

Z problematyki eksperymentu medycznego na organizmie ludzkim (wybrane problemy prawne i etyczne)

1. Eksperymenty medyczne w świetle regulacji międzynarodowych i prawa unijnego

W polskiej literaturze prawniczej nie ma zbyt wielu publikacji dotyczących problematyki prawnej eksperymentów medycznych.¹ Dynamiczny rozwój biotechnologii, oparty w dużym stopniu na tego rodzaju eksperymentach, powoduje narastanie dylematów etycznych, deontologicznych, prawnych, które wymagają niewątpliwie pogłębionej, interdyscyplinarnej analizy i refleksji: *„W ciągu ostatnich kilkadziesiąt lat medycyna wkroczyła na nowe dla siebie obszary (wymieńmy tu tytułem przykładu transplantację, genetykę, prokreację medycznie wspomagającą), w których coraz trudniejsze staje się przeprowadzenie dystynkcji między metodami standardowymi a nowatorskimi lub będącymi wręcz czystym eksperymentem badawczym. Szybkość wprowadzenia i upowszechnienia się nowoczesnych „technologii” medycznych jest nieodłączną cechą współczesnej cywilizacji, a problemy pojawiające się w związku z tym stanowią przedmiot stałych prac i ustaleń licznych gre-*

1 Kompleksową analizę prawnych i etycznych aspektów eksperymentu medycznego stanowi publikacja A. Wnukiewicz–Kozłowskiej, *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004; wcześniej zob. także np.: J. Sawicki, *Przymus leczenia i eksperyment lekarski w świetle prawa*, Warszawa 1967; L. Kubicki, *Medyczny eksperyment badawczy dokonywany na człowieku w świetle prawa*, (w:) *Prawo a medycyna u progu XXI w.*, Toruń 1987; M. Sośniak, *Uwarunkowania prawne dopuszczalności eksperymentów na ludziach*, Państwo i Prawo 1985, nr 5; E. Chróścielewski, *Medyczne eksperymenty dokonywane na człowieku w Polsce (zasadnicze problemy etyczne, deontologiczne i prawne)*, *Polski Tygodnik Lekarski* 1988, nr 1 i inne.

miów oraz instytucji międzynarodowych”.² Coraz częściej zwraca się uwagę na konieczność podporządkowania eksperymentów medycznych nie tylko zasadom aksjologicznym (deontologicznym, moralnym, obyczajowym), ale także normom prawnym. Wyraża staję potrzeba zharmonizowania ustawodawstwa w poszczególnych krajach Europy.³

Szczególnie znaczącym dokumentem międzynarodowym regulującym problematykę eksperymentów medycznych był – z perspektywy historycznej – *Kodeks Norymberski*, opracowany przez Amerykański Trybunał Wojskowy w 1947 r. w związku z procesem lekarzy hitlerowskich. Po raz pierwszy podjęto próbę ustalenia podstawowych wartości i założeń etycznych, które winy podlegać ochronie i być przestrzegane w każdym przypadku eksperymentu na człowieku.⁴ Sformułowano m.in. zasadę udzielenia zgody przez osobę, na której ma być dokonane doświadczenie. Zaznaczono, że człowiek poddający się eksperymentowi musi posiadać prawne przesłanki do złożenia swojego oświadczenia woli. Nie może tego czynić pod wpływem przymusu. Powinien mieć pełną świadomość rozeznania istoty doświadczenia oraz zostać poinformowany o czasie jego trwania, celu oraz wszelkich konsekwencjach dla zdrowia.

W *Kodeksie* opracowanym przez Trybunał Norymberski założono, że eksperymenty na ludziach mają przynosić społeczeństwu korzyści, które nie mogą być osiągnięte w inny sposób. Doświadczenia na człowieku muszą być poprzedzone wcześniejszymi badaniami na zwierzętach. Konieczne jest odpowiednie przeszkolenie osób, które mają przeprowadzać doświadczenie. Przy jego wdrażaniu należy unikać wszelkich moralnych cierpień i urazów. Nie wolno go realizować, jeśli istnieje jakiegokolwiek ryzyko śmierci lub uszkodzenia ciała. Badanie należy przerwać w każdej chwili, jeśli jego kontynuacja mogłaby doprowadzić do negatywnych konsekwencji.⁵

2 M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 166.

3 Zob.: *Prawa pacjentów i problemy etyczne współczesnej medycyny w dokumentach Rady Europy*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka (wprowadzenie i konsultacja naukowa M. Safjan), Warszawa 1994.

4 J. Radzicki, *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 186.

5 A. Wnukiewicz-Kozłowska, *op. cit.*, s. 39–40.

Podkreślić trzeba, że mimo sporu wokół charakteru prawnego *Kodeksu Norymberskiego*, wskazówki w nim sformułowane stały się punktem wyjścia dla norm etycznych i prawnych obowiązujących w większości dyscyplin naukowych i medycznych w odniesieniu do badań eksperymentalnych.

Zasada dobrowolnej zgody uczestników eksperymentu medycznego pojawiła się później w *uchwale Akademii Medycznej w Paryżu* (1952 r.). Pogląd ten podzielono również na *I Międzynarodowym Kongresie Etyki Lekarskiej* oraz na *XIV Zjeździe Światowej Organizacji Medycznej*.⁶

Ważną rolę ogólnych deontologicznych reguł (bez mocy prawnej) odegrały wytyczne z 1981 r. – współdziałającej ze Światową Organizacją Zdrowia – Rady Międzynarodowych Organizacji Medycznych (CIOMS).⁷ W *Międzynarodowych Wskazówkach Etycznych Biomedycznych Badań z Udziałem Człowieka*⁸ opracowanych przez Radę, pojawiła się definicja eksperymentu medycznego, poprzez który należy rozumieć działania mające na celu rozwój lub wnoszące wkład w ogólną wiedzę, na które składają się: teorie, zasady oraz wzajemne relacje, weryfikowane w wyniku przeprowadzenia akceptowanych metod naukowych i obserwacji. Podejmowane w celu naukowym postępowanie badawcze może dotyczyć badania procesów fizjologicznych, biochemicznych lub patologicznych albo reakcji na określone działania fizyczne, chemiczne lub psychologiczne, przeprowadzone na ludziach zdrowych lub pacjentach w trakcie leczenia. Może się także wiązać z perspektywnymi badaniami odnośnie do metod diagnostycznych, profilaktycznych lub terapeutycznych w grupach pacjentów w celu wykrycia swoistej reakcji na tle indywidualnych różnic biologicznych.⁹ Zaprezentowane wyżej ujęcie eksperymentu jest dość szerokie. Jak widać, mieści ono w sobie i badania o charakterze czysto naukowym, jak również badania czysto lecznicze (terapeutyczne).

6 J. Sawicki, *op. cit.*, s. 203–204.

7 CIOMS (Council for International Organizations of Medical Science) to pozarządowa organizacja międzynarodowa o charakterze *non-profit*, ustanowiona wspólnie przez WHO i UNESCO w 1949 r.

8 International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects.

9 L. Kubicki, *op. cit.*, s. 54.

Ogromne znaczenie w kształtowaniu się międzynarodowego konsensusu w dziedzinie eksperymentu medycznego ma *Deklaracja Helsińska* z 1964 r. Można ją potraktować jako zbiór zasad etycznych odnoszących się do badań medycznych z udziałem człowieka.¹⁰ Stanowi zasadniczy dokument Światowej Organizacji Zdrowia (WHO), obok *Deklaracji z Brukseli* dotyczącej zapłodnienia *in vitro* (1985 r.) i *Deklaracji z Wenecji o Końcowym Stadium Choroby* (1983 r.)¹¹

Definicję eksperymentu medycznego, powstałą na bazie postanowień *Kodeksu Norymberskiego* i *Deklaracji Helsińskiej*, zawierają *Zasady Dobrej Praktyki Klinicznej*,¹² określające międzynarodowe standardy etyczne, medyczne i naukowe w zakresie planowania, prowadzenia, dokumentowania i ogłaszania wyników badań z udziałem ludzi. Zgodnie z zapisami zawartymi w tym dokumencie badanie kliniczne to każde badanie produktu medycznego z udziałem ludzi, prowadzone w celu odkrycia lub weryfikacji działań klinicznych, farmakologicznych lub farmakodynamicznych danego produktu.

Spośród regulacji międzynarodowych, w istotny sposób determinujących prawodawstwo państw europejskich w analizowanej dziedzinie, wymienić należy chociażby *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych* z 1966 r., zabraniający przeprowadzania eksperymentów medycznych i naukowych bez dobrowolnej zgody osoby uczestniczącej.

Współcześnie szczególną rolę odgrywa *Rekomendacja R(90)3* Komitetu Rady Ministrów w sprawie *eksperymentów medycznych na istotach ludzkich*, przyjęta dnia 6 lutego 1990 r. na 443 sesji Delegatów Ministrów. Określone w niej zostało pojęcie eksperymentu medycznego na człowieku i zasady dotyczące jego realizacji. Eksperyment zdefiniowano jako wszelkie zabiegi lecznicze i badawcze na istotach ludzkich, których celem lub jednym z celów jest wzrost wiedzy medycznej. Przyjęto, że podstawą jego przeprowadzenia musi być plan naukowy.

10 Deklarację tę uściślono w Tokio (1975 r.), następnie w Hong Kongu (1989 r.), potem w RPA (1996 r.), ostatnio zaś w Edynburgu (2000 r.).

11 H. Anrys, *Etyka lekarska a prawa człowieka*, (w:) *Medycyna a prawa człowieka. Normy i zasady prawa międzynarodowego, etyki oraz moralności katolickiej, protestanckiej, żydowskiej, muzułmańskiej i buddyjskiej*, Warszawa 1996, s. 18.

12 Good Clinical Practice (GCP).

Wszelkie plany eksperymentów medycznych podlegają ocenie przez niezależną komisję.

Interes i dobro osoby poddanej doświadczeniu powinny przeważać nad interesami nauki czy społeczeństwa. Występujące przy tym ryzyko dla życia i zdrowia człowieka, na którym dokonywany jest eksperyment, należy sprowadzić do minimum. Nie może ono pozostawać w dysproporcji do korzyści tej osoby albo do znaczenia celu doświadczenia.

Eksperymentu nie należy przeprowadzać bez uzyskania świadomej, swobodnej, wyraźnej i konkretnej zgody osoby mu poddanej. W sytuacjach nagłych, jeśli pacjent nie jest w stanie wyrazić zgody, eksperyment może być wyjątkowo przeprowadzony, o ile było to wcześniej zaplanowane, plan badań został potwierdzony przez komisję etyczną, zaś w jego rezultacie pacjent uzyska bezpośrednią korzyść. Udzielona zgoda może być swobodnie wycofana w każdej fazie eksperymentu. Należy, jeszcze przed jego rozpoczęciem, poinformować o prawie jej wycofania oraz ryzyku i wszelkich potencjalnych niedogodnościach. Informacja taka powinna być wystarczająco jasna i przedstawiona w sposób umożliwiający udzielenie zgody lub jej odmowę z pełną świadomością okoliczności sprawy.

Osoba niezdolna do czynności prawnych może być poddana eksperymentowi tylko i wyłącznie po wyrażeniu zgody przez przedstawiciela ustawowego, gdy ma to spowodować bezpośrednią i istotną korzyść dla jej zdrowia. W wyjątkowych przypadkach prawo wewnętrzne może zezwolić na przeprowadzenie eksperymentu na podmiocie niezdolnym do czynności prawnych (bez bezpośredniej korzyści dla jego zdrowia), jeśli się on temu nie sprzeciwi oraz gdy eksperyment może przynieść korzyść innym ludziom, należącym do tej samej grupy, przy czym nie da się tego osiągnąć w sposób inny niż poprzez przeprowadzenie badania.

Nie można poddawać eksperymentom kobiet ciężarnych i karmiących, z wyłączeniem sytuacji, kiedy zdrowie ich dziecka ma odnieść z tego bezpośrednią korzyść. Dopuszczalne jest przeprowadzenie doświadczenia w przypadku, kiedy ma to na celu dobro innych kobiet lub dzieci w tym samym okresie życia, a wyników nie da się osiągnąć

nąć w inny sposób. Osoby pozbawione wolności mogą być poddawane eksperymentom wyłącznie, jeśli miałyby one przynieść bezpośrednią i istotną korzyść dla ich zdrowia.

Wszelkie informacje o charakterze osobistym, uzyskane podczas eksperymentu medycznego, powinny być traktowane jako poufne.

Eksperyment może być przeprowadzony tylko pod warunkiem, że zebrane zostały wystarczające gwarancje bezpieczeństwa osoby mu poddanej. Nie można przeprowadzić doświadczenia, którego zakres nie odpowiada kryteriom naukowym i które nie daje odpowiedzi na postawiony problem, nawet w sytuacji, gdy nie wiąże się to z żadnym ryzykiem.

Przy przeprowadzaniu eksperymentu naukowego konieczna jest kontrola lekarza lub osoby ponoszącej pełną odpowiedzialność kliniczną, posiadających właściwą wiedzę i kwalifikacje pozwalające na reakcję w każdym przypadku klinicznym.

