

Bogusław Sygit, Damian Wąsik

Wybrane problemy ograniczania swobody wyznania przez kryminalizację praktyk religijnych na przykładzie wyroku Landgericht Köln Nr 151 NS 169

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 4, 271-279

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

Bogusław Sygit

Uniwersytet Łódzki

Damian Wąsik

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Wybrane problemy ograniczania swobody wyznania przez kryminalizację praktyk religijnych na przykładzie wyroku Landgericht Köln Nr 151 NS 169/11 (7.5.2012)

Słowa kluczowe: wolność religii, prawo do nietykalności osobistej, obrzezanie, obrażenia ciała, odpowiedzialność karna lekarzy

W literaturze często wyrażany jest pogląd, że prawo jest strukturalnie powiązane z istnieniem organizacji państwowej. Z organizacją państwową nie jest jednak strukturalnie powiązana moralność. Moralność pełni tę samą funkcję co prawo, religia, obyczaj etc., czyli jest swoistym systemem za pośrednictwem którego poddaje się kontroli zachowania członków społeczeństwa. W pluralistycznych społeczeństwach, a wiele współczesnych społeczeństw ma właśnie taki charakter, z zasady współistnieje ze sobą wiele różnych moralności. Inna jest moralność ludzi wierzących, a inna ludzi niewierzących. W wielu państwach pluralizm etyczny to rezultat wieloetnicznej i wielokulturowej struktury społeczeństwa. Słusznie wskazuje L. Morawski, że pluralizm etyczny współczesnych społeczeństw niekiedy stawia prawo przed trudnym zadaniem godzenia ze sobą niezgodnych opcji moralnych, a jednym z podstawowych zadań porządku prawnego jest obrona prawa mniejszości (etnicznych, kulturowych, religijnych i innych) do posiadania własnych przekonań moralnych i religijnych i życia zgodnie z nimi w takim zakresie, w jakim nie wyrządza to szkody innym członkom społeczeństwa, żyjącym według innych reguł¹.

Zasadność powyższych stwierdzeń wyraża się m.in. w postanowieniach najważniejszych aktów prawa międzynarodowego, dotyczących praw człowieka i obywatela. Zgodnie z art. 9 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61,

¹ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2005, s. 41, 44. W przedmiocie pluralizmu etycznego na gruncie prawnokarnym zob. również B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009; M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010.

poz. 284 ze zm.) każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania, a prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne. Stosownie do ust. 2 omawianego przepisu wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Podobnie w myśl art. 18 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19.12.1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167) każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania. Prawo to obejmuje wolność posiadania lub przyjmowania wyznania lub przekonań według własnego wyboru oraz do uzewnętrzniania indywidualnie czy wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swej religii lub przekonań przez uprawianie kultu, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. W tym samym przepisie mowa jest również o tym, że wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i są konieczne dla ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku, zdrowia lub moralności publicznej albo podstawowych praw i wolności innych osób (ust. 3).

Jak zauważa A. Sakowicz każdy ma prawo do życia zgodnie z własnym wyborem, bez ingerencji w tę sferę z zewnątrz, a zarazem do działania i bycia traktowanym zgodnie z własną tożsamością, która najlepiej oddaje jego najgłębsze uczucia. Jedynymi granicami tych uprawnień są zgodność tego działania z interesem publicznym lub interesem innych osób, zwłaszcza gdy w grę wchodzi kwestie zdrowotne².

W 2012 r. europejskiemu środowisku prawniczemu przyszło zmierzyć się z nowym problemem, którego zaistnienia spodziewano się od dawna – konfliktem fundamentalnych wartości swobody wyznania i prawa nieskrępowanego kultywowania religii przez rodziców z poszanowaniem praw samostanowienia i nietykalności cielesnej dziecka. Konflikt ten urzeczywistnił się na kanwie orzecznictwa niemieckich sądów karnych, gdzie lekarzowi postawiono zarzut uszkodzenia ciała małoletniego przez dokonanie, na prośbę muzułmańskich rodziców, jego obrzezania.

