego⁴⁴.

41 Zob. S.D. Mentzelopoulos, K. Couper, P. van de Voorde, P. Druwe, M. Blom, G.D. Perkins, I. Lulic, J. Djakow, V. Raffay, G. Lilja, L.L. Bossaert, Etyka w resuscytacji i decyzje dotyczące końca życia, dostępne na <https://www.prc.krakow.pl/wytyczne2021/rozd12.pdf>, s. 475–476 (28.10.2022).

42 Określenie to od dawna funkcjonuje w nomenklaturze medycznej. Jak podaje T. Marcinkowski: „Dystanazja to stosowanie zabiegów leczniczych zmierzających do zachowania przy życiu osoby znajdującej się w stanie śmierci osobniczej, której mózg objęty jest nieodwracalnym stanem śmierci biologicznej, zaś ortotanazja to zaniechanie podtrzymywania opisanego stanu”; zob. *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1993.

43 Obok takich zasad jak: zasada autonomii pacjenta jako jednostki, zasada nieszkodzenia pacjentowi i zasada sprawiedliwości, a ponadto zasada poszanowania godności i uczciwości; zob. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1996, *passim*.

44 Na temat kryterium najlepiej pojętego interesu pacjenta, poczynawszy od omówienia historycznego przypadku *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] IM ER 821 HL, rozstrzyganego przez Izbę Lordów, po art. 4 *Mental Capacity Act* z 2005 r. – zob. M. Boratynska, J. Malczewski, Spór..., *op. cit.*,

W Wytycznych resuscytacji z 2021 r. eksponuje się ponadto regułę, aby wobec pacjentów z podwyższonym ryzykiem NZK lub z ryzykiem niekorzystnego wyniku resuscytacji po NZK oferować tzw. zaawansowane planowanie leczenia (ZPL), tak aby uwzględniać preferencje pacjenta oraz stosować tzw. współodpowiedzialne podejmowanie decyzji (WPD).

Dotyczyć to będzie zwłaszcza terapii pod koniec życia pacjenta, gdy cierpi on na przewlekłe problemy zdrowotne. Do takiego pacjenta również jest odnoszone pojęcie RKO, ale z zastrzeżeniem, że jest ona wobec niego mniej efektywna, tj. częściej kończy się niepowodzeniem. Widoczne jest wtedy przy kryteriach zaprzestania RKO przesunięcie akcentów z analizy *stricte* medycznej na dzielenie odpowiedzialności co do decyzji o jej niepodejmowaniu. Można powiedzieć, że w pewnym stopniu w najnowszych Wytycznych doszła do głosu koncepcja demedycyzacji procesu decyzyjnego prowadzącego do niepodejmowania albo zaprzestania RKO, swoiste „zrzucenie ciężaru” z barków klinicysty wobec możliwej sprzecznej argumentacji co do zaistnienia zjawiska terapii daremnej. Można tu też dostrzec wpływ pandemii Covid-19 (wraz z regułą tzw. dystansu społecznego) na wypuklenie przez środowisko lekarskie roli udokumentowanych (wcześniejszych) oświadczeń woli pacjenta⁴⁵. Może to mieć szczególne znaczenie zwłaszcza wówczas, gdy np. nie zachodzą tzw. jednoznaczne kryteria niepodejmowania RKO⁴⁶. W cytowanym już artykule zatytułowanym: „Etyka w resuscytacji i decyzje dotyczące końca życia”, komentującym te najnowsze Wytyczne, stawia się jednak granice samostanowieniu pacjenta, podkreślając, że autonomia jednostki daje jej prawo do odmowy leczenia, ale nie zobowiązuje systemu opieki zdrowotnej do zapewnienia leczenia, które jest daremne lub

s. 189–194 oraz s. 212–218 i cyt. tam literatura. Autorzy zwracają uwagę, że kryterium to ma charakter zobiektywizowany, ale w przeciwieństwie do stosowanego wcześniej *substitute judgement test* nie chodzi tu o „wyspekulowaną pseudowolę”, ale o odtworzenie tzw. autonomii czystej, tj. wcześniejszych sądów samego pacjenta, referowanych tylko przez ustanowionego zastępcę; zob. też N. Karczevska-Kamińska, *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*, Warszawa 2018, s. 108–109.

45 Chodzi tu zwłaszcza o dopuszczalne w niektórych krajach prospektywne podejmowanie decyzji odnośnie do powstrzymania się od RKO w postaci tzw. zleceń DNAR (*Do Not Attempt Resuscitation*) lub DNACPR (*Do Not Attempt Cardiopulmonary Resuscitation*) lub też AND (*Allow Natural Death*), które powinny być aktualizowane. Wskazuje się bowiem, że „w rzeczywistości pacjenci często adaptują się do występujących u nich ograniczeń zdrowotnych, dlatego wyrażone wcześniej preferencje mogą się zmieniać w czasie; zob. L.L. Bossaert..., *op. cit.*, przypis 28, s. 384.

46 Za jednoznaczne kryteria w Wytycznych z 2021 r. uznaje się m.in.: ewidentne śmiertelne obrażenia bądź pewne oznaki śmierci lub brak możliwości zapewnienia bezpieczeństwa ratownika, ale również „istnienie ważnego i obowiązującego oświadczenia woli o niepodejmowaniu RKO”. Zwraca się przy tym uwagę, że kryteria, które występują jednostkowo (w izolacji), nie powinny decydować o zaprzestaniu RKO: szerokość źrenic, czas trwania RKO, wartości końcowo-wydechowego stężenia CO₂, choroby towarzyszące, wyjściowy poziom mleczanów czy usiłowanie samobójstwa.

nieefektywne kosztowo⁴⁷. Pomijając beзуżyteczny (przynajmniej w skali jednostkowej) argument ekonomiczny, pokazuje to, że żadne przesunięcie akcentów przy procesie decyzyjnym dotyczącym niepodejmowania lub zaprzestania RKO, w tym wola pacjenta, nie usunie zjawiska swoistego przesilenia, gdy działania stają się bezcelowe i bezskuteczne (daremne) i gdy szkody w następstwie wdrożenia RKO przeważają nad korzyściami.

2.1.2. Resuscytacja w sensie normatywnym (resuscytacja *sensu largo*)

Jednak potencjalnie odwracalne nagłe zatrzymanie krążenia (NZK), którego dotyczy definicja RKO, powinno być odróżnione od spodziewanego zatrzymania krążenia i oddechu w stanach terminalnych. Jak się wskazuje, w takich sytuacjach zatrzymanie krążenia nie jest nagłe, a ponadto samo zatrzymanie krążenia jest tylko jedną z wielu form niewydolności narządu lub układu, które mogą świadczyć o przebiegu procesu umierania chorego. Oznacza to, że istnieje duża liczba przypadków, których przytoczona medyczna definicja RKO nie będzie dotyczyła, a zabiegi stosowane wobec takich pacjentów nie będą przez lekarzy rozumiane jako resuscytacja⁴⁸, przynajmniej w ścisłym tego słowa znaczeniu. Pojęcie RKO, mimo przydatności klinicznej jest w takich przypadkach zbyt wąskie.

Szersze znaczenie terminowi „resuscytacja” nadaje natomiast przepis § 2 pkt 7 cytowanego rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii z dnia 16 grudnia 2016 r. (tzw. słowniczek). Zgodnie z tym przepisem użyte w rozporządzeniu określenie „resuscytacja” oznacza „działanie mające na celu przerwanie potencjalnie odwracalnego procesu umierania”.

Stosownie do treści przytoczonej definicji normatywnej resuscytacja jest rozumiana *sensu largo*, tj. znacznie szerzej niż tylko RKO. Zwraca się uwagę, że proces umierania ujęty w tej definicji „nie dotyczy dysfunkcji lub niewydolności jednego konkretnego układu czy narządu (...), lecz wszelkich niewydolności będących nieodłącznym dowodem toczącego się procesu umierania człowieka”, oraz że takie szerokie rozumienie resuscytacji lepiej odpowiada warunkom prowadzenia terapii podtrzymującej życie na oddziałach intensywnej terapii. Działania mieszczące się w tak ujętej definicji resuscytacji mogą dotyczyć wszystkich procedur terapeutycznych prowadzonych w ramach terapii podtrzymującej życie ze względu na niewydolność oddechową, niewydolność wątroby czy niewydolność wielonarządową⁴⁹. Procesowi umierania zatem nie zostały nadane żadne ramy czasowe, a szeroko ujęta resuscyta-

47 S.D. Mentzelopoulos et al., *Etyka w resuscytacji...*, *op. cit.*, s. 480.

48 J. Siewiera, A. Kübler, *Terapia...*, *op. cit.*, s. 56.

49 *Ibidem*, s. 57, na tle identycznie brzmiącej definicji zawartej w § 2 pkt 7 poprzedzającego obowiązujące, rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 20 grudnia 2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii dla podmiotów wykonujących działalność leczniczą (Dz.U. z 2013 r., poz. 15).

cja dotyczy wszystkich czynności w okresie umierania chorego, bez względu na czas trwania tego procesu⁵⁰. W szczególności postępowanie to może obejmować, oprócz resuscytacji krążeniowo-oddechowej, wentylację mechaniczną, elektroterapię serca, terapię nerkozastępczą, pozaustrojowe techniki wspomagania czynności krążenia, oddychania (np. ECMO) i wątroby, stosowanie leków utrzymujących prawidłową funkcję układu krążenia (np. wlew amin katecholowych), a także żywienie pozajelitowe oraz antybiotykoterapię⁵¹.

Powołana już norma § 7 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii, przyznająca lekarzowi specjalście anestezjologii i intensywnej terapii uprawnienie do pojęcia decyzji o zakończeniu resuscytacji prowadzonej na tym oddziale, dotyczy resuscytacji w takim szerokim znaczeniu. Wynika to w sposób oczywisty z brzmienia definicji normatywnej tego pojęcia zawartej w przytoczonym wyżej przepisie § 2 pkt 7 tego samego rozporządzenia („działanie mające na celu przerwanie potencjalnie odwracalnego procesu umierania”).

Jak już powiedziano, uregulowanie to ma jednak ograniczoną doniosłość, bowiem znalazło się w akcie wykonawczym i dotyczy wyłącznie postępowania na oddziałach anestezjologii i intensywnej terapii, wobec czego jest niewystarczające jako podstawa prawna odstępowania od tzw. terapii daremnej.

Uszczegółowienie kryteriów klinicznych niepodejmowania szeroko rozumianej resuscytacji na oddziałach anestezjologii i intensywnej terapii, zgodnie z treścią przepisu § 3 tego samego rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r., odbywa się według wytycznych tworzonych przez środowisko lekarskie. Według powołanej normy kwalifikacja pacjentów na oddziały anestezjologii i intensywnej terapii w szpitalach odbywa się zgodnie z aktualnymi Wytycznymi Polskiego Towarzystwa Anestezjologii i Intensywnej Terapii (PTAiIT), określającymi sposób kwalifikacji oraz kryteria przyjęcia pacjentów na oddziały anestezjologii i intensywnej terapii. Norma prawna odsyła tu wyraźnie do kryteriów postępowania klinicznego, tworzonych przez środowisko lekarskie (profesjonalistów).

Najnowsze Wytyczne PTAiIT określające te zasady i kryteria zostały opublikowane 26 lipca 2022 r.⁵² i są skierowane do lekarzy udzielających świadczeń zdrowot-

50 RKO natomiast, zarówno w postaci podstawowych jak i zaawansowanych zabiegów resuscytacyjnych, jest ze względów fizjologicznych ograniczona pewnym zakresem czasowym od chwili ustania krążenia pacjenta.

51 A. Kübler et al., Wytyczne postępowania..., *op. cit.*, s. 229; zob. też A. Bartkowska-Śniatkowska et al., Wytyczne postępowania..., *op. cit.*, s. 373.

52 Wytyczne Polskiego Towarzystwa Anestezjologii i Intensywnej Terapii określające zasady kwalifikacji oraz kryteria przyjęcia pacjentów do Oddziałów Anestezjologii i Intensywnej Terapii, wydane na podstawie § 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii, dostępne na: <https://anestezjologia.org.pl/wytyczne-kwalifikacji-oit/pdf> (6.11.2022).

nych na oddziałach anestezjologii i intensywnej terapii, leczących dorosłych i dzieci. Jak podkreślono, w ich treści kluczowa zasada ich opracowania została oparta na kryteriach korzyści zdrowotnych, wynikających z inwazyjnych interwencji leczniczych, od poziomu korzyści najwyższych poprzez mniej spodziewane aż do poważnie wątpliwych albo ich braku (tzw. priorytety).

Priorytet ostatni – czwarty stanowią pacjenci, co do których wiadomo, że nie odniosą korzyści z leczenia na oddziale anestezjologii i intensywnej terapii. Do tej grupy należą osoby niebędące w stanie bezpośredniego zagrożenia życia, które mogą być poddane leczeniu na innych oddziałach szpitala – tzw. pacjenci zbyt zdrowi, by wnieść korzyści z leczenia na oddziale intensywnej terapii. Do tej samej grupy należą jednak również chorzy z potencjalnie nieodwracalną przyczyną stanu zagrożenia życia lub zdrowia, u których wdrożenie metod dostępnych standardowo na tym oddziale „nie poprawi ich rokowania i nie przerwie nieuchronnie postępującego procesu umierania”, tj. tzw. pacjenci zbyt chorzy, by odnieść korzyść terapeutyczną z intensywnej terapii. Pacjenci tacy powinni być objęci opieką paliatywną⁵³. W omawianej grupie (priorytet czwarty) znajdują się także „osoby, które skutecznie prawnie wyraziły sprzeciw wobec przyjęcia na oddział intensywnej terapii oraz zastosowania metod leczenia i podtrzymywania życia dostępnych jedynie na takim oddziale”⁵⁴. Ostatnia reguła wiąże się ściśle z ochroną autonomii woli pacjenta i ma swoją podstawę prawną w normach art. 16 u.p.p. oraz art. 32 ust. 1 u.z.l.

Jak wskazuje się w omówieniu tych zaleceń, „sygnał o wkraczaniu na obszar terapii daremnej powinien być silnym argumentem przemawiającym za dyskwalifikacją z leczenia na oddziale anestezjologii i intensywnej terapii. Terapia daremna wiąże się dla pacjenta z niepotrzebnym cierpieniem, bólem, lękiem i utratą godności jako Człowieka w obliczu procesu umierania. Działalność intensywnej terapii nie

53 Zostało to również uwypuklone w wytycznych opracowanych przez anestezjologów dotyczących terapii daremnej; A. Kübler et al., *Wytyczne...*, *op. cit.*, s. 230, zob. wytyczna 1: Przyjęcie pacjenta na OIT jest oparte na ustalonych wskazaniach (niewydolność jednego lub wielu ważnych dla życia układów lub narządów, potrzeba ciągłego monitorowania funkcji życiowych, inne stany zagrożenia życia). Zasadniczym wskazaniem jest potencjalna odwracalność istniejących zaburzeń funkcji organizmu, skutkująca możliwością przeżycia chorego i wypisania go z OIT. Przyjmowanie pacjenta na stanowisko intensywnej terapii, aby zmarł, jest nieuzasadnione medycznie i etycznie.

54 Wśród wybranych sytuacji klinicznych przemawiających „przeciwko” przyjęciu pacjenta na oddział intensywnej terapii są np.: stan wegetatywny lub minimalnej świadomości, pacjenci ze śmiertelnym uszkodzeniem mózgu (niebędący potencjalnymi dawcami narządów), nieodwracalna niewydolność wielonarządowa, choroba nowotworowa w fazie terminalnej lub niepodlegająca leczeniu przyczynowemu, schyłkowe stadium choroby zwyrodnieniowej oraz demielinizacyjnej układu nerwowego u dzieci, zaawansowane genetycznie uwarunkowane zespoły neurodegeneracyjne, zaostrzenie przewlekłej niewydolności oddechowej u dziecka z potwierdzonym nieodwracalnym uszkodzeniem ośrodkowego układu nerwowego, zespoły ciężkich złożonych wad wrodzonych u dzieci w stadium schyłkowym; zob. *ibidem*, s. 9.

może być mylona z intensywną opieką medyczną i opieką paliatywną lub działalnością hospicyjną. W stanach terminalnych lekarz nie ma obowiązku podejmowania i prowadzenia terapii daremnej oraz stosowania środków nadzwyczajnych, w tym podejmowania i prowadzenia resuscytacji⁵⁵. Tyle lekarskie Wytyczne i ich omówienie. W przepisach prawa standardy te – mimo ich doniosłości – nie mają żadnego odzwierciedlenia. Warto zwrócić uwagę, że w ostatnim zdaniu tego wywodu uwzględniono syntetycznie ważne pojęcia dla końca życia i ma ono taki stopień ogólności, że mogłoby posłużyć do skonstruowania normy prawnej.

3. Niepodjęcie terapii daremnej lub odstępnie od niej *de lege ferenda*

Kryteria i procedury medyczne niepodjęcia terapii daremnej lub odstąpienia od niej na podstawie wytycznych poszczególnych medycznych towarzystw naukowych (przywołane wyżej wytyczne specjalistów anestezjologii i intensywnej terapii, pediatrów oraz neonatologów, a także ostatnio internistów⁵⁶) są od dawna znane i stosowane w praktyce klinicznej w oparciu o ogólne zasady etyczne i prawne, mimo braku szczegółowych uregulowań prawnych. Towarzyszy temu jednak podwójna niepewność: po pierwsze, niepewność co do trafności rokowania i decyzji o zaprzestaniu aktywnego leczenia, którą jednak da się usunąć, stosując kryteria zawarte w wytycznych oceny i postępowania klinicznego, będących wyrazem stanu współczesnej wiedzy medycznej⁵⁷; i po drugie, niepewność prawna.

Ta ostatnia jest możliwa do usunięcia wyłącznie poprzez uregulowania rangi ustawowej, wprowadzające do systemu prawa polskiego pojęcie terapii daremnej i regulę jej zaniechania. Należy przy tym podkreślić, że szczegółowe medyczne kryteria oceny stanu pacjenta jako terminalnego, a terapii jako daremnej powinny pozostać domeną towarzystw lekarskich z uwagi na oczywisty argument wyłącznej kompetencji w postaci posiadania wiedzy specjalistycznej.

55 *Ibidem*, s. 12.

56 Zob. Zapobieganie terapii daremnej u dorosłych chorych umierających w szpitalu – stanowisko Grupy Roboczej Towarzystwa Internistów Polskich ds. Terapii Daremnej na Oddziałach Internistycznych, dostępne na https://izba-lekarska.org.pl/images/121_etyka_zapobieganie_terapii_daremnej.pdf

57 Zob. interesujące wywody na ten temat z perspektywy filozoficznej – K. Szewczyk, Decyzje krytyczne w neonatologii i standardy ich podejmowania, „Diametros”, grudzień 2010, nr 26, s. 96–135, dostępne na: <https://diametros.uj.edu.pl/serwis/pdf/diam26szewczyk.pdf>. Autor zwraca uwagę na możliwe trudności co do oceny rokowania i pisze o błędzie „pesymisty” i przeciwstawnym błędzie „optymisty”.

3.1. Pojęcie terapii daremnej w Standardach postępowania w terapiach medycznych stosowanych w okresie kończącego się życia, opracowanych przez Zespół powołany przy Rzeczniku Praw Pacjenta w 2021 r.

Znaczenie dla stworzenia przyszłych uregulowań prawnych odnoszących się do końca życia (*End-of-life*) może mieć – cytowane we wprowadzeniu do niniejszego opracowania – Stanowisko Zespołu powołanego przy Rzeczniku Praw Pacjenta (interdyscyplinarna grupa ekspertów), opublikowane w 2021 r. w postaci „Standardów postępowania w terapiach medycznych stosowanych w okresie kończącego się życia”⁵⁸. Odwołano się tam do pojęcia, które jest przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu, stwierdzając, że: „Postępowanie terapeutyczne, które nie osiąga zamierzonego celu, definiowane jest jako terapia daremna (ang. *futile therapy*). W praktyce medycznej określenie to odnosi się zazwyczaj do leczenia podtrzymującego życie. Oznacza ono wówczas postępowanie, które nie przynosi dla pacjenta korzyści terapeutycznych albo wynikające z niego obciążenie znacznie przekracza spodziewany postęp w leczeniu” (s. 15).

Następnie wskazano, że zaprzestanie terapii daremnej może przybrać dwie formy.

Po pierwsze, może to być niepodjęcie terapii (*withholding*), czyli niewdrażanie kolejnych metod leczenia lub niezwiększanie intensywności już stosowanej metody leczenia.

Po drugie, może to przyjąć postać odstąpienia od stosowania określonej metody leczenia (*withdrawing*) (s. 16).

Słusznie podkreślono przy tym wyraźnie, że odstąpienie od świadczeń medycznych o charakterze daremnym jest prawidłową i zgodną z etyką zawodu procedurą medyczną wobec pacjenta umierającego i „żadną miarą nie stanowi eutanazji czy pomocnictwa w samobójstwie, które w polskim prawie pozostają zakazane” (s. 22).

Podniesiono też, że „wprowadzenie legalnej definicji terapii daremnej oraz procedury odstępowania od tego typu świadczeń medycznych powinno zostać zawarte paralelnie w u.p.p. (z punktu widzenia praw pacjenta) i w u.z.l. (z perspektywy obowiązków lekarza)” (s. 31). Taki wniosek *de lege ferenda* należy uznać za uzasadniony, byłaby to bowiem konsekwentna kontynuacja dwutorowego uregulowania istotnych dla pacjenta i lekarza kwestii w prawie medycznym.

3.1.1. Proceduralne ujęcie terapii daremnej

W części III Standardów (zatytułowanej – Prawa umierającego pacjenta i jego bliskich. Propozycje zmian legislacyjnych) zgłoszono postulat, aby w przepisach rangi ustawowej wprost zawrzeć sformułowanie, że stosowanie terapii daremnej jest nieprawidłowym działaniem medycznym, a ograniczenie terapii wobec pacjenta umierającego w przypadku istnienia ku temu wskazań medycznych jest również

58 Dalej: Standardy.

świadczaniem medycznym, prawidłowym w świetle poszanowania prawa pacjenta do umierania w godności i spokoju. Następnie ponownie podniesiono, że należy wprowadzić legalną definicję terapii daremnej oraz kryteria medyczne umożliwiające ocenę, czy dane świadczenie jest już świadczeniem daremnym, a więc przestało mieć cel leczniczy, a jedynie przedłuża agonię pacjenta (s. 29).

Zasadnie uznano, że najlepszym rozwiązaniem byłoby, gdyby procedura oceny stanu pacjenta i możliwości terapeutycznych wpisana została do u.p.p. jako rozszerzenie istniejącego już ustępu ustawy (jak to ma miejsce w przypadku ustawowego określenia prawa pacjenta do skutecznego leczenia bólu), przy czym „można byłoby dopuścić jej opracowanie przez poszczególne naukowe towarzystwa medyczne z odeśłaniem ustawowym do przyjętych przez nie rekomendacji postępowania”. Jednocześnie podniesiono, że „procedury takie powinny być uniwersalne dla wszystkich pacjentów z nieuleczalną chorobą ograniczającą przeżycie, niezależnie od miejsca leczenia (...), tak aby żaden pacjent nie był narażony na stosowanie wobec niego terapii daremnej tylko dlatego, że przepisy nie przewidują jej ograniczenia” (s. 29–30).

Uniwersalna procedura oceny stanu pacjenta terminalnego bez względu na miejsce leczenia wymagałaby opracowania takiego standardu postępowania, którego realizacja w praktyce byłaby możliwa nie tylko na którymkolwiek oddziale szpitalnym, ale też poza taką placówką podmiotu leczniczego. Inna rzecz, że wysokospecjalistyczne techniki podtrzymywania funkcji życiowych na ogół są dostępne jedynie na oddziałach anestezjologii i intensywnej terapii (intensywnej opieki medycznej, intensywnej terapii neonatologicznej) i to tam najczęściej zachodzi potrzeba wdrożenia wytycznych odnoszących się do zaniechania terapii daremnej.

W analizowanych Standardach zaznaczono wyraźnie, że ocena, czy dane świadczenie będzie daremne, czyli niezasadne z punktu widzenia wiedzy medycznej i dobra danego pacjenta, należy wyłącznie do lekarza. Zaproponowano jednocześnie, żeby dążyć do sytuacji, kiedy decyzję taką (na podstawie wewnętrznych przepisów danej placówki ochrony zdrowia) podejmowałby kolegiálně lekarz prowadzący pacjenta po uzyskaniu opinii: szpitalnej komisji etycznej (SKE), zwoływanej w składzie pozwalającym na dokonanie dogłębnej oceny stanu pacjenta, lub w razie jej braku – konsylium lekarzy specjalistów z zakresu, jakiego schorzenie dotyczy (s. 30).

Ten ostatni postulat jest niejasny. Z propozycji powinno wyraźnie wynikać, że chodzi tu o koncepcję kolegiálněj procedury podejmowania decyzji – a nie o dodatkową „opinię” – i wówczas stanowisko komisji etycznej albo konsylium lekarzy specjalistów wraz ze zdaniem lekarza prowadzącego współtworzyłoby decyzję kolegiálně (współdecydowanie). Odmienna formuła mogłaby bowiem polegać na tym, że decyzja lekarza prowadzącego jest wystarczająca, przy zachowaniu powinności wysłuchania opinii wskazanych ciał kolegiálněnych. Jak sądzić można na podstawie sformułowania: „decyzję taką podejmowałby kolegiálně”, intencją członków Zespołu było rekomendowanie jako fakultatywnego (zależnego od wewnętrznych regulacji placówki medycznej) kolegiálněgo współdecydowania: albo wraz ze szpitalną komi-

szą etyczną albo – w razie jej braku – wraz z konsylium lekarzy odpowiednich specjalności.

Wydaje się, że wszelka nadmierna formalizacja procesu podejmowania decyzji co do dalszego stosowania intensywnych procedur przedłużających życie i uzależnienie ich od zewnętrznego – względem kryteriów medycznych – systemu ocen stosowanego przez szpitalne komisje etyczne, nie byłaby dobrym rozwiązaniem. Ponadto uzależnienie procedury od brzmienia wewnętrznych przepisów konkretnej placówki ochrony zdrowia mogłoby prowadzić do niejednolitej ochrony pacjentów, czego projektodawcy chcieliby zapewne uniknąć. Nie oznacza to postulatu wprowadzenia dowolnego i swobodnego trybu podejmowania decyzji, przeciwnie, należy uznać, że celowe jest uregulowanie ustawowe odnoszące się do procedur zmierzających do jej podjęcia, w szczególności wprowadzenie wymogu wspólnej decyzji w wyniku odbytego konsylium lekarzy specjalistów anestezjologii i intensywnej terapii, ale też w razie potrzeby innych specjalności z zakresu, jakiego schorzenie pacjenta dotyczy. Natomiast za zasadne uznać trzeba pozostawienie poza takim procesem decyzyjnym debat o charakterze światopoglądowym *ab ovo*, trudnych do uniknięcia w instytucjonalnych interdyscyplinarnych ciałach kolegialnych. Zatem lepszym rozwiązaniem wydaje się postulat kolegialnego współdecydowania przez lekarza prowadzącego pacjenta i konsylium lekarzy specjalistów – jeśli to merytorycznie uzasadnione – wielu dziedzin medycyny.

Stworzenie norm ustawowych odnoszących się do terapii daremnej oznaczać powinno *per se* inkorporowanie w ich treści akceptowanego systemu wartości. Dyskusja (skupiona na pytaniach egzystencjalnych, abstrahujących od transcendencji albo z jej uwzględnieniem⁵⁹) toczy się od wielu lat i będzie toczyć się dalej. Nie powinna jednak wpływać na podejmowanie decyzji terapeutycznych już po ustanowieniu norm ustawowych, odnoszących się do terapii daremnej.

Modele proceduralnego ujęcia terapii daremnej są już wypracowane przez środowisko lekarskie i można by je, po odpowiednim dostosowaniu sformułowań (uogólnieniu), podnieść do rangi normy prawnej. Szczególnie klarownie wyrażone stanowisko w tym względzie wynika z powołanych już wyżej Wytycznych postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli

59 Zob. Stanowisko Zespołu Ekspertów Konferencji Episkopatu Polski ds. Bioetycznych, dostępne na: <https://episkopat.pl/en/zespol-ekspertow-kep-ds-bioetycznych-zaprzestanie-terapii-daremej-nie-moze-byc-utozsamiane-z-eutanazja/>, gdzie uznano że: „jeżeli lekarz uczynił to, co tu i teraz możliwe wobec nieodwracalnie postępującego zanikania procesów życiowych pacjenta, to ani on sam, ani otoczenie nie może uznać za niemoralną decyzji o zaprzestaniu dalszej terapii, czyli o rezygnacji ze stosowania środków nieproporcjonalnych do sytuacji, z pewnością byłaby to terapia daremna, której przerwanie nie może być zakwalifikowane jako eutanazja. Lekarz nie uważa się w ten sposób za sędziego życia i śmierci, ale daje wyraz człowieczeństwu, profesjonalizmowi i odpowiedzialności etycznej”.

na oddziałach intensywnej terapii, opracowanych w 2014 r. przez anestezjologów⁶⁰. Można tu wskazać zwłaszcza na następujące zalecenia (wytyczna czwarta): „Decyzja o niepodjęciu lub odstąpieniu od podtrzymywania funkcji narządów stanowi formalną procedurę postępowania na stanowiskach intensywnej terapii. Musi ona zostać zarejestrowana w dokumentacji medycznej (najlepiej w postaci odrębnego protokołu) z dokładnym opisem uzasadnienia decyzji o niepodjęciu lub odstąpieniu od określonego rodzaju postępowania”. W załączniku do Wytycznych został zamieszczony wzór tego protokołu.

Istotne znaczenie ma, że wzór ten jest rekomendowany do stosowania jako właściwy do przeprowadzania procedury niezastosowania terapii lub odstąpienia od niej w analizowanych Standardach (s. 30) i recypowany jako Aneks (s. 58–60). Zaniechano tu jednak jakiegokolwiek uogólnienia (skutkiem czego procedura dotyczy wyłącznie pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli) i przyporządkowano procedurę rezygnacji z terapii daremnej do „stanowisk intensywnej terapii”, co może sugerować (chyba wbrew intencji twórców Standardów), że chodzi tu wyłącznie o oddziały anestezjologii i intensywnej terapii.

Elementem protokołu są: dane pacjenta, stwierdzenie, że z powodu aktualnego stanu klinicznego nie jest on zdolny do świadomego wyrażenia swojej woli w zakresie postępowania terapeutycznego, stwierdzenie o niewydolności narządowej pacjenta, która ma charakter nieodwracalny i trwały, oraz decyzja o tym, że podejmowanie, a także kontynuowanie określonych metod podtrzymywania funkcji narządów staje się terapią daremną, szkodliwą dla pacjenta. Następnie w protokole ma znaleźć się szczegółowy opis tzw. aspektów klinicznych: rozpoznanie, opis aktualnego stanu klinicznego, problemy terapeutyczne i (w razie potrzeby) opinie konsultantów.

W dalszej kolejności następuje charakterystyka tzw. aspektów etycznych i środowiskowych w postaci planu prowadzenia postępowania paliatywnego, służącego zapewnieniu jak najlepszego komfortu pacjenta (uśmierzanie takich objawów jak: ból, niepokój, duszność, drgawki czy gorączka), a ponadto prowadzenia nawadniania i żywienia pacjenta stosownie do jego potrzeb, a także zapewnienia stałego kontaktu z najbliższymi osobami i innymi osobami wspierającymi w zależności od potrzeb i możliwości organizacyjnych.

Oprócz tego przewiduje się, że dla udokumentowania działania w celu określenia „najlepszych interesów pacjenta”⁶¹ (co stanowi nawiązanie do wspomnianej w związku z Wytycznymi resuscytacji z 2021 r. doktryny *patient's best interest*) w protokole powinna się znaleźć adnotacja o przeprowadzeniu rozmowy ze wskazanymi

60 A. Kübler et al., Wytyczne postępowania..., *op. cit.*, s. 230–231.

61 W doktrynie brytyjskiej używa się właśnie liczby mnogiej: *best interests*; zob. M. Boratyńska, J. Malczewski, Spór..., *op. cit.*, s. 214, gdzie Autorzy zwracają uwagę, że „akcentuje to wielość branych pod uwagę czynników”, przy ważeniu korzyści i uciążliwości, przy czym tylko, gdy bilans ten daje wartość mniejszą lub równą zero, przemawia to za przerwaniem terapii.

w jego treści (poprzez imię, nazwisko, stopień pokrewieństwa lub znajomości) członkami rodziny lub osobami najbliższymi. Rozmowa ta polegać ma na omówieniu kilku problemów, w szczególności powinno to być rozpoznanie co do ewentualnych, wyrażonych w przeszłości oświadczeń woli pacjenta co do kontynuowania procedur podtrzymujących życie w sytuacji porównywalnej do obecnej. Ponadto należy też wziąć pod uwagę ewentualne, wyrażone wcześniej życzenia pacjenta odnośnie do postępowania w sytuacji zagrożenia lub schyłku życia, które byłyby znane rodzinie pacjenta lub innym najbliższym mu osobom. Dalej trzeba omówić uznawane przez pacjenta przekonania światopoglądowe, w tym moralne i etyczne, o ile takie manifestował. Należy też poinformować o aktualnym stanie świadomości pacjenta i rokowaniu co do przeżycia, ewentualnie poprawy klinicznej, wyleczenia czy rehabilitacji po opuszczeniu oddziału intensywnej terapii. Według treści Standardów rozmowa z członkami rodziny powinna też dotyczyć „stosowanych aktualnie metod leczenia, w tym skuteczności i inwazyjności oraz planu dalszego postępowania z pacjentem”.

Rozmowa odnosząca się do pierwszych trzech kwestii ma służyć, jak należy sądzić, rekonstrukcji woli pacjenta w sytuacji, gdy jest on pozbawiony możliwości złożenia świadomego oświadczenia woli. Ma to umożliwić lekarzom podjęcie decyzji o zaniechaniu terapii daremnej i wdrożeniu konkretnych metod leczenia paliatywnego oraz interwencji z zakresu opieki podstawowej, biorąc pod uwagę czynnik pozamedyczny w postaci „najlepszego interesu pacjenta”. Oznacza to uwzględnienie jego przekonań, światopoglądu i hipotetycznej woli co do niestosowania określonych procedur medycznych, a także subiektywnych potrzeb u kresu życia, np. potrzeby pożegnania się z rodziną lub innymi osobami bliskimi albo przekazania im dyspozycji co do pogrzebu.

Uznać jednak trzeba, że uwzględnianie woli pacjenta ma granice i nie może prowadzić do akceptowania wszelkich jego życzeń (żądań), zarówno pozbawienia go życia przez wprowadzenie pewnych substancji do jego organizmu przyspieszających zgon (eutanazja), jak i żądań zmierzających do kontynuowania metod intensywnej terapii bez względu na ich użyteczność w świetle wiedzy medycznej. Żadne zasady etyczne nie mogą stanowić uzasadnienia dla skutecznego wywierania presji wobec lekarzy, by stosowali inwazyjne metody terapeutyczne całkowicie pozbawione podstaw i skuteczności w przypadku konkretnego pacjenta. Zmniejsza to szanse przeżycia innych pacjentów, u których stosowanie wysokospecjalistycznych procedur medycznych jest w pełni uzasadnione i może być skuteczne, a którzy nie mają do nich dostępu z uwagi na brak wolnych miejsc na oddziale.

Natomiast zaznaczyć należy, że rozmowa dotycząca trzech ostatnich kwestii (informacja o stanie świadomości pacjenta i rokowaniu, o stosowanych metodach leczenia oraz o planie dalszego postępowania) nie powinna stanowić składowej procesu decyzyjnego lekarzy co do zaniechania terapii daremnej, bowiem osoby bliskie, z którymi się taką rozmowę prowadzi, nie mają kompetencji decyzyjnych i nie „dysponują” osobą pacjenta. Adnotacja o takiej rozmowie może być więc jedynie trak-

towana jako dowód udzielenia informacji osobom do tego uprawnionym w oparciu o normę art. 31 ust. 6 u.z.l. (tzw. osobom bliskim)⁶² i nie wydaje się, by stanowiła nieodzowny element protokołu podjęcia decyzji o zaniechaniu terapii daremnej. Żaden przepis prawa nie nadaje rodzinie ani innym osobom bliskim (z wyjątkiem przedstawiciela ustawowego, ale w granicach przewidzianej przepisami tzw. zgody zastępczej na dokonanie zabiegu medycznego) kompetencji do decydowania o postępowaniu medycznym odnoszącym się do pacjenta, również pacjenta umierającego, nawet wówczas, gdy mają oni prawo do informacji o stanie jego zdrowia i rokowaniu.

Trafnie ujmują ten problem powołane wyżej Wytyczne z 2014 r. opracowane przez anestezjologów i specjalistów intensywnej terapii: „Rodzina (tu trzeba zastrzec: o ile konkretna osoba ma status osoby bliskiej w rozumieniu z art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p., a pacjent, zgodnie z art. 31 ust. 6 u.z.l., jest nieprzytomny albo niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji lub nie ukończył 16 lat albo też osoba ta została przez pacjenta upoważniona do uzyskania informacji – przyp. M.Ś.) powinna mieć pełną świadomość medycznego i etycznego uzasadnienia dla niepodjęcia lub odstąpienia od podtrzymywania czynności narządów, ale nie może być obciążona odpowiedzialnością za tę decyzję” (wytyczna dziewiąta).

Zaznaczyć ponownie wypada, że nie można mitologizować roli i kompetencji rodziny (pojęcie to zresztą nie ma definicji ustawowej i może być rozumiane bardzo szeroko) w sferze decyzji medycznych odnoszących się do pacjenta. Pacjent w stanie terminalnym zachowuje nie tylko wszystkie prawa pacjenta (i zyskuje prawo do umierania w spokoju i godności), ale też wszystkie prawa osobiste, w tym prawo do prywatności i prawo do samostanowienia, obejmujące kompetencję tego pacjenta (lub zastępczo jego przedstawiciela ustawowego⁶³ albo sądu opiekuńczego) do wyrażania zgody na proponowane zabiegi medyczne lub sprzeciwu wobec nich.

62 Co do obowiązku informacji wobec tzw. osób bliskich (przepis art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p. określa zamknięty krąg tych osób w prawie medycznym i są to: małżonek, krewny do drugiego stopnia, powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciel ustawowy, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu lub osoba wskazana przez pacjenta) za życia pacjenta w oparciu o normę art. 31 ust. 6 u.z.l. (tj. gdy pacjent nie ukończył 16 lat lub gdy jest nieprzytomny albo gdy jest niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji); zob. M. Świdarska, Tajemnica medyczna za życia i po śmierci pacjenta oraz pozycja prawna osób bliskich przy jej ujawnianiu, (w:) D. Wetoszka (red.), Prawo rodzinne, Warszawa 2022, s. 69.

63 *De lege lata* tzw. opiekun faktyczny (tj. według art. 3 ust. 1 pkt 1 u.p.p. osoba sprawująca, bez obowiązku ustawowego, stałą opiekę nad pacjentem, który ze względu na wiek, stan zdrowia albo stan psychiczny opieki takiej wymaga) nie jest osobą uprawnioną do wyrażenia zgody zastępczej. Inaczej stanowił art. 17 ustawy o zawodzie lekarza z 28 października 1950 r. (Dz.U. Nr 50, poz. 458), zgodnie z którym opiekun ten mógł udzielić zgody zastępczej na każdy rodzaj zabiegu, w tym zabieg operacyjny. Obecnie w oparciu o art. 32 ust. 3 u.z.l. i art. 17 ust. 2 *in fine* opiekun faktyczny może wyrazić zgodę wyłącznie na badanie pacjenta, przez co należy rozumieć tylko ogólne badanie lekarskie; zob. M. Świdarska, Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007, s. 57–62, również co do konstrukcji *personne de confiance*, zastosowanej w prawie francuskim, nawiązującej do koncepcji pełnomocnika medycznego.

Kolejną częścią składową wzoru protokołu włączonego do Standardów jest tabela, w której umieszczono listę typowych procedur podtrzymujących funkcje życiowe organizmu z adnotacjami o ich ewentualnym niepodjęciu albo odstąpieniu od nich. Są to następujące procedury: resuscytacja krążeniowo-oddechowa, elektroterapia serca, terapia nerkozastępcza, mechaniczne wspomaganie układu krążenia, farmakologiczne wspomaganie układu krążenia, wentylacja mechaniczna, antybiotykoterapia, zabiegi operacyjne i inne inwazyjne procedury, żywienie parenteralne⁶⁴, pozaustrojowe wspomaganie funkcji oddychania, pozaustrojowe wspomaganie funkcji wątroby, przetaczanie preparatów krwiopochodnych.

Protokół wieńczy oświadczenie o tym, że niepodjęcie konkretnych procedur terapeutycznych lub odstąpienie od nich jest w pełni uzasadnione oraz że „ich rozpoczęcie lub kontynuacja będą nosiły znamiona terapii daremnej i będą szkodliwe dla pacjenta”. Oświadczenie to podpisują: dwaj lekarze specjaliści z zakresu anestezjologii i intensywnej terapii oraz lekarz kierujący oddziałem.

Powinno być oczywiste, że bilans korzyści i strat przy decyzji o terapii daremnej nie może mieć bezpośredniego związku z rachunkiem ekonomicznym czy „ekonomią” organizacyjną. Wskazuje się na to wprost w cytowanych Wytycznych z 2014 r., opracowanych przez anestezjologów i intensivistów (wytyczna dziesiąta): „Każda decyzja o ograniczeniu terapii daremnej musi mieć swoje jasne, opisane uzasadnienie i nie może być uwarunkowana kosztami leczenia lub aspektami organizacyjnymi (np. zwolnieniem stanowiska intensywnej terapii dla innego pacjenta)”.

Analizowane Standardy opracowane przez Zespół przy RPP przewidują w dalszej ich części, że „odstąpienie od daremnej terapii wymagałoby poinformowania pacjenta o decyzji (...), ale byłoby niezależne od woli pacjenta i nie wymagałoby ani jego zgody, ani zgody jego przedstawiciela ustawowego (w przypadku dzieci i ubezwłasnowolnionych), pełnomocnika medycznego czy kuratora”. Ze stanowiskiem tym należy się zgodzić, bowiem za niewątpliwe uznać trzeba, iż decyzja o zaniechaniu terapii daremnej, a zatem o zaprzestaniu podtrzymywania funkcji narządów nie-

64 Szczególnie kontrowersyjna jest procedura sztucznego nawadniania i żywienia pacjenta (przez zgłębnik nosowo-gardłowy, zwany sondą, kroplówkę, a zwłaszcza odżywianie pozajelitowe – PEG, przy sztucznym odprowadzaniu produktów przemiany materii i antybiotykoterapii), a w szczególności to, czy wchodzi ona w skład terapii podtrzymującej funkcje życiowe, która może okazać się daremna, czy też stanowi element opieki podstawowej, której przeciwieństwem jest „zagłodzenie na śmierć”. Szczegółowo omawiają ten problem M. Boratyńska, J. Malczewski, Spór..., *op. cit.*, s. 178–185; zob. też: Zapobieganie terapii daremnej u dorosłych chorych umierających w szpitalu – stanowisko Grupy Roboczej Towarzystwa Internistów Polskich ds. Terapii Daremnej na Oddziałach Internistycznych, cyt. w przypisie 56, s. 128, gdzie zasadniczo żywienie i nawadnianie (także np. przez zgłębnik żołądkowy) traktuje się jako tzw. opiekę podstawową, niewchodzącą w skład pojęcia terapii daremnej. Jednak zastrzega się, że w okresie umierania (ostatnie dni i godziny) lekarz powinien rozważyć, czy istnieją medyczne wskazania do nawadniania pozajelitowego (np. ocenić, czy taka interwencja zmniejszy splatanie), czy też nawadnianie będzie raczej stanowić obciążenie dla umierającego organizmu.

przynoszącego korzyści pacjentowi, bez możliwości uzyskania założonych celów terapeutycznych, szkodliwego dla pacjenta i stanowiącego błąd postępowania medycznego, nie wymaga zgody pacjenta. Taki ewentualny akt woli bowiem nie miałby nic wspólnego z wymaganą przez ustawy zgodą pacjenta, która zawsze dotyczy podjęcia proponowanego przez lekarza leczenia, a nie jego zaniechania (w tym przypadku z uwagi na jego bezcelowość i szkodliwość).

Mimo wydawałoby się niedwuznacznego, przytoczonego wyżej, stanowiska w tej kwestii, do propozycji Zespołu przy RPP zostało zgłoszone – z pozycji teologicznych – zdanie odrębne⁶⁵, gdzie argumentuje się, że zastrzeżenie o braku wymogu zgody pacjenta jest „arbitralne” i stanowi „uderzenie w podstawowe prawa pacjenta” oraz że „nie do przyjęcia jest, że w przypadku jednej z najważniejszych decyzji życiowych pacjentowi chce się odebrać to prawo”, a ponadto, że „mając na uwadze podmiotowość pacjenta, należy podkreślić jego prawo domagania się także kontynuowania terapii uznanej przez lekarza za daremną”.

Wbrew opinii wyrażonej w tym zdaniu odrębnym nie może tu być mowy o „uderzeniu w prawa pacjenta”, bowiem nie istnieje prawo pacjenta do żądania przeprowadzenia konkretnej interwencji medycznej ani prawo pacjenta do sprzeciwu⁶⁶ wobec jej zaniechania czy też prawo do wyrażenia zgody na niepodejmowanie (bezużytecznej) metody terapii lub odstąpienie od niej. Trzeba pamiętać jednocześnie, że zgodnie z wytycznymi lekarskimi ma miejsce planowanie leczenia z wyprzedzeniem (ACP)⁶⁷ i kontynuowanie wszelkiej opieki zapewniającej komfort u kresu życia⁶⁸, a w końcu również, że istnieje możliwość zmiany lekarza. Przyjęcie perspektywy proponowanej przez Autorów tego zdania odrębnego stanowiłoby w gruncie rzeczy zniweczenie dorobku Zespołu.

Inna rzecz, że Zespół w dalszej części wywodu wydaje się sabotować sam siebie. Najpierw zasadnie proponuje się zapewnienie dodatkowych opinii w razie zgłoszenia sprzeciwu przez pacjenta (który obawia się, że lekarz pomylił się w diagnozie albo ma nadzieję, że istnieją inne terapie ratujące mu życie), które mogłyby być wydane

65 Zob. zdanie odrębne: ks. bp dr hab. n. teologicznych J. Wróbel, ks. prof. dr hab. n. teologicznych P. Morciniec, *Standardy...*, *op. cit.*, s. 46. Autorzy zarzucają też cytowanemu stwierdzeniu, że jest „prawnie wygodne”, bo nie dopuszcza sprzeciwu, (?) i paternalistyczne. Otóż nie sposób zarzucać paternalizmowi decyzjom terapeutycznym, które wynikają z dojścia do kresu możliwości, jakimi dysponuje współczesna medycyna.

66 Czym innym jest prawo sprzeciwu wobec opinii lub orzeczenia lekarza o stanie zdrowia pacjenta – art. 31 i n. u.p.p.

67 Zwraca na to uwagę prof. dr hab. n. med. M. Krajnik, podnosząc, że współcześnie preferowanym podejściem w medycynie jest inicjowanie przez lekarza tzw. planowania opieki medycznej z wyprzedzeniem (ang. *Advance Care Planning*); *Standardy...*, *op. cit.*, s. 41–42.

68 Zob. *ibidem*, s. 41, gdzie Autorka dostrzega potrzebę podkreślenia, zwłaszcza w opisie procedury rezygnacji z terapii daremnej, że jest to wybór sposobu postępowania na otoczenie chorego opieką paliatywną, opieką duchową, psychologiczną i społeczną, z dbałością o dobrą komunikację z chorym i jego bliskimi (włączając w to wrażliwość na przewidywaną żalobę).

np. przez konsultanta wojewódzkiego w zakresie danej dziedziny medycyny (również za pomocą komunikacji telemedycznej), co ma doprowadzić do zrozumienia swojej sytuacji przez pacjenta i jej akceptacji. Następnie jednak pojawia się, podkreślona pogrubioną czcionką, konkluzja, która brzmi: „W przypadku trwania pacjenta przy stanowisku, zgodnie z którym ww. terapia (czyli terapia oceniona przez konsylium co najmniej trzech lekarzy jako daremna, po ewentualnych dodatkowych konsultacjach – przyp. M. Ś.) nie powinna być przerywana, należy kontynuować dotychczasowe interwencje medyczne w formie szanującej godność i intymność pacjenta, zgodnej z aktualnym stanem wiedzy oraz zawodowymi standardami etycznymi” (s. 30–31).

Działanie o takiej charakterystyce, łączące elementy pozostające ze sobą w stanie wzajemnego wykluczania się, byłoby dla lekarzy zadaniem niewykonalnym, a podejmowane ewentualnie działania miałyby charakter pozorny. Pacjent nie ma – i nie powinien zyskać – prawa skutecznego żądania podjęcia lub kontynuowania interwencji medycznych, które są oceniane w świetle aktualnej wiedzy jako błąd medyczny w tym przypadku z tego powodu, że szkodzą pacjentowi, przysparzając cierpienie, nie przynoszą żadnych korzyści, a jedynie sztucznie zakłócają, poprzez stosowanie inwazyjnych metod, rozpoczęty już proces umierania (agonii).

Czym innym jest natomiast bezwzględne prawo każdego pacjenta, wobec którego nie podjęto terapii daremnej lub odstąpiono od niej, znajdującego się na jakimkolwiek oddziale szpitala, w hospicjum, w domu pomocy społecznej, w innej instytucji czy też w domu, do szeroko rozumianej opieki podstawowej, paliatywnej, duchowej i psychologicznej, o ile wyraża na nią zgodę. Wprawdzie prawo to można wywnioskować w drodze wykładni z art. 20 ust. 2 i art. 20a u.p.p. (prawo do poszanowania godności, które obejmuje także prawo do umierania w spokoju i godności oraz prawo do leczenia bólu), to jednak w przepisach ustawy definiujących terapię daremną trzeba wskazać wyraźnie na nieodzowny skutek takiej decyzji w postaci niezwłocznego podjęcia szeroko rozumianej, wieloaspektowej opieki.

Podzielam – ze względów, które wynikały z dotychczasowych wywodów – stanowisko M. Szeroczyńskiej – członka Zespołu przy RPP (wyrażone w zdaniu odrębnym)⁶⁹, że „żaden pacjent nie ma prawa do żądania od lekarza udzielania mu świadczenia, które lekarz uważa za niewłaściwe, nieadekwatne, a w szczególności za szkodliwe. (...) Jednoznacznie musi zabrzmieć, że lekarza nie wiąże żądanie rodziny, by za wszelką cenę leczył ich umierającego bliskiego, pod groźbą interwencji mediów, prokuratury czy sądu. Nie wiążą go w tym zakresie także żądanie, a nawet ewentualne groźby, samego pacjenta. (...) Pacjent jest wolny w szukaniu innego lekarza, który nie uzna dalszego leczenia za daremne, jednak nie ma on możliwości zmuszenia żadnego lekarza do kontynuowania leczenia daremnego”.

69 Zob. *ibidem*, s. 43. Autorka (dr n. prawnych) zaznacza, że w zasadniczym stopniu podpisuje się pod całością Standardów przygotowanych przez Zespół powołany przez RPP.

3.1.2. Procedura sprzeciwu od orzeczenia lekarskiego o odstąpieniu od terapii daremnej *de lege ferenda*

W pewnym stopniu echem stanowiska o konieczności kontynuacji terapii daremnej w razie trwania pacjenta przy zdaniu, że nie powinna być ona przerywana, są kolejne wnioski *de lege ferenda* Zespołu przy RPP. W szczególności w Standardach uznano, że obowiązujące przepisy (art. 31–32 u.p.p.) przewidujące uprawnienie pacjenta do odwołania się (w postaci złożenia sprzeciwu) od opinii albo orzeczenia lekarza⁷⁰ są całkowicie niefunkcjonalne w odniesieniu do osób umierających (s. 31). Wobec tego zaproponowano następujące modyfikacje, które odnosiłyby się do sprzeciwu umierającego pacjenta:

- sprzeciw mógłby mieć każdą formę, np. ustną, i powinien zobowiązywać podmiot wykonujący działalność leczniczą do jego natychmiastowego skierowania do Komisji Lekarskiej działającej przy RPP;
- w przypadku pacjenta pozbawionego zdolności do samodzielnego zgłoszenia sprzeciwu mogłaby go wnieść osoba bliska (przy tym, według Standardów, za takie osoby należałoby uznać także „osoby, które przedstawiają upoważnienie do otrzymywania informacji lub dokumentacji medycznej, złożone również w innym podmiocie leczniczym niż w tym, w którym pacjent obecnie przebywa”) bądź jego pełnomocnik (należy sądzić, że pełnomocnik medyczny) albo kurator (medyczny);
- sprzeciw nie powinien wymagać żadnego uzasadnienia, bowiem jeśli pacjent będący u kresu życia nie zgadza się z decyzją lekarza o odstąpieniu od leczenia przyczynowego z włączeniem opieki paliatywnej, musi mieć zawsze prawo do jej weryfikacji;
- sprzeciw rozstrzygany byłby (przez Komisję Lekarską przy RPP) szybko, nie dłużej niż w ciągu 72 godzin, z obowiązkiem zapoznania się nie tylko z dokumentacją medyczną, ale i wysłuchaniem pacjenta;
- wniesienie sprzeciwu powinno wstrzymywać decyzję lekarzy o ograniczeniu terapii;
- organ rozpatrujący sprzeciw w razie przychylenia się do wniosku pacjenta powinien wiążąco wskazywać podmiot wykonujący działalność leczniczą, gdzie pacjent byłby dalej leczony;
- w celu sprawnego rozpatrywania sprzeciwu należy powołać zdecentralizowane organy decyzyjne, co jest determinowane nakazem szybkiego działania.

Propozycja wprowadzenia nowej nadzwyczajnej procedury sprzeciwu dla pacjenta umierającego, której rezultatem mogłoby być nałożenie na inny podmiot wykonujący działalność leczniczą obowiązku kontynuacji inwazyjnej terapii, uznanej

70 O których stanowi norma art. 2 ust. 1 u.z.l.

pierwotnie przez lekarzy leczących (i konsylium) za bezskuteczną i szkodzącą temu pacjentowi, wydaje się przeczyć istocie pojęcia terapii daremnej i jest oparta na mało realistycznym założeniu o możliwej postawie „roszczeniowej” pacjenta w stanie agonalnym⁷¹. Co innego, gdy chodzi o jego bliskich.

W związku z tym ostatnim przewidywalnym zjawiskiem szczególnie niepokojąco brzmi perspektywa przyznania legitymacji czynnej w takich postępowaniach każdej osobie bliskiej pacjenta w sytuacji, gdy on sam nie jest w stanie wnieść sprzeciwu. Oznaczałoby to przyznanie (i to „lekką ręką”) kompetencji do wpływania na decyzje medyczne dotyczące pacjenta osobom nawet nie uprawnionym do wyrażania zgody zastępczej, a jedynie uprawnionym do uzyskania informacji o jego stanie zdrowia.

Trzeba też podkreślić, że nawet sądy powszechne (w tym opiekuńcze)⁷² nie mają *de lege lata* kompetencji do wydania zezwolenia na zaniechanie terapii (czym innym jest udzielanie tzw. zgody zastępczej lub substytucyjnej na dokonanie zabiegu⁷³) czy też do wydania nakazu podjęcia lub kontynuowania konkretnych interwencji medycznych, których żąda pacjent (w tym pacjent w stanie terminalnym) lub jego przedstawiciel ustawowy, a które przez lekarzy zostały uznane za bezcelowe, bezskuteczne i szkodzące temu pacjentowi.

71 Z drugiej strony zwraca się uwagę, że zaufanie wobec lekarzy, którzy będą orzekać o rozpoznaniu stanu terminalnego i niepodjęciu terapii daremnej lub odstąpieniu od niej, „nie jest bezwarunkowe” i „muszą oni podlegać kontroli” – tak M. Szeroczyńska, *Odstąpienie...*, *op. cit.*, s. 38–40, która szczegółowo referuje inną procedurę sprzeciwu (starannie opracowaną) wobec orzeczenia o zaniechaniu terapii „uporczywej”, zawartą w projekcie grupy prawników i lekarzy związanych z Warszawskim Hospicjum dla Dzieci z 2013 r. (pod przewodnictwem T. Dangła). Procedura ta zakładała udział prokuratora w przypadku pacjentów niezdolnych do świadomego wyrażenia woli, którego zobowiązany byłby zawiadomić lekarz (po wydaniu orzeczenia o stanie terminalnym). Natomiast pacjenci świadomi (którzy ukończyli 16 lat, a w imieniu pozostałych małoletnich ich przedstawiciele ustawowi), wobec których terapię uznano za daremną, mogliby w ciągu 24 godzin od zawiadomienia o takim orzeczeniu złożyć odwołanie do konsultanta wojewódzkiego, który niezwłocznie powoływałby konsylium odwoławcze. Członkowie konsylium musieliby wysłuchać pacjenta albo – gdyby pozostawał on nieprzytomny – udać się na miejsce, gdzie pacjent przebywa, i zapoznać się z jego stanem. Orzeczenie konsylium odwoławczego byłoby ostateczne. Jeśli podtrzymane zostałoby stanowisko lekarzy o stanie terminalnym, dalsza przyczynowa terapia nie byłaby podejmowana (w tym stosowanie respiratora), wdrożona natomiast zostałaby opieka paliatywna. Ta procedura również zakładała ewentualność kontynuacji leczenia aktywnego przez inny podmiot leczniczy, wskazany przez konsultanta wojewódzkiego. Ewentualne kolejne orzeczenie o rozpoznaniu stanu terminalnego podlegałoby takiej samej procedurze odwoławczej.

72 Niekiedy, machinalnie, uznaje się w literaturze, że tego rodzaju spory są w Polsce objęte kognicją sądu (opiekuńczego), gdy dotyczą „pacjentów z wyłączoną kompetencją decyzyjną” – tak np. M. Boratyńska, J. Malczewski, *Spór...*, *op. cit.*, s. 220.

73 Zob. M. Świdarska, *Zgoda...*, *op. cit.*, s. 54 i n.

3.1.3. Doprecyzowanie obowiązku leczenia

Od dawna zwraca się uwagę⁷⁴, że bezwzględny obowiązek pomocy wynikający z normy art. 30 u.z.l.⁷⁵ dotyczy nagłych i niespodziewanych stanów zagrożenia życia lub zdrowia, których nie można przewidzieć. Chodzi tu o tzw. stany emergentne (urgencyjne), wymagające niezwłocznej reakcji lekarza.

Przepis ten nie nadaje się do stosowania, gdy chodzi o ocenę decyzji o zaniechaniu terapii podtrzymującej funkcję narządów (leczenia przyczynowego, aktywnego) u przewlekle chorych w terminalnej fazie życia.

Nie zmienia to faktu, że treść powołanej regulacji stanowi źródło niepokoju przedstawicieli zawodów medycznych, postrzegających powinność niezwłocznej pomocy jako absolutny obowiązek podejmowania wszelkich czynności niezbędnych dla podtrzymywania czynności życiowych we wszystkich sytuacjach medycznych zagrożenia życia i wobec wszystkich pacjentów, których życie jest zagrożone. Takie wrażenie adresatów norm pogłębia też treść innych przepisów u.z.l., wprawdzie pozwalających na niepodjęcie leczenia lub odstąpienie od niego przez lekarza (art. 38 u.z.l.) albo na powstrzymanie się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem (art. 39 u.z.l.), ale z wyłączeniem sytuacji objętych uregulowaniem art. 30 u.z.l., tj. sytuacji nagłych, emergentnych, w których to istnieje bezwzględny obowiązek działania (chyba że przytomny pacjent świadomie sprzeciwia się interwencjom medycznym).

W związku z powyższym w opracowanych przez Zespół przy RPP w Standardach – nie bez racji – zauważa się, że brak ustawowego wskazania wprost, że lekarzowi wolno zaniechać aktywnego leczenia, a wręcz nie wolno prowadzić daremnej terapii sugeruje, iż w żadnym przypadku nie może on odstąpić od aktywnego udzielania świadczeń medycznych, nawet jeśli skutkują one jedynie przedłużaniem agonii pacjenta (s. 32). Prowadzi to Zespół do sformułowania następującego postulatu: „(...) staje się konieczne jednoznaczne ustawowe wskazanie, że obowiązek wynikający z art. 30 u.z.l. nie odnosi się do leczenia, które nie jest zasadne z medycznego punktu widzenia lub jest niezgodne z wolą pacjenta”.

Należy w pełni poprzeć ten postulat. Trzeba w treści przepisów prawnych *expressis verbis* odróżnić nakaz czynnego leczenia w sytuacjach emergentnych od terapii daremnej. Mimo że wykładnia semantyczna i celowościowa normy art. 30 u.z.l. prowadzi do wniosku, iż dotyczy ona wyłącznie stanów nagłych, co potwierdza orzecznictwo⁷⁶, to argument o potrzebie przejrzystości i pewności prawa pozwala

74 Zob. np. M. Szeroczyńska, Odstąpienie..., *op. cit.*, s. 33.

75 Przepis ten stanowi: Lekarz ma obowiązek udzielać pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia.

76 Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 2007 r., V CSK 396/06, Biuletyn SN, 2007, nr 4, s. 15, gdzie podkreślono, że obowiązek wynikający z normy art. 30 u.z.l. dotyczy nagłych i niespo-

na zaakceptowanie potrzeby wzmocnienia tej tezy poprzez wyraźne uregulowanie. Taka norma mogłaby zostać usytuowana, dla przeciwstawienia, przy regule obowiązku niezwłocznej pomocy poprzez rozszerzenie treści normatywnej art. 30 u.z.l. oraz art. 7 ust. 1 u.p.p., a także włączenie analogicznych przepisów do innych aktów prawnych odnoszących się do pozostałych zawodów medycznych.

Wnioski

Trzeba zmierzać do stworzenia nowych uregulowań prawnych poprzez nowelizację istniejących norm prawa medycznego, tak aby w przepisach ustaw znalazło odzwierciedlenie to, co od dawna wynika z praktyki: możliwości medycyny nie są nieograniczone, a nawet najnowocześniejsze metody leczenia nie mają mocy wskrzeszenia człowieka ani powstrzymania nieodwracalnie rozpoczętego procesu umierania.

Odruchy, które laik postrzega jako przejawy życia, mogą stanowić zgodnie z wiedzą medyczną dowód postępującego procesu umierania, a nawet śmierci człowieka⁷⁷. To, co w intencji obrońców idei bezwzględnej nakazu przedłużania funkcji życiowych ma zmierzać do ochrony życia, staje się złamaniem wszelkich barier naturalności człowieka. W efekcie wdrażane są inwazyjne techniki tylko po to, żeby sztucznie przedłużyć umieranie. Tak to obrazowo, dostosowując słownictwo do masowego odbiorcy, ujął profesor nauk medycznych Ł. Krzych. Na pytanie: „skąd wiemy, że skazujemy pacjenta na cierpienie?”, odpowiedział: „Ten pacjent ma złamane wszelkie bariery fizjologiczne. Nie oddycha samodzielnie, tę czynność wykonuje za niego respirator poprzez system rur wprowadzonych w sposób inwazyjny. Pacjent nie odżywia się samodzielnie, żywienie odbywa się również przy zastosowaniu rur wprowadzonych w jego ciało. Pacjent nie oddaje samodzielnie moczu. Każda funkcja życiowa

dziewanych stanów zagrożenia życia lub zdrowia, których nie można przewidzieć, a zatem przewidziany w tym przepisie obowiązek aktywnego leczenia nie dotyczy terapii wobec pacjentów z chorobą przewlekłą.

77 Zob. Załącznik do obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie sposobu i kryteriów stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu z dnia 4 grudnia 2019 r. (M.P. z 2020 r. poz. 73); wskazuje się tam w części dotyczącej sposobu przeprowadzania postępowania diagnostycznego, w Uwadze 3 (objawy, które nie wykluczają rozpoznania śmierci mózgu) na następujące odruchy i automatyzmy rdzeniowe pacjentów z dokonaną śmiercią mózgu: – subtelne, okresowe i rytmiczne ruchy mięśni twarzy; – zgięciowe ruchy palców dłoni; – toniczne odruchy szyjne – ruchy szyi, złożone ruchy kończyn inne niż patologiczne zgięcie lub wyprost, zgięcie tułowia, wolny obrót głowy oraz przywodzenie w stawach ramiennych ze zgięciem w stawach łokciowych; takie ruchy zdarzają się podczas próby bezdechu lub po stwierdzeniu śmierci mózgu i odłączeniu respiratora; mogą one przybierać dramatyczną formę (tzw. objaw Łazarza); inne ruchy tułowia, obejmujące asymetryczne ustawienie tułowia z odgięciem głowy do tyłu, zachowane głębokie i powierzchniowe odruchy skórne brzuszne etc.

jest protezowana⁷⁸. Powinno być oczywiste, że takie postępowanie terapeutyczne, o ile nie prowadzi i nie może prowadzić do polepszenia stanu pacjenta, a przeciwnie jego stan stale będzie się pogarszał, stanowi terapię daremną. I że terapia o takiej charakterystyce nie powinna być, z uwagi na stan kliniczny pacjenta, podejmowana albo że może zostać zakończona.

Należy wyrazić w normach ustawowych *expressis verbis* to, na co od dawna zwracają uwagę wybitni przedstawiciele doktryny prawa. M. Nesterowicz pisze: „powstaje jednak pytanie, na które nie można znaleźć odpowiedzi w przepisach prawa – jak dalece lekarz jest obowiązany podtrzymywać kończące się życie, zwłaszcza gdy następuje to sztucznymi środkami i wiąże się z wielkimi cierpieniami pacjenta. Wydaje się, że pewne granice muszą tu być postawione w interesie samego chorego. Sztuczne podtrzymywanie zanikających funkcji życiowych poprzez podłączenie chorego do różnych aparatów stanowi dehumanizację życia, gdy pacjent ma – zgodnie z art. 4 ust. 2 u.p.p. – prawo do umierania w spokoju i godności⁷⁹”.

A. Zoll z kolei stwierdza, że jeśli stojące lekarzowi do dyspozycji środki nie są w stanie uratować życia lub zdrowia ludzkiego albo chociażby zmniejszyć cierpienia pacjenta, to odpaść musi, wynikający z normy prawnej służącej ochronie tych dóbr, obowiązek lekarza świadczenia usług leczniczych. Autor podkreśla, że norma prawna nie może od człowieka wymagać czegoś, czego nie jest on w stanie jako adresat normy prawnej wykonać⁸⁰.

Podobne stanowisko zajął M. Safjan, wskazując, że lekarz nie ma obowiązku podejmowania za wszelką cenę wszelkich możliwych starań, które nie przynoszą już żadnych pozytywnych efektów terapeutycznych, a jedynie wydłużanie umierania i cierpień mu towarzyszących⁸¹.

Oznacza to, że należy wprowadzić do systemu prawnego normy rangi ustawowej, definiujące terapię daremną i przewidujące procedury podejmowania przez lekarzy decyzji o nierozpoczynaniu takiej terapii lub odstępowaniu od niej. Inaczej rzecz ujmując, normy prawne powinny określać kryteria zgodnego z prawem zakończenia resuscytacji *sensu largo* (tj. rozumianej jako wszelkie działania mające na celu przerwanie potencjalnie odwracalnego procesu umierania) jako daremnej. Szczegó-

78 P. Wróbel, Anestezjolog o terapii daremnej i nowych wytycznych OAiIT. Niegodne jest złamanie wszelkich barier, „Rynek Zdrowia” z 24 sierpnia 2022 r., dostępne na: <https://www.rynekzdrowia.pl/uslugimedyczne/Anestezjolog-o-terapii-daremnej-i-nowych-wytycznych-na-OAiT-Niegodne-jest-zlamanie-wszelkich-barier,235938,8.html>.

79 M. Nesterowicz, Prawo medyczne, Toruń 2019, wyd. XII, s. 420; zob. też M. Świdarska, Zgoda..., *op. cit.*, s. 206, gdzie autorka pisała o konieczności postawienia granic, „poza którymi kończy się ratowanie życia pacjenta, a zaczyna dehumanizacja tego życia, a także dehumanizacja procesu umierania”, proponując podniesienie do rangi przepisu ustawy normy art. 32 KEL.

80 A. Zoll, Zaniechanie leczenia – aspekty prawne, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 31 i n.

81 M. Safjan, Eutanazja a autonomia pacjenta – granice ochrony prawnej, (w:) Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu, Warszawa 2003, s. 252.

łowe wytyczne odnoszące się do kryteriów medycznych podejmowania takich decyzji powinny być ustalane przez lekarskie towarzystwa naukowe. Istotne jest, by system prawa odróżniał *expressis verbis* pojęcie terapii daremnej od eutanazji i jednocześnie przewidywał wyraźnie nieodzowność wdrożenia szeroko pojętej opieki podstawowej i paliatywnej, precyzując ich zakres znaczeniowy⁸². Konieczne jest także takie ujęcie obowiązku niezwłocznej pomocy przy nagłym zagrożeniu życia lub zdrowia, by niewątpliwe było, że nie jest to równoznaczne z absolutnym obowiązkiem podejmowania wszelkich dostępnych czynności w celu podtrzymania funkcji życiowych w każdej sytuacji i że obowiązek ten nie dotyczy tych stanów klinicznych, w których terapia oceniona została jako daremna. Powinno być oczywiste, że autonomia woli pacjenta (i działających w jego imieniu uprawnionych, z mocy ustawy, podmiotów) nie obejmuje swobody wskazywania sposobów leczenia i przesądzenia o celowości kontynuowania terapii, bowiem wyłącznie do lekarza będącego profesjonalistą należy analiza uzasadnionych w świetle wiedzy medycznej metod terapeutycznych i ich proponowanie. Jednocześnie trzeba uznać za oczywiste, że mieści się w sferze tej autonomii prawo do odmowy poddania się każdemu zabiegowi medycznemu, w tym operacji ratującej życie albo innej procedurze medycznej podtrzymującej funkcje życiowe (szeroko pojętej resuscytacji).

Niewątpliwie czynnikiem podstawowym dla skutecznej realizacji takich postulatów *de lege ferenda* jest edukacja różnych grup społecznych o śmierci, umieraniu i opiece paliatywnej i podstawowej. W Standardach postępowania w terapiach medycznych stosowanych w okresie kończącego się życia słusznie zwraca się uwagę, że podstawą zmiany funkcjonowania w rzeczywistości „śmierci odwróconej” (przeciętny człowiek ani jego bliscy nie są przygotowani na śmierć, panuje przekonanie o wszechmocy medycyny, a lekarze i osoby wykonujące inne zawody medyczne traktują każdą śmierć pacjenta jako porażkę) jest edukacja. Proponuje się w związku z tym, aby podjąć działania w celu poszerzenia wiedzy wobec osób wykonujących zawody medyczne, ale też niemedycznych specjalistów pracujących z osobami w ostatnim okresie życia, np. kapelanów czy pracowników socjalnych, odnośnie do: śmierci jako naturalnego końca życia, umierania jako jego ostatniego etapu, fazy osvajania się z informacją o rozpoznaniu choroby nieuleczalnej u pacjenta i jego rodziny, ko-

82 Na potrzebę dookreślenia w przepisach pojęcia sedacji paliatywnej zwraca uwagę w zdaniu odrębnym do Standardów opracowanych przez Zespół przy RPP prof. dr hab. n. med. M. Krajnik, wskazując, że po sedację (zgodnie z cytowanym rozporządzeniem Ministra Zdrowia w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii z 16 grudnia 2016 r. sedacja to działanie mające na celu zniesienie niepokoju, strachu oraz wywołanie uspokojenia pacjenta – § 2 pkt 8) „sięga się rzadko w celu złagodzenia ogromnego (nie do zniesienia dla chorego) cierpienia spowodowanego opornymi na leczenie objawami fizycznymi (niemożliwymi do opanowania innymi metodami), poprzez zmniejszenie świadomości pacjenta z nieuleczalną i zaawansowaną chorobą w okresie, gdy śmierć jest nieunikniona i bliska (godziny, dni)” – s. 41.

munikacji z pacjentem i rodziną w ekstremalnym stresie, sposobów przeżywania żałoby.

Uznaje się też zasadnie, że edukacja o śmierci i umieraniu powinna być obowiązkowym elementem nauczania na wszystkich studiach medycznych (zwłaszcza z zakresu opieki paliatywnej), ale też na studiach psychologicznych, pracy socjalnej, filozofii, prawa i seminariów duchownych wszelkich wyznań (s. 32–33 Standardów).

Trzeba zmierzać w ten sposób, w celu stworzenia rozwiązań ustawowych, do konsensusu społecznego w sprawie humanitarnych praktyk medycznych dotyczących kończącego się życia. A także do powszechniejszego uznania faktu, którego nie da się w świetle współczesnej wiedzy medycznej zmienić, że u niektórych pacjentów inwazyjne wspomaganie czynności podstawowych dla życia narządów i układów nie prowadzi do spontanicznego podjęcia czynności przez nie, bowiem uszkodzenie ich funkcji i postępujące pogorszenie stanu zdrowia stało się nieodwracalne⁸³.

BIBLIOGRAFIA

Andres J., *Wytyczne resuscytacji 2021*, Kraków 2022.

Bartkowska-Śniatkowska A., Byrska-Maciejasz E., Cettler M., Damps M., Jarosz K., Mierzevska-Schmidt M., Migdał M., Ożóg-Zabolska I., Piotrowski A., Rawicz M., Świder M., Tałataj M., Zielińska M., *Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) na oddziałach anestezjologii i intensywnej terapii dziecięcej, „Anestezjologia. Intensywna Terapija” 2021, t. 53, nr 5.*

Beauchamp T.L., Childress J.F., *Zasady etyki medycznej*, Warszawa 1996.

Bossaert L.L., Perkins G.D., Askitopoulou H., Raffay V.I., Greif R., Haywood K.L., Mentzelopoulos S.D., Nolan J.P., Van de Voorde P., Xanthos T.T., *Etyka w resuscytacji i decyzje dotyczące końca życia*, https://www.prc.krakow.pl/wyt2015/11_Etyka.pdf.

Boratyńska M., Malczewski J., *Spór o zaprzestanie daremnej terapii oraz sztucznego odżywiania i nawadniania na przykładzie sprawy polskiego pacjenta RS w Wielkiej Brytanii, „Przegląd Prawa Medycznego” 2021, t. 3, nr 1–2.*

Definicja Uporczywej Terapii. Konsensus Grupy Roboczej ds. Problemów Etycznych Końca Życia, „Medycyna Paliatywna w Praktyce” 2008, vol. 2, nr 3.

Dangel T. (red. nauk.), *Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy*, Polskie Towarzystwo Pediatryczne, Warszawa 2011, https://ptp.edu.pl/images/zalacznik/Wytyczne_dla_lekarzy_PTP.pdf.

Dukiet-Nagórska T., *O potrzebie wypracowania standardów postępowania dotyczących niepodjęcia terapii i jej zaprzestania, „Prawo i Medycyna” 2008, nr 2.*

Ferdynus M., *Medical futility or persistent therapy? A dispute over the term and definitions in the polish context, „Analiza i Egzystencja” 2021, nr 53.*

83 Por. M. Świdzka, *Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 3, s. 112.*

- Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000.
- Kamiński B., *Racjonalne granice interwencji lekarskiej – wątpliwości medyczne i moralne*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5.
- Karczewska-Kamińska N., *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*, Warszawa 2018.
- Karta Pracowników Służby Zdrowia, Papiaska Rada ds. Duszpasterstwa Służby Zdrowia, Michaelinum, Watykan 1995.
- Kruszecka-Krówka A., Cepuch G., *Medykalizacja śmierci a prawa i godność dziecka u kresu życia*, „Psychoonkologia” 2016, t. 20, nr 4.
- Kübler A., Siewiera J., Durek G., Kusza K., Piechota M., Szkulmowski Z., *Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli na oddziałach intensywnej terapii*, „Anestezjologia. Intensywna Terapia” 2014, t. 46, nr 4.
- Malczewski J., *Eutanazja: gdy etyka zderza się z prawem*, Warszawa 2012.
- Marcinkowski T., *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1993.
- Matuszewicz K., wywiad z prof. n. med. R. Owczukiem, *Każde leczenie ma swoje racjonalne granice. Ich przekraczanie to terapia daremna.*, „Puls Medycyny”, 26.03.2021, <https://pulsmedycyny.pl/kazde-leczenie-ma-swoje-granice-ich-przekraczanie-to-terapia-daremna-1112274>.
- Mazur G., *Czy odstępianie od ratowania życia jest etycznie usprawiedliwione?*, „Medycyna Paliatywna w Praktyce” 2013, nr 1.
- Mentzelopoulos S.D., Couper K., Van de Voorde P., Druwe P., Blom M., Perkins G.D., Lulic I., Djakow J., Raffay V., Lilja G., Bossaert L.L., *Etyka w resuscytacji i decyzje dotyczące końca życia*, <https://www.prc.krakow.pl/wytyczne2021/rozd12.pdf>.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, wyd. XII, Toruń 2019.
- Rutkowska M., Szczepaniak S., Walas W., Pawlik D., Karwacki M., Szeroczyńska M., Knita G., *Zasady podejmowania decyzji o wszczęciu postępowania paliatywnego w neonatologii*, (w:) M. Boryszewska-Kornacka (red.), *Standardy opieki medycznej nad noworodkiem w Polsce. Zalecenia Towarzystwa Neonatologicznego*, Warszawa 2021.
- Safjan M., *Eutanazja a autonomia pacjenta – granice ochrony prawnej*, (w:) *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003.
- Siewiera J., Kübler A., *Terapia daremna dla lekarzy i prawników*, Wrocław 2015.
- Stanowisko Zespołu Ekspertów Konferencji Episkopatu Polski ds. Bioetycznych, <https://eiskopat.pl/en/zepol-ekspertow-kep-ds-bioetycznych-zaprzestanie-terapii-daremnej-nie-moze-byc-utozsamiane-z-eutanazja/>.
- Szeroczyńska M., *Odstąpienie od uporczywej terapii – de lege lata i de lege ferenda*, „Medycyna Paliatywna” 2013, vol. 5, nr 2.
- Szewczyk K., *O medycznej daremności proceduralnej i o powodach dla których należy ją wyłączyć w polskie regulacje bioetyczne i system prawny*, bazy.incet.uj.edu.pl/dzialy.php?l=pl&p=30&i=3&m=19&n=1&z=0&k=53.

- Szewczyk K., Cztery refleksje po lekturze tekstu drugiego Włodzimierza Galewicza, bazy.incet.uj.edu.pl/dzialy.php?l=pl&p=30&i=3&m=19&n=1&z=0&k=59.
- Szewczyk K., Decyzje krytyczne w neonatologii i standardy ich podejmowania, „Diametros”, grudzień 2010, nr 26, dostępne na: <https://diametros.uj.edu.pl/serwis/pdf/diam26szewczyk.pdf>.
- Szreter T., Problemy etyczne i ekonomiczne w intensywnej terapii, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1.
- Świdarska M., Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 3.
- Świdarska M., Zgoda pacjenta na zabieg medyczny, Toruń 2007.
- Świdarska M., Znaczenie Europejskiej Konwencji Bioetycznej dla prawnej regulacji oświadczeń *pro futuro*, (w:) Prawa człowieka a wyzwania bioetyczne związane z nowymi technologiami, Warszawa 2018.
- Świdarska M., Tajemnica medyczna za życia i po śmierci pacjenta oraz pozycja prawna osób bliskich przy jej ujawnianiu, (w:) D. Wetoszka (red.), Prawo rodzinne, Warszawa 2022.
- Umiałowski J., Aspekty medyczne umierania człowieka, „Medycyna Praktyczna dla Lekarzy”, 28.06.2007, https://www.mp.pl/etyka/kres_zycia/33135,aspekty-medyczne-umierania-czlowieka.
- Wróbel P., Anestezjolog o terapii daremnej i nowych wytycznych OAiIT. Niegodne jest złamanie wszelkich barier, „Rynek Zdrowia” 24.08.2022, <https://www.rynekzdrowia.pl/uslugimedyczne/Anestezjolog-o-terapii-daremnej-i-nowych-wytycznych-na-OAIT-Niegodne-jest-zlamanie-wszelkich-barier,235938,8.html>.
- Wytyczne Polskiego Towarzystwa Anestezjologii i Intensywnej Terapii z dnia 26 lipca 2022 r. określające zasady kwalifikacji oraz kryteria przyjęcia pacjentów do Oddziałów Anestezjologii i Intensywnej Terapii, wydane na podstawie § 3 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 grudnia 2016 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii, <https://anestezjologia.org.pl/wytyczne-kwalifikacji-oiit/pdf>.
- Zielińska E., Powinności lekarza w przypadku zgody na leczenie oraz wobec pacjenta w stanie terminalnym, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5.
- Zoll A., Zaniechanie leczenia – aspekty prawne, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5.

Mikołaj Małecki

Uniwersytet Jagielloński, Polska

mikolaj.malecki@uj.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2878-2791>

Zabójstwo eutanatyczne: przerwanie życia czy skrócenie umierania?

Euthanathic Homicide: Ending of Life or Shortening of Dying?

Abstract: The subject of the article is the analysis of Art. 150 of the Polish Criminal Code – criminal liability for euthanasia. The paper presents arguments indicating a narrow understanding of Art. 150 of the Polish Criminal Code that it penalizes only extreme cases of shortening the dying of a human being. Some arguments for the claim that Art. 150 of the Polish Criminal Code covers a wide spectrum of situations, not limited to accelerating the dying process of the victim, has been also presented. As a result, it has been clarified that the provision of Art. 150 of the Polish Criminal Code applies to all situations of ending the human life at the request of he or she and under the influence of compassion for her or him.

Keywords: compassion, criminal law, demand, euthanasia, homicide, interpretation of law

Słowa kluczowe: współczucie, prawo karne, żądanie, eutanazja, zabójstwo, wykładnia prawa

Wprowadzenie

Polski kodeks karny zagospodarowuje przestrzeń obejmującą końcową fazę życia człowieka, stanowiąc o ponoszeniu łagodniejszej odpowiedzialności karnej sprawcy, który zabija człowieka na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego. Przepis z art. 150 § 1 k.k. nazywane jest w doktrynie zabójstwem eutanatycznym¹,

1 Zob. J. Giezek, (w:) D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 150, teza 3; V. Konarska-Wrzošek, (w:) A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzošek,

co może wywoływać skojarzenia ze szczególnym stanem, w jakim znajduje się osoba żądająca pozbawienia jej życia, w szczególności w związku z postępującą, nieuleczalną chorobą i zmierzaniem organizmu ludzkiego do niechybnej śmierci. Stan ten może być określony – na potrzeby analizy prowadzonej w niniejszym opracowaniu – jako umieranie człowieka, który to proces opisywany jest w kategoriach medycznych i wywołuje swoiste problemy nie tylko na gruncie nauk prawnych².

Istotne wydaje się pytanie, na ile proces umierania człowieka – swoista ostatnia faza życia – determinuje wykładnię znamion uprzywilejowanego typu zabójstwa z art. 150 § 1 k.k., tj. czy i z jakich powodów przyjęta powinna być teza, iż przepis ten znajduje zastosowanie wyłącznie do przypadków skrócenia przez sprawcę procesu umierania człowieka, na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla stanu jego zdrowia, na ile zaś uprawnione mogłoby być twierdzenie, że zakres zastosowania typu czynu zabronionego z art. 150 § 1 k.k. jest zdecydowanie szerszy i rozciąga się na wszystkie przypadki skrócenia życia człowieka, bez względu na jego wiek, stan psychofizyczny, chorobę, przewidywaną długość życia itd., o ile wyraża on zdecydowane żądanie zabicia siebie rękoma innej osoby, ta zaś czyni to pod wpływem współczucia dla ofiary.

Zagadnienie to, mimo społecznych emocji, kontrowersji interpretacyjnych oraz jego rangi w perspektywie etycznej nie było przedmiotem pogłębionego zainteresowania nauki prawa karnego³. Wskazówek pozwalających rozstrzygnąć tytułowy dylemat nie dostarcza uzasadnienie kodeksu karnego z 1997 r.⁴ Wagę tytułowego pytania:

-
- Kodeks karny. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2020, art. 150, teza 1; L. Tyszkiewicz, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2016, art. 150, teza 1.
- 2 Zob. A. Ostrowska, Śmierć w doświadczeniu jednostki i społeczeństwa, Warszawa 2005; J. Blicharski, Postępowanie z nieuleczalnie chorym, Warszawa 1959; K. Engelhardt, Umieranie, (w:) M. Chodkowska, W. Piątkowski (red.), Socjologia medycyny. Wybór tekstów, Lublin 1983; A. Wiatr, Pomiędzy życiem a śmiercią. Opowieść o tożsamości i umieraniu, Kraków 2013; M. Sokołowska, Śmierć i umieranie, „Studia Socjologiczne” 1985, nr 2; M. Seroczyńska, Czy pacjent ma prawo do śmierci, „Standardy Medyczne” 2002, nr 2 (5); W. Bołoz, Prawa człowieka umierającego, „Medycyna Praktyczna” 2008, nr 11; J. Kolbuszewski, Problemy współczesnej tanatologii, Wrocław 1997.
 - 3 Do wyjątków należą opracowania monograficzne – zob. M. Mozgawa (red.), Eutanazja, Warszawa 2015. W literaturze analizowane było np. rozróżnienie skracającego życia zmniejszenia cierpienia od zmniejszającego cierpienia skrócenia życia; zob. K. Roliński, Prawo do naturalnej śmierci, „Gazeta Prawnicza” 1985, nr 9, s. 5; J. Giezek, (w:) D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 150, teza 5; R. Krajewski, Przepis o eutanazji w kodeksie karnym z 1997 r., „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 2. Szeroko analizowany jest też problem skracania umierania człowieka w perspektywie warunków prawnych i uzasadnienia dla uporczywej terapii; zob. A. Gałęska-Sliwka, M. Sliwka, Stan wegetatywny, eutanazja, zaniechanie uporczywej terapii, „Państwo i Prawo” 2009, nr 11, s. 17 i n.; A. Zoll, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Komentarz do art. 117–211a, s. 314–315.
 - 4 Zob. I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (red.), Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 184–185.

czy zabójstwo eutanatyczne polega na przerwaniu życia człowieka czy też jedynie na skróceniu jego umierania, niespodziewanie ujawnił przypadek mężczyzny, który zdecydował się pozbawić życia swojego przyjaciela, żądającego zastrzelenia go z powodu zawodu miłosnego. Zgodnie z informacjami ujawnionymi w mediach przeżywający zawód miłosny mężczyzna chciał umrzeć. Funkcjonował normalnie i tylko od czasu do czasu mówił, że „chce ze sobą skończyć”. O pomoc poprosił kolegę, wręczył mu załadowany pistolet. Prośba została spełniona. W analizowanej sprawie dodatkową komplikacją był fakt znajdowania się zarówno ofiary, jak i sprawcy zabójstwa pod wpływem alkoholu, nie wyklucza to jednak samo w sobie możliwości zaistnienia świadomego żądania czy też realnego współczucia dla osoby pozbawianej życia. Relacjonujący sprawę prokurator stwierdził jednak, że „art. 150 k.k. powinien być stosowany do osób ciężko i nieuleczalnie chorych, które na skutek cierpień nie widzą już sensu życia”⁵, wykluczając tym samym *in abstracto* możliwość stosowania omawianego przepisu do sytuacji przerywania życia, a ograniczając jego działanie wyłącznie do przypadków określanego tu umownie skracania umierania osoby „widzącej” już śmierć z powodu złego stanu zdrowia. Pogląd taki reprezentowany jest w doktrynie prawa karnego, gdzie stwierdza się przykładowo: „Nie spełnia warunków zabójstwa eutanatycznego współczucie wywołane innymi przyczynami niż stan zdrowia ofiary i cierpienia z tym związane, np. z powodu śmierci osoby najbliższej, zawodu miłosnego, bankructwa lub uwikłania się w jakieś inne poważne tarapaty”⁶.

W niniejszych rozważaniach tytułowy problem zostanie poddany analizie dogmatycznej⁷ pod kątem odpowiedzi na pytanie o zakres zastosowania art. 150 k.k. czy to do przypadków szeroko rozumianego przerywania życia, czy też jedynie w sytuacji skracania umierania człowieka w ostatniej fazie życia. Kanwą prowadzonych rozważań może być przytoczony przypadek zastrzelenia człowieka na jego żądanie, potwierdzający potrzebę rozważenia omawianego zagadnienia w pogłębionym wywodzie. W pierwszej kolejności przedstawione zostaną argumenty wzmacniające tezę o wąskim rozumieniu art. 150 § 1 k.k., w kierunku uznania, że penalizuje on wyłącznie ekstremalne przypadki skrócenia umierania człowieka⁸. W drugiej kolejności zarysowane zostaną argumenty na rzecz twierdzenia, iż art. 150 § 1 k.k. obejmuje

5 Zob. P. Szymaniak, Życzenie śmierci tylko na trzeźwo?, „Dziennik Gazeta Prawna” z 7 listopada 2017 r., <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1083128,zyczenie-smierci-tylko-na-trzezwo.html>.

6 V. Konarska-Wrzosek, (w:) A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzosek, Kodeks karny. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2020, art. 150, teza 3; zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 sierpnia 2013 r., II AKa 118/13.

7 Na temat metody dogmatycznej w prawie karnym zob. P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 90 i n.

8 Abstrahuje się w tym miejscu od roztrząsania odrębnego problemu, kiedy powinno zostać wyrażone relewantne żądanie zakończenia życia człowieka w sytuacji znalezienia się przez niego w przyszłości w stanie zdrowia nierokującym poprawy. Zob. T. Sroka, (w:) Odpowiedzialność publicznoprawna. System Prawa Medycznego. Tom 6, red. A. Barczak. Oplustil, T. Sroka, Warszawa 2022, s. 387. Tak czy inaczej, niezależnie od momentu sformułowania wymaganego przepisem żą-

szerokie spektrum sytuacji, nie ograniczając się jedynie do przyspieszania procesu umierania pokrzywdzonego.

W rezultacie sprecyzowane zostanie, w jakim zakresie uprzywilejowany typ zabójstwa eutanatycznego powinien znaleźć zastosowanie do wąskiej kategorii przypadków skracania umierania, w jakim zaś odnosi się do wszystkich sytuacji przerywania życia na żądanie człowieka i pod wpływem współczucia dla niego.

1. Zabójstwo eutanatyczne jako skracanie umierania

Za uznaniem, że typ przestępstwa określonego w art. 150 § 1 k.k. dotyczy wyłącznie zabicia człowieka znajdującego się w szczególnym stanie rozumianego w uproszczeniu umierania organizmu (w tym osób ciężko i nieuleczalnie chorych, które na skutek cierpienia nie widzą już sensu życia) przemawia kilka argumentów. Rozważmy je kolejno.

Po pierwsze, typ czynu zabronionego z art. 150 § 1 k.k., ulokowany w rozdziale XIX kodeksu karnego i penalizujący zachowanie polegające na umyślnym zabiciu człowieka, jest ukierunkowany na prawnokarną ochronę życia człowieka jako dobra prawnego, podobnie jak podstawowy typ zabójstwa określony w art. 148 § 1 k.k. Życie człowieka jako dobro prawne stanowi najcenniejsze, indywidualne i osobiste dobro chronione prawem, co eksponują nie tylko ustawowe zagrożenia karą przewidziane za przestępstwa sprowadzające się do pozbawienia życia człowieka (sięgające kary dożywotniego pozbawienia wolności), ale także przepisy rangi konstytucyjnej i konwencyjnej. Należy tu wymienić chociażby art. 38 i art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁹.

Zarazem popełnienie zabójstwa realizującego znamiona czynu zabronionego z art. 150 § 1 k.k. wiąże się dla sprawcy z dobrodziejstwem podlegania niższej karze w dolnych i w górnych granicach ustawowego zagrożenia względem zabójstwa dokonanego poza wskazanymi, szczególnymi okolicznościami. W kontekście grożącej sprawcy kary można twierdzić, iż osłabiona zostaje w ten sposób ochrona dobra prawnego w postaci życia człowieka, atakowanego na żądanie i pod wpływem współczucia dla ofiary, co każe upatrywać w omawianej konstrukcji prawnej wyjątku od pełnej ochrony omawianego dobra prawnego, przekładającej się na adekwatnie wysokie ustawowe zagrożenie karą. Z tego powodu przepis o zabójstwie eutanatycznym powinien być rozumiany maksymalnie wąsko, również pod kątem możliwych do za-

dania po stronie sprawcy zabójstwa, chodzi tu o przypadki zabijania człowieka w związku z ostatnią fazą życia, polegającą na umieraniu organizmu z powodu wieku lub zaawansowanej choroby.

9 Zob. T. Dukiet-Nagórska, (w:) T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, E. Zielińska (red.), System Prawa Medycznego, t. 3: Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi, Warszawa 2021, s. 563.

istnienia stanów faktycznych mogących kwalifikować się jako zabijanie człowieka na jego żądanie i ze współczuciem dla niego, w powiązaniu z podstawową wartością chronioną omawianymi przepisami – życiem człowieka jako dobrem konstytucyjnie chronionym.

Wzgląd na potrzebę ochrony cennego dobra prawnego traktowany jest w tym ujęciu jako przedzałożenie wykładni dogmatycznej, czynionej w ramach analizy przepisów ustawy karnej, wywierające wpływ na szczegółowe ustalenia wykładnicze, zmierzające do wytyczenia granic ochrony dobra prawnego rozciągających się na szerokie spektrum przypadków (przerwanie życia) lub też zawężonych jedynie do szczególnych stanów psychofizycznych człowieka (skrócenie umierania). Druga ze wskazanych opcji wydaje się współgrać z założeniem o szerokiej, ustrojowej ochronie dobra prawnego w postaci życia człowieka, ograniczanej jedynie w wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych przypadkach, chociażby ze względu na wąsko rozumiany proces umierania organizmu ludzkiego w końcowych fazach życia, które to pole zagospodarowuje wedle tego zapatrywania art. 150 § 1 k.k.

Po drugie, zabójstwo eutanatyczne określone w art. 150 § 1 k.k. jest tak zwanym uprzywilejowanym typem czynu zabronionego pod groźbą kary w stosunku do zabójstwa typu podstawowego z art. 148 § 1 k.k. Ten zmodyfikowany typ przestępstwa polega na urozmaiceniu generalnego opisu zachowania sprawczego („zabija”) i jego okoliczności (żądanie, współczucie, ich wpływ na decyzję o zabójstwie) w kierunku wskazującym na zmniejszony stopień bezprawia zabicia człowieka w warunkach określonych w typie uprzywilejowanym, co przekłada się na niższe ustawowe zagrożenie karą zabójstwa eutanatycznego w porównaniu z typem podstawowym. Konstrukcja typu zmodyfikowanego w kierunku uprzywilejowania zachowania sprawczego oznacza, iż mamy tu do czynienia z przepisem szczególnym (*lex specialis*) względem zabójstwa z art. 148 § 1 k.k., a więc szczególnym przypadkiem penalizacji, stanowiącej wyjątek od zasady kryminalizowania pozbawienia życia człowieka w pełnym wymiarze sankcji określonej w podstawowym typie zabójstwa¹⁰.

Wyjątkowy charakter typu uprzywilejowanego, wyposażony w radykalnie niższą od typu zasadniczego sankcję, może sugerować, iż przypadki objęte zakresem jego zastosowania powinny być rozumiane wąsko, tak by typ zabójstwa eutanatycznego obejmował czyny popełnione w szczególnych okolicznościach wymagających swojej, prawnokarnej reakcji. Poza zakresem typu uprzywilejowanego pozostawione są zaś wszystkie zachowania mieszczące się w zwyczajnych granicach ochrony życia, ustanowionej w ramach typu podstawowego. Zróżnicowanie opisanych sytuacji jako zasady (art. 148 § 1 k.k.) i wyjątku od zasady (art. 150 § 1 k.k.) może być kojarzone z odróżnieniem z jednej strony zachowań oznaczających szeroko rozumiane przerwanie życia człowieka bez względu na stan jego zdrowia czy wiek, z drugiej zaś

10 Na temat konstrukcji typów uprzywilejowanych zob. W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2012, s. 75.

strony wyjątkowych okoliczności, w jakich znajduje się pokrzywdzony w związku z medycznie rozpoznawalnym procesem umierania organizmu, w końcowych fazach życia człowieka.

Po trzecie, wąskie rozumienie przepisu o zabójstwie eutanatycznym – wyłącznie jako ingerencja w proces umierania człowieka – może być uzasadnione kształtem poszczególnych znamion tego typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Na pierwszy plan wysuwa się z pewnością znamię przedmiotowe zabójstwa eutanatycznego, sprowadzające się do wyrażenia przez osobę mającą zostać pozbawioną życia żądania spowodowania własnej śmierci przez adresata komunikatu. Żądanie jako akt mowy i oświadczenie woli człowieka oznacza – co nie budzi wątpliwości w literaturze – dobrowolne, świadome, kategoryczne, jasne, nieuznające sprzeciwu zakomunikowanie pożądanego stanu rzeczy, który ma zostać urzeczywistniony przez oznaczoną osobę, a jest nim w omawianym przypadku zabicie osoby żądającej pozbawienia jej życia¹¹.

Analiza porównawcza omawianego znamienia w stosunku do innych kodeksowych form perswazji polegających na przykład na wchodzeniu w porozumienie z inną osobą (art. 18 § 1 k.k.), proponowaniu (art. 200a § 2 k.k.), nakłanianiu (art. 18 § 2 k.k.), poleceniu (art. 18 § 1 *in fine* k.k.) czy wydaniu rozkazu (część wojskowa kodeksu karnego) wskazuje na to, że po uporządkowaniu wskazanych form zachowania sprawcy *crecendo* żądanie lokuje się z pewnością w wyższych rejestrach tej perswazyjnej skali, gdzieś pomiędzy wydaniem polecenia a formalnym rozkazem. Równocześnie nie budzi wątpliwości, iż żądanie jako kategoryczna rezygnacja człowieka z ochrony własnego życia musi być oświadczeniem realnym, pozbawionym wątpliwości odnośnie do przedmiotu i celu sformułowanego żądania tak ze strony osoby żądającej, jak i odbiorcy komunikatu.

W powyższym świetle można utrzymywać, iż owo kategoryczne, niewątpliwe, realne żądanie, by inna osoba dopuściła się zabicia człowieka może być sformułowane wyłącznie w obliczu spodziewanej śmierci lub też pozostaje ono prawnokarnie relewantne wyłącznie w przypadku, gdy osoba żądająca pozbawienia jej życia nie ma już realnej nadziei na kontynuowanie życia. Żądanie jako wynik szczególnego procesu motywacyjnego zasługiwałoby więc na uwzględnienie, w kierunku usprawiedliwiającego sprawcę zabójstwa, wyłącznie w sytuacji obiektywnie uzasadnionej¹² np. szczególnym stanem zdrowia osoby żądającej pozbawienia jej życia. Byłoby to rów-

11 Zob. M. Budyn-Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 150, teza 2; J. Giezek, (w:) D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2021, art. 150, teza 12–15; A. Zoll, (w:) W. Wróbel (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, część I. Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2017, art. 150, tezy 11–14; Z. Huziuk, Przepięstwo eutanazji w kodeksie karnym z 1969 r., „Nowe Prawo” 1973, nr 11, s. 1606; P. Góralski, Prawne i społeczne aspekty eutanazji, Kraków 2008, s. 212 i n.

12 Zob. M. Królikowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 1, Komentarz, art. 117–221, Warszawa 2013, s. 226.

niez swego rodzaju dodatkowe kryterium pozwalające ustalić, czy żądanie sformułowane słowem bądź na piśmie, obiektywnie rzecz biorąc, było usprawiedliwione jako rzeczywiste żądanie skrócenia okresu umierania człowieka w obliczu realnie zbliżającej się i spodziewanej przez niego śmierci.

Należy zauważyć, że znamię „żądanie” nie jest określeniem czysto opisowym, zalicza się bowiem do kategorii znamion ocennych, wymagających przeprowadzenia wartościowania konkretnego zdarzenia pod kątem odpowiedzi na pytanie, czy określony komunikat osiągnął wymagany przepisem stopień perswazyjności, nie będąc jedynie niezobowiązującą rozmową, prośbą, sugestią czy nakłonieniem. Zakłada się tu zatem luz decyzyjny po stronie sądu, który władny będzie przesądzić o mocy sprawczej komunikatu sformułowanego przez pokrzywdzonego i uznaniu go bądź nieuznaniu za żądanie pozbawienia życia w rozumieniu art. 150 § 1 k.k. Oceny w tym przedmiocie dokonuje się z uwzględnieniem szeregu czynników i okoliczności faktycznych, pozostawionych do elastycznej, dyskrejonalnej oceny organu stosującego prawo¹³. Można zatem twierdzić, iż wprowadzona omawianym przepisem realność, kategoryczność, nieodwoływalność komunikatu wypełnia znamię żądania wyłącznie w sytuacji potwierdzonej dodatkowo obiektywnym stanem uzasadniającym uprzywilejowanie sprawcy realizującego żądanie pokrzywdzonego¹⁴, a więc jedynie w sytuacji już trwającego, opisywalnego w kategoriach medycznych procesu umierania człowieka w końcowych fazach jego życia.