Osoby uczestniczące w badaniu nie zyskują z tego tytułu żadnych korzyści finansowych. Może im przysługiwać jedynie zwrot poniesionych wydatków i szkód finansowych, a także, w stosownych przypadkach, umiarkowane zadośćuczynienie za niedogodności. Osobie poddanej eksperymentowi należy się odszkodowanie za szkody wynikłe z jego realizacji.¹³

Inne ważne rekomendacje, których nie można pominąć, rozważając zagadnienie eksperymentu medycznego to: *Rekomendacja 1046 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie wykorzystania embrionów i ploidów ludzkich do celów diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych*, przyjęta w 1986 r. na 8 sesji; *Rekomendacja 1100 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w sprawie wykorzystania embrionów i ploidów ludzkich do badań naukowych*, przyjęta w 1986 r. na 14 sesji; *Rekomendacja 934 Zgromadzenia Parlamentarnego dotycząca inżynierii genetycznej*, przyjęta w 1992 r. na 33 sesji; *Rekomendacja R(90) Komitetu Rady Europy dotycząca prenatalnych genetycznych badań diagnostycznych oraz związanego z nimi poradnictwa*, przyjęta 21 czerwca 1990 r. na sesji De-

13 Rada Europy, Komitet Ministrów, Rekomendacja (90)3, (w:) *Prawa pacjentów i problemy etyczne...*, *op. cit.*, 53–58.

legatów Ministrów; *Rekomendacja R(92)3* Komitetu Ministrów Rady Europy dotycząca *badania diagnostycznych i przesiewowych wykonywanych dla celów opieki zdrowotnej*, przyjęta dnia 10 lutego 1992 r. na 470 sesji Delegatów Ministrów.¹⁴

Ogromną rolę w tworzeniu ogólnych regulacji europejskich w dziedzinie eksperymentu medycznego odegrało opracowanie w ramach Rady Europy *Konwencji o Ochronie Prawa Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej Kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny* (tzw. *Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie*, inaczej: *Konwencja Bioetyczna*), przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy w listopadzie 1996 r., podpisanej przez 22 państwa członkowskie dnia 4 kwietnia 1997 r. w Owiedo.¹⁵ Według stanu na dzień 26 października 2004 r., *Konwencję* podpisało i ratyfikowało 19 państw–członków, a podpisało 12 państw członków Rady Europy. Polska uczyniła to dnia 7 maja 1999 r.

Zaznaczyć należy, że *Konwencja Bioetyczna*, nie definiuje wprost pojęcia eksperymentu medycznego. Pojawiają się w niej jednak słowa: „interwencja medyczna” i „badania”, poprzez które należy rozumieć działania dokonywane na człowieku ze względów zdrowotnych, takie jak: prewencja, diagnostyka, terapia, rehabilitacja oraz właśnie eksperymenty. Terminy te są odpowiednikiem eksperymentu *sensu largo*, obejmującego zarówno badania czysto poznawcze (podejmowane w celu zdobycia wiadomości naukowych istotnych dla rozwoju wiedzy), jak i terapeutyczne, a więc takie, które zawierają w sobie elementy eksperymentu leczniczego, lecz podejmowane są na pewnej populacji pacjentów, kiedy to element poznawczy ma znaczenie przeważające. Na gruncie zapisów *Konwencji* wyraźne jest także wyodrębnienie eksperymentów o bezpośredniej korzyści dla uczestnika i takich, które bezpośrednich korzyści nie przynoszą. Wspólne dla wzmiankowanych wyżej badań jest to, że są one nowatorskie, odbiegają od dotychczas uznawanego bądź niezupełnie jeszcze sprawdzonego postępowania, zawierając w sobie element uświadomionego ryzyka.¹⁶

14 Teksty wymienionych rekomendacji patrz (w): *Prawa pacjentów w dokumentach Rady Europy...*, s. 37–77.

15 C. Byk, *Europejska Konwencja Bioetyczna, Państwo i Prawo* 1993, z. 1.

16 L. Kubicki, *op. cit.*, s. 55.

Konwencja stanowi, że do przeprowadzenia interwencji medycznej wymaga się swobodnej i świadomej zgody osoby jej poddanej. Przeprowadzanie badań na ludziach jest dopuszczalne, o ile zostaną spełnione określone prawem warunki. Nie może istnieć metoda alternatywna, o porównywalnej skuteczności. Ryzyko podejmowane przez osobę zainteresowaną winno być proporcjonalne do potencjalnych korzyści wynikających z tych badań. Projekt musi zostać zatwierdzony przez właściwą instytucję po niezależnej ocenie jego wartości naukowej, w tym wagi celu badań i po przeprowadzeniu wszechstronnej oceny co do jego dopuszczalności pod względem etycznym. Osoby poddane badaniom powinny być poinformowane o swych prawach oraz o przysługującej im ochronie prawnej. Zgoda na udział w nich musi zostać wyrażona wprost, w sposób wyraźny i udokumentowany. Można ją w każdej chwili swobodnie wycofać.

Konwencja chroni osoby niezdolne do wyrażenia zgody, poprzez zapisy dotyczące możliwości dokonania wobec nich interwencji medycznej tylko wtedy, gdy jest to dla nich bezpośrednio korzystne. Konieczne jest przy tym zachowanie restrykcyjnych warunków. Badanie musi mieć na celu doprowadzenie w określonym czasie do rezultatów, które przyniosą korzyść albo samej osobie badanej, bądź innym osobom należącym do tej samej kategorii wiekowej, cierpiącym na tę samą chorobę lub reprezentującym te same cechy.

Konwencja należy do kategorii instrumentów prawnych. Jej ratyfikacja tworzy dla państwa obowiązki prawne.¹⁷ Przepisy *Konwencji* mają w większości przypadków charakter norm bardzo ogólnie sformułowanych. Stanowią jedynie pewne pryncypia, należące do kręgu podstawowych wartości europejskiego dziedzictwa. Ich zastosowanie wymaga bez wątplenia szczegółowych regulacji ustawowych.¹⁸

Szczególną rolę – z punktu widzenia rozważanej problematyki – pełni *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, przyjęta w Nicei w 2000 r. Zaznaczyć trzeba, że nie ma ona, tak jak przywołana wyżej *Konwencja Bioetyczna*, wiążącego prawnie charakteru. Posiada je-

17 A. Wnukiewicz–Kozłowska, *op. cit.*, s. 98.

18 M. Safjan, Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna, *Prawo i Medycyna* 2000, z. 5, s. 6.

dynie walor *soft law*.¹⁹ Nie można jednak bagatelizować jej znaczenia, gdyż w przyszłości przyjmie ona najpewniej charakter obowiązujący jako odzwierciedlenie ogólnych zasad prawa, stając się także źródłem inspiracji dla orzecznictwa, a także elementem Unii Europejskiej.

Karta określa m.in. prawo do ochrony integralności fizycznej i psychicznej istoty ludzkiej także na polu medycznym i biologicznym. Jej przepisy wprowadzają wymóg respektowania zasady dobrowolnej zgody osoby zainteresowanej, zgody poprzedzonej odpowiednimi informacjami. Sformułowany w niej został zakaz praktyk eugenicznych, w szczególności tych, które mają na celu selekcję. Zakazano czynienia z ciała ludzkiego lub jego części przedmiotu zysku finansowego oraz klonowania istot ludzkich w celach reprodukcyjnych.

W *Karcie* nie ma bezpośredniego odniesienia do eksperymentów medycznych. Rozumując *per analogia*, można jednak przyjąć, że prawo do wyrażania zgody w związku z działaniami na polu medycyny i biologii obejmuje także badania medyczne na organizmie ludzkim.²⁰

2. Ustawodawstwo francuskie jako przykład modelowej regulacji zagadnień związanych z problematyką eksperymentu medycznego

W państwach Unii Europejskiej pojęcie eksperymentu medycznego jest rozumiane w różny sposób. Proponowane definicje legalne oraz te ustalone przez doktrynę, wywołują liczne kontrowersje i dylematy, związane chociażby z klasyfikacją eksperymentów. Rozwiązania prawne dotyczące regulacji eksperymentów medycznych są często niekompletne i wewnętrznie niespójne. Powyższa problematyka stała się aktualnie przedmiotem intensywnych prac legislacyjnych w wielu krajach Europy.

19 Termin *soft law* w literaturze prawniczej jest zwykle stosowany dla określenia zasad, reguł i standardów rządzących stosunkami międzynarodowymi, niestanowiących źródeł prawa międzynarodowego w znaczeniu art. 38 Statutu MTS, który jako podstawę swoich rozstrzygnięć stosuje: konwencje międzynarodowe, zwyczaj międzynarodowy, ogólne zasady prawa, uznane przez narody cywilizowane.

20 A. Wnukiewicz–Kozłowska, *op. cit.*, s. 65.

U podstawy definiowania eksperymentu medycznego w poszczególnych państwach członkowskich leżą niewątpliwie przedstawione wyżej definicje eksperymentu medycznego, pojawiające się w prawie międzynarodowym i prawie unijnym. Przypomnieć należy, że we wszystkich ważniejszych dokumentach międzynarodowych istnieje rozróżnienie: *eksperymentów terapeutycznych* (lecniczych), ukierunkowanych na leczenie osoby poddanej eksperymentowi i *eksperymentów badawczych* (naukowych), pozbawionych leczniczego celu. Pojawiają się definicje eksperymentu medycznego, rozumianego w ścisłym znaczeniu (eksperyment *sensu stricte*) jako ingerencja w sferę wąsko pojmowanej integralności fizycznej człowieka. Coraz częściej wspomina się jednak o potrzebie szerszego ujęcia (eksperyment *sensu largo*), uwzględniającego – poza ingerencją medyczną w fizyczność człowieka – także wpływ na jego życie prywatne i psychiczne.

Pomimo różnic w wyjaśnianiu sensu znaczeniowego analizowanego pojęcia, zauważyć można wyraźny konsensus co do tego, że cechą nieodzowną każdego eksperymentu są badania związane z uczestnictwem człowieka, ukierunkowane na rozwój wiedzy biomedycznej, które nie mogą być uznane za przyjętą praktykę w medycynie prewencyjnej lub leczniczej.

Wzorcowym przykładem unormowań eksperymentu medycznego jest ustawodawstwo francuskie. Na jego gruncie szczególne znaczenie ma ustawa *o eksperymentach medycznych* z dnia 20 XII 1988 r. oraz uzupełniające ją dwie ustawy z 22 VII 1994 r.: *ustawa o poszanowaniu ciała ludzkiego* oraz *ustawa o nieodpłatnym przekazywaniu i używaniu składników i produktów ciała ludzkiego, prokreacji medycznie wspomaganey i o diagnostyce prenatalnej*.

Ustawa z 1988 r. *o eksperymentach medycznych* poprzez to pojęcie nakazuje rozumieć wszelkie badania medyczne: próby, studia i eksperymenty organizowane i praktykowane na istocie ludzkiej w celu rozwoju wiedzy biologicznej lub medycznej. Reguluje szczegółowe zasady przeprowadzania tego typu działań. Twórca prawa zrezygnował w niej z dość kontrowersyjnych sformułowań, używanych w innych państwach, takich jak pojęcie: „badań terapeutycznych” i „badań czysto poznawczych”. Wprowadził zaś podział na: badania medyczne o bez-

pośrednim celu terapeutycznym i wszystkie pozostałe, a więc zarówno czysto naukowe, jak i o pośrednim tylko charakterze terapeutycznym.

Ustawa z 1994 r. *o poszanowaniu ciała ludzkiego* stanowi uzupełnienie kodeksu cywilnego i kodeksu karnego. Zabezpiecza prymat praw osoby ludzkiej. Zabrania jakiegokolwiek naruszania jej godności. Gwarantuje bycie istotą ludzką już od chwili poczęcia. Stanowi, że każdy ma prawo do poszanowania swego ciała, które tak jak jego składniki i produkty nie stanowią w żadnym wypadku przedmiotu prawa majątkowego. Naruszenie integralności cielesnej może nastąpić tylko ze względu na konieczność terapeutyczną i tylko za zgodą zainteresowanego, chyba że nie jest on w stanie jej wyrazić, a interwencja medyczna jest konieczna. Zabronione są praktyki eugeniczne, zmierzające do selekcji osób i zmian w charakterystyce genetycznej osoby (poza badaniami w celu zapobiegania i leczenia chorób genetycznych). Osobie, która godzi się na poddanie eksperymentowi albo na wykorzystanie jej organów, tkanek, komórek, embrionów i gamet, nie przysługuje żadne wynagrodzenie. Jednak sama jej zgoda nie jest wystarczającym elementem podjęcia eksperymentu.²¹ Ustawa przewiduje pełną tajemnicę dawcy i biorcy. Dotyczy to także poczętego dziecka, które nie ma prawa poznać swego pochodzenia. W przypadku konieczności terapeutycznej, jedynie lekarze dawcy i biorcy mogą mieć dostęp do informacji pozwalających na ich identyfikację. Zakazane jest „macierzyństwo zastępcze”.

Ustawa z 1994 r. *o nieodpłatnym przekazywaniu i używaniu składników i produktów ciała ludzkiego, prokreacji medycznie wspomaganą i o diagnostyce prenatalnej* normuje prokreację medycznie wspomaganą, poprzez którą rozumie się wszelkie zabiegi poza procesem naturalnego poczęcia dziecka, takie jak: sztuczna inseminacja, zapłodnienie *in vitro*, transfer embrionów etc. Powyższa regulacja określa warunki tego typu działań.. Wynika z niej, że sztuczna prokreacja może być stosowana tylko w razie patologicznej nieplodności oraz w celu uniknięcia przeniesienia na dziecko szczególnie ciężkiej choroby. Embriony ludzkie nie mogą być poczęte dla celów handlowych lub przemysłowych.

21 Granice indywidualnej wolności dysponowania swoim ciałem są przedmiotem rozważań doktrynalnych, patrz np.: Z.L. Baudouin, C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme: de quel droit?*, Paryż 1987, s. 189 i n.

Dopuszcza się diagnostykę prenatalną lub przedimplantacyjną w celu wykrycia w embrionie lub płodzie szczególnie ciężkiej choroby. Ogranicza się jednak prowadzenie badań genetycznych na osobie tylko dla celów leczniczych i naukowych. Na gruncie ustawy uregulowane są ponadto szczegółowo kwestie związane z transplantacją.²²

Medyczne ustawodawstwo francuskie stanowi przykład najpełniejszego unormowania w zakresie odpowiedzialności za szkody powstałe w związku z przeprowadzaniem eksperymentów medycznych. Do odpowiedzialności cywilnej mogą zostać pociągnięte także osoby, które były inicjatorami badań (niekoniecznie ich kierownikami lub bezpośrednimi wykonawcami). Odpowiedzialność ta opiera się na dwóch różnych, w zależności od charakteru eksperymentów, zasadach. W przypadku badań pozbawionych bezpośredniego celu terapeutycznego, jest to odpowiedzialność gwarancyjna, niezależna od winy. W wypadku eksperymentów o bezpośrednim celu terapeutycznym – odpowiedzialność na zasadzie winy.

