

**IGA KOZIOŁ\*, KAMIL ŁAKOMY\*\***

---

\*Studentka IV roku prawa, członkini Koła Naukowego Prawa Medycznego „Lege Artis”

\*\*Student V roku prawa, członek Koła Nauk Penalnych „Iure et Facto”

Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

---

## **Wyłączenie odpowiedzialności karnej lekarza za wykonanie chirurgicznego zabiegu zmiany płci**

### **Wprowadzenie**

We współczesnej nauce odchodzi się stopniowo od monolitycznego podejścia do kwestii płci człowieka i oprócz płci fizycznej, określanej na podstawie posiadanych narządów płciowych, wyróżnia się również płć psychiczną – związaną wyłącznie z utożsamianiem się danej osoby z płcią męską lub żeńską. Dualistyczne ujęcie zakłada przy tym możliwość wystąpienia rozbieżności między anatomią człowieka a jego psychiką, co występuje właśnie w przypadku transseksualizmu.

Definiowanie transseksualizmu w nauce nie jest jednolite i ewoluowało na przestrzeni lat. Zmiany znaczeniowe związane są z rozwojem medycyny i systematycznym poszerzaniem dostępnej wiedzy oraz z unowocześnianiem podejścia do sfery seksualnej i sfery psychiki

człowieka. Stopniowo zmierza się do wyeliminowania krzywdzącej stygmatyzacji osób transseksualnych poprzez użycie mniej radykalnej nomenklatury i przykładą się większą wagę do tematu zdrowia psychicznego człowieka.

Jedną z powszechnie przyjmowanych definicji transseksualizmu jest ta sformułowana przez K. Imielińskiego, wskazująca, że transseksualizm to pewna rozbieżność, która występuje między psychicznym poczuciem płci a płcią morfologiczno-biologiczną oraz metrykalną (socjalną i prawną). Płeć biologiczno-morfologiczna i narządy płciowe danej osoby, oraz jej przyporządkowanie metrykalne, traktowane są przez daną osobę jako dla niej obce, a właściwe dla płci przeciwnej<sup>1</sup>. Wyróżnia się dwa typy transseksualizmu: typ K/M – gdy transseksualista czuje się mężczyzną w ciele kobiety i typ M/K – gdy kobieta czuje się uwięziona w ciele mężczyzny. Konsekwencją takiego poczucia jest nieustanne dążenie transseksualisty do przeprowadzenia „zmiany płci” biologiczno-morfologicznej, w celu uzyskania jej zgodności z płcią psychiczną, przy wykorzystaniu skomplikowanych procedur medycznych (w tym leczenia operacyjnego)<sup>2</sup>.

Choć dorobek współczesnej medycyny nie daje możliwości dokonania faktycznej zmiany płci, to dzięki odpowiednim zabiegom możliwe jest zmniejszenie rozbieżności między płcią biologiczną a *psyche*. Dla osiągnięcia tego celu osoby transseksualne mają do dyspozycji zabiegi medyczne trojakiemu rodzajowi: terapię psychologiczno-psychiatryczną, leczenie hormonalne oraz zabiegi adaptacyjne, nazywane operacjami „zmiany płci”. Raczej jednoznacznie wskazuje się w literaturze, że próby terapii inne niż „chirurgiczna zmiana płci” nie przynoszą pożądanych efektów, a głęboka identyfikacja psychoseksualna jest niepodatna na jakiegokolwiek formy terapii<sup>3</sup>. Interwencje chirurgiczne są uważane za „najbardziej skuteczną metodę poprawy stanu psychicznego

---

<sup>1</sup> K. Imieliński, *Zarys seksuologii i seksiatrii*, Warszawa 1982, s. 254. Por. P. Daniluk, *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 1, s. 100-101.

<sup>2</sup> J. Bomba, J. Godlewski, *Przyczynki do zagadnienia transseksualizmu*, „Psychiatria Polska” 1968, nr 3, s. 272.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

transseksualisty, który po ich wykonaniu może lepiej identyfikować się z wyobrażoną płcią”<sup>4</sup>. Jednakże proces adaptacyjny stanowi bardzo radykalną ingerencję w biologicznie zdrowe ciało ludzkie. W trakcie serii zabiegów kobiety poddawane są mastektomii, histerektomii i ooforektomii, a następnie dokonuje się wytworzenia penisa (neophalloplastyki). Mężczyźni zaś poddają się usunięciu penisa i jąder i wytworzeniu pochwy oraz zewnętrznych żeńskich narządów płciowych. Są to niezwykle radykalne interwencje medyczne o nieodwracalnych skutkach. Usunięcie macicy, jajników czy penisa i jąder to uszkodzenia trwałe, a pacjenci poddani tym zabiegom na zawsze pozostają bezpłodni.

