



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Sygn. akt K 42/15

BAS-WPTK-337/15

Warszawa, dnia 22 lutego 2017 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY	
KANCELARIA	
wpl. dnia	22. 02. 2017
L.dz. L. zał.	

Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 69 ust. 2 w związku z art. 42 pkt 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 7 grudnia 2015 r. (sygn. akt K 42/15), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (t.j. 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 zgodny** z art. 87 ust. 1 Konstytucji.

Ponadto wnoszę o **umorzenie postępowania** w pozostałym zakresie, na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli

1. Niniejsza sprawa została zainicjowana wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO, Rzecznik lub wnioskodawca) z 7 grudnia 2015 r. Wedle jego *petitum*, kontrola konstytucyjności obejmuje art. 9 ust. 3 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 793 ze zm.; dalej: ustawa transplantacyjna), zgodnie z którym: „Minister właściwy do spraw zdrowia ogłasza, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej «Monitor Polski», kryteria i sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu”.

Jednocześnie wnioskodawca wskazuje, iż swoje wątpliwości konstytucyjne odnosi do kwestionowanej regulacji w zakresie, w jakim ta „upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia w drodze obwieszczenia sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu” (*petitum* wniosku).

2. Podlegający ocenie art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej wymaga rekonstrukcji przez odniesienie do szerszego kontekstu normatywnego i w konsekwencji nie może być rozpatrywany w izolacji. W taki sposób ustalona treść normatywna, uwzględniająca pełny kontekst systemowy, może w toku postępowania zostać skonfrontowana z zasadami i wartościami konstytucyjnymi (zob. np. wyrok TK z 4 września 2007 r., sygn. akt P 43/06).

Zaskarżony przepis został pomieszczony w rozdziale 2 ustawy transplantacyjnej, regulującym zasady pobierania organów, tkanek i komórek ze zwłok ludzkich (*ex mortuo*). Zważywszy, iż dopuszczalność pobrania determinowana jest koniecznością ustalenia momentu śmierci człowieka, ustawodawca stanął przed zadaniem wskazania kryteriów temu służących. W tej perspektywie należy przypomnieć, że w literaturze wyróżnia się cztery zasadnicze etapy umierania: 1) agonię (*vita reducta, vita minima*); 2) śmierć kliniczną (*mors clinica*); 3) śmierć mózgową (*mors cereбрalis*); 4) śmierć osobniczą (*mors biologica*) (A. Gałęska-Śliwka, *Śmierć jako problem medyczno-kryminalistyczny*, Warszawa 2009, s. 18).

Polska regulacja transplantacyjna przewiduje dwie alternatywne przesłanki, których aktualizacja wyznacza prawną granicę życia ludzkiego. Po pierwsze, stwierdzenie u potencjalnego dawcy organów, tkanek i komórek (dalej: dawca) trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierć mózgu; art. 9 ust. 1 ustawy transplantacyjnej). Po drugie, stwierdzenie zgonu potencjalnego dawcy wskutek nieodwracalnego zatrzymania krążenia (art. 9a ust. 1 ustawy transplantacyjnej).

Wprowadzenie kryterium śmierci mózgu jako wyznaczającego śmierć człowieka jest konsekwencją postępu nauk biomedycznych i technologii w perspektywie diagnostyki śmierci. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że rozwój medycyny doprowadził do upowszechnienia leczenia schyłkowej niewydolności wielu narządów poprzez wykonywanie przeszczepów, co zakłada z kolei konieczność pozyskiwania ukrwionych narządów (tkanek, komórek), nadających się z perspektywy medycznej do transplantacji.

W związku z tym, że śmierć organizmu jest procesem rozciągniętym w czasie (zdysocjowanym), w wyniku którego zatrzymaniu ulegają czynności fizjologiczne człowieka, a więc krążenie krwi i oddychanie, natomiast proces dezintegracji obejmuje tkanki i układy organów w różnym czasie (W. Grzywo-Dąbrowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1957, s. 74), do połowy lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku funkcjonował paradygmat kryterium śmierci człowieka oparty wyłącznie na jej krążeniowych oznakach (*mors clinica*). Innymi słowy, niewątpliwie było, że człowiek nie żyje, gdy jego serce przestało bić i nie podejmował on akcji oddechowej. Jak wspomniano, postęp nauk biomedycznych, w szczególności anestezjologii i intensywnej terapii, spowodował, że po zatrzymaniu krążenia i akcji oddechowej, czyli śmierci klinicznej, w wyniku prawidłowo prowadzonej akcji resuscytacyjnej, funkcje te można przywrócić. Przełomem w zakresie weryfikacji kryterium śmierci klinicznej człowieka jako kresu jego życia był raport komisji nadzwyczajnej Wydziału Medycznego Uniwersytetu Harvarda do zbadania definicji śmierci mózgowej z 1968 r. (*A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*; „The Journal of the American Medical Association” 1968, vol. 205, nr 6, s. 85-88). W przywołanym dokumencie wskazano na nieodwracalną śpiączkę (*irreversible coma*) jako medyczne kryterium śmierci człowieka. Pojęcie to używane jest przy tym zamiennie z określeniem „śmierć mózgu” (*brain death*),

zdefiniowanym jako nieodwracalny brak funkcji mózgu (*permanently nonfunctioning brain*). Tym samym przyjęto kryterium, definiując śmierć mózgu jako brak uchwytnych w badaniu klinicznym funkcji całego układu nerwowego, zarówno ośrodkowego, jak i obwodowego (*mors cereбрalis*).

Harvardzki standard diagnostyki śmierci został w USA zmodyfikowany w 1981 r. wytycznymi zawartymi w ustawie o jednolitym sposobie rozpoznawania śmierci (*Uniform Determination Death Act*), opracowanym przez komisję prezydencką ds. problemów etycznych w medycynie, naukach biomedycznych i behawioralnych, które precyzowały, iż to po utracie przez pień mózgu zdolności pełnienia funkcji integracyjnych poszczególne systemy żywych organów nie tworzą już żyjącego organizmu jako całości (M. Nowacka, *Etyka a transplantacje*, Warszawa 2003, s. 80). Jako podstawę dla takiej konstrukcji definicji śmierci wykorzystano fakt, że tworzące człowieka organy, komórki i tkanki nie obumierają jednocześnie, lecz to zdysocjowane zjawisko powoduje dezintegrację ustroju jako całości funkcjonalnej (J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty cywilnoprawne*, Kraków 1998, s. 68), a skoro pień mózgu, jako koordynator podstawowych czynności życiowych organizmu, umiera, to umiera też człowiek jako całość.

W Polsce, w ślad za kryteriami harwardzkimi, kryterium śmierci pnia mózgu jako śmierci człowieka zostało także wskazane w komunikacie Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej w sprawie wytycznych Krajowych Zespołów Specjalistycznych odnośnie do kryteriów śmierci mózgu z dnia 1 lipca 1984 r. (Dz. Urz. Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej Nr 6, poz. 48). Wytyczne te zawierały 10 punktów opisujących objawy śmierci mózgowej. W literaturze wskazywano jednak, iż wytyczne te nie mają mocy normy prawnej, lecz wyrażają jedynie poglądy świata nauki (R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 478).

Uwzględniająca kryterium ustania czynności pnia mózgu definicja śmierci znalazła wyraz normatywny w pierwszej polskiej regulacji odnoszącej się do problematyki transplantacji, to jest w ustawie z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 138, poz. 682 ze zm.; art. 7 ust. 1). Definicja obowiązująca pod rządami wspomnianej ustawy określana była w doktrynie jako „nowa zmodyfikowana”, zgodnie z którą śmierć następowała wówczas, gdy obumarł pień mózgu, co nie było równoznaczne z obumarciem wszystkich komórek mózgu (R. Kubiak, *op. cit.*, s. 478). Szczegółowe kryteria stwierdzenia śmierci mózgowej zostały opracowane przez zespół

specjalistów powołanych przez Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej i opublikowane w jego komunikacie z dnia 29 października 1996 r. o wytycznych w sprawie kryteriów stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu (śmierci mózgowej) (Dz. Urz. Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej Nr 13, poz. 36).

W doktrynie przyjmuje się, że na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy transplantacyjnej funkcjonuje definicja pozbawiona modyfikacji i ograniczenia do ustania funkcji pnia mózgu. „Ustalenie, że mamy do czynienia ze śmiercią i że nastąpił zgon wiąże się ze stwierdzeniem nieodwracalnego ustania funkcji mózgu. Nie wiąże się to z wymogiem stwierdzenia zaprzestania funkcjonowania innych narządów i układów wewnętrznych” (J. Haberko, *Komentarz do art. 9 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów* [w:] I. Uhrynowska-Tyszkiewicz, J. Haberko, *Ustawa o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów. Komentarz*, Lex/el. 2014, nr 167767).

3. Wyznaczając – obok *mortis cordialis* (por. art. 9a ustawy transplantacyjnej) – śmierć mózgową jako kryterium kresu życia człowieka, ustawodawca wskazał jednocześnie, że: „[k]ryteria 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” (art. 9 ust. 2 ustawy transplantacyjnej), które następnie ogłasza w obwieszczeniu minister właściwy do spraw zdrowia (zakwestionowany art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej). Kryteria i szczegółowy sposób stwierdzenia śmierci mózgu zostały ustalone przez specjalistów z anestezjologii i intensywnej terapii, neurologii, neurochirurgii oraz medycyny sądowej i opublikowane w załączniku do obwieszczenia Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. (M. P. Nr 46, poz. 547; dalej: obwieszczenie).