Po czwarte, art. 150 § 1 k.k. wymaga wykazania, że zabicie człowieka dokonało się „na” żądanie osoby mającej stracić życie. Określenie „na jego żądanie” wymaga *de lege lata* ustalenia związku między wypowiedzianym przez daną osobę żądaniem dokonania zabójstwa a decyzją o podjęciu zachowania sprawczego sprowadzającego się do umyślnego zabicia osoby żądającej. Konieczne jest ustalenie powiązania przyczynowego (impuls informacyjny między żądaniem a zrozumieniem żądania i jego spełnieniem przez sprawcę) oraz powiązania normatywnego sprowadzającego się do ustalenia, iż zabijanie człowieka podyktowane było sformułowanym uprzednio żądaniem innej osoby. Sprawstwo zabójstwa eutanatycznego z art. 150 § 1 k.k. wymaga ustalenia, iż w pewnym sensie również i sam pokrzywdzony, poprzez kategorycznie sformułowane w stosunku do zindywidualizowanej osoby żądanie, stał się współodpowiedzialny – w sensie sprawczym – za zabicie swojej osoby przez osobę realizującą żądanie. W nomenklaturze kodeksowej sytuację tę można by określić mianem swoistego współdziałania ofiary z zabójcą, przybierającego postać sprawstwa na żądanie, w wypadku zachodzącej obustronnie anormalnej sytuacji motywacyjnej z jed-

13 Zob. W. Zontek, Dyskrejonalność sędziowska jako mechanizm sprawowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (zarys teoretyczny), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2021, nr 4, s. 95 i n.

14 Zob. np. argumentację z wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 sierpnia 2013 r., II AKA 118/13.

nej strony osoby żądającej pozbawienia jej życia, z drugiej strony osoby podejmującej decyzję o zabiciu człowieka wskutek skierowanego do niej żądania.

Ustalenie, czy zabicie człowieka spowodowane zostało żądaniem innej osoby w sensie prawnie wystarczającym mogłoby, w myśl rozpatrywanego w tym miejscu ujęcia, bazować na uwzględnieniu całokształtu okoliczności wpływających na zaistnienie tego typu zdarzenia, w tym przesądzeniu, iż zabijanie na żądanie w rozumieniu omawianego przepisu będzie sprawstwem zabójstwa uprzywilejowanego jedynie w wypadkach uzasadnionych szczególną kondycją umierającego człowieka, który w związku z daną kondycją samego siebie żąda pozbawienia go życia. Zabójstwo na żądanie rodziłoby więc odpowiedzialność za przestępstwo typu uprzywilejowanego – a nie podstawowego – w sytuacjach skracania umierania, nie zaś w przypadkach ogólnie rozumianego przerywania życia. Przyjęcie wskazanego zapatrywania korespondowałoby również ze wzmiankowanymi wcześniej względami natury dowodowej – jedynie w przypadku ekstremalnych okoliczności obiektywnie opisywalnych jako stan umierania człowieka dałoby się wykazać, iż zabójstwo, jakie się dokonało, było zabójstwem „na żądanie”, nie zaś zabijaniem pozbawionym koniecznego związku sprawczego z żądaniem sformułowanym przez pokrzywdzonego.

Po piąte, odpowiedzialność karna za zabójstwo eutanatyczne uzależniona jest od wykazania, iż sprawca zabija człowieka „pod wpływem współczucia dla niego”. Znamię to charakteryzuje stronę podmiotową przestępstwa z art. 150 § 1 k.k. Jego wprowadzenie podyktowane było zawężeniem zakresu zastosowania omawianego przepisu wyłącznie do sytuacji wskazujących na szczególne, podmiotowe, zasługujące na zrozumienie nastawienie sprawcy do popełnianego czynu, tak by wykluczyć działania podjęte z wyrachowania, w niegodziwym celu wzbogacenia się na czyjejś śmierci czy wykorzystania żądania jako pretekstu do pozbawienia życia człowieka¹⁵. W jeszcze większym niż w przypadku żądania i związku żądania z zabijaniem człowieka stopniu mamy tu do czynienia ze znamieniem wartościującym i nieostrym, wymagającym wypełnienia treścią *in concreto* przez sąd rozpatrujący daną sprawę.

Interpretacja wskazanego określenia, uwzględniająca cel zawężający od strony podmiotowej zakres zastosowania art. 150 § 1 k.k., prowadzić może do nasycenia znamienia „współczucia” dodatkowymi właściwościami odnoszącymi się do szeroko rozumianego kontekstu zaistnienia wskazanego współczucia w danej sytuacji faktycznej. Należy odnotować, że omawiany przepis wymaga ustalenia współczucia sprawcy „dla niego”, a zatem dla osoby żądającej pozbawienia jej życia¹⁶. Chodzi

15 Zob. M. Budyn-Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 150, teza 6; A. Zoll, (w:) W. Wróbel (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, część I. Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2017, art. 150, tezy 16–18.

16 Mowa jest tu w gruncie rzeczy o współczuciu „jej” (tej osobie), „z nią” (z tą osobą); zob. J. Sobczak, Znamię współczucia dla ofiary jako przesłanka eutanazji, (w:) M. Mozgawa (red.), Eutanazja, Warszawa 2015, s. 158.

więc o personalną relację sprawcy i ofiary, związaną ściśle ze stanem osoby, która ma zostać zabita. Współczucie sprawcy nie może ograniczać się do szeroko rozumianej sytuacji rodzinnej, majątkowej, społecznej pokrzywdzonego, lecz musi dotyczyć ro-
zumianej ściśle osoby pokrzywdzonego (zaimek „niego”); współczucie okazane konkretniej osobie (przyimek „dla”¹⁷ niego) ma wpływać na decyzję o zabiciu człowieka („pod wpływem”). Tę personalną relację wpływającą na zasługującą na usprawiedliwienie decyzję sprawcy współkształtuje z pewnością stan psychofizyczny osoby żądającej, której współczuć ma sprawca zabójstwa, a od spostrzeżenia tego blisko już do wniosku, iż jedynie takie współczucie „dla niego” zasługiwać może na uznanie popełnionego czynu za zabójstwo typu uprzywilejowanego, które dotyczyć będzie wyłącznie ekstremalnego, nadzwyczajnego stanu pokrzywdzonego, sprowadzającego się do wejścia w fazę umierania organizmu.

Podsumowując tę część rozważań, należy stwierdzić, iż za uznaniem przestępstwa z art. 150 § 1 k.k. za szczególny typ zabójstwa penalizujący jedynie skrócenie umierania, a nie przerywanie życia człowieka przemawiają argumenty dotyczące ochrony życia człowieka jako dobra prawnego, konstrukcja typu uprzywilejowanego jako szczególnego przypadku zabójstwa zagrożonego niższą sankcją, znamię wymagające kategorię i realnego zażądania spowodowania śmierci człowieka, konieczność wykazania zaistnienia zabicia „na” żądanie pokrzywdzonego oraz znamię strony podmiotowej wymagające ustalenia współczucia sprawcy dla osoby, którą pozbawiło się życia jako determinanty dokonanego zabójstwa.

2. Zabójstwo eutanatyczne jako przerywanie życia

Przedstawione w pierwszej części opracowania argumenty należy skonfrontować z alternatywnym podejściem do omawianego problemu, w myśl którego penalizacja zabójstwa eutanatycznego obejmuje szeroko rozumiane przerywanie życia człowieka, bez względu na moment podjęcia zachowania sprawczego, w szczególności bez związku ze stwierdzonym stanem umierania organizmu w świetle wiedzy medycznej. Prześledźmy argumenty wspierające ten punkt widzenia.

Po pierwsze, argumentacja bazująca na uwzględnieniu ochrony dobra chronionego prawem oraz konstrukcji typu uprzywilejowanego jako wyjątku od zasady ponoszenia surowej odpowiedzialności karnej za typ podstawowy zabójstwa może mieć jedynie ograniczone zastosowanie, limitowane w każdym wypadku ukształtowanymi w ustawie karnej znamionami zachowania sprawczego, typizowanego jako uprzywilejowany typ zabójstwa. Zakres prawnokarnej ochrony w ramach typu podstawowego z art. 148 § 1 k.k. i typu zmodyfikowanego z art. 150 § 1 k.k. wyznaczają

17 „Przyimek wyznaczający obiekt odniesienia komunikowanego sądu, najczęściej osobę, z punktu widzenia której sąd ten jest wydawany”; zob. Słownik języka polskiego PWN online, <https://sjp.pwn.pl/sjp/dla;2452513.html>

znamiona przedmiotowe i znamiona strony podmiotowej, kształtujące opis omawianego przestępstwa. Ustalenia te pozostają pod ochroną konstytucyjnej zasady określoności znamion czynu zabronionego pod groźbą kary (*nullum crimen sine lege certa et stricta*). Sam zatem wzgląd na potrzebę szerokiej ochrony życia człowieka nie wystarczy do uznania, by znamiona typu zmodyfikowanego interpretować wąsko lub zawężająco, na korzyść typu zasadniczego (abstrahując od teoretycznej poprawności prowadzenia wykładni przepisów w taki właśnie – zawężający – sposób). Fakt istnienia w ustawie karnej uprzywilejowanego typu zabójstwa eutanatycznego nie pozbawia życia człowieka ochrony prawnej, lecz przeciwnie – potwierdza objęcie tych sytuacji reakcją prawnokarną i ochroną przed naruszeniem dobra chronionego prawem¹⁸.

Po drugie, art. 150 § 1 k.k., podobnie jak zasadniczy typ zabójstwa z art. 148 § 1 k.k., posługuje się znamieniem „zabija” człowieka, jest więc to w obu przepisach identyczne znamię określające czynność sprawczą omawianego przestępstwa. Z tego względu brak jest podstaw do różnicowania charakteru omawianej czynności sprawczej pod kątem tego, czy do zabijania człowieka dochodzi w sytuacji pełnej możliwości życia pokrzywdzonego w dobrym zdrowiu w przyszłości, czy też dochodzi do niego w sytuacji znajdowania się przez pokrzywdzonego w końcowym i nieodwracalnym stanie umierania organizmu z uwagi na wiek czy chorobę. Brak podstaw do wskazanego odróżnienia przemawia za uznaniem, że w ramach omawianego typu przestępstwa mieszczą się zarówno przypadki skrócenia umierania, jak i przerywania życia osoby w pełni zdrowej.

Paradoksalnie, gdyby próbować różnicować omawiane sytuacje pod wskazanym kątem, określenie „zabija” człowieka znajdowałoby o wiele bardziej adekwatne zastosowanie na gruncie sytuacji polegających na pozbawianiu życia organizmu ludzkiego w pełni zdanego do dalszego życia w zdrowiu (przerywanie życia) niż w wypadkach jedynie przyspieszania śmierci już umierającego organizmu człowieka (skrócenie umierania) – zabijanie człowieka polega przede wszystkim na powodowaniu zagrożenia dla dobra prawnego, które wcześniej w ogóle nie istniało, a nie jedynie na przyspieszaniu doprowadzenia do skutku śmiertelnego, który w gruncie rzeczy, z uwagi na rozpoczęty proces umierania, jest już nieuchronny w bliższej lub dalszej perspektywie czasowej. W tym ujęciu, z uwagi na niezasadność różnicowania czynności zabijania pod wskazanym kątem omawiany typ zabójstwa powinien obejmować szerokie spektrum sytuacji polegających zarówno na zabójstwie skracającym proces umierania, jak i na zabójstwie powodującym przerywanie życia człowieka na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego.

Po trzecie, zastosowanie art. 150 § 1 k.k. uzależnione jest od wykazania, że zabicie człowieka zaistniało na jego żądanie. Była już mowa o tym, jakie warunki spełniać

18 Zob. A. Zoll, (w:) W. Wróbel (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, część I. Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2017, art. 150, teza 3.

musi relewantne prawnie żądanie człowieka jako akt dobrowolny, kategoriyczny, realny i jasny co do treści, skierowany do oznaczonej osoby itd. Brak jest jednak ustawowych podstaw, by żądaniu na gruncie art. 150 § 1 k.k. stawiać dodatkowe wymogi sprowadzające się w szczególności do uwzględnienia kontekstu czy powodów sformułowania przez podmiot zdecydowanego żądania pozbawienia siebie życia rękoma innej osoby. Dla zaistnienia zabójstwa eutanatycznego w omawianym obecnie zakresie wystarczające jest wykazanie zaistnienia relewantnego prawnie (świadomego i dobrowolnego) żądania o określonej treści, bez względu na powody, motywacje czy okoliczności popychające ofiarę do sformułowania tego rodzaju żądania, a więc bez względu na to, czy żądanie uznane zostanie za usprawiedliwione¹⁹. Czynniki te mogą odgrywać pewną rolę w procesie motywacyjnym obu stron omawianego procederu, decydując również o zaistnieniu współczucia dla osoby żądającej pozbawienia jej życia, jednak stany motywacyjne, o których mowa, nie stanowią znamienia omawianego czynu zabronionego pod groźbą kary, dla którego dokonania w zakresie znamienia „żądanie” wystarczające jest ustalenie zaistnienia tego właśnie fenomenu.

Należy w szczególności zauważyć, że nie da się wykluczyć *a priori* – i wykluczyć takiej ewentualności nie pozwala art. 150 § 1 k.k. – iż stanowcze, przemyślane, kategoriyczne żądanie przerwania własnego życia wyrazi osoba w pełni sił i w pełni zdrowia, niekoniecznie w podeszłym wieku lub też w stanie zdrowia prowadzącym niechybnie do śmierci. „Jego” żądanie w rozumieniu omawianego przepisu ma pochodzić od człowieka (rozeznającego się w sytuacji faktycznej i zdolnego wyrazić prawnie relewantną zgodę na zrzeczenie się ochrony dobra prawnego) bez żadnych szczegółowych doprecyzowań w sferze jego sytuacji osobistej, kondycji psychofizycznej, wieku itd. Na uwzględnienie zasługuje w tym ujęciu każda osobowa (wynikająca z wewnętrznych przeżyć i postaw), nie zaś jedynie osobnicza (związana z naturalnym procesem starzenia się i umierania organizmu ludzkiego) motywacja popychająca daną osobę do sformułowania realnego żądania spowodowania jej śmierci.

O trafności przedstawionego stanowiska przekonuje wykładnia systematyczna typu zabójstwa eutanatycznego w porównaniu z innym typem zabójstwa, również uprzywilejowanego, określonego w art. 148 § 4 k.k. Przepis ten typizuje zabójstwo w afekcie, które polega na tym, iż sprawca „zabija człowieka pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami”. Jak widać, w tym ostatnim przypadku ustawa karna wymaga wykazania, obok zaistnienia silnego wzburzenia po stronie sprawcy dopuszczającego się zabójstwa, również tego, że stan ten był usprawiedliwiony okolicznościami czy też – mówiąc inaczej – że zasługiwał on na usprawiedliwienie z uwagi na okoliczności faktyczne towarzyszące podjęciu decyzji o zabiciu człowieka w stanie silnego wzburzenia. Na gruncie art. 148 § 4 k.k. sąd uży-

19 Zob. M. Cieślak, (w:) I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), System Praw Karnego, t. 4, część I: O przestępstwach w szczególności, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 385.

skął więc kompetencję do wartościowania powodów i okoliczności silnego wzburzenia pod kątem uznania, że zasługują one bądź nie zasługują na usprawiedliwienie. Brak wskazanej klauzuli na gruncie art. 150 § 1 k.k. (*argumentum a contrario*) oznacza, że żądanie ofiary – w przeciwieństwie do silnego wzburzenia zabójcy w afekcie – nie musi być „usprawiedliwione okolicznościami”, to znaczy nie powinno być czy wręcz nie może być wartościowane przez organ stosujący prawo z uwzględnieniem zobiektywizowanych ocen społecznych odnośnie do akceptowalnych powodów podjęcia decyzji o sformułowaniu żądania skrócenia własnego życia. Wystarczającym powodem usprawiedliwiającym – w omawianym zakresie – kwalifikację zabójstwa jako typu uprzywilejowanego jest zrzeczenie się ochrony własnego dobra prawnego przez osobę świadomie żądającą pozbawienia siebie życia. Powodem usprawiedliwiającym zastosowanie wskazanej kwalifikacji prawnej nie może być w szczególności zły stan zdrowia ofiary, sprowadzający się do umierania organizmu ludzkiego, co przemawia za przyjęciem szerokiej wykładni znamion zabójstwa eutanatycznego, obejmującej wszystkie fazy życia, w których relewantne prawnie będzie wyrażenie przez podmiot świadomej i dobrowolnej zgody na zrzeczenie się ochrony własnego dobra prawnego.

Po czwarte, tożsame wnioski odnośnie do braku możliwości badania usprawiedliwienia żądania ofiary w okolicznościach faktycznych towarzyszących wyrażonemu żądaniu dotyczą znamienia współczucia, które popycha sprawcę do zabicia człowieka żądającego pozbawienia go życia. Współczucie, o którym mowa, nie musi być „usprawiedliwione okolicznościami”, tak jak o tym dla odmiany stanowi art. 148 § 4 k.k., poza samym jedynie faktem wpływu kondycji pokrzywdzonego na współczucie „dla niego”, istniejące po stronie sprawcy zabójstwa eutanatycznego. Innymi słowy, sam fakt realnego współczucia sprawcy wobec osoby żądającej pozbawienia jej życia i determinujący wpływ tego przeżycia na decyzję o zabiciu człowieka jest usprawiedliwieniem przenoszącym omawiany czyn w ramy zabójstwa typu uprzywilejowanego. Współczucie jest więc usprawiedliwione okolicznościami w postaci wyrażenia przez inną osobę żądania pozbawienia jej życia wraz z różnymi faktami, znanymi osobie realizującej żądanie, które wywierają realny wpływ na jej sytuację motywacyjną. Współczucie to realne przeżycie dotyczące aktualnej sytuacji pokrzywdzonego, które nie jest usprawiedliwione wyłącznie faktem umierania osoby żądającej skrócenia jej cierpienia.

Okoliczności te podlegają, rzecz jasna, dowodzeniu w postępowaniu karnym; określona sytuacja osobista ofiary, jej relacja do sprawcy oraz wszelkie innego typu okoliczności przedmiotowe mogą w sumie uprawdopodobnić fakt zaistnienia po stronie sprawcy współczucia, wymaganego dla przyjęcia zabójstwa typu uprzywilejowanego, lub też osłabić wnioski o realnym współczuciu okazanym ofierze, co podlega ocenie przez organ stosujący prawo. Brak jednakże podstaw, by ustalenia w tym przedmiocie uzależniać od wykazania szczególnego stanu zdrowia ofiary i zawęzić

ich znaczenie prawne wyłącznie do faktu znajdowania się pokrzywdzonego w końcowej fazie życia.

Po piąte, konstrukcja typu czynu zabronionego określonego w art. 150 § 1 k.k. umożliwia różnicowanie sytuacji faktycznych podpadających pod ten typ zabójstwa w zależności od tego, z jak ekstremalnym i uprzywilejowanym przypadkiem żądania, współczucia, ich wzajemnego wpływu i determinowania decyzji o zabiciu człowieka czy też wszystkich innych okoliczności zdarzenia będziemy mieli do czynienia w danej sytuacji faktycznej. Omawiany typ przestępstwa zdaje się zatem obejmować wszystkie przypadki przerwania życia człowieka bez względu na okres życia osobniczego czy stan zdrowia ofiary, pozwala zarazem na uwzględnienie szczególnie uzasadnionych sytuacji sprowadzających się przykładowo do skrócenia umierania osoby żądającej pozbawienia jej życia w sytuacji niechybnie zbliżającej się, ale bolesnej śmierci²⁰. Wartościowanie to możliwe jest dzięki art. 150 § 2 k.k., zgodnie z którym „w wyjątkowych wypadkach sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia”. Wyjątkowy wypadek w ramach już z założenia wyjątkowego typu zabójstwa uprzywilejowanego pozwala na dalsze łagodzenie konsekwencji prawno Karnych popełnionego czynu, łącznie ze skazaniem sprawcy za przestępstwo bez wymierzania mu żadnej kary. Brak zatem, jak się wydaje, podstaw do zbyt radykalnego zawężania zastosowania typu czynu zabronionego z art. 150 § 1 k.k., gdy idzie o wyznaczenie jego abstrakcyjnych granic w stosunku do zabójstwa typu podstawowego, przy jednoczesnym pozostawieniu możliwości różnicowania tytułowych przypadków przerywania życia i skrócenia umierania dzięki piętrowej konstrukcji multiuprzywilejowanej czyn na gruncie klauzuli nadzwyczajnego łagodzenia kary lub nawet odstąpienia od jej wymierzenia, zgodnie z art. 150 § 2 k.k.

Wnioski

Podsumowując rozważania przedstawione w niniejszym opracowaniu, należy stwierdzić, iż w aktualnym stanie prawnym możliwe do formułowania i obrony są zarówno argumenty wskazujące na wąskie rozumienie przepisu o zabójstwie eutanatycznym, wymagające zaistnienia stanu umierania i zabicia człowieka w sposób skracający już trwający proces jego umierania, jak również argumenty wspierające tezę o szerokim zastosowaniu art. 150 § 1 k.k. do wszystkich przypadków przerwania życia człowieka, o ile sprawca zabije go na jego żądanie i pod wpływem współczucia dla niego, bez względu na stan zdrowia, wiek, kondycję psychofizyczną ofiary czy usprawiedliwienie czynu innymi okolicznościami faktycznymi.

20 Zob. Zob. T. Sroka, (w:) *Odpowiedzialność publicznoprawna. System Prawa Medycznego*. Tom 6, red. A. Barczak. Oplustil, T. Sroka, Warszawa 2022, s. 388.

Zestawienie argumentów na rzecz każdej z zarysowanych opcji skłania do uznania, iż *de lege lata* – szczególnie z uwagi na rezultaty wykładni opartej na jej językowych i systemowych regułach – bardziej uzasadnione wydaje się drugie z zaprezentowanych ujęć, sprowadzające się do szerokiego rozumienia znamion zabójstwa na żądanie w polskim systemie prawnym jako przerywania życia, nie zaś jedynie skracania umierania człowieka.

BIBLIOGRAFIA

- Blicharski J., Postępowanie z nieuleczalnie chorym, Warszawa 1959.
- Bołoz W., Prawa człowieka umierającego, „Medycyna Praktyczna” 2008, nr 11.
- Budyn-Kulik M., (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 150, teza 2.
- Cieślak M., (w:) I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), System Praw Karnego, t. 4, część I: O przestępstwach w szczególności, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985
- Dukiet-Nagórska T., (w:) T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, E. Zielińska (red.), System Prawa Medycznego, t. 3: Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi, Warszawa 2021.
- Engelhardt K., Umieranie, (w:) M. Chodkowska, W. Piątkowski (red.), Socjologia medycyny. Wybór tekstów, Lublin 1983.
- Fredrich-Michalska I., Stachurska-Marcińczak B. (red.), Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997.
- Gałęska-Śliwka A., Śliwka M., Stan wegetatywny, eutanazja, zaniechanie uporczywej terapii, „Państwo i Prawo” 2009, nr 11.
- Giezek J., (w:) D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2021.
- Góralski P., Prawne i społeczne aspekty eutanazji, Kraków 2008.
- Huziuk Z., Przestępstwo eutanazji w kodeksie karnym z 1969 r., „Nowe Prawo” 1973, nr 11.
- Kardas P., Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011.
- Kolbuszewski J., Problemy współczesnej tanatologii, Wrocław 1997.
- Konarska-Wrzosek V., (w:) A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzosek, Kodeks karny. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2020.
- Krajewski R., Przestępstwo eutanazji w kodeksie karnym z 1997 r., „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 2.
- Królikowski M., (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 1, Komentarz, art. 117–221, Warszawa 2013.
- Mozgawa M. (red.), Eutanazja, Warszawa 2015.
- Ostrowska A., Śmierć w doświadczeniu jednostki i społeczeństwa, Warszawa 2005.
- Roliński K., Prawo do naturalnej śmierci, „Gazeta Prawnicza” 1985, nr 9.
- Seroczyńska M., Czy pacjent ma prawo do śmierci, „Standardy Medyczne” 2002, nr 2(5).

- Słownik języka polskiego PWN online, <https://sjp.pwn.pl/sjp/dla;2452513.html>.
- Sobczak J., Znamię współczucia dla ofiary jako przesłanka eutanazji, (w:) M. Mozgawa (red.), Eutanazja, Warszawa 2015.
- Sokołowska M., Śmierć i umieranie, „Studia Socjologiczne” 1985, nr 2.
- Sroka T., (w:) Odpowiedzialność publicznoprawna. System Prawa Medycznego. Tom 6, red. A. Barczak. Oplustil, T. Sroka, Warszawa 2022.
- Szymaniak P., Życzenie śmierci tylko na trzeźwo?, „Dziennik Gazeta Prawna” z 7 listopada 2017 r., <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1083128,zyczenie-smierci-tylko-na-trzezwo.html>.
- Tyszkiewicz L., (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2016.
- Wiatr A., Pomiędzy życiem a śmiercią. Opowieść o tożsamości i umieraniu, Kraków 2013.
- Wróbel W., Zoll A., Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2012.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 sierpnia 2013 r., II AKA 118/13.
- Zoll A., (w:) W. Wróbel (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, część I. Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2017.
- Zontek W., Dyskrecjonalność sędziowska jako mechanizm sprawowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (zarys teoretyczny), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2021, nr 4.

Maria Boratyńska

Uniwersytet Warszawski, Polska

m.boratynska@wpia.uw.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2062-0499>

Prawne i etyczne zagadnienia zaprzestania terapii daremnej u dzieci

Legal and Ethical Issues of Discontinuing Futile Therapy in Children

Abstract: This article raises the issue of critical medical decisions made in the interest of small children. It seeks answers to the questions of whether there are any differences in this field's attitude towards adults and what the criteria for life and death decisions should be for persons who are legally dependent and unable to declare their position. The concept of so-called parental autonomy in making treatment decisions for children and situations in which they may be limited by the assessment of doctors and by the supervisory function of the guardianship court. The overriding principle of the best interests of the child is compared with the British concept of best interest and is confronted with the newer concept of threat of serious harm, which is considered better at respecting privacy and giving parents more powers. The mechanism of conflict resolution between parents and doctors is shown through the example of court decisions in the cases of Charlotte Wyatt, also known in Poland, Charlie Gard and Alfie Evans, and then is transferred to the Polish example of Madzia Weakling. The considerations end with the conclusion that the best interests criterion is pragmatic and a non-principal development of the principle of the best interests of the child, within the context of protection against the unbearable suffering of living or dying in agony, which is also important.

Keywords: best interests, futile therapy, welfare of the child

Słowa kluczowe: najwyższe dobro, terapia daremna, dobro dziecka

Wprowadzenie

Tytułowe zagadnienie skłania do postawienia wstępnie kilku pytań. Przede wszystkim, czy są jakieś różnice w kryteriach zaprzestania terapii daremnej u dorosłych i u dzieci, więc czy i jaka powinna być odmienność w ocenie, kiedy tera-

pię dziecka wolno uznać za daremną. Są bowiem dzieci „urodzone na śmierć”, czyli na krótkie życie i często w cierpieniu z powodu ciężkich wad wrodzonych, które źle rokują już wyjściowo. Są też takie, u których leczenie daje szanse na niewielką poprawę stanu zdrowia, ale przy dużym ryzyku niepowodzenia, kosztem ogromnego bólu oraz wielkich wyrzeczeń. Dla porównania: wrodzona niedrożność dwunastnicy przy zespole Downa jest możliwa do korekty operacyjnej i poza tym zdrowemu dziecku daje szanse na „normalne” życie. Natomiast wada serca – wrodzone zwężenie zastawki aortalnej – stanowi chorobę, która pozostawiona sama sobie ma skutek śmiertelny – podobnie jak niedrożność dwunastnicy. Tyle że ratunek wymaga przeprowadzenia bardzo ciężkich i inwazyjnych operacji kardiologicznych we wczesnym dzieciństwie, których szanse powodzenia są wyraźnie mniejsze. Z kolei w przypadku noworodków urodzonych w warunkach skrajnego wcześniactwa wydaje się błędem mówienie o stanach schyłkowych, bo zmierzają one przecież w kierunku przeciwnym – osiągnięcia zdolności do samodzielnego życia. Jednocześnie jednak wiadomo, że w wielu przypadkach terapia się nie udaje i poddawane licznym inwazyjnym zabiegom dziecko po wielu cierpieniach umiera. Wobec tego – czy i w którym momencie można zdecydować o zaprzestaniu wysiłków i pozwolić mu spokojnie umrzeć oraz w jaki sposób to zrobić?

Gdy na terapię daremną nalega samodzielny prawnie i autonomiczny decyzyjnie pacjent dorosły, zazwyczaj należy to uszanować, ale już nie zawsze – gdy nalegają rodzice dziecka. Dorosły sam bowiem decyduje, w czym upatruje swój słuszny interes podtrzymania życia jak najdłużej, i to przeważnie stanowi jego moralne prawo. Rodzice zaś mogą postrzegać dobro dziecka mylnie, w szczególności wikłać w ocenę własne emocje oraz przekonania. W kontekście decyzji rodzicielskich przywołuje się kategorię praw i autonomii oraz poszanowania życia prywatnego. Kluczowe pytanie dotyczy jednak tego, kto powinien ostatecznie rozstrzygnąć o terapii uznawanej przez wiedzę medyczną za nieprzynoszącą poprawy. Lekarzowi wolno zaprzestać leczenia daremnego (bardziej znany jest nie zawsze adekwatny termin „uporczywe”) i to nie będzie żadna eutanazja (nawet bierna), tylko uzasadnione odstępstwo od leczenia. Prowadzenie go byłoby przeciwne wskazaniom aktualnej wiedzy medycznej – stąd pytanie, jakie dobra prawne miałyby przeważać na rzecz kontynuowania terapii. Wskazania mogą być wszakże niejednoznaczne. Spór między lekarzami a rodzicami będzie sporem o dobro dziecka, który w braku porozumienia powinien zostać rozstrzygnięty przez sąd. Pojawia się pytanie, dlaczego takich spraw sądowych w Polsce praktycznie nie ma, a w każdym razie nie są przedmiotem debaty – w przeciwieństwie do zagranicy, skąd od czasu do czasu docierają refleksy tamtejszych dyskusji, u nas wzbudzając przejściowe oburzenie moralne w publicznych mediach¹. Może dlatego, że w Polsce na ogół udaje się osiągnąć zgodność zapatrywań bez angażowania sądu, ale dobrze

1 Jeśli chodzi o dzieci, w ostatnich latach dotyczyło to brytyjskich spraw Charliego Garda i Alfiego Evansa.

byłoby wiedzieć, jaki kierunek decyzji przeważa i jakie kryteria powinny zostać sformułowane. Przede wszystkim zaś, jak wyważyć między niejednoznacznie rokującym stanem klinicznym pacjenta, „imperatywem szpitalnym” ratowania życia przez lekarzy wszelkimi środkami oraz wolą rodziców jako przedstawicieli ustawowych dziecka.

Opracowanie nawiązuje do prekursorskiego tekstu Zbigniewa Szawarskiego *Moralne problemy dotyczące opieki nad dziećmi nieuleczalnie chorymi*² i myśli tam wyrażonych. W artykule omówiona zostanie problematyka krytycznych decyzji medycznych podejmowanych w zastępstwie dzieci faktycznie niezdolnych decyzyjnie. (Poszanowanie autonomii tych zdolnych do racjonalnej oceny swojej sytuacji zostało opracowane przeze mnie w innych miejscach³). Najpierw zostanie przypomniana idea terapii daremnej oraz prawnych implikacji jej zaprzestania i w związku z tym zwrócona uwaga na znaczenie wytycznych lekarskich. W drugiej kolejności nastąpi omówienie sytuacji noworodków dotkniętych ciężkimi wadami, konsekwencji zdrowotnych i decyzji klinicznych wobec dolegliwości związanych ze skrajnym wczesniactwem na znanym przykładzie Charlotte Wyatt oraz postępowania wobec bardzo małych dzieci, jak m.in. Charlie Gard i Alfie Evans. Na koniec będzie rozważona pozycja decyzyjna rodziców, stanowiska lekarzy oraz kryteria rozstrzygania sporów sądowych albo dochodzenia do pozasądowego porozumienia między lekarzami a rodzicami – jak w jedynym znanym publicznie polskim przypadku Madzi Słabiak.

1. Terapia daremna – rekapitulacja stanu wiedzy

Pojęcie medycznej daremności leczenia pojawiło się z początkiem lat 90. XX w. w amerykańskiej bioetyce akademickiej pod wpływem lekarzy, którzy woleli opisywać problem rezygnacji z leczenia podtrzymującego życie za pomocą obiektywnych wskaźników ilościowych⁴. W Polsce termin ten został oficjalnie użyty w wypracowanych w 2012 r. lekarskich Wytycznych postępowania wobec terapii daremnej u niekompetentnych pacjentów na oddziałach intensywnej terapii⁵ (OIT). W obszernym wstępie ustosunkowano się tam od razu do odnotowanych rozbieżności terminologicznych przez uznanie, że formuła „terapia daremna” (*futile therapy*) określa trafnie postępowania

2 Z. Szawarski, *Moralne problemy dotyczące opieki nad dziećmi nieuleczalnie chorymi*, „Studia Filozoficzne” 1984, nr 2 (220), s. 65–92.

3 M. Boratyńska, *Dziecko w potrzebie zdrowotnej wobec bezczynności opiekunów. Jak system prawny szanuje autonomię osoby małoletniej w sprawach medycznych* (tekst w pracy zbiorowej – w druku) oraz artykuł: *Dysfunkcjonalność ochrony praw pacjenta małoletniego* („Annales UMCS” 2023, vol. 70, nr 1).

4 K. Szewczyk, *Bioetyka, t. I: Medycyna na granicach życia*, PWN 2009, s. 303.

5 A. Kübler, J. Siewiera, G. Durek, K. Kusza, M. Piechota, Z. Szkulmowski, *Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli na oddziałach intensywnej terapii*, „Anestezjologia. Intensywna Terapia” 2014, nr 4 (46), s. 229–234.

nie, które nie przynosi założonych korzyści terapeutycznych. Zwrócono też uwagę, że lepiej znane w Polsce określenie „terapia uporczywa” jest nieadekwatne. Używa się go właściwie tylko w Kodeksie etyki lekarskiej oraz w definicjach dotyczących medycyny paliatywnej⁶ i określa w sposób węższy. Jest to „stosowanie procedur medycznych w celu podtrzymywania funkcji życiowych nieuleczalnie chorego, które tylko przedłuża jego umieranie, wiążąc się z nadmiernym cierpieniem lub naruszeniem godności pacjenta, a nie obejmuje podstawowych zabiegów pielęgnacyjnych, łagodzenia bólu i innych objawów oraz karmienia i nawadniania, o ile służą dobru pacjenta”. Ogranicza się w ten sposób stosowanie pojęcia do stanów schyłkowych, terminalnych i tylko gdy mechaniczne podtrzymywanie życia przysparza nadmiernych cierpień lub narusza godność i jedynie przedłuża umieranie: uporczywość jest równoznaczna z przeszkadzaniem w umieraniu. Zakres owego *konsensu* jest więc bardzo wąski i rozwiązuje w gruncie rzeczy niewiele problemów. Takie rozłożenie akcentów pozostawiałoby nierozstrzygniętym zagadnienie zaprzestania terapii niecelowej medycznie w stanach innych niż terminalne – np. utrwalonego stanu wegetatywnego (PVS), który rodzi najwięcej kontrowersji prawnych i etycznych. Wytyczne intensywiistów zaznaczają natomiast, iż mianem terapii daremnej zostało określone (w sposób szerszy) podtrzymywanie funkcji narządów nieprzynoszące korzyści dla pacjenta i bez możliwości osiągnięcia założonych celów terapeutycznych. Jej kontynuowanie uznaje się za „błąd postępowania medycznego” (pkt 3). Zaprzestanie zaś nie zwalnia z leczenia paliatywnego zapewniającego eliminację cierpienia i optymalny komfort – w tym pielęgnację, nawadnianie, żywienie, dostęp bliskich i osób wspierających, uśmierzanie niekorzystnych dolegliwości (pkt 7) przez najskuteczniejsze wykorzystanie leków przeciwbólowych, uspokajających lub nasennych. Jego celem nie może być przyspieszenie naturalnego przebiegu procesu umierania (pkt 8). Pojęcie „terapia daremna” nie wyczerpuje się więc w przedłużaniu agonii: jest nierozzerwalnie związane z celowością leczenia, w tym również *implicite* – z oczekiwaną po tym leczeniu indywidualną jakością życia⁷, która o tej celowości współdecyduje⁸. Spójne z tym jest Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie

6 Chodzi o Konsensus Polskiej Grupy Roboczej ds. Problemów Etycznych Końca Życia (2008): stały zespół specjalistów z zakresu etyki, medycyny i prawa, który zawiązał się 22 października 2008 r. w Warszawie podczas konferencji naukowej pt. Granice terapii medycznych, w ramach współpracy pomiędzy Centrum Ekologii Człowieka i Bioetyki Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Katedrą i Zakładem Opieki Paliatywnej Collegium Medicum Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu (z siedzibą w Bydgoszczy) oraz Wydziałem Lekarskim Collegium Medicum UJ w Krakowie; zob. W. Bołoz, M. Krajnik, Definicja uporczywej terapii. Konsensus Polskiej Grupy Roboczej ds. Problemów Etycznych Końca Życia, „Medycyna Paliatywna w Praktyce” 2008, nr 2 (3), s. 77–77.

7 W. Chańska, *Nieszczęsny dar życia. Filozofia i etyka jakości życia w medycynie współczesnej*, Wrocław 2009, s. 223.

8 Szersze omówienie zagadnień daremności terapeutycznej zob. M. Boratyńska, J. Malczewski, *Prawo wobec medycyny końca życia*, (w:) E. Zielińska (red. nacz.), *System Prawa Medycznego*, t. II, cz. 2, Warszawa 2019, s. 580–763.

standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii⁹: definiuje intensywną terapię jako mającą na celu podtrzymywanie funkcji życiowych oraz leczenie chorych w stanach zagrożenia życia, spowodowanych potencjalnie odwracalną niewydolnością jednego lub kilku podstawowych układów organizmu (§ 2 pkt 2).

Z kolei najnowszy dokument: Raport zespołu ekspertów przy Rzeczniku Praw Pacjenta¹⁰ odnosi się do pojęcia terapii daremnej pozornie akceptująco: „Wydaje się, że pojęcie terapia daremna wyraźniej oddaje istotę problemu: robić coś, co jest bezcelowe, co jest daremne, jest marnowaniem energii i czasu, a ostatecznie pozostaje szkodliwe, bo zwiększa cierpienie, przedłuża agonię” (s. 16). Zasadzka polega jednak na tym, że nastąpiło tu skontaminowanie uporczywości z daremnością przez arbitralne ograniczenie użycia pojęcia daremności do pacjentów u schyłku życia: „W niniejszym opracowaniu dla określenia terapii medycznych stosowanych w okresie kończącego się życia, które nie przynoszą korzyści dla pacjenta, przyjęto termin terapia daremna”. Powraca więc do wyłączenia stanów klinicznych niebędących ze swej istoty schyłkowymi poza obszar zastosowania pojęcia daremności terapeutycznej. Raport jest jednak tylko sprawozdaniem pewnego gremium: formułuje postulaty, zawiera racjonalną wykładnię przepisów, natomiast nie może rościć sobie pierwszeństwa przed fachowymi wytycznymi lekarskimi, które określają daremność terapeutyczną według powszechnie przyjętych w światowej medycynie kryteriów medycznych i interesu pacjenta. Wbrew mylącej nazwie Standardy... raport ekspertów przy RPP nie ma żadnej mocy wiążącej, niemniej próba zawężenia pojęcia terapii daremnej do opieki nad pacjentami u kresu życia stanowi regres w stosunku do ustaleń współczesnej wiedzy medycznej i tylko utrwała zamęt pojęciowy. Dowodem tego zamętu są rozmaite opracowania prawnicze wciąż używające pojęć „uporczywa terapia” oraz „środki nadzwyczajne”¹¹, tak jakby nie nastąpił żaden postęp w myśleniu¹².

9 Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 16 grudnia 2016 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 940).

10 file:///C:/Users/Asus/Downloads/Raport_Terapia_u_kranca_zycia_2021_e%20(2).pdf, s. 32 (8.01.2022).

11 Beauchamp i Childress dawno już dokonali krytycznego rozbioru kryteriów podziału środków leczniczych z tego punktu widzenia. Odwołując się do piśmiennictwa i wyrokowania sądów, dowiedli mglistości i zupełnie nieprzydatnej relatywizacji w zamierzczłym już podziale na środki zwyczajne i nadzwyczajne; zob. T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Zasady etyki medycznej*, wyd. IV, tłum. W. Jacórzynski, Warszawa 1996, s. 212–214. Pojęcie „środków nadzwyczajnych” wciąż jest notabene obecne w polskim Kodeksie etyki lekarskiej jako uzasadnienie dla braku obowiązku stosowania „terapii uporczywej”.

12 Por. zamieszczone na portalu „Medycyna Praktyczna” w 2018 r. na nowo odkryte opracowanie W. Wróbla z 2009 r., *Rezygnacja z uporczywej terapii w świetle polskiego prawa*. Pojęciem terapii uporczywej posługuje się również T. Sroka, Art. 38, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja*

Kwalifikację terapii jako daremnej stosuje się na oznaczenie tych procedur medycznych, które nie dają pacjentowi szans przeżycia bezpośrednio lub w bardzo krótkiej perspektywie czasowej, jak również tych bez perspektyw wyleczenia (niemających wpływu na nieuleczalną chorobę, która w niedługim czasie spowoduje śmierć pacjenta)¹³. Z medycznego punktu widzenia za daremne uznawane są środki o użyteczności progowej i nieprzynoszące realnej korzyści, gdy ich stosowanie jest nadmiernie obciążające¹⁴. Chodzi zatem o sytuacje, w których zgodnie z aktualną wiedzą medyczną niemożliwa jest poprawa stanu zdrowia, gdy szanse na uratowanie życia są nikłe, a dyskomfort wywołany leczeniem zbyt duży, lub też gdy ich jedynym skutkiem jest sztuczne podtrzymywanie biologicznego życia¹⁵.

Podstawowe znaczenie w takich sprawach ma ocena celowości leczenia dokonana przez lekarzy oraz odpowiednie wytyczne profesjonalne. Oprócz wspomnianych wyżej związków Wytycznych dla OIT istnieje wcześniejsze o trzy lata i znacznie obszerniejsze opracowanie Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy, opracowany przez grupę ekspertów, w skład której oprócz lekarzy weszli również prawnik, filozof i duchowny katolicki¹⁶. Można dowiedzieć się z nich m.in., że lekarzowi wolno bez obawy o pociągnięcie do odpowiedzialności prawnej uszanować sprzeciw pacjenta i jego przedstawicieli ustawowych i odstąpić od leczenia, zwłaszcza jeśli z punktu widzenia medycyny uznaje ich decyzję za słuszną¹⁷: „Jeśli wiedza medyczna wskazuje, że wdrożenie lub kontynuowanie leczenia wobec małego pacjenta będzie bezskuteczne – nie pozwoli choćby na zmniejszenie jego cierpienia, nie mówiąc już o poprawie stanu zdrowia, a jedynie przedłuży proces umierania, to takie zachowanie – nawet podjęte

RP: komentarz, t. 1: art. 1–86, Warszawa 2016, teza 115. Obaj autorzy powołują się na definicję uporczywej terapii zaczerpniętą jeszcze z projektu ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej Radzie Bioetycznej (zwanej projektem Gowina) – Sejm VI Kadencji, Druk nr 3467, 2009, a wzorowanej na przywołanym wcześniej konsensie Grupy Roboczej... Ta część doktryny prawa, która nie zadaje sobie trudu sięgania do rekomendacji fachowych sprawozdających aktualny stan wiedzy medycznej, jak widać nie odnotowała dokonujących się zmian, a zamiast tego bazuje na źródłach o mocno przejrzałej wiarygodności – czyli na zarzuconym projekcie ustawy. Wytyczne intensywnistów pochodzą zaś z 2012 r., wolno je więc traktować również jako bardziej aktualne – niezależnie od wszechstosownie szerszego namysłu nad zagadnieniem.

- 13 Zob. K. Szewczyk, *Bioetyka* t. 1, s. 304–306; A. Alichniewicz, *Eutanazja, a etyczne podstawy medycyny stanów terminalnych*, (w:) M. Gałuszka i K. Szewczyk (red.), *Narodziny i śmierć. Bioetyka kulturowa wobec stanów granicznych życia ludzkiego*, Warszawa–Łódź 2002, s. 161–162.
- 14 Zob. L.M. Kopelman, *Pojęciowe i moralne problemy terapii daremnej i użytecznej*, (w:) A. Alichniewicz, A. Szczęsna (red.), *Dylematy bioetyki*, Łódź 2001, s. 118–121.
- 15 Por. M. Świdarska, *Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 3, s. 112.
- 16 T. Dangel (red. nauk.), *Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy*, Polskie Towarzystwo Pediatryczne 2011.
- 17 *Ibidem*, s. 80.

wbrew woli pacjenta i jego przedstawicieli ustawowych – nie będzie stanowiło postępowania zakazanego prawem¹⁸.

Jak zauważył Kazimierz Szewczyk, standard ten nie obejmuje jednak w ogóle sytuacji, gdy terapia jest bezcelowa ani tych, które niosą ciężar nie do zniesienia¹⁹. „Ze wszech miar słuszną ideę dokumentu” w dużej mierze zniszczyło bezkrytyczne stosowanie wielu pojęć o różnym pochodzeniu: terminów „leczenie daremne”, „środki nadzwyczajne” bądź „nieproporcjonalne” używa się w nim jako *de facto* synonimów „uporczywego leczenia”, ale też operuje się pojęciem „najlepszy interes” pacjenta²⁰. Powieliła zatem wąskie zakresowo i tylko lokalnie używane pojęcie uporczywości terapeutycznej, zaś zaniechanie sztucznego odżywiania u dzieci z dysfagią²¹ w przebiegu chorób neurologicznych jest tam pryncypialnie uznane za nieetyczne – jako prowadzące do „wyniszczenia i śmierci głodowej”²².

W profesjonalnych rekomendacjach zachodnich, literaturze bioetycznej i w sądownictwie (głównie europejskim) stosowane są zazwyczaj dwa standardy kierujące podejmowaniem krytycznych decyzji: „leczenie medycznie daremne” (*medical futility*) oraz „najlepiej pojmowany interes” (*best interests*) pacjenta²³. Za takim tłumaczeniem *best interests* optuje Kazimierz Szewczyk, bo jego zdaniem spolszczenie „najlepszy” sugeruje mylnie, że wymaga określenia jakiegoś idealnego, najlepszego dobra danego chorego, a chodzi tylko o interes najlepiej pojmowany przez strony – lekarzy i rodziców²⁴. Z kolei użycie w oryginale liczby mnogiej oddaje kluczowy moim zdaniem dla tego kryterium sens zadania: uwzględnienie bilansu wielu czynników.

2. Zaprzestanie leczenia daremnego a problem tzw. eutanazji biernej

Według polskiego prawa o obowiązku podejmowania i kontynuowania czynności leczniczych decydują przede wszystkim wskazania wiedzy medycznej. Bez wskazań pozytywnych takiego obowiązku nie ma, wobec tego w konkretnym przypadku wystarczającym usprawiedliwieniem dla odmowy lub zaprzestania leczenia może być brak ku temu wskazań. Z drugiej strony – istnieje prawnomedyczny obowiązek

18 *Ibidem*, s. 84.

19 Tak K. Szewczyk, Should parents have the right to make life-and-death decisions concerning critically ill infants? (in Polish), „Diametros”, grudzień 2012, nr 34, s. 154–178, <https://diametros.uj.edu.pl/diametros/article/view/504/1136> (22.01.2023).

20 K. Szewczyk, Should parents have the right..., *op. cit.*, cz. V.

21 Dysfagia – zaburzenie związane z utrudnionym przechodzeniem pokarmu z jamy ustnej przez przełyk do żołądka; zaburzenia połykania.

22 T. Dangel (red. nauk.), Zaniechanie..., *op. cit.*, s. 117.

23 D. Streiner i in., Attitudes of Parents and Health Care Professionals Toward Active Treatment of Extremely Premature Infants, „Pediatrics” 2001, nr 1, *passim*.

24 K. Szewczyk, Should parents have the right..., *op. cit.*, cz. V.

udzielenia pomocy w każdym przypadku bezpośredniego zagrożenia życia (art. 30 u.z.l.)²⁵, a w kodeksie karnym unormowane są przestępstwa nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie oraz narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego rozstroju zdrowia. Rozstrzygające znaczenie ma jednak art. 4 u.z.l., który stanowi, że powinnością lekarza jest wykonywanie zawodu m.in. zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej. Brak takich wskazań uchyla zatem obowiązek. Do relacji prawnomedycznych między lekarzem a pacjentem prawo karne i kodeks karny nie mają zastosowania bezpośredniego, tylko posiłkowe. Dla oceny działań i zaniechań lekarskich podstawowe znaczenie ma cel leczniczy interwencji, a istniejące normy prawa medycznego działają jako *lex specialis* z pierwszeństwem przed normami prawa karnego: nie ma przestępstwa, jeśli w prawie medycznym zostały uregulowane okoliczności uzasadniające zgodne z prawem uszkodzenie ciała człowieka, aż po skutek śmiertelny włącznie²⁶. Wobec tego typizacja przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu nie powinna stanowić przesłanki decyzji klinicznych w medycynie. Prawo medyczne określa zakres dopuszczalności czynności medycznych samodzielnie – tyle że z niezbędnym odwołaniem się do dorobku wiedzy, praktyki i etyki medycznej.

Doktryna prawa karnego wypracowała konstrukt znany jako kontratyp czynności leczniczej. Składa się na niego zbiór czterech przesłanek legalizujących interwencję medyczną w organizm pacjenta, bez spełnienia których stanowiłaby ona naruszenie układających się w długą listę dóbr osobistych, a sprowadzałaby się do czynnej napaści z użyciem niebezpiecznego narzędzia i umyślnego uszkodzenia ciała. Okoliczności usprawiedliwiające to: 1) cel leczniczy; 2) zgodność działania z prawidłami wiedzy medycznej; 3) prawidłowo udzielona zgoda pacjenta (albo osoby umocowanej do reprezentowania jego praw); 4) posiadanie przez lekarza odpowiednich kwalifikacji potwierdzonych formalnie. W taki sam sposób działa to wobec zaprzestania terapii: nie ma obowiązku jej kontynuowania, więc zaniechanie jest legalne, o ile odpadła choćby jedna z przesłanek legalizujących uprzednie działanie. W interesującej nas kwestii są to: leczniczy cel ingerencji, jak również zachowanie prawideł wiedzy medycznej²⁷.

Kluczowego znaczenia nabiera określenie profesjonalnych zasad podejmowania bądź niepodejmowania leczenia w przypadkach zwanych potocznie beznadziejnymi. Jednocześnie jednak w wielu opracowaniach prawniczych niektóre stosowane pojęcia prawne i filozoficzne są nagminnie ze sobą mylone, a niejasności terminologiczne

25 Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1731 ze zm.); dalej u.z.l.

26 Wystarczy podać przykład przeprowadzonych za uświadomioną zgodą pacjenta zabiegów operacyjnych wykonanych zgodnie z prawidłami wiedzy medycznej i techniki operacyjnej, ale zakończonych niepowodzeniem.

27 Podobnie argumentował już M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. 2, Warszawa 1977, s. 200–201.

odbijają się negatywnie na próbach bardziej jednoznacznych rozstrzygnięć, dla których kluczowe znaczenie ma właściwe rozgraniczenie pojęciowe.

Etyka lekarska na ogół nie pozwala na stosowanie eutanazji. Wprawdzie według World Medical Association eutanazja jest definiowana jako „physician deliberately administering a lethal substance or carrying out an intervention to cause the death of a patient with decision-making capacity at the patient’s own voluntary request”²⁸. Tak zawężające rozumienie eutanazji jako zachowania czynnego może rozwiązać kwestię na poziomie etyki, ale problem pozostaje, gdy nie podąży za tym wykładnia prawa karnego.

Zdarza się, że zaniechanie leczenia podtrzymującego życie jest nazywane „eutanazją bierną”. Dla przykładu Jacek Hołowka twierdzi, że „bierną eutanazję” stosuje każdy szpital, gdy odstępuje od kolejnej próby przywrócenia akcji serca przy użyciu elektrod²⁹. Takie uogólnienie może być jednak niebezpieczne, gdy pojęcie „eutanazji biernej” wystąpi jako autorytatywny komentarz do krajowej ustawy karnej w części dotyczącej przestępstwa zabójstwa³⁰. Wprawdzie na ogół zawiera ono zastrzeżenie, że nie stanowi przestępstwa zaprzestanie leczenia w stanach schyłkowych, brak jednak odniesienia wprost do szerszego kryterium daremności terapeutycznej, a zamiast tego pokutuje pojęcie uporczywości. Używanie pojęcia *passive euthanasia* w kontekście przestępstwa mnoży wątpliwości zamiast je usuwać. Od środowisk katolickich płynie przekaz, że złem jest każda eutanazja. Pojęciem „eutanazji biernej” jako zakazem chętnie posługują się pryncypialni głosiciele idei świętości życia. Słowo „eutanazja” staje się przez to narzędziem opresji i środkiem nacisku na lekarzy. Zamęt pojęciowy sprzyja zaś dowodzeniu, że „rodzajem eutanazji”³¹ jest każde zaprzestanie utrzymywania pacjenta przy życiu i może to być użyte jako zarzut umyślnego zabójstwa.

28 Tłum.: „celowe podanie przez lekarza substancji śmiertelnej lub przeprowadzenie interwencji mającej na celu spowodowanie śmierci pacjenta posiadającego zdolność do podejmowania decyzji na jego dobrowolne żądanie” – WMA Declaration on Euthanasia and Physician-Assisted Suicide, przyjęta podczas 70th WMA General Assembly, Tbilisi, Georgia, październik 2019, <https://www.wma.net/policies-post/declaration-on-euthanasia-and-physician-assisted-suicide/> (28.05.2023).

29 J. Hołowka, *Etyka w działaniu*, Warszawa 2001, s. 112.

30 Zob. R. Kokot, (w:) R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, wyd. 5, Warszawa 2020, art. 150 III/2.

31 Opinia mniejszości European Court of Human Rights (ECHR) w głośnej sprawie *Vincent Lambert (2015)*. Trybunał orzekł, iż zaprzestanie podtrzymywania życia i sztucznego odżywiania pacjenta w PVS jest zgodne z prawem i nie narusza praw człowieka, ale w *votum separatum* znalazły się słowa: „The case before this Court is one of euthanasia, even if under a different name” (23. *Lambert and Others v. France*, judgement ECHR, 5 June 2015, 46043/14, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-10758> (28.05.2023)).

Można przekonująco dowodzić, że w eutanazji biernej nie ma nic niewłaściwego³². Cokolwiek jednak znaczy to pojęcie, „stosowanie eutanazji” uważane jest powszechnie za niezgodne z etosem lekarskim i ten sam problem może pojawić się przy ocenie prawnej. Pojęcia „eutanazji biernej” nie da się więc moim zdaniem zupełnie porzucić, warto natomiast na potrzeby kwalifikacji prawnej zawęzić granice niedozwolonego zaniechania według kryterium rzeczywistych uchybień powinnościom lekarskim. Przyjęcie dla pewności w miarę jasnych kryteriów „eutanazji biernej” jest podyktowane potrzebą bardziej prawną niż moralną. Lekarzom potrzeba bowiem takich dyrektyw, które jednocześnie określą granice bezpieczeństwa prawnego. Inaczej mówiąc, dostarczą wiedzy, jakie zachowania – ze szczególnym uwzględnieniem zaniechań – nie mogą być przedmiotem zarzutu.

Spróbujmy więc doprecyzować, czym jest w wydaniu lekarskim niedozwolona i zarzucalna eutanazja bierna. Bierność oznacza zaniechanie czynności. Zaniechanie może być przedmiotem słusznie postawionego zarzutu, gdy osobę, która pozostała bierna, obarczał obowiązek działania, bo w przeciwnym razie można by je zarzucić każdemu³³. Naczelną powinnością lekarską jest ratowanie zagrożonego życia pacjenta sposobami medycznymi (art. 30 u.z.l.), ale – jak już była o tym mowa – stosownie do wskazań aktualnej wiedzy profesjonalnej (art. 4 u.z.l.). Interpretacje tak ogólnych sformułowań bywają jednak rozbieżne. Działanie bądź zaniechanie poza zakresem wyznaczanym wskazaniami nie jest przedmiotem obowiązku. Przyzwolenie na śmierć pacjenta przez zaniechanie czynności medycznych tylko wtedy można uznać za naganne, gdy po stronie lekarskiej istnieje obowiązek działania, który został poniechany – zwykle w litościwej intencji przyspieszenia śmierci.

Niedozwoloną eutanazją bierną w wydaniu lekarza musiałoby być więc podyktowane współczuciem dla cierpienia, przyspieszające śmierć pacjenta zaniechanie: niereanimowanie, niepodanie leku albo niewykonanie ratującego życie zabiegu operacyjnego - ale tylko gdy uchybia powinnościom. Gdy jednak powinności ustają, nie ma podstaw do stawiania zarzutu naruszenia. W związku z tym decydujące znaczenie ma zakwalifikowanie czynności bądź jako obowiązkowych, bądź nieobowiązkowych, oparte na bilansie korzystnych i niekorzystnych następstw terapii³⁴. W medycynie i etyce lekarskiej zaprzestanie leczenia podtrzymującego życie, gdy w konkretnym stanie pacjenta nie przynosi mu ono korzyści, co do zasady uważa się za medycz-

32 J. Rachels, *Active and Passive Euthanasia*, „The New England Journal of Medicine” 1975, vol. 292, s. 78–80; Z. Szawarski, *Moralne...*, *op. cit.*, s. 65–92.

33 Zob. art. 2 kodeksu karnego: „Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi”. Na logikę dotyczy to również czynów niedozwolonych i innych uchybień w stosunkach cywilnoprawnych: odpowiedzialność za zaniechanie powinien ponieść ten, na kim ciążył obowiązek działania, a nie jacyś przypadkowi nieznamy.

34 T.L. Beauchamp, J.F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, wyd. VI, Oxford University Press 2009, s. 159.

nie i moralnie usprawiedliwione oraz prawnie dopuszczalne. Według art. 32 Kodeksu etyki lekarskiej ocena szans leczniczych na etapie zaprzestania reanimacji należy do lekarza. *Futile therapy* nie tylko nie jest przedmiotem obowiązku, ale – przypomnijmy – stanowi „błąd postępowania medycznego”.

Kluczowe znaczenie ma ustalenie celowości dalszego leczenia ze względu na szanse poprawy bądź utrzymania zdrowia. W odniesieniu do stanów terminalnych jest to bezprzedmiotowe, bo liczy się już praktycznie tylko łagodzenie bólu i innych dokuczliwych objawów towarzyszących umieraniu. Ograniczanie oceny do stanów terminalnych nie rozwiązuje więc najważniejszych kwestii.

Skoro lekarz nie ma obowiązku podejmowania czynności daremnych, a oceny dokonuje według wskazań wiedzy medycznej, swojej najlepszej wiedzy co do oceny stanu klinicznego pacjenta i przy uwzględnieniu jego słuszych interesów, to nie powinno być podstaw do postawienia zarzutu. Powinności lekarskie nie obligują do działań desperackich ani tym bardziej pozorowanych (jak reanimacja na pokaz). Gdy jednak brakuje czytelnych wytycznych, zawsze ktoś może tę ocenę zakwestionować. Dlatego tak istotne znaczenie mają rekomendacje opracowane przez obdarzone największym autorytetem fachowym gremia lekarskie.

W kontekście art. 150 k.k. i w wydaniu lekarskim termin „eutanazja” oznacza motywowaną współczuciem czynność medyczną polegającą na umyślnym zabiciu nieuleczalnie chorego i cierpiącego pacjenta, który tego wyraźnie i stanowczo zażądał, np. przez podanie mu śmiertelnej dawki środków farmakologicznych.

Kwestią całkowicie odrębną jest natomiast zaniechanie (czyli niepodjęcie albo zaprzestanie) leczenia podtrzymującego życie, gdy ze względu na stan pacjenta nie przynosi mu ono korzyści. Jeśli oszczędza przy tym dalszych cierpień, jest postępowaniem humanitarnym, a nie nieetycznym. Zaprzestanie podtrzymywania życia w warunkach daremności terapeutycznej jest zachowaniem legalnym na gruncie przepisów prawa medycznego, które dostarczając uregulowań szczególnych, działają na zasadzie *lex specialis* przed powszechnym prawem karnym. Ogólne i co prawda mało precyzyjne sformułowanie powinności lekarskich przez odwołanie do wskazań aktualnej wiedzy medycznej stanowi usprawiedliwienie dla zaprzestania albo niepodjęcia czynności NIE wskazanych medycznie, nawet jeśli odbywa się to w okolicznościach zagrożenia utratą życia. Życie odbiera nie lekarz, a choroba, a lekarz nie ma możliwości uratowania go i uzyskania dla pacjenta poprawy, może jedynie – podtrzymać czysto biologiczne trwanie przy jakości życia tak mizernej, że dla pacjenta niesatysfakcjonującej.

Źródłem nieporozumienia jest etyka katolicka: określa jako „eutanazję” i uznaje za moralnie niedopuszczalną „czynność lub jej zaniechanie, która ze swej natury lub w zamierzeniu działającego powoduje śmierć w celu wyeliminowania wszelkiego cierpienia”³⁵. Z definicji wynika stosowane tam rozróżnienie na eutanazję czynną

35 Kongregacja Nauki Wiary, Deklaracja o eutanazji „Iura et Bona” (5.05.1980), nr II.

i bierną, tak samo potępiane. Tak kwalifikowane jest jednak nie każde zaniechanie leczenia prowadzące do śmierci chorego: niektóre terapie mogą być uznane za „uporczywe” i wstrzymane bez negatywnych konsekwencji, jeśli obejmują zabiegi medyczne „kosztowne, ryzykowne, nadzwyczajne lub niewspółmierne do spodziewanych rezultatów”³⁶ lub „zbyt uciążliwe dla samego chorego i jego rodziny”³⁷. Zaprzestając „leczenia, które może przynieść tylko niepewne i bolesne przedłużenie życia”³⁸ – „nie zamierza się (...) zadawać śmierci; przyjmuje się, że w tym wypadku nie można jej przeszkodzić”³⁹.

Według tych założeń „uporczywą” terapią będzie zatem medycznie nieuzasadniona kontynuacja leczenia, które nie może dać pozytywnego rezultatu i już tylko niepotrzebnie przedłuża cierpienia bądź agonię chorego, natomiast eutanazją „bierną” – nieuzasadniona medycznie i motywowana współczuciem dla cierpiącego rezygnacja z leczenia mająca przyspieszyć zgon⁴⁰.

Powstaje pytanie, czy na gruncie polskiego prawa karnego da się stwierdzić karalne zaniechanie odpowiadające kryteriom „eutanazji biernej”. Karalne przyzwolenie na śmierć pacjenta tylko wtedy można tak nazwać, gdy po stronie lekarskiej istnieje obowiązek działania. Prawnie niedopuszczalnym zaniechaniem spełniającym kryteria *passive euthanasia* będzie zatem tylko uchylająca powinnościom lekarskim, a więc nieuzasadniona medycznie rezygnacja z leczenia, które kontynuowane przyniosłoby pacjentowi korzyść, powodowana współczuciem dla cierpienia, mająca przyspieszyć śmierć. Sytuacje odpowiadające tym kryteriom będą zdarzać się niezwykle rzadko, ale chodzi właśnie o to, by pokazać przez przeciwieństwo, że zaniechanie opieki lekarskiej zgodne z zasadami wiedzy medycznej nie może być uznane za niedozwolone.

3. Znaczenie wytycznych lekarskich

Wykonywanie zawodu zgodnie ze wskazaniem aktualnej wiedzy medycznej stanowi jedno z ustawowych kryteriów poprawności działań lekarskich – odsyła do nich przepis art. 4 u.z.l. Wskazania wiedzy składają się na wymagania należytej staranności lekarskiej jako „ogólne wymagania w stosunkach danego rodzaju” wg art. 355 kodeksu cywilnego⁴¹. Konotuje to zgodność wykonywanych czynności z prawidłami

36 Katechizm Kościoła Katolickiego, Poznań 1994, nr 2278.

37 Jan Paweł II, Encyklika o wartości i nienaruszalności życia ludzkiego „*Evangelium vitae*”, (w:) Encykliki Ojca Świętego Jana Pawła II, Kraków 1996, nr 65.

38 Deklaracja o eutanazji..., *op. cit.*, nr IV *in fine*.

39 Katechizm..., *op. cit.*, nr 2278.

40 Tak np. posługuje się tymi pojęciami T. Brzeziński, *Etyka lekarska*, Warszawa 2002, s. 206–207, 219.

41 Jedyna definicja legalna należytej staranności znajduje się w kodeksie cywilnym. Kryterium należytej staranności jest obecne w medycznych ustawach zawodowych, a ustawa o prawach pacjenta

właściwego działania wynikającymi z wiedzy profesjonalnej. Kryterium należytej staranności medycznej odsyła do podręczników, artykułów naukowych, a zwłaszcza do wytycznych praktyki popartych autorytetem towarzystw lekarskich, które mają na celu stworzenie i upowszechnienie dobrego wzorca świadczeń zdrowotnych. Sporządzane zespołowo rekomendacje sprzyjają dobrej praktyce poprzez wskazanie możliwie najskuteczniejszych i najbezpieczniejszych sposobów rozwiązywania poszczególnych typów problemów klinicznych⁴². Za dodatkową ich funkcję uważa się zapewnienie lekarzom poczucia bezpieczeństwa prawnego⁴³: przestrzeganie tam sformułowanych kryteriów pozwala uniknąć zarzutu naruszenia reguł i pociągnięcia do odpowiedzialności, zwłaszcza karnej. Wiedza medyczna nie nadaje się do zapisania w akcie prawnym, bo zbyt szybko ulega zmianom, natomiast ustawa może ustanawiać gwarancje proceduralne, nakazywać kolegialne podejmowanie krytycznych decyzji oraz formułować listę czynników wymagających wzięcia pod uwagę. Dlatego słusznie podnosi się potrzebę stworzenia tego rodzaju regulacji w Polsce i akcentuje niekonsekwencje *de lege lata* na poziomie systemowym⁴⁴. Istnienie procedur prawnych upewniałoby lekarzy o legalności podejmowanych czynności i dodawało im odwagi w decydowaniu, ale – jak pokazują sprawy zagraniczne – nie rozwiąże ostrych konfliktów z niektórymi bliskimi pacjenta.

Polski dokument Rekomendacje dotyczące postępowania z matką oraz noworodkiem urodzonym na granicy możliwości przeżycia z uwzględnieniem aspektów etycznych⁴⁵ wychodzi od konstatacji, że lekarz staje często przed wyborem między dwiema racjami. Z jednej strony nie jego rolą jest decydowanie o jakości życia dziecka i czuje się zobowiązany do podjęcia wszelkich dostępnych środków dla jego podtrzymywania. Z drugiej zdaje sobie sprawę, że zaciekle i daremna terapia przedłuża jedynie proces umierania i przysparza pacjentowi niepotrzebnych cierpień.

ujmuje udzielanie świadczeń zdrowotnych z należytą starannością jako część prawa do leczenia adresowanego do całej służby zdrowia.

42 M. Boratyńska, P. Konieczniak, Standardy wykonywania zawodu lekarza, (w:) System Prawa Medycznego, t. II, cz. 1, Warszawa 2019, s. 295.

43 Zob. T. Dukiet-Nagórska, Uwagi w intencji przybliżenia godnego umierania, (w:) A. Liszewska, J. Kulesza (red.) Pro dignitate legis et maiestate iustitiae. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Witolda Kuleszy, Łódź 2020, s. 761–762.

44 W ostatnich latach zob. T. Dukiet-Nagórska, Esej o prawie do decydowania o niektórych przejawach życia osobistego, (w:) J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”, wyd. specjalne, t. 43, Wrocław 2017, s. 83–95; *eadem*, Uwagi..., *op. cit.*, *passim*.

45 Opracowany przez Zespół ds. Rekomendacji Etycznych w Perinatologii: M. Barańska, M.K. Borszewska-Kornacka, G. Bręborowicz, B. Chyrowicz, M. Czarkowski, J. Hartman i inni, red. M. Rutkowska, „Perinatologia, Neonatologia i Ginekologia” 2012, t. 5, z. 1, 5–13 – a następnie w całości włączony do całościowego dokumentu opracowanego pierwszy raz w 2015 r. przez Polskie Towarzystwo Neonatologiczne pt. Standardy opieki medycznej nad noworodkiem w Polsce – zalecenia PTN (wyd. 4 – 2022).

Brak wyraźnych granic między pojęciami „przedłużanie życia” i „przedłużanie umierania” stwarza problemy związane z jednoznacznością kwalifikacji sytuacji klinicznych (s. 6). Co prawda zgodnie z prawem osobą podejmującą decyzję jest lekarz, jednak jego decyzja nie może pozostać arbitralna: musi brać pod uwagę stanowisko zespołu, a także postawę i przekonania rodziców (s. 60).

Dla porównania: w Wielkiej Brytanii w sprawie decyzji o kontynuowaniu leczenia dzieci praktycy mają do dyspozycji dokument „Making Decisions to Limit Treatment in Life-limiting and Life-threatening Conditions in Children: A Framework for Practice”, opracowany przez Royal College of Paediatrics and Child Health⁴⁶. Stwierdza się tam: „leczenie nie leży już w najlepszym interesie dziecka, jeśli nie jest możliwe lub mało prawdopodobne, aby znacząco przedłużyć życie lub gdy leczenie może być w stanie znacząco przedłużyć życie, ale nie zmniejszy obciążenia związanych z chorobą lub samym leczeniem”⁴⁷.

Omówione tutaj kwestie są potrzebne do właściwego naświetlenia znanych przypadków dzieci urodzonych przedwcześnie albo dotkniętych ciężkimi wadami⁴⁸.

Z badań prowadzonych na przestrzeni ostatnich lat daje się wyprowadzić wnioski, że granicę przeżycia podtrzymywanego technicznie stanowi 24 tydzień ciąży, ponieważ wówczas następuje początek rozwoju anatomicznego oraz funkcjonalnego podstawowych organów życiowych (np. fizjologiczny rozwój płuc następuje statystycznie w 23–24 tygodniu)⁴⁹. Może to oznaczać dotarcie do naturalnej granicy, którą przesunie już chyba tylko technologia „sztucznej macicy”. Ta grupa dzieci obciążona jest zwiększonym ryzykiem nieprawidłowego rozwoju psychoruchowego i możliwych powikłań już w pierwszych dobach życia – na czele z uszkodzeniem ośrodkowego układu nerwowego, które później prowadzi do różnych form mózgowego porażenia dziecięcego⁵⁰. Jednymi z podstawowych kryteriów przy podejmowaniu decyzji o resuscytacji noworodka na sali porodowej są wiek ciążowy oraz ściśle określony czas prowadzonej resuscytacji – bo jej przedłużenie może spowodować znaczne i nieodwracalne uszkodzenie wielu narządów.

Osobne zagadnienie stanowi ratowanie tuż po urodzeniu celem prawidłowego zdiagnozowania, osobne zaś – podtrzymywanie życia w razie gwałtownego pogorsze-

46 Royal College of Paediatrics and Child Health, Making Decisions to Limit Treatment in Life-limiting and Life-threatening Conditions in Children: A Framework for Practice, „Infant” 2015, vol. 11, nr 4, s. 107–108, www.infantjournal.co.uk/>pdf>inf_064_eci (22.01.2023); zob. też General Medical Council, w tym Good Medical Practice (2013); Consent: Patients and Doctors Making Decisions Together (2008); oraz Treatment and Care Towards the End of Life: Good Practice in Decision-Making (2010).

47 Royal College of Paediatrics and Child Health, Making Decisions to Limit Treatment..., pkt 3.1.3.

48 Szerzej M. Boratyńska, Opieka nad noworodkami na granicy przeżycia, (w:) E. Zielińska (red. naczk.), System Prawa Medycznego, t. II cz. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 495–502.

49 M. Rutkowska, Noworodek skrajnie niedojrzały między życiem a śmiercią. Granice medycznej interwencji, „Etyka” 2014, nr 49, s. 55.

50 *Ibidem*, s. 42.

nia stanu po pewnym czasie. Zaraz po porodzie zwykle należy dziecko ratować, aby następnie je zbadać i przekonać się, czy i jak można mu pomóc. Tak zwana „reanimacja w wyczekiwaniu” daje czas na obserwację, badania i przedyskutowanie kwestii ewentualnego ograniczania procedur w razie złego rokowania⁵¹. Z jednej strony terapia daremna nie należy do obowiązków lekarskich, z drugiej o leczeniu dziecka decydują rodzice. Niemniej w tej szczególnej kategorii przypadków daremność terapeutyczna może być oceniana jedynie na podstawie statystyk i w nieuniknionym przybliżeniu.

Kryteria i sposoby decydowania wobec noworodków urodzonych z ciężkimi wadami są odmienne. Odstąpienie od resuscytacji na sali porodowej przy rozpoznanych w okresie prenatalnym wadach letalnych może nastąpić tylko wówczas, gdy znany jest wynik badania jednoznacznie je potwierdzający, a z rodzicami przeprowadzono szczegółową rozmowę, po której wyrazili swoją opinię na piśmie. Przy ciężkich złożonych wadach wrodzonych niepodjęcie resuscytacji może nastąpić pod warunkiem, że została wydana stosowna opinia zespołu interdyscyplinarnego, a rodzice przekazali swoją opinię na piśmie. Inaczej należy podjąć „reanimację w oczekiwaniu” na wynik badania potwierdzającego chorobę letalną albo na rezultat dyskusji co do sposobu dalszego leczenia, w tym chirurgicznego⁵². Gdy ocena szans wypada niepomyślnie, przewidziane jest objęcie opieką paliatywną. Nie uznaje się za etyczne „reanimacji w oczekiwaniu” aż do wyniszczenia żywotnych organów pacjenta; nosiłoby to znamiona „uporczywej” terapii. W tej części Standardy odwołują się do konsensu Grupy Roboczej Problemów Etycznych Końca Życia, w tym do proklamowanego tam obowiązku łagodzenia bólu i innych objawów oraz karmienia i nawadniania, o ile służą dobru pacjenta. Jeśli to możliwe, rodzice powinni mieć pozostawione dostatecznie dużo czasu na przeanalizowanie podanych im informacji i wyrażenie opinii.

Rodzicom przyznano w Standardach status tych, których zdanie zostaje wysłuchane z należytą uwagą, ale których opinia nie ma charakteru przesądającego. Istota decyzji rodzicielskich polega na podejmowaniu ich zgodnie z dobrem dziecka. Bilans medyczny stanowi tylko punkt wyjścia. Lekarze nie mają obowiązku kontynuowania terapii daremnej; wolno im ją zakończyć i przejść na opiekę paliatywną, natomiast forsowanie przez nich dalszego leczenia będzie wymagać aprobaty sądu opiekuńczego i przełamania tą drogą braku zgody rodziców. Powstaje w ten sposób mapa współzależności decyzyjnych, gdzie rodzice mają legitymację do sprzeciwienia się określonym sposobom leczenia, ale nie mogą w sposób wiążący nalegać na terapię, jeśli nie jest zgodna ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej. Wskazania owe mają jednak charakter niepewny i tylko przybliżony z powodu dużej liczby niewiadomych co do rokowania.

51 *Ibidem*, s. 47.

52 M.K. Borszewska-Kornacka (red.), *Standardy...*, *op. cit.*, s. 24.

Przedstawione modele decyzyjne pozwalają lepiej zrozumieć motywy orzekania w przywołanych dalej sprawach zagranicznych i skłaniają do zastanowienia, jakie powinny być werdykty sądów, gdyby miało to miejsce w Polsce.

4. Przegląd przypadków

Charlotte Wyatt urodziła się w 2003 r. jako noworodek na granicy przeżycia – w 26 tygodniu ciąży i z wagą urodzeniową 458 g. W pierwszym roku życia była trzykrotnie reanimowana. Cierpiała na ciężką niewydolność oddechową, nadciśnienie w płucach spowodowane ich uszkodzeniem oraz nawracające zakażenia układu moczowego, którym towarzyszyło pogarszające się funkcjonowanie nerek. Lekarze prognozowali, że raczej nie będzie widzieć ani słyszeć, nie będzie się rozwijać neurologicznie, a obecna egzystencja jest dla niej nie do zniesienia. Zapotrzebowanie Charlotte na tlen sięgało początkowo 100% , była prawie całkowicie zależna od dostarczającego go, założonego na głowę plastikowego przezroczystego pudła. Szpital w Portsmouth, gdzie stale przebywała, zwrócił się do sądu opiekuńczego o wydanie postanowienia, że w razie czwartego kryzysu oddechowego wstrzymanie sztucznej wentylacji będzie zgodne z prawem. To zapoczątkowało półtoraroczny spór, w którym wydanych zostało sześć orzeczeń. Lekarze jednomyślnie uważali, że przy takim rokowaniu użycie respiratora nie leży w najlepiej pojętym interesie dziecka. Wymagałoby to zrobienia otworu w tchawicy (tracheostomii) w celu umieszczenia rurki doprowadzającej powietrze. Na podstawie bardzo małego rozmiaru głowy Charlotte oceniali, że uszkodzenia mózgu uniemożliwiają jego znaczniejszy wzrost, w związku z czym dziewczynka nie będzie reagować na bodźce, z wyjątkiem odczuwania stresu i bólu, w tym zadawanego przyszłym leczeniem. Tlen w maksymalnej dawce uszkadza płuca, co niemal z pewnością wymagać będzie podtrzymującego życie wentylowania przez następne kilka tygodni bądź miesięcy. Defekty nerek będą się pogłębiać i jeśli dziecko przeżyje, konieczne staną się dializy. Rodzice dziewczynki liczyli na „cud zrodzony z boskiej interwencji” i zakwestionowali wniosek szpitala, argumentując, iż należy dać Charlotte szansę na życie, a swoje stanowisko przedstawili w krajowych mediach.

W pierwszym z orzeczeń⁵³ sędzia Mark Hedley, notabene przewodniczący The Lawyers' Christian Fellowship⁵⁴, zaznaczył, że „problemem według wszelkiego prawdopodobieństwa nie jest pytanie, czy to dziecko powinno żyć czy umrzeć, lecz kwestia, jak i kiedy” (pkt 1). Przypomniął, że stosownie do jednomyślnych opinii

53 *Portsmouth NHS Trust v. Wyatt & Ors*, [2004] EWHC 2247 (Fam) z 7 października 2004 r. (zw. *Wyatt No 1*) (22.01.2023).

54 <http://www.lawcf.org/index.asp?page=Mr+Justice+Mark+Hedley> za K. Szewczyk, *Kazus Charlotte Wyatt – opis*, Interdyscyplinarne Centrum Bioetyki UJ, <http://bazy.incet.uj.edu.pl/dzialy.php?l=pl&p=31&i=3&m=27&n=1&z=&kk=126&k=187> (22.01.2023).

medycznych wdrożenie sztucznej wentylacji nie leży w najlepiej pojętym interesie pacjentki. Były tylko wątpliwości, czy należy odwołać się do braku szansy, czy do bezcelowości procedury (pkt 15). Rekomendacje Royal College of Paediatrics... wymieniają bowiem pięć sytuacji, gdy rozważenie „niepodjęcia albo przerwania leczenia podtrzymującego życie może być etyczne i zgodne z prawem”, mianowicie:

- 1) śmierć mózgową;
- 2) trwałą stan wegetatywny;
- 3) sytuację „braku szansy” („*no chance*” situation): gdy dziecko cierpi na chorobę tak ciężką, że leczenie podtrzymujące życie jedynie oddala śmierć bez znacznego złagodzenia cierpień – w tych okolicznościach podtrzymywanie życia jest „niewłaściwe” (*inapropriate*);
- 4) sytuację „bezcelowości” („*no purpose*” situation): mimo że pacjent poddany leczeniu może przeżyć, stopień fizycznego lub psychicznego upośledzenia będzie tak wielki, iż byłoby nierozsądne oczekiwać, by to znosił;
- 5) sytuację „nieudającą się znieść” („*unbearable*” situation): dziecko lub rodzina ma poczucie, że w obliczu postępującej i nieodwracalnej choroby dalsze leczenie jest czymś więcej, niż można znieść – w tych okolicznościach żądają, aby konkretne leczenie zostało wstrzymane bądź odrzucają dalszą terapię, niezależnie od lekarskiej opinii, że może to przynieść jakąś korzyść⁵⁵.

Sędzia stwierdził, że w sytuacji niemogącej podejmować decyzji Charlotte – chcąc uszanować świętość jej życia i prawo do godności – należy odwołać się do zasady najlepiej pojętego interesu (*best interests*). Zgodnie z sformułowaną w innych orzeczeniach „koncepcją brzemienia życia nakładanego na to dziecko” (*concept of intolerable to that child*) sąd może uznać zaprzestanie leczenia podtrzymującego życie za zgodne z prawem, jeśli oceni, że kontynuacja terapii tak obniża jakość życia dziecka, iż staje się dla niego niemożliwe do udźwignięcia (*intolerable*). Natomiast wyrażenie „na to dziecko” (*to that child*) podkreśla, że test odnosi się do dziecka, a nie do strony podejmującej decyzję (pkt 24). Następnie rozważył czynniki ważne dla oceny najlepiej pojętego interesu Charlotte Wyatt. Jego zdaniem ujęcie najlepszego interesu osoby zagrożonej bliskością końca powinno uwzględniać zapewnienie jej „dobrej śmierci”. Wystarczy powiedzenie tego, czego sens w omawianym przypadku wszyscy znają – nie w znieczuleniu, nie podczas bolesnego i daremnego leczenia, lecz spokojnie w ramionach tych, którzy ją kochają najmocniej” (pkt 28). Dobra śmierć to jednak tylko jeden z czynników pozwalających na uszczegółowienie zasady najlepiej pojętego interesu odnośnie do przypadku Charlotte Wyatt. Kolejnymi są:

55 Royal College of Pediatrics and Child Health, *Withholding or Withdrawing Life Sustaining Treatment in Children. A Framework for Practice*, London 2004, s. 10–11; www.rcpch.ac.uk/doc.aspx?id_Resource=2002 (22.01.2023).

- 1) szanse fizycznego przeżycia – wiele wskazuje na to, że dziecko nie przeżyje następnego roku, któraś z infekcji układu oddechowego najpewniej skończy się fatalnie, niezależnie od agresywności leczenia; do śmierci mogą prowadzić także efekty uboczne;
- 2) jakość życia uzyskana leczeniem – lekarze jednomyślnie opisują ją jako „straszłą” (*terrible*), a dalszą trwałą i agresywną terapię – jako niedającą się tolerować (*intolerable*), przy czym sędzia zdaje sobie sprawę z tego, że jakość i nadmierne brzemienie życia są elementami „silnie subiektywnymi”, a chociaż dla wielu ocena jakości życia jest zadaniem „onieśmielającym”, sędzia musi się go podjąć;
- 3) zdolności sensoryczne – jest to parametr niezwykle ważny ze względu na wiek Charlotte: pytanie, czy dziewczynka będzie doświadczać przyjemności, nawiązywać kontakt z innymi: dane medyczne skłaniają do prognozy negatywnej (pkt 29–31).

W rezultacie sędzia zezwolił na niepodjęcie działań ratujących życie Charlotte (intubacji i wentylacji), jeżeli stan dziecka będzie ich wymagał, a opiekujący się lekarze uznają, że nie leży to w najlepiej pojętym interesie pacjentki, nawet jeśli rodzice będą przeciwnego zdania (pkt 40). Jest to „umowne przyzwolenie, a nie obligatoryjny nakaz”. Kluczowa ma być ocena rzeczywistej kondycji Charlotte w czasie podejmowania decyzji⁵⁶.

Stan Charlotte ulegał jednak powolnej poprawie. Zapotrzebowanie na dostarczany tlen spadło do 70% i zależność od skrzynki na głowę nieznacznie się zmniejszyła. Na kolejnych posiedzeniach rodzice wnioskowali o zmianę decyzji. W drugim postanowieniu, kilka miesięcy po pierwszym⁵⁷, sędzia Hedley odnotował „radość” sądu z poprawy stanu Charlotte i podkreślił dużą szansę na zachowanie życia, ale mimo to utrzymał wcześniejsze postanowienia – bo wciąż było mało prawdopodobne, by Charlotte „przetrwiała tak agresywne lub inwazyjne leczenie” (pkt 16). W rzeczywistości sędzia obawiał się, że zmiana stanowiska może skłonić do „całkowicie fałszywych oczekiwań” (pkt 19). Nie spodziewano się, że Charlotte przeżyje zimę, a jednak rozwijała się na swój sposób dobrze: zapotrzebowanie na podawany tlen jeszcze bardziej się zmniejszyło, a na otoczenie i bodźce reagowała coraz lepiej. Na trzecim posiedzeniu w kwietniu 2005 r. sędzia stwierdził, że odnotowana poprawa stanu zdrowia Charlotte⁵⁸ nie pozwala już określić życia dziewczynki jako obarczo-

56 Streszczenie za: K. Szewczyk, *Kazus Charlotte Wyatt...*, *op. cit.*

57 *Portsmouth NHS Trust v. Charlotte Wyatt*, [2005] EWHC 117 (Fam) z 28 stycznia 2005 (zw. *Wyatt No 2*); <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed66> (22.01.2023).

58 Zapotrzebowanie na tlen w mieszance oddechowej spadło do 50%. Było nadal za duże, aby podawać tlen przez kaniule prosto do nosa. Dziecko zazwyczaj nie potrzebowało środków uspokajających, reagowało na głośne dźwięki i prowadziło wzrokiem duże kolorowe przedmioty. Zespół neurologów był dobrej myśli i wierzył w dalszy rozwój tych zdolności.

nego nieznośnym brzemieniem (*intolerable*). Jednak, jak to ujął, „jej stan neurologiczny pozostaje mniej więcej tak zły, jak to tylko możliwe” (pkt 6). Biegli nadal twierdzili, że Charlotte nie będzie w stanie wytrzymać inwazyjnych zabiegów mających zaradzić kryzysowi oddechowemu, biorąc pod uwagę ciężką przewleklą chorobę płuc połączoną z niedożywieniem wynikającym z „jej niskiej tolerancji na jedzenie”. Rokowanie, że takie „daremne agresywne leczenie” (*futile aggressive treatment*) przywróci dziewczynkę do właściwej kondycji, wydawało się nikłe i albo zagroziłoby jej szansie na spokojną śmierć, albo przywróciło do „nieznośnej” egzystencji (pkt 16). Sędzia ponownie orzekł wyprzedzająco, by nie wdrażać sztucznego wentylowania, choć zastrzegł, że jego zarządzenia wymagają bieżącej weryfikacji, a w razie kryzysu decyzja pozostanie w gestii lekarzy w porozumieniu z Wyattami.

Jesienią 2005 r. Charlotte wciąż żyła, gdy Sąd Apelacyjny⁵⁹ podtrzymał orzeczenie sądu I instancji. Uznał, że sędzia Hedley trafnie wydał orzeczenia „zezwalające, a nie obowiązkowe”, możliwe do bieżącego zrewidowania. Lord Wall dokonał analizy prawa dotyczącego *best interests*, w tym również dorosłych niekompetentnych pacjentów – w celu sformułowania wytycznych na przyszłość „tak jasnych i prostych, jak tylko to możliwe w odniesieniu do poważnych kwestii, których dotyczą” (pkt 85): „Sędzia musi zdecydować, co jest w najlepszym interesie dziecka. Przy podejmowaniu tej decyzji najważniejsze jest dobro dziecka, a sędzia musi spojrzeć na tę kwestię z zakładanego punktu widzenia pacjenta. Istnieje silne domniemanie na korzyść działań, które przedłużą życie, ale domniemanie to nie jest niewzruszalne. Termin »najlepszy interes« obejmuje kwestie medyczne, emocjonalne i wszelkie inne związane z dobrem pacjenta. Sąd musi właściwie wyważyć dobra i interesy biorąc pod uwagę wszystkie istotne czynniki, a w tym pomocne będzie sporządzenie bilansu”⁶⁰.

W sprawie czynnika „nietolerowalności” (*intolerability*) Sąd Apelacyjny zgodził się z sędzią Hedleyem, że kryterium „nie do zniesienia dla dziecka” nie powinno być postrzegane ani jako główne wyjaśnienie, ani tylko wskazówka dodatkowa, lecz jako wartościowa wytyczna w poszukiwaniu najlepszego interesu w tego rodzaju sprawach (pkt 91). W znacznej większości spraw dzieci i niekompetentnych dorosłych sądy orzekają „raz na zawsze”. W przypadku Charlotte rzecz przedstawia się odmiennie: decyzja będzie każdorazowo zależeć od zmieniających się okoliczności przypadku (zasada: fakty tworzą kasus). Dotychczas jest to brak zmiany w jej kondycji zdrowotnej decydującej o diagnozie i rokowaniu⁶¹. Lord Wall odradzał jednak przyjęcie stanowiska, że należy dążyć do uzyskiwania „otwartych” deklaracji - ponieważ sąd nie jest „ogólną poradnią”, a do jego funkcji nie należy „nadzorowanie planu le-

59 *Wyatt & Anor v Portsmouth Hospital NHS Trust* [2005] EWCA Civ 1181 z 12 października 2005 (zw. *Wyatt No 4*), <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7b760d03e7f57eb1725>

60 *Wyatt & Anor v Portsmouth Hospital NHS Trust* [2005] EWCA Civ 1181, pkt 87 (Lord Wall).

61 Streszczenie K. Szewczyk, *Kazus Charlotte Wyatt...*, *op. cit.*

czenia ciężko chorego dziecka. To zadanie lekarzy w porozumieniu z rodzicami. Rzeczą sądu jest podjęcie konkretnej decyzji w konkretnej sprawie” (pkt 117).

Sprawa wróciła więc do sędziego Hedleya. Szpital domagał się teraz orzeczenia, że w przypadku dalszego sporu z Wyattami ostatnie zdanie będzie należeć do lekarzy. Sędzia uznał jednak, że tego rodzaju „nowatorska” deklaracja nie jest wymagana⁶². Lekarz ma obowiązek działać w najlepszym interesie pacjenta, współpracując „na zasadach partnerskich z rodzicami” (pkt 29). Jednak osąd kliniczny może obejmować wymiar intelektualny oraz „sumienie zawodowe, intuicję lub przeczucie”, a klinicysta nie może być zmuszony do działania wbrew sumieniu. To, zdaniem sędziego, zapewniło lekarzom Charlotte wystarczającą ochronę.

Cztery miesiące później odbyło się kolejne posiedzenie, kończące spór⁶³. Wcześniej nastąpiła poprawa zdrowia dziewczynki uzasadniająca prognozę opuszczenia szpitala. Szpital zwrócił się do sądu z dwóch powodów. Pierwszym była separacja rodziców i „narastające trudności w uzyskiwaniu ich wspólnej decyzji”. Drugi, medyczny, stanowiło „znaczące” – po wcześniejszej poprawie – pogorszenie stanu pacjentki (pkt 2–3). Wprawdzie Charlotte odbyła kilka wizyt w domu, ale rozwinął się u niej kaszel i najwyraźniej cierpiała na infekcję wirusową. W razie dalszego pogorszenia intubacja i wentylacja zdawały się jedyną dostępną opcją. Rodzice nadal wierzyli, że podłączenie do respiratora będzie korzystne (pkt 12), ale lekarze jednogłośnie uznali, że byłoby to daremne i sprzeczne z najlepszym interesem dziecka. Sędzia podtrzymał pierwotną decyzję i wydał kolejne „zezwalające, a nie obowiązkowe” zarządzenie pozostawiające lekarzom wolność wstrzymania się od intubowania i wentylacji: „gdy decyzja ma zostać podjęta, personel medyczny jest zobowiązany do wykorzystania swojego najlepszego osądu w najlepiej pojmowanym interesie Charlotte, czy odstąpić od intubacji i wentylacji” (pkt 15).

Organizm Charlotte zwalczył infekcję. Wciąż była zależna od podawania tlenu, wymagała intensywnej całodobowej opieki i karmienia przez zgłębnik, przy rozwoju umysłowym jak u 12-tygodniowego dziecka. Pod koniec 2006 r. została na stałe wypisana ze szpitala. Rodzice, mający więcej dzieci z różnych związków, stracili nią zainteresowanie, ojciec odsiadywał wyrok za przestępstwo seksualne. Według prasy trafiła do rodziny zastępczej, w 2009 r. mieszkała tam nadal i uczyła się chodzić⁶⁴.

62 *Portsmouth NHS Trust v W* [2005] EWHC 2293 z 21 października 2005, (zw. *Wyatt No 5*), pkt 40, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff72360d03e7f57ea8617> (22.01.2023).

63 *Re Wyatt* [2006] EWHC 319, z 23 lutego 2006 (zw. *Wyatt No 6*), <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed1779> (22.01.2023). Wiadomo też o kolejnych, ale niedotyczących rozważanego problemu; R. Huxtable, *Law at the limits of life: children, welfare and best interests*, (w:) R. Huxtable (red.), *Law, Ethics and Compromise at the Limits of Life: To Treat Or Not to Treat?*, Routledge 2013, s. 36.

64 Na podstawie R. Huxtable, *Law at the limits...*, *op. cit.*, s. 34–36 oraz K. Szewczyk, *Kazus Charlotte Wyatt – opis i informacja prasowa „Daily Mail”*, Mail.Online; http://explore.dailymail.co.uk/people/wyatt_charlotte).

Kazus Charlotte Wyatt stanowi modelowy przykład szczegółowego i sumiennego rozważania przez sąd zmieniającego się z wolna na plus bilansu żywotnych interesów dziewczynki, z uwzględnieniem na wysokiej pozycji towarzyszących temu cierpień. Zyskał on dużą popularność w środkach masowego przekazu. W jednym z orzeczeń (*Wyatt No 3*) sędzia Hedley ocenił, że większość doniesień jest wyważona właściwie, zdarzają się jednak komentarze krzywdzące. Stanowi to cenę za korzyści uzyskiwane z publicznego roztrząsania sprawy – społeczeństwo powinno rozumieć działanie sądownictwa w istotnych dla niego przypadkach (pkt 23). Medialny rozgłos dotarł i do Polski: ukazał się artykuł pod sensacyjnym tytułem *Rodzice walczą ze szpitalem o życie dziecka*⁶⁵, tak jakby lekarze chcieli śmierci pacjentki. Tymczasem oś wydawanych orzeczeń stanowiły życie bez przyjemności i rozmiar cierpienia, jakim okupiona była nierokująca w punkcie wyjścia terapia, m.in. z powodu złamania kości udowej spowodowanego bardzo łamliwym układem kostnym dziewczynki. Zdecydowano wówczas o podawaniu morfiny, mimo że rodzice oponowali z obawy przed jej negatywnym wpływem na oddychanie⁶⁶. To, że Charlotte wydobrzała na tyle, by nie spędzać życia w szpitalu, nie jest zasługą rodziców ani opinii publicznej, tylko lekarzy. Najwyraźniej zezwolenie im na zaprzestanie inwazyjnych technik medycznych w razie kolejnego ostrego kryzysu i swoboda decyzji na podstawie szans klinicznych nie skutkowały pochopnym przyzwoleniem na śmierć. Nie chcieli tylko, żeby rodzice dyktowali im, co mają robić.

Od 1989 r. w Wielkiej Brytanii obowiązuje Ustawa o dzieciach (*Children Act*), której centralnym elementem jest zasada dobra dziecka, zgodnie z którą dobro dziecka „będzie dla sądu sprawą nadrzędną”. Sąd ma na względzie w szczególności: możliwe do ustalenia życzenia i uczucia danego dziecka (rozważane w kontekście jego wieku i możliwości zrozumienia); potrzeby fizyczne, emocjonalne i edukacyjne; wiek, płeć, pochodzenie i wszelkie cechy, które sąd uzna za istotne; wszelkie szkody, jakich dziecko doznało lub jest zagrożone doznaniem; oraz możliwości rodziców i innych właściwych podmiotów w zaspokajaniu jego potrzeb⁶⁷. Rozwiązanie to w istocie odpowiada zasadzie dobra dziecka w prawie polskim, z tym że uregulowanie brytyjskie jest znacznie bardziej szczegółowe i przez to bardziej dla nas inspirujące – zwłaszcza metoda działania polegająca na sporządzaniu w każdej rozpatrywanej sprawie indywidualnego bilansu wszystkich czynników, przede wszystkim potrzeb, szans, korzyści i obciążeń.

Jak podaje Richard Huxtable, brytyjski standard rozstrzygania we wszystkich podobnych sprawach jest zasadniczo taki sam: decyzja zależy od *best interests* vel do-

65 D. Pszczołkowska, *Rodzice walczą ze szpitalem o życie dziecka*, „Gazeta Wyborcza” z 22 kwietnia 2005 r., <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,60085,2667836.html> (22.01.2023).

66 *Re Wyatt (a child) (medical treatment: continuation of order)* [2005] EWHC 693 z 21 kwietnia 2005 (*Wyatt No 3*).

67 *Children Act 1989* s 1(1)(3).

bra pacjenta⁶⁸, poczynając od sprawy *Re B*⁶⁹ z 1981 r. Sąd Apelacyjny rozważał wtedy przyszłość Alexandry, noworodka urodzonego z zespołem Downa i niedrożnością jelit⁷⁰. Operacja mogłaby usunąć niedrożność, która w przeciwnym razie okazałaby się śmiertelna. Lekarze nie byli zgodni co do operacji, zaś rodzice uważali, że nie należy jej przeprowadzać. Uwzględniające ich wniosek orzeczenie I instancji zostało uchylone z uwagą krytyczną, że sędzia zbyt przejął się życzeniami rodziców, podczas gdy jego obowiązkiem było rozważenie najlepszego interesu dziecka. Zezwalając ostatecznie na operację, Lord Templeman pozostawił jednocześnie możliwość podjęcia innej decyzji, jeśli „udowodnione poważne uszkodzenie” czyni życie dziecka „pełnym bólu i cierpienia”⁷¹. Huxtable przywołuje liczne przypadki orzekania o wycofaniu zbyt inwazyjnej i daremnej terapii z powołaniem się na dobro dziecka rozumiane jako uchronienie go przed nadmiernym cierpieniem⁷².

Jednym z nowszych rozstrzygnięć sądowych dokonanych w podobnym duchu jest sprawa 11-miesięcznego Charliego Garda⁷³. Rozpoznany u niego dziecięcy zespół mięśniowo-mózgowego zaniku mitochondrialnego DNA (MDDS) spowodował poważne i trwałe uszkodzenia. Chłopiec nie mógł poruszać kończynami ani samodzielnie oddychać, miewał częste ataki padaczki i pozostawał bez kontaktu kognitywnego oraz sensualnego z otoczeniem, oprócz tego, że prawdopodobnie zachował zdolność odczuwania bólu. Okres przeżycia szacowano na 6–9 miesięcy. Rodzice nalegali na zastosowanie eksperymentalnej terapii nukleozydami, nieprzetestowanej na ludziach. Wymagałoby to podróży do USA, gdzie pewien lekarz wstępnie zgodził się przeprowadzić leczenie. Specjaliści krajowi i zagraniczni konsultanci twierdzili zgodnie, że w tak zaawansowanym stadium choroby (encefalopatia) będzie to terapia daremna. Nie polepszy w znaczący sposób stanu pacjenta ani jakości jego życia, nie poprawi funkcjonowania nieodwracalnie uszkodzonego mózgu, za to narazi na zbędne cierpienia: dziecko pozostanie bezwładne, całkowicie zależne od sztucznego odżywiania i wentylacji mechanicznej. Nie chodzi bowiem o pionierskie, ratujące życie leczenie, tylko o czysto eksperymentalną procedurę bez realnych szans powodzenia. Sądy krajowe, kierując się kryterium *best interests* dziecka, rozstrzygnęły spór między rodzicami a lekarzami na rzecz zaprzestania jakichkolwiek form terapii jako daremnych i roztoczenia tylko opieki paliatywnej. Rodzice wnieśli skargę do ETPC. Trybunał przyjął wyjściowo, że przy tego rodzaju konflikcie pierwszeństwo można i powinno się przyznać najlepszemu interesowi dziecka (pkt 107), z uwzględ-

68 R. Huxtable, *Law at the limits...*, *op. cit.*, s. 37.

69 *Re B (a minor) (wardship: medical treatment)* [1981] 1 WLR, s. 1421.