Można skonstatować, że uregulowania francuskie, jako modelowe w dziedzinie eksperymentu medycznego, stały się wzorem dla unormowań przyjmowanych w innych państwach europejskich. Polska również – w pewnej mierze – przejęła elementy tych rozwiązań.

3. Podstawy prawne eksperymentów medycznych w Polsce

Zasady przeprowadzania eksperymentów medycznych w Polsce wyznaczone są dziś ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i prawem Unii Europejskiej. Przypomnieć jednak trzeba, że powojenne ustawodawstwo polskie było długi czas (i w dalszym ciągu w pewnej mierze takim pozostaje) przestarzałe, niepełne, niedostosowane do standardów międzynarodowych. Niektóre akty prawne pochodziły jeszcze sprzed II wojny światowej. Brakowało regulacji na temat transplantacji czy w ogóle eksperymentu medycznego i związanych z nim

22 M. Nesterowicz, Ochrona osobowości, prokreacja medycznie wspomagana i inżynieria genetyczna w prawie francuskim, (w:) Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo, Toruń 1998, s. 200–205.

zagadnień. Dopiero począwszy od 1989 r. można mówić o kształtującym się w naszym kraju prawie medycznym.²³

W ustawie zasadniczej problematyka eksperymentu medycznego jest jedynie ogólnie zarysowana. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r. w artykule 39 określa zasadę stanowiącą, że „nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody”.

Kwestie związane z eksperymentami medycznymi szczegółowo reguluje ustawa *o zawodzie lekarza* z dnia 5 grudnia 1996 r.²⁴ Klasyfikuje ona eksperymenty medyczne na ludziach jako: lecznicze i badawcze.

Eksperymentem leczniczym (terapeutycznym) jest wprowadzenie przez lekarza nowych albo częściowo tylko wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej. Może on być przeprowadzony, jeżeli dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne.

Eksperyment badawczy (naukowy) ma na celu rozszerzenie wiedzy medycznej. Dopuszcza się go, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów.

Ustawa określa ogólne warunki przeprowadzenia eksperymentu medycznego stanowiąc, że jest on dopuszczalny, o ile spodziewane korzyści poznawcze lub lecznicze mają istotne znaczenie, a przewidywane osiągnięcie tych korzyści oraz celowość i sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy i zgodne z zasadami etyki lekarskiej. Warto zaznaczyć, że eksperyment może być przeprowadzony tylko po wyrażeniu pozytywnej opinii o projekcie przez niezależną komisję bioetyczną. Eksperymentem medycznym kieruje lekarz, który ma stosowne kwalifikacje.

Według ustawy, osoba, która ma być poddana eksperymentowi medycznemu musi uprzednio uzyskać informacje o celach, sposobach i warunkach jego przeprowadzenia, spodziewanych korzyściach

23 M. Nesterowicz, *Nowe ustawodawstwo medyczne (osiągnięcia i błędy)*, Państwo i Prawo 1997, z. 9, s. 3.

24 Tekst jednolity Dz.U. 2005, nr 226, poz. 1943.

lecniczych lub poznawczych, ryzyku oraz o możliwości odstąpienia od udziału w każdym stadium. Uczestnik musi złożyć pisemną zgodę. Ustawa ogranicza możliwości udziału małoletnich oraz kobiet ciężarnych. Zakazuje uczestnictwa w nich dzieci poczętych, osób ubezwłasnowolnionych, żołnierzy zasadniczej służby wojskowej oraz osób pozbawionych wolności.

Zgoda udzielona na eksperyment medyczny może być cofnięta przez kompetentny podmiot w każdym stadium eksperymentu i obli-guje lekarza prowadzącego do jego przerwania. Lekarz ma obowiązek zaprzestać badania w przypadku zagrożenia zdrowia chorego, prze-wyższającego spodziewane korzyści oraz jeśli w czasie jego realiza-cji nastąpi nieprzewidziane zagrożenie zdrowia lub życia osoby w nim uczestniczącej.

Jak widać polski ustawodawca próbuje połączyć skuteczną zgodę z właściwym poinformowaniem osoby biorącej udział w doświadcze-niu o zakresie eksperymentu i zamiarach eksperymentatora. Dla legal-ności doświadczenia wymaga, by prowadzący udzielił wszelkich moż-liwych informacji koniecznych dla podjęcia decyzji przez uczestnika eksperymentu. Na tym tle mogą pojawiać się pewne kontrowersje. Czę-sto zdarza się przecież, że sam badacz, realizujący nowatorskie do-świadczenie, nie jest do końca zorientowany co do ewentualnych skut-ków działań. Może jedynie domyślać się potencjalnych konsekwencji. Nie jest możliwe, by udzielił uczestnikowi eksperymentu wszelkich in-formacji dotyczących przewidywanego przebiegu doświadczenia. Nie-wątpliwie powinien jednak wyjaśnić jego cel i istotę.²⁵

W przypadku eksperymentów terapeutycznych konieczne jest przedstawienie argumentów za koniecznością zastosowania nowator-skiej kuracji. Uczestnik eksperymentu winien być poinformowany o przeprowadzonych dotąd badaniach i ich wynikach. Eksperymenta-tor ma zaprezentować projekt harmonogramu dalszych badań, opisać ich przebieg z uwzględnieniem roli danego uczestnika, wskazać na pla-nowany czas zakończenia badań, a także wyraźnie określić korzyści, jakim służyć ma całe postępowanie. Oczywiście jest przy tym, że eks-perymety terapeutyczne są dokonywane w momencie, kiedy wyczer-

25 W. Wanatowska, W. Kulesza, *Odpowiedzialność prawna lekarza*, Warszawa 1988, s. 33.

pano wszelkie konwencjonalne metody leczenia. Pacjent nie ma już z reguły większych szans na poprawę stanu swojego zdrowia w oparciu o dostępne, zbadane metody. Pojawia się dylemat, czy lekarz ma go informować o fakcie bezsilności medycyny i jego beznadziejnej sytuacji, proponując jednocześnie uczestnictwo w eksperymencie, który mógłby, ale wcale nie musi, pomóc. Wydaje się, że rzeczowa prezentacja stanu pacjenta i ewentualnych korzyści wypływających z udziału w eksperymencie może pomóc w tym, że pacjent czuje się jako podmiot a nie przedmiot działań medycznych. W przypadku eksperymentów czysto badawczych, osoba, która ma zostać im poddana, musi być w pełni poinformowana o całokształcie spraw związanych z planowanym badaniem.²⁶

W literaturze można spotkać pogląd, że konstrukcja definicji eksperymentu medycznego przyjęta w polskiej ustawie jest wadliwa. Argumentem potwierdzającym tę tezę są kontrowersje wokół kryterium przyjętego dla rozróżnienia eksperymentu leczniczego i badawczego. Zgodnie z ustawą, o rodzaju eksperymentu ma decydować zamiar badacza; to, co chce osiągnąć skutek swojego działania (czy chodzi mu przede wszystkim o wyleczenie pacjenta, czy też o poszerzenie wiedzy medycznej). Uzasadnione wydają się być obawy, czy takie rozwiązanie w praktyce nie utrudnia (a czasem wręcz uniemożliwia) ustalenia, z jakim eksperymentem mamy do czynienia w danym przypadku.²⁷

Ponadto, wątpliwości wywołuje niedookreśloność znaczenia pewnych elementów definiowania eksperymentu, jak na przykład: „bezpośrednia korzyść eksperymentu dla zdrowia człowieka” czy też „niewielkie ryzyko eksperymentu”. Argumentuje się, że działalność, w której pojawia się motyw poszerzenia wiedzy naukowej, traci swój charakter terapeutyczny, stając się czysto-badawczym eksperymentem. Natomiast terapia nakierowana na osiągnięcie korzystnych dla pacjenta skutków nigdy nie staje się eksperymentem, a jest – co najwyżej – tera-

26 M. Sośniak, Uwarunkowania prawne dopuszczalności eksperymentów medycznych na ludziach, Państwo i Prawo 1985, z. 5, s. 37.

27 M. Boratyńska, P. Konieczniak, Prawa pacjenta, Warszawa 2001, s. 115; L. Kubicki (red.), Prawo medyczne, Wrocław 2003, s. 35.

pią nowatorską.²⁸ Granice podziału, wyznaczone za pomocą kryterium celu badań, bywają nieuchwytnie.

Zaznaczyć należy, że eksperymenty czysto terapeutyczne nie wywołują dziś większych sprzeciwów, jako konieczny nieraz sposób niekonwencjonalnego leczenia. Możemy uznać, że należą do nich te badania, które są nakierowane, według określonych kryteriów – takich jak: cel eksperymentu, stopień odejścia od ustalonej praktyki, ryzyko, sposób wykorzystania w przyszłości badań etc. – na osiągnięcie przez ich uczestników bezpośrednich korzyści leczniczych. To właśnie one są podstawą podjętej interwencji, uzasadnionej w danych okolicznościach obiektywnymi racjami medycznymi.²⁹

Niewątpliwie dużo większe opory wzbudzają w praktyce eksperymenty czysto badawcze przeprowadzane na człowieku. Wydaje się jednak, że we współczesnym świecie ich realizacja jest konieczna. Zaniechanie tego typu badań mogłoby prowadzić do sparaliżowania rozwoju w wielu dziedzinach medycyny. Postęp cywilizacyjny odbywa się przecież w głównej mierze dzięki nieustannemu podejmowaniu przedsięwzięć, których potencjalne i oczekiwane rezultaty nie są ani pewne, ani potwierdzone w drodze dotychczas zgromadzonych doświadczeń. Ich podejmowanie zawsze łączy się z pewnym ryzykiem. Należy mieć świadomość, że działania te mogą nieść za sobą – ze względu na nowatorskie metody i niesprawdzone dotychczas konsekwencje zastosowania nowych środków czy urządzeń – niebezpieczeństwa uszczerbku dla dóbr prawnych osób biorących w nich udział.³⁰ Między innymi stąd właśnie bierze się potrzeba dyskusji teoretyczno–prawnych i odpowiednich regulacji ustawowych odnośnie do odpowiedzialności za szkody wyrządzone wskutek dokonania eksperymentów medycznych. Zajmę się tym odrębnie w ostatnim punkcie opracowania.

Podkreślenia wymaga fakt, że w przypadku eksperymentu medycznego przepisy prawne często odsyłają do norm moralnych zawartych w *Kodeksie Etyki Lekarskiej*. Lekarz przeprowadzający badania naukowe, a w szczególności eksperymenty medyczne, powinien prze-

28 W. Wanatowska, Eksperyment lekarski, *Studia Prawno–Ekonomiczne* 1974, nr 5, s. 73.

29 Taka definicja prezentowana jest na gruncie doktryny przez M. Safjana, patrz: *Prawo i...*, *op. cit.*, s. 174.

30 R. Kubiak, Zgoda uczestnika eksperymentu – cz. 1., *Prawo i Medycyna* 2000, nr 8, s. 44.

strzeżać norm i obowiązków wynikających z tego *Kodeksu* oraz ogólnie przyjętych zasad etyki badań naukowych. Eksperymenty medyczne z udziałem człowieka mogą być przeprowadzone, o ile służą poprawie zdrowia pacjenta biorącego w nich udział lub wnoszą istotne dane poszerzające zakres wiedzy i umiejętności lekarskich. Lekarz, który przeprowadza eksperyment leczniczy, powinien być przeświadczony o tym, że spodziewane korzyści dla pacjenta przeważają w istotny sposób nad nieuniknionym ryzykiem. Nie może narażać go na ryzyko w istotnym stopniu większe niż to, które grozi osobie niepoddanej takiemu eksperymentowi. Przeprowadzając badanie, winien jest podejmować wyłącznie ryzyko minimalne. Z zapisów *Kodeksu* wynika m.in. konieczność uzyskania swobodnej, niewymuszonej zgody od osoby, która ma być poddana eksperymentowi, obowiązek odpowiedniego poinformowania uczestnika o aspektach doświadczenia oraz o prawie odstąpienia od niego w każdym czasie.

Główne zasady przeprowadzania eksperymentów medycznych określone są w *Regulaminie Komisji Bioetycznej* przy Okręgowej Izbie Lekarskiej w Warszawie, obowiązującym od 13 czerwca 2003 r. Komisja ta działa na podstawie art. 29 ust. 3 *ustawy o zawodzie lekarza*. Podstawowe zadania Komisji wiążą się z wyrażaniem opinii o dopuszczalności eksperymentu medycznego przy uwzględnieniu kryteriów etycznych oraz celowości i możliwości wykonania projektu. Komisja wyraża opinie o eksperymentach medycznych w drodze uchwał. Regulamin określa m.in. wymogi formalne związane z wymaganą dokumentacją projektu eksperymentu medycznego, wymogi formalne składanych wniosków oraz zasady oceny projektu eksperymentu medycznego.

4. Zgoda uczestnika jako warunek *sine qua non* uczestnictwa w eksperymencie medycznym

Z przedstawionych regulacji prawa międzynarodowego, unijnego, wewnątrzpaństwowego, ale także ze standardów pozaprawnych (norm deontologicznych, moralnych i obyczajowych) wynika, że zasada wy-

rażenia zgody przez uczestnika eksperymentu medycznego jest fundamentalna.³¹

Wspomnieć trzeba, że wymóg obligatoryjności jej uzyskania nie zawsze był oczywisty. W historii dziejów ludzkich znane są przecież przykłady lansowania tezy o absolutnym prawie lekarza do eksperymentowania na człowieku, nawet bez zgody lub wręcz przy sprzeciwie uczestnika eksperymentu, jeśli podyktowane to było ważnymi interesami nauki lub koniecznością państwową.³² Pogląd ten odzwierciedlił się w praktyce związanej np. z doświadczeniami na jeńcach obozów koncentracyjnych. Warto też zaakcentować całkowicie przeciwną tezę. Niektórzy przedstawiciele nauki uważają, że eksperymentowanie na ludziach jest w ogóle niedopuszczalne. Wydaje się jednak, iż z tego typu skrajnego stanowiska nie można dziś również podzielać. Jest ono nie do pogodzenia z postępującym rozwojem biotechnologii.

