



RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 5 lutego 2016 r.

PG VIII TK 144/15
K 42/15

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY KAN C E L A R I A	
wpl. dnia	08. 02. 2016
L.dz.	L.zał.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 2015 r., poz. 793 ze zm.) w zakresie, w jakim upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia, w drodze obwieszczenia, sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

– na podstawie art. 56 pkt 5 w związku z art. 82 ust. 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1064 ze zm.) –

przedstawiam następujące stanowisko:

– art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 2015 r., poz. 793 ze zm.) w zakresie, w jakim upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia, w drodze obwieszczenia, sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu,

jest niezgodny z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o zbadanie zgodności art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów w zakresie, w jakim upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia, w drodze obwieszczenia, sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Konstytucji.

Uzasadniając swój wniosek, Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: „RPO” lub „Rzecznik”) wskazał, że zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 2015 r., poz. 793 ze zm.; dalej: „ustawa” lub „ustawa z 2005 r.”), iż pobranie komórek, tkanek lub narządów do przeszczepienia jest dopuszczalne po stwierdzeniu trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu). Ustęp 2 artykułu 9 ustawy stanowi, że kryteria i sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu ustalają, powołani przez ministra właściwego do spraw zdrowia, specjaliści odpowiednich dziedzin medycyny przy uwzględnieniu aktualnej wiedzy medycznej. W art. 9 ust. 3 ustawy wskazano, że kryteria i sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu ogłasza w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, w drodze obwieszczenia, minister właściwy do spraw zdrowia. Zgodnie z art. 9 ust. 4 ustawy, trwałe nieodwracalne ustanie czynności mózgu stwierdza jednomyślnie – na podstawie kryteriów, o których mowa

w obwieszczeniu, wydanym na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy – komisja złożona z trzech lekarzy, posiadających specjalizację, w tym co najmniej jednego specjalisty w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jednego specjalisty w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii. Przepis ust. 5 artykułu 9 ustawy stanowi, że komisję, o której mowa w art. 9 ust. 4 ustawy, powołuje i wyznacza jej przewodniczącego kierownik podmiotu leczniczego lub osoba przez niego upoważniona, zaś w ust. 6 artykułu 9 wskazuje się, że lekarze wchodzący w skład tej komisji nie mogą brać udziału w postępowaniu obejmującym pobieranie i przeszczepianie komórek, tkanek lub narządów od osoby zmarłej, u której dana komisja stwierdziła trwałe nieodwracalne ustanie czynności mózgu.

Rzecznik wskazał, że, na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy, Minister Zdrowia w dniu 17 lipca 2007 r. „wydał” obwieszczenie w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, które opublikowano w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” z dnia 31 lipca 2007 r., Nr 46, pod pozycją 547 (dalej: „obwieszczenie z dnia 17 lipca 2007 r.”).

We wniosku podkreślono, że – stosownie do treści obwieszczenia z dnia 17 lipca 2007 r. – rozpoznanie śmierci mózgu następuje po przeprowadzeniu dwuetapowego postępowania kwalifikującego. Obwieszczenie z dnia 17 lipca 2007 r. określa więc – zdaniem RPO – nie tylko kryteria, którymi ma się kierować komisja, o której mowa w art. 9 ust. 4 ustawy, lecz także opisuje sekwencję niezbędnych działań, które komisja ta ma podjąć w celu stwierdzenia śmierci mózgu.

Zdaniem Rzecznika, zawarte w art. 9 ust. 3 ustawy upoważnienie ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia „sposobu” stwierdzenia trwałego ustania czynności mózgu jest w rzeczywistości upoważnieniem do określenia

sposobu postępowania (procedury) zmierzającego do rozpoznania śmierci mózgu, czyli upoważnieniem do uregulowania powtarzalnych ludzkich zachowań. RPO wskazał, powołując się w tej mierze na dorobek orzecniczy Trybunału Konstytucyjnego, że pojęcie „sposób” należy rozumieć jako tryb postępowania – procedurę. Dodał także, iż w ustawie nie zamieszczono żadnych regulacji odnoszących się do sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, wobec której treści zawarte w obwieszczeniu z dnia 17 lipca 2007 r. mogłyby pełnić funkcję wyłącznie wskazówek czy wytycznych dla komisji stwierdzającej trwałe nieodwracalne ustanie czynności mózgu. Powyższe okoliczności pozwalają zatem, wedle Rzecznika, na zakwalifikowanie tych elementów zawartych w obwieszczeniu z dnia 17 lipca 2007 r., które określają sposób postępowania zmierzającego do rozpoznania śmierci, jako norm o charakterze generalnym (z rodzajowo określonym adresatem) i abstrakcyjnym (z określoną klasą zachowań, których cechą jest ich powtarzalność). W konsekwencji Rzecznik przyjął, że art. 9 ust. 3 ustawy upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia do wprowadzenia treści normatywnych, lecz w niewłaściwej formie. Obwieszczenie nie należy bowiem do konstytucyjnych źródeł prawa, których katalog określa art. 87 ust. 1 Konstytucji. Zdaniem Rzecznika, obwieszczenie należy traktować wyłącznie jako komunikat o charakterze oficjalnym, którego treść nie może wybiegać poza odzwierciedlenie obowiązującego ustawodawstwa. O tym jednak, czy konkretne obwieszczenie ma znaczenie normatywne, decyduje jego treść, a mianowicie to, czy wprowadza ono elementy, które nie zostały wprost ustawowo sprecyzowane.