Do jednomyślnego stwierdzenia śmierci mózgu została upoważniona przez ustawodawcę 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 (art. 9 ust. 4 ustawy transplantacyjnej). Gremium to, jak również jego przewodniczący, jest powoływane przez kierownika podmiotu leczniczego lub osobę przez niego upoważnioną (art. 9 ust. 5 ustawy transplantacyjnej). Jednocześnie, w celu zrealizowania postulatu bezstronności, w procedurze eksplantacji i transplantacji komórek, tkanek lub

organów nie może uczestniczyć lekarz, który wchodził w skład komisji stwierdzającej śmierć mózgu (art. 9 ust. 6 ustawy transplantacyjnej). Rozwiązanie takie, jako zabezpieczające przed podejmowaniem decyzji w zakresie stwierdzenia śmierci mózgu przez lekarzy zainteresowanych pobraniem czy też przeszczepieniem, zostało jednoznacznie zaaprobowane w literaturze przedmiotu (J. Haberko, *Komentarz do art. 9...*).

II. Zarzuty wnioskodawcy

1. W ocenie Rzecznika, kontestowana przez niego regulacja narusza dwa standardy konstytucyjne, przy czym formułowane przez niego zarzuty mają względem siebie charakter sekwencyjny.

Po pierwsze bowiem, wnioskodawca opiera swoje wątpliwości konstytucyjne na tym, że norma stanowiąca przedmiot kontroli zawiera upoważnienie dla ministra właściwego do spraw zdrowia do wprowadzenia treści normatywnych w nieprzewidzianej przez art. 87 ust. 1 Konstytucji formie obwieszczenia. Po przeprowadzeniu analizy wydanego na podstawie zakwestionowanego przepisu obwieszczenia Rzecznik stwierdza, iż normy w nim zawarte należy kwalifikować jako abstrakcyjne i generalne, bowiem „sposób postępowania zmierzającego do rozpoznania śmierci mózgu ma określać aspekt proceduralny, kolejność i tryb podejmowanych czynności [...]” (wniosek, s. 5). Zdaniem inicjatora niniejszego postępowania, art. 87 ust. 1 Konstytucji, statuując zamknięty katalog źródeł prawa, nie przewiduje w nim ministerialnych obwieszczeń, co *per se* przemawiać ma za zasadnością powyższego zarzutu.

2. Po drugie, w opinii Rzecznika, stwierdzenie nieodwracalnego ustania czynności mózgu wyznacza kres prawnej ochrony życia, gwarantowanej w art. 38 Konstytucji. Wnioskodawca formułuje wobec tego zarzut, że skoro ustawodawca nie uregulował sposobu stwierdzenia śmierci mózgu w akcie rangi ustawowej, to tym samym nie dochował formalnego wymogu – wynikającego z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej – skorzystania z formy ustawy przy wprowadzaniu ograniczeń praw i wolności statuowanych w Konstytucji (zob. wniosek, s. 8).

Przywołane argumenty RPO mają przemawiać za niezgodnością art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Konstytucji.

III. Analiza formalnoprawna

1. W perspektywie badania dopuszczalności merytorycznego orzekania w niniejszej sprawie, Sejm pragnie wskazać, że – jego zdaniem – w niniejszej sprawie zaktualizowała się przesłanka przemawiająca za umorzeniem postępowania w zakresie badania zgodności kwestionowanej regulacji z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Należy bowiem przypomnieć, że w art. 47 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 2072; dalej: ustawa o TK) sprecyzowane zostały wymogi, jakim powinny odpowiadać wnioski składane do Trybunału Konstytucyjnego, aby skutecznie zainicjować hierarchiczną kontrolę norm. Elementami niezbędnymi uzasadnienia wniosku, w świetle art. 47 ust. 2 ustawy o TK, są m.in.: „przywołanie treści kwestionowanego wnioskiem przepisu wraz z jego wykładnią” (pkt 1), „określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności” (pkt 3) oraz „wskazanie argumentów lub dowodów na poparcie zarzutu niekonstytucyjności” (pkt 4).

Te wymogi formalne odpowiadają w istocie założeniu wskazanemu w: art. 61 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 293; dalej: ustawa o TK z 2015 r.), pod rządami której niniejsza sprawa została zainicjowana, zgodnie z którym: „Wniosek złożony przez podmioty, o których mowa w art. 191 ust. 1 pkt 1-5 Konstytucji, zawiera: [...] uzasadnienie zarzutu niezgodności przedmiotu kontroli ze wskazanym wzorcem kontroli, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie”, oraz art. 32 ust. 1 pkt 3-4 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.; dalej: ustawa o TK z 1997 r.), w świetle którego: „Wniosek albo pytanie prawne powinny odpowiadać wymaganiom dotyczącym pism procesowych, a ponadto zawierać: [...] 3) sformułowanie zarzutu niezgodności z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą kwestionowanego aktu normatywnego, 4) uzasadnienie postawionego zarzutu, z powołaniem dowodów na jego poparcie”.

Zważywszy zbieżność przywołanych regulacji, respektujących zasadę domniemania konstytucyjności przepisów poddanych ocenie trybunalskiej oraz zasadę skargowości, należy przyjąć, że dotychczasowe poglądy sądu konstytucyjnego na znaczenie właściwego uzasadnienia zarzutu – wyrażone na gruncie ustaw o TK z 1997 r. i 2015 r. – zachowują aktualność także na tle obecnego art. 47 ust. 2 pkt 4 ustawy o TK.

W świetle art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK z 1997 r. sąd konstytucyjny przyjmował m.in., że: „nie wystarcza sformułowanie samej tezy o niekonstytucyjności przepisu wraz z przytoczeniem literalnego brzmienia wzorca kontroli. Wnioskodawca powinien wskazać precyzyjnie co najmniej jeden argument za naruszeniem określonych wzorców kontroli, który ma znaczenie konstytucyjne, to znaczy może być uwzględniony w toku kontroli konstytucyjności prawa” (wyrok TK z 31 lipca 2015 r., sygn. akt K 41/12) oraz „[w]skazanie w *petitum* wzorca kontroli, przy respektowaniu generalnej zasady, jaką jest domniemanie konstytucyjności aktu normatywnego, bez szczegółowego odniesienia się do niego w uzasadnieniu lub lakoniczne sformułowanie zarzutu niekonstytucyjności nie może [...] zostać uznane za «uzasadnienie postawionego zarzutu z powołaniem dowodów na jego poparcie» w rozumieniu przepisów regulujących postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym. W świetle utrwalonej praktyki orzeczniczej wymóg ten należy rozumieć jako nakaz odpowiedniego udowodnienia zarzutów stawianych w kontekście każdego wskazanego wzorca kontroli” (wyrok TK z 28 listopada 2013 r., sygn. akt K 17/12). Trybunał wywiódł także, iż: „[n]ie realizują omawianych wymagań uwagi nazbyt ogólne, niejasne czy też czynione jedynie na marginesie innych rozważań” (wyrok TK z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt K 35/11) oraz „[u]zasadnienie zarzutów nie może być traktowane powierzchownie i instrumentalnie, nie może mieć charakteru pozornego. Argumentacja konstytucyjna bywa mniej lub bardziej przekonująca, może też ostatecznie okazać się nietrafna lub niekompletna, ale zawsze musi być weryfikowalna i możliwa do rozpoznania przez Trybunał” (wyrok TK z 19 października 2010 r., sygn. akt P 10/10). Dopuszczenie kontroli pomimo nieprzedstawienia przez wnioskodawcę właściwego uzasadnienia oznaczałoby, że to Trybunał Konstytucyjny zobowiązany jest samodzielnie powołać argumenty dotyczące zgodności (niezgodności) kwestionowanych przepisów z powyższymi wzorcami, co jest sprzeczne z zasadami wyznaczającymi ciężar dowodu w postępowaniu przez sądem konstytucyjnym (por. m.in. orzeczenie TK z 24 lutego

1997 r., sygn. akt K 19/96 oraz wyroki TK z: 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt SK 48/13; 21 października 2015 r., sygn. akt P 32/12 i 3 grudnia 2015 r., sygn. akt K 34/15).

2. Powyżej zrekonstruowane poglądy trybunalskie należy odnieść do treści wniosku inicjującego niniejszą sprawę.

Analizując zarzuty RPO, Sejm – z uwzględnieniem zasady domniemania konstytucyjności badanej regulacji – podnosi, że zarzut naruszenia przez kwestionowaną regulację art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji (skądinąd wskazanego we wniosku jako podstawowy wzorzec kontroli) nie został uzasadniony. Rzecznik ograniczył się bowiem do rekonstrukcji zawartości normatywnej przywołanych przepisów konstytucyjnych i wskazania w jednym ustępie wniosku, że: „[s]twierdzenie nieodwracalnego ustania czynności mózgu wyznacza kres prawnej ochrony życia. W związku z powyższym stwierdzić należy, że materia tej regulacji [art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej – uwaga własna] powinna być zastrzeżona dla wyłączności ustawy. Zastrzeżenie formy ustawy dla regulacji ograniczającej korzystanie z praw i wolności obywatelskich wynika z art. 31 ust. 3 *Konstytucji RP*, który *expressis verbis* stanowi, że mogą być one ustanawiane tylko w ustawie” (wniosek, s. 8), konstatując, iż kwestionowany przez niego przepis „uchybia konstytucyjnemu standardowi ochrony wolności i praw obywatelskich wynikającemu z art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 *Konstytucji*, ponieważ, jak zostało wyżej wywiedzione, ceduje na Ministra Zdrowia uprawnienie do wprowadzenia w drodze obwieszczenia treści normatywnych, które niewątpliwie ingerują w sferę prawnej ochrony życia” (wniosek, s. 9).