70 Bardzo zbliżony kazus z 1963 r. analizuje w podobnym duchu Z. Szawarski, *Moralne problemy...*, *op. cit.*, s. 91.

71 *Re B...*, s. 1424.

72 R. Huxtable, *Law at the limits...*, *op. cit.*, s. 40–44

73 Zakończona wyrokiem ETPC z dnia 27 czerwca 2017 r. *Charles Gard and Others v. The United Kingdom*, skarga nr 39793/17.

nieniem jego dobra w postaci integralności cielesnej. Za takim rozwiązaniem przemawia również szeroki konsens międzynarodowy: w sprawach dotyczących dzieci powinien decydować ich najlepiej pojmowany interes. Sądy krajowe uznały zaś, że w przypadku wdrożenia żądanej przez rodziców terapii istnieje ryzyko wyrządzenia dziecku znaczącej krzywdy, bo eksperymentalna terapia bez szans powodzenia nie przyniesie mu korzyści, a tylko przedłuży cierpienie. W konkluzji Trybunał nie dopatrywał się naruszenia EKPC i skargę uznał za niedopuszczalną. Rodzicom i lekarzom udało się ostatecznie dojść do zgody i podtrzymywanie życia dziecka zostało zaprzestane. Charlie zmarł 28 lipca 2017 r.⁷⁴

Kolejną brytyjską skargę, wniesioną przez rodziców innego dziecka, Alfiego Evansa, w 2018 r. ETPC odrzucił bez rozpoznania merytorycznego, odmawiając również wydania w trybie pilnym postanowienia zabezpieczającego, które zakazałoby wycofania podtrzymywania życia pacjenta⁷⁵. Dwuletni Alfie Evans cierpiał na postępujące, najprawdopodobniej ostatecznie śmiertelne schorzenie neurodegeneracyjne o nieznanym do tej pory pochodzeniu, które w chwili orzekania zniszczyło mu już prawie cały mózg. Wcześniej miał ataki padaczki oraz epizody spowolnienia akcji serca, a ostatecznie znalazł się w głębokiej śpiączce, niezdolny do odbierania bodźców. Zatracił zdolność przełykania; wymagał odżywiania i nawadniania przez sondę oraz wspomagania respiratorem, przy braku nadziei na jakąkolwiek poprawę. Opiekujący się nim lekarze stwierdzili, że możliwości leczenia zostały wyczerpane. Rodzice nie zgadzali się z decyzją szpitala w Liverpoolu o zaprzestaniu sztucznego podtrzymywania funkcji życiowych Alfiego i żądali, aby został prosto stamtąd przetransportowany drogą lotniczą do Włoch, gdzie związana z Watykanem klinika Bambino Gesù w Rzymie zgłosiła gotowość wykonywania tego przez czas nieokreślony. Zdaniem lekarzy ze szpitala w Liverpoolu dalsze próby leczenia stanowiłyby jednak terapię daremną, nieludzką i niebędącą w najlepszym interesie dziecka. Sąd opiekuńczy po zapoznaniu się z historią choroby i licznymi opiniami specjalistów orzeczeniem z 20 lutego 2018 r. zdecydował o odłączeniu Alfiego od respiratora⁷⁶. Powołując się m.in. na rekomendacje *Royal College of Paediatrics* uznał, iż utrzymywanie wspomaganego oddychania nie leży w najlepszym interesie dziecka i ze względu na okoliczności sprawy takie leczenie nie będzie zgodne z prawem. Apelacja rodziców została jednogłośnie oddalona⁷⁷, a Sąd Najwyższy odmówił przyjęcia drugiej. Uznał, że w najlepszym interesie Alfiego nie pozostaje kontynuacja terapii ani w szpitalu w Liverpoolu, ani po

74 D. Wilkinson, J. Savulescu, *Hard lessons: learning from the Charlie Gard case*, „Journal of Medical Ethics” 2018, nr 44(7).

75 Decyzja ETPC z dnia 23 kwietnia 2018 r., 18770/18, *Evans v. the United Kingdom*, niepubl.

76 *Alder Hey Hospital v. Evans*, [2018] EWHC 308 (Fam), 20 lutego 2018, [www.judiciary.uk › wp-content › uploads › 2018/02 › alder-hey-v-evans.pdf](http://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/02/alder-hey-v-evans.pdf) (22.01.2023).

77 Court of Appeal, Civil Division., 2018/PL/10809 [2018] EWCA 984 (Civ) 25.IV.2018 r., [PDF] *Evans -v- Alder Hey judgment - Courts and Tribunals Judiciary* [www.judiciary.uk › wp-content › uploads › 2018/05 › evans-v-alder-...](http://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/05/evans-v-alder-...)

uciażliwej podróży we Włoszech, gdyż nie daje żadnej nadziei na poprawę, a mogłaby wywołać dodatkowe cierpienie w trakcie transportu⁷⁸. Aparatura podtrzymująca oddech została odłączona 23 kwietnia 2018 r. Trzy dni później ojciec Alfiego ogłosił, że dziecko oddycha samodzielnie⁷⁹. Alfie Evans zmarł 28 kwietnia 2018 r.

Obie sprawy dotyczyły leczenia uznawanego przez krajowe konsylia lekarskie za daremne. Dla Charliego Garda miała to być terapia eksperymentalna, która nie była jeszcze stosowana w leczeniu ludzi, dająca bardzo wątpliwe szanse złagodzenia objawów choroby i nieznacznego opóźnienia chwili śmierci, ale kosztem dodatkowego cierpienia⁸⁰. U Alfiego Evansa chodziło natomiast tylko o sztuczne podtrzymywanie gasnących czynności życiowych w imię zasady świętości życia.

W sprawie Alfiego 27 kwietnia 2018 r. zostało wydane stanowisko Zespołu Ekspertów Konferencji Episkopatu Polski ds. Bioetycznych⁸¹. Można w nim przeczytać, że odłączenie od respiratora było aktem zabójstwa, a nie odstępieniem od terapii „uporczywej” (pkt 3), bo nawadnianie, odżywianie i wentylacja wchodzi w zakres opieki minimalnej, jak długo organizm jest zdolny do życia, czyli dopóki właściwe mu procesy „nie są wyłącznie efektem wymuszania za pomocą zabiegów medycznych”: w razie śmierci mózgowej lub osiągnięcia przez organizm swego „naturalnego” kresu (stany terminalne w efekcie starości, choroby, skutków wypadku). Troska o dobro chłopca wymaga poszukiwania przyczyn jego choroby i metod leczenia (pkt 5), a ponadto alternatywnych rozwiązań terapeutycznych, nawet eksperymentalnych (pkt 7). Odstąpienie od terapii uporczywej, gdy możliwe jest technicznie podtrzymywanie czynności narządów nieprzynoszące pacjentowi korzyści w postaci poprawy zdrowia jest dopuszczalne prawnie jedynie, gdyby wiązały się one z nadmiernymi, nieproporcjonalnymi dolegliwościami lub gdy nie można by ich ocenić jako czynności ratujących życie wobec tego, że jedynie przedłużają stan agonalny (pkt 8). „Legalność decydowania, czy dalsza terapia danego pacjenta jest w jego interesie ze względu na zdolność do konkretnego sposobu przeżywania świata jest wysoce wątpliwa moralnie i wynika ze ściśle arbitralnego rozstrzygnięcia co do norm regulujących życie społeczne. Pozbawienie życia w takich okolicznościach prawidłowo powinno być pojmowane jako eutanazja lub zabójstwo” (pkt 10). „System prawny rzeczywiście uwzględniający zasadę ochrony godności osoby ludzkiej wymaga podjęcia działań ratujących życie do czasu, gdy jednoznacznie sprzeciwia się temu prawidłowo pojęte dobro osoby ludzkiej, czyli wyłącznie wtedy, gdy środki są jaskrawie nieproporcjo-

78 *In the matter of Alfie Evans No 2.*, 20 kwietnia 2018, <https://www.supremecourt.uk/docs/in-the-matter-of-alfie-evans-court-order.pdf> (pkt 13).

79 Who was Alfie Evans and what was the row over his treatment?, „BBC News” z 28 kwietnia 2018 r., <https://www.bbc.com/news/uk-england-merseyside-43754949>.

80 N. Hammond-Browning, When Doctors and Parents Don't Agree. The story of Charlie Gard, „Journal of Bioethical Inquiry” 2017, nr 14(4), s. 463.

81 <https://episkopat.pl/stanowisko-zespolu-ekspertow-kep-ds-bioetycznych-w-sprawie-alfiego-evansa/> (22.01.2023).

nalne do ich efektów, przedłużają cierpienie pacjenta i gdy to nie one są powodem jego śmierci” (pkt 11).

Mamy tu do czynienia z mnożeniem zafalszowań oraz z nakładaniem na personel medyczny obowiązków niemożliwych do spełnienia, w szczególności by dalej szukał sposobów terapii, gdy konsylia orzekły, iż możliwości medycyny zostały wyczerpane, a stan zdrowia pacjenta stale się pogarszał. KEP głosi przy tym, jakoby kryterium jakości życia było arbitralne, a zamiast niego operuje „prawidłowo pojętym dobrem osoby ludzkiej”. Dobro to pozwala wycofać tylko takie środki, które zarazem przedłużają cierpienie, są jaskrawo nieproporcjonalne do efektów i gdy nie one są (?) przyczyną śmierci. Uparcie trzyma się pojęcia terapii uporczywej, ferując osąd, jakoby tylko w okolicznościach przez siebie podanych odstępienie od leczenia pacjenta było „dopuszczalne prawnie”. Z prawa powszechnego nic takiego nie wynika. Dezażuowanie zaś mozolnych wysiłków wążenia wielu dóbr i czynników przy ustalaniu *best interests* konkretnego pacjenta stanowi w świetle przywołanych wcześniej rozstrzygnięć sądowych pryncypialne gołosłowie. Tym bardziej zatem warto podkreślać przydatność uznanego przez profesjonalistów medycznych pojęcia terapii daremnej przy rozstrzygnięciu krytycznych problemów w opiece lekarskiej.

5. Dobro dziecka, najlepiej pojęty interes czy zagrożenie poważną krzywdą

Rodzice Charliego i Alfiego postulowali reformę prawa, w ramach której granica ingerencji sądowej w decyzje medyczne dotyczące krytycznie chorych dzieci zostałaby przesunięta z testu najlepszego interesu na obawę poważnej krzywdy⁸² (*significant or serious harm*). To drugie wymagałoby, by państwo powstrzymywało się od interwencji, chyba że decyzje rodzicielskie groziłyby dziecku znaczącą (bądź poważną) szkodą. Próg poważnej krzywdy stanowi przedmiot dyskusji naukowców i specjalistów. Jak referuje Allison Howells⁸³, według jednego poglądu zostaje on przekroczony, gdy zagrożone są najbardziej żywotne interesy niezbędne do osiągnięcia kluczowych celów zdrowotnych: zdrowie fizyczne i wigor, integralność i normalne funkcjonowanie ciała, brak bólu, cierpienia lub groteskowego oszpececia, sprawność intelektualna i stabilność emocjonalna⁸⁴. Zdaniem innych interwencję z zewnątrz uzasadnia tylko konieczność działania natychmiast⁸⁵ lub gdy (w kontekście wolności

82 The Charlie Gard Foundation, *Charlie's Law* (2018).

83 A. Howells, *Is the best interests test for the care of critically ill children fit for purpose?*, „Edinburgh Student Law Review” 27 lipca 2020, <https://www.eslr.ed.ac.uk/2020/07/27/is-the-best-interests-test-for-the-care-of-critically-ill-children-fit-for-purpose/> (15.01.2023).

84 J. Feinberg, *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press 1984.

85 K. Wing, *The Law and the Public's Health*, Health Administration Press, wyd. 3, 1990.

religijnych) dzieci nie mają zaspokojonych podstawowych potrzeb⁸⁶. Autorka przytacza następujące argumenty podnoszone za tą koncepcją.

Rodzice, ze względu na sytuację wyjątkowej bliskości z dzieckiem, są w stanie najlepiej określić, co leży w jego najlepszym interesie, ocenić jego jakość życia i przewidzieć zdolność do radzenia sobie z leczeniem⁸⁷. Również oni są rozliczani z odpowiedzialności za dziecko i przez to ponoszą główne konsekwencje podjętych decyzji⁸⁸. Koncepcja „znaczącej szkody” lepiej chroni prawo rodziców do poszanowania prywatności i życia rodzinnego⁸⁹. W porównaniu z nią test *best interests* uważany jest za bardzo niski próg ochrony prywatności w rozumieniu art. 8 EKPC. Ten obejmuje również prawo do autonomii, a autonomia rodzicielska wymaga, by rodzice mieli swobodę niezależnego podejmowania decyzji dotyczących ich dzieci. Rodzice Charliego Garda argumentowali, że wtargnięcie państwa w tak prywatny obszar życia jak wspólna decyzja rodzicielska podjęta w sprawie wychowania dziecka oznacza erozję podstawowych wartości konstytucyjnych, i wyrazili pogląd, że ich prawa rodzicielskie zostały ubezskutecznione⁹⁰. W sprawie *Williamson* Lady Hale stwierdziła: „w wolnym społeczeństwie rodzice powinni mieć dużą dozę autonomii w sposobie, w jaki wywiązują się ze swoich obowiązków rodzicielskich”⁹¹. Ograniczenia nałożone na rodzicielskie decyzje medyczne wobec dzieci wydają się podważać to prawo, co powoduje, że niektórzy rodzice czują się pozbawieni władzy. Elizabeth Anderson, szefowa kampanii w Parliament Street, argumentowała, że zgodnie z obecnym prawem „rodzice są spychani na boczny tor w opiece nad swoimi dziećmi”, zaś wprowadzenie progu szkodliwości „ponownie upoważniłoby rodziców do wypowiedzenia się w sprawie leczenia ich dzieci”⁹².

86 L. Ross, T. Aspinwall, Religious Exemptions to the Immunization Statutes: Balancing Public Health and Religious Freedom, „Journal of Law, Medicine and Ethics” 25 (2–3) 1997, s. 202–209.

87 D. Diekema, Parental Refusals of Medical Treatment: The Harm Principle as Threshold for State Intervention, „Philosophy of Medical Research and Practice” 2004, nr 25, s. 243, 244; D. Wilkinson, In Defence of a Conditional Harm Threshold Test for Paediatric Decision-Making, (w:) I. Goold, J. Herring, C. Auckland, Parental Rights, Best Interests and Significant Harms: Great Ormond Street Hospital v Gard (2019).

88 E. Salter, Deciding for a Child: A Comprehensive Analysis of the Best Interest Standard, „Theoretical Medicine and Bioethics” 2012, nr 33, s. 179, 181.

89 I. Goold, J. Herring, General ethical theories: is respect for autonomy the most important ethical principle?, (w:) Great Debates in Medical Law and Ethics, wyd. 2, 2018.

90 UKSC, *In the matter of Charlie Gard (Permission to Appeal Hearing)* (2017), <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-hearing-in-the-matter-of-charlie-gard.html> (23.03.2023).

91 *R. (on the application of Williamson) v Secretary of State for Education and Employment* [2005] UKHL 15, pkt 72.

92 H. Christodoulou, Right to decide. What are Charlie’s law and Alfie’s law, what rights would they give parents over their children’s care and who has backed them?, „The Sun” 3 października 2018, <https://www.thesun.co.uk/news/6156576/alfies-law-charlies-law-rights-parents-care-alfie-evans-charlie-gard/> (23.01.2023).

Howells trafnie replikuje, że prawa rodzicielskie nie są absolutne i nigdy nie były tak traktowane. W debacie wokół takich spraw jak Gard i Evans pozycja rodziców była często ujmowana w kategoriach „praw rodzicielskich”. Te istnieją jednak tylko po to, by rodzice wypełniali swoje obowiązki. Owszem, może być tu zaangażowane prawo do prywatności, ale kolizja dóbr powinna przeważać na rzecz dziecka⁹³.

Howells podaje jeszcze jeden powód, dla którego nie jest właściwe pozwalanie rodzicom na swobodne podejmowanie ostatecznych decyzji w sprawach dotyczących krytycznie chorego dziecka. Ich ocena jest często zaburzona, a to, do czego się posuwają, aby chronić swoje dzieci, „czyni ich wrażliwymi na czynniki czasu, energii emocjonalnej i wydanych pieniędzy”, co należy wziąć pod uwagę w toku postępowania sądowego⁹⁴. Wrażliwość rodziców jest najlepiej rozpoznawana poprzez test *best interests*, a sądy są już „świadome, że poglądy rodziców mogą, co zrozumiałe, być zabarwione przez emocje lub sentymenty”⁹⁵. Dla przykładu, sędzia Hayden uznał, że rodzice Alfiego Evansa rozumieli znaczenie jego skanu mózgu, ale „raz po raz unikali konfrontacji z nim”⁹⁶. Takie postawy rodziców konotują potrzebę delikatnego ograniczenia wpływu nadawanego im poglądom. Dokonuje go właśnie test *best interests*, przydając poglądom rodziców wagę, ale nie nadając nadrzędnej mocy⁹⁷.

Kazimierz Szewczyk podnosi, że w piśmiennictwie podawane są dane świadczące o wymuszaniu przez rodziców krytycznie chorych noworodków nieraz bardzo agresywnego i inwazyjnego leczenia przedłużającego życie. Dostrzega się przy tym rosnącą skłonność do honorowania takich życzeń, nawet wobec dzieci urodzonych z zespołem Edwardsa, ciężkimi chorobami serca czy poniżej 26 tygodnia ciąży. Mówi się o „etyce abdykacji” lekarzy z trudnych decyzji kierowanych korzyścią dziecka - na rzecz preferencji rodziców. Uważa się, że może to być „uboczny produkt silnego nacisku, jaki bioetyka kładzie na autonomię pacjenta, i rozszerzenia tego konceptu na »autonomię rodzicielską« w podejmowaniu decyzji”⁹⁸.

Na szali prywatności jest zrujnowanie życia rodzinnego albo przynajmniej wywrócenie go na nice: utrata kochanego dziecka, rozpacz oglądania jego przedłużających się cierpień bądź poświęcenie rodziców i rodzeństwa na rzecz opieki nad

93 Jako dowód przywołuje precedens *Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA* [1985] 3 W.L.R. 830, s. 184.

94 J Herring, Parental Responsibility, Hyper-Parenting, and the Role of Technology, (w:) R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung (red.), *Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology* 2017.

95 *King's College Hospital NHS Foundation v Thomas* [2018] EWHC 127 (Fam), pkt 69, <https://kenedyslaw.com/thought-leadership/article/kings-college-hospital-nhs-foundation-trust-v-thomas/>.

96 *Alder Hey Children's NHS Foundation Trust v Evans* [2018] EWHC 308 (Fam), s. 38, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2018/308.html>.

97 A. Howells, *Is the best interests test...*, *op. cit.*, cz. D, pkt iii.

98 A. Payot i in., *Deciding to Resuscitate Extremely Premature Babies: How Do Parents and Neonatologists Engage in the Decisions?*, „*Social Science & Medicine*” 2007, nr 7; za: K. Szewczyk, *Should the parents...*, *op. cit.*, cz.V.

dramatycznymi niepełnosprawnościami⁹⁹. Z drugiej jednak strony są to decyzje najtrudniejsze, o skutkach ostatecznych i obarczone największym ryzykiem błędu, a przy tym dotyczące innej osoby – dlatego nie powinny mieć charakteru quasi-dyskrecjonalnego. Punkt wyjścia powinny stanowić kryteria medyczne, a sąd zostaje zaangażowany dopiero w razie niezgody między rodzicami a lekarzami albo między jednym rodzicem a drugim.

6. Kazus Madzi Słabiak

Madzia Słabiak urodziła się z zespołem niedorozwoju lewej części serca (HLHS), spowodowanym zwężeniem zastawki aortalnej. Niezoperowana wada prowadzi do rychłej śmierci. W takim stanie przeżycie jest możliwe tylko dzięki intensywnej terapii medycznej zaraz po urodzeniu oraz trzem lub czterem wysoce inwazyjnym operacjom kardiologicznym w pierwszych latach życia. Wykonywane przy klatce piersiowej otwartej drogą torakotomii, w krążeniu pozaustrojowym i hipotermii zespolenia tętnicy płucnej z żyłą główną górną oraz z górną częścią prawego przedsionka, odłączenie obiegu płucnego od serca i wreszcie skierowanie krwi z żył systemowych do krążenia płucnego z pominięciem niesprawnej lewej komory, mają skutek tylko paliatywny: przedłużają życie, ale nie likwidują przyczyny choroby. Operacje te wiążą się z istotnym ryzykiem zgonu (50%) albo poważnych powikłań, a serce pozostaje nieprawidłowe, bo z czynną jedną komorą. Oznacza to poważną niepełnosprawność i duże ograniczenia, w tym stałą opiekę lekarską do końca raczej krótkiego (około 30 lat) życia. Dodatkowym czynnikiem pogarszającym rokowanie u Madzi już na pierwszym etapie leczenia było zwężenie otworu owalnego. Po wysłuchaniu dokładnych informacji rodzice dziewczynki zdecydowali o odmowie zgody na leczenie. Deklarowali, iż chcą, by mogła odejść w spokoju, otoczona ich miłością, bez skazywania jej na ból i cierpienie. W „Oświadczeniu o zaniechaniu leczenia” napisali: „pragniemy uchronić ją przed cierpieniem i niską jakością życia (fizyczny ból, cierpienie, lęk, brak poczucia bezpieczeństwa, izolacja w szpitalu), związanymi z trudnym, długotrwałym leczeniem, obciążonym bardzo wysokim ryzykiem śmierci dziecka. Pragniemy uchronić je przed uporczywą terapią, a zapewnić opiekę paliatywną, by mogło godnie, bez cierpienia, otoczone naszą miłością zakończyć życie”¹⁰⁰. Nie wyrazili też zgody na resuscytację dziecka. Wypowiedzi lekarzy były rozbieżne. Jedni mówili, że środowisko lekarskie nie uznaje „czegoś takiego”, inni potwierdzali, że bez zgody rodziców nie mogą nic zrobić. Rodzice chcieli zabrać córkę od razu do domu i nie wyrażali zgody na przewiezienie do Centrum Zdrowia Dziecka. Ginekołozka w szpitalu położniczym nie mogła zrozumieć takiej decyzji. Zwołane konsy-

99 Zob. *John Hopkins Case* z 1963 r., Z. Szawarski, *Moralne problemy...*, *op. cit.*, s. 66.

100 Zob. kazus Madzi Słabiak: [PDF] Przypadek kliniczny: Madzia Słabiak, www.ptb.org.pl › pdf › dangel_neonatalna_3 (22.01.2023).

lium nie doszło do żadnych konkluzji. Przyszła matka, zdenerwowana coraz bardziej, skonsultowała się z prawnikiem. Odbyło się spotkanie z Komitetem Etyki Klinicznej CZD i dopiero w jego efekcie decyzja rodziców została uszanowana. Komitet nie znalazł podstaw do przypuszczenia, że rodzice mogą działać na szkodę swojego dziecka, kierując się nadmiernym lękiem lub źle pojętą litością. Stwierdził, że wada jest nieuleczalna, życie z nią jest zawsze niskiej jakości, a terapia ma charakter tylko paliatywny. Śmiertelność leczenia kardiochirurgicznego wynosi ok. 50%, a u tego dziecka istnieją dodatkowe obciążenia pogarszające rokowanie. Komitet wyraził zdanie, że lekarze nie mają tu obowiązku występowania o sądowe zezwolenie przełamujące negatywną wolę rodziców, bo przy takiej prognozie rodzice „mają prawo” nie zgodzić się na leczenie. Madzia zgasła spokojnie po 38 dniach przy rodzicach i pod opieką hospicyjną.

Przebieg zdarzeń pokazuje, że w szpitalu położniczym rodzice Madzi nie uzyskali wsparcia, ale dał im je szpital pediatryczny. Jak zaobserwował K. Szewczyk, ważny czynnik skłaniający wielu lekarzy do agresywnego leczenia stanowi „postawa będąca z pozoru pryncypializmem etycznym, *de facto* zaś – ucieczką w wygodnictwo moralne”. Powtarzane przez niektórych deklaracje typu „moim obowiązkiem jest ratować życie bez względu na okoliczności”, mające w ich mniemaniu kończyć wszelką dyskusję, wynikają i z błędnego rozumienia celów medycyny, i z niechęci do głębszej refleksji moralnej¹⁰¹.

Podsumowanie

Argument odnoszący się do poszanowania „godności istoty ludzkiej” służy zarówno zwolennikom, jak i przeciwnikom podtrzymywania życia za pomocą zaawansowanej technologii. Pierwsi twierdzą, że godność będzie naruszać odłączenie wentylacji mechanicznej oraz odżywiania przez sondę, bo skazuje człowieka na uduszenie i śmierć głodową, zaś tzw. opieka podstawowa jest jednym z naczelných obowiązków humanitarnych. Drudzy dowodzą, iż większość ludzi nie chciałaby być utrzymywana w takim stanie, który nie tylko w żaden sposób im nie służy, ale też wystawia na pożałowania godny widok w charakterze obiektu zasilanego w całości z zewnątrz. Bardzo małym dzieciom to obojętne, natomiast istotne znaczenie będzie mieć odczuwanie z życia w takim stanie jakiegokolwiek przyjemności. Ból stanowi reakcję należącą do bardzo prymitywnych, dlatego w sprawach Charliego Gardy i Alfiego Evansa zakładano domyślnie, że jest przez nich odczuwany, i uwzględniano to przy odmowie bezcelowego przewożenia pacjentów z miejsca na miejsce. Zanim nastąpiła nieoczekiwana poprawa w stanie Charlotte Wyatt, lekarze zeznawali: „ona czuje tylko ból”. Gdy odbierane bodźce ograniczają się do tylko nieprzyjemnych przy

101 K. Szewczyk, *Should the parents...*, *op. cit.*, cz. III, pkt i.

braku szans na jakąkolwiek poprawę, wolno twierdzić, iż utrzymywanie pacjenta w bólu jest niegodne. Gdy cierpień nie uśmierzają leki – można zadać retoryczne pytanie, czy lepiej dla człowieka pozostawać w tym stanie dłużej, czy krócej. Wrodzona wada letalna bądź nieuleczalna śmiertelna choroba nie pozwalają dokładnie przewidzieć tylko tego, jak długo potrwa umieranie i jak wielkie będzie towarzyszyło mu cierpienie. Przykładu dostarcza sprawa z 2014 r. znana medialnie jako sprawa Chazana. Matka została zmuszona do urodzenia dziecka z wadą letalną: beczaszkoziem i przepukliną mózgową. Prawa półkula mózgu była zamiast kości przykryta błoniastymi tkankami i zrośnięta z nimi, stanowiąc ścianę rozległego zbiornika płynowego z częściami mózgu zachowanymi tylko fragmentarycznie. Oprócz tego występowały m.in. masywne wodogłowie ze zredukowanym płaszczem mózgu i deformacjami komór, przekątny rozszczep kości twarzy, niezrośnięte podniebienie, rozległy ubytek skóry i wytrzeszcz oczu bez powiek oraz ziejąca dziura w miejscu nosa¹⁰². Dziecko skonało w szpitalu w męczarniach, których nie tłumila morfina. Agonia trwała 10 dni, a przedłużyło ją odżywianie dojelitowe. W takich okolicznościach traci ono sens, podobnie jak resuscytacja. Uzasadniony interes pacjenta w ich zaniechaniu polega na skróceniu nieuśmierzalnych mąk, jeśli towarzyszą wrodzonej wadzie letalnej albo w beznadziejnym stanie nieuleczalnej choroby. Aplikowanie środków hamujących łaknienie sprawia wtedy, że śmierć głodowa przychodzi łagodnie i skraca inne cierpienia. Można znaleźć przykłady, gdy jest to – moim zdaniem – moralnie uzasadnione. Chodzi o rozróżnienie, czy umieranie jest „znośne” jakości (jak u Madzi Słabiak), czy odbywa się w męczarniach. Jak napisał Zbigniew Szawarski: „Można żyć sensownie z nadmierną liczbą palców u rąk, a niekiedy nawet z niewykształconymi kończynami (afery thalidomidowa), można żyć sensownie, będąc od urodzenia niewidomym albo głuchoniemym, ale trudno wyobrazić sobie życie sensowne bez mózgu albo z rozległym, nieoperacyjnym nowotworem mózgu, z otwartym kręgosłupem i przepukliną oponowo-rdzeniową albo z jakąś inną chorobą genetyczną, która prędzej czy później powoduje bolesną śmierć”¹⁰³.

Jeśli zaś uśmierzanie bólu działa, a pacjent w żaden inny sposób nie odbiera faktu swego istnienia, można mówić o zerowym bilansie jego korzyści z życia. Z tego punktu widzenia obojętne, czy stan kliniczny ma charakter schyłkowy, trwale wegetatywny, czy w inny sposób nierokujący poprawy: bilans wypada zerowo tak u dorosłego, jak i u dziecka. (Tylko w przypadku noworodków dotkniętych skrajnym wcześniactwem ich stan ma charakter z istoty swej rozwojowy, a rokowanie jest mniej przewidywalne.) Skłania to do refleksji, że życie pacjenta może stanowić wartość już tylko dla innych: pokrzepiać bliskich, a medykom dostarczać poczucia moralnego

102 Opis przypadku według protokołu sekcji zwłok. Relacja rodziców: <https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/878315,rodzice-dziecka-ktorym-prof-chazan-odmowil-aborcji-po-urodzeniu-lekarze-bali-nam-sie-je-pokazac.html> (22.01.2023).

103 Z. Szawarski, *Moralne problemy...*, *op. cit.*, s. 91.

spełnienia, że pacjenta „udało się uratować”. Paliatywistka Teresa Weber dowodzi, że w sytuacjach daremności terapeutycznej pragnienia rodziny chorego mogą mieć pierwszeństwo: „Dla niektórych bardzo ważna jest wiara, że walczyli do samego końca, że wyczerпали wszystkie możliwe rodzaje terapii. Ta wiara pozwala na zmniejszenie psychologicznych skutków decyzji podjętych w ostatnich chwilach życia ukochanej osoby i żalu po stracie”¹⁰⁴. Waler etyczny takiej opinii jest co najmniej wątpliwy: skoro biologiczne trwanie bliskiego ma zaspokajając potrzeby emocjonalne rodziny, to obiekt tych emocji sprowadzany jest do instrumentu samopotwierdzenia. Pozwalanie rodzicom „autonomicznie” decydować w zastępstwie dziecka bardziej respektuje ich osobiste przekonania i wartości (albo te, które wyznaje otoczenie, a oni podporządkowują się w obawie przed społecznym potępieniem). Ingerencję osób trzecich rodzice mogą prywatnie odczuwać jako odbieranie sprawczości, ale dziecięcy pacjent potrzebuje, by przejąć się tylko jego odczuciami. Kluczowe znaczenie ma jakość życia postrzegana przez to dziecko, w szczególności gdy okazuje się ona „nie do zniesienia”: czynnik cierpień powinien stanowić jedną z bardziej istotnych wskazówek.

Brytyjczycy używają pojęć „dobro dziecka” i *best interests* wymiennie, z jednakoowo dobrym skutkiem oceny wieloczynnikowego bilansu. Pojęcie dobra dziecka jest na tyle pojemne, by móc zawrzeć w sobie takie rozwinięcie. Ocena odrywa się w ten sposób od wszelkiego pryncypializmu na korzyść interesu *that child* traktowanego personalnie: wymaga wczucia się w położenie pacjenta i jego przyjemność czerpaną z życia. Silne domniemanie przemawia na korzyść życia, ale można je obalić, gdy uzna się kontynuację leczenia lub nową interwencję za daremną. Test najlepiej pojmowanego interesu jest wszechstronny i pragmatyczny. Zapewnia dobrze ugruntowane ramy analityczne, które w sądownictwie brytyjskim rozwijały się przez dziesięciolecia i pozwalają na rozważenie szerokiego kontekstu różnych względów, także możliwej szkody¹⁰⁵, a przy tym został przećwiczony i zdał egzamin również w bardzo nietypowych przypadkach. Jeśli sprawa trafi do sądu, należy przeprowadzić bilansowanie, uwzględniając wszystkie liczące się czynniki za i przeciw, nie tylko medyczne¹⁰⁶. W sprawie Madzi Słabiak temu zadaniu podołał komitet etyczny jako swego rodzaju mediator bez angażowania sądu.

Od lekarzy można oczekiwać podejścia racjonalnego i pragmatycznego, reprezentującego aktualny stan wiedzy medycznej – o ile nie okażą się zależni od przekonania światopoglądowych albo nie stosują uników moralnych, żeby nikomu się nie

104 T. Weber, Daremna czy uporczywa terapia w medycynie paliatywnej, (w:) J. Hartman, M. Wali-góra (red.), *Etyczne aspekty decyzji medycznych*, Warszawa 2011, s. 168–169.

105 C. Auckland, I. Goold, Defining the Limits of parental authority: Charlie Gard, best interests and risk of significant harm threshold (2018), *L.Q.R.* 2018,134(Jan) s. 37–42, za: A. Howells, *Is the best interests test...*, *op. cit.*, cz. D, pkt i.

106 R. Huxtable, *Law at the limits...*, *op. cit.*, s. 50.

narazić. Sędzia Hedley stwierdził w sprawie Charlotte Wyatt, że „życzenia rodziców powinny być uwzględniane w takim zakresie, w jakim pozwala na to zawodowy osąd i sumienie lekarza, ale nie dalej”¹⁰⁷. I jest to bardzo dobra pointa.

BIBLIOGRAFIA

- Alichniewicz A., Eutanazja, a etyczne podstawy medycyny stanów terminalnych, (w:) M. Gałuszka, K. Szewczyk (red.), *Narodziny i śmierć. Bioetyka kulturowa wobec stanów granicznych życia ludzkiego*, Warszawa–Łódź 2002.
- Auckland C., Goold I., *Defining the Limits of parental authority: Charlie Gard, best interests and risk of significant harm threshold* (2018), *L.Q.R* 2018, 134 (Jan).
- Beauchamp T.L., Childress J.F., *Zasady etyki medycznej*, wyd. IV, tłum. W. Jacórzynski, Warszawa 1996.
- Boratyńska M., Konieczniak P., *Standardy wykonywania zawodu lekarza*, (w:) E. Zielińska (red. nac.), *System Prawa Medycznego*, t. II, cz. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Boratyńska M., Malczewski J., *Prawo wobec medycyny końca życia*, (w:) E. Zielińska (red. nac.), *System Prawa Medycznego*, t. II, cz. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Brzeziński T., *Etyka lekarska*, Warszawa 2002.
- Chańska W., *Nieszczęsny dar życia. Filozofia i etyka jakości życia w medycynie współczesnej*, Wrocław 2009.
- Christodoulou H., *Right to decide. What are Charlie's law and Alfie's law, what rights would they give parents over their children's care and who has backed them?*, „The Sun” 3 września 2018, <https://www.thesun.co.uk/news/6156576/alfies-law-charlies-law-rights-parents-care-alfie-evans-charlie-gard/>.
- Dangel T. (red. nauk.), *Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci. Wytyczne dla lekarzy*, Polskie Towarzystwo Pediatryczne 2011.
- Diekema D., *Parental Refusals of Medical Treatment: The Harm Principle as Threshold for State Intervention*, „Philosophy of Medical Research and Practice” 2004, nr 25.
- Dukiet-Nagórska T., *Esej o prawie do decydowania o niektórych przejawach życia osobistego*, (w:) J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego”*, wyd. specjalne, t. 43, Wrocław 2017.
- Dukiet-Nagórska T., *Uwagi w intencji przybliżenia godnego umierania*, (w:) A. Liszewska, J. Kulesza (red.), *Pro dignitate legis et maiestate iustitiae. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Witolda Kuleszy*, Łódź 2020.
- Feinberg J., *Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press 1984.
- Goold I., Herring J., *General ethical theories: is respect for autonomy the most important ethical principle?*, (w:) *Great Debates in Medical Law and Ethics*, wyd. 2, 2018.
- Hammond-Browning N., *When Doctors and Parents Don't Agree. The story of Charlie Gard*, „Journal of Bioethical Inquiry” 2017, nr 14(4).

107 *Portsmouth NHS Trust v Wyatt* [2004] EWHC 2247 (Fam) – *Wyatt No 1*, s. 40.

- Hołówka J., *Etyka w działaniu*, Warszawa 2001.
- Herring J, Parental Responsibility, Hyper-Parenting, and the Role of Technology, (w:) R. Brownsword, E. Scotford, K. Yeung (red.), *Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology* 2017.
- Howells A., Is the best interests test for the care of critically ill children fit for purpose?, „Edinburgh Student Law Review” 27 lipca 2020, <https://www.eslr.ed.ac.uk/2020/07/27/is-the-best-interests-test-for-the-care-of-critically-ill-children-fit-for-purpose/>.
- Huxtable R., Law at the limits of life: children, welfare and best interests, (w:) R. Huxtable (red.), *Law, Ethics and Compromise at the Limits of Life: To Treat Or Not to Treat?*.
- Kopelman L.M., Pojęciowe i moralne problemy terapii daremnej i użytecznej, (w:) A. Alichniewicz, A. Szczęsna (red.), *Dylematy bioetyki*, Łódź 2001.
- Kübler A., Siewiera J., Durek G., Kusza K., Piechota M., Szkulmowski Z., Wytyczne postępowania wobec braku skuteczności podtrzymywania funkcji narządów (terapii daremnej) u pacjentów pozbawionych możliwości świadomego składania oświadczeń woli na oddziałach intensywnej terapii, „Anestezjologia. Intensywna Terapia 2014, nr 4 (46).
- Payot A. i in., Deciding to Resuscitate Extremely Premature Babies: How Do Parents and Neonatologists Engage in the Decisions?, „Social Science & Medicine” 2007, nr 7.
- Rachels J., Active and Passive Euthanasia, „The New England Journal of Medicine” 1975, vol. 292.
- Raport zespołu ekspertów przy Rzeczniku Praw Pacjenta, file:///C:/Users/Asus/Downloads/Raport_Terapia_u_kranca_zycia_2021_e%20(2).pdf.
- Rekomendacje dotyczące postępowania z matką oraz noworodkiem urodzonym na granicy możliwości przeżycia z uwzględnieniem aspektów etycznych, Zespół ds. Rekomendacji Etycznych w Perinatologii: M. Barańska, M.K. Borszewska-Kornacka, G. Bręborowicz, B. Chyrowicz, M. Czarkowski, J. Hartman i inni, red. M. Rutkowska, „Perinatologia, Neonatologia i Ginekologia” 2012, t. 5, z. 1, s. 5–13.
- Ross L., Aspinwall T., Religious Exemptions to the Immunization Statutes: Balancing Public Health and Religious Freedom, „Journal of Law, Medicine and Ethics” 1997, nr 25 (2–3).
- Rutkowska M., Noworodek skrajnie niedojrzały między życiem a śmiercią. Granice medycznej interwencji, „Etyka” 2014, nr 49.
- Rutkowska M., Szczepaniak S., Dylematy etyczne początków życia: noworodki skrajnie niedojrzałe, (w:) W. Chańska, J. Hartman (red.), *Bioetyka w zawodzie lekarza*, Warszawa 2010.
- Salter E., Deciding for a Child: A Comprehensive Analysis of the Best Interest Standard, „Theoretical Medicine and Bioethics” 2012, nr 33.
- Sośniak M., *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, wyd. 2, Warszawa 1977.
- Streiner D. i in., Attitudes of Parents and Health Care Professionals Toward Active Treatment of Extremely Premature Infants, „Pediatrics” 2001, nr 1.
- Szawarski Z., Moralne problemy dotyczące opieki nad dziećmi nieuleczalnie chorymi, „Studia Filozoficzne” 1984, nr 2 (220).
- Szewczyk K., *Bioetyka, t. I: Medycyna na granicach życia*, PWN, Warszawa 2009.
- Szewczyk K., Kазus Charlotte Wyatt – opis, Interdyscyplinarne Centrum Bioetyki UJ, <http://bazy.incet.uj.edu.pl/dzialy.php?l=pl&p=31&i=3&m=27&n=1&z=&kk=126&k=187>.

- Szewczyk K., Should parents have the right to make life-and-death decisions concerning critically ill infants? (in Polish), „Diametros” grudzień 2012, nr 34, s. 154–178, <https://diametros.uj.edu.pl/diametros/article/view/504/1136>.
- Świdorska M., Prawo do godnej śmierci w świetle nowej regulacji prawnej we Francji, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 3.
- Wilkinson D., Savulescu J., Hard lessons: learning from the Charlie Gard case, „Journal of Medical Ethics” 2018, nr 44 (7).
- Weber T., Daremna czy uporczywa terapia w medycynie paliatywnej, (w:) J. Hartman, M. Waligóra (red.), Etyczne aspekty decyzji medycznych, Warszawa 2011.
- Wilkinson D., In Defence of a Conditional Harm Threshold Test for Paediatric Decision-Making, (w:) I. Goold, J. Herring, C. Auckland, Parental Rights, Best Interests and Significant Harms: Great Ormond Street Hospital v Gard (2019).
- Wing K., The Law and the Public's Health, Health Administration Press, wyd. 3, 1990.

Beata M. Janiszewska

Uniwersytet Warszawski, Polska

b.janiszewska@wpia.uw.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7202-9326>

O majątkowej ochronie prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności

Property Protection of the Patient's Right to Die in Peace and Dignity

Abstract: The issue of protecting the patient's right to die in peace and dignity is presented in this paper. The following were analysed: the concept of patients' rights, the content of the patient's right to die in peace and dignity, and Art. 4 Sec. 2 of the Act of 6 November 2008 on Patient Rights and the Ombudsman for Patients' Rights. In addition, the legal entities who are entitled to claims in the event of a culpable violation of the patient's right to die in peace and dignity have been defined.

Keywords: demand for payment of an appropriate sum for the indicated social purpose, patients' rights, patients' right to die in peace and dignity

Słowa kluczowe: żądanie zapłaty odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny, prawa pacjenta, prawo pacjenta do umierania w spokoju i godności

Wprowadzenie

Wśród majątkowych środków ochrony praw pacjenta zasadnicze znaczenie praktyczne należy przypisać uregulowanemu w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹ uprawnieniu poszkodowanego do żądania, w razie zawinionego naruszenia praw pacjenta, odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 k.c. Z kilku względów szersze uwagi warto jednak poświęcić drugiemu instru-

1 Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1876 ze zm.; dalej jako ustawa o prawa pacjenta lub u.p.p.

mentowi ochrony majątkowej, unormowanemu w art. 4 ust. 2 u.p.p. Zgodnie z tym przepisem w razie zawinionego naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności sąd może, na żądanie małżonka, krewnych lub powinowatych do drugiego stopnia w linii prostej lub przedstawiciela ustawowego, zasądzić odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez nich cel społeczny na podstawie art. 448 k.c.

Za przeprowadzeniem analizy tej instytucji przemawia jej specyficzne, nowatorskie ukształtowanie, wymykające się przyjmowanemu dotychczas modelowi kompensacji krzywdy. Zwłaszcza sposób ujęcia grona podmiotów, którym przysługuje roszczenie o zapłatę, skłania do rozważań o systemowym umiejscowieniu tego środka ochrony na tle instytucji prawa cywilnego. Jest to współcześnie kwestia o dużej doniosłości, ponieważ w dobie pandemii dochodziło do licznych zgonów w warunkach szpitalnych, a wyjątkowo trudne wyzwania organizacyjne, przed którymi stawał system opieki zdrowotnej, mogły powodować liczniejsze przypadki naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności². Nie można zatem wykluczyć, że praktyce orzeczniczej przyjdzie zmierzyć się z większą liczbą spraw sądowych, w których żądanie zapłaty będzie wywodzone z art. 4 ust. 2 u.p.p.³

1. Prawo do umierania w spokoju i godności

Prawo pacjenta do umierania w spokoju i godności⁴ zostało po raz pierwszy unormowane w art. 19 pkt 5 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej⁵ jako jedno z pięciu praw pacjenta wskazanych w art. 19 u.z.o.z. w jego pierwotnym brzmieniu⁶. Z dniem 5 grudnia 1997 r., w wyniku nowelizacji ustawy

2 Pandemia wpłynęła także na możliwość wykonywania praw pacjenta; w tej kwestii zob. B. Janiszewska, Ograniczenie korzystania z praw pacjenta w dobie epidemii; artykuł został przeznaczony do publikacji w „Monitorze Prawniczym” 2023, nr 9 (część I) i nr 10 (część II).

3 Jak poruszające i trudne potrafią być przypadki, w których zarzucane jest naruszenie prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności, zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 29 grudnia 2016 r., V ACa 74/16, [http://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/content/\\$N/15150000002503_V_ACa_000074_2016_Uz_2016-12-29_002](http://orzeczenia.katowice.sa.gov.pl/content/$N/15150000002503_V_ACa_000074_2016_Uz_2016-12-29_002)

4 Warto zwrócić uwagę na myśl D. Karkowskiej (Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz, wydanie III, e/Lex 2015, że „[p]rawo do umierania wywodzi się bezpośrednio z prawa do życia i do pomocy w sytuacjach ostatecznego zagrożenia, chodzi tu przecież o pomoc na pewnym określonym etapie życia”.

5 Tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89 ze zm.; dalej jako ustawa o zakładach opieki zdrowotnej lub u.z.o.z.

6 Kwestia ta jest także przedmiotem regulacji Kodeksu etyki lekarskiej, który w art. 30 umiejscowionym w rozdziale pierwszym, w jednostce poświęconej zagadnieniu pomocy chorym w stanach terminalnych, stanowi, że lekarz powinien dołożyć wszelkich starań, aby zapewnić choremu humanitarną opiekę terminalną i godne warunki umierania. Lekarz winien do końca łagodzić cierpienia chorych w stanach terminalnych i utrzymywać, w miarę możliwości, jakość kończącego się życia.

o zakładach opieki zdrowotnej, wprowadzono art. 19a u.z.o.z.⁷, który uregulował kwestię majątkowych środków ochrony praw pacjenta, przysługujących w razie zawinionego naruszenia konkretnych praw. Środki te obejmowały dwa rodzaje roszczeń: o zapłatę na rzecz poszkodowanego (pacjenta) odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę „na podstawie art. 448 Kodeksu cywilnego” (art. 19a ust. 1 u.z.o.z.) oraz – konkretnie i wyłącznie w razie zawinionego naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności: o zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny „na podstawie art. 448 Kodeksu cywilnego” na żądanie najbliższego członka rodziny, innego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego.

Całościowa regulacja instytucji praw pacjenta oraz środków ich ochrony prawnej nastąpiła dopiero w obowiązującej od 5 czerwca 2009 r. ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Prawo pacjenta do umierania⁸ w spokoju i godności⁹ zostało w niej unormowane w art. 20 ust. 2 u.p.p.¹⁰ i uznane za jeden z aspektów szerzej ujmowanego prawa do poszanowania¹¹ godności pacjenta¹², które w art.

7 Artykuł 19a został dodany przez art. 1 pkt 22 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. o zmianie ustawy o zakładach opieki zdrowotnej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 104, poz. 661); wskazana nowelizacja wprowadziła także zmiany art. 19 u.z.o.z., wskutek których o przysługiwaniu pacjentowi prawa do umierania w spokoju i godności stanowił art. 19 ust. 1 pkt 5 u.z.o.z.

8 Co się tyczy pojęcia umierania, wskazuje się, że jest to proces, który może być rozłożony w czasie lub bardzo dynamiczny; P. Grzesiewski, (w:) D. Karkowska (red.), Prawa pacjenta i Rzecznik Praw Pacjenta. Komentarz, e/Lex, kom. do art. 20. O pojęciach stanu terminalnego, wegetatywnego i umierania zob. M. Gawrońska-Charzewska, Prawa pacjenta w stanie terminalnym, (w:) U. Drodowska, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), Prawa pacjenta, Warszawa 2016, s. 147 i n. Autorka wyróżnia w stanie terminalnym fazę terminalną, a w jej ramach trzy okresy: preterminalny, terminalny i umierania (*ibidem*, s. 147), a uwzględniając obserwowaną obecnie zmianę pierwotnego znaczenia słowa „terminalny”, Autorka obejmuje nim trzy grupy pacjentów: w stanie terminalnym, umierających oraz znajdujących się w stanie trwale wegetatywnym i w śpiączce. W literaturze przyjmowane jest jednak także synonimiczne rozumienie pojęć: stan terminalny oraz umieranie.

9 W niniejszym opracowaniu podjęte zostały kwestie ochrony majątkowej; zagadnienie prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności ma jednak także bardzo doniosłe aspekty etyczne; zob. np. T. Dzierżanowski, J. Binnebesel, Godność w umieraniu, „Medycyna Paliatywna” 2019, nr 11(4), s. 156 i n.

10 Podkreślenia wymaga, że do 10 maja 2017 r. art. 20 ust. 2 u.p.p. stanowił, iż pacjent znajdujący się w stanie terminalnym ma prawo do świadczeń zdrowotnych zapewniających łagodzenie bólu i innych cierpień. Obecnie prawo pacjenta do leczenia bólu zostało uregulowane odrębnie w art. 20a u.p.p., co uzasadniało odpowiednią zmianę art. 20 ust. 2 u.p.p.

11 P. Grzesiewski (*op. cit.*, kom. do art. 20 u.p.p.) wskazuje, że ustawa nie statuuje prawa do intymności i godności pacjenta, lecz do poszanowania tych wartości, wynikających z Konstytucji lub nawet – gdy mowa o godności – pierwotnych względem państwa.

12 O pojęciu godności zob. M. Gawrońska-Charzewska, Prawa..., *op. cit.*, s. 149, a w perspektywie systemowej, w tym prawnomiędzynarodowej i konstytucyjnej, w szczególności L. Bosek, Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz, Warszawa 2020, s. 437–445, nb. 6 i n.

20 ust. 1 u.p.p. współtowarzyszy prawu do poszanowania intymności¹³. W celu realizacji prawa pacjenta unormowanego w art. 20 ust. 1 u.p.p. (a zatem również – prawa do umierania w spokoju i godności) na osoby wykonujące zawód medyczny został nałożony w art. 22 ust. 1 u.p.p. obowiązek postępowania w sposób zapewniający poszanowanie intymności i godności¹⁴.

Co się tyczy przyjętego współcześnie modelu ochrony praw pacjenta, to w ustawie o prawach pacjenta został on częściowo zmodyfikowany (o czym dalej), zachowano jednak dwoistość roszczeń ochronnych: o zapłatę zadośćuczynienia pieniężnego na rzecz poszkodowanego (art. 4 ust. 1 u.p.p.) oraz – w razie naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności – o zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny (art. 4 ust. 2 u.p.p.).

W syntetycznym ujęciu, niezbędnym wobec poświęcenia niniejszego opracowania konkretnie instytucji uregulowanej w art. 4 ust. 2 u.p.p., należy zauważyć, że koncepcja zakładająca przysługiwanie i ochronę wskazanego ostatnio prawa pacjenta opiera się na przekonaniu, iż pacjentowi w stanie terminalnym powinny być stworzone godne warunki zakończenia życia. Pojęcie spokoju, użyte w art. 20 ust. 2 i w art. 4 ust. 2 u.p.p., należy – z braku adekwatnych definicji ustawowych – rozumieć zgodnie z oboma znaczeniami tego słowa, przyjętymi w języku naturalnym, czyli – z perspektywy kondycji psychicznej pacjenta – jako ładu duchowego oraz stanu wewnętrznej równowagi i harmonii, oraz z perspektywy zewnętrznych warunków¹⁵, w jakich znajduje się pacjent – jako wyciszenia, powagi, refleksji, warunków do podsumowania życia, a dla osób wierzących także modlitwy¹⁶.

Systemowi prawa znane jest natomiast pojęcie godności, czyli drugie z pojęć określających treść omawianego prawa pacjenta. W analizie cywilnoprawnej szczególne znaczenie należy przypisać dwóm przejawom godności: godności osobistej

13 Zwraca się uwagę (L. Bosek, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 436, nb. 5), że w istocie mowa tu nie o jednym prawie, lecz o dwóch prawach, z których każde służy ochronie innej wartości (godności i intymności) pacjenta; tak również P. Grzesiewski, *op. cit.*, kom. do art. 20 u.p.p.

14 Znaczenie tej normy jest przedmiotem niejednorodnych ocen. L. Bosek (*Ustawa...*, *op. cit.*, s. 445, s. 21) twierdzi, że przepis ten został sformułowany tautologicznie i niewiele wnosi do procesu wykładni przepisów gwarantujących poszanowanie godności. Można jednak podnosić, iż użycie słowa „zapewniający”, nawiązującego do skutku starań o poszanowanie intymności i godności, wpływa na stwierdzenie *in casu*, czy doszło do naruszenia prawa – gdy sposób postępowania (podjęcia określonych działań lub ich zaniechania) nie zapewnił poszanowania wskazanych wyżej wartości.

15 P. Konieczniak, (w:) E. Zielińska (red. naczelna), *System Prawa Medycznego*: M. Boratyńska, P. Konieczniak (red. naukowa), *Regulacja prawna czynności medycznych*, Warszawa 2019, s. 436 wiąże prawo do umierania „w spokoju” z możliwością uzyskania przez pacjenta, „na ostatnie godziny życia”, „nawet w warunkach szpitalnych” „enklawy prywatności”.

16 U. Drozdowska (*Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta*, Warszawa 2007, s. 183) za dobro pacjenta uznaje „spokój konającego”, wskazując m.in. na brak obowiązku podejmowania i prowadzenia przez lekarza uporczywej terapii.

i godności osobowej. Godność osobista to wewnętrzny aspekt czci, czyli dobra osobistego utożsamianego z poczuciem własnej wartości, dobrym mniemaniem o sobie samym¹⁷. Z kolei godność osobowa to przyrodzona i niezbywalna godność człowieka jako osoby ludzkiej. Stosownie do art. 30 Konstytucji RP godność ta stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela, jest nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona stanowią obowiązek władz publicznych. Godność osobowa nie jest dobrem osobistym, natomiast jest uznawana za fundament wyróżniania dóbr osobistych, czyli wartości niemajątkowych, które mają dookreślać i chronić fizyczną i psychiczną integralność człowieka¹⁸.

W świetle powyższych uwag, uwzględniających oba znaczenia pojęcia godności, przydanie pacjentowi prawa do umierania w spokoju i godności ma służyć temu, aby odejściu pacjenta była nadana odpowiednia powaga¹⁹, aby człowiek będący w stanie terminalnym był traktowany w sposób honorujący jego ludzką: ogólnoludzką i osobistą godność, aby miał stworzone warunki do zakończenia życia z poczuciem, że jest kimś wartym uwagi, opieki, zapewnienia odejścia bez bólu, w stanie pojednania z sobą i bliskimi.

Na realizację (a w istocie – na uniknięcie ryzyka naruszenia) analizowanego prawa pacjenta składa się wiele czynności zmierzających do osiągnięcia jednego rezultatu – zapewnienia pacjentowi zakończenia życia w spokoju i godności²⁰. Temu celowi służy poszanowanie godności i intymności pacjenta (w aspektach nieobjętych stosowaniem art. 20 ust. 2 u.p.p.), zapewnienie obecności osoby bliskiej, poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego, w tym umożliwienie kontaktu albo odmowy kontaktu z innymi osobami, dodatkowej opieki pielęgnacyjnej, uzyskania odpowiednich informacji i świadczeń zdrowotnych stosownych do stanu pacjenta, w szczególności pozwalających na łagodzenie bólu, korzystanie z opieki duszpasterskiej, a w razie zagrożenia życia – umożliwienie pacjentowi kontaktu z duchownym jego wyznania²¹.

17 Godność osobista jest odróżniana od zewnętrznego aspektu czci, czyli dobrego imienia, reputacji, dobrej opinii, jaką inne osoby mają o wartości danego człowieka.

18 Godność w każdym z tych znaczeń może doznać naruszenia (odmiennie: P. Grzesiewski, *op. cit.*, kom. do art. 20 u.p.p.).

19 O powadze śmierci pisze U. Drozdowska, *Cywilnoprawna...*, *op. cit.*, s. 181. Powstają na tym tle kwestie, które wymagałyby odrębnego omówienia (z uwzględnieniem aspektów wykraczających poza analizę jurystyczną), dotyczące opieki paliatywnej, prawa do godnej śmierci, uporczywej terapii, honorowania oświadczonej wcześniej woli pacjenta nieprzytomnego, wyrażonej w oświadczeniu *pro futuro* lub w tzw. testamencie życia; zob. szerzej U. Drozdowska, *Cywilnoprawna...*, *op. cit.*, s. 183 i n.; J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią i paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 222 i n.; M. Gawrońska-Charzewska, *Prawa...*, *op. cit.*, s. 150 i n.), a także dopuszczalności udzielenia pełnomocnictwa medycznego (P. Grzesiewski, *op. cit.*, kom. do art. 20 u.p.p.).

20 Z tej perspektywy, akcentującej potrzebę utrzymywania jakości kończącego się życia, prawo do umierania w spokoju i godności jest ujmowane w nauce prawa (zob. w szczególności U. Drozdowska, *Cywilnoprawna...*, *op. cit.*, s. 181 i n.).

21 Zob. także M. Gawrońska-Charzewska, *Prawa...*, *op. cit.* 150 i n.

W istocie zatem środkiem pozwalającym na uzyskanie celu wiążanego z prawem pacjenta do umierania w spokoju i godności jest realizacja szeregu czynności, które odpowiadają treści odrębnych praw przysługujących wszystkim pacjentom, tyle że w analizowanym przypadku służących zaspokojeniu potrzeb osób wymagających pomocy odpowiednio dostosowanej do stanu terminalnego²².

Refleksja ta ma istotne znaczenie praktyczne w związku z przyjętym modelem roszczeń ochronnych przysługujących w razie zawinionego naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności.

Po pierwsze, prawa pacjenta mają charakter osobisty i wygasają wraz ze śmiercią pacjenta. Tylko ochrona wskazanego ostatnio prawa jest możliwa po śmierci pacjenta, na zasadach określonych w art. 4 ust. 2 u.p.p. W razie naruszenia poszczególnych, wymienionych wcześniej praw zasadniczo wraz ze śmiercią pacjenta ustaje możliwość dochodzenia roszczenia z art. 4 ust. 1 u.p.p., czyli żądania zapłaty zadośćuczynienia za doznaną przez pacjenta krzywdę. Jeśli jednak określone zachowania uchybiające ww. prawom stanowiły jednocześnie przejaw naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności, to możliwe będzie wystąpienie na podstawie art. 4 ust. 2 u.p.p. z żądaniem zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny.

Dzięki takiej konstrukcji prawnej istnieje możliwość podjęcia również po śmierci pacjenta stosownej reakcji na negatywnie oceniane zachowania względem chorego w terminalnym stadium jego życia. Ma to duże znaczenie nie tylko z perspektywy poczucia sprawiedliwości osób bliskich pacjentowi, który sam nie może już wystąpić z żądaniem, lecz także z powodu silnego oddziaływania prewencyjnego na sposób traktowania innych pacjentów w stanie terminalnym. Staje się bowiem oczywiste, że śmierć człowieka nie zamyka możliwości prawnej kontroli postępowania względem niego w ostatnim okresie życia.

Po drugie, do naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności mogą prowadzić zachowania mogące także uchybiać tylko niektórym lub wszystkim wymienionym uprzednio prawom pacjenta. Nawet postępowanie powodujące naruszenie jednego z praw, np. do łagodzenia bólu, może być uznane za uchybienie prawu pacjenta unormowanemu w art. 20 ust. 2 u.p.p., jeśli z tego powodu w określonych okolicznościach człowiekowi nie zostało zapewnione odejście w warunkach spokoju i poszanowania jego ludzkiej i osobistej godności. Postaci naruszeń mogą być zatem różne, stosownie do okoliczności, w jakich następowało odchodzenie pacjenta, natomiast istotne jest powiązanie konkretnych zachowań z terminalnym stadium życia pacjenta oraz wywołanie skutku w postaci niezapewnienia pacjentowi umierania w spokoju i godności. Okoliczność, że do naruszeń doszło w stanie terminalnym,

22 Trafnie wskazuje się (M. Gawrońska-Charzewska, *Prawa...*, *op. cit.* s. 149; P. Grzesiewski, *op. cit.*, kom. do art. 20 u.p.p.), że pacjentowi znajdującemu się u kresu życia przysługują wszystkie prawa pacjenta.

zmienia zresztą częstokroć wymiar i kontekst naruszenia; inaczej będzie kształtowała się ocena naruszenia prawa do opieki duszpasterskiej w razie możliwości skorzystania z tej opieki w następnych dniach, a inaczej – jeśli pacjent zmarł, nie doczekawszy się ostatniego namaszczenia.

Po trzecie, prawo do umierania w spokoju i godności nie powinno być jednak uznawane za sumę innych praw pacjenta, powiązanych sytuacyjnie z etapem umierania osoby chorej. Jest to niewątpliwie odrębne prawo pacjenta, o czym świadczy nie tylko fakt jego samoistnej regulacji, lecz także odrębności treści, niewyczerpującej się w treści innych praw przysługujących pacjentom. Oprócz aspektów nawiązujących do wymienionych wyżej poszczególnych praw, prawo unormowane w art. 20 ust. 2 u.p.p. ma także własną zawartość treściową, która dopełnia ochronny cel normy w postaci zapewnienia pacjentowi odejścia w spokoju i godności. W konsekwencji także naruszenie tego prawa może przejawiać się w zachowaniach niebędących jednocześnie aktem uchybienia innym prawom pacjenta.

2. Umiejscowienie systemowe prawa do umierania w spokoju i godności

W juretrycznej konstrukcji praw pacjenta upatruje się związków z prawami człowieka²³ oraz wskazuje na konstytucyjne osnowy praw pacjenta²⁴. Po wprowadzeniu tej instytucji do systemu prawa z faktu regulacji praw pacjenta przez akty prawne zaliczane do materialnego prawa administracyjnego, w tym przez ustawę o zakładach opieki zdrowotnej, wywodzono, że prawa pacjenta mają charakter administracyjnoprawny²⁵, z biegiem lat coraz silniej akcentując jednak horyzontalny wymiar tych praw²⁶ oraz związek ochrony praw pacjenta z ochroną dóbr osobistych człowieka²⁷. Kwestia ta, angażująca styk prawa publicznego i prywatnego, nie została dotychczas

23 O koncepcji praw pacjenta zob. U. Drozdowska, *Cywilnoprawna...*, *op. cit.*, s. 71 i n., która prawa pacjenta uznaje za podmiotowe prawa człowieka – s. 79; M. Gawrońska-Charzewska, *Prawa...*, *op. cit.*, s. 146.

24 Zob. szerzej J. Bujny, *Prawa...*, *op. cit.*, s. 33 i n.

25 U. Drozdowska, *Cywilnoprawna...*, *op. cit.*, s. 77; J. Bujny, *Prawa...*, *op. cit.*, s. 27.

26 Wskazuje się, że rozwój koncepcji udzielania świadczeń zdrowotnych w ramach stosunków zobowiązaniowych (także wskutek rozwijania się prywatnej opieki zdrowotnej) uzasadnia włączanie do treści tych stosunków uprawnień wynikających z praw pacjenta (zob. U. Drozdowska, *Cywilnoprawna...*, *op. cit.*, s. 78 i n.).

27 Zob. m.in. L. Bosek, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 434–435, nb. 1. Tematyka relacji między prawami pacjenta i dobrami osobistymi (prawami podmiotowymi osobistymi) jest odrębnym zagadnieniem, zdecydowanie wykraczającym poza ramy niniejszego opracowania; w tej kwestii zob. w szczególności B. Janiszewska, *Ochrona poufności pacjenta z perspektywy prawa cywilnego*, „Białostockie Studia Prawnicze 2020, vol. 25 nr 2, s. 11 i n. W tym miejscu można jedynie wskazać, że są to dwa odrębne przedmioty ochrony, ponadto z powodu specyfiki prawa do umierania w spokoju i godności nie występuje kolizja ochrony tego prawa z ochroną dóbr osobistych pacjenta; wartość

jednoznacznie rozstrzygnięta, nawet po kompleksowym unormowaniu praw pacjenta²⁸. Nie ujmując znaczenia temu problemowi jurydycznemu²⁹, wypada jednak wskazać, że z punktu widzenia tematu niniejszego opracowania, dotyczącego konkretnie art. 4 ust. 2 u.p.p., podstawowe znaczenie ma nie kwalifikacja praw pacjenta jako publicznych albo prywatnych praw podmiotowych, lecz okoliczność, że przydane uprawnionemu roszczenie ochronne bezsprzecznie ma charakter cywilnoprawny, wobec czego może być dochodzone na drodze postępowania sądowego.

Umieszczenie tego roszczenia w szerszym kontekście systemowym wymaga zarysowania przyjętych w kodeksie cywilnym rozwiązań, dotyczących kompensacji krzywdy doznanej wskutek naruszenia dóbr osobistych człowieka. Stanowiły one bowiem wzorzec dla unormowań zawartych w art. 4 ust. 1 i ust. 2 u.p.p.

W art. 361 § 2 k.c. wyrażona została zasada, że – w granicach wyznaczonych za pomocą przesłanki adekwatnego związku przyczynowego – w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Użyte w tym przepisie pojęcie szkody jest rozumiane szeroko, tzn. obejmuje zarówno szkodę majątkową, jak i niemajątkową, w tym krzywdę. Pojęcie strat i niezyskanych korzyści odnosi się jednak wyłącznie do szkody majątkowej, co oznacza, że poszkodowany uprawniony do odszkodowania może zasadniczo, czyli bez odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, domagać się jedynie naprawienia szkody majątkowej, a ponadto – wyłącznie w zakresie strat i niezyskanych korzyści. Kompensacja krzywdy zasadniczo wchodzi natomiast w rachubę, jeśli tak stanowi „odmienny przepis ustawy”³⁰. Kilka takich przypadków zostało unormowanych w kodeksie cywilnym (m.in. w art. 444 w zw. z art. 445 k.c. oraz w art. 448 k.c.).

Co do zasady, tzn. z pominięciem w tym miejscu sporów o wykładnię art. 448 k.c., model kompensacji krzywdy jest taki, że w sytuacji wyrządzenia krzywdy wskutek deliktowego naruszenia dóbr osobistych podmiot prawa może żądać zapłaty odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia (art. 445 § 1 i 2 k.c., art. 448 zd. 1 *in medio* k.c.). Każde z tych roszczeń przysługuje jedynie osobie, której dobra osobiste

chroniona dzięki temu prawu nie powinna być bowiem utożsamiana z dobrem osobistym kultu pamięci osoby zmarłej.

28 Zob. np. K. Sałbut, (w:) L. Bosek (red.), *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 52, nb. 5, która prawa pacjenta uznaje za bezwzględne prawa podmiotowe, czyli, –jak należy wnosić – prawa podmiotowe w rozumieniu prawa cywilnego.

29 Zagadnienie kwalifikacji jurydycznej praw pacjenta ma, co oczywiste, dużą doniosłość prawną. Jego rozstrzygnięcie pozwala bowiem na rozważenie szczegółowych kwestii związanych z realizacją praw pacjenta. W szczególności okoliczność, że nie są to prawa podmiotowe w ujęciu prawa cywilnego, powoduje, iż pacjent, powołując się na przysługujące mu prawo podmiotowe, nie może na drodze postępowania sądowego dochodzić świadczenia, np. zobowiązania lekarza do udzielenia określonych informacji medycznych.

30 W kontekście stosowania art. 4 ust. 2 u.p.p. zob. L. Bosek, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 99, nb. 122.

doznały naruszenia, a nie innym osobom, choćby czuły się pośrednio poszkodowane lub cierpiały, obserwując osobę bezpośrednio poszkodowaną³¹. Od tak ujętej zasady ustawodawca odchodzi w pewnych przypadkach, przydając roszczenie o zapłatę za doścućczynienia także bez wyrażonego jednoznacznie wymagania, by krzywda była konkretnie skutkiem naruszenia dobra osobistego, a ponadto uposażając w to roszczenie najbliższych członków rodziny poszkodowanego, czyli osoby pośrednio poszkodowane (art. 446 § 4 k.c., art. 446² k.c.).

Dla dalszej analizy istotne znaczenie ma wskazanie, że na koncepcji kompensacji krzywdy, odzwierciedlonej w art. 448 k.c., oparte zostało – z pewnymi odmiennościami – rozwiązanie przyjęte najpierw w art. 19a ust. 1 u.z.o.z., a obecnie w art. 4 ust. 1 u.p.p. Dalej idące odstępstwa wykazuje natomiast instytucja unormowana w art. 4 ust. 2 u.p.p., dotycząca konkretnie naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności. Możliwość wystąpienia z żądaniem została bowiem przydana podmiotom innym niż pacjent w sytuacji, w której to nie ich prawa – o charakterze osobistym – doznały naruszenia. Ponadto podmiotów uprawnionych jest kilka, co rodzi konieczność rozważenia procesowych skutków działania osób dysponujących legitymacją czynną do wystąpienia na drogę postępowania cywilnego. Kolejnym istotnym elementem różnicującym to unormowanie od art. 448 k.c. i art. 4 ust. 1 u.p.p., jak i wymienionych powyżej art. 445, art. 446 § 4 i art. 446² k.c., jest niewskazanie krzywdy³² pacjenta lub osób wymienionych w art. 4 ust. 2 u.p.p. wśród przesłanek powstania roszczenia³³. Tej kwestii należy poświęcić kilka odrębnych uwag.

Żądanie zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny jest znane systemowi prawa cywilnego, gdyż zostało przewidziane w art. 448 zd. 1 *in fine* k.c. Przyjęte tam rozwiązanie nie pomija jednak przesłanki krzywdy i choć adekwatny, nawiązujący do niej fragment przepisu powiązany jest konkretnie z doścućczynieniem pieniężnym dla tego, czyje dobro osobiste zostało naruszone, to wpływa na sposób odczytywania całego art. 448 k.c., także w części dotyczącej zapłaty na wskazany cel społeczny. Wydźwięk unormowania zawartego w art. 448 k.c. wydaje się zatem taki, że w razie doznania krzywdy wskutek naruszenia dobra osobi-

31 Ponadto osoba, której dobra osobiste doznały naruszenia, może żądać odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany przez ten podmiot cel społeczny (art. 448 zd. 1 *in fine* k.c.).

32 Niesformułowanie wprost przesłanki doznania krzywdy przez pacjenta mogło mieć swe źródło w obawie prawodawcy, że niejednokrotnie pacjent umierający jest nieprzytomny, wobec czego wątpliwości mogłaby budzić możliwość wykazania, że doznał krzywdy, związanej z cierpieniem psychicznym lub bólem fizycznym. W istocie jednak obawy takie nie powinny wystąpić, gdyż także w wykładni przepisów dotyczących ochrony dóbr osobistych utrwalone jest stanowisko o możliwości ustalenia, że osoba – mimo nieprzytomności lub wieku – doznała krzywdy, która może podlegać stosownej kompensacji (w tej kwestii zob. także K. Sałbut, *op. cit.*, s. 65–66, nb. 38 i powołana tam literatura).

33 Zob. jednak L. Bosek (Ustawa..., *op. cit.*, s. 103, nb. 131), zdaniem którego w na tle art. 4 ust. 2 u.p.p. powinno się uwzględnić szeroko rozumianą krzywdę, niebędącą „wyłącznie skutkiem naruszenia dobra osobistego, lecz także innych interesów niemajątkowych (...)”.

stego temu, czyje dobro zostało naruszone, sąd może przyznać zadośćuczynienie lub „na jego żądanie”, czyli w razie uznania przez uprawnionego, że nie chce dochodzić zadośćuczynienia – zasądzić odpowiednią sumę pieniężną na wskazany przez niego cel społeczny. Oznacza to, że mimo doznania krzywdy uprawniony wybiera inny środek ochrony, nieograniczony tak silnie jak zadośćuczynienie kompensacyjną funkcją „odpowiedniej sumy pieniężnej”³⁴. Zapłata jest w tym przypadku traktowana jako pełniąca funkcję satysfakcyjną, w której mogą być uwzględniane różne cele, w tym represyjne – bez wykluczenia jednak kompensacji krzywdy, np. dzięki świadomości przysporzenia dobra wskutek udzielenia wsparcia celowi społecznemu.

Sposób ujęcia art. 4 ust. 2 u.p.p., pomijającego przesłankę krzywdy, ma nie tylko oczywisty wpływ na wyniki wykładni przepisu, a w konsekwencji również zakres skutków stosowania tej regulacji w praktyce, lecz – w szerszej perspektywie – oddziałuje na postrzeganie jej jako elementu systemu prawa. Mowa tu przede wszystkim o kwestii wzajemnych relacji między roszczeniami unormowanymi w art. 4 ust. 1 i ust. 2 u.p.p., uzależnionych od przypisania im określonych funkcji, stanowiących niejako azymut w ustalaniu, jakiej wysokości suma będzie „odpowiednia”, czyli będzie realizowała cele przypisane omawianej instytucji prawa. Uznanie krzywdy za przesłankę takiego zasądzenia czyniłoby uzasadnionym założenie, że przyznanie odpowiedniej sumy pełni zasadniczo funkcję kompensacyjną, czyli ma służyć wyrównaniu, środkiem majątkowym, cierpienia i bólu doznanego wskutek naruszenia prawa pacjenta, z uwzględnieniem zależności między wielkością krzywdy i wysokością zasądzanej kwoty.

Pominięcie przesłanki krzywdy, z jednoczesnym zachowaniem kryterium „odpowiedniej sumy”, powoduje natomiast potrzebę samodzielnego poszukiwania, czy i w jakim stopniu sensem instytucji jest prewencyjne (zapobiegawcze) lub represyjne³⁵ oddziaływanie na praktykę wykonywania opieki nad umierającym pacjentem, czy może realne wsparcie określonego celu społecznego (sumą odpowiednią do rangi tego celu) albo danie odpowiedniej satysfakcji osobom występującym z żądaniem lub – jednak – kompensacja, niewymienionej wprawdzie w art. 4 ust. 2 u.p.p., krzywdy³⁶, która z powodu śmierci pacjenta nie mogła być zniwelowana zapłatą zadośćuczynienia zasądzanego na jego rzecz na podstawie art. 4 ust. 1 u.p.p. Nie trzeba szerzej wy-

34 O kompensacyjnej roli zadośćuczynienia zob. K. Sałbut, *op. cit.*, s. 89/90, nb. 98.

35 O funkcji represyjnej pisze w odniesieniu do art. 4 ust. 2 u.p.p. M. Wałachowska, (w:) M. Fras, M. Habdas (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, t. III: Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, kom. do art. 448 k.c., pkt 9, e/Lex 2018.

36 Nie jest wykluczone, że prawodawca celowo pominął tę przesłankę, ponieważ w innym razie byłaby to krzywda pacjenta (który nie żyje, toteż nie ma możliwości kompensacji doznanej przez niego krzywdy), a nie krzywda osób legitymowanych do wystąpienia z żądaniem; odmiennie L. Bosek, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 105, nb. 135, który wśród kryteriów ustalania odpowiedniej sumy pieniężnej wymienia rozmiar „krzywdy osoby bliskiej pokrzywdzonego pacjenta, spowodowanej naruszeniem jego prawa do umierania w spokoju i godności”.

jaśniać, że takie poszukiwania, w praktyce orzeczniczej polegające na podejmowaniu od sprawy do sprawy prób kształtowania możliwie spójnej koncepcji sądowego stosowania prawa (zwłaszcza w kwestii wysokości zasądzanych sum), stwarzają ryzyko istotnie odmiennych rozstrzygnięć w zbliżonych stanach faktycznych, co jest sytuacją zdecydowanie niepożądaną przez strony postępowania.

Trudności związanych z rezygnacją z przesłanki krzywdy nie usuwa zawarte w art. 4 ust. 2 u.p.p. odesłanie do art. 448 k.c., w którym mowa o doznaniu krzywdy. Odesłanie to nie oznacza bowiem, że krzywda staje się także przesłanką zasądzenia odpowiedniej sumy na podstawie art. 4 ust. 2 u.p.p. Po pierwsze, tożsame wskazanie na „podstawę art. 448 k.c.” widnieje w art. 4 ust. 1 u.p.p., w którym jednak wyraźnie mowa także o doznaniu przez pacjenta krzywdy wskutek naruszenia przysługującego mu prawa pacjenta. Oznacza to, że przesłanka krzywdy w stosowaniu art. 4 ust. 1 i ust. 2 u.p.p. nie powinna być wywodzona z art. 448 k.c., do którego odsyłają oba te przepisy. Po drugie, rzeczywista rola odesłania do art. 448 k.c. nie polega na uzupełnieniu art. 4 u.p.p. o określone przesłanki powstania roszczenia.

Kwestia ta, w istocie wspólna także dla ustalenia zakresu stosowania art. 4 ust. 1 u.p.p., wymagałaby obszernej analizy, wykraczającej poza ramy i zasadniczy cel niniejszego opracowania. Konieczne wydaje się jednak wskazanie, że – wbrew brzmieniu art. 4 ust. 2 *in fine* u.p.p. – art. 448 k.c. nie stanowi podstawy prawnej zasądzenia odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny. Przydanie mu takiej roli, w razie literalnego odczytania art. 4 ust. 2 u.p.p., prowadziłoby do niemożliwego do zaakceptowania skutku w postaci ograniczenia, a nawet – zmarginalizowania praktycznego znaczenia środków majątkowej ochrony praw pacjenta. Uwzględnienie żądania zapłaty mogłoby bowiem nastąpić jedynie po spełnieniu nie tylko przesłanek wskazanych w art. 4 ust. 1 lub ust. 2 u.p.p., lecz ponadto przesłanek działania art. 448 k.c., w tym naruszenia dobra osobistego. Rzecz nie tylko w tym, że prawami pacjenta chronione są specyficzne wartości, mające charakter inny niż dobra osobiste, lecz w tym, że spełnienie podstaw zastosowania art. 448 k.c. samo w sobie stwarzałoby człowiekowi szersze możliwości uzyskania ochrony niż to, co oferuje art. 4 u.p.p.; powstawałoby zatem pytanie o celowość wprowadzenia do systemu prawa regulacji majątkowych środków ochrony praw pacjenta.

Zamiast upatrywania rzekomej podstawy zasądzenia roszczeń w związku z naruszeniem praw pacjenta³⁷ art. 448 k.c. powinien być pojmowany jako ogólne nawiązanie do podobieństwa konstrukcji prawnej obu unormowań – które niewątpliwie

37 Podstawy takiej, w sensie ścisłym, nie można byłoby upatrywać zwłaszcza w przypadku naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności, uregulowanego w art. 4 ust. 2 u.p.p. Strona podmiotowa wynikającej z tego przepisu normy (o czym mowa w dalszych wywodach) nie przystaje bowiem w żadnej mierze do podmiotowego aspektu działania art. 448 k.c. Z roszczeniami, o których mowa we wskazanym ostatnio przepisie, może bowiem wystąpić wyłącznie ten, czyje dobro osobiste zostało naruszone, a nie – jak w art. 4 ust. 2 u.p.p. – jego małżonek, bliżej określony krewny lub powinowaty albo przedstawiciel ustawowy.

istnieje, gdyż koncepcyjną bazą dla środków majątkowej ochrony praw pacjenta pozostają instytucje służące majątkowej ochronie naruszonych dóbr osobistych. Odesłanie do art. 448 k.c. stwarza silne uzasadnienie dla wykorzystania w wykładni i stosowaniu art. 4 ust. 2 u.p.p. koncepcji wypracowanych na tle art. 448 k.c. co do pojęć odpowiedniej sumy pieniężnej, wskazanego celu społecznego oraz założeń dotyczących stosowania tego unormowania³⁸.

3. Roszczenie o zapłatę w razie zawinionego naruszenia prawa

W wykładni art. 4 ust. 2 u.p.p., zwłaszcza w części dotyczącej pojęć naruszenia (prawa pacjenta³⁹), winy⁴⁰ oraz charakteru powstałego roszczenia o zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny, zasadne jest – jak wskazano uprzednio – wykorzystanie bogatego dorobku nauki prawa i orzecznictwa, wypracowanego na tle art. 448 k.c. w brzmieniu nadanym wskutek nowelizacji w 1996 r.⁴¹ Samodzielna interpretacja art. 4 ust. 2 u.p.p. jest natomiast potrzebna w celu określenia strony podmiotowej roszczenia⁴², szczególnie w dwóch poddanych poniżej analizie kwestiach: pozycji prawnej przedstawiciela ustawowego pacjenta oraz możliwości wystąpienia z żądaniem ochrony przez samego pacjenta.

38 W tej kwestii zob. także L. Bosek, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 100–101, nb. 125.

39 Zob. szerzej U. Drozdowska, *Cywilnoprawna...*, *op. cit.*, s. 199 i n.

40 Niewątpliwie pojęcie winy (zawinionego naruszenia prawa pacjenta) należy rozumieć z uwzględnieniem znaczenia tego pojęcia przyjmowanego w prawie cywilnym, skoro mowa o przesłance powstania roszczenia cywilnoprawnego. Wypada jedynie zaznaczyć, że wina jako przesłanka odpowiedzialności, np. na podstawie art. 415 k.c., jest rozumiana jako obejmująca dwa aspekty: obiektywny (bezprawność, czyli sprzeczność zachowania z normami wynikającymi z ustawy lub z zasad współżycia społecznego) i subiektywny, który – w pewnym uproszczeniu – można utożsamić z niezachowaniem należytej staranności. W analizowanym przypadku zachowaniem negatywnie ocenianym z perspektywy porządku prawnego jest „naruszenie praw pacjenta”, a „zawinienie” obejmuje aspekt subiektywny, czyli dotyczący niezachowania należytej staranności. Wobec niewskazania w art. 4 ust. 2 (jak i ust. 1) u.p.p. stopnia winy należy uznać, że roszczenie o zapłatę powstaje w razie każdego zawinionego naruszenia praw pacjenta, także w przypadku winy nieumyślnej (w tym lekkomyślności albo niedbalstwa), w tym najłżejszej postaci winy. Tak samo jak w przypadku stosowania przepisów o ochronie dóbr osobistych (art. 445, art. 448 k.c.) stopień winy może jednak wpływać na wysokość przyznanego zadośćuczynienia lub zapłaty na wskazany cel społeczny.

41 Ustawa z dnia 23 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 114, poz. 542).

42 Na tle wykładni art. 19a ust. 2 u.z.o.z. zajęto stanowisko (które z uwagi na zbieżność regulacji może być odniesione także do art. 4 ust. 2 u.p.p.), że przywołany przepis nie stanowi podstawy prawnej roszczenia (materialnoprawnego), a jedynie przepis proceduralny, w ramach którego ochronie podlegałyby (pośmiertnie) dobra osobiste samego pacjenta; ten pogląd, przywoływany przez U. Drozdowską (*Cywilnoprawna...*, *op. cit.*, s. 335) wydaje się dyskusyjny; regulacje te są podstawą prawną roszczenia materialnoprawnego, tyle że ww. przepisy określają grono osób legitymowanych czynnie do wystąpienia z powództwem.

Rozważenie tych aspektów stosowania art. 4 ust. 2 u.p.p. warto poprzedzić przypomnieniem, że zgodnie z obowiązującym poprzednio art. 19a ust. 2 u.z.o.z. z żądaniem zapłaty mógł wystąpić, *verba legis*: najbliższy członek rodziny, inny przedstawiciel ustawowy lub opiekun faktyczny. W przepisie nie wskazano wprost, czy punktem odniesienia dla przypisania tym osobom legitymacji czynnej jest relacja z pacjentem, który doznał naruszenia prawa, lecz taki wniosek należało wyprowadzić z logiki analizowanej instytucji. Legitymacja do wystąpienia z żądaniem przysługiwała zatem wyłącznie osobom pozostającym z pacjentem w bliżej sprecyzowanych relacjach rodzinnych (najbliższy członek rodziny), prawnych (przedstawiciel ustawowy) lub faktycznych (opiekun faktyczny) – z zastrzeżeniem, że w tym ostatnim przypadku określone ukształtowanie się stosunków faktycznych uzyskiwało, w zakresie stosowania art. 19a ust. 2 u.z.o.z., wynikający z tego przepisu wymiar prawny.

Współcześnie grono osób legitymowanych czynnie zostało w art. 4 ust. 2 u.p.p. określone ściśle i obejmuje małżonka, krewnych lub powinowatych do drugiego stopnia w linii prostej lub przedstawiciela ustawowego – w domyśle: pacjenta, który doznał naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności. Katalog osób uprawnionych jest zamknięty, a kryteria zaliczenia do niego danej osoby są jednoznacznie sprecyzowane i pozbawione elementu ocenności, który we wcześniejszym stanie prawnym cechował kategorię najbliższych członków rodziny oraz opiekunów faktycznych.

Określenie kręgu uprawnionych nawiązuje częściowo do definicji terminu „osoba bliska”, zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 2 u.p.p., a obejmującej swą treścią małżonka, krewnego do drugiego stopnia lub powinowatego do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciela ustawowego, osobę pozostającą we wspólnym pożyciu lub osobę wskazaną przez pacjenta. Ujęcie podmiotów legitymowanych na podstawie art. 4 ust. 2 u.p.p. jest jednak węższe od kategorii osób bliskich w trzech punktach: ograniczenia krewnych wyłącznie do krewnych do drugiego stopnia w linii prostej (podczas gdy osobami bliskimi są wszyscy krewni do drugiego stopnia, również w linii bocznej), a także eliminacji osób pozostających z pacjentem we wspólnym pożyciu oraz osób wskazanych przez pacjenta.

Z kolejnością wyliczenia osób uprawnionych do wystąpienia z żądaniem nie wiąże się sekwencyjność przysługiwania uprawnienia, co oznacza, że osoby wymienione w dalszej kolejności nie stają się uprawnione do żądania zapłaty dopiero w razie nieskorzystania z tej możliwości przez osoby wskazane w art. 4 ust. 2 u.p.p. w pierwszym rzędzie. Nie jest wykluczone zakwalifikowanie jednej osoby do grona uprawnionych z dwóch podstaw, np. jako małżonka i jednocześnie przedstawiciela ustawowego pacjenta, lecz taki status nie przydaje osobie silniejszej pozycji procesowej, a w szczególności nie oznacza jakiegokolwiek pierwszeństwa w wystąpieniu z żądaniem. Ponadto na ogólnych zasadach z żądaniem może wystąpić Prokurator oraz – na prawach przysługujących prokuratorowi – Rzecznik Praw Pacjenta (art. 55 u.p.p.). Możliwość wystąpienia przez te podmioty ma istotne znaczenie, zwłaszcza

gdy w danym przypadku nie istnieją osoby wymienione w art. 4 ust. 2 u.p.p., gdyż pacjent nie pozostawał w związku małżeńskim, nie miał przedstawiciela ustawowego lub krewnych czy powinowatych do drugiego stopnia, ewentualnie – osoby te wskazują się nieporadnością lub brakiem inicjatywy, mimo drastyczności naruszenia⁴³.

3.1. Przedstawiciel ustawowy

Pierwsza kwestia sporna dotyczy pozycji prawnej przedstawiciela ustawowego jako podmiotu uprawnionego do wystąpienia z żądaniem zapłaty. Wstępnie wypada zauważyć, że mimo użycia zwrotu „przedstawiciel ustawowy (pacjenta)” w liczbie pojedynczej, za uprawnionego należy uznać każdego z dwóch przedstawicieli ustawowych, jeśli pacjent pozostawał pod władzą rodzicielską obojga rodziców albo pod ustanowioną na jego rzecz opieką powierzoną małżonkom (art. 146 k.r.o.). Zasadnicze znaczenie ma natomiast wnikięcie w sens przyjętego w tym punkcie rozwiązania normatywnego w dwóch aspektach: powiązania legitymacji czynnej ze statusem przedstawiciela ustawowego mimo śmierci pacjenta oraz przydania uprawnienia do żądania zapłaty osobie będącej przedstawicielem ustawowym.

Co się tyczy aspektu wyróżnionego jako pierwszy, to wcześniej wskazano już, że zasadą wyrażoną w art. 4 ust. 1 u.p.p. jest przysługiwanie roszczenia o zapłatę wyłącznie pacjentowi, który doznał krzywdy wskutek zawinionego naruszenia bliżej określonych praw pacjenta, natomiast unormowanie zawarte w art. 4 ust. 2 u.p.p. wprowadza specyficzne rozwiązanie, dostosowane konkretnie do przypadku takiegoż naruszenia prawa do umierania w spokoju i godności. Nie sposób nie dostrzec, że w przywołanym ostatnio przepisie nie został wymieniony sam pacjent. W efekcie, mimo że to jego prawo doznało naruszenia, uprawnienie do żądania zapłaty przysługuje wyłącznie innym osobom. Zarówno z takiego określenia podmiotów legitymowanych czynnie do wystąpienia z żądaniem, jak i z istoty analizowanego prawa należy wnosić, że dochodzenie zapłaty na podstawie art. 4 ust. 2 u.p.p., czyli na wskazywany cel społeczny, wchodzi w rachubę jedynie w razie śmierci pacjenta, a podstawą faktyczną roszczenia procesowego jest wskazanie, że śmierć ta nastąpiła w warunkach uchybienia prawu pacjenta do umierania w spokoju i godności, tzn. za życia pacjenta doszło do naruszenia przysługującego mu prawa.

Skoro jednak wystąpienie z żądaniem zapłaty następuje po śmierci pacjenta, to powstaje pytanie o sens przydania legitymacji czynnej jego przedstawicielowi ustawowemu. Z chwilą śmierci pacjenta istniejące uprzednio przedstawicielstwo ustawowe wygasa, toteż przedstawiciel ustawowy (rodzic wykonujący władzę rodzicielską, opiekun prawny małoletniego, opiekun osoby ubezwłasnowolnionej, kurator-przedstawiciel ustawowy) traci swój dotychczasowy status. Uwzględnienie faktu

43 Możliwość żądania zapłaty nie przysługuje natomiast instytucji realizującej cel społeczny, mimo że należy ona do kręgu potencjalnych beneficjentów zasądzenia odpowiedniej sumy, o której stanowi art. 4 ust. 2 u.p.p.

wygaśnięcia przedstawicielstwa ustawowego powinno zatem prowadzić do wniosku, że art. 4 ust. 2 u.p.p. w tej części, w której odnosi się do przedstawiciela ustawowego, nie ma w istocie rzeczywistej treści normatywnej, gdyż zbiór przedstawicieli ustawowych zmarłego pacjenta jest pusty. Te same zastrzeżenia musiałyby zostać zgłoszone do sposobu sformułowania treści obowiązującego wcześniej art. 19a ust. 2 u.z.o.z., i to zarówno w odniesieniu do wymienionego w nim przedstawiciela ustawowego, jak i opiekuna faktycznego, który wszak po śmierci pacjenta nie wykonuje już względem niego czynności opiekuńczych.

Wydaje się, że w przypadku obu wskazanych wyżej regulacji ustawodawca przedłożył komunikatywność normy nad precyzję terminologiczną, to znaczy zdecydował się na użycie terminów o określonym znaczeniu – poza zakresem ich stosowania, lecz ostatecznie bez uszczerbku dla ścisłego wyznaczenia ram podmiotowych przysługiwania roszczenia o zapłatę. W istocie zatem w świetle art. 4 ust. 2 u.p.p. legitymacja czynna przysługuje byłemu przedstawicielowi ustawowemu pacjenta tak samo jak dotychczasowemu małżonkowi. Śmierć pacjenta powoduje ustanie tych relacji, lecz pozostają one punktem odniesienia dla wyznaczenia kręgu osób uprawnionych do wystąpienia z powództwem.

Drugi z zarysowanych wyżej aspektów zagadnienia dotyczy tego, czy możliwość zgłoszenia żądania przysługuje samemu przedstawicielowi ustawowemu – czy temuż przedstawicielowi, lecz wyłącznie jako osobie reprezentującej pacjenta (czyli jeszcze za jego życia). Udzielenie aprobaty drugiemu z tych stanowisk oznaczałoby, że powodem w sprawie jest w istocie pacjent, tyle że reprezentowany przez swego przedstawiciela ustawowego. Zasadny wydaje się pierwszy z wymienionych poglądów, oparty na przekonaniu, że przedstawicielowi ustawowemu pacjenta przydana jest własna legitymacja procesowa czynna do wystąpienia z powództwem. Nawiązanie natomiast do statusu przedstawiciela służy jedynie skonkretyzowaniu osoby uprawnionej, a nie wskazaniu, iż z roszczeniem unormowanym w art. 4 ust. 2 u.p.p. występuje w rzeczywistości pacjent niedysponujący zdolnością procesową i z tej przyczyny wymagający odpowiedniej reprezentacji.

Za wyrażonym tu poglądem przemawia, po pierwsze, ten argument, że pacjent nie został wymieniony w art. 4 ust. 2 u.p.p. jako uprawniony do wystąpienia z powództwem, tymczasem przepis ten, jako określający grono podmiotów legitymowanych do zgłoszenia żądania, powinien być interpretowany ściśle. Wobec jednoznacznego wskazania osób dysponujących legitymacją procesową czynną trzeba zatem uznać, że pacjent – czy to działający samodzielnie, czy reprezentowany przez przedstawiciela ustawowego – nie może w ogóle wystąpić z żądaniem zapłaty odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny. Trudno byłoby bowiem założyć, że możliwość zgłoszenia takiego żądania na podstawie art. 4 ust. 2 u.p.p. przysługuje wyłącznie pacjentom reprezentowanym przez przedstawicieli ustawowych, podczas gdy jednocześnie są jej pozbawieni pacjenci dysponujący pełną zdolnością do czynności prawnych. Takie różnicowanie przysługiwania pacjentowi roszczeń ochronnych w zależności

od – w istocie przypadkowego – kryterium reprezentacji nie miałyby uzasadnienia prawnego.

Po drugie, z użycia słowa „umieranie”, oznaczającego pewien proces, można wywodzić, że w razie jego przedłużania się z żądaniem wywodzonym z naruszenia prawa do umierania w spokoju i godności może zdołać wystąpić sam pacjent: samodzielnie lub reprezentowany przez przedstawiciela ustawowego. Ta obserwacja nie oznacza jednak, że pod przywołanymi w art. 4 ust. 2 u.p.p. słowami „przedstawiciel ustawowy” kryje się w istocie sam pacjent, tyle że reprezentowany przez swego przedstawiciela. W opisanym wyżej przypadku żyjący nadal pacjent mógłby bowiem dochodzić jedynie zapłaty zadośćuczynienia na swoją rzecz, a nie odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny (art. 4 ust. 2 u.p.p.). W art. 4 ust. 1 u.p.p. nie został natomiast, co oczywiste, wymieniony przedstawiciel ustawowy pacjenta, ponieważ kompetencja tego przedstawiciela do reprezentacji uprawnionego (pacjenta) wynika w tym przypadku z zasad ogólnych i nie wymaga wyraźnego wskazywania.

Po trzecie, zbliżone założenia co do przydania przedstawicielowi ustawowemu pacjenta własnej kompetencji do składania oświadczeń woli, niebędących przejawem reprezentacji pacjenta, towarzyszyły uregulowaniu w ustawie o zawodach lekarza kwestii wyrażania albo odmowy tzw. zgody medycznej, czyli zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Do wykonania czynności medycznych dotyczących pacjenta małoletniego, który ukończył 16 lat, konieczne jest uzyskanie tzw. zgody podwójnej: pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego (art. 32 ust. 2 i ust. 5 u.z.l.). Uprawnienie do wyrażenia (albo odmowy) zgody jest własnym uprawnieniem tego przedstawiciela, który składa swe oświadczenie obok (a nie: w imieniu) pacjenta.

W świetle powyższych racji za bardziej przekonujące wypada uznać stanowisko, że legitymacja przedstawiciela ustawowego do wystąpienia z żądaniem wywodzonym z art. 4 ust. 2 u.p.p. przysługuje osobie będącej takim przedstawicielem jako środek realizacji własnego uprawnienia – a nie w celu reprezentacji pacjenta, którego prawo zostało naruszone.

3.2. Zagadnienie legitymacji pacjenta

Wcześniej wspomniano już, że w ustawie o prawach pacjenta nastąpiła częściowa modyfikacja koncepcji roszczeń ochronnych, uregulowanych obecnie w art. 4 u.p.p. Zmiany te spowodowały potrzebę rozważenia, czy w razie zawinionego naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności z żądaniem zapłaty może wystąpić sam pacjent – beneficjent naruszonego prawa⁴⁴. Niewątpliwie, wobec ścisłego określenia grona osób legitymowanych czynnie, pacjent – zarówno w minionym, jak i w obecnym stanie prawnym – nie może skutecznie żądać zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny. Co się tyczy natomiast roszczenia o za-

44 Negatywnej odpowiedzi na to pytanie udziela L. Bosek, *Ustawa..., op. cit.*, kom. do art. 4 u.p.p., s. 99, nb. 121.

płatę zadośćuczynienia, czyli roszczenia przysługującego pacjentowi, to kwestia jest bardziej skomplikowana.

Poprzednio, zgodnie z art. 19a ust. 1 u.z.o.z., roszczenie takie powstawało wyłącznie w razie zawinionego naruszenia praw enumeratywnie wyliczonych w art. 19 ust. 1 pkt 1–4 i ust. 3 u.z.o.z.⁴⁵ Wśród tych praw nie zostało wymienione prawo do umierania w spokoju i godności, wskazane w art. 19 ust. 1 pkt 5 u.z.o.z. Tego prawa dotyczył natomiast art. 19a ust. 2 u.z.o.z., lecz do zgłoszenia żądania zapłaty odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny były uprawnione wyłącznie bliżej określone osoby, wśród których nie został wymieniony pacjent. Było zatem jasne, że pacjentowi przydano wyłącznie środki ochrony praw wymienionych w art. 19a ust. 1 u.z.o.z., natomiast nie przysługiwała mu możliwość ochrony prawa do umierania w spokoju i godności.

Z powyższego wynikał ten podstawowy wniosek, że wystąpienie z żądaniem opartym na art. 19a ust. 2 u.z.o.z. stawało się możliwe wyłącznie po śmierci pacjenta. Nie byłoby bowiem żadnego uzasadnienia dla rozwiązania normatywnego, w którym pacjent, za swego życia, nie może dochodzić ochrony przysługującego mu prawa, a w tym samym czasie o udzielenie takiej ochrony mogą wystąpić inne osoby. Dychotomiczny – w rozumieniu przedmiotowym (rodzajów roszczeń) i temporalnym (czasu ich dochodzenia) – podział wykonywania roszczeń był spójny z założeniem, że naruszenie wspomnianego prawa następuje na etapie umierania pacjenta, które kończy się jego śmiercią. Z natury rzeczy zatem żądanie zapłaty, zgłoszone po śmierci pacjenta i uzasadniane naruszeniem prawa do umierania w spokoju i godności, mogło być dochodzone wyłącznie przez osoby inne niż – nieżyjący już – pacjent.

Ocena obecnie obowiązującego stanu prawnego nie daje tak jednoznacznych rezultatów co do przyjętej koncepcji ochrony naruszonych praw. W art. 4 ust. 1 u.p.p., który dotyczy roszczeń przysługujących pacjentowi, odstąpiono bowiem od enumeratywnego wyliczenia praw – na rzecz wprowadzenia ogólnej reguły wiążącej uprawnienie do żądania zapłaty zadośćuczynienia z zawinionym naruszeniem praw pacjenta. Wyłączenia od tej reguły zostały zawarte w art. 4 ust. 3 u.p.p., zgodnie z którym art. 4 ust. 1 u.p.p. nie stosuje się do czterech wskazanych w tym przepisie praw. Jednocześnie, tak jak w poprzednim stanie prawnym, roszczenie o zapłatę odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny zostało unormowane odrębnie, w art. 4 ust. 2 u.p.p., przy czym wśród osób legitymowanych do wystąpienia z żądaniem zapłaty nie wymieniono pacjenta.

Prawo do umierania w spokoju i godności jest prawem pacjenta wskazanym w art. 20 ust. 2 u.p.p., a jednocześnie nie zostało objęte wyłączeniem zawartym w art.

45 W art. 19a u.z.o.z. wymienione były także art. 18 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 u.z.o.z., które dotyczyły ochrony danych zawartych w dokumentacji medycznej oraz niedostępności osobom uprawnionym dokumentacji medycznej przez zakład opieki zdrowotnej. W art. 19 u.z.o.z. nie było natomiast w tym czasie unormowane odrębne prawo do dokumentacji medycznej.

4 ust. 3 u.p.p.⁴⁶ Powstaje wobec tego pytanie, czy w razie zawinionego naruszenia wspomnianego prawa z żądaniem zapłaty zadośćuczynienia może wystąpić sam pacjent, np. w razie powolnego postępowania terminalnego stadium życia.

Możliwe wydaje się reprezentowanie w tej kwestii dwóch stanowisk. Pierwsze z nich opierałoby się ściśle na wynikach wykładni art. 4 ust. 1 w zw. z ust. 3 u.p.p. i przyjmowało, że skoro przysługiwanie pacjentowi roszczenia o zapłatę zadośćuczynienia nie zostało objęte wyłączeniem (art. 4 ust. 3 u.p.p.), to także w razie naruszenia prawa do umierania w spokoju i godności może on dochodzić ochrony sądowej.