Zamiar uczestnictwa w eksperymencie medycznym musi być wyrażony w sposób swobodny, bez jakiegokolwiek nacisku (fizycznego czy psychicznego). Ma być wolny od wad oświadczenia woli.³³ Nie może być wymuszony szantażem ani też wynikać z użytego podstępów, kiedy to uczestnik eksperymentu wprowadzony zostaje w błąd wskutek np. przekazania mu nieprawdziwych informacji lub zatajenia prawdziwego stanu rzeczy celem ukształtowania mylnego wyobrażenia o rzeczywistości.³⁴

Niestety, przy próbie ustalenia dobrowolności zgody mogą pojawiać się trudności. Sądzę, że w praktyce nie ma takiej sytuacji, kiedy poddający się eksperymentowi człowiek wolny jest od jakichkolwiek motywacji zewnętrznych (np.: śmiertelna choroba, przymus ekonomiczny etc.). To lekarz winien ocenić, czy stan chorego pozwala na podjęcie decyzji o udziale w eksperymencie w sposób racjonalnie przemyślany. Równocześnie nie można wykorzystywać stanu chorego do uzyskania

31 K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 183.

32 J. Sawicki, Przymus leczenia, eksperyment, udzielanie pomocy i przeszczep w świetle prawa, Warszawa 1966, s. 196–197.

33 J. Sawicki, *op. cit.*, s. 197.

34 R. Kubiak, Zgoda uczestnika..., *op. cit.*, s. 55.

zgody w celu przeprowadzenia eksperymentu pozornie przedłużającego życie.³⁵

Dla ustalenia dobrowolności zgody istotne jest również sprawdzenie, czy osoba poddawana badaniom nie pozostaje w stosunku zależności od przeprowadzającego eksperyment. Źródła uzależnienia mogą być różne (np.: relacja pracodawca–pracownik). Każda zależność od eksperymentatora wpływająca na proces decyzyjny osoby poddawanej eksperymentowi, może rzutować na niedopuszczalność eksperymentu.³⁶ Polski ustawodawca, chcąc wyeliminować tego typu sytuacje, wprowadził ogólny zakaz dokonywania eksperymentów na żołnierzach i osobach pozbawionych wolności.

Dość kontrowersyjne są kwestie związane z eksperymentami dokonywanymi z udziałem osób, które nie są w stanie samodzielnie wyrazić swojej zgody. Chodzi głównie o małoletnich, chorych psychicznie i osoby niedorozwinięte umysłowo. Z reguły uznaje się, że zgoda przedstawiciela ustawowego na wszelkie interwencje medyczne jest dopuszczalna jedynie w wypadkach określonych ustawowo. Konieczna jest przy tym zgoda samego uczestnika eksperymentu bez względu na brak zdolności do czynności prawnych, o ile dysponuje on dostatecznym stopniem zrozumienia sytuacji.

Ocena przesłanek dopuszczalności zgody wymaga poszanowania zasady integralności psychicznej i fizycznej każdego człowieka oraz zasady respektowania autonomii przy podejmowaniu decyzji dotyczących własnego ciała i zdrowia. Zauważyć można, że sfera respektowania autonomii człowieka uległa w ostatnim czasie znacznemu poszerzeniu, co ma swoje odzwierciedlenie chociażby w rosnącym przyzwoleniu społecznym na dokonywanie zabiegów pozbawionych celów ściśle terapeutycznych. Określenie granic prawnie akceptowanej autonomii człowieka, związanej z podejmowaną decyzją o uczestniczeniu w eksperymencie, decyduje *de facto* o zakresie dopuszczalności eksperymentów medycznych w danym systemie prawnym. Uprawnienie do decydowania o samym sobie w sprawach związanych z własną integralnością

35 G. Rejman, Odpowiedzialność karna lekarza, Warszawa 1991, s. 244.

36 L. Kubicki, Medyczny eksperyment badawczy dokonywany na człowieku w świetle prawa polskiego, (w:) M. Filar (red.), Prawo a medycyna u progu XXI wieku, Towarzystwo Naukowe Prawa Karnego, Toruń 1987, s. 112.

psychiczną i fizyczną wynika z samej natury przysługujących każdemu człowiekowi dóbr osobistych. Gdy określone działanie będzie zagrażać zdrowiu czy życiu danej osoby, jej zgoda stanowi po prostu akceptację ryzyka, a nie aprobatę dla wyrządzenia szkody. Zasada autonomii człowieka ma swoje ograniczenia. Wynikają one z ogólnych zasad porządku publicznego. Z punktu widzenia rozważań o eksperymencie medycznym, ograniczeniami takimi są np.: określone prawem warunki wyrażenia zgody (swoboda, poinformowanie uczestnika badań), określenie działań, na które zgoda nie może być w ogóle wyrażona etc.

Reasumując, tylko swobodnie podjęte i wyrażone oświadczenie woli o udziale w eksperymencie medycznym może być traktowane jako zgoda osoby biorącej udział w doświadczeniu. Swoboda wyrażenia zgody na uczestnictwo w eksperymencie medycznym musi oznaczać nie tylko brak przymusu fizycznego i psychicznego, ale brak jakiegokolwiek, choćby najmniejszej presji na podjęcie decyzji.³⁷ Powinność oceny stopnia swobody takiej decyzji ciąży na podmiocie przeprowadzającym badanie i przyjmującym ową zgodę.

5. Odpowiedzialność prawna lekarza za szkody wynikłe z eksperymentu medycznego

Podejmowanie różnych przedsięwzięć w ramach przeprowadzanych eksperymentów medycznych nierozzerwalnie łączy się z ryzykiem powstania niezamierzonych ujemnych skutków, którego prawdopodobieństwa nie da się wyeliminować bez rezygnacji z osiągnięcia celów, które były motywem podjęcia określonych działań. Eksperyment może przecież nie powieść się, co więcej – może doprowadzić do szkody: uszczerbku na zdrowiu czy nawet utraty życia osób pozostających w sferze działań eksperymentatora, a nawet spowodować stan bezpośredniego zagrożenia w sferze tych dóbr. To zaś rodzi problem odpowiedzialności cywilnej i karnej.

Naturalne jest, że korzyści w przypadku zabiegów terapeutycznych (lecniczych) odnosi na ogół sam pacjent i to on powinien również ponosić ryzyko związane z wystąpieniem przypadkowych i niemożli-

37 M. Safjan, *Prawo i...*, *op. cit.*, s. 175–177.

wych do uniknięcia szkód. W przypadku eksperymentów badawczych (naukowych) ryzyko takie ponosi całe społeczeństwo, które korzysta z rozwoju wiedzy medycznej.

Konieczność zapewnienia stosownego odszkodowania osobie uczestniczącej w eksperymencie została wyrażona we wspomnianej wyżej *Rekomendacji* Komitetu Ministrów Rady Europy z 1990 r.

W świetle obowiązującego w Polsce prawa brakuje odrębnej, szczególnej podstawy do odpowiedzialności za szkody, które są następstwem prawidłowego przeprowadzenia eksperymentu.

Polski *Kodeks karny* nie przewiduje odpowiedzialności represyjnej za rezultaty eksperymentu medycznego. Zgodnie z brzmieniem art. 27: „*Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu przeprowadzenia eksperymentu poznawczego, medycznego, technicznego lub ekonomicznego, jeśli spodziewana korzyść ma istotne znaczenie poznawcze, medyczne lub gospodarcze a oczekiwanie jej osiągnięcia, celowość oraz sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy*”. Wymagana jest jednak świadoma (tj. udzielona w oparciu o uzyskanie wiadomości na temat doświadczenia oraz ryzyka z tym związanego) zgoda uczestnika eksperymentu: „*Eksperyment jest niedopuszczalny bez zgody uczestnika, na którym jest przeprowadzany, należyce poinformowanego o spodziewanych korzyściach i groźących mu ujemnych skutkach oraz prawdopodobieństwie ich powstania, jak również o możliwości odstąpienia od udziału w eksperymencie w każdym jego etapie*”.³⁸

Na gruncie *Kodeksu cywilnego* unormowana jest wprawdzie odpowiedzialność odszkodowawcza, ale jest ona nastawiona na kompensację szkód wynikłych ze zdarzeń noszących cechy bezprawności. Eksperyment medyczny, przeprowadzony legalnie, z zachowaniem wymogów bezpieczeństwa i ostrożności – za zgodą uczestnika, nie należy do okoliczności rodzących odpowiedzialność. Tego typu podejście spotyka się coraz częściej z krytyką. Widoczna jest tendencja do uznawania, że zgoda na zabieg leczniczy i zgoda na eksperyment medyczny

38 Na temat odpowiedzialności karnej lekarza patrz: M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 142 i nast.; M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, *Prawo i Medycyna* 2000, nr 5; J. Duda, *Transplantacja w prawie polskim*, Kraków 2004, s. 188 i nast.

nie może być traktowana dokładnie w tych samych kategoriach, a więc jako okoliczność w zasadzie uchylająca odpowiedzialność za niezawinione i przypadkowe konsekwencje podejmowanego zabiegu.³⁹

W sytuacjach szkód powstałych w związku z przeprowadzeniem eksperymentu medycznego, zastosowanie mogą mieć ogólne przepisy o odpowiedzialności odszkodowawczej *ex delictis*, a przede wszystkim przepisy o odpowiedzialności *Skarbu Państwa* (417 kc.), uzależniające powstanie roszczeń po stronie uczestnika badań od winy osób przeprowadzających eksperyment. Zakres tej odpowiedzialności jest różny, w zależności od oceny, czy podjęcie eksperymentu można uznać za dopuszczalne.⁴⁰ Oczywiście jest, że musi istnieć związek przyczynowy między szkodą doznaną przez uczestnika eksperymentu a naruszeniem wymaganych standardów staranności. Wspomnieć trzeba jeszcze o możliwej odpowiedzialności z tytułu naruszenia dóbr osobistych osoby uczestniczącej w eksperymencie (art. 23 i 24 kc.), gdy nie wystąpiły żadne ujemne następstwa np. w postaci trwałego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia. Bardzo niepewne są możliwości poszukiwania odszkodowania w ramach odpowiedzialności *ex contractu*.

Kwestia godziwego odszkodowania dla osób dobrowolnie ryzykujących własnym zdrowiem z motywów altruistycznych, jest w obecnej sytuacji pozostawiona właściwie tylko i wyłącznie wykładni prawa, a ta często stwarza rozmaitego rodzaju wątpliwości.

Pojawia się pytanie, czy odpowiedzialność instytucji publicznych – w oparciu o zasadę słuszności – może być uznana za właściwe *remedium* w tego typu sytuacjach?

Problem wymaga jednoznacznej regulacji, która wprowadziłaby gwarancyjną odpowiedzialność po stronie osób finansujących i inicjujących badania naukowe, wymagające eksperymentowania na człowieku bez związku z celami terapeutycznymi.

39 M. Safjan, *Prawo i...*, *op. cit.*, s. 199.

40 Patrz np. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003; M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989; L. Stecki, *Zasada pełnej kompensacji*, (w:) *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985; W. Lang, M. Safjan, *Odpowiedzialność prawna za szkody prenatalne i prekonceptyjne*, (w:) W. Lang (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000; M. Nesterowicz, *Przemiany odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy leczeniu*, (w:) *Państwo i Prawo* 2001, z. 3 i inne.

Zakres biernego prawa wyborczego w wyborach parlamentarnych

Jednym z najważniejszych zadań stojących przed każdym twórcą prawa wyborczego jest ustalenie społecznego zasięgu biernego prawa wyborczego, czyli określenie kręgu osób posiadających „zdolność prawną” do kandydowania oraz zasiadania w organie przedstawicielskim¹. Przy podejmowaniu takiej decyzji formuła wolnych wyborów wymaga przestrzegania reguł bezpośrednio nawiązujących do standardów czynnego prawa wyborczego, dopuszczając jednak wprowadzenie pewnych dodatkowych ograniczeń, co w rezultacie prowadzi zwykle do zawężenia zasięgu personalnego biernego prawa wyborczego jest węższy.

Za Europejskim Trybunałem Praw Człowieka należy skonstatować, iż wspomniane obie kategorie praw nie mają charakteru absolutnego. Co się tyczy tylko biernego prawa wyborczego: „Państwa korzystają ze znacznej swobody w ustanawianiu w swoim porządku konstytucyjnym norm rządzących statusem parlamentarzystów, włączając w to kryteria ich dyskwalifikacji. [...] kryteria te różnią się w zależności od czynników historycznych i politycznych, specyficznych dla każdego państwa. [...] Żadne jednak z kryteriów nie może być uważane za ważniejsze od jakiegokolwiek innego, pod warunkiem, że gwarantuje ono wyrażanie woli ludności w wyborach wolnych, uczciwych i periodycznych”². W związku tym – tak jak w zakresie czynnego prawa wyborczego – przestrzegana musi być fundamentalna dyrektywa za-

1 Bierne prawo wyborcze jako tego rodzaju zdolność prawną definiuje m.in. Z. Jarosz, (w:) Z. Jarosz, S. Zawadzki: *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1980, s. 321.