Rytuał obrzezania ma niezwykle istotne znaczenie dla życia religijnego przede wszystkim wyznawców judaizmu i islamu. Obrzezanie w literaturze religioznawczej przedstawia się jako rytualną operację na skórze męskiego organu płciowego (usunięcie części napletka), przeprowadzaną w 8 dniu życia (u żydów) lub 13 roku życia (u muzułmanów). Rytuał obrzezania był

² A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 286–287.

szeroko praktykowany wśród społeczeństw starożytnego Bliskiego Wschodu, czego przykładem są narody Egipcjan i Fenicjan, zaś Biblia nadaje obrzezaniu symbol zawarcia sojuszu Boga z Izraelem³.

W stanie faktycznym sprawy rozpatrywanej w pierwszej instancji przez *Amtsgericht Köln*, w dniu 4 listopada 2010 r. w Kolonii lekarz dokonał zabiegu obrzezania 4-letniego chłopca przy użyciu skalpela, po uprzednim miejscowym znieczuleniu. Nie było żadnego medycznego uzasadnienia zabiegu, a został on wykonany jedynie na prośbę muzułmańskich rodziców dziecka z pobudek religijnych. Po założeniu opatrunku, jeszcze tego samego dnia lekarz odwiedził chłopca w jego domu celem sprawdzenia procesu gojenia rany. Nie stwierdził w tym zakresie nieprawidłowości. W dniu 6 listopada 2013 r. matka zawiozła dziecko do lokalnego szpitala uniwersyteckiego z objawami wtórnego krwawienia z rany.

W wyniku ww. zdarzeń Prokuratura w Kolonii skierowała przeciwko lekarzowi akt oskarżenia do sądu. Czyn lekarza zakwalifikowano jako spowodowanie uszkodzenia ciała innej osoby przy użyciu niebezpiecznego narzędzia (§ 223 (1) w zw. z § 224 (1) ust. 2 pkt 2 StGB). Oskarżony w trakcie procesu podnosił, że zabieg został dokonany na wyraźną prośbę rodziców – muzułmanów i był przez nich traktowany jako obrzęd religijny. Opinia biegłego potwierdziła, że obrzezania dokonano prawidłowo, starannie i zgodnie ze wskazaniami sztuki medycznej, a późniejsze powikłania nie były wynikiem błędu lekarskiego. Stanowiły one, najprawdopodobniej, niepowodzenie w leczeniu, polegające na komplikacji procesu gojenia z bliżej nieokreślonych przyczyn. Jednocześnie jednak biegły przyznał, że nie było żadnych wskazań zdrowotnych, przemawiających za potrzebą przeprowadzenia zabiegu.

Sąd I instancji – *Amtsgericht Köln*, w wyroku z dnia 21.9.2011 r., Nr 528 Ds. 30/11⁴, przyjął, że czyn lekarza nie wypełniał znamion przestępstwa z § 223 (1) StGB, a sam zabieg miał charakter legalny z uwagi na zgodę

³ Z. Poniatowski, *Mały słownik religioznawczy*, Warszawa 1969, s. 306. Na analogiczne znaczenie obrzezania w kulturze żydowskiej wskazują J. Macgregor i M. Prys. Obrzezanie, zdaniem autorów, oznaczało włączenie we wspólnotę Przymierza. Pozostaje ono do dziś cechą charakterystyczną judaizmu. Jak zauważają J. Macgregor i M. Prys, w czasach Nowego Testamentu zastąpiono używane przy obrzezaniu noże krzemienne metalowymi. Współcześnie zabieg obrzezania dokonuje się w niektórych kręgach religijnych na niemowlątach i małych chłopcach, podczas gdy w innych czeka się do osiągnięcia wieku dojrzałego, związanego z gotowością do małżeństwa, a tradycje w tym względzie pozostają niezmiennie od stuleci. Autorzy, wskazując najbezpieczniejszy moment na obrzezanie, sugerują jego dokonanie w ósmym dniu życia z tej racji, że witamina K, odpowiedzialna za proces krzepnięcia krwi, zaczyna być produkowana w odpowiedniej ilości dopiero między 5 a 7 dniem po narodzinach, a w 8 dniu w ciele dziecka znajduje się o 10% więcej protrombiny (również odpowiedzialnej za krzepnięcie) niż normalnie. J. Macgregor, M. Prys, *1001 rzeczy o Biblii*, Kraków 2007, s. 190. R. A. Tokarczyk, w nawiązaniu do sfery zakazów moralnych, płynących z judaizmu i islamu, wskazuje ponadto, że obrzezanie z powodów religijnych ma na celu ułatwienie zachowywania czystości intymnych części ciała i czystości duchowej poprzez zapobieganie, a przynajmniej utrudnianie masturbacji. R. A. Tokarczyk, *Prawo narodzin, życia i śmierci*, Warszawa 2012, s. 109.