Drugie z zapatrywań głosiłoby natomiast, że pacjent nie może żądać zapłaty zadośćuczynienia za krzywdę wynikłą z naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności, gdyż art. 4 ust. 2 u.p.p. stanowi przepis szczególny względem art. 4 ust. 1 u.p.p., tzn. przydaje roszczenie określonym osobom z jednoczesnym odjęciem roszczenia samemu pacjentowi. Takiej wykładni nie przeczyłby fakt wyraźnego wyłączenia roszczeń ochronnych pacjenta w art. 4 ust. 3 u.p.p.; przepis ten bowiem w ogóle wyklucza możliwość żądania ochrony wymienionych w nim praw, tymczasem art. 4 ust. 2 u.p.p. przewiduje taką ochronę, tyle że środkiem dostosowanym do założenia, iż jest ona dochodzona po śmierci pacjenta.

Przydanie legitymacji osobom innym niż pacjent było motywowane właśnie tym, że – choć sam beneficjent prawa nie żyje – to z ważnych względów fakt zawinionego naruszenia prawa do umierania w spokoju i godności nie powinien być pozostawiony bez reakcji systemu prawa. Kwestia ta rysowała się jednoznacznie w czasie obowiązywania art. 19 i art. 19a u.z.o.z., z których wyraźnie wynikało, że pacjentowi nie przysługuje roszczenie o zadośćuczynienie w razie naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności. Mimo mniej jednoznacznego ujęcia art. 4 ust. 1 i ust. 2 u.p.p. nie wydaje się, by ustawodawca zmienił wcześniejszą koncepcję, opartą na dychotomicznym podziale osób uprawnionych do żądania zapłaty: wyłącznie przez pacjenta albo wyjątkowo, w razie śmierci pacjenta – przez bliżej określone osoby wymienione w art. 4 ust. 2 u.p.p.

Wsparcia dla tego poglądu można byłoby także poszukiwać w określonym rozumieniu pojęcia naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności. Prawo to jest, moim zdaniem, łagodniej nazwanym prawem do zakończenia życia: do śmierci w spokoju i godności. Użycie słowa „umieranie”, wskazujące na pewien proces następowania w organizmie zmian poprzedzających śmierć, samo w sobie mogłoby nie być związane z dopełnieniem się tego procesu zgonem pacjenta. W wykładni art. 4 ust. 2 u.p.p., a w konsekwencji także art. 20 ust. 2 u.p.p., słowo to, powiązane

46 K. Sałbut (*op. cit.*, kom. do art. 4 u.p.p., s. 50, nb. 2) uważa, że zakresem stosowania art. 4 ust. 1 u.p.p. objęte są wszystkie prawa pacjenta, chyba że inny przepis wyłącza możliwość dochodzenia zadośćuczynienia za krzywdę w związku z naruszeniem konkretnego prawa. W świetle tego stanowiska należałoby uznać, że wskazany przepis dotyczy także naruszenia prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności.

z „naruszeniem” prawa, może być jednak utożsamiane z procesem zakończonym zgonem. Dopiero w takim przypadku można mówić o naruszeniu prawa do umierania w spokoju i godności, które to naruszenie stwarza podstawę do wystąpienia z żądaniem zapłaty odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny. Samo prawo bezsprzecznie przysługuje pacjentowi, o czym wprost stanowi art. 20 ust. 2 u.p.p., natomiast o jego naruszeniu mowa, gdy pacjent umiera (umrze) bez zapewnienia mu spokoju i godności.

W razie zaaprobowania takiego rozumienia pojęcia naruszenia prawa do umierania w spokoju i godności sam pacjent mógłby w okresie terminalnym dochodzić zapłaty zadośćuczynienia na swą rzecz, z powołaniem się na naruszenie prawa do poszanowania jego intymności i godności (art. 20 ust. 1 u.p.p.) – lecz nie w tym aspekcie poszanowania godności, który dotyczy umierania w spokoju i godności (art. 20 ust. 2 u.p.p.). W przypadku wskazanego ostatnio prawa legitymacja przysługiwałaby bowiem jedynie osobom wymienionym w art. 4 ust. 2 u.p.p., a żądanie mogłoby mieć za przedmiot wyłącznie zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny i być dochodzone dopiero w razie śmierci pacjenta.

Mimo doniosłości wskazanych ostatnio racji ostatecznie bardziej przekonujący dla praktyki orzeczniczej może okazać się pierwszy z poglądów, mający silniejsze umocowanie w przedstawionych wyżej wynikach wykładni językowej art. 4 u.p.p. Bez względu jednak na to, które z zapatrywań spotka się z aprobatą praktyki, konieczne wydaje się zastrzeżenie, że zmiana stanu prawnego nie wpłynęła na uwarunkowania dochodzenia przez osoby inne niż pacjent ochrony naruszonego prawa pacjenta do umierania w spokoju i godności. Zarówno na tle art. 19a u.z.o.z., jak i obecnie osoby wymienione w art. 4 ust. 2 u.p.p. mogą wystąpić o zapłatę odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny dopiero po śmierci pacjenta⁴⁷. Kwestia ta ma szczególnie doniosłe znaczenie w razie zaakceptowania stanowiska o możliwości dochodzenia przez pacjenta zapłaty zadośćuczynienia za krzywdę doznaną wskutek naruszenia prawa do umierania w spokoju i godności (art. 4 ust. 1 u.p.p.).

Po pierwsze, w art. 4 u.p.p. nie przewidziano wprawdzie wprost sekwencyjności w dochodzeniu roszczeń ochronnych, w tym pierwszeństwa pacjenta w wystąpieniu z własnym żądaniem – przed osobami wskazanymi w art. 4 ust. 2 u.p.p. Nie oznacza to jednak, że każdy z nominalnie uprawnionych mógłby już za życia pacjenta, w istocie: w konkurencji z przysługującym mu roszczeniem, realizować własne uprawnienie. Względ na wykładnię systemową tego przepisu wykluczałaby zaaprobowanie stanowiska o przysługiwaniu legitymacji procesowej szeregowi wymienionych w nim osób w czasie, gdy pacjent jeszcze żyje i może dochodzić ochrony własnego prawa

47 Wobec możliwych wątpliwości interpretacyjnych celowe byłoby wskazanie wprost w przepisie, że możliwość dochodzenia roszczeń na podstawie art. 4 ust. 2 u.p.p. powstaje dopiero po śmierci pacjenta.

i na własną rzecz – czyli w sposób najpełniej realizujący sens systemu ochrony indywidualnych praw pacjenta.

Po drugie, w razie uznania, że wszystkie potencjalnie uprawnione osoby (nie tylko pacjent, lecz także podmioty wymienione w art. 4 ust. 2 u.p.p.) mogą dochodzić ochrony już za życia pacjenta, dochodziłoby w istocie do pozostawania roszczeń pacjenta i ww. osób w swoistej konkurencji. Nawet w razie uznania, że roszczenia realizują inne funkcje, toteż mogą być odrębnie dochodzone, nie można byłoby wykluczyć, że w praktyce żądanie zapłaty odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny pozostawałoby w faktycznej konkurencji z żądaniem przez pacjenta zadośćuczynienia za doznaną krzywdę – w tym sensie, że określając wysokość sumy należnej pacjentowi, sąd uwzględniłby fakt wystąpienia także z żądaniem zapłaty odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny – i dążył do tego, aby globalna kwota obciążenia pozwanego nie była nadmierna.

Tymczasem w świetle założenia, że naruszenie omawianego prawa rodzi roszczenie ochronne także po stronie pacjenta, nie byłoby uzasadnione stwarzanie ryzyka uszczuplenia tego, co powinno należeć się pacjentowi, czyli uprawnionemu z tytułu praw pacjenta – w celu zrównoważenia globalnych, finansowych skutków wystąpienia kilku podmiotów w związku z tym samym naruszeniem prawa pacjenta. Wypada przypomnieć, że zadośćuczynienie na rzecz pacjenta pełni przede wszystkim funkcję kompensacyjną, tzn. ma prowadzić do kompensacji doznanej przez niego krzywdy – co jednak nie wyklucza realizacji także dalszych celów: prewencyjnego (w wymiarze ogólnym i jednostkowym: konkretnego naruszydźciela) i represyjnego. Jednoczesne wystąpienie różnych uprawnionych z obu podstaw (art. 4 ust. 1 i ust. 2 u.p.p.) mogłoby natomiast w praktyce wpływać na zakres rzeczywistej kompensacji krzywdy pacjenta, co trudno byłoby pogodzić z intencjami towarzyszącymi wprowadzeniu art. 4 u.p.p.; pacjent uzyskiwałby bowiem kwotę niższą, aby zrównoważyć obciążenie wynikające z zasądzenia sumy odpowiedniej na podstawie art. 4 ust. 2 u.p.p.

Podsumowanie

Zagadnienie ochrony praw pacjenta staje się w ostatnich latach istotnym obszarem zainteresowań nauki prawa. Potrzeba pogłębionej refleksji wynika nie tylko z faktu wprowadzenia w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oryginalnych rozwiązań jurydycznych, lecz także z ujawniania się nowych aspektów stosowania przepisów tej ustawy w praktyce, w tym zwłaszcza w praktyce orzeczniczej. Wspomniany ostatnio obszar analizy ma szczególnie doniosłe znaczenie, gdyż powinien spełniać zarówno oczekiwania poprawności konstrukcyjnej, jak i wymagania spójności systemowej, w ramach której instytucje ochrony praw pacjenta współwystępują z innymi środkami służącymi kompensacji uszczerbków doznawanych w związku z dążeniem do ochrony zdrowia.

Przedstawiona wyżej analiza uzasadnia sformułowanie wniosku, że przesłanką zasądzenia na podstawie art. 4 ust. 2 u.p.p. odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny nie jest doznanie (wykazanie) krzywdy pacjenta lub osób legitymowanych do wystąpienia z powództwem. Zasądzenie tej sumy służy realizacji celów prewencyjnych, represyjnych i kompensacyjnych. Do wystąpienia z powództwem nie jest uprawniony pacjent, lecz wyłącznie podmioty wymienione w ww. przepisie, w tym przedstawiciel ustawowy, który działa na podstawie własnej legitymacji czynnej, a nie w ramach reprezentacji pacjenta. Źródłem wątpliwości jest to, czy pacjent ma możliwość dochodzenia majątkowej ochrony tego prawa przez zapłatę zadośćuczynienia pieniężnego na swą rzecz (art. 4 ust. 1 u.p.p.); za stanowiskiem aprobującym taką możliwość przemawiają głównie wyniki wykładni językowej art. 4 u.p.p. Wystąpienie z powództwem o zapłatę odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny jest możliwe wyłącznie po śmierci pacjenta.

BIBLIOGRAFIA

- Bosek L., Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz, Warszawa 2020.
- Bujny J., Prawa pacjenta. Między autonomią i paternalizmem, Warszawa 2007.
- Drozdowska U., Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta, Warszawa 2007.
- Dzierżanowski T., Binnebesel J., Godność w umieraniu, „Medycyna Paliatywna” 2019, nr 11(4).
- Gawrońska-Charzewska M., Prawa pacjenta w stanie terminalnym, (w:) U. Drozdowska, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), Prawa pacjenta, Warszawa 2016.
- Grzesiewski P., (w:) D. Karkowska (red.), Prawa pacjenta i Rzecznik Praw Pacjenta. Komentarz, Lex/el.
- Janiszewska B., Ograniczenie korzystania z praw pacjenta w dobie epidemii; artykuł przyjęty do druku w „Monitorze Prawniczym” 2023, nr 9 (część I) i nr 10 (część II).
- Janiszewska B., Ochrona poufności pacjenta z perspektywy prawa cywilnego, Białostockie Studia Prawnicze 2020, vol. 25, nr 2.
- Karkowska D., Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz, wydanie III, Lex/el. 2015.
- Konieczniak P., (w:) E. Zielińska (red. naczelna), System Prawa Medycznego: M. Boratyńska, P. Konieczniak (red. naukowa), Regulacja prawna czynności medycznych, Warszawa 2019.
- Sałbut K., (w:) L. Bosek (red.), Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz, Warszawa 2020.
- Wałachowska M., (w:) M. Frasz, M. Habdas (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III: Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534), Lex/el. 2018.

Ewa Michałkiewicz-Kądziela

University of Szczecin, Poland

ewa.michalkiewicz-kadziela@usz.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5396-1820>

Goran Šimić

University 'Vitez', Bosnia and Herzegovina

drgoransimic@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5339-1143>

The Right to Dignified Death: A Comparative Legal Discussion of Euthanasia and Assisted Termination of Life

Abstract: The discussion of legal aspects of euthanasia and assisted termination of life has been going on for many years. It touches upon complex topics such as legal, moral, health, religious or societal issues. In terms of human rights, it focuses primarily on juxtaposing the right to life with other rights, such as the right to privacy, the right to decide for oneself, or freedom from torture and inhumane treatment. At the level of international law, the European Court of Human Rights has not decided to establish uniform standards for the protection of the right to life regarding euthanasia and assisted termination of life, allowing the application of the principle of freedom of assessment by the signatory states of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The consequence of this is the establishment by individual countries of non-uniform legal regulations, which leads to a differentiation in the legal situation of their citizens. The purpose of this article is to determine whether it is possible to derive a universal right to dignified death, and what the consequences of a lack of an international standard on legal regulations in the field of euthanasia and assisted termination of life are for the protection of human rights.

Keywords: assisted termination of life, euthanasia, human rights, right to dignified death, right to life

Introduction

Human life is destined to end. Amid all the uncertainties of human existence, this is the only sure thing. Irrespective of beliefs, religions or scientific approaches, this one life in human form (the only life in eternity, according to monotheistic reli-

gions) will never repeat again. But this is not the only view on that question. There are millions of people around the world who do believe in other options for human life, so it would be pretentious to say that we can claim with certainty that humans only live once in human form and then their lives end. It would be fairer to say that these beliefs strongly depend on the cultural, religious and ideological backgrounds of different groups of people and their communities (or states), rather than on certain and incontestable scientific evidence.

However, while human life is glorified and protected, its inevitable 'other side' is regarded as something 'not worthy', or even blasphemous, always presented in a negative context. This is related to the cultural perception of death in the category of loss, which is something negative. In addition, there are distressing historical associations related to the activities undertaken by the Nazis, which means that to this day, euthanasia and the termination of life is perceived not as a kind and compassionate act, but rather as murder.¹ In a world that strongly protects individual human rights (among them the right to life and freedom and the right to protection against any form of torture and inhumane treatment), this is a strange phenomenon. Although declared secular, most of today's European countries are still under the strong influence of traditional (not necessarily religious) beliefs and their understanding of human life and how one should live one's life. The struggle for the creation of societies where human beings are free to make their own choices (while respecting others') is still an unfinished process. While some rights are protected and strongly promoted, others are neglected and 'stigmatized' for no reason. The right to a dignified death is not a threat to any other member of society, nor to society as a whole, and that is supposed to be the threshold for our human right and its application. Furthermore, the existing legal regulation of this phenomenon offers a picture of fundamental discrimination in most European countries. The phenomenon is called euthanasia, assisted suicide or other names, but the correct term for it would be 'dignified death'. Thus, in its essence, it offers nothing offensive or unacceptable to any society or its members. Some still think that human beings cannot have full freedom to live their lives but must still be 'enslaved' to predefined, non-changeable rules. To them, decriminalization of abortion, prostitution or the use of cannabis has a similar context to the question of dignified dying – even more so here, as we are dealing with losing the 'monopoly on death' of human beings.

The purpose of this article is to determine whether it is possible to derive a universal right to dignified death, and what the consequences of a lack of an international legal standard for euthanasia and termination of life are for the protection of human rights. For this purpose, two research methods were mainly used: the method of investigation of the law in force and the legal comparative method. The historical

1 Y.A. Picón-Jaimes, *Euthanasia and Assisted Suicide: An In-Depth of Relevant History Aspects*, 'Annals of Medicine & Surgery' 2022, vol. 75, DOI: 10.1016/j.amsu.2022.103380.

method was also used as an aid. The use of these research methods made it possible for the investigators to analyse judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR), to compare legal regulations of various Member States, and to identify the consequences of a lack of a uniform standard in the field of the regulation of euthanasia and termination of life.

1. Standards of international law in ECtHR case law

The case law of the European Court of Human Rights addressing the ending of a life is extremely rich. It applies not only to euthanasia itself, but also to assisted suicide. As a general rule, the decisions of the Court in this respect can be divided thematically into three types: decisions on non-exemptions for assisting a person to terminate their own life (e.g. *Sanles Sanles v. Spain*, *Pretty v. United Kingdom*),² decisions on the lack of assistance from states in termination of life (e.g. *Haas v. Switzerland*, *Koch v. Germany*),³ and decisions on allowing cessation of artificial nutrition and fluid administration (e.g. *Ada Rossi v. Italy*, *Lambert and others v. France*).⁴

The first group of judgments refers to a situation in which a person who wants to terminate their own life is unable to do so on their own due to circumstances caused by illness, e.g. paralysis. Therefore, they must use the help of a third party who will administer appropriate medications or disconnect such a person from life support. The main axis of the dispute is centred around the provisions of national law, which in many European countries criminalize assistance in termination of life, defining it as aiding or inciting someone to take their own life.

Another set of judgments refers to a situation where there are no physical limitations and a person who wants to end their life can do it themselves. The only obstacle is the lack of availability of the appropriate substance thanks to which such a person could terminate their life in a painless and effective way. Substances that can be used by people who want to end their lives are prescription drugs and are intended to improve a patient's health or to cure them. On the other hand, i.e. when drugs should harm the patient or lead to his or her death, many legal systems provide for criminal liability for the doctor who prescribes such substances.

2 Judgment of the ECtHR of 26 October 2000 on the case of *Sanles Sanles v. Spain*, application no. 13216/05; Judgment of the ECtHR of 29 April 2002 on the case of *Pretty v. United Kingdom*, application no. 2346/02.

3 Judgment of the ECtHR of 20 January 2011 on the case of *Haas v. Switzerland*, application no. 31322/07; Judgment of the ECtHR of 19 July 2012 on the case of *Koch v. Germany*, application no. 497/09.

4 Judgment of the ECtHR of 16 December 2008 on the case of *Ada Rossi and others v. Italy*, application nos. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 and 58424/08; Judgment of the ECtHR of 5 June 2015 on the case of *Lambert and others v. France*, application no. 46043/14.

The last group of ECtHR judgments touches upon issues related to the shortening of life of people in a vegetative state who are kept alive with the use of special apparatus. They are therefore people without consciousness, and the decision to end their lives rests with family members or doctors. Often it is a derivative of the patient's wish which he or she expressed in the past while still healthy.

Even though each of the described groups of judgments concerns a completely different factual situation, all the complainants invoke similar violations of their rights and use similar arguments. It should be noted that the most frequently cited allegations in complaints regarding euthanasia and assisted termination of life are violations of the following rights protected by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: the right to life (Article 2), prohibition of inhumane and degrading treatment (Article 3), the right to freedom and security (Article 5), the right to a fair trial (Article 6), the right to private life (Article 8), freedom of conscience (Article 9) and, finally, prohibition of discrimination (Article 14).⁵

The most frequently appearing argumentation of the complainants in favour of the right to euthanasia or assisted termination of life is the claim that the right to life is not only positive and binds the state to ensure the protection of the lives of its citizens, but also has a negative character, which manifests itself in the person withdrawing from the protective obligation of countries and allowing them to choose a convenient time to leave.⁶ Very often, complainants associate this argument with their personal freedom, which requires state authorities to refrain from actions that undermine the right to decide about oneself. Moreover, the applicants point out that forcing them to live in unimaginable suffering is not only a form of inhumane and degrading treatment, but also a violation of human dignity.⁷ The complaints also include the theme of freedom of conscience, which is quoted in respect to the need to interpret the law in isolation from the dominant religion in a given country. Another common argument is a reference to the right to privacy. The complainants treat the issue of ending life as a sphere of private life in which state authorities should not interfere, and state authorities main task is to create such conditions that dignified termination of life becomes possible. Finally, the applicants refer to the prohibition of discrimination, pointing to the fact that the state does not interfere with 'ordinary' termination of life (suicide) of physically able persons. However, it restricts in an unauthorized way the possibility of ending one's life by people who are physically unable to do so, e.g. paralyzed persons.

In response to these arguments, the European Court of Human Rights points out that, firstly, it does not feel competent to decide when the protection of human life

5 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf (25.11.2022).

6 *Pretty v. United Kingdom*, *op. cit.*

7 D. Benatar, Should There Be a Legal Right to Die? 'Current Oncology' 2010, vol. 17, no. 5, pp. 2–3.

begins and ends. It also recognizes that the right to life cannot be of a negative nature, and therefore in no case can it exempt state authorities from the obligation to protect life, as this would lead to a dangerous practice in which the absolute protection currently granted to the right to life would be weakened. The Court agrees with the applicants that the issue of taking one's own life is covered by the right to privacy, from which the right to decide about oneself should also be derived. Nevertheless, drawing the right to death from the protection of privacy is unacceptable, because one right cannot exclude the other, especially when the right to life constitutes realization of human dignity. Moreover, the Court emphasizes that it is not its role to decide on the legal possibilities of deprivation of life by euthanasia or assisted termination of life; due to great moral and ethical doubts, it was decided to grant a margin of appreciation in this matter to the states subject to the provisions of the Convention.

2. National regulations

Allowing the differentiation of legal situations in all Member States of the Council of Europe leads to the fact that the rules around access to euthanasia and assisted termination of life are not uniform. Based on the introduced legal regulations in this respect, a certain classification of countries can be made. It should be noted that there are countries where both forms of ending life are prohibited by law, and these regulations are included in the provisions of the criminal code. Euthanasia and assisted termination of life are prohibited in some countries, but there are exceptions to this prohibition, such as taking someone's life due to unselfish reasons (or assisting in such activity). The last category of states is those that allow one to end one's life independently or with the help of other people, without any criminal consequences for the latter.

2.1. Bosnia and Herzegovina

Being by no means internally organized by the legal and social standards of the European democracies, Bosnia and Herzegovina (BiH) offers a complicated context for the subject of this article. In contrast to the European legal system tradition where one (state) criminal code protects the most important values of the society, there are five criminal codes in force in BiH today (2023). If we exclude one of them (the Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (1977)), applicable only in cases of war crimes, we are still left with four criminal codes. To make the situation even stranger, we can also exclude the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina (2003),⁸ since it does not regulate this matter at all. In that respect, we are left with the

8 'Official Gazette of Bosnia and Herzegovina', No. 03/03.

Criminal Code of the Federation of BiH (2003),⁹ the Criminal Code of the Republika Srpska (2017)¹⁰ and the Criminal Code of Brčko District of BiH (2003).¹¹

The criminal codes of Brčko District and the Federation of BiH, apart from the name of the criminal offence (participation in suicide v. inducing suicide and assisting suicide), regulate this question identically. In its basic form, the law stipulates that those who induce others to commit suicide or assist them in committing suicide, and that suicide is committed, will be punished by a prison sentence of three months to five years. Qualified forms of this criminal offence stipulate that the sentence will be more severe if the crime is committed against a minor or a person with reduced accountability (one to ten years of imprisonment) or a child or an insane person (five to forty-five years of imprisonment). In addition, the law regulates that carers who act cruelly or inhumanely toward persons under their care, and where this person commits suicide, will also be punished (six months to five years of imprisonment).

The Criminal Code of Republika Srpska takes a more detailed approach. The name of the criminal offence is inducing suicide and assisting suicide. In its basic form, the criminal offence is committed by those who induce another person to commit suicide or assists them in doing so, and regardless of whether it is committed or attempted, this offence shall be punished by a prison sentence of six months to five years. The same regulation is applied to carers who act cruelly or inhumanely toward persons under their care and where the person commits suicide. Qualified forms of this criminal offence stipulate that a sentence will be harsher if the crime is committed against a minor or a person with reduced accountability (two to ten years of imprisonment) or a child or an insane person (five to twenty years of imprisonment). On the other hand, those who commit this crime in a privileged way by helping another person in the suicide that was committed where there were special extenuating circumstances will be punished with a fine or a prison sentence of up to three years. Finally, the law stipulates that if suicide was only attempted, the court can punish the perpetrator more lightly.

Apart from the obvious legal differences in assisting in termination of life in Bosnia and Herzegovina, some remarks can be made. Two of the three laws in force take a traditional approach to this question. While the successful termination of one's own life (suicide) cannot be prescribed as a criminal offence, since a deceased human being cannot be held criminally liable under present criminal standards, it is important to see that legislators in BiH do not criminalize an intentional attempt at terminating one's own life, although assisting it is punishable (in two laws if the suicide is committed, in one even if it is attempted). The only logical conclusion to this is that so-

9 'Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina', No. 36/03.

10 'Official Gazette of Republika Srpska', No. 64/17.

11 'Official Gazette of Brčko District of BiH', No. 19/20.

ciety decided to legally tolerate this behaviour and leave possible sanctions to other spheres (religion, etc.). By doing so, society at least decided to respect and tolerate this behaviour, where those who consider themselves religious, or culturally or traditionally obliged to behave in certain way, might be punished in some other way (by not being allowed to be buried in a 'sacred place', etc.). Those only bound by (human) laws will not suffer any legal consequence. This approach is acceptable, but in its essence it is discriminatory to persons who are not physically able to terminate their life. While those capable of doing so will not suffer any legal consequence even if they fail in their attempts, those not capable of performing such an act will not be allowed any legally acceptable assistance.

One final note must be made with regard to the regulation of the Criminal Code of Republika Srpska. This code, by prescribing fines and short prison sentences in cases where someone helps another in committing suicide with the existence of special mitigating circumstances, opens a door (if only a small one) for a different approach from other codes in BiH. Although not prescribing what those special mitigating circumstances might be, an answer to that question could be found in criminal law theory and praxis, where it is for the court to make a final decision in every individual case. Generally, those circumstances could be described as the motives from which the act was committed, like compassion or love for the person assisted, excluding motives like profit or other forms of dishonourable motivations. Contrary to similar regulations in other countries (such as Croatia), criminal code laws in BiH do not recognize euthanasia performed on request out of compassion.

2.2. Poland

Polish legal regulations do not prohibit committing suicide, and persons attempting such an act do not incur any criminal liability. However, assisting a suicide at the request of a person and under the influence of sympathy for them is recognized as a crime under the Criminal Code.¹² The Polish legal system, however, does not treat euthanasia as ordinary murder, but classifies it as a privileged murder, therefore it is possible in some cases for the court to apply an extraordinary mitigation of punishment, and even to refrain from imposing it.¹³

Anyone can commit a crime of euthanasia; however, it is indicated that most often the perpetrators are family members, as well as doctors. To be able to talk about this crime, its features must be realised. Therefore, the request for help in ending one's life must be articulated fully consciously and immediately before com-

12 Act of 6 June 1997 – Criminal Code (consolidated text Dz.U., Journal of Laws 2022, items 1138, 1726, 1855).

13 A. Barczak-Oplustil (ed.), *Komentarz do kodeksu karnego*, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3danbrgq2diojomfrxilrtg4ytonrsgm3diltqmfyc4nrtg43dqmzugu&refSource=guide> (26.11.2022).

mitting the act; it cannot be based on an instruction issued some time ago. In addition, the perpetrator must be moved by compassion for the suffering of the person deprived of life.¹⁴

Therefore, Polish criminal law does not recognize euthanasia as a categorical violation of the right to life of another person. The introduction of exceptions in the legal provisions, which even make it possible to refrain from imposing a penalty, means that a court in certain exceptional situations may recognize the rightness of the action taken by the perpetrator, justified by relevant circumstances, e.g. the suffering of a terminally ill person.

2.3. Switzerland

Euthanasia is prohibited by law in Switzerland, and although Article 114 of the Swiss Criminal Code does not use this concept, it introduces the institution of murder at the request of the victim.¹⁵ As in the Polish legal system, this act is punished more leniently than ordinary murder, but it remains illegal. In turn, Article 115 criminalizes assisted suicide, but only if the motive is selfish, and therefore altruistic acts are not punishable. This means that it is necessary to undertake explanatory proceedings in every situation where assistance in suicide is found, which results from the need to determine the motives of the helper.¹⁶ A doctor or a person who does not have medical knowledge can be a person helping to end one's life.¹⁷

Swiss law does not say whether there should be any indications for committing suicide, such as a severe and incurable disease leading to death. This means that assisted suicide can be committed under Swiss law for any reason.¹⁸ However, it is not clear that this is the case. Due to the strong opposition of public medical facilities, assisted termination of life is usually carried out in specially adapted centres run by private associations such as Dignitas or Exit. Most often, patients then have the option of passing away in private rooms by drinking a lethal dose of a drug or taking it in the form of pills.¹⁹ Both associations only help the suffering and seriously ill to pass away.

14 *Ibidem.*

15 M.G. Gagnard, S. Hurst, A Qualitative Study on Existential Suffering and Assisted Suicide in Switzerland, 'BMC Medical Ethics' 2019, vol. 20, no. 34, <https://bmcmethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-019-0367-9> (25.11.2022).

16 *Ibidem.*

17 S. Burkhardt, R. La Harpe, T.W. Harding, J. Sobel, Euthanasia and Assisted Suicide: Comparison of Legal Aspects in Switzerland and Other Countries, 'Medicine, Science and the Law' 2006, vol. 46, no. 4, p. 287.

18 M. Sayid, Euthanasia: A Comparison of the Criminal Laws of Germany, Switzerland and the United States, 'Boston College International Comparative Law Review' 1983, no. 6, p. 542.

19 G. Bosshard, Switzerland, (in:) J. Griffiths, H. Weyers, M. Adams, Euthanasia and Law in Europe, Portland 2008, p. 46 ff.

Nevertheless, for many years, Swiss legislation has been criticized for allowing the assisted termination of life to be also carried out by foreigners.²⁰

2.4. Belgium

Belgium is the first country in the world to introduce legal euthanasia into its legislation. The law decriminalizing this act – the Belgian Euthanasia Act – entered into force in 2002 as a result of changes adopted a year earlier by the Belgian Parliament.²¹ The provisions contained in it regulate the procedure of euthanasia in a very detailed way. In the original version of the Euthanasia Act, only an adult could apply for euthanasia; however, in 2014, an amendment was introduced that abolished the lower age limit,²² so now children or their parents and legal guardians can also apply for the end of their lives.²³ However, the doctor can perform euthanasia in strictly defined cases: ‘the patient is incurably ill, in a state of constant physical or mental suffering, which cannot be alleviated, as a result of an accident or a serious and incurable disease.’²⁴ The Act imposes an obligation to consult a second doctor in each case and that the patient is informed about the possibility of choosing other options, including different types of therapy. Even if the patient qualifies for euthanasia, there is an obligation to wait at least a month, so that the decision is well thought out.

The officially released statistical data show that the number of euthanasia instances shows a growing trend,²⁵ and in 2021 the number of procedures performed was record-breaking.²⁶ The greatest controversy, however, is caused by the fact that euthanasia is available without a minimum age limit and for people whose disease does not necessarily lead to death.²⁷

20 S. Gauthier, J. Mausbach, T. Reisch, C. Bartsch, Suicide Tourism: A Pilot Study on the Swiss Phenomenon, ‘Journal of Medical Ethics’ 2015, no. 41, p. 611 ff.

21 Belgian Euthanasia Act of 28 May 2002, <http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?TABLE=EP&ID=59> (28.11.2022).

22 Act of 28 February 2014 amending the Act of 28 May 2002 on euthanasia in order to extend it to minors, *Moniteur Belge*, 12 March 2014, p. 21053.

23 L. Bovens, Child Euthanasia: Should We Just Not Talk about It? ‘Journal of Medical Ethics’ 2015, vol. 41, no. 8, pp. 630–634.

24 Belgian Euthanasia Act, *op. cit.*

25 Number of registered euthanasia instances in Belgium from 2002 to 2020, <https://www.statista.com/statistics/1098051/number-of-euthanasia-instances-registered-in-belgium/> (20.11.2022).

26 Communiqué de presse de la Commission fédérale de Contrôle et d’Évaluation de l’Euthanasie – 31 mars 2022, https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/cfcee_chiffres-2021_communiquepresse-total.pdf (20.11.2022).

27 S. Van Zeebroeck, Kill First, Ask Questions Later: The Rule of Law and the Belgian Euthanasia Act, ‘Statute Law Review’ 2018, vol. 39, no. 3, p. 246.

3. Contemporary discussion of the right to dignified death

Based on the juxtaposition of the theses of the judgments of the European Court of Human Rights and the legal practices applied by the signatory states of the Council of Europe, it becomes possible to start a discussion on the existence of the right to die with dignity. The European Court of Human Rights strongly opposes the existence of the right to die in the legal space. It points out that it would be a complete denial of the right to life, which is absolute. In addition, it would impose an obligation on state authorities to assist in termination of life which is impossible to fulfil and to reconcile with the right to life. Such a practice would lead to a degradation of the value of life, because of which it would cease to be adequately protected, which would mean a moral collapse of democratic states.²⁸

However, it should be pointed out that the line of judicial decisions adopted by the European Court of Human Rights may in fact lead to a very dangerous absolutization of the protection of life. It is undisputed that euthanasia and assisted termination of life should be considered in terms of the right to life, but on the other hand, it is also necessary to take into account the dignity of a person, his or her right to decide about him- or herself, and the right to privacy. In this juxtaposition, it is impossible to say that the right to life should always be absolute, as this would be a threat to all other human rights, and often also to human dignity.

It should be noted that the definition of the right to life has also changed over time. Currently, it covers not only the very aspect of protecting human existence, but also increasingly refers to the quality of life.²⁹ It is not without reason that new elements appear in the concept of the right to life, such as the right to food or the right to clean drinking water. They are a manifestation of the realization of human dignity. Besides, the motif of a life with dignity also appears in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, an act that most fully reflects the modern interpretation of human rights.

Therefore, the adoption of the absolute right to life will eliminate the right to die in peace and with dignity. This is obviously an unacceptable interpretation, which would often cause additional suffering to people who are incurably ill, who suffer greatly or who are in a state of agony. Therefore, one should agree with the objection presented by legal scholars and commentators that the absolutization of the right to life would result in the subjective 'treatment of the human being as a means to an end, i.e. protection of life as a social value,'³⁰ and this would certainly lead to a violation of human dignity.

28 N. Scodling, Right to Die? 'Brain' 2010, vol. 134, no. 1, p. 320.

29 E. Wicks, The Meaning of 'Life': Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties, 'Human Rights Law Review' 2012, vol. 12, no. 2, p. 199.

30 A. Barczak-Oplustil (ed.), *Komentarz...*, *op. cit.*

This extremely difficult conflict of two fundamental values means that European countries that have decided to decriminalize euthanasia or assisted termination of life must find a 'golden mean' that will bring balance in this aspect. In practice, however, this turns out to be extremely difficult, and many contentious issues and legislative deficiencies are discovered only at the stage of applying the law, not on its adoption. This was the case, for example, in *Mortier v. Belgium*, in which the applicants alleged that the Belgian state lacked adequate control procedures when the euthanasia of their mother was carried out.³¹ In this judgment, the European Court of Human Rights toned down its previous statements on the right to life and noted that the right to privacy and human integrity do not stand in the way of the right to life, therefore it is permissible to decriminalize euthanasia and assisted termination of life if the legislator so decides. Nevertheless, in such a case, the state should construct such opportunity for performing both procedures so that there is the best possible protection of human life against possible abuse. Authorities should concern both the period related to the decision on euthanasia and its implementation, and the period after euthanasia, when it would be possible to control its correctness.

The allegations raised in this case also lay the ground for a further debate about human privacy in terms of making a decision to end one's life. One of the arguments put forward by Ms Mortier's son was that the clinic where his mother had herself euthanized had not informed the patient's family of this fact. The clinic referred to the patient's right to privacy: the decision concerned her personally and she was entitled to take it individually. In turn, the patient's son pointed out that such an important decision should be subject to family consultations, and at least the clinic should be obliged to inform the family about the death of a loved one. This conflict before the ECtHR shows another extremely important aspect related to euthanasia and assisted termination of life, i.e. how private and personal should the decision to end one's own life be?

Every human being has the right to protect their life, but at the same time they are entitled to the freedom to dispose of it.³² This means that, as a rule, they should make important decisions in this regard on their own. Of course, due to the value of human life, it is morally advisable to support a person in staying alive,³³ but that could be said about many decriminalized social behaviours (like abortion or prostitution). However, the issue of euthanasia and assisted termination of life is not as morally clear, due to the physical or mental suffering that accompanies a person who wants to

31 Judgment of the ECtHR of 4 October 2022 on the case of *Mortier v. Belgium*, application no. 78017/17.

32 T.L. Beauchamp, *The Right to Die as the Triumph of Autonomy*, 'Journal of Medicine and Philosophy' 2006, vol. 3, no. 6, pp. 643–654.

33 J.D. Bordeau, M. Somerville, *Euthanasia and Assisted Suicide: A Physician's and Ethicist's Perspective*, 'Medicolegal and Bioethics' 2014, no. 4, pp. 4–5.

end their life in this way (if such a thing as ‘morality’ should be taken into consideration at all).³⁴ Therefore, it seems that in this case, the decision should be left only to the person concerned, while ensuring that he or she is aware of the consequences of his/her choice. A slightly more contentious topic is making such decisions about minors, which is legally allowed in some European countries, such as Belgium or Spain. The whole problem is that the child will not always be able to understand the information provided to them, and often they will also be formally and factually unable to decide.³⁵

The issue of informing the family about the decision made by the patient is also a contentious topic. If euthanasia is treated as a medical procedure, then in this case the patient has the full right to prohibit the doctor from disclosing information to anyone about his/her health status and permissions for medical procedures. This is dictated by the right to privacy and the protection of medical confidentiality, which serves to build trust between the patient and the doctor. It is assumed that the only justification for departing from secrecy is the public good and the interest of the judiciary.³⁶ In other cases, a patient’s written statement about the confidentiality of their medical data should be undisputed. On the other hand, attention should be paid to the family’s right to protect their family life.³⁷ The death of one of the family members is undoubtedly one of the events protected by this law. So while the decision regarding euthanasia should be made independently and consciously by the person who wants to undergo it, the family should be informed about the death of a loved one, as is the case with natural deaths in hospitals.

The lack of uniform standards in the case of euthanasia and termination of life is also the reason for allegations of violation of the prohibition of discrimination. It should be pointed out that all situations of shortening someone’s life in healthcare facilities consist either in taking appropriate action, e.g. administering a lethal dose of a drug, disconnecting from apparatus, or refraining from certain actions, e.g. resuscitation. The former, based on the performance of certain activities in many European countries, is subject to criminal liability, and the latter is legally allowed if a patient who has been ill for a long time does not consent to having their life saved.

34 J. Jakhar, S. Ambreen, S. Prasad, Right to Life or Right to Die in Advanced Dementia: Physician-Assisted Dying, *Frontier Psychiatry* 2021, vol. 11/622446; L. Mehlum, C. Schmahl, A. Berens, et al., Euthanasia and Assisted Suicide in Patients with Personality Disorders: A Review of Current Practice and Challenges, *Borderline Personality Disorder and Emotional Dysregulation* 2020, vol. 7, no. 15.

35 J. Haberko, Udzielenie informacji o stanie zdrowia dziecka a poszanowanie prawa do samostanowienia i prywatności małoletniego pacjenta, *Białostockie Studia Prawnicze* 2020, vol. 25, no. 2, p. 127.

36 A. Wnukiewicz-Kozłowska, The Right to Privacy and Medical Confidentiality: Some Remarks in Light of ECtHR Case Law, *Białostockie Studia Prawnicze* 2020, vol. 25, no. 2, p. 189.

37 S.I. Fraser, J.W. Walters, Death – Whose Decision? Euthanasia and the Terminally Ill, *Journal of Medical Ethics* 2000, vol. 26, no. 2, p. 124.

This means that the legislators of many European countries differentiate between these two aspects, even though both the action and the omission by the medical staff in both cases lead to the death of the patient. Therefore, it seems incomprehensible why the first case is criminalized and the second one is accepted by states.

In addition, the allegation of discrimination also appears in the case of differences in the treatment of citizens in individual European countries. The fact that it is possible to legally perform euthanasia or assisted termination of life in one country puts other citizens of countries where such a possibility does not exist in a position where they are discriminated against. This leads to the development of so-called 'suicide tourism', which further deepens differences and may also be a cause of a violation of human dignity. Firstly, it should be noted that having an end-of-life procedure in another country is often very expensive, and therefore not all people will be able to afford such an expense. Secondly, travelling to another country, often in very poor health, leads to more suffering than is already caused by the disease. Finally, there are cases where terminally ill people decide to pass away early because they fear that if they wait to do so, they will no longer be able to travel to another country.

The juxtaposition of the arguments of the ECtHR and the interpretation of the right to life with the human right to decide when it is convenient to die appears to be an insoluble conflict that always leads to the dominance of one right at the expense of the other. Perhaps, however, instead of pushing the right to death, a better solution would be to focus on the freedom to die. Freedoms, as a rule, do not impose an obligation on states to act positively, but rather to refrain from interfering with a specific human freedom. On the other hand, it seems that the necessary actions of the state in terms of the protection of life would be guaranteed by the very right to life in such a situation. If not, then it is certainly possible to promote an obligation of the state to ensure the right to dignified death to its citizens. Taking into consideration similar regulations that used to be prohibited and were then allowed (alcohol, prostitution or soft drugs), it is obvious that it is in the power of the state (as an expression of the power of its citizens) to regulate questions of life and death in any way accepted and appreciated by the citizens themselves.

Conclusions

From the perspective of contemporary European criminal law terminology, even the term 'suicide' or 'self-murder' is wrong in its essence. Murder, being defined as 'taking someone else's life', is not meant to include termination of one's 'own' life. Being a residue from the far past, it is time for this phenomenon of human life and society to be reconsidered. It should be looked at not through the lens of being something 'modern' and 'liberal', but from the perspective of humanity, which meant little in our societies during the times these legal constructs were created. In that sense, the term 'termination of life' is appropriate.

Reflections on the legitimacy of legalizing euthanasia and termination of life still arouse a lot of emotions, especially since the number of countries that have decriminalized these acts is constantly growing. Some countries' criminal systems also introduce the possibility of extraordinary mitigation of punishment for people who, under the influence of compassion, help another person to take their own life. In addition, it can also be observed that the European Court of Human Rights, once firmly against this issue, is now softening its position. This is mainly because the content of the right to life has been redefined, covering not only the mere fact of staying alive, but also the level of human quality of life. The obligation to protect life, which is only the fulfilment of an order addressed to the state, could in some cases lead to prolonged suffering and inhumane treatment. Therefore, in the contemporary debate, the absolutization of the right to life is increasingly abandoned in favour of the protection of dignity. Based on this, it can be stated that what is happening is not so much a derivation of the right to a dignified death, but rather an ideological orientation toward a freedom of dignified death. Nevertheless, the lack of uniform standards that would be helpful in introducing appropriate legal regulations at the national level leads to the fact that human dignity, the right to privacy, freedom of self-determination, equality and non-discrimination may be violated in some cases, even in countries that allow euthanasia and termination of life.

REFERENCES

- Barczak-Oplustil A. (ed.), Komentarz do kodeksu karnego, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?-documentId=mjxw62zogi3danbrgq2diojomfrxilrtg4ytonrsgm3diltqmfyc4nrtg43dqmzugu&refSource=guide>.
- Beauchamp T.L., The Right to Die as the Triumph of Autonomy, 'Journal of Medicine and Philosophy' 2006, vol. 3, no. 6, pp. 643–654.
- Benatar D., Should There Be a Legal Right to Die? 'Current Oncology' 2010, vol. 17, no. 5, pp. 291–310.
- Bordeau J.D., Somerville M., Euthanasia and Assisted Suicide: A Physician's and Ethicist's Perspective, 'Medicolegal and Bioethics' 2014, no. 4, 1–12.
- Bosshard G., Switzerland, (in:) J. Griffiths, H. Weyers, M. Adams, Euthanasia and Law in Europe, Portland 2008, pp. 29–50.
- Bovens L., Child Euthanasia: Should We Just Not Talk about It? 'Journal of Medical Ethics' 2015, vol. 41, no. 8, pp. 630–634.
- Burkhardt S., La Harpe R., Harding T.W., Sobel J., Euthanasia and Assisted Suicide: Comparison of Legal Aspects in Switzerland and Other Countries, 'Medicine, Science and the Law' 2006, vol. 46, no. 4, pp. 287–294.
- Fraser S.I., Walters J.W., Death – Whose Decision? Euthanasia and the Terminally Ill, 'Journal of Medical Ethics' 2000, vol. 26, no. 2, pp. 121–125.
- Gaignard M.G., Hurst S., A Qualitative Study on Existential Suffering and Assisted Suicide in Switzerland, 'BMC Medical Ethics' 2019, vol. 20, no. 34, pp. 1–8.

- Gauthier S., Mausbach J., Reisch T., Bartsch C., Suicide Tourism: A Pilot Study on the Swiss Phenomenon, 'Journal of Medical Ethics' 2015, no. 41, pp. 611–617.
- Haberko J., Udzielenie informacji o stanie zdrowia dziecka a poszanowanie prawa do samostanowienia i prywatności małoletniego pacjenta, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2020, vol. 25, no. 2, pp. 123–140.
- Jakhar J., Ambreen S., Prasad S., Right to Life or Right to Die in Advanced Dementia: Physician-Assisted Dying, 'Frontier Psychiatry' 2021, vol. 11/622446, pp. 1–8.
- Mehlum L., Schmahl C., Berens A. et al., Euthanasia and Assisted Suicide in Patients with Personality Disorders: A Review of Current Practice and Challenges, 'Borderline Personality Disorder and Emotional Disregulation' 2020, vol. 7, no. 15, pp. 1–7.
- Picón-Jaimes Y.A., Euthanasia and Assisted Suicide: An In-Depth of Relevant History Aspects, 'Annals of Medicine and Surgery' 2022, vol. 75, pp. 1–6.
- Sayid M., Euthanasia: A Comparison of the Criminal Laws of Germany, Switzerland and the United States, 'Boston College International Comparative Law Review' 1983, no. 6, pp. 533–562.
- Scodling N., Right to Die? 'Brain' 2010, vol. 134, no. 1, pp. 1–3.
- Van Zeebroeck S., Kill First, Ask Questions Later: The Rule of Law and the Belgian Euthanasia Act, 'Statute Law Review' 2018, vol. 39, no. 3, pp. 244–257.
- Wicks E., The Meaning of 'Life': Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties, 'Human Rights Law Review' 2012, vol. 12, no. 2, pp. 199–219.
- Wnukiewicz-Kozłowska A., The Right to Privacy and Medical Confidentiality: Some Remarks in Light of ECtHR Case Law, 'Białostockie Studia Prawnicze' 2020, vol. 25, no. 2, pp. 185–197.

Leszek Bosek

Uniwersytet Warszawski, Polska

bosek@wpia.uw.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3850-0038>

Jan Bałdyga

Uniwersytet Warszawski, Polska

jan.baldyga2@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1502-9506>

Wrongful life – nowe akcenty w orzecznictwie Sądu Najwyższego Republiki Federalnej Niemiec

‘Wrongful Life’: New Highlights in the Jurisprudence of the German Supreme Court

Abstract: The prevailing view in international jurisprudence is that no one can claim compensation for the fact of being alive. This view was developed based on so-called ‘wrongful life’ cases, in which, due to medical malpractice, parents were deprived of the opportunity to perform a legally permitted abortion, resulting in the birth of a disabled or unwanted child. A new chapter in this category of claims was opened by the case under review. The German Supreme Court took up what, in view of the ageing of Western societies, is a very topical and socially difficult issue of a son’s claim for damages for keeping his father alive. The ruling concerns a special category of civil claims so far not commented on in Polish literature or jurisprudence – ‘wrongful survival’. The German Supreme Court rejected the possibility of claiming compensation under German law for prolonging human existence, even if it involved suffering. Much of the reasoning of the Court is also applicable under Polish law. However, depending on the interpretation of the norms concerning the patient’s right to self-determination, the possibility of partial compensation for the costs of unlawfully keeping someone alive also seems to be acceptable under Polish law.

Keywords: material damage, medical malpractice, non-material damage, right to self-determination, wrongful life, wrongful survival

Słowa kluczowe: szkoda majątkowa, błąd w sztuce lekarskiej, szkoda niemajątkowa, prawo do samostanowienia, wrongful life, wrongful survival

Wprowadzenie

Sąd Najwyższy RFN¹ w wyroku z dnia 2 kwietnia 2019 r., VI ZR 13/18², sformułował dwie tezy. Zgodnie z pierwszą życie ludzkie jest dobrem prawnym najwyższej rangi i absolutnie godnym zachowania, dlatego nawet życie obciążone cierpieniem nie może być szkodą, a stosowanie środków podtrzymujących życie nie może być uznane za zdarzenie szkodzące ani uzasadniać roszczeń o zapłatę zadośćuczynienia pieniężnego. Zgodnie z drugą tezą, celem obowiązków związanych ze stosowaniem środków podtrzymujących życie nie jest ochrona kogokolwiek przed ekonomicznymi skutkami (dalszego) życia. W szczególności obowiązki te nie służą zachowaniu majątku spadkodawcy w stanie nienaruszonym dla spadkobierców³.

Wyrok BGH z jednej strony potwierdza linię orzeczniczą niemieckich sądów federalnych⁴, w tym Federalnego Trybunału Konstytucyjnego⁵, ukształtowaną w sprawach *wrongful life*, w których w imieniu dziecka podnoszone są roszczenia odszkodowawcze z tytułu życia w „pokrzywdzeniu”, z drugiej strony stawia on istotne nowe akcenty. Rozstrzyga bowiem jednoznacznie zagadnienie, czy naruszenie obowiązków związanych ze stosowaniem środków podtrzymujących życie, może być uznane za zdarzenie szkodzące i uzasadniać roszczenia osób bliskich pacjenta, w szczególności spadkobierców.

Potrzeba rozstrzygnięcia tego zagadnienia powstała na tle silnie reprezentowanego w orzecznictwie poglądu, zgodnie z którym fundamentalnym prawem

1 Bundesgerichtshof (dalej: BGH lub SN RFN).

2 Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 2 kwietnia 2019 r., VI ZR 13/18, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (pol. *Rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego RFN w sprawach cywilnych*; dalej jako: BGHZ) 221, 352.

3 „ a) Das menschliche Leben ist ein höchstrangiges Rechtsgut und absolut erhaltungswürdig. Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu. Deshalb verbietet es sich, das Leben – auch ein leidensbehaftetes Weiterleben – als Schaden anzusehen. Aus dem durch lebenserhaltende Maßnahmen ermöglichten Weiterleben eines Patienten lässt sich daher ein Anspruch auf Zahlung von Schmerzensgeld nicht herleiten.

b) Schutzzweck etwaiger Aufklärungs- und Behandlungspflichten im Zusammenhang mit lebenserhaltenden Maßnahmen ist es nicht, wirtschaftliche Belastungen, die mit dem Weiterleben und den dem Leben anhaftenden krankheitsbedingten Leiden verbunden sind, zu verhindern. Insbesondere dienen diese Pflichten nicht dazu, den Erben das Vermögen des Patienten möglichst ungeschmälert zu erhalten”; <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=0534561dc710b737c4440b8c774ad0d2&nr=95016&pos=0&anz=1> (29.09.2022).

4 Wyrok Sądu Najwyższego RFN z dnia 18 stycznia 1983 r., BGH VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240.

5 Wyrok z dnia 28 maja 1993 r., 2 BvF 2/90, 4/92 i 5/92, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (pol. *Rozstrzygnięcia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN*; dalej jako: BVerfGE) 88, 17, głoś W. Borysiaka, L. Boska, (w:) M. Safjan (red.), Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami, Warszawa 2011, s. 366–373.

każdej osoby jest prawo do świadomego decydowania o swoim leczeniu i jego zakończeniu – nawet jeśli korzystanie z tego prawa mogłoby prowadzić do śmierci pacjenta⁶. Pytanie o skutki naruszenia tego prawa jest ważne społecznie i szczególnie aktualne. Dopuszczenie roszczeń odszkodowawczych członków najbliższej rodziny – i innych potencjalnych spadkobierców – za szkodę wyrządzoną utrzymaniem przy życiu pacjenta miałyby wielorakie skutki etyczne, prawne i ekonomiczne, daleko wykraczające poza dogmatykę prawa cywilnego czy medycznego. Jego rozstrzygnięcie przez niemiecki Sąd Najwyższy było więc celowe, pomimo że w orzecznictwie niemieckim oraz w orzecznictwie innych państw demokratycznych ugruntowane jest stanowisko, zgodnie z którym nikt nie może domagać się odszkodowania za to, że żyje⁷.

Analiza wyroku niemieckiego Sądu Najwyższego jest potrzebna także dlatego, aby odpowiedzieć na pytanie, czy celowe jest wyróżnienie nowej kategorii roszczeń cywilnych, tzw. *wrongful survival*⁸. Jak wiadomo w piśmiennictwie przyjęte są różne konwencje terminologiczne na oznaczenie roszczeń związanych z jakością egzystencji jednostki⁹.

- 6 Wyroki ETPC z dnia: 29 lipca 2002 r., *Pretty v. Wielka Brytania*, skarga nr 2346/02, opublikowany z głosem L. Boska, w: M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny...*, *op. cit.*, s. 97–101; 20 stycznia 2011 r., *Hass v. Szwajcaria*, skarga nr 31322/07; 14 maja 2013 r., *Gross v. Szwajcaria*, skarga nr 67810/10; 5 czerwca 2015 r., *Lambert i inni v. Francja*, skarga nr 46043/14; wyrok Sądu Najwyższego Stanu New Jersey z dnia 31 marca 1976 r., *In re Quinlan*, 70 N.J. 10; 355 A.2d 647 (1976), z głosem M. Boratyńskiej, w: M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny...*, *op. cit.*, s. 405–416; wyrok Izby Lordów Zjednoczonego Królestwa z dnia 4 lutego 1993 r., *Airedale NHS Trust v. Bland*, [1993] 1 All ER 821 (HL) z głosem M. Boratyńskiej, (w:) M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny...*, *op. cit.*, s. 417–426.
- 7 Por. przegląd stanowisk L. Bosek, Roszczenia „wrongful life” i „wrongful birth” w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 1; K. Mularski, Próba analizy koncepcji „wrongful life”, „Studia Prawa Prywatnego” 2008, nr 3; por. wyrok SN RP z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006/6/71 z głosem W. Borysiaka, w: M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny...*, *op. cit.*, s. 302–308; uchwała SN RP z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSNC 2006/7–8/123 z głosem P. Sobolewskiego, (w:) M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny...*, *op. cit.*, s. 309–316; wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego RFN z dnia 12 listopada 1997 r., 1 BvR 479/92 i 1 BvR 307/94, BVerfGE 96, 375; wyrok Izby Lordów z dnia 29 września 1999 r., *McFarlane i inni v. Tayside Health Board* [2000] 2 A.C. 59 z głosem W. Borysiaka, (w:) M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny...*, *op. cit.*, s. 324–334.
- 8 Por. B. Bartylla, The Next Chapter of ‘Wrongful Life’: Concepts for ‘Wrongful Survival’ in Comparative Analysis, „Cambridge Law Review” 2020, vol. V, nr I, s. 104–134.
- 9 M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990; L. Bosek, *Roszczenia wrongful...*, *op. cit.*, s. 32–59; L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012, s. 386–390; E. Bagińska, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *System Prawa Medycznego*, t. 5: *Odpowiedzialność prywatnoprawna*, Warszawa 2021, s. 752–766. Por. wyrok Sądu Najwyższego RP z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006/6/71; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSNC 2004/6/104.; uchwała Sądu Najwyższego RP z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSNC 2006/7–8/123.

Podjęcie tematu jest uzasadnione także dlatego, że wyrok BGH nie doczekał się jeszcze żadnego opracowania w polskiej literaturze prawniczej, a w literaturze niemieckiej jest przedmiotem analizy jedynie w ograniczonym zakresie¹⁰.

Last, but not least. Ocena orzeczeń sądów obcych nie jest zadaniem łatwym, jest celowa tylko o tyle, o ile służy ocenie prawa polskiego. Naszym zadaniem nie jest więc kompleksowa ocena prawa niemieckiego, lecz odniesienie się do wybranych kwestii na tle wyroku BGH, istotnych dla prawa polskiego.

1. Istota i charakter prawny roszczeń z tytułu wrongful life

Roszczenia z tytułu *wrongful life* są przedmiotem ożywionej debaty naukowej we wszystkich systemach prawnych już od kilku dekad¹¹. Ta szczególna kategoria roszczeń cywilnych skierowanych przeciwko rodzicom lub lekarzom zrodziła się na gruncie przypadków, w których pokrzywdzony zarzucał, że dopuścili do tego, że żyje. W precedensowej sprawie *Zepeda v. Zepeda* Sąd Apelacyjny Illinois¹², oddalając roszczenia, uznał, że dziecko nie może skutecznie żądać zadośćuczynienia ani odszkodowania na tej podstawie, że byłoby lepiej, gdyby się nie urodziło¹³, chociaż wykazywało, że samo jego życie jako życie dziecka pozamałżeńskie jest krzywdą

- 10 G. Wagner, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020; M. Terbille & E. Feifel, Aufklärung einwilligungsunfähiger volljähriger Patienten, (w:) Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, Clausen/Schroeder-Printzen, 3. Auflage 2020; I. Bach, Das Leben ist kein Schaden, Besprechung von BGH, Urt. v. 2.4.2019 – VI ZR 13/18, “NJW” 2019, s. 1741; L. Leitmeier, Neubewertung des „Lebens als Schaden“?, “NJW” 2020, s. 2844; S. Omlor: Schuldrecht AT: Haftung wegen Lebenserhaltung durch künstliche Ernährung, JuS 2019, s. 577.
- 11 Zob. W.L. Tomlinson, Torts – Wrongful Birth and Wrongful Life, „Missouri Law Review” 1979, vol. 44, nr 1, s. 167–183; S.V. Shiffrin, Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm, „Legal Theory” 1999, vol. 5, nr 2, s. 117–148; H. Torrione, Le préjudice d'être né – Quelques réflexions à propos de l'ATF 132 III 359, „HAVE/REAS” 2006, nr 4, s. 388–398.
- 12 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Illinois z dnia 11 czerwca 1963 r., *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App.2d 240 (Ill. App. Ct. 1963).
- 13 Z uzasadnienia wyroku: „Recognition of the plaintiff's claim means creation of a new tort: a cause of action for wrongful life. [...] What does disturb us is the nature of the new action and the related suits which would be encouraged. Encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation” (pol.: *Uznanie roszczenia powoda oznacza utworzenie nowego deliktu: powództwa z tytułu „bezprawnego życia. [...] To, co nas niepokoi, to natura nowego powództwa i powiązanych pozwów, które zostałyby dopuszczone. Dopuszczalność ta obejmowałaby wszystkich innych urodzonych na świecie w warunkach, które mogłyby uznać za niekorzystne. Jeden może domagać się odszkodowania za urodzenie się w określonym kolorze skóry, inny z powodu rasy; jeden za urodzenie się z dziedziczną chorobą, inny za odziedziczenie niefortunnych cech rodzinnych; jeden za urodzenie się w dużej i ubogiej rodzinie, inny z powodu złej reputacji rodzica).*

i cierpieniem związanym z jego egzystencją. W późniejszym orzecznictwie podobnie rozstrzygane były sprawy dzieci przeciwko lekarzom¹⁴. Koncepcja tego typu roszczeń została niemal powszechnie odrzucona w związku z brakiem możliwości uznania życia jako takiego za szkodę¹⁵. W niektórych porządkach prawnych judykatura zaakceptowała natomiast w pewnym zakresie¹⁶ roszczenia matki lub obojga rodziców o zadośćuczynienie lub odszkodowanie związane z nieplanowanym poczęciem i urodzeniem dziecka, w tym dziecka kalekiego (tzw. roszczenia *wrongful birth*)¹⁷.

Roszczenia z szeroko rozumianej kategorii *wrongful life* dochodzone są zarówno w reżimie deliktowym w związku z naruszeniem dobra prawnie chronionego w postaci tzw. autonomii prokreacyjnej¹⁸, jak i reżimie kontraktowym. Najbardziej znanym przykładem roszczenia *wrongful life* dochodzonego *ex contractu* jest sprawa Nicolasa Perruche'a¹⁹. Jest charakterystyczne, że roszczenia te zostały zakazane we Francji ustawą, której art. 1 stanowi, że „[n]ikt nie może domagać się odszkodowania z tytułu samego faktu urodzenia”²⁰.

Problematyka *wrongful life* analizowana była dotychczas w literaturze i orzecznictwie w odniesieniu do urodzenia i życia dziecka, nie zaś w odniesieniu do przedłużania życia. Sprawa rozpatrywana przez BGH stanowi zatem swoiste otwarcie nowego rozdziału w dyskusji nad problematyką tej kategorii roszczeń.

2. Stan faktyczny

Ustalony przez sądy I i II instancji stan faktyczny sprawy przedstawiał się następująco. Mężczyzna chorujący na zaawansowaną demencję w wieku 77 lat trafił do domu opieki, gdzie za zgodą opiekuna, z powodu niedożywienia i odwodnienia organizmu, rozpoczęto u niego karmienie za pomocą przezskórnej endoskopowej

14 M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, wyd. 9, Toruń 2009, s. 264–281.

15 Zob. wyroki: Sądu Apelacyjnego w Nowym Jorku z dnia 27 grudnia 1978 r., *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401 (N.Y. 1978) oraz SN RP z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006/6/71; zob. również ustawy: francuską – z dnia 4 marca 2002 r. o prawach pacjentów i jakości systemu opieki zdrowotnej (loi n° 2002–303) oraz brytyjską – Congenital Disabilities (Civil Liability) Act z dnia 22 lipca 1976 r.

16 Przykładowo w jednomyślnym wyroku z dnia 29 września 1999 r., *McFarlane i inni v. Tayside Health Board*, [2000] 2 A.C. 59 z głosem W. Borysiaka, (w:) M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny...*, *op. cit.*, s. 324–334. Izba Lordów sformułowała wiążący dla common law precedens o braku podstaw do kompensowania kosztów utrzymania dziecka urodzonego wbrew woli rodziców.

17 M. Nesterowicz, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 264–281.

18 E. Bagińska, (w:) M. Safjan..., *op. cit.*, s. 376–375.

19 Wyrok Sądu Kasacyjnego (Cour de Cassation, Francja) w pełnym składzie z dnia 17 listopada 2000 r., nr 99–13701, *Perruche* z głosem W. Borysiaka, (w:) M. Safjan (red.), *Prawo wobec medycyny...*, *op. cit.*, s. 335–339.

20 Ustawa z dnia 4 marca 2002 r. o prawach pacjentów i jakości systemu opieki zdrowotnej (loi n° 2002–303): *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance*.

gastrostomii (PEG). Opiekę medyczną nad pacjentem w tym okresie sprawował lekarz rodzinny. Z czasem demencja pacjenta postępowała, co skutkowało tym, że niespełna rok po rozpoczęciu procesu sztucznego karmienia, tj. w roku 2008, kontakt z mężczyzną stał się niemal niemożliwy. W tym czasie lekarz zdiagnozował również tetraparzę spastyczną²¹ i sztywność karku oraz ordynował pacjentowi silne leki przeciwbólowe na bazie opioidów. Pacjent nie wyraził życzeń co do sposobu leczenia ani opieki na wypadek utraty zdolności do wyrażenia zgody, w szczególności nie sprzeciwiał się wdrożeniu procedur podtrzymujących życie.

Od 1 stycznia 2010 r. do 19 października 2011 r., tj. w okresie objętym sporem, u pacjenta regularnie zaczęły występować gorączka, trudności w oddychaniu i nawracające odleżyny. Czterokrotnie rozpoznano u niego w tym czasie zapalenie płuc, a w połowie roku 2011 u mężczyzny zdiagnozowano zapalenie pęcherzyka żółciowego z dwoma ropniami, których nie zdecydowano się usunąć z uwagi na zły stan ogólny pacjenta. W październiku 2011 r. mężczyzna trafił do szpitala w związku z zachyłstowym zapaleniem płuc²². Odstąpiono jednak od intensywnej terapii pacjenta, który w przeciągu kilku kolejnych dni zmarł.

W związku z tak ustalonym stanem faktycznym syn zmarłego wytoczył powództwo odszkodowawcze przeciw lekarzowi przed Sąd Regionalny w Monachium, domagając odszkodowania za uszczerbek wyrażający się wydatkach na utrzymanie ojca w latach 2010 i 2011, a także o zadośćuczynienie.

Zarzucił, po pierwsze, że lekarz dopuścił się błędu w sztuce. Karmienie jego ojca przez rurkę nie było jego zdaniem w żaden sposób ani medycznie wskazane, ani uzasadnione wolą pacjenta, którą można było rzekomo ustalić jeszcze na początku 2010 r., a jedynie prowadziło do bezsensownego przedłużania cierpień ojca, związanych z chorobą bez perspektywy poprawy stanu jego zdrowia. Po drugie, według powoda lekarz prowadzący leczenie ojca nie poinformował w wymagany przez prawo sposób opiekuna pacjenta, że nie było już wskazań medycznych do stosowania środków sztucznego podtrzymywania życia. Z tego powodu opiekun miał być pozbawiony informacji niezbędnych do podjęcia ewentualnej decyzji co do zakończenia stosowania terapii z użyciem rurki PEG. Po trzecie, zdaniem powoda karmienie jego ojca za pomocą rurki żołądkowej bez jego wyraźniej zgody oraz pozwolenie przez lekarza na dalsze odczuwanie przez mężczyznę bólu i cierpienia stanowiło naruszenie dobra osobistego pacjenta w postaci integralności cielesnej.

Powód, precyzując swoje żądania, twierdził, że – po pierwsze – na zasadzie prawa spadkowego przysługiwało mu zadośćuczynienie za ból i cierpienie, jakich niepotrzebnie doświadczać miał pacjent w spornym okresie z powodu przedłużania

21 Choroba polegająca na utracie zdolności wykonywania ruchów spontanicznych we wszystkich czterech kończynach, spowodowana zaburzeniem pracy mięśni.

22 Chemiczne zapalenie płuc spowodowane przedostaniem się treści pokarmowej i soku żołądkowego lub pokarmu do dróg oddechowych i płuc.

jego życia, a które to zadośćuczynienie pierwotnie przysługiwać miało jego ojcu²³, oraz po drugie, naprawienia szkody majątkowej, jaką *in casu* miały być koszty życia: opieki i leczenia ojca, które nie zostałyby poniesione, gdyby lekarz nie udzielił, wadliwych w ocenie powoda, świadczeń zdrowotnych.

Sąd Regionalny w Monachium oddalił powództwo w całości, stwierdzając, że nie było podstawy do uznania, że przysługiwały powodowi jakiegokolwiek roszczenia w związku z utrzymywaniem przy życiu jego ojca. Wyższy Sąd Regionalny w Monachium uwzględnił w części apelację powoda i zmienił zaskarżony wyrok o tyle, że zasądził 40 tys. euro tytułem zadośćuczynienia. Wyrok ten został zaskarżony skargami kasacyjnymi przez obie strony.

3. Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego RFN

BGH uwzględnił skargę kasacyjną pozwanego lekarza, uchylił wyrok Wyższego Sądu Regionalnego w Monachium i oddalił apelację powoda. Jednocześnie oddalił skargę kasacyjną powoda.

Rozpoznając skargi kasacyjne, BGH skoncentrował się na zagadnieniu szkody (majątkowej i niemajątkowej). Po pierwsze, rozważył dopuszczalność uznania życia i związanych z nim kosztów za szkodę oraz związanego z nim cierpienia za krzywdę. Po drugie, przeanalizował, czy ewentualne roszczenie o zadośćuczynienie mogłoby być zasądzone w oderwaniu od bólu i cierpienia doznanego przez pacjenta, a jedynie w związku z naruszeniem przez lekarza jego obowiązku informacyjnego i ograniczeniem autonomii pacjenta. Po trzecie, podjął kwestię możliwości uznania kosztów (rzekomo bezprawnego) utrzymywania pacjenta przy życiu za szkodę majątkową powoda.

Sąd stwierdził, że powodowi nie należało się zadośćuczynienie za ból i cierpienie. Nie badał on nawet ewentualnego naruszenia przez pozwanego lekarza spoczywających na nim obowiązków. Zdaniem Sądu rozważania te były zbyteczne, gdyż w żadnym razie nie można mówić w omawianej sprawie o szkodzie niemajątkowej²⁴.

23 Jak stwierdził Wyższy Sąd Regionalny w Monachium w wyroku z dnia 21 grudnia 2017 r., 1 U 454/17, FamRZ 2018, 723: „powodowi przysługiwało odziedziczone po ojcu (§ 1922 ust. 1 BGB) roszczenie odszkodowawcze przeciwko pozwanemu, mające źródło w naruszeniu obowiązku wynikającego z umowy o leczenie (§ 611 ust. 1, § 280 ust. 1 BGB), o zapłatę odpowiedniego zadośćuczynienia za ból i cierpienie (§ 253 ust. 2 BGB)” [...].

24 § 253 ust. 2 BGB: *Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden. (pol. Jeżeli odszkodowanie musi być wypłacone z powodu naruszenia ciała, zdrowia, wolności lub integralności seksualnej, można żądać słusznego zadośćuczynienia w pieniądzu także z powodu szkody, która nie jest szkodą majątkową).*

Ustalenie szkody wymaga porównania istniejącej sytuacji ogólnej z sytuacją, która istniałaby, gdyby nie wystąpiło zdarzenie powodujące szkodę. Jednakże ewentualna niekorzyść wynikająca z tego porównania jest szkodą tylko wtedy, gdy porządek prawny uznaje ją za prawnie doniosłą²⁵. W przedmiotowej sprawie, zdaniem BGH, brak było tego elementu. Tutaj stan kontynuacji życia z cierpieniem związanym z chorobą, możliwy dzięki sztucznej odżywianiu, przeciwstawiany był stanowi, który wystąpiłby, gdyby sztuczne odżywianie zostało przerwane, czyli śmierci. Możliwość kontynuowania życia bez cierpienia lub z mniejszym cierpieniem nie istniała. Tymczasem życie ludzkie jest dobrem prawnym najwyższej rangi i bezwzględnie zasługuje na ochronę. Żadna osoba trzecia nie jest uprawniona do oceny jego wartości. Z tego powodu zabronione jest traktowanie życia – nawet kontynuacji życia z cierpieniem – jako szkody²⁶.

BGH odwołał się w tym miejscu do innej sprawy z kategorii *wrongful life*, rozstrzyganej wcześniej przez niemieckie sądy, w której niebezpieczeństwo uszkodzenia nienarodzonego dziecka w wyniku zachorowania ciężarnej kobiety na różyczkę nie zostało rozpoznane przez lekarza, w wyniku czego nie dokonano (dozwolonej) aborcji i dziecko urodziło się chore. BGH odmówił wtedy uznania roszczeń odszkodowawczych dziecka. Uznał, że nie jest możliwe dokonanie ogólnie wiążącej oceny, czy życie z ciężkim kalectwem (*wrongful life*), w porównaniu z alternatywą nieżycia w ogóle, stanowi szkodę w sensie prawnym, czy też nadal stanowi sytuację korzystniejszą²⁷. Prawnie wiążąca ocena wartości życia innej osoby nie została dopuszczona z konkretnych, ważnych powodów. Zdaniem BGH z zasady człowiek musi zaakceptować swoje życie tak, jak zostało ono ukształtowane przez naturę. Dziecko nie miało prawa do nieistnienia. Prawna regulacja odpowiedzialności za zdarzenia w dużej mierze losowe i wynikające z natury nie byłaby rozsądna ani możliwa do utrzymania.

Zgodnie z orzecznictwem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie jest możliwa prawna kwalifikacja istnienia dziecka jako źródła szkody²⁸. Obowiązkiem wszystkich władz państwowych jest poszanowanie każdej istoty ludzkiej w jej istnie-

25 Por. wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 18 stycznia 1983 r., VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240.

26 Art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (pol. *Godność człowieka jest nienaruszalna. Obowiązkiem wszystkich władz państwowych jest jej poszanowanie i ochrona.*); art. 2 ust. 2 zd. 1 Ustawy Zasadniczej: Die Freiheit der Person ist unverletzlich (pol. *Wolność osoby jest nienaruszalna*).

27 Z uzasadnienia wyroku: „Es entziehe sich einer allgemeinverbindlichen Beurteilung, ob Leben mit schweren Behinderungen (*wrongful life*) gegenüber der Alternative des Nichtlebens überhaupt im Rechtssinne einen Schaden oder aber eine immer noch günstigere Lage darstelle”; por. wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 18 stycznia 1983 r., VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240.

28 Przytoczony wyżej art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej; wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1993 r., 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 17.

niu dla jej dobra²⁹. W reakcji na to orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego BGH ponownie podkreślił, że również w jego ocenie zakazane jest uznanie istnienia dziecka za szkodę³⁰.

BGH zauważył, że omawiana sprawa nie była klasyczną sprawą z kategorii *wrongful life*. Podczas gdy w tego typu sprawach chodzi o życie pełne cierpienia, którego początkowi nie zapobiegła aborcja, w tym przypadku chodziło o dalsze życie pełne cierpienia, które nie zostało zakończone poprzez zaprzestanie leczenia. Konstelacje tych spraw różniły się przede wszystkim tym, że osoba, w przeciwieństwie do nasciturusa, jest powszechnie uznawana za osobę mającą prawo do podjęcia samodzielnej decyzji w sprawie leczenia, w tym zakończenia stosowania środka podtrzymującego życie. Różnica ta nie oznaczała jednak, zdaniem BGH, że kontynuacja życia z cierpieniem mogła być postrzegana jako krzywda.

BGH wyjaśnił, że coraz większe uzależnienie procesu umierania od możliwości medycznych oznacza, że śmierć już dawno przestała być jedynie nieuniknionym, losowym wydarzeniem, a stała się wynikiem decyzji podjętej przez człowieka. Z konstytucyjnie zagwarantowanego wymogu rozumienia człowieka nie jako przedmiotu, lecz jako podmiotu leczenia wynika z kolei, że pacjent ma prawo w każdej fazie życia, także u jego kresu, do samodzielnego decydowania o tym, czy chce skorzystać z pomocy medycznej. Ustawodawstwo niemieckie, za pomocą konstrukcji testamentu życia, wzmacnia dodatkowo znaczenie chronionego konstytucyjnie prawa do samostanowienia w przypadku działań medycznych pacjentów, którzy w międzyczasie stali się niezdolni do wyrażenia zgody, we wszystkich fazach życia i niezależnie od rodzaju i stadium choroby³¹. Zgodnie z tym nawet po wystąpieniu niezdolności

29 Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1993 r., 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 17.

30 Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 16 listopada 1993 r., VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128.

31 § 1901a BGB: (1) Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Eine Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden. (2) Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten. (3) Die Absätze 1 und 2 gelten unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung des Betreuten. (pol. (1) Jeżeli osoba pełnoletnia, zdolna do wyrażenia zgody, określiła na piśmie, czy zgadza się na określone badania jej stanu zdrowia, zabiegi lecznicze

do wyrażenia zgody wola pacjenta, faktycznie wyrażona lub domniemana, pozostaje decydująca dla decyzji o podjęciu lub zaniechaniu działań medycznych. Jeżeli wolą jest powstrzymanie się od stosowania środków podtrzymujących życie, a tym samym umożliwienie umierania, skutkuje to prawem do obrony przed środkami przedłużającymi życie. Obowiązek państwa do ochrony życia wynikający z art. 2 ust. 2 zd. 1 Ustawy Zasadniczej³² zajmuje wówczas drugie miejsce wobec prawa pacjenta do samostanowienia, nawet jeśli bez zakończenia leczenia istniałaby jeszcze perspektywa wyleczenia lub życia³³.

Niemniej jednak nawet w takim przypadku, zdaniem BGH, dalsze życie z nieuchronnie związanym z nim dalszym trwaniem cierpienia spowodowanego chorobą nie może być uznane za szkodę. Nawet jeśli sam pacjent może uważać swoje życie za niewarte życia, to konstytucyjny porządek wszelkiej władzy publicznej, w tym sądowiczej, zabrania takiego osądzania życia danego pacjenta prowadzącego do wniosku, że to życie jest krzywdą. Poza ludzkim pojmowaniem jest bowiem ocena, czy życie w cierpieniu jest wadą w porównaniu ze śmiercią³⁴.

Zdaniem BGH cierpienie związane z chorobą, nieodłącznie związane z życiem, które jest przedłużane przez środki podtrzymujące życie, nie może być samo w sobie uznane za szkodę, ponieważ nie można go oddzielić od życia – jak to ma miejsce na gruncie prawa niemieckiego na przykład w przypadku obowiązku alimentacyjnego rodziców.

Powodowi nie zostało przyznane również zadośćuczynienie pieniężne za naruszenie ogólnego dobra osobistego pacjenta, w oderwaniu od bólu i cierpienia, jakich doznał w wyniku przedłużenia jego życia. BGH pozostawił otwartą kwestię, czy takie roszczenie można by oprzeć na naruszeniu prawa pacjenta do samostanowienia,

lub interwencje medyczne, które w chwili określenia nie są jeszcze nieuchronne (testament życia), to opiekun powinien zbadać, czy te określenia odnoszą się do aktualnej sytuacji życiowej i leczniczej. Jeśli tak jest, opiekun musi wyrazić i wyegzekwować wolę osoby, nad którą sprawuje opiekę. Zgoda pacjenta może być w każdej chwili odwołana w każdej formie. (2) Jeśli nie ma testamentu życia lub jeśli postanowienia testamentu życia nie mają zastosowania do aktualnej sytuacji życiowej i leczniczej, opiekun określa życzenia dotyczące leczenia lub domniemaną wolę osoby pozostającej pod opieką i na tej podstawie podejmuje decyzję o wyrażeniu zgody lub zakazie zastosowania środka medycznego zgodnie z ust. 1. Domniemaną wolę ustala się na podstawie konkretnych przesłanek. W szczególności uwzględnia się wcześniejsze ustne lub pisemne oświadczenia, przekonania etyczne lub religijne oraz inne wartości osobiste osoby objętej opieką. (3) Ustępy 1 i 2 obowiązują niezależnie od rodzaju i stadium choroby osoby objętej opieką).

32 Art. 2 ust. 2 Ustawy Zasadniczej: Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. (pol. Każdy człowiek ma prawo do życia i nietykalności fizycznej. Wolność osoby jest nienaruszalna. Ingerencja w te prawa może nastąpić tylko na podstawie ustawy).

33 Por. wyrok BGH z dnia 17 września 2014 r., XII ZB 202/13, BGHZ 202, 226; wyrok Federalnego Sądu Administracyjnego RFN z dnia 28 maja 2019 r., 3 C 6.17, NJW 2019, 2789.

34 Z uzasadnienia wyroku: „Abgesehen davon entzieht es sich menschlicher Erkenntnisfähigkeit, ob ein leidensbehaftetes Leben gegenüber dem Tod ein Nachteil ist”.

gdymby środki podtrzymujące życie były utrzymywane wbrew woli pacjenta. Zdaniem Sądu bowiem powodowi nie udało się udowodnić, że karmienie przez rurkę odbywało się wbrew woli pacjenta.

Bezzasadna okazała się z kolei apelacja powoda w zakresie jego uprawnienia do odszkodowania za doznaną rzekomo szkodę majątkową. Również i tutaj BGH pozostawił otwartą kwestię, czy pozwany lekarz naruszył swoje obowiązki w zakresie informowania lub leczenia pacjenta. Niezależnie od tego bowiem nie została spełniona przesłanka bezprawności względnej działania lekarza, tj. normy, które rzekomo miał naruszyć, nie obejmowały swoim celem przeciwdziałania powstawaniu takiego uszczerbku majątkowego, jakiego kompensacji dochodził powód.

Wprawdzie art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej zakazuje uznawania istnienia istoty ludzkiej jako takiej za szkodę, nie jest jednak konstytucyjnie wykluczone, że obciążenia ekonomiczne związane z istnieniem istoty ludzkiej mogą być na gruncie prawa niemieckiego w pewnych okolicznościach rozumiane jako szkoda majątkowa. Zgodnie z orzecznictwem BGH obciążenie ekonomiczne rodziców spowodowane urodzeniem dziecka w sposób niezgodny z planem może stanowić szkodę podlegającą wyrównaniu³⁵. Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał to orzecznictwo za zgodne z art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, dotyczącym odpowiedzialności lekarskiej w przypadku nieudanej sterylizacji i wadliwego poradnictwa genetycznego przed poczęciem dziecka³⁶. BGH nie rozstrzygnął, czy zasądzenie odszkodowania za obciążenia ekonomiczne związane z własną egzystencją byłoby konstytucyjnie dopuszczalne. W omawianej sprawie nie została bowiem spełniona ogólna przesłanka odpowiedzialności cywilnej, jaką jest związek ochronno-celowy między ewentualnie naruszoną normą a szkodą majątkową.

BGH podkreślił, że odpowiedzialność odszkodowawcza jest ograniczona przez cel ochronny normy. Ma to zastosowanie niezależnie od przepisu, na którym oparta jest odpowiedzialność. Obowiązek odszkodowawczy istnieje tylko wtedy, gdy konsekwencje, za które żąda się odszkodowania, wynikają z klasy niebezpieczeństw, którym naruszona norma miała zapobiec lub którego zapobieżeniu miało służyć naruszone zobowiązanie umowne³⁷. Tak więc obowiązek odszkodowawczy zależy między innymi od tego, czy norma lub zobowiązanie umowne ma na celu ochronę interesu prawnego właśnie przed danym rodzajem szkody. Powoływane naruszenie interesu prawnego lub powoływana szkoda muszą zatem również wchodzić w zakres celu ochronnego naruszonej normy lub zobowiązania umownego zgodnie z ich ro-

35 Por. wyroki Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia: 16 listopada 1993 r. VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128; 4 marca 1997 r., VI ZR 354/95, NJW 1997, 1638; 18 czerwca 2002 r., VI ZR 136/01, BGHZ 151, 133.

36 Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN z 12 listopada 1997 r., 1 BvR 479/92 i 1 BvR 307/94, BVerfGE 96, 375.

37 Por. wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 20 maja 2014 r., VI ZR 381/13, BGHZ 201, 263.

dzajem i sposobem powstania. W tym zakresie konieczne są rozważania o charakterze ocennym³⁸.

W związku z tym BGH stwierdził, że zasądzenie na rzecz rodziców (pierwotnie) niechcianego dziecka odszkodowania od lekarza z tytułu obciążeń alimentacyjnych możliwe jest tylko wtedy i tylko w takim zakresie, w jakim zobowiązania przyjęte w umowie o konsultację lub leczenie – w sposób prawnie dopuszczalny – służą ochronie przed tymi obciążeniami³⁹.

Tymczasem na gruncie omawianej sprawy obowiązki, które mogły zostać naruszone, nie miały na celu ochrony pacjenta przed obciążeniami ekonomicznymi związanymi z jego dalszym życiem – nawet jeśli byłoby ono pełne cierpienia. Spoczywający na lekarzu ewentualny obowiązek poinformowania opiekuna pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody o możliwości rozważenia zakończenia stosowania środków podtrzymujących życie służy, zdaniem BGH, wyłącznie prawu pacjenta do samostanowienia, które powinno być wykonywane przez opiekuna. Obowiązek wyczerpującego wyjaśnienia wskazań medycznych do stosowania środków podtrzymujących życie ma na celu zapobieżenie niepotrzebnemu obciążeniu procesu umierania. Z drugiej strony, celem powyższych obowiązków nie jest zapobieganie obciążeniom ekonomicznym związanym z kontynuacją życia i nieodłącznym cierpieniem związanym z chorobą. W szczególności obowiązki te nie służą zachowaniu majątku pacjenta w możliwie jak najmniej zmniejszonym stanie dla spadkobierców⁴⁰. Tym samym obciążenia finansowe, na które powoływał się powód, nie podlegały, zdaniem BGH, rekompensacie.

Wnioski

Wnioski płynące z omawianego wyroku BGH dla prawa polskiego poprzedzić trzeba krótką informacją na temat stanowiska prawa polskiego wobec szeroko pojętych roszczeń z tytułu *wrongful life*. Prawo polskie nie uznaje roszczeń *wrongful life*. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 13 października 2005 r., IV CK 161/05, „urodzenie się człowieka w żadnym wypadku nie może być uznane za szkodę, także w rozumieniu prawa cywilnego”. Podkreśla się, że tak sformułowanych roszczeń nie

38 Por. wyroki Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia: 17 kwietnia 2018 r., VI ZR 237/17, BGHZ 218, 220; 20 maja 2014 r., VI ZR 381/13, BGHZ 201, 263.

39 Por. wyroki Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia: 16 listopada 1993 r., VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128; 15 lutego 2000 r., VI ZR 135/99, BGHZ 143, 389; 15 lipca 2003 r., VI ZR 203/02, NJW 2003, 3411.

40 Z uzasadnienia wyroku: „Zweck der genannten Pflichten ist es hingegen bei der gebotenen wertenden Betrachtung nicht, wirtschaftliche Belastungen, die mit dem Weiterleben und den dem Leben anhaftenden krankheitsbedingten Leiden verbunden sind, zu verhindern. Insbesondere dienen die Pflichten nicht dazu, den Erben das Vermögen des Patienten möglichst ungeschmälert zu erhalten”.

uzasadnia na pewno art. 446¹ k.c., zgodnie z którym z chwilą urodzenia dziecko może żądać naprawienia szkód doznanych przed urodzeniem. Przepis ten dotyczy szkód prenatalnych wyrządzonych dziecku przed jego urodzeniem, a nie samego faktu życia dziecka w określonej kondycji czy samego faktu jego urodzenia wbrew woli rodziców⁴¹. Prawo polskie dopuszcza jednak w pewnym zakresie kompensację uszczerbków związanych z urodzeniem się dziecka na rzecz matki bądź obojga rodziców⁴². W prawie polskim zaakceptowany został pogląd, że kompensacji podlegają wyłącznie koszty zwiększone, stanowiące różnicę pomiędzy kosztami utrzymania dziecka niepełnosprawnego a kosztami, jakie rodzice musieliby ponieść, gdyby dziecko urodziło się zdrowe⁴³. W uchwale SN z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06 wyrażono również pogląd, że odszkodowanie winno się ograniczać tylko do usprawiedliwionych potrzeb dziecka i tylko w zakresie, w jakim matka (rodzice) nie jest w stanie ich zaspokoić⁴⁴. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w uzasadnieniu tej uchwały, pojęcie szkody odnosi się co do zasady do wszelkich uszczerbków w dobrach lub interesach prawnie chronionych, których poszkodowany doznał wbrew swej woli lub w celu ograniczenia ujemnych konsekwencji zdarzenia szkodzącego. Jednakże w sprawach należących do kategorii *wrongful birth* występuje sytuacja szczególna, gdyż – z dogmatycznego punktu widzenia – koszty utrzymania człowieka nie służą ograniczeniu negatywnych skutków bezprawnego działania, a przeciwnie, służą życiu osoby, a jej życie nie jest oczywiście szkodą, lecz samodzielną najwyższą wartością chronioną przez porządek prawny. Jak stwierdził SN w uzasadnieniu przywołanej uchwały, wydatki na utrzymanie człowieka nie wchodzą w miejsce jakiegoś zła, lecz służą dobru. Tym samym niemożliwe jest jednoznaczne oddzielenie ich od osoby jako takiej, a zarazem ich pełna kompensacja. W rozważaniach tych dodatkowo uwzględnić należy ten aspekt, że koszty ponoszone na utrzymanie danej osoby przy życiu mogą być po-

41 M. Safjan, Kodeks cywilny. Komentarz, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2018, s. 1583.

42 E. Bagińska, (w:) M. Safjan..., *op. cit.*, s. 752–767; T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003.

43 Z uzasadnienia wyroku SN z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05: „Naruszenie wskazanych wyżej praw podmiotowych uzasadnia również roszczenia odszkodowawcze na podstawie art. 444 § 1 w związku z art. 361 § 1 i 2 k.c. obejmujące nie tylko szkodę majątkową w postaci kosztów ciąży i porodu czy utraty możliwości zarobkowych matki po urodzeniu upośledzonego dziecka, lecz także szkodę wynikającą z konieczności ponoszenia przez rodziców zwiększonych kosztów utrzymania upośledzonego dziecka. [...] Ich szkodą jest określony w art. 444 w zw. z art. 361 § 2 k.c. uszczerbek majątkowy wynikający z konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów utrzymania i wychowania związanych z upośledzeniem dziecka, których nie planowali, nie godzili się ponieść i nie musieliby ponieść, gdyby nie zostało naruszone ich prawo do planowania rodziny i podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży”.

44 Treść uchwały SN z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06: „Podmiot odpowiedzialny za bezprawne uniemożliwienie dokonania zabiegu przerwania ciąży, będącej następstwem gwałtu, którego sprawca nie został wykryty, ponosi koszty utrzymania dziecka w takim zakresie, w jakim matka dziecka sprawująca osobiste starania o jego utrzymanie i wychowanie nie jest w stanie zaspokoić usprawiedliwionych potrzeb dziecka”.

noszone dobrowolnie, co tym bardziej poddaje w wątpliwość możliwość uznania ich za szkodę w sensie prawnym.

Na tym tle można poczynić pewne uwagi odnośnie do wyroku BGH. Wydaje się, że stanowi on pewne potwierdzenie poglądu o braku uzasadnienia roszczeń *wrongful life* w prawie polskim. Skoro bowiem sam BGH wyraźnie podkreśla podobieństwa ocenianego stanu faktycznego z roszczeniami *wrongful life*, a także ich niedopuszczalność w prawie niemieckim, to tym samym można ten wyrok uznać za argument także w polskiej debacie. BGH odmówił przyznania osobom trzecim jakiegokolwiek odszkodowania za koszty leczenia pacjenta i opieki nad nim, które potencjalnie spowodowane były błędem lekarskim. Sąd Najwyższy RFN uznał, że koszty utrzymania osoby chorej przy życiu są naturalnymi i koniecznymi kosztami jej życia i nie można ich oddzielić od samej osoby. Nie istnieje też szczególna podstawa kompensacji takich kosztów. BGH uzasadnił to m.in. tym, że normy rzekomo naruszone przez lekarza nie miały na celu ochrony majątku pacjenta, a tym bardziej majątku jego spadkobierców. Rozważania te pozostają aktualne co do zasady również na gruncie prawa polskiego⁴⁵.

BGH nie wykluczył jednak możliwości naprawienia szkody wynikającej z niewykonania zobowiązania umownego. Wydaje się, że także na gruncie prawa polskiego lekarz lub osoba trzecia (np. ubezpieczyciel) mógłby przyjąć odpowiedzialność za „(prze)życie” pacjenta w określonych warunkach. Polskie prawo zobowiązań nie stawia przeszkód umownemu ustaleniu odpowiedzialności cywilnej za zdarzenia, które nie uzasadniają kompensacji na gruncie prawa powszechnego (art. 361 ust. 2 k.c.). Rozwiązanie takie nie byłoby raczej sprzeczne z ustawą ani naturą zobowiązania. Zmierzałoby pośrednio do wzmocnienia praw pacjenta, a także praw osób jemu najbliższych. Wydaje się też, że czynności tego rodzaju nie można byłoby uznać za czynność *in fraudem legis* ani za czynność sprzeczną z zasadami współżycia społecznego.

Ponadto, wyrok BGH można uznać za głos w dyskusji o celowości wyróżnienia nowej kategorii roszczeń cywilnych – *wrongful survival*. Ich przedmiotem – jak wskazano w omawianej sprawie – byłaby kompensacja szkód majątkowych (koszty leczenia i opieki) i niemajątkowych (cierpienie związane z przedłużającym się życiem) doznanych przez pacjenta lub jego rodzinę wskutek bezprawnego przedłużania jego życia, czy to ze względu na naruszenie obowiązku informacyjnego lekarza lub autonomii pacjenta, czy też błędne wskazania co do zasadności medycznej prowadzenia danego typu terapii przedłużającej życie.

Za wyróżnieniem w obrębie szerszej kategorii roszczeń *wrongful life* osobnej podkategorii *wrongful survival* przemawiać by mogła odmiennność okoliczności faktycznych, w jakich dane roszczenie jest podnoszone. O ile bowiem roszczenia z tytułu *wrongful life* tradycyjnie odnosiły się do kompensacji uszczerbku wynikającego

45 Co do konstrukcji por. M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2008 i cytowana tam literatura.

z pojawienia się nowego życia, o tyle w omawianej sprawie przedmiotem analizy była kwestia przedłużania życia już trwającego. Wyodrębnienie podkategorii roszczeń *wrongful survival* mogłoby zatem być pomocne przy systematyzacji przypadków wchodzących w zakres szerokiej kategorii *wrongful life*.

Z drugiej jednak strony tworzeniu pojęć doktrynalnych powinien każdorazowo przyświecać pewien cel dogmatyczny. Wydaje się, że tego w omawianym przypadku brak. BGH wyraźnie opowiedział się za kwalifikowaniem tej kategorii roszczeń do rozpoznanej już w doktrynie i orzecznictwie ogólniejszej kategorii *wrongful life*, zwracając uwagę, że w istocie roszczenie syna pacjenta wpisywało się w klasyczną koncepcję żądania odszkodowania i zadośćuczynienia za sam fakt czyjegoś życia. BGH rozstrzygnął przy tym przedmiotową sprawę wyłącznie w oparciu o konstrukcje wypracowane na gruncie dotychczasowych spraw *wrongful life*, co wskazuje na adekwatność istniejących już pojęć doktrynalnych do analizy tego typu przypadków. Wyróżnienie roszczeń *wrongful survival* mogłoby zatem stanowić swoiste *superfluum*, niewnoszące nic nowego do rozwoju nauki prawa. Z uwagi na brak wyraźnych odmienności konstrukcyjnych pomiędzy omawianą sprawą a wypracowanym dotychczas modelem rozstrzygania spraw z kategorii *wrongful life* wyodrębnianie podkategorii roszczeń *wrongful survival* wydaje się zatem na tym etapie zbędne.

Wreszcie, sprawa rozstrzygnięta przez BGH stanowi głos w dyskusji na temat polskiej konstrukcji prawa do zadośćuczynienia za naruszenie więzi rodzinnej. Wpisuje się ona bowiem w widoczne w ostatnich latach w Polsce tendencje do rozszerzania również na osoby trzecie, takie jak najbliżsi członkowie rodziny, grona podmiotów uprawnionych do występowania z roszczeniami mającymi swoje źródło w pogorszeniu się stanu zdrowia danej osoby. Uznanie przez polskie sądy więzi rodzinnej za dobro osobiste oraz wprowadzenie do kodeksu cywilnego art. 446² doprowadziło ostatecznie do sytuacji, w której bliscy mogą obecnie dochodzić zadośćuczynienia za niemożliwość nawiązania lub kontynuacji relacji z członkiem rodziny. Konstrukcja ta poddana została krytyce w doktrynie ze względu na fakt, że odchodzi ona od zasady, iż roszczenia odszkodowawcze przyznawane są tylko osobom bezpośrednio poszkodowanym i mogą stymulować postawy różnicujące wartość ludzkiego życia⁴⁶.

Sprawa rozstrzygnięta przez BGH rzuca światło na art. 446² k.c. i skłania do restrykcyjnej wykładni tego przepisu. Należy bowiem zauważyć, że przepis ten potencjalnie może być wykorzystywany na gruncie prawa polskiego jako podstawa roszczeń *wrongful life*. Powód w omawianej sprawie dochodził zadośćuczynienia za fakt, że jego ojciec wskutek rzekomego błędu medycznego przez dłuższy czas żył w stanie wegetatywnym. Wykluczyć należy subsumowanie takich sytuacji pod hipotezę normy z art. 446² k.c. Wskazywany przepis nie powinien służyć do dopuszczenia niejako bocznymi drzwiami roszczeń *wrongful life*.

46 Zob. L. Bosek, W sprawie kwalifikacji więzi rodzinnej jako dobra osobistego (uwagi krytyczne na tle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego), „Forum Prawnicze” 2015, nr 3, s. 3–19.

BIBLIOGRAFIA

- Bach I., Das Leben ist kein Schaden, Besprechung von BGH, Urt. v. 2.4.2019 – VI ZR 13/18, „NJW” 2019, 1741.
- Bagińska E., (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), System Prawa Medycznego, t. 5: Odpowiedzialność prywatnoprawna, Warszawa 2021.
- Bartylla B., The Next Chapter of ‘Wrongful Life’: Concepts for ‘Wrongful Survival’ in Comparative Analysis, „Cambridge Law Review” 2020, vol. V, nr I.
- Bosek L., Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne, Warszawa 2012.
- Bosek L., Roszczenia „wrongful life” i „wrongful birth” w świetle standardów konstytucyjnych i europejskich, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 1.
- Bosek L., W sprawie kwalifikacji więzi rodzinnej jako dobra osobistego (uwagi krytyczne na tle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego), „Forum Prawnicze” 2015, nr 3.
- Justyński T., Poczęcie i urodzenie dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej, Kraków 2003.
- Kaliński M., Szkoda na mieniu i jej naprawienie, Warszawa 2008.
- Leitmeier L., Neubewertung des „Lebens als Schaden“?, „NJW” 2020, 2844.
- Mularski K., Próba analizy koncepcji „wrongful life”, „Studia Prawa Prywatnego” 2008, nr 3.
- Nesterowicz M., Prawo medyczne, wyd. 9, Toruń 2009.
- Omlor S., Schuldrecht AT: Haftung wegen Lebenserhaltung durch künstliche Ernährung, JuS 2019, 577.
- Safjan M. (red.), Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami, Warszawa 2011, w tym glosy: M. Boratyńska, glosa do wyroku Izby Lordów Zjednoczonego Królestwa z dnia 4 lutego 1993 r., *Airedale NHS Trust v. Bland*; M. Boratyńska, glosa do wyroku Sądu Najwyższego Stanu New Jersey z dnia 31 marca 1976 r., *In re Karen Quinlan*; W. Borysiak, L. Bosek, glosa do wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1993 r., 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92; W. Borysiak, glosa do wyroku Izby Lordów z dnia 29 września 1999 r., *McFarlane i inni v. Tayside Health Board*; W. Borysiak, glosa do wyroku Sądu Kasacyjnego (Cour de Cassation, Francja) w pełnym składzie z dnia 17 listopada 2000 r., nr 99–13701, *Perruche*; W. Borysiak, glosa do wyroku Sądu Najwyższego RP z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05; L. Bosek, glosa do wyroku ETPC z dnia 29 lipca 2002 r., *Pretty v. Wielka Brytania*; P. Sobolewski, glosa do uchwały Sądu Najwyższego RP z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06.
- Safjan M., (w:) K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2018.
- Safjan M., Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji, Warszawa 1990.
- Shiffrin S.V., Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm, „Legal Theory” 1999, vol. 5, nr 2.
- Terbille M. & Feifel E., Aufklärung einwilligungsunfähiger volljähriger Patienten, (w:) Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, Clausen/Schroeder-Printzen, 3, Auflage 2020.
- Tomlinson W.L., Torts – Wrongful Birth and Wrongful Life, „Missouri Law Review” 1979, vol. 44, nr 1.
- Torrione H., Le préjudice d’être né – Quelques réflexions à propos de l’ATF 132 III 359, „HAVE/REAS” 2006, nr 4.
- Uchwała Sądu Najwyższego RP z dnia 22 lutego 2006 r., III CZP 8/06, OSNC 2006/7–8/123.

- Wagner G., Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020.
- Wyrok ETPC z dnia 14 maja 2013 r., *Gross v. Szwajcaria*, skarga nr 67810/10.
- Wyrok ETPC z dnia 20 stycznia 2011 r., *Hass v. Szwajcaria*, skarga nr 31322/07.
- Wyrok ETPC z dnia 29 lipca 2002 r., *Pretty v. Wielka Brytania*, skarga nr 2346/02.
- Wyrok ETPC z dnia 5 czerwca 2015 r., *Lambert i inni v. Francja*, skarga nr 46043/14.
- Wyrok Federalnego Sądu Administracyjnego RFN z dnia 28 maja 2019 r., 3 C 6.17, NJW 2019, 2789.
- Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego RFN z dnia 12 listopada 1997 r., 1 BvR 479/92 i 1 BvR 307/94, BVerfGE 96, 375.
- Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 15 lipca 2003 r., VI ZR 203/02, NJW 2003, 3411.
- Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 15 lutego 2000 r., VI ZR 135/99, BGHZ 143, 389.
- Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 16 listopada 1993 r., VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128.
- Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 17 kwietnia 2018 r., VI ZR 237/17, BGHZ 218, 220.
- Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 17 września 2014 r., XII ZB 202/13, BGHZ 202, 226.
- Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 18 czerwca 2002 r., VI ZR 136/01, BGHZ 151, 133.
- Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 2 kwietnia 2019 r., VI ZR 13/18, BGHZ 221, 352.
- Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 20 maja 2014 r., VI ZR 381/13, BGHZ 201, 263.
- Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego RFN z dnia 4 marca 1997 r., VI ZR 354/95, NJW 1997, 1638.
- Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1993 r., 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 17.
- Wyrok Izby Lordów Zjednoczonego Królestwa z dnia 4 lutego 1993 r., *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] 1 All ER 821 (HL).
- Wyrok Izby Lordów Zjednoczonego Królestwa z dnia 29 września 1999 r., *McFarlane i inni v. Tayside Health Board* [2000] 2 A.C. 59.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Illinois z dnia 11 czerwca 1963 r., *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App.2d 240 (Ill. App. Ct. 1963).
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Nowym Jorku z dnia 27 grudnia 1978 r., *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401 (N.Y. 1978).
- Wyrok Sądu Kasacyjnego (Cour de Cassation, Francja) w pełnym składzie z dnia 17 listopada 2000 r., r. 99-13701, *Perruche*.
- Wyrok Sądu Najwyższego RFN z dnia 18 stycznia 1983 r., BGH VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240.
- Wyrok Sądu Najwyższego RP z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, OSP 2006/6/71.
- Wyrok Sądu Najwyższego Stanu New Jersey z dnia 31 marca 1976 r., *In re Karen Quinlan*, 70 N.J. 10; 355 A.2d 647 (1976).
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r., V CK 16/03, OSNC 2004/6/104.
- Wyrok Wyższego Sądu Regionalnego w Monachium z dnia 21 grudnia 2017 r., 1 U 454/17, FamRZ 2018, 723.