Polski system prawa w żaden sposób nie reguluje kwestii zabiegów adaptacyjnych, co jest problematyczne w ich ocenie prawnokarnej. Powstaje bowiem wątpliwość, czy wykonanie zabiegu, którego bezpośrednim skutkiem jest ubezplodnienie, nie wyczerpuje znamion ciężkiego przestępstwa stypizowanego w art. 156 § 1 pkt 1 Kodeksu karnego<sup>5</sup>. Przepis ten penalizuje zachowanie polegające na spowodowaniu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci pozbawienia człowieka zdolności płodzenia. Pojawia się zatem problematyka uzasadnienia karnoprawnej dopuszczalności zabiegu „zmiany płci”. Jak wskazuje J. Warylewski, „wprawdzie czyn formalnie odpowiadający dyspozycji zakazu karnego nie zawsze jest przestępstwem, jednak wyłączenie jego kryminalnej bezprawności, a w konsekwencji przestępności, wymaga wskazania okoliczności, która może to usprawiedliwić”<sup>6</sup>.

## 1. Pierwotna legalność zabiegu adaptacyjnego

Jednym z proponowanych w doktrynie rozwiązań prowadzących do wyłączenia kryminalnej bezprawności zabiegów adaptacyjnych jest przyjęcie ich pierwotnej legalności na podstawie regulacji odrębnej

---

<sup>4</sup> R. Kubiak, *Karnoprawna dopuszczalność zabiegów adaptacyjnych – stan obecny i proponowane regulacje*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 2015, nr 74, s. 85.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1600 ze zm.), dalej: k.k.

<sup>6</sup> R. Kubiak, op. cit., s. 85.

od ustawy karnej, a konkretnie – na podstawie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry<sup>7</sup>. Na początku warto wskazać, jakie warunki musi spełniać zachowanie o charakterze pierwotnie legalnym. Wskazuje się powszechnie na konieczność spełnienia dwóch przesłanek: „braku ataku na dobro chronione prawem i postępowanie zgodnie z regułami ostrożności”<sup>8</sup>. O wypełnieniu pierwszej z nich będzie przesądzać wykazanie leczniczego charakteru zabiegu „zmiany płci”, jak bowiem wynika z art. 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, można wykonać zabieg operacyjny albo zastosować metodę stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta, po uzyskaniu jego pisemnej zgody, jeśli mają one cel leczniczy. *A contrario*, stwierdzenie braku celu leczniczego uniemożliwiłoby uznanie zabiegu adaptacyjnego za zabieg leczniczy i wykluczyło przyjęcie jego pierwotnej legalności na podstawie wspomnianej ustawy.

Rozstrzygająca zatem będzie w tym zakresie odpowiedź na pytanie, czy działanie lekarza nakierowane na złagodzenie rozbieżności między psychiką człowieka a jego ciałem, które polega na drastycznej ingerencji w zdrowe organy człowieka w celu zmniejszenia jego cierpień psychicznych, a które skutkuje trwałą bezpłodnością, może być uznane za działalność leczniczą.

Definicje „celu leczniczego” sformułowane przez przedstawicieli doktryny polskiego prawa są skrajnie zróżnicowane – od tych, które zawężają cel leczniczy li tylko do ratowania zdrowia i życia<sup>9</sup>, aż po te, które wskazują, że cel leczniczy ma każde działanie skierowane jakkolwiek na przynoszenie ulgi w bólu psychicznym lub fizycznym<sup>10</sup>. Większość definicji opiera się w szczególności na pojęciach zdrowia i choroby, co jest naturalną konsekwencją faktu, że z nimi właśnie kojarzy się samo „leczenie”. By zawęzić krąg rozważań, należy zgodzić się z poglądem P. Daniluka, że bez względu na definicje konieczne jest założenie, iż podjęcie leczenia możliwe jest jedynie w związku z chorobą – w uproszczeniu: bez choroby nie ma leczenia.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 537 ze zm.).

<sup>8</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 168–173.

<sup>9</sup> L. Lernell, *Wykład prawa karnego – część ogólna*, t. 1, Warszawa 1969, s. 248.

<sup>10</sup> A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 199.