⁴ Tłumaczenie angielskie wyroku: <http://www.dur.ac.uk/ilm/news/itemno=14984> (dostęp: 30.9.2013 r.).

rodziców dziecka na jego przeprowadzenie (§ 1627 *Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB⁵). Ponadto, zdaniem sądu, obrzezanie dzieci płci męskiej jest powszechnie znanym, tradycyjnym rytuałem właściwym religii i kulturze muzułmańskiej. Na marginesie wyводу Sąd I instancji zauważył, że punktu widzenia medycznego obrzezanie ma charakter zabiegu profilaktycznego o udowodnionych, często korzystnych skutkach w zakresie utrzymania higieny mężczyzn.

W wyroku z dnia 7.5.2012 r., Nr 151 Ns 169/11, Sąd II instancji – *Landgericht Köln* uznał, że oskarżony jest winny popełnienia przestępstwa spowodowania uszkodzenia ciała innej osoby (§ 223 (1) StGB), jednakże w sprawie nie zachodzi okoliczność użycia niebezpiecznego narzędzia (§ 224 (1) ust. 2 pkt 2 StGB), gdyż za takowe nie może być uznany skalpel, wykorzystywany standardowo przy wykonywaniu zabiegów medycznych, będący na wyposażeniu każdego lekarza. W uzasadnieniu wyroku wskazano m.in., że przyjęte w Niemczech „stosunki społeczne” nie uzasadniają potrzeby dokonywania obrzezania chłopców niezdołnych do wyrażenia zgody na taki zabieg. Zdaniem sądu, niedopuszczalne było dokonanie zabiegu wyłącznie na podstawie zgody rodziców małoletniego pacjenta. W ocenie sądu pierwszeństwo w systemie dóbr chronionych prawem powinno być przyznane prawu dziecka do samostanowienia i nietykalności cielesnej, a nie prawu rodziców do wychowania dziecka zgodnie z własnym wyznaniem religijnym. To z kolei sprawia, że decyzja rodziców o obrzezaniu dziecka jest niezgodna z obowiązkiem troski o dziecko. Co więcej, w wyroku z dnia 7.5.2012 r. wskazano, że podstawowe prawa i wolności obywatelskie nie tylko nie mogą podlegać ograniczaniu przez swobodę wyznania, ale nade wszystko powinny być postrzegane jako swoiste bariery w wykonywaniu władzy rodzicielskiej. Tymczasem naruszenie nietykalności cielesnej dziecka przez dokonanie aktu obrzezania, nawet gdy wziąć pod uwagę aspekty religijne, jest zachwianiem zasady proporcjonalności w realizacji swobody wyznania. Co więcej, zdaniem *Landgericht Köln* akt obrzezania naruszał interesy dziecka w sferze nieskrępowanego decydowania w przyszłości o jego przynależności religijnej. Oczekiwanie, aż syn będzie w stanie sam wyrazić zgodę na dokonanie obrzezania jako symbolicznego aktu przynależności do wyznawców islamu, zdaniem sądu, nie jest istotnym ograniczeniem praw wychowawczych rodziców. Niezależnie od kierunku wcześniejszego wyводу, konkludując swoje rozważania, sąd odwoławczy uznał, że zarówno w literaturze prawniczej, jak i w orzecznictwie brakuje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o legalność obrzezania małoletniego syna wyłącznie na podstawie zgody rodziców, a problematyka ta nie była jak dotąd szczegółowo analizowana.