Przywołanych twierdzeń RPO nie sposób uznać za wystarczające – w perspektywie wymogów ustawy o TK – uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 38 w związku z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej.

Jednocześnie, niezależnie od powyższego, antycypując wynik dalszych rozważań, trzeba zauważyć, że stwierdzenie, iż obwieszczenie w zakresie wskazanym w *petitum* wniosku RPO nie wprowadza norm prawnych powszechnie obowiązujących, niweluje również zarzut ewentualnej niekonstytucyjności mającej wynikać z ujęcia regulacji prawnej dotyczącej prawa do ochrony życia poza aktem ustawowym.

Ustawodawca nie uregulował sposobu stwierdzenia śmierci mózgu w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, z tego względu zarzut

prawa powszechnie obowiązującego, choć uzupełnienie tego katalogu możliwe jest tylko na podstawie szczególnych przepisów konstytucyjnych” (wyrok TK z 1 grudnia 1998 r., sygn. akt K 21/98). Jak wynika z przytoczonego wyводу, art. 87 Konstytucji (a tym bardziej jeden z jego ustępów) nie jest wyłączną ani wystarczającą podstawą do formułowania – skądinąd trafnej – tezy o zamkniętym podsystemie źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Wymaga to bowiem uwzględnienia całokształtu przepisów Konstytucji. Sąd konstytucyjny wywiódł ponadto, że: „katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego został w Konstytucji (choć w różnych jej przepisach) zamknięty w aspekcie przedmiotowym: formy tego rodzaju aktów zostały w ustawie zasadniczej wymienione wyczerpująco. Natomiast zamknięcie katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego w aspekcie podmiotowym wyraża się w tym, że stanowić je mogą wyłącznie podmioty wskazane w ustawie zasadniczej [...]. Należy jeszcze dodać, że procedura stanowienia aktów powszechnie obowiązujących jest unormowana Konstytucją lub ustawami. Ustawa zasadnicza przesądziła więc o tym, że akty prawa powszechnie obowiązującego mają legitymację konstytucyjną” (wyrok TK z 12 grudnia 2011 r., sygn. akt P 1/11). Wynika stąd, że niedopuszczalne byłoby przypisywanie przymiotu prawa powszechnie obowiązującego aktom niewymienionym w Konstytucji lub nie pochodzącym od wskazanych w niej podmiotów (pozytywistyczna koncepcja prawa).

3. Warto zauważyć, że konstytucyjna regulacja źródeł prawa – zarówno powszechnie obowiązującego, jak i wewnętrznego – odnosi się do aktów normatywnych, tj. do aktów prawnych, które ustanawiają normy prawne (zob. wyrok TK z 10 czerwca 2003 r., sygn. akt SK 37/02; K. Działocha [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. I, Warszawa 1999, uwagi do rozdziału III, s. 3-4). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ukształtowała się materialna koncepcja aktu normatywnego. Aktem normatywnym jest akt ustanawiający normy prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym (zob. np.: orzeczenie TK z 7 czerwca 1989 r., sygn. akt U 15/88; wyroki TK z: 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09; 3 lipca 2012 r., sygn. akt K 22/09; 10 lutego 2015 r., sygn. akt SK 50/13). Generalność oznacza, że adresat danej normy prawnej jest określony przez wskazanie konkretnej cechy lub cech rodzajowych. Natomiast abstrakcyjność „dotyczy przedmiotu normy określającego należne zachowanie się adresata. Przedmiotem normy prawnej winna być klasa

zachowań się, nie zaś konkretne zachowanie się adresata. Konsekwencją abstrakcyjności normy jest [...] – to, że nie ulega umorzeniu czy «skonsumowaniu» poprzez jednorazowe zastosowanie” (postanowienie TK z 14 grudnia 1999 r., sygn. akt U 7/99).

2. Analiza zgodności

1. Przechodząc do analizy zgodności kwestionowanej regulacji z art. 87 ust. 1 Konstytucji, należy przypomnieć, że posiada ona charakter upoważnienia dla ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu.

Dokonując rekonstrukcji zakresu przedmiotowego zadania przypisanego właściwemu ministrowi, należy przede wszystkim odnieść się do twierdzeń wnioskodawcy, który dekodując treść upoważnienia zawartego w art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej, wskazuje, że: „[...] w przepisie tym jest mowa o sposobie stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu” (wniosek, s. 4), i nawiązuje w tym zakresie do słownikowego rozumienia pojęcia „sposób” oraz do ustaleń trybunalskich w tym zakresie, powołując zarazem stosowne, według niego, orzecznictwo. Rzecznik dochodzi do wniosku, że przedmiotem upoważnienia jest unormowanie procedury, trybu postępowania zmierzającego do stwierdzenia śmierci mózgu.

Odnosząc się do tych twierdzeń RPO, należy przede wszystkim zauważyć, że wnioskodawca w sposób nieuprawniony ekstrapoluje ustalenia trybunalskie dokonane w wyrokach z: 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07 i 26 marca 2013 r., sygn. akt K 11/12 w odniesieniu do pojęcia „tryb” na pojęcie „sposób”. Trzeba podkreślić, że w przywołanych wyrokach Trybunał definiuje pojęcie trybu ograniczenia wolności osobistej, o którym mowa w art. 41 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji, jako „regulowany ustawowo sposób postępowania (procedurę) podmiotu uprawnionego ustawowo do decydowania o ograniczaniu wolności osobistej”. W tym fragmencie, przytoczonym także we wniosku Rzecznika, pojęciem podlegającym definiowaniu jest „tryb ograniczenia wolności osobistej”, natomiast wyrażenie „sposób postępowania” służy do opisanie innego pojęcia, z którego skorzystał

ustrojodawca. Tym samym, wbrew twierdzeniom RPO, w przywołanych przez niego judykatach Trybunał nie wyjaśnił pojęcia „sposób postępowania”, ale „tryb”.

Zdaniem Sejmu, o innym znaczeniu przywołanych pojęć w ustawie transplantacyjnej przesądza także to, że w jej art. 8 ust. 2 zawarto upoważnienie dla Ministra Sprawiedliwości, aby w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia określił, w drodze rozporządzenia, „sposób i tryb uzyskania informacji lub stanowiska, o których mowa w ust. 1, uwzględniając w szczególności potrzeby postępowania dowodowego oraz sposób postępowania w przypadkach niecierpiących zwłoki”. W tym względzie należy wskazać, iż w orzecznictwie trybunalskim uformował się pogląd, zgodnie z którym „[w]edług zasady racjonalności językowej ustawodawcy, do oznaczenia jednakowych pojęć powinno się używać jednakowych określeń, a różnych pojęć nie powinno się oznaczać tymi samymi określeniami” (wyrok TK z 21 kwietnia 2009 r., sygn. akt K 50/07). Reguła ta została też wpisana do Zasad techniki prawodawczej (§ 10) stanowiących załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie Zasad techniki prawodawczej (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 283). Skoro więc ustawodawca w ramach jednego aktu prawnego używa zarówno terminu „sposób”, jak i „tryb”, to nie jest uprawnione, na gruncie ustawy transplantacyjnej, twierdzenie o tożsamości tychże pojęć.

W opinii Sejmu, kontestowana regulacja w istocie nakłada na ministra właściwego do spraw zdrowia obowiązek (świadczy o tym oznajmujący tryb czasownika wyrażającego powinność organu, z którego skorzystał ustawodawca) ogłoszenia w oficjalnym publikatorze, jakim jest „Monitor Polski”, kryteriów i sposobu stwierdzenia śmierci mózgu.

Jako kryteria śmierci mózgu należy rozumieć kliniczne przesłanki, których wystąpienie pozwala zdiagnozować trwałe nieodwracalne ustanie czynności mózgu. Sposób natomiast wskazuje sekwencję działań, metody i środki potwierdzania (lub wykluczenia) aktualizacji konkretnego kryterium.

2. W związku z tym, że istota zarzutu wnioskodawcy dotyczy dopuszczalności uregulowania sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu w aktach prawnych nienależących do systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego, w tym miejscu trzeba rozważyć charakter prawny norm ogłaszanych w obwieszczeniu wydawanym na podstawie zaskarżonego przepisu.

W opinii Rzecznika, o mocy powszechnie wiążącej materii ogłaszanej w obwieszczeniu ministra właściwego do spraw zdrowia świadczy norma wywodzona z art. 9 ust. 4 ustawy transplantacyjnej, nakazująca komisji lekarskiej oparcie stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania funkcji mózgu na kryteriach, o których mowa w ust. 3 art. 9 tej ustawy, a więc na kryteriach określonych przez specjalistów i ogłoszonych w obwieszczeniu ministerialnym. W ocenie wnioskodawcy, norma ta dowodzi, że: „ustawa [transplantacyjna – uwaga własna] nadaje ww. kryteriom i sposobowi ich uwzględniania moc wiążącą, bowiem nakazuje komisji działać na ich podstawie” (wniosek, s. 5).