Rzecznik zaakcentował, że regulacje zawarte w obwieszczeniu z dnia 17 lipca 2007 r. dotyczą zagadnień prawnej ochrony życia, które bezdyskusyjnie stanowi wartość nadrzędną oraz źródło wszelkich pozostałych praw człowieka. Stwierdzenie nieodwracalności ustania czynności mózgu wyznacza kres prawnej ochrony życia, co – zdaniem Rzecznika – uzasadnia powinność wyłącznie

ustawowej regulacji tej materii. Zastrzeżenie takiej formy wynika z art. 31 ust. 3 Konstytucji, który stanowi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie. Oznacza to – wedle RPO – niedopuszczalność ustanawiania, bez konkretnego upoważnienia konstytucyjnego, innych niż ustawowe unormowań, następstwem zastosowania których mogłaby stać się ingerencja ograniczająca zakres korzystania z wolności konstytucyjnie gwarantowanych jednostce. Rzecznik podkreślił, że bezpośrednio w ustawie powinny być uregulowane, w sposób zupełny i wyczerpujący, wszystkie kwestie o istotnym znaczeniu dla urzeczywistnienia konstytucyjnie gwarantowanych wolności i praw człowieka i obywatela. Zasad wyłączności ustawy nie wyklucza, co prawda, przekazywania do unormowania w drodze rozporządzeń określonych spraw dotyczących statusu jednostki, ale winno to nastąpić w granicach upoważnień ustawowych, odpowiadających wymaganiom art. 92 Konstytucji.

Odnosząc się do zarzutów Rzecznika, należy na wstępie podkreślić, że podstawowymi założeniami konstytucyjnego systemu źródeł prawa są:

- podział prawa na źródła prawa powszechnie obowiązującego i źródła prawa wewnętrznie obowiązującego, z wyraźną preferencją dla źródeł pierwszego rodzaju, oraz
- „zamknięcie” systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego, tj. ograniczenie katalogu źródeł tego prawa, zarówno gdy idzie o formę aktów normatywnych, jak i podmioty uprawnione do ich wydawania.

Zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego pod względem przedmiotowym obejmuje nie tylko akty prawne wymienione w art. 87 Konstytucji (Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia), ale także – pod warunkiem ich powszechnego charakteru – wszystkie te, o których mowa w innych przepisach

konstytucyjnych, przyznających kompetencje do ich wydawania określonym organom państwa. W szczególności chodzi tu o układy zbiorowe pracy (art. 59 ust. 2 Konstytucji), umowy międzynarodowe wprowadzone do krajowego porządku prawnego za zgodą organów Rzeczypospolitej w określony prawem sposób (art. 91 ust. 1 i 2 ustawy zasadniczej), akty prawa wtórnego Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 ustawy zasadniczej) i rozporządzenia prezydenta z mocą ustawy, jako akty ustawodawstwa wyjątkowego, wydane w okresie stanu wojennego, gdy Sejm nie może się zebrać (art. 234 Konstytucji). W Konstytucji nie ma zatem (z wyjątkiem art. 234 ustawy zasadniczej) podstaw do jakiegokolwiek samodzielnej lub nawet opartej na upoważnieniu ustawy działalności ustawodawczej organów władzy wykonawczej (*vide* – Kazimierz Działocha, *Zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego w konstytucji i w praktyce*, [w:] Andrzej Szmyt [red.], *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005, s. 15). Obwieszczenie, jako wypowiedź organu władzy publicznej, nie mieści się w kategorii aktów będących źródłem powszechnie obowiązującego prawa.

Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1484 ze zm.) – zgodnie z jej art. 1 ust. 1 – określa zasady i tryb ogłaszania aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych oraz zasady i tryb wydawania dzienników urzędowych. Zgodnie z art. 10 ust. 4 powołanej ustawy, w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski” ogłasza się również inne niż wymienione w ust. 1 – 3 artykułu 10 tej ustawy akty prawne, a także ogłoszenia, obwieszczenia i komunikaty organów, instytucji i osób, jeżeli odrębne ustawy tak stanowią. Treść powołanego przepisu może wskazywać, iż ustawodawca zakłada nienormatywny charakter obwieszczenia, o którym mowa w art. 10 ust. 4 powołanej ustawy.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalilo się jednak stanowisko, że o statusie prawnym aktu nie decydują przesłanki związane z jego podstawą prawną (jej istnieniem, brakiem lub wadliwością), z dysponowaniem przez określony organ państwa kompetencją do jego wydania, ani też z zachowaniem w procesie jego stanowienia wyznaczonej procedury. Mogą one jedynie przesądzać o mocy obowiązującej takiego aktu lub jej braku, o jego legalności bądź nielegalności itp. Elementy te składają się na tzw. kryterium formalne, zgodnie z którym przez akty normatywne rozumie się wszelkie akty, które – niezależnie od swej treści – są kwalifikowane jako źródła prawa przez Konstytucję (np. ustawy i rozporządzenia, ale już nie uchwały i zarządzenia, które mogą być formą służącą zarówno stanowieniu prawa, jak i jego stosowaniu). W tym, można rzec – formalnym znaczeniu treścią aktów normatywnych mogą być nie tylko akty prawne, ale również wypowiedzi służące dokonaniu określonych czynności konwencjonalnych.

Przesądającym o normatywności aktu jest jednak kryterium materialne, zgodnie z którym przez akty normatywne rozumie się wszelkie akty, które – niezależnie od swej nazwy – zawierają normy prawne, czyli normy w zasadzie generalne i abstrakcyjne, z zastrzeżeniem, że współcześnie w doktrynie prawniczej zdecydowanie mniej akcentuje się cechę abstrakcyjności, wskazując trafnie, że nierzadko normy prawne mają charakter generalny i konkretny, np. normy wyrażone w przepisach dostosowujących. W znaczeniu materialnym aktami normatywnymi mogą zatem być nie tylko akty uznane za źródła prawa, ale również akty pełniące różne funkcje w zależności od konkretnego przypadku (*vide* – postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt U 8/15, <http://trybunal.gov.pl/s/u-815>).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego sformułowano przeto warunki decydujące o uznaniu konkretnej wypowiedzi (aktu) jako należącego do kategorii wypowiedzi (aktów) normatywnych, zaliczając do nich:

- decydujące znaczenie treści, a nie formy aktu, jako kryterium oceny jego normatywności;
- konkretny charakter tego rodzaju oceny, biorącej pod uwagę również systemowe powiązania danego aktu z innymi aktami systemu prawnego uznawanymi niewątpliwie za normatywne;
- przyjęcie, że wątpliwości co do normatywnego charakteru niektórych aktów prawnych wydają się nieodłączną cechą systemu prawnego (*vide* – wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 12 lipca 2001 r., sygn. akt SK 1/01, OTK ZU nr 5/2001, poz. 127, z dnia 22 września 2006 r., sygn. akt U 4/06, OTK ZU nr 8/A/2006, poz. 109 oraz z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. akt U 1/08, OTK ZU nr 9/A/2008, poz. 160).

Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie wyrażał więc stanowisko, że jeżeli w aktach odnajdujemy jakąkolwiek, choćby obok innych, treść normatywną, to nie ma podstaw wyłączenia ich spod kontroli konstytucyjności czy legalności, zwłaszcza wtedy, gdy w grę wchodzi obrona praw i wolności człowieka i obywatela.

Również w doktrynie akcentuje się, że podstawowym elementem przy rozpoznawaniu normatywności aktu jest ustalenie, że zawiera on normy generalne i abstrakcyjne w odróżnieniu od indywidualnych i konkretnych (*vide* – Agnieszka Bień-Kacała, *Źródła prawa wewnętrznego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Toruń 2013, s. 128; *vide* również – Sławomira Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 32). Takiemu charakterowi odpowiada akt ogólny w odniesieniu do adresata, przedmiotu regulacji oraz użytych w nim zwrotów. Cecha abstrakcyjności jest odniesiona do klasy zachowań lub czynów określonego rodzaju, jako sytuacji z istoty swej powtarzalnych, niewyczerpujących się w procesie stosowania prawa. Generalność oznacza zaś, że wypowiedź normatywna odnoszona jest do pewnej klasy adresatów, względnie – do adresata określonego indywidualnie (np.

prezydent, minister itp.), ale chodzi o szczególne cechy tego adresata określonego indywidualnie.

Podstawową cechą prawa obowiązującego powszechnie jest zdolność do regulowania zachowania wszystkich kategorii podmiotów funkcjonujących w państwie. Norma powszechnie obowiązująca to norma, która może być adresowana do każdego podmiotu: do obywateli, ich organizacji, osób prawnych oraz wszelkich innych podmiotów. Może kształtować sytuacje prawne w ten sposób określonych podmiotów, tzn. wyznaczać im obowiązki, przyznawać uprawnienia, udzielać upoważnień. Norma nie ma charakteru wewnętrznego, jeżeli jest wprawdzie adresowana do podmiotu podległego organizacyjnie temu, kto wydaje akt, ale jeśli wyznacza adresatowi obowiązki lub upoważnia go do bezpośredniego oddziaływania na zachowania lub sprawy obywateli, ich organizacji i osób prawnych (*vide* – Agnieszka Bień-Kacała, *op. cit.*, s. 156 – 158). Kwestię źródeł prawa wewnętrznego reguluje natomiast art. 93 Konstytucji, który ma zastosowanie nie tylko do organów i aktów wyraźnie w nim wskazanych (uchwały Rady Ministrów oraz zarządzenia Prezesa Rady Ministrów i ministrów), ale do wszystkich form prawotwórstwa „zarządzeniowego” i „powielaczowego”, występujących w obrębie państwowej administracji centralnej. Prawo wewnętrzne dotyczy struktur wewnętrznych organu, a wymienione w art. 93 Konstytucji jednostki nie są „jednostkami organizacyjnymi” tego organu, a jedynie „organizacyjnie podległymi. Istotną cechą aktu prawa wewnętrznego jest to, że nie może on stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów. W odróżnieniu od zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego, katalog źródeł prawa wewnętrznego jest otwarty, co potwierdził w swym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny (*vide* – wyrok z dnia 1 grudnia 1998 r., sygn. akt K. 21/98, OTK ZU nr 7/1998, poz. 116).

Trybunał Konstytucyjny w swym orzecznictwie wypowiedział się na temat normatywności obwieszczeń, jak i unormowań ustawowych, które zawierały upoważnienia do ich wydawania. Już w orzeczeniu z dnia 8 listopada 1989 r., w sprawie o sygn. akt K. 7/89, Trybunał Konstytucyjny uznał, że w przypadku, gdy obwieszczenie zawiera treści normatywne, może podlegać – właśnie ze względu na taki jego charakter – kognicji Trybunału Konstytucyjnego (OTK ZU nr 1/1989, poz. 8). Podobnie w wyroku z dnia 7 lipca 2003 r., sygn. akt SK 38/01, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „obwieszczenie premiera (ministra) w zakresie, w jakim wyraża nowe treści normatywne, może podlegać kognicji Trybunału Konstytucyjnego. Ustalona wykładnia przepisów o Trybunale Konstytucyjnym przyjmuje jednolicie materialne pojęcie aktu normatywnego: każda wypowiedź naczelnego lub centralnego organu państwowego, która wprowadza jakąkolwiek nowość normatywną do systemu obowiązującego prawa podlega kognicji Trybunału Konstytucyjnego. Nazwa i prawna forma aktu, w którym taka wypowiedź normatywna została zawarta, nie ma wpływu na powstanie właściwości Trybunału Konstytucyjnego do zbadania jej zgodności z Konstytucją i – ewentualnie – ustawami. Gdyby badanie to doprowadziło do wniosku, że prawna treść obwieszczenia wybiega poza odzwierciedlenie obowiązującego ustawodawstwa, to oznaczałoby to, że premier (minister) samoistnie ustanowił nową normę prawną i to pretendującą do rangi ustawy” (OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 61).

W wyroku z dnia 21 czerwca 1999 r., w sprawie o sygn. akt U. 5/98, przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego było obwieszczenie Prezesa Urzędu Mieszkalnictwa i Rozwoju Miast z dnia 11 grudnia 1998 r. w sprawie wysokości normatywów miesięcznych spłat kredytu mieszkaniowego za 1 m² powierzchni użytkowej lokalu w I półroczu 1999 r. (M.P. Nr 45, poz. 644). Aktowi temu zarzucono, iż zawiera postanowienia normatywne, które – jako adresowane do kredytobiorców spłacających kredyty mieszkaniowe –

konkretyzują zobowiązania spłaty rat kredytu. W sprawie tej Trybunał Konstytucyjny uznał, że powołane obwieszczenie nie jest niezgodne z art. 87 ust. 1 Konstytucji, jednak wniosek ten wysnuł na podstawie szczegółowej analizy treści obwieszczenia, stwierdzając, że jego postanowienia nie zawierają treści normatywnych, bowiem nie wykraczają poza szczegółowe unormowania zamieszczone w ustawie, upoważniającej Prezesa Urzędu Mieszkalnictwa i Rozwoju Miast do wydania tego obwieszczenia (OTK ZU nr 5/1999, poz. 99). Jednocześnie jednak Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że „o tym (...), czy konkretne obwieszczenie ma znaczenie normatywne decyduje jego treść, a mianowicie, czy wprowadzono elementy, które nie zostały wprost ustawowo sprecyzowane”. Ze względu zaś na zakres przedmiotowy wniosku o kontrolę konstytucyjności powołanego obwieszczenia, Trybunał Konstytucyjny nie przeprowadził oceny konstytucyjności upoważnienia ustawowego do wydania obwieszczenia.