Choroba i jej leczenie w ujęciu ścisłym definiowane są kazuistycznie. W medycynie tworzy się spisy chorób, mające przede wszystkim ułatwić dobór odpowiedniej terapii. Dwoma najpowszechniej stosowanymi klasyfikacjami są: Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD, koordynowana przez WHO) oraz klasyfikacja zaburzeń psychicznych Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego (DSM, która obowiązuje np. w ramach NATO)<sup>11</sup>. Obecnie stosuje się klasyfikację ICD-10<sup>12</sup>, która każe traktować transseksualizm jako chorobę, jednak stopniowo następują w tym kontekście zmiany. 18 czerwca 2018 r. WHO przedstawiła nową wersję klasyfikacji (ICD-11)<sup>13</sup>, która 25 maja 2019 r. została zaprezentowana i przyjęta podczas 72. dorocznego Światowego Zgromadzenia Zdrowia w Genewie. Będzie ona obowiązywać od 1 stycznia 2022 r. W nowej klasyfikacji kwestie transpłciowości przeniesione zostały z działu zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania do nowej grupy: zdrowia seksualnego (w celu zmniejszenia stygmatyzacji osób transseksualnych). Analogiczna zmiana klasyfikacji transseksualizmu dokonana została w DSM już w 2013 r. Konsekwencje tych zmian są doniosłe – skoro bowiem transseksualizm przestanie być klasyfikowany jako choroba, to nie będzie mogło być mowy o jego leczeniu, zabiegi adaptacyjne nie będą zaś mogły mieć charakteru terapeutycznego. Niedopuszczalne byłoby przy tym wybiórcze traktowanie klasyfikacji i zaliczanie transseksualizmu do grona chorób poddawanych leczeniu wyłącznie na potrzeby operacji, szczególnie zważywszy na radykalizm i nieodwracalność skutków zabiegu.

Również w doktrynie wielokrotnie odmawia się celu leczniczego tymże zabiegom ze względu na wykluczenie transseksualizmu z grona chorób. Należy jednak wskazać, że wykluczenie to nie jest motywowane tymi samymi względami co zmiany w ICD i DSM. Przyjmuje się

---

<sup>11</sup> Na ten temat zob. American Psychiatrists Association, *Kryteria diagnostyczne zaburzeń psychicznych DSM-5*, Wrocław 2018.

<sup>12</sup> Transseksualizm jako zaburzenie identyfikacji płciowej otrzymał kod F64.0. Zob. Światowa Organizacja Zdrowia WHO, *Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych*, Rewizja dziesiąta, t. 1, Kraków 2008, s. 344.

<sup>13</sup> ICD-11, HA60 *Gender incongruence of adolescence or adulthood* <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/90875286>> [dostęp: 22.02.2019].

bowiem, że organizm transseksualisty jest zdrowy, jego organy pracują w sposób prawidłowy, a zabieg adaptacyjny zaburza ten stan. W efekcie nie można uznać, by miał on cel leczniczy<sup>14</sup>. Pogląd ten, jako całkowicie pomijający problematykę psychiki ludzkiej, uznać należy za mało przekonujący. Podnosi się też argument, jakoby cel leczniczy był wykluczony ze względu na skutki zabiegu adaptacyjnego, gdyż nie prowadzi on do wyleczenia, czyli faktycznej zmiany płci i pełnej zgodności płci psychicznej z biologiczną, ale jedynie niejako tworzy imitację tego stanu.

Za uznaniem celu leczniczego omawianych zabiegów opowiada się jednakowoż znakomita część doktryny. Wskazuje się bowiem, że zdrowie człowieka nie jest wyłącznie wolnością od schorzeń fizycznych, ale również wolnością od dolegliwości psychicznych. Założenie równowartości zdrowia psychicznego i fizycznego jest jak najbardziej zgodne z kierunkami rozwoju współczesnej nauki. W konsekwencji, skoro zabiegi adaptacyjne przynoszą w ogólnym rozrachunku większe korzyści dla zdrowia psychicznego niż szkody dla zdrowia fizycznego, to ich cel leczniczy wydaje się usprawiedliwiony<sup>15</sup>. Podkreśla się także w tym kontekście, że istota leczenia nie ogranicza się tylko do działań bezpośrednio zmierzających do likwidacji przyczyny choroby, ale obejmuje też leczenie objawowe – polegające na łagodzeniu objawów schorzenia. Stosowane jest ono jako podstawowe przy chorobach nieuleczalnych, co można bezpośrednio odnieść do transseksualizmu, jako rozbieżności psychofizycznej, której nie da się usunąć, lecz której skutki można złagodzić.

Trudno też odmówić celu leczniczego zabiegowi, który, co potwierdzają statystyki, jest często ostatnią nadzieją transseksualisty przed podjęciem decyzji o samobójstwie<sup>16</sup>. W tym kontekście pierwotną legalność zabiegu wywodzi się niekiedy z samego konstytucyjnego prawa do życia.

---

<sup>14</sup> C. Gromadzki, *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 10, s. 83–84.