2 *Gitonas and Others v. Greece*, 1 July 1997, No. Applications 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95, 27755/95. W kilku jeszcze innych uzasadnieniach orzeczeń tego Trybunału było podkreślane, że bierne prawo wyborcze nie ma absolutnego charakteru, gdyż może podlegać pewnym ograniczeniom, zob. np. *Matthews v. United Kingdom; Ahmed and Others v. The United Kingdom*, 2 September 1998, No. Application 22954/93; *Labita v. Italy*, 6 April 2000, No. Application 26772/95.

kazująca dyskryminacji jakiegokolwiek grupy społecznej, zwłaszcza ze względu na rasę, kolor, płeć, język, religię, głoszone poglądy polityczne i inne opinie, pochodzenie narodowościowe lub społeczne, stan majątkowy, miejsce urodzenia, niepełnosprawność, wykształcenie³. Wymagania dotyczące prawnej zdolności do ubiegania się o mandat reprezentanta powinny być wyraźnie i precyzyjnie wskazane w konstytucji, ewentualnie w ustawie wyborczej; przewidziane wyłączenia dokonane być muszą w oparciu o uzasadnione kryteria, nienaruszające wartości leżących u podstaw praw obywatelskich w demokratycznym systemie ustroju państwowego, a już nade wszystko niedopuszczalne jest ich wprowadzanie z przyczyn politycznych.

Wyodrębnić można dwa główne typy restrykcji spełniających te warunki: mających podstawę w kompetencji oraz wiążących się z przynależnością do danej wspólnoty⁴. Pierwszy wymieniony rodzaj ograniczeń stanowi konsekwencję oczywistej dążności do tego, aby w procesie wyborczym uczestniczyły osoby dostatecznie dojrzałe: dysponujące należytym doświadczeniem życiowym i w pełni świadome podejmowanych czynności; stąd w pełni usprawiedliwione jest wprowadzenie – ustalonego na właściwym poziomie – cenzusu wieku oraz wyłączenie osób cierpiących na niedorozwój umysłowy (chore psychiczne). Co zaś się tyczy drugiego typu restrykcji, to są one następstwem przyjęcia cenzusu obywatelstwa oraz cenzusu domicylu, jak również wykluczenia „osób niegodnych” (odbywających karę pozbawienia wolności, które popełniły określone przestępstwa lub w ogóle były karane za przestępstwa kryminalne).

Zasięg osobowy biernego prawa wyborczego, w porównaniu z zasięgiem prawa czynnego zawężają najbardziej podwyższone wymagania wiążące się z cenzusem wieku. O ile jest standardem – akceptowanym również w dokumentach charakteryzujących specyfikę wyborów demokratycznych – przyznanie czynnego prawa obywatelom, którzy

3 Zob. np. Deklaracja w sprawie kryteriów wolnych i uczciwych wyborów Rady Międzyparlamentarnej Unii Międzyparlamentarnej (Paryż, 26 marca 1994 r.); Komentarz Ogólny Komitetu Praw Człowieka z 1996 r. do art. 25 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (§ 15).

4 Tak o typologii ograniczeń czynnego prawa wyborczego A. Blais, L. Massicotte, A. Yoshinaka: *Deciding Who Has the Right to Vote: A Comparative Analysis of Election Laws*, „Electoral Studies” 2001, vol. 20, no. 1, s. 42.

ukończyli 18 lat⁵, a więc osobom dorosłym i zdolnym do czynności prawnych, to przeważnie próg wiekowy w odniesieniu do prawa biernego jest wyższy. Trudno jest zgodzić się z poglądem, iż takie różnicowanie wymagań stanowi „element bezrozumnej tradycji”⁶; odczytywać je raczej należy jako wyraz dążenia ustawodawców, aby mandatariusze posiadali niezbędne doświadczenie życiowe i ugruntowane poglądy. Wprawdzie wskazany sposób regulacji praw wyborczych nie odpowiada – głoszonemu w niektórych dokumentach międzynarodowych – postulatowi zrównywania warunków wiekowych korzystania z obu rodzajów praw wyborczych⁷, ale też nie stoi w sprzeczności z uznanymi standardami wyborów demokratycznych; zasadniczą kwestią z ich punktu widzenia jest to, by wspomniana różnica w wyborach do parlamentu jednoizbowego lub izby pierwszej parlamentu dwuizbowego nie była znacząca⁸.

Analiza porównawcza prawa wyborczego wykazuje, że w wyborach do tych organów od kandydatów wymaga się najczęściej ukończenia 21 roku życia (np. Australia, Barbados, Belgia, Białoruś, Bułga-

-
- 5 Niższy cenzus wyborczy przyjęty jest w Brazylii, Nikaragui, Iranie, Indonezji, Gwinei Bissau i na Kubie (por. J.D. Derbyshire, I. Derbyshire: *Political Systems of the World*, Oxford 1999, s. 73). Wyższy od wskazanego standardu wymóg jest stosowany w wyborach parlamentarnych, m.in. w Austrii (19 lat), Japonii, Finlandii, Szwajcarii, Korei Południowej, Liechtensteinie, na Tajwanie (20 lat), Cyprze, Samoa, w Pakistanie, Malezji, Singapurze, Azerbejdżanie, Bahrajnie (21 lat). Już tylko za relikw przeszłości uważać można ustanowienie wyższego cenzusu wieku w wyborach do izby drugiej aniżeli w procesie kształtowania składu izby pierwszej. Historia dostarcza wielu przykładów tego typu rozwiązania (przypomnijmy choćby polską konstytucję marcową z 1921 r., zgodnie z którą czynne prawo wyborcze do Sejmu przysługiwało po ukończeniu 21 lat, a do Senatu – 30), to jednak obecnie występuje ono bardzo rzadko (m.in. we Włoszech: w wyborach do Izby Deputowanych cenzus ten wynosi 21 lat, zaś w wyborach do Senatu – 30).
- 6 Tak Z.Jackiewicz: *O prawie wyborczym regulującym wybory do Sejmu RP I kadencji*, Państwo i Prawo 1993, z. 5, s. 53.
- 7 Zalecenie zharmonizowania wieku uprawniającego do korzystania z czynnego i biernego prawa wyborczego na jednolitym poziomie 18 lat zawiera Rekomendacja 1315 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 1997 r – *On the Minimum Age for Voting*. Zob. też np. Kodeks dobrej praktyki wyborczej Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo, tzw. Komisji Weneckiej (51 i 52 sesja, 5–6 lipca i 18–19 października 2002 r.) – Part I, pkt 1.1.
- 8 Kodeks dobrej praktyki wyborczej uznaje za dopuszczalne uzależnienie przyznania biernego prawa wyborczego od ukończenia co najwyżej 25 lat. Tak samo czyni projekt konwencji o standardach wyborów, prawa i wolności wyborczych, przyjęty na konferencji Stowarzyszenia Funkcjonariuszy Wyborczych Centralnej i Wschodniej Europy (ACEEEO) (Moskwa, 26–28 września 2002 r.) – art. 8 ust. 1.

ria, Chile, Czechy, Estonia, Irlandia, Kostaryka, Luksemburg, Łotwa, Meksyk, Namibia, Polska, Rosja, Słowacja, Wielka Brytania, Zimbabwe), choć nierzadko granica wieku bywa też przesuwana do poziomu 25 lat (np. Argentyna, Armenia, Azerbejdżan, Bangladesz, Cypr, Grecja, Gruzja, Indie, Japonia, Litwa, Paragwaj, San Marino, Ukraina, Urugwaj, USA, Włochy). Bywają ponadto przyjmowane inne tego typu progi, np. 20 (Liechtenstein) lub 23 lata (Francja, Rumunia). Najwyższy jest on w Egipcie, Jordanii, Kuwejcie i Turcji, gdzie wynosi 30 lat. Państwa, w których zdecydowano się na zrównanie wieku wymaganego w zakresie czynnego i biernego prawa, stanowią wyraźną mniejszość. Należą do nich: Albania, Andora, Botswana, Chorwacja, Dania, Finlandia, Hiszpania, Holandia, Islandia, Kanada, Macedonia, Malta, Mołdawia, Niemcy, Norwegia, Portugalia, Republika Południowej Afryki, Słowenia, Szwajcaria, Szwecja, Węgry (18 lat), Austria (19 lat). Oznacza to, że kryterium wieku nie różnicuje w tych państwach kręgu wyborców oraz osób mogących rywalizować o mandaty reprezentantów.

Wśród standardów wolnych wyborów nie ma żadnej wytycznej odnoszącej się do minimalnego wieku kandydatów w wyborach do izb drugich i wyborach prezydenckich. W wypadku pierwszego rodzaju wyborów rozpiętość przyjmowanych rozwiązań jest bardzo duża i stanowi przede wszystkim reminiscencję zróżnicowanych koncepcji ustrojowych izb drugich. Tylko w nielicznych państwach, w których działają parlamenty dwuizbowe, ustanowiony jest identyczny cenzus wieku w zakresie zdolności do kandydowania do obu izb (np. Australia, Belgia, Białoruś, Hiszpania, Holandia, Irlandia, Namibia, Pakistan, Słowenia, Szwajcaria). W większości państw jest on wyższy – często znacznie – w odniesieniu do członków izby drugiej aniżeli osób wchodzących w skład izby pierwszej, np. w Argentynie, Indiach, Japonii, Meksyku, Urugwaju wynosi 30 lat, we Francji, Kolumbii, Paragwaju, Rumunii – 35 lat, w Chile, Czechach, Włoszech – 40 lat, a w Mongolii i Singapurze – 45 lat. Tak wygórowane lub niekiedy nawet jeszcze dalej idące ograniczenia obowiązują w wypadku wyborów prezydenckich (m.in. w Austrii, Białorusi, Francji, Irlandii, Islandii, Polsce, Portugalii, Rumunii, USA oraz na Ukrainie – 35 lat, a w Słowacji, Zimbabwe i na Litwie – 40 lat).

Godzi się zauważyć, że przy wymienianiu standardów wolnych wyborów pomijana jest kwestia górnej granicy wieku uprawniającego do kandydowania. Jak się wydaje, nie ma nawet takiej potrzeby, a to choćby ze względu na sporadyczność regulacji prawnej takiego limitu. Aktualnie jest on przewidziany w Gwinei Równikowej, Iranie oraz Ugandzie (75 lat).

Drugie z wymienionych wcześniej ograniczeń praw wyborczych – odmawianie ich osobom z niedorozwojem umysłowym lub chorym psychicznie – jest zrozumiałe i ze względu na swoją oczywistość nie wymaga uzasadnienia⁹. Spełniony musi być jednak warunek: decyzje w tej sprawie powinny mieć zawsze indywidualny charakter i zapadać w drodze orzeczenia sądowego¹⁰.

Do standardów wyborczych należy także powszechne uzależnienie możliwości korzystania z praw wyborczych w wyborach parlamentarnych od posiadania obywatelstwa danego państwa. Trafne jest spostrzeżenie, że wymóg ten „nie może być traktowany jako cenzus ograniczający zasadę powszechności, gdyż prawa wyborcze są w ścisłym tego słowa znaczeniu prawami politycznymi; słuszne jest zatem zarezerwowanie ich dla osób związanych z danym państwem w sposób trwały więzami obywatelstwa”¹¹. Dodajmy ponadto: nie stanowi on też zagrożenia dla realizacji zasady wolnych wyborów. Jego celem jest dążność do zapewnienia pełnej integracji, poczucia wspólnoty oraz wzajemnej więzi społeczeństwa i osób ubiegających się o mandaty. Za wprowadzeniem takiego ograniczenia przemawia również rozumienie pojęcia narodu – jako zbiorowego podmiotu władzy suwerennej w państwie, utożsamianego z ogółem jego obywateli.

Rezygnacja z cenzusu obywatelstwa w przypadku biernego prawa wyborczego jest niezmiernie rzadka i jeżeli już do niej dochodzi, to zwykle korzystanie z tego prawa obwarowane jest cenżusem domicylu (w Nowej Zelandii mogą to być osoby, które 22 sierpnia 1975 r. były za-

9 Tego typu ograniczeń nie stwierdza prawo wyborcze Irlandii, Kanady, Szwecji i Włoch.

10 Nie wydaje się właściwe uznanie za wystarczającą do wyłączenia z udziału w wyborach okoliczność bycia pacjentem szpitala psychiatrycznego, tak jak jest to w niektórych państwach.

11 J. Buczkowski: *Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej*, Lublin 1998, s. 55.

rejestrowane jako wyborcy)¹². Oryginalnością odznacza się rozwiązanie przyjmowane w państwach będących byłymi koloniami brytyjskimi, w których prawa wyborcze przyznane są nie tylko ich obywatelom, ale również mieszkającym na ich terytoriach (przez określony czas) obywatelom innych państw *Commonwealthu* (Wspólnoty Narodów). Przykłady takich państw: Barbados, Belize, Gujana, Jamajka, Saint Lucia, Saint Vincent i Grenadyny, Trynidad i Tobago¹³. W samej Wielkiej Brytanii mogą natomiast kandydować do Izby Gmin również obywatele *Commonwealthu*, jak i Irlandii. Dodać w tym miejscu warto, że federalna ustawa wyborcza w Republice Federalnej Niemiec, regulując zakres czynnego i biernego prawa wyborczego, w ogóle nie używa pojęcia „obywatel” lub „obywatelstwo”; prawa te przysługują „Niemcowi w rozumieniu artykułu 116 Ustawy Zasadniczej”.

Sporadycznie spotykanym uzupełnieniem wymogu posiadania obywatelstwa jest warunek urodzenia się w danym państwie; warunek taki znany jest prawu boliwijskiemu i kolumbijskiemu, z tym że w przypadku pierwszego z nich odnosi się do wyborów do obu izb parlamentu, natomiast drugiego – wyłącznie do wyborów do izby drugiej¹⁴.

Przy tej okazji dodajmy na marginesie, że Traktat z Maastricht rozciągnął czynne i biernie prawo wyborcze w wyborach lokalnych na obywateli Unii Europejskiej; traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy uczynił to samo, uznając prawo głosowania i kandydowania tej kategorii obywateli „w Państwie Członkowskim, w którym mają miejsce zamieszkania, na takich samych warunkach jak obywatele tego Państwa” (art. 1–10 ust. 2)

Warto też wspomnieć o państwach, w których ustanowiony jest minimalny okres posiadania obywatelstwa, niezbędny do korzystania

12 Rzadko przyjmowanym rozwiązaniem jest nieprzyznanie tego prawa jednostkom posiadającym jednocześnie obywatelstwo innego jeszcze państwa (np. Bangladesz, Białoruś, Chile, Litwa).