Oceny takiej Trybunał Konstytucyjny dokonał natomiast w wyroku z dnia 21 lipca 2011 r., w sprawie o sygn. akt K 23/08, orzekając, że art. 5 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (obecny tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 1774 ze zm.), który – przewidując waloryzację kwot należnych z tytułów określonych w powołanej ustawie – odsyłał do wskaźników zmian cen nieruchomości, które miały być ogłaszane, w formie obwieszczenia, przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, jest zgodny z art. 2 Konstytucji. Problemem konstytucyjnym, zdefiniowanym w tej sprawie przez wnioskodawcę, była teza, iż wskaźniki zmian cen nieruchomości nie są mierzalną kategorią statystyczną, a w związku z tym wykonanie obowiązku przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego jest niewykonalne. Pobocznie jedynie uczestnicy postępowania sygnalizowali problem normatywności obwieszczenia. Zauważono, że wypełnienie treścią pojęcia „wskaźniki zmian cen nieruchomości” ustawodawca pozostawił organowi administracji rządowej, nie ustalając w tej mierze jakichkolwiek kryteriów. W uzasadnieniu powołanego wyroku Trybunał

Konstytucyjny kwestii tej szczegółowo nie rozważył, poprzestając jedynie na zwróceniu uwagi, że „wyznaczając w odpowiednich ustawach Prezesowi GUS obowiązek ogłaszania komunikatów i obwieszczeń, ustawodawca nie określa każdorazowo metodologii badań statystycznych pozwalających następnie podać do publicznej wiadomości określonych wielkości i wskaźników. Ustawodawca obowiązki w tym zakresie nałożył na Prezesa GUS w ustawie z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej”. Zagadnienie to otrzymało natomiast pierwszoplanowe znaczenie w zdaniu odrębnym sędziego Trybunału Konstytucyjnego Marka Zubika do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. akt K 23/08. W szczególności można w nim znaleźć opinię, iż zakwestionowany przepis umożliwia współtworzenie treści normy ustawowej Prezesowi Głównego Urzędu Statystycznego, czyli organowi władzy wykonawczej, który nie ma kompetencji do stanowienia przepisu powszechnie obowiązującego prawa. Norma „wytworzona” w ten sposób dotyka sytuacji prawnej jednostki (i podmiotów podobnych), uzależniając uzyskanie lub zapłatę przez nią określonych kwot z różnych tytułów (np. odszkodowań czy opłaty z tytułu użytkowania wieczystego) od wysokości owych wskaźników. Tym samym ingerencja w wolności i prawa konstytucyjne dokonuje się częściowo nie tylko poza regulacją ustawową, lecz w ogóle poza systemem źródeł prawa powszechnie obowiązującego w rozumieniu art. 87 Konstytucji (*op. cit.*). W zdaniu odrębnym sędziego Trybunału Konstytucyjnego Marek Zubik wyraził ponadto opinię, że art. 5 powołanej ustawy dotknięty jest rażącymi konstytucyjnymi wadami legislacyjnymi. Opiera się bowiem na wątpliwej z perspektywy konstytucyjnego systemu źródeł prawa technice wyposażenia w kompetencję prawodawczą Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego oraz – dodatkowo – ma charakter blankietowy, bo nie przewiduje żadnych wytycznych, którymi miałby być związany Prezes Głównego Urzędu Statystycznego, ustalając części normy prawnej, dopełniającej rozwiązanie przewidziane w ustawie. Rozwiązanie takie jest – zdaniem sędziego Trybunału Konstytucyjnego Marka

Zubika – tym bardziej wątpliwe, jeśli weźmie się pod uwagę, że Konstytucja wymaga od ustawodawcy, by, upoważniając organy egzekutywy do wydania rozporządzenia, określił zakres spraw przekazanych do unormowania oraz zawarł w ustawie wytyczne dotyczące treści aktu wykonawczego (*vide – op. cit.*). W cytowanym zdaniu odrębnym zauważono również, że „[p]odobne mechanizmy współtworzenia norm przez ustawodawcę i inne organy państwa przewidziane są i w innych ustawach [a] Trybunał – jak dotąd – nie stwierdził ostatecznie, że tego rodzaju rozwiązanie pozostaje w sprzeczności z reformatorskim podejściem ustrojodawcy do systemu źródeł prawa oraz do wymogu, by sytuacja jednostki była unormowana co do zasady w ustawie, a w każdym razie w ramach prawa powszechnie obowiązującego” (*op. cit.*).

Rzecznik, przedstawiając we wniosku tezę o normatywnym charakterze materii, której uregulowanie powierzono ministrowi właściwemu do spraw zdrowia w zaskarżonym art. 9 ust. 3 ustawy, wyeksponował fakt, iż w upoważnieniu zawartym w kwestionowanym przepisie mowa jest o „sposobie stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu”. Nawiązując do słownikowego znaczenia rzeczownika „sposób”, które oznaczać ma tyle co „tryb postępowania lub wykonywania, robienia czegoś” albo „metodę postępowania lub osiągnięcia celu”, RPO doszedł do wniosku, iż przedmiotem upoważnienia jest w istocie określenie procedury, trybu postępowania zmierzającego do stwierdzenia nieodwracalnego ustania czynności mózgu. Treść obwieszczenia zdaje się dostarczać Rzecznikowi przekonujących argumentów na poparcie tej tezy. Obwieszczenie określa bowiem – jak podkreśla RPO – sposób postępowania zmierzającego do rozpoznania śmierci. „Postępowanie kwalifikacyjne”, jak je określa samo obwieszczenie, składa się z dwóch, ściśle opisanych etapów. Dopiero wykonanie wszystkich czynności składających się na etap pierwszy upoważnia do „przejścia” do etapu drugiego. Inną, wyraźnie wyodrębnioną część obwieszczenia stanowią natomiast wytyczne techniczne do

sposobu przeprowadzenia badań. Wskazuje to – zdaniem Rzecznika – iż część obwieszczenia zatytułowana „Rozpoznanie śmierci mózgu” nie ma charakteru wytycznych (wskazówek), lecz określa powtarzalne zachowania ludzkie – ma charakter normatywny.