<sup>15</sup> J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 16, s. 743.

<sup>16</sup> Według statystyk nawet do 90% transseksualistów ma tendencje samobójcze, a 50–70% podejmuje próbę samobójstwa. Na ten temat zob. A. Kuczyńska, *Zrozumieć płęć. Studia interdyscyplinarne*, Wrocław 2003, s. 166.

## 2. Wyłączenie bezprawności zabiegu adaptacyjnego przez tzw. wtórną legalizację

Jak zaznaczono, nieodzowną konsekwencją przeprowadzania zabiegu adaptacyjnego jest realizacja znamion typu czynu zabronionego, uregulowanego w art. 156 § 1 pkt 1 k.k., tj. spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu poprzez trwałe i nieodwracalne pozbawienie zdolności płodzenia. Nadto, zdaniem K. Daszkiewicz, w przypadku gdy osoba, która jest poddawana rzeczonemu zabiegowi, takiej zdolności już nie posiada, dochodzi do spowodowania innego ciężkiego kalectwa<sup>17</sup>. Pominąwszy kwestię uznania operacji adaptacyjnej za zabieg o charakterze leczniczym, należy rozważyć pozostałe koncepcje pojawiające się w polskiej literaturze prawnej, które uzasadniają wyłączenie odpowiedzialności karnej lekarza w analizowanej sytuacji. Przyjęcie bowiem, że taki zabieg ma charakter bezprawny, byłoby niepożądane z punktu widzenia praktyki. Uznanie zatem, że operacji „zmiany płci” nie można przypisać przymiotu pierwotnej legalności, sprawia, że przedstawioną problematykę należy rozpatrzeć z punktu widzenia wyłączenia bezprawności poprzez tzw. kontratyipy<sup>18</sup>.

Jak zgodnie przyjmuje nauka prawa karnego, pojęcie kontratyipy obejmuje określone prawem okoliczności, których zaistnienie wyłącza bezprawność podjętych w ich ramach czynów wypełniających znamiona czynu zabronionego<sup>19</sup>. Tym samym dochodzi do dekom-

---

<sup>17</sup> K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu – komentarz*, Poznań 2000, s. 304.

<sup>18</sup> Pojęcie kontratyipy polska nauka prawa karnego zawdzięcza pracy W. Woltera, który rzeczoną koncepcję wiązał z teorią znamion negatywnych. Zdaniem tego autora jako ustawowe znamiona każdego czynu zabronionego należy przyjąć znamiona pozytywne typizujące określony czyn zabroniony, a także brak zaistnienia tzw. znamion negatywnych, których obecność dezaktualizowałaby popełnienie czynu zabronionego. Na ten temat zob. W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 142 i n.

<sup>19</sup> A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 2000, s. 15; zob. także: A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 163–165; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 288–290.

pozycji struktury przestępstwa, a w konsekwencji do tzw. wtórnej legalizacji czynu. W rozpatrywanej sytuacji pod uwagę bierze się przede wszystkim zaistnienie pozaustawowego kontraktynu zgody dysponenta dobrem bądź stanu wyższej konieczności uregulowanego w art. 26 k.k. Zauważyć można również poglądy dopuszczające legalność zabiegów adaptacyjnych przy użyciu pozaustawowego kontraktynu zwyczajny, którego jednym z elementów byłaby zgoda pokrzywdzonego<sup>20</sup>. W konsekwencji doszłoby w ten sposób do powstania samodzielnego kontraktynu transseksualizmu, który nie wymagałby zaistnienia celu leczniczego do przyjęcia wtórnej legalności zabiegu „zmiany płci”<sup>21</sup>. Takie głosy należą jednak do odosobnionych.

Dla jasności wyводу należy zaznaczyć w tym miejscu, że w nauce prawa karnego podnoszone są głosy kontestujące słuszność dopuszczalności kontraktynów pozaustawowych, w tym zgody dysponenta dobrem. Zwolennicy tej teorii, do których należy A. Zoll, wskazują na problemy z realizacją gwarancji wywodzonej z zasady *nullum crimen sine lege*<sup>22</sup>. Problem ten należy jedynie zasygnalizować, aby uświadomić czytelnikowi rozbieżne stanowiska doktrynalne. Jednakże na potrzeby niniejszej analizy należy przyjąć – za Ł. Pohlem – dopuszczalność stosowania kontraktynów pozaustawowych ze względów funkcjonalnych<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Tak np. J. Warylewski, *O duszy uwięzionej w obcym ciele. Dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego*, „Gazeta Sądowa” 2000, nr 7–8, s. 59.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Podnosi się, że z dopuszczalnością stosowania kontraktynów pozaustawowych wiąże się możliwość poniesienia negatywnych konsekwencji przez jednostkę, która w takiej sytuacji nie byłaby w stanie w należyty sposób rozpoznać granicy legalności swojego zachowania. Dodatkowo prezentowane są argumenty dotyczące ingerencji władzy sądowniczej w prerogatywy władzy ustawodawczej i tym samym naruszenie zasady legalizmu z art. 7 Konstytucji RP oraz zasady trójpodziału władzy. Zob. W. Wróbel, A. Zoll, op. cit., s. 343. Na ten temat zob. także: Z. Jędrzejewski, *Kontraktyny a zasada nullum crimen sine lege*, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego*, t. 4: *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013, s. 144–148.