Sejm stoi na stanowisku, że nie sposób zgodzić się z zaprezentowanym rozumowaniem, bowiem ignoruje ono zarówno literalne brzmienie art. 9 ust. 4 ustawy transplantacyjnej, jak i dyrektywę wykładni prokonstytucyjnej w procesie oceny zgodności przepisów z ustawą zasadniczą.

Przywołany przepis obliguje bowiem komisję lekarską do diagnozy śmierci mózgu wyłącznie w świetle jej kryteriów ustalonych przez specjalistów (art. 9 ust. 2 ustawy transplantacyjnej) i ogłoszonych przez ministra właściwego do spraw zdrowia w obwieszczeniu (zakwestionowany art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej). Tym samym ustawodawca nadał mocą powszechnie obowiązującą – w przeciwieństwie do sposobu diagnostyki śmierci mózgu – jedynie kryteriom trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu.

Nawiązując do poczynionych ustaleń, w perspektywie obowiązującej w postępowaniu przed sądem konstytucyjnym zasady skargowości (art. 67 ustawy o TK), warto także wskazać, iż Rzecznik, dążąc do precyzyjnego wskazania swoich wątpliwości konstytucyjnych, uściśla, że dotyczą one wyłącznie tego, że kwestionowany przepis upoważnia ministra właściwego do spraw zdrowia do ogłoszenia w drodze obwieszczenia sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu. Tymczasem, jak już ustalono wcześniej, ust. 4 art. 9 ustawy transplantacyjnej nakazuje komisji lekarskiej stosowanie w diagnostyce śmierci wyłącznie kryteriów ogłoszonych w obwieszczeniu. Taki stan prowokuje wątpliwości dotyczące odpowiedniego, pożądanego w świetle Konstytucji i ustawy o TK, uzasadnienia tak sformułowanego zarzutu.

Sejm pozostawia Trybunałowi Konstytucyjnemu ocenę zadośćuczynienia przez wnioskodawcę art. 47 ust. 2 pkt 4 u.o.t.p.TK w perspektywie dopuszczalności merytorycznego rozstrzygnięcia wniosku, w którym RPO konstruuje zarzut lokowania

norm powszechnie obowiązujących w obwieszczeniu, uzasadnia go i adresuje względem ujmowanych *en bloc* kryteriów i sposobu stwierdzenia śmierci mózgu, podczas, gdy moc powszechnie obowiązującą posiadają jedynie kryteria diagnostyki śmierci mózgu.

3. Niezależnie od powyższego, Sejm pragnie odnieść się do wątpliwości RPO. Sposób stwierdzenia śmierci mózgu (wraz z jej kryteriami, jednak ten aspekt nie budzi zastrzeżeń wnioskodawcy), w myśl art. 9 ust. 2 ustawy transplantacyjnej został ustalony przez 9 specjalistów powołanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia. Ustalenia te, zgodnie z wymogiem płynącym z zaskarżonego art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej, zostały ujęte w obwieszczeniu Ministra Zdrowia., ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”.

Zważywszy, iż zgodnie z art. 10 ust. 4 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 296 ze zm.) we wspomnianym publikatorze ogłasza się także inne niż wskazane w ust. 1-3 tego przepisu akty prawne (składają w wielu przypadkach niemające powszechnie obowiązującego albo normatywnego charakteru), również ogłoszenia, obwieszczenia i komunikaty organów, instytucji i osób, jeżeli odrębne ustawy tak stanowią. Miejsce publikacji analizowanego w niniejszej sprawie obwieszczenia nie przesądza zatem o mocy powszechnie obowiązującej zawartych w nim treści.

W orzecznictwie trybunalskim jednolicie prezentowana jest materialna koncepcja aktu normatywnego, która nakazuje przyjąć, że: „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” (wyrok TK z 7 lipca 2003 r., sygn. akt SK 38/01). 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 (por. wyrok TK z 21 czerwca 1999 r., sygn. akt U 5/98).

W doktrynie również podkreśla się walor „nowości normatywnej” przypisywanej aktom normatywnym: „[w]ejście w życie aktu prawa powszechnie obowiązującego powinno wiązać się z «nowością normatywną», a więc stworzeniem, modyfikacją lub uchycieniem powtarzalnych powinności (cecha abstrakcyjności) po stronie określonej klasy adresatów (cecha generalności); zob. M. Wiącek [w:] *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87-243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, komentarz do art. 87, s. 63.

W piśmiennictwie akcentuje się także, iż Konstytucja nie definiuje pojęcia źródeł (aktów) prawa powszechnie obowiązującego. Jej przepisy oraz poprzedzający jej uchwalenie dorobek przedstawicieli nauki pozwalają jednak przyjąć, że źródłem prawa powszechnie obowiązującego jest akt, który w założeniu może służyć tworzeniu norm prawnych wiążących wszystkich (dowolnych) adresatów prawa (K. Działocha [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. I, Warszawa 1999, komentarz do art. 87, s. 1; por. także M. Wiącek, *ibidem*, s. 62).

W tym kontekście, kontynuując rozważania nad charakterem norm ogłoszonych w obwieszczeniu, nie można zapomnieć, że sąd konstytucyjny, potwierdzając istnienie zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie wiążącego, odnotowywał zarazem „wielość systemów normatywnych funkcjonujących we współczesnych społeczeństwach”, stwierdzając, że „[o]bok norm prawnych istnieją m.in. normy postępowania stanowione przez podmioty prywatne, np. normy organizacji społecznych lub organizacji gospodarczych” i że są one „częścią szeroko pojmowanego ładu społecznego, zbudowanego na zasadzie subsydiarności” (wyrok TK z 10 czerwca 2003 r., sygn. akt SK 37/02).

4. Przenosząc przywołane ustalenia Trybunału na grunt niniejszej sprawy, Sejm wyraża pogląd, że sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania funkcji mózgu, określony w załączniku do obwieszczenia, określa sekwencję działań, metody i środki potwierdzenia/wykluczenia aktualizacji kryterium śmierci mózgu, wskazując w istocie pewien wzorzec postępowania dla lekarzy. Innymi słowy, ustanawia pewne normy, jednak ustawodawca nie nadaje im – w przeciwieństwie do kryteriów – mocy powszechnie obowiązującej.

Zakres, w jakim sposób stwierdzenia śmierci mózgu ujęty jest w normach prawa powszechnie obowiązujących, wynika dla lekarzy z ustawy transplantacyjnej, której przepisy wskazują:

a) podmiot właściwy do zdiagnozowania śmierci mózgu – komisję złożoną 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;

b) podmiot, który powołuje komisję i wyznacza jej przewodniczącego – kierownika podmiotu leczniczego lub osobę przez niego upoważnioną;

c) metodę rozstrzygnięcia komisji – jednomyślność;

d) obowiązek oparcia diagnozy śmierci mózgu na kryteriach opracowanych przez specjalistów wyznaczonych przez ministra właściwego do spraw zdrowia.

Płynie z tego wniosek, iż przepisy ustawy transplantacyjnej wyraźnie wskazują podmiot, któremu przyznana została kompetencja diagnostyki śmierci mózgowej oraz sposób podejmowania rozstrzygnięcia w tym zakresie.

Ustawowa norma kompetencyjna adresowana do zespołu specjalistów, którzy mają ustalić sposób (i kryteria) stwierdzenia śmierci mózgu, nakazuje im działać z uwzględnieniem aktualnej wiedzy medycznej (art. 9 ust. 2 *in fine* ustawy transplantacyjnej). Pojęcie to ma ugruntowane znaczenie prawne, bowiem wyznacza ono dyrektywę wykonywania zawodu lekarza i lekarza dentysty. W myśl art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 125; dalej: u.z.l.), lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należyłą starannością. Obowiązek ten jest również statutowany w art. 4 Kodeksu Etyki Lekarskiej, który nakazuje lekarzom działanie zgodnie ze współczesną wiedzą medyczną (na temat relacji pojęć „aktualna wiedza medyczna” oraz „współczesna wiedza medyczna” zob. szerzej J. Haberko, *Aktualna wiedza medyczna a stosowanie homeopatii*, „Medyczna Wokanda” 2009, nr 1, s. 47-51).

W obliczu niezwykle dynamicznego rozwoju nauk medycznych, prowadzenia badań wielośrodkowych, a także różnej wartości naukowej prowadzonych badań, śledzenie i właściwa interpretacja doniesień naukowych w celu wdrożenia ich do praktyki klinicznej przez lekarza nie są łatwe. Dlatego też w tym kontekście szczególnego znaczenia nabierają różne wytyczne i rekomendacje przygotowane

przez ciała kolegialne złożone z uznanych ekspertów. W doktrynie wskazuje się m.in., że jako metody aprobowane i dopuszczone do stosowania kwalifikuje się zasady wiedzy reprezentowane przez miarodajne koła naukowe (J. Haberko, *Aktualna wiedza...*, s. 50-51).