13 W przeszłości należała do tej grupy państw m.in. Australia. W Kanadzie również odstąpiono od tej zasady w stosunku do Izby Gmin, nadal jednak obowiązuje przepis Aktu Konstytucyjnego z 1867 r., stanowiący, iż senator „ma być albo urodzonym poddanym Korony Brytyjskiej, albo poddanym Korony Brytyjskiej naturalizowanym ustawą Parlamentu Wielkiej Brytanii lub Parlamentu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii lub legislatury jednej z prowincji Dolnej Kanady, Górnej Kanady, Kanady, Nowej Szkocji i Nowego Brunswiku przed utworzeniem Unii” (art. 23).

14 W USA dotyczy on kandydatów na urząd prezydenta.

z biernego prawa wyborczego. W USA – jak wiadomo – w skład Izby Reprezentantów mogą wejść jedynie osoby, które są obywatelami USA od 7 lat, senatorami mogą zostać tylko ci, którzy obywatelstwo to posiadają przynajmniej 9 lat, zaś wobec prezydenta jest przyjęty cenzus 14-letni. Przypadek USA nie jest odosobniony. Od momentu naturalizacji do otrzymania prawa kandydowania, np. w Armenii, musi przejść 5 lat, we Francji, Dominikanie i Kostaryce – 10 lat, w Argentynie w przypadku wyborów do izby pierwszej (Izby Deputowanych) – 4 lata, a izby drugiej (Senatu) – 6 lat, zaś w Urugwaju odpowiednio 5 i 7 lat; w Panamie żąda się 15-letniego pobytu po przyznaniu obywatelstwa.

Osobliwym przypadkiem odejścia od sztywnych ram cenzusu obywatelstwa były rozwiązania przyjmowane od lat pięćdziesiątych aż po lata dziewięćdziesiąte ubiegłego wieku w szeregu polskich ustaw wyborczych (odnoszących się zarówno do wyborów parlamentarnych, lokalnych, a nawet prezydenckich), które nadawały prawa wyborcze bezpaństwowcom¹⁵. Część z nich umożliwiała apatrydom korzystanie nawet z biernego prawa wyborczego. W następstwie przeprowadzonej w 1960 r. nowelizacji ordynacji wyborczej do Sejmu PRL z 24 października 1956 r., prawo to przysługiwało m.in. osobom, których obywatelstwo polskie nie zostało stwierdzone, jeśli stale zamieszkiwały w Polsce i nie były obywatelami innego państwa. Ordynacja wyborcza do Sejmu PRL i rad narodowych z 17 stycznia 1976 r. zawężyła zastosowanie tej reguły do bezpaństwowców przebywających stale w Polsce przez co najmniej 5 lat. Z kolei ordynacja wyborcza do rad gmin z 8 marca 1990 r., również akceptująca uprawnienia wyborcze bezpaństwowców, ograniczyła ich krąg do osób zamieszkujących w Polsce co najmniej od dwóch lat. Kwestia przyznana apatrydom praw wyborczych była zawsze przedmiotem gorących sporów, również w latach dziewięćdziesiątych w toku prac nad kolejnymi ustawami wyborczymi¹⁶. Obecnie w Polsce cenzus obywatelstwa jest uznanym i rygory-

15 Przeglądu tych rozwiązań dokonuje J. Buczkowski: *op. cit.*, s. 56 i n. Celna jest uwaga Z. Jarosza (Z. Jarosz, S. Zawadzki, *op. cit.*, s. 303), że przykłady tego rodzaju rozstrzygnięć można znaleźć tylko w niektórych konstytucjach uchwalanych w okresach rewolucyjnych (np. konstytucja jakobińska z 1793 r. i konstytucja Rosyjskiej Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Radzieckiej z 1918 r.).

16 Zob. J. Buczkowski, *op. cit.* s. 57 i n.

stycznie przestrzeganym prawnym elementem zasady powszechności i wolności wyborów¹⁷.

Wspomniana wyżej zasada domicylu, której istotą jest przyznanie praw wyborczych jednostkom przebywającym przez określony czas w okręgu wyborczym lub na terytorium państwa, jest regułą stosowaną nadal w wielu państwach w wyborach parlamentarnych¹⁸. Dzieje się tak pomimo sprzeczności tej zasady z międzynarodowymi standardami wyborów demokratycznych, które uznają za dopuszczalne jej uwzględnianie wyłącznie w wyborach lokalnych i regionalnych, i to w ograniczonym zakresie – może ona obejmować jedynie kilkumiesięczny okres zamieszkania, zaś dłuższy tylko ze względu na konieczność ochrony interesów mniejszości narodowościowych¹⁹. Trudno jest jednak nie zauważać wyraźnie zarysowującej się tendencji do odstępowania od wymogu domicylu w wyborach ogólnokrajowych bądź – przynajmniej – jego ograniczania do krótszych okresów.

Ustalone w poszczególnych państwach wymagane okresy zamieszkania (pobytu) w państwie są bardzo zróżnicowane; np. w Albanii – 6 miesięcy, w Nowej Zelandii, na Bahama i Dominice – 1 rok, w Armenii, Zimbabwie i na Ukrainie – 5 lat, na Barbadosie – 7 lat, a w Kostaryce i Norwegii – aż 10 lat; często formułowany jest po prostu tylko wymóg „zamieszkiwania” lub „stałego zamieszkiwania” (pobytu)

-
- 17 Wyjątkiem są wybory do rad gmin, uczestniczyć w nich bowiem mogą – w wyniku nowelizacji z 20 kwietnia 2004 r. ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw z 16 lipca 1998 r. – obywatele Unii Europejskiej niebędący obywatelami polskimi, którzy najpóźniej w dniu głosowania ukończyli 18 lat i stale zamieszkują na obszarze danej gminy, a oprócz tego zostali wpisani do prowadzonego w tej gminie stałego rejestru wyborców najpóźniej na 12 miesięcy przed dniem wyborów, chyba że są pozbawieni prawa wybierania w państwie członkowskim Unii Europejskiej, którego są obywatelami. Co się zaś tyczy prawa wybieralności w wyborach do rad gmin, to obowiązują te same wymagania i – dodatkowo – warunek posiadania biernego prawa wyborczego w państwie, którego dana osoba jest obywatelem.
- 18 Spośród 63 poddanych przed kilku laty badaniom państw demokratycznych wymóg zamieszkiwania przez wyborców okręgu wyborczego ustanowiony był w 18 państwach (średni okres – 3 miesiące), zaś w danym państwie w 18 (średni okres – 12 miesięcy). Zob. A. Blais, L. Massicotte, A. Yoshinaka: *op. cit.*, s. 54–56.
- 19 Zob. *International Standards and Commitments on the Right to Democratic Elections: A Practical Guide To Democratic Elections Best Practice*, Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warszawa 2002, s. 31. Kodeks dobrej praktyki wyborczej oraz projekt konwencji o standardach wyborów, praw i wolności dopuszczają możliwość ustanawiania okresów nieprzekraczających 6 miesięcy.

bez precyzowania jego długości – np. Belgia, Białoruś, Dania, Gruzja, Litwa, Rumunia, Słowacja, USA²⁰. O wiele rzadziej – sporadycznie – podstawę tego typu zasady stanowi zamieszkiwanie w okręgu wyborczym, w którym się kandyduje (np. w Brazylii, Dominikanie²¹, Indiach w wyborach do izby drugiej – Rady Stanów, Panamie²², natomiast w wyborach do Kongresu Stanów Zjednoczonych – w stanie, w którym następuje wybór, a w Nikaragui we właściwym departamencie lub autonomicznym regionie).

W Polsce aktualnie cenzus domicylu jest przewidziany tylko w odniesieniu do wyborów do organów uchwalodawczych samorządu terytorialnego; jest nim generalny wymóg stałego zamieszkiwania na obszarze działania danej rady. Nie stosuje się natomiast obecnie tego cenzusu wobec kandydatów w wyborach parlamentarnych i prezydenckich, ustanowionego w nie tak dawnej przeszłości pod wpływem doświadczeń wiążących się z przebiegiem wyborów prezydenckich w 1990 r. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1991 r. o zmianie Konstytucji RP wprowadziła – jako warunek ubiegania się o mandat posła i senatora – cenzus stałego zamieszkiwania w Polsce przez co najmniej 5 lat. Oznaczało to jednocześnie konieczność jego zastosowania również w wyborach prezydenckich, gdyż w myśl wprowadzonego wcześniej do Konstytucji postanowienia Prezydentem mógł być obywatel polski, który ukończył 35 lat i korzystał w pełni praw wyborczych do Sejmu. Sytuacja uległa diametralnej zmianie wskutek pominięcia w Małej Konstytucji z 19 października 1992 r. nie tylko wymogu przestrzegania w tych wyborach cenzusu domicylu, ale również warunku „korzystania z pełni praw wyborczych do Sejmu”, zamiast którego wprowadzono ogólną przesłankę legitymizowania się „korzystaniem z pełni praw wyborczych” (art. 29 ust. 5). Oznaczało to pozbawienie podstawy odwoływania się do przepisów określających warunki spełnienia tej przesłanki w wyborach parlamentarnych (art. 96 Małej Konstytucji, a także postanowień ordynacji wyborczej do Sejmu RP z 28 czerwca 1991 r. i – później – ordynacji

20 W Szwecji prawo głosowania w wyborach do Riksdagu przysługuje „obywatelowi szwedzkiemu, który kiedykolwiek zamieszkiwał na terenie Królestwa” (rozdz. 3 § 2 Aktu o formie rządu z 26 listopada 1974 r.).

21 Minimum 5 lat zamieszkiwania w okręgu wyborczym.

22 Minimum rok zamieszkiwania w okręgu wyborczym.

wyborczej do Sejmu RP z 28 maja 1993 r.), które nadal stwierdzały istnienie cenzusu 5-letniego domicylu²³.

Przedmiotem znacznej różnicy zdań jest wykluczanie od udziału w wyborach osób odbywających w czasie ich trwania karę pozbawienia wolności i – ewentualnie dodatkowo – osób, które odbyły już wcześniej karę za popełnione przestępstwo. Najczęściej przytaczanym argumentem przeciwko takiemu ograniczaniu powszechności praw wyborczych jest twierdzenie, że współcześnie głównym celem orzekanych przez sądy kar jest resocjalizacja przestępców, a nieprzyznanie więźniom wspomnianych praw nie sprzyja realizacji tego celu, gdyż utrudnia ich społeczną reintegrację²⁴. Oponenci z kolei wskazują na praktyczne trudności wiążące się z uczestnictwem w wyborach omawianej tu kategorii osób. Przede wszystkim jednak powołują się na istnienie „umowy społecznej”, obligującej wszystkich członków wspólnoty państwowej do przestrzegania porządku prawnego. Jeżeli ktoś go narusza, staje się niegodnym, by uczestniczyć w życiu społecznym, w zachodzących w nim demokratycznych procesach politycznych. Jak pisze Z. Planinc, wspomniana „jednomyślna umowa wprost odpowiada na pytanie dotyczące demokratycznych praw wyborczych: tylko obywatel ma prawo głosowania, i nie powinno być uzasadnione uznawanie przestępców za obywateli”²⁵. W moim przekonaniu drugie stanowisko, zwłaszcza w odniesieniu do prawa wybieralności, zdaje się być przekonujące, chociaż wydaje się być nieco przesadzone wówczas, gdy głosząc je, odmawia się w ogóle obywatelstwa osadzonemu w zakładach karnych. Podkreślić jednak należy, że w dokumentach stanowiących próbę kodyfikacji demokratycznych standardów wyborczych nie znajdziemy opowiedzenia się za którymsz z prezentowanych wyżej poglądów; zezwalają one na wyłączenie z udziału w wyborach – zarówno w zakresie czynnego, jak i biernego prawa wyborczego – osób, wobec których uprawomocnił się

-
- 23 Takie stanowisko zajął również Trybunał Konstytucyjny w dokonanej w dniu 26 czerwca 1995 r. powszechnie obowiązującej wykładni prawa (Dz.U. Nr 78, poz. 398). Szerzej zob. np. D. Górecki, *Ewolucja przepisów dotyczących trybu wyboru prezydenta w polskim prawie konstytucyjnym*, Przegląd Sejmowy 1996, nr 2, s. 18–19.
- 24 Zob. np. B. Rottinghaus, C. Manatt, K. Manatt: *Incarceration and Enfranchisement: International Practices, Impact and Recommendations for Reform*, Waszyngton 2003, s. 5.
- 25 Z. Planinc: *Should Imprisoned Criminals Have a Constitutional Right to Vote?*, “Canadian Journal of Law and Society” 1987, vol. 2, no. 2, s. 154.

wyrok sądu w następstwie popełnienia przestępstwa kryminalnego, ale też tego nie nakazują²⁶. Takie postawienie sprawy koreluje z wielością zapatrywań ustawodawców na zagadnienie, o którym tu mowa.

Zapatrywania te znajdują odbicie w czterech rodzajach rozwiązań:

- 1) przyznaniu skazanym praw wyborczych bez jakichkolwiek ograniczeń,
- 2) przyznaniu ich z pewnymi – mniej lub dalej idącymi – ograniczeniami,
- 3) całkowitym wykluczeniu z wyborów,
- 4) całkowitym wykluczeniu nie tylko w okresie odbywania kary, ale również w pewnym okresie po jej ukończeniu²⁷.