Odnosząc się do tych twierdzeń, należy przede wszystkim zauważyć, iż samo użycie w upoważnieniu zawartym w art. 9 ust. 3 ustawy wyrazu „sposób” nie dowodzi bynajmniej, iż ustawodawca zamierzał za pomocą obwieszczenia unormować procedurę (tryb) rozpoznawania śmierci mózgu. Przyjęta w zaskarżonym przepisie konwencja językowa nie jest w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jednoznacznie identyfikowana jako upoważniająca do określenia jakiejś procedury. W wyroku z dnia 10 marca 2010 r., sygn. U 5/07, który został powołany przez RPO, Trybunał Konstytucyjny uznał wprawdzie, że „przez tryb ograniczenia wolności osobistej, o którym mowa w art. 41 ust. 1 zdaniu drugim Konstytucji, należy rozumieć, w świetle Konstytucji, regulowany ustawowo sposób postępowania (procedurę) podmiotu uprawnionego ustawowo do decydowania o ograniczeniu wolności osobistej” (OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 20). W tym, przytoczonym również we wniosku RPO, fragmencie uzasadnienia wyroku pojęcie podlegające definiowaniu to „tryb”, zaś określenie „sposób postępowania” to – w kontekście wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego – jedynie wyrażenie służące do opisanie innego, lecz użytego w akcie prawnym (wyrażonego w języku tekstu prawnego) pojęcia. Innymi słowy, w przywołanej wypowiedzi Trybunał Konstytucyjny wyjaśnia, czym jest pojęcie „tryb”, a nie pojęcie „sposób”. Sama ustawa sugeruje również, że pojęć tych nie należy ze sobą utożsamiać, skoro w upoważnieniu ustawowym, zawartym w jej art. 8 ust. 2, upoważniono Ministra Sprawiedliwości od określenia – w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia – sposobu i trybu uzyskania informacji lub stanowiska, o których mowa w ust. 1 artykułu 8 ustawy. Wydaje się zatem, iż rozumienie użytego w art. 9 ust. 3 ustawy pojęcia „sposób stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu” nie jest jednoznaczne.

W szczególności można je interpretować jako określenie metodyki profesjonalnego postępowania, do której wskazania upoważniałby ministra właściwego do spraw zdrowia zakwestionowany przepis. Nie bez znaczenia byłby w tym kontekście również fakt, iż – co do zasady – trudno ocenić legalność owego upoważnienia wyłącznie na podstawie sposobu jego realizacji. Przy takim ujęciu upoważnienia, zamieszczenie w obwieszczeniu treści o charakterze normatywnym byłoby nadużyciem uprawnień ministra właściwego do spraw zdrowia. O tym jednak, iż zaskarżony przepis istotnie przyznaje ministrowi właściwemu do spraw zdrowia kompetencję do wydania powszechnie obowiązującego aktu normatywnego w formie niemieszczącej się w konstytucyjnym katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego, przekonuje – jak słusznie zauważa Rzecznik – treść art. 9 ust. 4 ustawy, który stanowi, iż trwale nieodwracalne ustanie czynności mózgu stwierdza komisja złożona z trzech lekarzy, posiadających specjalizację, w tym co najmniej jednego specjalisty w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii oraz jednego specjalisty w dziedzinie neurologii lub neurochirurgii, na podstawie kryteriów, o których mowa w ust. 3 artykułu 9 ustawy. Norma ta, w ocenie Rzecznika, dowodzi, iż sposób postępowania zmierzający do rozpoznania śmierci mózgu, którego określenie powierzono ministrowi właściwemu do spraw zdrowia, wyznacza wzór powinienego zachowania. Ponadto słuszności też RPO dowodzi pośrednio także treść obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia (M.P. Nr 59, poz. 784), wydanego na podstawie upoważnienia zawartego w art. 9a ust. 3 ustawy. Przepis ten stanowi, że „[m]inister właściwy do spraw zdrowia ogłasza, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej «Monitor Polski», kryteria i sposób stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia”. Budowa tego upoważnienia jest identyczna jak upoważnienia zawartego w zaskarżonym przepisie. Treść obwieszczenia z dnia 9 sierpnia 2010 r. wskazuje zaś jednoznacznie na odczytanie przez Ministra

Zdrowia przyznanej mu kompetencji jako prawodawczej. Tak też kompetencja ta została zrealizowana, co nawet – w znacznie większym stopniu, niż w przypadku obwieszczenia z dnia 17 lipca 2007 r. – widoczne jest już w warstwie językowej. Obwieszczenie z dnia 9 sierpnia 2010 r. posługuje się bowiem językiem norm prawnych, co da się zauważyć nie tylko w części IV tego aktu, zatytułowanej „Stwierdzenie nieodwracalnego zatrzymania krążenia dla potrzeb pobrania narządów” (np. „[l]ekarz stwierdzający nieodwracalne zatrzymanie krążenia dla potrzeb pobrania narządów jest obowiązany oprzeć się na opinii...”, „[d]o wyrażenia opinii przez tego lekarza stosuje się przepis ust. 1 zdanie drugie”), ale również w pozostałych częściach obwieszczenia.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na fakt, iż upoważnienie, zawarte w zaskarżonym przepisie art. 9 ust. 3 ustawy, przyznaje ministrowi właściwemu do spraw zdrowia kompetencję do ogłoszenia nie tylko sposobu stwierdzania trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, ale także jego kryteriów. W tym zakresie art. 9 ust. 3 ustawy nie został zakwestionowany w przedmiotowym wniosku, choć ten właśnie jego aspekt został – w kontekście przyjętej w art. 9 ust. 1 ustawy definicji śmierci [tzw. „definicja nowa” – trwale nieodwracalne ustanie czynności mózgu, w odróżnieniu od tzw. „definicji nowej zmodyfikowanej” – trwale i nieodwracalne ustanie funkcji pnia mózgu, przyjmowanej przez ustawę z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. nr 138, poz. 682 ze zm.)] – poddany krytyce doktryny, w której wskazuje się, że „tak skonstruowana definicja wskazuje niewątpliwie na nową definicję śmierci, ale pozwala też przyjąć definicję nową zmodyfikowaną” (Ewa Guzik-Makaruk, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, s. 297). Na gruncie obowiązującej ustawy możliwa jest bowiem – jak zaznacza cytowana autorka – zmiana definicji śmierci w drodze obwieszczenia właściwego ministra, upoważnionego do ogłoszenia kryteriów i sposobu

stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu. Nowa ustawa pozostawia bowiem szerokie pole manewru, dopuszczając ustalenie w drodze obwieszczenia, czy przyjąć należy definicję nową, czy zmodyfikowaną. Taka niejasna sytuacja rodzi większe niebezpieczeństwo i podważa zaufanie obywateli do państwa (*vide - ibidem*, s. 298 – 299). Aktualnie zatem – jak wskazano w doktrynie – to w zależności od konstrukcji wytycznych, wydanych przez Ministra Zdrowia, będzie możliwe dość swobodne ustalanie kryteriów śmierci, toteż jej definicja („nowa”) może być interpretowana zawężająco (ustanie funkcji pnia mózgu), jak i szeroko (*vide – Rafał Kubiak, Prawo medyczne*, Warszawa 2014, s. 525 – 527).

Potwierdzeniem zgłaszanych wątpliwości może być treść obwieszczenia z dnia 17 lipca 2007 r., w którym, podkreślając zdysocjowany charakter zjawiska śmierci człowieka, ujawniający się w sposób szczególny w sytuacjach, w których śmierć objęła już mózg, podczas gdy krążenie krwi jest jeszcze zachowane, wskazuje się, że „[w] tych przypadkach to stan mózgu determinuje życie lub śmierć człowieka. W większości przypadków klinicznych obrzęk mózgu wynikający z jego uszkodzenia narasta od strony przestrzeni nadnamiotowej, a pień mózgu umiera jako ostatnia jego część. W takich sytuacjach czynnikiem kwalifikującym śmierć mózgu jest nieodwracalny brak funkcji pnia mózgu”. Niekiedy jednak – jak zaznacza się w obwieszczeniu – „kliniczne objawy trwałego uszkodzenia pnia mózgu nie oznaczają (...) jednoczesnego nieodwracalnego uszkodzenia całego mózgu. W takich przypadkach podejrzenie śmierci mózgu musi być potwierdzone badaniami instrumentalnymi”.

W kontekście przytoczonych stwierdzeń, które uznać należy za – w pewnym stopniu – doprecyzowującą ustawową definicję śmierci mózgu, wypada przypomnieć, iż obwieszczenie z dnia 17 lipca 2007 r. było poprzedzone obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 18 kwietnia 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M.P. Nr 30, poz. 333). W dokumencie tym wskazywano, że w przypadkach,

w których śmierć objęła już mózg, a pozostało krążenie krwi, „należy posługiwać się tzw. nową definicją śmierci. W jej ujęciu kryterium kwalifikującym jest śmierć mózgu”. Jednak w dalszej części założeń ogólnych załącznika do wskazanego obwieszczenia z dnia 18 kwietnia 2007 r. zaznaczono, że „[z]arówno śmierć człowieka w oparciu o kryterium krążeniowe nie oznacza, że z jej nastąpieniem wszystkie tkanki i komórki są martwe, jak również śmierć człowieka w oparciu o kryteria śmierci mózgu jako całości nie oznacza, że z chwilą jej nastąpienia wszystkie części mózgu i jego komórki są już martwe. W śmierci mózgu jako całości czynnikiem kwalifikującym jest śmierć pnia mózgowego. Jej stwierdzenie jest warunkiem koniecznym, ale i wystarczającym, aby uznać śmierć mózgu jako całości, a tym samym śmierć człowieka”. Takie ujęcie kryteriów śmierci mózgu jednoznacznie wskazywało na śmierć pnia mózgu jako oznakę śmierci osobniczej (*vide* – Ewa Guzik-Makaruk, *op. cit.*, s. 299) i oznaczało – w istocie – modyfikację definicji śmierci zawartej w art. 9 ust. 1 ustawy. Na potencjalne niebezpieczeństwo, iż poprzez obwieszczenie ministra właściwego do spraw zdrowia możliwa będzie zmiana definicji śmierci, zwracano uwagę już w toku prac nad projektem ustawy, zauważając, że dołączony do projektu ustawy projekt obwieszczenia, po odwołaniu się do różnych etapów (ewolucji i przewartościowań), jakich doznała diagnostyka śmierci w historii medycyny, oraz do różnych definicji śmierci (definicji klasycznej: śmierć człowieka jako całości w wyniku definitywnego ustania krążenia krwi; definicji nowej: śmierć mózgu człowieka i definicji nowej zmodyfikowanej: śmierć pnia mózgowego), przyjmuje jako właściwą definicję nową zmodyfikowaną [*vide* – Jan Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, narządów i tkanek (druk nr 3856) z dnia 18 kwietnia 2005 r.*].