Sejm podziela pogląd Ministra Zdrowia wyrażony w odpowiedzi na interpelację nr 32418/VII kad., zgodnie z którym „[s]tandardy medyczne, jako zbiory rekomendacji (zaleceń), odnoszących się do określonych działań w obszarze medycyny, co do zasady nie mają charakteru prawnego, a co za tym idzie – nie są bezwzględnie obowiązujące. Natomiast jako schematy postępowania, oparte na aktualnej wiedzy medycznej, tworzone zgodnie z zasadami Evidence Based Medicine (EBM), stanowią ważne wskazówki w codziennej praktyce medycznej. Należy w tym miejscu zauważyć, iż standardy nie powinny stanowić obligatoryjnego wymogu ich stosowania, poprzez publikowanie w formie aktów prawnych, ponieważ odnoszą się do sytuacji przeciętnych, najczęściej występujących w medycynie. W przeciwnym wypadku, wszelkie odstępstwa od nich w praktyce medycznej mogłyby skutkować np. odpowiedzialnością kierownika podmiotu leczniczego lub personelu udzielającego świadczeń”.

Z wymogu wykonywania zawodu lekarza zgodnie z aktualną wiedzą medyczną wynika bezpośrednio obowiązek lekarzy doskonalenia zawodowego i stałego podnoszenia swoich kwalifikacji. Z tego względu również regulacje dotyczące systemu kształcenia medycznego zawarte w art. 19 ust. 2 u.z.l., zgodnie z którymi jednym z warunków prowadzenia kształcenia podyplomowego jest posiadanie planu kształcenia zawierającego przedmiot i zakres kształcenia zgodny z aktualną wiedzą medyczną, mają na celu umożliwienie aktualizacji wiedzy lekarzy.

W perspektywie konieczności odpowiedzi na pytanie o nowość normatywną obwieszczenia ogłaszającego kryteria i sposób ustalenia śmierci mózgu, należy także zauważyć, że w świetle obowiązujących przepisów stwierdzenie zgonu człowieka należy do kompetencji lekarza, bowiem:

- a) art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2126 ze zm.; dalej: u.c.c.z.) zakłada, że: „[z]gon i jego przyczyna powinny być ustalone przez lekarza, leczącego chorego w ostatniej chorobie” (wyjątkowo – przez inną osobę wskazaną przez starostę, zob. art. 11 ust. 2 u.c.c.z.), natomiast

- b) art. 43 ust. 1 u.z.l. upoważnia lekarza do stwierdzenia zgonu „na podstawie osobiście wykonanych badań i ustaleń, z zastrzeżeniem sytuacji określonych w odrębnych przepisach”. W uzasadnionych przypadkach lekarz może uzależnić wystawienie karty zgonu od przeprowadzenia sekcji zwłok (art. 43 ust. 2 u.z.l.).

Należy zauważyć, że ustawodawca wyraźnie zastrzega, iż stwierdzenie zgonu może nastąpić także w innym trybie, niż wskazuje to art. 43 ust. 1 u.z.l.

Odesłanie w przywołanym postanowieniu u.z.l. do „odrębnych przepisów” dotyczy przede wszystkim stwierdzania zgonu na podstawie ustawy transplantacyjnej, w świetle której nie jeden lekarz, ale zespół trzech lekarzy (art. 9 ust. 4) potwierdza, iż doszło do trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, co – powołując się choćby na *argumentum a rubrica* (tytuł rozdziału 2 ustawy transplantacyjnej, gdzie pomieszczony został jej art. 9, wskazuje, że idzie o pobieranie komórek, tkanek i narządów ze zwłok ludzkich; *ex mortuo*) – oznacza, że śmierć mózgu jest jednoznaczna ze śmiercią człowieka.

Podsumowując poczynione ustalenia, należy stwierdzić, że zarówno lekarze powołani do określenia sposobu stwierdzenia śmierci mózgu, jak i lekarze wchodzący w skład komisji diagnozującej trwałe nieodwracalne ustanie czynności mózgu są zobligowani ustawowo do wykonywania powierzonych im zadań z uwzględnieniem aktualnej wiedzy medycznej.

Można więc wyobrazić sobie potencjalną sytuację, w której czas trwania wskazanego w obwieszczeniu w 2007 r. pierwszego etapu badania wystąpienia trwałego bezdechu, polegającego na wentylowaniu przez 10 minut płuc badanego 100 % tlenem w układzie bezzwrotnym, w roku 2016, gdyby takie badania zostały przeprowadzone, a ich wyniki zweryfikowane i uznane przez gremia medyczne, mogłyby zostać zanegowane jako niewystarczające. Wówczas lekarze wchodzący w skład komisji diagnozującej śmierć, działając w oparciu o art. 4 u.z.l., powinni uwzględnić najnowsze doniesienia aktualnej wiedzy medycznej, wskazujące – w odniesieniu do przywołanego przykładu – wentylowanie płuc przez co najmniej 15 minut.

Sposób przeprowadzenia diagnostyki śmierci mózgu, ustalony w świetle aktualnego stanu wiedzy medycznej jest dla lekarzy wiążący, jednak jego moc obowiązująca nie wynika z postanowień ustawy transplantacyjnej ani z treści

obwieszczenia, ale ze standardu wykonywania zawodu lekarza, zakotwiczonego w art. 4 u.z.l.

Obwieszczenie, w zakresie, w jakim ogłasza sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu ma charakter informacyjny, porządkujący, i nie zwalnia lekarzy z aktualizacji swojej wiedzy dotyczącej diagnostyki śmierci mózgu. Jednocześnie jednak nie sposób przecenić jego znaczenia dla codziennej praktyki klinicznej lekarzy, których zdolność aktualizacji dorobku wiedzy medycznej jest zindywidualizowana. W tej perspektywie należy zauważyć, że nieprzyznanie przez ustawodawcę powszechnie obowiązującego charakteru normom wskazującym sposób stwierdzenia śmierci mózgu, ujętym w obwieszczeniu, powoduje, iż potencjalne stwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny niekonstytucyjności art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej w żądanym przez RPO zakresie, nie zmienia niczego w perspektywie obowiązku lekarzy do podążania za wskazaniem aktualnej wiedzy medycznej. Ewentualny brak łatwo dostępnego ogłoszenia wypowiedzi autorytetów w zakresie diagnostyki śmierci mózgu, co do sposobu jej przeprowadzania, potencjalnie przyczyni się do zwiększenia marginesu uznaniowości lekarzy postępujących wedle najnowszych ustaleń nauki. Taki stan rzeczy może w efekcie prowadzić do niepożądanego skutku w postaci osłabienia gwarancji pacjentów, podważenia zaufania do samej koncepcji śmierci mózgu, a ostatecznie – braku akceptacji społecznej dla transplantacji *ex mortuo*, co mogłoby skutecznie sparaliżować transplantologię, jako metodę leczenia.

5. Dalsze rozważania, których celem jest zrekonstruowanie zawartości obwieszczenia, należy poprzedzić zastrzeżeniem, że konstytucyjności zakwestionowanego przez RPO art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej nie można oceniać przez pryzmat sposobu jego realizacji, bowiem zamieszczenie w obwieszczeniu treści o charakterze powszechnie obowiązującego *novum* normatywnego mogłoby być klasyfikowane raczej jako nadużycie uprawnień ministra właściwego do spraw zdrowia, a nie jako wadliwość ustawy.

Sposób diagnostyki śmierci mózgu (jak również jej kryteria, ale jak już wskazywano, zakres ten nie został objęty wnioskiem o kontrolę konstytucyjności) jest określony w załączniku do obwieszczenia. W jego I części („Założenia ogólne”) wskazano, że trwałe uszkodzenie pnia mózgu ustala się na podstawie braku określonych odruchów nerwowych i braku spontanicznej czynności oddechowej.

Postępowanie takie, oparte przede wszystkim na badaniach klinicznych, w przeważającej liczbie przypadków jest możliwe, a jego wynik – pewny. W szczególnych okolicznościach badanie odruchów nerwowych nie jest jednak w pełni wykonalne (np. urazy twarzoczaszki), a ich interpretacja może być trudna (np. zatrucia, farmakoterapia). Ponadto w pierwotnie podnamiotowych uszkodzeniach mózgu jego śmierć wymaga szczególnego postępowania diagnostycznego, ponieważ kliniczne objawy trwałego uszkodzenia pnia mózgu nie oznaczają w tym przypadku jednoczesnego nieodwracalnego uszkodzenia całego mózgu. W takich przypadkach podejrzenie śmierci mózgu musi być potwierdzone badaniami instrumentalnymi.

Część II załącznika do obwieszczenia („Rozpoznanie śmierci mózgu”) wskazuje, iż diagnoza ta opiera się na stwierdzeniu nieodwracalnej utraty jego funkcji. Postępowanie kwalifikacyjne jest dwuetapowe i obejmuje: wysunięcie podejrzenia śmierci mózgu, a także wykonanie badań potwierdzających śmierć mózgu. Etap I obejmuje dokonanie wskazanych poniżej stwierdzeń i wykluczeń.

Stwierdzenia dotyczą tego, czy chory jest w śpiączce, sztucznie wentylowany, czy przyczyna śpiączki została rozpoznana, czy wystąpiło uszkodzenie mózgu (pierwotne lub wtórne), a także czy uszkodzenie mózgu jest nieodwracalne wobec wyczerpania możliwości terapeutycznych i upływu czasu. Wykluczenia z kolei obejmują: chorych zatrutych i pod wpływem niektórych środków farmakologicznych (narkotyki, neuroleptyki, środki nasenne, usypiające, zwiotczające mięśnie poprzecznie prążkowane), chorych w stanie hipotermii ($\leq 35^{\circ}\text{C}$ ciepłoty powierzchniowej), chorych z zaburzeniami metabolicznymi i endokrynologicznymi, noworodki poniżej 7 dnia życia. Przeprowadzenie wszystkich powyższych stwierdzeń i wykluczeń pozwala na przejście do etapu II.