<sup>23</sup> Ł. Pohl, op. cit., s. 290–291.



### 3. Zgoda dysponenta dobrem

Zgoda dysponenta dobrem, nazywana także zgodą pokrzywdzonego<sup>24</sup>, może stanowić samoistny pozakodeksowy kontratyp wyłączający bezprawność zabiegu adaptacyjnego. Uzasadnienie dla takiego stanowiska wywodzi się z prawa do samostanowienia przysługującego jednostce, wyinterpretowanego z przepisów Konstytucji RP<sup>25</sup>. Jednocześnie dysponowanie dobrem przez uprawnionego nie ma charakteru absolutnego, a jego ważność uzależniona jest od zaistnienia określonych przesłanek. Aby zgoda dysponenta dobrem mogła uchylać kryminalną bezprawność czynu, musi odnosić się do dobra będącego przedmiotem prawnokarnej ochrony, nie może wykraczać poza granice dopuszczalnej prawnie swobody dysponowania danym dobrem, musi zostać wyrażona *ex ante* oraz być objęta świadomością sprawcy<sup>26</sup>. Wydaje się, że najwięcej kontrowersji na gruncie analizowanego zagadnienia budzi druga ze wskazanych przesłanek.

Zasadniczo doktryna prawa karnego zaznaczała, że w kontekście zarówno zabiegów sterylizacyjnych, jak i operacji „zmiany płci” wyrażenie zgody dysponenta dobrem jest irrelewantne. Takie stanowisko nie jest bezsporne, jednak opiera się na założeniu, że niedopuszczalne jest wyrażenie zgody na dokonanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu<sup>27</sup>. W piśmiennictwie utrwalił się bowiem pogląd, że prawna ochrona

---

<sup>24</sup> W nauce prawa karnego postuluje się zaniechanie stosowania zwrotu „zgoda pokrzywdzonego” ze względu na wewnętrzną sprzeczność spowodowaną tym, że w przypadku zgody na naruszenie dobra prawnego nie mamy w ogóle do czynienia z pokrzywdzonym, ponieważ nie dochodzi do zachowania przestępnego. Zob. Ł. Pohl, *op. cit.*, s. 317–318.

<sup>25</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.).

<sup>26</sup> J. Lachowski, *Znaczenie zgody dysponenta dobrem*, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *op. cit.*, s. 428–431. Na ten temat zob. także: J. Długosz, *Zgoda dysponenta dobrem w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa karnego do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, Warszawa 2012, s. 7; A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 3, s. 86.

<sup>27</sup> J. Lachowski, *Znaczenie zgody...*, s. 429; A. Marek, J. Satko, *op. cit.*, s. 44; A. Marek, *op. cit.*, s. 183.

zdrowia i życia stanowi przedmiot ochrony nie tylko ze względu na interes indywidualny, lecz także społeczny. W konsekwencji zakres dysponowania dobrem przez jednostkę nie rozciąga się na dopuszczalność zabiegów powodujących ciężkie i trwałe kalectwo czy pozbawienie życia.

Z drugiej strony nie brakuje głosów, że w wyjątkowych sytuacjach zgoda dysponenta może powodować wyłączenie bezprawności zachowania lekarza dokonującego okaleczenia pacjenta, na które wyraża on zgodę, a które nie mieści się w granicach pojęcia zabiegu leczniczego<sup>28</sup>. A. Wąsek zauważa konieczność dopuszczalności prawnej skuteczności zgody dysponenta dobrem w prezentowanym obszarze. Zdaniem przywołanego autora w pewnych wyjątkowych sytuacjach nie dochodzi do zaatakowania dóbr przedstawiających wartość o charakterze społecznym ze względu na to, że u osób, u których dochodzi do przeprowadzenia zabiegu adaptacyjnego, nie występował tzw. interes populacyjny<sup>29</sup>. Innymi słowy, u osób z zaburzeniami identyfikacji płciowej potencjalnie nie doszłoby do rozmnażania, brak zatem jest ofiar takiego zachowania, a względy społeczne nie stanowią wystarczającego uzasadnienia. Dochodzi w konsekwencji do rozszerzonej afirmacji wolności jednostki poprzez przeorientowanie prawa do samostanowienia w taki sposób, że za prawnie relewantną należy uznać zgodę na wyrządzenie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu<sup>30</sup>. Taka indywidualistycznie ukierunkowana argumentacja nie rozwiewa jednak wszelkich wątpliwości przeciwników legalności zabiegów adaptacyjnych, przede wszystkim ze względu na przyjmowany system wartości.