Wyrok *Landgericht Köln* z dnia 7.5.2012 r., Nr 151 Ns 169/11, stał się nie tylko przedmiotem ożywionych dyskusji przedstawicieli doktryny prawa karnego i praw człowieka na całym świecie, licznych protestów przedstawicieli środowisk żydowskich i muzułmańskich, jak również wywołał dyskusję na

⁵ Przepis niemieckiego Kodeksu cywilnego, stanowiący o prawie rodziców do sprawowania opieki nad dzieckiem.

szczeblu parlamentarnym w Niemczech, zakończoną wydaniem przez *Bundestag* w dniu 19.7.2012 r. deklaracji o poszanowaniu życia religijnego żydów i muzułmanów w Niemczech, w tym dopuszczalności obrzezania dzieci płci męskiej w ramach praktyk religijnych, pod warunkiem wykonywania zabiegów profesjonalnie i zgodnie z aktualnym stanem wiedzy medycznej⁶.

Orzeczenie *Landgericht Köln* zdecydowana większość środowiska prawniczego przyjęła z konsternacją, a nawet z nieukrywanym oburzeniem. Sądowi zarzucano ignorancję uczuć religijnych żydów i muzułmanów, a także brak podstawowej znajomości założeń doktrynalnych i kulturowych judaizmu i islamu. Podkreślano, że akt obrzezania małoletniego dziecka płci męskiej ze względów religijnych jest zgodny z prawem zawsze wtedy, kiedy jest wykonywany za zgodą rodziców dziecka. Owa zgoda wpisuje się w prawo do sprawowania opieki nad dzieckiem, troski o jego rozwój i prawo do edukacji religijnej, gwarantowane w prawie międzynarodowym każdej jednostce. Zauważano, że pierwszeństwo władzy rodzicielskiej w ochronie interesu dziecka powinno sprowadzać państwo do roli „strażnika” kontrolującego, czy realizacja wspomnianych uprawnień w danych warunkach nie narusza w sposób oczywisty praw jednostki. Zasada ta powinna znajdować zastosowanie także wówczas, gdy chodzi o zabiegi medyczne. Podkreślono, że akt obrzezania nie jest przejawem instrumentalnego traktowania dziecka i nie ma na celu jego okaleczenia lub upokorzenia. Wręcz przeciwnie, celebrowanie obrzezania jest podniosłym momentem pełnego włączenia nowego wyznawcy do wspólnoty religijnej, uświęconym wielowiekową tradycją. Przytaczając argumenty dyskredytujące prawidłowość rozstrzygnięcia *Landgericht Köln* wskazywano m.in. na wyrażone przez Światową Organizację Zdrowia (WHO) poglądy na temat korzystnych wpływów obrzezania na zdrowie człowieka, takich jak zmniejszenie nawet o 60% ryzyka infekcji dróg moczowych oraz nowotworu genitaliów. Podkreślano, że obrzezanie znane jest nie tylko jako rytuał religijny, ale również jako zabieg leczniczy, przynoszący rzeczywiste korzyści zdrowotne pacjentom⁷.

Zaprezentowany wyżej komentarz do wyroku *Landgericht Köln* z dnia 7.5.2012 r., Nr 151 Ns 169/11, wydaje się być zbieżny z poglądami głoszonymi przez dużą część polskich przedstawicieli doktryny prawa karnego.

Możliwość uznania konkretnego zabiegu leczniczego (terapeutycznego) za legalny warunkuje jego wykonanie zgodnie z zasadami wiedzy i sztuki medycznej przez osobę do tego uprawnioną, należyte poinformowanie pacjenta przed zabiegiem o jego istocie, a następnie uzyskanie zgody pacjenta na zabieg i jego wykonywanie właśnie w owym celu leczniczym⁸. Określone-

⁶ Deutscher Bundestag Drucksache 17/10332.

⁷ Zob. B. Fateh-Moghadam, *Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012 – No. 151 Ns 169/11*, German Law Journal Nr 9 vol. 13, s. 1131–1145 i powołana tam literatura.