Etap II obejmuje dwukrotne wykonanie przez ordynatora oddziału/kliniki lub upoważnionego przez niego lekarza specjalistę przedstawionych poniżej badań stwierdzających, w zakresie badań klinicznych, po pierwsze, brak odruchów pniowych, a po drugie, trwały bezdech.

O braku odruchów pniowych, wedle ustaleń ogłoszonych w załączniku do ogłoszenia, świadczy kilka faktów, m.in. brak reakcji źrenic na światło. W dalszej części wskazane są „Wytyczne techniczne do sposobu przeprowadzania badań”, które mają zweryfikować istnienie odruchów pniowych w mózgu pacjenta.

Rozpoznanie śmierci mózgu w większości przypadków opiera się na badaniu klinicznym i dokładnej analizie przyczyny oraz mechanizmu i skutku uszkodzenia mózgu. Jednakże – jak już była o tym wyżej mowa – zdarzają się szczególne sytuacje, w których badania kliniczne nie mogą być wykonane lub jednoznacznie interpretowane. Przyczynami trudności diagnostycznych są: rozległe urazy twarzoczaszki, uszkodzenia podnamiotowe mózgu, obecność nietypowych odruchów, inne przyczyny (np. niektóre środki trujące lub preparaty farmakologiczne). W takich przypadkach podejrzenie śmierci mózgu może lub musi być potwierdzone badaniami instrumentalnymi, np. EEG.

Analiza treści załącznika do obwieszczenia daje podstawę do tego, aby stwierdzić, że określenie w nim sposobu postępowania w celu diagnostyki śmierci mózgu posiada walor rekomendacji procedowania, bazujących na ustaleniach aktualnej wiedzy medycznej.

Podsumowując tę część rozważań, Sejm pragnie odwołać się do poglądu wyrażonego w doktrynie, zgodnie z którym „[w] ustawach często zamieszczane są odesłania do różnego rodzaju norm, zasad czy wskaźników, wynikających bezpośrednio z aktów, które nie zostały zaliczone przez ustrojodawcę do źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Taki zabieg nie oznacza jednak, że owe normy, zasady czy wskaźniki stają się w ten sposób źródłami prawa” (M. Wiącek, *op. cit.*).

Trybunał Konstytucyjny wskazał również, że: „prawo (w rozumieniu konstytucyjnym) nie funkcjonuje w próżni, lecz odwołuje się i wiąże skutki prawne z różnorodnymi zjawiskami społecznymi. Do takich zjawisk należą systemy normatywne, które określają reguły postępowania w wielu dziedzinach życia społecznego” (por. wyrok TK z 10 czerwca 2003 r., sygn. akt SK 37/02).

W związku z tym wskazane systemy przenikają się nawzajem i uzupełniają. Jak bowiem wywiódł Trybunał, „[p]rzepisy prawne i wynikające z nich normy spełniają nie tylko funkcję bezpośredniego lub pośredniego regulatora życia gospodarczego, ale mają być także środkiem umożliwiającym łączność z innymi pozaprawnymi regulatorami” (wyroki TK z: 7 grudnia 1999 r., sygn. akt K 6/99 i 8 grudnia 2003 r., sygn. akt K 3/02), a prawo powszechnie obowiązujące, którego celem jest regulowanie życia społecznego, może wiązać skutki prawne z treścią reguł postępowania należących do odrębnych, pozaprawnych systemów normatywnych (np. przepisów korporacyjnych o charakterze deontologicznym – zob. wyrok

TK z 23 kwietnia 2008 r., sygn. akt SK 16/07). Nie oznacza to automatycznie nadania tym regułom charakteru prawa powszechnie obowiązującego.

W opinii Sejmu, normy określające sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu należy kwalifikować jako egzemplifikację standardów postępowania medycznego, bazujących na aktualnej wiedzy medycznej.

W świetle poglądu trybunalskiego, „[t]ego typu standardy mogą obejmować wskazania dotyczące: metod diagnostycznych (rodzaju badań, częstości ich wykonywania); metod leczniczych (leków i dawek, metod nefarmakologicznych, w tym zabiegów i interwencji chirurgicznych); metod zapobiegawczych (programy profilaktyczne) oraz kontroli procesu leczenia (badania kontrolne). [...] Są one, co do zasady, opracowywane przez odpowiednie gremia specjalistów z różnych dziedzin medycyny jako schematy postępowania oparte na aktualnej wiedzy medycznej i tworzone zgodnie z zasadami *Evidence-Based Medicine* (EBM); w miarę postępów wiedzy są okresowo modyfikowane oraz publikowane w odpowiednich czasopismach specjalistycznych, będąc przez to ważną wskazówką merytoryczną w codziennej praktyce medycznej” (postanowienie TK z 27 lipca 2016 r., sygn. akt U 5/15).

Sejm pragnie także dodać, że w związku z koniecznością uwzględnienia stanu aktualnej wiedzy medycznej nie jest możliwe precyzyjne określenie sposobu stwierdzenia śmierci mózgu (i jej kryteriów) w akcie prawa powszechnie obowiązującego, w szczególności rangi ustawowej. Jak zauważono w literaturze przedmiotu, „[f]ormuła obwieszczenia jest [...] z tego punktu widzenia korzystniejsza” (R. Kubiak, *op. cit.*, s. 479-480).

W piśmiennictwie podkreśla się także, iż kryteria śmierci mózgowej są „konsekwencją rozwoju wiedzy medycznej, a nie społecznym postulatem stworzonym *ad hoc* przez grupę osób. Prawo musi żyć postępem innych nauk, w tym medycyny, gdyż w przeciwnym razie stanie się martwe i archaiczne. Definicja śmierci mózgowej nie została wymyślona przez ustawodawcę, ale jedynie zaakceptowana i prawnie zatwierdzona. Kryteria śmierci mózgowej są stopniowo weryfikowane z uwagi na postęp wiedzy medycznej i dostępność do coraz doskonalszych narzędzi diagnostycznych” (T. Kalita, *Śmierć mózgu jako granica prawnokamery ochrony życia człowieka*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 7-8, s. 52-53).

Jednocześnie należy wskazać, iż nawet w wypadku podjęcia przez prawodawcę decyzji o uregulowaniu standardów postępowania medycznego w określonym zakresie w drodze rozporządzenia, do czego do dnia 14 lipca 2016 r.

upoważnienie dla ministra właściwego do spraw zdrowia przewidywał art. 22 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1638 ze zm.; dalej: u.d.l.), w regulacjach tych nie sposób było uniknąć odwołania do wskazań aktualnej wiedzy medycznej. Dla porządku należy zaznaczyć, że 15 lipca 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy o działalności leczniczej oraz niektórych innych ustaw, której art. 1 pkt 11 lit. b nadał nowe brzmienie art. 22 ust. 5 u.d.l., zmieniając kompetencję ministra właściwego do spraw zdrowia do uregulowania rozporządzeniem, zamiast standardów postępowania medycznego, standardów organizacyjnych opieki zdrowotnej w wybranych dziedzinach medycyny. Przywołana ustawa nowelizująca u.d.l., w jej art. 41, przewiduje jednakże zasadę dalszego obowiązywania dotychczasowych przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 22 ust. 5 u.d.l. sprzed zmiany, do dnia wejścia w życie przepisów wykonawczych wydanych na podstawie nowego art. 22 ust. 5 u.d.l., jednak nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2018 r. Z tego względu aktualnie obowiązują jeszcze trzy rozporządzenia Ministra Zdrowia, które stanowią normatywny wyraz standardów postępowania medycznego, przy czym w dwóch aktach pomieszczone jest odwołanie do – różnie określanych – ustaleń dorobku nauk medycznych:

1) w załączniku do rozporządzenia z dnia 20 września 2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki okołoporodowej sprawowanej nad kobietą w okresie fizjologicznej ciąży, fizjologicznego porodu, położu oraz opieki nad noworodkiem (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1132) wyraźnie wskazuje się, że: „[n]oworodkowi należy wykonać czynności profilaktyczne obejmujące: [...] rozpoczęcie profilaktyki krzywicy, zgodnie z aktualnymi zaleceniami” (pkt XII.13.5), lub formułuje zalecenie, zgodnie z którym: „[w] przypadku stwierdzenia nieskutecznego karmienia piersią, należy zdiagnozować problem i wdrożyć postępowanie zgodnie z aktualną wiedzą na temat laktacji, w celu umożliwienia skutecznego nakarmienia noworodka mlekiem matki z piersi, a jeżeli nie jest to możliwe – odciągniętym mlekiem matki” (pkt XII.8.4);

2) w załączniku do rozporządzenia z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie standardów postępowania medycznego w łagodzeniu bólu porodowego (Dz. U. poz. 1997) dopuszcza się możliwość wcześniejszego rozpoczęcia analgezji w uzasadnionych medycznie przypadkach (pkt VII.6). Oznacza to, że personel

medyczny powinien ocenić, czy z punktu widzenia wskazań medycznych zasadne jest w konkretnym przypadku przyspieszenie znieczulenia.