Do grupy państw, w których ustawodawstwo wyborcze nie przewiduje żadnych ograniczeń należą: Chorwacja, Francja, Finlandia, Litwa, Norwegia, Portugalia, Szwecja. Druga grupa państw nie jest jednolita pod względem uregulowań prawnych. Przeważnie nie są wprowadzane w nich restrykcje wyborcze wobec jednostek, w stosunku do których orzeczono określoną krótkoterminową karę pozbawienia wolności (np. na Malcie poniżej 1 miesiąca, w Botswanie, Irlandii i Zimbabwie poniżej 6 miesięcy, w Australii, Holandii i Wielkiej Brytanii poniżej 1 roku²⁸) lub restrykcje te są rozciągane na osoby, które popełniły ciężkie przestępstwa, zbrodnie (np. Grecja, Japonia, Włochy)²⁹. Są też takie kraje, w których biernego prawa nie posiadają osoby skazane za określony typ przestępstwa (np. w Izraelu za przestępstwo przeciwko państwu na karę co najmniej 5 lat pozbawienia wolności³⁰). Do tej grupy państw zalicza się również Polska, ze swoim unikalnym – przy-

26 Tak np. art. 8 ust. 1.6 projektu konwencji o standardach wyborów, praw i wolności wyborczych.

27 Taką klasyfikację państw w odniesieniu do korzystania z prawa głosowania przyjęli B. Rottinghaus, C. Manatt i K. Manatt, *op. cit.*, s. 20 i n. Najczęściej przyjmowanym rozwiązaniem zdaje się być wymienione jako trzecie, na co wskazywać mogą wyniki badań, przedmiotem których jest analiza porównawcza przesłanek ograniczania czynnego prawa wyborczego – zob. tamże oraz A. Blais, L. Massicotte, A. Yoshinaka, *op. cit.*, s. 58.

28 W Lesotho prawa wyborcze są odebrane jedynie skazanym na karę dożywotniego więzienia lub karę śmierci.

29 W tym kierunku idzie dotyczące tej sprawy postanowienie kodeksu dobrej praktyki wyborczej, w którym mówi się o „poważnym przestępstwie” (Part I pkt 1.1.d.IV).

30 W Danii nie może sprawować mandatu osoba „ukarana za popełnienie występku, który w opinii publicznej czyni ją niegodną bycia członkiem Folketingu. Uchwała w tej spra-

znać trzeba „łagodnym” – rozwiązaniem polegającym na pozbawieniu zdolności głosowania i kandydowania wyłącznie tych jednostek, wobec których wraz z orzeczeniem kary pozbawienia wolności orzeczono – jako dodatkowy środek karny – pozbawienie praw publicznych. Więźniowie całkowicie nie posiadają biernego prawa wyborczego (a zwykle też i czynnego), m.in. w Argentynie, Bułgarii, Chile, Estonii, Korei Południowej, Meksyku, Peru, Rosji, Rumunii, Słowacji, Urugwaju, jak również na Węgrzech. Jako przykłady państw, w których zdecydowano się na przyjęcie czwartego typu rozwiązań, wymieńmy Belgię i Filipiny, gdzie po odbyciu wyroku obowiązuje 5-letni okres „karencji”, Finlandię – 7-letni czy Chile – 10-letni³¹.

Wskazane, przewidziane prawem, trzy pierwsze formy dyskwalifikacji z procesu wyborczego nie kolidują ze standardami wyborów demokratycznych. Kwestią dyskusyjną jest jedynie zasadność przedłużania okresu trwania takiej dyskwalifikacji o pewien czas po odbyciu wyroku. Z pewnością zachodzi natomiast rozbieżność ze wspomnianymi standardami, gdy są eliminowane osoby aresztowane, a więc jeszcze nieosądzone, wobec których nie zapadł wyrok sądowy (np. Bangladesz, Białoruś, Chile, Meksyk). Tego rodzaju restrykcja jest nie do pogodzenia z elementarnymi zasadami państwa prawa i czyni realną groźbę niedopuszczania do udziału w wyborach jednostek politycznie „niewygodnych”.

Zastrzeżeń takich nie wzbudza odebranie praw wyborczych w wyniku orzeczenia sądowego podjętego wskutek dokonanego przestępstwa przeciwko wyborom (np. Francja, Japonia, Kanada, Korea Południowa, Łotwa, Paragwaj, Republika Południowej Afryki, Wielka Brytania) oraz gdy taka kara jest stosowana w następstwie wdrożenia procedury

wie podejmowana jest przez Folketing dopiero po wyborach, po obliczeniu wyników głosowania.

- 31 W USA zakres podmiotowy wyłączeń z powodu popełnienia przestępstwa nie jest jednakowy we wszystkich stanach; w części stanów obejmuje nawet osoby nieprzebywające w zakładach karnych. W 14 stanach z praw wyborczych nie mogą korzystać tylko osadzeni w więzieniach, w 4 – więźniowie i warunkowo zwolnieni, w 16 – więźniowie warunkowo zwolnieni i znajdujący pod kuratelą sądową, w 14 wszyscy wymienieni ostatnio oraz niektórzy lub wszyscy, którzy byli wcześniej karani.; w 2 stanach (Maine i Vermont) nie ma żadnych wyłączeń. Zob. J. Manza, C. Uggen: *Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States*, Perspectives on Politics 2004, vol. 2, no. 3, s. 494.

odpowiedzialności konstytucyjnej, jak to ma miejsce choćby w Polsce (jedną z kar, które może wymierzyć Trybunał Stanu, jest utrata czynnego i biernego prawa wyborczego na okres od 2 do 10 lat).

Poza opisanymi wyżej ograniczeniami biernego prawa wyborczego przyjmowane są jeszcze inne, nie zawsze zgodne ze standardami wyborów wolnych. W szczególności należy postawić pytanie o relację pomiędzy tymi standardami a pozbawieniem w niektórych państwach możliwości ubiegania się o mandaty pewnych kategorii osób ze względu na sprawowane przez nie określone funkcje lub stanowiska państwowe, czego najczęstszym celem jest realizacja idei podziału władzy i powiązanej z nią zasady *incompatibilitas*³², czy też stworzenie gwarancji należytego, niezależnego wypełniania przez mandatariuszy zadań reprezentantów narodu, niewykłanych w stosunki zależności od pozaparlamentarnych ośrodków władztwa państwowego, a z drugiej strony – zapewnienie apolityczności pewnej grupie funkcjonariuszy państwowych. Jako argument podnosi się oprócz tego możliwość wykorzystywania sprawowanych stanowisk lub funkcji do wywierania presji na wyborców, co ograniczałoby ich wolność. Zakres ustanawianych wyłączeń nie jest jednolity, co jest uwarunkowane różnymi spojrzeniami na sens i istotę podziału władzy, różnymi systemami rządów, ogólnym stopniem wdrażania demokratycznych standardów sprawowania władzy państwowej, tradycjami historycznymi. Niektóre z ograniczeń są specyficzne tylko dla jednego czy kilku państw, są też takie, które ustanowione zostały z myślą o osiągnięciu innych celów aniżeli uprzednio wymienione. Zwykle jednak odnoszą się one do osób sprawujących najwyższe – przewidziane w konstytucji – urzędy państwowe oraz wybieralne stanowiska na szczeblu lokalnym lub regionalnym, sędziów, członków sił zbrojnych i policji, służby cywilnej lub innych instytucji ponoszących odpowiedzialność publiczną³³.

32 Jak to celnie ujął polski Trybunał Konstytucyjny, zasadę tę stosuje się, „jeżeli jest to konieczne ze względu na ochronę wiarygodności sprawowanej funkcji lub poprawność jej spełniania, /.../ w takim zakresie, w jakim konstytucja uznaje, że spełnianie określonej funkcji państwowej wymaga unikania możliwości powstania konfliktu interesów, gdy poszczególne funkcje czy działania podejmowane przez tę samą osobę popadną ze sobą w kolizję”. Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 lutego 1996 r., sygn. akt W.11/95. OTK ZU 1996, nr 1, poz. 5, s. 63.

33 W części państw należących do Unii Europejskiej jest wprowadzony zakaz symultanicznego członkostwa parlamentu narodowego i Parlamentu Europejskiego – np. w Austrii,

Zastrzec od razu musimy, że ustanowienie zasady *incompatibilitas* wcale nie musi oznaczać automatycznego pozbawienia jednostek nią objętych biernego prawa wyborczego. Możliwe jest bowiem dopuszczenie ich do rywalizacji wyborczej, a dopiero później – w razie otrzymania mandatu – pod rygiorem jego wygaśnięcia złożenie rezygnacji z zajmowanego w dniu wyborów stanowiska lub pełnionej funkcji. Taka właśnie konstrukcja prawna jest dominująca. Występuje ona aktualnie m.in. w polskim prawie wyborczym: wygaśnięcie mandatu posła (senatora) następuje, jeżeli nie złoży on Marszałkowi Sejmu (senator – Marszałkowi Senatu), w terminie 14 dni od dnia ogłoszenia przez Państwową Komisję Wyborczą wyników wyborów, oświadczenia o rezygnacji ze stanowiska lub funkcji niedających się pogodzić z mandatem. Nie mamy tu do czynienia z utratą prawa wybieralności i to niezależnie od tego, czy konstytucja mówi – odniesieniu do pewnej kategorii osób – o zakazie łączenia mandatu poselskiego (senatorskiego), a w stosunku do innej – o zakazie sprawowania tego mandatu³⁴. W świetle Kon-

Belgii, Grecji (nie dotyczy on po dwóch przedstawicieli każdej z reprezentowanych partii), Hiszpanii, i Portugalii; w Finlandii deputowani do parlamentu tego kraju zawieszają wykonywanie mandatu na okres członkostwa Parlamentu Europejskiego, zaś w Irlandii przewodniczący obu izb parlamentu narodowego są wykluczani ze składu Parlamentu Europejskiego. Zob. *National Provisions Concerning Ineligibility and Incompatibility with Regard to the European Parliament, Working Document*, European Parliament, Directorate General for Research, ECPRD Secretariat, Luxembourg 1997, s. 4–5. Nadmienimy jeszcze, że Rezolucja 1154 (1998) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy – *Democratic Functioning of National Parliaments* – zaleca redukowanie do minimum symultanicznego sprawowania funkcji pochodzących z wyboru.

- 34 W myśl art. 103 ust. 1 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. mandatu posła (a tym samym i senatora, co wynika z art. 108) nie można łączyć z funkcją Prezesa Narodowego Banku Polskiego, Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka i ich zastępców, członka Rady Polityki Pieniężnej, członka Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, ambasadora oraz z zatrudnieniem w Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezydenta RP lub z zatrudnieniem w administracji rządowej. Art. 103 ust. 2 głosi zakaz sprawowania mandatu przez osoby należące do określonego korpusu zawodowego: sędziów, prokuratorów, urzędników służby cywilnej, żołnierzy pozostających w czynnej służbie wojskowej, funkcjonariuszy policji oraz funkcjonariuszy służb ochrony państwa. Konstytucja postanawia oprócz tego, że inne przypadki zakazu łączenia mandatu parlamentarnego z funkcjami publicznymi oraz zakazu jego sprawowania może określić ustawa (art. 103 ust. 3). Zdaniem P. Sarneckiego (*Opinia w sprawie niepołączalności mandatu posła albo senatora z zatrudnieniem w administracji rządowej*, „Przegląd Sejmowy” 1997, nr 6, s. 85) i D. Lis–Staranowicz: (*Niepołączalność (incompatibilitas) mandatu parlamentarnego w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2000, nr 1, s. 31) sformułowanie „nie mogą sprawować mandatu poselskiego”, użyte w art. 103 ust. 2 Konstytucji, oznacza, że osoby, których dotyczy, w ogóle nie po-

stytucji RP, bezwzględna niewybieralność dotyczy jedynie Prezydenta RP, który – jak stanowi art. 132 – „nie może piastować żadnego innego urzędu ani żadnej funkcji publicznej, z wyjątkiem tych, które są związane ze sprawowanym urzędem”. Nadmienmy jeszcze, że z art. 100 ust. 2, stwierdzającego: „nie można kandydować równocześnie do Sejmu i Senatu”, wynika zakaz jednoczesnego piastowania mandatów w obu izbach. Przepis ten nie zabrania jednak posłowi ubiegania się o mandat senatora w wyborach uzupełniających, pod warunkiem zrzczenia się mandatu poselskiego, gdyby nastąpił wybór na senatora³⁵.

Z całą oczywistością przedstawiony sposób rozwiązania problemu, nieuszczipający zakresu stosowania biernego prawa wyborczego, całkowicie przystaje do standardów wyborów wolnych. W moim przekonaniu, oddala się od nich nieco (choć też nie można powiedzieć, że popada z nimi w sprzeczność) obowiązująca w niektórych państwach reguła całkowicie wyłączająca możliwość korzystania z prawa wybieralności ze względu na zajmowane stanowisko, sprawowany urząd, czy funkcję, chyba że dotyczy wykluczenia pewnych kategorii osób ze względu na zagrożenie z ich strony czystości, uczciwości przebiegu procesu wyborczego. Podajmy kilka przykładów. Szeroki katalog osób niemających prawa wybieralności jest ustanowiony w Hiszpanii – tworzą go m.in. członkowie rodziny królewskiej, Trybunału Konstytucyjnego, Prezes Izby Obrachunkowej, Przewodniczący Rady Państwa, wysocy funkcjonariusze administracji państwa (z wyłączeniem członków rządu – poza ministrem sprawiedliwości), Obrońca Ludu, szefowie akredytowanych misji Hiszpanii w obcych państwach lub organizacjach międzynarodowych, czynni sędziowie i prokuratorzy, zawodowi

siadają biernego prawa wyborczego, czyli ich kandydowanie jest całkowicie wykluczone. Moim zdaniem, trafny wydaje się być pogląd odmienny: sformułowania tego nie wolno odnosić do prawa wybieralności, gdyż wszelkie jego ograniczenia muszą *expressis verbis* wynikać z konstytucji, a zatem pozbawienie w oparciu o nie biernego prawa wyborczego przez ustawę jest niedopuszczalne – tak L. Garlicki: *Komentarz do art. 103 Konstytucji RP*, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, s. 8; K. Grajewski: *Zagadnienia ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora*, Przegląd Sejmowy 2000, nr 1, s. 52–53.

- 35 Tak J. Repel: *Uwaga do art. 102*, (w:) *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 179; B. Banaszak: *Zasada niepołączalności mandatu parlamentarnego w prawie polskim*, Przegląd Sejmowy 2003, nr 2, s. 14.