⁸ Por. np. J. Radzicki, *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*, Warszawa 1967, s. 67–68; J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 11–12; A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, s. 277.

mu zabiegowi można nadać cechę leczniczą (terapeutyczną) wówczas, gdy konkretne zachowanie lekarza podyktowane jest względami zdrowotnymi, ma na celu ratowanie życia, przywrócenie zdrowia fizycznego lub psychicznego pacjenta⁹. Czynności lecznicze należy odróżnić od zabiegów medycznych, które w swoim założeniu nie zmierzają do ratowania życia, zdrowia lub zmniejszenia cierpienia fizycznych czy psychicznych osoby¹⁰. Tym samym akt obrzezania, z punktu widzenia medycznego, należy postrzegać jako klasyczny zabieg medyczny, a nie czynność leczniczą. Co do zasady nie występuje tu bowiem element kierunkowości *od choroby do zdrowia*, a więc innymi słowy – cel leczniczy¹¹.

Konflikty pomiędzy ochroną zdrowia, prawem do samostanowienia jednostki oraz swobodą wyznania mają niewątpliwie podłoże aksjologiczne. Chodzi bowiem o konflikt wartości i ustalenie hierarchii wartości chronionych przez porządek prawny¹². Na aprobatę zasługuje uwaga A. Wąska, że przebudowywanie zasad moralnych nie prowadzi do jednoznacznych i precyzyjnych ustaleń, które mogłyby być zastosowane na gruncie prawa karnego. Za pośrednictwem norm prawa karnego powinno się wprost lub pośrednio sankcjonować tylko normy moralne o charakterze fundamentalnym, których nieprzestrzeganie grozi rozprzężeniem mechanizmów życia społecznego¹³.

Polska nauka prawa karnego już kilka lat temu wypracowała, w wyniku dyskusji prawnolekarskiej, wnioski które mogą okazać się przydatne dla rozwiązania problemu ewentualnej odpowiedzialności karnej lekarza za dokonanie obrzezania mimo braku wskazań medycznych w świetle unormowań prawa polskiego. W odniesieniu do dużo poważniejszych w skutkach dla pacjenta nieterapeutycznych zabiegach kosmetycznych, kończących się niekiedy lekkim i średnim uszkodzeniem ciała, od kilku lat postuluje się wyłączenie w tych sytuacjach bezprawności zabiegów na zasadzie zgody dysponenta dobrem, czyli koncepcji tzw. pierwotnego braku bezprawności. Prawo powinno w tych sytuacjach dawać pierwszeństwo *volenti non fit iniuria*, a nie pociągać do odpowiedzialności lekarza. Ochrona dobra prawnego w postaci integralności cielesnej następuje głównie pod kątem interesu jednostki, której pozostawia się ocenę, czy jej dobro zostało w ogóle naruszone i w jakim stopniu. W przypadku podejrzenia popełnienia błędu lekarskiego dla oceny postępowania lekarza za istotne uważa się kryteria ustalenia niezachowania przez niego ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, warunkującej ewentualną odpowiedzialność karną za nieumyślne przestęp-

⁹ E. Zielińska, *Aspekty prawne karne nieterapeutycznych zabiegów leczniczych*, „Studia Iuridica” 1988, nr 16, s. 237.

¹⁰ M. Filar, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, vol. 2, s. 59 i nn.

¹¹ Idem, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 218.

¹² Por. A. Zoll, *Granice legalności zabiegu medycznego*, „Prawo i Medycyna” 2002, wydanie specjalne, s. 60.

¹³ A. Wąsek, *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 8, s. 88–97.

stwo przeciwko życiu lub zdrowiu. Przyjęcie odmiennej koncepcji ogranicza i to w sposób znaczący możliwość rozwoju osobistego jednostki i kształtowania własnej osobowości, a co za tym idzie ingerencję państwa w sferę prywatności obywateli¹⁴.

Teoretyczną możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej lekarza wykonującego nieterapeutyczny zabieg obrzezania, prawidłowy w sensie medycznym jednakże wykonany w sytuacji zakwestionowania skuteczności zgody uprawnionego, można rozważać na gruncie polskiego prawa karnego w kontekście uregulowania art. 191 k.k.¹⁵.