Dla kompletności rozważań należy dodać, że w rozporządzeniu z dnia 9 listopada 2015 r. w sprawie standardów postępowania medycznego przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych w dziedzinie położnictwa i ginekologii z zakresu okołoporodowej opieki położniczo-ginekologicznej, sprawowanej nad kobietą w okresie ciąży, porodu, połogu, w przypadkach występowania określonych powikłań oraz opieki nad kobietą w sytuacji niepowodzeń położniczych (Dz. U. poz. 2007) Minister Zdrowia nie odsyła do wskazań aktualnej wiedzy medycznej.

Trzeba wreszcie dostrzec, że ustawodawca w art. 9 ust. 2 ustawy transplantacyjnej nakazuje specjalistom „ustalenie”, przy uwzględnieniu aktualnej wiedzy medycznej, kryteriów i sposobu stwierdzenia śmierci mózgu. Czasownik „ustalać” wedle Słownika Języka Polskiego oznacza: „zdecydować o ostatecznej formie, postaci lub przebiegu czegoś”; „stwierdzić coś po uprzednim zbadaniu” (<http://sjp.pwn.pl/sjp/ustalic-l;2533579.html>). Płyne stąd wniosek, że ustalanie nie jest tożsame z kreowaniem, tworzeniem, dlatego obwieszczenie należy, zdaniem Sejmu, kwalifikować raczej jako niemające waloru aktu normatywnego oświadczenie wiedzy (ustalenie kryteriów diagnostyki śmierci mózgowej w oparciu o wskazania aktualnej wiedzy medycznej) niż oświadczenie woli organu władzy publicznej.

Na koniec wypada także zauważyć, że z perspektywy zarzutów wnioskodawcy wyłania się problem natury czysto formalnej, związany z wykorzystaniem błędnej ścieżki regulacyjnej (RPO nie żąda kontroli merytorycznej ani kryteriów, ani sposobu stwierdzenia śmierci mózgowej). W opinii Sejmu, co powinno mieć znaczenie dla Rzecznika Praw Obywatelskich w świetle jego konstytucyjnych zadań, przeniesienie treści obwieszczenia do aktu rangi ustawowej niczego nie zmienia z punktu widzenia gwarancji praw i wolności człowieka i obywatela, w szczególności nie uchroni przed przypadkami pochopnego postępowania prowadzącego do nieuzasadnionego orzeczenia o śmierci.

Sejm oczywiście dostrzega dyskusję toczącą się w przedmiocie zasadności przyjęcia śmierci mózgowej jako końca życia ludzkiego, jak również pomieszczenia kryteriów i sposobu diagnostyki śmierci mózgowej ustalonych przez zespół specjalistów w obwieszczeniu. Przejawem tej dyskusji jest również analizowany wniosek RPO (por. także petycję indywidualną dotyczącą podjęcia inicjatywy

ustawodawczej, mającą na celu zmianę przepisów w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzania tzw. śmierci mózgowej, skierowaną do Senatu VIII kad. nr P8-07/15).

Jednocześnie trzeba jednak podkreślić, że do zakresu swobody regulacyjnej ustawodawcy mającego mandat demokratyczny należy ustalenie, jaki stan należy uznać za wyznaczający koniec życia człowieka, co uczyniono w art. 9 ust. 1 ustawy transplantacyjnej (trwałe nieodwracalne ustanie czynności mózgu) oraz art. 9a ust. 1 tej ustawy (nieodwracalne zatrzymanie krążenia). Ustawodawca, w obliczu różnych możliwych definicji śmierci, dokonał wyboru w postaci normatywnej aprobaty dla uznanych w naukach medycznych jej przesłanek. Decyzja o nałożeniu na specjalistów związanych z rozpoznaniem śmierci ustawowego obowiązku ustalenia kryteriów i sposobu przeprowadzenia tej diagnostyki podyktowana była troską ustawodawcy o zachowanie standardów aktualnej wiedzy medycznej w tym zakresie, zaś decyzja o opublikowaniu ich w obwieszczeniu przez ministra właściwego do spraw zdrowia – względami edukacji społecznej, poprzez ułatwienie dostępności do przywołanych standardów.

Rolą ustawodawcy nie jest natomiast rozstrzyganie o klinicznych kryteriach śmierci mózgu ani przesądzanie o tym, jakie badania należy przeprowadzić, aby aktualizację tych kryteriów w konkretnym przypadku potwierdzić lub wykluczyć. Jest to zadanie adresowane – *a natura rei* – do przedstawicieli nauk medycznych.

Warto podkreślić, że takie ujęcie roli medycznych kryteriów śmierci mózgowej jest akceptowane w katolickiej nauce społecznej. Jak bowiem wywiódł Jan Paweł II, „[p]omocne może być tu [wobec pytania o kres życia ludzkiego – uwaga własna] uświadomienie sobie, że śmierć człowieka jest jednorazowym wydarzeniem, polegającym na całkowitym rozpadzie owej jednolitej i zintegrowanej całości, jaką jest jaźń osobowa. Następuje to na skutek oddzielenia się zasady życia (czyli duszy) od cielesnej rzeczywistości człowieka. Śmierć osoby, rozumiana w swoim zasadniczym sensie, jest wydarzeniem, którego nie może bezpośrednio uchwycić żadna technika naukowa ani metoda empiryczna.

Jednakże ludzkie doświadczenie pokazuje, że gdy śmierć już nastąpi, jej nieuniknioną konsekwencją są pewne zjawiska biologiczne, które medycyna uczy się rozpoznawać z coraz większą precyzją. Należy zatem rozumieć, że «kryteria», jakimi posługuje się dziś medycyna, aby upewnić się o śmierci człowieka, nie służą do techniczno-naukowego ustalenia dokładnego momentu śmierci, ale są naukowo pewnymi środkami określania biologicznych oznak świadczących o tym, że człowiek

naprawdę umarł” (*Do uczestników XVIII Kongresu Światowego Towarzystwa Transplantologicznego*, 29 sierpnia 2000 r.; http://www.opoka.org.pl/biblioteka/W/WP/jan_pawel_ii/przemowienia/transplantologia_29082000.html).

6. Dla zupełności poczynionych ustaleń trzeba dodać, że 10 stycznia 2017 r. do łaski marszałkowskiej wpłynął rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (druk sejmowy nr 1212/VIII kad.), zmierzający do zmiany u.z.l. oraz ustawy transplantacyjnej w zakresie stwierdzania zgonu przez lekarzy.

Proponowane zmiany miałyby polegać na uchyleniu ust. 1-5 art. 9 ustawy transplantacyjnej oraz umiejscowieniu norm dotyczących stwierdzenia śmierci mózgu w nowym art. 43a u.z.l. Jak wskazuje projektodawca, „[z]daniem ekspertów wywodzących się ze środowiska anestezjologów – co do zasady – stwierdzanie zgonu jest jedną z wielu czynności, które wykonuje każdy lekarz i najwłaściwszą ustawą do regulacji tej materii z tego punktu widzenia jest ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Wyżej wymienione przepisy w ustawie transplantacyjnej [art. 9 i art. 9a – uwaga własna] stwarzają w społeczeństwie bardzo niekorzystne wrażenie, że orzekanie śmierci wskutek trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu jest wykonywane przez lekarzy w celu pobrania komórek, tkanek i narządów i w ten sposób powoduje to nie tylko opór wśród społeczeństwa dla tej metody postępowania, ale także wśród lekarzy, tym samym tworząc barierę dla rozwoju transplantologii w Rzeczypospolitej Polskiej” (uzasadnienie projektu).

Ponadto projekt zakłada wprowadzenie zasady, iż trwałe nieodwracalne ustanie czynności mózgu oraz nieodwracalne zatrzymanie krążenia przed pobraniem narządów ma stwierdzać dwóch lekarzy, posiadających specjalizacje określone w nowym art. 43a ust. 5 i ust. 6 u.z.l.

Proponowane zmiany miałyby także obejmować regulację, co do której wątpliwości zgłosił Rzecznik. W zakresie interesującym z perspektywy przedmiotu niniejszej sprawy w projekcie przyjmuje się bowiem, iż: „Stwierdzenie: 1) trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu) [...] następuje po przeprowadzeniu przez specjalistów, o których mowa w ust. 5 [...] postępowania

zgodnego z aktualną wiedzą medyczną, z uwzględnieniem sposobu i kryteriów, o których mowa w ust. 3” (projektowany art. 43a ust. 1 u.z.l.).

Ustęp 3 art. 43a u.z.l. (w brzmieniu proponowanym przez projektodawcę) zakłada, że: „Minister właściwy do spraw zdrowia ogłasza, w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej «Monitor Polski», sposób i kryteria stwierdzenia: 1) trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu [...]”, natomiast jego ust. 4 wskazuje, iż: „Minister właściwy do spraw zdrowia, nie rzadziej niż raz na 5 lat, powierza specjalistom z odpowiednich dziedzin medycyny powoływanym i odwoływanym przez tego ministra dokonanie oceny zgodności sposobu i kryteriów, o których mowa w ust. 3, z aktualną wiedzą medyczną”. Ustalanie kryteriów i sposobu stwierdzenia śmierci mózgu pozostawałoby więc nadal kompetencją specjalistów z odpowiednich dziedzin medycyny, powoływanych i odwoływanych przez ministra właściwego do spraw zdrowia (art. 43a ust. 2 u.z.l.).