---

<sup>28</sup> E. Hryniewicz, *Zgoda dysponenta dobrem na gruncie prawa karnego*, [w:] R. Zawłocki (red.), op. cit., s. 36.

<sup>29</sup> A. Wąsek analizuje przypadek zabiegu sterylizacyjnego, jednak analogiczne konsekwencje faktyczne należy ekstrapolować także na obszar zabiegów adaptacyjnych. Zob. A. Wąsek, *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 8, s. 93–97.

<sup>30</sup> Zob. R.C. Smith, *Body Integrity Identity Disorder: A Problem of Perception?*, [w:] A. Alghrani, R. Bennett, S. Ost (red.), *Bioethics, Medicine and Criminal Law*, vol. 1: *The Criminal Law and Bioethical Conflict: Walking the Tightrope*, Cambridge 2013, s. 73.

#### 4. Stan wyższej konieczności

W dalszej kolejności legalizację zabiegów adaptacyjnych próbuje się uzasadnić wystąpieniem stanu wyższej konieczności. Uregulowany w art. 26 k.k. stan wyższej konieczności jest konstrukcją niejednoznaczną i jest sytuowany w różnych miejscach struktury przestępstwa w zależności od zaistniałych okoliczności. Może on bowiem stanowić okoliczność wyłączającą zarówno bezprawność, jak i winę. Powyższe zależy od testu proporcjonalności wartości przypisywanych dobru poświęcanemu i dobru ratowanemu. Zasadniczą konsekwencją jest to, że sprawca nie ponosi odpowiedzialności, ponieważ dochodzi do dekompozycji struktury przestępstwa. Jednakże w przypadku stanu wyższej konieczności z art. 26 § 1 k.k. zachowanie lekarza dokonującego zabiegu adaptacyjnego jest legalne, natomiast w przypadku art. 26 § 2 k.k. nie jest ono zawinione.

Aby wyłączyć odpowiedzialność lekarza na podstawie stanu wyższej konieczności, zabieg adaptacyjny musi stanowić reakcję na bezpośrednio niebezpieczeństwo grożące dobru prawnemu. Niebezpieczeństwo najczęściej ujmuje się jako prawdopodobieństwo wystąpienia ujemnego skutku, które zazwyczaj ma charakter nagły<sup>31</sup>. Nie wyklucza to jednak zaistnienia niebezpieczeństwa w przypadku długotrwałego stanu chorobowego. W doktrynie zauważa się, że z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w przypadku zjawiska transseksualizmu, które powoduje cierpienie o charakterze psychicznym. Tym samym lekarz chroniący dobro prawne, jakim jest zdrowie psychiczne pacjenta, narusza jego dobrostan fizyczny, doprowadzając do pozbawienia zdolności płodzenia<sup>32</sup>. Nadto nie ulega wątpliwości, że w przypadku rozważania stanu wyższej konieczności, to właśnie życie i zdrowie pacjenta stanowią dobro prawne, które jest ratowane, spełniając przy

<sup>31</sup> P. Daniluk, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca bezprawność „chirurgicznej zmiany płci”*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 1, s. 97; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 270.

<sup>32</sup> Zauważa się również, że w przypadkach transseksualistów przed zabiegiem adaptacyjnym dochodzi do tendencji samobójczych lub samouszkodzeń, co w konsekwencji uzasadnia stwierdzenie, że lekarz dokonujący zabiegu adaptacyjnego może ratować także zdrowie fizyczne pacjenta, zob. P. Daniluk, *Stan wyższej konieczności...*, s. 99.

tym kolejną z niezbędnych przesłanek zaistnienia tej sytuacji kontraktowej.

Kolejnym z elementów konstytutywnych stanu wyższej konieczności jest jego subsydiarność. Oznacza to, że zagrożone dobro prawne nie może być uratowane za pomocą innych środków niż te podejmowane w ramach przedstawianego kontraktu. Aktualności tej przesłanki w kontekście analizowanego przypadku dowiedziono już w punkcie pierwszym niniejszej analizy. Na tle aktualnego stanu wiedzy nie ma bowiem realnej alternatywy dla zabiegów adaptacyjnych umożliwiających uniknięcie negatywnych skutków grożącego niebezpieczeństwa.