Rzecznik – jak już wskazano – nie zakwestionował w swym wniosku art. 9 ust. 3 ustawy w zakresie, w jakim upoważnia on ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia kryteriów stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania

czynności mózgu. Nie da się jednak w pełni oddzielić zagadnienia kryteriów śmierci mózgu od sposobu stwierdzenia tego faktu. W obwieszczeniu z dnia 17 lipca 2007 r., w części zatytułowanej „Rozpoznanie śmierci mózgu”, która ustanawia dwuetapowe postępowanie kwalifikacyjne, stwierdza się wszak, że „rozpoznanie śmierci mózgu opiera się na stwierdzeniu nieodwracalnej utraty jego funkcji” oraz że pierwszy etap polega na wysunięciu podejrzenia śmierci mózgu, drugi zaś – na wykonaniu badań potwierdzających to podejrzenie. Wszystkie czynności składające się na oba etapy postępowania kwalifikacyjnego zmierzają do stwierdzenia, bądź wykluczenia zaistnienia pewnego faktu (śmierć mózgu), którego ściśle zdefiniowanie jest przedmiotem nie tylko regulacji ustawowej (art. 9 ust. 1 ustawy), ale także obwieszczenia z dnia 17 lipca 2007 r. (kryteria śmierci mózgu). Z tego względu podzielić należy wyrażony w doktrynie pogląd, że przyjęta w zaskarżonym przepisie „klauzula odsyłająca” naraża się na zarzut niekonstytucyjności, dopuszczając, by wszelkie kryteria i sposób stwierdzenia śmierci człowieka określone były w formie obwieszczenia przez ministra właściwego do spraw zdrowia. W obowiązującym stanie prawnym możliwa jest bowiem zmiana definicji śmierci w drodze obwieszczenia właściwego ministra. Takie ukształtowanie art. 9 ustawy, oceniane przez pryzmat zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji, oraz w aspekcie zasady prawnej ochrony życia ludzkiego z art. 38 Konstytucji, pozostawia ogromny margines dowolności dla ustaleń, gdyż dopuszcza pozaustawowe określenie norm, na podstawie których oceniane będzie „istnienie” życia człowieka oraz określenie momentu, od którego ustaje konstytucyjny obowiązek ochrony życia (*vide* – Ewa Guzik-Makaruk, *op. cit.*, s. 298).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się szczególny charakter „prawa do prawnej ochrony życia”, o którym mowa w art. 38 Konstytucji. Jego znaczenie wykracza jednak poza kontekst indywidualno-podmiotowy. Ochrona życia ludzkiego pozostaje bowiem w ścisłym związku

z klauzulą demokratycznego państwa prawnego, gdyż demokratyczne państwo prawne to państwo oparte na poszanowaniu człowieka, a w szczególności na poszanowaniu i ochronie życia oraz godności ludzkiej. Te dwa dobra są sprzężone w bezpośredni sposób, bowiem zasadę godności człowieka należy postrzegać przez pryzmat wymogu ochrony życia ludzkiego (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 stycznia 2013 r., sygn. akt P 46/09, OTK ZU nr 1/A/2013, poz. 3). Skoro z Konstytucji wynika pewien obiektywny system wartości, to na ustawodawcy ciąży obowiązek stanowienia prawa o takiej treści, by zapewnić ochronę i realizację tych wartości w możliwie najszerszym zakresie. Proklamowanie zaś prawnej ochrony życia w art. 38 Konstytucji, tj. w pierwszym przepisie konstytucyjnym dotyczącym wolności i praw osobistych, świadczy o miejscu życia ludzkiego w hierarchii wartości chronionych przez prawo i o konieczności jego ochrony (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 108). Podkreślić należy przy tym, iż prawo do życia ma charakter przyrodzony, choć zarazem nie ulega wątpliwości, że nie ma przy tym charakteru absolutnego (*vide* – orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, OTK ZU nr 2/1997, poz. 19).

Prawną ochronę życia, gwarantowaną przez art. 38 Konstytucji, należy rozumieć przede wszystkim jako zakaz pozbawiania człowieka życia. W tym „obronnym” kontekście prawna ochrona życia jest konsekwencją przysługującego każdemu człowiekowi „prawa do życia”. Jednak niezależnie od owej „obronnej” treści prawa do życia, z art. 38 Konstytucji wynika także zobowiązanie władz publicznych do podejmowania pozytywnych działań służących ochronie życia. Przepis art. 38 ustawy zasadniczej rodzi określone konsekwencje wobec ustawodawcy pozytywnego. Na organach państwa spoczywa obowiązek stanowienia takiego prawa, by chronić ono życie, i to życie każdego człowieka, niezależnie od tego, w jakiej sytuacji ów człowiek się znajduje (*vide* – wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 8 października

2002 r., sygn. akt K 36/00, OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 63, z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03, OTK ZU nr 1/A/2004, poz. 1 i z dnia 30 września 2008 r., sygn. akt K 44/07, OTK ZU nr 7/A/2008, poz. 126).

W świetle ustabilizowanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, art. 31 ust. 3 Konstytucji formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, do których należą: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz wolności i praw innych osób) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności (*vide* – wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 24 marca 2003 r., sygn. akt P 14/01, OTK ZU nr 3/A/2003, poz. 22, z dnia 6 marca 2007 r., sygn. akt SK 54/06, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 23 i z dnia 30 września 2008 r., sygn. akt K 44/07, *op. cit.*).

Ocena zakwestionowanej regulacji w związku z wątpliwościami, czy wynikające z niej ograniczenie prawnej ochrony życia odpowiada warunkom wynikającym z art. 31 ust. 3 Konstytucji, winna w pierwszej kolejności prowadzić do ustalenia, czy oceniana regulacja spełnia wymóg ustawowej formy ograniczenia. Z problematyką tą związane jest, podniesione przez Rzecznika, zagadnienie zasady wyłączności ustawowej. W Konstytucji zasada ta, zakładająca, że istnieją pewne materie, których unormowanie musi następować w drodze ustawy lub z wyraźnego jej upoważnienia, nie została wyraźnie sformułowana. Ustawa zasadnicza wskazuje jedynie bardzo liczne materie, w których mają zostać wydane regulacje ustawowe. Przepisy Konstytucji, zastrzegające dla określonych regulacji wyłącznie ustawową formę, współkształtują treść zasad prymatu ustawy i wyłączności ustawy. W doktrynie zauważa się, że obie te zasady były już ugruntowane w poprzednim stanie