W razie ewentualnego przyjęcia przez ustawodawcę przywołanych zmian w obrębie u.z.l. i ustawy transplantacyjnej zastrzeżenia konstytucyjne Rzecznika pozostaną aktualne. Projektodawca zakłada bowiem utrzymanie zasady, iż sposób (i kryteria) stwierdzenia śmierci mózgu ustala zespół specjalistów, natomiast minister właściwy do spraw zdrowia ogłasza je w obwieszczeniu.

Jakkolwiek nie ma to znaczenia dla oceny konstytucyjności kwestionowanego przepisu, to warto dodać, iż z analizy wyniku prac legislacyjnych nad projektem (na ich obecnym etapie), można postawić dwa wnioski. Po pierwsze, prawodawca, znając wątpliwości RPO (wniosek o kontrolę konstytucyjności jest z 7 grudnia 2015 r.), świadomie optuje za pozostawieniem normy wynikającej aktualnie z art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej (projekt zakłada jedynie jej przeniesienie do art. 43a ust. 3 u.z.l.; por. A. Karczmarek, *Opinia prawna dotycząca rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów* [druk nr 1212], dostęp: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=1212>). Po drugie, trudno nie dostrzec powszechnej akceptacji dla proponowanych rozwiązań przez przedstawicieli środowisk medycznych (m.in. konsultant krajowy w dziedzinie transplantologii, konsultant krajowy w dziedzinie medycyny sądowej, Naczelna Izba Lekarska), którzy w ramach konsultacji społecznych na etapie prac rządowych nad projektem przedstawiali swoje stanowiska projektodawcy.

7. Posługując się argumentami natury porównawczoprawnej, Sejm chce także zwrócić uwagę, iż kryteria i sposób stwierdzania trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu, które ze względu na aktualną wiedzę medyczną w sposób powszechnie akceptowany na poziomie ustawowym jest uznawane za kres życia człowieka – wolą krajowego prawodawcy – są ustalane przez różne podmioty. Jedynie dla ilustracji tej tezy Sejm pragnie przywołać następujące przykłady:

- a) w Konfederacji Szwajcarskiej kryteria i sposób stwierdzenia śmierci mózgu wskazane są w wytycznych Szwajcarskiej Akademii Nauk Medycznych (dalej: SANM) „Stwierdzenie zgonu w aspekcie transplantacji organów” z dnia 24 maja 2011 r., do stosowania których odsyła art. 7 rozporządzenia Szwajcarskiej Rady Związkowej z dnia 16 marca 2007 r. o transplantacji ludzkich organów, tkanek i komórek, wydane na podstawie art. 9 („Kryterium śmierci i stwierdzenie śmierci”) ustawy federalnej z dnia 8 października 2004 r. o transplantacji organów, tkanek i komórek. W ust. 2 przywołanego przepisu ustawodawca szwajcarski przewidział upoważnienie dla Rady Związkowej, aby przyjęła przepisy dotyczące stwierdzenia zgonu, w szczególności określiła, jakie dane kliniczne pozwalają na przyjęcie, że doszło do nieodwracalnego uszkodzenia funkcji mózgu (łącznie z jego pniem), oraz wymagania skierowane do lekarzy, którzy zgon na tej podstawie stwierdzają. Warto w tym aspekcie zwrócić uwagę, że szwajcarski Sąd Federalny, dokonując w 1997 r. abstrakcyjnej kontroli ustawy kantonu Genewa z dnia 28 marca 1996 r. o transplantacji organów i tkanek, stwierdził, że zastosowanie w niej techniki odesłania dynamicznego w zakresie ustalenia kryteriów i procedury stwierdzenia śmierci mózgu do wytycznych SANM spełnia standard określoności (BGE 123 I 112, *Himmelberger II*). Sąd Federalny, w ślad za stanowiskiem części szwajcarskiej doktryny (zob. np. L. Rotach, *Die Verwendung von anhängen in den Erlassen des Bundesrechts*, „Législation d'aujourd'hui” 1995, nr 3, s. 111-120), uznał ponadto, że wytyczne SANM wyrażają konsens naukowej społeczności medycznej w Szwajcarii i są przestrzegane przez członków zawodu;
- b) w Republice Federalnej Niemiec – § 16 pkt 1 ustawy z dnia 5 listopada 1997 r. o dawstwie, pobieraniu i przeszczepianiu organów i tkanek (t.j. z 4 września 2007 BGBl. I, s. 2206, ze zm.) przewiduje wyraźną

- kompetencję dla Federalnej Izby Lekarskiej, aby w drodze wytycznych ustaliła stan wiedzy nauk medycznych dla kryteriów stwierdzenia śmierci mózgu oraz postępowania je potwierdzającego, a także określiła niezbędne kwalifikacje lekarza uczestniczącego w przywołanej procedurze;
- c) w USA *Uniform Determination Death Act* zakłada w § 1, że stwierdzenie zgonu ze względu na nieodwracalne ustanie funkcji układu krążenia i oddechowego, a także nieodwracalne ustanie funkcji całego mózgu (w tym jego pnia), powinno być dokonane na podstawie uznanych standardów medycznych. Regulacja ta została inkorporowana do prawa stanowego w 39 stanach USA, które – nie zmieniając koncepcji kryteriów zgonu – doprecyzowują procedurę. Dla przykładu, w kalifornijskim Kodeksie zdrowia i bezpieczeństwa (*Californian Health and Safety Code*) z dnia 7 kwietnia 1939 r. w sekcji 7180 wskazano zasadę, że w wypadku stwierdzenia tzw. śmierci mózgu wymagane jest potwierdzenie diagnozy przez innego niezależnego lekarza;
- d) z kolei w Republice Francuskiej Kodeks zdrowia publicznego (t.j. z 10 września 2016 r.; dostęp: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20160917>) w art. R1232-1 precyzuje kliniczne kryteria stwierdzenia zgonu, wskazując ponadto w art. R1232-1 przesłanki niezbędne dla zdiagnozowania nieodwracalnego uszkodzenia mózgu (dwukrotne badanie EEG w interwale czasowym min. 4 godzin oraz angiografia obrazująca krążenie krwi w mózgu);
- e) podobnie we Włoszech, wydany na podstawie art. 2 ustawy nr 578 z dnia 29 grudnia 1993 r. „Zasady stwierdzania zgonu i wystawiania kart zgonu”, dekret Ministra Zdrowia z 11 kwietnia 2008 r. w sprawie zmiany Dekretu z 22 sierpnia 1994 r. nr 584 w sprawie zasad określających procedurę stwierdzania zgonu i wystawiania kart zgonu” (*Gazzetta Ufficiale*, nr 136, s. 8) określa szczegółowy zakres i sekwencję badań niezbędnych do stwierdzenia śmierci.

Dla pełni rozważań trzeba także dodać, że jakkolwiek dyskusja nad potrzebą ustalenia uniwersalnych, powszechnie akceptowalnych w naukach medycznych przesłanek trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu i metod ich weryfikacji toczyła się od wielu lat (zob. np. E.F. Wijdicks, *Brain death worldwide:*

accepted fact but no global consensus in diagnostic criteria, „Neurology” 2002, nr 58(1), s. 20-25; M. Fried, E.M. Quigley, R.H. Hunt, G. Guyatt, B.O. Anderson, D.J. Bjorkman, M.J. Farthing, S.S. Fedail, R. Green-Thompson, J. Hampton, J. Krabshuis, L. Laine, R. Horton, *Are global guidelines desirable, feasible and necessary?*, „Nature Clinical Practice Gastroenterology & Hepatology” 2008, nr 5(1), s. 2-3; D. Gardiner, S. Shemie, A. Manara, H. Opdam, *International perspective on the diagnosis of death*, „British Journal of Anaesthesia” 2012; nr 108 supplement, s. 14-28; M. Smith, *Brain Death: time for international consensus*, „British Journal of Anaesthesia” 2012, nr 108, s. 6–7), to w wymiarze międzynarodowym stosunkowo niedawno doszło do usystematyzowania i sformułowania katalogu kryteriów śmierci mózgu. Do przyjęcia dokumentu pt. „Międzynarodowe wytyczne dla stwierdzenia śmierci – faza I” (International Guidelines for the Determination of Death – Phase I) doszło bowiem w maju 2012 r. podczas zorganizowanej pod auspicjami Światowej Organizacji Zdrowia konferencji 32 naukowców (w tym również przedstawiciela z Polski) w Montrealu.

Wytyczne te, z uwagi na to, iż w przestrzeni społeczności międzynarodowej funkcjonują różne czynniki prawne, etyczne, kulturowe i religijne, które będą miały wpływ na realizację standardów wynikających z aktualnej wiedzy medycznej, zakładają, że śmierć jest przede wszystkim diagnozowana na podstawie kryteriów klinicznych, w oparciu o bezpośrednią, mierzalną obserwację lub badanie pacjenta.

8. Uwzględniając poczynione ustalenia, w opinii Sejmu, art. 9 ust. 3 ustawy transplantacyjnej, w zakresie wskazanym w *petitum* niniejszego pisma, nie kreuje pozakonstytucyjnego źródła prawa powszechnie obowiązującego (nie poszerza konstytucyjnego katalogu takich źródeł), stąd powinien zostać uznany za **zgodny** z art. 87 ust. 1 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU



Marek Kuchciński