Józef Binnebesel

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska

job@umk.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2533-6013>

Zbigniew Formella

Università Pontificia Salesiana, Włochy

formella@unisal.it

Halyna Katolyk

Lwowski Państwowy Uniwersytet Spraw Wewnętrznych, Ukraina

katolyk@hotmail.com

Tanatopedagogiczny kontekst wielowymiarowości żałoby

The Thanatopedagogical Context of the Multidimensionality of Mourning

Abstract: Upbringing is one of the main elements of human activity, which prepares one for one's future life, giving one an opportunity to gain experience and confront reality. Contemporary mainstream pedagogical literature omits the only element of human existence that must happen, i.e. death. This absence determines a number of problems of an ethical, intellectual, organizational and practical nature in pedagogical works and analyses. A certain answer to this silence in pedagogy is thanatopedagogy, emerging and developing in Poland, which, with its scope of considerations and practical activities, captures a wide spectrum of the experience of mourning. A thanatopedagogical approach to the subject of mourning allows us to look at it through spiritual and religious, biological and physical, medical, psychopedagogical, socio-cultural, legal and economic prisms. Such a broad interdisciplinary approach also allows us to look at mourning as an all-encompassing process of experiencing oneself as an individual as well as experiencing oneself as part of culture and society.

Keywords: mourning, thanatic fear, thanatopedagogy, upbringing, therapy

Słowa kluczowe: żałoba, lęk tanatyczny, tanatopedagogika, wychowanie, terapia

I nakazałem – jeśli to możliwe – aby dla każdego zmarłego budowano (co jest jeszcze bardziej bezużyteczne i kosztowne) dom, aby w dni świąteczne można w nim było przywołać jego pamięć i zrozumieć, nie samym rozumem, ale każdym poruszeniem duszy i ciała, że umarli i żywi łączą się ze sobą i tworzą wspólnie wz-

rastające drzewo. Gdyż wszyscy mieli przed oczyma ten sam wiersz, to samo wygięcie drewnianego dziobu statku i tę samą kolumnę trwającą przez pokolenia, tylko coraz piękniejszą i o czystszy kształcie: człowiek jest bowiem istotą skazaną na zagładę, jeśli patrzymy mu bezpośrednio w twarz jak krótkowidze, ale inaczej jest, gdy patrzymy na cień, który rzuca, i odbłask, jaki po nim zostaje. Jeśli bowiem zaoszczędzę czas utracony na grzebanie zmarłych i budowanie dla nich domów, i jeśli pragnę, aby posłużył on umocnieniu więzi pokoleń, aby dzięki niemu stworzenie wznosiło się prosto ku słońcu jak drzewo, jeśli uznam, że to wzwyżwstępowanie jest godniejsze człowieka niż zaokrąglanie się brzucha, to owego czasu zaoszczędzonego, którym dysponuję, dobrze użyję na grzebanie zmarłych. (Saint-Exupéry, 2012, s. 177–178).

Wprowadzenie

Proces wychowania według Nowego słownika pedagogicznego Okonia to system czynności wychowawców, nauczycieli (rodziców i wychowawców) umożliwiających wychowankom zmienianie się w pożądanym kierunku, a więc kształtowanie i przekształcanie wiedzy o świecie, uczuć, przekonań i postaw społecznych, moralnych i estetycznych, kształtowanie woli i charakteru oraz wszechstronne rozwijanie osobowości (2007, s. 316). Piecuch, analizując proces wychowania, podkreśla między innymi, „że przygotowuje ono do przyszłego życia, dając możliwość zdobywania własnych doświadczeń i konfrontowania się z rzeczywistością” (Piecuch, 2012, s. 77). Patrząc na definicję i sposób rozumienia procesu wychowania, w tym samej pedagogiki, która – jak zauważa B. Śliwerski – „jest bardziej nauką o praktyce i dla praktyki wychowawczej niż o ideach, kierunkach czy modelach wychowania, jednak w rzeczywistości powinna wyjaśniać proces wychowania, stając się formą społecznego i kulturowego krytycyzmu. Podejmując wyzwania praktyki społecznej, może zarazem sprzyjać rozumieniu życia, uwrażliwiać na potrzeby rozwojowe ludzi i ich uppełnomocnienie oraz stwarzać im warunki do budowania kompetencji społecznych i rozwoju osobistego” (Śliwerski, 2012, s. 19). Rodzi się więc pytanie o temat śmierci i umierania w pedagogice. Jeśli pedagogika ma podejmować wyzwania praktyki społecznej, sprzyjać rozwojowi..., to czy i jak śmierć, umieranie, żałoba jako nierozzerwalny element doświadczania życia, kreowania zasobów kultury, religii wierzeń (Ariès, 2011) klasyfikują się w analizach i rozważaniach pedagogicznych? Pewną odpowiedzią na to pytanie jest analiza podstawowych podręczników pedagogicznych w Polsce (Śliwerski, 2006b, 2006a, 2006c, 2012), we Włoszech (Chistolini, 2013; Reale i in., 1989, 1990a, 1990b) i na Ukrainie (Волкова, 2007; Фіцура, 2002), gdzie temat śmierci i umierania albo w ogóle nie jest poruszany, albo w sposób marginalny. Reasumując można stwierdzić, że główny nurt pedagogiki w swoich rozważaniach pomija lub marginalizuje jedyny pewnik życia ludzkiego, jakim jest śmierć. Przygotowując wychowanka do pełnienia różnych ważnych ról społecznych, przygotowu-

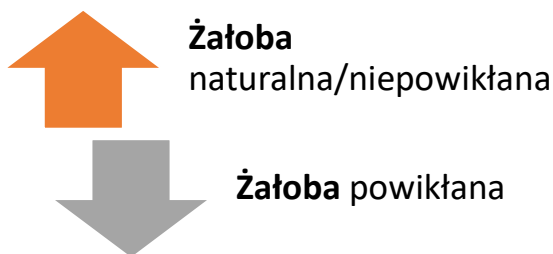
jąc go do zmagania się z wyzwaniami codzienności, nie uwzględnia jedynej rzeczy, która w życiu każdego z nas musi się wydarzyć – śmierci. Odpowiedzią na ów swoisty brak jest powstająca i powoli rozwijająca się w Polsce tanatopedagogika, definiowana jako „nauka o wychowaniu ze świadomością śmiertelności, wpisana w naturę bytu ludzkiego, opartą na fundamentalnej zasadzie poszanowania godności i wolności każdej istoty ludzkiej oraz nienaruszalności i apriorycznej wartości życia ludzkiego” (Binnebesel, 2013, s. 251). W tak rozumianej subdyscyplinie pedagogicznej kwesta doświadczania żałoby stanowi jeden z kluczowych elementów realizujących postulat podejmujących wyzwania praktyki społecznej, sprzyjający zrozumieniu życia, uwrażliwiający na potrzeby rozwoju oraz tworzący warunki budowania kompetencji społecznych i rozwoju osobistego. „Żałoba jest następstwem straty czegoś cennego. Samo poczucie straty jest stanem wewnętrznym, który nie zawsze musi wiązać się z żałobą, gdyż albo to, co straciliśmy, nie było aż tak wartościowe, albo już pogodziliśmy się z doznaną stratą. Natomiast na etapie żałoby przeważa żal jako negatywny stan emocjonalny wywołany stratą cennej wartości i niezaakceptowania tego, co się wydarzyło” (Kornas-Biela, 2017, s. 208). Żałoba jest naturalnym adaptacyjnym procesem psychicznym, odnoszącym się do każdego zdarzenia, w wyniku którego jednostka ponosi stratę kogoś lub czegoś dla niej ważnego i nie każde jej doświadczenie wywołuje długotrwałe następstwa zdrowotne jak i emocjonalne. „Jest ona złożonym procesem, obejmującym sferę psychiczną, somatyczną i społeczną jednostki i choć spełnia prawie wszystkie kryteria choroby, nie jest chorobą, ale naturalną reakcją na stratę” (Kleszcz-Szczyrba, 2016, s. 117–118). Istotnym elementem doświadczania siebie jako istoty ludzkiej, w tym i żałoby, poza sferą biologiczną, psychologiczną i społeczną jest wymiar duchowy. „Człowiek według Frankla jest jednością, ale powiedzieć, że jednością psychofizyczną, to za mało. To, co cielesne, i to, co psychiczne, zostaje uzupełnione o wymiar duchowy, który w przeciwieństwie do dwu poprzednich nie jest determinowany biologicznie ani biograficznie (...), jest jednością nieredukowalną, przejawiającą się w trzech wymiarach: somatycznym, psychicznym, duchowym. Wymiar somatyczny i psychiczny tworzą razem jedność psychofizyczną” (Michalski, 2011, s. 51).

Żałoba niepowikłana to naturalny proces doświadczania straty głęboko zindywidualizowany w kontekście psychologicznym, społecznym, kulturowym, religijnym, jak i doświadczeń somatycznych.

W początkowym okresie żałoby różnego rodzaju symptomy w powyższych kontekstach mogą być powszechne i nie stanowią zaburzonej reakcji na śmierć np. współmałżonka. Ważnym kryterium pomagającym odróżnić żałobę niepowikłaną od powikłanej jest czas, który upłynął od utraty bliskiej osoby. Istotę żałoby powikłanej stanowi doświadczanie specyficznych intensywnych przeżyć, którym towarzyszy znaczne pogorszenie codziennego funkcjonowania, np. silna tęsknota za zmarłym, trudności z zaakceptowaniem jego śmierci, gniew i rozgoryczenie, trudności w za-

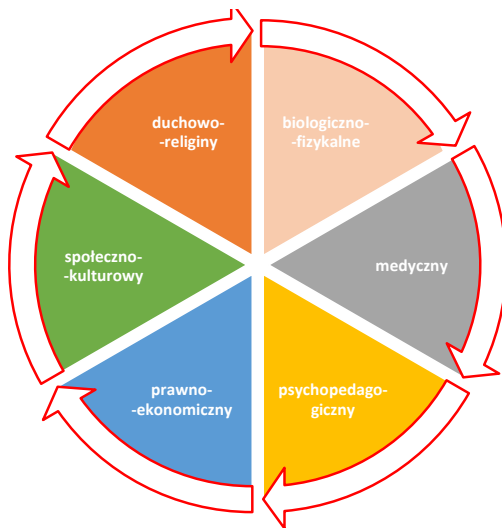
ufaniu innym osobom, szok i zaskoczenie, emocjonalne odrętwienie, poczucie pustki czy braku sensu życia (Ludwikowska-Świeboda, 2020, s. 114).

Rycina 1: Struktura żałoby (opracowanie własne na podstawie literatury)



Próba ujęcia tej kwestii ukazuje jej złożony wieloelementowy charakter wzajemnie przeplatających się czynników wpływających na doświadczanie siebie jak i otoczenia. Rycina poniżej ujmuje jej ogólną strukturę oraz stanowić będzie oś rozważań.

Rycina 2: Wielowymiarowość doświadczania żałoby (opracowanie własne)



1. Biologiczno-fizyczny aspekt doświadczania żałoby

Pierwszym elementem poddanym analizie jest biologiczno-fizyczny aspekt doświadczania żałoby. Istota tego aspektu sprowadza się do utraty doświadczania fizycznej obecności drugiego człowieka. Banalność tego stwierdzenia umyka często

jednak analizom jego konsekwencji w przypadku śmierci bliskiej osoby. „Nigdy nie myślałem, że będzie mi tak brakowało jego obecności, takiej fizycznej obecności, jego dotyku, takiego czucia obok w domu, w szkole...”^{1,2}. „To, że Piotruś odszedł, chyba tak naprawdę dotarło do mnie, gdy uświadomiłam sobie, że nie mogę go przytulić, wziąć na ręce, nie mogę go poczuć blisko, blisko, to (...) nie wiem, to (...) jest TOTALNA PUSTKA”³. Analizy Tjew-A-Sin i Koole w sposób jednoznaczny ukazują znaczenie fizycznego kontaktu, dotyku, wskazując, że dotyk i jego doświadczanie jest fundamentalnym, ale niedocenianym aspektem ludzkiej natury, wpływającym na naszą emocjonalność i społeczne funkcjonowanie (2013). Analizy naukowe pokazują wpływ i znaczenie biologicznego kontaktu, np. dotyku, na rozwój i funkcjonowanie człowieka tak w sferze emocjonalnej jak i fizjologicznej (Ardiel & Rankin, 2010; Cerritelli i in., 2017; Kreuder i in., 2017; Saarinen i in., 2021). Heatley ukazuje zagrożenia płynące z deprivacji tej sfery funkcjonowania człowieka, gdzie dotyk, fizyczny kontakt doprowadza do głębokiej frustracji i zachwiania relacji społecznych (Heatley Tejada i in., 2020). Dotyk i bliskość, jak zauważa Perry (2002), mają kluczowy wpływ na rozwój mózgu i jego organizację neuronalno-komórkową. Brak dotyku może zmienić fizyczną konstrukcję mózgu i ciała, doprowadzając do obniżenia jego sprawności i funkcjonowania nie tylko w płaszczyźnie psychoemocjonalnej, ale i układowej, wpływając na zaburzenie funkcjonowania całego organizmu. Perry (2002) podkreśla, że bliska więź i fizyczny kontakt z osobami znaczącymi determinują między innymi wzmocnienie struktur poznawczych i emocjonalnych, relacja bliskości przynosi poczucie bezpieczeństwa, uspokojenie, determinuje przyjemne i pozytywne uczucia. Strata i zerwanie owych więzi powodują nasilenia uczuć i zachowań destrukcyjnych, a niekiedy i patologicznych, prowadząc do dezorganizacji czasowej lub trwałej psychiki (Biondi & Picardi, 1996; Svetlik i in., 2005; Hetherington, 1972; Jordan i in., 1993; Laudenslager, 1988; Ma, 1984). Najbardziej znanym i wymownym w literaturze pięknej przykładem doświadczania owej pustki po fizycznej obecności ukochanej osoby jest Tren VIII Jana Kochanowskiego (Kochanowski, 1990). Takie doświadczanie to swoista deprivacja sensoryczna wynikająca z braku fizycznego kontaktu z drugą osobą, niewidzenie, niesłyszenie, nieczucie zapachu tej osoby. Chyba najlepszym podsumowaniem będą słowa 34-letniej Ewy: „Nikommu, nikomu nie życzę tej pustki, to tak, jakby mnie nie było, nie było kawałka mnie, nikomu nie życzę bycia przy śmierci swojego dziecka, a potem przeżywania

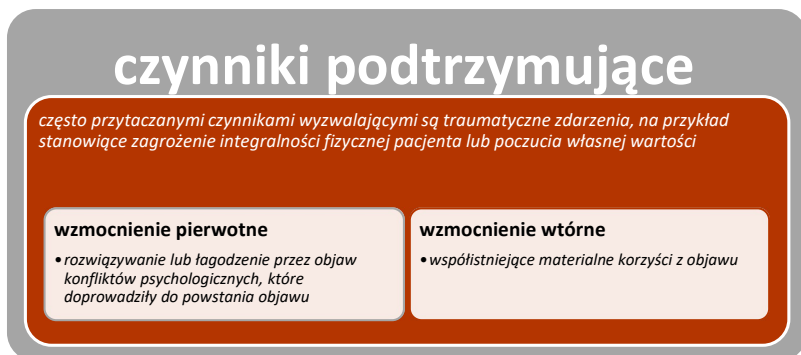
- 1 Wszystkie wypowiedzi pacjentów i ich rodzin pochodzą z archiwum własnego i stanowią element dokumentacji, notatek i doświadczenia terapeutycznego. Imiona przytaczane w przypisach dla potrzeb tego artykułu zostały zmienione.
- 2 Wypowiedź 17-letniej Doroty po śmierci brata.
- 3 Wypowiedź 32-letniej kobiety po śmierci 3-letniego dziecka, spowodowanej chorobą nowotworową.

dzień w dzień jego niebycia, tej niemożności bycia z nim, przytulania, mówienia, bycia MATKĄ” (Binnebesel, 2013, s. 216).

2. Medyczny aspekt doświadczania żałoby

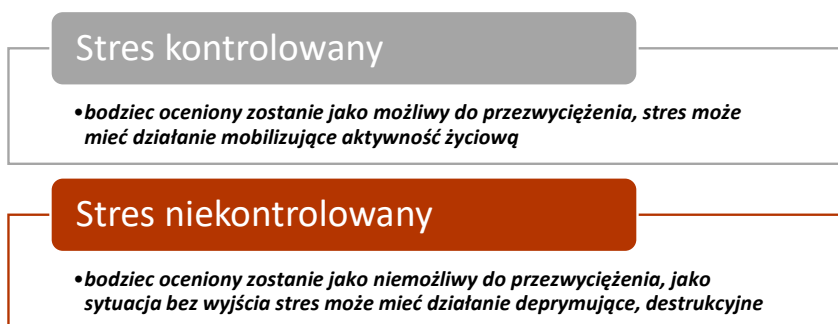
Drugim elementem wielowymiarowości doświadczania żałoby jest jej medyczny aspekt, przybierający na ogół postać somatyzacji, która ma charakter zaburzenia somatorfonicznego polegającego na odczuwaniu problemów medycznych bez podstaw, bez uzasadnień organicznych (Carson, 2011). Jak zauważają autorzy tekstu Zaburzenia pod postacią somatyczną: problematyczne zjawisko – problematyczna diagnoza (Nitsch i in., 2015, s. 79–81), pojęcie somatyzacji zostało po raz pierwszy użyte w 1920 r. w tekście niemieckiego psychoanalityka Wilhelma Steckela, który miał definiować to zjawisko jako zaburzenia fizyczne na podłożu głębokiej neurozy. Larson, przytaczając pogląd Junga odnośnie do objawów fizycznych i choroby jako odzwierciedlenia braku pełnej integracji w obrębie self oraz poglądy Sifneosa, że objawy fizyczne stanowią o niezdolności jednostki do nazywania swoich uczuć, „[z]a Blaustein i Tuber sugeruje (...), że aleksytymia może spełniać funkcje obrony przed przeżywaniem zbyt trudnych emocji. W literaturze psychodynamicznej używa się pojęcia somatyzacja na określenie mechanizmu obronnego, rozumianego jako: „Przekształcenie emocjonalnego bólu lub innych stanów nastroju w objawy fizyczne. Skupianie uwagi na problemach somatycznych, a nie wewnątrzpsychicznych. To odwrócenie uwagi od własnych treści psychicznych na rzecz zjawisk fizjologicznych może sprzyjać tworzeniu się oczekiwaniami względem otoczenia, by wyeliminowało ono objawy” (Gabbard, 2015, s. 45). Autorzy podręcznika do neurologii podkreślają, „że zaburzenia te mają cechy dysocjacyjne, ponieważ dotyczą one powstawania objawów somatycznych lub chorobliwego zaabsorbowania na podstawie mechanizmów psychologicznych działających poza świadomością jednostki. W tym ujęciu można założyć, że dana osoba jest przytłoczona przeciwnościami, które przekraczają zdolność skutecznego, świadomego przetworzenia towarzyszących uczuć, co prowadzi do dysfunkcyjnej, prymitywnej komunikacji cierpienia poprzez »metaforę somatyczną«” (Pedley & Rowland, 2012), wskazując na dwa typy czynników, co ilustruje poniższa rycina.

Rycina 3: Czynniki wyzwalające somatyzacje (opracowanie własne na podstawie literatury)



Żałobę rozpatrywać można jako doświadczanie stresu z wszystkimi jego objawami i konsekwencjami (Furman, 1985; Ludwikowska-Świeboda & Lachowska, 2019; Rando, 1995, 1996; Sprang, 2001; Wiśniowska, 2020). W roku 1967 dwaj psychiatrzy: Thomas Holmes oraz Richard Rahe przebadali ponad 5000 pacjentów pod kątem wpływu doświadczania stresu na powstawanie chorób i zaburzeń somatycznych, wykorzystując stworzony przez siebie kwestionariusz Social Readjustment Rating Scale (SRRS) (Holmes & Rahe, 1967). W kwestionariuszu tym na 43 czynniki stresujące trzy bezpośrednio odnosiły się do kwestii śmierci i żałoby, z czego dwa były w pierwszej piątce wskazań najbardziej stresogennych (na pierwszym miejscu śmierć współmałżonka, na piątym śmierć bliskiego członka rodziny, na siedemnastym śmierć przyjaciela). Istotny wpływ na doświadczanie żałoby ma intensywność i przewlekłość stresu, który jest w znacznym stopniu regulowany spostrzeganą kontrolą nad własnym życiem. W tym kontekście można mówić o dwóch kategoriach stresu (por. rycina 4).

Rycina 4: Kategorie stresu w kontekście spostrzegania kontroli



W medycznym ujęciu stres jest stanem, w którym po zadziałaniu jakiegoś bodźca, zwanego stresorem, zostają przekroczone granice homeostazy. Podstawą ta-

kiego stwierdzenia jest konstatacja, że w tym stanie następuje przekroczenie norm fizjologicznych, biochemicznych, a czasem także anatomicznych organizmu. Przekroczenie norm stanowi patologię – tę zasadę zna każdy student medycyny (Joško -Ochojska, 2013, s. 18). Analiza Tylki (2010, s. 100) pokazuje głębokie zróżnicowane zaburzeń somatycznych wynikających ze stresu niekontrolowanego, u podstaw którego może leżeć nieprzepracowana żałoba lub żałoba mająca charakter patologiczny.

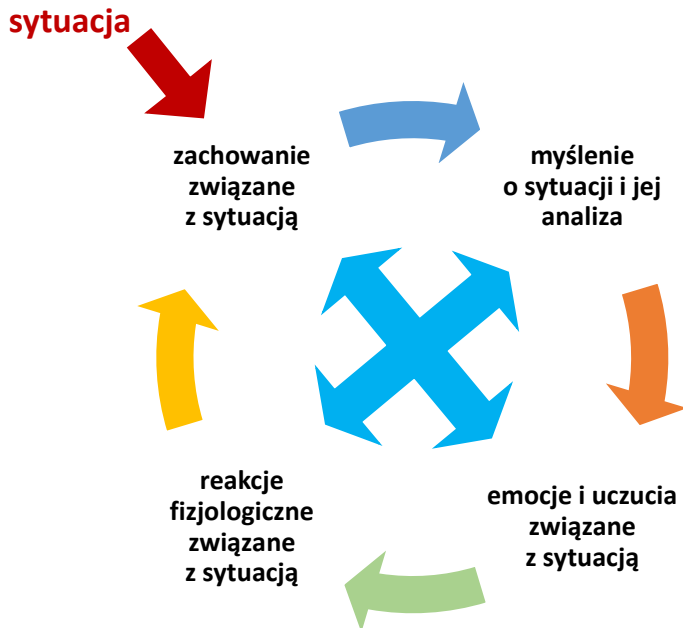
Tabela 1: Klasyfikacja chorób psychosomatycznych (opracowanie własne)

klasyfikacja Bleulera	klasyfikacja Heima/Engela
<p>choroby organiczne:</p> <ul style="list-style-type: none"> – nadciśnienie tętnicze, – wrzód żołądka i dwunastnicy, – wrzodziejące zapalenie jelita grubego, – choroba niedokrwienna serca, – przewlekły gościec stawowy; <p>zaburzenia funkcjonalne:</p> <ul style="list-style-type: none"> – przewlekłe zaparcia, – moczenie mimowolne, – większość zaburzeń seksualnych, – choroba tikowa, – inne; <p>pośrednie zaburzenia psychosomatyczne:</p> <ul style="list-style-type: none"> – otyłość, – uzależnienia lekowe, – narkomania, – alkoholizm, – samouszkodzenia, – samobójstwa 	<p>zaburzenia psychogenne (<i>zjawiska pierwotnie psychiczne, które nie dotyczą ciała lub dotyczą go w wyobrażeniu pacjenta</i>) należą do nich:</p> <ul style="list-style-type: none"> – objawy konwersyjne, – reakcje hipochondryczne, – reakcje na zaburzenia psychopatologiczne; <p>zaburzenia psychofizjologiczne (<i>reakcje somatyczne wyzwalane przez czynniki psychiczne</i>), należą do nich:</p> <ul style="list-style-type: none"> – objawy fizjologiczne towarzyszące emocjom i stanom afektywnym, – zaburzenia organiczne nasilane przez stres

Również Bishop (2000, s. 197–210) podkreśla ściśle powiązanie kwestii somatyzacji z doświadczaniem i przeżywaniem stresu, gdzie przeżywanie żałoby może stanowić istotny element stresogenny. Zaburzenia somatomorficzne, a szczególnie somatyzacyjne, wydają się nieadekwatną reakcją jednostki na sytuację stresową. W obrazie klinicznym dominują dolegliwości somatyczne, natomiast aspekt przeżywania i szukania rozwiązań istniejących trudności, leżących u podłoża objawów pochodzących z ciała, często bywa niedostrzegany wskutek m.in. wypierania nieakceptowanych treści ze świadomości, do której docierają jedynie emocjonalne i somatyczne komponenty tej reakcji. W niektórych przypadkach somatyczny komponent prowadzi do powstania trwałych uszkodzeń narządów (np. choroby wrzodowej) i wtedy zaburzenie somatyzacyjne przekształca się w chorobę somatyczną (Piegza i in., 2005). Pawełczyk z zespołem (2012) wskazują na problem somatyzacji w szerszym kontekście klinicznym, jako jeden z objawów doświadczania choroby i zaburzonego obrazu siebie. W tym miejscu można by jeszcze zaprezentować wpływ stresu na poszczególne układy ludzkiego organizmu, np. układ nerwowy (Belleau i in., 2019; Bernstein, 2016; Cramer i in., 2012; Friedman, 2011; Salim, 2017; Surwit & Feinglos, 1988), krwionośny (Chuong & Fung, 1986; French i in., 2002; McDonald

i in., 2014; O’Rand & Hamil-Luker, 2005), odpornościowy (Ballieux, 1991; Fali i in., 2018; Glaser & Kiecolt-glaser, 2009; Pruett, 2003; Reed & Raison, 2016), pokarmowy (Cholewińska i in., 2021; Mardini i in., 2004; Riehl & Taft, 2021; Takaki i in., 2019), rozrodczy (Agarwal i in., 2012, 2014; Nepomnaschy i in., 2007; Pandey i in., 2018; Sikka, 2001; Yamamora & Reid, 1990), endokrynologiczny (Chapman i in., 2008; Hiller-Sturmhöfel & Bartke, 1998; Romero & Butler, 2007; Vitale i in., 2013). Podane powyżej przykłady w żaden sposób nie oddają złożoności problemu, ukazują jednak, że żałoba będąca stresorem może wpływać praktycznie na wszystkie układy człowieka, co za tym idzie – może mieć pośredni lub bezpośredni wpływ na stan zdrowia (Chrousos, 2009; S. Cohen i in., 2007; Contrada & Baum, 2010; Driskell & Salas, 2013; Jin Shin i in., 2016; Lovallo, 2015; Moreno-Villanueva & Bürkle, 2015; Rabin & Rabin, 1999). W bezpośredniej relacji z powyżej wskazanymi aspektami jest aspekt psychologiczny. Istota owej relacji ma charakter dwukierunkowy, gdyż z jednej strony czynnik bezpośredni charakteryzujący sytuację jako stresującą w swej istocie stanowi element doświadczania psychologicznego, z drugiej zaś strony ma swoje odzwierciedlenie w fizjologicznej odpowiedzi organizmu.

Rycina 5: Kajzerka poznawczo-behawioralna
(opracowanie własne na podstawie analizy literatury)



Powyzsza rycina w sposób syntetyczny ukazuje z jednej strony powyzej opisane aspekty prezentujac ich wzajemne relacje, z drugiej wprowadza w kolejny kontekst

analizy ujmującej złożoność doświadczania żałoby, wskazując na jej kontekst psychologiczny.

3. Psychopedagogiczny aspekt doświadczania żałoby

Psychopedagogiczny aspekt doświadczania żałoby to kolejny element doświadczania złożoności tego procesu, w którym pierwszym elementem jest ulokowanie straty jako stresora czyniącego z procesu żałoby potencjalny czynnik stresogenny (Anuszevska-Mastalerz i in., 2003; Kaplan, 1998; Sagan i in., 2010; Wiśniowska, 2020), co pozwala odwołać się do klasyfikacji i definicji DSM i ujmować doświadczanie straty jako PTSD, które według międzynarodowych kryteriów rozpoznaje się wówczas, gdy osoba ma do czynienia z sześcioma czynnikami szczegółowo ujętymi w rycinie nr 5 (Dudek, 2003, s. 16–18).

Rycina 6: Rozpoznanie PTSD (na podstawie analizy literatury)

A. Osoba była narażona na zdarzenie traumatyczne, przy czym spełnione są dwa kryteria:

- Osoba doświadczyła, była świadkiem lub została skonfrontowana ze zdarzeniem lub zdarzeniami, w których ktoś poniósł śmierć, doznał poważnych obrażeń lub istniała groźba śmierci, poważnych obrażeń albo utraty fizycznej integralności (własnej i innych).
- Reakcję osoby na to zdarzenie charakteryzuje intensywny strach, bezradność lub zgroza. Uwaga: u dzieci objawy te mogą być zastąpione dezorganizacją zachowania, niepokojem ujawniającym się w zachowaniu.

B. Traumatyczne zdarzenie uporczywie powraca i jest ponownie przeżywane w jeden (lub więcej) z podanych sposobów:

- Powtarzające się i intruzywne stresogenne przypomnienia zdarzenia: obrazy, myśli lub wrażenia percepcyjne. Uwaga: u dzieci młodszych mogą pojawiać się powtarzające się gry i zabawy, w których odgrywane są pewne tematy lub aspekty traumy.
- Powtarzające się stresujące sny o zdarzeniu. Uwaga: u dzieci mogą to być przerażające sny bez rozpoznawalnego kontekstu.
- Działanie i odczuwanie, tak jakby zdarzenie traumatyczne się powtarzało (włączając poczucie ponownego przeżywania doświadczenia, iluzje, halucynacje, dysocjacyjne epizody reminiscencji [flashback], również te pojawiające się na jawie i podczas intoksykacji).
- Silny stres psychologiczny podczas ekspozycji na wewnętrzne bądź zewnętrzne czynniki/sygnaly, które symbolizują bądź przypominają jakiś aspekt zdarzenia traumatycznego.
- Fizjologiczne reakcje na bodźce zewnętrzne/wewnętrzne, które symbolizują bądź przypominają jakiś aspekt zdarzenia traumatycznego.

C. Występuje uporczywe unikanie bodźców związanych z traumą i ogólne odrętwienie niepsychiczne (nieobecne przed traumą), przejawiające się trzema (lub więcej) z poniższych objawów1:

- Wysiłki czynione w celu uniknięcia myśli, uczuć lub rozmów związanych z traumą.
- Wysiłki czynione w celu uniknięcia działań, miejsc lub ludzi, którzy wywołują wspomnienia o traumie.
- Niezdolność do przypomnienia sobie ważnego aspektu zdarzenia traumy.
- Znaczenie obniżone zainteresowanie lub uczestnictwo w ważnych działaniach.
- Poczucie wyobcowania.
- Ograniczony zakres afektu (np. niezdolność do przeżywania miłości i innych pozytywnych emocji).
- Pesymistyczna ocena przyszłości i perspektyw życiowych (nie wierzy w możliwość osiągnięcia czegoś w życiu, możliwość zawarcia związku małżeńskiego, posiadania dzieci czy normalnego życia).

D. Utrzymują się symptomy wzmoczonego pobudzenia (nieobecne przed traumą) wyrażone obecnością dwóch lub więcej z poniższych objawów:

- Trudności z zasypianiem, sen płytki - częste przebudzenia.
- Dysforia (irytacja i gwałtowne wybuchy gniewu).
- Trudności z koncentracją.
- Wzmoczona czujność.
- Wyolbrzymiony odruch orientacyjny.

E. Czas trwania zaburzenia (symptomów z kryterium B, C, D) jest dłuższy niż 1 miesiąc.

F. Zaburzenie powoduje klinicznie istotny dystres lub załamanie w życiu społecznym, zawodowym lub innych istotnych obszarach funkcjonowania.

Przy tak zdefiniowanych kryteriach wyróżnić można trzy stany: stan ostry, w którym czas trwania objawów jest krótszy niż trzy miesiące, stan chroniczny, w którym objawy trwają powyżej trzech miesięcy, oraz stan z odroczonym początkiem,

przy którym powyższe symptomy pojawiają się przynajmniej po sześciu miesiącach od wystąpienia traumatycznego zdarzenia (Dudek, 2003, s. 18). Doświadczenie objawów związane jest z indywidualnym przeżywaniem, przebiegają one jednak według określonej w modelach teoretycznych dynamiki, zaprezentowanych w kilku podstawowych stadiach przeżywania żałoby ujętych w poniższej rycinie (Di Nola, 2006; Dodziuk, 2007a; Herbert, 2005; O'Connor, 1994; Ogryzko-Wiewiórowska, 1994; Sanders, 2001; Steuden & Tucholska, 2009; Widera-Wysoczańska, 2000). Często punktem wyjścia owych rozważań jest najbardziej chyba znana klasyfikacja zaproponowana przez Kübler-Ross (1998), charakteryzująca żałobę jako proces ujęty w pięciu etapach. Tucholska (2009, s. 12) poza Kübler-Ross wskazuje jeszcze pięciu badaczy prezentujących strukturalne ujęcie tego procesu.

Rycina 7: Stadia procesu żałoby wg wybranych autorów (Tucholska, 2009, s. 12)



Wszystkie powyższe koncepcje prezentujące stadia żałoby – pomimo różnic – ujmują żałobę jako proces charakteryzujący się natężeniem doświadczeń, przeżyć i emocji, które w prawidłowym przebiegu winny prowadzić do sytuacji pogodzenia się ze stratą. Jakkolwiek patrzeć na zebrane przez Tucholską klasyfikacje, każda z nich stanowi niezbędny czynnik doświadczania i godzenia swojego „ja” ze stratą czegoś, kogoś ważnego dla danej osoby. Ważnym elementem tych rozważań jest kwestia lęku doświadczanego przez człowieka w kontekście myślenia o śmierci w ogóle, a w szczególności doświadczanego przy przeżywaniu śmierci osoby bliskiej. Makselon (1988, s. 17–18) zauważa, że antycypując możliwość własnej śmierci, człowiek może doświadczyć różnych przeżyć. I tak jego zaniepokojenie może się przejawiać jako:

- lęk przed umieraniem, czyli sytuacją zbliżania się do śmierci,
- lęk przed zniszczeniem ciała po śmierci,
- lęk o pozostających przy życiu,
- lęk przed śmiercią społeczną, odrzuceniem przez społeczeństwo, rodzinę, przyjaciół.

Prowadzone badania w ramach realizowanego projektu Percepcja lęku przed śmiercią w kontekście Tanatopedagogicznej Relacyjnej Terapii Zastępczej w Czechach, Polsce, Ukrainie i we Włoszech ukazały między innymi wpływ przeżywania żałoby na kreowanie się lęku tanatycznego (Binnebesel, 2017). Jak zauważa Riemann (2005, s. 12–20), lęk nigdy nie wynika z zagrażającej sytuacji, lecz zawsze bierze się ze środka, z naszej głowy i stanowi element doświadczania konfliktu pomiędzy dążeniem do zmian lub stabilności i pewnością a ryzykiem ich wystąpienia i niepewnością. Taki jego obraz generuje cztery główne rodzaje lęku:

Rycina 8: Główne rodzaje lęku wg Riemanna



Morschitzky (2008, s. 11–14) podkreśla, że istotą przeżywania lęku w jakiegokolwiek jego formie jest niewiara w siebie i obawa przed niespełnieniem oczekiwań, obawa przed porażką. Lęki są więc integralnym elementem ludzkiego życia i wiążą się z rozwojem fizycznym, psychicznym, społecznym oraz duchowym i pojawiają się wraz z rozpoczęciem nowego rozdziału życia, nową sytuacją, nowym wyzwaniem, realnym bądź nierealnym zagrożeniem obecnego *status quo* (Riemann, 2005, s. 13–14). Kępiński (1986, s. 110–113) proponuje, by kluczem podziałów reakcji lękowych uczynić ich treść i nasilenie. W takim rozumieniu możemy mówić o:

- lękach neurotycznych;
- przeżywaniu nieproporcjonalnym do rzeczywistego zagrożenia, wymagającym stosowania systemów obronnych;

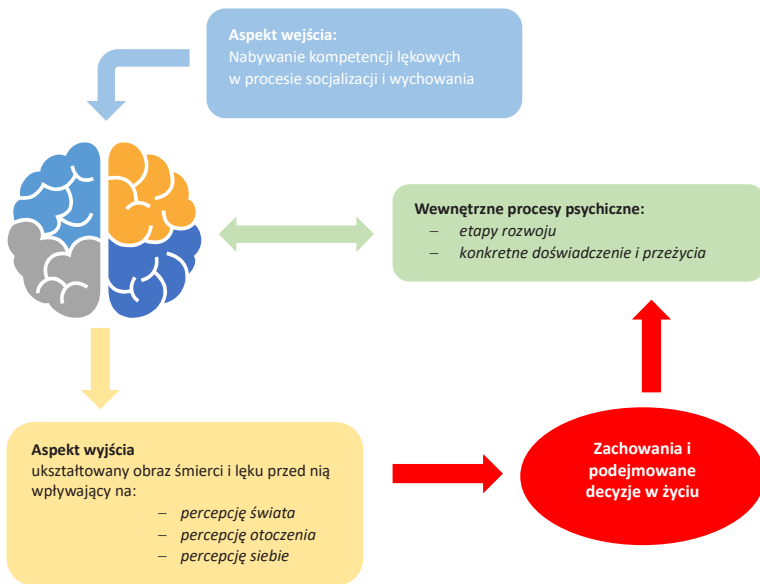
- lekach normalnych, gdzie reakcja organizmu jest proporcjonalna do rzeczywistego zagrożenia.

Przeżywanie lęku wiąże się z czterema ściśle zindywidualizowanymi składnikami reakcji lękowej:

- składnikiem poznawczym,
- składnikiem somatycznym,
- składnikiem emocjonalnym,
- składnikiem behawioralnym (Bednarska, 2009).

Przeżycia lękowe zaś winny być zakwalifikowane do czterech grup: genetycznej, społecznej, moralnej i dezintegracyjnej. Wszystkie te grupy, zdaniem Kępińskiego, mają wspólny mianownik – lęk przed śmiercią. W tej kwestii istotne jest rozróżnienie dwóch kategorii: lęku i strachu. Lęk prawie wszyscy badacze postrzegają jako nieprzyjemny stan emocjonalny: „jest on przykrym intensywnie odczuwalnym stanem złego samopoczucia wywołanym niejasnym wrażeniem niesprecyzowanego i bliskiego zagrożenia, wobec którego człowiek czuje się bezradny i bezsilny” (Sillamy, 1995, s. 138); „powstaje on w wyobraźni, sumieniu, jako reakcja na odczucia wewnętrzne, i jest reakcją na zagrożenie podstawowych wartości osobowości” (Klichowski, 1994, s. 8). Reber natomiast (2000, s. 28), odnosząc się do różnicy pomiędzy lękiem a strachem, pisze, że: „lęk jest często przeciwstawiany strachowi ze względu na to, że jest stanem pozbawionym obiektu, natomiast strach jest zawsze strachem przed czymś, kimś lub jakimś zdarzeniem”. Solecki (2011, s. 252) zaś ujmuje tę różnicę w następujących zdaniach: „Jeśli zatem strach wywołuje konkretna przyczyna, którą da się określić i usunąć, gdyż pojawiła się w przeszłości, a w teraźniejszości może przestać oddziaływać, to lęk dotyczy przyszłości, która tylko w niewielkim stopniu jest przewidywalna. Do przyszłości należy też odczuwanie własnej wolności. Podkreślmy: lęk jest związany z ryzykiem istnienia i działania w wolności; zawsze dotyczy przyszłości, a zatem także niepowodzeń związanych z realizacją projektów w przyszłości”. Wskazane wcześniej międzynarodowe tanatopedagogiczne badania lęku tanatycznego ujmują jego istotę w kategorii doświadczania lęku egzystencjalnego, zdefiniowanego przez Tillicha jako doświadczenie przenikające całą ludzką egzystencję, które przyjmuje formę konkretnych obaw związanych z doświadczaniem życia codziennego (Tillich, 1988), ukazując ścisłą jego zależność od przeżywanej, doświadczanej żałoby. Wśród dwóch najczęściej wskazywanych motywów doświadczanego lęku były odpowiedzi: „bo tego doświadczyłem osobiście, bo to widziałem”, obydwie pośrednio lub bezpośrednio odnosiły się do doświadczania straty i żałoby. Tak więc żałoba, element przeżywania straty jawi się jako immanentny element procesu socjalizacji i wychowania, będący z jednej strony elementem wychowania, z drugiej zaś elementem wychowującym. Można więc tu mówić o dwóch aspektach tegoż lęku: aspekcie wejścia i wyjścia, co ilustruje rycina 9.

Rycina 9: Kształtowanie się postawy tanatycznej (opracowanie własne)

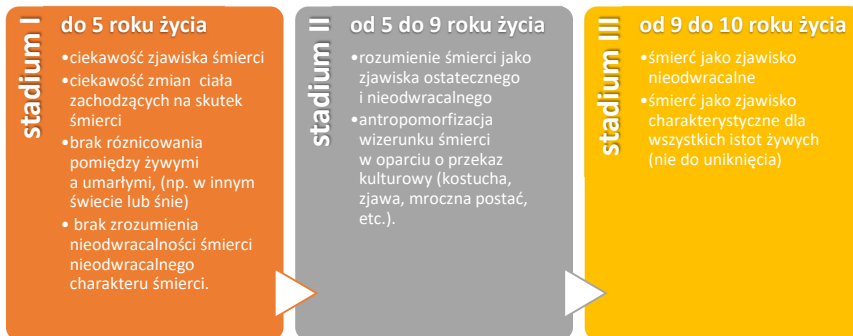


Aspektem wejścia jest to wszystko, co wiąże się ze śmiercią, a na drodze socjalizacji i wychowania wpływa na wychowanka; to wszystko, co niejako wchodzi w wychowanka i go kształtuje. Istotnym elementem tej kategorii są rozważania z perspektywy tegoż lęku, jako swoistego „nadlęku”, jak i związane z socjalizacyjnym kontekstem. Ów „nadlęk” to spojrzenie na pewnego rodzaju determinantę wszystkich lęków. „Może więc słusznie uważa się, że tłem ludzkiej egzystencji jest lęk przed śmiercią, tak więc w aspekcie czekającej nas śmierci dewalują się wartości budowane przez nas w ciągu życia” (Kępiński, 2002, s. 226). Chudy podkreśla totalność wypierania śmierci, u podstaw której leży lęk przed nią (2009, s. 170). Chyba najbardziej celnie kwestię tę ujął Tillich, wskazując, że u podstaw każdego lęku w życiu człowieka tkwi lęk niebytu (1983, s. 44,61): „lęk przed śmiercią rzuca cień na wszystkie konkretne lęki i nadaje im ostateczną powagę” (1983, s. 48). Mechanizmem radzenia sobie jest wypieranie realności i nieuchronności śmierci nie tylko z wewnętrznego doświadczania siebie, lecz także z wszelkich przejawów relacji oraz otoczenia (1983, s. 109). Dla Frankla lęk przed śmiercią to lęk realny, którego nie można uspokoić za pomocą zwykłej psychoterapii, gdyż jego istota jest głębsza i zakorzeniona w podstawowym doświadczaniu istoty sensu egzystencji (2009, s. 181). Zarówno w pracach Chudego, de Chardina, jak i Tillicha widać również pośrednie i bezpośrednie wskazanie na kwestie socjalizacyjne i wychowawcze związane z przeżywaniem lęku przed śmiercią. Kolek stwierdza, że „według Tillicha lęk przed śmiercią przenika całą egzystencję człowieka, jest podstawowym doświadczeniem, które przybiera postać konkretnych lęków związanych z przeżywaniem codzienności” (za Tillichem Ko-

lek, 2009, s. 32). Prezentując kwestię aspektu wejścia, można wyróżnić kilka jego zasadniczych elementów. Przede wszystkim należy przyjąć, że na obraz wychowania składa się jego złożoność i swoista relacyjność (Tchorzewski, 1992, s. 18). Wskazując na ową złożoność, należy zauważyć kwestię wpływu grupy i szeroko rozumianej kultury na proces wychowania (Szczepański, 1972). Koperek (2011, s. 264), przywołując analizy Ziglera i Childa, wskazuje na socjalizację jako „proces, dzięki któremu indywiduum rozwija się przez transakcję z innymi ludźmi i wzorami społecznego zachowania i doświadczenia”. Tak więc w przypadku aspektu wejścia można mówić o socjalizacyjnym elemencie lęku przed śmiercią, ujętym w relacjach interpersonalnych opartych między innymi na szeroko rozumianym przekazie kultury, który można ująć w kontekście przekazu rodzinnego, narodowego, kulturowego i religijnego. Istotą przekazu rodzinnego w tanatopedagogicznym aspekcie lęku jest element wychowania i doświadczeń związanych z konkretną rodziną, w której żyje człowiek. Kwestię tegoż wpływu uwypuklała w swoich rozważaniach między innymi Kübler-Ross (2007, 2014). Przekaz narodowy to specyficzny, uwarunkowany historią obraz traum kształtujących specyficzne dla danego społeczeństwa czy narodu lęki (Binnebesel, 1995; Breitwieser, 2007; Fletcher, 2007; Hejmej, 2012; Homans, 2000; Luciano, 2007; Pieńkos, 2002; Tischner, 2005; Widera-Wysoczańska, 2000). Przekaz kultury to percepcja lęków i obrazu śmierci przekazana przez szeroko rozumianą kulturę (Czech, 2010; Kaczmarek, 2009; Kulas, 2012; Maliszewski, 2012; Michalski, 2012; Ricciardi, 2003; Riegel, 2005; Robben, 2009; Sikorski & Sucharski, 2006). Ostatnim, lecz równie istotnym elementem kreowania lęku przed śmiercią jest sfera religijna (Eliade, 2009; Freud, 1967, 1994, 1997b, 1997a; Fromm, 1966, 2000, 2014; Jung, 1993, 1995; Kübler-Ross, 1998; Makselon, 1988, 1990). Do najbardziej znaczących analiz w powyższych kwestiach należy zaliczyć opracowania Ariès, który w swoich analizach ujmuje szerokie spektrum kształtowania się obrazu śmierci i lęku przed nią zarówno w kontekście historycznym, kulturowym, jak i religijnym (Ariès, 2011; Ariès, Chartier, i in., 2005; Ariès, Corbin, i in., 2006; Ariès, Duby, i in., 2005; Ariès, Prost, i in., 2006). Rekapitułując, aspekt wejścia to przede wszystkim swoiste nabywanie kompetencji do percepcji kulturowo-społecznej, generującej doświadczenie lęku przed śmiercią. W pewnym uproszeniu to determinanty usposabiające do odczuwania lęku przed nią, to wypełnianie treścią owego „nadlęku”, czyli uczenie się tego, czego mamy się bać w swoistym mechanizmie projekcji i wyparcia „nadlęku”, owego Tillichowskiego „podstawowego doświadczenia, które przybiera postać konkretnych lęków związanych z przeżywaniem codzienności” (Kolek, 2009, s. 32). Drugim determinantem tanatopedagogicznego ujęcia lęku przed śmiercią są wewnętrzne procesy psychiczne, będące niejako elementem pośredniczącym pomiędzy tym, co odbieramy, czyli aspektem wejścia, a tym, co oddajemy, czyli aspektem wyjścia. Procesy te to mechanizmy pozwalające wychowankowi absorbować konteksty wejścia w proces wyjścia. Kastenbaum (1977) w swoich analizach poświęconych percepcji śmierci wskazuje między innymi na czynniki kształtujące obraz śmierci i percepcję lęku

przed nią. Jedne z nich, odnoszące się do otoczenia dziecka, zostały ujęte powyżej jako elementy aspektu wejścia, natomiast etap rozwoju dziecka i jego doświadczenia stanowi trzon związany z analizą wewnętrznych procesów psychicznych prezentowanych obecnie. Etap rozwoju dziecka jako element determinujący percepcję lęku przed śmiercią jest ściśle związany z percepcją śmierci w poszczególnych okresach rozwojowych. Nagy (1948, 1959) w swoich analizach proponuje trzy okresy rozwoju rozumienia śmierci u dzieci, co prezentuje poniższa rycina.

Rycina 10: Stadia percepcji śmierci u dzieci według M. Nagy



W przypadku Buczyńskiego (1996) natomiast mamy osiem okresów. Pierwszy, do trzeciego roku życia, autor charakteryzuje jako okres, gdy dziecko nie ma pojęcia śmierci, ale opisuje ją jako stan czasowy i odwracalny. Około siódmego roku życia, zdaniem Buczyńskiego, dziecko nabywa przekonania o nieodwracalności śmierci, co generuje u niego wzrost poziomu lęku. Periodek ostatni w rozwoju percepcji śmierci to okres adolescencji, w którym młody człowiek w pełni rozumie śmierć oraz jej konsekwencję i kształtuje się w nim lęk związany z całkowitym unicestwieniem, niebytem. Rogiewicz (2000) wyróżnia cztery okresy, gdzie w okresie drugim (pomiędzy czwartym a szóstym rokiem życia) powstaje świadomość realności śmierci, a okresie ostatni, adolescencji, to czas formowania się „dorosłych” przekonań i zachowań względem niej. Drugi element wskazany przez Kastenbaum, a odnoszący się do wewnętrznych procesów psychicznych to doświadczenie dziecka. Analiza literatury pokazuje jasno, że wpływ na obraz rzeczywistości, w tym i percepcję śmierci oraz kreowanie się lęku przed nią, mają indywidualne przeżycia i doświadczenia człowieka. Wykazana między innymi we wcześniejszych opracowaniach, jak i u innych autorów kwestia percepcji siebie i śmierci przez pryzmat doświadczanej choroby nowotworowej ujawniają, że sytuacja choroby, leczenia przeciwnowotworowego ma znamienny wpływ na percepcję rzeczywistości, w tym i lęku (Antoszevska, 2006, 2011; Antoszevska & Binnebesel, 2014; Binnebesel, 2000, 2002, 2003, 2004; Buczyński, 1999; Herzer, 2008; Kulik & Szewczyk, 2007; Lanius i in., 2010; Maciarz, 2001, 2006; Marinelli & Orto,

1999; Ollendick & Schroeder, 2003; Rola i in., 2002). Kolejny przykład stanowi doświadczenie śmierci bliskiej osoby, np. w dzieciństwie, i wpływ żałoby na dalsze życie (Alexander, 2013; Binnebesel, 2007, 2011a; Block & Stelcer, 2009; Cohen i in., 2011; Dodziuk, 2007b; Kasher, 2009; Kübler-Ross, 2007; Marrone, 1997; Moorey, 1995; Stephenson, 1985; Steuden & Tucholska, 2009). W tym miejscu można przywołać szereg innych wydarzeń mających wpływ na kształtowanie się obrazu śmierci i lęku przed nią, np. doświadczanie przemocy (Bobińska i in., 2007; Dąbkowska, 2006; Margolin & Gordis, 2000; McCloskey i in., 1995; Motz, 2008; Pilszyk, 2007; Podnieśńska, 2015; Szczukiewicz, 2007; Wilson & Raphael, 2013) wojny (Bandura, 2004; Brewin, 2007; Carll, 2007; Frankowski, 2001; Galovski & Lyons, 2004; Grossman & Konowrocka-Sawa, 2010; Januszewska, 2010; Koonings & Krujit, 1999; Kosecki, 1985; Kubacka, 2001; Modrzejewska, 2014; Mollica & Kwaśniewicz, 2000) itp. (Foa i in., 2014; Ford i in., 2015; Krippner i in., 2012; Łysak, 2015; Murray, 2015; Regel & Joseph, 2010; Rogers & Koenig, 2013; Stein i in., 2011; Suchańska & Schiller-Gąsiorowska, 2010; Zimbardo i in., 2013).

Aspektem wyjścia natomiast jest to, co niejako wychodzi z wychowanka w kontekście jego szeroko rozumianej percepcji rzeczywistości, to ukształtowany obraz śmierci zsocjalizowany poprzez aspekt wejścia. W tym kontekście możemy wyróżnić wpływ na percepcję świata, percepcję otoczenia i siebie.

Według Krzyżanowskiego, Różańskiej, Chybickiej i Messy (2005) przyjąć można dwa główne objawy patologii przeżywania żałoby:

- brak przeżywania procesu żałoby, wycofanie emocji,
- przedwczesne zakończenie procesu żałoby.

Badacze powyżsi w swojej analizie prezentują typologię Liebermana, obejmującą trzyczynnikowe wzorce reagowania patologicznego na przeżywanie żałoby, ujęte w poniższej rycinie.

Rycina 11: Patologiczne wzorce reagowania na przeżywanie żałoby wg. Liebermana (opracowanie własne)

długotrwałe utrzymujące się poczucie żalu, któremu towarzyszą choroba somatyczna oraz sny odzwierciedlające rzeczywistość z okresu sprzed straty

całkowity brak przeżywania utraty przy jednoczesnym nasilonym uczuciu gniewu

fobiczne unikanie osób, miejsc i przedmiotów związanych ze stratą, połączone z dużym natężeniem poczucia winy oraz gniewu skierowanego na zmarłego, okoliczności śmierci

Krakowiak, Paczkowska, Starkel (2010, s. 19), opierając się na rozważaniach Badur-Madej i Lindmana, podają pięć reakcji nieprawidłowych związanych z przeżywaniem żałoby:

- zablokowanie przeżywania żałoby (zahamowanie emocji, napięcie wewnętrzne);
- opóźnienie przeżywania żałoby, tak zwana żałoba odroczone (opóźnianie procesu żałoby, czasem nawet o kilka lat);
- przerwanie przeżywania żałoby w trakcie jej trwania;
- wycofanie się (wycofanie się z kontaktów z otoczeniem);
- reakcje zniekształcone (nadaktywność, nabywanie symptomów choroby osoby zmarłej, wrogość wobec bliskich, autodestrukcja).

W stosunku do dzieci, jak notuje to Chmiel-Baranowska, „żałoba może rozpocząć się kilka tygodni lub nawet miesięcy po wydarzeniu. Zwykle odsuwają w czasie żałobę, aż poczują, że zapewnione im zostało fizyczne i psychiczne bezpieczeństwo. Ich zachowanie na początku niewiele się zmienia, oprócz odrobiny dystansu i nieco gorszych wyników w nauce. Za to po jakimś czasie, sporo później, zaczynają się łzy, smutek, najczęściej w momencie, kiedy rodzina odbudowała już poczucie bezpieczeństwa. Dzieci również nie potrafią przeżywać smutku przez długi czas. Ich odporność na ból z powodu straty jest ograniczona. Dlatego często unikają rozmów na ten temat. Jest to także powód, dla którego proces żałoby trwa u nich długo i z przerwami. Zabawa jest dla dzieci naturalną formą komunikacji, dlatego warto uważnie przyglądać się ich zabawom i rysunkom, aby dowiedzieć się, jak sobie radzą ze stratą, z żałobą. Dzieci, które przeżyły stratę, często zachowują się w sposób bardziej absorbujący, przejawiają zachowania regresywne. Emocje dzieci mogą przejawiać się w sposób bardziej wybuchowy w porównaniu z dorosłymi. Bywa to czasami trudne do zaakceptowania dla rodziców, ale tak właśnie przebiega żałoba ich dzieci” (Chmiel-Baranowska, 2005, s. 48). Zdaniem Fox (za Block & Stelcer, 2009, s. 149) istnieją cztery zadania psychologiczne konieczne do pokonania przez dziecko doświadczające kryzysu żałoby:

- zrozumieć, co się stało: wy tłumaczyć śmierć, jej znaczenie dla dalszego codziennego życia dziecka;
- wyrazić żal: dzieci i młodzież muszą być zdolne do wyrażenia swojego smutku i żalu, dania wyrazu swemu bólowi emocjonalnemu; taktyka chronienia dziecka przed nim blokuje proces przepracowywania żałoby;
- pozostawić w pamięci i umyśle utraconą osobę (znaleźć w swym wnętrzu trwałe miejsce dla niej, uczcić ją w ten sposób);
- zwrócić się ponownie ku życiu: stworzyć tożsamość bazującą na takim postrzeganiu swej roli w życiu, w którym nie ma już zmarłego.

Kontekst pedagogiczny związany jest z istotą samej pedagogiki, czyli kwestiami wychowania związanymi z doświadczaniem straty i umiejętnością życia po śmierci osoby bliskiej. Kwestie edukacyjne w aspekcie pedagogicznym to odniesienie się do umiejętności związanych np. z życiem codziennym:

Kwestie ekonomiczne – płacenie rachunków: „Na stare lata musiałam się uczyć tego wszystkiego, bo mój Dominik zawsze to robił. On lubił nowości i wszystkie rachunki płacił przez internet. Ja się tym nie interesowałam, dopiero teraz musiałam się nauczyć tego. (...) Dobrze, że mi pomogli w tym, że mieli tyle cierpliwości, żeby mi, starej, to wytłumaczyć”⁴.

Kwestie prawne – umiejętność korzystania ze świadczeń, rozeznanie związane z przepisami odnośnie do uprawnień i obowiązków wynikających ze śmierci członka rodziny: „Gdyby nie pani w szpitalu, to bym nawet nie wiedziała, co mam zrobić. Pani w ZUS-ie pokierowała mnie, gdy tam dotarłam z dokumentami. Nie wiedziałam, że mogę otrzymać świadczenia po mężu kombatanacie”⁵. „Byłam zupełnie zagubiona, kompletnie nie wiedziałam, co zrobić. Dopiero gdy Michalina wróciła ze szkoły i gdy jej wychowawczynie napisała kartkę, czy może się ze mną skontaktować, i gdy mi wytłumaczyła, że ona i w ogóle szkoła, że tak w ogóle to przepisy (...), dopiero wtedy zobaczyłam, że mam jakieś wsparcie, że mam jakieś prawa, że ktoś nie tyle chce mi pomóc, ile że ma taki obowiązek. Poczulałam się wtedy pewniejsza, ale czemu nikt o tym nie mówił, gdyby nie zainteresowanie wychowawczynie Michaliny, bym nic nie wiedziała”⁶.

Tak więc jest to kwestia przyswojenia sobie konkretnej wiedzy i umiejętności, jak również zachowań związanych z nową rolą wdowy, wdowca, sieroty. „Nie wiedziałem, co robić, nie wiedziałem, jak się zachować, co mam robić. Zawsze byłem w pracy, to Mariola zajmowała się dziećmi, ja nawet nigdy nie zmieniałem im pieluchy, jak były małe, a teraz wszystko na mojej głowie. Nie umiem być ojcem. (...) Muszę się nauczyć być ojcem w domu, a nie takim jak dotąd, muszę się nauczyć wszystkiego”⁷. „Muszę pomóc tacie, bo po śmierci mamy jest zagubiony. Ciocia i babcia pomagają, ale tata zupełnie nie radzi sobie z obowiązkami w domu. Gdy mama odeszła, tak naprawdę poczułam się starszą siostrą, poczułam się odpowiedzialna za braci i tak trochę chyba za tatę, za dom, bo jestem teraz jedyną kobietą w domu. Zmieniło się wszystko, chyba 12 stycznia skończyło się moje dzieciństwo i WPADŁAM w dorosłość”⁸.

4. Prawno-ekonomiczny aspekt doświadczania żałoby

Aspekt ten ukazuje swoiste ujęcie żałoby wynikające z prawa, jego rozumienia, interpretacji i przepisów. Istotą owego kontekstu jest doświadczanie przez osobę osieroconą zmiany swojego statusu prawnego, np. z żonatego na wdowca, zamężnej na wdowę, oraz kwestii prawnej, zmiany opiekunów prawnych, wynikającej ze zgonu

4 Wypowiedź 72-letniej Bożeny.

5 Wypowiedź 76-letniej Marii.

6 Wypowiedź 34-letniej Pauliny po śmierci męża.

7 Wypowiedź 46-letniego Marka po śmierci żony.

8 Wypowiedź 16-letniej Ewy, córki Marka, po śmierci mamy.

obydwojga lub jednego z rodziców. GUS w kontekście obowiązującego prawa jako kategorię faktycznego statusu cywilnego poza kategoriami kawaler – panna, żonaty – zamężna ujmuje kategorię wdowiec i wdowa (Główny Urząd Statystyczny / Metainformacje / Słownik pojęć / Pojęcia stosowane w statystyce publicznej, b.d.), co również czyni Prawo oświatowe (Internetowa baza tekstów prawnych OpenLEX, b.d.). Formalny aspekt orzekania o śmierci człowieka ujęty został w obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, b.d.). Artykuł 43 Ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Art. 43. – Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry, b.d., s.) określa zasadę orzekania przez lekarza zgonu oraz obowiązku wystawiania karty zgonu, której szczegóły określa Rozporządzenie Ministra Zdrowia i opieki Społecznej w sprawie stwierdzania zgonu i jego przyczyny z dnia 3 sierpnia 1961 r. (Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 3 sierpnia 1961 r. w sprawie stwierdzenia zgonu i jego przyczyny, 1961). To samo rozporządzenie nakłada na lekarza orzeczenie o zgonie człowieka i czyni go jedyną osobą posiadającą takową moc prawną. Rozdział 7 ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego w artykule 64 nakłada konieczność zgłoszenia śmierci członka rodziny w ciągu trzech dni. Artykuł 67 określa dokładnie wymogi związane z informacjami koniecznymi do zgłoszenia śmierci (ustawa z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego., b.d.). Kwestia prawna doświadczenia śmierci ma więc aspekt formalny zaprezentowany powyżej, związany z obowiązującym prawem; ma również aspekt psychiczny wynikający z procedur prawnych, przed którymi stoją osoby osierocone. 49-letnia Jadwiga, odnosząc się do tych kwestii, mówiła: „Gdy Marek umarł, to nawet trudno opisać, zostałam sama z trójką dzieci, ale do dziś pamiętam, gdy z małym Michałem poszłam załatwiać do urzędu dokumenty, jak musiałam oddać dowód Marka (...) dowód Marka, niby kawałek plastiku, ale (...) dowód Marka”. 38-letnia Dorota, wspominająca swoje przeżycia związane ze śmiercią męża, podkreśliła inny fakt doświadczenia związanego z kontekstem jurydycznym śmierci: „Myślałam, że już jakoś się pozbierałam po tym, ale to chyba było dwa miesiące po wypadku Tomka, gdy wypisywałam jakiś druczek i gdy odruchowo zakreśliłam żonata, a przecież od dwóch miesięcy byłam wdową, 38-letnią wdową, coś wtedy na nowo pękło”. Mama 8-letniej Dominiki mówiła: „gdy byłam załatwiać w urzędzie stanu cywilnego akt zgonu Dominiczki, panie tam były miłe, starały się, jak mogły, ale cała ta procedura... Przeżywałam to znowu, Dominiczka, jej oczy, usta, jak umierała”⁹. Kwestia ta – choć w innym charakterze prawnym – jest również doświadczeniem dzieci: „Wie pan, gdy w szkole wypełniałem jakiś formularz do nowej

9 29-letnia Dorota, mama 3-letniej Dominiki zmarłej z powodu choroby nowotworowej.

szkoły i gdy miałem napisać, że tata nie żyje, to się rozpląkałem”¹⁰. 17-letnia Dorota, mówiąc o podobnej sytuacji, wspominała: „coś pękło we mnie, gdy wypełniałam jakiś dokument, gdzie musiałam podać dane ojca i miałam napisać, że nie żyje, po prostu nie wytrzymałam, uświadomiłam sobie tak zwyczajnie, można powiedzieć, że urzędniczo, że jestem sierotą, MÓJ TATO, PAWEŁ (...) NIE ŻYJE, a ja, Dorota (...) jestem sierotą”. Z aspektem prawnym bezpośrednio związany jest aspekt ekonomiczny, co zauważa Rzecznik Finansowy: W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z treścią art. 59a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2020 r., poz. 1896 tekst jedn., dalej: Prawo bankowe) umowa prowadzenia rachunku bankowego co do zasady ulega rozwiązaniu z dniem, w którym nastąpił zgon jego posiadacza. Norma ta odnajdzie swoje zastosowanie do wszystkich rachunków bankowych, niezależnie od ich rodzaju, prowadzonych na rzecz osób fizycznych, w tym małoletnich (Rzecznik Finansowy, b.d.). Prawnicy i doradcy finansowi podkreślają, że z chwilą, gdy bank poweźmie informację o śmierci jednego z właścicieli rachunku, konto i środki na nim zgromadzone zostają najczęściej zablokowane do czasu dostarczenia do placówki bankowej postanowienia sądu o stwierdzeniu nabycia spadku lub notarialnego poświadczenia dziedziczenia. Wszystko zależy od procedury konkretnego banku i treści zawartej z bankiem umowy o prowadzenie rachunku. Niektóre banki blokują konto i zgromadzone na nim środki do czasu dostarczenia postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku lub notarialnego poświadczenia dziedziczenia, a inne zamieniają konto wspólne na rachunek indywidualny. W tej drugiej sytuacji bank najczęściej dzieli środki zgromadzone na koncie na dwie równe części, przy czym żyjący posiadacz zyskuje dostęp tylko do połowy z nich. Druga część zostaje zablokowana na tzw. rachunku technicznym i podlega prawu spadkowemu, a więc dziedziczeniu na podstawie testamentu (jeżeli został stworzony) lub ustawy (w braku testamentu). Z chwilą śmierci właściciela rachunku wygasają wszelkie udzielone przez niego za życia pełnomocnictwa. Pełnomocnik osoby zmarłej nie będzie mógł więc wypłacić środków zgromadzonych na rachunku bankowym, chyba że na jego rzecz zmarły ustanowił dyspozycję na wypadek śmierci. (Prawnik Lewandowska, 2020). Śmierć jednego z domowników a w szczególności rodzica pociąga za sobą chyba najbardziej banalną, choć rzadko wspomnianą konsekwencję – utraty lub ograniczenia dostępu do środków finansowych oraz utraty jednego ze źródeł dochodu rodziny (Połon, 2016; Stachnik & Kotlińska-Lemieszek, 2019). Śmierć męża, żony to brak jednej pensji, renty czy emerytury, czyli istotne uszczuplenie budżetu domowego. Konsekwencje tego faktu stanowią istotny element dalszego funkcjonowania osób osieroconych. Kwestia ta wiąże się nie tylko z faktem stałego dopływu funduszy wynikającego z umowy o pracę, ale również z kwestiami formalnymi związanymi z wypłatą przez pracodawcę świadczeń i ewentualnie zaległych zobowiązań wobec zmarłego pracownika (Hofmańska, 2006). „Nigdy nie my-

10 Wypowiedź 13-letniego Dominika.

ślałam, że śmierć męża to nie tyle zmaganie się ze stratą, ile z rzeczywistością finansową. Nagle wszystko się zawaliło, po prostu zaczęło brakować pieniędzy. Nie wiem, jak to powiedzieć, ale momentami byłam zła na Arka, że zostawił nas z tym”¹¹. „Gdy to wszystko, pogrzeb, stypa, minęło, parę dni po tym nie dość, że zostałam sama z dzieckiem, to nie miałam z czego żyć. Nie mieliśmy oszczędności, pracował tylko Paweł, ja miałam zająć się Tosią. Czuję się okropnie, bo zamiast płakać nad Pawłem, płaczę nad tym, że nie ma jego pensji. Chyba byłam złą żoną, ale co mam zrobić, PAWEŁ, co mam zrobić!!!!!!”¹². Konsekwencje braku dochodu przekładają się również na perspektywę długofalowego funkcjonowania rodziny, wynikającego z utraty zdolności kredytowej, o czym mówi między innymi artykuł 75 ustępow 1 Prawa bankowego (Prawo bankowe, 2020). Poszczególne regulaminy świadczeń usług kredytowych kwestię tę regulują dokładnie, charakteryzując często fakt śmierci współmałżonka jako utratę jednego ze źródeł dochodów, skutkującą utratą zdolności kredytowej. Choć w praktyce aspekt ludzki urzędników bankowych przedkładany jest w tym wypadku nad literalną wykładnię prawa, to niewątpliwie wymaga to przeformułowania umowy kredytowej na mniej korzystne warunki, a niekiedy, gdy zabraknie owego ludzkiego oblicza bankowości – na cofnięcie kredytu skutkujące problemami finansowymi rodziny. „Po śmierci Macieja myślałam tylko o kredycie, jak go spłacić, przecież z mojej pensji nauczyciela nie było szans”¹³. Inną kwestią są procedury bankowe wynikające z prowadzenia kont oszczędnościowych lub depozytów. „Czułam się jak skończona suka, jak czarna wdowa, gdy pierwsze co po śmierci męża pobiegłam do banku wypłacić wszystkie pieniądze, bo bałam się, że gdy ta informacja dojdzie do banku, to nie będę miała pieniędzy, a przecież trzeba z czegoś żyć, a nasze pieniądze były u niego w banku”¹⁴. Pewnym elementem kontekstu ekonomicznego jest obserwowalna, zwłaszcza wśród kobiet, bezradność finansowa (Gładys-Jakóbk, 2014; Instytut Wolności, 2014; Szafrńska, 2016; Zdanowska, 2012). „Rachunki płacił zawsze mąż, ja nawet nie wiedziałam, gdzie, w jakim banku mamy konto, to była sprawa Edka, to było na jego głowie”¹⁵.

5. Społeczno-kulturowy aspekt doświadczania żałoby

Aspekt społeczno-kulturowy to kolejny element analizy, w kontekście semantycznym bezpośrednio związany z pojęciami „wdowiec”, „wdowa” oraz „sierota”, nie tyle mający jednak swoje podstawy w statucie prawnym, ile swoiste ułożenie i percepcję społeczną bycia wdowcem, wdową i sierotą. Sama śmierć stanowi element kultu-

11 Wypowiedź 47-letniej Bogusławy

12 Wypowiedź 27-letniej Patrycji, wdowy po tragicznie zmarłym Pawle.

13 Wypowiedź 51-letniej Eweliny.

14 Wypowiedź 38-letniej Doroty.

15 Wypowiedź 59-letniej Jadwigi.

rotwórczy mający swoje odbicie w materialnych i niematerialnych wytworach kultury (Gajda, 2008). W wymiarze kulturowym pojęcie sieroty ma często pejoratywne znaczenie, jak dowodzi Lévi-Strauss (2005, s. 253–254), twierdząc, że niektórych językach ze słowa „sierota” czyni się najcięższą obelgę, porównując i utożsamiając je z formą kalectwa, a same sieroty charakteryzuje się jako te, które poddane są klątwie i czarom. Również pojęcie „wdowa” ma szereg negatywnych kontekstów. Jak wskazuje *Słownik biblijny* (Słownik biblijny, b.d.), „wdowieństwo było postrzegane jako nieszczęście; śmierć przed osiągnięciem późnego wieku była prawdopodobnie traktowana jako kara za grzechy, a hańba rozciągała się na pozostającego przy życiu współmałżonka”. Wdowieństwo i osierocenie poza sferą znaczeniową miało bogate ułożenie zwyczajowe związane z pełnieniem ról społecznych, bycie wdową/wdowcem narzucało konieczność pełnienia owych ról (Malinowski, 2005). W swoich badaniach, prezentując między innymi owe obowiązki owdowiałych osób, Malinowski stwierdza: „Wdowa miała obowiązek płakać i zawodzić, zachowywać przez długi czas żałobę” (Malinowski, 1980, s. 32). Bielarczyk (2003, s. 48) w analizie antropologicznej podkreśla: „Jakiekolwiek uchylene się wdowy od obowiązku było uważane za poważne naruszenie honoru rodzinnego. Podobnie rzecz się miała z wdowcem, przy czym rygor był tu znacznie mniejszy. Po czterech miesiącach po śmierci męża miałam dość chodzenia na czarno, ale wie pan, mieszkam w małym miasteczku i wszyscy patrzą, choć nie chciałam, chodziłam”¹⁶. „Mam go w sercu i nie muszę udowadniać nikomu tego, nie noszę żałoby, choć teściowa obraziła się na początku na mnie i buntowała nawet chłopców, ale przeszło jej, bo wie, że Jacek jest w moim życiu, że zawsze będzie, NIGDY, przynigdy nie zapomnę przecież o nim, był moim mężem, ojcem moich dzieci”¹⁷. Owo swoiste tabu rytuału społecznego związanego z przeżywaniem żałoby dotyka również sierot: „Chciałem iść na dyskotekę z dziewczyną, ale babcia powiedziała, że jest to świństwo, bo twój tata zmarł dopiero co i nie mogę iść ze względu na jego pamięć i czas żałoby. Wie pan, ale on zmarł w czerwcu, a teraz mamy karnawał, czyli przeszło pół roku temu. Nie rozumiem tego, on by chciał, żebym nie marnował życia, żebym się bawił, jak można, przecież sam powiedział, że Dorota jest fajną dziewczyną i to dobrze, że właśnie ona jest ze mną”¹⁸. Swoistym doświadczeniem kulturowym związanym z przeżywaniem żałoby jest kwestia dyskryminacji (Fischer & Holz, 2010; Hoodfar, 1992; Lips, 2016; Moradi & DeBlaere, 2010): „Cały czas słyszę z jednej strony o równouprawnieniu z drugiej o dyskryminacji a dopiero po śmierci Karola odczułam na sobie tak naprawdę dyskryminację. Nie chodzi tutaj o to co słyhać, że kobiety są dyskryminowane w pracy itp. Ja tego nie doświadczyłam może dlatego że pracuję w babskim zawodzie ale no właśnie gdy zginął Karol po pół roku związałam się z moim obecnym mężem i co... zaraz dowiedziałam się że je-

16 Wypowiedź 42-letniej Agaty po śmierci męża w wypadku.

17 Wypowiedź 29-letniej Agnieszki.

18 Wypowiedź 16-letniego Michała.

stem kurwa, że nie uszanowałam męża bo nawet nie poczekałam aż skończy się żałoba. Gdy jednak zmarła moja przyjaciółka i jej mąż po dwóch miesiącach związał się z inną kobietą to przekaz był taki że jaki on dzielny wspaniały bo zrobił to dla dzieci, ja natomiast to jestem szmata na moje dzieci nikt wtedy nie patrzył a miały 2 i 4 lata. Tu jest właśnie dyskryminacja i ona tak pełźnie i zatruwa¹⁹. Innym przykładem dyskryminacji (ze względu na orientację seksualną Berggren, 2020; McNutt & Yakushko, 2013) są słowa Michała: „Ja nie mam prawa do przeżywania żałoby po partnerze bo przecież pedał i zбочeniec²⁰. Danka czas żałoby wspomina następująco: „Nawet nie mogłam załatwić pogrzebu bo ksiądz powiedział, że z takimi jak ja to on nie będzie rozmawiał że ewentualnie rodzice Wiktorii mogą do niego przyjść. Nie obchodziło go, że to ja opiekowałam się Wiktorią przez te wszystkie lata choroby, że to ja trzymałam ją za rękę gdy ból odbierał jej zmysły, to ja sprzedałam mieszkanie po dziadkach by zapewnić jej jak najlepszą opiekę a rodzice... jej rodzice się wyparli Wiktorii to mój tato pomagał nam to maja mama po znajomościach załatwiała wizyty u specjalistów, ale dla takich jak ja nie ma miejsca nasza miłość była brudna wg niektórych i nie zasługiwałam na to by móc zatroszczyć się o pogrzeb mojej Wiktorii z którą byłam przeszło 30 lat²¹. Narzucone wymogi będące nakazem społecznym związanym z tradycją nie zawsze mają owo negatywne następstwo. Dla wielu stanowią swoisty parasol ochronny w trudnym czasie radzenia sobie ze stratą. „Po śmierci Marysi przez rok nosiłam żałobę, muszę powiedzieć, że po pewnym czasie nawet zacząłem się buntować, że starczy, ale moja mama powiedziała wtedy: zrób to dla dzieci. Nosilem ją i muszę powiedzieć, że w perspektywie to był dobry czas, wyciszenia, spokoju, miałem czas dla dzieci, dla siebie. Dziwnie to zabrzmiało, ale zbliżyliśmy się do siebie, chodziliśmy na cmentarz i w ogóle²². „Nie chodziłam przez cały rok na czarno, ale przez te kilka dni to ta czarna sukienka była jakby zbroją, to nie tak, że wszyscy na mnie się gapili, jak zawsze, ale wtedy patrzyli się tak inaczej, czułam, że jest im razem ze mną smutno, byli razem ze mną²³.

Kwestia kulturowa to doświadczanie i przeżywanie obrzędów pożegnania i uszanowania pamięci przez osoby bliskie zmarłego. Jak zauważa to Chrościcki: „W obrzędach tych bowiem mieszają się i przenikają wzajemnie takie elementy, jak miłość do osoby zmarłego i lęk przed trupem. Dlatego też można zaobserwować tendencje zmierzające z jednej strony do zachowania ciała, czego przykładem jest balsamowanie ciała, z drugiej strony do pozbycia się go, zniszczenia, zwykle odbywa się to przez spalenie zwłok (kremacja)” (Chrościcki, 1974, s. 8–9). Rytuał pogrzebowy z jednej strony stanowić więc może drogę do szczególnego katharsis, z drugiej zaś być ele-

19 Wypowiedź 34-letniej Ewy dwa lata po tragicznej śmierci męża Karola.

20 Wypowiedź 42-letniego Michała po śmierci wieloletniego partnera Piotra.

21 Wypowiedź 59-letniej Danuty po śmierci jej wieloletniej partnerki.

22 Wypowiedź 52-letniego Tomasza.

23 Wypowiedź 15-letniej Moniki po osieroceniu przez matkę.

mentem traumatyzującym na wiele lat: „Myślę, że pogrzeb dla Marysi był ważnym przeżyciem, ciężkim, trudnym, ale ważnym. Pożegnała się z mamą. Po nim już nie pytała, czy mama wróci do domu, wiedziała, że umarła, że już nigdy nie wróci”²⁴. „Na pogrzebie nie wstydziłem się, że płaczę, i chyba mogłem to z siebie wyrzucić, że tęsknię za Dominikiem, że mi go brak”²⁵. „Mogłam się z nim jeszcze raz pożegnać, być przy nim, patrzeć na niego ostatni raz. Gdy zamykali trumnę, to było straszne, ale (...) może właśnie wtedy, a nie w szpitalu, zrozumiałam, że Piotra już nie ma, że zmarł. Dopiero wtedy to do mnie tak brutalnie dotarło. Mirek mówił, że strasznie krzyczałam, nie pamiętam tego, ale tak to był taki znak, takie zamknięcie. Piotr będzie zawsze ze mną, matka nigdy nie zapomni o dziecku, ale to zamknięcie trumny było takim znakiem – masz jeszcze dwoje dzieci, masz dla kogo żyć, WALCZ!!!”²⁶. „Może to dziwne, ale stypa mnie uspokoiła, po niej poczułam, że nie jestem sama. (...) Pogodziłam się z siostrą (...) Wielu osób nie znałam, a tu byli wujkowie, ciocie kuzyni. (...) Stała się ona nowym początkiem, tak jakby śmierć Damiana była po to właśnie, żebyśmy znowu poczuli się razem”²⁷. Niespełnienie obowiązku uczestnictwa lub zorganizowania rytuału pogrzebowego prowadzić może do szeregu negatywnych konsekwencji natury psychicznej, rodzinnej czy społecznej (Kalish, 1985; R.J. Kastenbaum, 2007), pokutujących niekiedy w perspektywie wielu lat. „Nie byłam na pogrzebie taty, nie chciałam. Wtedy myślałam, że skoro nie mieszkał z nami, zostawił mnie i mamę, to nie będę hipokrytką, że mi żal. Teraz jednak myślę, że zrobiłam głupio, źle się z tym czuję”. „Nie mogłem przylecieć na pogrzeb taty, do dzisiaj nie mogę sobie tego wybaczyć”²⁸. Chęć uczestniczenia w rytuale może stawiać nowe wymagania wynikające z rzeczywistości współczesnego świata i kultury. Ów aprioryczny nakaz podpowiada nowe formy realizacji rytuału, czego przykładem mogą być wirtualne cmentarze. „Jestem młodą wdową od 2 lat, wyemigrowałam z kraju sama z dziećmi, bo po śmierci męża było mi ciężko finansowo. Dla kogoś pomysł idiotyczny z tym cmentarzem, ale ja nie mogę do mojego kochanego męża z kwiatami co tydzień przyjechać, a to miejsce daje poczucie spełnienia. (...) ja wiem, to tylko Internet, ale oprawa graficzna strony, muzyka... to jest to, co było mi potrzebne. (...) daleko od domu mogę zajrzeć na te strony i poczuć się z nim, popłakać sobie, gdy dzieci śpią” (za Pietrzyk, 2010, s. 91).

6. Duchowo-religijny aspekt doświadczania żałoby

Kwestie związane z duchowością i religią to ostatni element prezentacji złożoności kwestii żałoby. Istota owej prezentacji opiera się na rozumieniu człowieka nie

24 Wypowiedź 41-letniego Marka.

25 Wypowiedź 16-letniego Pawła po śmierci brata.

26 Wypowiedź 46-letniej Ewy po śmierci 13-letniego syna.

27 Wypowiedź 39-letniej Weroniki po śmierci męża.

28 Wypowiedź 52-letniego Adama.

tylko jako bytu bio-psycho-społecznego, lecz także duchowego, gdzie właśnie owa duchowość napełnia sensem istotę człowieczeństwa, stanowiąc jego kwintesencję. Ideę tę zauważa Frankl, wskazując na niebezpieczeństwo redukcjonizmów fizjologiczno-psychologiczno-socjologicznych. Ten niezwykle badacz, który w autorskim rozumieniu tanatopedagogiki został uznany za jednego z jej luminarzy (Binnebesel, 2013, s. 240), wskazywał, podkreślając znaczenie powyższej trójelementowej sfery natury ludzkiej, że ograniczenie do niej deprecjonuje jego istotę. Zauważał, że dopiero sfera duchowa nadaje i determinuje sens bytu ludzkiego (Frankl, 1984): „Dopiero wówczas, gdy uwzględni się równocześnie byt duchowy w jego dążeniu do sensu i do wartości, może się odsonić sensowność rzeczywistości, dopiero wtedy sens bytu może się stać widoczny” (Frankl, 1984, s. 9). Inny z luminarzy tanatopedagogiki – Tillich – wskazuje na swoisty integracyjno-intencjonalny element duchowości w sferze złożoności funkcjonowania człowieka, determinujący sens egzystencji i doświadczania wolności (Łata, 1995, s. 224; Tillich, 1996, s. 154–155, 2004a, s. 168–169). Całe życie człowieka, łącznie z jego życiem zmysłowym, jest duchowe (Tillich, 2004b, s. 53). W rozważaniach de Chardina duchowość człowieka to element jego rozwoju ewolucyjnego: „człowiek, według Teilharda de Chardin, jest wytworem lub etapem ewolucji spirytualizującego się materialno-duchowego tworzywa” (Cynarski, 2001, s. 127; Gogacz, 1985, s. 67). Istota tego kontekstu ujęta jest w pytaniach: „Dlaczego ja? Za co? Co jest po śmierci? Czy życie i cierpienie mają sens?”. Pytania te odnalazły swoje odzwierciedlenie w badaniach nad autopercepcją lęku tanatycznego (Binnebesel, 2011b, 2012, 2017): „Co zrobiłam, że Bóg zabrał mi córkę, co musiałam zrobić”²⁹. „Gdzie on był, jak Pawełek umierał, gdzie był, gdzie był ten skurwiel, skurwiel, bo Bóg nie może być tak parszywy, Bóg nie może być taki, nie ten, w którego wierzyłam, tego Boga już nie ma, nie ma, NIE MA!!!!”³⁰ Analizując ten problem, należałoby zadać pytanie o istotę wiary i rozumienie teodycei. Sauer (Sauer, 1993) w swoich analizach wyodrębnił sześć sposobów interpretacji tej kwestii:

- cierpienie jako brak dobra (Augustyn św., 2007; Justyn św., 1926; Tomasz z Akwinu św., 1984),
- cierpienie jako konsekwencja niewłaściwej wolnej decyzji człowieka (Greshake, 1988; Tomasz z Akwinu św., 1984),
- cierpienie jako dopust boży (Augustyn św., 2007; Rahner, 1980),
- cierpienie jako próba i sprawdzian (Diekamp, 2013),
- cierpienie jako kara (Lamla, 1986),
- cierpienie jako uboczne skutki ewolucji (Cobb & Griffin, 1976; Greshake, 1988; Haag, 1989; Teilhard de Chardin, 1985).

29 Wypowiedź 39-letniej Moniki po śmierci 14-letniego syna.

30 Wypowiedź 30-letniej Patrycji po śmierci 2-letniego syna.

Cierpienie i śmierć, zdaniem Deselersa (1999, s. 15–17), to pryzmat determinujący ogląd na świat, siebie i wszystko, czego doświadczam. Również Jaspers podkreśla wszechogarniającą moc cierpienia: „Nieprzejrany jest zastęp cierpień, które w wielu sytuacjach wysuwają się na plan pierwszy (...) Największe różnice istnieją oczywiście w rodzaju cierpienia i rozmiarze powstałej udręki. W końcu jednak wszystkich może ugodzić to samo i każdy musi dźwigać swoją część, nikomu nie jest to oszczędzone” (za Rudziński, 1978, s. 212). „Cierpienie według niego stanowi jedną z pięciu sytuacji granicznych, które nie są rodzajem intelektualnych pojęć czy obiektywnych kategorii; mają raczej charakter doświadczania wewnętrznego czysto indywidualnego” (Szalek, 2006, s. 98), a próba jego zrozumienia w kontekście uogólnienia wskazuje, iż ma ono charakter doświadczania osobowego związanego ściśle z doświadczaniem siebie w konkretnej rzeczywistości, stąd pytania o jego sens i cel są związane z owym indywidualnym doświadczaniem siebie. Subiektywność doświadczania cierpienia podkreślał Freud, pisząc: „wszelkie cierpienie jest tylko doznaniem, istnieje o tyle, o ile je odczuwamy” (1967, s. 250). Schopenhauer, nadając cierpieniu sens istotowości doświadczania, siebie, pisze: „Gdyby najpierwszym i bezpośrednim celem naszego życia nie było cierpienie, to nasze istnienie byłoby czymś najbardziej bezcelowym w świecie. Absurdem jest bowiem mniemanie, jakoby nie kończący się, wypływający z właściwej życiu niedoli ból, który wypełnia sobą wszędzie świat, był bezcelowy i czysto przypadkowy” (Schopenhauer, 1995, s. 13). Frankl natomiast w swoim *Homo patiens* nadaje cierpieniu sens swoistego imperatywu działaniowego budującego sens istoty ludzkiej i doświadczania swojego „ja”: „Cierpienie to dokonanie i wzrost, ale także – dojrzewanie. Człowiek bowiem, który wyrasta ponad siebie, dojrzewa, dorasta do siebie samego. Proces dojrzewania to rzecz najbardziej istotna, jaka dokonuje się w nas pod wpływem cierpienia. Dojrzewanie to polega na tym, że człowiek zdobywa wewnętrzną wolność mimo zewnętrznej zależności” (Frankl, 1984, s. 75). Tak więc w tym kontekście pytanie o sens cierpienia to pytanie o sens życia, rozwoju i drogę kształtowania się własnego „ja”. Również Elzenberg (1994, s. 189–190) podkreśla sens cierpienia w owym swoistym imperatywie zadaniowym, wskazując na cztery „rzeczy bezcenne”, które może cierpienie wnieść w życie człowieka. Pierwsza z nich to empatia, umiejętność słuchania i współczucie dla innych cierpiących. Drugą „rzeczą ważną” uzyskaną na skutek doświadczania cierpienia jest umiejętność odróżniania rzeczy istotnych od nieistotnych, rzetelności od nierzetelności. Trzecia „rzecz ważna” to uzyskana przez przeżywanie cierpienia pokora i wyrozumiałość względem innych. Czwarty dar cierpienia, zdaniem Elzenberga, to rozszerzenie horyzontów, bardziej wszechstronne wnikięcie w sens życia i jego wartość. De Chardin pisze: „Ludzkie cierpienia, suma cierpień doznawanych w każdej chwili na całym świecie – to przeogromny ocean. Z czego się jednak składa ta masa? Z czerni? Z braków? Z odpadków? Nie, powtarzam raz jeszcze, składa się ona z energii potencjalnej. W cierpieniu kryje się – w ogromnym stężeniu – skierowana w górę siła świata. Problem polega na tym, by ją wyzwolić, uświadamiając jej, co ona znaczy i co może” (Elzenberg, 2001,

s. 72–73). Szczepański cierpieniu nadaje sens wszelkiego ludzkiego działania: „Bez cierpienia inteligencja człowieka pozbawiona byłaby kierunkowskazu. Cierpienie było pierwszym sygnałem wskazującym różnicę między prawdą a fałszem, między dobrem i złem, między drogą właściwą a niewłaściwą. W tym sensie cierpienie jest drogą rozwoju cech uznawanych za najistotniejsze dla człowieka: cech moralnych, intelektualnych i estetycznych” (Szczepański, 1980, s. 9–10). Brusilo, analizując paradygmat istoty cierpienia, przywołuje słowa Jana Pawła II: „Cierpienie ludzkie samo w sobie stanowi jakby swoisty „świat”, który bytuje wraz z człowiekiem, pojawia się w nim i przemija, a czasem nie przemija, ale utrwała się w nim i pogłębia. Ów świat cierpienia, rozłożony na wiele, na ogromnie wiele podmiotów, bytuje jakby w rozproszeniu. Każdy człowiek przez swe osobiste cierpienie jest nie tylko częścią owego «ja świata», ale równocześnie ów «świat» jest w nim jako całość skończona i niepowtarzalna. (...) Świat cierpienia ma jak gdyby swą własną spoistość. Ludzie cierpiący upodabniają się do siebie podobieństwem sytuacji, doświadczeniem losu, skądinąd potrzebą zrozumienia i troski, a nade wszystko chyba natarczywym pytaniem o sens. Jakkolwiek więc świat cierpienia bytuje w rozproszeniu, to równocześnie zawiera on w sobie jakieś szczególne wyzwanie do wspólnoty i solidarności” (Brusilo, 2011, s. 425). Tak więc według Jana Pawła II: „Cierpienie jest tajemnicą szczególnie nieprzeniknioną i dlatego jakże często trudną do zrozumienia, do przyjęcia przez człowieka. Człowiek dotknięty chorobą, czy też jakimś innym cierpieniem, często pyta siebie samego – dlaczego ja muszę znosić ból i prawie natychmiast stawia sobie inne pytanie, po co, jaki jest sens tego cierpienia, które mnie dotknęło? Gdy nie znajduje odpowiedzi, często się załamuje, bo cierpienie staje się silniejsze od niego” (Jan Paweł II, 1991, s. 192). Scheler: „Jeśli rozejrzemy się w historii, to zauważymy wiele sposobów zachowania się (Begegnung) wobec cierpienia. Dostrzegamy drogę uprzedmiotowienia cierpienia i rezygnacji, względnie aktywnego znoszenia go (Duldung); drogę hedonistycznej ucieczki przed cierpieniem; drogę przytępienia cierpienia aż do [zupełnej] apatii; drogę tłumaczenia cierpienia oraz jego iluzjonistycznej negacji; drogę usprawiedliwiania wszelkiego cierpienia – jako kary; wreszcie drogę najwspanialszą i najbardziej z wszystkich powikłaną, ukazaną w chrześcijańskiej nauce o cierpieniu: drogę błędnego (Selig) cierpienia i dokonującego się w cierpieniu wyzwolenia od niego dzięki miłosiernej miłości Boga, »królewską drogę krzyża«” (Scheler, 1994, s. 30–31). W rozważaniach Bubera znaleźć można następującą przypowieść, usiłującą odpowiedzieć na wcześniej postawione pytania: „Ktoś, kogo nawiedziła ciężka choroba, skarżył się rabbiemu Izraelowi, że cierpienie przeszkadza mu w nauce i w modlitwie. Rabbi położył mu rękę na ramieniu i rzekł: A skąd wiesz przyjacielu, co jest miłsze Bogu, twoja nauka czy twoje cierpienie?” (Buber, 1986, s. 211). Na pytanie o cierpienie Nachman z Braclawia mówił: „Szatanowi dużo łatwiej udaje się zwieść mężczyzn i kobiety, kiedy dotknięci są oni cierpieniem. Bądźcie silni i unikajcie smutku” (za Jelonek, 2007, s. 14).

„Kiedy człowiek rozpoznaje w cierpieniu rękę Boga — pisał rabbi z Piaseczna w swojej książce *Esh qodesh* — to zdiera straszliwą zasłonę, zakrywającą oblicze Boga. Ale jeśli nie uzna się Boga za ostateczną przyczynę cierpienia i za współnika Izraela w cierpieniu, to Żyd przestaje dostrzegać, że sam jest stworzony na podobieństwo Boskie i cierpienie przeradza się w rozpacz. Bóg jest bowiem pierwszą przyczyną wszystkiego, człowiek nie może więc rozpatrywać problemu cierpienia za pośrednictwem rozumu, ale jedynie poprzez wiarę. Kiedy cierpienie zostaje dobrowolnie przyjęte, przekształca się w *chesed nistar*, to znaczy w ukrytą miłość Boga, która poprzez modlitwę i studiowanie Tory zmienia się w *chesed nigleh*, miłość Boga objawioną i okazywaną. — Cierpienie daje człowiekowi możliwość zbliżenia się do Boga. Pomaga mu także w docenianiu życia wtedy, kiedy nie cierpi, i docenianiu daru tego, że jest Żydem. — Cierpienie jest także przejawem boleści Mesjasza, jak również cierpienia, które poprzedza nadejście Mesjasza i które przygotowuje nasz powrót do Erec Israel. — Cierpienie zapewnia nam stan radości, zważywszy, że Bóg cierpi razem z nami” (za Jelonek, 2007, s. 176–177).

Tak więc aspekt religijny/duchowy, ujęty w naturze pytań o sens cierpienia: „Dlaczego ja? Za co? Co jest po śmierci? Czy życie i cierpienie mają sens?”, to pytania o człowieka, to pytania niepewności budowanej na braku wiary w immanentną godność natury ludzkiej, to pytania o szukanie swojej relacji z Bogiem. Pytania te są bolesne i trudne, jednak konieczne do kształtowania siebie, budowania podmiotowości i otwarcia na różnorodność i doświadczanie innych. „Dlaczego ja, nie wiem, ale wiem, że przeżyłam, wiem, że doświadczyłam tego, czego bym nigdy nie doświadczyła. Wiem to po latach, wiem to przez łzy, krzyk bezsilności i zwątpienia, wiem, że (...) że co? Chyba tylko to, że kochałam syna, że moje macierzyństwo jego śmiercią zostało zranione, WIEM jednak, że potrafię jeszcze kochać, a może właśnie nauczyło mnie to miłości, nauczyło mnie zakochania się w macierzyństwie i odkryciu w nim mojej godności i piękna. JESTEM MATKĄ. Nie życzę nikomu takiej lekcji, ale ona była i jest moja”³¹.

Podsumowanie

Reasumując rozważania nad wielowymiarowością doświadczania żałoby, można powiedzieć za Beltingem, że jest ona „formą rozstania na zawsze i przypiecztowania nieobecności” (Belting, 2007, s. 202). Di Nola (2006), analizując jej złożoność, pokazuje wielowątkowość jej doświadczania. Dziedzic stwierdza: „Żałoba jest zjawiskiem powszechnym. Najczęściej doświadcza jej człowiek po stracie bliskiej osoby. Dotyka go wtedy cierpienie na różnych poziomach. Niekiedy strata jest tak dotkliwa, iż ogarnia swoim zasięgiem całego człowieka, destabilizując go na poziomie fizjologicznym,

31 Wypowiedź 51-letniej Małgorzaty po 11 latach od śmierci syna z powodu choroby nowotworowej.

emocjonalnym, poznawczym i duchowym. Często jest tak, że osierocony nie może odnaleźć się też w relacjach ze społeczeństwem, a nawet przeżywa kryzys religijny” (Dziedzic, 2005, s. 27). Pokazana powyżej żałoba to wieloczynnikowy proces zachodzących zmian wewnątrz i zewnątrz osoby osieroconej, to proces doświadczania siebie bez męża, żony, taty, mamy, syna czy córki, to proces przeformowania się „ja”, tak żeby owo „ja”, bez obecności tego „ja”, które odeszło, nie było połową mego „ja”, to proces szukania i nadawania sensu życiu bez owego „ja”, którego już nie ma, to proces budowania nowej relacji z tym „ja”, które odeszło, opartej na pamięci i zabliznionej fizycznej pustce. To zmiana relacji z sobą i światem. Tak więc psychospołeczne rozważania nad śmiercią dla pedagogiki to wskazanie na śmierć jako fakt, który był, jest i będzie. Śmierć jest jak słońce, na które nie można patrzeć, by nie oślepnąć, a wychowanie, opieka jest niczym ciemne szkło, przez które można na owo słońce spojrzeć. W wychowaniu tkwi możliwość patrzenia na siebie w perspektywie tego, co nieuchronne – to zrozumienie nieuchronności śmierci, w każdym, bez względu na status społeczny, wykształcenie, religię, poziom intelektualny, stan zdrowia, kalectwo czy jego brak – śmierć jest. Tanatopedagogika to droga równości w doświadczaniu siebie w jej perspektywie.

BIBLIOGRAFIA

- Agarwal, A., Aponte-Mellado, A., Premkumar, B.J., Shaman, A., & Gupta, S. (2012). The effects of oxidative stress on female reproduction: A review. *Reproductive Biology and Endocrinology*, 10(1), 49. <https://doi.org/10.1186/1477-7827-10-49>.
- Agarwal, A., Virk, G., Ong, C., & Plessis, S.S. du. (2014). Effect of Oxidative Stress on Male Reproduction. *The World Journal of Men's Health*, 32(1), 1-17. <https://doi.org/10.5534/wjmh.2014.32.1.1>.
- Alexander, H. (2013). *Doświadczenie żałoby* (K. Wierzchosławska & P. Wierzchosławski, Tłum.; Wyd. 2). Wydawnictwo Polskiej Prowincji Dominikanów W drodze.
- Antoszevska, B. (2006). *Dziecko z chorobą nowotworową: Problemy psychopedagogiczne*. Oficyna Wydawnicza „Impuls”.
- Antoszevska, B. (Red.). (2011). *Dziecko przewlekłe chore – problemy medyczne, psychologiczne i pedagogiczne: Heurystyczny wymiar ludzkiej egzystencji*. Wydawnictwo Edukacyjne „Akapit”.
- Antoszevska, B., & Binnebesel, J. (Red.). (2014). *Porozmawiajmy o śmierci*. Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego.
- Anuszevska-Mastalerz, K., Kosińska, M., Niebrój, L., & Śląska Akademia Medyczna. (2003). *Rodzina – Opieka nad chorym [oprac. i red.] Lesław Niebrój & Maria Kosińska; [aut. prac Katarzyna Anuszevska-Mastalerz et al.]*. Śląska Akademia Medyczna.
- Ardiel, E.L., & Rankin, C.H. (2010). The importance of touch in development. *Paediatrics & Child Health*, 15(3), 153. <https://doi.org/10.1093/pch/15.3.153>.
- Ariès, P. (2011). *Człowiek i śmierć* (E. Bąkowska, Tłum.). Wydawnictwo Aletheia.
- Ariès, P., Chartier, R., & Duby, G. (Red.). (2005). *Historia życia prywatnego. T. 3, Od renesansu do oświecenia* (A. Łoś, M. Zięba, K. Osińska-Boska, M. Cebo-Foniok, & J. Maroń, Tłum.; Wyd. 2). Zakład Narodowy im. Ossolińskich. Wydawnictwo.