konstytucyjnym. Obecny ich kontekst wynika z konstytucyjnie ustanowionej dychotomii systemu źródeł prawa i ujęcia go jako system zamknięty (*vide* – Bartosz Skwara, *Rozporządzenie jako akt wykonawczy do ustawy w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2010, s. 80). W wyroku z dnia 9 listopada 1999 r., sygn. akt K. 28/98, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „[n]owa Konstytucja odeszła od dotychczasowego pojmowania zasady wyłączności ustawy, rozumianej jako obowiązek zachowania ustawowej formy normowania określonych zagadnień. Powiązanie unormowań art. 87 ust. 1 i art. 92 z ogólnymi konsekwencjami zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2) prowadzi do wniosku, że nie może obecnie w systemie prawa powszechnie obowiązującego pojawić się żadna regulacja podustawowa, która nie znajduje bezpośredniego oparcia w ustawie (...). W tym sensie wyłączność ustawy nabrała pełnego charakteru, bo nie ma takich materii, w których mogłyby być stanowione regulacje podustawowe (o charakterze powszechnie obowiązującym) bez uprzedniego ustawowego uregulowania tych materii. Nie ma więc obecnie potrzeby stawiania pytania, czy dana materia musi być uregulowana ustawowo, bo jest to zawsze konieczne w obrębie źródeł powszechnie obowiązującego prawa” (OTK ZU nr 7/1999, poz. 156). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazywano niekiedy, że na gruncie Konstytucji wyłączona jest możliwość jakichkolwiek aktów podustawowych w zakresie spraw, dla których przepis konstytucyjny zastrzega wyłącznie ustawową formę regulacji (*vide* – wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 19 maja 1998 r., sygn. akt U. 5/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 46 i z dnia 11 maja 1999 r., sygn. akt P. 9/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 75). Za dominujące uznać należy jednak stanowisko, zgodnie z którym możliwość taka nie jest *a priori* wyłączona, a zakres koniecznej regulacji ustawowej uzależniony jest od przedmiotu regulowanej materii. Ilość materii, jaka może podlegać regulacji rozporządzeniowej, w sferach, w których Konstytucja wymaga regulacji ustawowej, zależy od stopnia ingerencji w zakres wolności człowieka i obywatela – im bardziej dana materia ogranicza te prawa,

tym mniej zagadnień podlegających normowaniu ustawodawca może przekazać do regulacji rozporządzeniem. W najmniejszym stopniu regulacja rozporządzeniowa dopuszczalna jest w zakresie szeroko pojętego prawa karnego. Niewiele miejsca pozostaje też dla rozporządzeń w zakresie, w którym ustawodawca reguluje ograniczenia dotyczące korzystania z konstytucyjnych wolności i praw przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz w zakresie innych, szczegółowych przepisów Konstytucji, głównie jej rozdziału II, które również zawierają klauzule wyznaczające granice tego typu unormowań (np. art. 64 ust. 3 ustawy zasadniczej).

Sam ustrojodawca wskazuje materie, w stosunku do których wyznaczył konieczność pełniejszego ich uregulowania już w samej ustawie, a niekiedy wyłączając w ogóle możliwość odesłania do rozporządzenia wiążących się z nimi spraw (*vide* – Leszek Garlicki, Marek Zubik, *Ustawa w systemie źródeł prawa*, [w:] Andrzej Szmyt [red.], *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005, s. 59). Najbardziej uniwersalnym – w tym aspekcie – przepisem konstytucyjnym jest powołany już art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, który normuje sposób ograniczania w korzystaniu ze wszystkich konstytucyjnych wolności i praw, stanowiąc, że tego rodzaju ograniczenia „mogą być ustanawiane tylko w ustawie”. Oznacza to wymóg kompletności unormowania ustawowego, które samodzielnie powinno określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danych wolności lub praw, tak by już na podstawie przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys tego ograniczenia. W doktrynie wskazuje się, że właśnie na tle art. 31 ust. 3 Konstytucji sformułowane zostało nowe rozumienie konstytucyjnej zasady wyłączności ustawy, interpretowane w ten sposób, że regulacje ustawowe w niektórych materiach praw człowieka i obywatela musi cechować zupełność.

Upoważnienie ustawowe nie może przekazywać do unormowania w drodze rozporządzenia spraw o istotnym znaczeniu dla treści danej ustawy. Wymaganie umieszczenia bezpośrednio w tekście ustawy wszystkich zasadniczych

elementów regulacji prawnej musi być stosowane ze szczególnym rygoryzmem, gdy regulacja dotyczy władczych form działania administracji publicznej wobec obywateli lub korzystania przez obywateli z ich praw i wolności. Stopień komplikacji materii i konieczności dokonywania pewnych zmian zmusza niekiedy do odsyłania przez ustawę regulacji niektórych kwestii do przepisów wykonawczych, jednak powinny one podlegać szczególnie starannej ocenie z punktu widzenia dochowania należytych proporcji między materiałą ustawową a regulacjami zawartymi w przepisach wykonawczych (*vide – ibidem*, s. 60).

Regulacja ustawowa, obok odpowiedniego stopnia szczegółowości swojej treści, musi również odpowiadać dostatecznemu stopniowi określoności, w sposób należycie precyzyjny informować adresatów wyrażonych w niej norm o sytuacji prawnej i konsekwencjach przyszłych zachowań.

Zaskarżony przepis art. 9 ust. 3 ustawy, zawierając upoważnienie do określenia, w drodze aktu niemieszczącego się w konstytucyjnym katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego, sposobu oraz kryteriów stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, stanowi niewątpliwie ograniczenie konstytucyjnego „prawa do prawnej ochrony życia”. Ograniczenie to nie spełnia więc warunku ustawowej formy. Nadto, ze względu na sposób ukształtowania w art. 9 ust. 1 ustawy definicji śmierci, na podstawie przepisów ustawy nie można wyznaczyć kompletnego zarysu ograniczenia konstytucyjnego prawa do prawnej ochrony życia. Upoważnienie do określenia sposobu i kryteriów stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu jest w istocie upoważnieniem do wydania aktu normatywnego, czyli wypowiedzi zawierającej „nowość normatywną”, polegającą na wprowadzeniu regulacji, która ustanawia, zmienia lub uchyla normy prawne (*vide – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 września 2006 r., sygn. akt U 4/06, op. cit.*).

Uwzględniając powyższe ustalenia, należy stwierdzić, iż art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek,

tkanek i narządów w zakresie, w jakim upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia w drodze obwieszczenia sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, jest niezgodny z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Stanił
Zastępca Prokuratora Generalnego