Zgoda na dokonanie zabiegu medycznego może być wyrażona w dość dużym obszarze dóbr, których dzierżycielem jest jednostka. R. Kubiak stwierdza, że może ona dotyczyć zarówno nietykalności cielesnej, jak i zdrowia, a w przyszłości ograniczenia zgody odnoszącej się do ciężkiego uszczerbku na zdrowiu będą ewoluowały w kierunku zwiększenia autonomii jednostki. Zgoda może być skuteczna prawnie tylko wówczas, gdy została wyrażona przez osobę kompetentną i uprawnioną do dysponowania dobrem prawnym¹⁶. W odniesieniu do mało inwazyjnych zabiegów medycznych R. Kubiak zauważa, że zgoda rodziców na dokonanie takich zabiegów względem ich dziecka powinna być traktowana szeroko. Jednocześnie jednak autor zdaje się mieć pewne wątpliwości, czy w przypadku inwazyjności takich zabiegów, są one w ogóle przez prawo polskie dopuszczalne. W myśl art. 95 k.r.o. rodzice powinni sprawować władzę rodzicielską z poszanowaniem godności i praw dziecka, i w taki sposób, jak tego wymaga dobro dziecka i interes społeczny. Powinni oni zatem chronić dziecko przed zagrożeniami ich rozwoju psychofizycznego. Decyzja o wykonaniu ryzykownego zabiegu medycznego w celach nieterapeutycznych (R. Kubiak zalicza do nich np. zmianę rysów twarzy dziecka i implantację piersi dziecka) może – zdaniem autora – pozostawać w sprzeczności z dobrem dziecka i wyczerpywać znamiona takich przestępstw, jak narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 § 2 lub 3 k.k.) lub podżeganie do uszkodzenia ciała (art. 157 k.k., a nawet art. 156 k.k. w przypadku rytualnych okaleczeń narządów płciowych dziecka)¹⁷.

R. Kubiak, opowiadając się koncepcją pierwotnej legalności zabiegów kosmetycznych jako zabiegów nieterapeutycznych, wskazuje jednocześnie, że zgoda uprawnionego nie legalizuje wszelkich naruszeń. Zainteresowany godzi się bowiem zgodnie z wymaganiami wynikającymi z zasad ostrożności i akceptuje ryzyko stąd wypływające. Zgoda nie obejmuje tym samym

¹⁴ E. Zielińska, *Aspekty prawnokarne...*, s. 242; A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, s. 293–294.

¹⁵ L. Kubiak, *Odpowiedzialność karna za wykonywanie zabiegów kosmetycznych. Zagadnienia teorii i praktyki*, Kraków 2012, s. 24, 119, 122–123.

¹⁶ Na temat różnych koncepcji zgody uprawnionego na gruncie prawa karnego i ewolucji tej instytucji szerzej L. Kubiak, op. cit., s. 189–199 oraz R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 407–410.

¹⁷ L. Kubiak, *Odpowiedzialność karna...*, s. 216–217.

następstw powstałych wskutek działania *contra legem artis*, np. powikłań pozabiegowych, pojawiających się w wyniku naruszenia reguł ostrożności (mogło to mieć miejsce w stanie faktycznym omawianego wyroku *Landgericht Köln* z dnia 7.5.2012 r.)¹⁸. R. Kubiak, w odniesieniu do typowych zabiegów kosmetycznych stawia tezę, że ze względu na brak wyraźnej regulacji co do odpowiedzialności karnej osoby wykonującej takie czynności bez spełnienia warunków skuteczności zgody, często może dochodzić do zaistnienia okoliczności pozostawiania przez sprawcę w błędzie co do skuteczności takiej zgody. Poza tym, zdaniem autora, w przypadku zabiegów mało inwazyjnych możliwe jest również skorzystanie z konstrukcji znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu¹⁹.