- Ariès, P., Corbin, A., Perrot, M., & Duby, G. (Red.). (2006). *Historia życia prywatnego. T. 4, Od rewolucji francuskiej do I wojny światowej* (B. Panek, A. Paderewska-Gryza, W. Gilewski, & M. Czapliński, Tłum.; Wyd. 2). Zakład Narodowy im. Ossolińskich. Wydawnictwo.
- Ariès, P., Duby, G., & Barthélemy, D. (Red.). (2005). *Historia życia prywatnego. T. 2, Od Europy feudalnej do renesansu* (A. Łoś, W. Bieńkowska, W. Gilewski, K. Skawina, & W. Mrozowicz, Tłum.; Wyd. 2). Zakład Narodowy im. Ossolińskich. Wydawnictwo.
- Ariès, P., Prost, A., Vincent, G., & Duby, G. (Red.). (2006). *Historia życia prywatnego. T. 5, Od I wojny światowej donaszycy czasów* (A. Łoś, K. Skawina, A. Pierchała, & E. Trojańska-Koch, Tłum.; Wyd. 2). Zakład Narodowy im. Ossolińskich. Wydawnictwo.
- Art. 43. – *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry*. (b.d.). Pobrano 2 grudzień 2022, z <https://lexlege.pl/ustawa-o-zawodach-lekarza-i-lekarza-dentystry/art-43/>
- Augustyn św. (2007). *Wyznania* (Wyd. 4.). Społeczny Instytut Wydawniczy Znak.
- Ballieux, R.E. (1991). Impact of mental stress on the immune response. *Journal of Clinical Periodontology*, 18(6), 427–430. <https://doi.org/10.1111/j.1600-051X.1991.tb02311.x>.
- Bandura, A. (1997). *Self-Efficacy: The Exercise of Control*. Worth Publishers.
- Bandura, L.R. (2004). *Wpływ wojny na psychikę dzieci i młodzieży*. Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Bednarska, M. (2009). Strach ma wielkie oczy – o strachu, lęku i szkodliwości straszenia dzieci w procesie wychowania. *Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka*, 8(3), 77–86.
- Belleau, E.L., Treadway, M.T., & Pizzagalli, D.A. (2019). The Impact of Stress and Major Depressive Disorder on Hippocampal and Medial Prefrontal Cortex Morphology. *Biological Psychiatry*, 85(6), 443–453. <https://doi.org/10.1016/j.biopsych.2018.09.031>
- Belting, H. (2007). *Antropologia obrazu: Szkice do nauki o obrazie*. Towarzystwo Autorów i Wydawców Prac Naukowych UNIVERSITAS.
- Berggren, K. (2020). Ashamed of One's Sexism, Mourning One's Friends: Emotions and Relations in Men's Encounters with Feminism in Sweden. *Culture Unbound*, 12(3), Art. 3. <https://doi.org/10.3384/cu.v12i3.3239>.
- Bernstein, C.N. (2016). Psychological Stress and Depression: Risk Factors for IBD? *Digestive Diseases*, 34(1–2), 58–63. <https://doi.org/10.1159/000442929>.
- Bielarczyk, P. (2003). Antropologia prawa Bronisława Malinowskiego. *Studia Iuridica (Warszawa)*, 41, 27–57.
- Binnebesel, J. (1995). Kulturowa koncepcja lęku przed śmiercią jako nadzieja dla pedagogiki. W J. Górniewicz (Red.), *Z problematyki teorii edukacji: Materiały z działalności PTP w Toruniu* (s. 93–100). Polskie Towarzystwo Pedagogiczne w Toruniu.
- Binnebesel, J. (2000). *Opieka nad dzieckiem z chorobą nowotworową: Aspekt pozamedyczny*. Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Binnebesel, J. (2002). Obraz i doświadczanie cierpienia i śmierci u dzieci z chorobą nowotworową. *Paedagogia Christiana*, 121–123.
- Binnebesel, J. (2003). *Opieka nad dziećmi i młodzieżą z chorobą nowotworową w doświadczeniu pacjentów*. Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.

- Binnebesel, J. (2004). Tanatopedagogika – Cierpienie socjalne w śmierci dzieci z chorobą nowotworową. W E. Trafiałek, A. Kieszkowska, & R. Stojecka-Zuber (Red.), *Pomoc społeczna i praca socjalna wobec problemów współczesności: (Wybrane zagadnienia z teorii i praktyki)* (s. 405–412). PWSZ.
- Binnebesel, J. (2007). Zapomniani niepełnosprawni pacjenci. W J. Rottermund (Red.), *Wielowymiarowość procesu rehabilitacji* (s. 37–45). Oficyna Wydawnicza „Impuls”.
- Binnebesel, J. (2011a). Psychopedagogiczne aspekty rozmowy z dzieckiem o śmierci i umieraniu. *Psycho-onkologia: organ Polskiego Towarzystwa Psychoonkologicznego*, 11–15.
- Binnebesel, J. (2011b). The impact of a chronic disease on the psychosocial development of children (based on the example of cancer). *Advances in Palliative Medicine*, 10(2), 57–64.
- Binnebesel, J. (2012). The experience of living through a death in a school and an academic environment. *Advances in Palliative Medicine*, 11(2), 48–55.
- Binnebesel, J. (2013). *Tanatopedagogika w doświadczeniu wielowymiarowości człowieka i śmierci*. Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Binnebesel, J. (2017). *Percepcja lęku przed śmiercią w kontekście Tanatopedagogicznej Relacyjnej Terapii Zastępczej*. Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Biondi, M., & Picardi, A. (1996). Clinical and Biological Aspects of Bereavement and Loss-Induced Depression: A Reappraisal. *Psychotherapy and Psychosomatics*, 65(5), 229–245. <https://doi.org/10.1159/000289082>
- Bishop, G. D. (2000). *Psychologia zdrowia*. Astrum.
- Block, B., & Stelcer, B. (2009). Śmierć i żałoba w szkole—Implikacje praktyczne. W J. Binnebesel, A. Janowicz, & P. Krakowiak (Red.), *Jak rozmawiać z uczniami o końcu życia i wolontariacie hospicyjnym*. Fundacja Hospicyjna: „Via Medica”.
- Bobińska, K., Florkowski, A., Kuśmierek, M., Wierzbiński, P., & Szubert, S. (Red.). (2007). Rola traumy w powstawaniu wybranych zaburzeń psychicznych. *Postępy Psychiatrii i Neurologii*, 339–344.
- Breitwieser, M.R. (2007). *National Melancholy: Mourning and Opportunity in Classic American Literature*. Stanford University Press.
- Brewin, C.R. (2007). *Posttraumatic Stress Disorder: Malady Or Myth?* Yale University Press.
- Brusiło, J. (2011). Cierpienie człowieka jako konstytutywny element natury ludzkiej. W A. Muszala, J. Binnebesel, P. Krakowiak, & M. Krobicki (Red.), *Dolentium hominum: Duchowni i świeccy wobec ludzkiego cierpienia* (1. wyd., s. 421–429). Prowincja Polska Zakonu Szpitalnego św. Jana Bożego – Bonifratrzy.
- Buber, M. (1986). *Opowieści chasydów*. W drodze.
- Buczyński, F. (1996). Jak sobie dziecko śmierć przedstawia. *Leczenie bólu i opieka paliatywna u dzieci*, 175–183.
- Buczyński, F.L. (1999). *Rodzina z dzieckiem chorym na białaczkę*. Redakcja Wydawnictw KUL.
- Carll, E.K. (2007). *Trauma Psychology: Violence and disaster*. Greenwood Publishing Group.
- Carson, R.C. (2011). *Psychologia zaburzeń. Vol. 1 / Robert C. Carson, James N. Butcher, Susan Mineka; przekł. Władysław Dietrich [et al.]*. Wydawnictwo Psychologiczne.
- Cerritelli, F., Chiacchiaretta, P., & Ferretti, A. (2017). Effect of Continuous Touch on Brain Functional Connectivity Is Modified by the Operator's Tactile Attention. *Frontiers in Human Neuroscience*, 11. <https://doi.org/10.3389/fnhum.2017.00368>.

- Chapman, C.R., Tuckett, R.P., & Song, C.W. (2008). Pain and Stress in a Systems Perspective: Reciprocal Neural, Endocrine, and Immune Interactions. *The Journal of Pain*, 9(2), 122–145. <https://doi.org/10.1016/j.jpain.2007.09.006>.
- Chistolini, S. (2013). *Pedagogia generale. Insegnamento, scienza, disciplina* (1° edizione). Franco Angeli.
- Chmiel-Baranowska, A. (2005). *Żałoba. Opieka Paliatywna nad Dziećmi, XIII*.
- Cholewińska, P., Górniak, W., & Wojnarowski, K. (2021). Impact of selected environmental factors on microbiome of the digestive tract of ruminants. *BMC Veterinary Research*, 17(1), 25. <https://doi.org/10.1186/s12917-021-02742-y>.
- Chrościcki, J.A. (1974). *Pompa funebris: Z dziejów kultury staropolskiej*. Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Chrousos, G.P. (2009). Stress and disorders of the stress system. *Nature Reviews Endocrinology*, 5(7), Art. 7. <https://doi.org/10.1038/nrendo.2009.106>.
- Chudy, W. (2009). *Pedagogia godności: Elementy etyki pedagogicznej*. Towarzystwo Naukowe KUL: Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II.
- Chuong, C.J., & Fung, Y.C. (1986). Residual Stress in Arteries. W G. W. Schmid-Schönbein, S. L.-Y. Woo, & B. W. Zweifach (Red.), *Frontiers in Biomechanics* (s. 117–129). Springer. https://doi.org/10.1007/978-1-4612-4866-8_9.
- Cobb, J.Jr., & Griffin, R.D. (1976). *Process Theology*. The Westminster Press.
- Cohen, J.A., Mannarino, A.P., & Deblinger, E. (2011). *Terapia traumy i traumatycznej żałoby u dzieci i młodzieży* (R. Andruszko, Tłum.). Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Cohen, S., Janicki-Deverts, D., & Miller, G.E. (2007). Psychological Stress and Disease. *JAMA*, 298(14), 1685–1687. <https://doi.org/10.1001/jama.298.14.1685>
- Contrada, R., & Baum, A. (2010). *The Handbook of Stress Science: Biology, Psychology, and Health*. Springer Publishing Company.
- Cramer, A.O.J., Borsboom, D., Aggen, S.H., & Kendler, K.S. (2012). The pathoplasticity of dysphoric episodes: Differential impact of stressful life events on the pattern of depressive symptom inter-correlations. *Psychological Medicine*, 42(5), 957–965. <https://doi.org/10.1017/S003329171100211X>.
- Cynarski, W.J. (2001). W kierunku antropologii integralnej: Propozycja systemowej syntezy w nauce o człowieku. *Idō-Ruch dla Kultury: rocznik naukowy*, 121–132.
- Czech, F. (2010). *Koszmarne scenariusze: Socjologiczne studium konstruowania lęku w dyskursie globalizacyjnym*. Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Dąbkowska, M. (2006). Traumatyczne doświadczenia w dzieciństwie jako czynniki ryzyka zaburzeń psychicznych wieku rozwojowego i dorosłości. *Psychiatria i Psychologia Kliniczna*, 203–210.
- Deselaers, M. (1999). *Bóg a zło: W świetle biografii i wypowiedzi Rudolfa Hössa komendanta Auschwitz*. Wydawnictwo WAM.
- Dudek, A.M. (2006). *Tryumf śmierci: Antropologia żałoby* (J. Kornecka-Kaczmarczyk, Tłum.). Towarzystwo Autorów i Wydawców Prac Naukowych Universitas.
- Diekamp, F. (2013). *Katholische Dogmatik*. Sarto; New Editio.
- Dodziuk, A. (2007a). *Żal po stracie czyli o przeżywaniu żałoby* (Wyd. 2. popr.). Instytut Psychologii Zdrowia. Polskie Towarzystwo Psychologiczne.

- Dodziuk, A. (2007b). *Żal po stracie czyli o przeżywaniu żałoby* (Wyd. 2. popr.). Instytut Psychologii Zdrowia. Polskie Towarzystwo Psychologiczne.
- Doris Svetlik, R.N., Keith Dooley, W., Weiner, M.F., Williamson, G.M., & Walters, A.S. (2005). Declines in Satisfaction with Physical Intimacy Predict Caregiver Perceptions of Overall Relationship Loss: A Study of Elderly Caregiving Spousal Dyads. *Sexuality and Disability*, 23(2), 65–79. <https://doi.org/10.1007/s11195-005-4670-7>.
- Driskell, J.E., & Salas, E. (2013). *Stress and Human Performance*. Psychology Press.
- Dudek, B. (2003). *Zaburzenie po stresie traumatycznym – Cena strachu*. Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Dziedzic, J. (2005). Doświadczenie żałoby w kontekście psychologicznym. W J. Makselon (Red.), *Człowiek wobec śmierci: Aspekty psychologiczno-pastoralne / red. Józef Makselon*. (s. 27–40). Wydawnictwo Naukowe Papieskiej Akademii Teologicznej.
- Eliade, M. (2009). *Traktat o historii religii* (J. Wierusz-Kowalski, Tłum.). Wydawnictwo Aletheia.
- Elzenberg, H. (1994). *Kłopot z istnieniem: Aforyzmy w porządku czasu* (Wyd. 2, zm. uzup.). Wydawnictwo Znak.
- Fali, T., Vallet, H., & Sauce, D. (2018). Impact of stress on aged immune system compartments: Overview from fundamental to clinical data. *Experimental Gerontology*, 105, 19–26. <https://doi.org/10.1016/j.exger.2018.02.007>.
- Fischer, A.R., & Holz, K.B. (2010). Testing a Model of Women's Personal Sense of Justice, Control, Well-Being, and Distress in the Context of Sexist Discrimination. *Psychology of Women Quarterly*, 34(3), 297–310. <https://doi.org/10.1111/j.1471-6402.2010.01576.x>.
- Fletcher, M. (2007). Amerykański splin: Gorzka cena wojny. *Forum (Warszawa 1965)*, 30–34.
- Foa, E.B., Hembree, E.A., & Rothbaum, B.O. (2014). *Przedłużona ekspozycja w terapii PTSD: Emocjonalne przetwarzanie traumatycznych doświadczeń: podręcznik terapeuty* (M.L. Kalinowski, Tłum.). Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Ford, J.D., Grasso, D.J., Elhai, J.D., & Courtois, C.A. (2015). *Posttraumatic Stress Disorder: Scientific and Professional Dimensions*. Academic Press.
- Frankl, V.E. (1984). *Homo patiens* (R. Czernecki & J. Morawski, Tłum.; Wyd. 3). Instytut Wydawniczy „Pax”.
- Frankl, V.E. (2009). *Człowiek w poszukiwaniu sensu* (A. Wolnicka, Tłum.). Wydawnictwo Czarna Owca.
- Frankowski, M.T. (2001). *Człowiek w warunkach ekstremalnych: (Szkice z socjologii wojny i wojska)*. Ulmak.
- French, D.P., Marteau, T.M., Senior, V., & Weinman, J. (2002). The structure of beliefs about the causes of heart attacks: A network analysis. *British Journal of Health Psychology*, 7(4), 463–479. <https://doi.org/10.1348/135910702320645426>.
- Freud, S. (1967). *Człowiek, religia, kultura* (J. Prokopiuk, Tłum.). Książka i Wiedza.
- Freud, S. (1994). *Człowiek imieniem Mojżesz a religia monoteistyczna*. „Sen”: „KR”.
- Freud, S. (1997a). *Totem i tabu: Kilka zgodności w życiu psychicznym dzikich i neurotyków* (M. Poręba & R. Reszke, Tłum.). KR.
- Freud, S. (1997b). *Wstęp do psychoanalizy* (L. Korzeniowski, Tłum.; Wyd. 8). Wydawnictwo Naukowe PWN.

- Friedman, J. (2011). Why Is the Nervous System Vulnerable to Oxidative Stress? W N. Gadot & H.H. Göbel (Red.), *Oxidative Stress and Free Radical Damage in Neurology* (s. 19–27). Humana Press. https://doi.org/10.1007/978-1-60327-514-9_2.
- Fromm, E. (1966). *Szkice z psychologii religii* (J. Prokopiuk, Tłum.). Spółdzielnia Wydawniczo-Handlowa „Książka i Wiedza”.
- Fromm, E. (2000). *Psychoanaliza a religia* (J. Karłowski, Tłum.). Dom Wydawniczy „Rebis”.
- Fromm, E. (2014). *Ucieczka od wolności* (O. Ziemilska & A. Ziemilski, Tłum.; Wyd. 15). Spółdzielnia Wydawnicza „Czytelnik”.
- Furman, E. (1985). Children's Patterns in Mourning the Death of a Loved One. *Issues in Comprehensive Pediatric Nursing*, 8(1–6), 185–203. <https://doi.org/10.3109/01460868509006361>.
- Gabbard G.O. (2015): *Psychiatria psychodynamiczna w praktyce klinicznej*, Wydawnictwo UJ, Kraków
- Gajda, J. (2008). *Antropologia kulturowa—Wprowadzenie do wiedzy o kulturze* (Wyd. 1 zm. i popr. na podst. wyd. z 2005 r. (wyd. Adam Marszałek), T. 1). Oficyna Wydawnicza „Impuls”.
- Galovski, T., & Lyons, J.A. (2004). Psychological sequelae of combat violence: A review of the impact of PTSD on the veteran's family and possible interventions. *Aggression and Violent Behavior*, 9(5), 477–501. [https://doi.org/10.1016/S1359-1789\(03\)00045-4](https://doi.org/10.1016/S1359-1789(03)00045-4).
- Glaser, R., & Kiecolt-glaser, J. (2009). Stress Damages Immune System and Health. *Discovery Medicine*, 5(26), 165–169.
- Gładys-Jakóbiak, J. (2014). Zachowania finansowe Polek: Między konsumpcją a oszczędzaniem. *Prakseologia*, 155, 41–59.
- Główny Urząd Statystyczny / Metainformacje / Słownik pojęć / Pojęcia stosowane w statystyce publicznej. (b.d.). Pobrano 2 grudnia 2022, z <https://stat.gov.pl/metainformacje/sloownik-pojec/pojecia-stosowane-w-statystyce-publicznej/481,archiwum.html?contrast=default>.
- Gogacz, M. (1985). *Człowiek i jego relacje: (Materiały do filozofii człowieka)*. Akademia Teologii Katolickiej.
- Greshake, G. (1988). *Der Preis der Liebe. Besinnung über das Leid*. Bücher.
- Grossman, D., & Konowrocka-Sawa, D. (2010). *O zabijaniu: Psychologiczny koszt kształtowania gotowości do zabijania w czasach wojny i pokoju*. Mayfly.
- Haag, H. (1989). *Vor dem Bösen ratlos?* Piper.
- Heatley Tejada, A., Dunbar, R.I.M., & Montero, M. (2020). Physical Contact and Loneliness: Being Touched Reduces Perceptions of Loneliness. *Adaptive Human Behavior and Physiology*, 6(3), 292–306. <https://doi.org/10.1007/s40750-020-00138-0>.
- Hejmej, A. (2012). Europa lęku. *Kultura współczesna*, 26–32.
- Herbert, M. (2005). *Żaloba w rodzinie* (M. Gajdzińska, Tłum.). Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Herzer, M. (2008). *Positive and Negative Social Interactions Among Chronically Ill Children: Within- and Cross-domain Buffering Effects*. ProQuest.
- Hetherington, E.M. (1972). Effects of father absence on personality development in adolescent daughters. *Developmental Psychology*, 7, 313–326. <https://doi.org/10.1037/h0033339>.
- Hiller-Sturmhöfel, S., & Bartke, A. (1998). The Endocrine System. *Alcohol Health and Research World*, 22(3), 153–164.

- Hofmańska, E. (2006). *Konsekwencje prawne śmierci pracownika*. Dom Wydawniczy ABC.
- Holmes, T.H., & Rahe, R.H. (1967). The social readjustment rating scale. *Journal of Psychosomatic Research*, 11(2), 213–218. [https://doi.org/10.1016/0022-3999\(67\)90010-4](https://doi.org/10.1016/0022-3999(67)90010-4).
- Homans, P. (2000). *Symbolic Loss: The Ambiguity of Mourning and Memory at Century's End*. University of Virginia Press.
- Hoodfar, H. (1992). Feminist Anthropology and Critical Pedagogy: The Anthropology of Classrooms' Excluded Voices. *Canadian Journal of Education / Revue canadienne de l'éducation*, 17(3), 303–320. <https://doi.org/10.2307/1495298>.
- Instytut Wolności. (2014). *Stan wiedzy ekonomicznej Polaków – raport opracowany przez Instytut Wolności i Raiffeisen Polbank* (s. 42). Millward Brown. http://instytutwolnosci.pl/wp-content/uploads/2018/05/stan_wiedzy_ekonomicznej_Polakw-2.pdf.
- Internetowa baza tekstów prawnych OpenLEX. (b.d.). OPENLEX. Pobrano 2 grudnia 2022, z <https://sip.lex.pl>
- Jan Paweł II. (1991). *Dekalog: Przemówienia i homilie Jana Pawła II: IV pielgrzymka do Ojczyzny* (H. Krenczkowski, Red.). Wydawnictwo Diecezjalne.
- Januszewska, E. (2010). *Dziecko czeczeńskie w Polsce: Między traumą wojenną a doświadczeniem uchodźstwa*. Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Jelonek, T. (2007). *Chasydzi: Radośni mistycy żydowscy*. Wydawnictwo OO. Franciszkanów „Bratni Zew”.
- Jin Shin, K., Jin Lee, Y., Ryoul Yang, Y., Park, S., Suh, P.-G., Yung Follo, M., Cocco, L., & Ho Ryu, S. (2016). Molecular Mechanisms Underlying Psychological Stress and Cancer. *Current Pharmaceutical Design*, 22(16), 2389–2402.
- Jordan, J.R., Kraus, D.R., & Ware, E.S. (1993). Observations on Loss and Family Development. *Family Process*, 32(4), 425–440. <https://doi.org/10.1111/j.1545-5300.1993.00425.x>
- Joško-Ochojska, J. (Red.). (2013). *Lęk—Nieodłączny towarzysz człowieka od poczęcia aż do śmierci*. Śląski Uniwersytet Medyczny.
- Jung, C.G. (1993). *Archetypy i symbole: Pisma wybrane* (J. Prokopiuk, Tłum.; Wyd. 3). Spółdzielnia Wydawnicza „Czytelnik”.
- Jung, C.G. (1995). *Psychologia a religia* (R. Reszke, Red.; J. Prokopiuk, Tłum.). „KR”; „Wrota”.
- Justyn św. (1926). *Apologia: Dialog z Żydem Tryfonem*. Księgarnia Uniwersytecka Fiszer i Majewski.
- Kaczmarek, A. (2009). Śmierć: Poszukiwanie znaczenia w kontekstach kulturowych, społecznych i politycznych. *Teka Komisji Politologii i Stosunków Międzynarodowych*, 165–179.
- Kalish, R.A. (1985). *Death, Grief, and Caring Relationships* (Subsequent edition). Brooks/Cole Pub Co.
- Kaplan, H.I. (1998). *Psychiatria kliniczna* (Wyd. 1 pol. / pod red. Sławomira Sidorowicza). Urban & Partner.
- Kasher, A. (2009). *Dying, Assisted Death and Mourning*. Rodopi.
- Kastenbaum, R. (1977). Death and development through the lifespan. W H. Feifel (Red.), *New Meanings of Death* (First Edition edition, s. 17–45). McGraw Hill Higher Education.
- Kastenbaum, R. J. (2007). *Death, Society, And the Human Experience* (9th edition). Taylor & Francis.
- Kępiński, A. (2002). *Lęk* (Wyd. 1 w tej ed). Wydawnictwo Literackie.

- Kleszcz-Szczyrba, R. (2016). *Czy każdej stracie „potrzebna jest” żałoba i czy każdej żałobie „potrzebna jest” terapia?* Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego. <https://rebus.us.edu.pl/handle/20.500.12128/6517>.
- Klichowski, L. (1994). *Lęk, strach, panika: Przyczyny i zapobieganie*. Printer.
- Kochanowski, J. (1990). *Treny – Jan Kochanowski / oprac. Kazimierz Wielgopolanin*. Dziennikarska Spółka Wydawnicza Omnibus.
- Kolek, B. (2009). *Sens życia i umierania: Antropologiczno-tanatologiczne aspekty myśli Antoniego Kępińskiego*. Oficyna Wydawnicza „Impuls”.
- Koonings, K., & Krujit, D. (1999). *Societies of Fear: The Legacy of Civil War, Violence and Terror in Latin America*. Zed Books.
- Koperek, A. (2011). Socjalizacja jako społeczno-wychowawczy proces integracji jednostki ze społeczeństwem. *Pedagogika Katolicka*, 1(8), 261–265.
- Kornas-Biela, D. (2017). Żałoba po niepomysłnej diagnozie prenatalnej jako stracie dziecka zdrowego. W D. Opozda & M. Parzyszek (Red.), *Rodzina w sytuacji straty bliskiej osoby* (T. 3). Episteme. <https://depot.ceon.pl/handle/123456789/14974>.
- Kosecki, K. (Red.). (1985). *Wybrane problemy psychologii okresu zagrożenia i wojny*. Śląska Akademia Medyczna im. Ludwika Waryńskiego w Katowicach.
- Krakowiak, P., Paczkowska, A., & Starkel, E. (2010). Praca socjalna w służbie terminalnie chorym i ich bliskim w opiece paliatywno-hospicyjnej. W J. Binnebesel, A. Janowicz, P. Krakowiak, & A. Paczkowska (Red.), *Pozamedyczne aspekty opieki paliatywno-hospicyjnej* (s. 3–29).
- Kreuder, A.-K., Scheele, D., Wassermann, L., Wollseifer, M., Stoffel-Wagner, B., Lee, M., Hennig, J., Maier, W., & Hurlmann, R. (2017). How the brain codes intimacy: The neurobiological substrates of romantic touch. *Human brain mapping*, 38. <https://doi.org/10.1002/hbm.23679>.
- Krippner, S.C., Pitchford, D.B., & Davies, J.A. (2012). *Post-traumatic Stress Disorder*. ABC-CLIO.
- Krzyżanowski, D., Różańska, O., Chybicka, A., & Mess, E. (2005). Osierocenie osób dorosłych po stracie bliskich. *Onkologia Polska*, 8(3), 128–130.
- Kubacka, L. (2001). Tragizm wojny i jej psychologiczne skutki. *Przegląd Zachodniopomorski*, 123–128.
- Kübler-Ross, E. (1998). *Rozmowy o śmierci i umieraniu* (I. Doleżał-Nowicka, Tłum.). Media Rodzina of Poznań.
- Kübler-Ross, E. (2007). *Dzieci i śmierć: Jak dzieci i ich rodzice radzą sobie ze śmiercią* (M. Gajdzińska, Tłum.). Harbor Point Media Rodzina.
- Kübler-Ross, E. (2014). *Lekcje życia: Specjaliści od śmierci i umierania zdradzają tajemnice życia* (K. Puławski, Tłum.). Media Rodzina.
- Kulas, D. (2012). Między koniecznym a możliwym – Kulturowa banalizacja egzystencjalnego lęku. *Case of death*. *Kultura współczesna*, 33–43.
- Kulik, A., & Szewczyk, L. (Red.). (2007). *Wybrane zagadnienia z psychologii klinicznej i osobowości: Psychospołeczne następstwa choroby somatycznej u dzieci młodzieży*. Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II.
- Lamla, G. (1986). *Muß ich auch wandern in finsterner Schlucht. Eine Mutter erlebt das Sterben ihres Kindes*. Herder.

- Lanius, R.A., Vermetten, E., & Pain, C. (2010). *The Impact of Early Life Trauma on Health and Disease: The Hidden Epidemic*. Cambridge University Press.
- Laudenslager, M.L. (1988). The Psychobiology of Loss: Lessons from Humans and Nonhuman Primates. *Journal of Social Issues*, 44(3), 19–36. <https://doi.org/10.1111/j.1540-4560.1988.tb02074.x>.
- Lips, H.M. (2016). *A New Psychology of Women: Gender, Culture, and Ethnicity, Fourth Edition*. Wave-land Press.
- Lovallo, W.R. (2015). *Stress and Health: Biological and Psychological Interactions*. SAGE Publications.
- Luciano, D. (2007). *Arranging Grief: Sacred Time and the Body in Nineteenth-century America*. NYU Press.
- Ludwikowska-Świeboda, K. (2020). Attachment style and experiencing the symptoms of complicated grief after the death of a spouse – preliminary research among widowed women. *Psychiatria i Psychologia Kliniczna*, 20(2), 112–121. <https://doi.org/10.15557/PiPK.2020.0015>.
- Ludwikowska-Świeboda, K., & Lachowska, B. (2019). Polish Version of Inventory of Complicated Grief—Preliminary validation. *Psychiatria Polska*, 53, 1069–1086. <https://doi.org/10.12740/PP/91729>.
- Łata, J.A. (1995). *Odpowiadająca teologia Paula Tillicha*. Signum.
- Łysak, T. (Red.). (2015). *Antologia studiów nad traumą* (T. Bilczewski, K. Bojarska, J. Burzyński, A. Kowalcze-Pawlik, & A. Rejniak-Majewska, Tłum.). Towarzystwo Autorów i Wydawców Prac Naukowych Universitas.
- Ma, H. (1984). Relationships as regulators: A psychobiologic perspective on bereavement. *Psychosomatic Medicine*, 46(3). <https://doi.org/10.1097/00006842-198405000-00001>.
- Maciarz, A. (2001). *Psychoemocjonalne i wychowawcze problemy dzieci przewlekłych chorych* (Wyd. 2). „Impuls”: [„Poligrafia Salezjańska”].
- Maciarz, A. (2006). *Dziecko przewlekle chore: Opieka i wsparcie*. Wydawnictwo Akademickie „Żak” Teresa i Józef Śnieciński.
- Makselon, J. (1988). *Łęk wobec śmierci: Wybrane teorie i badania psychologiczne*. Polskie Towarzystwo Teologiczne.
- Makselon, J. (Red.). (1990). *Psychologia dla teologów*. Wydawnictwo Naukowe PAT.
- Malinowski, B. (1980). *Zwyczaj i zbrodnia w społeczności dzikich* (Wyd. 2., T. 2). Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Malinowski, B. (2005). Małżeństwo, pokrewieństwo. W G. Godlewski, L. Kolankiewicz, A. Mencwel, & M. Pęczak (Red.), *Wiedza o kulturze – Antropologia kultury: Zagadnienia i wybór tekstów* (T. 1, s. 263–296). Uniwersytet Warszawski.
- Maliszewski, K. (2012). Lekcja niepokoju Szkieo pedagogice (z) leku. *Kultura współczesna*, 44–58.
- Mardini, H.E., Kip, K.E., & Wilson, J.W. (2004). Crohn’s Disease: A Two-Year Prospective Study of the Association Between Psychological Distress and Disease Activity. *Digestive Diseases and Sciences*, 49(3), 492–497. <https://doi.org/10.1023/B:DDAS.0000020509.23162.cc>.
- Margolin, G., & Gordis, E.B. (2000). The Effects of Family and Community Violence on Children. *Annual Review of Psychology*, 51(1), 445–479. <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.51.1.445>.
- Marinelli, R.P., & Orto, A.E.D. (1999). *The Psychological and Social Impact of Disability*. Springer Publishing Company.

- Marrone, R.L. (1997). *Death, Mourning and Caring*. Brooks/Cole Publishing Company.
- McCloskey, L.A., Figueredo, A.J., & Koss, M.P. (1995). The Effects of Systemic Family Violence on Children's Mental Health. *Child Development*, 66(5), 1239–1261. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.1995.tb00933.x>
- McDonald, C.I., Fraser, J.F., Coombes, J.S., & Fung, Y.L. (2014). Oxidative stress during extracorporeal circulation. *European Journal of Cardio-Thoracic Surgery*, 46(6), 937–943. <https://doi.org/10.1093/ejcts/ezt637>.
- McNutt, B., & Yakushko, O. (2013). Disenfranchised Grief Among Lesbian and Gay Bereaved Individuals. *Journal of LGBT Issues in Counseling*, 7(1), 87–116. <https://doi.org/10.1080/15538605.2013.758345>
- Michalski, J. (2011). *Sens życia a pedagogika: Impulsy myśli Viktora E. Frankla*. Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Michalski, Ł. (2012). Paradygmaty leku (próba kroku poza cynizm fizjologiczny). *Kultura współczesna*, 97–115.
- Modrzejewska, A. (2014). Niewidoczne skutki wojny—Traumatyczne zdarzenia i ich psychologiczne konsekwencje. W *Współczesne oblicza bezpieczeństwa międzynarodowego* (s. 61–74). Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego.
- Mollica, R.F., & Kwaśniewicz, K. (2000). Niewidzialne rany. *Świat Nauki*, 32–35.
- Moorey, J. (1995). *Living with Grief and Mourning*. Manchester University Press.
- Moradi, B., & DeBlaere, C. (2010). Women's experiences of sexist discrimination: Review of research and directions for centralizing race, ethnicity, and culture. W *Handbook of diversity in feminist psychology* (s. 173–210). Springer Publishing Company.
- Moreno-Villanueva, M., & Bürkle, A. (2015). Molecular consequences of psychological stress in human aging. *Experimental Gerontology*, 68, 39–42. <https://doi.org/10.1016/j.exger.2014.12.003>.
- Morschitzky, H. (2008). *Łęk przed porażką* (B. Grunwald-Hajdasz, Tłum.). Wydawnictwo Polskiej Prowinjii Dominikanw W drodze.
- Motz, A. (2008). *The Psychology of Female Violence: Crimes Against the Body*. Routledge.
- Murray, J. (2015). *Understanding Loss: A Guide for Caring for Those Facing Adversity*. Routledge.
- Nagy, M. (1948). The Child's Theories concerning Death. *The Pedagogical Seminary and Journal of Genetic Psychology*, 73(1), 3–27. <https://doi.org/10.1080/08856559.1948.10533458>.
- Nagy, M. (1959). The Child's View of Death. W H. Feifel (Red.), *The meaning of death* (s. 79–98). Blakiston Division, McGraw-Hill. <http://books.google.com/books?id=QvVGAAAAMAAJ>.
- Nepomnaschy, P.A., Sheiner, E., Mastorakos, G., & Arck, P.C. (2007). Stress, Immune Function, and Women's Reproduction. *Annals of the New York Academy of Sciences*, 1113(1), 350–364. <https://doi.org/10.1196/annals.1391.028>.
- Nitsch, K., Jabłoński, M., Samochowiec, J., & Kurpisz, J. (2015). Zaburzenia pod postacią somatyczną: Problematyczne zjawisko – problematyczna diagnoza. *Psychiatria*, 12(2), Art. 2.
- Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. W sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu.* (b.d.). Pobrano 2 grudzień 2022, z <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WMP20070460547>.

- O'Connor, N. (1994). *Pożegnanie miłości: Jak przetrwać stratę ukochanej osoby* (M. Duchńska, Tłum.). Jacek Santorski & CO Agencja Wydawnicza.
- Ogryzko-Wiewiórowska, M. (1994). *Rodzina i śmierć*. Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Okoń, W. (2007). *Nowy słownik pedagogiczny / Wincenty Okoń*. (Wyd. 10 uzup. i popr.). Wydawnictwo Akademickie „Żak” Teresa i Józef Śnieciński.
- Ollendick, T.H., & Schroeder, C.S. (2003). *Encyclopedia of Clinical Child and Pediatric Psychology*. Springer Science & Business Media.
- O'Rand, A.M., & Hamil-Luker, J. (2005). Processes of Cumulative Adversity: Childhood Disadvantage and Increased Risk of Heart Attack Across the Life Course. *The Journals of Gerontology: Series B*, 60(Special_Issue_2), S117–S124. https://doi.org/10.1093/geronb/60.Special_Issue_2.S117.
- Pandey, A.K., Gupta, A., Tiwari, M., Prasad, S., Pandey, A.N., Yadav, P.K., Sharma, A., Sahu, K., Asrafuzzaman, S., Vengayil, D.T., Shrivastav, T.G., & Chaube, S.K. (2018). Impact of stress on female reproductive health disorders: Possible beneficial effects of shatavari (*Asparagus racemosus*). *Biomedicine & Pharmacotherapy*, 103, 46–49. <https://doi.org/10.1016/j.biopha.2018.04.003>.
- Pawelczyk, T., Pawelczyk, A., & Rabe-Jablonska, J. (2012). Zanim rozpoznasz u pacjenta zaburzenie konwersyjne, dokładnie zbadaj jego stan somatyczny i neurologiczny. Opis przypadku. *Psychiatria Polska*, 46(3), 483–492.
- Pedley, T., & Rowland, L.P. (2012). *Neurologia Merritta. III wydanie. Tom 3: T. III* (3. wyd.). Edra Urban & Partner. <https://edraurban.pl/ng/>.
- Perry, B.D. (2002). Childhood Experience and the Expression of Genetic Potential: What Childhood Neglect Tells Us About Nature and Nurture. *Brain and Mind*, 3(1), 79–100. <https://doi.org/10.1023/A:1016557824657>.
- Piecuch, E. (2012). Wychowanie szczęśliwego człowieka podstawowym celem rodziców. *Wychowanie w Rodzinie*, 6, 63–81.
- Piegza, M., Gorczyca, P., & Hese, R.T. (2005). Wybrane zagadnienia dotyczące zaburzeń psychicznych pod postacią somatyczną. *Wiadomości Lekarskie*, 58(7–8), 442–446.
- Pieńkos, A. (2002). *Motyw śmierci w malarstwie*. Wydawnictwo Dolnośląskie.
- Pietrzyk, A. (2010). Śmierć w Internecie. Internet jako teren badań i źródło wiedzy etnograficznej. W E.A. Jagiełło & P. Schmidt (Red.), *Homo interneticus: Etnograficzne wędrówki w głąb sieci* (s. 88–97). Wydawnictwo Portalu Wiedza i Edukacja.
- Pilszyk, A. (2007). Obraz psychopatologiczny sprawcy przemocy w rodzinie. *Psychiatria Polska: organ Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego*, 827–836.
- Podnieśńska, M.M. (2015). *Narcystyczna matka: Dziedzictwo zniekształconej miłości: jak sobie z nim poradzić w dorosłym życiu?* Wydawnictwo Internetowe E-bookowo.
- Połon, M. (2016). „Dlaczego?!” Cierpienie w obliczu śmierci samobójczej. *Roczniki Pedagogiczne*, 8(1), 175–187. [https://doi.org/10.18290/rped.2016.8\(44\).1-15](https://doi.org/10.18290/rped.2016.8(44).1-15).
- Prawnik Lewandowska. (2020, sierpień 3). *Śmierć współwłaściciela rachunku bankowego—Co dalej?* <http://prawniklewandowska.pl/smierc-wspolwlaszyciela-rachunku>.
- Prawo bankowe*. (2020). Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 8 października 2020 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Prawo bankowe. <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20200001896>.

- Pruett, S.B. (2003). Stress and the immune system. *Pathophysiology*, 9(3), 133–153. [https://doi.org/10.1016/S0928-4680\(03\)00003-8](https://doi.org/10.1016/S0928-4680(03)00003-8).
- Rabin, B.S., & Rabin, B.C. (1999). *Stress, Immune Function, and Health: The Connection*. Wiley.
- Rahner, K. (1980). *Waurm lässt Gott uns leiden?*—*Schriften zur Theologie* (T. 14).
- Rando, T.A. (1995). Grief and Mourning: Accommodating to Loss. W *Dying* (3. wyd.). Taylor & Francis.
- Rando, T.A. (1996). Complication in Mourning Traumatic Death. W *Living With Grief*. Taylor & Francis.
- Reale, G., Antiseri, D., & Laeng, M. (1989). *Filosofia e pedagogia dalle origini ad oggi. Per gli Ist. Magistrali* (T. 2). La Scuola.
- Reale, G., Antiseri, D., & Laeng, M. (1990a). *Filosofia e pedagogia dalle origini ad oggi. Per gli Ist. Magistrali* (T. 1). La Scuola.
- Reale, G., Antiseri, D., & Laeng, M. (1990b). *Filosofia e pedagogia dalle origini ad oggi. Per gli Ist. Magistrali* (T. 3). La Scuola.
- Reber, A.S. (2000). *Słownik psychologii* (B. Janasiewicz-Kruszyńska, Tłum.). Scholar.
- Reed, R.G., & Raison, C.L. (2016). Stress and the Immune System. W C. Esser (Red.), *Environmental Influences on the Immune System* (s. 97–126). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-7091-1890-0_5.
- Regel, S., & Joseph, S. (2010). *Post-traumatic Stress*. OUP Oxford.
- Ricciardi, A. (2003). *The Ends of Mourning: Psychoanalysis, Literature, Film*. Stanford University Press.
- Riegel, C. (2005). *Response to Death: The Literary Work of Mourning*. University of Alberta.
- Riehl, M.E., & Taft, T.H. (2021). Working With Patients With Chronic Digestive Diseases. *Journal of Health Service Psychology*, 47(2), 105–114. <https://doi.org/10.1007/s42843-021-00034-5>.
- Riemann, F. (2005). *Oblicza lęku: Studium z psychologii lęku* (U. Poprawska, Tłum.). Wydawnictwo WAM.
- Robben, A.C.G.M. (2009). *Death, Mourning, and Burial: A Cross-Cultural Reader*. John Wiley & Sons.
- Rogers, D.C.F., & Koenig, H.G. (2013). *Pastoral Care for Post-Traumatic Stress Disorder: Healing the Shattered Soul*. Routledge.
- Rogiewicz, M. (2000). Problemy psychoonkologiczne dzieci i młodzieży. W K. de Walden-Gałuszko (Red.), *Psychoonkologia* (s. 101–116). Komitet Redakcyjno-Wydawniczy Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego.
- Rola, J., Zalewska, M., & Akademia Pedagogiki Specjalnej im. Marii Grzegorzewskiej (Red.). (2002). *Wybrane zagadnienia z psychologii klinicznej dziecka*. Akademia Pedagogiki Specjalnej im. Marii Grzegorzewskiej. Wydawnictwo.
- Romero, M.L., & Butler, L.K. (2007). Endocrinology of Stress. *International Journal of Comparative Psychology*, 20(2). <https://doi.org/10.46867/ijcp.2007.20.02.15>.
- Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 3 sierpnia 1961 r. W sprawie stwierdzenia zgonu i jego przyczyny.* (1961, sierpień 3). <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19610390202>.
- Rudziński, R. (1978). *Jaspers*. Wiedza Powszechna.

- Rzecznik Finansowy. (b.d.). *Finanse po śmierci członka rodziny. Porady.* – Rzecznik Finansowy [GOV. PL]. *Finanse po śmierci członka rodziny. Porady.* Pobrano 5 grudnia 2022, z <https://rf.gov.pl/baza-wiedzy/co-z-pieniedzmi-po-smierci-porady/>.
- Saarinen, A., Harjunen, V., Jasinskaja-Lahti, I., Jääskeläinen, I.P., & Ravaja, N. (2021). Social touch experience in different contexts: A review. *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, *131*, 360–372. <https://doi.org/10.1016/j.neubiorev.2021.09.027>.
- Sagan, M., Pakosz, A., & Janecki, M. (2010). The role of palliative care during mourning and bereavement. *Medycyna Paliatywna/Palliative Medicine*, *2*(3), 132–135.
- Saint-Exupéry, A. de. (2012). *Twierdza* (A. Olędzka-Frybesowa, Tłum.). Warszawskie Wydawnictwo Literackie Muza.
- Salim, S. (2017). Oxidative Stress and the Central Nervous System. *Journal of Pharmacology and Experimental Therapeutics*, *360*(1), 201–205. <https://doi.org/10.1124/jpet.116.237503>.
- Sanders, C. (2001). *Jak przeżyć stratę dziecka.* Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Sauer, R. (1993). *Dzieci wobec cierpienia: Jak rozmawiać z dziećmi o cierpieniu.* Pax.
- Scheler, M. (1994). *Cierpienie, śmierć, dalsze życie: Pisma wybrane.* Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Schopenhauer, A. (1995). *Metafizyka życia i śmierci.* Ethos.
- Sikka, S.C. (2001). Relative Impact of Oxidative Stress on Male Reproductive Function. *Current Medicinal Chemistry*, *8*(7), 851–862. <https://doi.org/10.2174/0929867013373039>.
- Sikorski, D.K., & Sucharski, T. (Red.). (2006). *Przestrzenie lęku: Lęk w kulturze i sztuce XIX–XX wieku.* Wydawnictwo Pomorskiej Akademii Pedagogicznej.
- Sillamy, N. (1995). *Słownik psychologii* (K. Jarosz, Tłum.; Wyd. 1 dodr.). Książnica.
- Słownik biblijny. (b.d.). *Wiara.* liturgia.wiara.pl. Pobrano 17 grudnia 2022, z <https://liturgia.wiara.pl/sownik/67ea4.Sownik-biblijny/slowo/WDOWA#WDOWA>.
- Solecka, G. (2011). Lęk tanatyczny. *Pielęgniarstwo i Zdrowie Publiczne*, *1*(3), 251–257.
- Sprang, G. (2001). The Use of Eye Movement Desensitization and Reprocessing (EMDR) in the Treatment of Traumatic Stress and Complicated Mourning: Psychological and Behavioral Outcomes. *Research on Social Work Practice*, *11*(3), 300–320. <https://doi.org/10.1177/104973150101100302>.
- Stachnik, K., & Kotlińska-Lemieszek, A. (2019). Dziecko po śmierci rodzica lub innej znaczącej osoby—Artykuł przeglądowy. *Medycyna Paliatywna/Palliative Medicine*, *10*(4), 184–190. <https://doi.org/10.5114/pm.2018.83275>.
- Stein, D.J., Friedman, M., & Blanco, C. (2011). *Post-traumatic Stress Disorder.* John Wiley & Sons.
- Stephenson, J.S. (1985). *Death, Grief, and Mourning.* Simon and Schuster.
- Studen, S., & Tucholska, S. (Red.). (2009). *Psychologiczne aspekty doświadczania żałoby.* Wydawnictwo KUL.
- Suchańska, A., & Schiller-Gąsiorowska, T. (2010). *Osobowość a wczesny uraz relacyjny.* Wydawnictwo Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej.
- Surwit, R.S., & Feinglos, M.N. (1988). Stress and Autonomic Nervous System in Type II Diabetes: A Hypothesis. *Diabetes Care*, *11*(1), 83–85. <https://doi.org/10.2337/diacare.11.1.83>.

- Szafrańska, M. (2016). Poziom wiedzy finansowej kobiet z obszarów wiejskich województwa małopolskiego na tle Polski i wybranych krajów świata. *Zeszyty Naukowe SGGW w Warszawie - Problemy Rolnictwa Światowego*, 16(2), Art. 2. <https://doi.org/10.22630/PRS.2016.16.2.52>.
- Szałek, P. (2006). Karla Jaspersa koncepcja śmierci jako sytuacji granicznej. *Analiza i Egzystencja*, 3, 89–108.
- Szczepański, J. (1972). *Elementarne pojęcia socjologii* (Wyd. 3). Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Szczepański, J. (1980). *Sprawy ludzkie* (Wyd. 2 rozszerz.). Czytelnik.
- Szczukiewicz, P. (2007). Psychologiczne konsekwencje przemocy domowej. *Roczniki Naukowe Caritas*, 5–14.
- Śliwerski, B. (Red.). (2006a). *Pedagogika: Pedagogika wobec edukacji, polityki oświatowej i badań naukowych* (T. 2). Gdańskie Wydawnictwo Pedagogiczne.
- Śliwerski, B. (Red.). (2006b). *Pedagogika: Podstawy nauk o wychowaniu* (T. 1). Gdańskie Wydawnictwo Pedagogiczne.
- Śliwerski, B. (Red.). (2006c). *Pedagogika: Subdyscypliny wiedzy pedagogicznej* (T. 3). Gdańskie Wydawnictwo Pedagogiczne.
- Śliwerski, B. (2012). *Pedagogika ogólna*. Oficyna Wydawnicza Impuls.
- Takaki, A., Kawano, S., Uchida, D., Takahara, M., Hiraoka, S., & Okada, H. (2019). Paradoxical Roles of Oxidative Stress Response in the Digestive System before and after Carcinogenesis. *Cancers*, 11(2), Art. 2. <https://doi.org/10.3390/cancers11020213>.
- Tchorzewski, A.M. (Red.). (1992). *Z problematyki metodologicznej teorii wychowania*. Wyższa Szkoła Pedagogiczna.
- Teilhard de Chardin, P. (1985). *Pisma. 2, Zarys wszechświata personalistycznego i inne pisma* (M. Tazbir & K. Waloszczyk, Tłum.; T. 2). Pax.
- Teilhard de Chardin, P. (2001). *O szczęściu, cierpieniu, miłości* (Wyd. 2). Pax.
- Tillich, P. (1983). *Męstwo bycia* (H. Bednarek, Tłum.). Éditions du Dialogue : Société d'Éditions Internationales.
- Tillich, P. (1988). The Anxiety of Fate and Death. W *The Courage to Be: T. 5: Main Works-Hauptwerke* (s. 159–162). De Gruyter.
- Tillich, P. (1996). *Prawda jest w głębi* (J. A. Łata, Tłum.). Signum.
- Tillich, P. (2004a). *Teologia systematyczna* (J. Marzęcki, Tłum.; T. 1). Antyk.
- Tillich, P. (2004b). *Teologia systematyczna* (J. Marzęcki, Tłum.; T. 2). Antyk.
- Tischner, J. (2005). *Świat ludzkiej nadziei* (Wyd. 5). Społeczny Instytut Wydawniczy Znak.
- Tjew-A-Sin, M., & Koole, S. (2013). That human touch that means so much: Exploring the tactile dimension of social life. *Inquisitive Mind*, 17, 1–17.
- Tomasz z Akwinu św. (1984). *Dzieła wybrane*. W Drodze.
- Tucholska, S. (2009). Psychologiczna analiza procesu żałoby. W S. Steuden & S. Tucholska (Red.), *Psychologiczne aspekty doświadczania żałoby* (s. 11–34). Wydawnictwo KUL.
- Tylka, J. (2010). Podejście psychosomatyczne w wyjaśnieniu przyczyn i ustalenia sposobów terapii zaburzeń zdrowia. *Podejście psychosomatyczne w wyjaśnieniu przyczyn i ustalenia sposobów terapii zaburzeń zdrowia*, 12(1), 97–103.

- Ustawa z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego.* (b.d.). Pobrano 2 grudnia 2022, z <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19860360180>.
- Vitale, G., Salvioli, S., & Franceschi, C. (2013). Oxidative stress and the ageing endocrine system. *Nature Reviews Endocrinology*, 9(4), Art. 4. <https://doi.org/10.1038/nrendo.2013.29>.
- Widera-Wysoczańska, A. (2000). *Rozmowy o przemijaniu: Hermeneutyczna analiza psychologiczna doświadczeń człowieka*. Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Wilson, J.P., & Raphael, B. (2013). *International Handbook of Traumatic Stress Syndromes*. Springer Science & Business Media.
- Wiśniowska, N. (2020). *Poziom stresu w przebiegu epizodu depresji w wyniku żałoby-studium przypadku*. <https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/handle/item/244790>.
- Yamamora, D.L.R., & Reid, R.L. (1990). Psychological Stress and the Reproductive System. *Seminars in Reproductive Endocrinology*, 8(1), 65–73. <https://doi.org/10.1055/s-2007-1021424>.
- Zdanowska, M. (2012). Świadomość finansowa w Polsce. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Współczesne Problemy Ekonomiczne. Globalizacja. Liberalizacja. Etyka*, nr 5, 213–225.
- Zimbardo, P.G., Sword, R.M., & Sword, R.K.M. (2013). *Siła czasu* (A. Cybulko, Tłum.). Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Волкова, Н.П. (2007). *Педагогіка – Навчальний посібник*. Видавничий центр „Академія”. <http://194.44.152.155/elib/local/sk644112.pdf>.
- Фіцула, М.М. (2002). *Педагогіка: Навчальний посібник для студентів вищих педагогічних закладів освіти* (Видавничий центр „Академія”). http://odnorobivka.edu.kh.ua/Files/downloads/Fit-sula_M_M_-_Pedagogika_Alma-mater_-_2002.pdf.

Łukasz Machaj

Uniwersytet Wrocławski, Polska

lukasz.machaj@uwr.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7247-0138>

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization – epitafium dla Roe v. Wade

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: The Epitaph for Roe v. Wade

Abstract: Since the Roe v. Wade decision was announced (1973), the question of abortion has constituted an important element of American constitutional discourse. This article analyses the most recent decision of the United States Supreme Court on this matter, i.e. Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, which rejected the thesis that the Constitution establishes the right to terminate pregnancy. It is possible to identify three fundamental points of the Court's opinion. First, the Court allowed lawmakers to accept an ontological assumption that a foetus is a human being. Second, the decision was rooted in the doctrine of moderate originalism and in the concept of substantive due process, limited by historical factors. Third, the Supreme Court adopted a liberal interpretation of the *stare decisis* principle, consenting to the overturning of precedents even if they introduced new civil rights. The author contends that it is highly unlikely that the decision will constitute the last word of American jurisprudence on the question of abortion.

Keywords: abortion, Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, Roe v. Wade, United States Constitution,

United States Supreme Court

Słowa kluczowe: aborcja, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, *Roe v. Wade*, Konstytucja USA, Sąd Najwyższy USA

Wprowadzenie

Od momentu ogłoszenia przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych rozstrzygnięcia w sprawie *Roe v. Wade*¹ zagadnienie prawnych (na poziomie konstytucyjnym,

1 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

czyli federalnym, oraz na poziomie stanowym), praktycznych oraz moralnych aspektów zjawiska przerywania ciąży zaczęło odgrywać bardzo istotną rolę w amerykańskim dyskursie publicznym, a w szczególności w sporach natury politycznej. Trudno nie zgodzić się z tezą, że kwestia aborcji stała się jednym z narzędzi wojny kulturowej, „polem bitwy pomiędzy rywalizującymi elitami, z których każda dysponuje batalionami aktywistów, organizacji i zwolenników (...) materię dzielące tradycjonalistów i postępowców są doniosłe i decydujące dla przyszłości republiki. Ostatecznie bowiem dotyczą one konfliktu na tle samej ludzkiej natury i przeznaczenia; jako takie, nie mogą zostać zamiecione pod dywan². Obie strony tego sporu prezentowały diametralnie rozbieżne poglądy na temat rozstrzygnięcia, zarówno z punktu widzenia prawa konstytucyjnego, jak i z perspektywy aksjologicznej. Dla zwolenników zasad w nim zawartych wyrok gwarantował pozostawienie intymnych decyzji reprodukcyjnych w obrębie prawnie chronionej sfery prywatności, zabezpieczał autonomię jednostek oraz rodzin, uniemożliwiał zewnętrznym autorytetom ideologicznie motywowane ingerencje w indywidualne wybory, odrzucał monizm doktrynalny oraz zapewniał poszanowanie pluralizmu decyzyjnego opartego na uwzględnianiu rozmaitych politycznych, ekonomicznych, społecznych czy kulturowych czynników, stanowił manifestację respektu dla podmiotowości kobiet i traktowania ich jako „w pełni świadomych istot, jednostek posiadających jednoznaczną tożsamość”³. Przeciwnicy rozstrzygnięcia uznawali je za ufundowane na niezwykle wątpliwej, tak naprawdę nieistniejącej, podstawie konstytucyjnej, zarzucali mu podważanie świętości ludzkiego życia i negację moralnego obowiązku objęcia go ochroną prawną, przypisywali mu ściśle polityczny charakter, traktowali jedynie jako instrument urzeczywistniania radykalnych ideologicznych planów rewolucyjnej, zsekularyzowanej lewicy zmierzającej do unicestwienia chrześcijańskiej Ameryki (będącej efektem – zgodnie z Pierwszą Poprawką do ustawy zasadniczej – spontanicznych procesów społecznych, a nie sojuszu ołtarza z tronem)⁴. Emocjonalny ton oraz używana w tych przykładowych wypowiedziach frazeologia dość jednoznacznie potwierdzają, że wojny kulturowe w Stanach Zjednoczonych, prowadzone między społecznym liberalizmem i socjalnym konserwatyzmem, doprowadziły do drastycznej polaryzacji amerykańskiej wspólnoty politycznej⁵. Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*⁶ oraz będąca jego bezpośrednią konsekwencją debata publiczna okazały się kolejną manifestacją wskazanego fenomenu i najprawdopo-

2 O. Guinness, *The Case for Civility and Why Our Future Depends on It*, New York 2008, s. 15.

3 Por. W. Viney, *William James’ Pluralism: an Antidote for Contemporary Extremism and Absolutism*, New York 2022, s. 38–40.

4 D. Horowitz, *Dark Agenda: The War to Destroy Christian America*, West Palm Beach 2018, s. 57, 59.

5 Por. P. Norris, R. Inglehart, *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*, New York 2019, s. 450.

6 597 U.S. (2022).

dobniej tylko prolegomenami do dalszych sporów, bez perspektywy ich kompromisowego rozwiązania.

1. Prawne i faktyczne tło sprawy

Sąd Najwyższy w orzeczeniu w sprawie *Roe v. Wade* po raz pierwszy skonał, że ustawa zasadnicza zawiera uprawnienie jednostki do przerywania ciąży (oczywiście, jak każde konstytucyjne prawo, podlegające określonym ograniczeniom). Z tego powodu rozstrzygnięcie uzyskało symboliczny status, a sędzia Harry Blackmun, autor uzasadnienia wyroku mianowany przez republikańskiego Prezydenta Richarda Nixona, niespodziewanie stał się „ikoną” walki o równości płci i emancypację kobiet⁷. Nie oznacza to bynajmniej, że rozumowanie, na którym oparta była wskazana decyzja, nie budziło poważnych kontrowersji, także pośród osób w pełni akceptujących konkluzję orzeczenia⁸. Blackmun wyprowadził konstytucyjne uprawnienie do przerywania ciąży z nieobecnego *expressis verbis* w ustawie zasadniczej, będącego wytworem judykatury SN, prawa do prywatności. Z kolei zakres i treść swobody decyzyjnej jednostki był uzależniony od rygorystycznego schematu trymestralnego. W pewnym uproszczeniu możemy stwierdzić, że w okresie pierwszych trzech miesięcy ciąży prawo matki do jej przerywania miało nie podlegać właściwie żadnym ograniczeniom; w odniesieniu do kolejnego trymestru państwo mogło wprowadzić rozsądne regulacje procedury aborcyjnej związane z koniecznością ochrony zdrowia matki; dopiero w ostatnim okresie ciąży – mniej więcej po uzyskaniu przez nasciturusa zdolności do przeżycia poza organizmem matki – Konstytucja USA dopuszczać miała podjęcie przez władze publiczne działań zmierzających do ochrony płodu, łącznie z zakazem bądź kryminalizacją zabiegu przerywania ciąży⁹. Fundacyjna rola prawa do prywatności i zasadnicze znaczenie konstrukcji trymestralnej, stanowiące kluczowy komponent konstytucyjnej analizy Sądu Najwyższego w przedmiotowym orzeczeniu, zostały zanegowane przezeń w 1992 r. w wyroku w sprawie *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, wedle którego SN nie mylił się w 1973 r., formułując podstawową tezę o niekonstytucyjności unor-

7 Zob. L. Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun's Supreme Court Journey*, New York 2005, s. 207–227 i *passim*.

8 Warto w tym kontekście przywołać choćby krytyczny pogląd na wyrok wyrażony przez Ruth Bader Ginsburg, czołową postać feministycznej jurysprudencji, której zdaniem rozstrzygnięcie było ufundowane na niewłaściwych fundamentach konstytucyjnych, ekstrawaganckie, polaryzujące oraz rewolucyjne; zob. np. N. Strossen, *Justice Ginsburg's Legacy: Promoting All Fundamental Freedoms for All People Through Strategic Alliances and Incremental Reform*, „New York Law School Law Review” 2021/22, vol. 66, s. 58–65. Gwoli ścisłości zauważyć trzeba, że stanowisko Ginsburg w tej kwestii podlegało istotnym modyfikacjom.

9 *Roe...*, 154–156, 162–166.

mowań nadmiernie limitujących wolność przerywania ciąży, ale zarazem nietrafnie zidentyfikował jej legalną podstawę i błędnie zarysował jej temporalne kontury¹⁰.

Zgodnie z nową logiką prawo kobiety do dokonywania aborcji zostało zakorzenione w Czternastej Poprawce do Konstytucji, a konkretnie w klauzuli zakazującej pozbawiania jednostki wolności bez poszanowania zasad *due process*. Sąd Najwyższy przyjął tym samym substancjalną, a nie jedynie formalnoprawną, wykładnię wskazanego postanowienia. Schemat trymestralny został natomiast zastąpiony przez kryterium *viability*, tj. zdolności płodu do samodzielnej egzystencji. Moment uzyskania przez nasciturusa takiego „statusu” wyznaczał linię demarkacyjną, po przekroczeniu której państwo miało uzasadniony konstytucyjnie interes w ochronie jego życia, realizowalny między innymi poprzez penalizację aborcji (aczkolwiek z uwzględnieniem wymogów ochrony życia i zdrowia matki). W stosunku do płodów we wcześniejszej fazie egzystencji kobieta miała dysponować swobodą decyzyjną, a państwo nie mogło wprowadzać „nadmiernych ciężarów” tę wolność ograniczających. Orzeczenie niewątpliwie stanowiło istotną rewizję pierwotnej doktryny przez wprowadzenie nowego testu konstytucyjności relewantnych przepisów¹¹.

Będący przedmiotem wyroku głosowanego w tym artykule akt legislacyjny stanu Mississippi stanowił bezpośrednie wyzwanie dla rzeczonoego standardu, zakazując przerywania ciąży po osiągnięciu przez płód 15 tygodnia życia (przepisy zawierały dwa wyjątki pozwalające na późniejszą aborcję: medyczną konieczność lub obciążenie płodu poważnymi nieprawidłowościami). Sąd Najwyższy odmówił – stosunkiem głosów 6 do 3 – kwalifikacji unormowania jako niezgodnego z ustawą zasadniczą, a większościowe uzasadnienie ustanawiające oficjalną doktrynę racjonalizującą rozstrzygnięcie sporządził Samuel Alito, wsparty przez czterech innych sędziów (Prezes SN John Roberts był zwolennikiem oparcia wyroku na odmiennych podstawach). Trzech sędziów zgłosiło zaś zdanie odrębne do sentencji orzeczenia. Przedmiotem dalszej analizy będą przede wszystkim enuncjacje natury konstytucyjnej zawarte w uzasadnieniu sformułowanym przez Alito.

10 *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

11 E. Lazarus, *Closed Chambers: The Rise, Fall and Future of the Modern Supreme Court*, New York 1999, s. 477. Całościową analizę orzecznictwa SN w sprawie aborcji praktycznie do momentu wydania omawianego w niniejszym artykule wyroku, obejmującą również rozstrzygnięcia odnoszące się do regulacji wprowadzających różnego rodzaju formalne ograniczenia swobody przerywania ciąży (np. zakazujących opłacania rzeczonych zabiegów ze środków publicznych, ustanawiających obowiązkowe okresy refleksji (*waiting periods*), przyznających określone uprawnienia rodzicom nieletnich kobiet będących w ciąży, zabraniających niektórych metod dokonywania zabiegów aborcji itp.), można znaleźć w książce M. Ziegler, *Abortion and the law in America: Roe v. Wade to the Present*, New York 2020. W polskiej literaturze pisał na ten temat np. M. Urbańczyk, *Fight Against Discrimination. Human Dignity in American Legal Tradition*, Poznań 2022, s. 131–138.

2. Ontyczny status płodu

Rozumowanie Sądu Najwyższego w tej materii było wielce nieprecyzyjne, a chwilami wręcz wewnętrznie sprzeczne. Rozważając ontyczny status nasciturusa, Alito pisał wymiennie o „potencjalnym życiu” oraz o „życiu w fazie płodowej”; wskazywał, że SN nie rozstrzyga w przedmiotowej sprawie, kiedy państwo winno objąć płód ochroną prawną, a zarazem dowodził, iż problem aborcji posiada szczególny wymiar moralny, dystynktywnie odmienny od etycznych kontrowersji dotyczących np. małżeństw osób tej samej płci bądź korzystania z antykoncepcji; aprobatywnie waloryzował posłużenie się przez legislaturę Mississippi zwrotem „nienarodzony człowiek” oraz przywoływane przez twórców regulacji argumenty biologiczne przemawiające za ludzkim statusem płodu, a jednocześnie przyznawał większości uprawnienie do normowania kwestii aborcji w drodze praktycznie nieskrępowanego zasadami Konstytucji demokratycznego głosowania¹². Można odnieść wrażenie, że Alito był w analizowanym tu zakresie intelektualnie nieszczerzy, odmawiając zadeklarowania *expressis verbis*, że – w jego ocenie – płód jest człowiekiem w fazie prenatalnej i – jako taki – zasługuje na określone, być może ujmowane dynamicznie, a być może przysługujące w takiej samej postaci przez cały okres ciąży, gwarancje ochrony prawnej. Jednoznaczna eksplikacja takowego poglądu bez wątpienia uczyniłaby orzeczenie bardziej koherentnym, znacząco ułatwiając racjonalną dyskusję nad nim. Wstrzemięźliwość Sądu jest tym bardziej niezrozumiała, że znalezienie usprawiedliwienia dla takiego stanowiska nie nastęrcza większych trudności. Z czysto biologicznego punktu widzenia już w stadium embrionalnym mamy niewątpliwie do czynienia z bytem żywym (i odrębnym od bytu matki) – zbudowanym z komórek zdolnych do replikacji, posiadającym unikalny oraz dziedziczony zasób genetyczny, czerpiącym energię oraz informacje ze środowiska zewnętrznego, jak również podlegającym procesom ewolucyjnym¹³. Natomiast przynajmniej z perspektywy tradycyjnej linneuszowskiej taksonomii nie sposób zaklasyfikować nasciturusa inaczej niż do gatunku *homo sapiens*¹⁴. W tym miejscu należy stanowczo podkreślić, że z taką ontyczną diagnozą zgadza się bardzo wielu orędowników dekryminalizacji aborcji. Przykładowo jeden z najwybitniejszych liberalnych – w rozumieniu amerykańskim – filozofów prawa Ronald Dworkin konstatował, że choć płód nie posiada moralnego czy konstytucyjnego roszczenia do objęcia jego życia rządową ochroną, to niezaprzeczalne biologiczne fakty potwierdzają, iż jest on – najprawdopodobniej od momentu implantacji w macicy – odrębną identyfikowalną istotą ludzką, której egzystencję na-

12 *Dobbs...*, 3, 5–7, 29, 31.

13 Por. S. Freeman, K. Quillin, L. Allison, M. Black, G. Podgorski, E. Taylor, J. Carmichael, *Biological Science*, Harlow 2017, s. 46 i n.

14 Zob. F. Ferrando, *Philosophical Posthumanism*, London 2019, s. 93 i n.

leży ocenić jako immanentnie wartościową¹⁵. Z kolei Peter Singer, zwolennik dopuszczalności tzw. aborcji postnatalnej (do ok. czterech tygodni po urodzeniu), analizując różnorakie koncepcje usiłujące zdefiniować moment nabycia przez organizm statusu człowieka (pojawienie się odczuwalnych ruchów, wystąpienie aktywności mózgowej, zyskanie zdolności do przeżycia poza organizmem matki, narodziny) i puentując je jako fundamentalnie wadliwe z konsekwencjalistycznego albo logicznego punktu widzenia, umieszcza wskazaną chwilę na czas mniej więcej dwóch tygodni po zapłodnieniu, gdy ustaje możliwość podziału zarodka na odrębne byty (co oczywiście, jego zdaniem, nie oznacza, że pozbawienie płodu czy też noworodka życia jest koniecznie moralnie złe – o klasyfikacji etycznej takiego postępku decydować powinna użyteczna kalkulacja)¹⁶.

Oczywiście błędne byłoby stwierdzenie, iż ontyczne poglądy wyrażone przez Dworkina i Singera są podzielane przez wszystkich zwolenników prawnej dopuszczalności przerywania ciąży. Wśród rzeczników tego stanowiska nie brakuje osób przekonanych, że identyfikowanie zapłodnienia/implantacji jako momentu powstania nowego organizmu ludzkiego jest faktycznie niepoprawne, pozbawione naukowego uzasadnienia oraz możliwe do usprawiedliwienia tylko przez odwoływanie się do czysto religijnych dogmatów¹⁷. Wydaje się, że to właśnie obecność w dyskursie publicznym takich koncepcji skłoniła Sąd Najwyższy do przyjęcia powściągliwej postawy i rezygnacji z – przynajmniej otwartej – afirmacji określonego ujęcia ontologicznego. Inaczej mówiąc, SN usiłował zachować w omawianej kwestii pozycję neutralną ideologicznie czy światopoglądowo. Optyka taka może być instytucjonalnie i politycznie uzasadniona, jeżeli uznać, że eksponowane przez protagonistów debaty idee są wyłącznie wyrazem ich osobistych idiosynkrazji i preferencji, a intersubiektywnie satysfakcjonujące rozstrzygnięcie sporu jest po prostu niemożliwe. Jak przekonują np. Allan Rosenfeld oraz Sandra Iden, „niezależnie od ilości informacji na temat ciąży, rozwoju płodu bądź też aborcji, jakich może nam dostarczyć analiza biomedyczna, nie uzyskamy od niej określenia, kiedy zaczyna się życie ludzkie. Odpowiedź na to pytanie – dotyczące moralnego statusu płodu – może być znaleziona jedynie wskutek procesu intelektualnego, w którym przeplatają się medyczne fakty, osobiste doświadczenia, wartości, religijne wierzenia, filozoficzne stanowiska, postrzegania sensu życia czy argumenty moralne. Proces ten wykracza poza merytoryczne granice nauk medycznych”¹⁸. Jeśli pogląd ten uznamy za trafny, to rzeczywiście zdaje się on implikować wymóg powstrzymania się przez państwo – w odniesieniu do okresu

15 R. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York 1993, s. 11, 21–22.

16 P. Singer, *Rethinking Life and Death: The Collapse of our Traditional Ethics*, New York 1995, s. 100–105.

17 Zob. J. Glover, *Causing Death and Saving Lives*, London 1990, s. 89–91.

18 A. Rosenfeld, S. Iden, *Abortion*, (w:) S.G. Post (red.), *Encyclopedia of Bioethics*, vol. 1, New York 2004, s. 1.

prenatalnego – od narzucania jednej z naukowo nieuzasadnionych i w tym sensie arbitralnych odpowiedzi na wskazane pytanie całej społeczności. Wydaje się jednak, że tak rozumiana neutralność jest tylko pozorna. Jak trafnie zauważa Michael J. Sandel, „niektórzy wierzą, iż aborcja winna być zakazana, ponieważ wiąże się z eliminacją niewinnego ludzkiego życia. Inni odrzucają tę tezę i podnoszą, że prawo nie powinno opowiadać się za jedną ze stron moralnej i teologicznej kontrowersji dotyczącej początku ludzkiego życia (...) państwo winno pozostać w tej kwestii neutralne i pozwolić kobietom na samodzielne podejmowanie decyzji o przerwaniu ciąży. To drugie stanowisko odzwierciedla popularny liberalny argument na rzecz prawa do aborcji. Rzekomo rozwiązuje on tę kontrowersję w oparciu o zasady neutralności oraz wolności wyboru (...) Argument ten nie wytrzymuje krytyki. Jeśli bowiem rozwijający się płód jest moralnie ekwiwalentny już urodzonemu dziecku, to przerwanie ciąży jest wtedy moralnie ekwiwalentne dzieciobójstwu. A przecież mało kto opowiedziałby się za poglądem, że państwo powinno pozwolić rodzicom na samodzielne podejmowanie decyzji, czy zabić swoje dzieci. A zatem pozycja *pro choice* w debacie aborcyjnej nie jest tak naprawdę neutralna (...)”, *implicite* refutując pogląd, że nasciturus jest człowiekiem, któremu winny przysługiwać wszystkie prawa należne ludziom już urodzonym¹⁹. Bezstronność państwa w tej kwestii jest przeto niemożliwa, a milczenie porządku prawnego nie oznacza powstrzymania się władzy od zajęcia stanowiska.

Jednocześnie warto ponownie podkreślić, że uznanie nasciturusa za byt należący do gatunku istot ludzkich nie musi wcale stanowić przesądającego argumentu na temat konstytucyjnych bądź moralnych aspektów przerywania ciąży. Intelaktywnie koherentne jest bowiem przyjęcie stanowiska, iż określone atrybuty czy właściwości płodu, relewantne przez cały okres ciąży lub wyłącznie w pewnych fazach jego rozwoju – jak chociażby brak zdolności do odczuwania bólu, niewykształcenie określonych organów, brak funkcji mózgowych, brak samoświadomości, prespołeczny charakter egzystencji, szczególny stosunek życiowej zależności zachodzący między płodem a organizmem matki, ewentualne pochodzenie z czynu zabronionego lub też obciążenie określonymi wadami (zwłaszcza letalnymi) – rzutują na zakres jego moralnych i prawnych roszczeń. Jak pisze Francis J. Beckwith, wyrażna większość orędowników przyznania kobiecie prawa wyboru w odniesieniu do przerywania ciąży akceptuje założenie, że nasciturus należy do gatunku *homo sapiens*, ale zarazem nie godzi się na rozpoznanie go jako podmiotu obdarzonego równym statusem moralnym co osoba urodzona (względnie płód na późniejszym etapie swego rozwoju). Przyjęcie takiej optyki oznacza w konsekwencji, że ludzie mogą być kategoryzowani oraz hierarchizowani pod kątem ich moralnych i legalnych uprawnień²⁰. Podstawą dokonania takowych rozróżnień zdaje się odmowa ekwiwalentnego waloryzowa-

19 M.J. Sandel, *Justice: What's the Right Thing to Do?*, New York 2010, s. 131.

20 F.J. Beckwith, *Defending Life: A Moral and Legal Case Against Abortion Choice*, New York 2007, s. 130.

nia bytów wykazujących pewne, traktowane jako powierzchowne, podobieństwo, a zarazem radykalnie odmiennych²¹. Stąd też jedna z najbardziej prominentnych przedstawicielek doktryny feminizmu Judith Butler wprowadza dystynkcję między „minimalną biologiczną formą egzystencji” i „życiem wartym życia” (*livable life*)²², a liberalny konstytucjonalista Jed Rubinfeld odmawia automatycznego uznania płodu w każdym stadium egzystencji za osobę – tj. podmiot obdarzony moralnymi oraz konstytucyjnymi uprawnieniami – i przekonuje, że status ten nie jest pochodną biologicznych faktów czy właściwości, ale raczej funkcją normatywnych rozumowań, których rezultat stanowi takie właśnie zakwalifikowanie istoty ludzkiej na określonym etapie jej rozwoju²³. W każdym razie, niezależnie od tego, które stanowisko w zrelacjonowanej wyżej dyskusji jest nam bliższe, jestem przekonany, że afirmowana przez Alito fikcja, jakoby możliwa była rzeczowa dyskusja o wykładni obowiązującej w Stanach Zjednoczonych ustawy zasadniczej odnośnie do kwestii aborcji bez rozważenia zagadnienia ontologii płodu, nie sprzyja jakości publicznej debaty.

3. Oryginalizm jako doktrynalna podstawa rozstrzygnięcia

Z czysto jurydycznej perspektywy merytoryczny spór między zwolennikami uchylecia precedensów fundujących konstytucyjne prawo do aborcji a orędownikami pozostawienia stanu poprzedniego musiał ogniskować się wokół interpretacji relewantnej klauzuli zawartej w XIV Poprawce do ustawy zasadniczej USA, która – przypomnijmy – zakazuje pozbawiania jednostki wolności bez poszanowania zasad odpowiedniego postępowania prawnego. Teorię wykładni, na której oparł swoje rozumowanie Sąd Najwyższy, możemy określić mianem umiarkowanego oryginalizmu. Aczkolwiek oryginalizm jest autonomiczną koncepcją interpretacji prawniczej, to pozostaje nierozdzielnie spleciony z teorią „żywej konstytucji” (którą naturalnie odrzuca na poziomie najzupełniej fundamentalnym), opartej na założeniu, iż ustawa zasadnicza „ewoluuje, zmienia się w czasie i dostosowuje do nowych okoliczności bez konieczności bycia formalnie zmodyfikowaną”²⁴. Warto zwrócić uwagę, że zdaniem zwolenników tego paradygmatu zmianie ulega nie tyle wykładnia konkretnych postanowień Konstytucji, co ta ostatnia. Dla oryginalisty konstatacja taka jest, z perspektywy teoretycznoprawnej, właściwie *crimen laesae maiestatis*, destrukcją absolutnie kluczowej linii demarkacyjnej pomiędzy stanowieniem oraz stosowaniem

21 Trudno nie zgodzić się z Dworkinem, że *de facto* także większość zwolenników kryminalizacji aborcji – wbrew używanej retoryce – nie aprobuje tak definiowanej tezy o moralnej ekwiwalencji; R. Dworkin, *Life's...*, *op. cit.*, s. 11–15.

22 J. Butler, *Undoing Gender*, New York 2004, s. 226.

23 J. Rubinfeld, *On the Legal Status of the Proposition That „Life Begins at Conception”*, „Stanford Law Review” 1991, vol. 43, s. 601.

24 D.A. Strauss, *The Living Constitution*, New York 2010, s. 1.

przepisów. Oryginalizm zakłada bowiem, że treść normy prawnej zostaje defini tywnie ustalona w momencie wprowadzenia do porządku prawnego i nie podlega późniejszym modyfikacjom bez interwencji ustawodawcy (norma może być stosowana do fenomenów nieznanymi w chwili jej powstania, np. na zasadzie analogii). Omawiana koncepcja determinuje tę treść już to przez odwołanie się do rozumienia znaczenia normy przez jej twórców (tzw. oryginalizm intencji)²⁵; już to przez zdefiniowanie pierwotnego znaczenia wyrazów, którymi prawodawca posłużył się przy werbalizowaniu normy (tzw. oryginalizm semantyczny)²⁶; już to przez mniej lub bardziej sprecyzowaną kombinację obydwu wymienionych czynników²⁷. Opisy powyższe odnoszą się naturalnie do chemicznie czystych, kanonicznych ujęć oryginalizmu. Natomiast dominujący w dyskursie publicznym i w praktyce orzeczniczej umiarkowany wariant doktryny pragmatycznie godzi się, w sposób mniej lub bardziej

- 25 R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Indianapolis 1977, *passim*. Jego zdaniem oryginalizm intencji odwołuje się do tradycyjnych reguł wykładni czynności prawnych, która powinna zmierzać do odkrycia znaczenia nadanego im przez podmiot ich dokonujący. Koncepcja „żywej Konstytucji” daje natomiast sądom prawo do pisania ustawy zasadniczej od nowa, czyniąc z niej tylko papierową gwarancję uprawnień obywatelskich. Wczytywanie przez sędziów do Konstytucji innych znaczeń niż te przyjęte przez jej twórców przypomina model komunikacyjny, w którym jeden z interlokutorów rości sobie prawo do ostatecznego definiowania znaczenia słów drugiego z nich wbrew jego woli, co jest bezpodstawną uzurpacją, przekształcającą judykatywę w permanentną konwencję konstytucyjną, *de facto* zwalnającą sądy z wymogu przestrzegania ustawy zasadniczej oraz naruszającą zasady trójpodziału władzy, *ibidem*, s. 402–409, 458.
- 26 A. Scalia, *Common-law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting Constitution and Laws*, (w:) A. Gutmann (red.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, s. 3–47. W ocenie Scalii tekst prawny powstały w realiach politycznych, społecznych, ekonomicznych itd., diametralnie różnych w stosunku do rzeczywistości, w której funkcjonuje interpretator, może być odczytywany zgodnie z jego pierwotnym albo współczesnym rozumieniem. Próba odkodowania pierwszego z nich to wykładnia prawa; próba zdefiniowania drugiego to jego tworzenie. Refutacja oryginalizmu to zamazywanie różnicy między bytem a powinnością, między tym, czym Konstytucja jest, a tym, czym, w ocenie danego interpretatora, być powinna. Ta labilność, zakładająca zmienność znaczeniową ustawy zasadniczej w czasie, skutkuje radykalną polityzacją sądownictwa, tak w wymiarze instytucjonalnym, jak i personalnym, *ibidem*, s. 38–39, 46–47.
- 27 R.H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York 1990, *passim*. Jego zdaniem, sędzia „jest związany przez jedyną rzecz, którą można nazwać prawem, czyli przez pryncypia tekstu (...) tak jak był on generalnie rozumiany w chwili jego uchwalenia”. Oryginalizm gwarantuje neutralność światopoglądową orzecznictwa, czyniąc z procesu odkrywania, definiowania oraz stosowania konstytucyjnych pryncypiów proces o zobjektywizowanym charakterze. Przeciwnie doń teorie aktywistyczne czynią natomiast z sądów organy „nagiej władzy”, instrumentalizowane przez mniejszościową elitę usiłującą narzucić większości swoje moralne preferencje, które nie zwyciężyłyby w demokratycznej rywalizacji. Jedynie oryginalistyczna interpretacja ustawy zasadniczej, zwłaszcza w dłuższym horyzoncie czasowym, jest przeto w stanie „zachować Konstytucję, podział władzy oraz wolności obywatelskie”, *ibidem*, s. 5, 16–17, 145–153, 159.

zawołowany, na określone ideowe czy też intelektualne kompromisy i akceptuje częściowo dynamiczny charakter norm prawnych (konstytucyjnych), nie odwołując się w sposób absolutnie rygorystyczny wyłącznie do historycznego i statycznego rozumienia danego tekstu prawnego. Jak obrazowo podsumował Antonin Scalia, najbardziej znany reprezentant omawianego stanowiska: „Jestem oryginałistą, ale nie jestem szaleńcem”²⁸.

W jaki zatem sposób Alito przeprowadził aplikację pryncypiów umiarkowanej wersji oryginalizmu w analizowanej sprawie? W pierwszej kolejności warto zauważyć, że stosowna klauzula XIV (i V) Poprawki z językowej perspektywy mówi wyłącznie o procesowych, a nie materialnych gwarancjach poszanowania uprawnień jednostki – i taką też wykładnię przepisu przyjmował początkowo Sąd Najwyższy²⁹. Ograniczenie *imperium* państwa dotyczyłoby więc jedynie metody, a nie treści działania rządzących, gwarantując tylko „istnienie sprawiedliwej procedury decyzyjnej, zanim władza publiczna podejmie działanie bezpośrednio wpływające na życie, wolność lub własność jednostki. Ten aspekt *due process* nie zabrania wprowadzenia arbitralnych reguł prawnych jako podstawy do wszczęcia tej procedury (...) Materialnoprawna norma, która podlega egzekwowaniu, nie musi być uczciwa czy sprawiedliwa”³⁰. Podkreślić w tym miejscu trzeba, że czysto proceduralny wariant interpretacyjny nie utrzymał się zbyt długo w amerykańskiej jurysprudencji. Dla przykładu w latach 1887–1937 analizowana klauzula była wykorzystywana przez konserwatywno-libertariańskie skrzydło SN do unieważniania legislacji socjalnej (regulującej czas pracy, płacę minimalną, uprawnienia związków zawodowych itp.)³¹; z kolei od lat 60. XX stulecia liberalna frakcja w Sądzie Najwyższym posługiwała się tą zasadą przy rozstrzyganiu spraw natury „obyczajowej” (np. dotyczących aborcji, wolności seksualnej, małżeństw osób tej samej płci)³². Jak łatwo odgadnąć, we wskazanych wyżej kwestiach użycie przez SN klauzuli *due process* budziło gorące protesty doktrynalnych adwersarzy. Wydaje się jednakowoż, że wskazana „metodologiczna wspólnota” zaowocowała szeroką w amerykańskiej doktrynie prawnej akceptacją koncepcji substancjalnej interpretacji tego postanowienia ustawy zasadniczej, zgodnie z którą klauzula zawiera dwojakiego rodzaju materialnoprawne gwarancje indy-

28 Cyt. za V.D. Amar, *Morse, School Speech, and Originalism*, „UC Davis Law Review” 2009, vol. 42, s. 646.

29 L. Epstein, T.G. Walker, *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice*, Washington 1992, s. 19–22. Klauzula *due process* zawarta w Piątej i w Czternastej Poprawce posiada identyczną treść, z tym że pierwsza z nich ogranicza rząd federalny, a druga odnosi się do działań władz stanowych i lokalnych.

30 J.E. Nowak, R.D. Rotunda, J. Nelson Young, *Constitutional Law*, St. Paul 1983, s. 417.

31 Zob. np. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

32 Zob. np. *Planned Parenthood...; Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

widualnych uprawnień. Po pierwsze, na mocy tzw. doktryny inkorporacji SN uznał, że XIV Poprawka w interesującym nas zakresie obejmuje gwarancje zawarte w *Bill of Rights* (który odnosi się do rządu federalnego)³³. Po drugie, według Sądu Najwyższego klauzula *due process* chroni indywidualne wolności, które są „obiektywnie oraz głęboko zakorzenione w narodowej historii i tradycji”³⁴. Umiarkowany oryginalizm Alito polegał na afirmacji materialnoprawnego odczytania relewantnego postanowienia Konstytucji, ale z pieczołowitym uwzględnieniem kluczowych dla doktryny czynników historycznych.

Dokonany przez Alito wybór pragmatycznego wariantu oryginalizmu jako doktrynalnej podstawy orzeczenia nie oznaczał bynajmniej osłabienia jednoznaczności konkluzji wyroku. W ocenie sędziego odnajdywanie w ustawie zasadniczej prawa do dokonywania aborcji jest pozbawione jakiegokolwiek fundamentu, ignoruje historyczne realia i zasady demokracji, jest próbą brutalnego wykorzystania przez judykaturę jej ustrojowej pozycji³⁵. Jako uzasadnienie tych stanowczych sformułowań Alito przedstawił kwestię kryminalizacji przerywania ciąży w amerykańskim systemie prawnym w ujęciu chronologicznym, który to zabieg zademonstrować miał brak historycznego – a w konsekwencji także konstytucyjnego – umocowania uprawnienia zidentyfikowanego przez sąd po raz pierwszy w *Roe v. Wade*. Sędzia ewidentnie powielił tu charakterystyczne dla konserwatywnych komentatorów przeświadczenie, że kwestionowanie kompetencji prawodawcy do penalizacji aborcji usprawiedliwiane argumentacją historyczną w gruncie rzeczy neguje oczywiste fakty i tym samym bezpodstawnie rewiduje rodzimą tradycję prawną³⁶. W pierwszej kolejności Alito odwołał się do pryncypiów brytyjskiego *common law*, przytaczając komentarze Cokę’a, Hale’a bądź Blackstone’a, które wskazywały, że przerwanie ciąży – przynajmniej po wystąpieniu odczuwalnych ruchów płodu – kwalifikowane było jako poważne przestępstwo oraz że nasciturus był traktowany – również we wcześniejszym okresie życia – jako istota otaczana pewną ochroną prawną. Zasady owe, w przeświadczeniu sędziego, zostały przeszczepione na kontynent amerykański. W drugiej połowie XIX stulecia – w okresie ustanowienia XIV Poprawki – regulacje antyaborcyjne uległy postępującemu upowszechnieniu oraz zaostrzeniu (zdecydowana większość stanów spenalizowała przerwanie ciąży na każdym jej etapie). Aczkolwiek w drugiej połowie XX w. pojawiły się w części stanów tendencje do złagodzenia przepisów, to wyrok w sprawie *Roe v. Wade* unieważnił antyaborcyjne przepisy w niemal każdym z nich. Alito odnotował również, że motywacją do wprowadzenia regulacji tego rodzaju była

33 L.W. Levy, *Seasoned Judgments: The American Constitution, Rights, and History*, New Brunswick 1995, s. 119.

34 *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

35 *Dobbs...*, 35–37.

36 Por. np. S.P. Perry, T. Jipping, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: An Opportunity to Correct a Grave Error*, Washington 2021, s. 3–5.

w przeważającej części chęć ochrony życia płodu; że nawet historyczny brak penalizacji określonej praktyki nie czyni z możliwości angażowania się w nią konstytucyjnego uprawnienia; że rozstrzygnięcie sędziego Blackmuna radykalnie naruszyło konsens społeczny dotyczący kwestii przerwania ciąży³⁷. Wydaje się, że o ile sądowe *decorum* powstrzymało Alito przed użyciem ostrych sformułowań, to jednak z substancjalnego punktu widzenia sędzia bez wątpienia kwalifikował próbę konstytucyjnego zakorzenienia prawa do aborcji w historyczno-jurydycznej tradycji USA jako „faktycznie bezwartościową”³⁸ i „pozbawioną jakiegokolwiek uzasadnienia”³⁹. Jeśli zaakceptować wewnętrzną logikę teorii umiarkowanego oryginalizmu, to taka intelektualna delegitymizacja wydaje się logicznie koherentna i merytorycznie trafna.

Powyzsza ocena nie oznacza naturalnie, że zwolennicy tezy o istnieniu konstytucyjnego prawa do aborcji nie polemizują, mniej czy bardziej przekonująco, ze wskazaną interpretacją i wykorzystaniem historii w analizowanej debacie. W tym zakresie formułowane są zwykle trzy typy argumentacji. Po pierwsze, podważana jest trafność przedstawionego opisu aborcyjnych regulacji w amerykańskiej tradycji, już to poprzez odmienną wykładnię postanowień *common law*, już to eksponowanie znaczenia pewnych tendencji liberalizacyjnych dostrzeganych w toku dziejów, już to celowościową wykładnię relewantnych unormowań jako ukierunkowanych na ochronę życia i zdrowia kobiet, który to cel, w związku z postępem medycyny, nie jest obecnie aktualny⁴⁰. Sądzę, że narracja taka jest generalnie mniej przekonująca niż oryginalistyczna wersja historii. Po drugie, krytykowana jest, z pobudek aksjologicznych, sama idea polegania na czynnikach historycznych przy ocenie zgodności kryminalizacji aborcji z ustawą zasadniczą (będąca niekiedy refleksem kompleksowej refutacji oryginalizmu). Jak dowodzi Zita Lazzarini, historia, na której polegają oryginaliści, to w większej części okres, podczas którego „kobiety nie posiadały niezależnej od swoich mężów tożsamości prawnej. Oczekiwano od nich zarówno podległości, jak i produktywności (w kontekście posiadania dzieci, pracy domowej oraz innych działań wspierających rodzinę). Przez cały ten czas kobiety nie mogły głosować, pełnić funkcji przysięgłych oraz, co oczywiste, ustanawiać praw”⁴¹. Jądro tej argumentacji stanowi przekonanie, że oryginalizm wymusza uwzględnianie w procesie wykładni ustawy zasadniczej okoliczności tak silnie anachronicznych, iż nie zasługują na respekt we współczesnym społeczeństwie. Wydaje się, że o ile poten-

37 *Dobbs...*, 16–25.

38 Por. F.J. Beckwith, *The Supreme Court, Roe v. Wade, and Abortion Law*, „Liberty University Law Review” 2006, vol. 1, s. 44–45.

39 Por. C.D. Forsythe, *A Draft Opinion Overruling Roe v. Wade*, „The Georgetown Journal of Law & Public Policy” 2018, vol. 16, s. 460–461, 464.

40 Zob. np. K.N. Peachman, *The Need to Codify Roe v. Wade: A Case for National Abortion Legislation*, „Journal of Legislation” 2019, vol. 45, s. 274–275.

41 Z. Lazzarini, *The End of Roe v. Wade – States’ Power Over Health and Well-Being*, „New England Journal of Medicine” 2022, vol. 387, s. 390.

cjał perswazyjny tego stanowiska jest znaczący, o tyle jego uznanie wymagałoby nie tylko całościowego odrzucenia doktryny oryginalistycznej, ale też radykalnej rewizji orzecznictwa Sądu Najwyższego na tle XIV Poprawki (a zapewne także innych klauzul konstytucyjnych). W mojej ocenie – w średniookresowej perspektywie – prawdopodobieństwo zaistnienia tak rewolucyjnych zmian jest minimalne. Jako najbardziej obiecujący – z perspektywy oponentów rozumowania Alito – jawi się chyba trzeci rodzaj krytyki, ufundowany na założeniu, że sędzia nietrafnie zidentyfikował poziom abstrakcji, na którym należy prowadzić rozważania o zakresie konstytucyjnie chronionej wolności jednostki. Zgodnie z tym paradygmatem ustawa zasadnicza – w szczególności XIV Poprawka – obejmuje ochroną szeroki zakres jednostkowej swobody, nieograniczony jedynie do konkretnych uprawnień, ale kreujący sferę indywidualnej niezależności od arbitralnych ograniczeń narzucanych przez państwo, konceptualizowaną jako *continuum* nieredukowalne do praw wprost wymienionych w Konstytucji i gwarantujące każdej osobie możliwość autonomicznego podejmowania decyzji w osobistych sprawach⁴². Według zwolenników omawianej koncepcji w ten sposób definiowana wolność jest „obiektownie oraz głęboko zakorzeniona w narodowej historii i tradycji”, a prawo do przerywania ciąży stanowi jedynie jedną ze skonkretyzowanych manifestacji owej generalnej swobody⁴³. Inaczej mówiąc, bardzo abstrakcyjny język klauzuli *due process* jest na tyle pojemny, aby racjonalnie uzasadnić pomieszczenie w niej generalnego prawa jednostki do integralności cielesnej, do kształtowania swojego życia rodzinnego oraz do samodzielnego decydowania w kwestiach reprodukcyjnych, z których to uprawnień bez trudu można już wyprowadzić konstytucyjne umocowanie wolności przerywania ciąży⁴⁴. W kontekście orzecznictwa SN propozycja ta stanowi odzwierciedlenie i kontynuację poglądów zwerbalizowanych w rozstrzygnięciu w sprawie *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, zgodnie z którym ustawa zasadnicza za jądro indywidualnej wolności uznaje „prawo do definiowania własnej koncepcji istnienia, sensu, wszechświata oraz tajemnicy ludzkiego życia”, wyrażające się m.in. w swobodzie podejmowania decyzji o aborcji przez ciężarną kobietę⁴⁵. Adherenci wskazanej optyki nie postrzegają jako problematycznego faktu, że opisane *iunctim* między klauzulą *due process* oraz prawem do przerywania ciąży było niemal niedostrzegalne w prawodawstwie, orzecznictwie i dyskursie publicznym przez dekady od uchwalenia XIV Poprawki. Należy w tym miejscu zresztą zauważyć, że nie byłby to jedyny przypadek fundamentalnej reorientacji wykładni ustawy zasadniczej w dziejach amerykańskiej

42 Por. *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 541–545 (1961).

43 N.C. Marcus, Yes, Alito, There Is a Right to Privacy: Why the Leaked *Dobbs* Opinion Is Doctrinally Unsound, „ConLawNOW” 2022, vol. 13, s. 104–111.

44 D.H. Gans, Reproductive Originalism: Why the Fourteenth Amendment's Original Meaning Protects the Right to Abortion, „SMU Law Review Forum” February 2022, s. 6–13.

45 *Planned...*, 851 i n.

jurysprudencji⁴⁶. W każdym razie formułowana z tej perspektywy krytyka stanowiska Alito jest wewnętrznie spójna, a spór doktrynalny ogniskuje się przede wszystkim wokół instytucjonalnej pozycji SN jako organu mniej lub bardziej aktywnego w procesie wykładni konstytucyjnej.

4. Zasada *stare decisis* i jej granice

Maksyma *stare decisis et non quieta movere* (szanować precedensy i nie wzruszać raz ustalonych kwestii⁴⁷) definiuje jedno z kluczowych pryncypiów systemu *common law*. Zasada ta w założeniu promować ma cele substancjalne (jak np. sprawiedliwość, równość, stabilność, przewidywalność systemu prawnego) oraz instytucjonalne (np. ekonomię postępowania czy też efektywność sądowych deliberacji i procesu decyzyjnego)⁴⁸. W odniesieniu do jurysprudencji na poziomie konstytucyjnym kluczowa wydaje się przede wszystkim legitymizacyjna funkcja tej reguły w kontekście przekonania wspólnoty politycznej / opinii publicznej, że orzecznictwo dotyczące interpretacji z natury często niejednoznacznych postanowień ustawy zasadniczej nie jest pochodną osobistych ideowych preferencji lub idiosynkrazji sędziów (a więc w ostatecznej instancji politycznych rozstrzygnięć w kwestii personalnej kompozycji danego trybunału), ale rezultatem zobiektywizowanego procesu egzegetycznego, którego wynik należy traktować jako słuszny raczej z uwagi na sposób dojścia doń niż ze względu na jego konkretną treść⁴⁹. Zasada *stare decisis* nie posiada naturalnie charakteru bezwzględnego, a w dziejach Sądu Najwyższego USA zdarzały się zaiste spektakularne „wzruszenia” uprzedniej linii orzeczniczej⁵⁰. Jak trafnie zauważa Michael J. Gerhardt, „najlepiej rozumieć konstytucyjny wariant doktryny *stare decisis* jako diagnozowanie przez sędziów prawdopodobnych rezultatów podtrzymania lub uchylecia precedensów. Konsekwencjalistyczna analiza to prawomocne wykorzystywanie sędziowskiej władzy; sędziowie po prostu oceniają, jak ich rozstrzygnięcia wpasowują się w konstytucyjną strukturę”⁵¹.

46 Wystarczy wspomnieć o fundamentalnej transformacji orzecznictwa SN odnośnie do klauzuli równej opieki prawnej (również zawartej w XIV Poprawce), por. np. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) z *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Inną egzemplifikacją tego zjawiska jest radykalne poszerzenie (w stosunku do pierwotnego rozumienia relewantnego przepisu) przez Sąd Najwyższy zakresu konstytucyjnie – na mocy Pierwszej Poprawki – chronionej ekspresji.

47 H. Campbell Black, *The Principle of Stare Decisis*, „The American Law Register” December 1886, s. 745.

48 R.H. Fallon, Jr., *Implementing the Constitution*, Cambridge 2001, s. 103.

49 Por. L. Epstein, J. Knight, *The Choices Justices Make*, Washington 1998, s. 164–165.

50 Zob. np. Ł. Machaj, *The United States Supreme Court Reverses Itself: Sense of Injustice or Public Pressure?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, vol. C/I, s. 751–768.

51 M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, New York 2011, s. 62.

Z uwagi na nadzwyczaj emocjonalny i nośny społecznie charakter sprawy Alito musiał szczególnie przekonująco usprawiedliwić odejście od dotychczasowej jurysprudencji – i odebranie jednostkom konstytucyjnego uprawnienia – w kontekście przedmiotowej zasady. Argumentacja Alito opierała się na kilku zasadniczych filarach. Po pierwsze, orzecznictwo SN było przejawem antydemokratycznej usurpacji kompetencji przez judykaturę, ufundowanej na zupełnie nieprzekonującym rozumowaniu (całkowicie oderwanym od konstytucyjnego „tekstu, historii i precedensów”⁵²), będącej emanacją instytucjonalnej arbitralności. Po drugie, uchylane wyroki były tak naprawdę aktami stanowienia, a nie stosowania prawa, poprzez które sędziowie – działając niczym ustawodawca – narzucali swoje ideologiczne preferencje społeczności. Po trzecie, sformułowana przez SN doktryna konstytucyjna była niejednoznaczna, nieprzejrzysta i wewnętrznie sprzeczna. Po czwarte, przedmiotowe precedensy – zorientowane na osiągnięcie określonych rezultatów kosztem spójności i logicznej konsekwencji – wywierały destrukcyjny wpływ na prawo konstytucyjne pojmowane jako całość. Po piąte, uchylenie wyroków nie godzi w zasadę przewidywalności systemu prawnego, albowiem – z uwagi na specyfikę normowanej materii – nie spowoduje naruszenia uzasadnionych ekspektatyw. W ocenie sędziego powyższe czynniki dowodzą, że odstępianie od uprzedniej linii orzeczniczej jest usprawiedliwione i nie wynika z politycznych motywacji, ale z jej immanentnych defektów⁵³. Wydaje się, że katalog przesłanek zaproponowany przez Alito nie jest kontrowersyjny na poziomie generalistów – jako taki przekonująco uzasadnia odejście od zasady *stare decisis* w oczach ideowych sojuszników sędziego. Jednak jego aplikacja w tym konkretnym przypadku nie była perswazyjnie skuteczna w stosunku do zwolenników tezy o istnieniu konstytucyjnego uprawnienia do przerwania ciąży, dla których reprezentatywne wydaje się stanowisko, że rozstrzygnięcie jest wyłącznie efektem zmian w personalnej kompozycji SN⁵⁴ (powołania trzech nowych sędziów przez prezydenta Donalda Trumpa) i będzie miało dramatyczne skutki dla społecznej legitymacji tej instytucji⁵⁵.

Wnioski

Analizowane w artykule orzeczenie bez wątpienia zajmie poczesne miejsce w annałach amerykańskiej jurysprudencji, choćby tylko ze względu na jego polityczną i aksjologiczną rolę. Jego recepcja odzwierciedla polaryzację społeczeństwa Stanów Zjednoczonych w odniesieniu do moralnej oceny zjawiska aborcji

52 *Dobbs...*, 46.