Zastrzec od razu musimy, że ustanowienie zasady *incompatibilitas* wcale nie musi oznaczać automatycznego pozbawienia jednostek nią objętych biernego prawa wyborczego. Możliwe jest bowiem dopuszczenie ich do rywalizacji wyborczej, a dopiero później – w razie otrzymania mandatu – pod rygorem jego wygaśnięcia złożenie rezygnacji z zajmowanego w dniu wyborów stanowiska lub pełnionej funkcji. Taką właśnie konstrukcją prawną jest dominująca. Występuje ona aktualnie m.in. w polskim prawie wyborczym: wygaśnięcie mandatu posła (senatora) następuje, jeżeli nie złoży on Marszałkowi Sejmu (senator – Marszałkowi Senatu), w terminie 14 dni od dnia ogłoszenia przez Państwową Komisję Wyborczą wyników wyborów, oświadczenia o rezygnacji ze stanowiska lub funkcji niedających się pogodzić z mandatem. Nie mamy tu do czynienia z utratą prawa wybieralności i to niezależnie od tego, czy konstytucja mówi – odniesieniu do pewnej kategorii osób – o zakazie łączenia mandatu poselskiego (senatorskiego), a w stosunku do innej – o zakazie sprawowania tego mandatu³⁴. W świetle Kon-

Belgii, Grecji (nie dotyczy on po dwóch przedstawicieli każdej z reprezentowanych partii), Hiszpanii, i Portugalii; w Finlandii deputowani do parlamentu tego kraju zawieszają wykonywanie mandatu na okres członkostwa Parlamentu Europejskiego, zaś w Irlandii przewodniczący obu izb parlamentu narodowego są wykluczani ze składu Parlamentu Europejskiego. Zob. *National Provisions Concerning Ineligibility and Incompatibility with Regard to the European Parliament, Working Document*, European Parliament, Directorate General for Research, ECPRD Secretariat, Luxembourg 1997, s. 4–5. Nadmienimy jeszcze, że Rezolucja 1154 (1998) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy – *Democratic Functioning of National Parliaments* – zaleca redukowanie do minimum symultanicznego sprawowania funkcji pochodzących z wyboru.

- 34 W myśl art. 103 ust. 1 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. mandatu posła (a tym samym i senatora, co wynika z art. 108) nie można łączyć z funkcją Prezesa Narodowego Banku Polskiego, Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka i ich zastępców, członka Rady Polityki Pieniężnej, członka Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, ambasadora oraz z zatrudnieniem w Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezydenta RP lub z zatrudnieniem w administracji rządowej. Art. 103 ust. 2 głosi zakaz sprawowania mandatu przez osoby należące do określonego korpusu zawodowego: sędziów, prokuratorów, urzędników służby cywilnej, żołnierzy pozostających w czynnej służbie wojskowej, funkcjonariuszy policji oraz funkcjonariuszy służb ochrony państwa. Konstytucja postanawia oprócz tego, że inne przypadki zakazu łączenia mandatu parlamentarnego z funkcjami publicznymi oraz zakazu jego sprawowania może określić ustawa (art. 103 ust. 3). Zdaniem P. Sarneckiego (*Opinia w sprawie niepołączalności mandatu posła albo senatora z zatrudnieniem w administracji rządowej*, „Przegląd Sejmowy” 1997, nr 6, s. 85) i D. Lis-Staranowicz: (*Niepołączalność (incompatibilitas) mandatu parlamentarnego w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, Przegląd Sejmowy 2000, nr 1, s. 31) sformułowanie „nie mogą sprawować mandatu poselskiego”, użyte w art. 103 ust. 2 Konstytucji, oznacza, że osoby, których dotyczy, w ogóle nie po-

stytucji RP, bezwzględna niewybieralność dotyczy jedynie Prezydenta RP, który – jak stanowi art. 132 – „nie może piastować żadnego innego urzędu ani żadnej funkcji publicznej, z wyjątkiem tych, które są związane ze sprawowanym urzędem”. Nadmienmy jeszcze, że z art. 100 ust. 2, stwierdzającego: „nie można kandydować równocześnie do Sejmu i Senatu”, wynika zakaz jednoczesnego piastowania mandatów w obu izbach. Przepis ten nie zabrania jednak posłowi ubiegania się o mandat senatora w wyborach uzupełniających, pod warunkiem zrzczenia się mandatu poselskiego, gdyby nastąpił wybór na senatora³⁵.

Z całą oczywistością przedstawiony sposób rozwiązania problemu, nieuszczipający zakresu stosowania biernego prawa wyborczego, całkowicie przystaje do standardów wyborów wolnych. W moim przekonaniu, oddala się od nich nieco (choć też nie można powiedzieć, że popada z nimi w sprzeczność) obowiązująca w niektórych państwach reguła całkowicie wyłączająca możliwość korzystania z prawa wybieralności ze względu na zajmowane stanowisko, sprawowany urząd czy funkcję, chyba że dotyczy wykluczenia pewnych kategorii osób ze względu na zagrożenie z ich strony czystości, uczciwości przebiegu procesu wyborczego. Podajmy kilka przykładów. Szeroki katalog osób niemających prawa wybieralności jest ustanowiony w Hiszpanii – tworzą go m.in. członkowie rodziny królewskiej, Trybunału Konstytucyjnego, Prezes Izby Obrachunkowej, Przewodniczący Rady Państwa, wysocy funkcjonariusze administracji państwa (z wyłączeniem członków rządu – poza ministrem sprawiedliwości), Obrońca Ludu, szefowie akredytowanych misji Hiszpanii w obcych państwach lub organizacjach międzynarodowych, czynni sędziowie i prokuratorzy, zawodowi

siadają biernego prawa wyborczego, czyli ich kandydowanie jest całkowicie wykluczone. Moim zdaniem, trafny wydaje się być pogląd odmienny: sformułowania tego nie wolno odnosić do prawa wybieralności, gdyż wszelkie jego ograniczenia muszą *expressis verbis* wynikać z konstytucji, a zatem pozbawienie w oparciu o nie biernego prawa wyborczego przez ustawę jest niedopuszczalne – tak L. Garlicki: *Komentarz do art. 103 Konstytucji RP*, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, s. 8; K. Grajewski: *Zagadnienia ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora*, Przegląd Sejmowy 2000, nr 1, s. 52–53.

35 Tak J. Repel: *Uwaga do art. 102*, (w:) *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 179; B. Banaszak: *Zasada niepołączalności mandatu parlamentarnego w prawie polskim*, Przegląd Sejmowy 2003, nr 2, s. 14.

wojskowi, czynni członkowie sił i korpusów bezpieczeństwa i policji, członkowie komisji wyborczych, dyrektor generalny Radia i Telewizji Hiszpańskiej, jak i w ogóle dyrektorzy stacji publicznych radia i telewizji. W Portugalii są to następujące osoby: Prezydent Republiki, cywilni gubernatorzy i wicegubernatorzy, sędziowie, prokuratorzy, personel wojskowy i członkowie sił zbrojnych, dyplomaci, członkowie Państwowej Komisji Wyborczej. W Moldawii: żołnierze, sędziowie, prokuratorzy, pracownicy policji i organów bezpieczeństwa. Z kolei w Izraelu są nimi: prezydent, naczelnicy rabinów, sędziowie, sędzia trybunału religijnego, Kontroler Państwa, Szef Sztabu Generalnego Obrony Sił Zbrojnych Izraela, rabinowie oraz duchowni innych wyznań w czasie zajmowania płatnego stanowiska, wyżsi urzędnicy państwowi oraz oficerowie Sił Zbrojnych, posiadający stopnie określone przez ustawę albo pełniące określone w niej funkcje, policjanci i strażnicy więzienni.

Do wolnych wyborów bardziej jest dostosowane inne rozwiązanie omawianego tu problemu, polegające na uzależnieniu możliwości ubiegania się o mandaty parlamentarne pewnej kategorii osób sprawujących określone funkcje publiczne od złożenia dymisji przed zgłoszeniem kandydatury³⁶. Przyjęła je m.in. konstytucja Grecji z 1975 r., która – po rewizji z 6 kwietnia 2001 r. – stanowi w art. 56 ust. 1, że spełnienie tego warunku dotyczy „pobierających wynagrodzenie funkcjonariuszy i pracowników publicznych, innych urzędników państwowych, osób służących w siłach zbrojnych i siłach bezpieczeństwa, urzędników samorządów terytorialnych lub innych osób prawnych prawa publicznego, osób stanowiących jednoosobowe, pochodzące z wyboru organy samorządu terytorialnego, prezesów, wiceprezesów lub przewodniczących rad nadzorczych, delegowanych administratorów lub wyposażonych w pełnomocnictwa doradców osób prawnych prawa prywatnego lub państwowych osób prawnych prawa prywatnego lub przedsiębiorstw publicznych lub przedsiębiorstw, których zarząd powoływany jest bezpośrednio lub pośrednio przez państwo na podstawie decyzji administracyjnej lub jako akcjonariusz lub przedsiębiorstw samorządów tery-

36 Za zgodne z zasadą wolnych takie rozwiązanie uznał Europejski Trybunał Praw Człowieka w związku sprawą *Ahmed and Others v. the United Kingdom*, 2 September 1998, No. Application 22954/93.

torialnych”³⁷. Warto dodać, że art. 56 ust. 3 konstytucji w odniesieniu do znacznego kręgu osób ustanawia zakaz kandydowania w jakimkolwiek okręgu wyborczym, w którym osoby te pełniły swoje funkcje, lub w okręgu, w którym rozciągały się ich kompetencje terytorialne w ciągu ostatnich 18 miesięcy czteroletniej kadencji Izby Deputowanych. W takiej sytuacji nie mogą ubiegać się o mandaty deputowanych m.in.: prezesi, wiceprezesi lub przewodniczący rad nadzorczych lub delegowani administratorzy lub wyposażeni w pełnomocnictwa doradcy osób prawnych prawa publicznego, wyżsi oficerowie sił zbrojnych i sił bezpieczeństwa, pobierający wynagrodzenie funkcjonariusze państwa, samorządów, ich przedsiębiorstw oraz wspomnianych wyżej osób prawnych, zajmujący stanowisko kierownicze jednostki szczebla departamentalnego lub inne równorzędne stanowiska określone ustawą, sekretarze generalni ministerstw albo samodzielnych lub regionalnych sekretariatów generalnych oraz wszyscy ci, których ustawa za takich uważa. Całkowitym zakazem kandydowania są objęci funkcjonariusze cywilni i wojskowi, których prawo zobowiązuje do pozostania na służbie przez określony czas. Warto dodać, że podobna regulacja warunków korzystania z biernego prawa wyborczego i systemu kryteriów dyskwalifikacji, przyjęta w wersji pierwotnej konstytucji Grecji z 1975 r., została pozytywnie oceniona przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, który uznał dopuszczalność ograniczeń sformułowanych w art. 56 ust. 3, gdyż osoby w nim wymienione, dzięki swej pozycji „znajdują się w lepszym położeniu z punktu widzenia wpływu na elektorat”, zaś co się tyczy dyskwalifikacji przewidzianych w art. 56 ust. 1, to służą dwóm celom „istotnym dla właściwego funkcjonowania i podtrzymywania demokratycznych reżimów, a mianowicie zapewnienia, by kandydaci mający różne przekonania polityczne korzystali z równych środków wpływu (ponieważ sprawujące urzędy publiczne mają okazję uzyskać nieuczciwą przewagę nad innymi kandydatami) oraz ochrony elektoratu przed presją takich urzędników, którzy, ze względu na swoją pozycję, są powołani do podejmowania – czasem ważnych – decyzji

37 Tłum. B. Zdaniuk – *Konstytucja Grecji*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005. Konstytucja grecka wyklucza powrót do służby żołnierzy, którzy podali się do dymisji. Wprowadzie nie objęła wskazanymi ograniczeniami profesorów szkół wyższych, ale ustanowiła niepotężalność wypełniania obowiązków profesora w czasie kadencji z funkcją deputowanego.

oraz korzystają z poważnego autorytetu w oczach zwykłych obywateli, co może wywierać wpływ na wybór kandydata”³⁸. Takie stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest przekonujące i ma walor powszechny. Kwestią dyskusyjną jest jednak, czy – dążąc do stworzenia przesłanek wyborów wolnych i uczciwych – konieczne jest przyjmowanie aż tak szerokiego wykazu ograniczeń w zakresie możliwości korzystania z biernego prawa wyborczego, jak to uczyniła konstytucja Grecji.

W przeciwieństwie do scharakteryzowanych dotąd ograniczeń biernego prawa wyborczego, nie są dostosowane do standardów wolnych wyborów, jako dyskryminujące pewne grupy społeczne, stosowane jeszcze gdzieś wyłączenia z powodu braku wykształcenia (np. Turcja, Nigeria – wymóg ukończenia szkoły podstawowej, Chile – szkoły średniej), analfabetyzmu (np. Brazylia, Filipiny), brak umiejętności czytania i pisanie w określonym języku (np. Botswana, Dominica, Saint Lucia – język angielski, a w Kenii dodatkowo suahili), zbankrutowania (np. Bangladesz, Francja, Gwatemala, Indie, Irlandia, Republika Południowej Afryki, Wielka Brytania, Zimbabwe), niskiego dochodu (np. Argentyna – roczny dochód nie mniejszy niż 2000 pesos), bycia osobą duchowną (np. Honduras, Meksyk), niepodporządkowania się nakazom określonej religii (np. Iran, Pakistan – islam). Tak samo należy ocenić uwarunkowanie posiadania prawa wybieralności od przynależności do partii (np. Brazylia, Nigeria)³⁹. Co najmniej kontrowersyjny jest zakaz kandydowania nałożony na członka parlamentu, który wystąpił ze swojej frakcji parlamentarnej i nie zrzekł się mandatu niezwłocznie po wystąpieniu (Izrael).

38 *Gitonas and Others v. Greece*, 1 July 1997, No. Applications 18747/91, 19376/92, 19379/92, 28208/95, 27755/95.

39 Mocno akcentuje to Komentarz Ogólny Komitetu Praw Człowieka do art. 25 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (§ 17).