Zdaniem P. Daniluka przy operacji „zmiany płci” dochodzi także do zaistnienia kolizji dóbr zdrowie – zdrowie lub zdrowie – życie, a zatem spełniona jest kolejna z przesłanek wystąpienia stanu wyższej konieczności<sup>33</sup>. Autor ten podnosi bezzasadność dyferencjacji dobra prawnego, jakim jest zdrowie, na zdrowie fizyczne i psychiczne, uzasadniając to argumentacją prokonstytucyjną z art. 68 ust. 1 ustawy zasadniczej, zgodnie z którym prawnej ochronie podlega zdrowie człowieka w ogólności<sup>34</sup>. Przy takiej argumentacji *in abstracto* dochodzi jednakże do kolizji dóbr równowartościowych, a więc zachowanie lekarza dokonującego zabiegu adaptacyjnego należy traktować jako czyn bezprawny, lecz niezawiniony. Doktryna prawa karnego podnosi jednak, że wartościowanie dóbr prawnych znajdujących się w kolizji powinno być oparte na kryteriach obiektywnych, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności zdarzenia<sup>35</sup>. W konsekwencji nie jest wykluczone, że *in concreto*, w przypadku zaistnienia kolizji dóbr na linii zdrowie psychiczne – zdrowie fizyczne, aksjologicznie uzasadnione będzie przypisanie wyższej wartości temu pierwszemu. Tym samym doszłoby do aktualizacji normy z art. 26 § 1 k.k.<sup>36</sup> Większych kontrowersji nie budzi zaś sytuacja, w której dochodzi do kolizji dóbr

<sup>33</sup> R. Kubiak, op. cit., s. 90.

<sup>34</sup> P. Daniluk, *Stan wyższej konieczności...*, s. 104.

<sup>35</sup> J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005, s. 132-133. Tak również A. Marek, J. Satko, op. cit., s. 31.

<sup>36</sup> Zob. P. Daniluk, *Stan wyższej konieczności...*, s. 105; J. Lachowski, *Znaczenie zgody...*, s. 287.

na linii zdrowie fizyczne – życie, gdy osobie z zaburzeniami identyfikacji płciowej towarzyszą skłonności samobójcze. W takim przypadku wartość wyższą należy, oczywiście, przypisać życiu, jednakże mogą się tu pojawić wątpliwości co do stanu bezpośrednio zagrożenia.

Konkludując, należy zauważyć, że stan wyższej konieczności może doprowadzić do wyłączenia odpowiedzialności karnej lekarza za zabieg adaptacyjny. Z drugiej strony wydaje się, że w żadnym wypadku nie może on stanowić generalnej instytucji legalizującej charakter takiego zabiegu. Liczne przesłanki, które muszą zaistnieć, aby doszło do zaktualizowania się stanu wyższej konieczności, sprawia, że rzeczona instytucja jest przydatna jedynie w szczególnych przypadkach, a zatem nie rozwiązuje problemu w sposób kompleksowy. W doktrynie pojawiają się także głosy, że zastosowanie stanu wyższej konieczności do analizowanej klasy sytuacji rodzi problemy praktyczne, związane z obowiązkiem każdorazowego uruchomienia organów ścigania do rozpatrzenia danej sprawy<sup>37</sup>. W konsekwencji konieczność oceny działalności lekarza pod kątem wtórnej legalizacji zabiegu adaptacyjnego należy ocenić jako niepożądaną.

## Podsumowanie

Wyłączenie odpowiedzialności karnej lekarza za przeprowadzenie zabiegów zmiany płci powoduje wiele wątpliwości natury prawnej. Prezentowane rozważania uzasadniają legalizację zabiegów adaptacyjnych, mimo adekwatności w konkretnych przypadkach, nie stanowią przekonującego rozwiązania *in abstracto*. Co więcej, niniejsza analiza dotyczy jedynie wąskiej sfery skutków prawnych związanych z uzgodnieniem płci. Wydaje się, że rzucone zagadnienie rodzi również dużo problemów w sferze zarówno cywilno-, jak i administracyjnoprawnej<sup>38</sup>. Warto odnotować fakt, że rozwój wrażliwości społecznej

<sup>37</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 460.