53 *Ibidem*, 66–69.

54 T. Day, D. Weatherby, *The Dobbs Effect: Abortion Rights in the Rear-View Mirror and the Civil Rights Crisis that Lies Ahead*, „William & Mary Law Review Online 2022, vol. 64, s. 12.

55 G.J. Simson, R.S. Simson, *Rescuing Roe*, „Legislation and Public Policy” 2022, vol. 24, s. 318.

i w kontekście oczekiwanego *modus operandi* judykatury. Naturalny entuzjazm przeciwników poglądu o istnieniu konstytucyjnego prawa do przerywania ciąży i zwolenników sędziowskiej powściągliwości *a'propos* rozstrzygnięcia kontrowersji natury politycznej silnie kontrastuje z niezwykle ostrą krytyką formułowaną z przeciwległych pozycji doktrynalnych. Reprezentatywnym przykładem w tym zakresie może być wypowiedź dziekana Wydziału Prawa Uniwersytetu w Berkeley Erwina Chemerinsky'ego, którego zdaniem wyrok jest wyłącznie wyrazem „konserwatywnego pragnienia położenia kresu prawom aborcyjnym i nie ma nic wspólnego z konstytucyjnymi zasadami czy też sędziowską metodologią (...) *Roe v. Wade* nie został uchylony z uwagi na zawarte w nim błędy w rozumowaniu bądź w metodzie interpretacji prawa, ale dlatego, że Donald Trump zdobył w 2016 r. prezydenturę i mianował trzech sędziów SN (...) Konserwatywni sędziowie są gotowi uchylić każdy precedens, którego nie aprobują. Są motywowani jedynie chęcią wprowadzenia w życie programu Republikanów, a nie jakąkolwiek filozofią orzekania czy doktryną wykładni (...) *Dobbs* nie jest niczym innym, jak tylko nieskrępowanym użyciem władzy w celu ograniczenia wolności i równości, zwłaszcza w stosunku do kobiet”⁵⁶. Zdecydowanie nie podzielam tak radykalnej diagnozy, formułowanej – jak się wydaje – przede wszystkim z uwagi na negatywną ewaluację rozstrzygnięcia z pobudek aksjologicznych. W moim przekonaniu orzeczenie – przy wszystkich wskazanych wcześniej zastrzeżeniach – stanowi koherentną całość, jest zakorzenione w prawomocnych koncepcjach interpretacji amerykańskiej ustawy zasadniczej (umiarkowany oryginalizm; substancjalne, ale zarazem statyczne rozumienie klauzuli *due process*; ostrożność sądownictwa w odniesieniu do wyłączania kontrowersyjnych kwestii politycznych poza obszar demokratycznej deliberacji) i ufundowane na rozsądnym pojmowaniu zasady *stare decisis*. Równocześnie jednak warto nadmienić, że nie nastęrcza większych trudności wyobrażenie sobie równie spójnego wyroku o całkowicie przeciwnej sentencji, opierającego się na alternatywnych propozycjach wykładni konstytucyjnej (refutacja oryginalizmu; dynamiczna interpretacja ustawy zasadniczej, łącznie z klauzulą *due process*; postrzeganie roli władzy sądowniczej w kategoriach aktywistycznych) i zakładającego silną deferencję wobec – przynajmniej niektórych – precedensów. Ostatecznie zatem ewaluacja wyroku jest refleksem ogólniejszych przekonań komentatora, mieszczących się raczej w sferze filozofii politycznej aniżeli w obszarze eksperckiej wiedzy prawniczej. Stąd też można spodziewać się, że kwestia „aborcja a Konstytucja” jeszcze długo pozostawać będzie jednym z kluczowych tematów amerykańskiego dyskursu publicznego, a orzeczenie nie uzyska w przewidywalnej przyszłości – a być może nigdy – statusu „ostatniego słowa” Sądu Najwyższego w przedmiotowej materii.

56 E. Chemerinsky, *Ending Roe is a Pure Exercise of Republican Power, Wielded to Reduce Women's Freedom and Equality*, „Los Angeles Times” 24.06.2022.

BIBLIOGRAFIA

- Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).
- Amar V. D., *Morse*, School Speech, and Originalism, „UC Davis Law Review” 2009, vol. 42.
- Beckwith F.J., *Defending Life: A Moral and Legal Case Against Abortion Choice*, New York 2007.
- Beckwith F.J., The Supreme Court, *Roe v. Wade*, and Abortion Law, „Liberty University Law Review” 2006, vol. 1.
- Berger R., *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Indianapolis 1977.
- Black H. Campbell, The Principle of Stare Decisis, „The American Law Register” December 1886.
- Bork R.H., *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York 1990.
- Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).
- Butler J., *Undoing Gender*, New York 2004.
- Chemerinsky E., Ending *Roe* is a Pure Exercise of Republican Power, Wielded to Reduce Women's Freedom and Equality, „Los Angeles Times” 24.06.2022.
- Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).
- Day T., Weatherby D., The *Dobbs* Effect: Abortion Rights in the Rear-View Mirror and the Civil Rights Crisis that Lies Ahead, „William & Mary Law Review Online” 2022, vol. 64.
- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022).
- Dworkin R., *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York 1993.
- Epstein L., Knight J., *The Choices Justices Make*, Washington 1998.
- Epstein L., Walker T.G., *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice*, Washington 1992.
- Fallon R.H., Jr., *Implementing the Constitution*, Cambridge 2001.
- Ferrando F., *Philosophical Posthumanism*, London 2019.
- Forsythe C.D., A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*, „The Georgetown Journal of Law & Public Policy” 2018, vol. 16.
- Freeman S., Quillin K., Allison L., Black M., Podgorski G., Taylor E., Carmichael J., *Biological Science*, Harlow 2017.
- Gans D.H., Reproductive Originalism: Why the Fourteenth Amendment's Original Meaning Protects the Right to Abortion, „SMU Law Review Forum” February 2022.
- Gerhardt M.J., *The Power of Precedent*, New York 2011.
- Glover J., *Causing Death and Saving Lives*, London 1990.
- Greenhouse L., *Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun's Supreme Court Journey*, New York 2005.
- Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- Guinness O., *The Case for Civility and Why Our Future Depends on It*, New York 2008.

- Horowitz D., *Dark Agenda: The War to Destroy Christian America*, West Palm Beach 2018.
- Lazarus E., *Closed Chambers: The Rise, Fall and Future of the Modern Supreme Court*, New York 1999.
- Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
- Lazzarini Z., *The End of Roe v. Wade – States’ Power Over Health and Well-Being*, „New England Journal of Medicine” 2022, vol. 387.
- Levy L.W., *Seasoned Judgments: The American Constitution, Rights, and History*, New Brunswick 1995.
- Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- Machaj Ł., *The United States Supreme Court Reverses Itself: Sense of Injustice or Public Pressure?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, vol. C/I.
- Marcus N.C., *Yes, Alito, There Is a Right to Privacy: Why the Leaked Dobbs Opinion Is Doctrinally Unsound*, „ConLawNOW” 2022, vol. 13.
- Nowak J.E., Rotunda R.D., Nelson Young J., *Constitutional Law*, St. Paul 1983.
- Norris P., Inglehart R., *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*, New York 2019.
- Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).
- Peachman K.N., *The Need to Codify Roe v. Wade: A Case for National Abortion Legislation*, „Journal of Legislation” 2019, vol. 45.
- Perry S.P., Jipping T., *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization: An Opportunity to Correct a Grave Error*, Washington 2021.
- Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).
- Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
- Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).
- Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- Rosenfeld A., Iden S., *Abortion*, (w:) S.G. Post (red.), *Encyclopedia of Bioethics*, vol. 1, New York 2004.
- Rubinfeld J., *On the Legal Status of the Proposition That „Life Begins at Conception”*, „Stanford Law Review” 1991, vol. 43.
- Sandel M.J., *Justice: What’s the Right Thing to Do?*, New York 2010.
- Scalia A., *Common-law Courts in a Civil Law System: the Role of United States Federal Courts in Interpreting Constitution and Laws*, (w:) A. Gutmann (red.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 1997.
- Simson G.J., Simson R.S., *Rescuing Roe*, „Legislation and Public Policy” 2022, vol. 24.
- Singer P., *Rethinking Life and Death: The Collapse of our Traditional Ethics*, New York 1995.
- Strauss D.A., *The Living Constitution*, New York 2010.
- Strossen N., *Justice Ginsburg’s Legacy: Promoting All Fundamental Freedoms for All People Through Strategic Alliances and Incremental Reform*, „New York Law School Law Review” 2021/22, vol. 66.
- Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

Urbańczyk M., *Fight Against Discrimination. Human Dignity in American Legal Tradition*, Poznań 2022.

Viney W., *William James' Pluralism: an Antidote for Contemporary Extremism and Absolutism*, New York 2022.

Ziegler M., *Abortion and the law in America: Roe v. Wade to the Present*, New York 2020.

Olga Sitarz

Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska

olga.sitarz@us.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2075-3507>

Pytanie o spójność aksjologiczną polskiego prawa karnego w zakresie odpowiedzialności za śmierć człowieka

The Issue of the Axiological Consistency of the Criminal Provisions Regulating the Causing of Human Death

Abstract: This article aims to assess whether the criminal law regulations on causing human death are consistent with each other, but primarily whether they are coherent with the axiology of the entire legal system in that area. First, the author presents the significance of axiological consistency and – based on the Constitutional provisions, rulings of the Constitutional Tribunal and arguments of representatives of the doctrine – decodes the basic assumptions relating to the protection of human life. Further, by means of an examination of the provisions of the Criminal Code and the law on infertility treatment, the author diagnoses a state of complete axiological inconsistency in the area of a criminal law response to causing death, pointing to the causes of that state of affairs. The significance of axiological consistency indicated at the outset (on numerous levels) does not let one ignore that conclusion.

Keywords: axiology of criminal law, causing human death, embryos, human dignity, human life, nasciturus

Słowa kluczowe: aksjologia prawa karnego, spowodowanie śmierci człowieka, embrion, godność człowieka, życie ludzkie, nasciturus

Wprowadzenie

Zdaniem W. Tatarkiewicza, aksjologia zmierza do odpowiedzi na dwa zasadnicze pytania: co to jest dobro i co jest dobre¹, o aksjologii możemy więc mówić

1 R. Wiśniewski, Podstawy aksjologii Władysława Tatarkiewicza, (w:) Z.J. Czarnecki, S. Soldenhoff (red.), Człowiek i wartości moralne: studia z dziejów niezależnej myśli etycznej, Lublin 1989, s. 291.

w nawiązaniu do systemu wartości². F. Ciepły pisze o ścisłym związku prawa karnego z problematyką aksjologiczną, która tkwi w nim *implicite*³. Zwolennicy dyrektywy funkcjonalnej w ramach koncepcji derywacyjnej⁴ chętnie przywołują tezę Z. Ziemińskiego, że wspomniana dyrektywa opiera się na założeniu, iż w oczach ustawodawcy normy prawne mają jakieś uzasadnienie aksjologiczne; wobec tego należy się starać odtworzyć oceny ustawodawcy i interpretowanym przepisom prawnym przypisać takie znaczenie, w którym wyrażałyby one wskazania maksymalnie zgodne z tymi ocenami⁵. Równocześnie, jak słusznie zauważa M. Kulik, z racji relacji między prawem karnym a pozostałymi gałęziami prawa, prawo karne w gruncie rzeczy nie ma własnego autonomicznego systemu wartości, ale „służy ochronie wartości istotnych dla całego systemu prawa, czy szerzej – wartości cennych społecznie⁶. Do tych wstępnych konstatacji dodać należy jeszcze jedną uwagę porządkującą. Postawić można tezę, iż aksjologię prawa karnego odczytać należy jako dwie dopełniające się płaszczyzny. Z jednej strony składają się na nią wartości związane z postrzeganiem funkcji, znaczenia i roli prawa karnego jako takiego, z drugiej – wartości, których naruszenie jest uzasadnieniem istnienia prawa karnego i poszczególnych jego regulacji. Pierwszą można określić jako aksjologię standardu (ochrony praw człowieka), drugą – jako aksjologię dobra prawnego (aksjologię interesu⁷). Do pierwszej grupy, która zasadniczo pozostanie poza obszarem rozważań, zaliczyć z pewnością można: sprawiedliwość, pewność prawa, humanizm prawa i inne. W niniejszej publikacji analizie poddana zostanie aksjologia powiązana z dobrami prawnymi⁸.

- 2 Por. np. K. Wiak, *Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna polskiego prawa karnego*, (w:) A. Grześkowiak, I. Zgoliński (red.), *Aksjologiczne podstawy polskiego prawa karnego w perspektywie jego ewolucji*, Bydgoszcz 2017, s. 9–10.
- 3 F. Ciepły, *Konstytucyjne podstawy rozstrzygania sporów odnoszących się do człowieka jako sprawcy czynu karnoprawnie relewantnego*, „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 2017, vol. XXI, z. 2, s. 141.
- 4 M. Kordela, *Aksjologiczna wykładnia prawa*, „*Acta Universitatis Wratislaviensis*”, nr 3791, *Przeгляд Prawa i Administracji CX*, Wrocław 2017, s. 149.
- 5 Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 220.
- 6 M. Kulik, *O założeniach aksjologicznych kodeksu karnego z 1997 roku*, (w:) A. Grześkowiak, I. Zgoliński (red.), *Aksjologiczne...*, *op. cit.*, s. 85–86.
- 7 Por. na przykład: M. Cieślak, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 25, a przede wszystkim: S. Tarapata, *Kontrowersje wokół wyznaczania granic dobra prawnego – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z 3 września 2009 r. (sygn. akt I KZP 15/09)*, „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 2012, vol. XVI, z. 1, s. 91–151.
- 8 „*Prawo chroni pewne wartości, które społeczeństwo zorganizowane w państwo uznaje za najważniejsze dla swojego bytu, i dlatego uważa za konieczne strzec je za pomocą tak ostrych, wyjątkowych środków przymusu. Te podstawowe wartości społeczne, chronione przez prawo karne – a więc takie wartości jak np. życie człowieka, jego zdrowie, wolność, nietykalność, a także wartości o charakterze zbiorowym, jak np. niepodległość państwa, jego integralność, bezpieczeństwo itp. – określa się w nauce prawa karnego mianem „dóbr prawnych” – M. Cieślak, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 25.*

Cel niniejszej pracy – ustalenie istnienia lub braku spójnej aksjologii prawa karnego w wybranym zakresie – każe w pierwszym rzędzie rozpoznać znaczenie aksjologii dla prawa (w tym dla prawa karnego) zarówno z perspektywy teoretycznej (dogmatycznej), jak i praktycznej.

W literaturze akademickiej podaje się, że aksjologia prawa nie jest nauką stosowaną, ale – w jej ujęciu normatywnym – postuluje się, aby rezultaty jej badań były w możliwie szerokim zakresie użyteczne praktycznie, np. dla polityki prawa, nauki o legislacji, inżynierii społecznej, dogmatyk prawnych, nauk politycznych i innych. Aksjologia – jako nauka – opiera się na założeniu, że określone wartości wpływają zasadniczo na treść i sposób podejmowania decyzji prawnych (zarówno uregulowań prawnych, jak i ich aplikacji), stając się w ten sposób stale obecnym czynnikiem determinującym rzeczywisty porządek społeczny (czyli ogół podejmowanych w danym społeczeństwie stosunków społecznych)⁹.

Znaczącą rolę niewątpliwie aksjologia pełni na płaszczyźnie wykładni prawa¹⁰. I chociaż zasadniczym przedmiotem rozważań jest aksjologia na płaszczyźnie stanowienia prawa, to warto nieco uwagi poświęcić i temu zagadnieniu, ze względu na znaczenie wykładni dla ostatecznego rozstrzygnięcia danej sprawy, gdy ustawodawca daje swobodę wazenia wartości (dóbr). W polskiej nauce prawa wśród typów wykładni prawa nie wyróżnia się jako oddzielnej kategorii wykładni aksjologicznej – rola wartości w odtwarzaniu normy prawnej rozpatrywana jest w ramach wykładni funkcjonalnej, przy czym w źródłowej wersji koncepcji derywacyjnej funkcjonalne dyrektywy wykładni odwołują się wyłącznie do wartości. Pamiętać jednak przy tym należy, jak słusznie zauważa M. Kordela, że czynność ustalania wartości prawodawcy – bez względu na ich pochodzenie – ma charakter wyłącznie poznawczy: interpretator jedynie odkodowuje wartości na podstawie wyraźnej, ujawnionej w tekstach aktów normatywnych postawy oceniającej podmiotu tworzącego prawo. Autorka postuluje – ze względu na fakt, że rola wartości nie tylko w wykładni prawa stale wzrasta – żeby rozważyć wyodrębnienie w wykładni pozajęzykowej typ wykładni aksjologicznej¹¹.

Niewątpliwie punktem wyjścia jest jednak aksjologia na poziomie stanowienia norm. Polska doktryna nie ma wątpliwości co do „wartościotwórczej” funkcji efektu

9 Aksjologia prawa, (w:) A. Kociołek-Peksy, M. Stępień (red.), *Leksykon socjologii prawa*, Warszawa 2013, s. 1.

10 W piśmiennictwie wskazuje się następujące dyrektywy wykładni, nawiązujące do wartości, czyli aksjologii: „Jeżeli są możliwe różne znaczenia normy prawnej, to powinno się wybierać to znaczenie, przy którym norma jest najbardziej zgodna z przyjętymi ocenami moralnymi”; „Nie można ustalać znaczenia normy prawnej w ten sposób, by była ona sprzeczna (lub szerzej – niezgodna) z przyjętymi ocenami moralnymi” – K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 256. Zaś M. Zieliński w swojej derywacyjnej teorii wykładni przywołuje „dyrektywy funkcjonalne aksjologiczne” – M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, wyd. 7, Warszawa 2017, s. 298–299.

11 M. Kordela, *Aksjologiczna...*, *op. cit.*, s. 149–157.

decyzji prawodawcze¹². Trudno ostatecznie nie przyznać też racji M. Andrzejewskiemu, który przekonuje, że brak wewnętrznej spójności prawa, sprzeczności aksjologiczne (funkcjonalne i formalne) są niezgodne z pedagogiczną ideą, by wychowanie było konsekwentne¹³. Z kolei A. Kociołek-Pęksa słusznie zauważa, że „[g]dy system norm prawnych jest niespójny, niestabilny, wewnętrznie sprzeczny, wówczas rodzi się pytanie o właściwość i adekwatność podstawy aksjologicznej takiego prawa. Rodzi się także pytanie o to, jak takim prawem się posługiwać, jaką postawę wobec niego przyjąć”¹⁴. Tezy te stały się impulsem do oceny spójności aksjologicznej ukształtowania norm prawnych. Zatem przedmiotem rozważań stanie się prawo i jego normy ustanowione, które skonfrontowane zostaną z deklarowaną lub odczytaną aksjologią polskiego prawa (w tym karnego).

Na inny aspekt aksjologii wskazał F. Ciepły, pisząc: „Kryminologia zaś, tak jak i inne nauki penalne, jeżeli nie chce być nauką czysto teoretyczną, oderwaną od aksjologicznych i prawnych, a więc społecznych realiów walki z przestępczością, jeśli chce, by jej wskazania mogły być brane pod uwagę w praktyce polityki państwa, musi operować w paradygmacie spójnym z kontekstem wartości i norm podstawowych określonych w ustawie zasadniczej”¹⁵.

W świetle powyższych uwag nie ma wątpliwości, że spójność aksjologiczna winna być immamentną cechą całego systemu prawa, a prawo karne w ramach tego systemu stanowić powinno koherentny element (również wewnętrznie spójny).

1. Aksjologia polskiego prawa karnego

W 1997 r. projektodawca kodeksu karnego tak formułował założenia przyszłego kodeksu: „Nowe prawo karne musi przyjąć nową aksjologię odpowiadającą demokratycznemu państwu prawa, w którym prawo karne służy ochronie systemu podstawowych wartości (...). Myślą przewodnią nowego prawa karnego musi być ochrona godności człowieka zarówno jako pokrzywdzonego, jak i sprawcy przestępstwa, a także ochrona dóbr służących człowiekowi, jego rozwojowi i pokojowemu współ-

12 *Ibidem*, s. 154–155.

13 M. Andrzejewski, O wzmocnieniu ochrony życia dzieci nienarodzonych, (w:) W. Lis (red.), *Prawo do życia*, Warszawa 2022, s. 99.

14 A. Kociołek-Pęksa, Problematyka aksjologiczna jako uwarunkowanie procesów prawodawstwa gospodarczego oraz jego limitacji. Zagadnienia filozoficznoprawne, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace” 2013, nr 1, s. 67. Dodajmy, iż Autorka dostrzega – w przypadku takiej dysfunkcyjności – trzy możliwości postępowania: dostosowanie własnych wartości i wiedzy do prawa takiego, jakim ono jest, dążenie do zmiany lub modyfikacji norm prawnych lub „dokonanie schizoidalnego rozszczepienia wartości na własne i reprezentowane przez instytucje”, uznając, że tylko druga opcja jest właściwa.

15 F. Ciepły, *Konstytucyjne...*, *op. cit.*, s. 158.

życiu z innymi ludźmi¹⁶. W dalszej części uzasadnienia projektodawca wprost opowiedział się za „świętością życia”¹⁷. Opierając się dodatkowo na Konstytucji RP, jej preambule oraz regulacjach odnoszących się do człowieka, podstawowe założenia aksjologiczne nie są – jak się wydaje – trudne do odczytania.

F. Ciepły przekonuje, że podstawową inspiracją treści norm prawnych zawsze jest jakieś wyobrażenie o człowieku i także polski ustrojodawca dokonał wyboru koncepcji antropologicznej i na niej buduje porządek prawny, przyjmując za punkt odniesienia zasadę godności człowieka. Wyznacza ona cel aksjologiczny całemu systemowi prawnemu i wymusza takie rozwiązania normatywne, które prowadzą lub też powinny prowadzić do optymalnej realizacji tego celu¹⁸. Godność człowieka jako podstawę aksjologiczną obecnego prawa karnego postrzega też K. Wiak, wskazując przy tym na ewolucję w tym zakresie¹⁹.

Z paradygmatu godności ludzkiej można jednak wyprowadzić (co najmniej) dwie podstawowe wartości. O jednej wprost pisze przywołany F. Ciepły, uznając człowieka za podmiot dokonujący racjonalnych i wolnych wyborów²⁰ (przy czym zauważyć należy, że wypowiedź ta jest formułowana w kontekście rozstrzygania sporów odnoszących się do człowieka jako sprawcy czynu karnoprawnie relewantnego, a nie katalogu wartości, których naruszenie stanowi podstawę odpowiedzialności karnej). Stanowisko, iż autonomia człowieka jest dominującą wartością prezentowane jest jednak w polskiej nauce stosunkowo rzadko²¹. Niewątpliwie przeważa pogląd, że naczelną wartość aksjologiczną – wywodzoną z godności człowieka – stanowi życie człowieka na każdym etapie jego rozwoju (przy czym nie można tracić z pola widzenia tego, że sporadycznie i marginalnie wskazywane są inne, dodatkowe założenia aksjologiczne)²².

Trybunał Konstytucyjny (konsekwentnie) formułuje tezę, iż wartość konstytucyjnie chronionego dobra prawnego, jakim jest życie ludzkie, w tym życie rozwijające się w fazie prenatalnej, nie może być różnicowana. Brak jest bowiem – zdaniem TK – dostatecznie precyzyjnych i uzasadnionych kryteriów pozwalających na dokonanie takiego zróżnicowania w zależności od fazy rozwojowej ludzkiego życia. Od momentu powstania życie ludzkie staje się zatem wartością chronioną konstytucyj-

16 Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 116.

17 *Ibidem*, s. 184.

18 F. Ciepły, *Konstytucyjne...*, *op. cit.*, s. 150–151.

19 K. Wiak, *Godność...*, *op. cit.*, s. 9–22.

20 F. Ciepły, *Konstytucyjne...*, *op. cit.*, s. 157.

21 Por. O. Sitarz, „Życie” i „jakość życia” w kontekście decyzji kryminalizacyjnych, (w:) B. Błońska, Ł. Chojniak, B. Gruszczynska, A. Kosyło, K. Witkowska-Rozpara, D. Woźniakowska-Fajst (red.), *O wolność i prawo. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Rzeplińskiemu*, Warszawa 2022, s. 872–885.

22 Por. np. A. Grześkowiak, *Aksjologiczne podstawy prawnokarnej ochrony Rzeczypospolitej Polskiej w perspektywie stuletnich dziejów, część III*, Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie, 2020, t. XIII, nr 2, s. 259–275.

nie. Dotyczy to także fazy prenatalnej²³. Trybunał Konstytucyjny nie ma wątpliwości, że życie człowieka nie podlega wartościowaniu ze względu na jego wiek, stan zdrowia, przewidywany czas jego trwania ani ze względu na jakiegokolwiek inne kryteria²⁴. W. Lis w tym samym duchu podkreśla, że istota człowieczeństwa nie wyczerpuje się w posiadaniu przez organizm ludzki pewnych cech morfologicznych, właściwej dla gatunku ludzkiego budowy i kształtu tego organizmu, ale w posiadaniu przez ten organizm genotypu ludzkiego, który decyduje, że dana istota żywa jest człowiekiem. Zdaniem autora art. 38 Konstytucji RP powinien stanowić podstawę prawnej ochrony biologicznej egzystencji człowieka na wszystkich etapach jego rozwoju – pre- i postnatalnej²⁵. W. Lis przekonuje, że ochrona prawna życia ma charakter absolutny i może być ograniczona wyłącznie w przypadku, gdy w kolizji staje identyczne dobro – również życie człowieka²⁶.

Formułowana jest zatem teza, iż „życie jest wartością nadrzędną i obiektywną, fundamentalnym dobrem człowieka, niezależnie od wieku, stanu zdrowia, reprezentowanego poziomu wiedzy, kultury, stanu rodzinnego i realnej społecznej przydatności – jest wartością uniwersalną i podlega jednakowej ochronie prawnej. Uwzględniając orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych, uzasadniająca argumentacja rozpatruje konieczność respektowania zasady równości ochrony życia ludzkiego w prawie karnym i tym samym życie jako dobro bezcenne podlega ochronie bez jakichkolwiek wyjątków i ograniczeń”²⁷. L. Tyszkiewicz, powołując się na założenia ontologiczno-aksjologiczne prawa, stwierdza, że istota ludzka istnieje od momentu połączenia jaja kobiety z plemnikiem mężczyzny, przy wymiarze kary za zabójstwo cechy ofiary nie bierze się pod uwagę, a powyższe stwierdzenia musi uznać każdy, niezależnie od tego, czy jako wierzący w Boga uznaje za wiążące piąte przykazanie Dekalogu, czy też jako liberał za wartość główną uznaje wolność jednostki jedynie z zakazem pozbawienia wolności innej jednostki²⁸. Podobny pogląd zdaje się wyrażać J. Kulesza, twierdząc, iż „na aprobatę zasługuje zrównanie ochrony człowieka i dziecka poczętego zdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki, zarówno w zakresie zamachów umyślnych, jak i nieumyślnych”²⁹.

23 Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K. 26/96, OTK 2/1997, poz. 19.

24 Wyrok TK z dnia 30 września 2008, K 44/07, OTK 7/2008, poz. 126.

25 W. Lis, *Prawo do życia zarodków powstałych w wyniku medycznie wspomaganey prokreacji*, (w:) W. Lis (red.), *Prawo do życia*, Warszawa 2022, s. 194.

26 W. Lis, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 204–205.

27 A. Bałandynowicz, Epistemologiczno-fenomenologiczny obraz zjawiska zabójstwa typu podstawowego, „*Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis Studia Sociologica*” 2016 (VIII), vol. 2, s. 82.

28 L. Tyszkiewicz, *Prawno-karna ochrona życia dziecka poczętego de lege lata i de lege ferenda*, (w:) L. Tyszkiewicz (red.), *Status prawny i ochrona prawna dziecka poczętego*, Bielsko-Biała 2014, s. 7.

29 J. Kulesza, „Prawnokarna ochrona życia człowieka w fazie prenatalnej (w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego)”, „*Państwo i Prawo*” 2015, nr 7, s. 59.

Tak jednoznacznie i dość powszechnie popierana teza o aksjologicznym fundamencie prawa karnego w postaci uznania życia – od momentu poczęcia do śmierci – za wartość nadrzędną, obiektywną i jednolitą każe spojrzeć na regulacje prawnokarne przewidujące odpowiedzialność w związku ze śmiercią człowieka.

2. Przepisy prawa karnego odnoszące się do zadawania śmierci w fazie prenatalnej

Nie ma wątpliwości, że przepisy prawa karnego przewidują zróżnicowaną reakcję na powodowanie śmierci. Najdalej idące różnice w sposobie reagowania na śmierć (lub na niebezpieczeństwo śmierci) odnotować można na płaszczyźnie fazy pre- i postnatalnej. I nie sprowadzają się one wyłącznie do grożącej kary, wynikającej odpowiednio z art. 152 i art. 153 k.k. oraz art. 148 k.k. Istotniejsze odmienności dotyczą zakresu kryminalizowanych zachowań – wiele z nich karalnych, gdy są kierowane przeciwko człowiekowi urodzonemu, jest zasadniczo bezkarnych w fazie prenatalnej. Ujmując rzecz najkrócej: w fazie prenatalnej karalne jest tylko powodowanie śmierci płodu (dziecka poczętego) lub jego usiłowanie (na zasadach ogólnych) oraz uszkodzenie ciała dziecka poczętego lub rozstrój zdrowia zagrażający jego życiu (lub ich usiłowanie). Polskie prawo karne nie przewiduje przy tym odpowiedzialności karnej dla kobiety ciężarnej, dopuszcza też – w bardzo ograniczonym zakresie – wtórną legalizację aborcji. Ponadto wskazane typizacje charakteryzuje wyłącznie umyślność. W fazie prenatalnej, oprócz wspomnianego usiłowania, bezkarne są zachowania nacechowane niebezpieczeństwem dla życia płodu (konkretnym i abstrakcyjnym), a także zachowania objęte nieumyślnością. Zarysowane różnice pozwalają na postawienie tezy, że w polskim prawie karnym można mówić o dwóch odmiennych modelach prawnokarnej reakcji na naruszenie (narażenie) dobra prawnego w postaci życia w fazie pre- i postnatalnej. Co więcej, w fazie prenatalnej następuje dalsze zróżnicowanie zachowań prowadzących m.in. do przerwania ciąży, a ważną cezurę czasową ustanawia sformułowanie „zdolny do życia poza organizmem matki” (jako że przepis art. 152 § 3 k.k. przewiduje tzw. typ kwalifikowany – sprawcy dokonanej aborcji grozi surowsza odpowiedzialność karna, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki).

Dalsze pogłębienie różnic następuje na tle rozwiązań legislacyjnych, dotyczących (ochrony) zarodków pozyskiwanych metodą pozaustrojową. Odrębne bowiem zasady ustanowione zostały w przypadku unicestwiania takich organizmów. Przepis art. 83 ustawy z 2015 r. o leczeniu niepłodności³⁰ przewiduje odpowiedzialność za (umyślne) niszczenie zarodka powstałego w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji zdolnego do prawidłowego rozwoju. Uznać zatem należy, że karnoprawna

30 Dz.U. z 2020 r., poz. 442.

reakcja na śmierć zarodka jest jeszcze bardziej ograniczona, gdy chodzi o procedurę *in vitro*. Nie jest to jednak *opinio communis*. Odmienny bowiem pogląd prezentują m.in. P. Daniluk i L. Tyszkiewicz, uznając, że przepisy kodeksu karnego – a zwłaszcza art. 157a – obejmują swoim zakresem zarodek powstały w wyniku zapłodnienia pozaustrojowego³¹. Również zdaniem W. Lisa, który powołuje się na systematykę rozdziału XIX k.k., przedmiotem czynności wykonawczej przepisu art. 157 a k.k. jest zarodek powstały w wyniku procedury *in vitro*; jednak autor ten zakres przepisu ogranicza do skutków w postaci uszkodzenia ciała dziecka poczętego lub rozstroju zdrowia zagrażającego jego życiu³². Nie ma jednak wątpliwości, że ustawodawca dla zarodków w procedurze wspomaganej prokreacji przewidział odrębny system karnoprawnej reakcji, o czym świadczy nie tylko treść art. 83 przywołanej ustawy (który nie może być protezowany przepisami kodeksu karnego), ale też przepis art. 78, karykularyzujący zachowania sprzeczne z art. 23 ust. 1 ustawy o bezpłodności³³. Ponadto, przepis art. 83, posługuje się pojęciem „niszczy”, co oznacza nie tylko „unicestwić”, ale także – w znaczeniu słownikowym – m.in. „powodować straty, utratę zdrowia, pozbawienie czegoś”³⁴.

Inny przykład całkowicie odmiennego podejścia do kwestii życia w fazie prenatalnej stanowi selekcja zarodków, określana jako preimplantacyjna diagnostyka (art. 26 ustawy), w efekcie której dopuszczalne jest legalne niszczenie zarodków niezdolnych do rozwoju³⁵ (choć ustawa w żaden sposób tego nie reguluje), albowiem celem ustawy jest doprowadzenie do urodzenia zdrowego dziecka (por. art. 6, art. 11 ust. 3 pkt 1, art. 73 pkt 1 ustawy).

Dwumodelowe (choć równocześnie niekonsekwentne) podejście w tym zakresie opiera się wyjściowo na przyjętej aksjologii karnoprawnej ochrony życia od początku ciąży. Równocześnie ustawodawca ogranicza odpowiedzialność karną za naruszenia życia w tej fazie, respektując konflikt dóbr (czy nawet wartości), wtórnie przywracający legalność (kontratypy aborcyjne) oraz anormalną sytuację motywa-

31 L. Tyszkiewicz, Prawno-karna... *op. cit.*, s. 12–15; P. Daniluk, Zakres prawnej ochrony embrionu *in vitro* na podstawie art. 157 a § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2010, nr 1, s. 9–12.

32 W. Lis, Prawo... *op. cit.*, s. 217. Podobnie M. Gałązka, Zapłodnienie *in vitro* a prawno-karna ochrona życia, (w:) W. Lis (red.), Prawo do życia, Warszawa 2022, s. 245–247

33 Art. 23. 1. Zarodki powstałe z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie, zdolne do prawidłowego rozwoju, które nie zostały zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, są przechowywane w warunkach zapewniających ich należyłą ochronę do czasu ich przeniesienia do organizmu biorkownicy.

34 Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/niszczy%C4%87.html>.

35 Art. 23 ust 2 ustawy – Zarodkiem zdolnym do prawidłowego rozwoju jest zarodek, spełniający łącznie następujące warunki: 1) tempo i sekwencja podziału komórek, stopień rozwoju w odniesieniu do wieku zarodka, budowa morfologiczna uprawdopodobniają prawidłowy rozwój; 2) nie stwierdzono u niego wady, która skutkowałaby ciężkim i nieodwracalnym upośledzeniem albo nieuleczalną chorobą.

cyjną kobiety ciężarnej (brak jej karalności jako konsekwencja wyłączenia winy). Już jednak te wyłączenia są bardzo różnie oceniane, o czym świadczą z jednej strony protesty kobiet wobec ich ograniczania³⁶, a z drugiej – krytyka obecnych regulacji przez zwolenników dalszego obostrzania przepisów antyaborcyjnych. Na przykład J. Mazurkiewicz pisze: „Upiorne, że ustawową przesłanką dopuszczalności pozbawienia życia dziecka poczętego jest uzasadnione podejrzenie, iż ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego”³⁷. Równocześnie przy odkodowanej aksjologii zastanawiać może *ratio legis* braku kryminalizacji innych zachowań niebezpiecznych dla życia płodu/dziecka poczętego. Takie stanowisko legislacyjne odczytać bowiem można jako przyznanie mniejszej wartości życiu w fazie prenatalnej.

Podkreślić przy tym należy, że postulaty pełnego zrównania „ochrony życia człowieka i dziecka poczętego” wydają się całkowicie nierealne i niełatwo jest znaleźć system prawny na świecie przewidujący karę dożywotnego pozbawienia wolności dla kobiety ciężarnej za usiłowanie aborcji oraz kilkuletnie pozbawienie wolności za nieumyślne poronienie. M. Andrzejewski w swojej publikacji przywołuje dwa istotne projekty nowelizujące przepisy dotyczące odpowiedzialności karnej za aborcję. Pierwszy z nich, sygnowany przez A. Zolla oraz S. Waltosia, przewidywał karę pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat dla kobiety ciężarnej, jeśli dopuściła się aborcji dziecka na tyle rozwiniętego, że mogło żyć samodzielnie poza jej organizmem. Zdaniem M. Andrzejewskiego w tym przypadku uznano za konieczne wprowadzenie sankcji karnej, albowiem uregulowania perswazyjne muszą ustąpić przepisom będącym wyrazem stanowczości. Autor przywołuje też projekt Stop aborcji. Wedle tej inicjatywy ustawodawczej kobieta ciężarna dopuszczająca się aborcji miałaby podlegać karze, jednak „projekt zakładał możliwość zastosowania (...) bez jakichkolwiek warunków wstępnych, nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia”³⁸. Dodajmy przy tym, że zgodnie z projektem kobieta ciężarna nie odpowiadałaby za nieumyślne spowodowanie śmierci dziecka poczętego³⁹. M. Andrzejewski zdaje się podzielać pogląd, iż brak konsekwentnej ochrony prawnokarnej życia człowieka w fazie prenatalnej ma charakter dyskryminujący dzieci nienarodzone. Co jednak istotniejsze, sam autor, chociaż rozumie ideę troski o każde życie, której wyrazicielem jest projekt Stop aborcji, to jednak projektu tego nie popiera. Ma on bowiem wątpliwości, czy stanowczość prawa zwiększa ochronę życia nienarodzonych, gdyż badania nie pozwalają przyjąć za pewnik, że taka korelacja istnieje⁴⁰.

36 Por. np. J. Suchomska, D. Urzędowska, Działania protestacyjne strajku kobiet w ujęciu teorii nowych ruchów społecznych, „Dyskurs & Dialog” 2021, nr 1, s. 9–22.

37 J. Mazurkiewicz, Jacek i Jacuś. Ochrona dziecka poczętego w (nie tylko mojej) teorii i w (mojej) praktyce, (w:) W. Lis (red.), Prawo do życia, Warszawa 2022, s. 168.

38 M. Andrzejewski, O wzmocnieniu... *op. cit.*, s. 108–109.

39 Por.: <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/711C9A67B618B3D1C125877D003AA3F8/%24File/1693.pdf>.

40 M. Andrzejewski, O wzmocnieniu..., *op. cit.*, s. 110–111.

Jeszcze większy kłopot sprawia sformułowanie odpowiedzi na pytanie o *ratio legis* kwalifikowanego typu aborcji ze względu na potencjalną zdolność do samodzielnego życia dziecka poczętego poza organizmem matki. A. Zoll wskazuje, że chodzi o szansę przeżycia po odłączeniu dziecka od ciała matki przy wykorzystaniu stosownych urządzeń (np. inkubatora)⁴¹. Jednak zdaniem autora to rozróżnienie „przedmiotów ochrony decydujące o kwalifikacji prawnej czynu jest trudne do uzasadnienia z punktu widzenia założeń aksjologicznych, wiążących status osobowościowy embrionu ludzkiego z momentem jego poczęcia”⁴². Nie ma wątpliwości, że stojąc na stanowisku równej wartości życia na każdym jego etapie, w żaden sposób nie można wskazać przesłanek takiego zróżnicowania legislacyjnego. Ponownie zatem sformułować można przypuszczenie o wartościowaniu życia płodu, w tym przypadku – w zależności od jego szansy przeżycia poza organizmem kobiety ciężarnej, co sprzeczne jest z stanowiskiem TK, który w wyroku z dnia 30 września 2008 r., stwierdził: „wartościowanie dobra prawnego, jakim jest życie ludzkie, według (...) szansy przeżycia jest wykluczone”⁴³.

Przyjęte założenie o bezwzględnej ochronie życia człowieka w fazie prenatalnej jest sprzeczne także z duchem ustawy o leczeniu niepłodności. Trudno się więc dziwić, że założenia aksjologiczne ustawy, jako sprzeczne z konstytucyjnymi założeniami, negatywnie oceniła M. Gałązka. I dodała, że system prawa, próbując zapłodnienie *in vitro*, sam stwarza sobie przeszkody w zapewnieniu embrionowi efektywnej ochrony życia⁴⁴.

Kolejny problem pojawia się w związku z wytyczaniem cezury między jednym modelem a drugim (czyli okresem pre- i postnatalnym). Pozornie sprawa jest zupełnie prosta – zmiana modelu karnoprawnej reakcji następuje z chwilą urodzenia się dziecka. Niestety, kilka orzeczeń SN wprowadziło ogromny chaos interpretacyjny, nie tylko naruszając podstawowe zasady prawa karnego, ale także czyniąc to zupełnie irracjonalnie. W ocenie bowiem SN kryteria fizjologiczne i fizyczne, w oparciu o które rozróżniano fazę pre- i postnatalną, opierają się jedynie na „przywiązaniu do rozumianego tradycyjnie, a w istocie potocznie aktu symbolizującego narodziny człowieka”, podczas gdy są to już końcowe stadia narodzin, finalizujące poród. W myśl uchwały z 2006 r. przedmiotem ochrony przewidzianej w art. 160 k.k. (z założenia dotyczącego człowieka narodzonego) jest życie i zdrowie człowieka od rozpoczęcia porodu (wystąpienia skurczów macicy, dających postęp porodu), a w wypadku operacyjnego zabiegu cesarskiego cięcia kończącego ciążę – od podjęcia czynności (przygotowawczych) zmierzających do przeprowadzenia tego zabiegu⁴⁵. Potwierdze-

41 A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny..., LEX.

42 *Ibidem*.

43 Wyrok TK z dnia 30 września 2008 r., sygn. K 44/07, OTK 7/2008, poz. 126.

44 M. Gałązka, Zapłodnienie..., *op. cit.*, s. 263.

45 Uchwała SN z dnia 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSNKW 11/2006, poz. 97.

nie, a nawet pogłębienie tego stanowiska stanowi postanowienie SN z 2008 r., zgodnie z którym pełna prawno-karna ochrona zdrowia i życia przysługuje dziecku (jako narodzonemu) także w wypadku konieczności medycznej przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego lub innego alternatywnego zakończenia ciąży – od zaistnienia medycznych przesłanek takiej konieczności. Co jednak istotne z perspektywy analizowanego tematu, sam SN odnotował, że taka interpretacja powoduje dysproporcję między prawno-karną ochroną życia dziecka nienarodzonego w okresie ciąży przebiegającej prawidłowo, zakończonej porodem naturalnym, a wypadkiem, gdy ciążę kończy zabieg operacyjny cięcia cesarskiego, jednak dysproporcję tę – jak głosi judykat – usunąć może jedynie ustawodawca⁴⁶.

Można zatem przyjąć, że granica między dwoma wymienionymi modelami kar-noprawnej reakcji na naruszenie lub zagrożenie dobra prawnego w postaci życia zo-stała przesunięta, a ponadto w dużym stopniu zależy od kondycji zdrowotnej kobiety ciężarnej. Nie ma wątpliwości, taka wykładnia przybliży zakres przepisów odnoszą-cych do człowieka (narodzonego) do koncepcji „pełnej ochrony od poczęcia”, jednak czyni to w sposób sprzeczny z Konstytucją (naruszana została zasada określoności – art. 42). Ponadto, co należy podkreślić, kreuje fikcję prawną, sprzeczną z całym systemem prawnym. W okresie prenatalnym – przed narodzeniem i w trakcie po-rodu – człowiek nie ma bowiem statusu człowieka urodzonego – ani z punktu wi-dzenia medycyny, ani prawa (cywilnego, rodzinnego czy nawet administracyjnego, w ramach którego wskazuje się dzień i godzinę narodzin człowieka). Innymi słowy, wszystkie instytucje, uprawnienia przysługujące lub poręczane narodzonemu czło-wiekowi aktualizują się dopiero w momencie narodzenia, a ewentualne wyjątki od tej zasady (por. art. 927 § 2 k.c., art. 75 § 1 k.r.o.) nie polegają na ustawowym „przesunię-ciu” momentu urodzenia (lub zmianie znaczenia tego pojęcia), ale wprost na odwo-łaniu się do okresu „po poczęciu”.

3. Przepisy prawa karnego odnoszące się do zadawania śmierci w fazie postnatalnej

Jako kolejny wyłom w przyjętym paradygmacie życia człowieka uznać należy przepis art. 149 k.k., potocznie nazywany dzieciobójstwem. Ta szczególna odmiana zabójstwa człowieka – zabicie przez matkę własnego dziecka w okresie porodu i pod wpływem jego przebiegu – po raz kolejny rodzi wątpliwości dotyczące spójnej aksjo-logii w zakresie ochrony życia człowieka. Formalne uzasadnienie istnienia przepisu w polskim kodeksie karnym, który tak dalece łagodzi odpowiedzialność karną za-bójczyni, wyraża sam przepis – „wpływ porodu”. Należy jednak podkreślić, że z pew-nością regulacje prawno-karne tworzące typ uprzywilejowany zabójstwa w oparciu

46 Postanowienie SN z dnia 30 października 2008 r., I KZP 13/08, OSNKW 11/2008, poz. 90.

o wpływ procesu porodu na psychikę matki w żaden sposób nie odpowiadają naukowym ustaleniom dotyczącym rzeczywistych przyczyn zabójstwa własnego dziecka. Swoistym dowodem na to jest radykalny spadek zabójstw nowonarodzonych dzieci na przestrzeni lat, podczas gdy proces porodu się nie zmienił. Ponadto, łagodniejszą karą opatrzone jest zachowanie matki polegające wyłącznie na zabiciu własnego dziecka. Gdyby rzeczywiście ustawodawcy uznawali, że psychika kobiety w tym okresie jest w słabszej kondycji, to wszystkie popełniane przez nią czyny byłyby łagodniej karane z mocy ustawy. W literaturze podkreśla się, że zabijanie własnych nowonarodzonych dzieci następuje w rzeczywistości z zupełnie z innych powodów (bieda, bezradność, poczucie wstydu lub hańby, w wyjątkowych sytuacjach – ciężka choroba lub zniekształcenie ciała dziecka). Gdyby urealnić przepis art. 149 k.k. (tak jak się to dzieje w innych systemach prawnych, a także przez krótką chwilę w polskim kodeksie karnym w 1997 r.⁴⁷), to pojawiłoby się pytanie, czy są to czynniki wystarczające do tak radykalnego zmniejszania zagrożenia karą. Przesłanka fikcyjna („wpływ porodu”) z pewnością takim racjonalnym uzasadnieniem nie jest. Trzeba ostatecznie przyznać, że koncepcja przestępstwa dzieciobójstwa jako typu uprzywilejowanego to systemowa, wręcz normatywna dyskryminacja słabszych⁴⁸.

Brak spójności aksjologicznej widoczny jest także na tle innych regulacji odnoszących się do „zadawania”⁴⁹ śmierci w fazie postnatalnej. Zasadnicze bowiem wątpliwości pojawiają się w przypadku tzw. eutanazji i wspomaganego samobójstwa. Przede wszystkim zachowania te są daleko odmiennie traktowane przez prawo niż „zwykłe” zabójstwo (zabójstwo typu podstawowego). Dostrzec też należy, że linię kolejnego podziału między sytuacjami niebudzącymi wątpliwości z perspektywy oceny moralnej i prawnej, a tymi, które w polskim społeczeństwie są różnorodnie oceniane, stanowi okoliczność niedobrowolnej lub dobrowolnej śmierci. Jądrem sporu odnośnie do dobrowolnej śmierci jest dysponowalność człowieka dobrem prawnym w postaci własnego życia. W przypadku przydawania życiu szczególnego znaczenia społecznego lub religijnego czynem nagannym jest odebranie sobie życia, zaś czynem zabronionym jest i powinien być udział osób trzecich w dobrowolnej śmierci człowieka. Przyjęcie natomiast perspektywy prawa człowieka do samostanowienia również w zakresie życia pozwala na formułowanie postulatów *de lege ferenda* odnośnie do dekryminalizacji eutanazji i wspomaganego samobójstwa.

47 Pierwotne brzmienie art. 149 k.k.: Matka, która zabija noworodka pod wpływem silnego przeżycia związanego z przebiegiem porodu, znacznym zniekształceniem dziecka lub ze szczególnie trudną sytuacją osobistą podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

48 Por. szerzej: O. Sitarz, *International law and national law of selected countries on the issue of infanticide*, (w:) M. Półtorak, I. Topa (red.), *Women, Children and (Other) Vulnerable Groups. Standards of Protection and Challenges for International Law*, Peter Lang 2021.

49 Pojęcie „zadawania śmierci” traktuję jako znaczenie szersze niż dwa pojęcia występujące w polskim k.k.: zabijania, które odnosi się do zachowań umyślnych, i powodowania śmierci – które odnoszą się do zachowań nieumyślnych.

De lege lata polski ustawodawca – zgodnie z aksjologią bezwzględnej ochrony życia – bardzo ograniczył możliwość dysponowania własnym życiem, co doktryna podkreśla, posługując się pojęciem „dzierżyciel dobra prawnego” na określenia człowieka w relacji do dobra w postaci życia (a A. Zoll *expressis verbis* pisze o „odebraniu człowiekowi prawa do dysponowania własnym życiem”⁵⁰). Argumentacja jest tym zakresie dość spójna – wskazuje się niemal powszechnie, że życie ludzkie stanowi obiektywną wartość dla społeczeństwa⁵¹. Przekonanie o słuszności tej tezy jest tak silne, że – nawet *contra legem* – stawia się tezę, iż przedmiotem czynności wykonawczej przepisu art. 150 k.k. jest (...) człowiek, który znalazł się w szczególnym stanie psychicznym związanym ze zdrowiem, który to stan jest powodem kierowanego do sprawcy żądania, aby ten go zabił⁵² (co jest kolejnym przykładem naruszenia art. 42 Konstytucji RP). Zdaniem zaś SA w Łodzi „nie można mówić o zabójstwie eutanatycznym wówczas, gdy współczucie wywołane jest cierpieniami psychicznymi człowieka takimi jak straty materialne, wieloletnie kalectwo, zawód miłosny”, chociaż sam Sąd przyznaje, że „w samym przepisie art. 150 § 1 k.k. brak wskazówek co do podłoża wyrażonego żądania i pojawienia się po stronie sprawcy współczucia”⁵³.

Równocześnie zwrócić należy uwagę, że ponownie pojawia się dylemat karalności i – nieuzasadnionych – rozbieżności w tym obszarze. Nasuwa się pytanie, dlaczego w przypadku eutanazji i tzw. wspomaganego samobójstwa różnice między nimi są tak znaczne. W przypadku eutanazji za przyczynę daleko łagodniejszej odpowiedzialności karnej wskazuje się sytuację motywacyjną sprawcy, która tak dalece modyfikuje stopień winy, że został on uwzględniony w odrębnej normie sankcjonującej. Przyznać jednak należy, że takie podejście absolutnie nie znajduje uzasadnienia w przypadku nakłaniania do samobójstwa, a więc jednej z postaci typu czynu zabronionego w przepisie art. 151 k.k. To prawda, grożąca kara jest identyczna jak w przypadku eutanazji, ale trudno zrozumieć, czym uzasadniona jest tak daleko idąca regresja karania, jeśli za punkt wyjścia weźmiemy karę grożącą za nakłanianie (podżeganie) do zabójstwa. Również autorzy proponujący nowe rozwiązania normatywne, formułujący przy tym nowe ustawowe zagrożenia milczą na temat *ratio legis*

50 A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Kraków 1999, s. 240. Koniecznie należy jednak odnotować, że w kolejnych wydaniach komentarza, autor pisze już tylko: „ogranicza jednostkę w prawie do swobodnego dysponowania swoim życiem” – A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, część I. Komentarz do art. 117–221a, WKP 2017, LEX.

51 K.K. Borkowska, Zabójstwo eutanatyczne w polskim i austriackim prawie karnym – rozważania komparatystyczne, „Studia Prawnoustrojowe” 2022, nr 55, s. 47 i przywołane tam piśmiennictwo.

52 K.K. Borkowska, Zabójstwo..., *op. cit.*, s. 47 i przywołany B. Michalski, Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, seria: Nowa Kodyfikacja Karna. Krótkie Komentarze, z. 28, Warszawa 2000, s. 169.

53 Wyrok SA w Łodzi z dnia 6 sierpnia 2013 r., sygn. akt II AKa 118/13, „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2014, nr 1, s. 27–38.

tak zmniejszonej kary w stosunku do zagrożenia karą za podżegania do zabójstwa⁵⁴. Co jednak najważniejsze, ustawodawca nie dostrzegł dwóch jakościowo różnych zachowań zakazanych w przepisie art. 151 k.k. Uznać bowiem należy, że namawianie do samobójstwa to odpowiednik nakłaniania (podżegania) do zabójstwa, toteż ogromne zróżnicowanie kary tych zachowań jest całkowicie bezzasadne, natomiast pomocnictwo do samobójstwa zbliża się istotowo do eutanazji, jednak przy zbieżności sankcji niezrozumiały jest brak możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia w wyjątkowych wypadkach takiego pomocnictwa (por. art. 150 § 2 k.k.).

Brak spójności aksjologicznej widać też na tle porównania zakresu kryminalizacji art. 192 k.k. oraz art. 150 i art. 151 k.k. Konfrontacja tych przepisów jednych skłania do tezy, iż jest to zamierzona przez ustawodawcę niespójność⁵⁵, inni widzą prymat art. 192 k.k.⁵⁶, są też prezentowane głosy o możliwości naruszenia art. 192 k.k. w ramach kontratypu stanu wyższej konieczności w przypadku ratowania życia⁵⁷. W opinii A. Zolla „zdaniem ustawodawcy prawo do samostanowienia pacjenta, które zresztą daje się wyprowadzić z ochrony jego godności jako prawa przyrodzonego i niepodważalnego (zob. art. 30 Konstytucji RP), stoi w hierarchii dóbr wyżej niż ochrona zdrowia, a nawet życia tego pacjenta. W wypadku odmowy wyrażenia zgody na zabieg, nawet jeżeli jest on konieczny do ratowania życia, lekarz ma obowiązek, po wyjaśnieniu pacjentowi skutków odmowy, na zaniechanie leczenia za pomocą nieaprobowanego przez pacjenta sposobu leczenia”⁵⁸. M. Safjan uważa jednak, że to nietrafne stanowisko, ponieważ nakaz poszanowania życia każdej osoby jest umieszczony jako pierwsza zasada w dziale „Wolności i prawa osobiste” Konstytucji RP, a po wtóre – poszanowanie życia, ze swej natury, jest warunkiem koniecznym dla respektowania wszelkich innych praw⁵⁹.

Ostatni przykład braku spójności aksjologicznej to wprowadzona karalność za pomocnictwo do zabójstwa (§ 5 art. 148 k.k.⁶⁰). Zadać bowiem należy pytanie, dla-

54 M. Grudecki, Wybrane prawnokarne aspekty prób samobójczych, nakłaniania do samobójstwa oraz pomocy w samobójstwie, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2019, nr 2, s. 79.

55 T. Kaczmarek, Wolność dysponowania życiem a prawo do godnej śmierci, Prawnokarne aspekty wolności, Warszawa 2006, s. 45 i n. Pogląd o zamierzonej przez ustawodawcę aksjologicznej niespójności podziela R. Citowicz, Prawnokarne aspekty ochrony życia człowieka a prawo do godnej śmierci, Warszawa 2006, s. 254–255.

56 R. Citowicz, Prawnokarne..., *op. cit.*, s. 242–243.

57 Por. np. J. Giezek, Kolizja dóbr a prawnokarne ochrona wartości, (w:) M. Mozgawa (red.), Prawnokarne aspekty wolności, Warszawa 2006, s. 82 i przypis 21.

58 A. Zoll, Zaniechanie lekarza – aspekty prawne, „Prawo i Medycyna” 2000, vol. 2, nr 5, s. 35.

59 M. Safjan, Eutanazja a autonomia pacjenta – granice ochrony prawnej, (w:) A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz (red.), Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Leszkowi Kubickiemu, Warszawa 2003, s. 256.

60 Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2600).

czego – wobec tezy o równości życia każdego człowieka – przygotowanie jest karalne tylko w przypadku zabójstwa określonego rodzaju? Jest przecież pojęciowo możliwe przygotowanie do zabójstwa nowonarodzonego dziecka (art. 149 k.k.) oraz – tym bardziej – do zabójstwa eutanatycznego (art. 150 k.k.). Nie przekonują słowa A. Gorczowskiej, iż „czyny te popełniane są zazwyczaj pod wpływem silnych emocji, ich dokonanie łączy się ze sferą uczuciową. Skutkuje to mniejszą surowością ich oceny i wpływa na obniżenie ustawowego zagrożenia w stosunku do podstawowego typu zabójstwa. Ta okoliczność może być uzasadnieniem dla odstąpienia przez projektodawców od karania czynności przygotowawczych do typów uprzywilejowanych zabójstwa”⁶¹. Jeśli bowiem uzasadnieniem karalności przygotowania jest waga dobra prawnego, a celem takiego zabiegu legislacyjnego możliwość reakcji przed naruszeniem tego dobra, to bezkarność przygotowania do eutanazji zdumiewa. Zdumiewa tym bardziej, że tak powszechnie przywołuje się świętość życia człowieka (wręcz w opozycji do prawa do samostanowienia). Oznacza to po prostu kolejną niespójność aksjologiczną. Jeszcze bardziej szokuje brak klauzuli karalności przygotowania do zamachu na Prezydenta RP (art. 134 k.k.). Ponadto wobec tezy o równości życia na każdym jego etapie za brak spójności aksjologicznej należałoby uznać także brak karalności do przygotowania przestępstwa aborcji.

Jest rzeczą oczywistą, że przepisów odnoszących się do ochrony życia w fazie postnatalnej w polskim prawie jest dużo więcej i nie wszystkie zostały poddane analizie. Wydaje się jednak, że już te przywołane rozwiązania normatywne pozwalają na sformułowanie ogólnego wniosku.

Reasumując tę część rozważań, warto zwrócić uwagę na problem z uzasadnieniem zasygnalizowanych różnic. Problem jest tym większy, im bardziej interpretator tekstu prawnego podziela odczytane założenia aksjologiczne o życiu człowieka jako dobru najważniejszym, o niezmiennej wartości od poczęcia do (naturalnej) śmierci i wymagającym bezwzględnej karnoprawnej ochrony. Ilustracją takiego podejścia mogą być słowa L. Tyszkiewicza, który konstatuje: „Chroniąc życie człowieka, prawo karne zasadniczo nie różnicuje ludzi (podkreślenie – OS). Każda istota zrodzona przez kobietę jest człowiekiem i korzysta z tej samej ochrony prawnej. Pewne cechy człowieka jako ofiary przestępstwa mogą mieć jednak wpływ na wymiar kary, np. to, czy ofiarą jest bezbronne dziecko czy niedołężna staruszka. Ściśle rzecz biorąc, nie jest wyjątkiem od reguły jednakowej ochrony karnej wszystkich ludzi dzieciobójstwo, gdyż racje niższej karalności w tym wypadku tkwią jedynie po stronie sprawcy (matki)”⁶².

61 A. Gorczowska, Problem karalności przygotowania do zabójstwa, „Zeszyty Prawnicze” 2020, t. 20, nr 2, s. 110.

62 L. Tyszkiewicz, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2014, s. 847.

Wnioski

Ostateczna ocena spójności aksjologicznej regulacji prawno-karnych w zakresie reagowania na zadaną śmierć musi być negatywna. Ustawodawca z jednej strony bezdyskusyjnie zadekretował wyższość wartości w postaci życia nad innymi wartościami (por. regulacje dotyczące aborcji i eutanazji), nie pozwalając na ważenie wartości w konkretnych stanach faktycznych. Z drugiej zaś – równie bezwarunkowo zadekretował brak równości życia (por. regulacje dotyczące typu kwalifikowanego aborcji i dzieciobójstwa) oraz wyższość wartości, jaką jest prawo do samostanowienia nad wartością życia (por. regulacje dotyczące karalności wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta). Nie mamy zatem do czynienia ze zróżnicowaniem skal preferencyjnych adresata normy i prawodawcy, ale z problemem hierarchicznego ulokowania wartości życia człowieka w porządku wartości⁶³.

Zwolennikom odczytanej aksjologii pozostają bezradne konstatacje, iż „przyjmując (...), że życie człowieka, niezależnie od stadium jego rozwoju, ma jednakową wartość, której źródłem jest ta sama godność, wątpliwe jest różnicowanie intensywności ochrony życia człowieka”⁶⁴, przy czym odnotowana niespójność aksjologiczna w przepisach prawa karnego potęguje się w obszarze całego polskiego prawa. Podkreślić należy zupełny brak harmonizacji założeń – przede wszystkim odnośnie do *nasciturusa* – między prawem karnym, cywilnym rodzinnym i administracyjnym w zakresie ochrony życia i prawnej reakcji na spowodowanie jego śmierci⁶⁵.

Brak aksjologicznej spójności wynikać może z kilku powodów. Założenie maksymalistyczne o równej wartości życia człowieka na każdym jego etapie jest ostatecznie nie do zrealizowania na płaszczyźnie prawa karnego⁶⁶, podobnie jak prawo do samostanowienia w państwie demokratycznym nie może być przez ustawodawcę pominięte (stąd wspomniany art. 192 k.k.). Trybunał Konstytucyjny postawił tezę: „Z istoty przyrodzonej i niezbywalnej godności przynależnej każdemu człowiekowi oraz jej jednakowości wynika zakaz różnicowania wartości danego człowieka, a zatem jego życia. Niedopuszczalne jest twierdzenie, że z uwagi na jakieś cechy jedna jednostka jest mniej warta od innej jako człowiek. Twierdzenie to odnosi się nie tylko do fazy postnatalnej, ale dotyczy także fazy prenatalnej życia człowieka. Bez względu na fakt narodzin cecha danej istoty, którą jest bycie człowiekiem, nie ulega

63 Szerzej: A. Kociołek-Pęksa, *Problematyka aksjologiczna...*, *op. cit.*, s. 44.

64 W. Lis, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 204–205.

65 Według W. Langa we współczesnym prawie cywilnym płód nie posiada zdolności prawnej na równi z ludźmi urodzonymi; zdaniem autora nasuwa się też wątpliwość, czy płód jest naprawdę podmiotem chronionym przez prawo cywilne – W. Lang, *Prawny status płodu ludzkiego*, (w:) W. Lang (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000, s. 65.

66 Nawet propozycja L. Tyszkiewiczza nie zrównuje aborcji i zabójstwa, co więcej, autor dokonuje dalszych rozróżnień na etapie fazy prenatalnej – por. L. Tyszkiewicz, *Prawno-karna...*, *op. cit.*, s. 25.

zmianom⁶⁷. Jednak jej konsekwentna realizacja na gruncie normatywnym wydaje się utopią⁶⁸. Przy założeniu, że życie jest wartością zawsze nadrzędną, należałoby zrewidować całe prawo karne, odbierając prawo do samostanowienia na rzecz bezwzględnej ochrony życia. Oznaczać to by musiało *de facto* m.in. całkowitą rezygnację z *in vitro*, wprowadzenie karalności aborcji niezależnie od przyczyn jej dokonania jak za zabójstwo, wprowadzenie karalności za nieumyślne poronienie, poszerzenie zakresu art. 240 k.k. oraz art. 64 § 2 k.k., rezygnację z typu uprzywilejowanego eutanazji i wspomaganego samobójstwa, a także ograniczenie zakresu art. 192 do sytuacji, gdy przedmiotem zabiegu leczniczego nie jest ratowane życie ludzkie.

Ponadto nie można tracić z pola widzenia, że prawna figura „ustawodawcy” to nie tylko ciało ustawodawcze o różnym składzie osobowym na przestrzeni ustanawiania i nowelizowania kodeksu karnego, ale też różne koncepcje i wizje świata, społeczeństwa i człowieka. Nie ma *de facto* jednego ustawodawcy; jest ich tylu, ile razy zmienia się układ parlamentarny. Pierwotny zaś problem wynika z faktu, że nie ma w polskim społeczeństwie powszechnej zgody w kwestii niektórych zagadnień związanych z życiem i śmiercią⁶⁹.

Równocześnie, co należy mocno podkreślić, nie jest także realizowane założenie (o którym mowa była na wstępie), iż z pojęcia godności człowieka wynika przede wszystkim jego prawo do samostanowienia, w tym do stanowienia o swoim życiu. Taka optyka – chociaż dająca się odczytać z Konstytucji – jest bowiem „obca” ustawodawcy karnemu.

Mając zatem na uwadze znaczenie spójności aksjologicznej, postulować należy nie tyle zaostrenie prawa karnego (dla realizacji idei bezwzględnej ochrony życia), co urealnienie tezy (rozumiane jako otwarte przyznanie), że życie człowieka jako dobro należy do najważniejszych wartości, jednak nie zawsze stanowi wartość nadrzędną i nie zawsze podlega bezwzględnej prawnokarnej ochronie. A przykładami tak rozwiązywanego *de lege lata* dylematu jest chociażby prawo do samostanowienia w procesie leczenia oraz zdrowie zarodka w fazie prenatalnej przy zapłodnieniu *in vitro*. Warto przy tym odnotować, że urealnienie to po części wynika z faktu, że skoro człowiek przejmuje kontrolę na początku i końcu życia w sensie medycznym, to również człowiek musi podejmować decyzje w sytuacjach, w których kiedyś natura i zdolność przeżycia „decydowała” o trwaniu biologicznym. To prawda, definitywne

67 Wyrok TK z dnia 22 października 2022, K 1/20, OTK 2021, poz. 4.

68 Por. T. Kaczmarek, Prawo karne wobec moralności. Spory wokół moralnego i prawnego statusu płodu ludzkiego, (w:) K. Krajewski (red.), Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle, Warszawa 2007, s. 91.

69 Por. na przykład: M. Rachwał, Referendum on Abortion in Poland. Submitted Proposals and Main Topics of the Debate, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24, nr 1, gdzie autor świetnie pokazuje niemożliwość uzyskania konsensu nawet w kwestii przeprowadzenia referendum na temat przepisów aborcyjnych.

rozstrzygnięcie sporu o status ludzkiego płodu w dyskursie naukowym lub filozoficznym jest nieosiągalne⁷⁰, to jednak nie zwalnia ustawodawcy z tworzenia prawna spójnego aksjologicznie, a zwłaszcza spójnego z wyraźnie artykułowanymi wartościami. Pojawić się może na zakończenie pytanie, czy spójność aksjologiczna to gwarancja dobrego prawa? Oczywiście – nie. Ale spójność aksjologiczna to wstępny warunek takiego prawa.

BIBLIOGRAFIA

- Andrzejewski M., O wzmocnieniu ochrony życia dzieci nienarodzonych, (w:) W. Lis (red.), *Prawo do życia*, Warszawa 2022.
- Balandynowicz A., Epistemologiczno-fenomenologiczny obraz zjawiska zabójstwa typu podstawowego, „*Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis Studia Sociologica*” 2016 (VIII), vol. 2.
- Borkowska K.K., Zabójstwo eutanatyczne w polskim i austriackim prawie karnym – rozważania komparatystyczne, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2022, nr 55.
- Cieply F., Konstytucyjne podstawy rozstrzygania sporów odnoszących się do człowieka jako sprawcy czynu karnoprawnie relewantnego, „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 2017, vol. XXI, z. 2.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995.
- Citowicz R., *Prawnokarne aspekty ochrony życia człowieka a prawo do godnej śmierci*, Warszawa 2006.
- Daniluk P., Zakres prawnej ochrony embrionu in vitro na podstawie art. 157 a § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, „*Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych*” 2010, nr 1.
- Gałązka M., Zapłodnienie in vitro a prawno-karna ochrona życia, (w:) W. Lis (red.), *Prawo do życia*, Warszawa 2022.
- Giezek J., Kolidują dobra a prawno-karna ochrona wartości, (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Warszawa 2006.
- Gorczońska A., Problem karalności przygotowania do zabójstwa, „*Zeszyty Prawnicze*” 2020, t. 20, nr 2.
- Grudecki M., Wybrane prawno-karne aspekty prób samobójczych, nakłaniania do samobójstwa oraz pomocy w samobójstwie, „*Wojskowy Przegląd Prawniczy*” 2019, nr 2.
- Grześkowiak A., Aksjologiczne podstawy prawno-karnej ochrony Rzeczypospolitej Polskiej w perspektywie stuletnich dziejów, część III, „*Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie*” 2020, t. XIII, nr 2.
- Kaczmarek T., *Prawo karne wobec moralności. Spory wokół moralnego i prawnego statusu płodu ludzkiego*, (w:) K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, Warszawa 2007.
- Kaczmarek T., *Wolność dysponowania życiem a prawo do godnej śmierci*, *Prawnokarne aspekty wolności* Warszawa 2006.

70 W. Lang, *Moralny...*, *op. cit.*, s. 49.

- Kociołek-Pęksa A., *Aksjologia prawa*, (w:) A. Kociołek-Pęksa, M. Stępień (red.), *Leksykon socjologii prawa*, Warszawa 2013.
- Kociołek-Pęksa A., *Problematyka aksjologiczna jako uwarunkowanie procesów prawodawstwa gospodarczego oraz jego limitacji. Zagadnienia filozoficznoprawne*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace” 2013, nr 1.
- Kordela M., *Aksjologiczna wykładnia prawa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, nr 3791, „Przegląd Prawa i Administracji” CX, Wrocław 2017.
- Kulesza J., „Prawnokarna ochrona życia człowieka w fazie prenatalnej (w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego)”, „Państwo i Prawo” 2015, nr 7.
- Kulik M., *O założeniach aksjologicznych kodeksu karnego z 1997 roku*, (w:) A. Grześkowiak, I. Zgoliński (red.), *Aksjologiczne podstawy polskiego prawa karnego w perspektywie jego ewolucji*, Bydgoszcz 2017.
- Lang W., *Prawny status płodu ludzkiego*, (w:) W. Lang (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000.
- Lis W., *Prawo do życia zarodków powstałych w wyniku medycznie wspomagannej prokreacji*, (w:) W. Lis (red.), *Prawo do życia*, Warszawa 2022.
- Mazurkiewicz J., *Jacek i Jacuś. Ochrona dziecka poczętego w (nie tylko mojej) teorii i w (mojej) praktyce*, (w:) W. Lis (red.), *Prawo do życia*, Warszawa 2022.
- Michalski B., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, seria: *Nowa Kodyfikacja Karna. Krótkie Komentarze*, z. 28, Warszawa 2000.
- Nowe kodeksy karne z 1997 t. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997.
- Obywatelski projekt ustawy o zmianie kodeksu karnego*, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/711C9A67B618B3D1C125877D003AA3F8/%24File/1693.pdf>.
- Opalek K., *Wróblewski J., Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.
- Orzeczenie TK z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K. 26/96, OTK 2/1997, poz. 19.
- Postanowienie SN z dnia 30 października 2008 r., I KZP 13/08, OSNKW 11/2008, poz. 90.
- Rachwał M., *Referendum on Abortion in Poland. Submitted Proposals and Main Topics of the Debate*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2019, vol. 24, nr 1.
- Safjan M., *Eutanazja a autonomia pacjenta – granice ochrony prawnej*, (w:) A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz (red.), *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003.
- Sitarz O., „Życie” i „jakość życia” w kontekście decyzji kryminalizacyjnych, (w:) B. Błońska, Ł. Chojniak, B. Gruszczyńska, A. Kosyło, K. Witkowska-Rozpara, D. Woźniakowska-Fajst (red.), *O wolność i prawo. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Rzeplińskiemu*, Warszawa 2022.
- Sitarz O., *International law and national law of selected countries on the issue of infanticide*, (w:) M. Półtorak, I. Topa (red.), *Women, Children and (Other) Vulnerable Groups. Standards of Protection and Challenges for International Law*, Peter Lang 2021.
- Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/niszcz%C4%87.html>.

- Suchomska J., Urzędowska D., Działania protestacyjne strajku kobiet w ujęciu teorii nowych ruchów społecznych, „Dyskurs & Dialog” 2021, nr 1.
- Tarapata S., Kontrowersje wokół wyznaczania granic dobra prawnego – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z 3 września 2009 r. (sygn. akt I KZP 15/09), „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, vol. XVI, z. 1.
- Tyszkiewicz L., (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2014.
- Tyszkiewicz L., Prawno-karna ochrona życia dziecka poczętego *de lege lata* i *de lege ferenda*, (w:) L. Tyszkiewicz (red.), Status prawny i ochrona prawna dziecka poczętego, Bielsko-Biała 2014.
- Uchwała SN z dnia 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSNKW 11/2006, poz. 97.
- Wiak K., Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna polskiego prawa karnego, (w:) A. Grześkowiak, I. Zgoliński (red.), Aksjologiczne podstawy polskiego prawa karnego w perspektywie jego ewolucji, Bydgoszcz 2017.
- Wyrok SA w Łodzi z dnia 6 sierpnia 2013 r., sygn. akt II AKa 118/13, Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych 2014, nr 1.
- Wyrok TK z dnia 22 października 2022, K 1/20, OTK 2021, poz. 4.
- Wyrok TK z dnia 30 września 2008 r., sygn. K 44/07, OTK 7/2008, poz. 126.
- Zieliński M., Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, wyd. 7, Warszawa 2017.
- Ziemiński Z., Logiczne podstawy prawoznawstwa, Warszawa 1966.
- Zoll A., (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Kraków 1999.
- Zoll A., (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II. Część I. Komentarz do art. 117–221a, WKP 2017, LEX.
- Zoll A., Zaniechanie lekarza – aspekty prawne, „Prawo i Medycyna” 2000, vol. 2, nr 5.

Izabela Kraśnicka

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

krasnicka@uwb.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9684-6681>

Kara śmierci i uprawnienie *judicial override* w prawie stanu Alabama

The Death Penalty and the Power of ‘Judicial Override’ in Alabama State Law

Abstract: On 17 November 2022 in Alabama, the death penalty by poison injection was scheduled to be executed on Kenneth Smith. His case is a disturbing example of the use of judicial power (known as ‘judicial override’) in the state law of Alabama that allowed the judge, at the time of the verdict in 1996, to overturn the jury’s decision recommending the choice of life imprisonment without parole instead of the death penalty, and thus give a final death sentence. The article presented here first provides a general analysis of the provisions of the federal constitution, relevant case law and federal legislation on the death penalty, and then presents an overview of state solutions to the death penalty. The key parts of the text deal with the institution of ‘judicial override’: its genesis and practice in the state of Alabama, and the application of the relevant legislation to the Kenneth Smith case. It argues that mechanisms such as ‘judicial override’ and their consequences strengthen the narrative of those arguing against the death penalty in the social and political debate.

Keywords: Alabama state law, death penalty, Eighth Amendment to the U.S. Constitution, judicial override, powers of the judge

Słowa kluczowe: prawo stanowe Alabamy, kara śmierci, VIII poprawka do konstytucji USA, *judicial override*, uprawnienia sędziego

Wprowadzenie

Celem artykułu jest zaprezentowanie regulacji stanowych w Alabamie, na mocy których sędzia, w ramach tzw. *judicial override*, uprawniony był do uchynienia decyzji ławy przysięgłych rekomendującej karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości ubiegania się o przedterminowe zwolnienie zamiast alternatywnej kary

śmierci. Jeszcze w końcówce XX wieku trzy amerykańskie stany dawały sędziom w procesie karnym taką możliwość. Stawała się ona narzędziem ostatecznego wymiaru najwyższej z kar – końca życia, narzędziem w rękach sędziego niejednokrotnie wybieranego w procedurze wyborczej bezpośrednio przez obywateli – mieszkańców danego stanu.

Asumptem do podjęcia tej tematyki stała się zapowiedziana w Alabamie na 17 listopada 2022 roku egzekucja skazanego, w którego sprawie werdykt ławy przysięgłych z 1996 roku (osiągnięty stosunkiem głosów 11 do 1), rekomendujący dożywotnie więzienie bez możliwości wcześniejszego warunkowego zwolnienia, został przez sędziego uchylony, a w jego miejsce orzeczona kara śmierci. Jej wykonanie okazało się nie tylko prawnie skomplikowane, ale ostatecznie także medycznie niemożliwe.

Okoliczności towarzyszące tej sprawie oraz analiza odpowiednich przepisów stanowych obowiązujących w momencie skazania w kluczowej sprawie w Alabamie pozwalają na postawienie tezy, iż tego rodzaju rozwiązania, stanowiące element stanowych karnych porządków prawnych, przyczyniają się do wzmocnienia argumentacji przeciwników kary śmierci i jawią się jako trudno zrozumiałe we współczesnym świecie hołdującym godności człowieka jako istocie i źródle wszelkich naszych praw i szeroko rozumianemu zakazowi nieludzkiego traktowania, zagwarantowanego w prawie krajowym i międzynarodowym. *Judicial override*, będące podstawą skazania Smitha, zostało w Alabamie zniesione dopiero w 2017 roku po tym, jak rok wcześniej Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie *Hurst v. Florida*¹ uznał za niekonstytucyjne podobne regulacje stanowe obowiązujące na Florydzie.

Zagadnienie to jest warte uwagi i analizy także ze względu na toczące się w Polsce dyskusje dotyczące zaostrzenia polityki karnej, a w szczególności wprowadzenia do polskiego porządku prawnego kary bezwzględnej pozbawienia wolności².

Amerykańska interpretacja kary śmierci jako kary niebędącej zakazaną konstytucyjnie karą „okrutną i niezwykłą” stanowi tylko jeden z elementów trudnej debaty dotyczącej tak legalności jak i skuteczności owej kary, w tym sposobów jej wykonywania.

Metody badawcze wykorzystane w pracy nad tekstem obejmują analizę dogmatyczno-prawną, metodę historyczną oraz metodę językową, a tekst winien być traktowany jedynie jako przyczynek lub fragment szerszej dyskusji nad karą śmierci w amerykańskim systemie prawnym³.

1 *Hurst v. Florida* (577 U.S. 92).

2 Stanowczy sprzeciw wobec tych zmian wyraziła m.in. Naczelna Rada Adwokacka; zob. Uchwała nr 83 Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 19 listopada 2022 r., https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-uchwala-nra-nr-822022-35958.pdf.

3 W polskiej literaturze temat ten podejmują m.in. D. Michalski, K.D. Ryś, Kara śmierci w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Wybrane zagadnienia, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2017, nr 38, s. 381–396; A. Jezusek, Kara śmierci w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki, „*Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*” 2010, z. 4, s. 101–138; W. Kwiatkowski, Zagadnienie

1. Kara śmierci w konstytucji i ustawach federalnych

Legalność istoty kary śmierci w Stanach Zjednoczonych pozostaje współcześnie niekwestionowana na gruncie VIII poprawki do Konstytucji i związanego z nią odpowiedniego orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, który niezmienne uznaje karę śmierci za pozostającą poza katalogiem kar „okrutnych i niezwykłych” (takowych bowiem zabrania wskazana poprawka)⁴.

Amerykański wymiar sprawiedliwości uszczegółowił elementy proceduralne orzeczenia najwyższej kary, określił zakres przestępstw, za które kara śmierci może być orzeczona, katalog osób, wobec których nie może być ona orzeczona, czy listę metod, którymi może być wykonana⁵. Natomiast mimo wielu prób Sąd Najwyższy nie podważył jej zasadności jako takiej, poza wyjątkowym, krótkim okresem w latach siedemdziesiątych. W 1972 roku w sprawie *Furman v. Georgia*⁶ Sąd Najwyższy uznał karę śmierci wykonywaną w prawie stanowym w Georgii za niekonstytucyjną w świetle VIII poprawki, ponieważ przepisy pozwalały na zupełną dowolność decyzyjną ławy przysięgłych w kwestii uznania, czy odpowiednią karą jest kara śmierci czy kara dożywotniego pozbawienia wolności⁷. W efekcie wprowadzona została abolicja na wykonywanie kary śmierci, a poszczególne stany rozpoczęły proces przeglądu swojego ustawodawstwa. Sąd Najwyższy zrewidował jednak swoje stanowisko

kary śmierci w Stanach Zjednoczonych Ameryki, „Zeszyty Prawnicze” 2012, nr 12/3, s. 115–150; M. Mitera, M. Zubik, Kara śmierci w świetle doświadczeń współczesnych systemów prawnych, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1998; S. Frankowski, R. Goldman, E. Łętowska, Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie, Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE, Warszawa 1996.

- 4 Oryginalny tekst VIII poprawki brzmi: *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*, <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-8/>. W polskim tłumaczeniu A. Pułło czytamy: Nie wolno żądać nadmiernych kaucji ani wymierzać nadmiernych grzywien albo stosować kar okrutnych lub wymyślnych, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>, natomiast P. Laidler proponuje tłumaczenie: Nie wolno żądać wygórowanych kaucji, nakładać wygórowanych grzywien ani skazywać na kary okrutne i niehumanitarne, będące w sprzeczności z uświęconymi zwyczajami; P. Laidler, Konstytucja Stanów Zjednoczonych. Przewodnik, Kraków 2007, s. 131. Używane w niniejszym tekście tłumaczenie ma charakter bezpośredniego przełożenia przymiotników „*cruel*” jako okrutny oraz „*unusual*” jako niezwykły.
- 5 Zob. np. orzeczenia w sprawach: *U.S. v. Jackson* (390 U.S. 570), *Witherspoon v. Illinois* (391 U.S. 510), *Coker v. Georgia*, (433 U.S. 584), *Thompson v. Oklahoma* (487 U.S. 815), *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304), *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551), *Kennedy v. Louisiana* (554 U.S. 407) czy kluczowe dla omawianej w tekście problematyki – *Hurst v. Florida* (577 U.S. 92).
- 6 *Furman v. Georgia* (408 U.S. 238)
- 7 Samo orzeczenie jest niezmiernie krótkie, a dołączono do niego aż 9 zdań odrębnych, w których sędziowie podawali bardzo różną motywację dla uznania przepisów stanu Georgia za niekonstytucyjne, przy czym tylko dwóch sędziów zakwestionowało legalność kary śmierci jako takiej; P. Marcus, Capital Punishment in the United States, and Beyond, „Melbourne University Law Review” 2007, vol. 31, s. 840.

już 4 lata później w sprawie *Gregg v. Georgia*⁸, uznając karę śmierci za dopuszczalną, a zatem zgodną z konstytucją, pod pewnymi warunkami, w tym takim, że może być ona orzeczona jedynie za czyn pozbawiający życia drugą osobę⁹.

W konsekwencji, w świetle obecnie obowiązującego orzecznictwa, w ustawodawstwie federalnym ten rodzaj kary jest przewidziany w reakcji na przestępstwa o szczególnym charakterze, przede wszystkim morderstwo czy zabójstwo¹⁰ (np. ludobójstwo, zamach na prezydenta, sędziego, członka Kongresu czy urzędnika federalnego ze skutkiem śmiertelnym), ale także za działania prowadzące do zniszczenia statku powietrznego lub innego pojazdu, porwanie, branie zakładników czy wysyłkę materiałów niebezpiecznych – skutkujące śmiercią¹¹.

W przepisach federalnych występują także przestępstwa o charakterze ogólnym, które są zagrożone karą śmierci, ale przy których w przepisie nie ma elementu wskazującego na konieczność skutku śmiertelnego. Są to: przemyt narkotyków w dużych ilościach, usiłowanie, upoważnienie lub doradzanie w zabiciu jakiegokolwiek funkcjonariusza, ławnika lub świadka w sprawach podlegających ustawie *Continuing Criminal Enterprise* (zwalczającej przemyt narkotyków) oraz zdrada i szpiegostwo¹².

Osobna kategoria piętnastu przestępstw zagrożonych karą śmierci znajduje się w *Uniform Code of Military Justice* (Jednolitym Kodeksie Sprawiedliwości Militarnej), przy czym część z nich warunkuje okres wojny, a jej wymierzanie podlega oddzielnej wojskowej procedurze¹³.

2. Kara śmierci w prawie stanowym

Decyzja o tym, czy kara śmierci przewidziana jest w katalogu kar w ustawodawstwie stanowym, należy do poszczególnych stanów. Z perspektywy historycznej można wskazać na obecność tej kary już w czasach kolonialnych, przed powstaniem

8 *Gregg v. Georgia* (428 U.S. 153).

9 Szerzej zob. A. Jezusek, Kara..., *op. cit.*, s. 102–110; C. Maslowsky, *Callie Furman v. Georgia and the Supreme Court's Failure to Apply It*, „Penn Journal of Philosophy, „Politics & Economics” 2019, vol. 14, wyd. 2, s. 60–73.

10 Terminologia amerykańska w tym zakresie oraz jej przekład na język polski stanowią pewne wyzwanie. Szczegółowo na ten temat: W. Kwiatkowski, *Zagadnienie...*, *op. cit.*, s. 125–126.

11 Są to przepisy ulokowane przede wszystkim w paragrafach rozdziału 18 kodeksu Stanów Zjednoczonych, a wyjątkowo w paragrafach rozdziału 8, 21 i 49. Szczegółowy wykaz dostępny jest na stronie internetowej Death Penalty Information Center. Federal Laws Providing for Death Penalty: <https://deathpenaltyinfo.org/stories/federal-laws-providing-death-penalty> (11.11.2022).

12 W tych ostatnich dwóch przypadkach wchodzi jednak w grę dodatkowe przepisy i ograniczenia; szerzej zob. R. Norwood, *None Dare Call It Treason: The Constitutionality of the Death Penalty for Peacetime Espionage*, „Cornell Law Review” 2002, vol. 87, s. 820–852.

13 Szerzej na ten temat: C. Smith, *Fair and Impartial? Military Jurisdiction and the Decision to Seek the Death Penalty*, „University of Miami National Security&Armed Conflict Law Review” 2015, vol. 5, wyd. 2, s. 1–32.

Stanów Zjednoczonych Ameryki. Pierwsze udokumentowane wyroki z karą śmierci sięgają początków XVII wieku, a ruch abolicjonistyczny – końcówki tego wieku. Po szczególne stany utrzymują karę śmierci w swoich regulacjach, ale zaczynają ograniczać jej wykonywanie. Michigan był pierwszym stanem, który już w 1847 roku uznał, że jedynie przestępstwo zdrady zasługuje na zagrożenie najwyższą karą. Z początkiem XX wieku rozpoczyna się stopniowa abolicja rozciągająca się na inne części terytorium USA. W ostatnich latach obserwowana jest natomiast wyraźna tendencja do zupełnego wykluczania kary śmierci z katalogu kar w stanowych kodeksach karnych, a obecnie zniesiona jest w prawie połowie stanów¹⁴.

W 27 stanach kara śmierci jest jednak wciąż obecna (choć w trzech – Kalifornii, Oregonie i Pensylwanii obowiązują gubernatorskie moratoria na jej wykonywanie). Przegląd odpowiednich przepisów pozwala na wyciągnięcie dwóch ogólnych wniosków. Po pierwsze, we wszystkich 27 stanach karą śmierci zagrożona jest najcięższa zbrodnia, określana jako *first-degree murder* w trzynastu stanach lub podobnie – jako *capital murder, criminal homicide aggravated murder* w pozostałych stanach.

Podkreślić należy, że w każdym wypadku (poza stanem Wyoming) wymagane jest zaistnienie okoliczności obciążających – w 15 stanach przynajmniej jednej z kilku/kilkunastu, w trzech stanach – wszystkich 18 lub 10. Osiem stanów nie podaje liczby wymaganych okoliczności obciążających. Po drugie, jedynie w czterech stanach wskazane są inne zbrodnie zagrożone karą śmierci. W znacznej mierze są to czyny skutkujące śmiercią, ale w katalogu znajdują się także zdrada, porwanie statku powietrznego, porwanie czy napaść seksualna – bez doprecyzowania tego skutku, przy czym w takich sytuacjach¹⁵ nadrzędne jest stosowanie orzecznictwa federalnego Sądu Najwyższego uznającego niekonstytucyjność kary śmierci wymierzonej za czyn

14 Na temat historii kary śmierci zob. S.C. Malik, D. P. Holdsworth, A Survey of the History of the Death Penalty in the United States, „University of Richmond Law Review” 2015, vol. 49, s. 693–710. W październiku 2022 r. 27 stanów przewiduje w ustawach możliwość wymierzenia kary śmierci, natomiast w 23 stanach została ona zniesiona. Szczegółowe informacje: Death Penalty Information Center: <https://documents.deathpenaltyinfo.org/pdf/FactSheet.pdf> (20.10.2022).

15 Dane wskazują, że jedynie dwukrotnie w historii Stanów Zjednoczonych w celi śmierci znajdowały się osoby skazane za czyn (pedofilię) bez skutku śmiertelnego – Patric Kennedy i Richard Davis, obaj na mocy prawa stanowego Luizjany. Te dwa skazania były podstawą do wydania orzeczenia *Kennedy v. Louisiana*, w którym uznano niekonstytucyjność kary śmierci wymierzonej za czyn bez skutku śmiertelnego, uznając tym samym karę śmierci wymierzoną za pedofilię za karę okrutną i niezwykłą, co wywołało burzliwą dyskusję; szerzej np. S. Gover, Child rape as a crime against humanity: challenging the United States Supreme Court reasoning in *Kennedy v. Louisiana*, „The International Journal of Human Rights” 2009, vol. 13, wyd. 5, s. 668–679; R.M. Ré, Can Congress Overturn *Kennedy v. Louisiana*?, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2009, vol. 33, nr 3, s. 1031–1105.

bez skutku śmiertelnego (zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Kennedy v. Louisiana* z 2008 roku)¹⁶.

Oskarżony w sprawie zagrożonej karą śmierci w amerykańskim procesie karnym ma konstytucyjne prawo do procesu z udziałem ławy przysięgłych. W federalnym procesie, werdykt podejmowany jest jednomyślnie w 12-osobowym składzie. W procesach stanowych liczba członków ławy zwykle także wynosi dwanaście, a werdykt co do zasady jest jednomyślny. Wyjątek stanowi Alabama, w której do podjęcia decyzji wymagana jest większość 10:2¹⁷.

Kluczowy dla dalszej analizy tytułowego problemu jest fakt, że w 31 z 34 stanów, które do momentu orzeczenia w sprawie *Hurst v. Florida* dopuszczały karę śmierci, decyzja ławy przysięgłych była ostateczna. Tylko w trzech stanach (Alabama, Delaware i Floryda) sędzia w ramach *judicial override* miał prawo do uchylenia decyzji ławy¹⁸.

3. Kara śmierci i *judicial override* w prawie stanu Alabama

Kara śmierci wykonywana jest w Alabamie od początków XIX wieku. Współcześnie stanowy kodeks karny przewiduje możliwość orzeczenia tej kary jedynie za przestępstwo umyślnego zabójstwa ze szczególnym okrucieństwem. Kodeks wymienia 21 takich okoliczności (m.in. zabójstwo dokonane przez oskarżonego w trakcie porwania pierwszego stopnia lub jego usiłowania popełnionego przez oskarżonego, zabójstwo dokonane za wynagrodzeniem pieniężnym lub innym korzystnym świadczeniem lub zgodnie z umową lub na zlecenie czy zabójstwo, gdy ofiara ma mniej niż czternaście lat¹⁹).

Pierwsza udokumentowana egzekucja odbyła się w 1812 roku. Do 1927 roku kara wykonywana była przez powieszenie, potem nastąpiła era krzesła elektrycznego. Od 2002 roku główną metodą wykonania kary jest zastrzyk trucizny. W latach 1927–1976 w Alabamie wykonano 153 egzekucje. Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Furman v. Georgia* skutkowałam wstrzymaniem orzekania i wykonywania kary śmierci

16 Na podstawie wykazu odpowiednich przepisów stanowych dostępnych na stronie internetowej Death Penalty Information Center: <https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/crimes-punishable-by-death/summary-of-state-death-penalty-statutes>.

17 W 2016 r. stanowe sądy najwyższe Florydy i Delaware (które obok Alabamy nie miały reguły jednomyślności ławy przysięgłych w procedurze decyzji o karze śmierci) uznały swoje przepisy za niekonstytucyjne, ponieważ zezwalały sędziom na wymierzanie kary śmierci w oparciu o niejednomyślną rekomendację ławy przysięgłych (orzeczenia w sprawach: *Hurst v. State*, No. SC12–1947 oraz *Rauf v. State*, 145 A.3d 430).

18 The Death Penalty in Alabama: Judge Override, Equal Justice Initiative Report, 2011, s. 10, <https://eji.org/wp-content/uploads/2019/10/death-penalty-in-alabama-judge-override.pdf> (11.11.2022).

19 §13A-5-4 (a)(1)-(21) kodeksu Alabamy z 1975 r. Alabama Code (1975), <http://alisondb.legislature.state.al.us/alison/codeofalabama/1975/coatoc.htm> (14.11.2022).

w tym stanie do 1983 roku. Od tej pory liczba wykonanych wyroków waha się rocz-
nie między 0 a 6²⁰.

Uprawnienie znane jako *judicial override* miało oryginalnie ograniczyć orze-
kanie najwyższej z kar w toku decyzyjnym ławy przysięgłych. Wprowadzenie od-
powiednich przepisów do prawa stanowego Alabamy było skutkiem orzeczeń Sądu
Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Furman v. Georgia* i miało na celu za-
pewnienie, że ława przysięgłych nie będzie miała nieograniczonej swobody w zakre-
sie decydowania o wyborze tej kary.

Zgodnie zatem z funkcjonującymi od 1976 do 2017 roku przepisami kodeksu
Alabamy rolą ławy przysięgłych w procesie karnym w sprawie o czyn zagrożony karą
śmierci była ocena przedstawionych w toku postępowania okoliczności łagodzących
i obciążających oskarżonego oraz podjęcie decyzji o wymiarze kary dożywotniego
pozbawienia wolności bez możliwości wcześniejszego warunkowego zwolnienia lub
kary śmierci, przy czym decyzja ta dostarczana była w formie werdyktu doradczego
(oryg. *advisory verdict*), który to werdykt (nazwany dalej „rekomendacją ławy przy-
sięgłych”) powinien być przez sąd rozważony (oryg. *give consideration*), ale nie był
dla sądu wiążący (oryg. *not binding upon the court*)²¹.

W praktyce oznaczało to, że werdykt ławy przysięgłych mógł być zmieniony
przez prowadzącego sprawę sędziego. Decyzja ławy przysięgłych o wymierzeniu
kary dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości wcześniejszego zwolnie-
nia mogła być uchylona przez sędziego na rzecz kary śmierci lub, jeśli ława przysię-
głych zdecydowała o karze śmierci, sędzia mógł taki werdykt uchylić i wymierzyć
karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości wcześniejszego warunko-
wego zwolnienia²².

Badania *Equal Justice Initiative* pokazywały, że Alabama była jedynym stanem,
w którym sędziowie rutynowo unieważniali wyroki ławy przysięgłych w sprawach
dożywotniego pozbawienia wolności i zamieniali je na kary śmierci. W latach 1983–

20 Dane na podstawie informacji Death Penalty Information Center: <https://deathpenaltyinfo.org/state-and-federal-info/state-by-state/alabama> (14.11.2022); szerzej na temat kary śmierci w Ala-
bامية: N.A. Forrester, Judge Versus Jury: The Continuing Validity of Alabama's Capital Sentencing
Regime After Ring v. Arizona, „Alabama Law Review” 2003, vol. 54, s. 1157 i n.; W.F. Abrams,
Fighting for Life and Justice in Alabama: Observations from the Front Lines, „University of To-
ledo Law Review” 2004, vol. 35, s. 585 i n.

21 §13A-5-46 (a) w związku z §§ 13A-5-47 (e) kodeksu Alabamy z 1975 r. (w brzmieniu sprzed
2017 r.); zob. Alabama Code (1975), https://inform.alabama.gov/_ALI/PDF/Book/complete_projects/Criminal%20Code%202017.pdf.

22 Szerzej zob. S. Heery, If It's Constitutional, Then What's the Problem?: The Use of Judicial Over-
ride in Alabama Death Sentencing, „Washington University Journal of Law&Policy” 2010, vol. 34,
s. 362–367; K.K. Russell, The Constitutionality of Jury Override in Alabama Death Penalty Cases,
„Alabama Law Review” 1994, vol. 46, s. 5 i n.

2011 uchylenia takie miały miejsce w 98 sprawach, a jedynie w dziewięciu werdykt zmieniono na karę dożywotniego pozbawienia wolności²³.

Podobne rozwiązania funkcjonowały jeszcze w stanach Delaware oraz Floryda i to prawo drugiego z nich w 2016 roku Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych uznał za niekonstytucyjne. Decyzja sędziów była następstwem zastosowania zasady wyprowadzonej w sprawie *Ring v. Arizona* w 2002 roku, która na podstawie VI poprawki wymagała od ławy przysięgłych orzekania kary śmierci jedynie, jeśli w toku postępowania udowodnione zostały okoliczności obciążające²⁴. W orzeczeniu *Hurst v. Florida* Sąd Najwyższy uznał, że przepisy stanowe Florydy, zezwalające na „rekomendację” ławy przysięgłych i pozostawiające ostateczną decyzję sędziemu, stoją w sprzeczności z konstytucją i wcześniejszym orzeczeniem²⁵.

Członkowie kongresu stanowego Alabamy, uznając, że orzeczenie w sprawie Florydy oznacza niekonstytucyjność także lokalnych przepisów w przedmiocie orzekania kary śmierci, poddali pod głosowanie ustawę wprowadzającą zmiany w kodeksie, skutkujące zakazem uchylania rekomendacji ławy przysięgłych w werdykcie dotyczącym wyboru kary śmierci lub dożywotniego pozbawienia wolności. Dyskutowane były dwa projekty. W pierwszym znoszono *judicial override* i pozostawiano możliwość głosowania większościowego (10:2) przy decyzji ławy przysięgłych dotyczącej wymiaru kary. Drugi projekt szedł o krok dalej, znosząc *judicial override* i wprowadzając wymóg jednomyślnego głosowania ławy w przypadku skazania na karę śmierci. Polityczny układ zmusił autora drugiego projektu do wycofania wniosku, a pierwszy projekt, w głosowaniu z 4 kwietnia 2017 roku, uzyskał większość 78:19. Podpis gubernator Kay Ivey, złożony kilka dni później, oznaczał wejście w życie zmian w prawie²⁶.

Obecnie obowiązujące przepisy stanowią: Jeżeli ława przysięgłych orzeknie karę śmierci, sąd skazuje oskarżonego na karę śmierci. Jeżeli ława przysięgłych nie wyda wyroku śmierci, sąd skazuje oskarżonego na karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości zwolnienia warunkowego²⁷.

Tym samym w 2017 roku *judicial override* przestało obowiązywać w prawie wszystkich 50 stanów USA.

23 The Death Penalty in Alabama..., *op. cit.*, s. 24–26.

24 N.A. Forrester, Judge..., *op. cit.*

25 *Hurst v. Florida* (577 U.S. 92); zob. też: M. Kalmanson, Storm of the Decade: The Aftermath of *Hurst v. Florida* & Why the Storm is Likely to Continue, „University of Miami Law Review” 2020, vol. 74, s. 37 i n.

26 Alabama Legislature Votes to End Judicial Override, Death Penalty Information Center, April 05, 2017, <https://deathpenaltyinfo.org/news/alabama-legislature-votes-to-end-judicial-override> (14.11.2022).

27 §13A-5-47 (a) kodeksu Alabamy z 1975 r., <http://alisondb.legislature.state.al.us/alison/codeofalabama/1975/coatoc.htm> (15.11.2022).

4. Wybory sędziowskie w stanie Alabama

Istotnym elementem omawianego problemu jest sędziowska procedura wyborcza w stanie Alabama. Oto bowiem sędziowie sądów stanowych wszystkich szczebli²⁸ wybierani są tam w tzw. partyjnych wyborach powszechnych (*partisan election*) na określoną, 6-letnią kadencję. Aby uzyskać stanowisko sędziego kandydat musi najpierw pokonać przeciwników w wewnętrznych wyborach partyjnych. Właściwe wybory, poprzedzone polityczną kampanią wyborczą, odbywają się zwykle łącznie z wyborami powszechnymi, w tym do władz federalnych i stanowych²⁹.

Taki system wyborów sędziów budzi kontrowersje, szczególnie w kontekście finansowania kampanii wyborczych prowadzonych przez poszczególnych kandydatów, ma jednak także swoich konsekwentnych zwolenników doceniających na przykład więź wytworzoną między sędziami a ich wyborcami³⁰.

Od lat toczy się także dyskusja na temat wpływu, jaki ma proces wyboru sędziów (nie tylko w Alabamie, ale ten stan, obok Massachusetts, stanowi często główne pole tych dyskusji) na sprawowanie przez nich funkcji i wymiaru sprawiedliwości, w szczególności w sprawach karnych. Podnoszone są argumenty o tym, że podejście kandydatów do spraw karnych (w tym orzekania kary śmierci) stanowi przedmiot kampanii wyborczych. Zebrane dane wskazują, iż w stanach, w których sędziowie są wybierani, odsetek uchylecia wyroków kary śmierci na etapie apelacji sięga 11%, podczas gdy w stanach, w których sędziowie są mianowani w specjalnych procedurach, odsetek ten wynosi 26%³¹.