Omówiony w niniejszej publikacji wyrok został wydany w niemieckim porządku prawnym, niemniej jednak, biorąc pod uwagę wspomnianą na wstępie pluralistyczną strukturę społeczeństwa współczesnej Europy, podobna sytuacja może w przyszłości powtórzyć się w każdym innym państwie. Już sam fakt zakwestionowania przez niezawisły i bezstronny sąd legalności odwiecznej tradycji religijnej żydów i muzułmanów – obrzezania, i wiązanie jego dokonania z odpowiedzialnością karną, musi budzić obawy o kolejne konflikty religijno-prawne. Powagę i skalę tego problemu w Polsce dostrzega się aktualnie chociażby na gruncie burzliwego sporu o legalność innego tradycyjnego aktu religijnego – uboju rytualnego, uznawanego za sprzeczny z ideą ochrony zwierząt. Z uwagi na kontrowersyjne podłoże sporów zasadnym jest przyjęcie, że kryminalizacja konkretnych zachowań wynikających

¹⁸ Ibidem, s. 119, 122–123. Podobne stanowisko wyrażane jest w doktrynie prawa cywilnego, gdzie wskazuje się, że główną podstawą działania lekarza jest zgoda pacjenta, a gdy chodzi o małoletnich lub osoby niezdolne do świadomego wyrażenia woli – zgoda przedstawiciela ustawowego, faktycznego opiekuna lub zezwolenie sądu opiekuńczego. M. Nesterowicz wskazuje, że zgoda pacjenta lub upoważnienie ustawowe uchyla bezprawność działania, nie można więc lekarzowi postawić zarzutu winy, jeśli działa w granicach zgody. Natomiast brak objaśnionej zgody powoduje jej wadliwość. Oświadczenie woli pacjenta przy braku świadomości co do ryzyka i skutków zabiegu jest w świetle prawa cywilnego nieważne (art. 82 k.c.). Zgoda pacjenta na dokonanie zabiegu lekarskiego ma zatem takie znaczenie, że oprócz nadania cech prawności interwencji lekarza powoduje, że pacjent akceptuje ryzyko zabiegu i przejmuje je na siebie. Zgoda pacjenta, zdaniem M. Nesterowicza, nie oznacza jednak, że lekarz ma prawo dokonać każdego zabiegu. Ma to miejsce w odniesieniu do czynności niosących ze sobą znaczne ryzyko dla pacjenta i niewspółmierność korzyści do potencjalnych szkód, stąd też ingerencja w organizm pacjenta musi być uzasadniona jego stanem zdrowia. Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2010, s. 133–139. Zob. również idem, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa–Poznań 1972; idem, *Odpowiedzialność cywilna za interwencję lekarską bez zgody pacjenta*, [w:] *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006; idem, *Prawa pacjenta i osób bliskich do informacji medycznych ochrony danych*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005; M. Świdorska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007; P. Daniluk, *Obowiązek lekarza udzielania pacjentowi informacji w związku z podejmowanymi czynnościami leczniczymi*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 3; T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 6–7.

¹⁹ L. Kubiak, op. cit., s. 222.

z założeń danej religii, podobnie jak ewentualna późniejsza reakcja prawno-karna państwa, powinny każdorazowo respektować specyficzną zasadę prawa karnego – *ultima ratio* i uwzględniać przy ocenie legalności zachowań jednostek faktyczne, a nie tylko hipotetyczne występowanie szkodliwości społecznej czynów.

**THE SELECTED PROBLEMS OF LIMITATION OF FREEDOM
OF RELIGION BY CRIMINALIZATION OF THE RELIGIOUS
PRACTICES BASED ON THE EXAMPLE OF LANDGERICHT
KOLN'S JUDGMENT NO. 151 NS 169/11 (7.5.2012)**

Keywords: freedom of religion, the right to personal inviolability, circumcision, body injuries, physician's criminal responsibility

Summary

The main subject of this publication is conflict between basic human rights – freedom of religion and personal inviolability on the example of the German Landgericht Köln judgment No. 151 NS 169/11 of 7 May 2012. The authors discuss about possible physician's criminal liability of performing Muslim child's circumcision at the request of his parents. This subject has caused controversy in Europe due to the possibility of reducing freedom of religious practice. The publication deals with the legal effectiveness of parental consent for circumcision and shows how such acts could be adjudicate in the Polish penal law.