<sup>38</sup> Na ten temat zob. m.in.: M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, [w:] M. Filar (red.), *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, Toruń 1987, s. 83; J. Michalik, *Kiedy ciało jest więzieniem, a państwo strażnikiem. Analiza procedury zmiany płci metrykalnej*

oraz coraz większa świadomość dotycząca zjawiska transseksualizmu sprawiają, iż zauważalne jest dążenie do inkluzywności osób z zaburzeniami integracji płciowej. Sprawia to, że współczesna medycyna przestaje rozpatrywać przedmiotowe zjawisko w kontekście zaburzeń o charakterze chorobowym. Jakkolwiek by oceniać te dążenia, wydaje się, że prowadzą one do wykluczenia dopuszczalności poglądu o pierwotnej legalizacji operacji „zmiany płci” ze względu na pozbawienie takiego zabiegu waloru leczniczego. Z kolei przyjmowanie koncepcji kontrotypu na gruncie rzeczzonego zjawiska rodzi komplikacje zarówno praktyczne, jak i teoretyczne z punktu widzenia dogmatyki prawa karnego. Tym samym nie wydaje się, aby kontrotypy zgody dysponenta dobrem oraz stanu wyższej konieczności były adekwatnymi instrumentami służącymi kompleksowemu wyłączeniu odpowiedzialności karnej lekarza za dokonanie zabiegu adaptacyjnego.

Jako pożądane należy postrzegać odpowiednie zmiany legislacyjne w analizowanym obszarze. Warto wskazać na obecność postulatów, które dotyczą kompleksowego uregulowania ustawowego, określającego prawny charakter zabiegów adaptacyjnych albo częściowego uregulowania poprzez znowelizowanie obowiązujących już ustaw<sup>39</sup>. Za P. Danilukiem opowiedzieć się należy za pierwszym ze wskazanych poglądów. Takie rozwiązanie w istocie doprowadziłoby do większej transparentności prezentowanej materii i zwiększenia pewności prawa<sup>40</sup>. Za takim rozwiązaniem opowiada się także J. Warylewski, którego zdaniem stosowanie kontrotypów jako narzędzia umożliwiającego legalizację zabiegów adaptacyjnych winno znajdować zastosowanie jedynie do czasu ustawowej regulacji<sup>41</sup>.

---

w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem procedury zmiany płci, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2012, nr 2, s. 61–86; A. Zielonacki, *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988, z. 2, s. 39–55.

<sup>39</sup> Zob. P. Daniluk, *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów (uwagi de lege ferenda)*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 5, s. 71–84; M. Filar, op. cit., s. 76–77; W. Stojanowska, *Seksuologia a prawo rodzinne*, [w:] K. Imieliński (red.), *Seksuologia: aspekty prawne. Problemy karne i cywilne*, Warszawa 1997, s. 143; A. Zielonacki, op. cit., s. 54.

<sup>40</sup> P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 73.

<sup>41</sup> J. Warylewski, op. cit., s. 57; tak również K. Rozentel, *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1991, z. 10, s. 64 i n.

*De lege ferenda* podnosi się zatem dodanie do art. 156 § 1 k.k. jednostki redakcyjnej, zgodnie z którą penalizowane byłoby pozbawienie człowieka zdolności płodzenia z naruszeniem przepisów ustawy<sup>42</sup>. Odpowiednia korelacja przepisów ustawy regulującej procedurę uzgodnienia płci z nowelizacją art. 156 k.k. w zakreślonym obszarze doprowadziłaby zatem do pierwotnej legalizacji zabiegów adaptacyjnych i w konsekwencji rozwiłaby wciąż aktualne na tle obecnego stanu prawnego kontrowersje.

## **Exclusion of the criminal liability of a doctor in sex reassignment surgery**

### **Summary**

This paper contains an analysis of the legality of the sex reassignment surgery by excluding criminal liability of a doctor. The issue of sex reassignment in the area of criminal law raises controversies due to the exclusion of the unlawfulness of doctor's activity. Some scholars share the point of view that presented matter should be concerned as a medical treatment and thus be recognized as primarily legal. Nevertheless, such standpoint may be incoherent with the tendency to exclude transsexualism from the catalogue of mental diseases and to prevent transgender population from stigmatization. Therefore, Polish doctrine of criminal law aims at finding other potential solutions in order to exclude unlawfulness of doctor's behavior. Consequently, the theories of justifications are presented, particularly with an analysis that concerns the consent of the owner of the good and the force majeure concept. However, presented solutions do not seem to be adequate and comprehensive enough, hence the authors concluded with the necessity of legislative activity in this sphere and eventually pointed out possible *de lege ferenda* postulates.

---

<sup>42</sup> R. Kubiak, op. cit., s. 102–103. Autor ten wzoruje się na projektach uregulowań rzeczonyj tematyki na tle poprzedniego stanu prawnego, proponowanych w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku. Zob. *Projekt Kodeksu karnego, Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości, Warszawa 1963, s. 41.*