5. Sprawa Kennetha Smitha

Fakty w sprawie Kennetha Smitha układają się w historię, w której skazany 18 marca 1988 roku zamordował Elizabeth Dorlene Sennet, żonę lokalnego pastora. W trakcie postępowania wyszło na jaw, że pastor Sennet, uwikłany w romans, zlecił zabójstwo żony (za cenę 1000 dolarów amerykańskich wypłaconych dwóm zlecenio-

28 Struktura sądowa Alabamy to modelowa struktura składająca się z sądu dystryktowego, okręgowego, sądu apelacyjnego i stanowego sądu najwyższego. Dodatkowo na poziomie I instancji istnieją jeszcze sądy polubowne i sądy municypalitetów; Alabama Judicial System, <https://judicial.alabama.gov/Appellate/JudicialSystemChart> (15.11.2022).

29 W Alabamie 8 listopada 2022 r. (zatem w dniu tzw. *mid-term elections*, w których wybierani są przedstawiciele do Kongresu) odbyły się wybory dwóch sędziów do Sądu Najwyższego; Alabama Supreme Court Elections: https://ballotpedia.org/Alabama_Supreme_Court_elections,_2022 (17.11.2022).

30 J. Park, Judicial Elections: The Case for Accountability, „Akron Journal of Constitutional Law and Policy” 2011, vol. 2, s. 167.

31 D. Levine, K. Cooke, In states with elected high court judges, a harder line on capital punishment, „Reuters” September 22, 2015, <https://www.reuters.com/investigates/special-report/usa-deathpenalty-judges/#graphic-deathpenalty> (17.11.2022).

biorcom, w tym Smithowi), licząc na uzyskanie odszkodowania na pokrycie zaciągniętych długów. Kiedy śledztwo skupiło się na pastarze jako podejrzanym, Sennet popełnił samobójstwo. obrońcy Kennetha Smitha próbowali dowieść, że oskarżony brał udział we włamaniu do domu i ataku na ofiarę, ale bez zamiaru jej zamordowania, a samego aktu pobicia ze skutkiem śmiertelnym dokonał współsprawca³².

W 1996 roku w rozprawie przed sądem pierwszej instancji zapadł wyrok skazujący, przy czym orzekająca w sprawie ława przysięgłych w ramach werdyktu doradczego stosunkiem głosów 11:1 uznała, że oskarżony zasługuje na karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości wcześniejszego warunkowego zwolnienia. Sędzia, na mocy przysługującego mu uprawnienia *judicial override*, uchylił werdykt ławy przysięgłych i skazał Kennetha Smitha na karę śmierci. Podejmując decyzję o rekomendacji kary dożywotniego więzienia w sprawie Smitha, ława przysięgłych wskazała na jedną okoliczność obciążającą – zabójstwo dla korzyści majątkowych oraz na szereg okoliczności łagodzących udowodnionych przez obronę, to jest: 1) wiek (dwadzieścia dwa lata w chwili popełnienia przestępstwa), 2) brak znaczącej historii wcześniejszej działalności przestępczej, 3) wykazane przez skazanego wyrzuty sumienia z powodu tego, co zrobił, i dobrowolne przyznanie się, 4) dobre zachowanie w więzieniu oraz okazane wsparcie dla innych, w tym członków rodziny, 5) okoliczności zaniedbania i pozbawienia opieki we wczesnym dzieciństwie. Samą rekomendację ławy także uznano za okoliczność łagodzącą. Przewaga okoliczności łagodzących została uznana za znaczącą przez 11 z 12 członków ławy³³.

Prowadzący sprawę sędzia zdecydowanie odrzucił jednak argumentację ławy. Uznał, że istniała racjonalna podstawa do zwiększenia kary zalecanej przez ławę przysięgłych, ponieważ było to zabójstwo podcza napadu rabunkowego, a oskarżony miał możliwość zastanowienia się i wycofania ze swoich działań oraz że zdolność oskarżonego do oceny przestępczości swojego zachowania lub dostosowania swojego zachowania do wymogów prawa nie była w znacznym stopniu ograniczona. Sędzia podkreślił także, że rekomendacja ławy podjęta została po wpływie emocjonalnego wystąpienia matki oskarżonego³⁴.

Kenneth Smith odwołał się od wyroku sądu pierwszej instancji. W 2000 roku Sąd Apelacyjny ds. Karnych Alabamy, rozpatrując, czy w trakcie postępowania przed sądem pierwszej instancji nie popełniono „oczywistego błędu” (to jest błędu tak oczywistego, że jego niezauważenie mogłoby poważnie wpłynąć na rzetelność lub uczciwość postępowania), utrzymał w mocy wyrok skazujący na karę śmierci³⁵.

32 Na podstawie orzeczenia *Kenneth Eugene Smith v. State*, CR-97-0069 (2000).

33 Petition for Writ of Certiorari, *Kenneth Eugene Smith v. Jefferson Dunn*, Commissioner, Alabama Department of Corrections, October 18, 2022, https://www.supremecourt.gov/Docket-PDF/21/21-579/196731/20211018162358186_Smith%20v%20Dunn%20Petition%20for%20Writ%20of%20Certiorari.pdf (11.11.2022).

34 *Ibidem*.

35 *Kenneth Eugene Smith v. State*, CR-97-0069 (2000).

Zgodnie z przysługującymi procedurami Kenneth Smith ubiegał się o przyznanie mu *writ habeas corpus*, jako że więzień skazany na karę śmierci może wnioskować o ponowne rozpatrzenie jego sprawy w związku z legalnością procedury pozbawienia go wolności³⁶. W 2021 roku, po wieloletnich procedurach, w tym odwoławczych, ostateczną odmowę ponownego rozpatrzenia zatwierdził odpowiedni federalny sąd apelacyjny³⁷.

Sąd Najwyższy stanu Alabama wyznaczył datę egzekucji na 17 listopada 2022 roku³⁸. Prawnicy Smitha próbowali w osobnej procedurze federalnej podnosić, że przepisy stanowe Alabamy dotyczące wykonania kary śmierci poprzez zastrzyk stanowią pogwałcenie VIII poprawki do amerykańskiej konstytucji zakazującej kar okrutnych i niezwyčajnych, a dodatkowo że Departament Więziennictwa Alabamy naruszył jego prawa do należytego procesu zgodnie z XIV poprawką, ponieważ nie udzielił mu informacji niezbędnych do świadomego zrzeczenia się prawa do wyboru egzekucji przez niedotlenienie azotem zamiast śmiertelnego zastrzyku. Sąd federalny odrzucił pozew w decyzji zapadłej w październiku 2022 roku³⁹.

Prawnicy skazanego starali się jeszcze o decyzję Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i zawieszenie kary, wnosząc o rozpatrzenie całej sprawy, a w szczególności elementu zmiany werdyktu ławy przysięgłych w ramach *judicial override*⁴⁰, ale Sąd Najwyższy, na dzień przed wyznaczoną datą egzekucji, ostatecznie odrzucił wniosek o rozpatrzenie sprawy i o zawieszenie wykonania kary śmierci⁴¹.

W konsekwencji wyczerpania wszelkich możliwości formalnych przystąpiono do przygotowania egzekucji. Okazało się jednak, że samo wykonanie kary śmierci poprzez zastrzyk było na tyle skomplikowane (specjaliści nie byli w stanie odpowiednio przygotować wkluc żylnych skazanego), że prawnicy Smitha ponownie mieli możliwość wnioskowania o jej wstrzymanie, argumentując, że sposób wykonania, czyli nieudolności wykonania zasądzonej kary, czyni ją „okrutną i niezwyčajną”, a zatem naruszającą VIII poprawkę do amerykańskiej konstytucji. Argumentacja ta przekonała odpowiedni sąd federalny do wydania decyzji wstrzymującej wykonanie kary na kilka godzin przed terminem egzekucji. Odwołanie od niej natychmiast trafiło do Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, który w trybie pilnym, bez wydania pisemnej wersji, na dwie godziny przed wyznaczonym terminem uchylił decyzję

36 Szerzej zob. P. Krawczyk, B. Łukowiak, *Habeas corpus* w Polsce oraz w niektórych państwach kręgu *common law*. Analiza porównawcza, „Problemy Prawa Karnego” 2021, t. 5, nr 2, s. 22.

37 *Kenneth Eugene Smith v. Commissioner*, Alabama Department of Corrections, Attorney General State of Alabama, 850 Fed.Appx. 726 11th Cir. No. 19-14543 (2021).

38 The Supreme Court of Alabama Order 1000976, September 30, 2022, <https://documents.deathpenaltyinfo.org/Kenneth-Smith-Execution-Order-2022-11-17.pdf> (12.12.2022)

39 *Kenneth Eugene Smith v. John Q. Hamm, Commissioner*, Alabama Department of Corrections *at al.*, 2:22-CV-497-RAH [WO], October 16, 2022 (12.12.2022).

40 *Petition for Writ of Certiorari...*, *op. cit.*

41 *Smith Kenneth E. v. Alabama*, Supreme Court of Justice order 22-6049, November 16, 2022.

nizszego sądu federalnego i przyznał władzom stanowym Alabamy prawo do kontynuowania wykonania kary. Podkreślić warto, że tym razem trójka sędziów złożyła zdanie odrębne, głosując za wstrzymaniem egzekucji. Okazało się jednak, że trudności z odpowiednim przygotowaniem medycznym skazanego były na tyle duże (możliwe było jedno z dwóch wymaganych wkłuć), że władze zakładu karnego, w którym miała być przeprowadzona egzekucja, odwołały ją na 40 minut przed wyznaczoną godziną wykonania kary. Odwołanie pozostało bezterminowe w związku z wygaśnięciem nakazu wykonania kary o północy⁴².

Te nagłe, dodatkowe komplikacje ukazują jeszcze inną, zdecydowanie „okrutną i niezwyčajną” stronę kary śmierci, to jest nieskuteczny sposób jej wykonania, co może być przedmiotem osobnej analizy, także w kontekście prawnych i medycznych aspektów końca życia.

Kenneth Smith pozostaje natomiast nadal (to jest na chwilę oddania tekstu do publikacji) w celi śmierci z niejasną sytuacją prawną.

Wnioski

Uprawnienie znane jako *judicial override*, którego celem było ograniczenie „szafowania” najwyższą z kar przez ławy przysięgłych złożonych z obywateli, stało się narzędziem w rękach sędziów wybieranych w wyborach stanowych do decydowania o końcu życia skazanych, którym konstytucyjnie uprawniona „bezstronna ława”, wybierana spośród mieszkańców stanu i okręgu, będącego miejscem przestępstwa, a więc rozumiana jako ława *jury of own peers*, dawała szansę na życie.

Sprawa Kennetha Smitha ujawniła rażące nieprawidłowości nie tylko istoty *judicial override*, ale też konsekwencji, a w zasadzie braku konsekwencji jej zniesienia wobec skazanych przed 2017 rokiem, czekającym na wykonanie wyroku. Uwypukliła także, po raz kolejny, dramatyczne naruszenia zakazu „kar okrutnych i niezwyčajnych” poprzez problem z odpowiednim wykonaniem śmiertelnego zastrzyku. Medyczne komplikacje stanęły na drodze wykonania wyroku w kilku innych przypadkach w samym 2022 roku, tak w Alabamie, jak w innych stanach⁴³.

Historia Kennetha Smitha wzmacnia także argumenty społeczne widoczne od dłuższego czasu wśród obywateli Stanów Zjednoczonych. Badania z 2019 roku pokazują, że chociaż 55% Amerykanów wciąż popiera karę śmierci dla najcięższych prze-

42 Sekwencja wydarzeń i decyzji sądowych odtworzona na podstawie dostępnych doniesień prasowych: N. Bogel-Burroughs, Alabama Again Cancels an Execution Over Delays Inserting IV Lines, „The New York Times” November 17, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/11/17/us/alabama-execution-kenneth-smith.html> (18.11.2022); D. Andone, Execution of Alabama death row prisoner is called off, state official says, citing time constraints from late-night court battle, CNN, November 18, 2022, <https://edition.cnn.com/2022/11/17/us/kenneth-smith-alabama-execution/index.html> (18.11.2022).

43 D. Andone, Execution..., *op. cit.*.

stępstw, to w sytuacji możliwości wyboru jako karę za zabójstwo 60% społeczeństwa wskazałoby karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości warunkowego zwolnienia, a karę śmierci – 36%. Proporcje te zostały zupełnie odwrócone w ciągu ostatnich 25 lat⁴⁴, dlatego podkreślić należy, że walka prawników Smitha toczyła się o prawo skazanego do zamiany kary śmierci na karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości ubiegania się o wcześniejsze warunkowe zwolnienie, która jawiła się jako sprawiedliwa i właściwa w świetle amerykańskiego prawa.

Europejska kultura prawna jest w tej sprawie w zupełnie innym miejscu. Orzecznictwo strasburskie uznaje bowiem karę dożywotniego pozbawiania wolności bez możliwości przedterminowego zwolnienia za nieludzkie traktowanie, w sposób oczywisty naruszające art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁴⁵, a argumenty te wybrzmiały mocno w sprzeciwie wobec najnowszej reformy polskiego kodeksu postępowania karnego.

Wylimitowanie kary śmierci z katalogu kar orzekanych w amerykańskich procesach karnych możliwe byłoby poprzez uznanie tej kary przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych za niezgodną z VIII poprawką do konstytucji. W związku z przewagą sędziów mianowanych przez republikańskich prezydentów w obecnym składzie Sądu Najwyższego stan uznający legalność kary śmierci na poziomie federalnym, a zatem dopuszczalnej na poziomie stanowym, zostanie zapewne utrzymany. Jediną możliwością pozostaje usuwanie tej kary z regulacji stanowych, co możliwe jest poprzez działania stanowych legislatur i gubernatorów⁴⁶.

44 Gallup. Death Penalty, <https://news.gallup.com/poll/1606/death-penalty.aspx> (16.12.2022).

45 *László Magyar przeciwko Węgrom* – wyrok ETPC z dnia 20 maja 2014 r., skarga nr 73593/10. Warto podkreślić, że Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim orzecznictwie powołuje się na wyroki amerykańskiego Sądu Najwyższego (szerzej: G. Maroń, *References to the US Supreme Court Decisions in the Judgments of the European Court of Justice*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, nr 5(51), s. 319–349), natomiast w sprawach *Atkins v. Virginia* oraz *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 (2003)) Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych powołał się na europejskie standardy i orzecznictwo strasburskie.

46 Debata nad legalnością kary śmierci w ogóle wpisuje się w amerykański trend polityczny podziału między zwolenników kary śmierci wśród Republikanów a jej zagorzałych przeciwników w gronie Demokratów. Gubernatorzy stanów wybierani z ramienia Partii Demokratycznej coraz częściej podejmują decyzje wskazujące jednoznacznie na sprzeciw wobec tej kary. Odchodząca z urzędu gubernator stanu Oregon w jednej ze swoich ostatnich decyzji zamieniła karę śmierci na karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości warunkowego zwolnienia dla wszystkich 17 skazanych przebywających w stanowej celi śmierci i jednocześnie nakazała likwidację komory śmierci; Governor Kate Brown Commutes Oregon's Death Row, December 13, 2022, <https://www.oregon.gov/newsroom/Pages/NewsDetail.aspx?newsid=76509> (16.12.2022).

BIBLIOGRAFIA

- Abrams W.F., *Fighting for Life and Justice in Alabama: Observations from the Front Lines*, „University of Toledo Law Review” 2004, vol. 35.
- Alabama Judicial System: <https://judicial.alabama.gov/Appellate/JudicialSystemChart>.
- Alabama Legislature Votes to End Judicial Override, Death Penalty Information Center, April 05, 2017, <https://deathpenaltyinfo.org/news/alabama-legislature-votes-to-end-judicial-override>.
- Alabama Supreme Court Elections: https://ballotpedia.org/Alabama_Supreme_Court_elections,_2022.
- Andone D., Execution of Alabama death row prisoner is called off, state official says, citing time constraints from late-night court battle, CNN, November 18, 2022, <https://edition.cnn.com/2022/11/17/us/kenneth-smith-alabama-execution/index.html>.
- Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304).
- Bogel-Burroughs N., Alabama Again Cancels an Execution Over Delays Inserting IV Lines, „The New York Times” November 17, 2022, <https://www.nytimes.com/2022/11/17/us/alabama-execution-kenneth-smith.html>.
- Coker v. Georgia*, (433 U.S. 584).
- The Death Penalty in Alabama: Judge Override, Equal Justice Initiative Report, 2011, <https://eji.org/wp-content/uploads/2019/10/death-penalty-in-alabama-judge-override.pdf>.
- Death Penalty Information Center: <https://deathpenaltyinfo.org/>.
- Frankowski S., Goldman R., Łętowska E., Sąd Najwyższy USA. Prawa i wolności obywatelskie, Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE, Warszawa 1996.
- Forrester N.A., Judge Versus Jury: The Continuing Validity of Alabama’s Capital Sentencing Regime After Ring v. Arizona, „Alabama Law Review” 2003, vol. 54.
- Gallup. Death Penalty, <https://news.gallup.com/poll/1606/death-penalty.aspx>.
- Gover S., Child rape as a crime against humanity: challenging the United States Supreme Court reasoning in *Kennedy v. Louisiana*, „The International Journal of Human Rights” 2009, vol. 13, wyd. 5.
- Governor Kate Brown Commutes Oregon’s Death Row, December 13, 2022, <https://www.oregon.gov/newsroom/Pages/NewsDetail.aspx?newsid=76509>.
- Gregg v. Georgia*, (428 U.S. 153).
- Heery S., If It’s Constitutional, Then What’s the Problem?: The Use of Judicial Override in Alabama Death Sentencing, „Washington University Journal of Law&Policy” 2010, vol. 34.
- Hurst v. Florida* (577 U.S. 92).
- Hurst v. State*, No. SC12–1947.
- Jezusek A., Kara śmierci w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych Ameryki, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 4.
- Kalmanson M., Storm of the Decade: The Aftermath of *Hurst v. Florida* & Why the Storm is Likely to Continue, „University of Miami Law Review” 2020, vol. 74.
- Kennedy v. Louisiana* (554 U.S. 407).

- Kenneth Eugene Smith v. Commissioner, Alabama Department of Corrections, Attorney General State of Alabama, 850 Fed.Appx. 726 11th Cir. No. 19-14543 (2021).
- Kenneth Eugene Smith v. John Q. Hamm, Commissioner, Alabama Department of Corrections *at al.*, 2:22-CV-497-RAH [WO], October 16, 2022.
- Kenneth Eugene Smith v. State*, CR-97-0069 (2000).
- Krawczyk P., Łukowiak B., *Habeas corpus* w Polsce oraz w niektórych państwach kręgu *common law*. Analiza porównawcza, „Problemy Prawa Karnego” 2021, t. 5, nr 2.
- Kwiatkowski W., Zagadnienie kary śmierci w Stanach Zjednoczonych Ameryki, „Zeszyty Prawnicze” 2012, nr 12/3.
- Laidler P., *Konstytucja Stanów Zjednoczonych*. Przewodnik, Kraków 2007.
- Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 (2003)).
- László Magyar *przeciwko Węgrom* – wyrok ETPC z dnia 20 maja 2014 r., skarga nr 73593/10.
- Levine D., Cooke K., In states with elected high court judges, a harder line on capital punishment, „Reuters” September 22, 2015, <https://www.reuters.com/investigates/special-report/usa-death-penalty-judges/#graphic-deathpenalty>.
- Malik S.C., Holdsworth D.P., A Survey of the History of the Death Penalty in the United States, „University of Richmond Law Review” 2015, vol. 49.
- Marcus P., Capital Punishment in the United States, and Beyond, „Melbourne University Law Review” 2007, vol. 31.
- Maroń G., References to the US Supreme Court Decisions in the Judgments of the European Court of Justice, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, nr 5(51).
- Maslowsky, Callie Furman v. Georgia and the Supreme Court’s Failure to Apply It, „Penn Journal of Philosophy, Politics & Economics” 2019, vol. 14, wyd. 2.
- Michalski D., Ryś K.D., Kara śmierci w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Wybrane zagadnienia, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 38.
- Mitera M., Zubik M., Kara śmierci w świetle doświadczeń współczesnych systemów prawnych, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 1998.
- Norwood R., None Dare Call It Treason: The Constitutionality of the Death Penalty for Peacetime Espionage, „Cornell Law Review” 2002, vol. 87.
- Park J., Judicial Elections: The Case for Accountability, „Akron Journal of Constitutional Law and Policy” 2011, vol. 2.
- Petition for Writ of Certiorari, Kenneth Eugene Smith v. Jefferson Dunn, Commissioner, Alabama Department of Corrections, October 18, 2022, https://www.supremecourt.gov/Docket-PDF/21/21-579/196731/202111018162358186_Smith%20v%20Dunn%20Petition%20for%20Writ%20of%20Certiorari.pdf.
- Rauf v. State*, 145 A.3d 430.
- Ré M.R., Can Congress Overturn *Kennedy v. Louisiana?*, „Harvard Journal of Law&Public Policy” 2009, vol. 33, nr 3.
- Roper v. Simmons* (543 U.S. 551).

Russell K.K., The Constitutionality of Jury Override in Alabama Death Penalty Cases, „Alabama Law Review” 1994, vol. 46.

Smith C., Fair and Impartial? Military Jurisdiction and the Decision to Seek the Death Penalty, „University of Miami National Security&Armed Conflict Law Review” 2015, vol. 5, wyd. 2.

Smith Kenneth E. v. Alabama, Supreme Court of Justice order 22–6049, November 16, 2022.

The Supreme Court of Alabama Order 1000976, September 30, 2022, <https://documents.deathpenaltyinfo.org/Kenneth-Smith-Execution-Order-2022-11-17.pdf>

Thompson v. Oklahoma (487 U.S. 815).

Uchwała nr 83 Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 19 listopada 2022 r., https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-uchwala-nra-nr-822022-35958.pdf

U.S. v. Jackson (390 U.S. 570).

Witherspoon v. Illinois (391 U.S. 510).

Agnieszka Cybulska-Bienioszek

Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach, Polska
agnieszka.cybulska@uekat.pl

Aleksander J. Witosz

Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach, Polska
aleksander.witosz@uekat.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5507-2616>

Śmierć niewypłacalnego przedsiębiorcy a regulacje prawa upadłościowego

The Death of an Insolvent Entrepreneur in the Light of Bankruptcy Law Regulations

Abstract: This study aims to identify and analyse the specific regulations of the Bankruptcy Law to the extent that they relate to the death of an insolvent debtor. The authors attempt to determine the correct interpretation *de lege lata*, and where it is justified, draw conclusions *de lege ferenda*. Due to the fact that regulations must be interpreted together with the provisions of inheritance law and other regulations, their correct interpretation may be difficult. This study contains an analysis of three possible cases: when death occurred after the filing of a bankruptcy petition, during the course of bankruptcy proceedings, but also on the brink of bankruptcy before the petition was filed by an authorized person. In the event of death after filing for bankruptcy or after its declaration, the problem is essentially of a procedural nature and is generally resolved by identifying the persons participating in the proceedings (usually a trustee). On the other hand, in the event of the death of an insolvent entrepreneur before they file for bankruptcy, the Bankruptcy Law provides for a separate procedure. At the same time, it seems that due to the distinctness of this situation, the introduction of a different, specific definition of insolvency is justified, which the authors present in this study.

Keywords: bankruptcy, death, insolvency, insolvent entrepreneurs

Słowa kluczowe: bankructwo, śmierć, niewypłacalność, niewypłacalny przedsiębiorca

Wprowadzenie

Śmierć jest zdarzeniem prawnym rodzącym skutki prawne o fundamentalnym znaczeniu¹. Śmierć podmiotu, któremu przysługiwały określone prawa, pociąga za sobą przejście stosunków cywilnoprawnych na inne podmioty² albo ich wygaśnięcie oraz powstanie nowych stosunków prawnych, zasadniczo odnoszących się do spadku. W zakresie zgonu człowieka regulacje prawne opierają się na wypracowanych procedurach medycznych³. Przepisy prawa skupiają się natomiast na skutkach prawnych śmierci, a jedną z takich szczególnych regulacji są unormowania Prawa upadłościowego⁴, dotyczące śmierci niewypłacalnego przedsiębiorcy.

Obecność tej regulacji szczególnej nie powinna dziwić, bowiem w przypadku, gdy zmarły prowadził jednoosobową działalność gospodarczą, zakres stosunków prawnych, których stroną był zmarły, w szczególności tych o charakterze zobowiązaniowym, jest zwykle szeroki. Postępowanie upadłościowe jest, w swej istocie, instrumentem chroniącym prawa wierzycieli na wypadek, gdyby ich wspólny dłużnik okazał się niewypłacalny⁵. Z tej perspektywy byłoby niezasadne, żeby śmierć przedsiębiorcy jednoosobowego pozbawiała wierzycieli ochrony, jaką daje im upadłość dłużnika, zwłaszcza że przedsiębiorstwa jednoosobowe i rodzinne są najpopularniejszą formą prowadzenia działalności gospodarczej⁶. A można przecież zakładać, że większość długów, jakie pozostawi po sobie zmarły przedsiębiorca, będzie związanych z działalnością gospodarczą. Problem nie jest sprawą błahą⁷, bo w CEIDG zarejestrowanych jest ponad 200 tys. przedsiębiorców, którzy ukończyli 60 rok życia⁸, zaś zgodnie z danymi opublikowanymi przez GUS przeciętne trwanie życia w Polsce w 2021 r. wyniosło w przypadku mężczyzn 71,8 roku, natomiast kobiet 79,7 roku⁹.

1 I. Sierpowska, *Śmierć w ujęciu prawa administracyjnego*, Warszawa 2020, s. 46.

2 E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2022, s. 1.

3 K. Dullak, *Śmierć elementem sprawczym rozwiązania węzła małżeńskiego*, „Prawo Kanoniczne” 2019, nr 2, s. 137.

4 Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1520), powoływana jako „Prawo upadłościowe” albo „pr.upadł.”

5 Więcej o celach postępowania upadłościowego zob. A.J. Witosz, (w:) A.J. Witosz (red.), *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 46–53.

6 A. Szafrąńska, *Skutki prawne śmierci przedsiębiorcy jednoosobowego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 7–8, s. 223–231.

7 Należy jednak zaznaczyć, że praktyczne wykorzystanie postępowania upadłościowego wszczętego po śmierci niewypłacalnego dłużnika nie jest duże, bowiem konstrukcja ta – omówiona w dalszej części opracowania – jest jedynie jedną z możliwych dróg postępowania, a przy tym jest podejmowana wyłącznie na wniosek osoby uprawnionej.

8 K. Sobczak, *Dziedziczenie firmy rodzinnej ma być łatwiejsze*, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/biznes/dziedziczenie-firmy-rodzinnej-ma-byc-latwiejsze,227752.html> (29.12.2022).

9 https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5470/2/16/1/trwanie_zycia_w_2021_roku.pdf (4.01.2023).

Niniejsze opracowanie ma na celu identyfikację regulacji szczególnych Prawa upadłościowego w zakresie, w jakim odnoszą się one do śmierci niewypłacalnego dłużnika. Z uwagi na to, że muszą być one wykładane wspólnie z przepisami prawa spadkowego oraz innymi regulacjami, w szczególności z uwzględnieniem ustawy o zarządzie sukcesyjnym¹⁰, ich prawidłowa wykładnia może nastręczać trudności. Już w zakresie kluczowej przesłanki niewypłacalności należy postawić hipotezę, że zasadna jest interpretacja istotnie odbiegająca od literalnej wykładni art. 11 Prawa upadłościowego, a i w innych przypadkach można wskazać na wątpliwości w praktycznym stosowaniu prawa. Autorzy podejmują próbę ustalenia właściwej wykładni *de lege lata*, a tam gdzie jest to uzasadnione – stawiają wnioski *de lege ferenda*.

1. Śmierć dłużnika po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości i po ogłoszeniu upadłości

Sytuacja, gdy śmierć nastąpiła w toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości (po złożeniu wniosku a przed ogłoszeniem upadłości), jest pierwszą z odrębnych regulacji Prawa upadłościowego odnoszących się do śmierci niewypłacalnego dłużnika. Przepis art. 26¹ ust. 4 pr.upadł. nakazuje w takim wypadku odpowiednie stosowanie przepisów o braku zdolności procesowej przy jednoczesnym braku przedstawiciela ustawowego, co ma zapewnić możliwość prowadzenia postępowania i ewentualne ogłoszenie upadłości nawet przed stwierdzeniem nabycia spadku¹¹ albo powołaniem zarządcy sukcesyjnego. Sposób postępowania sprowadza się do powołania kuratora przez sąd upadłościowy. Należy przyjąć, że powołanie kuratora ma charakter przejściowy do czasu wstąpienia do postępowania spadkobiercy zmarłego dłużnika¹², kuratora spadku, względnie do czasu ustanowienia zarządcy sukcesyjnego, jeśli jest on powoływany już po śmierci przedsiębiorcy (art. 12 u.z.s.). Jeśli zarządca sukcesyjny jest ustanowiony na podstawie wpisu w CEIDG przez samego przedsiębiorcę (art. 7–9 u.z.s.), to ta osoba wstąpi do postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości.

Jeśli zarządca sukcesyjny z dowolnej przyczyny przestanie pełnić swoją funkcję, a nie ma alternatywnego zarządcy sukcesyjnego, o którym mowa w art. 11 ust. 2 u.z.s., sąd upadłościowy powoła kuratora, chyba że do postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości wstąpi spadkobierca. Jakkolwiek Prawo upadłościowe nie prze-

10 Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 170), powoływana jako „ustawa o zarządzie sukcesyjnym” albo „u.z.s.”

11 A. Jakubecki, (w:) F. Zedler, A. Jakubecki (red.), Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Warszawa 2011, art. 26¹, Lex.

12 Zgodzić się należy z postulatem uzupełnienia art. 26¹ pr.upadł. o wyraźne wskazanie na możliwość wstąpienia spadkobiercy do postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości; zob. A. Hrycaj, A. Kosmal, Śmierć upadłego, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2020, nr 4, s. 26.

widuje w sposób wyraźny uczestnictwa spadkobiercy w tym postępowaniu, to należy przyjąć rozwiązanie tożsame z właściwym postępowaniem upadłościowym (prowadzonym po ogłoszeniu upadłości). Brak podstaw do przyjęcia wniosku *a contrario* w związku z nieobecnością na gruncie art. 261 pr.upadł. odpowiednika art. 188 ust. 1 pr.upadł.¹³, a pośrednio prawo to wynika z następujących z chwilą śmierci skutków materialnoprawnych (art. 922 §1 k.c.). Taka wykładnia daje spadkobiercy, który może wykazać się odpowiednim tytułem prawnym¹⁴, prawo wstąpienia do postępowania (por. art. 188 pr.upadł.). Gdyby spadkobierca tego nie uczynił, to powołanie kuratora w dalszym ciągu jest koniecznością.

W toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości sąd może zabezpieczyć majątek dłużnika przez ustanowienie tymczasowego nadzorcy sądowego (art. 38 pr.upadł.). Jego ustanowienie ogranicza dłużnika jedynie do czynności zwykłego zarządu, a w sprawach wykraczających poza ten zakres wymagana pod rygorem nieważności jest zgoda tymczasowego nadzorcy sądowego. Na wypadek śmierci przedsiębiorcy uprawnienia tymczasowego nadzorcy sądowego w identyczny sposób ograniczają spadkobiercę i zarządcę sukcesyjnego. Pomimo że w skład masy upadłości wejdzie tylko spadek, uprawnienia tymczasowego nadzorcy sądowego będą oddziaływały w szerszym zakresie, także na małżonka osoby zmarłej. Dotyczy to sytuacji wspólności majątkowej małżeńskiej istniejącej w chwili śmierci. Spadek obejmuje jedynie udział we współwłasności majątku wspólnego, ale w praktyce wdowa albo wdowiec musi w swych działaniach uwzględniać, że z tytułu ustania wspólności majątkowej ma jedynie prawo do udziału w powstałej współwłasności w częściach ułamkowych. Analogicznie należy ocenić wypadek powołania zarządcy sukcesyjnego, który w takim wypadku obejmuje zarząd całością przedsiębiorstwa (art. 2 ust. 2 u.z.s.) – w praktyce wszelkie czynności zarządcy sukcesyjnego przekraczające granice zwykłych spraw wymagają dla ważności zgody tymczasowego nadzorcy sądowego na zasadzie art. 38a pr.upadł.

Dodatkową możliwością po stronie sądu upadłościowego jest ustanowienie zarządu przymusowego (art. 40 pr.upadł.), co w szczególności może nastąpić, gdy spadkobierca bądź zarządca sukcesyjny ukrywa majątek spadkowy, działa na szkodę wierzycieli zmarłego przedsiębiorcy bądź nie wykonuje poleceń tymczasowego nadzorcy sądowego. Ponownie, problematyczna jest sytuacja ustanowienia zarządcy przymusowego w razie, gdyby przedsiębiorstwo pozostałe po zmarłym dłużniku było w chwili śmierci objęte wspólnością majątkową małżeńską. I w tej sytuacji współmałżonek pozostały po osobie zmarłej i ewentualny zarządca sukcesyjny będą w praktyce związani uprawnieniami zarządcy przymusowego, które każdorazowo określa sąd go powołujący (art. 40 ust. 2 pr.upadł.).

13 Tak A. Hrycaj, A. Kosmal, *Śmierć...*, *op. cit.*, s. 24.

14 Zasadniczo prawomocnym postanowieniem sądu o stwierdzeniu nabycia spadku, zarejestrowanym aktem poświadczenia dziedziczenia albo europejskim aktem poświadczenia spadkowego.

Z chwilą ogłoszenia upadłości należy opowiedzieć się za analogicznym stosowaniem art. 421 pr.upadł., zgodnie z którym do masy upadłości wejdą aktywa spadku po zmarłym dłużniku. Problemem może być sytuacja wspólności majątkowej małżeńskiej. Jedynie bowiem ogłoszenie upadłości wywołuje skutki określone w art. 124 pr.upadł., a więc cały majątek wspólny wchodzi do masy upadłości, a jego podział jest niedopuszczalny. W wypadku, gdy śmierć nastąpiła przed tą datą, wspólność majątkowa ustaje z chwilą śmierci, a małżonek zmarłego co do zasady obejmuje udział we współwłasności w częściach ułamkowych w wysokości $\frac{1}{2}$ (art. 50¹ k.r.o.). W zarządzie syndyka pozostawać będzie jedynie udział we współwłasności majątku wspólnego stanowiącym spadek i to przepisy prawa cywilnego rozstrzygną o podziale tego majątku, co w praktyce może ograniczyć swobodę syndyka w likwidacji masy upadłości do czasu podziału tego majątku, który nastąpi w trybie prawa spadkowego (art. 46 k.r.o.).

Z chwilą ogłoszenia upadłości właściwą regulacją proceduralną staje się art. 188 pr.upadł. stosowany *per analogiam*, bowiem wprost przepis ten dotyczy śmierci dłużnika po ogłoszeniu upadłości. W literaturze sporną kwestią stała się¹⁵ konieczność ponownego powołania kuratora po ogłoszeniu upadłości czy też – inaczej rzecz ujmując – pytanie o to, kiedy kurator powołany na podstawie art. 26¹ ust. 4 pr.upadł. przestaje pełnić swoją funkcję. Niewątpliwie korzystne z punktu widzenia ekonomiki postępowania jest, by kurator powołany w toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości (art. 26¹ ust. 4 pr.upadł.) kontynuował nieprzerwanie pełnienie swojej funkcji także na gruncie właściwego postępowania upadłościowego, bez konieczności powoływania tej samej lub nowej osoby na kuratora w trybie art. 188 ust. 1 pr.upadł.¹⁶ Jednakże z uwagi na to, że mowa tu o dwóch samodzielnych postępowaniach i wyraźnym umiejscowieniu kuratora z art. 26¹ ust. 4 pr.upadł. tylko w jednym nich, jest to problematyczne. Uzasadnione wydaje się uzupełnienie art. 188 ust. 1 pr.upadł. o wskazanie, że jeśli w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości był ustanowiony kurator, to kontynuuje on wykonywanie swojej funkcji we właściwym postępowaniu upadłościowym – oczywiście tylko do czasu wstąpienia spadkobiercy do postępowania (art. 188 ust. 2 pr.upadł.).

15 Por. A. Malmuk-Cieplak, (w:) A.J. Witosz (red.), Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa 2021, s. 167 i literatura tam powołana.

16 W tym kierunku A. Hrycaj, A. Kosmal, (w:) Śmierć..., *op. cit.*, s. 24; za koniecznością ponownego ustanowienia kuratora opowiadają się: A. Gnys, (w:) A. Machowska (red.), Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2021, Lex.; S. Gurgul, Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz, Warszawa 2020, art. 26¹ pr. upadł., nb. 1, Legalis; A. Jaworski, (w:) A. Komenda, Krajowy Rejestr Sądowy i postępowanie rejestrowe, Warszawa 2021, Lex; P. Zimmerman, Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz, Warszawa 2022, art. 26¹ pr.upadł., nb. 4, Legalis; a także P. Janda, Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa 2020, art. 26¹, Lex – który jednocześnie wskazuje, że w praktyce osoba pełniąca funkcję kuratora w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości zostanie ustanowiona kuratorem dłużnika także po wydaniu postanowienia o ogłoszeniu upadłości.

Unormowana w art. 188 pr.upadł. śmierć dłużnika po ogłoszeniu upadłości jest drugą z sytuacji związanych ze śmiercią niewypłacalnego dłużnika, którym Prawo upadłościowe poświęciło odrębną regulację. Postępowanie toczy się dalej z udziałem spadkobiercy bądź kuratora, spadkobierca ma bowiem prawo wstąpić do postępowania, ale nie ma takiego obowiązku¹⁷. Oznacza to, że sędzia-komisarz, działając z urzędu albo na wniosek syndyka, powoła kuratora nie tylko w razie, gdy spadkobierca nie jest znany, ale także gdy nie wstąpił on do postępowania. Kurator jest przy tym powoływany jedynie pod warunkiem, że w postępowaniu upadłościowym nie uczestniczy spadkobierca, a po jego wstąpieniu powołanie kuratora traci moc (art. 188 ust. 2 pr.upadł.). Analogicznie wygląda sytuacja w przypadku ustanowienia kuratora spadku (art. 188 ust. 3 pr.upadł.).

W każdym przypadku kurator przestanie pełnić swoją funkcję najpóźniej z momentem zakończenia postępowania upadłościowego. Będzie to chwila uprawomocnienia się albo postanowienia o umorzeniu postępowania (art. 361 pr.upadł.), albo postanowienia o stwierdzeniu zakończenia postępowania (art. 368 pr.upadł.). W przypadku osób fizycznych prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą dalszym następstwem zakończenia postępowania upadłościowego jest wniosek o ustalenie planu spłaty wierzycieli i umorzenie pozostałej części zobowiązań, które nie zostały zaspokojone w postępowaniu upadłościowym (art. 369 ust. 1 pr.upadł.). W przypadku, gdy upadły już nie żyje, wniosek taki oczywiście nie może być złożony, a jeżeli postępowanie oddłużeniowe było już w toku, to podlega ono umorzeniu na podstawie odpowiednio stosowanego art. 355 k.p.c. Z kolei o ochronie spadkobierców rozstrzygają przepisy prawa spadkowego, a wydaje się przy tym, że analogiczne zastosowanie znajdzie art. 424 pr.upadł., który odracza skutki prawne związane z przyjęciem spadku do zakończenia postępowania upadłościowego.

2. Postępowanie upadłościowe wszczęte po śmierci niewypłacalnego dłużnika

Trzecią sytuacją uregulowaną w Prawie upadłościowym jest śmierć przedsiębiorcy na przedpolu upadłości, a więc śmierć już niewypłacalnego przedsiębiorcy, ale przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości. W takiej sytuacji może toczyć się postępowanie odrębne uregulowane w art. 418 i n. pr.upadł., a podstawą do ogłoszenia upadłości zmarłego w dalszym ciągu pozostaje niewypłacalność (art. 10 pr.upadł.), a nie jest nią sam fakt śmierci przedsiębiorcy. Nie powinno jednak ulegać wątpliwości, że przesłankę niewypłacalności należy oceniać w tym przypadku z określonymi modyfikacjami, aczkolwiek art. 7 pr.upadł. – będący podstawą wniosku o ogłoszenie upadłości zmarłego przedsiębiorcy – nie zawiera odesłania do odpo-

17 A. Malmuk-Cieplak, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 586.

wiedniego stosowania przepisów. Pomimo tej usterki legislacyjnej nie sposób przyjąć, że wykładnia art. 11 ust. 1–2 pr.upadł. może być dokonywana wprost.

Przede wszystkim należy przyjąć, że ocena sytuacji finansowej zmarłego dłużnika musi uwzględniać fakt jego śmierci. Oznacza to *de lege lata*, że ocenia się zobowiązania wymagalne na chwilę śmierci, a istniejące, ale jeszcze niewymagalne zobowiązania będą podlegały zaspokojeniu w ramach ewentualnego postępowania upadłościowego, lecz nie są uwzględniane przy ocenie wypłacalności zmarłego. Oznacza to również konieczność specyficznego rozumienia przesłanki trwałej utraty zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust.1 pr.upadł.), gdzie należy dokonać oceny wyłącznie w oparciu o sytuację finansową na chwilę śmierci, bez uwzględniania zdarzeń przyszłych, a w szczególności z pominięciem sytuacji spadkobierców i sposobu przyjęcia spadku.

Wydaje się jednak, że z uwagi na funkcję ochronną tego przepisu (względem wierzycieli¹⁸) można *de lege ferenda* zaproponować określoną modyfikację. Wydaje się bowiem, że identyfikacja zobowiązań, które są uwzględniane przy ocenie niewypłacalności, powinna objąć także zobowiązania jeszcze niewymagalne, ale istniejące na chwilę śmierci. W aktualnym bowiem stanie prawnym może okazać się, że bez ich uwzględniania nie będzie możliwe stwierdzenie niewypłacalności zmarłego dłużnika, a wierzyciele zostaną pozbawieni ochrony prawa upadłościowego (w mniejszym stopniu ma to znaczenie dla spadkobierców, chronionych przez prawo spadkowe). Być może wręcz należałoby rozważyć całkowicie odrębną przesłankę ogłoszenia upadłości zmarłego przedsiębiorcy w postaci porównania aktywów i pasywów spadku, a więc uwzględniać także zobowiązania niepieniężne, które zasadniczo nie mają znaczenia w kontekście niewypłacalności. W razie śmierci dłużnika brak bowiem uzasadnienia dla literalnego odczytywania definicji niewypłacalności.

Odrębnym zagadnieniem jest dopuszczalność odwołania się do domniemania niewypłacalności z art. 11 ust. 1a pr.upadł. W przypadku, gdyby 3-miesięczne opóźnienie w płatnościach miało miejsce już przed śmiercią, sprawa jest jasna – domniemuje się niewypłacalność. Jak się wydaje, należy także przyjąć, że wskazany w powołanej normie termin nie ulega przerwaniu z chwilą śmierci, a zatem w dużej części przypadków niedługo po śmierci domniemanie będzie się realizowało i umożliwi złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości.

Samodzielną przesłanką ogłoszenia upadłości po śmierci jednoosobowego przedsiębiorcy jest art. 11a pr.upadł. Znajduje on zastosowanie w sytuacji, w której na chwilę śmierci nie można było jeszcze stwierdzić niewypłacalności, ale to czynności dokonywane przez zarządcę sukcesyjnego w ramach prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku spowodowały utratę zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych. Ustanowienie zarządu sukcesyjnego powoduje bowiem

18 A.J. Witosz, Prawo..., *op. cit.*, s. 69.

tę szczególną sytuację, że przedsiębiorstwo w spadku ma swoich właścicieli ekonomicznych (art. 3 u.z.s.), ale to zarządca sukcesyjny prowadzi przedsiębiorstwo. Odpowiednie zastosowanie znajduje art. 11 ust. 1a pr.upadł., a więc domniemanie niewypłacalności, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące.

Zakres zdolności upadłościowej w przypadku szczególnej sytuacji uregulowanej w art. 7 pr.upadł. także nie jest wolny od wątpliwości. Oczywiście dotyczy on osób, które w chwili śmierci były przedsiębiorcami. W piśmiennictwie¹⁹ krąg ten rozszerza się na osoby byłych przedsiębiorców (jeśli od dnia ich wykreślenia z rejestru nie minął rok – art. 8 pr.upadł.) i niezarejestrowanych przedsiębiorców, faktycznie prowadzących działalność gospodarczą (art. 9). Wypowiedziany został także pogląd²⁰ o dopuszczalności zastosowania omawianej regulacji w wypadku śmierci współnika spółki osobowej, który ponosił nieograniczoną odpowiedzialność za jej długi – czyli w chwili śmierci był współnikiem jawnym, partnerem lub komplementariuszem. Poglądu tego należy bronić, gdyż zwrot „przedsiębiorca” użyty w art. 7 pr.upadł. ma charakter skrótu myślowego wskazującego na generalną zdolność upadłościową uregulowaną w art. 5 pr.upadł. i nie powinno przypisywać mu się znaczenia zawężającego hipotezę normy.

3. Wniosek o ogłoszenie upadłości zmarłego niewypłacalnego przedsiębiorcy

Prawo upadłościowe uregulowało w art. 7 krąg osób uprawnionych do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zmarłego niewypłacalnego przedsiębiorcy. Są to więc osoby samodzielnie legitymowane, a nie jedynie wstępujące do postępowania już zainicjowanego przez zmarłego dłużnika. Uprawnionym pozostaje w szczególności (jako jedyna osoba z wymienionych w art. 20 pr.upadł.) wierzyciel osobisty – tu bowiem sytuacja nie zmienia się w porównaniu z okresem życia niewypłacalnego przedsiębiorcy. Zwykle to zresztą wierzyciel będzie zainteresowany w uzyskaniu ochrony prawa upadłościowego, podczas gdy spadkobiercy chronieni są przepisami prawa

19 A.J. Witosz, (w:) A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), System Prawa Handlowego, t. 6: Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2020, s. 1300.

20 A.J. Witosz, (w:) System..., *op. cit.*, s. 1300; P. Zimmerman, art. 418 pr.upadł., nb. 4, *Legalis*. Odmiennie P. Janda, Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa 2020, art. 7, *Lex*; R. Adamus, Prawo upadłościowe. Komentarz, Warszawa 2021, art. 7, *Lex*; B. Groele, J. Kruczałak-Jankowska, (w:) A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), System Prawa Handlowego, t. 6: Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe, Warszawa 2020, s. 696; F. Zedler, (w:) A. Jakubecki, F. Zedler, Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Warszawa 2011, art. 7, *Lex*; D. Zienkiewicz, (w:) D. Zienkiewicz (red.) Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz, Warszawa 2006, art. 7, nb. 2, *Legalis*; jednak podobnie do wypowiedzianego poglądu S. Gurgul, *Prawo...*, *op. cit.*, art. 7 pr. upadł., nb. 3, *Legalis*.

spadkowego. Obok wierzyciela uprawnieni są spadkobiercy, a także małżonek²¹ oraz dzieci i rodzice zmarłego (każde z nich samodzielnie). W przypadku członków rodziny nie ma znaczenia to, czy dziedziczą oni spadek, a więc wystarczające jest jedynie wylegitymowanie się dokumentami z urzędu stanu cywilnego. W przypadku spadkobierców część autorów wskazuje na konieczność wykazania tytułu prawnego poprzez przedstawienie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, aktu poświadczenia dziedziczenia lub europejskiego poświadczenia spadkowego²². Ze stanowiskiem tym należy się zgodzić. Odmienny pogląd prezentuje S. Gurgul, stwierdzając, że fakt bycia spadkobiercą zmarłego może być wykazywany wszelkimi środkami dowodowymi, ponieważ dana osoba staje się „rzeczywistym spadkobiercą” jeszcze przed złożeniem oświadczenia o przyjęciu spadku i przed stwierdzeniem nabycia spadku²³.

Legitymacji do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zmarłego przedsiębiorcy nie ma z kolei kurator spadku (por. art. 7 pr.upadł.), choć jest on – w razie powołania – uczestnikiem postępowania upadłościowego (art. 419 ust. 1 pr.upadł.). Dodatkowo uprawnionym jest zarządca sukcesyjny, wyznaczony do zarządzania przedsiębiorstwem na wypadek śmierci. Zarząd sukcesyjny to rozwiązanie zawarte w ustawie z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej, które kierowane jest do firm jednoosobowych stanowiących ogromną większość część polskich przedsiębiorstw²⁴. Powołanie zarządcy sukcesyjnego zapewnić ma ciągłość działalności firmy. Prawo do powołania zarządcy ma zarejestrowany w CEIDG przedsiębiorca w ten sposób, że wskaże określoną osobę do pełnienia funkcji zarządcy sukcesyjnego albo zastrzeże, że z chwilą jego śmierci wskazany prokurent

21 Z uwagi na art. 61⁴ §1 k.r.o. legitymacji należy odmówić małżonkowi w separacji, A.J. Witosz, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 69. Wyliczenie podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku ma charakter enumeratywny, w związku z tym nie można go też rozszerzać na byłego małżonka, kuratora spadku czy wykonawcę testamentu; zob. F. Zedler, *Prawo...*, art. 7, Lex.

22 A.J. Witosz, (w:) A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.) *System Prawa Handlowego*, t. 6: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, Warszawa 2020, s. 1300; F. Zedler, *Prawo...*, *op. cit.*, art. 7, Lex; A. Stempka, (w:) K. Osajda (red.), *Prawo upadłościowe. Prawo spadkowe przedsiębiorców. Komentarz*, art. 7 pr.upadł, Legalis; D. Zienkiewicz, *Prawo...*, *op. cit.*, art. 7, nb. 2, Legalis; R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 7, Lex.

23 S. Gurgul, *Prawo...*, *op. cit.*, art. 7 pr. upadł., nb. 3, Legalis.

24 Zgodnie z danymi opublikowanymi przez GUS, według stanu na koniec grudnia 2021 r. w rejestrze REGON wpisanych było 4836,2 tys. osób prawnych, jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej oraz osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą (bez osób fizycznych prowadzących gospodarstwa indywidualne w rolnictwie), W ogólnej liczbie podmiotów dominowały osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą. Na koniec 2021 r. w rejestrze REGON wpisanych było 3446,6 tys. osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, co stanowiło (71,3%) ogólnej liczby podmiotów; zob. GUS, *Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON, 2021 r.*, Warszawa 2022, s. 11, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/podmioty-gospodarcze-wyniki-finansowe/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow-gospodarki-narodowej-w-rejestrze-regon-2021-r-,1,26.html> (5.01.2023).

stanie się zarządcą sukcesyjnym (art. 9 u.z.s.). Oczywiście niezbędne jest wyrażenie zgody osoby powołanej na zarządcę sukcesyjnego na pełnienie tej funkcji oraz dokonanie wpisu do CEIDG zarządcy sukcesyjnego²⁵.

Zarząd sukcesyjny obejmuje zobowiązanie do prowadzenia przedsiębiorstwa w spadku oraz umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem firmy w spadku (art. 18 u.z.s.). Zarządca ma również prawo dokonywać czynności zwykłego zarządu, natomiast czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu może dokonywać za zgodą wszystkich właścicieli przedsiębiorstwa w spadku, w a razie braku zgody – za zezwoleniem sądu (art. 22 u.z.s.).

Jeżeli zarząd sukcesyjny nie zostanie ustanowiony z chwilą śmierci przedsiębiorcy, po jego śmierci możliwość powołania zarządcy będą również miały osoby, które odziedziczą przedsiębiorstwo, lub małżonek, który jest jego współwłaścicielem – jeśli sam przedsiębiorca nie powołał zarządcy za życia. Uprawnienie to będzie przysługiwało jedynie przez dwa miesiące od dnia śmierci przedsiębiorcy (art. 12 u.z.s.). Pozycja zarządcy sukcesyjnego w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości została omówiona już wcześniej. Z kolei ogłoszenie upadłości (bez względu na to, kto złożył wniosek) wyklucza możliwość ustanowienia zarządcy sukcesyjnego (art. 6 ust. 3 u.z.s.)²⁶, a funkcja osoby już powołanej wygasa z mocy prawa (art. 59 ust. 1 pkt 5 u.z.s.).

Termin do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zmarłego niewypłacalnego przedsiębiorcy zależy od tego, czy został powołany zarządca sukcesyjny. W jego braku termin zawity dla pozostałych osób uprawnionych to rok od dnia śmierci, co pokrywa się z terminami dla złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości byłego przedsiębiorcy (por. art. 8 pr.upadł.). W przypadku zarządu sukcesyjnego możliwość złożenia wniosku rozciąga się na cały okres zarządu sukcesyjnego. Pomimo pewnych wątpliwości należy ocenić, że po upływie roku od dnia śmierci, ale przed wygaśnięciem zarządu sukcesyjnego wniosek może złożyć nie tylko sam zarządca sukcesyjny, ale i inne osoby²⁷.

Powyższe oznacza, że wniosek o ogłoszenie upadłości zmarłego przedsiębiorcy może być złożony nawet długo po jego śmierci. Ramy czasowe zarządu sukcesyjnego wyznacza art. 59 u.z.s. Abstrahując od przypadków szczególnych, zasadniczo zarząd może trwać maksymalnie przez dwa lata od dnia śmierci przedsiębiorcy. W wyjątkowych sytuacjach sąd będzie mógł przedłużyć czas trwania zarządu na okres nie dłuższy niż pięć lat od dnia śmierci przedsiębiorcy (art. 60 u.z.s.). Oczywiście z chwilą ogłoszenia upadłości zarząd sukcesyjny wygaśnie i syndyk masy upadłości wyznaczony przez sąd obejmie zarząd masą upadłości.

25 M. Jaśniewicz, (w:) S. Babiaryz (red.), *Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej*. Komentarz, Warszawa 2021, art. 9, Lex.

26 A.J. Witosz, *System...*, *op. cit.*, s. 1300.

27 A.J. Witosz, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 69.

W przypadkach szczególnych, a wymienionych w poprzedniej części opracowania (byłego przedsiębiorcy, osoby, która zaprzestała prowadzenia niezarejestrowanej działalności gospodarczej lub przestała być współnikiem ponoszącym nieograniczoną odpowiedzialność za długi spółki osobowej), możliwość złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest ograniczona w dwójnasób. Podstawowe terminy wyznacza art. 7 pr.upadł., ale w żadnym razie wniosek nie może zostać złożony po upływie roku od utraty przez wymienione osoby generalnej zdolności upadłościowej²⁸.

4. Uczestnicy postępowania upadłościowego wszczętego po śmierci niewypłacalnego przedsiębiorcy

Podstawowym uczestnikiem postępowania o ogłoszenie upadłości po śmierci niewypłacalnego przedsiębiorcy, a także właściwego postępowania upadłościowego jest spadkobierca bądź kurator spadku. Może być nim także nabywca spadku, w razie zbycia spadku przed ogłoszeniem upadłości. Wspomniany tu kurator spadku pojawia się „w razie potrzeby” (art. 666 §1 k.p.c.) w sytuacji, w której spadek nie został objęty. Jego zasadniczym obowiązkiem jest wyjaśnienie, kto jest spadkobiercą, i poinformowanie właściwych osób o otwarciu spadku, ale w międzyczasie kurator spadku zarządza majątkiem pod nadzorem sądu.

Jeśli osoby te nie biorą udziału w postępowaniu (które może być wszczęte także z wniosku innej osoby, w tym wierzyciela osobistego), w szczególności nie są znani albo nie wstąpili do postępowania, postanowienie o ogłoszeniu upadłości uzupełnia się o ustanowienie kuratora dla potrzeb postępowania upadłościowego, o ile swojej funkcji nie kontynuuje kurator z postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości. O ile bowiem art. 419 ust. 1 pr.upadł. wyraźnie mówi o powołaniu kuratora w postanowieniu o ogłoszeniu upadłości, należy analogicznie zastosować art. 26¹ ust. 4 pr.upadł. do postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości. *De lege ferenda* należy wnioskować o uporządkowanie przepisów dotyczących kuratora dla zmarłego dłużnika, bowiem z literalnego brzmienia art. 419 ust. 1 pr.upadł. wynika – błędnie – że przed ogłoszeniem upadłości nie powołuje się kuratora. Jeśli taka potrzeba zachodzi już po ogłoszeniu upadłości, powołania kuratora bądź jego zmiany dokonuje wyznaczony sędzia-komisarz.

Zadaniem tak ustanowionego kuratora (art. 187 pr.upadł.) jest zapewnienie możliwości kontynuowania postępowania upadłościowego poprzez reprezentowanie w nim interesów *de facto* spadkobierców. Kurator ponosi odpowiedzialność na zasadach tożsamyh z odpowiedzialnością syndyka, przy czym nie stosuje się wobec

28 A.J. Witosz, *System...*, *op. cit.*, s. 1300. Podobnie F. Zedler, *Prawo...*, *op. cit.*, art. 418, Lex; P. Zimmerman, *Prawo...*, *op. cit.*, art. 418 pr.upadł., nb. 5, Legalis; K. Górniak, (w:) K. Osajda (red.), *Prawo upadłościowe. Prawo spadkowe przedsiębiorców. Komentarz*, art. 418 pr.upadł., Legalis; Odmienne: S. Gurgul, *Prawo...*, *op. cit.*, art. 418 pr. upadł., nb. 1, Legalis.

niego środków przymusu (art. 187 ust. 3 pr.upadł.). Nie jest więc dopuszczalne np. nałożenie grzywny na osobę kuratora²⁹, który nienależycie pełni swoją funkcję, jedyną opcją dostępną sędziemu-komisarzowi jest odwołanie dotychczasowego kuratora z jego funkcji.

Okoliczność ustanowienia zarządcy sukcesyjnego zmienia sytuację tylko w zakresie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości. Obok wymienionych wyżej osób uczestnikiem tego postępowania jest również zarządca sukcesyjny (art. 419 ust. 3 pr.upadł.). Ponieważ jego funkcja wygasa najpóźniej z chwilą ogłoszenia upadłości, zarządca sukcesyjny nie będzie uczestniczył we właściwym postępowaniu upadłościowym.

5. Skład masy upadłości

W skład masy upadłości po zmarłym dłużniku wchodzi aktywa spadku, aczkolwiek i ta reguła ulega zmianie w razie ustanowienia zarządu sukcesyjnego. Zarządca sukcesyjny przejmuje bowiem zarząd przedsiębiorstwem po śmierci przedsiębiorcy, co oznacza, że w tym zakresie mogą następować częste i poważne zmiany w składnikach majątku. W konsekwencji do masy upadłości wchodzi także aktywa nabywane w skład przedsiębiorstwa przez zarządcę sukcesyjnego. Z punktu widzenia techniki legislacyjnej to uszczegółowienie art. 421 pr.upadł. wydaje się zbędne z uwagi na analogiczne rozstrzygnięcie art. 2 ust. 3 u.z.s. A i to unormowanie w dużej mierze koresponduje z ogólnymi przepisami kodeksu cywilnego o przedsiębiorstwie³⁰, choć wskazuje się na jego odrębność z uwagi na to, że zarząd sukcesyjny może obejmować kilka przedsiębiorstw³¹.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że jeśli przedsiębiorstwo stanowiło wspólne mienie zmarłego przedsiębiorcy i jego małżonka, to zarząd sukcesyjny obejmuje całość przedsiębiorstwa. Charakterystyczne jest, że art. 2 ust. 2 u.z.s. nie odnosi się wprost do wspólności majątkowej małżeńskiej istniejącej na chwilę śmierci³². Nie dojdzie jednak do kolizji kompetencji syndyka i zarządcy sukcesyjnego, bowiem

29 A. Malmuk-Cieplak, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 584.

30 W tym kierunku K. Kopaczyńska-Pieczniak, Status prawny zarządcy sukcesyjnego, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018, nr 2, s. 4; odmiennie M. Jaśniewicz, *Zarząd...*, art. 2, nb. 2, Lex.

31 M. Masternak, Egzekucja administracyjna wobec przedsiębiorstwa w spadku, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 4, s. 24. Podobnie T. Szczurowski, Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem w spadku, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2018, nr 11, s. 31, który dodatkowo wskazuje, że przedsiębiorstwo w rozumieniu przepisów o zarządzie sukcesyjnym może obejmować „jakikolwiek inny zespół składników przeznaczonych do wykonywania działalności gospodarczej, mimo że nie stanowią one przedsiębiorstwa”, choć można mieć wątpliwości co do kryteriów rozróżnienia obu sytuacji.

32 M. Jaśniewicz, *Zarząd...*, *op. cit.*, art. 2, nb. 2, Lex, wskazuje, że zarząd sukcesyjny obejmuje współwłasność małżonków „z jakiegokolwiek tytułu”.

ustanowienie tego ostatniego wygasa z mocy prawa z chwilą ogłoszenia upadłości. W okresie przejściowym (do dnia spadku) w skład masy upadłości będzie wchodzić jedynie udział we współwłasności majątku spadkowego. Kolidująca taka może mieć jednak miejsce w okresie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości, zarówno w przypadku ustanowienia tymczasowego nadzorca sądowego, jak i – zwłaszcza – zarządcy przymusowego. Należy przyjąć, że obecność tych osób ogranicza kompetencje zarządcy sukcesyjnego.

Interesującą regulacją jest art. 421 pr.upadł. *in fine*, który stanowi, że w przypadku ustanowienia zarządu sukcesyjnego w skład masy upadłości wchodzi także aktywa nabyte w okresie zarządu sukcesyjnego, które weszły w skład przedsiębiorstwa w spadku. Przepis ten zdaje się dotyczyć także sytuacji, w której przedsiębiorstwo w spadku jest zakresowo szersze, bowiem obejmuje także udział współmałżonka w przedsiębiorstwie, które przed śmiercią pozostawało we wspólności majątkowej (art. 2 ust. 2 u.z.s.). W takim wypadku w skład masy upadłości wchodzi w całości aktywa nabyte w okresie zarządu sukcesyjnego, choć jedynie udział – zasadniczo połowa – we własności przedsiębiorstwa (czy też całości majątku wspólnego małżonków) wchodzi do masy upadłości. Wydaje się przy tym, że należności z tytułu udziału w aktywach nabytych w okresie zarządu sukcesyjnego małżonek upadłego może dochodzić w postępowaniu upadłościowym, zgłaszając wierzytelność syndykowi.

Prawo upadłościowe zawiera przy tym regulacje chroniące skład masy upadłości, a więc także wierzycieli. Przede wszystkim prawodawca zdecydował o bezskuteczności następujących konstrukcji prawa spadkowego: ustanowienia wykonawcy testamentu, zapisów i poleceń. Jest to zrozumiałe zwłaszcza w odniesieniu do dwóch ostatnich konstrukcji (art. 968 §1 i 982 k.c.), które – choć odmienne co do istoty – polegają zawsze na obciążeniu masy spadkowej. Zapis polega na spełnieniu określonego świadczenia majątkowego na rzecz oznaczonej osoby. Polecenie polega na zobowiązaniu do określonego działania lub zaniechania³³.

Bezskuteczność następuje w odniesieniu do masy upadłości, co sprawia, że syndyk, ale i spadkobiercy nie mogą być obciążeni wykonaniem zapisów i poleceń w toku postępowania upadłościowego. Ów swoisty okres zawieszenia zakończy się z chwilą prawomocnego zakończenia postępowania. Na podobnej zasadzie wstrzymane na czas postępowania zostają skutki wynikające z przyjęcia spadku (art. 424 pr.upadł.). Zakończenie postępowania należy rozumieć szeroko jako jakąkolwiek ścieżkę prawną prowadzącą do kresu upadłości, a w szczególności art. 361, 368 i 371 pr.upadł.³⁴

Uzupełnić można, że przepisy o bezskuteczności czynności prawnych upadłego (art. 127–130a pr.upadł.) stosuje się do czynności upadłego dokonanych na szesć

33 Szerzej o zapisie i poleceniu zob. E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2021, art. 968–985, Legalis i powołana tam literatura.

34 Tak też P. Zimmerman, Prawo..., *op. cit.*, art. 424 pr.upadł., nb. 4, Legalis.

miesiący przed śmiercią, a więc niezależnie od tego, kiedy została ogłoszona upadłość.

Podsumowanie

Prawo upadłościowe ma za zadanie pełnić rolę postępowania, które kompleksowo reguluje sytuację niewypłacalnego dłużnika. W przypadku osób fizycznych oznacza to, że w określonych przypadkach dochodzić będzie do kolizji prawa spadkowego i upadłościowego, a to wtedy, gdy śmierć nastąpiła po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości, już w toku właściwego postępowania upadłościowego, ale i na jego przedpolu – zanim wniosek został złożony przez osobę legitymowaną. Niniejsze opracowanie, identyfikując trzy wskazane wyżej przypadki, dokonuje ich analizy w celu ustalenia szczególnych reguł postępowania w razie śmierci niewypłacalnego przedsiębiorcy.

W przypadku śmierci po złożeniu wniosku o ogłoszenie upadłości bądź po jej ogłoszeniu problem ma w istocie charakter proceduralny i jest zasadniczo rozwiązywany za sprawą wskazania na osoby uczestniczące w postępowaniu (w szczególności kuratora). Z kolei w przypadku śmierci niewypłacalnego przedsiębiorcy przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości Prawo upadłościowe przewidziało odrębną procedurę. Wydaje się przy tym, że z uwagi na specyfikę tej sytuacji uzasadnione jest wprowadzenie odmiennej, szczególnej definicji niewypłacalności, której propozycję autorzy przedstawili w niniejszym opracowaniu.

BIBLIOGRAFIA

- Adamus R., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Babiarz S. (red.), *Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Dullak K., Śmierć elementem sprawczym rozwiązania węzła małżeńskiego, „*Prawo Kanoniczne*” 2019, nr 2.
- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Hrycaj A., Jakubecki A., Witosz A. (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 6: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, Warszawa 2020.
- Hrycaj A., Kosmal A., Śmierć upadłego, „*Doradca Restrukturyzacyjny*”, 2020, nr 4.
- Jakubecki A., Zedler F., *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Janda P., *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Komenda A. (red.), *Krajowy Rejestr Sądowy i postępowanie rejestrowe*, Warszawa 2021.
- Kopaczyńska-Pieczniak K., Status prawny zarządcy sukcesyjnego, „*Przegląd Prawa Handlowego*” 2018, nr 12.

- Machowska A. (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, Warszawa 2021.
- Masternak M., Egzekucja administracyjna wobec przedsiębiorstwa w spadku, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2020, nr 4.
- Osajda K. (red.), *Prawo spadkowe przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2022.
- Sierpowska I., Śmierć w ujęciu prawa administracyjnego, Warszawa 2020.
- Skowrońska-Bocian E., *Prawo spadkowe*, Warszawa 2022.
- Sobczak K., Dziedziczenie firmy rodzinnej ma być łatwiejsze, *Prawo.pl*, <https://www.prawo.pl/biznes/dziedziczenie-firmy-rodzinnej-ma-byc-latwiejsze,227752.html>.
- Szafańska A., Skutki prawne śmierci przedsiębiorcy jednoosobowego, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 7–8.
- Szczurowski T., Zarząd sukcesyjny przedsiębiorstwem w spadku, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2018, nr 11.
- Trwanie życia w 2021 roku, https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5470/2/16/1/trwanie_zycia_w_2021_roku.pdf.
- Witosz A.J. (red.), *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Zienkiewicz D. (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2022,
- Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON, 2021 r., Warszawa 2022, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/podmioty-gospodarcze-wyniki-finansowe/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow-gospodarki-narodowej-w-rejestrze-regon-2021-r-,1,26.html>.

Małgorzata Balwicka-Szczyrba

University of Gdansk, Poland

m.balwicka@prawo.ug.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7981-5602>

Marcelo Barrientos Zamorano

Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile

mhbz@uc.cl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-952-5512>

Witold Kurowski

University of Silesia in Katowice, Poland

witold.kurowski@us.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3151-3031>

Selected Aspects of Testaments Made by Elderly People in Chilean and Polish Law¹

Abstract: The subject of this study is an analysis of the Chilean and Polish legal orders in terms of ensuring the correctness (and thus the validity and effectiveness) of making a will, with particular emphasis on the legal situation of elderly people with old-age dysfunctions. This issue has an important social dimension in the face of the global ageing trend and age-related progressive senile dementia. Showing the legal solutions regarding testamentary inheritance in Chilean law, as a law based on the Roman tradition, as well as the positions of jurisprudence, has not only a cognitive value. It should be assumed that the analysis of both legal orders will allow for the formulation of conclusions regarding the applicable legal regulations in the field of inheritance law in relation to the phenomenon of ageing societies on a global scale. This article also provides a comment on the law applicable to the capacity to

1 This publication comparing Polish and Chilean law has been prepared as part of the NCN OPUS 22 project entitled 'Zdolność do uczestnictwa w obrocie cywilnoprawnym osób starszych. Instytucje wsparcia – perspektywa prawna' (*The elderly ability to engage in civil-law transactions. Support institutions – a legal perspective*), funded by the National Science Centre, Poland, contract no: UMO-2021/43/B/HS5/00916.

make a will in Chilean and Polish law. Similarity between regulations pertaining to the capacity to make a will in Chilean and Polish law does not eliminate the obligation to determine the law applicable in this regard.

Keywords: ageing, old-age dysfunctions, capacity to make a will, Chilean law, conflict of laws, Polish law, testamentary inheritance

Introduction

In Chile, according to data from the National Institute of Statistics, 6,484 testaments are enacted annually, the annual average figure for the last ten years, of which 65% are to women. According to the 2017 census data, there are more than 2 million people over the age of 65, which is 11.4% of the population. In this segment, approximately 360,000 people are over 75. If we take deaths in Chile in a year without COVID-19 as an example, such as 2017 itself, 119,914 people died in the country, a mortality rate of 6.08%.² As can be seen, the number of testaments is extremely low in the country, so the vast majority of people who die do so without leaving a testament, so the rules governing this type of succession are those established by the Civil Code (CC),³ based on the Roman tradition.⁴

The rules for no testament succession, for those who do not leave a testament or who leave a testament but do not dispose of their assets in the manner ordered by law, are governed by Arts. 980 *et seq.* CC. No testament succession rules govern, firstly, in cases where the deceased has not made a testament, secondly, if the deceased has made a testament but has not done so in accordance with the law and, thirdly, when the deceased has made a testament, has done so according to the law, but the testamentary provisions have no effect.

A similar tendency towards an ageing population is also visible in Poland. In the years 1989–2014, the number of elderly people in Poland increased by over 2.9 million.⁵ There are also studies showing that the share of elderly people in the Polish population will increase to 40.4% (13.7 million) by 2050.⁶ According to the data of the Central Statistical Office, as of 31 December 2021, the old-age index is 122, i.e. for every 100 ‘grandchildren’ (children aged 0–14) there are 122 ‘grandparents’ (people aged 65 or more), and the difference in the size of these populations is 1.3 million, to the disadvantage of children. (In cities it reaches 1.4 million, and in rural areas, where there are still more children, 169,000.) It needs to be clearly noted that the old-age in-

2 See Microdatos Censo 2017, <http://www.censo2017.cl/microdatos/> (19.07.2023).

3 Civil Code of 14.12.1855.

4 F. Olszówka, Chilijski kodeks cywilny i przyczyna jego sukcesu, ‘Czasopismo Prawno-Historyczne’ 2022, vol. 74, p. 110.

5 Central Statistical Office, Population aged 60+. Demographic structure and health, Warsaw 2016, p. 2; see <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/osoby-starsze/> (19.07.2023).

6 *Ibidem*, p. 9.

dex increases year by year (in 2020 it was 119).⁷ Undoubtedly, elderly people are also the social group that statistically will die the fastest.

As in Chile, writing wills is not an activity preferred by Poles. According to research, only 8% of people surveyed over the age of 45 have made a will, so statutory inheritance predominates.⁸ The principle of freedom in making a will applies in Polish law. According to Art. 926 § 2 Kodeks Cywilny (KC),⁹ statutory inheritance of the entire inheritance occurs when the testator has not appointed an heir or when none of the persons he or she has appointed want to or can be an heir.

1. Rules for making a testament – general considerations

1.1. Formalities regarding the testament in Chile

A testament is defined in Chile in accordance with Arts. 999 *et seq.* CC as a more or less solemn act in which a person disposes of all or part of his/her assets so that it has full effect after his/her life, preserving the faculty to revoke the provisions contained therein for as long as one lives. In accordance with Art. 1003 CC, the testament is an act of a single person; therefore the testamentary dispositions by which the testator leaves part of the assets to a person are not valid, under the condition that this person leaves another personsome part of his/her own by testamentary dispositions. The law does not accept or prohibit a so-called joint or brotherhood testament. Each testament must be made by a single person because it is a very personal act, but the law does not prohibit two people from testifying reciprocally, one for the benefit of the other, as long as they do so in different acts. The power to make a testament cannot be delegated, as established in Art. 1004 CC. This means that a testament cannot be granted through a legal representative or through an agent. Therefore, an adult who is relatively legally incapable and a person declining in health or with a disability can validly grant a testament. The rule according to which the power to make a testament cannot be delegated is of public order; a consequence of this is the rule of Art. 1063 CC, which provides that '[t]he determination of an assignee, be it absolutely, or from among a certain number of people, shall not depend on the pure will of others'. This means that the choice of any heir can never depend on the sole will of other peo-

7 Central Statistical Office, Population. Status and structure as well as vital statistics by territory in 2021, Warsaw 2022, p. 10; see https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/ludnosc/powierzchnia-i-ludnosc-w-przekroju-terytorialnym-w-2022-roku,7,19.html,terytorialnym_na_31-12-2021.pdf.

8 Biznes, Polacy nie doceniają wagi testamentu. Tylko 8 proc. Osób powyżej 45. roku życia zdecydowało się na jego spisanie, <https://biznes.newseria.pl/news/polacy-nie-doceniaja-wagi,p1860074453> (19.07.2023).

9 Kodeks Cywilny of 23.04.1964.

ple but only on the person who makes the testament.¹⁰ It is possible in a testament to recognize children, designate a splitter, designate an executor of the testament, etc. These are declarations and not dispositions of assets.

According to Art. 1005 CC, the following are not able to make a testament:

- a prepubescent, because they are absolutely legally incapable,
- persons under interdiction due to insanity; in such cases, a testament shall be considered null and void, even if the person claims to have granted it in a lucid interval. On the other hand, if the insane person is not placed under interdiction, it is necessary to prove that s/he was insane at the time of granting the testament, and if s/he proves that s/he granted it in a lucid interval, the testament is a valid act,
- whoever is currently not in his/her right mind due to drunkenness or other causes. Drug addicts are also included in this group,
- anyone who cannot express their testament clearly. This category also encompasses the deaf who cannot make themselves understood.

People not included in this list are able to grant a valid testament.¹¹

The testator must be capable of making a legal act of will at the time of granting the testament, regardless of whether on the following day they fall into a cause of incapacity or have incapacity to make a testament.¹² From this precept it follows that the adult are capable of granting a testament, because they are not listed among the persons unable to make a will.¹³

1.2. Comparison with Polish law

The legal regulation of the principles of making wills in Polish law is contained in Art. 941 KC. In Polish terms, a will is a disposition of the testator's property in the event of death. This concept is assigned two meanings: as a unilateral legal act or as a document.¹⁴ As in Chilean law, a will contains a declaration of the will of one testator, because a prohibition on joint wills is expressed in Art. 942 KC. This does not preclude the testamentary appointment of 'each other'. The name of such dispositions, i.e. 'fraternal wills' or 'joint-joint' wills, adopted in Chilean jurisprudence, is worth considering in Polish jurisprudence.

10 F. Rozas Vial, F.J. Allende Decombe, M. Astaburuaga Suarez, J.P. Diaz de Valdes, *Sucesión por causa de muerte: Historia, textos, jurisprudencia y comentarios*, Santiago 1985, p. 927.

11 M. Somarriva Undurraga, R. Abeliuk Manasevich, *Derecho sucesorio, explicaciones de clases revisadas por el profesor*, Santiago 2005, pp. 193–231, 528–543.

12 P. Rodríguez Grez, *Instituciones de derecho sucesorio*, Santiago 1993, p. 190.

13 For cases of Chilean jurisprudence in which different nullity hypotheses are analysed, see M. Barrientos Zamorano, *Derecho sucesorio metodología de casos*, Valencia 2019, pp. 35, 67, 71.

14 E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warsaw 2010, p. 71.

Similarly to Chilean law, Polish law prohibits the drawing up of wills by a representative, as it is a personal legal act (Art. 944 § 2 KC). There is also a similarity in the admissibility of making a will only by persons with full legal capacity, as a consequence of which a completely incapacitated person will not be able to draw up a valid will. Also in Polish law, a will may be revoked at any time until death. According to Art. 946 KC, a will may be revoked either by the testator making a new will, by destroying the will or depriving it of the features that make it valid in order to revoke it, or by making changes to the will.

Comparing the regulation relating to the content of a will, it should be noted that in Polish terms, it contains the disposition of the testator's assets, together with the so-called records and commands. Unlike Chilean law, a child cannot be recognized in a will. However, it is possible to appoint an executor of the will (Art. 986 *et seq.* KC).

2. Validity of a will – general considerations

2.1. Possible grounds for nullity of a testament in Chile

The Chilean Civil Code, when dealing with a testament, refers solely and exclusively to force, but this does not mean that the other faults of consent do not operate; it is also considered an error regarding testamentary assignments, in accordance with Art. 1007 CC. The force must be severe, meaning that it causes a serious impact on a sane person, taking into account their age, sex and condition.

The testament can therefore be a solemn or less solemn legal act of will. It is solemn when all the conditions ordinarily prescribed by the law have been observed, and it is less solemn when some of these solemnities can be omitted due to consideration of particular circumstances expressly determined by the law. Less solemn and privileged testaments are verbal, military and maritime testaments. To see the solemnities to which the testamentary act is subject, it is necessary to distinguish whether the testament is granted in Chile or abroad.¹⁵ A solemn testament granted in Chile can be an open, nuncupative or public testament or a closed one. An open, nuncupative or public testament is one in which the testator informs the witnesses of his/her provisions. A closed testament is one in which it is not necessary for the witnesses to be aware of the testator's provisions; it is also called secret.

Whether the testament granted in Chile is open or closed, it is subject to two common solemnities, as follows: it is always written and has the common solemnity of the presence of witnesses, which can be three or five in the open testament or three in the closed testament. Witnesses must be qualified, and Art. 1012 CC indicates

15 F. Elorriaga de Bonis, *Derecho sucesorio*, Santiago 2005, pp. 185–245.

who is unable to be witnesses in a solemn testament granted in Chile.¹⁶ If any of the expressed causes of incapacity is not manifested in the appearance or behaviour of a witness and is generally ignored in the place where the testament is granted, basing the contrary opinion on positive and public facts, the testament shall not be invalidated due to the real incapacity of the witness; however, the putative ability can only be used for one of the witnesses.

2.2. Comparison with Polish law

Based on the Polish regulations of the Civil Code, it is assumed that a valid will is one that is drawn up in person (Art. 944 § 2 KC) by a natural person with full legal capacity (Art. 944 § 1 KC) in a manner free from defects in the declaration of will (Art. 945 KC), in a form reserved by statute (Art. 958 KC), containing dispositions of only one testator (Art. 942 KC), the content of which is not contrary to the law or the principles of community life and is not intended to circumvent the Act (Art. 58 KC).¹⁷

Defects in the declaration of will when making a will are regulated by Art. 945 KC. The indicated specific provisions on defects in the declaration of will have a wider spectrum than in Chilean law. In the light of Art. 945 KC, a will is invalid if it was drawn up in a state that excludes a conscious or free decision and expression of will. These conditions can include a lack of discernment, the inability to understand one's own behaviour and the behaviour of others, or not being aware of the meaning and consequences of one's own behaviour. Such a state must result from an internal cause, i.e. from the state of the person making the declaration of will, and not from the external circumstances in which that person has found him/herself.¹⁸

Also invalid is a will made under the influence of an error justifying the assumption that if the testator had not acted under the influence of the error, s/he would not have made a will of this content. The testator's error in drawing up the will results in its defectiveness when the error was subjectively significant. Another reason that may result in the invalidity of the declaration of will is a threat. This results in the creation of a state of emergency in order to induce the testator to make a declaration of will with a specific content and which causes fear in the testator.¹⁹ The invalidity of the will for the above reasons cannot be invoked after three years from the date on which the person having an interest therein learned of the reason for the invalidity, and in any case after ten years from the opening of the succession.

16 R. Dominguez Águila, R. Dominguez Benavente, *Derecho sucesorio*, vol. 1, Santiago 1998, pp. 253–413.

17 B. Kucia, (in:) M. Habdas, M. Fras (eds.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom 6, Warsaw 2019, pp. 248–249.

18 Judgment of the Supreme Court of 7 February 2006, IV CSK 7/05, Lex No. 180191.

19 M. Maciejewska-Szałas, (in:) M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak (eds.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warsaw 2022, p. 1448.

We distinguish between ordinary and special forms of a will. A will in the ordinary form is a holographic, notarial and allographic will. Special wills are oral, travelling and military wills. The Civil Code specifies the formal requirements for each of these forms of will, the failure to comply with which results in the invalidity of a testament.

As in Chilean law, Art. 956 of the Civil Code specifies who cannot be a will witness (absolute and relative ability to be a will witness). Polish law, unlike the law of Chile, does not recognize a closed will, i.e. one in which the provisions of the will are not known to the witnesses and are kept secret. Witnesses must hear the provisions of the will. Polish law also lacks the requirement of two ceremonies. A testamentary declaration drawn up with the participation of witnesses should be written down in the form of a protocol and signed. If the will is made in an ordinary allographic form, the protocol should be signed by the testator, by the person to whom the will was declared (head of the commune, mayor, president of the city, starost, marshal of the voivodeship, secretary of the powiat or commune, or head of the registry office) and by witnesses (Art. 951 KC). If it is a special oral will, its content may be stated in such a way that one of the witnesses or a third party writes down the testator's statement within one year of its submission, specifying the place and date of the statement and of the letter, with the letter signed by the testator and two or all witnesses (Art. 952 § 2 KC).

3. Problems regarding the nullity of a will in relation to the shortcomings of old age

3.1. Chile

The Chilean Civil Code considers someone who 'is not currently sane due to drunkenness or other causes' incapable of making a testament. Consequently, all persons who, at the time of making a testament, for any reason are deprived of reason are included, for instance the insane who have not been declared interdicted due to provisional or permanent insanity, as well as subjects affected by mental illnesses of a different nature or simply those deprived of sanity due to their advanced age or any temporary cause. The grounds of paragraph 4 of Art. 1005 CC consider those who are not in their right mind to be unable to make a testament, either because they are under the influence of alkaloids or because they are insane and are not under interdiction.²⁰ To declare the nullity of the testament because the deceased was not, at the time of making the testament, in his/her right mind or because s/he was unable to ex-

20 Criterion expressed in Resolution of the Supreme Court, First Chamber (Civil) of 10 May 2017, No. 209113, Cause No. 68724/2016 (Appeal).

press his/her testament clearly orally or in writing, 'it is necessary that the evidence attached to the records shows irrefutably said inability to make a testament.'²¹

The signs of old age, decrepitude, ailments or physical decay do not lead by themselves or necessarily to mental insanity, the absolute inability requirement. Such arrangements are subject to court rulings.

It has been resolved that sanity of judgement is presumed in every person who has not been previously incapacitated, since every person must be considered in his/her right mind as a normal attribute of being; therefore, with regard to the right to make a will, the indispensable mental integrity constitutes a *iuris tantum* presumption that forces the consideration that the testator has full capacity which can only be destroyed by more 'evident and complete' evidence to the contrary, very completely and convincingly and of unequivocal 'force'. Whatever the latest anomalies and evolution of the disease, even in a latent state, in the subject, given the difficulty of knowing where reason ends and madness begins, the law requires and consecrates the jurisprudence that the incapacity attributed to a testator has been demonstrated. The testator's lack of capacity due to mental illness must necessarily refer to the precise moment of making the testamentary statement, and the notarial statement about the testator's capacity acquires special relevance of certainty. Such a situation lasts until his/her incapacity is fully demonstrated in court, destroying the strong presumption *iuris tantum* that reveals the act of granting.²²

Likewise, it has been established that neither illness nor dementia prevent the free exercise of the faculty of testament, since there are lucid intervals; the advanced age of the testator is also an insufficient circumstance to establish incapacity. In this case, the idea is emphasized that the disease must not only exist at the time of making the will, but also must meet the requirement of being able to affect their cognitive capacity in such a way that the disability or mental condition must be so serious that it goes to the extreme of making the psychic personality disappear in the life of the person who suffers from the disease, to the exclusion of awareness of their own actions.²³

In the absence of totally and irrefutably symptoms limiting will at the date of the testament, or another disease that deprives someone of the sanity to make a will, the validity of the testament must be opted for, not its nullity. The signs of old age, ailments or physical decline do not necessarily lead to mental insanity; this point must be proven in terms that leave no room for doubt about the capacity of the testator.²⁴ Moreover, if a 51% incapacity for work of the grantor of the testament were to be es-

21 Judgment of the Supreme Court of 21 November 1991, GJ, No. 137, p. 44.

22 A. Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho chileno*, vol. 2, Santiago 2008, pp. 9–20.

23 Resolution of the Court of Appeal of Valdivia of 11 August 2016, No. 28105, Cause No. 301/2016 (Civil).

24 Resolution of the Court of Appeal of San Miguel of 23 March 2012, No. 10804, Cause No. 129/2012 (Civil).

tablished, this type of work is an antecedent that does not affect their mental and volitional condition, and as a consequence of this, a testament granted in this condition is perfectly valid.

With respect to the role played by the notary in the annulment of the testament in Chile, Art. 1016 CC states that the notary must indicate in the act ‘the circumstance of [the testator] being in his entire judgement’ at the time of making a testament. The notary’s statement is made by a non-medical professional to whom the legislator has entrusted such a mission, in his/her capacity as a minister of faith.²⁵ It is not the notary who can declare the testament null and void, since the law reserves this power to the judge, after a trial. The notary acts as a minister of faith and declares what s/he sees, but s/he is not, in any case, an expert in neurocognitive disorders so cannot determine if there is cognitive deterioration, unless, due to the behaviour of the testator, s/he perceives in the short time in which s/he makes contact with him/her that s/he is not in his/her entire judgement. That is why, as a way of protecting their civil liability in the face of the declaration they make about the cognitive situation of the testators, notaries in Chile request and insert in the deed of the testament act, protocolizing it, a certificate from any doctor who declares that the testator is not in his/her whole judgement. There is no requirement, in practice, that the reporting medical professional must be a geriatrician, neurologist or psychiatrist. Thus, the only thing that is achieved with this notarization is to constitute evidence in favour of the notary for eventual civil liabilities; it does not necessarily protect the testator or the person in a state of fragility.²⁶

It has been indicated in the jurisprudence that

as regards the statement of the acting notary regarding the circumstance that the testator is ‘apparently in his right mind’, and not ‘in his entire judgement’, as the aforementioned legal norm would prescribe, it should be noted that the requirement established by the legislator should not be understood literally, but in a logical and systematic way, since the limited appreciation that may be required of professionals in legal areas, who are manifestly not technical in the field, must necessarily be taken into account, to be able to appreciate all the manifestations of a dementia or mental disorder.²⁷

It has also been indicated that

although it is the duty of the notary before whom the solemn testament is authorized to express in it, among other circumstances, that the testator is in his right mind, this official lacking the special scientific knowledge that is sometimes required to recognize the true state of the mental faculties of the testator or the disturbances that an illness may cause him, that requirement of the law can only refer

25 Judgment of the 15th Civil Court of Santiago of 27 December 2010, Cause No. C-33513–2008.

26 L. Cares, Cognitive and Legal Aspects in Older People, ‘San Juicio Revista médica de Chile’ 2020, no. 8, pp. 1183–1188.

27 Judgment of the 15th Civil Court of Santiago, *op. cit.*

to the apparent state of the testator at the time of making his provisions known to the notary public and the witnesses [...] notary only testify to the fact by its apparent manifestation, testimony that has legal effects until the contrary is proven.²⁸

3.2. Poland

Similar to Chilean law, the age of the testator may affect the validity of the will in Poland due to progressive senile dementia. When analysing the issues related to the making of a will by elderly people, two particular circumstances that may be important in determining the validity of a will should be discussed. The first is the total incapacitation of an elderly person, and the second is the institution of defects in the declaration of will when making a will, and especially its preparation by an elderly person in the absence of awareness or freedom in making a decision and expressing will.

Total incapacitation, in the light of Art. 13 KC, may be adjudicated against a person who is over 13 years of age and who, due to mental illness, mental retardation or other mental disorders, in particular alcohol or drug addiction, is unable to control his/her conduct. The prerequisite for incapacitation is being over 13 years of age and having the inability to control one's behaviour caused by circumstances specified by the legislator: as a result of mental illness, mental retardation or other types of mental disorders.²⁹ Other indicated circumstances of disorders are exemplary in nature, which means that they may also be other mental disorders caused by various circumstances. The literature and jurisprudence indicate that senile dementia is a circumstance that may be the basis for total incapacitation.³⁰

The effects of total incapacitation are far-reaching.³¹ Such a person is deprived of legal capacity and, consequently, cannot effectively perform legal transactions. The exception is defined in Art. 14 § 2 KC, but it applies only to current activities of everyday life, and activities in the field of inheritance law cannot be considered as such. As a consequence, an incapacitated elderly person is deprived of the ability to make a will, and inheritance will take place only on statutory terms. Thus the property of an incapacitated elderly person cannot be freely disposed of in the event of their death. These limitations are important in view of the numerous cases in Poland of adjudicat-

28 Resolution of the Court of Appeal of Valparaíso of 29 October 2012, No. 78156, Cause No. 1263/2012 (Civil).

29 Decision of the Supreme Court of 18 May 1972, II CR 138/72, Lex No. 1436; Judgment of the Supreme Court of 5 February 1965, I CR 356/64, Lex No. 291; Decision of the Supreme Court of 19 August 1971, I CR 297/71, OSNC 1972/3/53.

30 M. Tomaszewska, *Oblicza starości osób ubezwłasnowolnionych a wykluczenie społeczne*, (in:) W. Wilk, M. Gołowkin-Hudała (eds.), *Prawne aspekty starości*, Warsaw 2014, p. 123.

31 The exclusionary nature of incapacitation is the subject of debate in Polish scholarship; see M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, *Instytucja ubezwłasnowolnienia w perspektywie unormowań Konstytucji RP oraz Konstytucji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, 'GSP' 2018, vol. 40, p. 163.

ing incapacitation of elderly people with dementia.³² It has already been pointed out that pursuant to Art. 944 § 2 KC, a will in Polish law cannot be drawn up by a representative.

The validity of a will drawn up by an elderly person is also affected by psychological elements. It has been noted that making it in the absence of awareness or freedom in decision-making and in expressing one's wishes makes the will invalid. The jurisprudence indicates that the boundary between the state excluding conscious decision-making and it excluding free decision-making and expression of will is very fluid. Making a decision and expressing will is free when both the decision-making process and the manifestation of will have not been disturbed by destructive factors resulting from the properties of the psyche or thought processes of the person making the declaration of will. Generally speaking, factors that exclude consciousness include lack of discernment, inability to understand one's own behaviour and the behaviour of other people, or not being aware of the meaning and consequences of one's own behaviour. Such a state must result from an internal cause, i.e. from the state of the person making the declaration of will, and not from the external circumstances in which that person finds him/herself.³³ Old age and the related deterioration of perception may be the basis for objections regarding the validity of wills drawn up by elderly people.

Referring to the legal situation of elderly people, especially those with progressive dementia, it should be emphasized that the security of civil law transactions upholds the need to support these people in performing legal actions, including actions in the field of inheritance law. Therefore, the recommended form of a will for an elderly person under Polish law seems to be a notarial will. The notary, while ensuring the safety of legal acts should, as a rule, challenge defective acts. It is rightly noted that a notary is not allowed to perform a notarial act if s/he doubts whether the party to the notarial act has legal capacity. It is not about legal capacity within the meaning of Art. 11 KC, but for situations justifying the assumption of a defect in the declaration of will. Therefore, the notary should refuse to perform a notarial act not only when the party to the act is formally incapacitated, but also when there is a reasonable doubt whether they act in a state of sufficient awareness. It is about stating the disability and its degree in relation to the person participating in the activity. In this approach, the notary public plays the role of a 'guarantor' of the validity of the act

32 It is worth noting the current noticeable increase in the number of incapacitation cases. Research conducted by M. Domański showed that in the period 2011–2019, the number of incapacitation cases in regional courts increased by nearly 40%. In the same period, the number of incapacitations adjudicated by courts of first instance increased by nearly 35%. See M. Domański, *Analiza możliwości wprowadzenia instytucji pośredniej pomiędzy instytucją kuratora dla osoby niepełnosprawnej (art. 183 k.r.o.) a instytucją ubezwłasnowolnienia*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warsaw 2022, p. 15.

33 See Judgment of the Supreme Court of 1 February 2006, IV CSK 7/05, Lex No. 180191.

performed by an elderly person, and therefore this form of will should be considered as particularly dedicated to this social group.

4. Conflicts of laws issue

The similarity between regulations pertaining to the capacity to make a will in Chilean and Polish law does not override the obligation to determine the law applicable in this regard. When trying to determine the law applicable to the capacity to make a will, the Chilean court will in the first place refer to conflict-of-law rules resulting from the Chilean Civil Code and in particular to Art. 14 CC, which lays down the principle of territoriality. Territoriality is the principle according to which laws are dictated for the territory and have their limit within it. Established by Art. 14 CC, it indicates that the law is mandatory for all the inhabitants of the Republic, including foreigners domiciled in Chile and transients. The meaning of Art. 14 CC is that all individuals who inhabit the national territory, whether Chilean or foreign, are subject to Chilean law from the point of view of their persons, property and acts. This also applies to the capacity to make a will. On the other hand, according to the extraterritorial or personal principle, laws are dictated for people and accompany them outside of the territory; this principle is referred to in Art. 15 CC.³⁴ By virtue of this precept, Chileans will remain subject to the national laws that regulate civil rights and obligations, regardless of their residence in a foreign country, pertaining to the marital status of people and their ability to perform certain acts that must take effect in Chile.

In trying to determine the law applicable in this regard, a Polish court will refer to the EU Succession Regulation,³⁵ which in Art. 26(1a) provides that the capacity of the testator to make the disposition of property upon death shall be governed by the law applicable to the assessment of the 'substantive validity of dispositions of property upon death', determined under Art. 24 of the regulation.³⁶ The aforementioned provision indicates that a disposition of property upon death other than an agreement as to succession shall be governed, as regards its substantive validity, by the law which under this regulation would have been applicable to the succession of the person who made the disposition if s/he had died on the day on which the disposition was made. On top of that, a person may choose as the law to govern his/her disposition upon death as regards its substantive validity in accordance with Art. 22 and on

34 E. Picand Albónico, (in:) J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017, p. 1964.

35 Regulation (EU) No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

36 M. Pazdan, *Zakres zastosowania rozporządzenia spadkowego*, (in:) M. Pazdan, J. Górecki (eds.), *Nowe europejskie prawo spadkowe*, Warsaw 2015, pp. 26–27.

the conditions set out therein. These determinations lead to the conclusion that the issue of a person's capacity to make a will shall be governed, under the Succession Regulation, by the law chosen – or, in the event of no choice being made, the law indicated by objective connecting factors. It should be noted here that the capacity of the person making a will shall not be associated with the legal capacity of natural persons, which is excluded from the scope of the Succession Regulation pursuant to Art. 1(2b),³⁷ even though it is often the case that the capacity of the person making a will will be determined using the same criteria as the legal capacity of natural persons.

Pursuant to Art. 22 of the EU Regulation, a person may choose as the law to govern their succession as a whole the law of the state whose nationality s/he possesses at the time of making the choice or at the time of death. The EU legislator has only allowed a limited choice; the law of another state must not be chosen by the testator. In the event that the testator has multiple nationalities, s/he may choose the law of any of the states whose nationality s/he possesses at the time of making the choice or at the time of death. The choice of law governing the succession as a whole, including, as regulated by provisions of Art. 26(1a), the capacity of the person to make a will, shall be made expressly in a declaration in the form of a disposition of property upon death (and hence in a will) or be demonstrated by the terms of such a disposition. Considering the wording of the aforementioned provision, the wishes of the testator must therefore be embodied in the will, although the choice can be implicit.

In the absence of a choice of law, pursuant to Art. 21 of the EU Regulation, the law applicable to the succession as a whole (including to the capacity to make a will) shall be the law of the state in which the deceased had his/her habitual residence at the time of death. Nevertheless, where, by way of exception, it is clear from all the circumstances of the case that at the time of death the deceased was manifestly more closely related with another state, then the law applicable to the succession as a whole shall be the law of that other state.³⁸

The law determined by these conflict-of-law rules is applicable for the assessment of whether the person who made a will had the capacity to do so and thus whether s/he satisfied the conditions, as required by the law, and qualifications as regards the capacity to decide on the fate of his/her assets upon death and to make a will.

Conclusions

The conducted analysis gives grounds to conclude that both in Chilean and in Polish law, the mere age of the testator does not automatically determine the defectiveness of a will made by him/her. Only disabilities resulting from old age may, in

37 See Art. 1(2b) of the Succession Regulation *in fine*.

38 M. Pazdan, Zakres..., *op. cit.*, pp. 102–103.

some cases, affect the validity of the will. The analysis carried out gives the basis for the following theses and conclusions:

1. In the current context of countries such as Poland and Chile, with an ageing population and increasing cognitive impairment in the elderly population, there is an urgent need to update the regulations that ensure the autonomy of testators in making decisions in a testament act.
2. Few testaments are granted compared to the number of deaths per year in both countries, which suggests that legislation should develop support mechanisms in declarations of will through technical assistance at the time of testament, which would encourage legal certainty in the testament act as a valid instrument for the disposition of assets on the death of a person.
3. The absence of up-to-date scientific criteria in the legislation is substantially critical in the Chilean and also the Polish case, in which the notary only limits him/herself to verifying by appearance and behaviour what is a testator in his/her right mind. A testamentary annulment due to the annulment of the provisions will only be possible after a trial in court, which can be avoided with the adoption of scientific criteria on cognitive impairment at the time of making a testament.
4. The similarity between Chilean and Polish law concerning the capacity to make a will does not allow for the omission of determining which law is applicable in this regard. It is crucial because conflict-of-law rules are different in both legislations.

REFERENCES

- Alessandri Besa A., *La nulidad y la rescisión en el derecho chileno*, vol. 2, Santiago 2008.
- Balwicka-Szczyrba M., Sylwestrzak A., *Instytucja ubezwłasnowolnienia w perspektywie unormowań Konstytucji RP oraz Konstytucji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, 'GSP' 2018, vol. 40.
- Balwicka-Szczyrba M., Sylwestrzak A. (eds.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warsaw 2022.
- Barrientos Zamorano M., *Derecho sucesorio metodología de casos*, Valencia 2019.
- Basedow J., Rühl G., Ferrari F., de Miguel Asensio P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham 2017.
- Cares L., *Cognitive and Legal Aspects in Older People*, 'San Juicio Rev. méd. Chile' 2020, no. 8.
- Domański M., *Analiza możliwości wprowadzenia instytucji pośredniej pomiędzy instytucją kuratora dla osoby niepełnosprawnej (art. 183 k.r.o.) a instytucją ubezwłasnowolnienia*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warsaw 2022.
- Dominguez Águila R., Dominguez Benavente R., *Derecho sucesorio*, vol. 1, Santiago 1998.
- Elorriaga de Bonis F., *Derecho sucesorio*, Santiago 2005.
- Habdas M., Fras M. (eds.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom 6, Warsaw 2019.

- Olszówka F., Chilijski kodeks cywilny i przyczyna jego sukcesu, 'Czasopismo Prawno-Historyczne' 2022, vol. 74.
- Pazdan M., Zakres zastosowania rozporządzenia spadkowego, (in:) M. Pazdan, J. Górecki (eds.), Nowe europejskie prawo spadkowe, Warsaw 2015.
- Rodriguez Grez P., Instituciones de derecho sucesorio, Santiago 1993.
- Rozas Vial F., Allende Decombe F.J., Astaburuaga Suarez M., Diaz de Valdes J.P., Sucesión por causa de muerte: Historia, textos, jurisprudencia y comentarios, Santiago 1985.
- Skowrońska-Bocian E., Prawo spadkowe, Warsaw 2010.
- Somarriva Undurraga M., Abeliuk Manasevich R., Derecho sucesorio, explicaciones de clases revisadas por el profesor, Santiago 2005.
- Tomaszewska M., Oblicza starości osób ubezwłasnowolnionych a wykluczenie społeczne, (in:) W. Wilk, M. Gołowkin-Hudała (eds.), Prawne aspekty starości, Warsaw 2014.

